

The logo for HDI, consisting of the letters 'HDI' in a bold, green, sans-serif font. The letter 'H' is unique, with a red horizontal bar across its middle.

Nr. 4  
Oktober 2013

Das ist Versicherung.

[www.hdi.de/ingletter](http://www.hdi.de/ingletter)

Information für technisch-wissenschaftliche Berufe

# INGLetter

## **Aktuell**

Drei Gebührenordnungen laufen nun jahrelang nebeneinander her

## **Haftung**

Die Haftung des Tragwerksplaners innerhalb der HOAI-Leistungsphase 1

## **Sachverständige**

Höchstalter für staatlich anerkannte Sachverständige in NW ist unzulässig

## Editorial

## Mehr Baukammern!

Auch unter den Lesern dieses INGLetters gibt es gewiss etliche Planer, denen entweder wegen angeblicher beruflicher Fehler schon einmal der Prozess gemacht worden ist, oder die vor Gericht ihre Honoraransprüche durchsetzen wollten. Damit begeben sie sich jedoch auf eine Durststrecke, deren Länge zu einem Zustand geführt hat, der dringend abgestellt werden muss: die Dauer heutiger Bauprozesse nämlich. Sie hat nicht nur mit der Komplexität und den Komplikationen zu tun, unter denen Bauprojekte heute abgewickelt werden, sondern auch, erstens, mit der Tatsache, dass unsere Gerichte notorisch unterbesetzt sind, und zwar mit Richtern, die als Universaljuristen eingesetzt werden, und weil, zweitens, Baustreitigkeiten bei Gericht immer noch als *Allgemeine Sachen* angesehen werden, die jeder Richter am Landgericht bewältigen können muss



Dass sachlich überforderte Richter deshalb immer öfter auf notlösende Vergleiche hinverhandeln und Gutachter und Sachverständige heimlich zum eigentlichen Richter werden, das führt unsere Rechtsprechung in Sachen Bau-, Ingenieur- und Architektenrecht immer mehr in eine das Vertrauen in die Rechtspflege unterminierende Situation.

Es verdient deshalb Beifall, dass der Deutsche Anwaltverein neulich „Mehr Baukammern!“ gefordert und von den Gerichten verlangt hat, Bauprozesse innerhalb eines Jahres zu entscheiden. Dass dazu unter den Richtern Spezialisten fortgebildet werden müssen, versteht sich von selbst, ist aber angesichts der Alternative – nämlich: Fortdauer und Verschlimmerung des jetzigen Zustandes – das geringere Übel.

Warum soll es also demnächst nicht auch Fachrichter geben? Richter also, die mit Fachanwälten, Gutachtern und Sachverständigen juristisch *und* fachlich verhandeln – und dann auch selber urteilen können?

Dass viele der Urteile, die wir im INGLetter rezensieren, die Rechtspositionen der Planer bestätigen, muss hier übrigens mal mit der Bemerkung komplettiert werden, dass ihnen oft kundige Fachanwälte und eine starke und erfahrene Berufshaftpflichtversicherung sekundiert haben.

Klaus Werwath  
Redaktion INGLetter

## Inhalt

- 3 Aktuell**  
Drei Gebührenordnungen laufen nun jahrelang nebeneinander her: HOAI 2013/2009/2002
- 3 Basiswissen, Teil 4**  
Fälligkeit der Honorarforderungen der Ingenieure und Architekten
- 4 Honorar**  
Erste Abmahnung in sogenannten Verbrauchergeschäften
- 6 Haftung**  
Verantwortung und Haftung des Architekten und Tragwerksplaners innerhalb der Leistungsphase 1 („Steilhang Rügen“-Entscheidung)
- 8 Abgrenzung der Verantwortung des Planers von der Verantwortung des Fachplaners**
- 9 Vergabe**  
Eine Vergaberechtsverletzung ist auch mit einer bestimmten Vertragsbestimmung möglich
- 10 Zur Abgrenzung von Eignungs- und Zuschlagskriterien – Konzept für die Ausfallsicherheit**
- 10 Schadenfall**  
Mängel an den Balkonen eines Mehrfamilienhauses: Verweigerung der Abnahme der Modernisierungsarbeiten
- 13 Sachverständige**  
Die Höchstaltersgrenze für staatlich anerkannte Sachverständige in NRW ist unzulässig
- 15 Impressum**



Onlinemagazin

## HDI INGLetter

Die komplette Ausgabe online mit vielen Extras und Zusatzinfos finden Sie im Internet unter [www.hdi.de/ingletter](http://www.hdi.de/ingletter)

## Aktuell

## Drei Gebührenordnungen laufen nun jahrelang nebeneinander her: HOAI 2013/2009/2002

Die HOAI als Gebührenordnung für Leistungen der Ingenieure und Architekten basiert als Rechtsverordnung auf dem *Gesetz zur Regelung von Ingenieur- und Architektenleistungen* vom 04. November 1971. In diesem Gesetz wird die Ermächtigungsgrundlage für die Bundesregierung mit Zustimmung des Bundesrates erteilt, eine Honorarordnung für Architekten und Ingenieure aufzustellen.

Das Gesetz regelt weiter, dass

- in der HOAI Mindest- und Höchstsätze festzusetzen sind,
- die Honorarsätze an die Art und den Umfang einer Planungsaufgabe zu binden sind,
- für rationalisierungswirksame Besondere Leistungen auch besondere Honorare festzusetzen sind,
- Mindestsätze zu regeln seien, die durch schriftliche Vereinbarung in Ausnahmefällen unterschritten werden können,
- Höchstsätze zu bestimmen sind, die nur bei außergewöhnlich oder ungewöhnlich lange dauernden Leistungen überschritten werden können und dass
- die Mindestsätze dann als vereinbart zu gelten haben, wenn bei Auftragserteilung nicht etwas anderes schriftlich vereinbart worden ist.

An diesen Eckpunkten der HOAI hat sich, da sich das zugrunde liegende Gesetz nicht geändert hat, in insgesamt sieben Novellen zur HOAI nichts geändert.

Da die HOAI die intellektuellen Leistungen der am Bau beteiligten Architekten und Ingenieure in Gebührentatbeständen erfasst, hat die Auftraggeberschaft die Möglichkeit, Planungen und Planungsabläufe zu erfassen und nachzuvollziehen. Der beiderseitige Vorteil liegt auf der Hand: Die Auftraggeberschaft kann mit gesetzlich definierten Leistungsbildern die Planung und den Planungsablauf kontrollieren, und die Planer können mit gesetzlich festgelegten Honoraren rechnen und kalkulieren.

Diese Grundregel ist im Prinzip bis heute unverändert geblieben, sie wurde aber mit den verschiedenen HOAI-Novellen ständig diversifiziert.

Bei diesen Novellierungen der HOAI hat sich mittlerweile aber die Tendenz herausgebildet, die jeweiligen Leistungsbilder, die ja in Leistungsphasen, Grundleistungen und Besondere Leistungen unterteilt sind, als einen notwendigen Programmablauf für Planungen, Vergaben und Objektüberwachungen anzusehen, der zur Fehlerfreiheit einer Architekten- oder Ingenieurleistung zwingend abgearbeitet werden muss.

Dem ist aber nicht so. Geschuldet wird durch den Planer nach wie vor ein fehlerfreies planerisches Werk, also ein Arbeitsergebnis, weshalb der Architekten- und Ingenieurvertrag auch ein Werkvertrag ist und kein Dienstleistungsvertrag, über den bestimmte Dienste geleistet und abgerechnet werden. Die jetzige 7. HOAI-Novelle, mit der ja die HOAI 2013 entstand, setzt die Tendenz

fort, den Leistungs- und Planungsablauf weiter zu zergliedern. Die von Gutachtern erstellten Tabellenwerke, die für sich in Anspruch nehmen, den kreativen Prozess von Planern bis in Zehntelprozente (also in 1/1000tel Leistungen) gliedern zu können, werden damit neu herausgegeben. Die Bewertungsverschiebungen in den einzelnen Leistungsphasen der Leistungsbilder unterstützen diese Tendenz. Damit beschreitet der Gesetzgeber jetzt auch für die freiberuflichen Architekten und Ingenieure einen gesetzlichen Weg, den er für andere freiberufliche Leistungen, zum Beispiel in den ärztlichen Gebührenordnungen, bereits als unheilvoll und als falsch erkannt hat.

Die Unübersichtlichkeit der jeweiligen Veränderungen in den Leistungsbildern, nicht nur in der Bewertung, sondern auch in der nun verordneten weiteren Differenzierung der Grundleistungen und der Besonderen Leistungen einerseits und andererseits in der strikten Trennung der Honorarordnungen nach dem Zeitpunkt der Auftragserteilung, führen nun dazu, dass die Architekten und Ingenieure eine Parallelität der Honorarfindung noch jahrelang begleiten wird – je nach dem Zeitpunkt des Vertragsabschlusses:

- Die HOAI 2002 bleibt gültig für alle Verträge, die bis zum 18. August 2009 abgeschlossen worden sind.
- Die HOAI 2009 bleibt gültig für alle Verträge, die bis zum 17.07.2013 abgeschlossen worden sind.
- Die HOAI 2013 gilt erst für die Verträge, die ab dem 17.07.2013 abgeschlossen worden sind.

Dieses Nebeneinanderher von drei sehr verschiedenen Gebührenordnungen, die Tatsache, dass bei sogenannten echten Stufenverträgen die jeweils in Bezug genommene HOAI noch jahrelang gelten wird, und der Umstand, dass wegen der Gewährleistungszeiten die verschiedenen Systeme der verschiedenen HOAI 2002/2009/2013 auch weiter zur Grundlage der Leistungsbestimmung der Planer herangezogen werden müssen, führen zu dem Ergebnis, dass die jeweils im konkreten Fall anzuwendende Fassung der HOAI in ihrer Parallelität zu den anderen stets zur Hand sein muss.

Dies ist der Grund, warum sich die Schriftleitung des INGLetters entschlossen hat, die jeweiligen Fassungen der HOAI in einer Synopse darzustellen. Der sich nicht ständig mit der Honorierung seiner Leistungen befassende Architekt oder Ingenieur wird in der Praxis gezwungen, die ihm obliegenden Leistungen, so er sie über Leistungsbilder definiert hat, zu bestimmen. Unsere vergleichende Zusammenschau ist deshalb eine Arbeitshilfe für diejenigen, die mit der HOAI täglich arbeiten müssen.

Gegen Erstattung von Handling- und Portokosten in Höhe von fünf Euro kann der Druck bei der Schriftleitung angefordert werden, am besten per E-Mail (siehe unten).



**Autor**



RA Prof. Dr. jur.  
Hans Rudolf Sangenstedt

caspers mock Anwälte Bonn,  
Koblenz, Frankfurt, Köln, Saarbrücken  
E-Mail: [bonn@caspers-mock.de](mailto:bonn@caspers-mock.de)

**Basiswissen, Teil 4:**

## Fälligkeit der Honorarforderungen der Ingenieure und Architekten

In unserem ersten Artikel über die Thematik der Fälligkeit der Architekten- und Ingenieurleistung (Basiswissen, Teil 3, INGLetter Juli-August, Seite 3) wurde dargestellt, wann der Ingenieur oder Architekt seine Planungsleistung in zeitlicher Hinsicht zu erbringen hat, wann diese Verpflichtung also fällig wird. Maßgeblich dafür ist primär die vertragliche Vereinbarung der Parteien; fehlt eine solche, greift die gesetzliche Regelung. Paragraph 271 des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) verpflichtet dann zu unverzüglichem Tätigwerden.

Anders sieht die Situation für die Gegenleistung des Auftraggebers aus, also für den Vergütungsanspruch des Planers.

Auch hier sind grundsätzlich vertragliche Vereinbarungen möglich. Will der Planer jedoch Vorauszahlungen haben, so muss eine entsprechende Regelung im Einzelfall individuell und schriftlich getroffen werden. Vorformulierte Regelungen (*Allgemeine Geschäftsbedingungen*) mit entsprechendem Inhalt sind nach einhelliger Meinung in Literatur und Rechtsprechung unwirksam (zuletzt: BGH, Urteil vom 07.03.2013, VII ZR 162/12, IBR 2013, 379), weil von den nachstehend dargestellten wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung abgewichen wird.

Architekten- beziehungsweise Ingenieurverträge sind Werkverträge. Bei diesem Vertragstyp sind die Architekten oder Ingenieure als – vom Gesetz so bezeichnete – Unternehmer grundsätzlich vorleistungspflichtig. Erst nach vollständiger Herstellung/Fertigstellung soll der Besteller zur Zahlung verpflichtet sein (§ 641 I BGB).

Das Werkvertragsrecht im Allgemeinen und das Honorarrecht der Architekten und Ingenieure im Besonderen sieht ein Recht des Planers vor, Abschlagszahlungen zu verlangen. Nach Paragraph 632a BGB kann der Unternehmer für vertragsgemäß erbrachte Leistungen, durch die der Besteller einen Wertzuwachs erhalten hat (Einbauten etc.) eine Teilzahlung verlangen.

Die HOAI enthält eine entsprechende Regelung für Planungshonore in Paragraph 15 II. Nach der Fassung 2009, die für alle bis zum 16.07.2013 vertraglich vereinbarten Grundleistungen gilt, können Abschlagszahlungen gemäß vertraglicher Vereinbarung oder in an-

gemessenen zeitlichen Abständen für nachgewiesene Leistungen gefordert werden. Die Fassung 2013, anwendbar auf alle ab dem 17.07.2013 abgeschlossenen Verträge, sieht für Vereinbarungen über Abschlagszahlungen Schriftform vor, erlaubt Abschlagsrechnungen darüber hinaus in angemessenen zeitlichen Abständen für nachgewiesene Grundleistungen. Nicht erwähnt sind Beratungsleistungen oder Besondere Leistungen. Hier muss, falls möglich, auf die allgemeine Regelung in Paragraph 632a BGB zurückgegriffen werden, wobei der dafür notwendige Wertzuwachs (siehe oben) problematisch werden könnte. Abgesehen von Abschlagszahlungen bedarf es zur Fälligkeit der werkvertraglichen Vergütung grundsätzlich der vollständigen vertragsgemäßen Leistungserbringung und der Abnahme. Das Abnahmeerfordernis besteht mit Geltung der HOAI 2013 auch für den Planer. Paragraph 15 I HOAI 2013 stellt dies ausdrücklich klar.

Ein zusätzliches Fälligkeitserfordernis ist die Erteilung einer prüffähigen Schlussrechnung. Dem bis vor einigen Jahren zu beobachtenden Missbrauch, dass in Honorarprozessen oft erst nach Jahren die fehlende Prüffähigkeit gerügt und oft auch als einfaches Mittel zu Klageabweisung von den Gerichten dankbar aufgegriffen wurde, hat der Bundesgerichtshof einen Riegel vorgeschoben. Mit Urteil vom 27.11.2003 (Az. VII ZR 288/02, BauR 2004, 316 oder IBR 2004, 79) hat er klargestellt, dass die Prüffähigkeit kein Selbstzweck ist.

Wichtig ist dabei in jedem Falle, dass der Auftraggeber nach dem vorzitierten Urteil sein Rügerecht verliert, wenn er die fehlende Prüffähigkeit nicht innerhalb von zwei Monaten nach Erhalt der Rechnung konkret und nachvollziehbar beanstandet.

Welche Mindestangaben eine Rechnung enthalten muss, wird Inhalt eines gesonderten Beitrages sein.

**Honorar**

## Erste Abmahnung in sogenannten Verbrauchergeschäften

In der erstmaligen Übersendung einer Rechnung an einen Verbraucher mit der «Bitte» um Überweisung bis zu einem kalendermäßig festgelegten Termin, liegt grundsätzlich keine befristete Mahnung im Sinne von § 286 I BGB.

BGB § 286; ZPO § 301

OLG Saarbrücken, Ur. v. 17.4.2013 - 1 U 398/11-117  
NZBau 7/2012, 444 ff. = NJW-RR 14/2013, 852 ff.

**Aus den Gründen**

*Dem Kläger stehen jedoch nicht bereits Zinsen ab dem 25.9.2007 zu. Die Formulierung in der Rechnung «Bitte überweisen Sie den Betrag bis spätestens 24.9.2007 an ...» stellt weder eine kalendermäßige Bestimmung i.S. des § 286 II Nr. 1 BGB (a) noch eine Mahnung nach § 286 I BGB dar. Verzug der Beklagten trat vielmehr erst mit Ablauf des 19.11.2007 ein.*



RA Dr. jur. Wolfgang Weller

caspers mock Anwälte Bonn,  
Koblenz, Frankfurt, Köln, Saarbrücken  
E-Mail: [weller@caspers-mock.de](mailto:weller@caspers-mock.de)

*Die Bitte um Zahlung bis zum 24.9.2007 stellt keine Bestimmung einer Leistungszeit i.S. von § 286 III Nr. 1 BGB dar. Eine solche Bestimmung muss durch Rechtsgeschäft - in der Regel in dem zu Grunde liegenden Vertrag -, durch Gesetz oder in einem Urteil getroffen worden sein. Die einseitige Festlegung einer Leistungszeit durch den Gläubiger reicht, sofern dieser nicht nach § 315 BGB zur Bestimmung der Leistung berechtigt ist, was regelmäßig bei Leistungen der öffentlichen Daseinsvorsorge der Fall ist, für die Anwendung der Vorschrift nicht aus (vgl. BGH, NJW 2008, 50 [51]).*

*Ein Leistungsbestimmungsrecht des Klägers nach § 315 BGB ist vorliegend nicht gegeben. Da es auch an einem vertraglich eingeräumten Leistungsbestimmungsrecht des Klägers fehlt, konnte dieser in der Rechnung vom 10.9.2007 nicht einseitig eine verzugsbegründende Leistungszeit bestimmen.*

*Entgegen der Ansicht des LG Saarbrücken kann auch nicht von einem Einverständnis der Beklagten mit dem Zahlungsziel ausgegangen werden. Der Unterzeichner des Begleitschreibens vom gleichen Tag kann nicht der Erklärungswert beigemessen werden, die Beklagte akzeptiere auch die Bestimmung der Leistungszeit. Im Begleitschreiben wird lediglich auf die Rechnung Bezug genommen. Daraus folgt nicht, dass die Beklagte auch mit deren Inhalt, insbesondere der Leistungszeit, einverstanden war.*

*In der Bitte um Zahlung bis spätestens 24.9.2007 liegt auch keine befristete Mahnung i.S. von § 286 BGB.*

*Eine solche setzt eine eindeutige und bestimmte Leistungsaufforderung voraus. Eine Fristsetzung für die Leistung ist nicht notwendig. Der Gläubiger muss jedoch - für den Schuldner erkennbar - klar zum Ausdruck bringen, dass er die Vornahme der geschuldeten Leistung verlangt (vgl. Ernst, in: Münch-Komm-BGB, 6. Aufl. [2012], § 286 Rdnr. 48). Zwar bedarf es - anders als im Fall des § 286 III 1 BGB - keines Hinweises auf die Rechtsfolgen des Verzugs. Auch kann die Mahnung mit der die Fälligkeit begründenden Handlung verbunden werden und daher auch in einer Rechnung enthalten sein, selbst wenn nach den vertraglichen oder gesetzlichen Bestimmungen erst mit deren Zugang die Forderung fällig wird. Hierbei handelt es sich jedoch um Ausnahmefälle. Die erstmalige Zusendung einer Rechnung - selbst mit Angabe eines Zahlungsziels - ist regelmäßig nicht als Mahnung anzusehen. In der kalendermäßigen Bestimmung eines Zahlungsziels in der Rechnung des Klägers ohne Hinweis auf einen Verzugseintritt oder ähnliche Zusätze, liegt daher nur ein Angebot zu einer Stundung oder einem pactum de non petendo, das die Beklagte als ihr günstig gem. § 151 BGB stillschweigend angenommen hat (vgl. BGH, NJW 2008, 50 [51 f.]).*

#### **Kommentierung**

Verzugszinsen setzen die Fälligkeit einer Forderung und eine Mahnung nach Fälligkeit voraus. Während die Fälligkeit einer Forderung nach Paragraph 15 Absatz 1 der HOAI materiellrechtlich geregelt ist, setzt die Fälligkeit darüber hinaus auch eine Leistungszeitbestimmung nach Paragraph 271 des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) voraus.

Nach Absatz 1 dieses Paragraphen ist eine Leistung, also auch ein Honoraranspruch, sofort fällig, wenn sich aus bestimmten Umständen nichts anders ergibt. Fordert also ein Planer ein Honorar an, welches den Kriterien des Paragraphen 15 der HOAI entspricht, dann ist seine Forderung sofort fällig. Dies hat zur Konsequenz, dass eine Verzinsung wegen Verzuges erst dann eintritt, wenn nach Fälligkeit eine Mahnung zugestellt wird (§ 286 Abs. 1 BGB).

Das Oberlandesgericht Saarbrücken urteilt also richtig, wenn es erklärt, die Übersendung einer HOAI-Rechnung mit der Bitte, bis zu einem bestimmten Termin zu leisten (also zu bezahlen), stelle keine Leistungsbestimmung nach dem Kalender dar, bei der es dann keiner Mahnung mehr nach Paragraph 286 Absatz 2 des BGB bedürfe. Vielmehr sei diese Aufforderung lediglich eine Fälligkeitsbestimmung dem Termin nach gewesen mit der Konsequenz, dass erst eine Mahnung nach dem Verstreichen des Fälligkeitstermins zum Verzug führen würde. Die Aufforderung, bis zu einem bestimmten Termin zu leisten, stellt an und für sich noch keine Mahnung dar, da Verzug aber erst mit Mahnung nach Fälligkeit eintritt, hätte der Architekt nach seiner Fälligkeitsbestimmung noch ein gesondertes Mahnschreiben mit der Aufforderung zur Zahlung an die Bauherrenschaft richten müssen. Erst diese Mahnung (Zugang der Mahnung) setzt Verzugszinsen in Gang.

Zwar kann eine Fälligkeitsbestimmung auch bereits mit einer Mahnung verbunden werden, dies ist aber bei sogenannten Verbrauchergeschäften regelmäßig nicht der Fall. Verbraucher sind nach Paragraph 15 des BGB *Natürliche Personen*, die Rechtsgeschäfte abgeschlossen haben, die weder ihrer noch ihrer selbstständigen beruflichen Tätigkeit zugeordnet werden können, also auch private Bauherren.

Anders sieht die Sache bei Geschäften aus, die nicht zu den Verbrauchergeschäften zählen. In diesen Fällen kommt der Schuldner auch ohne Fristbestimmung durch bloße Überreichung einer Rechnung in Verzug, wenn er nicht innerhalb von dreißig Tagen nach Fälligkeit zahlt. Fälligkeit tritt dann nach Paragraph 271 des BGB ein, ohne dass in der Rechnung selbst oder in einem Begleitschreiben ein Datum zur Zahlung eingesetzt worden ist, spätestens dreißig Tage nach dem Zugang der Rechnung.

#### **Praxishinweis**

So oder so ist es notwendig, zur Vermeidung von Rechtsnachteilen bei Honorarrechnungen wie folgt vorzugehen:

- Die Rechnung ist zu versehen mit einer Zahlungsaufforderung zu einem bestimmten Datum. Damit geschieht eine Bestimmung zur Fälligkeit der Zahlung durch den Auftraggeber.
- Zahlt der Auftraggeber bis zum eingesetzten Datum nicht, ist zu mahnen. Mit Zugang der Mahnung treten dann die Folgen des Verzuges ein. Dem Planer stehen Verzugszinsen zu, und zwar bei Verbrauchergeschäften fünf Prozent über dem Basiszinssatz, bei anderen Geschäften acht Prozent über dem Basiszinssatz.

Eine derartig gute Verzinsung ist heutzutage kaum noch zu finden ...

Dr. Sa

**Haftung****Verantwortung und Haftung des Architekten und Tragwerksplaners innerhalb der Leistungsphase 1 („Steilhang Rügen“-Entscheidung)**

1. Der mit der Grundlagenermittlung beauftragte Architekt muss mit dem Auftraggeber erörtern, ob dieser trotz ihm bekannter risikoreicher Bodenverhältnisse – hier: unzureichende Standsicherheit des Bauvorhabens wegen der Lage an einem abbruchgefährdeten Steilhang – an dem Bauvorhaben festhalten will.

2. Unterlässt der Architekt die gebotene Erörterung, ist er beweispflichtig dafür, dass der Auftraggeber an dem Bauvorhaben festgehalten hätte, wenn ihm die Gefährdung in ihrer ganzen Tragweite bewusst gemacht worden wäre.

3. Diese Grundsätze gelten auch für den Tragwerksplaner, weil auch er im Rahmen der von ihm vertraglich übernommenen Grundlagenermittlung standortbezogene Einflüsse unter Berücksichtigung der Bodenverhältnisse in Zusammenarbeit mit dem Auftraggeber klären muss.

4. Muss sich dem Auftraggeber auf Grund eigener Kenntnis tatsächlicher Umstände aufdrängen, dass die Planung des Architekten sowie die Statik des Tragwerksplaners eine bestimmte Gefahrenlage in Kauf nehmen, verstößt der Auftraggeber regelmäßig gegen die in seinem eigenen Interesse bestehende Obliegenheit, sich selbst vor Schaden zu bewahren, wenn er die Augen vor der Gefahrenlage verschließt und das Bauvorhaben durchführt (Fortführung von BGH, NZBau 2011, 360 = NJW 2011, 1442 = NZM 2011, 320 = BauR 2011, 869).

BGB §§ 254 I, 633 I, 635

BGH, Urt. v. 20.6.2013 - VII ZR 4/12 (OLG Rostock)

NZBau 8/2013, 515 f.

**Aus den Gründen**

Zu einem Schadensersatzanspruch gem. §§ 635, 633 I BGB kann auch eine fehlerhafte Grundlagenermittlung führen (Korbion, in Korbion/Mantscheff/Vygen, HOAI, 8. Aufl., § 33 Rdnr. 75). Nach den getroffenen Feststellungen war die Beklagte zu 1 (der Architekt, d. Red.) unter anderem mit der Grundlagenermittlung (Leistungsphase 1) beauftragt. Die Grundlagenermittlung schließt eine Beratung zum gesamten Leistungsbedarf ein (vgl. § 15 II Nr. 1 HOAI). Dabei sollen die Probleme, die sich aus der Bauaufgabe, den Planungsanforderungen und den Zielvorstellungen ergeben, untersucht, analysiert und geklärt werden. Dazu gehört das Abfragen und Besprechen der Wünsche, Vorstellungen und Forderungen des Auftraggebers (Koeble, in: Locher/Koeble/Frik, HOAI, 9. Aufl., § 15 Rdnr. 15; Koeble, in: Kniffka/Koeble, Kompendium d. BauR, 3. Aufl., Teil 12 Rdnr. 404; Neuenfeld, NZBau 2000, 405 [406]; zu § 33 HOAI 2009 i.V. mit Anlage 11 s. Koebel, in: Locher/Koeble/Frik, 11. Aufl., § 33 Rdnr. 28 f.). Die sachgerechte Beratung des Auftraggebers schließt die Erörterung

standortbezogener Gefahren ein. Es kommt für den Architekten unter anderem darauf an, die Vorstellungen des Bauherrn in einem technisch vertretbaren und darüber hinaus überhaupt ausführbaren Rahmen zu bringen (Korbion, 6. Aufl., § 15 Rdnr. 32; ebenso zu § 33 HOAI 2009; Korbion, 8. Aufl., § 33 Rdnr. 62).

Danach musste die Beklagte zu 1 der Klägerin entgegen der Annahme des Berufungsgerichts zwar nicht ohne Weiteres von dem Bauvorhaben abraten. Der Altbau war bereits vor mehreren Jahrzehnten errichtet worden. Das Berufungsgericht hat nicht festgestellt, dass dort – aus der maßgeblichen Sicht ex ante – ein Steilhangabbruch mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit zu besorgen war. Es oblag daher der Entscheidung der Klägerin, ob sie – je nach dem Ergebnis weiterer Baugrundaufschlüsse am Standort des Altbaus – das Risiko in Kauf nehmen wollte, dieses Gebäude zu sanieren und die Neubauten zu errichten, obgleich der Altbau im Sicherheitskorridor lag.

Allerdings musste die Beklagte zu 1 das Ausmaß der Gefährdungslage, die sich durch das Risiko eines Steilhangabbruchs ergab, mit der Klägerin erörtern und Entscheidungsmöglichkeiten mit ihr beraten. Von dieser Verpflichtung war die Beklagte zu 1 nicht deshalb entbunden, weil die Klägerin Risikohinweise bereits aus den eingeholten Gutachten und auch aus der abgelehnten Bauvoranfrage entnehmen konnte. Zwar hat das Berufungsgericht festgestellt, dass der Wissenstand der Beteiligten gleich war. Das Wissen um die tatsächlichen Umstände, aus denen sich die Gefährdung ergab, gestattet aber nicht ohne Weiteres den Schluss, dass die Klägerin deren Tragweite auch zutreffend bewertete. Das Wissen um das Vorhandensein eines Risikos bedeutet nicht ohne Weiteres, dass der Auftraggeber dessen Ausmaß zutreffend einschätzt. Die Beklagte zu 1 musste dies mit der Klägerin erörtern und sodann eine eigenverantwortliche Entscheidung der Klägerin über das weitere Vorgehen herbeiführen. Selbst eine gewisse Sachkunde des Bauherrn ist nicht ausreichend, um eine Erörterung von standortbezogenen Umweltrisiken als entbehrlich zu erachten (siehe bereits BGH, NJW 1996, 2370 = BauR 1996, 732, unter I 2b bb [2]).

Die Erörterung eines standortbezogenen Risikos für den Bestand des Objekts sowie die Beratung über Handlungsmöglichkeiten sind nur dann entbehrlich, wenn der Auftraggeber erkennbar mit den möglichen Auswirkungen der Gefahrenlage in zuverlässiger Weise hinreichend vertraut ist und das Risiko auch bei einer Belehrung auf sich nehmen würde (vgl. BGH, BauR 2011, 869 Rdnr. 33). Dahingehende Feststellungen hat das Berufungsgericht nicht getroffen.

Die Leistung des Beklagten zu 2 (des Tragwerksplaners, d. Red.) war ebenfalls mangelhaft (§ 633 I BGB). Im Hinblick auf die von ihm vertraglich übernommene Grundlagenermittlung (Leistungsphase 1) musste er standortbezogene Einflüsse unter Berücksichtigung der Bodenverhältnisse klären (Koeble, 9. Aufl., § 64 Rdnr. 9; zu § 49 HOAI 2009 s. Koeble, 11. Aufl., § 49 Rdnr. 19).

Insbesondere bei – wie hier – unüblichen und außergewöhnlichen Aufgaben, bei denen die Objektplanung nicht unwesentlich von statischen Gegebenheiten abhängt, muss er die Aufgabenstellung

klären (Mantscheff, in: Korbion/Mantscheff/Vygen, 6. Aufl., § 64 Rdnr. 10; zu § 49 HOAI 2009 s. Mantscheff, 8. Aufl., Anlage zu § 49 Rdnr. 17; Jochem/Kaufhold, HOAI, 5. Aufl., § 49 Rdnr. 4).

*Danach war auch der Beklagte zu 2 verpflichtet, die Gefährdungslage mit der Klägerin zu erörtern und sie bei einer eigenverantwortlichen Entscheidung zu beraten. Sofern der Tragwerksplaner dem nicht selbst nachkommt, musste er jedenfalls für eine sachgerechte Beratung des Auftraggebers durch andere Beteiligte, insbesondere den Architekten, sorgen (vgl. BGH, BeckRS 2009, 87566 = BauR 1971, 265 unter III 1b; OLG Karlsruhe, BeckRS 2009, 87568 = BauR 2002, 1884). Dem hat der Beklagte zu 2 nicht Rechnung getragen.*

*Entgegen der Ansicht der Revision ändert es nichts, dass die Baukonstruktion des Beklagten zu 2, wie sich nachträglich herausgestellt hat, den Hangabbruch überstanden hat. Zwischen der Standsicherheit der Steilküste, an der der Altbau gelegen war, und der Tragfähigkeit des Baugrundes, ist, entgegen der Ansicht der Revision, nicht zu unterscheiden. Die Revision hält den Altbau, bezogen auf den Baugrund, für standsicher und meint, der Beklagte zu 2 habe seinen Pflichten damit Genüge getan. Darin erschöpfen sich die Pflichten des Statikers jedoch nicht. Der Altbau hat zwar durch den Abbruch der Steilküste keine sichtbaren Schäden erlitten. Der Statiker ist aber nur dann in der Lage, eine statische Berechnung anzufertigen, die den örtlichen Gegebenheiten Rechnung trägt, wenn er sich Klarheit über die Bodenverhältnisse verschafft (BGH, BeckRS 2009, 87566 = BauR 1971, 265 unter III 1a). Die Verpflichtung, die örtlichen Gegebenheiten einzubinden, beschränkt sich nicht nur auf das Baugrundstück, sondern schließt schadensträchtige Umwelteinflüsse ein, denn die Standsicherheit des Bauwerks kann auch dadurch beeinträchtigt werden.*

### Kommentierung

Der Leistungsphase 1 der HOAI wird normalerweise wenig Bedeutung zugemessen. Dies geht sogar so weit, dass sie auch honorarrechtlich häufig vernachlässigt wird und zwecks „Rabattgewährung“ aus manchen Verträgen einfach herausgestrichen wird.

Zum zweiten Mal hebt nun der Bundesgerichtshof – mit der Konsequenz erheblicher Haftungen – die Bedeutung der Leistungsphase 1 in den Leistungsbildern der HOAI deutlich hervor, und er knüpft damit erhebliche Anforderungen an die Beratungs- und Berichterstattungsverpflichtung beim ersten Zusammenwirken des Bauherrn mit seinen Planern.

Während in der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 21.3.2013 (VII ZR 230/11 BGH vom 21.3.2013, VII ZR 230/2011, Baurecht 7/2011, 1143 ff. = INGLetter Juli/August 2013, 6 ff.) die Pflichten des Planers bei der Feststellung eines Kostenrahmens herausgestellt werden, innerhalb dessen das Bauvorhaben realisiert werden soll, befasst sich in dieser seiner neuesten Entscheidung der Bundesgerichtshof mit der Erörterungspflicht, die der Objektplaner und der Tragwerksplaner gegenüber der Bauherrenschaft haben. Werden die nämlich nicht erfüllt und entstünde deswegen später eine unzureichende Standsicherheit eines Objektes, dann wären Objektplaner und Tragwerksplaner zur

Verantwortung zu ziehen. Allerdings müsse auch jene Bauherrenschaft, die trotz Kenntnis eines besonderen Baugrundes bauen ließe, sich einen Mitverantwortungsanteil an späteren Schäden zurechnen lassen.

Der Bundesgerichtshof begründet dies über folgenden Lösungssatz (Urteil vom 20.6.2013 - VII ZR 4/12, NZBau 8/2013, 515 ff).

Der Bundesgerichtshof erklärt, dass die Grundlagenermittlung in den Leistungsbildern der Objektplanung der HOAI und der Tragwerksplanung für den Objektplaner eine Beratung zum gesamten Leistungsbedarf bedeuten, den ein Bauwilliger sich zu vergegenwärtigen hat. Der Tragwerksplaner muss in der Leistungsphase 1 des ihn betreffenden Leistungsbildes im Benehmen mit dem Objektplaner seine Aufgabenstellung auf dem Fachgebiet Tragwerksplanung klären, was bedeutet, dass er standortbezogen Einflüsse unter Berücksichtigung der Bodenverhältnisse für das geplante Objekt klären muss. Beiden, Objektplanern und Tragwerksplanern, obliegt diese Verpflichtung besonders dann, wenn ein Objekt von Bodenverhältnissen abhängt, deren statischen Gegebenheiten besonders zu berücksichtigen seien.

Während der Objektplaner über die ihm obliegende sachgerechte Beratung gegenüber seinem Bauherrn die standortbezogenen Gefahren, die bei der Errichtung des Objekts entstehen können, umfassend aufklären muss, kann der Tragwerksplaner sich seinerseits nicht darauf beschränken, eine Baukonstruktion zu entwickeln, die an sich tragfähig ist, aber nicht den örtlichen Gegebenheiten Rechnung trägt, wenn er sich nicht Klarheit über die Bodenverhältnisse verschafft hat.

Dies geht für beide Planer sogar soweit, dass sie sich nicht darauf zurückziehen können, ausgehend von älteren Bauvorhaben sei bekannt gewesen, dass der Grund selbst tragfähig sei. Sämtliche Umweltgefahren eines Baugrundstückes, hier ein möglicher Hangbruch, seien für die Bauentscheidung der Bauherrenschaft maßgeblich. Das bedeute, dass sowohl die spezifischen Umwelteinflüsse und die Auswahl des Standortes des Bauvorhabens als auch alle sich daraus für die Standsicherheit des Bauwerks ableitbaren statischen Gefahren mit der Bauherrenschaft erörtert werden müssen. Die Verpflichtung der Planer ginge nicht so weit, von einem Bauvorhaben abzuraten, sie ginge aber so weit, die Bauherrenschaft in eine Entscheidungssituation zu bringen, in der ihr das Risiko klar wird, wenn auf einem bestimmten Grundstück ein Objekt errichtet wird.

Die Aufklärung muss auch erfolgen, wenn die Bauherrenschaft aufgrund eigener Kenntnisse wissen musste, dass die Planung des Architekten sowie die Statik des Tragwerksplaners von einer bestimmten Gefahrenlage ausgingen. In diesem Fall sei der Bauherrenschaft, wenn sie bauen ließe, gegebenenfalls ein Mitverschulden an der Bauentscheidung anzulasten. Sie selbst treffe nämlich die Obliegenheit, sich vor eigenen Schäden zu bewahren.

Die Abwägung, wer denn nun den aus einer falschen Bauentscheidung getroffenen Schaden zu tragen habe, könne bis dahin führen, dass Architekt und Tragwerksplaner haftungsfrei gestellt werden. Da Architekt und Tragwerksplaner aber dafür beweis-

pflichtig seien, dass die Bauherrenschaft an ihrer Bauentscheidung festgehalten hätte, obwohl ihr die Gefährdung des Objekts in ihrer gesamten Tragweite klar gemacht worden wäre, obläge es nun wieder den Planern, darzustellen und zu beweisen, dass sie die Bauherrenschaft über die Risiken des gewählten Standorts vollständig aufgeklärt hätten.

#### Praxishinweis

Die Konsequenz der Rechtsprechung zu den Pflichten von Planern, die in der Leistungsphase 1 tätig sind, kann nur sein, Beratungsergebnisse mit der Bauherrenschaft konsequent zu dokumentieren. Diese Dokumentation muss so sein, dass die Bauentscheidung vom Bauherrn unter Berücksichtigung ihrer technischen und finanziellen Risiken getroffen werden kann. Mit anderen Worten: die Bauherrenschaft muss eine echte Bauherrenschaft treffen. Dass in einer solchen Dokumentation alle Risiken einer Bauentscheidung noch nicht im Detail benannt werden können, weil die Risiken sich erst mit fortschreitender Planung konkretisieren, ist auch klar. Es ist aber die Pflicht des Planers, die grundsätzlichen Baurisiken darzustellen.

Für den Tragwerksplaner besonders überraschend ist dieses Urteil deswegen, weil seine Beratungspflicht nicht auf die Machbarkeit des Tragwerks selbst begrenzt sein soll, sondern dass er bei besonderen Baugründen auch die Bauentscheidung mitzutragen hat. Im Zweifel ist deshalb dem Bauwilligen immer ein Baugrundgutachten dokumentiert anzuraten. *Dr. Sa*

#### Haftung

### Abgrenzung der Verantwortung des Planers von der Verantwortung des Fachplaners

1. In HOAI-Verträgen bestimmen die vereinbarten Leistungsbilder das Leistungssoll für die Planer.
2. Planungen, insbesondere Ausführungsplanungen, müssen so detailliert sein, dass sie die Ausführung über den Unternehmer risikolos möglich machen.
3. Spezialbaumaßnahmen, bei denen der Bauunternehmer besondere Sachkunde hat, entlasten den Planer nicht von seinen Kontrollpflichten.
4. Objektüberwachungsfehler liegen vor, wenn besonders schadensträchtige Arbeiten nicht besonders intensiv überwacht werden.
5. Eine ständige Anwesenheit des Objektüberwachers vor Ort ist dagegen nicht notwendig.

§§ 635, BGB n.F. 249, 254, 278

OLG Celle, Urt. v. 04. Oktober 2012 – 13 U 234/11

BauR 8/2013, 1289 ff.

#### Aus den Gründen

*Nach dem zwischen den Parteien abgeschlossenen Einheits-Architektenvertrag für Gebäude vom 12.1.1998 hatte die Beklagte*

*es übernommen, die Grundleistungen der Leistungsphasen 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 und 9 des § 15 HOAI a.F. und damit vor allem die Bauplanung und Bauüberwachung für die Freiraumüberdachung zwischen Hallen des Großmarktes H. zu erbringen. Auch wenn die HOAI als Preisrecht lediglich die Vergütung regelt, erlangen die Leistungsbilder dadurch Bedeutung für das vertraglich geschuldete Soll, dass in dem Architektenvertrag – wie hier – auf sie verwiesen wird. Jedenfalls schuldet die Beklagte die Verwirklichung eines plangerechten und mängelfreien Werkes.*

*Wie detailliert die Ausführungsplanung sein muss, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Sind Details der Ausführung besonders schadensträchtig, müssen diese unter Umständen im Einzelnen geplant und den Unternehmern in einer jedes Risiko ausschließenden Weise verdeutlicht werden. An einer solchen, von der Beklagten erstellten oder jedenfalls überprüften Planung fehlt es.*

*Zwar können die Pflichten des Architekten auch eingeschränkt sein, wenn der Bauherr für eine bestimmte Leistung einen Spezialisten beauftragt hat. In einem solchen Fall darf der Architekt unter gewissen Umständen auf die Sachkunde des anderen vertrauen.*

*Den bauleitenden Architekten – zumal bei ungewöhnlichen und erkennbar schwierigen Ausführungen – enthebt das Vertrauen in die Kompetenz eines Spezialisten nicht der Verpflichtung zur eigenverantwortlichen Kontrolle; soweit Pläne Dritter zur Ausführung gelangen, darf ein Architekt diese nicht kritiklos übernehmen, soweit ihm Kritik möglich und zumutbar ist.*

*Ein Überwachungsfehler ist gegeben, wenn der Architekt die ihm im Einzelfall obliegende Aufgabe verletzt, die Arbeiten der Bauunternehmer und der übrigen am Bau Beteiligten so zu leiten und zu überwachen, dass das Bauwerk plangerecht und mängelfrei erstellt wird. Im Rahmen der Bauüberwachung hat der Architekt die Arbeiten gezielt zu überwachen und zu koordinieren, um zu erreichen, dass das Bauwerk frei von Mängeln und wie geplant durchgeführt wird. Bei wichtigen oder bei kritischen Baumaßnahmen, die erfahrungsgemäß ein hohes Mängelrisiko aufweisen, ist der Architekt zu erhöhter Aufmerksamkeit und zu einer intensiven Wahrnehmung der Bauaufsicht verpflichtet. Dies gilt in besonderem Maße, wenn das Bauwerk nach den Vorgaben eines Dritten ausgeführt wird. Haben sich bereits Anhaltspunkte für Mängel ergeben, ist besondere Aufmerksamkeit geboten. Die dem Architekten obliegenden Leistungen richten sich nach den Umständen des jeweiligen Falles. Es kann zwar nicht verlangt werden, dass er sich ständig auf der Baustelle aufhält. Er muss aber die Arbeiten in angemessener und zumutbarer Weise überwachen und sich durch häufige Kontrollen vergewissern, dass seine Anweisungen sachgerecht erledigt werden.*

#### Kommentierung

Diese Entscheidung des Oberlandesgerichts Celle führt schulbuchmäßig vor Augen, welche Verpflichtungen einen Planer treffen, wenn er seinen Planervertrag an den Leistungsbildern der HOAI orientiert. Zwar sind die Leistungsbilder der HOAI Gebührentatbestände, sie werden aber von der Rechtsprechung regelmäßig als geschuldetes Leistungssoll angesehen, da die Gebührentatbestände als notwendige Leistungen für die Erstellung eines fehlerfreien Planungs-Objektüberwachungswerkes durch die Gerichte angesehen werden (siehe auch: Auktuell, Seite 3).

Aufgabenorientiert muss allerdings in jedem Einzelfall festgestellt werden, wie groß die Planungstiefe sein muss, die der Planer zu erbringen hat. Sie muss so tief sein, dass die beteiligten Unternehmer risikolos Ausführungsleistungen nach den Plänen des Architekten beziehungsweise Ingenieurs erbringen können. Soweit Spezialbauunternehmen „klüger“ sind, als der planende und objektüberwachende Architekt oder Ingenieur, da diese nur gewerkeübergreifende, allgemeine Grundkenntnisse haben kann, muss er die Ausführungsleistungen eines Spezialbauunternehmers besonders kritisch in der Objektüberwachungsphase prüfen. In keinem Falle darf er Pläne eines Spezialbauunternehmers kritiklos übernehmen.

Wie intensiv die Objektüberwachung vor Ort stattzufinden hat, ergibt sich aus dem zu betrachtenden Risiko für jede Ausführungsleistung. Je höher das bauliche Risiko ist, desto intensiver und genauer ist die Objektüberwachung vorzunehmen.

#### Praxishinweis

Es ist deshalb den Planern dringend anzuraten, bei schwierigen Planungen, die auch schwierig umzusetzen sind, ein exaktes Bautagebuch zu führen, über welches dokumentiert wird, welche Objektüberwachungsleistungen erbracht worden sind und welche Anweisungen der Planer den ausführenden Unternehmen erteilt hat. Da bei einem Fehler im Bauwerk die Vermutung dafür steht, der Planer habe diesen Fehler mitzuverantworten, kann er sich nur mit Beweismitteln entlasten, also auch durch Dokumente, nämlich baubegleitende Dokumentationen (Bautagebücher). Diese dienen primär zwar der Unterrichtung der Bauherrenschaft, sind aber auch von ganz erheblicher Bedeutung für die Beweisbarkeit des fehlerfreien Verhaltens eines Planers. *Dr. Sa*

#### Vergabe

## Eine Vergaberechtsverletzung ist auch mit einer bestimmten Vertragsbestimmung möglich

1. Auch eine Angebotsfrist, die 45 Kalendertage umfasst, kann unangemessen kurz sein.
2. Die Festlegung des Auftragsbeginns und der Vertragspartner sind Vertragsbestimmungen, deren Verletzung im Nachprüfungsverfahren zur Überprüfung steht, wenn sie sich auf die Auftragschancen eines Bieters auswirkt.
3. Ein Bieter ist nicht verpflichtet, die sachlichen Mittel für die angebotene Leistung bereits zum Zeitpunkt der Zuschlagserteilung bereitzuhalten.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.06.2013 – Verg 4/13  
GWB § 97 Abs. 1, 7; RettG-NRW § 2 Abs. 1, 2; VOL/A § 10. § 12 EG Abs. 2

#### Sachverhalt

Der Auftraggeber hat die Durchführung von Rettungsdienstleistungen (Notfallrettung und qualifiziertem Krankentransport) europaweit im offenen Verfahren ausgeschrieben. Der Bieter rügt unter

anderem, dass der vorgesehene Zeitplan der Ausschreibung und die Vertragsdauer allein dem Zweck dienen, den Wettbewerb zu verhindern. Ein Angebot gibt er deswegen nicht ab. Da die Vergabestelle der Rüge nicht abhilft, leitet der Bieter ein Nachprüfungsverfahren ein. Die Vergabekammer gibt dem Nachprüfungsantrag statt.

#### Entscheidung

Nach Auffassung des Düsseldorfer Oberlandesgerichts ist der Nachprüfungsantrag zulässig. Der Vergaberechtsverstoß wurde rechtzeitig gerügt. Dass sich der Bieter nicht an dem Vergabeverfahren mit einem eigenen Angebot beteiligt hat, ist für die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages unschädlich. Ein Antragsteller muss sein Interesse am Auftrag nicht durch die Abgabe eines Angebotes dokumentieren, wenn er einen gewichtigen Vergabeverstoß rügt, der bereits die grundlegenden Rahmenbedingungen betrifft.

Der Nachprüfungsantrag ist auch begründet. Insbesondere die gesetzten Verfahrensfristen und die vorgesehene Vertragslaufzeit von nur einem Jahr mit zwei sechsmonatigen Verlängerungsoptionen sind unangemessen kurz, benachteiligen dadurch neue Anbieter und sind somit geeignet, neue Anbieter in diskriminierender Weise vom Wettbewerb fernzuhalten. Auch eine 45-tägige Angebotsfrist kann nach den konkreten Umständen unangemessen kurz sein. Die lediglich drei Tage umfassende Ausführungsfrist zwischen Zuschlag und Auftragsbeginn ist ebenfalls zu kurz. Denn der Bieter ist nicht verpflichtet, die sachlichen Mittel für die angebotene Leistung bereits zum Zeitpunkt der Zuschlagserteilung vorzuhalten. Gleiches gilt für die kurze Laufzeit des Vertrages. Hier wirken sich Vertragsbestimmungen auf die Auftragschancen eines Bieters aus.

#### Kommentierung

Das Oberlandesgericht Düsseldorf beanstandet zu Recht die fehlende Transparenz der Ausschreibung, weil in den Vergabeunterlagen einige für die Kalkulation wichtige Informationen gefehlt haben. Hinzu kommt, dass das Oberlandesgericht sachgerecht Vorschriften aus dem Vertragsrecht unter vergaberechtlichen (Gleichheits-)Gesichtspunkten würdigt. Eine Tendenz, die zuvor auch schon in einer Entscheidung der Vergabekammer Rheinland-Pfalz (Beschluss vom 06.02.2013 – VK 1-35/12) berücksichtigt worden ist. Diese Tendenz zeigt, dass Vertragsrecht und Vergaberecht nicht unberührt nebeneinander stehen und dass insbesondere das, was vergaberechtlich unzulässig ist, nicht Gegenstand einer vertraglichen Regelung werden kann.

Besonders wichtig für Ingenieurleistungen ist die Klarstellung, dass die sachlichen Mittel nicht bereits zum Zeitpunkt der Zuschlagserteilung (oder sogar der Angebotsabgabe) vorhanden sein müssen. Dann gibt es auch keinen Grund, dies für die personellen Leistungen zu verlangen.

Also können sich auch Ingenieurbüros um Aufträge bewerben, für die ihnen vor Beginn der Ausführung die sachlichen und/oder personellen Mittel noch nicht zur Verfügung standen. Der Auftraggeber kann dann aber ein plausibles Konzept vom Bieter verlangen, wie er für seine Einsatzfähigkeit (also für seine Eignung) bei der Auftragsdurchführung sorgen will. An ein solches Konzept sind hohe Anforderungen zu stellen, weil der Auftraggeber bei

seiner Prüfung einen gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbaren Ermessensspielraum hat. Es liegt also am Ingenieurbüro, das ein Interesse an dem Auftraggeber hat, diesen zu überzeugen.

## Vergabe

### Zur Abgrenzung von Eignungs- und Zuschlagskriterien – Konzept für die Ausfallsicherheit

Die Abgrenzung, ob es sich bei den einzelnen Wertungskriterien um Eignungs- oder Zuschlagskriterien handelt, richtet sich danach, ob diese im Wesentlichen mit der Beurteilung der fachlichen Eignung der Bieter für die Ausführung des betreffenden Auftrags oder mit der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots zusammenhängen.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.06.2013 – Verg 4/13  
GWB § 97 Abs. 1, 7; RettG-NRW § 2 Abs. 1, 2; VOL/A § 10. § 12 EG Abs. 2

#### Sachverhalt

Der Auftraggeber hat die Durchführung von Rettungsdienstleistungen (Notfallrettung und qualifiziertem Krankentransport) europaweit im offenen Verfahren ausgeschrieben. Der Bieter rügt unter anderem, dass der vorgesehene Zeitplan der Ausschreibung und die Vertragsdauer allein dem Zweck dienen, den Wettbewerb zu verhindern, neue Anbieter abzuschrecken und die bisher als Rettungsdienstleister tätigen Hilfsorganisationen zu bevorzugen. Ein Angebot gibt er deswegen nicht ab. Da die Vergabestelle der Rüge nicht abhilft, leitet der Bieter ein Nachprüfungsverfahren ein. Die Vergabekammer gibt dem Nachprüfungsantrag statt.

#### Entscheidung

Das Oberlandesgericht Düsseldorf bestätigt die Entscheidung der Vergabekammer, weist die dagegen gerichtete sofortige Beschwerde zurück und untersagt dem Auftraggeber die Zuschlagserteilung, weil das Vergabeverfahren an gravierenden Mängeln leidet. Die damit verbundene Zurückverweisung des Vergabeverfahrens gibt dem Oberlandesgericht Veranlassung zu folgenden Hinweisen:

Das Zuschlagskriterium „Erstellung eines Konzepts zur Ausfallsicherheit“ ist zulässig. Zwar dienen Konzepte zur Sicherstellung der Leistungserbringung grundsätzlich der Qualitätssicherung und wirken sich damit auf die Leistungsfähigkeit, also auf die Eignung des Unternehmens aus. Hier wurde aber nicht das bloße Vorhandensein von Kriterien abgefragt, die im Unternehmen des Bieters allgemein die jederzeitige Leistungsfähigkeit sicherstellen. Vielmehr war der Bieter gefordert, sich konkret mit der ausgeschrieben Leistung auseinanderzusetzen und ein Konzept zu entwickeln, das die in seinem Angebot ausgearbeiteten Dienstleistungen sicherstellt.

Die Abgrenzung, ob es sich um Eignungs- oder Zuschlagskriterien handelt, richtet sich danach, ob diese im Wesentlichen mit der Beurteilung der fachlichen Eignung der Bieter für die Ausführung des betreffenden Auftrags oder mit der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots zusammenhängen. Als Zuschlagskriterien dürfen nur Kriterien zur Anwendung kommen, die mit dem Gegenstand des Auftrages zusammenhängen, das heißt, sich auf die Leistung beziehen, die den Gegenstand des Auftrages bildet. Auch unter Bestimmtheitsüberlegungen bedarf das Zuschlagskriterium „Erstellung eines Konzepts zur Ausfallsicherheit“ keiner weitergehenden Konkretisierung. Die Methoden, mit denen der Bieter seine Leistungssicherheit für den konkreten Auftrag herstellt, hängen von der von ihm bestimmten Leistungsstruktur ab, auf die der Auftraggeber weder Einfluss hat, noch diese im Vorhinein kennt.

#### Kommentierung

Die Erstellung von Konzepten für die Leistungserbringung oder – wie hier – die Gewährleistung der Ausfallsicherheit, ist in Vergabeverfahren häufig zu beobachten. Es ist zu begrüßen, dass das Düsseldorf Oberlandesgericht hiermit klargestellt hat, dass diese als Zuschlagskriterien zulässig sind.

Das nach wie vor ungelöste Problem der Ermessensgrenzen dieses zulässigen „weichen“ Zuschlagskriteriums bieten aber weiterhin vergaberechtlichen Diskussionsstoff.

#### Schadenfall

### Mängel an den Balkonen eines Mehrfamilienhauses: Verweigerung der Abnahme der Modernisierungsarbeiten

Berichterstatter  
Univ.-Prof. Dr.-Ing. Antonius Busch  
Dr.-Ing. Detlev Fistera  
Institut für Bauwirtschaft Kassel

#### Sachverhalt

An einer Eigentumswohnanlage wurden Balkonanlagen modernisiert und instandgesetzt. Insgesamt handelte es sich um fünf unterschiedlich große Balkone im Erdgeschoß, im 1. Obergeschoß und im Dachgeschoß dieses Objektes.



Autor



Rechtsanwalt Oliver Weihrauch

caspers mock Anwälte Bonn  
Koblenz, Frankfurt, Köln, Saarbrücken  
weihrauch@caspers-mock.de

Die Leistungen wurden durch einen Generalunternehmer erbracht, ein Architekt oder ein Projektleiter waren nicht beauftragt worden. Da auch die Abstimmung der technischen und der planerischen Ausführungsdetails durch den Auftragnehmer erfolgten, ist tatsächlich jedoch von einem Generalübernehmer zu sprechen. Auch wurde keine Ausschreibung erstellt. Der Generalübernehmer (als Auftragnehmer) erstellte ein Angebot, das nach Verhandlungen mit der Hausverwaltung pauschal formuliert beauftragt wurde.

Folgende Leistungen wurden nach Angabe der Auftraggeberin und des Auftragnehmers unstrittig erbracht:

- Abbruch bestehender Aufbauten auf den Balkonen,
- Aufbau eines neuen Gefällestrichs,
- Abdichtung der Balkonflächen mittels PVC-Bahnenabdichtung,
- Erneuerung des Balkonbelags mittels Betonplatten auf Stelzlager,
- Demontage der vorhandenen Balkongeländer,
- Herstellung und Montage neuer verzinkter Stahlgeländerkonstruktionen einschließlich einer teilweisen Verglasung der Geländer.

Nach Fertigstellung der Arbeiten wünschte der Auftragnehmer eine Abnahme seiner Leistungen, die die Auftraggeberin als Wohnungseigentumsgemeinschaft wegen diverser Mängel ablehnte.

Die Begehung, an der die Hausverwaltung, die Beiratsmitglieder der Wohnungseigentumsgemeinschaft als Auftraggeberin und der Auftragnehmer teilnahmen, führte zu keinem einvernehmlichen Ergebnis und vor allem zu keiner Mängelbeseitigung, sodass eine Abnahme durch die Auftraggeberin weiterhin abgelehnt werden musste.

Sie sah deshalb keine andere Möglichkeit, als einen Privatsachverständigen einzuschalten. Durch diesen sollten die Mängel fachlich einwandfrei formuliert und diese Mängelliste an den Auftragnehmer zwecks Mängelbeseitigung weitergegeben – oder als Grundlage einer Beweissicherung genommen werden.

#### Ursachen und Zusammenhänge

Der pauschal vergebene Auftrag war nur unzureichend beschrieben worden. Die oben dargestellten Leistungen des Auftragnehmers sind in detaillierter Ausführungsqualität nicht nachvollziehbar. Die Ansichten über notwendige Ausführungen gingen bei den beteiligten Auftragspartnern stark auseinander, beispielsweise gab es strittige Ansichten über die umgrenzende Verglasung der Balkonbrüstung. Sowohl der Auftragnehmer als auch die Auftraggeberin waren der Ansicht, Beispielfotos zur Ausführung dem jeweils anderen Vertragspartner vorgelegt zu haben, ohne dass auch nur ein Vertragspartner dies nachweisen konnte.

Der Sachverständige musste sich am üblichen Sollzustand orientieren und konnte somit weder eine Ausführungsbeschreibung, noch eine Zeichnung oder gar ein Beispielfoto heranziehen.

Diverse Mängel wurden durch die Wohnungseigentumsgemeinschaft formuliert. Beispielhaft wurden die folgenden Mängel beschrieben:

1. Die Betonplatten kippen teilweise; insbesondere am Rand der Balkone ist die Kippgefahr so stark, dass eine Unfallgefährdung vorliegt.

Der Sachverständige fand folgende Situation vor: Die an den freien Rändern des Balkons verlegten Randplatten kippen bei äußerer Belastung weg.

Der freie Rand der Balkone wurde mittels einer Alulochblechkonstruktion ausgebildet. Hierbei wurde ein abgekantetes Aluminiumblech lose entlang des freien Randes der Balkone verlegt. Die senkrecht stehende Kante der Blechkonstruktion ist gelocht und soll einen Wasserabfluss von der Balkonfläche in die außen liegende Rinne ermöglichen (**Abb. 1** und **Abb. 2**).

Abbildung 1: Aufständering, Alurandwinkel, Alurandwinkel



Abbildung 2: Anschlussbereich Terrassentüraustritt



Sowohl Kunststoffstelzlager (nach Angaben des Auftragnehmers wurde „ALWITRA“ verwendet) als auch Alublechrandwinkel sind durch Recyclingmattenabschnitte aufgeständert. Es war festzustellen, dass die Aufständering deutlich zu hoch erfolgte, da schon mit Beginn der Platten an der Hauswand eine – nicht notwendige – starke Unterfütterung der Belagsplatten stattfand.

Die Randplatten werden durch die Alurandwinkel nicht gehalten. Der Winkel gibt unter leichter Trittbelastung nach und lässt ein seitliches Wegkippen der Randplatten zu. Hierdurch entsteht eine unmittelbare Unfallgefahr für den Nutzer der Balkone.

Durch den am Rand abscherenden Randwinkel sind auch die in der Fläche befindlichen Betonplatten und deren Stelzlager nicht gehalten und verschoben sich.

*2. Der zwischen Geländer und Aluwinkel beziehungsweise Betonbelagsplatte bestehende Abstand ist erheblich zu groß. Im Fall der hier betrachteten Balkone beträgt der Abstand im Mittel zehn beziehungsweise 14 Zentimeter.*

Durch den Sachverständigen konnte vor Ort festgestellt werden: Die an den verschiedenen Balkonen gemessenen Abstände sind stark unterschiedlich und betragen teilweise bis zu 14 Zentimeter.

Es ist nach den allgemein anerkannten Regeln der Technik mittlerweile üblich, dass die Abstände zwischen Geländer und Laufbereichen mit maximal sechs beziehungsweise vier Zentimeter angenommen werden. Dies liegt an den teilweise unterschiedlichen Vorgaben der Literatur. Unstrittig ist, dass Abstände von zehn und mehr Zentimeter nicht akzeptabel sind und dass Abstände von sechs Zentimeter nur angegeben werden, wenn keine Toleranzen nach oben möglich sind. Der Seitenabstand zwischen Geländer und Treppenläufen und Podesten wird beispielsweise in der heranzuziehenden DIN 18065 von Januar 2000 mit „... darf nicht mehr als 6 cm betragen ...“ angegeben. In den Bauordnungen der deutschen Länder (und auch in der Musterbauordnung der Länder) wird deutlich von der Verkehrssicherheit gesprochen. Die einhellige Ansicht ist, dass Abstände von mehr als sechs Zentimeter keinesfalls zu akzeptieren sind, da die Verkehrssicherheit, insbesondere für Kinder, nicht gegeben wäre.

*3. Das Balkongefälle wurde zu gering ausgeführt.*

Der Sachverständige stellte vor Ort fest:

Gefälle = 1,3 cm auf 0,72 m = 1,806 %

Nach Angabe des Auftragnehmers wurde EVALON V 1,2 mm verlegt. Eine Kontrolle der Datenbank der Firma ALWITRA ergibt, dass die Dachbahn EVALON V standardmäßig in den Stärken 1,2 oder 1,5 Millimeter angeboten wird, andere Dicken aber auf Anfrage erhältlich sind.

Aus der Verlegeanleitung für EVALON-Dachbahnen ergeben sich folgende Verlegegrundsätze:

*Nach DIN 18531 sind die Mindestnenndicken von Kunststoffbahnen je nach Anforderung und Anwendungskategorie zu bemessen. Dachabdichtungen, an die übliche Anforderungen gestellt werden, sind der Anwendungskategorie K1 (Standardausführung) zuzuordnen. Voraussetzung ist, dass grundsätzlich eine Mindestneigung der Abdichtungsebene von 2 % eingehalten wird. Für Dächer und/oder Dachbereiche mit einem Gefälle < 2 % gelten für die Dachabdichtung hinsichtlich der Stoffauswahl die Bemessungsregeln für die Anwendungskategorie K2.*

*Für EVA-Bahnen (EVALON®) gilt: EVALON®-Verlegeanleitung 11, Anwendungskategorie K2 (höherwertige Ausführung).*

*Dachabdichtungen, an die durch Planer/Bauherren (z. B. aufgrund höherwertiger Gebäudenutzung, Hochhäuser, Dächer mit erschwerem Zugang) erhöhte Anforderungen gestellt werden,*

*sind der Kategorie K2 zuzuordnen. Hierbei ist ein Gefälle von mindestens 2 % in der Abdichtungsebene und mindestens 1 % im Bereich von Kehlen einzuhalten.*

*Für EVA-Bahnen (EVALON®) gilt: Mindestnenndicke 1,5 mm (Dickenangabe ohne Kaschierung und Selbstklebeschicht).*

Dieser Auszug aus den Verlegerichtlinien des Herstellers macht deutlich, dass beim gemessenen Gefälle der Balkonfläche eine Mindestnenndicke der EVALON Dachbahn von 1,5 Millimeter zu erbringen ist. Hierzu muss der Auftragnehmer den Nachweis führen, dass diese Mindestdicke eingehalten worden ist, beziehungsweise, dass eine Sonderausführung mit einer Bahndicke von mehr als 1,5 Millimeter erfolgte.

*4. Mit dem Neuaufbau der Balkone wurde die Statik nicht überprüft.*

Der Auftragnehmer hat weder eine vorhandene Statik der Balkone erfragt, noch irgendwelche Lastvergleiche zwischen ursprünglichem und neuen Belag angestellt.

Der Sachverständige machte darauf aufmerksam, dass eine Kontrolle der Lastannahmen der neu vorgenommenen Balkonaufbauten im Verhältnis zu den bisherigen Lasten und im Verhältnis zur bestehenden statischen Vorgabe, welche Lasten der Balkon überhaupt zu tragen in der Lage ist, erfolgen muss. Es sind die neuen Lastannahmen durch den Auftragnehmer zusammenzutragen und die bisherigen Lasten (Abbruch Estrich und Belag) in Abzug zu bringen. Gleichzeitig ist die vorhandene – geprüfte – statische Berechnung herauszusuchen und die Einhaltung der maximal möglichen Lasten zu kontrollieren.

Der Auftragnehmer vermutete, dass «etwa 10 cm Estrichbeton und alte Fliesen entfernt wurden», was aber nicht maßgebend sein kann und keinen Nachweis darstellt. Im Gegenteil ist es eher unwahrscheinlich, dass derart starke Aufbauten vorhanden waren. Die möglichen Anschlusshöhen lassen dies ebenfalls nicht vermuten. Es muss gegebenenfalls anhand von Fotos und der noch messbaren Höhe der Türschwelle die tatsächliche – ursprüngliche – Gesamtaufbauhöhe ermittelt werden. Dies ist, wenn die statische Berechnung für den Neubau vorgefunden werden kann, nicht mehr erforderlich, da dann die in der Statik zugrunde gelegten Lastannahmen verwendet werden können.

Die hier durchgeführten Änderungen an einem Mehrfamilienhaus sind statisch nachzuweisen. Statische Nachweise an einem Mehrfamilienhaus sind in der Regel durch einen Prüfstatiker zu prüfen.

Zusätzlich fehlten statische Nachweise für die Geländerkonstruktion und für die Geländerbefestigung, auf die in dieser Beschreibung nicht näher eingegangen werden soll.

### Schlussbetrachtung

*Zu 1. Betonplatten kippen teilweise:* Insbesondere im Randbereich der Balkone ist die Kippgefahr so stark, dass eine Unfallgefährdung für die Nutzer vorliegt. Zur Mängelbeseitigung der mangelbehafteten Balkonbeläge ist die Demontage und Neuverlegung nicht zu umgehen.

Zu 2. Der zwischen Geländer und Aluwinkel beziehungsweise Betonbelagsplatte bestehende Abstand ist erheblich zu groß: Im Fall der hier betrachteten Balkone beträgt der Abstand im Mittel zehn beziehungsweise 14 Zentimeter. Zur Beseitigung des übergroßen Abstandes zwischen Geländer und Balkonplatte (begangene Belagsfläche) lässt sich eine Abdeckung konstruieren, die zur Behebung dieses Mangels in der Lage ist.

Zu 3. Das Balkongefälle wurde zu gering ausgeführt: Aufgrund des fehlenden Mindestgefälles war die Anwendungskategorie K 2 zu fordern. Die Mindestdicke der Abdichtungsbahn von 1,5 Millimeter wurde im weiteren Verlauf kontrolliert, konnte jedoch nicht nachgewiesen werden.

Zu 4. Mit Neuaufbau der Balkone wurde die Statik nicht überprüft: Die genaue Prüfung der Balkone ergab, dass eine vorhandene Statik zur Prüfung nicht vorlag und auch nicht aufzufinden war. Ein Vergleich der Lastannahmen ergab, dass die ursprünglichen Estrichbeläge maximal drei bis vier Zentimeter stark waren und nur eine Anstrichbeschichtung vorlag. Die neue Belastung setzte sich aus drei bis fünf Zentimeter Gefälleestrich und vier Zentimeter starken Betonplatten (40/40 cm) sowie der zusätzlichen PVC Abdichtung zusammen. Die ursprünglichen Lasten wurden mit dem Neuaufbau deutlich überschritten.

#### Fazit:

Die vorliegenden Mängel, bis auf die unter 2. beschriebene Abstandsproblematik, ließen sich nicht ohne umfängliche Neukonstruktionen beseitigen. Die Abnahmeverweigerung der Wohnungseigentumsgemeinschaft als Auftraggeberin war mehr als berechtigt. Die vom Auftragnehmer übernommene Generalübernehmerleistung wurde mehr als mangelhaft erbracht.

Abschließend war beiden beteiligten Vertragspartnern zu empfehlen, eine fachliche Beratung zur Detailplanung in Anspruch zu nehmen und einen Architekten mit der Bauplanung und Bauleitung der Balkonmodernisierung zu beauftragen.



**Autor**



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



**Autor**



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

#### Sachverständige

## Die Höchstaltersgrenze für staatlich anerkannte Sachverständige in NRW ist unzulässig

Die in § 5 I lit. b NWSV-VO geregelte generelle Höchstaltersgrenze für staatlich anerkannte Sachverständige für die Prüfung der Standsicherheit verstößt gegen höherrangiges Recht. Sie ist mit Regelungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) und der Richtlinie 2000/78 EG des Europäischen Rates (Gleichbehandlungskriterien) nicht vereinbar, weil sie eine unzulässige Diskriminierung wegen des Alters darstellt.

SV-VO § 9; AGG §§ 21 Nr. 1, 10

VG Düsseldorf, UrT. v. 10.4.2013 - 20 K 440/12 (nicht rechtskräftig)  
NZBau 8/2013, 511 ff.

#### Aus den Gründen

*Die Ablehnung des beantragten Verwaltungsaktes durch Bescheid der Beklagten vom 23.12.2011 ist rechtswidrig und verletzt den Kläger in seinen Rechten (§ 113 V 1 VwGO). Ihm steht gegen die Beklagte ein Anspruch auf Anerkennung als staatlich anerkannter Sachverständiger für die Prüfung der Standsicherheit in den Fachrichtungen Massivbau, Metallbau und Holzbau sowie auf Aufnahme in die bei der Beklagten für diesen Fachbereich für die genannten Fachrichtungen geführte Liste zu.*

*Rechtsgrundlage für das Begehren des Klägers ist § 9 II 2 i. V. mit S. 1 der Verordnung über staatlich anerkannte Sachverständige nach der Landesbauverordnung (NWSV-VO) vom 29.4.2000 (GV. NRW. S. 422), zuletzt geändert durch VO vom 17.11.2009 (GV. NRW. S. 713). Danach werden von anderen Ländern der Bundesrepublik Deutschland anerkannte Prüfingenieure oder Prüfingenieurinnen für Baustatik von der Ingenieurkammer Bau Nordrhein-Westfalen auf Antrag als Sachverständige für die Prüfung der Standsicherheit in ihren Fachrichtungen anerkannt.*

*Allerdings verstößt die auf § 5 lit. b NWSV-VO gestützte Ablehnung der Anerkennung gegen Regelungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes vom 14.8.2006 (AGG) und der Richtlinie 2000/78 EG des Europäischen Rates vom 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (im Folgenden RL). Die Bestimmung ist mit der Vorgabe des AGG und der RL nicht vereinbar, weil sie eine unzulässige Diskriminierung wegen des Alters darstellt.*

*Das AGG ist auf die staatliche Anerkennung als Sachverständiger nach der NWSV-VO anwendbar. Gemäß § 2 I Nr. 1 (i. V. mit § 6 III) AGG sind Benachteiligungen aus einem in § 1 genannten Grund - zu denen auch das Alter zählt - nach Maßgabe des Gesetzes unzulässig in Bezug auf die Bedingungen für den Zugang zu selbstständiger Erwerbstätigkeit. Die Tätigkeit als staatlich anerkannter Sachverständiger ist eine selbstständige Tätigkeit, weil sie weisungsfrei in Bezug auf die Arbeitsorganisation, gegen Vergütung und auf eigene Rechnung erfolgt (vgl. BVerwG, DS 2011, 160 = NZA-RR 2011, 233 = NJW 2011, 1896 L zur Tätig-*

keit des öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen). Zu den Bedingungen für den Zugang zu einer selbstständigen Erwerbstätigkeit gehören die Voraussetzungen, die für die Ausübung der Tätigkeit erforderlich sind oder die rechtliche Grundlage für die Aufnahme der Tätigkeit darstellen. Entscheidend dafür, ob der Zugang zu einer selbstständigen Erwerbstätigkeit durch eine Höchstaltersgrenze beschränkt wird, ist, ob die Regelung geeignet ist, die Nachfrage nach den von Kläger angebotenen Dienstleistungen zu beschränken (vgl. BVerwG, DS 2011, 160 = NZA-RR 2011, 233 = NJW 2011, 1896 L unter Bezugnahme auf EuGH, Slg. 2010 I-71 = NJW 2010, 587 - «Petersen»).

Die staatliche Anerkennung hat die Berechtigung des Sachverständigen zur Folge, (u.a.) Prüfungen vorzunehmen und Bescheinigungen auszustellen (§ 2 II NWSV-VO); im Falle der hier in Rede stehenden Standsicherheitsuntersuchung hat der Sachverständige die Vollständigkeit und Richtigkeit der Standsicherheitsnachweise einschließlich des statisch-konstruktiven Brandschutzes zu prüfen und zu bescheinigen (§ 12 I 1 NWSV-VO). Mit dieser Tätigkeit tritt der Sachverständige teilweise an die Stelle der Bauaufsicht, deren Tätigkeit präventivpolizeilichen Zwecken dient und als Gefahrenabwehr gilt (§ 60 II NWBauO). Er nimmt hoheitliche Aufgaben wahr (vgl. OVG Münster, Urteil vom 2.10.2003 - 21 A 2007/01, BeckRS 2003, 25360; VG Düsseldorf, Urteil vom 15.12.2005 - 4 K 8080/04, BeckRS 2012, 46703).

Zweck der in § 5 I lit. NWSV-VO geregelten Altersgrenze bei staatlich anerkannten Sachverständigen im Bereich der Standsicherheit ist es, den Gefahren für die Standsicherheit von Gebäuden zu begegnen, die aus fehlerhafter Prüfung infolge von abnehmender Leistungsfähigkeit im höheren Alter resultieren.

Soweit mit der staatlichen Anerkennung eine besondere Kompetenz auf dem jeweiligen Fachgebiet sowie Zuverlässigkeit und Unabhängigkeit bescheinigt wird, die aufwändige Nachforschung durch Auftraggeber entbehrlich macht, rechtfertigt auch dies die starre Altersgrenze in § 5 I lit. b NWSV-VO nicht.

Nicht zu folgen ist der Auffassung der Beklagten, mit der Höchstaltersgrenze werde die Schaffung und Förderung einer ausgewogenen Altersstruktur bei den anerkannten Sachverständigen intendiert.

Dieses Ziel kann indes zur Rechtfertigung der in Rede stehenden Altersgrenze nicht herangezogen werden. Die staatliche Anerkennung von Sachverständigen nach der NWSV-VO erfolgt vielmehr ohne Stellenbegrenzung und ohne Bedarfsprüfung. Vielmehr erhält jeder Antragsteller die Anerkennung, der die fachlichen und persönlichen Voraussetzungen erfüllt. Das Ausscheiden älterer Sachverständiger ist damit – anders als bei den Beamten – keine Voraussetzung für das Nachrücken jüngerer. Jüngere Antragsteller werden allein an der Erfüllung der normativen Anerkennungsvoraussetzungen gemessen. Eine Bedürfnisprüfung wäre überdies verfassungswidrig (vgl. BVerfG, NJW 1992, 2621 zur Bedürfnisprüfung für die öffentliche Bestellung von Sachverständigen).

Schließlich kann entgegen der Auffassung der Beklagten § 5 I lit. b NWSV-VO auch nicht die Zielsetzung entnommen werden, es

solle Rechtsstreitigkeiten vorgebeugt werden, in denen über die Leistungsfähigkeit älterer Sachverständiger gestritten werde. Abgesehen von der sozialpolitischen Fragwürdigkeit eines solchen Normzwecks (vgl. BVerwG, DS 2012, 124 = NJW 2012, 1018), der etwa mit der Einführung verpflichtender medizinischer Untersuchungen bei älteren Sachverständigen ebenso erreicht werden könnte, erscheint es insgesamt eher fernliegend, hier überhaupt eine solche Ansicht des Ordnungsgebers anzunehmen.

An die Tätigkeit eines staatlichen anerkannten Sachverständigen für die Prüfung der Standsicherheit sind keine – besonderen – Anforderungen gestellt, die für die auszuübende Tätigkeit nach ihre Art wesentlich und entscheidend sind und die im Zusammenhang mit dem Lebensalter stehen. Insbesondere vor dem Hintergrund, dass es sich um eine Ausnahmebestimmung handelt, die eng auszulegen ist (vgl. EuGH, NJW 2011, 3209 - «Prigge»), ist eine derartige Verknüpfung von besonderer Anforderung an die berufliche Tätigkeit und dem Lebensalter der die Tätigkeit ausübenden Person nicht erkennbar. Die entscheidende, an einen staatlich anerkannten Sachverständigen für die Prüfung der Standsicherheit zu stellende Anforderung ist seine besondere Sach- und Fachkunde. Diese besondere Fachkompetenz ist altersunabhängig. Ob darüber hinaus die persönlichen Anerkennungsbedingungen vorliegen, zu denen auch die körperliche und geistige Leistungsfähigkeit gehören, hat die Anerkennungsbehörde nach Maßgabe der dafür einschlägigen Rechtsvorschriften jeweils im Einzelfall zu prüfen und zu entscheiden.

Der dagegen vorgebrachte Einwand, Sachverständige jenseits des allgemeinen Renteneintrittsalters seien regelmäßig nicht mehr dauerhaft berufstätig, sodass ihre berufspraktische Erfahrung und ihre Fortbildungsbereitschaft nachließen und damit wichtige Grundlagen ihrer besonderen Sach- und Fachkunde an Aktualität einbüßten, greift nicht durch (vgl. BVerwG, DS 2012, 124 = NJW 2012, 1018). Denn ein Sachverständiger ist auch über das allgemeine Renteneintrittsalter hinaus weder gehindert, beruflich tätig zu sein, noch Maßnahmen zur Erhaltung seiner besonderen Sach- und Fachkunde zu ergreifen.

Schließlich kann die Zulässigkeit der Festlegung einer starren Höchstaltersgrenze in § 5 I lit. b NWSV-VO auch nicht aus der Ausnahmevorschrift in Art. 2 V Richtlinie 2000/78/EG hergeleitet werden. Danach werden durch die Richtlinie nicht die im einzelstaatlichen Recht vorgesehenen Maßnahmen berührt, die in einer demokratischen Gesellschaft für die Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit, die Verteidigung der Ordnung und die Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit und zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer notwendig sind.

Die generelle in § 5 I lit. b NWSV-VO festgelegte Höchstaltersgrenze dient – jedenfalls auch – Belangen der öffentlichen Sicherheit, nämlich der Standsicherheit von Gebäuden. Maßnahmen, die auf die Vermeidung von auf Planungs- und Berechnungsfehler zurückzuführenden Einstürzen von Bauten aller Art durch Kontrolle der Eignung und physischen Fähigkeiten der zur Prüfung berufenen Sachverständigen abzielen, damit menschliche Schwächen nicht zur Ursache derartiger Unfälle werden, sind geeignet, die öffentliche Sicherheit im Sinne von Art. 2 V Richtlinie 2000/78/EG zu gewährleisten. Der Ordnungsgeber

*ist zum Schutz der Sicherheit der Allgemeinheit, der Bewohner der geprüften Gebäude, der Sachverständigen selbst betreffenden, typisierend von einer generellen Vermutung altersbedingt beeinträchtigter Leistungsfähigkeit ausgegangen.*

*Diese Maßnahme ist jedoch zum Erreichen des Zieles der Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit und des Gesundheitsschutzes nicht notwendig im Sinne des Art. 2 V Richtlinie 2000/78/EG. Vielmehr sind gegenüber der strikten Altersgrenze weniger einschneidende Beschränkungen und damit mildere Mittel vorhanden, mit denen dem Sicherheitsvorbehalt in ebenso effektiver Art und Weise Rechnung getragen werden kann. Denkbar ist die Verpflichtung der Sachverständigen, ab einem bestimmten Alter regelmäßige ärztliche Untersuchungen zum Fortbestand ihrer körperlichen und geistigen Leistungsfähigkeit vornehmen und ihre Sach- und Fachkunde überprüfen zu lassen. Welche Lösung zweckmäßig und praktisch handhabbar ist, hat der Ordnungsgeber im Rahmen des ihm zustehenden Gestaltungsspielraums zu entscheiden. Dieser Gestaltungsspielraum zwingt entgegen der Auffassung der Beklagten nicht zur Beibehaltung der typisierenden Regelung des § 5 I lit. b NWSV-VO unter dem Gesichtspunkt der Verwaltungsvereinfachung. Denn das Interesse der Anerkennungsbehörde, von dem Erfordernis eines höheren Verwaltungsaufwandes verschont zu bleiben, rechtfertigt nach den vorstehenden Ausführungen keine unterschiedliche Behandlung wegen des Alters. Das der Verwaltungsaufwand – wie die Beklagte geltend macht – tatsächlich nicht zu bewerkstelligen sein sollte, erschließt sich für das Gericht nicht. In anderen Rechtsgebieten werden seit langem standardisierte Verfahren verwandt, mit deren Hilfe der körperliche und geistige Leistungsstatus in Bezug auf die Ausübung spezieller Tätigkeiten gezielt überprüft werden kann und überprüft wird, zum Beispiel die medizinpsychologischen Untersuchungen im Fahrerlaubnisrecht oder die regelmäßigen Untersuchungen von Piloten für die Verlängerung von Fluglizenzen. Dass es vor diesem Hintergrund unmöglich sein sollte, auch für die Sachverständigen für die Prüfung der Standsicherheit ein spezielles, einzelfallbezogenes Überprüfungsverfahren zu entwickeln und für die vorzunehmenden Überprüfungen geeignete (medizinische) Sachverständige zu gewinnen, ist nicht nachvollziehbar. Jedenfalls kann ein damit eventuell verbundener erhöhter Verwaltungsaufwand der Anerkennungsbehörde nicht dazu führen, derartige Maßnahmen als ungeeignetes Mittel gegenüber der Normierung einer gegen das Verbot der Altersdiskriminierung verstoßenden starren Altersgrenze zu beurteilen.*

#### **Kommentierung**

Die sogenannte Gleichbehandlungsrichtlinie, die es untersagt, Menschen wegen ihrer Herkunft, ihrer Religionszugehörigkeit, ihres Geschlechtes oder wegen ihres Alters zu diskriminieren, hat wieder einmal Wirkung gezeigt: Die generelle Festlegung, die Zulassung von staatlich anerkannten Sachverständigen an eine bestimmte Altersgrenze zu binden, wird in Nordrhein-Westfalen für unzulässig erklärt.

Bereits in der Vergangenheit war durch Sachverständigentourismus die Verlegung von Dienstsitzen von Bundesländern, in denen eine strikte Altersbegrenzung für Prüferingenieure und staatlich anerkannte Sachverständige vorlag, in solche Bundesländer, in denen eine solche Altersgrenze nicht vorlag beziehungsweise anders geregelt war, merkwürdig. Es lässt sich sachlich nicht

begründen, dass die besondere Kompetenz von Prüfsachverständigen in dem einen Bundesland an ein Alter, in einem anderen Bundesland an ein anderes Alter gebunden worden ist. Generell erscheint es überhaupt ungewöhnlich, dass in einer alternden Gesellschaft die Berufszugangsvoraussetzungen an das Alter gebunden werden.

Das Verwaltungsgericht Düsseldorf urteilt detailliert, dass sämtliche Argumente, die gegen eine Altersbegrenzung von staatlich anerkannten Sachverständigen vorgebracht werden, untauglich sind, eine generelle Altersgrenze für staatlich anerkannte Sachverständiger gesetzlich (verordnet) festzulegen. Unter dem Gesichtspunkt der öffentlichen Sicherheit und des Gesundheitsschutzes sei es zwar möglich, Prüfaufgaben nur solchen Sachverständigen zu übertragen, die, bezogen auf ihr Alter, auch noch ausreichende Sachkunde aufweisen können zur Prüfung von Standsicherheitsnachweisen, es sei aber in jedem Falle falsch, eine strikte Altersbegrenzung zu verordnen.

Das Gericht regt an, gestufte Kontrollen über die Leistungsfähigkeit eines Sachverständigen anzuordnen, über die dann sein Sachverstand standardisiert überprüft werden könnte, wie dies bei anderen Berufsgruppen auch der Fall sei.

Als völlig abseitig charakterisiert das Gericht das Argument des Landes Nordrhein-Westfalen, der hierzu erforderliche Verwaltungsaufwand sei zu hoch. Verwaltung ist kein Selbstzweck.

Die Entscheidung ist nicht rechtskräftig, wird aber im weitesten Sinne Wellen schlagen, da erstmalig detailliert ausgeurteilt worden ist, dass die Übertragung öffentlich rechtlicher Aufgaben an Private nicht davon ausgehen kann, die zum Beispiel im öffentlichen Dienst geltende Altersregelung sei 1:1 auf solche private Sachverständige zu übertragen, die öffentliche Aufgaben wahrnehmen.

*Dr. Sa*



#### **Impressum**

##### **INGLetter**

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

##### **Herausgeber**

HDI Versicherung AG  
Nicole Gustiné  
Produktmarketing Sach  
HDI-Platz 1, 30659 Hannover  
Telefax: 0511/6451113661  
E-Mail: nicole.gustine@hdi.de, www.hdi.de

##### **Schriftleitung**

RA Prof. Dr. Hans Rudolf Sangenstedt (verantwortlich für den Inhalt)  
caspers mock Anwälte Bonn  
Wachsbleiche 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 10:  
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

# Infomaterial bestellen

Fax: 0221 / 144-66770 oder  
per E-Mail: [verbaende@hdi.de](mailto:verbaende@hdi.de)

**Wir beraten Sie unverbindlich und kostenfrei.**

**Ich wünsche weitere Informationen zu folgenden Themen:**

- Berufshaftpflicht
- Büro-Inhalt/Elektronik/Betriebsunterbrechung
- Kraftfahrt
- Hausrat und Glas
- Wohngebäude
- Rechtsschutz
- Berufsunfähigkeit
- Entgeltumwandlung für berufstätige Familienangehörige
- Ingenieurrente mit staatlicher Förderung
- Familienabsicherung speziell für Akademiker
- Finanzierung
- Unfallversicherung (Kapital + Rente)
- Kranken-/Pflegeversicherung

## Persönliche Angaben/Firmenstempel

Titel \_\_\_\_\_

Büro/Name, Vorname \_\_\_\_\_

Straße/Nr. \_\_\_\_\_

PLZ/Ort \_\_\_\_\_

E-Mail \_\_\_\_\_

Telefon \_\_\_\_\_

- selbstständig       angestellt

## Mitgliedschaft bei Kammern/Verbänden

- Ingenieurkammer     VDI     BDB  
 VDSI                     VWI     BVS



## Online-Service



### HDI INGLetter

Das umfangreiche INGLetter-Archiv zum Nachlesen und eine Vorschau auf die aktuelle Ausgabe des INGLetters.

→ [www.hdi.de/ingletter](http://www.hdi.de/ingletter)



### HDI INGservice

Die komplette Ausgabe als Onlinemagazin und weiterführende Informationen zu den Themen aus dieser Ausgabe.

→ [www.hdi.de/ingservice](http://www.hdi.de/ingservice)



### HDI Online-Newsletter

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

→ [www.hdi.de/newsletter](http://www.hdi.de/newsletter)