

Information für technisch-wissenschaftliche Berufe

INGLetter



Nr. 4
Dezember 2016

www.hdi.de

Aktuell

Die Zulassung des Prüfsingenieurs begründet seine Amtshaftung nicht

Vergabe

VOF-Vergabe: Wertungspunkte müssen auch relative Preisabstände abbilden

Schadenfall

Sanierung eines Feuchteschadens an einem 60 Jahre alten Flachdach

Büro

Am 31. Dezember verjähren gewisse HOAI-Honoraransprüche aus 2013

Editorial

Cyberrisiken – digitale Gefahr, reale Sicherheit.

Warum ist eine Versicherung gegen Cyberrisiken sinnvoll?

Keine Frage im Zusammenhang mit Ihren originären beruflichen Risiken? Auf den ersten Blick vielleicht, aber lassen Sie uns einen Augenblick dieser Frage nachgehen, bevor wir auf die gewohnten Fragestellungen zum Vertrags- oder zum Haftungsrecht eingehen.



Mails checken auf dem Smartphone, Planungsunterlagen digital versenden, das kostenlose WLAN im Café – unser Leben ist digital. Und mit ein paar Regeln zur Datensicherheit können wir diesen Komfort auch bedenkenlos nutzen – privat wie beruflich. Den Vorteilen einer Digitalisierung in Geschäftsbetrieben stehen allerdings auch Gefahren gegenüber. Eine kleine Unachtsamkeit im Datenaustausch kann schnell einen Schaden nach sich ziehen. Und ein krimineller Angriff aus dem Netz kann sogar die Existenz bedrohen – etwa wenn der Anhang einer seriös anmutenden E-Mail geöffnet wird, ein Trojaner dadurch in das System gelangt und sukzessive alle Daten verschlüsselt. Werden dabei Berechnungen, Planungsunterlagen oder vertragsrelevante Korrespondenzen angegriffen oder zerstört, kann dies zu Störungen in der Vertragsabwicklung führen, die Vertragsstrafen oder Schadenersatzansprüche nach sich ziehen.

Mit der neuen Zusatzdeckung Cyberrisk kann dieses wachsende Risiko reduziert werden. Sie ist als Ergänzung zur Berufshaftpflichtversicherung zusätzlich versicherbar und bietet eine umfassende Absicherung. Sie beinhaltet einen Haftpflichtschutz bei Ansprüchen Dritter. Darüber hinaus werden auch Eigenschäden ersetzt, wie zum Beispiel Kosten für forensische Untersuchungen, die Benachrichtigung von Betroffenen und Datenschutzbehörden, die Öffentlichkeitsarbeit im Krisenfall (PR-Beratung), Dienstleistungen zur Kreditkartenüberwachung, die Wiederherstellung von Daten und Software, Betriebsunterbrechung und Telefonkosten.

Blättern Sie aber nun gerne weiter. Sie finden weitere Hinweise zu dem bereits in der letzten Ausgabe besprochenen Wegfall des Haftungsprivilegs für Prüferingenieure. Sehr interessant ist auch die Fragestellung: Ist eine Photovoltaikanlage ein Bauwerk im werkvertraglichen Sinne? Welche Auswirkung hat die Beantwortung dieser Frage auf die Honorierungsmöglichkeiten der Planung oder auf die Verjährung? Sie werden sehen – selbst auf höchstrichterlicher Ebene des BGH gibt es hierzu unterschiedliche Sichtweisen. Es ist deshalb besonders interessant, sich die beiden hier besprochenen Entscheidungen zweier Senate des Bundesgerichtshofs zu Photovoltaikanlagen näher anzusehen, um für den eigenen Einzelfall gewappnet zu sein.

Gewinnbringende Erkenntnisse beim Lesen wünscht Ihnen

Andreas Huth, Rechtsanwalt
Leiter Produktmanagement Haftpflicht Planung
HDI Versicherung AG
Hannover

Inhalt

3 Aktuell

Die bloße amtliche Zulassung des (Prüf-)Ingenieurs kann das Privileg der Amtshaftung nicht begründen

3 Basiswissen, Teil 16

Kostenermittlungen: Notwendigkeit und Termine können aus der Judikatur und der HOAI klar abgeleitet werden

4 Honorar

Photovoltaikanlagen können nur als fester Bestandteil der Ausrüstung des Bauwerks nach HOAI honoriert werden

5 Leistungshonorierungen nach

§ 10 HOAI gelten nur für tatsächlich schon fertiggestellte Leistungen

6 Kein HOAI-Honorar bei als zu gering empfundener pauschaler Entschädigung für Lösungsvorschläge im VOF-Verfahren

7 Haftung

Versetzung einer Tiefgaragenstütze: Architekt und Statiker für nicht mehr korrekt nutzbaren Stellplatz haftbar

8 Eine nachträglich fest installierte funktionelle Photovoltaikanlage unterliegt der fünfjährigen Haftung

9 Vergabe

Wertungspunkte für die Umrechnung des Preis-Leistungs-Verhältnisses müssen die relativen Preisabstände abbilden

11 Schadenfall

Detektion und Sanierung eines verborgenen Feuchteschadens an einem 50 bis 60 Jahre alten Flachdach

13 Sachverständige

Wegen grob fahrlässiger Mängel unbrauchbares Gerichtsgutachten muss gleichwohl vergütet werden

14 Büro

Die Verjährung oder Verwirkung von Honorarforderungen hängen vom jeweiligen Fälligkeitszeitpunkt ab

15 Silvester um 24 Uhr verjähren

gerichtlich nicht geltend gemachte HOAI-Honoraransprüche aus 2013

16 HDI-Informationssseite

Bildnachweis: Aesop Hannover; Fotograf: Olaf Mahlstedt photographie



Onlinemagazin

HDI INGLetter: Die komplette Ausgabe online finden Sie im Internet unter www.hdi.de/ingletter

Aktuell

Die bloße amtliche Zulassung des (Prüf-)Ingenieurs kann das Privileg der Amtshaftung nicht begründen

Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs zur privatrechtlichen Haftung von Prüfsachverständigen/staatlich anerkannten Sachverständigen/Prüfsachverständigen nach der Hessischen Bauordnung hat natürlich zu erheblichen Diskussionen innerhalb des Kreises der Sachverständigen und ihrer Berufsorganisationen geführt (BGH, Urte. v. 31. 03.2016; Az.: III ZR 70/15; BauR 7/2016, 1197 ff.) (vgl. INGLetter 3/Okttober 2016, Seite 3).

Beim exakten Lesen dieser Entscheidung kann man erkennen, dass der Bundesgerichtshof mit diesem Urteil seinen bisher verfolgten Weg konsequent fortsetzt, nach dem Dritte, zum Beispiel Ingenieure, Mediziner, oder Firmen, sich nicht auf das Privileg der Amtshaftung (§ 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG) berufen können, sondern direkt haften, wenn sie zwar im Interesse der präventiven staatlichen Bauaufsicht tätig, aber vom Bauherrn privat beauftragt werden.

Völlig richtig hat der Bundesgerichtshof in dieser seiner Entscheidung festgelegt, dass die bloße öffentlich-rechtliche Zulassung oder Anerkennung als Ingenieur, Tragwerksplaner usw. die Amtsträgerschaft und die Haftung nach § 839 BGB nicht begründen können, vielmehr auf eine konkrete Tätigkeit abzustellen sei.

Durch die sogenannte Privatisierung der Baugenehmigungsverfahren und die damit einhergehende neue Zuordnung hoheitlicher Tätigkeiten in den Verantwortungsbereich der Bauherrenschaft wird auch eine Haftungsreduzierung des Staates ausgelöst, der sich aus der präventiven Bauaufsicht durch eigenes Personal zurückzieht.

Dies bedeutet allerdings nicht, dass der Staat sich generell aus seiner bauaufsichtlichen Verantwortung verabschiedet, sondern nur, dass in jedem einzelnen Fall festzustellen ist, ob der Staat bestimmte Bauaufgaben "privatisiert" hat und deshalb nicht mehr hoheitlich tätig wird, mit der Konsequenz, dass die Haftungsprivilegierung von "Verwaltungshelfern" entfällt.

Die Trennlinie zwischen noch amtlichem Handeln mit Hilfe von privat beauftragten Prüfern und der damit einhergehenden Verabschiedung des Staates von der Bauaufsicht und der bloßen Unterstützung der Bauaufsicht durch Einschaltung von Sachverständigen, die die Bauherrenschaft ihrerseits beauftragen und bezahlen muss, ist nach den jeweiligen landesrechtlichen Vorschriften immer dort zu ziehen, wo sogenannte Freistellun-

gen mit parallel einhergehenden Prüfungsverpflichtungen durch Sachverständige geregelt sind. Nur im „Kleinbaubereich“ verabschiedet sich der Staat aus seiner präventiven Bauaufsichtspflicht, aber sicherlich nicht bei Großbauvorhaben, Sonderbauvorhaben oder bei gefahrenträchtigen Bauvorhaben. Hierzu wird im Einzelfall über die jeweiligen Vorschriften der Bauordnungen und des Baunebenrechts festzustellen sein, bis wohin eine Privatisierung der präventiven Bauaufsicht betrieben werden kann. Grob gesprochen kann die Grenze wohl gezogen werden bei freigestellten und lediglich anzeigebedürftigen Bauten, die der privaten Verantwortung und Bauaufsicht überantwortet werden können.

Basiswissen, Teil 16

Kostenermittlungen: Notwendigkeit und Termine können aus der Judikatur und der HOAI klar abgeleitet werden

Die Planung von Gebäuden und Ingenieurbauwerken bewegt sich immer in einem Spannungsfeld. Die Objekte sollen die an sie gestellten Anforderungen erfüllen, und sie sollen optisch oder gar künstlerisch ansprechend sein. Damit ist es aber nicht getan. Der Auftraggeber erwartet auch, dass die an den Planer gestellte Aufgabe im Rahmen des vorhandenen Kostenbudgets erfüllt wird.

Betrachtet man zurzeit die in Deutschland laufenden Großvorhaben, so könnte man den Eindruck gewinnen, dass insbesondere die öffentliche Hand beziehungsweise deren Planer die Kosten-sicherheit nicht als Hauptplanungsziel im Auge haben. Doch auch im Kleinen, auch bei privaten Bauvorhaben, erlebt man immer wieder, dass zu Beginn nicht klar über Kosten gesprochen oder ins Auge gefasste Baukosten nicht selten um ein Drittel überschritten werden. Verantwortlich für derartige Kostenüberschreitungen ist – im Kleinen wie im Großen – nie nur eine der Vertragsparteien. Da die Kostenverfolgung jedoch eine der vertraglichen Kardinalpflichten des Planers ist, muss er zwingend die Dinge in die Hand nehmen.

Aus der Rechtsprechung der Obergerichte und den Grundleistungen der HOAI lassen sich die Notwendigkeit und die Zeitpunkte der Kostenermittlungen und Kostenverfolgungen klar ableiten.

Die erste „Kostenermittlung“ steht am Beginn eines jeden Planungsvertrages. Wenn sich nicht schon aus einer Bedarfsplanung des Auftraggebers das für die Bauaufgabe zur Verfügung stehende Budget ergibt, so ist es die Verpflichtung des Planers, dieses Budget vom Bauherrn zu erfragen und damit den Rahmen des Bauvorhabens abzustecken. Zu berücksichtigen sind nicht nur vereinbarte Kostengrenzen, sondern auch festgestellte Kostenvorstellungen des Bauherrn (allg. Meinung, vgl. BGH, Urteil vom 21.03.2013, Az.: VII ZR 230/11; aktuell KG, Urteil vom 08.05. 2014, Az.: 27 U 50/13 oder OLG München, Urteil vom 16.12.2014, Az.: 9 U 491/14 Bau).

Selbstverständlich ist diese Budgetfestlegung auch schon im Rahmen der Grundlagenermittlung zu dokumentieren. Dies sollte eine Selbstverständlichkeit sein, wird aber in der Praxis erschreckend oft falsch gemacht: Wenn im Rahmen der Grundlagen-ermittlung Kosten beziehungsweise das Budget diskutiert und dokumentiert werden, so handelt es sich *nicht* um die anrechenbaren Kosten für die Honorarermittlung des Planers, sondern selbstverständlich um die gesamten Baukosten einschließlich aller Nebenkosten und einschließlich der Umsatzsteuer.



Autor



RA Prof. Dr. jur.
Hans Rudolf Sangenstedt

caspers mock Anwälte Bonn, Berlin,
Koblenz, Frankfurt, Köln, Saarbrücken
E-Mail: bonn@caspers-mock.de

Die Budgetfestlegung gehört, neben der Definition der grundlegenden Anforderungen an das Bauwerk, zu den Leistungszielen der Planung.

Die weitere Planung ist stets kostenmäßig mitzuverfolgen und überprüfend mit den Ausgangsbudgets zu vergleichen. In der Leistungsphase 2 ist die Kostenschätzung zu erstellen und *mit den finanziellen Rahmenbedingungen zu vergleichen*. In der Leistungsphase 3 folgen die Kostenberechnung und deren Abgleich mit der Kostenschätzung. (Die besondere Bedeutung der Kostenberechnung für die Honorarfrage wird Gegenstand eines eigenen Beitrages in dieser Reihe sein.)

Neu geschaffen mit der HOAI 2013 wurde eine weitere Kontrollstufe: In der Leistungsphase 6 ist der Planer bekanntermaßen zur Aufstellung von Leistungsverzeichnissen verpflichtet. Nach Buchstabe e) hat der Planer jetzt diese von ihm erstellten Leistungsverzeichnisse zu bepreisen und dann eine Kostenkontrolle gegen die Kostenberechnung durchzuführen. Der nächste Schritt folgt nach Eingang der Ausschreibungsergebnisse, die der Planer wiederum mit den von ihm bepreisten Leistungsverzeichnissen und der Kostenberechnung vergleichen muss. Schlussendlich folgt zum Abschluss der Baumaßnahme die Kostenkontrolle durch Überprüfen der Leistungsabrechnung der bauausführenden Unternehmen nebst finaler Kostenfeststellung.

Idealerweise bleiben die Kosten stets im anfangs vorgegebenen Budget. Zeigt sich schon in der frühen Phase der Planung, dass die Wünsche des Bauherrn nicht mit dem von ihm vorgegebenen Budget in Einklang zu bringen sind, so muss der Planer hierauf unmissverständlich hinweisen und eine Änderung des Budgets erwirken und dokumentieren. Gleiches gilt für spätere Planungsänderungen oder Zusatzwünsche. Eine Planungsleistung, die ein Bauwerk vorsieht, welches höhere Herstellkosten erfordert als vereinbart beziehungsweise vom Architekten erfragt, ist im juristischen Sinne mangelhaft. Der Architekt sieht sich hier jedenfalls Nacherfüllungsansprüchen ausgesetzt, im ungünstigeren Fall möglicherweise sogar nicht versicherten Schadenersatzansprüchen. (Die rechtlichen Folgen werden detailliert ebenfalls noch gesondert dargestellt.)

Bleibt die Frage, wie die Kosten zu ermitteln sind. Die anrechenbaren Kosten sind *nach allgemein anerkannten Regeln der Technik oder nach Verwaltungsvorschriften (Kostenvorschriften) auf der Grundlage ortsüblicher Preise* zu ermitteln. Vorrang haben *allgemein anerkannte Regeln der Technik* (Meurer/Rothermel in Korbion/Mantscheff/Vygen, HOAI, 9. Auflage 2016, Rn. 5). Die DIN 276 ist allgemein anerkannte Regel der Technik. Ihre Anwendbarkeit ergibt sich für die Leistungsbilder nach Teil 3 und 4, darüber hinaus aus den ausdrücklichen Vorgaben für die Grundleistungen in den entsprechenden Anlagen (so beispielsweise in der Anlage 10 für die Gebäude und Innenräume und

in Anlage 15 für die technische Gebäudeausstattung). Vertraglich sind abweichende Regelungen denkbar. Spätestens für die Abrechnung muss jedoch zur Ermittlung der anrechenbaren Kosten eine Aufgliederung nach den Kostengruppen der DIN 276 erfolgen (vgl. bspw. § 32 Abs. 2 und 3 HOAI). Zu verwenden ist die DIN 276 in der Fassung vom Dezember 2008.

Honorar

Photovoltaikanlagen können nur als fester Bestandteil der Ausrüstung des Bauwerks nach HOAI honoriert werden

Nach wie vor ist die Installation von Photovoltaikanlagen auf Bestandsgebäuden attraktiv, obwohl die Einspeisevergütung reduziert worden ist. Ohne Zweifel müssen derartige Anlagen auch geplant, ausgeschrieben, vergeben und objektüberwacht werden. Das Tragwerk eines Bestandsgebäudes ist unter dem Aspekt zu überprüfen, ob die Photovoltaikanlage die Tragwerkslösung berührt und gegebenenfalls das Tragwerk optimiert werden muss. Alle diese Aufgaben sind klassische Ingenieuraufgaben, wenn der Bauherr nicht zu im Handel vorhandenen fertigen Anlagen greift, die für Dachflächen standardisiert zugeschnitten sind.

Die Planung einer Photovoltaikanlage auf einem Dach zur Ausrüstung eines neuen Hauses oder bestehenden Ingenieurbauwerkes mit einer Eigenstromversorgungsanlage gehört zur technischen Ausrüstung des Objektes, weshalb die Eigenstromanlage auch für den Objektplaner und für den Tragwerksplaner in die anrechenbaren Kosten des Objekts fällt und deren Kostenbasis zur Honorarerhebung erhöht. Die Eigenstromanlage fällt aber auch in den Anwendungsbereich des Paragraphen 53 Absatz 2 Ziffer 4 der HOAI von 2013 (Starkstromanlagen) und ist deshalb auch die Basis der Abrechnung dieser Anlage nach Paragraph 56 der HOAI.

Die Photovoltaikanlage ist Bestandteil der Kostengruppe 442 der DIN 276-1, mithin hat der Ordnungsgeber ab der HOAI 2009 (und natürlich auch in der HOAI 2013) die DIN 276-1: 2008-12 zur Grundlage gemacht, weshalb aus dieser DIN die Kosten der Kostengruppe 400 dem TGA-Planer einer Eigenstromversorgungsanlage zukommen. So betrachtet ist die Eigenstromanlage Bestandteil eines Bauwerks, deren Vergütung sich nach der HOAI richtet. Die Haftung für die Fehlerfreiheit der geplanten Photovoltaikanlage richtet sich nach Paragraph 633 des Bürgerlichen Gesetzbuches. Mängelansprüche verjähren nach Paragraph 634a Absatz 1 Ziffer 2 des Bürgerlichen Gesetzbuches auch für die Photovoltaikanlage in fünf Jahren. Keine Besonderheit also.

Anders sieht die Sache allerdings aus, wenn auf Gebäuden, Bestandsgebäuden oder Ingenieurbauwerken Photovoltaikanlagen geplant und errichtet werden, die eben nicht der Eigenstromversorgung dienen sollen. Für diesen Fall gibt die HOAI keine Abrechnungsgrundlage vor, denn nach Paragraph 2 Absatz 1 der HOAI fehlt dem TGA-Planer der gedankliche Anknüpfungspunkt für die Abrechnung seiner Leistungen, nämlich die Planung eines Objektes, worunter Gebäude, Innenräume, Freianlagen, Ingenieurbauwerke oder Verkehrsanlagen fallen. Objekte sind auch Tragwerke und Anlagen der Technischen Ausrüstung, aber eben nur der Ausrüstung von Objekten. Die Planung und Errichtung einer Photovoltaikanlage, die vom Objekt unabhängig betrieben wird und diesem nicht dient, stellt selbst kein Bauwerk dar. Die Photovoltaikanlage selbst ist auch bei ingenieurtechnischer Betrachtung, kein Bauwerk. Ein Bauwerk ist eine unbewegliche, durch die Verbindung mit dem Erdboden hergestellte Sache



Autor



RA Dr. jur. Wolfgang Weller

caspers mock Anwälte Bonn, Berlin,
Koblenz, Frankfurt, Köln, Saarbrücken
E-Mail: weller@caspers-mock.de

(BGH, NZBau 2014, 558 ff.). Erfasst werden hierüber sämtliche Leistungen, die der Herstellung, Erneuerung oder dem Umbau des Gebäudes dienen, wenn sie für die Konstruktion, den Bestand, die Erhaltung oder Nutzbarkeit des Gebäudes von wesentlicher Bedeutung sind. Die hierzu erforderlichen Planungs- oder Überwachungsleistungen unterliegen, genau wie die Bauleistungen selbst, immer einer fünfjährigen Gewährleistungszeit. Dies ist aber eine Besonderheit, denn die Regelgewährleistungszeit nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch beträgt drei Jahre. Ist deshalb eine Photovoltaikanlage keine Eigenstromversorgungsanlage, so ist sie auch nicht Bestandteil des Gebäudes, sie ist auch selbst kein Bauwerk. Die Photovoltaikanlage hat keine eigene Verbindung zum Erdboden und dient nicht der Herstellung des Gebäudes oder der Nutzung des Gebäudes.

Das Oberlandesgericht Schleswig (Hinweisbeschluss vom 26.08.2015, Az.: 1 U 154/14) erklärt ausdrücklich, das Photovoltaikanlagen als Einnahmequelle geplant und errichtet werden und allein aus Zweckmäßigkeitserwägungen auf Dächer gebaut werden. Auch wenn diese Anlagen bei der Montage oder bei der späteren Demontage eines Eingriffs in die Gebäudesubstanz bedürfen, wird dadurch die Photovoltaikanlage nicht zu einem Objekt/Bauwerk/Ingenieurbauwerk im Sinne der HOAI. Die Photovoltaikanlage dient weder der Herstellung des Gebäudes, noch ist sie für die Nutzung eines Bestandsgebäudes wesentlich. Dies hat zur Konsequenz, dass für derartige Photovoltaikanlagen eine lediglich dreijährige Gewährleistungszeit vorliegt, auch wenn bei der Errichtung der Anlage in die Altsubstanz des Gebäudes eingegriffen werden muss und gegebenenfalls Teile der Anlage im Gebäude untergebracht worden sind.

Das Gericht hat sich auch sehr intensiv mit der Frage auseinandergesetzt, ob bei einer fehlerhaften Montage einer Photovoltaikanlage nicht doch auch Bauleistungen erbracht worden wären, weshalb für Fehler bei der Montage, die sich in Objektfehlern niederschlagen, eine fünfjährige Gewährleistungszeit in Betracht käme. Dies verneint das Gericht richtigerweise, denn es erklärt, dass der Fehler bei der Lieferung und Montage der Photovoltaikanlage vom Vertrag über die Photovoltaikanlage oder deren Planung erfasst wird und dieser Vertrag nach Abnahme nun einmal eine nur dreijährige Haftungszeit auslöst.

Damit stellen Photovoltaikanlagen, die nicht der Eigenstromversorgung dienen und auf ein Dach gestellt werden, weder Bauwerke, noch Ingenieurbauwerke dar, und sie sind mithin auch keine Technische Ausrüstung des Gebäudes/Ingenieurbauwerkes im Anwendungsbereich der HOAI.

Es bietet sich allerdings an, die Planung, Ausschreibung, Vergabe und Überwachung großer Photovoltaikanlagen analog zur HOAI abzurechnen und hierüber eine Vereinbarung zu treffen (vgl. auch DEUTSCHES INGENIEURBLATT, Ausgabe 4/2013, Seiten 54 und 55).

Fazit:

Die Honorierung der Photovoltaikanlage über die HOAI findet nur Berücksichtigung, wenn sie tatsächlich der Ausrüstung des Gebäudes/Ingenieurbauwerkes zuzuordnen ist, nicht dagegen, wenn Anlagen auf Bestandsgebäude lediglich aufgesetzt werden. Einen Vorteil hat aber die Betrachtung zumindest, dass nämlich die Haftung für die Planung und Errichtung von Photovoltaikanlagen auf Objekte auf drei Jahre begrenzt ist und nicht fünf Jahre dauert. (Vergleiche aber: Bundesgerichtshof, Urt. v. 02.06.2016, siehe auch Seite 8: Eine nachträglich fest installierte funktionelle Photovoltaikanlage unterliegt der fünfjährigen Haftung).

RA Prof. Dr. Hans Rudolf Sangenstedt

Honorar

Leistungshonorierungen nach § 10 HOAI gelten nur für tatsächlich schon fertiggestellte Leistungen

Einem Ingenieur, der mit der Objektüberwachung betraut ist, steht wegen des Umfangs der Mängel vor Abnahme und Mängelbeseitigungsaufwandes kein nachträglicher Anspruch auf eine gesonderte Vergütung zu, soweit seine Tätigkeit im Zusammenhang mit der Mängelbeseitigung zu keiner Wiederholung bereits abgeschlossener Grundleistungen führt.

2. Das gilt auch, wenn zur Mängelbeseitigung an Unternehmer neue Aufträge erteilt werden, weil die Aufgabe des Ingenieurs/Architekten bei der Objektüberwachung sich nicht auf bestimmte Unternehmer, sondern auf die Herstellung eines bestimmten Werks beziehen.

BGB §§ 634 Nr. 4 280 Abs. 1, 249;

HOAI a.F. §§ 15, 73;

OLG Stuttgart, Urt. v. 08.12.2015 (Az.: 10 U 132/13);

BauR 10/2016, 1792 ff.

Aus den Gründen

Die Firma B. hatte schon deshalb keinen Anspruch auf zusätzliche Vergütung, weil die bereits ursprünglich beauftragte Leistung Objektüberwachung nach der HOAI pauschal vergütet wird, unabhängig davon, ob ein am Bau Beteiligter besonders mangelhaft arbeitet mit der Folge, dass auch die Überwachung umfangreicher Nachbesserungsarbeiten vom Honorar umfasst ist. Dabei macht es keinen Unterschied, ob die Nachbesserungsarbeiten deshalb erforderlich werden, weil der vom Sonderfachmann überwachte Handwerker einen Mangel selbst verursacht hat oder weil die Nachbesserungsarbeiten auf Grund des Mangels eines Vorgewerks erforderlich werden.

Der Firma B. stand – unabhängig von der Frage, ob sie für die von der Planung abweichende Ausführung der von ihr zu überwachenden Unternehmer verantwortlich ist – auch unter dem jedenfalls für nachträgliche Planungsänderungen anerkannten Gesichtspunkt der Wiederholung von Grundleistungen keine zusätzliche Vergütung zu, weil diese nur dann zu einem Anspruch auf zusätzliche Vergütung führen kann, wenn es nach Eintritt des Gesamterfolgs der jeweiligen Leistungsphase zu Änderungen kommt. Dies war hier in Bezug auf die Grundleistungen der Leistungsphase 8 des Paragraphen 73 der HOAI (a.F.) nicht der Fall, da der Fassadenaustausch beschlossen wurde, bevor die Leistungsphase 8 abgeschlossen war. Dass die Klägerin den ausführenden Unternehmen (zumindest teilweise) Nachtragsaufträge hierfür erteilte, ändert nichts daran, dass es sich bei den zu überwachenden Arbeiten um Mängelbeseitigungsarbeiten handelte.

Da der Firma B. somit, unabhängig von der Frage, ob sie für die von der Planung abweichende Ausführung verantwortlich zu machen ist, für die Überwachung der Nachbesserungsmaßnahmen kein zusätzliches Honorar zustand, geht es hier nicht um die Wahlfreiheit des Bestellers, welchen von mehreren für einen Baumangel Haftenden er in Anspruch nehmen möchte, sondern um die Frage der Erforderlichkeit der geltend gemachten mangelbedingten Aufwendungen.

Diese ist zu verneinen, wenn dem Sonderfachmann, unabhängig von der Frage der Verantwortlichkeit für die zusätzlich

erbrachte Leistung, auch für die Bauherrin erkennbar schon aus Rechtsgründen kein zusätzlicher Vergütungsanspruch zusteht.

Soweit die Klägerin in ihrem nachgelassenen Schriftsatz vorträgt, der für die Bauüberwachung zuständige Herr S. habe reklamiert, dass ein mit der Rasterverschiebung verbundener zusätzlicher Aufwand entstehe, der von dem ursprünglichen Pauschalhonorar nicht erfasst sei, vermag sie damit nicht durchzudringen. Wird eine bestimmte Leistung bereits nach dem Ursprungsvertrag geschuldet und bezahlt, so kann der Auftragnehmer dieselbe Leistung in der Regel nicht ein zweites Mal auf Grund einer Nachtragsvereinbarung bezahlt verlangen. So lag es auch hier. Es gehört bereits zum Leistungsbild der Leistungsphase 8, Mängel zu überwachen. Das musste der Klägerin auch vor der Nachtragsvereinbarung klar gewesen sein. Erstattungsfähig im Rahmen des Schadenersatzes sind nur die erforderlichen Kosten, nicht aber eine darüber hinausgehende Vergütung. Wenn sich die Klägerin mit einer solchen, ersichtlich nicht geschuldeten zusätzlichen Vergütung der Firma B. in vertragsändernder Weise einverstanden erklärt, kann sie die daraufhin erfolgte Zahlung später nicht als Schadenersatzanspruch geltend machen.

Kommentierung

Zwar regelt die HOAI in Paragraph 10, dass Leistungsänderungen oder Leistungswiederholungen gesondert zu vergüten sind, dies gilt allerdings nur dann, wenn die Leistungen bereits tatsächlich fertiggestellt worden sind. Eine Leistungshonorierung kommt deshalb nur dann in Betracht, wenn die "wiederholte" Leistung gar keine echte Wiederholungsleistung ist, sondern die Erfüllung der ursprünglichen Leistung (hier: Objektüberwachung). So bitter dies auch ist: Wechselt der Bauherr ein Unternehmen aus, das fehlerhaft arbeitet, oder muss ein nicht ausgewechselter Unternehmer Fehlerbeseitigungen vornehmen, bleibt der Objektüberwacher in seiner Objektüberwachungspflicht, wenn eine Grundleistung, die in den Grundleistungskatalogen der Anlagen zu den Leistungsbildern aufgeführt sind, noch nicht fertiggestellt (abgeschlossen) sind.

RA Prof. Dr. Hans Rudolf Sangenstedt

Honorar

Kein HOAI-Honorar bei als zu gering empfundener pauschaler Entschädigung für Lösungsvorschläge im VOF-Verfahren

Hat sich ein Architekt oder Ingenieur an einem nach der Vergabeordnung für freiberufliche Dienstleistungen (VOF) durchgeführten, dem vierten Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) unterliegenden Vergabeverfahren beteiligt, in dem für über die Bearbeitung der Angebotsunterlagen hinausgehende Leistungen eine pauschale Vergütung als abschließende Zahlung vorgesehen ist, kann er die Bindung an diese Vergütung nur durch Rüge gegenüber dem Auftraggeber und Einleitung eines vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahrens beseitigen. Unterlässt er dies, stehen ihm keine weitergehenden Honoraranprüche für die in Rede stehenden Leistungen zu. Das gilt unabhängig davon, ob eine Vergütung als zu gering und deshalb als nicht angemessen im Sinne des Paragraphen 13 III der VOF (2009) beanstandet wird, oder ob der Auftraggeber nach Ansicht des Bieters im Vergabeverfahren als Angebot nach der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI) mit einem höheren Betrag zu vergütende Lösungsvorschläge für die Planungsaufgabe verlangt hat.

GWB §§ 102 ff.;
VOF (2006) §§ 15I, II, 24 III; VOF §§ 13 II, III, 20 III;
BGH, Urt. v. 19.04.2016 (Az.: X ZR 77/14 (OLG Frankfurt a.M.); NZBau 6/2016, 368 ff.

Nach Paragraph 77 Absatz 2 der Vergabeverordnung (VgV) hat die Vergabestelle unter der Forderung, dass die Bewerber Entwürfe, Pläne, Zeichnungen, Berechnungen oder andere Unterlagen ausarbeiten sollen, einheitlich für alle Bewerber eine angemessene Vergütung festzusetzen. Hierbei sollen gesetzliche Gebühren- und Honorarverordnungen und der Urheberrechtsschutz unberührt bleiben. Soweit Lösungsvorschläge für eine Planungsaufgabe abverlangt werden, so sind diese Lösungsvorschläge der Bieter nach der HOAI zu vergüten. Genauso war dies nach den alten Vergabeverfahren noch unter der Wirksamkeit von Paragraph 13 Absatz 3 oder Paragraph 20 Absatz 3 der VOF. Mithin müssen die Bewerber prüfen, ob die Festsetzung der einheitlichen Bearbeitungsgebühr in Übereinstimmung mit der einschlägigen Honorarordnung steht, also der HOAI. Ist dies nicht der Fall und geht der Bewerber hiergegen vor, muss er die Besonderheit des Vergabeverfahrens beachten.

Die Frage, ob eine von der Vergabestelle vorgesehene Entschädigungsklausel für Leistungen, die in den Regelungsinhalt der HOAI fallen, auch nach den HOAI-Mindestsätzen gerecht vergütet werden müssen, ist umstritten. Wer sich um eine Vergabe bewirbt, erklärt damit nämlich gleichzeitig auch, dass er die vorgesehene Bearbeitungsgebühr akzeptieren würde. Nach den geltenden Rechtsprechungen der Oberlandesgerichte, die nicht einheitlich ist, ist bereits streitig, ob die Durchsetzung eines Mindesthonorars vor Zivilgerichten überhaupt möglich ist, ob das Mindestsatzhonorar wirksam in VOF-Verfahren abbedungen werden kann und ob deshalb im Rahmen des Paragraphen 20 Absatz 3 der VOF (jetzt Paragraph 77 Absatz 2 VgV) die ausgelobte Bearbeitungsgebühr HOAI-konform sein muss.

Eines zumindest hat der Bundesgerichtshof jetzt rechtswirksam entschieden. Diejenigen Bieter, die in der festgesetzten Bearbeitungsgebühr eine am Maßstab der HOAI gemessene unzureichende Vergütung erkennen, müssen dies sofort gegenüber der Vergabestelle rügen und, soweit der Rüge nicht abgeholfen wird, die Vergabekammer anrufen. Unterlässt dies der Bewerber beziehungsweise versäumt er die hierzu notwendigen Fristen, ist der Weg, später nach Abschluss des Vergabeverfahrens in eine Detailvergabeprüfung zu treten, mit dem Ziel, nun HOAI-gerecht vergütet zu werden, ausgeschlossen. Unterlässt es also der Bewerber, die festgesetzte Bearbeitungsgebühr einem vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren zu unterwerfen, kann er später nicht mehr die Anhebung der ausgelobten Bearbeitungsgebühr auf HOAI-Mindestsatz in einem Verfahren vor allgemeinen Gerichten verlangen. Dies, so der Bundesgerichtshof, könne nicht richtig sein, wenn zuvor der Bieter die festgesetzte Bearbeitungsgebühr akzeptiert habe und später versuchen würde, zivilrechtlich über die Höhe der Vergütung Prozesse zu führen. Nimmt deshalb der Bewerber seine Ansprüche, die ihm vermeintlich nach HOAI zustehen, weil die Bearbeitungsgebühr nicht HOAI-konform ist, nicht innerhalb eines Nachprüfungsverfahrens wahr, ist er mit Nachforderungen ausgeschlossen.

Der Bundesgerichtshof weist weiter darauf hin, dass die Nachprüfungsinstanzen auch die Aufgabe hätten festzustellen, ob die festgesetzte Entschädigung im Einklang mit den einschlägigen Honorarordnungen, hier also der HOAI, stünden. Sofern eine Vergütung nicht angemessen sei, weil sie HOAI-widrig oder generell nicht angemessen sei, müssen die Vergabestelle oder gegebenenfalls die Nachprüfungsinstanzen, also die Vergabekammer

und die Rechtsmittelinstanz, nämlich das Oberlandesgericht, die Fortsetzung des Vergabeverfahrens zu den angefochtenen rechtswidrigen Konditionen untersagen. (Siehe auch: INGLetter Oktober 2016, Seite 6.)

RA Prof. Dr. Hans Rudolf Sangenstedt

Haftung

Versetzung einer Tiefgaragenstütze: Architekt und Statiker für nicht mehr korrekt nutzbaren Stellplatz haftbar

1. Die Planung eines Architekten ist fehlerhaft, wenn ein Tiefgaragenstellplatz mit einem Mittelklassefahrzeug nicht ohne Inanspruchnahme eines anderen Stellplatzes befahrbar ist und der nach öffentlich-rechtlichen Vorschriften (§ 119 SBauVO NW) vorgeschriebene Einfahrtstradius nicht eingehalten ist.

2. Auch wenn die mangelhafte Planung auf einer Vergabe des Statikers beruht (Versetzen einer tragenden Stütze in der Tiefgarage), ist der Architekt von seiner Haftung nur frei, wenn er seinen Auftraggeber auf die fehlende Nutzbarkeit des Stellplatzes hinweist und dieser das Risiko der Planung übernimmt.

3. Die Leistung eines Tragwerkplaners ist mangelhaft, wenn er das Versetzen einer tragenden Stütze aus statischen Gründen als "zwingend notwendig" bezeichnet, eine statische Notwendigkeit aber tatsächlich nicht besteht, und wenn durch das Versetzen der Stütze ein Tiefgaragenstellplatz nicht mehr den Anforderungen der öffentlich-rechtlichen Vorschriften entspricht und mit einem Mittelklassefahrzeug nicht ohne Inanspruchnahme eines anderen Stellplatzes befahrbar ist.

4. Zur Beratung in statisch-konstruktiver Hinsicht gehört auch die Berücksichtigung von Folgen der Tragwerksplanung auf die Wirtschaftlichkeit und Gebrauchsfähigkeit des Bauwerks. Der Tragwerkplaner muss zwar nicht von sich aus die Auswirkungen einer aus statischer Sicht erteilten Empfehlung auf die Nutzbarkeit der Tiefgaragenstellplätze erkennen und berücksichtigen. Wird er aber auf die Einschränkung der Nutzbarkeit des Stellplatzes hingewiesen, muss er überprüfen und zutreffend darüber beraten, ob die von ihm vorgeschlagene Lage der Stütze tatsächlich aus statischer Sicht zwingend ist.

BGB §§ 634 Nr. 4, 280, 281;
SBauVO NW;
OLG Köln, Urt. v. 24.2.2016 (Az.: 16 U 50/15);
BauR 9/ 2016, 1512 ff.

Aus den Gründen

Die Planung des Beklagten zu 2 (Architekt) ist mangelhaft. Der Beklagte zu 2 hat – wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat – einen Stellplatz in der Tiefgarage aufgrund von Vorgaben des Statikers so geplant, dass er ohne Inanspruchnahme eines weiteren Stellplatzes nur noch mit einem Kleinwagen befahren werden kann und dass die nach der Garagenverordnung von NRW vorgeschriebenen Abmessungen nicht mehr eingehalten sind.

Der Architekt schuldet eine den öffentlich-rechtlichen Vorschriften entsprechende dauerhaft genehmigungsfähige Planung. Ferner schuldet er die Planung eines mangelfreien Bauwerks. Die Planung eines Architekten ist auch dann mangelhaft, wenn sie den von den Vertragsparteien vorausgesetzten Zweck nicht

erfüllt, eine mangelfreie Veräußerung des plangemäß errichteten Werks an die Erwerber zu ermöglichen.

Dem entspricht die Planung des Beklagten zu 2 nicht.

Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme steht fest, dass der Stellplatz 11 aufgrund der jetzigen Position der Stütze nicht mit einem Mittelklassefahrzeug nutzbar ist und auch nicht der seinerzeit geltenden Garagenverordnung NRW (jetzt: §§ 115 ff. Sonderbauverordnung NRW (SBauVO)) entspricht.

Die Haftung des Beklagten scheidet auch nicht deshalb aus, weil er die Klägerin auf die Risiken seiner Planung hingewiesen und diese das Risiko, die Planung werde ihren Zweck, eine mangelfreie Errichtung des Bauwerks und der Tiefgarage, nicht erfüllen, übernommen hat. Eine solche vertragliche Risikoübernahme ist möglich, setzt aber voraus, dass der Auftraggeber Bedeutung und Tragweite des in der Abänderung der Planung liegenden Risikos erkannt hat.

Auch die Planung des Beklagten zu 1 (Tragwerksplaner) ist mangelhaft.

Dem Beklagten zu 1 ist allerdings nicht vorzuwerfen, dass seine Berechnungen des Unterzuges und der Stütze unter dem Gesichtspunkt der Standsicherheit unzutreffend ist. Der Sachverständige Dr. Ing. N hält aus statischer Sicht die Planung des Beklagten zu 1 für günstiger als den ursprünglichen Standort.

Der Planungsfehler des Beklagten zu 1 liegt aber darin, dass er trotz Kenntnis der negativen Auswirkungen des Standorts der Stütze für die Benutzbarkeit des Stellplatzes und Nachfrage des Beklagten zu 2 erklärt hat, dass die Stütze an der fraglichen Stelle stehen müsse, obwohl dies nach dem Ergebnis des gerichtlichen Gutachtens aus statischer Sicht nicht notwendig war.

Der Annahme eines Mangels in der Tragwerksplanung steht nicht entgegen, dass die Verantwortung des Tragwerkplaners auf die statischen Belange beschränkt sei, er die Nutzbarkeit der Stellplätze daher nicht zu überprüfen habe und er sich über die bauordnungsrechtlichen Anforderungen an die Stellplatzbreite keine Gedanken machen müsse. Die diesen Entscheidungen zugrunde liegenden Sachverhalte sind schon deshalb nicht vergleichbar, weil im vorliegenden Fall dem Beklagten zu 1 die Bedenken im Hinblick auf die Nutzbarkeit des Stellplatzes mitgeteilt worden waren und seine Auskunft, die Änderung sei aus statischen Gründen zwingend, in fachlicher Hinsicht unzutreffend war. Der Beklagte zu 1 war in die Gespräche über die Auswirkungen der von ihm geforderten Änderungen bei den Stützen auf die Befahrbarkeit des Stellplatzes 11 eingebunden. Nach seinem eigenen Vorbringen war er bei einer Besprechung im Büro des Beklagten zu 2 mit dem Mitarbeiter der Klägerin über die Änderung der Stützen selbst anwesend.

Kommentierung

Grundsätzlich ist der als Objektplaner tätige Architekt planerisch dafür verantwortlich, dass Stellplätze in ausreichender Zahl und für Mittelklassefahrzeuge ohne Inanspruchnahme anderer Stellplätze im Objekt befahrbar sein müssen. Hierzu müssen die vorgeschriebenen Einfahrtstradien der Verordnung über Bau und Betrieb von Sonderbauten NW (Sonderbauverordnung, SBauVO NW) eingehalten werden. Soweit ist die Sache einfach.

Was aber, wenn der Tiefgaragenstellplatz wegen einer Stütze, die ursprünglich in der Planung des Architekten nicht vorgesehen war, die der Tragwerksplaner aber als "zwingend notwendig"

bezeichnet hat, nur eingeschränkt nutzbar wird? Für diesen Fall erklärt das Oberlandesgericht Köln, der Architekt als Objektplaner sei von seiner Verantwortung nur dann frei, wenn er den Erwerber des Stellplatzes klipp und klar darauf hingewiesen hat, dass der von ihm erworbene Stellplatz nur eingeschränkt nutzbar sei. Durch diese Erklärung würde das Risiko der Planung vom Objektplaner auf den Erwerber des Stellplatzes übergehen.

Geschieht diese Risikoverlagerung nicht, bleibt der Objektplaner weiter in der Verantwortung. Allerdings würde auch der Tragwerksplaner gesamtschuldnerisch mithaften, wenn er in Abweichung von der Architektenplanung eine tragende Stütze aus statischen Gründen als "zwingend notwendig" bezeichnet hatte, wenn einerseits durch diese Stütze ein Tiefgaragenstellplatz nicht mehr den Anforderungen der öffentlich rechtlichen Vorschriften entspricht und andererseits damit nicht ohne Inanspruchnahme anderer Stellplätze genutzt werden kann.

Das Gericht kommt deshalb zu diesem seinen Ergebnis, weil der Tragwerksplaner zur Beratung in statisch-konstruktiver Hinsicht verpflichtet ist. Er muss auf die Folgen einer Tragwerksplanung und deren Einfluss auf die Wirtschaftlichkeit und Gebrauchsfähigkeit eines Bauwerks hinweisen. Zwar braucht der Tragwerksplaner nicht von sich aus auf die Auswirkungen einer aus statischer Sicht erteilten Empfehlung auf die Nutzbarkeit eines Tiefgaragenplatzes hinzuweisen, und muss dies auch bei seiner Planung nicht berücksichtigen, wird er aber auf die Einschränkung der Nutzbarkeit eines Stellplatzes hingewiesen, etwa durch den Objektplaner, ist es seine Pflicht, zu überprüfen und zutreffend darüber zu beraten, ob die von ihm vorgeschlagene Lage einer Stütze tatsächlich aus statischer Sicht zwingend ist. Ist sie dies nicht, haftet er mit.

In jedem Falle, so das Gericht, haftet der Tragwerksplaner, wenn die ursprünglich durch den Objektplaner vorgesehene Stütze aus Gründen der Standsicherheit versetzt wurde, obwohl eine Versetzung von der ursprünglich geplanten Positionierung der Stütze gar nicht notwendig war, vielmehr andere statische Vorkehrungen hätten getroffen werden können.

RA Prof. Dr. Hans Rudolf Sangenstedt

Haftung

Eine nachträglich fest installierte funktionelle Photovoltaikanlage unterliegt der fünfjährigen Haftung

1. Die lange Verjährungsfrist des § 634a I Nr. 2 BGB von fünf Jahren für Arbeiten bei Bauwerken findet für die nachträgliche Einrichtung einer Photovoltaikanlage auf dem Dach einer Tennishalle Anwendung, wenn die Photovoltaikanlage zur dauernden Nutzung fest eingebaut wird, der Einbau eine grundlegende Erneuerung der Tennishalle darstellt, die einer Neuerrichtung gleich zu achten ist, und die Photovoltaikanlage der Tennishalle dient, indem sie eine Funktion für diese erfüllt.

2. Eine auf dem Dach einer Tennishalle nachträglich errichtete Photovoltaikanlage erfüllt eine Funktion für die Tennishalle, wenn die Tennishalle auf Grund einer Funktionserweiterung zusätzlich Trägerobjekt einer Photovoltaikanlage sein soll. Unerheblich ist, dass die Photovoltaikanlage der Stromversorgung der Tennishalle nicht dient (Fortführung von BGH, NJW-RR 1998, 89 = NJW 1998, 1140 Ls. = BauR 1997, 1018; Abweichung von BGH, NJW 2014, 845 = NZBau 2014, 558 = NZM 2014, 407).

BGB § 634a I Nr. 2;
BGH, Urt. v. 02.06.2016 (Az.: VII ZR 348/13);
(OLG München) NZBau 9/2016, 558 ff.

Aus den Gründen

Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH zu § 638 I BGB a.F. gilt die fünfjährige Verjährung "bei Bauwerken", wenn das Werk in der Errichtung oder der grundlegenden Erneuerung eines Gebäudes oder eines anderen Bauwerks besteht, wobei unter grundlegender Erneuerung Arbeiten zu verstehen sind, die insgesamt einer ganzen oder teilweisen Neuerrichtung gleich zu achten sind. Erfasst sind auch Umbauarbeiten an einem bereits errichteten Bauwerk, wenn sie für Konstruktion, Bestand, Erhaltung oder Benutzbarkeit des Gebäudes von wesentlicher Bedeutung sind und wenn die eingebauten Teile mit dem Gebäude fest verbunden werden. Für die Zuordnung einer Werkleistung zu den Arbeiten bei Bauwerken ist neben der Bestimmung zur dauernden Nutzung die für Bauwerke typische Risikolage entscheidend, welche der Grund für die längere Verjährungsfrist ist. In den Motiven zum BGB ist als Begründung für die fünfjährige Verjährung angegeben, dass Mängel bei Bauwerken häufig erst später erkennbar werden, jedoch regelmäßig innerhalb von fünf Jahren auftauchen (Motive II 489). Es geht dabei typischerweise um die späte Erkennbarkeit von Mängeln aus Gründen der Verdeckung durch aufeinanderfolgende Arbeiten einerseits sowie der Witterung und Nutzung andererseits (vgl. BGH, NZBau 2013, 161 = NJW 2013, 601 = ZfBR 2013, 243 = BauR 2013, 596 Rn. 17f. mwN; BT-Drs. 14/6040, 227).

Die Installation einer technischen Anlage zählt zu diesen Arbeiten, wenn die Anlage nicht bloß in dem Gebäude untergebracht wird, sondern der Errichtung oder der grundlegenden Erneuerung des Gebäudes dient, in das sie eingefügt wird (vgl. BGH, NJW-RR 1998, 89 = NJW 1998, 1140 Ls. = ZfBR 1998, 22 = BauR 1997, 1018 [1019]).

Die von der Beklagten gelieferte Photovoltaikanlage wurde nicht nur aufgestellt, sondern auf und in der Tennishalle zur dauernden Nutzung fest eingebaut (vgl. BGH, NJW 1999, 2434 = ZfBR 1999, 187 = BauR 1999, 670 [671]). Durch die Vielzahl der verbauten Komponenten ist die Photovoltaikanlage so mit der Tennishalle verbunden, dass eine Trennung von dem Gebäude nur mit einem erheblichen Aufwand möglich ist. Ob die Photovoltaikanlage damit ein wesentlicher Bestandteil des Gebäudes wurde (§ 94 II BGB), ist ohne Bedeutung (vgl. BGH, NZBau 2013, 161 = NJW 2013, 601 = ZfBR 2013, 243 = BauR 2013, 596 Rn. 20).

Der Einbau der Photovoltaikanlage stellt eine grundlegende Erneuerung der Tennishalle dar, die insgesamt einer ganzen oder teilweisen Neuerrichtung gleich zu achten ist. Das folgt aus den erheblichen Eingriffen in das Dach und in die Gebäudeaußenhaut, die notwendig waren, um die Photovoltaikanlage windsicher einzubauen sowie die Witterungsbeständigkeit und Statik des Gebäudes zu sichern. Durch die Vielzahl der Eingriffe in die Gebäudesubstanz, die schwere Erkennbarkeit von Mängeln durch aufeinander abgestimmte Arbeiten und die der Witterung ausgesetzte Nutzung liegt die typische Risikolage vor, die den Gesetzgeber veranlasst hat, für Arbeiten bei einem Bauwerk eine Verjährungsfrist von fünf Jahren vorzusehen. Schließlich dient der Einbau der Photovoltaikanlage der Tennishalle. Klarstellend weist der Senat darauf hin, dass eine Photovoltaikanlage zudem selbst als Bauwerk zu qualifizieren sein kann.

Nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats können technische Anlagen selbst als Bauwerk angesehen werden. Das setzt voraus, dass die technische Anlage mit dem Erdboden

unmittelbar oder mittelbar über ein Gebäude fest verbunden ist, ohne dass es sich um wesentliche Bestandteile (§§ 93, 94 BGB) handeln muss. Es genügt eine Verbindung der Anlage mit dem Erdboden oder dem Gebäude allein durch ihr Gewicht, sodass eine Trennung nur mit einem größeren Aufwand möglich ist. Schließlich muss eine dauernde Nutzung der technischen Anlage beabsichtigt sein. Für die Bedeutung dieser Voraussetzungen ist entscheidend darauf abzustellen, ob Vertragszweck die Erstellung einer größeren ortsfesten Anlage mit den spezifischen Bauwerksrisiken ist, die der gesetzlichen Regelung zur langen Verjährungsfrist zu Grunde liegen (vgl. BGH, NJW 1999, 2424 = ZfBR 1999, 187 = BauR 1999, 670 [671]; NJW 1997, 1982 = ZfBR 1997, 198 = BauR 1997, 640 [641]).

Soweit der VIII. Zivilsenat ausgeführt hat, die auf dem Dach einer Scheune angebrachte Photovoltaikanlage sei mangels Verbindung mit dem Erdboden selbst kein Bauwerk (BGH, NZBau 2014, 558 = NJW 2014, 845 = DNotZ 2014, 434 = NZM 2014, 407 = ZfBR 2014, 137 Rn. 21), entspricht dies nicht der Rechtsprechung des erkennenden Senats. Dieser hat entschieden, dass mit einem Gebäude fest verbundene technische Anlagen ein Bauwerk darstellen können (für eine Elektro-Hängebahn in einer Werkhalle: BGH, NJW 1997, 1982 = ZfBR 1997, 198 = BauR 1997, 640 [641]).

Wegen der unterschiedlichen Rechtsausführungen des VIII. Zivilsenats und des erkennenden Senats zur Funktion einer Photovoltaikanlage für ein errichtetes Gebäude bedarf es nicht der Vorlage an den Großen Senat für Zivilsachen, § 132 II VVG.

Kommentierung

Hier liegt eine der "schönen" Entscheidungen des Bundesgerichtshofs vor, in der der VIII. Zivilsenat eine andere Rechtsauffassung vertritt als der VII. Zivilsenat (vgl. Seite 4: Photovoltaikanlagen als Technische Ausrüstung von Gebäuden).

Während der eine Zivilsenat meint, eine Photovoltaikanlage auf einem Dach sei noch nicht einmal ein Bauwerk, meint der VIII. Senat, dies könne – wie hier – gleichwohl der Fall sein.

Für die Praxis dürfte entscheidend sein, dass die Photovoltaikaufbauanlage im hier vorliegenden Fall fest von Anfang an in oder auf dem Tennishallendach eingebaut worden ist, und zwar zur dauerhaften Nutzung. Einerseits. Andererseits erhält das Bauwerk selbst, also die alte Tennishalle, eine "Aufgabenerweiterung" zugewiesen, nämlich jetzt auch Trägerobjekt einer Photovoltaikanlage zu sein. Bei dieser Funktionserweiterung des Bauwerks Tennishalle meint der VII. Zivilsenat, dass der Charakter des Altbauwerkes selbst sich ändere, nämlich erweitert würde mit der Konsequenz, dass die Photovoltaikanlage, die nicht nur "flüchtig" auf das Dach aufgesetzt worden, sondern konstruktiv mit dem Dach verbunden ist, auch Bestandteil des neu geschaffenen Objektes "Tennishalle und Trägerin einer Photovoltaikanlage" sei.

Man kann also nur sagen, dass es auf den konkreten Einzelfall ankommt, ob eine aufgesetzte Photovoltaikanlage Bestandteil eines Bauwerkes sei, mithin für die Funktionsgerechtigkeit und Fehlerfreiheit fünf Jahre gehaftet würde. Und da in diesem Fall die Photovoltaikanlage ein Bauwerk ist, können auch Honorare nach den Paragraphen 53 ff. der HOAI geltend gemacht werden, und selbstverständlich können auch der Objektplaner und der Tragwerksplaner die Photovoltaikanlage in ihre anrechenbaren Kosten einbeziehen, und zwar mit bis zu 20 Prozent der sonstigen anrechenbaren Kosten und zur Hälfte des diesen Prozentsatz übersteigenden Betrages (§ 33 HOAI) beziehungsweise zehn Prozent (§ 50 Abs. 1 HOAI). Hinzu treten dann noch diejeni-

gen Kosten der Altsubstanz der Tennishalle die nach Paragraph 4 Absatz 3 HOAI bei den Planungen und Berechnungen mitberücksichtigt werden müssen.

RA Prof. Dr. Hans Rudolf Sangerstedt

Vergabe

Wertungspunkte für die Umrechnung des Preis-Leistungs-Verhältnisses müssen die relativen Preisabstände abbilden

1. Die vom Auftraggeber bei einer Angebotswertung nach dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis gewählte Methode für die Umrechnung des Preises in Wertungspunkte muss die relativen Preisabstände bei der Punkteverteilung angemessen abbilden. Jeder für den Auftraggeber gesparte oder mehr aufgewandte Euro muss sich gleichermaßen auswirken.

2. Die vom Auftraggeber gewählte Methode für die Umrechnung des Preises in Wertungspunkte darf keine Veränderung der Zuschlagskriterien oder ihrer Gewichtung bewirken (vgl. EuGH, IBR 2016, 530 = VPR 2016, 195).

3. Es bestehen grundsätzliche Bedenken, ob durch eine Umrechnung des Angebotspreises in Wertungspunkte mit den gängigen Interpolationsmethoden eine Ermittlung des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses gemäß § 127 Abs. 1 (GWB) in vergaberechtskonformer Weise erfolgen kann.

GWB 2016 § 127 Abs. 1;

VK Südbayern, Beschluss vom 30.08.2016 (Az.: Z3-3-3194-1-28-07/16), nicht bestandskräftig;

Beschwerde: OLG München, Verg 10/16

Das neue Vergaberecht geht in Paragraph 107 Absatz 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) davon aus, dass der Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot erfolgt und dass sich die Wirtschaftlichkeit des Angebotes aus dem besten Verhältnis von Preis und Leistung ergibt. Die Kriterien für die Abwägung von Preis und Leistung hat der Auftraggeber in der Vergabebekanntmachung oder den Vergabeunterlagen anzugeben (§ 58 Abs. 3 VgV).

Dieser Grundsatz schließt nicht aus, dass der niedrigste Preis für den Zuschlag maßgeblich ist. Allerdings kommt der Preis als alleiniges Zuschlagskriterium nicht in Betracht, wenn die Bieter nach den Vorgaben des Auftraggebers zulässigerweise Unterschiedliches anbieten dürfen (VK Bund, Beschluss vom 10.11.2014, Az.: VK 2-89/14). Deswegen ist zum Beispiel bei einer funktionalen oder nur teilweise funktionalen Ausschreibung von Bauleistungen der Preis als alleiniges Zuschlagskriterium wegen der qualitativen Elemente von Planungsleistung unzulässig (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11.12.2013 - Verg 22/13).

Kommt es aber – wie in der weit überwiegenden Anzahl der Fälle – auf das beste Preis-Leistungs-Verhältnis an, müssen Methoden entwickelt werden, um Preis und Leistung miteinander vergleichen zu können. Eine gängige Methode ist die Umrechnung des Preises in Wertungspunkte. Mit dieser Methode hat sich die Vergabekammer Südbayern in ihrem Beschluss vom 30. August 2016 auseinandergesetzt. Die Entscheidung ist noch nicht rechtskräftig, weil einer der Beteiligten das Oberlandesgericht München angerufen hat, das diesen Fall in Kürze erst entscheiden wird (Verg 10/16). Die Entscheidung der Vergabekammer Südbayern

ist aber so gut begründet und ihr Ergebnis so bedeutungsvoll, dass sich die im Vergaberecht Tätigen jetzt mit ihren Gründen bereits auseinandersetzen müssen.

Sachverhalt

Der Sachverhalt ist schnell erklärt. Der öffentliche Auftraggeber schreibt EU-weit im offenen Verfahren die Lieferung von Druckern aus. Der Zuschlag soll auf das wirtschaftlich günstigste Angebot erfolgen, wobei der Preis mit einer Gewichtung von 35 Prozent und die Leistung mit einer Gewichtung von 65 Prozent zählen sollen.

Für die Berücksichtigung des Preises gibt der Auftraggeber in den Vergabeunterlagen in Form einer textlichen Beschreibung und eines zusätzlichen Rechenbeispiels Folgendes vor:

Der beste Preis (das preisgünstigste Angebot) wird als 100 angenommen und die prozentuale Abweichung der anderen Angebote berechnet und dann gewichtet. Beispiel: Das beste Angebot beläuft sich auf 9.000 Euro (dieser Bieter erhält 100 Punkte für den Preis). Der Beispielbieter hat ein Angebot über 12.000 Euro abgegeben. Er erhält somit 75 Punkte.

Der Bieter, der das kostengünstigste Angebot abgegeben hat, aber bei der Gesamtwertung wegen der qualitativen Leistungspunkte nur an zweiter Stelle liegt, rügt die beabsichtigte Zuschlagserteilung an den Wettbewerber. Er behauptet, dass dessen Angebot in qualitativer Hinsicht von den Vergabeunterlagen abweiche. Weil der Auftraggeber diese Rüge nicht abhilft, leitet der Bieter ein Nachprüfungsverfahren ein.

Entscheidung

Die Vergabekammer prüft dessen Argumente, hält den Nachprüfungsantrag aus diesem Grunde aber nicht für begründet.

Die Vergabekammer entscheidet allerdings, dass der Zuschlag nicht erteilt werden darf und das Vergabeverfahren zurückzusetzen ist, weil es an anderen – nicht gerügten aber erheblichen – Fehlern leidet, die den Bieter in seinen Rechten verletzen.

Die bekanntgegebene Methode für die Umrechnung des Preises in Punkte sei, so wird argumentiert, vergaberechtswidrig, da sie widersprüchlich sei. Die angewandte Methode für die Umrechnung des Preises in Punkte (das Rechenbeispiel des Auftraggebers) sei vergaberechtswidrig, da sie die relativen Preisabstände bei der Punkteverteilung nicht angemessen berücksichtige und im Ergebnis die bekanntgegebene Gewichtung von 35 Prozent des Preises zu 65 Prozent der Leistung verändere.

Der Widerspruch der Umrechnung des Preises in Punkte ergibt sich daraus, dass der Auftraggeber in seiner textlichen Beschreibung für die Berechnung des prozentualen Preisabstandes eine lineare Methode und in seinem Rechenbeispiel eine hyperbolische Methode vorgegeben hat:

Angebotspreis	Lineare Methode nach textlicher Beschreibung	Hyperbolische Methode nach Rechenbeispiel
9.000 Euro	100 Pkt.	100 Pkt.
12.000 Euro	ca. 67 Pkt.	75 Pkt.
15.000 Euro	ca. 33 Pkt.	60 Pkt.

Das zu bewertende Angebot taucht nach der textlichen Beschreibung im Zähler und nach dem Rechenbeispiel im Nenner auf. Die textliche Beschreibung und das Rechenbeispiel kommen also zu fundamental unterschiedlichen Ergebnissen. Dies ist wider-

sprüchlich und verstößt deswegen gegen das Transparenzgebot, wonach der öffentliche Auftraggeber die bekanntgegebene Bewertungsmethode so eindeutig, klar und transparent formulieren muss, dass alle Bieter diese in jeweils derselben Weise verstehen und ihre Angebote daran ausrichten können.

Das von der Vergabekammer entwickelte Rechenbeispiel zeigt aber auch, dass die vom Auftraggeber im konkreten Fall angewandte hyperbolische Methode zu Wettbewerbsverzerrungen führt. Denn bei identischen Preisabständen (3.000 Euro) erhalten die Angebote unterschiedliche Punktabzüge (25/15 Punkte). Im Ergebnis führt dies dazu, dass ausschließlich der günstigste Angebotspreis letztlich mit einer 35-prozentigen Gewichtung in die Gesamtwertung einfließt. Je höher der Angebotspreis ist, desto größer ist der effektive Gewichtungsfaktor, mit dem dieses Angebot bewertet wird.

Dieses Ergebnis widerspricht der Bekanntgabe, dass das wirtschaftlichste Angebot den Zuschlag erhalten soll. Dies würde bedeuten, dass mit der Höhe der Angebotspreise die zugehörigen Preispunkte linear fallen müssten. Jeder für den Auftraggeber gesparte Euro muss sich gleichermaßen auswirken. Das ist nur dann der Fall, wenn die Bewertungsmethode die relativen Preisabstände bei der Punkteverteilung gleichförmig abbildet.

Weiterführende Hinweise

Die Vergabekammer belässt es nicht bei diesem Ergebnis. Sie gibt dem Auftraggeber für die Fortführung des Vergabeverfahrens weiterführende Hinweise. Sie äußert nämlich grundsätzliche Bedenken gegen die vom Auftraggeber gewählte Methode der Umrechnung des Preises in Wertungspunkte. Nach Auffassung der Vergabekammer muss sich die Wirtschaftlichkeit eines Angebotes direkt aus seinem Preis-Leistungs-Verhältnis ergeben. Die Wirtschaftlichkeit eines Angebots darf nicht von der Höhe eines anderen Angebots abhängen. Auch formal ist bei einer Ausschreibung, bei der die Wirtschaftlichkeit eines Angebots von der Höhe eines anderen Angebots abhängt, die Bewertungsformel aufgrund des Wissens um das Angebot, in dessen Abhängigkeit die Formel steht, nicht vollständig festgelegt und damit *streng genommen nicht vollständig bekanntgegeben*.

Auch wenn das Oberlandesgericht in München noch über die sofortige Beschwerde gegen diese Entscheidung der Vergabekammer zu befinden hat, sind die Argumente der Vergabekammer doch so einleuchtend, dass sich die im Vergaberecht Tätigen ihnen nicht entziehen können. Sowohl diejenigen, die sich als Ingenieure um einen öffentlichen Auftrag bewerben, als auch diejenigen werden sich auf diese möglichen Fehler einstellen müssen, die als Ingenieure einen öffentlichen Auftraggeber beraten und für die Formulierung der Wertungskriterien und der Bewertungsmethode Hinweise geben, die Eingang in die Vergabeunterlagen finden.



Autor



Rechtsanwalt Oliver Weihrauch

Leiter Fachbereich Vergaberecht
caspers mock Anwälte Bonn, Berlin,
Koblenz, Frankfurt, Köln, Saarbrücken
weihrauch@caspers-mock.de

Leider gibt die Vergabekammer mit den weiterführenden Hinweisen nicht an, wie das Preis-Leistungs-Verhältnis korrekt zu ermitteln wäre.

Schadenfall

Detektion und Sanierung eines verborgenen Feuchteschadens an einem 50 bis 60 Jahre alten Flachdach

Sachverhalt

Der neue Schadenfall befasst sich mit einem umfänglichen Feuchteschaden an einer Flachdachfläche in einem öffentlich zugänglichen Gewerbeobjekt. Dieses Gebäude stammt aus den 50er oder 60er Jahren und hat fünf Geschosse. Die Baukonstruktionen zeigen eine für Gebäude dieser Altersstufe typische Situation: Flachdachflächen wurden nicht grundlegend erneuert, sondern nur überarbeitet beziehungsweise repariert. In der Regel werden Undichtigkeitsursachen unmittelbar erkannt. Oft geschieht die Reparatur jedoch nur in der Hoffnung, die Ursache gefunden und den Schaden und die Schadenursache damit behoben zu haben.

An dieser Stelle müssen die Erfahrungen der Praxis festgehalten werden, nach denen sich die Ursachensuche der direkt am Geschehen beteiligten Eigentümer, Dachdecker und der gegebenenfalls noch hinzugezogenen Architekten oder Bauingenieure von den meist analytischen Ursachenuntersuchungen der am Bau tätigen Sachverständigen gravierend unterscheidet.

Der Sachverständige untersucht die Baukonstruktion im Hinblick auf bisher als sinnvoll und richtig bekannte Baukonstruktionen und stellt fest, dass zum Beispiel die allgemein anerkannten Regeln der (Bau-)Technik nicht eingehalten worden sind. Auf dieser Basis fällt er sein Urteil über die Ursache eines Feuchteschadens.

Die in der Regel mit dem Schaden zuerst befassten Baubeteiligten erkennen die Ursache des Schadens im günstigsten Falle zum Beispiel in der offenen Naht einer Abdichtung oder einem anderen eindeutigen Mangel, den es dann zu beseitigen gelte. Leider stellt sich die Schadensituation nicht immer so eindeutig dar. Sehr viel häufiger finden sich gerade in älteren Gebäuden, auch dem hier untersuchten Gebäude, vielfältige Schadenursachen, die eine eindeutige Zuordnung nicht erlauben und so eine sofortige und klare Beseitigung kaum ermöglichen.

Im vorliegenden Fall kommt hinzu, dass die Flachdachfläche, nämlich ein komplett umlaufender, maximal ein Meter breiter Gang um das zurückversetzte fünfte Geschoss herum, für diverse weitere Nutzungen (Klimaanlagen, Kabel und Leerrohrführungen und so weiter) zweckentfremdet wurde. Dies verkompliziert die Situation der Ursachenfindung enorm, da zum einen die Sichtkontrollen der Flächen eingeschränkt sind und zum anderen allein wegen Durchführungen oder wegen Aufstandsbelastungen von Klimageräten zusätzliche Schadenursachen vorliegen können, die ebenfalls als Schadenverursacher in Betracht gezogen werden müssen (Abb. 1 dokumentiert diese bauliche Situation).

Ursachen und Zusammenhänge

Am betreffenden Objekt zeigen sich seit einiger Zeit Feuchtigkeitsschäden im Treppenhaus des 4. Obergeschosses (siehe Abb. 2). Deshalb wurde die regelmäßig tätige Dachdeckerfirma gebeten, die Dacheinläufe auf dem umlaufenden Flachdachstreifen zu reinigen sowie zusätzlich den Fensteranschluss und die Kabel- und Schlauchdurchführung abzudichten.

Dann wurde zwei Monate später eine Malerfirma beauftragt, die erforderlichen Malerarbeiten zur Schadenbeseitigung auszuführen. Hierbei wurde von der Malerfirma auch mitgeteilt, dass das Messgerät (Feuchtigkeit) noch ausschlägt und die betroffenen Stellen noch nicht abgetrocknet seien.

Wiederum zwei Wochen später wurde durch den Nutzer (Arztpraxis) im 4. Obergeschoss mitgeteilt, dass sich die Schäden wieder ausweiten.

Bei diesem Schadenstand wurde ein Sachverständiger hinzugezogen, der in üblicher, wie oben beschriebener Form an die Betrachtung der Schadensituation heranging.

Wie auf Abb. 3 erkennbar ist, findet sich im Treppenhaus im 4. Obergeschoss unterhalb der Betondecke ein umfänglicher Feuchteschaden, der sich an der Außenkante der Decke entlang entwickelt. An dieser Stelle befindet sich im darüber liegenden Bereich der außenliegende Umgang des 5. Obergeschosses, welcher bituminös abgeklebt wurde. Dachsituationen wie diese erfordern bei ihrer Erstellung sehr genaue Detaillösungen und eine hohe Fehlerbegrenzung. Dies begründet sich insbesondere durch die umfänglichen Problembereiche einer solchen Dachsituation, vor allem die gewollten und ungewollten Durchdringungen und Anschlussbereiche.

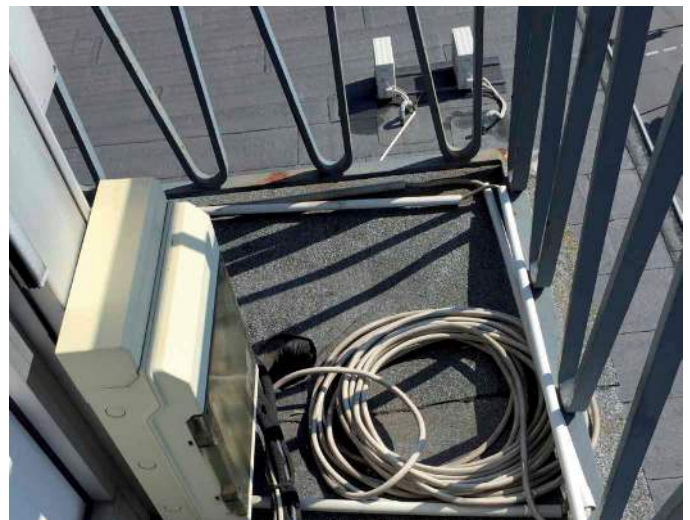


Abb. 1: Umgang 5. Obergeschoss: Der Dachgully liegt 15 Zentimeter neben der Außenkante der Fensterfront und damit 30 Zentimeter, gemessen von der inneren Deckenkante, versetzt fast genau im Bereich des heutigen Schadenbildes im Treppenhaus



Abb. 2: Wasserprobe: Kennzeichnung der bisherigen Feuchteerscheinungen beziehungsweise deren Ausmaße

Problemzonen:*Anschluss aufgehendes Mauerwerk beziehungsweise aufgehende Wandkonstruktionen:*

Das komplette 5. Obergeschoss wurde zurückversetzt auf das 4. Geschoss aufgesattelt, sodass ein schmaler umlaufender und äußerer Gang entstand. Das 5. Obergeschoss bildet somit komplett umlaufend das aufgehende Mauerwerk und weist hierbei sehr viele Vor- und Rücksprünge sowie unterschiedliche Anschlusssituationen auf. Bei dieser Vielfältigkeit der Anschlüsse und dem offensichtlich hohen Alter der Abklebung ist kaum zu erwarten, dass die aufgehenden bituminös ausgebildeten (und teilweise mit Dichtstoffen nachgearbeiteten) Anschlussfugen noch dauerhaft dicht sein können.

Wie auf Abb. 3 erkennbar, liegt ein recht großer Dachüberstand des 5. Obergeschosses vor. Dieser lässt erwarten, dass bisher größere Undichtigkeiten der direkten Anschlussfugen an das aufgehende Mauerwerk sich nicht schadenanfällig zeigen konnten, da größere Regenmengen abgelenkt werden.



Abb. 3: Lagebild: Eingrenzung der Lage des Schadens im Verhältnis zur Dachfläche beziehungsweise zu den Dachanschlüssen. Die Außenkante liegt 15 Zentimeter versetzt, gemessen von der inneren Deckenkante

Die bituminöse Verklebung:

Bei Betrachtung der bituminösen Verklebung lassen sich keine überall durchgehenden und herausquellenden (im Einbauzustand gelösen und zähflüssigen) Bitumenspuren finden. Dies deutet auf eine nicht unbedingt sorgfältige Erstellung der oberen Abklebungslage hin.

Materialermüdung und mangelhafte Verarbeitung:

Im Eckbereich bricht, wenn auch an dieser Stelle fast eine Sollbruchstelle zu erwarten ist, die obere bituminöse Abklebung von der äußeren Zinkblechkante leicht ab. Es wird deutlich, dass einerseits keine fachlich einwandfreie Verklebung auf dem Zinkblech vorhanden ist, andererseits jedoch auch der Alterungsprozess eine Materialverschlechterung ermöglicht.

Dachabläufe:

Die Einarbeitung der Dachabläufe ist ohne zerstörende Öffnung nicht zu erklären. Es wurden seinerzeit vermutlich Zinkeinläufe verwendet. Diese enden oberseitig tellerförmig und werden mittels der Bitumenbahnen eingeklebt. Wenn hier eine ebenso mangelhafte Verarbeitung wie auf den Attikablechen vorliegt, sind auch an dieser Stelle Öffnungen unterhalb der Bitumenbahnen und somit eindringende Feuchtigkeit zu erwarten.

Die Anzahl der Dachabläufe ist zu gering. Der gesamte umlaufende Bereich zeigt nur zwei Abläufe, die aufgrund fehlender und nicht ausreichend ausgearbeiteter Gefälle unzureichend sind.

Geländerkonstruktionen:

Die Geländerkonstruktionen sind an den senkrechten Geländerpfosten durch die abdichtenden Bitumenbahnen geführt worden. Es ist im Laufe der Jahre allein durch das unterschiedliche Ausdehnungsverhalten als auch durch die auftretenden horizontalen Bewegungen der Geländer sowie der nicht sauber anbindenden Materialien (Bitumenbahn auf schwarzem Stahl des Geländers) unbedingt zu erwarten, dass hier Ablösungen auftreten und ebenfalls zu Undichtigkeiten führen.

Fensterkonstruktionen:

Auch die Fensterkonstruktionen können für eindringendes Regenwasser ursächlich zeichnen. Die vorhandenen Alukonstruktionen weisen erhebliche Ausdehnungen beziehungsweise Bewegungen auf. Diese wurden möglicherweise mit Erstellung der Anlagen noch vom einbindenden Material übernommen, zeigen aber im Laufe der Jahrzehnte ebenfalls Ermüdungserscheinungen. Auch diese Situation lässt neue Fugenöffnungen erwarten, die beispielsweise Schlagregenwasser durch kinetische Energie aufnehmen und innerhalb des Fenstersystems an der Abklebung vorbei auf die Betonplatte und hier nach innen leiten.

Schlussbetrachtung

In der obigen Aufstellung wurden die oben als Unsicherheitsfaktor aufgeführten unvorhergesehenen Nutzungen durch Kabel und Leerrohrführungen, Klimageräte etc. noch nicht berücksichtigt. Dennoch zeigt die Aufstellung, wie umfangreich die möglichen Schadenverursacher zu betrachten sind.

Selbst wenn heute beispielsweise die beschriebenen Anschlüsse im Bereich des Feuchteschadens überarbeitet werden, lässt sich nicht sagen, dass der Feuchteschaden nicht morgen schon wieder auftritt. Eine sinnvolle Überarbeitung kann nur in einer Komplett-sanierung des Flachdachumgangs bestehen.

Grob betrachtet sind zu überarbeiten:

- die Anschlusssituation der Fensteranlagen,
- die Geländer,
- die Dachflächen und
- die kompletten Nebennutzungen (Kabel, Rohrleitungen etc.).

Ein sinnvolles Bearbeiten der Schadenursachen kann somit nur in der Form erfolgen, dass die hier beschriebenen Maßnahmen durchgeführt werden. Nur dann kann man der Schadenursache dauerhaft auf den Grund gehen und eine langfristige Beseitigung des Schadens erwarten.

Leider sieht die Realität jedoch anders aus.

Die als erforderlich beschriebenen Maßnahmen sind entsprechend aufwendig. Bei einer Maßnahme, wie sie hier erforderlich ist, muss mit Kosten zwischen 25.000 und 50.000 Euro gerechnet werden, abhängig davon, wie weitgehend die Instandhaltungs- und Modernisierungsmaßnahme letztendlich ausgeführt wird.

Insofern versuchen die Eigentümer über die Baubeteiligten vorerst Reparaturlösungen durchzuführen, die möglicherweise zum Erfolg führen könnten. Jeder Baufachmann ist sich darüber im Klaren, dass diese Maßnahmen häufig nicht die einzigen bleiben und in ihrer Gesamtheit dem dann später doch erforderlichen



Abb. 4: Wasserprobe: Kennzeichnung der bisherigen Feuchteerscheinungen beziehungsweise deren Ausmaße. Die Feuchtemessung zeigt vollen Ausschlag (direkt neben den bisherigen Ausbreitungen zeigt die Feuchtemessung fast keinen Ausschlag). Hinweis: Wasser wird mindestens eine halbe Stunde über den Dachgully eingeleitet

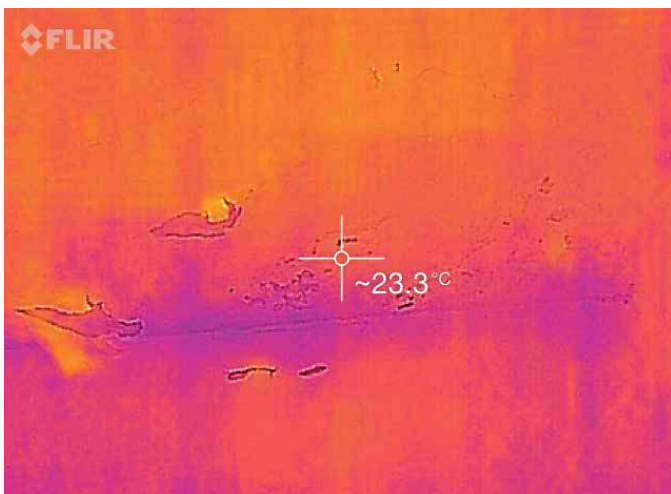


Abb. 5: Thermographie: Der Schaden zeigt leicht erkennbare Temperaturdifferenzen auf

Kostenaufwand der korrekten, jedoch umfänglichen Sanierung hinzugerechnet werden müssen.

Im vorliegenden Fall wird ebenfalls versucht, die Schadenursache einzugrenzen. Die Ortung der Leckage erfolgte im vorliegenden Fall mittels elektronischer Feuchtemessung, einer Wasserprobe (siehe Abb. 4) und unterstützender Thermografie (siehe Abb. 5).

Als naheliegender Verursacher konnte der Dacheinlauf ausfindig gemacht werden, obwohl auch diese Feststellung einen hohen Unsicherheitsgrad hinterlässt, aber dem Eigentümer vor dem Hintergrund der wesentlich höheren Gesamtsanierungskosten einen wirtschaftlich offensichtlich sinnvollen Sanierungsversuch ermöglicht.

Sachverständige

Wegen grob fahrlässiger Mängel unbrauchbares Gerichtsgutachten muss gleichwohl vergütet werden

Ein Vergütungsanspruch des gerichtlich bestellten Sachverständigen ist ausnahmsweise nur dann zu verneinen, wenn das Gutachten wegen objektiv feststellbarer Mängel unwerthbar ist und der Sachverständige darüber hinaus die Unwerthbarkeit grob fahrlässig verschuldet hat.

ZPO § 413; JVEG § 8;
VGH Baden-Württemberg, Beschluss v. 27.08.2012 (Az.: 2 S 1538/12) (VG Stuttgart);
BauR 5/2013, 816 ff.

Aus den Gründen

Nach ganz überwiegender Meinung handelt der beauftragte Sachverständige im Rahmen eines Dienst- oder Werkvertrages. Seine Vergütung bezieht sich nicht auf ein Werk, sondern auf seine Tätigkeit als Gehilfe des Gerichts, die er in Erfüllung einer staatsbürgerlichen Pflicht erbringt. Zivilrechtliche Regelungen über Leistungsstörungen oder Mängelhaftung sind hierauf nicht anwendbar. Demzufolge sind die sachliche Richtigkeit und Überzeugungskraft eines Sachverständigengutachters kein Maßstab für die Höhe der dem Sachverständigen zu gewährenden Entschädigung. Es kommt lediglich darauf an, dass die Leistung überhaupt erbracht wurde, nicht etwa auch darauf, wie Gericht oder Verfahrensbeteiligte das Gutachten inhaltlich beurteilen.

Der Honoraranspruch steht dem Sachverständigen daher auch dann zu, wenn das Gericht das Gutachten nicht für überzeugend erachtet und deshalb nicht zur Grundlage seiner Entscheidung macht.

Ein Entschädigungsanspruch ist ausnahmsweise nur dann zu verneinen, wenn das Gutachten wegen objektiv feststellbarer Mängel nicht verwendbar ist und wenn der Sachverständige darüber hinaus die Unwerthbarkeit verschuldet hat. Hinsichtlich Letzterem muss ihm zumindest grobe Fahrlässigkeit anzulasten sein. Denn zur ordnungsgemäßen Erfüllung seiner Aufgaben im gerichtlichen Verfahren, in welchem er in der Regel aufgrund besonderer Sachkunde wesentlichen Einfluss auf die Entscheidung gewinnt, ist die innere Unabhängigkeit des Sachverständigen von besonderer Bedeutung.

Zu deren Sicherung und damit im Interesse einer funktionierenden und geordneten Rechtspflege wäre es verfehlt, dem Sach-

Autor



Univ.-Prof. Dr.-Ing. Antonius Busch
Institut für Bauwirtschaft
Universität Kassel

Autor



Dr.-Ing. Detlev Fistera
Institut für Bauwirtschaft
Universität Kassel

verständigen schon im Falle eines einfachen Verschuldens an der Unverwertbarkeit seines Gutachtens einen Entschädigungsanspruch zu versagen und ihn damit – wenn auch nur unbewusst – je nach dem Ergebnis seiner Arbeit dem Druck und der Drohung möglichen Rückgriffs auszusetzen.

Kommentierung

Gerichtlich bestellte Sachverständige werden vergütet nach den Vorschriften des Gesetzes über die Entschädigung von Zeugen und Sachverständigen (ZSEG) beziehungsweise nach denen des Justizvergütungs- und -entschädigungsgesetzes (JVEG). Natürlich werden regelmäßig Einwendungen gegen Sachverständigengutachten erhoben, zumindest von einer der streitenden Parteien. Wenn aber wegen erkennbarer Fehler des Gutachtens selbst das Gericht zu der Überzeugung kommt, das Gutachten nicht zu verwenden, führt dies nicht gleichsam automatisch zu einem Verlust des Entschädigungsanspruchs des Sachverständigen.

Die im allgemeinen Zivilrecht geltenden Regeln wegen Mangelhaftung sind auf den gerichtlich bestellten Sachverständigen nicht anwendungsfähig. Vielmehr haftet dieser allein wie eine Amtsperson für grobe Fahrlässigkeit und Vorsatz.

Dies bedeutet, dass auch Gutachten, die vom Gericht wegen objektiv feststellbarer Mängel unverwertbar sind, gleichwohl vergütet werden müssen. Eine Unverwertbarkeit eines Gutachtens durch das Gericht setzt zumindest erst einmal voraus, dass das Gericht zur Ergänzung oder Nachbesserung des Gutachtens aufgefordert hat. Zumindest muss das Gericht den Sachverständigen in einer mündlichen Anhörung zu den von ihm erkannten Widersprüchen oder Fehlern im Gutachten anhören. Verwendet das Gericht das Gutachten nicht mit der Erklärung oder Überzeugung, es sei unbrauchbar, zieht dieses Argument nur dann, wenn das Gutachten so grob fehlerhaft ist, dass es selbst nach Aufforderung zur Fehlerbeseitigung und entsprechender Ergänzung des Sachverständigen immer noch nicht verwertbar ist.

RA Prof. Dr. Hans Rudolf Sangenstedt

Büro

Die Verjährung oder Verwirkung von Honorarforderungen hängen vom jeweiligen Fälligkeitszeitpunkt ab

1. In seltenen Ausnahmefällen kommt eine Verwirkung von (weiteren) Honorarforderungen eines Architekten in Betracht. Dieser kann nach Treu und Glauben gehindert sein, nach den Mindestsätzen abzurechnen, wenn er sich zunächst auf eine Vereinbarung zum Unterschreiten der Mindestsätze einlässt, später dann aber trotzdem nach den Mindestsätzen abrechnen will (vgl. BFH, BauR 2012, 271).

2. Das Zeitmoment einer solchen Verwirkung wird vor einem Ablauf von fünf bis sieben Jahren nach Abschluss der Baumaßnahme und Erstellung der Schlussrechnung kaum erfüllt sein können.

3. Das Umstandsmoment setzt Umstände voraus, die das Vertrauen des Auftraggebers rechtfertigen, der Honoraranspruch werde nicht mehr geltend gemacht. Ein solches Vertrauensmoment scheidet jedenfalls bei HOAI-kundigen Auftraggebern aus, da bei diesen in der Regel keine vertrauensbegründenden Umstände vorliegen können.

HOAI a.F. § 4;

OLG Hamm, Urteil vom 14. Januar 2014 (Az.: 24 U 186/12); BauR 4/2015, 696ff.

Aus den Gründen

Entgegen der Auffassung des Landgerichts ist ein weiterer Honoraranspruch des Klägers auch nicht verwirkt, § 242 BGB. Zwar kommt in seltenen Ausnahmefällen eine Verwirkung von (weiteren) Honorarforderungen eines Architekten in Betracht. Dieser kann nach Treu und Glauben gehindert sein, nach den Mindestsätzen abzurechnen, wenn er sich zunächst auf eine Vereinbarung zum Unterschreiten der Mindestsätze einlässt, später dann aber trotzdem nach den Mindestsätzen abrechnen will. Praktisch bedeutsam wird die Verwirkung vor allem dann, wenn der Architekt jahrelang keine Schlussrechnung erstellt.

Eine Honorarforderung ist jedoch nur dann verwirkt, wenn sowohl das Zeitmoment als auch das Umstandsmoment erfüllt sind. Hier fehlt es bereits am Vorliegen des Zeitmoments. Dazu hat der Senat bereits entschieden, dass dieses Element vor einem Ablauf von fünf bis sieben Jahren kaum erfüllt sein kann. Im zugrunde liegenden Fall lagen zwischen der Beendigung der Baumaßnahme und der Erstellung der Schlussrechnung durch den Kläger nach Angaben des Beklagten lediglich dreieinhalb Jahre.

Zudem fehlt auch der Umstandsmoment. Dieses setzt Umstände voraus, die das Vertrauen des Auftraggebers rechtfertigen, der Honoraranspruch werde nicht mehr geltend gemacht. Der Senat hat in diesem Zusammenhang bereits entschieden, dass ein solches Vertrauensmoment jedenfalls bei HOAI-kundigen Auftraggebern – wie dem Beklagten, auch wenn er nach seinen Angaben nicht täglich mit HOAI-Abrechnungen befasst ist – ausscheidet, da bei diesen in der Regel keine vertrauensbegründenden Umstände vorliegen können.

Kommentierung

Gleichgültig, welche HOAI Anwendung findet, Voraussetzung dafür, dass ein nach HOAI zu bestimmender Honoraranspruch nicht verjährt ist, geschieht immer nach den gleichen drei Kriterien zur Fälligkeit des Honoraranspruchs.

Ob eine Verjährung überhaupt eintreten kann, hängt vom Kriterium der Fälligkeit ab. Erst ab Fälligkeitszeitpunkt beginnt die Verjährungsuhr nach den Paragraphen 195 und 199 Absatz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) zu laufen. Fällig sind HOAI-Honoraransprüche unter folgenden Voraussetzungen.

- Abnahme der Ingenieurleistung, das heißt, Akzeptanz des Auftraggebers, der die erbrachte Leistung als vertragsgerecht - nicht fehlerfrei - für sich übernimmt;
- Prüffähigkeit der Rechnung aus Auftraggebersicht, das heißt, Abgleichmöglichkeit der Abrechnung mit dem geschlossenen Honorarvertrag beziehungsweise den HOAI-Honorarparametern;
- Überreichung der Rechnung, das heißt, die Rechnung im Empfangsbereich des Auftraggebers.

Was ist aber, wenn eine HOAI-Rechnung erst nach einigen Jahren gestellt wird, und zwar nachdem theoretisch der Verjährungszeitraum schon längst verstrichen ist?

Ob eine HOAI-Forderung verjährt ist oder nicht, wird bestimmt durch die Berechnung des Zeitraums zwischen Fälligkeit und möglichem Verjährungseintritt. Ist eine HOAI-Rechnung nicht fällig, läuft auch die Verjährungsuhr nicht. Der Ingenieur kann deshalb

jederzeit seine HOAI-Ansprüche fällig stellen nach Leistungserbringung und seine Rechnung dem Auftraggeber übergeben, auch dann, wenn zwischen Leistungserbringung und Rechnungserstellung schon Jahre liegen, ist dies möglich. Zwar gibt es das von der Rechtsprechung entwickelte „Rechtsinstitut“ der Verwirkung, dieses trifft aber nach der bisher vorliegenden Rechtsprechung und den ausgeteilten Fällen auf HOAI-Abrechnungen bisher nicht zu.

Verwirkt ist eine Forderung prinzipiell dann, wenn sie einerseits nicht verjährt ist, andererseits der Auftraggeber aber mit der Durchsetzung von Ansprüchen ihm gegenüber wegen Zeitablaufs und sonstiger von *Treu und Glauben* (Paragraf 242 BGB), wonach es rechtswidrig ist, einen rechtlich zulässigen Anspruch gegen den *Geist der Rechtsordnung* durchzusetzen, nicht mehr rechnen muss.

Verwirkt sein kann nach Auffassung des Oberlandesgerichts Hamm eine Rechnung nicht, die nach dem letzten Zeitpunkt der Leistungserbringung erst nach fünf bis sieben Jahren aufgestellt und dem Auftraggeber zugeleitet wird. Hinzutreten müssen darüber hinaus *besondere Umstände*, wonach der Auftraggeber nicht mehr mit der Inanspruchnahme durch eine HOAI-Abrechnung rechnen muss. Nach den Kriterien des Oberlandesgerichts Hamm muss jeder, der HOAI-kundig ist, damit rechnen, auch noch nach Jahren eine HOAI-Abrechnung zu erhalten. Hierbei kommt es nicht darauf an, ob der Auftraggeber Detailkenntnisse über die HOAI hat. Er muss allein wissen, dass Ingenieure und Architekten nach einer staatlichen Gebührenordnung abrechnen.

Von diesen Erklärungen des Oberlandesgerichts Hamm ist streng die Frage getrennt, ob Auftraggeber und Auftragnehmer sich auf ein sogenanntes Mindesthonorar außergerichtlich geeinigt hatten und insoweit kein HOAI-Honorar mehr verlangt werden kann. Schließen Auftraggeber und Auftragnehmer nach Abschluss der Planungsleistungen des Planers eine Vereinbarung, über die mit einer bestimmten Zahlung alle Honoraransprüche zwischen den Parteien ausgeglichen sein sollen, würde eine solche Vereinbarung HOAI-Nachforderungen ausschließen.

Dem war hier aber nicht so, sodass selbst nach dem Ablauf von sieben Jahren dasjenige Honorar als Aufstockungshonorar verlangt werden konnte, welches das bereits gezahlte Honorar zum HOAI-Mindesthonorar ergänzte.

RA Prof. Dr. Hans Rudolf Sangenstedt

Büro

Silvester um 24 Uhr verjähren gerichtlich nicht geltend gemachte HOAI-Honoraransprüche aus 2013

Es ist ein weit verbreiteter Irrtum zu meinen, durch bloße Mahnung würde die Verjährung gehemmt. Hemmung tritt nur dann ein, wenn

- der Honoraranspruch gerichtlich geltend gemacht worden ist,
- die Parteien sich geeinigt haben, dass der Auftraggeber auf die Einrede der Verjährung verzichtet,
- der Auftraggeber den Honoraranspruch anerkennt.

An die letzten beiden Möglichkeiten sind strenge Anforderungen zu richten. Der Verzicht auf die Einrede der Verjährung muss nachweisbar geschehen sein, am besten in Schriftform. Eine

Anerkenntnis, am besten auch in Schriftform, muss unzweifelhaft erkennen lassen, dass der Honoraranspruch so, wie er geltend gemacht worden ist, vom Auftraggeber anerkannt worden ist.

Liegen diese beiden nicht vor, dann hilft nur noch, in letzter Sekunde – spätestens jeweils am 31. Dezember – einen Mahnbescheid bei Gericht einzureichen oder eine Klage in den Nachbriefkasten des zuständigen Gerichts einzuwerfen.

Bevor es allerdings zur Verjährung kommen kann, ist zuerst einmal festzustellen, ab wann die Verjährung zu laufen beginnt, nämlich ab Fälligkeit.

Das Jahr, in dem die Fälligkeit eingetreten ist, bleibt außer Betracht. Dann bleiben dem Architekten/Ingenieur noch drei weitere Jahre, um seinen Anspruch durchzusetzen. Tut er dies nicht, ist der Anspruch verjährt.

Bleibt die Frage, wann denn nun die Fälligkeit eintritt. Weiter bleibt die Frage, was passiert, wenn der Architekt/Ingenieur überhaupt nicht abrechnet und darüber Jahre ins Land gehen?

Die Verjährungsfrist für Honoraransprüche, die nach HOAI abgerechnet werden, beginnt erst mit Erteilung einer prüffähigen Honorarschlussrechnung (§ 15 Abs. 1 HOAI). Bis dahin beginnt keine Frist zu laufen.

Stellt der Architekt/Ingenieur überhaupt keine Schlussrechnung, so läuft die Verjährung nicht. Selbst, wenn seit Leistungserbringung mehr als sieben Jahre verstrichen waren (OLG Hamm, BauR 10/2007, 1773). Die bloße Möglichkeit, dass der Architekt/Ingenieur bereits vor Erstellung seiner Schlussrechnung hätte abrechnen können, berührt also die Verjährung des Anspruchs nicht. Im Gegenteil: Der Bundesgerichtshof hat bereits vor langer Zeit entschieden, dass der Auftraggeber eines Architekten/Ingenieurs doch froh sein könne, wenn spät abgerechnet würde. Einerseits wären dann keine Zinsen fällig, andererseits könne der Auftraggeber mit dem ihm dann noch zur Verfügung stehenden Geld operieren.

Anders sieht die Situation aus, wenn Leistungen erbracht worden sind, die nicht in der HOAI honorarrechtlich geregelt sind. Dann setzt die Fälligkeit mit der letzten vertraglichen Leistung des Architekten/Ingenieurs ein, die gegenüber der Bauherrenschaft erbracht wird, auch wenn nicht abgerechnet worden ist.

Der Zeitpunkt der Abnahme der erbrachten Leistungen löst dann bereits ohne Rechnungsstellung die Fälligkeit des Honoraranspruchs aus. Mithin kann ab dann wieder gerechnet werden: Das Abnahmejahr vernachlässigt, verjährt der Anspruch drei Jahre später.

Bei bestehender Unsicherheit ist es in jedem Falle notwendig, noch schnell Rechtsrat einzuholen oder aber, wie gesagt, spätestens am 31. Dezember 2016 noch durch Mahnbescheid oder Klage zu reagieren.

RA Prof. Dr. Hans Rudolf Sangenstedt

Infomaterial bestellen

Fax: 0221 / 144-66770 oder
per E-Mail: verbaende@hdi.de



Online-Service



HDI INGLetter

Das umfangreiche INGLetter-Archiv
zum Nachlesen.

→ www.hdi.de/ingletter



HDI Online-Newsletter

Interessante Themen ausführlich und praxisnah
beleuchtet – einfach im Internet herunterladen.

→ www.hdi.de/newsletter

Ihre Zukunft in besten Händen.

HDI steht für umfassende Versicherungs- und Vorsorgelösungen, abgestimmt auf die Bedürfnisse unserer Kunden aus mittelständischen Unternehmen, den Freien Berufen und Privathaushalten. Was uns auszeichnet, sind zukunftsorientierte, effiziente Produktkonzepte mit einem guten Preis-Leistungs-Verhältnis sowie ein exzellenter Service.



Impressum

INGLetter

Ein Informationsdienst für die Kooperationspartner der HDI Vertriebs AG.
ISSN 1430-8134

Herausgeber

Nicole Gustiné, Marketing und Vertriebsunterstützung
HDI Vertriebs AG, HDI-Platz 1, 30659 Hannover
Telefon: +49 511 645-3661, PC-Fax +49 511 645-1113661
E-Mail: nicole.gustine@hdi.de, www.hdi.de

Schriftleitung

RA Prof. Dr. Hans Rudolf Sangenstedt (verantwortlich für den Inhalt)
caspers mock Anwälte Bonn
Wachsbliche 26, 53111 Bonn
Telefon: 0228/9727980, Telefax: 0228/972798209
sangenstedt@caspers-mock.de, www.caspers-mock.de

Redaktion: Klaus Werwath, E-Mail: redaktionsbuerowerwath@t-online.de

Verantwortlich für den Schadenfall auf Seite 11:
Univ.-Prof. Dr.-Ing. Antonius Busch
Henschelstr. 2, 34127 Kassel
Telefon: 0561/8043632, Telefax: 0561/8042494
Mobil: 0173/6177033, E-Mail: info@Dr-A-Busch.de

Nachdruck nur mit schriftlicher Genehmigung des Herausgebers
Für Fragen oder weitere Informationen wenden Sie sich bitte an den Herausgeber