

Information für technisch-wissenschaftliche Berufe

# INGLetter

**HDI**

Das ist Versicherung.

Nr. 2  
Mai 2014

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

## Aktuell

Die neue Abnahmeregeln der HOAI ist für die Fälligkeit eines Honoraranspruchs gänzlich ungeeignet

## Honorar

Individuell dimensionierte und gebaute Photovoltaikanlagen sind Bauwerke nach Werkvertragsrecht

## Vergabe

Auch im Verhandlungsverfahren nach VOF besteht kein Anspruch auf Verhandlungen



## Editorial

## Also Achtung!

Seit gut zwölf Jahren arbeiten die Ingenieure und Architekten in Deutschland nun schon mit der Energieeinsparverordnung (EnEV), deren vierte Fassung als wichtiger Teil unserer nationalen Bestrebung, bis 2050 einen nahezu klimaneutralen Gebäudebestand in Deutschland zu haben, vor wenigen Tagen, nämlich am 1. Mai, in Kraft getreten ist. Mit der neuen EnEV führen, was Sie als Planer ja genau wissen, Bund, Länder und Kommunen noch einmal deutlich drastischere energetische Regeln für einen noch energieeffizienteren Hausbau ein, zum Beispiel mit noch mehr Dämmung und mit noch weniger Verwendung von Primärenergie.



Die neue EnEV ist, genau wie ihre drei Vorgängerinnen, heftig umstritten. Vor allem der Bundesrat hat ihr nur zähneknirschend und mit massiven Bedenken zugestimmt. Die meisten deutschen Länder halten sie für wirtschaftlich, ökologisch und sozial unausgegoren, und sie haben der Bundesregierung deshalb eine grundlegende Überarbeitung abverlangt. Wirtschafts- und Fachverbände kritisieren die verschärfenden Bestimmungen der neuen EnEV überdies als bau- und mietpreistreibend, als anlagendefinitiv nicht weitreichend genug oder als technisch zu wenig durchgreifend.

Wie dem auch sei – eines ist gewiss: Für Architekten und Ingenieure, die als Planer oder Energieberater immer im Zentrum aller technischen Erwägungen und ökonomischen Kalküle stehen, wohnen dieser EnEV in der Praxis viele kitzlige und knifflige fachliche Herausforderungen inne, ganz zu schweigen von etlichen gewichtigen materiellen Risiken; kleine Fehler, wie man weiß, haben bei ihnen oftmals eine große Wirkung, und wenn sie fehlgehen, sich irren oder falsch rechnen, dann sind sie es, denen die dicksten Regressrechnungen vorgehalten werden.

Da tut Absicherung not. Viele Planer kramen deshalb in diesen Tagen ihre Berufshaftpflichtversicherung hervor und prüfen, ob sie mit dem Reglement der neuen EnEV 2014 noch kongruiert oder ob vielleicht nachgebessert werden sollte. Deckt sie zum Beispiel die Risiken der Arbeit als Energieberater vollständig ab? Enthält sie womöglich keinen Honorarschutzpassus? Oder keine Vermögensschadenklausel? Solche Fragen werden vor allem im Besitz älterer Policen immer bedeutsamer. Wie schnell unterläuft einem mal ein unbedachter Lapsus, der, ohne konkreten Versicherungsschutz, teuer werden kann. Also Achtung! Vorsicht ist besser als Nachsicht, denn vorsichtige Planer müssen später um Nachsicht nicht bitten.

Klaus Werwath, Redaktion INGLetter

 **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)

## Inhalt

### 3 Aktuell

Die Abnahme von Planungsleistungen nach der neuen HOAI 2013 und nach der aktueller Rechtsprechung

### 4 Basiswissen, Teil 7

Berücksichtigung individueller Besonderheiten bzw. gestörter Gesamtschuldnerausgleich

### 5 Honorar

Individuell dimensionierte und gebaute Photovoltaikanlagen sind Bauwerke nach BGB-Werkvertragsrecht

### 7 Wie ist die Kostenbasis bei Leistungen für Umbauten und Modernisierungen nach Paragraph 2 der HOAI zu ermitteln?

### 8 Honorare für Projektentwickler: Nicht nach HOAI, sondern nach den Bestimmungen und Grundsätzen des BGB

### 9 Haftung

Schadenersatz wegen Verletzung der Verkehrssicherungspflicht durch den Träger der Straßenbaulast

### 10 Bedeutet bei Baufehlern eine fehlende Ausführungsplanung ein Mitverschulden des Bauherrn?

### 11 Vergabe

Auch im Verhandlungsverfahren nach der VOF besteht kein Anspruch auf Verhandlungen

### 12 Strenge Dokumentationspflichten für Verhandlungsverfahren nach VOF

### 13 Schadenfall

Schadhaftes Verblendmauerwerk beim Neubau von fünf zweieinhalb-geschossigen Einfamilienhäusern

### 14 Büro

Geschuldeter Qualitätsstandard in Planung und Ausführung

### 15 Buchbesprechung

Leupertz/Hettler: Der Bausachverständige vor Gericht

### 15 Impressum

### 16 Infomaterial HDI

### Wer hat das Fachbuch „Die HOAI 2013 verstehen und richtig anwenden“ gewonnen?

In der letzten Ausgabe des INGservice haben wir drei Exemplare des Fachbuchs „Die HOAI 2013 verstehen und richtig anwenden“ verlost, das einen praxisnahen Einstieg in die HOAI 2013 liefert und fundierte Grundlagen für die Honorarermittlung der Architekten und Ingenieure bietet.

Hier nun sind die Gewinner dieses Fachbuches:

- Dipl.-Ing. Susanne Randt aus Bütow
- Dipl.-Ing. Manfred Binger aus Riegelsburg
- Dipl.-Ing. A. Bartel aus Bremen

Wir gratulieren herzlich und wünschen eine nützliche Lektüre!

**Aktuell**

## Die Abnahme von Planungsleistungen nach der neuen HOAI 2013 und nach der aktueller Rechtsprechung

Eine merkwürdige Neuregelung der HOAI 2013 ist die Einfügung des Begriffs „Abnahme“ in die Fälligkeitsvorschrift des Paragraphen 15 (... „wenn die Leistung abgenommen“...).

Während es in der HOAI 2002 und auch in der HOAI 2009 für die Fälligkeit einer HOAI-Abrechnung genügte, dass die vereinbarten Leistungen objektiv und vertragsgerecht erbracht und übergeben worden sind, muss nun auch noch das Kriterium der Abnahme vorliegen.

War es für die bisherige Rechtsprechung schon schwierig genug, die objektive und vertragsgerechte Leistungserbringung als Ausgangspunkt der Fälligkeit des Honorars und des Beginns der Gewährleistungsphase zeitlich zu bestimmen, wird dies nun noch schwieriger.

Klar ist, dass die Abnahme einer Bauleistung mit der Abnahme einer Planungsleistung selbst nichts zu tun hat. Die bloße Tatsache, dass Bauunternehmer und Planer unter Werkverträgen arbeiten, darf nicht dazu führen, die Unterschiedlichkeit der Leistungsgegenstände dieser Werkverträge aus dem Auge zu verlieren.

Während die Rechtsprechung bisher auf dem Standpunkt beharrte, dass Planungsleistungen sich, genauso wie Ausschreibungs-, Vergabe- und Objektüberwachungsleistungen, eigentlich einer Abnahme als «körperliche Abnahme» entzögen, weshalb bisher von einem abnahmeähnlichen Übergang der Planungsleistungen in die Sphäre des Auftraggebers gesprochen wurde, soll nun eine - wie auch immer geartete - echte Abnahme Fälligkeitsvoraussetzung sein. Zum einen hängt aber die Abnahme davon ab, welcher Leistungsstand in einem Planungsverhältnis definiert ist. Ein allumfassender Planer, der zum Beispiel im Leistungsbild Objekt- oder Ingenieurplanung die Leistungsphasen 1 bis 9 der HOAI im Auftrag hat, liefert eine andere Leistung als der sogenannte Sonderfachmann, etwa der Tragwerksplaner oder der TGA-Planer, oder all diejenigen Planer, deren Leistungen im Anhang zur HOAI definiert sind.

Es muss deshalb, vom Ergebnis her betrachtet und je nach Beauftragung, eine Vielzahl von Abnahmesituationen für Planer geben.

Bleiben wir beim Tragwerksplaner. Da dessen Leistungsbild mit der Leistungsphase 6 (Vorbereitung der Vergabe) endet, muss der Abnahmezeitpunkt dieser seiner Leistungen selbstverständlich erheblich vor demjenigen Abnahmezeitpunkt liegen, zu dem der Objekt- oder Ingenieurplaner abnahmefähige Leistungen erbringt, der bis zur Leistungsphase 8 beauftragt wurde. Darüber hinaus besteht die Schwierigkeit, dass bloße „Papierplaner“ ihre geistigen Leistungen in Papierplänen, letztere zumindest herstellbar, abliefern, während Planer, die auch in den Leistungsphasen 8 und 9 tätig sind, tatsächlich Leistungen am Bauvorhaben vor Ort erbringen müssen.

Richtigerweise hatte der Bundesgerichtshof (BGH) deshalb bereits im Jahre 2010 entschieden (BGH, Urteil vom 25.02.2010 - VII

ZR 64/09 -; NZBau 5/10, 318 = BauR 5/2010, 795 ff.), dass die konkludente Abnahme einer Tragwerksplanung zumindest dann vorliegt, wenn der Besteller nach Fertigstellung der Leistung – hier: nach Vorlage der Pläne - die Rechnung des Tragwerkplaners bezahlt und mehrere Monate nach Einzug in das nahezu fertiggestellte Bauwerk keine Mängel der Tragwerksplanung rügt.

Der BGH hat sogar erklärt, dass beim Werk eines Statikers eine konkludente Abnahme vorläge, wenn der Besteller, also der Bauherr, gegebenenfalls vertreten durch den Architekten, die Tragwerkspläne entgegennimmt und hierdurch zu erkennen gibt, dass er die Leistungen in der Hauptsache als vertragsgerecht erbracht ansieht.

Unter der Gültigkeit der HOAI 2009 hat der BGH in Fortführung dieser Rechtsprechung nun wieder für den Objektplaner erklärt, dass eine konkludente Abnahme einer Architektenleistung dann vorläge, wenn der Bauherr nach Fertigstellung der Leistung und Bezug des fertiggestellten Bauwerks und Ablauf einer Prüfungsfrist von sechs Monaten keine Mängel der Architektenleistungen rüge (BGH, Urteil vom 26.09.2013 - VII ZR 220/12 -; NZBau 12/2013).

Da in der baulichen Praxis wohl kein Planer auf die Idee kommt, die Bauherrenschaft anzuschreiben und zu erklären - und damit gleichsam fordert, zu dieser Erklärung Stellung zu nehmen -, die Planungsleistungen seien vollendet, wird auch in Zukunft ganz maßgeblich die Übergabe der Leistungen in Form von materialisierten Plänen sein, ferner die Benutzung eines Objekts und damit die konkludente Erklärung, das Objekt in Gebrauch zu nehmen. Diese tatsächliche und damit konkludente Erklärung des Auftraggebers, eine Abnahme, sprich Billigung des Planungswerks als im Wesentlichen fehlerfrei vollzogen zu haben, setzt aber nun wieder voraus, dass der Auftraggeber ausreichend Zeit hatte, die Planungen in der Realisierung zu überprüfen. Dies nun wieder setzt voraus, dass, ausgehend vom Planungswerk, ein ausreichender Überprüfungszeitraum durch den Auftraggeber verstrichen ist.

Es kann nämlich auch bei der konkludenten Abnahme nicht so sein, dass letztere sich bis zum Sankt Nimmerleinstag verzögert mit der weiteren Konsequenz, dass ein Honoraranspruch nicht fällig wird und die Gewährleistungsphase nicht zu laufen beginnt. Mithin hat der BGH immer wieder entschieden, dass die Feststellung des Abnahmezeitpunktes einer einzeltatbestandlichen Feststellung unterläge. Es müsse erkennbar sein, dass der Auftraggeber durch tatsächliches Verhalten seinen Abnahmewillen zum Ausdruck bringen würde. Dies könne aber nur nach einer angemessenen Prüfungsfrist der Planungsleistungen der Fall sein. Wie lang diese zu bemessen sei, hänge von dem Leistungsgegenstand ab.

Um auf den Tragwerksplaner zurückzukommen, der seine Tragwerksplanung abliefern und letztere in die Überprüfung des Objektplaners und der des bauausführenden Unternehmens stellt, die die Tragwerksplanung umsetzen, muss eine konkludente Abnahmeerklärung durch Ingebrauchnahme der Tragwerksplanung bereits nach drei Monaten angenommen werden, so jedenfalls der BGH in dem zitierten Urteil vom 25.02.2010.

Binnen dreier Monate hat nämlich der Bauherr, vertreten durch den Planer, die Möglichkeit und sogar die Pflicht, die abgeliefer-

te Tragwerksplanung auf Vollständigkeit und Fehlerfreiheit zu kontrollieren, soweit letztere dem Objektplaner erkennbar ist. Der Objekt- oder Ingenieurplaner hat die Tragwerksplanungen nämlich in seine Planungen zu integrieren.

Die vorgenannte Dreimonatsfrist soll beim Objektplaner nicht greifen, vielmehr meint der BGH in seinem Urteil vom 26.09.2013, dass hierzu sechs Monate maßgeblich sein müssten. Nach dem Ablauf eines halben Jahres sei nach der Verkehrsauffassung regelmäßig nicht damit zu rechnen, dass der Bauherr die Leistungen als nicht vertragsgerecht zurückweisen würde, Ausnahme: Er trägt in diesem Zeitraum Beanstandungen vor, die die Abnahmefähigkeit hindern würden.

#### Praxishinweis

Nach hiesiger Auffassung sollte deshalb vermieden werden, den Auftraggeber auf seine Abnahmeverpflichtung über Paragraph 640 Absatz 1 Satz 2 des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) aufmerksam zu machen und ihn schriftlich zur Abnahme aufzufordern, weil, wie es in diesem Satz heißt:

*Der Abnahme steht es gleich, wenn der Besteller das Werk nicht innerhalb einer ihm vom Unternehmer bestimmten angemessenen Frist annimmt, obwohl er dazu verpflichtet ist.*

Da der Objektplaner gleichsam der letzte in der Reihe derer ist, die das Nachsehen haben können, erscheint es lebensfremd, den Auftraggeber auch noch darauf hinzuweisen, er solle jetzt abnehmen, andernfalls beginne die Gewährleistungsfrist binnen der selbst bestimmten Zeit zu laufen und ein Honoraranspruch würde fällig. Dass spätestens zu diesem Zeitpunkt der Bauherr Einwände erhebt, dürfte klar sein. Hinzu tritt die Problematik, dass der allumfassend beauftragte Planer aus seiner Treuepflicht gegenüber seinem Auftraggeber sogar verpflichtet ist, auf eigene Fehler hinzuweisen, mithin das Abnahmeverlangen bei nicht erkannten, aber erkennbaren Fehlern ins Leere gehen würde.

Das Abnahmekriterium in Paragraph 15 HOAI ist deshalb ein überflüssiges und ungeeignetes Kriterium zur Fälligkeitstellung eines Honoraranspruchs, mit dem die Planer aber in Zukunft leben müssen.

Es bietet sich deshalb an, parallel zur Abrechnung von Architekten- und Ingenieurleistungen eine Aufforderung an den Auftraggeber zu richten, mit der er gebeten wird, innerhalb einer bestimmten Frist die Abnahme zu erklären. Durch ein an eine Abschlagsrechnung nach gesondert abzurechnenden Leistungsphasen oder spätestens mit der Schlussrechnung angehängtes Schreiben könnte Folgendes erklärt werden:

#### 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)

*Betrifft: Bauvorhaben XYZ  
Architekten-/Ingenieurvertrag vom ...*

*Anrede*

*Unsere Leistungen, die Sie uns mit Architekten-/Ingenieurvertrag vom ... durch Beauftragung vom ... übertragen haben, sind vollständig erbracht bis einschließlich Leistungsphase ... Die hierzu erforderlichen Planungsunterlagen – Rechnungsprüfungen, Bauabnahme protokolle ... haben wir Ihnen am ... übergeben. Wir bitten Sie deshalb, uns die Abnahme unserer Planungsleistungen bis zum ... zu bestätigen und uns das hier vorbereitete Bestätigungsschreiben binnen zweier Monate zurückzuleiten. Ein entsprechendes Doppel fügen wir bei.*

*Mit freundlichen Grüßen*

Bleibt zu fragen: Wie lang muss die Frist bestimmt sein, ab der die Abnahme nach Paragraph 640 Absatz 1 Satz 2 des BGB unterstellt wird?

Geht man mit der Rechtsprechung davon aus, dass eine Rechnungsprüfung von Architekten-/oder Ingenieurrechnungen binnen zweier Monate zur erfolgen hat, weil in diesem Zeitraum eine Prüfung sein muss, so müsste es genauso in diesem Zeitraum möglich sein, die Vollständigkeit der Architekten- und Ingenieurleistung selbst zu überprüfen. Die Setzung einer Zweimonatsfrist hat deshalb den Vorteil, dass einerseits die Einrede der fehlenden Prüffähigkeit entfällt, wenn der Auftraggeber sich nicht rührt, und andererseits eine Abnahmefiktion vorliegt.

#### Basiswissen, Teil 7

## Berücksichtigung individueller Besonderheiten bzw. gestörter Gesamtschuldnerausgleich

In diesem Beitrag sollen Fragen erörtert werden, die sich im Rahmen des Gesamtschuldnerausgleichs aufgrund individuell unterschiedlicher Rechtspositionen der Mithaftenden gegenüber dem anspruchsberechtigten Bauherren stellen.

Zum besseren Verständnis wird hier noch einmal der Beispielsfall aus dem INGLetter 1/2014 (DIB 3-2014) beschrieben: Eine Kelleraußenwand wird durch den Rohbauer grob fehlerhaft abgedichtet. Der mit der Bauüberwachung beauftragte Architekt übersieht den Fehler. Der Bauherr verlangt die Nachbesserungskosten in Höhe von 100.000 Euro von beiden als Gesamtschuldern. Die Haftungsquote im Innenverhältnis wird in diesem Fall 75 Prozent zu Lasten des Unternehmers und 25 Prozent zu Lasten des Bauleiters betragen.

#### 1. Variante:

Der Architekt zahlt den vollen Betrag und verlangt nun 80 Prozent vom Bauunternehmer zurück. Dieser verweigert die Bezahlung mit dem Argument, er sei selbst nachbesserungsbereit gewesen und habe keine Gelegenheit zur Nachbesserung

erhalten. Im Übrigen wären ihm gegenüber Mängelansprüche verjährt.

## 2. Variante:

Der Bauherr erhält vom Bauunternehmer aufgrund eines mit diesem abgeschlossenen Vergleiches 50 Prozent des Schadens. Der Architekt wird auf die Restsumme in Anspruch genommen. Muss er zahlen? Und wenn ja: wie viel?

Es gilt der Grundsatz, dass Vorrechte einzelner Schuldner im Verhältnis zum Gläubiger den Ausgleichsberechtigten nicht benachteiligen dürfen. Hierbei spielt es keine Rolle, ob die Privilegierung vor oder nach der Entstehung der Gesamtschuld durch Gesetz oder Vertrag beziehungsweise durch Vereinbarung entstanden ist. Zu prüfen ist deshalb immer nur, ob die Haftungsprivilegierung schon zugunsten der anderen Schuldner wirkt und deshalb deren Inanspruchnahme durch den Gläubiger ausschließt. Wird diese Frage verneint, läuft die Begünstigung für den bessergestellten Gesamtschuldner letztendlich leer, weil er im Innenverhältnis im Rahmen seiner Haftungsquote in Anspruch genommen werden kann.

Im Ergebnis sind die Verjährungseinrede und regelmäßig auch der Hinweis auf die eigene Nachbesserungsbereitschaft solche nicht durchschlagenden Privilegierungen.

Zur Verjährung ist im Regressfall nur zu prüfen, ob der selbstständige Gesamtschuldnerausgleichsanspruch noch nicht verjährt ist. Hier läuft eine Frist von drei Jahren ab dem Jahresende, in dem der Mithaftende von den Umständen und der Person des Gesamtschuldners Kenntnis erlangt hat. Auf die Verjährung des Anspruches des Bauherrn gegen den Bauunternehmer kommt es dann nicht mehr an.

Auch die eigene Nachbesserungsbereitschaft schützt den Bauunternehmer regelmäßig nicht. Zunächst müsste sich der Architekt/Ingenieur im Prozess mit dem Bauherrn mit diesem Argument verteidigen. Nach der Rechtsprechung wird er damit kaum Gehör finden, Grundsätzlich hat der Bauherr – dies ist die Natur der Gesamtschuld – ein Wahlrecht, gegen wen er Mängelansprüche geltend machen will. Keinesfalls muss er sich, so die Rechtsprechung, nennenswerten Schwierigkeiten bei der Durchsetzung seines Anspruches gegen den Unternehmer aussetzen, um den Architekten/Ingenieur zu schonen. Die Grenze bildet der Rechtsmissbrauch, also die gezielte Inanspruchnahme des einen mit der Absicht, diesem das Regressrisiko aufzubürden. Übersetzt heißt dies, dass der Bauherr, obwohl der (wirtschaftlich schwache) Unternehmer ihm die Nachbesserung angeboten hat, gleichwohl den Architekten/Ingenieur in Anspruch nimmt und dies auch nur

deshalb tut, damit dieser mit seinem auf Zahlung gerichteten Regressanspruch ausfällt.

Diese Fallgestaltung wird praktisch nicht vorkommen – jedenfalls nicht beweisbar sein.

Mehr Diskussionsstoff und Erfolgsaussichten ergeben sich aus Fallgestaltungen der *Variante 2*.

Schließt der Bauherr mit dem Unternehmer einen Vergleich, so stellt sich die Frage, welche Auswirkungen dies auf die Haftung der übrigen Gesamtschuldner hat. Können sich diese Gesamtschuldner auf den Vergleich berufen und jegliche Zahlung oder zumindest Zahlungen über den im Innenverhältnis von ihnen zu tragenden Betrag verweigern? Im Beispiel: Muss der Architekt nichts mehr zahlen, nur noch „seinen Anteil“ von 20 Prozent oder den rechnerischen Restschaden von 50 Prozent?

Ein Vergleich mit einem der Gesamtschuldner kann als Vertrag zugunsten Dritter auch Wirkung für die anderen Gesamtschuldner entfalten. Bedauerlicherweise wird dies jedoch nur selten ausdrücklich in den Vergleichsvereinbarungen geregelt, sodass der Wille der Beteiligten durch eine Auslegung der Vereinbarung ermittelt werden muss. Eine sogenannte Gesamtwirkung, dass mit dem Vergleich grundsätzlich auch alle Ansprüche gegen andere Gesamtschuldner erledigt sein sollen, wird man ohne ausdrückliche Regelung nicht unterstellen können.

In der Regel gewollt ist jedoch eine Regelung, dass die Verbindlichkeit des nicht an der Vereinbarung beteiligten Schuldners jedenfalls in der Höhe erlischt, in der diese den eigenen Innenanteil übersteigt («Beschränkte Gesamtwirkung»; vgl. hierzu: OLG Dresden, BauR 2005, 1954; OLG Brandenburg, IBR 2010, 403; OLG Celle, IBR 2008, 92).

Könnte der Architekt im Beispielsfall noch auf die fehlenden 50 Prozent in Anspruch genommen werden, so würde er sich seinerseits beim Bauunternehmer wieder in Höhe von 30 Prozent schadlos halten. Der Vergleich wäre für diesen weitgehend unsinnig gewesen. Deshalb führt dieser Vergleich als Vertrag zugunsten Dritter dazu, dass die Haftung des Architekten auf die im Endeffekt von ihm zu tragenden 20 Prozent beschränkt wird und damit ein Regress gegen den Bauunternehmer ausgeschlossen wird.

## Honorar

## Individuell dimensionierte und gebaute Photovoltaikanlagen sind Bauwerke nach BGB-Werkvertragsrecht

1. Zur Beurteilung einer Photovoltaikanlage als Bauwerk im Sinne des Werkvertragsrechts und zur Geltung der Verjährungsfrist von fünf Jahren.

2. Die Errichtung der Photovoltaikanlage ist nach dem Werkvertragsrecht des BGB zu beurteilen, wenn nicht nur einzelne Teile geliefert werden sollen, sondern diese zu einer individuell dimensionierten Anlage zusammengefügt und funktionsfähig eingebaut werden sollen.

## Autor



RA Dr. jur. Wolfgang Weller

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

(Leitsatz 2 von der NZ Bau-Redaktion)

BGB § 634a I Nr. 2

OLG München, Urt. v. 10.12.2013 - 9 U 543/12 Bau (nicht rechtskräftig)

NZBau 3/2014, 177 ff.

### Aus den Gründen

*Die Errichtung der Photovoltaikanlage ist vorliegend nach dem Werkvertragsrecht des BGB zu beurteilen. Die Beklagte sollte nicht nur einzelne Teile liefern, sondern diese zu einer individuell dimensionierten Anlage zusammenfügen und funktionsfähig auf und in der Tennishalle der Klägerin einbauen. ...*

*Im Wesentlichen streiten die Parteien darüber, ob die streitgegenständliche Photovoltaikanlage ein Bauwerk im Sinne von §§ 438 I Nr. 2a, 634 a I Nr. 2 BGB darstellt und damit die Verjährungsfrist von fünf Jahren eingreift.*

*Ein Bauwerk ist eine unbewegliche, durch Verwendung von Arbeit und Material in Verbindung mit dem Erdboden hergestellte Sache; unbeweglich ist die Sache, wenn sie, und sei es auch nur wegen Größe und Gewicht, nur mit größerem Aufwand vom Grundstück getrennt werden kann (Palandt/Sprau, BGB, 73. Aufl. 2014, § 634a Rn. 10). Dies ist im Einzelfall zu prüfen. ...*

*Ausgehend von diesen Gegebenheiten der streitgegenständlichen Photovoltaikanlage ist die Bauwerksqualität anzunehmen. Denn die Anlage kann nicht ohne größere Schwierigkeiten wieder demontiert werden. Die Dimensionierung der Einzelteile war individuell auf die vorliegende Anlage zugeschnitten, die verbaute Verkabelung im Haus und außerhalb des Hauses auf dem Dach und im Erdboden ist nur schwierig zu demontieren und kann nicht mehr anderweitig verwendet werden.*

*Die großflächige Montage der 335 Solarmodule auf dem Dach war für die Statik des Daches von Belang (Eigengewicht und Winddruck, keine Schwächung tragender Teile des Dachs) und musste - um Gebäudeschäden und Personenschäden zu vermeiden - beispielsweise sturmsicher sein. Die Montageelemente mussten dauerhaft regendicht in die bestehende Dachdeckung eingefügt sein. Ebenso musste die Durchdringung des Dachs bzw. der Gebäudeaußenhaut durch die ins Innere führende Verkabelung dauerhaft witterungsbeständig und dicht sein. Darüber hinaus wird das Gebäude als Technikraum für die Anlage verwendet, weil dort die Wechselrichter sowie die Steuerungs- und Kontrollanlage mit EDV eingebaut sind. Im Brandfalle ist es löschtechnisch ein erheblicher Unterschied, ob die Dacheindeckung von außen zugänglich ist, oder ob diese durch fest montierte Solarmodule verdeckt ist.*

*Die feste Verbindung der Anlage mit einem Bauwerk, die Innenraumnutzung wesentlicher Teile der Anlage und die bauliche Bedeutung der Anlage für den Gebäudebestand und seine Nutzung als Tennishalle machen die Anlage selbst zu einem Bauwerk.*

### Kommentierung

Die Errichtung von Photovoltaikanlagen auf Bestandsgebäuden oder als Freiflächenanlagen wird mit Sicherheit noch solange fortbetrieben, wie die Bundesregierung Einspeisevergütungen garantiert.

Dass die Errichtung von Photovoltaikanlagen, die individuell geplant und errichtet werden, dem Werkvertragsrecht unterliegen, leuchtet ein. Unsicherheit bestand im hier zu entscheidenden Fall aber zum Teil darüber, ob Photovoltaikanlagen Bauwerke im Sinne der Paragraphen 438 (Abs. 1 Nr. 2a) und 634a (Abs. 1 Nr. 2) des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) darstellt. Zumindest dann, wenn Photovoltaikanlagen auf Dauer geplant, konstruiert und berechnet worden sind, muss es sich um Bauwerke handeln. Photovoltaikanlagen sind dann Ingenieurbauwerke nach Paragraph 41 Nummer 7 der HOAI.

Damit steht fest, dass Photovoltaikanlagen einerseits als Ingenieurbauwerke geplant und andererseits als Ingenieurbauwerke auch statisch konstruiert werden müssen. Soweit die jeweiligen Honorartabellenwerte erreicht werden, sind also bei der Planung einer Photovoltaikanlage zwei Ingenieurhonorare zu berücksichtigen.

Soweit Photovoltaikanlagen auf Bestandsgebäuden erstellt werden müssen, kommt hinzu, dass zumindest für die Tragwerksplanung über Paragraph 4 Absatz 3 HOAI das Tragwerk des Objekts überprüft werden muss, auf dem die Anlage errichtet werden soll, mithin eine Vereinbarung über den Umfang des mit zu verplanenden bisherigen Tragwerkes getroffen werden muss.

Die gelegentlich vertretene Auffassung, dass Photovoltaikanlagen honorarrechtlich über die HOAI nicht erfasst würden, ist damit unzutreffend. Insbesondere dürfte die Argumentation unzutreffend sein, Photovoltaikanlagen wären dem Anwendungsbereich der HOAI (damals noch HOAI 2002) entzogen, da in der Amtlichen Begründung zur Ur-HOAI der Satz aufgetaucht war:

*Als Ingenieurbauwerke werden in Abs. 1 (§ 51 Abs. 1 HOAI 2002) nur Bauwerke und Anlagen aus Bereichen erfasst, die im Einzelnen erwähnt sind. Soweit Bereiche nicht erwähnt worden sind, wie z. B. Elektrizitätswerke oder Versorgungsleitungen über Land, rechnen die Leistungen hierfür nicht zu den von der Verordnung erfassten Leistungen; die Leistungen in diesen Bereichen sind preisrechtlich nicht gebunden.*

Diese nie im Gesetz selbst vorhandene Auslegung der Definition, was ein Ingenieurbauwerk sei und was nicht, ist mit dieser (hoffentlich rechtskräftigen) Entscheidung des Oberlandesgerichts München endgültig hinfällig. Der damalige Verordnungsgeber hatte nach damaligem Stand der Technik natürlich Groß- oder Kleintransformatoren im Sinn, die der Elektrizitätserzeugung dienen und die als fertige Elemente auf eine Fundamentierung gesetzt werden sollen.

Diese Entscheidung des Oberlandesgerichts München macht nun aber, ausgehend vom BGB, klar, dass Photovoltaikanlagen Bauwerke sind. Unzweifelhaft werden aber Bauwerke über die HOAI erfasst. Die alte Amtliche Begründung, die diskussionslos über zwanzig Jahre lang fortgeschrieben worden ist, kann nun nicht dazu führen, dass Bauwerke aus der HOAI wegdefiniert werden.

Eine hiervon zu trennende Frage ist die, ob das Bauwerk Photovoltaikanlage selbst über Paragraph 53 HOAI (Technische Ausrüstung) abgerechnet werden kann. Da in den acht Anlagengruppen der DIN 276 nur Eigenstromanlagen erfasst werden (über Kostengruppe 42 DIN 276-1), dürfte eine Abrechnung der Photovoltaikanlage selbst als Technische Ausrüstung für das Bauwerk nicht möglich sein.

Dies bedeutet aber, dass die technische Planung der Solarmodule, die untereinander aufwendig verkabelt und mit Wechselrichtern und Kontroll- und Steueranlagen versehen und ihrerseits programmiert werden müssen, trotzdem nicht honorarfrei geschehen kann. Hierüber wäre dann eine gesonderte Honorarvereinbarung zu treffen. Dr. Sa

## Honorar

### Wie ist die Kostenbasis bei Leistungen für Umbauten und Modernisierungen nach Paragraph 2 der HOAI zu ermitteln?

1. § 10 Abs. 2 HOAI regelt das grundsätzliche System bei der Ermittlung der anrechenbaren Kosten.

2. § 10 Abs. 3 HOAI regelt Sonderfälle, wenn sich aus den Kostenermittlungen i. S. von § 2 HOAI keine ortsüblichen Preise ergeben.

3. § 10 Abs. 3a HOAI regelt den Sonderfall, dass vorhandene Bausubstanz mit verarbeitet wird und daraus keine anrechenbaren Kosten entstehen.

HOAI § 10 Abs. 3a  
LG Görlitz, Urteil vom 13. September 2013 - GR 1 O 355/12 - .  
BauR 2/2014, 297 ff.

#### Aus den Gründen

*Regelungszweck des § 10 Abs. 3a HOAI*  
*Die Vorschrift des § 10 Abs. 3a HOAI a.F. ist zunächst als Ausgleichsvorschrift bei den anrechenbaren Kosten zu verstehen. Auch schon die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs von 1986 stellte darauf ab.*

*Das ergibt sich auch aus der systematischen Stellung der Vorschrift im Zusammenhang des § 10 HOAI:*

- § 10 Abs. 2 HOAI regelt das grundsätzliche System bei der Ermittlung der anrechenbaren Kosten.
- § 10 Abs. 3 HOAI regelt Sonderfälle, wenn sich aus den Kostenermittlungen im Sinne von § 2 keine ortsüblichen Preise ergeben.
- § 10 Abs. 3a HOAI regelt den Sonderfall, dass vorhandene Bausubstanz mit verarbeitet wird und daraus keine anrechenbaren Kosten entstehen.

*Anders als beispielsweise die Honorarerhöhung im Sinne von § 24 HOAI soll diese Vorschrift also kein Mehrhonorar für Mehraufwand oder besondere Schwierigkeiten beim «Bauen im Bestand» gewähren. Ein Mehraufwand bei der Planung bei Umbauten und Modernisierungen wird über den Zuschlag nach § 24 Abs. 1 HOAI vergütet. Besondere Schwierigkeiten sind bei der Honorarzone zu berücksichtigen. Auch Bestandsaufnahmen oder -untersuchungen sind keine Mitverarbeitung von vorhandener Bausubstanz im Rahmen von Grundleistungen.*

*Demgegenüber gewährt § 10 Abs. 3a HOAI lediglich einen Ausgleich bei den anrechenbaren Kosten dafür, dass vorhandene*

*Bausubstanz Bestandteil des Planungskonzepts ist, daraus aber keine anrechenbaren Kosten aus unternehmerischen Leistungen entstehen, weil solche Bausubstanz bereits vorhanden ist und insoweit nicht erst neu hergestellt werden muss. Durch Mitverarbeitung von vorhandener Bausubstanz werden also dem Auftraggeber Kosten erspart. Dies soll nicht zu Lasten des Architekten gehen.*

*Die Regelung zu anrechenbaren Kosten aus vorhandener Bausubstanz im Sinne von § 10 Abs. 3a HOAI ist daher von den Regelungen zum sog. «Umbauzuschlag» abzugrenzen.*

*Mit dieser Vorschrift soll also eine Schlechterstellung bei den anrechenbaren Kosten und damit beim Honorar des Planers verhindert werden, wenn vorhandene Bausubstanz statt neuer Bausubstanz Bestandteil des Planungskonzepts ist.*

*Zur mit zu verarbeitenden vorhandenen Bausubstanz im Sinne von § 10 Abs. 3a HOAI gehören im Regelfall Baukonstruktionen (Kostengruppe 3.1 im Sinne der DIN 276/04.1981). Daneben können aber insbesondere auch Installationen (Kostengruppe 3.2 im Sinne der DIN 276/04.1981) oder zentrale Betriebstechnik (Kostengruppe 3.3 im Sinne der DIN 276/04.1981) zur mit zu verarbeitenden Bausubstanz gehören. Bei der Berechnung der anrechenbaren Kosten müssen solche Kosten aus der vorhandenen Bausubstanz auch dementsprechend differenziert berücksichtigt werden. ...*

*Zur Frage der Berücksichtigung der anrechenbaren Kosten aus vorhandener Bausubstanz (§ 10 Abs. 3a HOAI) im Rahmen der Regelung des § 10 Abs. 4 HOAI ist Folgendes auszuführen:*

*Hinsichtlich der Frage, welche Kosten zu den «sonstigen anrechenbaren Kosten» gehören, ergibt sich bereits aus der Formulierung in Satz 1 des § 10 Abs. 4 HOAI, dass dazu alle diejenigen Kosten gehören, die anrechenbar sind, aber außerhalb des Abs. 4 Satz 1 liegen.*

*Nicht zu den «sonstigen anrechenbaren Kosten» gehören damit also (allein) die Kosten der Kostengruppe 3.2 bis 3.4 und 3.5.2 bis 3.5.4.*

*Zu den Kosten außerhalb des § 10 Abs. 4 HOAI liegenden «sonstigen anrechenbaren Kosten» gehören die «(verbleibenden) anrechenbaren Kosten» nach § 10 Abs. 2 HOAI und ggf. auch Kosten, die im Sinne von § 10 Abs. 5 HOAI anrechenbar sind, soweit die entsprechenden Ausnahmetatbestände vorliegen. Außerdem gehören zu den «sonstigen anrechenbaren Kosten» im Sinne von § 10 Abs. 4 HOAI nach herrschender Meinung damit auch Kosten im Sinne von Abs. 3 und 3a HOAI.*

*Auch aus der systematischen Stellung des Abs. 4 HOAI ergibt sich nichts anderes. Denn als ergänzende Sondervorschrift zu § 10 Abs. 2 sind die Kosten aus § 10 Abs. 3 und Abs. 3a HOAI zu den Kosten hinzuzuaddieren, und erst anschließend - nach Abs. 4 - ist der Anteil für Kosten der Kostengruppen 3.2 bis 3.4 und 3.5.2 bis 3.5.4. über den in der Vorschrift bestimmten Modus zu ermitteln. Demnach werden also die anrechenbaren Kosten aus vorhandener Bausubstanz zu den anrechenbaren Kosten hinzugerechnet, und erst im nächsten Schritt ist aus der Gesamtsumme der Technikanteile gemäß § 10 Abs. 4 HOAI zu ermitteln. Dies entspricht absolut auch der herrschenden Meinung.*

*Erst dann, wenn also die nach diesen Grundsätzen ermittelten «sonstigen anrechenbaren Kosten» feststehen, kann eine Ermittlung nach § 10 Abs. 4 Satz 1 HOAI durchgeführt werden.*

*Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ergibt sich letztlich nichts anderes. Denn wenn es bei der betreffenden Vorschrift um eine Ausgleichsvorschrift für ersparte Kosten geht, «die ohne die Verwertung der alten Bauteile unvermeidbar wären» und daher «der Wert der von § 10 HOAI sonst nicht erfassten Bausubstanz anzurechnen und damit zu Gunsten des Architekten zu berücksichtigen» ist, können die insofern anzusetzenden Ausgleichskosten grundsätzlich auch nicht anders zu behandeln sein, als die Kosten, die sie ausgleichen sollen. Die auftraggeberseitig vertretene Auffassung würde demgegenüber dazu führen, dass der Architekt bei der Planung unter Verwendung von vorhandener Bausubstanz schlechter gestellt wäre als bei einer Planung mit neuer Bausubstanz. Einer Schlechterstellung für einen solchen Sonderfall wollte die zitierte Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs aber entgegenstehen.*

#### **Kommentierung**

Diese noch auf Basis der HOAI 2002 beruhende Entscheidung ist zwar nicht bahnbrechend, macht aber lehrbuchmäßig deutlich, wie die Kostenbasis bei Leistungen, die in Paragraph 2 Absatz 5 und Absatz 6 der HOAI (Umbauten und Modernisierungen) aufgelistet sind, zu ermitteln ist. Genau wie in der HOAI 2002 ist auch in der HOAI 2013 die mit zu verarbeitende Bausubstanz bei den anrechenbaren Kosten eines Objektes angemessen zu berücksichtigen.

Paragraf 4 Absatz 3 lautet: *Der Umfang der mit zu verarbeitenden Bausubstanz im Sinne von § 2 Abs. 7 ist bei den anrechenbaren Kosten angemessen zu berücksichtigen. Umfang und Wert der mit zu verarbeitenden Bausubstanz sind zum Zeitpunkt der Kostenberechnung oder, sofern keine Kostenberechnung vorliegt, zum Zeitpunkt der Kostenschätzung objektbezogen zu ermitteln und schriftlich zu vereinbaren.*

Dies bedeutet, entgegen einem weit verbreiteten Irrtum, dass die Altsubstanz nicht nur in den Fällen des Paragraphen 7 Absätze 5 und 6 (Umbauten und Modernisierungen) mit in die Honorarbasis einzubeziehen sind, sondern auch in den Fällen der Absätze 3, 4, 8 und 9 (Wiederaufbauten, Erweiterungsbauten, Instandsetzungen, Instandhaltungen). Paragraf 2 Absatz 7 der HOAI bestimmt nämlich:

*Mit zu verarbeitende Bausubstanz ist Teil des zu planenden Objekts, der bereits durch Bauleistungen hergestellt ist und durch Planungs- oder Überwachungsleistungen technisch oder gestalterisch mit verarbeitet wird.*

Dies nun wieder bedeutet, dass die technische oder gestalterische Mitverarbeitung nicht zwingend über eine Bauleistung geschehen muss. Es gibt auch Planungs- oder Überwachungsleistungen, die allein Integrationsleistungen darstellen zu den oben genannten Kriterien.

In der Objektplanung macht diese Entscheidung des Landgerichts Görlitz darüber hinaus klar, dass die gesplittete Einbeziehung der Kostengruppe 400 (nach § 33 Abs. 2 HOAI bis zu 25 Prozent der Kostengruppe 300 voll, oberhalb 25 Prozent zur Hälfte) natürlich auch in die Kostenbasis der mitverarbeiteten Bausubstanz einzu-

beziehen ist. Mit anderen Worten: Soweit die mit zu verplanende oder mit zu überwachende Altsubstanz auch aus Substanzen besteht, die der Kostengruppe 400 zuzuordnen sind, sind auch diese beim Umfang der mit zu verarbeitenden Bausubstanz nach dem System bis 25 Prozent voll, über 25 Prozent zur Hälfte zu berücksichtigen.

Dr. Sa

#### **Honorar**

## **Honorare für Projektentwickler: Nicht nach HOAI, sondern nach den Bestimmungen und Grundsätzen des BGB**

1. Bei der Feststellung bzw. Auslegung, ob und in welchem Umfang vertragliche Beziehungen zwischen einer Projektentwicklerin und einer Architektin zustande gekommen sind, ist nicht die HOAI als Preisvorschrift, sondern sind grundsätzlich allein die Bestimmungen (§§ 145 ff. BGB) und die allgemeinen Grundsätze des BGB (insbesondere die anerkannten Auslegungsregeln, §§ 133, 157 BGB) heranzuziehen. Insbesondere gelten insoweit nicht die Regeln des Anscheinsbeweises für eine Beauftragung bzw. einen bestimmten Auftragsumfang, etwa in Bezug auf einzelne Leistungsphasen bzw. Teile einzelner Leistungsphasen der HOAI. Ungeachtet dessen können den Preisvorschriften der HOAI - insbesondere den dortigen Leistungsphasen - im Rahmen von §§ 145 ff. bzw. 133, 157 BGB nach den Umständen des Einzelfalls ggf. gewisse Bedeutung zukommen, bzw. das Honorarrecht kann insoweit auf das allgemeine Schuld- bzw. Vertragsrecht «ausstrahlen».

2. Der Inhalt eines an eine Architektin gerichteten Auftrags kann - nach den Umständen des Einzelfalles - auch nur dem Inhalt eines Auftrags an einen sog. (Empfangs-)Boten bzw. an einen Passivvertreter im Sinne von § 164 Abs. 3 BGB entsprechen und damit keine Werkleistung (mit Haftung für einen entsprechenden Werkerfolg), sondern eine Dienstleistung (d. h. eine bloße Informationsbeschaffung bzw. -weiterleitung) zum Gegenstand haben.

3. Ein solcher auf die Beschaffung von Drittinformationen oder auf die schlichte Auskunft über den Inhalt der von einem Dritten eingeholte Rechtsmeinung gerichteter Vertrag kann - auch im Architektenrecht - nicht ohne Weiteres Beratungs-, Prüfungs- bzw. Kontrollpflichten des Architekten als Übermittlers begründen.

4. Einer erfahrenen Projektentwicklerin ist nach nur vagen Angaben zu dem durch eine Architektin bei der Baubehörde anzufragenden Projekt der Einwand verwehrt, sie habe die von der Architektin auftragsgemäß lediglich an sie weitergeleitete mündliche Auskunft der Baubehörde gleichwohl wie das Ergebnis einer schriftlichen, förmlichen Bauvoranfrage verstehen dürfen. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Projektentwicklerin aus von ihr ausdrücklich zugestanden Gründen (Bekanntwerden ihrer Projektpläne, Interesse möglicher Konkurrenten, Erhöhung der Kaufpreisvorstellungen des Grundstücksverkäufers, erhebliche Verzögerungen durch das behördliche Verfahren) diesen «offiziellen» Weg einer verbindlichen Klärung der Zulässigkeit ihres Projekts gescheut hat.

BGB §§ 133, 157, 145 ff., 631 Abs. 1, 634 Nr. 4, 280 Abs. 1; BauNVO § 11 Abs. 3.  
OLG Düsseldorf, Urteil 22. November 2013 - I 22 U 57/13-  
BauR 3/2014, 569 ff.

## Kommentierung

Geschäfte im Vorfeld der über die Leistungsbilder der HOAI gebührenrechtlich definierten Ingenieur- und Planerleistungen sind dem klassisch nach der HOAI arbeitenden Planer fremd. Gleichwohl sind aus der Bauentwicklungs- und Bauplanungsszene sogenannte Projektentwickler nicht mehr hinwegzudenken. Der Projektentwickler, eine Art Scout in der Planungsbranche, arbeitet entweder auf eigene Rechnung oder im Auftrag von Investoren oder Bauherrn mit dem Ziel, geeignete Flächen zur Bebauung mit angedachten Projekten zu finden und sogar durch Einflussnahme auf die die Planungshoheit innehabenden öffentlich-rechtlichen Gebietskörperschaften «baureif» zu machen.

Diese Aufgaben berühren auch Leistungen, die in den HOAI-Leistungsbildern für die Flächen- und Objektplanung erfasst sind. Zwecks Suche geeigneter Flächen und Überprüfung ihrer Bebaubarkeit werden im Vorfeld offizieller Bauvoranfragen regelmäßig Informationen gesammelt, die dann an einen auftraggebenden Investor weitergeleitet werden. Die Erkundungen von Projektentwicklern können deshalb Leistungen zum Inhalt haben, die auch Grundleistungen in Leistungsbildern sind, so zum Beispiel in der Leistungsphase 1 (Ortsbesichtigungen, Zusammenfassen, Erläutern und Dokumentieren von Erkundungen), in der Leistungsphase 2 (Vorverhandlungen über die Genehmigungsfähigkeit oder Bereitstellung von bebaubaren Flächen, Abstimmung von Zielvorstellungen, Hinweise auf Zielkonflikte zwischen den Interessen möglicher Investoren und bereitzustellender Grundstücke, usw.).

Da derartige Erkundungen naturgemäß die Konkurrenz gleichgesinnter Bauscouts weckt, geht der Projektentwickler regelmäßig diskret vor, im vorliegenden vom Oberlandesgericht Düsseldorf entschiedenen Fall sogar so weit, dass er einen Planer vorschickt, der Informationen über bestimmte Flächen einholt, einschließlich der Feststellung, ob und in welchem Umfang wohl Flächen bebaut werden könnten und wie insofern auch Einfluss auf die Planung der Flächen genommen werden kann.

Derartige Aufträge, die Überschneidungen mit Grundleistungen der HOAI haben können, die aber nach Auffassung des Oberlandesgerichts Düsseldorf keine typischen Ingenieur- oder Architektenleistungen sind, sind deshalb auch keine Leistungen, über die der Auftragsumfang, gegebenenfalls auch die Abrechnung, über HOAI-Parameter definiert werden können. Die Feststellung, ob und in welchem Umfang vertragliche Beziehungen zwischen Projektentwickler und dem von dem Projektentwickler vorgeschickten Planer bestehen, bestimmen sich nicht nach HOAI-Grundtatbeständen, unabhängig davon, dass die HOAI reines Gebührenrecht ist, sondern nach einem gesondert zu ermittelnden Auftrag zwischen Projektentwickler und Planer. Dieser Auftrag kann auch HOAI-ähnliche Leistungen umfassen.

Der Kern dieses Auftrags liegt aber nicht in Grundleistungen, wie sie die HOAI definiert. Das Gericht meint, Grundleistungen der HOAI könnten gewisse Ausstrahlungen auf die Auslegung eines Vertrages zwischen Projektsteuerer und Projektentwickler haben, der Projektentwicklungsvertrag sei aber ein Vertrag sui generis; er sei mehr Dienstvertrag als Werkvertrag. Es sei deshalb gesondert zu ermitteln, was denn nun konkret Vertragsgegenstand zwischen Projektentwickler und Planer sei. Sollte letzterer gleichsam heimlich, ohne einen Bauherrn zu offenbaren, Erkundungen einholen oder in Erfahrung bringen, welche Bebaubarkeit eines Grundstücks wohl

möglich wäre, und diese Erkundungen dem Projektentwickler zur Verfügung stellen, sei dies niemals als isolierter Planungsvertrag zu verstehen. Vielmehr müsse man davon ausgehen, dass derartige Verträge solche seien, in denen sich ein Planer verpflichtet, Informationen für den Projektentwickler zu beschaffen.

Anders läge die Sache, wenn ein Planer konkret den Auftrag erhalten würde, eine Bauvoranfrage zu stellen. Dann wäre ein Arbeitsergebnis des Planers gegenüber dem Projektentwickler fassbar über Grundleistungen der HOAI geschuldet. Würde der offizielle Weg beschritten, nämlich der einer verbindlichen Klärung der Zulässigkeit von Projekten auf Flächen, die zur Bebauung bereitstünden oder die gegebenenfalls durch eine Gemeinde zur Bebauung entwickelt werden könnten, sollte ein Planungsergebnis produziert werden.

Sollte dagegen ein Planer lediglich Informationen beschaffen über die Auffassung zur Beplanung und Bebauung von Flächen, mithin eine Rechtsmeinung einer öffentlich-rechtlichen Gebietskörperschaft, etwa zur Benutzung eines Grundstücks als Baumarkt, Autohaus oder Gewerbezentrum, so habe dies primär nichts mit einem Werkvertrag zu tun. Der Planer schulde kein Arbeitsergebnis, sondern allein eine Informationsbeschaffung. Da die Informationsbeschaffung nun wieder eine Dienstleistung sei, treffe den so Verpflichteten auch nicht die üblicherweise einem Planer obliegenden Beratungs-, Prüfungs- und Kontrollpflichten über die Verbindlichkeit der eingeholten Informationen. Derartige Pflichten können nur den Planer im Kernbereich seiner Tätigkeit treffen, nämlich soweit er seinem Auftraggeber planerische Ergebnisse schuldet.

Es ist schon bemerkenswert, wenn, wie im vorliegenden Fall, Projektentwickler Planer einspannen, um die Konkurrenz nicht aufzuscheuchen und bei Investitionsfehlentscheidungen, wie hier: dem Erwerb eines Grundstückes, welches später einer Bebaubarkeit nicht zugeführt werden konnte, versuchen, die Fehlentscheidung einem Planer in die Schuhe zu schieben.

Das Projektentwicklungsgeschäft ist ein Geschäft eigener Art. Es ist nicht ein Geschäft, welches über die HOAI erfasst und abgerechnet werden kann, noch weniger ein Geschäft, bei dessen Fehlschlagen der Planer auf Schadenersatz wegen verfehlter HOAI-Leistungen in Anspruch genommen werden kann.

Die Entscheidung des Oberlandesgerichts Düsseldorf war dringlich notwendig. Es ist mit hinreichender Klarheit deutlich gemacht worden, dass Ingenieure und Architekten in den ihnen typischen Berufsfeldern nicht für kaufmännische Fehlentscheidungen sogenannter Projektentwickler geradezustehen haben. *Dr. Sa*

## Haftung

### Schadenersatz wegen Verletzung der Verkehrssicherungspflicht durch den Träger der Straßenbaulast

1. Der Umfang der Verkehrssicherungspflicht wird von der Art der Häufigkeit der Benutzung des Verkehrsweges und seiner Bedeutung maßgebend bestimmt.

2. Bei erkennbaren Beeinträchtigungen der Sicherheit eines Weges oder einer Straße wird von dem Benutzer erwartet, dass er sich darauf einstellt. Tat er dies nicht, trifft den Sicherungspflichtigen keine Haftung.

3. Der grundsätzlich für die Anspruchstellerin streitende Anschein, dass bei Fehlen eines Hinweises auf eine Gefahr und bei Verwirklichung eben der Gefahr, vor der der Hinweis hätte schützen müssen, die Gefahrenverwirklichung regelmäßig ursächlich für die Rechtsgutverletzung ist, ist entkräftet, weil andere Ursachen für den Unfall, nämlich eine die sichtbaren Straßenverhältnisse nicht berücksichtigende Fahrweise und die verspätete Einleitung einer Bremsung, als Unfallursache ebenso ernsthaft in Betracht kommen.

BGB § 823 Abs. 1

OLG Brandenburg, Urteil vom 20. August 2013 - 2 U 34/12 - .  
BauR 3/2014, 566 ff.

#### Aus den Gründen

*Der Umfang der Verkehrssicherungspflicht wird von der Art und der Häufigkeit der Benutzung des Verkehrsweges und seiner Bedeutung maßgebend bestimmt. Die Verkehrssicherungspflicht umfasst die notwendigen Maßnahmen zur Herbeiführung und Erhaltung eines für den Straßenbenutzer hinreichend sicheren Straßenzustandes. Der Verkehrssicherungspflichtige muss in geeigneter und objektiv zumutbarer Weise alle, aber auch nur diejenigen Gefahren ausräumen und erforderlichenfalls vor ihnen warnen, die für den Benutzer, der die erforderliche Sorgfalt walten lässt, nicht oder nicht rechtzeitig erkennbar sind und auf die er sich nicht oder nicht rechtzeitig einzurichten vermag. Bei erkennbaren Beeinträchtigungen der Sicherheit eines Weges oder einer Straße wird von dem Benutzer erwartet, dass er sich darauf einstellt. Tut er das nicht, trifft den Sicherungspflichtigen keine Haftung.*

#### Kommentierung

Die Entscheidung des Oberlandesgerichts Brandenburg, die den Straßenbau betraf, ist gleichwohl klassisch auch auf die Verkehrssicherungspflichten nicht nur bei der Planung und Ausführung von Verkehrsanlagen zu übertragen, sondern generell zu sehen, um den Umfang der Verkehrssicherungspflicht eines Planers sowie der ausführenden Firmen am Bau zu definieren.

Eine Baustelle ist eine öffentliche Gefahr. Die Gefahrenabwehr trifft grundsätzlich der Bauherr, der aber diese Gefahrenabwehr durch Übertragung von Planungs-, Objektüberwachungs- und Ausführungsleistungen an die Bauunternehmer und an die Objektüberwacher so weitergeben kann, dass er im Schadenfall nicht haftet. Der Bauherr haftet dann nur noch für die ordnungsgemäße Auswahl von qualifizierten Planern und ausführenden Unternehmern, also von Personen, bei denen er davon ausgehen darf, dass sie sich ihrer Verantwortung im Baugeschehen für Dritte bewusst sind.

Die Verkehrssicherungspflicht obliegt durch Übertragung auf den Objektüberwacher und den ausführenden Unternehmer diesen beiden Personen, die bei fehlerhafter Erfüllung ihrer Pflichten Dritten gegenüber unmittelbar haften – und zwar außerhalb des Vertragsverhältnisses zum Bauherrn. Wie die Grenze der Verkehrssicherungspflicht bestimmt werden kann, ergibt sich nur aus

dem Einzelfall. Es ist immer der Maßstab des «sorgfältig arbeitenden Unternehmers» oder «sorgfältig planenden Objektüberwachers» maßgeblich.

Dr. Sa

#### Haftung

## Bedeutet bei Baufehlern eine fehlende Ausführungsplanung ein Mitverschulden des Bauherrn?

Der Verzicht des Bestellers auf die Erstellung einer Ausführungsplanung durch einen Architekten kann grundsätzlich die Haftung des Bauunternehmers wegen Mitverschuldens mindern. Das Wissen des Bauunternehmers darum, dass er ohne Ausführungsplanung bauen soll, steht einem Mitverschuldensabzug aber jedenfalls insoweit entgegen, als es sich um die Haftung für Mängel handelt, die er im Rahmen seiner Prüfpflicht hätte erkennen können.

(Leitsatz der NJW-RR Redaktion)

BGB § 254; ZPO §§ 322 II, 538 II Nr. 1

OLG Brandenburg, Urteil v. 11.09.2013 - 4 U 100/12  
NJW-RR 4/2014, 199 ff.

#### Aus den Gründen

*Ein Mitverschulden wird dem Beklagten entgegen der Auffassung der Klägerin nicht zur Last zu legen sein. Zwar wird man durchaus in Erwägung ziehen können, ob es ein Mitverschulden der Beklagten begründet, dass diese auf eine Ausführungsplanung durch einen Architekten verzichtet haben. Daraus folgt - entgegen der Auffassung des Landgerichts - nicht, dass der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag dahin zu verstehen ist, dass die Klägerin die Aufgabe einer Ausführungsplanung selbst übernommen hat. Das Wissen der Klägerin darum, dass sie ohne Ausführungsplanung bauen sollte, führt aber jedenfalls dazu, dass sie den Beklagten das Fehlen der Ausführungsplanung nicht zur Last legen kann, soweit es sich um die Haftung für Mängel handelt, die sie im Rahmen ihrer Prüfpflicht gem. § 4 Nr. 3 VOB/B hätte erkennen können.*

#### Kommentierung

Es ist völlig unzweifelhaft, dass der Bauherr dem ausführenden Unternehmer Planungsleistungen schuldet, nach denen dieser das ihm in Auftrag gegebene Gewerk fehlerfrei ausführen kann. Werden deshalb dem Werkunternehmer keine Pläne übergeben oder Pläne übergeben, die unvollständig oder falsch sind, und führt er nach diesen Plänen das Gewerk aus, muss sich die Bauherrenschaft zumindest ein Mitverschulden anrechnen lassen, welches sich in einer Quotierung des geltend gemachten Schadens niederschlägt. Auf der anderen Seite ist der Werkunternehmer natürlich verpflichtet, über eine sogenannte Bedenkenanmeldung darauf hinzuweisen, dass unvollständige Planungsunterlagen vorliegen.

Das Oberlandesgericht Celle öffnet mit diesem seinen Urteil die Tür zum Mitverschulden der Bauherrenschaft bei fehlenden Planungsunterlagen aber einen weiteren Spalt. Es überlegt nämlich, ob nicht nur bei fehlerhaften Planungsunterlagen, sondern generell beim Fehlen von Ausführungsplänen, auf die die Bauherrenschaft bewusst und aus Sparsamkeitsgründen verzichtet, nicht

später eine Mitverantwortung der Bauherrenschaft bei Baufehlern entstehen kann. Dem Grunde nach ja, wenn argumentiert werden kann, bei Vorlage einer Ausführungsplanung wäre der Baufehler nicht geschehen.

Anders allerdings hier. Das Fehlen der Ausführungsplanung konnte der Bauherrenschaft nicht zur Last gelegt werden, da der Baufehler aus handwerklicher Sicht erkennbar gewesen war und deshalb der Werkunternehmer nach § 4 Abs. 3 VOB/B hätte Bedenken anmelden müssen. Dies muss aber nicht so sein, denn es gibt auch Fehlerursachen, die allein auf die Werkplanung zurückzuführen sind, die sich dem Werkunternehmer ohne Weiteres nicht erschließen können.

*Dr. Sa*

## Vergabe

### Auch im Verhandlungsverfahren nach der VOF besteht kein Anspruch auf Verhandlungen

1. Eine Verletzung des gesetzlichen Gebührenrahmens führt nicht zwingend zum Ausschluss des Angebotes aus dem Verfahren. Das ist nur dann der Fall, wenn wegen der Fülle der Verletzungen auf einen systematischen Verletzungswillen geschlossen werden kann.

2. Hat der Auftraggeber aufgrund der Leistungsbeschreibung zuschlagsfähige Angebote erhalten, kann er sich dafür entscheiden, nicht mehr mit den Bietern Verhandlungsgespräche durchzuführen, soweit dieses auf sachbezogenen und diskriminierungsfreien Erwägungen beruht.

3. Es steht im pflichtgemäßen Ermessen des Auftraggebers, worüber er mit den Bietern verhandeln will. Der Bieter hat kein „Recht auf Verhandlungen“ mit dem Ziel, sich hinsichtlich einer optimalen Angebotserstellung in Bezug auf die bekannt gegebenen Wertungskriterien abzusichern.

VK Sachsen, Beschluss vom 20.12.2013 – 1/SAVK/042-13  
GWB § 107 Abs. 3; VOF § 3 Abs. 1, § 11 Abs. 5, § 20

#### Problem/Sachverhalt

Der Auftraggeber schreibt die Erbringung von Planungs- und Überwachungsleistungen zur Revitalisierung einer Industriebranche europaweit im Verhandlungsverfahren nach VOF aus. Die Leistungsbeschreibung enthält preisgebundene Leistungen nach der HOAI und nicht preisgebundene Leistungen. Zuschlagskriterium ist der Preis mit neunzig Prozent und die Präsenz vor Ort mit zehn Prozent. Anrechenbare Kosten und Honorarzone sind vorgegeben.

Einer der Bieter soll keinen Zuschlag erhalten, da dessen Angebot der HOAI widerspricht. Dieser leitet ein Nachprüfungsverfahren mit der Begründung ein, dass keine Verhandlungen über die Indikativangebote durchgeführt wurden und dass er keine Gelegenheit hatte, sein Angebot HOAI-konform zu korrigieren. Die Vergabestelle meint dagegen, dass aufgrund der konkreten Aufgabenbeschreibung und der umfangreichen Bewerbungsunterlagen kein klärender Verhandlungsbedarf mehr besteht und dass der Bieter keinen Anspruch darauf hat, sein Honorar nach Angebotsabgabe anzupassen.

Die Vergabekammer lässt im Ergebnis die Frage offen, ob der Bieter wegen Unterschreitung des Mindestsatzes ausgeschlossen werden muss. Sie weist aber darauf hin, dass in der vergaberrechtlichen Spruchpraxis anerkannt ist, dass ein Angebot nicht ohne Weiteres ausgeschlossen werden kann. Vielmehr ist mit den betreffenden Bietern erst über die Anhebung des Honorars auf den Mindestsatz zu verhandeln. Nur wenn dies abgelehnt wird, darf das Angebot ausgeschlossen werden. Allerdings kann eine Fülle von Verletzungen auf einen systematischen Verletzungswillen hindeuten mit der Folge, dass die Eignung des Bieters verneint werden kann.

Hierauf kam es im vorliegenden Fall jedoch nicht mehr an, da die Vergabestelle ihre Zuschlagsentscheidung auch ohne weitergehende Vertragsverhandlungen treffen durfte. Zwar sieht die VOF grundsätzlich vor, dass Aufträge im Verhandlungsverfahren mit vorherigem Teilnahmewettbewerb vergeben werden. Auch für das Verhandlungsverfahren nach der VOL/A wird in der vergaberrechtlichen Spruchpraxis die Auffassung vertreten, dass der Auftraggeber zumindest zu einer Verhandlungsrunde verpflichtet ist.

Dies dürfte auch der typische Fall sein, weil bei Vergabeverfahren nach der VOF die Leistung vorab nicht eindeutig und erschöpfend beschrieben werden kann, sodass Verhandlungen erforderlich sind, um die noch nicht abschließend fixierten Vertragsinhalte und Modalitäten im Dialog mit den Bietern zu konkretisieren.

Hier hat aber die Vergabestelle die zu erbringenden Planungsleistungen auf 39 Seiten detailliert beschrieben. Zudem sind die Leistungsphasen 1 bis 3 vergeben und erbracht worden. Eine Entwurfsplanung für die einzelnen Objekte liegt bereits vor. Hier erscheint es ermessensfehlerfrei, wenn die Vergabestelle davon ausgegangen ist, dass aufgrund der Leistungsbeschreibung und der eingegangenen Angebote die Leistung hinreichend erschöpfend beschrieben ist und keine weitere Konkretisierung im Rahmen von Verhandlungsverfahren mehr erforderlich ist. Das Führen von Verhandlungen ist hier weder sinnvoll noch erforderlich und erscheint als überflüssige Kleinlichkeit, da es keinen relevanten Verhandlungsgegenstand gibt. Insbesondere besteht kein Anspruch auf individuelle Verhandlungen, damit der Bieter sein Honorarangebot verbessern kann. Ein Bieter kann nicht darauf vertrauen, sein Angebot noch einmal preislich nachjustieren zu dürfen.

#### Praxishinweis

Zwar behandelt diese Entscheidung einen doppelten Ausnahmefall: Zum einen nämlich die Ausnahme, dass die nach VOF zu vergebenen Leistungen detailliert ausgeschrieben wurden, sodass Verhandlungen über das Angebot nicht zu einer Verbesserung geführt hätten, zum anderen die Fallgestaltung, dass die Vergabestelle nicht verpflichtet war, mit dem Bieter über die Anpassung seines Honorars an die Mindestsätze der HOAI zu verhandeln. Für die Praxis ist aber die Erkenntnis relevant, dass es diese Ausnahmen geben kann und dass der Bieter keinen Anspruch auf Verhandlungen und Nachbesserung seines Angebotspreises haben kann. Wichtig ist auch der Hinweis der Vergabekammer, dass eine Vielzahl von Gesetzesverletzungen – auch der preisrechtlichen Regelungen nach HOAI – dazu führen kann, dass der Bieter mangels Eignung vom Vergabeverfahren auszuschließen ist. Dies ist ein deutlicher Hinweis darauf, dass auch im Verhandlungsverfahren nach der VOF die formalen Vorgaben von Bieter einzuhalten sind.

**Vergabe****Strenge Dokumentationspflichten für Verhandlungsverfahren nach VOF**

Die Vergabestelle muss im Verhandlungsverfahren ihre Fragen und die Antworten der Bewerber aktenmäßig dokumentieren. Lässt sich der inhaltliche Verlauf des Vergabegesprächs aus der Vergabeakte nicht entnehmen, insbesondere ob und gegebenenfalls in Bezug auf welche Antworten zum Fragenkatalog die Bewerber überhaupt mündliche Erläuterungen abgegeben haben und ob die Vergabestelle zur einzelnen Punkten an die Bewerber jeweils Nachfragen gerichtet hat, liegt ein Verstoß gegen die Dokumentationspflicht vor. Im Verhandlungsverfahren nach der VOF ist das Nachreichen handschriftlicher Notizen nicht ausreichend für eine ordnungsgemäße Dokumentation.

VK Mecklenburg-Vorpommern, Beschluss vom 05.09.2013 – 2 VK 12/13  
VOF § 11 Abs. 4, 6, § 12 Abs. 1

**Problem/Sachverhalt**

Die Vergabestelle schreibt europaweit im Verhandlungsverfahren nach der VOF Architektenleistungen für Sanierungen und Erweiterungen eines ihrer Gebäude aus. Die Vergabeunterlagen enthalten einen umfangreichen Fragenkatalog an die Bieter, der auch die Ausarbeitung eines Konzeptes zur Lösung der konkreten Aufgabe vorsieht.

Nachdem dem Bieter mitgeteilt worden war, dass ein Wettbewerber den Zuschlag erhalten solle, rügt dieser, dass sein Angebot im Verhältnis zu dem Wettbewerber zu niedrig bepunktet worden sei. Im anschließenden Nachprüfungsverfahren weist die Vergabekammer die Vergabestelle darauf hin, dass in der Vergabeakte Informationen über den Verlauf der Verhandlungsgespräche fehlen. Die Vergabestelle erläutert, dass die Verhandlungsgespräche von einer Mitarbeiterin protokolliert worden waren, die zum Zeitpunkt der Aktenübersendung urlaubsabwesend gewesen sei. Nach Rückkehr der Mitarbeiterin habe man festgestellt, dass die eigenen handschriftlichen Protokolle sich noch in ihrem Besitz befanden. Diese Protokolle werden im Nachprüfungsverfahren nachgereicht.

Die Vergabekammer entscheidet, dass das Vergabeverfahren wegen schwerwiegender Dokumentationsmängel ab der Aufforderung zur Abgabe von Angeboten zu wiederholen ist. Nach § 12 Abs. 1 VOF ist das Vergabeverfahren von Anbeginn fortlaufend zu dokumentieren, sodass die einzelnen Stufen des Verfahrens, die einzelnen Maßnahmen sowie die Begründungen

für die einzelnen Entscheidungen festgehalten werden. Diesen Anforderungen genügt die vorgelegte Dokumentation nicht. Auch über den Inhalt der etwaigen Nachfragen beziehungsweise der mündlichen Erläuterungen schweigt sich die Vergabeakte aus.

Zwar kann sich der Bieter nur auf die unzulängliche Dokumentation berufen, wenn sich dies auf seine Rechtsstellung im Vergabeverfahren zumindest nachteilig ausgewirkt haben könnte. Das ist hier der Fall, denn die Vergabegespräche bildeten gemeinsam mit den schriftlichen Antworten aus dem Fragenkatalog die Grundlage für die Vergabeentscheidung (§ 11 Abs. 6 S. 2 VOF).

Es kann somit nicht ausgeschlossen werden, dass die von dem Bieter abgegebenen Erklärungen, zu einer anderen Bewertung hätten führen müssen als sie von der Vergabestelle vorgenommen worden sind. Und zwar für die Bieter/Wettbewerber, die nach der bisherigen Wertung der Vergabestelle den Zuschlag hätten erhalten sollen.

Die nachgereichten handschriftlichen Protokolle können den Dokumentationsmangel nicht beseitigen. Sie werden zum einen nicht den Anforderungen an eine ordnungsgemäße Gesprächsprotokollierung gerecht, denn auch ihnen lässt sich nicht entnehmen, ob und gegebenenfalls zu welchen einzelnen Fragen der Bewertungsmatrix dem jeweiligen Ausschreibungsteilnehmer ergänzende Nachfragen gestellt wurden, und wie die Antwort hierauf lautete. Stattdessen enthalten die Protokolle teilweise eigene Schlussfolgerungen, die ersichtlich nicht den Verlauf des Verhandlungsgesprächs wiedergeben. Zum anderen genügt das Nachreichen von Unterlagen nicht der Verpflichtung, das Verhandlungsverfahren fortlaufend zu dokumentieren (§ 12 Abs. 1 VOF).

**Praxishinweis**

Das bei Vergaben freiberuflicher Leistungen vorgesehene Verhandlungsgespräch ist ein äußerst sensibler Stellknopf für die Zuschlagsentscheidung. Hier werden oft subjektive Eindrücke oder vorgefasste Meinungen scheinbar objektiver Anknüpfungspunkt für die Zuschlagsentscheidung.

Die Praxis zeigt immer wieder, dass die Gespräche nur unzureichend dokumentiert werden. Es bleibt zu hoffen, dass die stärkere Dokumentationspflicht, die die Vergabekammer Mecklenburg-Vorpommern hier postuliert, zukünftig Schule macht. An die Vergabestellen stellt dies hohe Anforderungen. Viele Nachprüfungsverfahren werden abhängig von der Qualität des Protokolls gewonnen oder verloren. Es ist überhaupt nicht einzusehen, warum von der Möglichkeit, diese Gespräche mittels Video zu dokumentieren, bislang kein Gebrauch gemacht wird.

**Schadenfall****Schadhaftes Verblendmauerwerk beim Neubau von fünf zweieinhalbgeschossigen Einfamilienhäusern****Sachverhalt**

Eine Bauträgergesellschaft veräußerte in einem Neubaugebiet einer deutschen Mittelgebirgslage fünf Einfamilienhäuser in schlüsselfertiger Bauweise. Die Errichtung der Objekte lief fast störungsfrei, die

**Autor**

Rechtsanwalt Oliver Weihrauch

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

Abnahme unter sachverständiger Begleitung zeigte nur geringfügige Mängel. Kurz nach Übergabe der Objekte wurden diese von den neuen Eigentümern bezogen und bewohnt.

Ungefähr ein halbes Jahr später meldeten einige Eigentümer Feuchteerscheinungen im Erdgeschossbereich und Ausblühungen der äußeren Verblendschale. Die bauleitenden Ingenieure der Bauträgersgesellschaft konnten sich die Mängel nicht erklären und beauftragten einen Sachverständigen für Gebäudeschäden. Durch zerstörende Öffnung eines Fußpunktes der Verblendung konnte man feststellen, dass die Fußpunktabdichtungsfolien (nach DIN 1053-1) sowohl untereinander als auch am Hintermauerungsmauerwerk nicht ausreichend dauerhaft verbunden beziehungsweise verklebt worden sind. Gleichzeitig ist nachweisbar, dass im Schalenzwischenraum (zwischen Verblendschale und Hintermauerung) eine recht große Feuchtemenge vorzufinden ist, die weitere Fragen zur Fassadengestaltung aufwirft.

### Ursachen und Zusammenhänge

Die Fachwelt unterscheidet beim Schlagregenschutz von Fassaden zwischen drei Grundprinzipien: der einstufigen Dichtung, der zweistufigen Dichtung und dem Prinzip der Wasserspeicherung von Fassaden (siehe Abbildung 1).

Nach DIN 4108-3 (Wärmeschutz und Energieeinsparung in Gebäuden, Teil 3: klimabedingter Feuchteschutz) werden drei Beanspruchungsgruppen unterschieden, die sich insbesondere durch die anfallende Niederschlagsmenge und die jeweilige Objektlage unterscheiden (< 600 mm oder 600 bis 800 mm oder > 800 mm Niederschlag/windgeschützte Lagen/Hochhäuser, Häuser in exponierten Lagen/Küstengebiete, Gebirgslagen). Diese Vorgaben differenzieren dann die erforderlichen Wandaufbauten zur entsprechenden Schlagregenbeanspruchung.

Im vorliegenden Fall liegt ein zweischaliges Mauerwerk mit Kalksandsteinen zur Hintermauerung und einer Wärmedämmung aus zwölf Zentimeter hydrophobierter Mineralwolle sowie einer äußeren Verblendschale aus Klinkersteinen im Format 24 x 11,5 x 7,1 Zentimeter (NF-Format) vor. Die Verfugung erfolgte aus einer Mischung aus Portlandzement und Quarzsandmischung als Mörtel. Durchfeuchtungen werden vor allem auf der Süd-West-Seite des Gebäudes nach starken Regenfällen bemängelt.

Nach der oben schon erläuterten Schlagregenbeanspruchung liegen die hier zu betrachtenden Objekte in einer Mittelgebirgslage, die einer „starken Schlagregenbeanspruchung (> 800 mm Niederschlag) zuzuordnen ist. Nach DIN 4108-3 sind hierfür entweder wasserabweisende Außenputzsysteme nach DIN 18550-1 bis 4 oder Kunstharzputze nach DIN 18558 anzuwenden. Bei der Verwendung von Verblendmauerwerk ist dieses zweischalig nach DIN 1053-1 mit Luftschicht und Wärmedämmung oder Kerndämmung auszubilden. Hierbei ist innenseitig ein Innenputz vorzusehen.

### Untersuchungen

Die weiteren Gebäudeuntersuchungen zeigen keine Rissbildungen im Gebäudewandbereich, während der Fugenmörtel jedoch im Flankenbereich zwischen Verblendstein und Mörtel Rissbildungen aufweist. Der Fugenmörtel selbst zeigt sich rissfrei und fest, jedoch mit einer hohen Wasseraufnahmefähigkeit. Eine Prüfung mit dem Karstensen Prüfröhrchen ergibt eine Wasseraufnahme von mehr als 20 Kubikzentimeter in der ersten Minute.

Abbildung 1: Systemskizze – unmaßstäblich

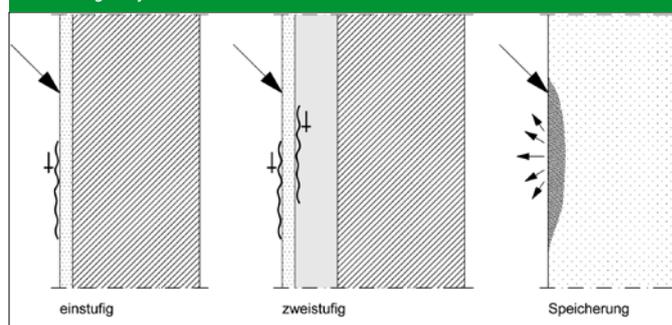
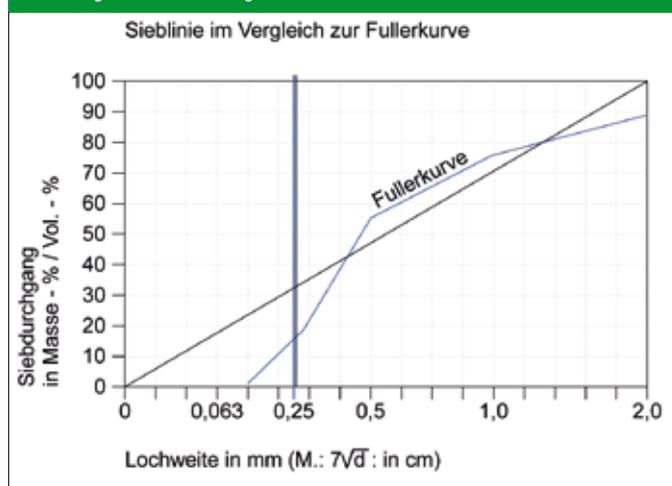


Abbildung 2: Sieblinie im Vergleich zur Fullerkurve



Die enorme Wasseraufnahme lässt sich mit Literaturwerten vergleichen, die hier für Klinker einen Höchstwert von zwei, für mäßig saugende Vormauerziegel einen Höchstwert von vier und für stark saugende Vormauerziegel einen Höchstwert von sechs Kubikzentimeter in der ersten Minute angeben.

Weitere Laboruntersuchungen ergeben keine unzulässigen Mengen an ausblühfähigen Stoffen des Verblendsteins, vorhandene Ausblühungen lassen sich trocken abbürsten. Zum Fugenmörtel zeigt die Laboruntersuchung, dass für die hohe Wasseraufnahmefähigkeit der geringe Mehlkornanteil des Sandes verantwortlich zeichnet, wie durch die Sieblinie erkennbar wird (siehe Abbildung 2). Ergänzend zur Wasseraufnahmefähigkeit des Fugenmörtels ist die Wasserdurchlässigkeit im Bereich der Flankenrisse (bis ca. 0,5 Millimeter) des Fugenmörtels zu benennen. In dieser Rissdimension kann bei Wassermittführung durch Luftströmung (> 1,0 mm erf.) oder die kinetische Energie der Regentropfen (> 4,0 mm erf.) kaum Regenwasser eindringen.

Sicherlich ist auch nicht gänzlich auszuschließen, dass ein Eindringen von Regenwasser erfolgt. Hier ist jedoch auch das zweistufige Prinzip der Abdichtung dem Grunde nach greifend, was eine nicht hundertprozentig dichte äußere Schale verlangt, da auch (und dies doch wieder zu 100 Prozent) für ein sicheres Ableiten von Regenwasser, das hinter die äußere Schale eingedrungen ist, gesorgt werden muss, beispielsweise durch eine fachgerechte Fußpunktabdichtung.

### Schlussbetrachtung

Nach den eingehenden Untersuchungen konnten konkret folgende Punkte festgehalten werden:

Mangel 1: Fußpunktabdichtung mangelhaft,

Mangel 2: Fugmörtel mangelhaft aufgrund zu geringen Mehlkornanteils,

Mangel 3: Flankenrisse zwischen Fugenmörtel und Klinker.

Aufgrund dessen, dass eine Mängelbeseitigung des Mangels der Fußpunktabdichtung nicht ohne gravierende Klinkeröffnungen möglich war, und sich zudem eine Fugenmörtelüberarbeitung (Entfernen des vorherigen Fugenmörtels und Neuverfugung der Verblendschale) unumgänglich zeigte, wurde zur Mängelbeseitigung eine komplette Demontage der betroffenen Klinkerfassaden beschlossen.

Die Kosten der Maßnahme stellten sich wie folgt zusammen:  
Circa 125 cm<sup>2</sup> betroffene Verblendfläche je Objekt = 625 cm<sup>2</sup> gesamte Fläche

Abbruch- und Entsorgung	=	20.000 €
Gerüstkosten	=	10.000 €
Neuverklinkerung	=	110.000 €
Fußpunktabdichtungen	=	7.500 €
Sonstige Kosten	=	7.500 €
Gesamtkosten	=	155.000 € (zzgl. MwSt.)

Zusammenfassend ist festzustellen, dass diese Kosten nicht den letzten Stand der erforderlichen Maßnahmen bedeuten. Die hier dokumentierten Gesamtkosten zeigen nicht die erforderlichen Maßnahmen für die nicht den Wetterseiten zugewandten Fassadenflächen, da der Fugmörtel an diesen Seiten zu keinerlei Schäden führte, jedoch genauso mangelbehaftet zu bezeichnen war.

Die Eigentümer einigten sich hier auf eine Hydrophobierung der übrigen Fassadenflächen und vereinbarten eine verlängerte Verjährungsfrist für Mängelansprüche von zehn Jahren.



**Autor**



Univ.-Prof. Dr.-Ing. Antonius Busch

Institut für Bauwirtschaft  
Universität Kassel



**Autor**



Dr.-Ing. Detlev Fistera

Institut für Bauwirtschaft  
Universität Kassel

### Büro

## Geschuldeter Qualitätsstandard in Planung und Ausführung

1. Ob eine Hof- und Zugangsfläche einer Wohnanlage ein Gefälle zum leichteren Abfluss von Oberflächenwasser haben muss, kann nicht allein danach beurteilt werden, dass es in der Baubeschreibung nicht vorgesehen und auch nicht zwingend erforderlich ist. Es kommt vielmehr darauf an, ob der Besteller ein solches Gefälle nach den dem Vertrag zu Grunde liegenden Umständen, insbesondere dem vereinbarten Qualitäts- und Komfortstandard, erwarten kann.
2. Eine ungeschriebene anerkannte technische Regel ist ebenso maßgeblich wie eine geschriebene.

BGB § 633 I

BGH, Urt. v. 21.11.2013 - VII ZR 275/12

(OLG Frankfurt a. M.)

NZBau 3/2014, 160 ff. = BauR 3/2014, 547 ff.

### Aus den Gründen

*Das Berufungsgericht hält es unter anderem für entscheidend, dass der Vertrag die Herstellung eines Gefälles nicht vorsah. Das Berufungsgericht orientierte sich dabei allein daran, dass der Vertrag keine ausdrückliche Regelung zur Ausbildung eines Gefälles enthält. Das ist fehlerhaft, Leistungsbeschreibungen in Bauverträgen sind nicht abschließend. Viele Details der Ausführung sind in ihnen nicht erwähnt oder genauer beschrieben. Daraus, dass ein bestimmtes Ausführungsdetail nicht erwähnt ist, kann nicht ohne Weiteres geschlossen werden, dass es nicht geschuldet ist. Vielmehr muss unter Berücksichtigung der gesamten Umstände des Vertrages geprüft werden, ob eine bestimmte Qualität der Ausführung stillschweigend vereinbart ist.*

*Entsprechende Qualitätsanforderungen können sich nicht nur aus dem Vertragstext, sondern auch aus sonstigen vertragsbegleitenden Umständen, den konkreten Verhältnissen des Bauwerks und seines Umfeldes, dem qualitativen Zuschnitt, dem architektonischen Anspruch und der Zweckbestimmung des Gebäudes ergeben (BGHZ 181, 225 = NZBau 2009, 648 = DS 2009, 275 = NZM 2009, 590 = NJW 2009, 2439 Rn. 12; BGHZ 172, 346 = NZBau 2007, 574 = DS 2009, 36 Ls. = NZM 2007, 651 = NJW 2007, 2983 = DNotZ 2008, 108 Rn. 25). Entspricht das versprochene Bauwerk dem üblichen Qualitäts- und Komfortstandard, kann der Besteller in der Regel auch die Ausführungen nicht näher beschriebener Details in diesem Standard verlangen und muss sich nicht mit einem Mindeststandard zufriedengeben (vgl. BGHZ 172, 346 = NZBau 2007, 574 = DS 2009, 36 Ls. = NZM 2007, 651 = NJW 2007, 2983 = DNotZ 2008, 108 Rn. 25).*

*Das Berufungsgericht hat die gebotene Prüfung, ob ein Gefälle der Hof- und Zugangsfläche nach diesen Kriterien geschuldet ist, nicht vorgenommen. Es hat sich vielmehr auf die Prüfung beschränkt, ob ein Gefälle zwingend erforderlich ist. Darauf kommt es jedoch nicht an. So mag es sein, dass die Gebrauchsdauer des Belages nicht gemindert ist, wenn ein Gefälle fehlt. Auch mag es sein, dass das Gefälle nicht verhindern kann, dass es im Winter zu Vereisungen des Hofbelags kommen kann. Das besagt aber nichts darüber, ob das Gefälle nicht gleichwohl nach dem dem Vertrag zu Grunde gelegten Qualitätsstandard geschuldet ist, um zu bewirken, dass das Wasser schneller abfließt, womit größere Pfützen, die auch zu*

umfangreicheren Vereisungen im Winter und größeren Verschmutzungen führen können, verhindert werden können. ...

Zu Unrecht meinen die Beklagten, die Klage müsse schon deshalb abgewiesen werden, weil die Klägerin eine Sanierung beabsichtige, die kein Gefälle vorsieht, sondern eine vollständig neue Bauweise, die - so muss in der Revision unterstellt werden - ohne Gefälle auskommt. Richtig ist zwar, dass die Klägerin Vorschuss nur auf diejenigen Kosten verlangen kann, die dazu erforderlich sind, ein mangelfreies Werk entstehen zu lassen. Grundsätzlich kann der Besteller den Kostenvorschuss deshalb nicht nach Maßnahmen berechnen, die nicht dazu dienen, den vertragsgemäßen Zustand herzustellen (Kniffka/Krause-Allenstein, Bauvertragsrecht, § 637 Rn. 40). Der Besteller kann jedoch dann die Mängelbeseitigungskosten für andere Maßnahmen abrechnen, wenn auf andere Weise das vertragsgemäße Werk nicht hergestellt werden kann, etwa weil mit den vertraglich vorgesehenen Leistungen die nach dem Vertrag vereinbarte oder vorausgesetzte Funktionstauglichkeit nicht zu erreichen ist (BGH, NJW-RR 1987, 336 = BauR 1987, 207 [208]). Gleiches kann nach Treu und Glauben auch dann gelten, wenn sich zwischenzeitlich in Folge des Auftretens von Mängeln und der in diesem Zusammenhang gewonnenen Erkenntnisse herausstellt, dass eine andere Maßnahme zweckmäßiger ist, das mit dem Vertrag verfolgte Ziel zu erreichen. In diesem Fall ist jedoch zu prüfen, inwieweit der Besteller im Wege der Vorteilsausgleichung verpflichtet ist, Kosten zu übernehmen (vgl. BGHZ 91, 206 [209ff.] = NJW 1984, 2457).

#### Kommentierung

Wie bereits mehrfach durch die Obergerichte und den Bundesgerichtshof entschieden, reichen diejenige Planung und Ausführung nicht aus, die lediglich die Mindeststandards der geltenden Regeln der Technik einhalten. Dies ist beim Schallschutz nach der DIN 4109 (Schallschutz im Hochbau) nicht anders. Die dort definierten Mindestvoraussetzungen erfüllen auch nicht mehr ansatzweise das heutige Komfortbedürfnis und den Qualitätsstandard im Bau. Bereits 2009 - mit Urteil vom 5. Juni 2009 (Aktenzeichen VII ZR 54/07) - hatte der Bundesgerichtshof entschieden, dass die Schallschutzstufe II der VDI-Richtlinie 4100 oder das Beiblatt 2 zur DIN 4109 den Stand der Technik für den Wohnungsbau darstellen würden.

Der vorliegende Fall, wonach Hof- und Zugangsflächen zu Wohnanlagen mit einem leichten Gefälle versehen werden müssen, um den Abfluss von Oberflächenwasser sicherzustellen, ist ein analoges Beispiel. Es ist ein Grundirrtum zu meinen, DIN-Vorschriften würden jeweils die geltenden Regeln der Technik definieren. Sie definieren dies allein im Zeitpunkt ihrer Verabschiedung, nicht aber in der Folgezeit.

#### Praxishinweis

Es ist deshalb bei der Planung und Ausführung immer darauf zu achten, dass gerade auch die nicht in der Baubeschreibung erfassten Details einer Planung dem Standard entsprechen, welcher dem Vertrag technisch zu Grunde liegt.

Dr. Sa

#### Buchbesprechung

## Leupertz/Hettler: Der Bausachverständige vor Gericht

Dieses Buch beantwortet - mit vielen Fallbeispielen (zum Beispiel für den Stellenwert technischer Normen), zahlreichen Mustern und aktualisierten Gesetzesauszügen - alle Fragen zur Tätigkeit als Gerichtsgutachter. Einfach, verständlich und praxisorientiert, mit Beispielen, Mustern, Checklisten und Gesetzesauszügen sowie mit praktischen Arbeitshilfen und einer CD-ROM mit Mustertexten, werden die rechtlichen Grundlagen einer Sachverständigentätigkeit vor Gericht erläutert. Darüber hinaus werden in der 2. Auflage das selbstständige Beweisverfahren, Privat- und Schiedsgutachten und die Adjudikation und Mediation ausführlich behandelt.

#### Die Autoren

Der Jurist: Prof. Stefan Leupertz war bis Ende 2012 Richter am Bundesgerichtshof im Bausenat und ist seit 2013 als Schiedsrichter, Schlichter, Adjudikator und Rechtsgutachter für Streitigkeiten im Bau- und Anlagenbau tätig. Er ist Honorarprofessor für Bauvertragsrecht an der TU Dortmund und Lehrbeauftragter für Bauvertragsrecht an der Philipps-Universität Marburg, darüber hinaus Vorsitzender des Vorstandes des Deutschen Baugerichtstages. Der Sachverständige: Prof. Achim Hettler ist an der TU Dortmund Inhaber des Lehrstuhls für Baugrund und Grundbau und regelmäßig als Sachverständiger tätig.

Bundesanzeiger Verlag  
ISBN 978-3-8462-0182-4  
39,80 Euro



#### 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 12:  
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 Online-Newsletter

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

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



## Jetzt die neueste Ausgabe lesen!

### INGservice für Architekten und Ingenieure

Informationen und Tipps für die berufliche Praxis sowie Infos zu Vorsorgethemen und Berichte über private Absicherung. Der INGservice wird künftig nur noch elektronisch erscheinen, daher jetzt kostenlose Onlineversion lesen und abonnieren.

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

