

Planungsgrundlage und Kosteneinschätzung nach § 650p Abs. 2 BGB

Chancen und Risiken

Versäumt ein Fachplaner für eine Wärmeversorgungsanlage, seinem Auftraggeber eine „Planungsgrundlage“ und eine „Kosteneinschätzung“ für eine zentrale Wärmeversorgungsanlage im Sinne von § 650p Abs. 2 BGB zu übergeben, kann dieser Auftraggeber jederzeit kündigen und muss nur für erbrachte Leistungen bezahlen. Dann hat der Fachplaner seinen Auftrag schneller wieder verloren, als er ihn aufwändig gewonnen hat. Auftraggebende müssen beachten, dass eine „Planungsgrundlage“ gesetzlich geschuldet und regelmäßig gesondert zu vergüten ist, wenn der Vertrag hierfür nichts vorsieht.

Frage 1: Ein Ingenieur: Ich habe einen Auftrag über Leistungen zur Planung von Wärmeversorgungsanlagen erhalten. Im Vertrag ist nichts weiter geregelt, außer dass Leistungen „nach HOAI“ zu erbringen sind. Beauftragt waren in einem Stufenvertrag die Leistungsphasen 1 bis 4 verbindlich, die weiteren Leistungsphasen optional. Ich habe mit der Planung begonnen und Leistungen bis ungefähr zur Mitte der Leistungsphase 2 erbracht und dabei eine zentrale Wärmeversorgung geplant, wie ich meine auch vernünftig und das ohne Widerspruch vom Auftraggeber. Nun will der Auftraggeber das neue Gebäude doch lieber an eine vorhandene Fernwärmeversorgung anschließen und kündigt mir den Vertrag. Jetzt kann ich doch sicher entgangenen Gewinn geltend machen, oder?

Frage 2: Eine Auftraggeberin: Ich habe einen Ingenieur mit der Sanierung eines Kanalabschnitts beauftragt, und zwar mit Grundleistungen nach HOAI. Dieser Ingenieur legt mir nun ein Angebot vor, dass er zunächst eine Planungsgrundlage und Kosteneinschätzung erstellen müsse,

welche die Erneuerung oder Renovierung im Sinne einer Machbarkeitsstudie mit den jeweiligen Kosten bewertet. Kann er das fordern?

Frage 3: Eine Ingenieurin: Ich soll die Tragwerksplanung für einen Schulneubau planen und bin als Sieger aus einem VgV-Verfahren hervorgegangen. Mein Auftraggeber legt mir nun als Vertragsentwurf die bei uns in Baden-Württemberg üblichen KVM-Vertragsmuster vor. Im Vertrag gibt es einen § 3a, der die Planungsgrundlage und Kosteneinschätzung betrifft und auf Anlage 2.1 Anhang 1 verweist. In dieser Anlage kann man Festlegungen zur Planungsgrundlage machen. Es gibt auch Erläuterungen zu diesem Anhang 1, die aber wenig mit der Tragwerksplanung zu tun haben. Was kann oder muss ich denn da ausfüllen?

Frage 4: Ein Auftraggeber: Wir haben im Vertrag mit unserem Architekten vorgegeben, dass wir ein bestehendes Gebäude aufstocken wollen und das mit denselben Materialien, wie vorhanden. Das Gebäude ist eine Stahlbetonskelettkonstruktion. Im Zuge

der Vorplanung wollten wir nun, auch aus Nachhaltigkeitsgründen, vom Architekten eine Aufstockung in Holzbauweise mit untersucht haben. Der Architekt legt mir dafür ein Nachtragsangebot vor. Ist die Untersuchung verschiedener Materialien nicht Teil einer Variantenuntersuchung? Und wie ist das beim Tragwerksplaner? Muss ich hier auch mit einem Nachtrag rechnen?

Frage 5: Ein Ingenieur: Ich habe an einem VgV-Verfahren teilgenommen und dieses auch gewonnen. Nachdem ich nun den Zuschlag erhalten habe, hat mir der Auftraggeber die Vertragsunterlagen für das Projekt geschickt. Hier frage ich mich nun, ob ich mich auch bei einem öffentlichen Auftraggeber, der seinerseits das Projekt ausgeschrieben hat, mit den Themen Planungsgrundlage und Kosteneinschätzung nach BGB befassen muss?

Vorab: Der Gesetzgeber hat für alle Planungsverträge, die ab dem 01.01.2018 abgeschlossen worden sind, mit § 650p Abs. 2 BGB eine zentrale Leistungspflicht der Planenden geregelt und gleichzeitig den Auftraggebenden ein mit dieser Leistung zusammenhängendes Sonderkündigungsrecht in § 650r BGB neu gegeben. Beide Paragraphen sind trotz der mittlerweile fast 5 Jahre Gültigkeit immer noch weitgehend unbekannt. Da es jedoch eine gesetzliche Regelung ist, die auch ohne vertragliche Vereinbarung gilt,

sollten beide Parteien sie gut kennen und beachten.

§ 650p Abs. 2 BGB lautet: *„Soweit wesentliche Planungs- und Überwachungsziele noch nicht vereinbart sind, hat der Unternehmer zunächst eine Planungsgrundlage zur Ermittlung dieser Ziele zu erstellen. Er legt dem Besteller die Planungsgrundlage zusammen mit einer Kosteneinschätzung für das Vorhaben zur Zustimmung vor.“*

§ 650r Abs. 1 Satz 1 BGB lautet: *„Nach Vorlage von Unterlagen gemäß § 650p Abs. 2 kann der Besteller den Vertrag kündigen.“*

Zunächst und stark vereinfacht, ist mit § 650p Abs. 2 BGB geregelt, dass immer dann, wenn „wesentliche“ Planungsziele noch offen sind, die Planenden diese zunächst zu ermitteln und vorzulegen haben, woraufhin die Auftraggebenden, nach der Vorlage ein Sonderkündigungsrecht haben. Was der Gesetzgeber damit wollte, lässt sich aus der zugehörigen Gesetzesbegründung^{1,2} ableiten. Auftraggebende sollen entscheiden können, ob sie das Vorhaben überhaupt weiterführen wollen, Zielkonflikte also untersucht und bereinigt worden sind und sollen eine grobe Einschätzung der zu erwartenden Kosten erhalten.

Bei der Begründung zur Planungsgrundlage hatte der Gesetzgeber zwar den privaten

¹ BT-Drs. 18/8486.

² Im Detail durchaus unklar, so Fuchs in Fuchs/Berger/Seifert, Beck'scher HOAI- und Architektenrechtskommentar, 3. Auflage, § 650p

Rdn. 204 der zu den unklaren Punkten plakativ ausführte: „(...) ist dies der zu vermutenden Unkenntnis des Gesetzgebers von Planungsabläufen geschuldet (...)“

„Häuslebauer“ im Blick, beim Sonderkündigungsrecht explizit jedoch auch „B2B- und Stufenverträge“ aufgeführt und damit auch Verträge mit der öffentlichen Hand.

Dabei ist klar, dass Planungsziele das beinhalten, was überhaupt zu planen ist, nämlich Qualitäten, Quantitäten und Kosten. Bei einem Einfamilienhaus in der Objektplanung könnten das sein: KfW-Effizienzhaus 40, rund 120 m² Wohnfläche für 4 Personen und Baukosten von brutto 600.000 €. Diese drei Aspekte müssen durch eine Planungsgrundlage und Kosteneinschätzung im Sinne von § 650p Abs. 2 BGB erfasst sein. Im Detail ist aktuell noch umstritten, ob Planende bereits Teilleistungen der Leistungsphasen 1 und 2 nach HOAI³ oder Leistungen einer Bedarfsplanung im Sinne der DIN 18205⁴ zu erbringen haben. Nach hiesiger Auffassung ist dies nicht pauschal, sondern nur im Einzelfall zu beantworten und wird sich für ein Einfamilienhaus einfacher, für eine Kläranlage umfangreicher ergeben und eher für die Vergütung dieser Leistungen von Relevanz sein. Jedenfalls ist eine Planungsgrundlage mit Qualitäten, Quantitäten und eine Kosteneinschätzung vom Gesetz aus „zwingend“ von den Planenden vorzulegen (wenn es diese nicht bereits gibt) und nach Vorlage haben Auftraggebende ein Sonderkündigungsrecht. Der Gesetzgeber greift also massiv und konkret in das freie Vertragsverhältnis

³ Kniffka in BauR2017, 1846, 1855 ff. und BauR 2018, 351, 359, wonach in der Objektplanung Gebäude Leistungen bis einschl. Teilleistung lit. b) in Leistungsphase 2 gemeint seien. Dafür spricht in der Tat, dass die Teilleistung lit. b) die „Abstimmung von Zielvorstellungen“ umfasst.

zwischen den Parteien ein. Zum eigenständigen Kündigungsrecht in § 650r Abs. 1 BGB hat der Gesetzgeber zudem eine besondere Vergütung normiert. Nach § 650r Abs. 3 BGB ergibt sich nämlich die Vergütung nach einer Sonderkündigung so, dass nur Vergütung für die bis dahin zu erbringenden Leistungen – und damit nur für die Planungsgrundlage und Kosteneinschätzung – zu leisten ist. Und das ist eine ganz andere Vergütung als bei einer freien Kündigung nach § 648 BGB, wonach (vereinfacht) die volle vereinbarte Vergütung abzüglich ersparter Aufwendungen zu leisten ist.

Wie folgenreich diese seit 01.01.2018 geltende gesetzliche Regelung ist, hatte der BGH in einem Fall bereits zu entscheiden⁵. Hier wurde (vereinfacht) ein Planer für Technische Ausrüstung mit den Leistungsphasen 1 bis 5 beauftragt und innerhalb der Leistungsphase 2 wieder gekündigt. Der BGH hat die Kündigung rechtlich zwar als „freie Kündigung“ nach § 648 BGB bewertet, zur Vergütung aber festgestellt, dass der Auftraggeber jedenfalls nicht mehr bezahlen muss, als er bei Ausübung seines Sonderkündigungsrechts nach § 650r Abs. 3 hätte bezahlen müssen, also nur das, was einer Vergütung für Planungsgrundlage und Kosteneinschätzung entspricht. Dies begründet der BGH so, dass im vorliegenden Fall noch nicht bereits alle wesentlichen Planungsziele nach §

⁴ Dammert BauR 2012, 1498. Dafür spricht, dass in allen Leistungsbildern der HOAI in der Teilleistung lit. a) die „Vorgaben oder Bedarfsplanung“ genannt sind.

⁵ BGH, Urteil vom 17.11.2022 – VII ZR 862/21.

650p Abs. 2 BGB vereinbart waren und eine Planungsgrundlage und Kosteneinschätzung vom Planer auch nicht vorgelegt worden sind. § 650p Abs. 2 BGB diene dem Zweck, dass Auftraggebende ihr zum Vertragsschluss oft noch undefiniertes Leistungsbestimmungsrecht frühzeitig ausüben. Es genüge auch, so der BGH, dass eins von beiden, also Planungsgrundlage oder Kosteneinschätzung noch nicht vorliege, damit das Sonderkündigungsrecht nicht erlischt.

Faktisch hat der BGH nach hiesiger Auffassung entschieden, dass die Vergütungsfolgen von § 650r Abs. 3 BGB (Vergütung nur für erforderliche und erbrachte Leistungen) greifen, solange nicht eine als solche bezeichnete Planungsgrundlage und eine Kosteneinschätzung von den Planenden vorgelegt worden sind und um Zustimmung gebeten wurde. Dabei bewertet der BGH den § 650p Abs. 2 BGB im Sinne des Leistungsbestimmungsrechts der Auftraggebenden. Sind Planungsziele über eine Entscheidung zur Planungsgrundlage festgelegt, sind sie auch für die vertraglich zu erbringende Leistung und die weitere Vergütung bestimmend.

Zur Frage 1: Auf Nachfrage teilt der Ingenieur mit, dass er zwar in der Leistungsphase 2 verschiedene zentrale Wärmeversorgungsanlagen (Erdwärme, BHKW, Pelletheizung) untersucht hat, nie aber einen Anschluss an die Fernwärme. Das sei

auch nie Thema gewesen. Auf weitere Nachfrage teilt der Ingenieur zudem mit, dass er zu keiner Zeit ein Dokument erstellt hätte, bezeichnet mit „Planungsgrundlage“, in dem eine zentrale Wärmeversorgung als Planungsziel genannt sei und wozu es eine Zustimmung vom Auftraggeber gegeben hätte. Von einer Kosten“ein“schätzung hätte er noch nie etwas gehört, er hätte vielmehr im Zuge der Vorplanung erste Kostenschätzungen erstellt.

Antwort 1: Es spricht viel dafür, dass die zuvor besprochene Entscheidung des BGH auf diesen Fall übertragbar ist. Es mag sich zwar auch hier um eine freie Kündigung handeln, aber auch hier greift (dem BGH folgend) nicht die Vergütungsfolge aus § 648 Satz 2 BGB (volle Vergütung abzüglich ersparter Aufwendungen, pragmatisch meist, so auch vom Ingenieur hier, als „entgangener Gewinn“ bezeichnet), sondern vielmehr die Vergütungsfolge von § 650r Abs. 3 BGB. Der Ingenieur hat also keinen Anspruch auf die volle beauftragte Vergütung, er erhält vielmehr nur Vergütung für seine erbrachten Leistungen, soweit diese für die Planungsgrundlage und Kosteneinschätzung erforderlich waren. Der Ingenieur hat aus Unkenntnis von § 650p Abs. 2 BGB versäumt, eine Planungsgrundlage und eine Kosteneinschätzung vorzulegen, in der mindestens steht, dass eine zentrale Wärmeversorgung zu planen ist mit ungefähren Kosten⁶ und dann eine Entscheidung des Auftraggebers

⁶ Zum Begriff und Inhalt einer Kosteneinschätzung siehe Kalte/Wiesner im Deutschen Ingenieurblatt 05/2016, S. 49; Fuchs a. a. O., § 650p Rdn. 216, der

die Kosteneinschätzung zutreffend als vergleichbar mit dem Kostenrahmen nach DIN 276:2018-12 bewertet.

nach § 650r Abs. 1 BGB einzufordern und die genannten 2 Wochen abzuwarten.

Antwort 2: Ist noch unklar, ob ein Kanal erneuert oder renoviert werden soll (oder kann), steht in der Tat für das hier vorliegende Ingenieurbauwerk eine wesentliche Planungsgrundlage noch nicht fest. Die Untersuchung, ob das eine oder das andere wirtschaftlicher ist, und mit welchen groben Kosten die Lösung verbunden ist, ist Inhalt einer Machbarkeitsstudie und damit nicht Teil einer Vorplanung. Es handelt sich vielmehr um Alternativen (Lösungsmöglichkeiten nach verschiedenen Anforderungen) und nicht um Varianten (Lösungsmöglichkeiten nach gleichen Anforderungen)⁷. Nur letzteres ist Grundleistung im Sinne der Leistungsphase 2 nach HOAI. Der Planer weist also völlig zu Recht darauf hin, dass noch wesentliche Planungsziele offen sind, hier Neubau oder Renovierung. Gerade Verträge, die nur allgemein beschreiben, dass etwas zu planen ist, nicht aber was, wie und mit welchen groben Kosten, bedürfen der Leistungen nach § 650p Abs. 2 BGB.

Antwort 3: Die Kommunalen Vertragsmuster KVM aus dem Handbuch für kommunale Vertragsmuster HKVM⁸ bilden gut ab, wie eine „ordentliche“ vertragliche Vereinbarung zur Planungsgrundlage nach § 650p Abs. 2 BGB aussehen könnte. Entweder es gibt bereits

Planungsgrundlagen, dann sind diese in der in der Frage genannten Anlage zu benennen. Dann ist § 650p Abs. 2 BGB „abgefrühstückt“ und es gibt in Folge auch kein Sonderkündigungsrecht des Auftraggebers mehr. Oder es kann vereinbart werden, was noch offen ist und eine Vergütung dafür kann eingetragen werden. Unverständlich bei der vorliegenden Anfrage ist allerdings, dass dieser Vertragsentwurf nicht bereits vollständig ausgefüllt Teil des VgV-Verfahrens geworden ist. Denn vergaberechtlich ist ein Verhandlungsverfahren erst dann abgeschlossen, wenn jedes Detail abschließend verhandelt ist, der Tragwerksplaner ein abschließendes vollständiges Angebot gemacht hat (was durchaus in Form eines ausgefüllten Vertrags sein kann) und der Auftraggeber daraufhin den Auftrag erteilt. Auf Nachfrage teilt der Tragwerksplaner mit, dass das Vertragsmuster unausgefüllt bereits Teil der Vergabeunterlagen war. Dann sollte der Tragwerksplaner ohne weiteres Ankreuzen den Vertrag unterzeichnen, jedoch beachten, dass damit gerade noch keine Planungsgrundlage vorliegt und er diese als erstes zu erstellen hat. Für die dafür zusätzliche Vergütung ist im Vertrag nichts vereinbart und die Vergütung richtet sich nach der üblichen Vergütung (§ 632 Abs. 2 BGB), die wiederum bei Grundleistungen mindestens den Basissätzen der HOAI entspricht⁹.

⁷ Ausführlicher Kalte/Wiesner im Deutschen Ingenieurblatt 05/2008, S. 52 und 11/2014, S. 48.

⁸ HKVM - Handbuch für Kommunale Vertragsmuster und die Vergabe von Arch/Ing-

Leistungen, Andreas Günther, Richard Boorberg Verlag

⁹ Siehe dazu auch Kalte/Petschulat im Deutschen Ingenieurblatt 5/2024, S. 45.

Zur Frage 4: Auf Nachfrage bestätigt der Auftraggeber, dass im Vertrag steht, dass die Aufstockung mit denselben Materialien erfolgen soll, wie im Bestand.

Antwort 4: Mit der Festlegung im Vertrag hat der Auftraggeber (im Sinne der zuvor genannten Entscheidung des BGH) einen Teil seines Leistungsbestimmungsrechts ausgeübt und sich für dasselbe Material entschieden, wie vorhanden, hier also Stahlbeton. Sollen nun, abweichend vom Vertrag (und sicher heute auch mit gutem Grund aus Aspekten der Nachhaltigkeit) andere Materialien, wie Holzbauweisen geprüft werden, ist dies bei einer solchen vertraglichen Vereinbarung nicht geschuldet. Der Vertrag steckt die Grenzen der Leistungspflicht ab¹⁰. Im vorliegenden Fall ist ein Planungsziel im Bereich der Qualitäten bereits mit Vertrag festgelegt, und zwar die Verwendung von Stahlbeton (und nicht Holz). Genau darum geht es auch bei der Planungsgrundlage lt. BGB (so der BGH). So hat der Architekt recht, dass er dann keine verschiedenen Materialien mehr zu untersuchen hat, wenn diese bereits vertraglich (oder nachdem sie in der Planungsgrundlage festgeschrieben sind) vereinbart sind. Will der Auftraggeber etwas anderes, liegt ein Änderungswunsch vor (§ 650b Abs. 1 BGB) und die Vergütung ist anzupassen. Beim Tragwerksplaner müsste man in gleicher Weise zunächst den Vertrag und dann die vereinbarte Planungsgrundlage prüfen.

Auch für diesen gilt dieselbe Systematik.

Antwort 5: Die Überlegung des Ingenieurs ist gut nachvollziehbar. Grundlage einer öffentlichen Vergabe sind eine Leistungsbeschreibung (§ 31 VgV oder § 23 UVgO) und die Schätzung des Auftragswertes (§ 3 VgV). Der Auftraggeber muss sich für eine Ausschreibung überlegen, was er planen/bauen lassen möchte, wie seine Anforderungen sind und danach die Ausschreibung mit Eignungskriterien und Referenzen gestalten. Zudem muss er prüfen, welche Wertgrenzen für die Ausschreibung (Direktvergabe, Unter-/Oberschwellenbereich) gelten und daher die Kosten im Sinne von § 3 VgV zutreffend schätzen. Es ist deshalb vergaberechtlich kaum vorstellbar, dass eine Ausschreibung erfolgt, ohne dass der Auftraggeber bereits über eine Planungsgrundlage und Kosteneinschätzung verfügt. Sofern diese bereits vorhanden sind, muss der Planer sie nicht mehr erstellen und es besteht auch kein Sonderkündigungsrecht. Jedoch ist zu beachten, dass der Gesetzgeber das Sonderkündigungsrecht nicht auf Private beschränkt hat und auch öffentliche Aufträge nicht ausgenommen hat. Grundsätzlich besteht also die Pflicht zu prüfen, ob eine Planungsgrundlage und Kosteneinschätzung vorhanden sind. Die Rechtsprechung hat bisher über diesen Fall noch nicht entschieden. Das Problem für den Planer besteht darin, dass Zweifel am Vorliegen der erforderlichen Planungsgrundlage und

¹⁰ So auch schon früher klar entschieden vom OLG Dresden, Urteil vom 15.02.2007 - 9 U 2057/05.

Kosteneinschätzung zu seinen Lasten gehen. Lagen diese nicht vor, erhält er auch bei einer freien Kündigung sein Honorar nur anteilig für die Leistungen für die Planungsgrundlage und Kosteneinschätzung, so der BGH. Daher muss dem Planer auch bei Vertragsschluss nach einem öffentlichen Vergabeverfahren einstweilen geraten werden, eine Planungsgrundlage und Kosteneinschätzung zu erstellen, soweit Auftraggebende nicht ausdrücklich bestätigen, diese bereits vorliegen zu haben oder dies im Vertrag eindeutig geregelt ist. Nach hiesiger Erfahrung ist insbesondere im Bereich aller Fachplanungen besondere Vorsicht auch bei öffentlichen Vergabeverfahren geboten, während es im Bereich der Objektplanungen doch eher schon eine Planungsgrundlage und Kosteneinschätzung im Sinne von § 650p Abs. 2 BGB gibt.

Fazit:

Obwohl es die Regelung in § 650p Abs. 2 zur Planungsgrundlage mit Kosteneinschätzung seit dem 01.01.2018 gibt, ist diese in aller Konsequenz immer noch nicht bei allen Planenden und Auftraggebenden

angekommen. Dabei birgt die Beachtung für beide Parteien erhebliche Chancen und Risiken. Denn solange die Planenden keine Planungsgrundlage vorlegen, müssen sie mit einer Sonderkündigung rechnen, erhalten jedenfalls nur das vergütet, was sie bis zu einer solchen Kündigung erarbeitet haben. Für die Auftraggebenden bedeutet die Planungsgrundlage eine Festlegung, an die sie dann auch gebunden sind, im Sinne einer frühzeitigen Leistungsbestimmung. Änderungswünsche sind dann nach § 650b BGB zu behandeln. Der Gesetzgeber hat also in guter Absicht eine Regelung geschaffen, die sehr frühzeitig Klarheit bei Planerverträgen schaffen soll. Da im Detail unklar ist, was genau Inhalt einer solchen Planungsgrundlage ist, hilft es, wenn der Vertrag explizit Regelungen hierzu trifft¹¹. Eine Nichtbeachtung von § 650p Abs. 2 BGB ist heute jedenfalls nicht mehr angesagt. Es ist „Neues“ im Gesetz und gilt auch ohne vertragliche Vereinbarungen. „Gewohnheiten“ der Jahrzehnte zuvor gelten hier nicht mehr.

Autoren

Dipl.-Ing. Peter Kalte, öffentlich bestellter und vereidigter Honorarsachverständiger, zertifizierter Mediator, Beisitzer der Vergabekammern Baden-Württemberg und Rheinland-Pfalz, Geschäftsführer der GHV Gütestelle Honorar- und Vergaberecht e. V., www.ghv-guetestelle.de.

Dr. Alexander Petschulat, Justiziar, Beisitzer der Vergabekammer Westfalen, Leiter Rechtsreferat Ingenieurkammer-Bau Nordrhein-Westfalen, www.ikbaunrw.de.

¹¹ Kalte/Wiesner, Deutsches Ingenieurblatt 01-02/2018, S. 48.