

Information für technisch-wissenschaftliche Berufe

# INGLetter

**HDI**

Nr. 2  
Mai 2016

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



## Aktuell

Planer haften werkvertraglich auch für Teile von HOAI-Leistungsbildern

## Honorar

Eine schon bezahlte Schlussrechnung bedeutet nicht deren Endgültigkeit

## Haftung

Die Gesamtschuldnerische Haftung kann jetzt auch für Handwerker gelten

## Vergabe

Gelungene Vergabe setzt sorgfältige Schätzung des Auftragswertes voraus

## Editorial

## Achtung bei der Bauabnahme

Sie werden es kennen – gemeinsam haben Sie mit dem Bauherrn das Bauprojekt bewältigt, es gab gute Tage, es gab auch weniger gute, aber aus Ihrer Sicht steht das Bauvorhaben auf solider Grundlage und ist abnahmereif. Doch jetzt, auf der Zielgeraden, wird es plötzlich spannend. Der Bauherr kündigt auf einmal an, zum Abnahmetermin einen weiteren Kollegen Ihres Fachgebietes mitbringen zu wollen, um das Objekt neutral, mit fachkundigem Blick beurteilen zu lassen, wie er sagt. Es steht die Sorge im Raum, es könnten sich doch irgendwo Mängel finden, die der Bauherr naturgemäß nicht übersehen will.



Schnell könnte man glauben, das Verhalten des Bauherrn habe mit Misstrauen zu tun. Mag sein, aber relevant ist, dass es sein gutes Recht ist, da er eben nicht der Fachmann ist. Was dann aber auch betont werden sollte – es ist im Gegenzug Ihr gutes Recht, auf eine eindeutige Abnahme der Bauleistung hinzuwirken. Warum ist das so wichtig? Die Festlegung des Zeitpunktes der Abnahme ist nicht nur für die Fälligkeit Ihrer Schlussrechnung von Bedeutung. Er entscheidet auch über den Beginn der Verjährung. „Abnehmer“ ist der Bauherr. Wann er abgenommen hat, kann im Zweifel von seinem Verhalten abhängen. Anders ausgedrückt – unter Umständen hat er es sogar in der Hand, durch sein Verhalten die Bestimmung des Verjährungsbeginns zumindest zu erschweren, schlimmstenfalls sogar zu verzögern.

Warum dies so ist können Sie in dieser INGLetter-Ausgabe in der Darstellung einer Entscheidung des OLG Celle vom 23.12.2014 nachlesen. Hier wird sehr gut aufgezeigt, worauf Sie achten sollten, um eine eindeutige Abnahmesituation zu schaffen.

Wer gelegentlich oder gar überwiegend „Baubegleitende Qualitätskontrolle“ durchführt, sollte sich unbedingt einmal die Ausführungen zu einer Entscheidung des OLG Brandenburg vom 14.10.2015 ansehen. Diese Entscheidung macht sehr schön deutlich, dass es ein Irrtum ist, zu glauben, die Höhe des vereinbarten Honorars wirke sich aufgrund der relativ geringen Höhe haftungsmindernd aus. Das Gericht stellt klar: Der Kontrolleur haftet für Baumängel wie ein bauüberwachender Architekt als Gesamtschuldner neben dem bauausführenden Bauunternehmer. Auf die Höhe des Honorars kommt es dabei grundsätzlich nicht an.

Beide Entscheidungen zeigen: Es ist nicht nur legitim, sondern notwendig, sorgfältig auf die Gestaltung des Bauvertrages im eigenen Haftungsinteresse Einfluss zu nehmen. Die mit der Übernahme von werkvertraglichen Leistungspflichten verbundenen Risiken sollten sorgfältig abgeschätzt werden. Dabei sollte darauf geachtet werden, sich bei der Vereinbarung eines geringen Honorars nicht zu der Annahme verleiten zu lassen, dass damit die Fehlverantwortlichkeit positiv gestaltet werden kann.

Viel Spaß beim Lesen und gewinnbringende Erkenntnisse wünscht Ihnen

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

## Inhalt

- 3 Aktuell**  
Ingenieure haften werkvertraglich auch für unzureichende baubegleitende Qualitätskontrollen zum Dumpingpreis
- 4 Basiswissen, Teil 14**  
Folgen der (un-)berechtigten Kündigung des Ingenieurvertrages *aus wichtigem Grunde*
- 5 Honorar**  
Die Bezahlung der Schlussrechnung befugt den Auftraggeber nicht, sich auf deren Endgültigkeit einzurichten
- 6 Mindestsätze: Honorarverzicht des Planers nach Abschluss des Auftrages ist keine Mindestsatzunterschreitung**
- 7 Haftung**  
OLG Celle formuliert Grundsätze für die Realisation des Planervertrages und die Abnahme seiner Leistungen
- 8 OLG-Urteil: Die Gesamtschuldnerische Haftung wurde um fehlerhaft zusammenwirkende Handwerker ergänzt**
- 9 Baufirmen müssen die Erkenntnisse der Planer grundsätzlich nicht auf ihre Richtigkeit hin überprüfen**
- 10 Vergabe**  
Eine sorgfältige Schätzung des Auftragswertes ist die Voraussetzung für ein gelungenes Vergabeverfahren
- 11 Schadenfall**  
Wirtschaftlichkeitsbetrachtung einer Hofanlage unter dem Aspekt der Umwidmung der Nutz- in Wohnflächen
- 14 Büro**  
Die Gewährleistung für autark verbaute Solaranlagen beträgt nach dem Kaufrecht zwei Jahre
- 15 Impressum**
- 16 HDI-Informationssseite**

Bildnachweis: Architekten: Hartmann+Eberlei \_ Oldenburg  
Objekt: Wohnhaus S. in Edeweicht



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

## Ingenieure haften werkvertraglich auch für unzureichende baubegleitende Qualitätskontrollen zum Dumpingpreis

Im Bürgerlichen Gesetzbuch gibt es für Architektenverträge oder für Ingenieurverträge noch immer keine besonderen Regelungen. Dies soll sich zwar mit der sogenannten Baurechtsreform ändern, wann und wie die jedoch gesetzgeberisch realisiert werden wird, liegt nicht fest (siehe auch INGLetter März 2016, Seite 3). Bis es soweit sein wird, sind jedenfalls Architekten- und Ingenieurverträge Werkverträge mit der Konsequenz, dass Architekten und Ingenieure fehlerfreie Arbeitsergebnisse abliefern müssen.

Der Werkvertragsleister unterliegt einer besonders strengen Haftung, nämlich einer rein erfolgsabhängigen Haftung. Zwar schuldet kein Ingenieur oder Architekt ein Bauwerk oder Teile eines Bauwerks als körperliche Sache. Er schuldet aber diejenigen intellektuellen, planerischen Leistungen oder aber Leistungen in der Vergabe und Objektüberwachung, die für die fehlerfreie Erstellung eines Objektes notwendig sind. Maßstab hierfür ist der jeweilige Architekten- oder Ingenieurvertrag. Der Gegenstand eines Architekten- oder Ingenieurvertrages kann sehr begrenzt sein, mit der Konsequenz, dass auch nur für die begrenzte Beauftragung gehaftet wird.

Immer wieder wird aber versucht, die Vorteile der dienstvertraglichen Haftung, denen die beratenden Berufe unterliegen, auch für Architekten- und Ingenieurverträge nutzbar zu machen. In einer Vielzahl von Einzelentscheidungen, bis hin zu verschiedenen BGH-Entscheidungen, wird aber immer wieder von der Rechtsprechung betont, dass Leistungen, soweit sie typischerweise Architekten- und Ingenieurleistungen sind, als werkvertragliche Leistungen anzusehen seien. Dies bedeutet, dass auch nur Teilausschnitte aus Leistungen, wie sie zum Beispiel die HOAI-Leistungsbilder beschreiben, zu denen sich ein Planer verpflichtet, bei rechtlicher Betrachtung nie Dienstleistungen sind, sondern immer Werkleistungen.

Ein zu diesem Thema besonders deutliches Urteil hat das Oberlandesgericht Brandenburg gesprochen. Die sieben Kernpunkte dieses Urteils sind, zusammengefasst:

1. Ein Vertrag über eine "baubegleitende Qualitätskontrolle" im Sinne einer stichprobenartigen Überprüfung der von dem Bauunternehmen erbrachten Leistungen ist als Werkvertrag zu qualifizieren.

2. Eine Pflichtverletzung des Kontrolleurs ist wie bei einem bauüberwachenden Architekten damit ausreichend dargetan, dass das äußere Erscheinungsbild des Mangels am Bauwerk ("Symptom") beschrieben und insoweit ein Überwachungsfehler gerügt wird.

3. Der Kontrolleur haftet für Baumängel wie ein bauüberwachender Architekt als Gesamtschuldner neben dem ausführenden Bauunternehmer. Seine unmittelbare Inanspruchnahme ist jedenfalls dann nicht treuwidrig, wenn über das Vermögen des Bauunternehmers ein Insolvenzverfahren eröffnet worden ist.

4. Für den Haftungsumfang des Kontrolleurs kommt es grundsätzlich nicht auf die Höhe seines Honorars an.

5. Der Kontrolleur kann seine Haftung für sonstige Schäden, die weder Sachschäden (= Schäden am Bauwerk) noch Personenschäden sind, auch in allgemeinen Geschäftsbedingungen auf grob fahrlässige oder vorsätzliche Pflichtverletzungen beschränken.

6. Eine Abnahme seiner Leistungen als Voraussetzung für den Beginn der Verjährung der gegen ihn gerichteten Mängelansprüche hat der Kontrolleur darzutun. Sie setzt mindestens die Vervollendung seiner Leistung voraus.

7. Ein Verschulden des Kontrolleurs daran, dass das Gebäude auf Grund eines Fehlers des Vermessungsingenieurs in einer fehlerhaften Höhenlage errichtet worden ist, setzt besondere Anhaltspunkte dafür voraus, dass der Kontrolleur diesen Fehler erkennen konnte.

*Leitsätze der NJW-RR Redaktion*

OLG Brandenburg, Urteil vom 14. Oktober 2015 (Az.: 4 U 6/12; BGB §§ 280, 307, 631, 634 Nr. 4, 634a I Nr. 2; ZPO 524 II 2; NJW-RR 4/2016, 215 ff.)

### Kommentierung

Das Oberlandesgericht Brandenburg stellt klar, dass auch Verträge über baubegleitende Qualitätskontrollen Werkverträge seien. Der Kontrolleur haften wie ein bauüberwachender Architekt oder Ingenieur parallel zum fehlerhaft arbeitenden Bauunternehmer. Seine unmittelbare Inanspruchnahme bei Fehlern durch die Bauherrnschaft sei nicht treuwidrig. Noch schlimmer: Für den Haftungsumfang des Kontrolleurs käme es grundsätzlich nicht auf die Höhe seines Honorars an, und der Kontrolleur könne zwar die Haftung, die weder Sachschäden, nämlich Schäden am Bauwerk seien, noch Personenschäden, in Allgemeinen Geschäftsbedingungen auf grobe fahrlässige und vorsätzliche Pflichtverletzungen beschränken, das Hauptrisiko, nämlich Haftung für Schäden am Bau, ließe sich so nicht eingrenzen. Für solche Schäden haften er wie ein Objektüberwacher.

Grundsätzlich haftet der Baukontrolleur bei seinen stichprobenartigen Kontrollen je strenger, umso schwieriger oder gefahrenträchtiger die Bauarbeiten, bezogen auf Sachmängel, seien. Da es dem Bauherrn nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (z.B. NJW-RR 2008, 176 ff.) grundsätzlich freisteht, ob er dem Bauunternehmer oder den das Bauwerk überwachenden Ingenieur in Anspruch nähme, kann sich im Falle der Insolvenz des Bauunternehmers der Kontrolleur auch nicht darauf zurückziehen, er würde nur sekundär haften.

Das Bauunternehmen haftet nämlich nicht vorrangig, der Ingenieur nicht nachrangig. Es käme also allein darauf an, welche Rechte und Pflichten im Baukontrolleurvertrag festgeschrieben



Autor



RA Prof. Dr. jur.  
Hans Rudolf Sangenstedt

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

worden seien und ob die Fehler des Objektes einer ordnungsgemäßen stichprobenartigen Kontrolle zugeordnet werden können. Hierbei kommt es grundsätzlich nicht darauf an, ob der Ingenieur für Dumpinghonorare gearbeitet hat.

Im vorliegenden Fall, in dem der Kontrolleur die Kontrolle der Gründungsarbeiten, Überprüfung der Übereinstimmung der Baugrube mit Bodengutachten, Baugrundsohle, Fundament etc. schuldete, wäre es zum Beispiel seine Aufgabe gewesen, spätestens in der Abnahme diejenigen Mängel aufzuführen, die er erkennen konnte. Glücklicherweise hatte der Baukontrolleur dies ordnungsgemäß erledigt, sodass er nicht in Anspruch genommen werden konnte.

Gleichwohl ist bei sogenannten baubegleitenden Qualitätskontrollverträgen immer daran zu denken, dass auch diese Verträge Werkverträge sind und dass der Kontrolleur auf Basis seiner vertraglichen Verpflichtungen wie ein intellektueller Werkunternehmer haftet, die die Kontrollverpflichtung an der Fehlerwahrscheinlichkeit bemessen. Kommt er den Kontrollverpflichtungen nach und dokumentiert Baufehler, haftet er nicht, anderenfalls haftet er.

#### Basiswissen, Teil 14

## Folgen der (un-)berechtigten Kündigung des Ingenieurvertrages aus wichtigem Grunde

In Teil 13 unserer Artikelserie (INGLetter März 2016, Seite 3) habe ich dargestellt, unter welchen Voraussetzungen ein Bauherr oder ein Ingenieur oder ein Architekt einen Vertrag *aus wichtigem Grunde* kündigen können. Nachstehend werden die beiderseitigen Folgen einer Kündigungserklärung beschrieben.

Kündigt der Architekt zu Recht aus einem wichtigen, vom Bauherrn zu vertretenden Grund, so steht ihm zunächst der Vergütungsanspruch auf die bis zur Kündigung erbrachten Leistungen in jedem Falle ungeschmälert zu. Zur Herbeiführung der Fälligkeit dieses Vergütungsanspruches bedarf es einerseits einer prüffähigen Abrechnung der Teilleistungen; darüber hinaus wird man wohl davon ausgehen müssen, dass der Planer seinen Bauherrn andererseits auch zur Abnahme der bis zur Kündigung erbrachten Werkleistungen auffordern muss.

Der Bundesgerichtshof (BGH) hat im Jahre 2006 unter Aufgabe seiner bisherigen Rechtsprechung zum Werkvertrag allgemein entschieden, dass es auch im Falle einer Kündigung zur Herbeiführung der Fälligkeit eine Abnahme der bis dahin erbrachten Werkleistungen bedarf (BGH, Urteil vom 11. Mai 2006 Az.: VII ZR 146/04, veröffentlicht beispielsweise in NJW 2006,2475). Hier sollte für den Architektenvertrag nichts anderes gelten, zumal mit der HOAI 2013 die Abnahme als Fälligkeitsvoraussetzung ausdrücklich in die Honorarordnung Eingang gefunden hat.

Für noch nicht erbrachte Leistungen steht dem Planer ein Schadenersatzanspruch in Höhe des Vergütungsanspruches zu. Den Ausgangspunkt bildet der verbleibende Vergütungsanspruch ohne Umsatzsteuer, da Schadenersatzleistungen nicht der Umsatzsteuer unterliegen. Von diesem seinem Vergütungsanspruch muss der Planer ersparte Aufwendungen und anderweitigen Erwerb dann absetzen, wenn dieser ausschließlich aufgrund der Kündigung möglich wurde.

Kündigt der Bauherr zu Recht aus einem wichtigen, vom Planer zu vertretenden Grund, so lässt auch dies zunächst den Vergütungsanspruch für die bereits erbrachten Leistungen unberührt. Auch hier bedarf es der Abnahme dieser Teilleistungen, das heißt, der Planer muss darlegen und beweisen, dass die bis zur Kündigung erbrachten Leistungen mangelfrei sind. Gelingt ihm dieser Nachweis, dann entfällt der Vergütungsanspruch trotzdem, wenn der Bauherr seinerseits darlegen und beweisen kann, dass die Leistung für ihn unverwertbar ist oder dass ihm die Verwertung nicht zugemutet werden kann. Der Vergütungsanspruch für nicht erbrachte Leistungen entfällt ersatzlos.

Darüber hinaus muss der Planer, da der Kündigungsgrund in aller Regel eine zum Schadenersatz führende Pflichtverletzung darstellt, mit Schadenersatzansprüchen des Bauherrn rechnen. Zu denken ist hier an den Aufwand, der für die Einarbeitung eines neuen Planers entstanden ist, an Kosten aus Bauzeitverzögerung oder an Ähnliches.

In der März-Ausgabe 2016 des INGLetters (Basiswissen, Teil 13, Seite 3) wurde bereits vor einem übereilten Ausspruch einer Kündigung aus wichtigem Grunde gewarnt, weil die Anforderungen, die die Rechtsprechung an das Vorliegen eines wichtigen Grundes stellt, sehr hoch sind. In aller Regel wird der Kündigungsempfänger die Sach- und Rechtslage anders beurteilen, das heißt, seinerseits immer davon ausgehen, dass kein wichtiger Grund vorliegt.

Spricht der Planer eine Kündigung aus, ohne dass ein wichtiger Grund vorliegt, so beendet diese Erklärung das Vertragsverhältnis nicht. Die Kündigung ist unwirksam, sie kann aber ihrerseits, da sie die endgültige Verweigerung der Vertragserfüllung ausdrückt, einen wichtigen Grund für eine Kündigung durch den Bauherrn darstellen.

Da heilbare Vertragsverletzungen nur dann eine Kündigung aus wichtigem Grund rechtfertigen, wenn diese trotz Abmahnung nicht abgestellt werden, sollte der Bauherr in einem solchen Fall den Planer auf die Unwirksamkeit der Kündigung hinweisen und diesen auffordern, sich unter Fristsetzung zur Vertragstreue zu erklären. Wenn dann jedoch innerhalb dieser Frist keine entsprechende Erklärung des Planers eingeht, kann der Bauherr mit den oben dargestellten Folgen seinerseits das Vertragsverhältnis aus wichtigem Grunde kündigen.

Erklärt der Bauherr eine Kündigung aus wichtigem Grund, ohne dass ein solcher vorliegt, stellt sich die Frage, ob diese Kündigung nicht immer in eine freie Kündigung umgedeutet werden kann. Anders als der Planer ist der Bauherr auch ohne besondere Vereinbarung kraft Gesetzes (§ 649 BGB) berechtigt, das Vertragsverhältnis zu beenden.



Autor



RA Dr. jur. Wolfgang Weller

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



Es gibt ein Urteil des Bundesgerichtshofes, welches in diese Richtung deutet. Der BGH hat nämlich entschieden, dass eine Kündigung – auch ohne besondere Umstände – stets die Vermutung in sich trägt, dass sie unbedingt und frei ausgesprochen worden ist, wenn ein wichtiger Grund nicht zur Verfügung steht (BGH, Urteil vom 24. Juli 2003, Az.: VII ZR 218/02, veröffentlicht beispielsweise in NJW 2003, 3474).

### Praxishinweis

Da die freie Kündigung jedoch gravierend andere Rechtsfolgen als die Kündigung aus wichtigem Grunde hat, ist Vorsicht geboten. Auch hier kann die Empfehlung an den Planer nur lauten, den Bauherrn unter Fristsetzung zur Klarstellung aufzufordern, ob die Kündigung auch ohne Vorliegen eines wichtigen Grundes als freie Kündigung gelten soll und seinerseits die Kündigung für den Fall anzudrohen, dass die Klarstellung nicht fristgerecht eingeht oder die Kündigung zurückgenommen wird. Der Planer kann gleichzeitig seinen Willen bekunden, am Vertrag festzuhalten und seine Leistungen weiter anbieten. Erklärt sich der Bauherr nicht, dann sollte der Planer seinerseits die Kündigung aus wichtigem Grunde aussprechen, die dann auch berechtigt ist.

### Honorar

## Die Bezahlung der Schlussrechnung befugt den Auftraggeber nicht, sich auf deren Endgültigkeit einzurichten

1. An eine Schlussrechnung ist der Architekt gebunden, wenn der Auftraggeber auf eine abschließende Berechnung des Honorars vertrauen durfte und er sich im berechtigten Vertrauen auf die Endgültigkeit der Schlussrechnung in schutzwürdiger Weise so eingerichtet hat, dass ihm eine Nachforderung nicht mehr zugemutet werden kann.

2. Allein die Bezahlung der Schlussrechnung ist keine Maßnahme, mit der sich der Auftraggeber in schutzwürdiger Weise auf die Endgültigkeit der Schlussrechnung einrichtet.

3. Allein der Zeitraum zwischen der Erteilung und dem Ausgleich der Honorarrechnung des Architekten und der erstmaligen Geltendmachung eines weitergehenden Honorars auf der Grundlage der Mindestsätze der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure macht die Zahlung eines Differenzbetrages zwischen einem abgerechneten Pauschalhonorar und den Mindestsätzen der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure nicht unzumutbar (Bestätigung von BGH, NZBau 2009, 33 = BauR 2009, 262).

BGB §§ 242, 631 I; HOAI (1996/2002) § 4 IV; BGH, Urteil vom 19. November 2015 (Az.: VII ZR 151/13); NJW-RR 4/2016, 213 ff. = NZ Bau 2/2016, 107 ff.

### Aus den Gründen

*Zu Unrecht hält das Berufungsgericht jedoch den Kläger nach Treu und Glauben (§ 242 BGB), für gehindert, etwaige weitergehende Ansprüche, die über den vereinbarten, in Rechnung gestellten und gezahlten Pauschalpreis hinausgehen, durchzusetzen.*

*Im Ansatz noch richtig erkennt das Berufungsgericht, dass ein Architekt dann an eine Schlussrechnung gebunden ist, wenn der Auftraggeber auf eine abschließende Berechnung des Honorars*

*vertrauen durfte und er sich im berechtigten Vertrauen auf die Endgültigkeit der Schlussrechnung in schutzwürdiger Weise so eingerichtet hat, dass ihm eine Nachforderung nicht mehr zugemutet werden kann (vgl. BFG, NJW 2009, 435 = ZfBR 2009, 146 Rn. 9 und NJW-RR 2010, 1176 = NZBau 2010, 443 = NZM 2010, 482 = ZfBR 2010, 568 Rn. 36 jew. mwN). Richtig ist ebenfalls, dass dies auch dann gilt, wenn der Architekt die Differenz zwischen einem ihm nach der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure preisrechtlich zustehenden und dem vertraglich vereinbarten Honorar nachfordert (BGH, NJW 2009, 435 = NZBau 2009, 33 = ZfBR 2009, 146 nWN).*

*Mit rechtsfehlerhaften Erwägungen nimmt das Berufungsgericht an, dass diese Voraussetzungen gegeben sind.*

*Das Berufungsgericht meint, jedenfalls nach Ablauf eines Jahres seit der vollständigen Bezahlung der Schlussrechnung vom 31. Dezember 2006 und nach Erteilung der Zahlungsquittung sei davon auszugehen, dass sich der Beklagte auf den abschließenden Charakter seiner Zahlung eingerichtet habe, ohne dass es weitergehenden Vortrages des Beklagten dazu bedürfe, in welchen anderweitigen Dispositionen sich sein Vertrauen, der Kläger werde keine Nachforderungen stellen, manifestiert habe.*

*Diese Aufforderung tritt nicht zu. Der Auftraggeber eines Architekten muss sich vielmehr durch vorgenommene oder unterlassene Maßnahmen darauf eingerichtet haben, dass weitere Forderungen nicht erhoben werden; allein die Zahlung auf die Schlussrechnung stellt keine solche Maßnahme dar (vgl. BGH, NJW 2009, 435 = NZBau 2009, 33 = ZfBR 2009, 146 Rn. 12). Auch gibt es keine allgemeine Lebenserfahrung, dass ein Auftraggeber sich nach einem bestimmten Zeitraum darauf eingerichtet habe, nichts mehr zu zahlen (vgl. BGH, NJW 2009, 435 = NZBau 2009, 33 = ZfBR 2009, 146 Rn. 18).*

*Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts handelt es sich hierbei um eine notwendige Voraussetzung, um es nach Treu und Glauben für ausgeschlossen zu erachten, einen bestehenden Anspruch des Architekten noch durchzusetzen.*

*Auch die sodann abschließend zu prüfende Unzumutbarkeit weiterer Zahlungen kann sich nicht allein auf einen Zeitablauf gründen. Vielmehr muss sich gerade die durch eine Nachforderung entstehende zusätzliche Belastung unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls für den Auftraggeber als nicht mehr zumutbar erweisen, weil sie eine besondere Härte für ihn bedeutet (vgl. BGH, NJW 2009, 435 = NZBau 2009, 33 = ZfBR 2009, 146 Rn. 12).*

*Allein der Zeitraum zwischen der Erteilung und dem Ausgleich der Honorarrechnung des Architekten und der erstmaligen Geltendmachung eines weitergehenden Honorars auf der Grundlage der Mindestsätze der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure macht die Zahlung eines Differenzbetrags zwischen einem abgerechneten Pauschalhonorar und den Mindestsätzen der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure nicht unzumutbar. Auch hier ist vielmehr zu berücksichtigen, welche Maßnahmen der Auftraggeber im Hinblick auf ein schützenswertes Vertrauen vorgenommen oder unterlassen hat (vgl. BGH, NJW 2009, 435 = NZBau 2009, 33 = NfBR 2009, 146 Rn. 18).*

### Kommentierung

Es gehört zu den unumstößlichen Grundsätzen, dass vertragsschließende Parteien (hier ein Architekturbüro mit seiner Bauherrenschaft) keine Verträge schließen, die gegen geltendes Recht verstoßen, mithin auch gegen das Mindestsatzgebot der HOAI.

Nur unter ganz engen Voraussetzungen, nämlich nach dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB), ist der Planer an ein Minderhonorar gebunden. Die Voraussetzungen hierzu sind immer gleich, nämlich:

- Der vertragschließende Bauherr weiß nicht, wozu die Möglichkeit dieses Wissens aus seiner Berufserfahrung oder aus Erfahrungen mit anderen Bauvorhaben ausreicht, dass das abgeschlossene Minderhonorar gesetzwidrig ist.
- Der Bauherr muss sich unter Berücksichtigung seiner Unkenntnis auf das Minderhonorar kaufmännisch eingelassen haben, in diesem Fall zum Beispiel darauf, dass er auf der Gültigkeit des Minderhonorars auch seine Finanzierung aufgebaut hat, sodass eine Nachforderung treuwidrig erscheint.
- Der auftragnehmende Planer muss die Bauherrenschaft auch darin bestärkt haben, dass er ein nicht höheres Entgelt als das vereinbarte Minderhonorar verlangen wird.

Diese Voraussetzungen werden äußerst streng von den Gerichten nachgeprüft, immerhin geht es um die Frage, ob in Abweichung vom geltenden Gesetz, hier also in Abweichung von der HOAI, solche Preise vereinbart werden, die der Gesetzgeber nicht zum Gegenstand von Verträgen gemacht haben will.

RA Prof. Dr. Hans Rudolf Sangenstedt

## Honorar

### Mindestsätze: Honorarverzicht des Planers nach Abschluss des Auftrages ist keine Mindestsatzunterschreitung

1. Ein Architekt kann nach Beendigung seiner Arbeiten auf sein Honorar wirksam (teilweise) verzichten oder einen Erlassvertrag beziehungsweise Vergleich abschließen. Die Annahme eines Verzichts oder Erlassvertrages erfordert die Feststellung eines unmissverständlichen rechtsgeschäftlichen Willens des Gläubigers, auf die Forderung verzichten zu wollen, wobei an diese Feststellung strenge Anforderungen zu stellen sind.

2. An die inhaltliche Richtigkeit einer Honorarrechnung sind höhere Anforderungen zu stellen als an deren Prüffähigkeit. Entscheidender Faktor jeder Schlussrechnung eines Architekten ist die zutreffende Zugrundelegung der anrechenbaren Kosten. Allerdings handelt es sich bei der Einhaltung der Vorgaben der DIN 276 nicht um ein absolut unverzichtbares Kriterium, sondern lediglich um eine Sollvorgabe. Wenn dem Auftraggeber in anderer Weise die notwendigen Informationen zur Verfügung stehen, kommt es allein auf die Einhaltung der DIN 276 für eine ordnungsgemäße Kostenberechnung nicht an.

BGB § 631;  
OLG Celle, Urteil vom 10. Juni 2015 (Az.: 14 U 164/14);  
BauR 2/2016, 286 ff.

#### Aus den Gründen

Die Kläger können für die Leistungsphasen 1 bis 4 sowie die Leistungsphase 5 lediglich die mit der Beklagten vereinbarten Pauschalhonorare verlangen.

Zwar waren die diesbezüglichen Pauschalhonorarvereinbarungen wegen Verstoßes gegen § 4 HOAI a.F. (2009) unwirksam wegen

unzulässiger Unterschreitung der Mindestsätze. Das ergibt sich zwanglos aus den Berechnungen des Sachverständigen K., die die Beklagte nicht angegriffen hat, im Übrigen aber auch aus den Honorartabellen der HOAI.

Jedoch ist – worauf die Beklagte zu Recht hinweist – nach der Rechtsprechung ein nachträglicher Erlass, Verzicht oder Vergleich bezüglich des Architektenhonorars zulässig. Diese Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall zu bejahen.

Die Annahme eines Verzichts- beziehungsweise Erlassvertrages erfordert die Feststellung eines unmissverständlichen rechtsgeschäftlichen Willens des Gläubigers, auf die Forderung verzichten zu wollen, wobei an diese Feststellung strenge Anforderungen zu stellen sind. Auch bei einer scheinbar eindeutigen Erklärung darf ein Erlass/Verzicht erst angenommen werden, wenn sämtliche relevanten Begleitumstände, insbesondere die beiderseitige Interessenlage, hinreichend berücksichtigt worden sind.

Auch unter Anlegung dieses strengen Maßstabes ergibt die Auslegung der beiden E-Mail-Schreiben der Parteien eindeutig einen Verzicht der Kläger auf ihnen an sich nach der HOAI zustehendes weiteres Architektenhonorar für die Leistungsphasen 1 bis 5 über das vereinbarte Pauschalhonorar hinaus.

Schon der Wortlaut des eigenen E-Mail-Schreibens der Kläger beinhaltet entgegen ihrer Auffassung hinreichend deutlich einen derartigen Verzicht auf weitergehendes Honorar.

In diesem Schreiben heißt es unter Ziffer 5: "Wir haben unsere Leistungsphasen 1 bis 7 erbracht. Für unsere Leistungen sind Sie vor Nachträgen ‚geschützt‘. Bei mir ist darüber hinaus ein Wort auch ein Wort!"

Auch wenn der Begriff "Nachträge" nicht originär dem Vokabular in Bezug auf Architektenhonorare entspringt, ergibt bereits die Formulierung der Ziffer 5 in ihrem Gesamtkontext, dass sie sich auf die eigenen Leistungen der Kläger und deren Honoraransprüche bezieht. So ist zum einen die Rede von "unseren Leistungen", wobei das Wort "unsere" zur Verstärkung und Verdeutlichung noch unterstrichen worden ist. auch der letzte Satz: "Bei mir ist darüber hinaus ein Wort auch ein Wort" kann sich nicht auf Leistungen oder Nachträge Dritter beziehen, sondern nur auf eigene Ansprüche der Kläger.

Noch deutlicher wird jedoch der Aussagewert dieser Formulierung im E-Mail-Schreiben der Kläger unter Ziffer 5 aufgrund des E-Mail-Schreibens der Beklagten vom gleichen Tag, in der die Beklagte gerade auf den von den Klägern gewährten Nachlass auf das nach der HOAI geschuldete Honorar durch Vereinbarung eines Pauschalhonorars Bezug nimmt und ausdrücklich darauf hinweist, sie sei nicht bereit, mehr zu zahlen. Dabei handelte es sich nicht nur um eine Randbemerkung, sondern um eine in ultimativer Form erklärte Weigerung, etwa weiteres anfallendes Honorar zu zahlen.

Insoweit kommt es auch nicht mehr auf das von der Beklagten behauptete Gespräch an, das in Anwesenheit der Ehefrau des Geschäftsführers der Beklagten stattgefunden und im Rahmen dessen dem Kläger zu 2 vorgehalten worden sein soll, er sei dafür bekannt, zunächst niedrigere Honorare zu vereinbaren und später Nachforderungen zu stellen.

Auch wenn es zuvor ein weiteres E-Mail-Schreiben der Beklagten gab, in dem diese den Klägern Vorhaltungen wegen Nachtragsforderungen der Firma E. machte, ergibt sich aus dem zeitlichen

und verbalen Zusammenhang der beiden E-Mail-Schreiben der Parteien eindeutig, dass die Beklagten mit ihrem Schreiben von den Klägern ein Festhalten an den Pauschalhonorarvereinbarungen forderte und die Kläger ausweislich der Ziffer 5 ihres Schreibens damit ihr Einverständnis erklärten.

Ohne Erfolg berufen sich die Kläger darauf, der ursprünglich zwischen den Parteien zustande gekommene Architektenvertrag sei zum Zeitpunkt der E-Mail-Schreiben noch nicht beendet gewesen, da unstreitig noch die Leistungen aus der Leistungsphase 8 ausstanden.

Bei dem vorgenannten Architektenvertrag der Parteien handelte es sich um einen sog. Stufenvertrag, der die Beklagte berechnete, die Leistungsphasen 1 und 2, 3, 4 sowie 5 bis 8 in getrennten Abschnitten einzeln zu beauftragen. Bei einer stufenweisen Beauftragung kommt der jeweilige Vertrag indes tatsächlich erst zustande, wenn das Erbringen der abrufbaren Leistungen konkret vereinbart wird.

Im Ergebnis führt dies im vorliegenden Fall dazu, dass drei gesonderte Vertragsverhältnisse der Parteien anzunehmen sind, nämlich zum einen hinsichtlich der Leistungsphasen 1 bis 4, der Leistungsphasen 5 sowie der Leistungsphase 8.

#### Kommentierung

Der gesetzliche Schutz der Gewährung des Mindesthonorars hat Grenzen, wie diese Entscheidung des Oberlandesgerichts Celle anzeigt. Da die HOAI sichern soll, dass nicht zu Dumpingplanungspreisen schlechte Bauqualitäten produziert werden, entfällt dieser Schutz nach Auffassung der Rechtsprechung, wenn die Planungsleistungen bereits erbracht worden sind mit der Konsequenz, dass dann bei der Abrechnung eines Minderhonorars keine schlechtere Planungsqualität mehr produziert werden kann, weil die Planung ja schon vorliegt. Hieraus konstruiert die Rechtsprechung, dass die Bauparteien sich, genau wie bei Gericht, auf ein Minderhonorar einigen, auf ein Honorar verzichten oder Teile des Honorars überhaupt nicht geltend machen können.

Ein solcher Honorarverzicht ist aber an strenge Voraussetzungen gebunden. Es reicht nicht, dass der Planer ein Minderhonorar abrechnet und die Bauherrenschaft schnell bezahlt; wie das Oberlandesgericht Celle erklärt, muss nämlich aus der Abrechnung oder aus dem Gesamtverhalten des Architekten/Ingenieurs eindeutig zu erkennen sein, dass er seine Leistungen abschließend abrechnet und auf Mehrhonorar verzichten will.

Dies war im vorliegenden Fall so, weil der Planer in der Abrechnung eindeutig zum Ausdruck gebracht hatte, nicht mehr verlangen zu wollen als das abgerechnete Honorar.

Die Besonderheit des Planungsvertrages, der die Entscheidung zugrunde liegt, bestand sogar darin, dass ein Stufenvertrag zwischen den Bauparteien geschlossen worden war, nachdem zuerst einmal die Leistungen bis zur Leistungsphase 5 erbracht werden sollten, sodann sollten die weiteren Leistungen beauftragt werden. Der Planer hatte aber für die Leistungen der Leistungsphasen 1 bis 7 bereits seine Schlussrechnung gestellt und erklärt, weiteres Honorar wolle er nicht, mit der Konsequenz, dass hieraus die Bauherrenschaft eindeutig ableiten konnte, dass der Planer auf weiteres Honorar verzichtet, sprich auf den HOAI-Mindestsatz. Dagegen waren die Leistungen für die Leistungsphase 8 noch nicht erbracht, sodass hierüber der Planer mangels Schlussrechnung noch das Mindesthonorar abrechnen konnte.

RA Prof. Dr. Hans Rudolf Sangenstedt

#### Haftung

## OLG Celle formuliert Grundsätze für die Realisation des Planervertrages und die Abnahme seiner Leistungen

1. Der Architektenvertrag ist grundsätzlich formfrei, er kann auch mündlich geschlossen werden. Das gilt ebenso für die Beauftragung einzelner Leistungsphasen.
2. Erbringt der Architekt Leistungen einer Leistungsphase, so kann dies im Einzelfall bei Hinzutreten weiterer Umstände dafür sprechen, dass er mit diesen Leistungen zuvor auch (mündlich) beauftragt wurde.
3. Für den Beginn der Verjährung von Ansprüchen aus einem Architektenvertrag ist auf die Abnahme der Architektenleistungen seitens des Auftraggebers abzustellen.
4. Die Verjährungsfrist beginnt auch dann zu laufen, wenn Umstände gegeben sind, nach denen eine Erfüllung des Vertrages nicht mehr in Betracht kommt.
5. Eine konkludente Abnahme ist anzunehmen, wenn der Auftraggeber erkennen lässt, dass er das Werk (des Architekten) als im Wesentlichen vertragsgerecht billigt, das heißt, ein Verhalten zeigt, das geeignet ist, seinen Abnahmewillen eindeutig und schlüssig zum Ausdruck zu bringen.

BGB § 631;  
OLG Celle, Urteil vom 23. Dezember 2014 (Az.: 14 U 78/14);  
BauR 2/2016, 291 ff.

#### Aus den Gründen

*Nach einer Gesamtschau spricht alles für eine mündliche Beauftragung der Architekten mit der Leistungsphase 9. Da die Firma H. GmbH diesbezüglich noch in den Jahren 2009 und 2010 tätig war, waren die von der Klägerin geltend gemachten Aufwendungs- und Schadenersatzansprüche bei Klageeinreichung im September 2012 noch nicht im Sinne der fünfjährigen Verjährungsfrist des § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB verjährt. Hat der Architekt die Leistungen der Phase 9 des § 15 Abs. 2 HOAI (a.F.) übernommen, ist sein Werk erst dann vollendet, wenn auch diese Leistungen erbracht sind.*

*Die Leistungen der Architekten bis zur Leistungsphase 8 sind ebenso wenig verjährt. Die Ausführungen der Einzelrichterin zum Verjährungsbeginn der Architektenleistungen bis zur Leistungsphase 8 begegnen rechtlichen Bedenken.*

*Danach soll die fünfjährige Verjährungsfrist des § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB mit der Abnahme der Arbeiten der Generalunternehmerin am 26. Mai 2006 begonnen haben und am 26. November 2011 beendet gewesen sein. Richtigerweise ist jedoch auf die Abnahme der Architektenleistungen seitens der Klägerin abzustellen. Die Mängelgewährleistungsrechte der Klägerin richten sich nach ihren jeweiligen Vertragsverhältnissen und können zeitlich auseinanderfallen.*

*Die Architekten hatten auch im Rahmen der Leistungsphase 8 noch nach der Abnahme der Werkleistungen der Nebeninterventionsleistungen seitens der Klägerin Tätigkeiten zu entfalten: Gem. Ziffer 3.3.3 des Architektenvertrages sollte die Firma H. GmbH an dem Übergabetermin mit den Erwerbem teilnehmen, der zeitlich nach*



der Abnahme der Generalunternehmerleistungen liegen konnte. Außerdem sollte die Firma H. GmbH den Ausbau etwaig nicht rechtzeitig verkaufter Wohnungen stoppen und erst nach dem Verkauf wieder aufnehmen. Das zeigt, dass die Architektenleistungen im Rahmen der unstreitig beauftragten Leistungsphase 8 den Zeitpunkt der Abnahme der Arbeiten der Nebenintervenientin zeitlich überdauern konnten. Die Schlussrechnungslegung der Firma H. GmbH erst im Februar 2007 spricht überdies für eine zeitliche Überdauerung der Architektenleistungen im Verhältnis zu den Generalunternehmerleistungen.

Zur Abnahme der Architektenleistungen gibt es keinen Vortrag der Parteien. Die Verjährungsfrist beginnt im Verhältnis zur Firma H. GmbH jedenfalls auch dann zu laufen, wenn Umstände gegeben sind, nach denen eine Erfüllung des Vertrages nicht mehr in Betracht kommt. Eine konkludente Abnahme ist anzunehmen, wenn der Auftraggeber erkennen lässt, dass er das Werk als im Wesentlichen vertragsgerecht billigt, das heißt, ein Verhalten zeigt, das geeignet ist, seinen Abnahmewillen eindeutig und schlüssig zum Ausdruck zu bringen. Nach der Abnahme der Leistungen der Generalunternehmerin am 26. Mai 2006 waren die Leistungen der Architekten noch nicht vollständig erbracht; es fehlte zumindest die Schlussrechnung, die erst am 12. Februar 2007 erstellt wurde. Auf diese Rechnung erbrachte die Klägerin bis zum 26. September 2007 unstreitig keine Zahlung. Die Architekten nahmen dagegen noch im März 2007 eine Rechnungsprüfung des Fliesenlegers vor und entfalteten sogar im Jahre 2009 und 2010 die oben genannten Tätigkeiten. Das bedeutet, dass die Firma H. GmbH jedenfalls solange nicht auf eine Abnahme ihrer Leistungen vertrauen durfte, als ihre Schlussrechnung weder bezahlt noch diesbezüglich eine Regelung mit der Klägerin getroffen worden war. Solange durfte die Firma H. GmbH das Verhalten der Klägerin nicht als Billigung ihrer erbrachten Leistung als im Wesentlichen vertragsgerecht verstehen.

Deshalb kann – auch allein bezogen auf die Leistungen der Firma H. GmbH zur Leistungsphase 8 – nicht sicher angenommen werden, die Ansprüche der Klägerin auf etwaigen Aufwendungs- und Schadenersatz seien im September 2012 verjährt gewesen.

#### Kommentierung

Entscheidend für die Haftungsdauer ist immer der Zeitablauf (nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch fünf Jahre, nach VOB/B vier Jahre, gegebenenfalls zuzüglich zweier weiterer Jahre für die gerügten Mängel). Entscheidend ist aber immer, wann der Lauf der Verjährung beginnt. Dieser beginnt mit der Abnahme. Abnehmende Partei ist immer die Bauherrenschaft, die eine Abnahme entweder ausdrücklich oder durch ihr tatsächliches Verhalten erklärt. Wenn also keine ausdrückliche Abnahme vorgenommen worden ist, ist das Verhalten der Bauherrenschaft auszulegen, um einen Zeitpunkt festzulegen, nach dem auch aus der Sicht der Bauherrenschaft die Gewährleistungsfrist (nach § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB) zu laufen beginnt.

Soweit ein Planer, obwohl hier im INGLetter laufend davor gewarnt wird, in seinem Planervertrag auch die Leistungsphase 9 nach der HOAI 2002 oder HOAI 2009 vereinbart hat, ist er in der schlechten Situation, dass seine Planungsleistungen erst vollendet sind, wenn die Gewährleistungsansprüche gegenüber dem bauausführenden Unternehmen ihrerseits vollendet ist, mit der Konsequenz, dass ab dann seine fünfjährige Haftungszeit erst beginnt. Aber auch derjenige Planer, der nur bis zur Leistungsphase 8 beauftragt worden ist, kann sich nicht auf die Abnahme berufen, wenn er noch Leistungen erbringen muss, die für die Bauherrenschaft erheblich sind, wie zum Beispiel Schlussrechnungsprüfungen der Handwerker. Zwar kann der Bauherr die

Abnahme nicht verweigern, wenn unwesentliche Restarbeiten noch fehlen, aber zumindest muss der Werkunternehmer (in diesem Fall der Planer) durch Stellung einer Schlussrechnung inzidenter erklären: "Ich habe alle meine Leistungen erbracht und möchte nun bezahlt werden." Ist deshalb noch nicht einmal eine Schlussrechnung erstellt und hierauf auch nicht gezahlt, kann der Planer aus seiner Sicht nicht darauf vertrauen, dass eine Abnahme vorliegt und die Gewährleistungszeit schon läuft.

Nach der HOAI 2013 ist sogar die Fälligkeit der Schlussrechnung davon abhängig, dass eine Abnahme der Architekten- oder Ingenieurleistungen angenommen werden kann und dass die Bauherrenschaft die Leistungen ihres Planers im Wesentlichen vertragsgemäß billigt. Es ist in jedem Falle richtig, mit der Schlussrechnung zu erklären, dass die Planungsleistungen abgeschlossen sind. Soweit noch kleinere Restleistungen zu erbringen sind, sollten diese aufgeführt werden. Kleinere Restleistungen aus dem Planervertrag behindern es nicht, dass die Architekten- oder Ingenieurleistungen als abnahmefähig angesehen werden müssen. Immerhin hat der Bundesgerichtshof (mit Urteil vom 26. September 2013, Az.: VII ZR 220/12; NZBau 12/2013, 779) erklärt, dass eine Planungsleistung dann als abgenommen gelten müsste, wenn bei Fertigstellung eines Bauwerkes und nach dem Bezug des Bauwerks ein Zeitraum von sechs Monaten verstrichen sei und die Bauherrenschaft keine Planungsmängelrügen beziehungsweise Objektüberwachungsmängelrügen gegenüber dem Planer erklärt haben (vgl. INGLetter 4/2015, Seite 3).

RA Prof. Dr. Hans Rudolf Sangenstedt

#### Haftung

### Die Gesamtschuldnerische Haftung wurde durch OLG-Urteil um fehlerhaft zusammenwirkende Handwerker ergänzt

1. Auch ohne ausdrückliche vertragliche Erwähnung gehören die Anforderungen der EnEV zur Sollbeschaffenheit einer Werkleistung.
2. Maßgeblich für die Feststellung einer Gesamtschuld mehrerer Werkunternehmer ist die Abgrenzung, ob sie voneinander völlig getrennte Bauleistungen erbringen, ohne dass eine zweckgerichtete Verbindung ihrer Werkleistungen besteht, oder ob sie eine Zweckgemeinschaft im Sinne einer Erfüllungsgemeinschaft (hinichtlich ihrer primären gleichartigen Leistungspflichten) bilden, die darauf gerichtet ist, eine "einheitliche Bauleistung" zu erbringen.
3. Eine gesamtschuldnerische Haftung ist bei mehreren Werkunternehmern (insbesondere im Rahmen von Vor- und Nachgewerken) anzunehmen, die wegen Mängeln gewährleistungspflichtig sind, die ihre Ursache zumindest teilweise in mehreren Gewerken haben und die sinnvoll nur auf eine einzige Weise im Sinne eines "einheitlichen Erfolges" beseitigt werden können.
4. Dies gilt auch, wenn die bei Blower-Door-Tests sachverständig festgestellten Mängel der Luftdichtigkeit einer Gebäudehülle ihre Ursachen zumindest teilweise in verschiedenen Gewerken haben.

BGB §§ 254 II, 280 I 2, 634 Nr. 4, 633 I, 637 I 830 I 2;  
ZPO §§ 286, 513, 529, 531, 546; EnEV § 6;  
OLG Düsseldorf, Urteil vom 23. Oktober 2015  
(Az.: I-22 U 57/15);  
NZBau 12/2015, 769 ff.



### Aus den Gründen

Bereits nach allgemeinen haftungsrechtlichen Grundsätzen besteht eine Gesamtschuld auch dann, wenn Schädiger aufgrund verschiedener Verträge für denselben Schaden (hier: fehlende Luftdichtigkeit der Außenhülle gem. EnEV) verantwortlich sind (vgl. Palandt/Grüneberg, BGB 74. Aufl. 2015, § 421 Rn. 7 ff./11 mwN).

Maßgeblich für die Gesamtschuld mehrerer Werkunternehmer ist die Abgrenzung, ob sie voneinander völlig getrennte Bauleistungen erbringen, ohne dass eine zweckgerichtete Verbindung ihrer Werkleistungen besteht, oder ob sie eine Zweckgemeinschaft im Sinne einer Erfüllungsgemeinschaft (hinsichtlich ihrer primären gleichartigen Leistungspflichten) bilden, die darauf gerichtet ist, eine "einheitliche Bauleistung" zu erbringen (vgl. OLG Celle, BEckRS2010, 15388, BauR 2010, 1613, und hierzu Schwenker, IBR 2010, 1368; OLG Hamm, BeckRS 1990, 31000266 = BauR 1990, 643 Ls.; vgl. auch Weise, BauR 1992, 685; Langen, BauR 2011, 381). Dabei ist bei der Abgrenzung, ob "einheitliche" oder "unterschiedliche" Bauleistungen zu erbringen sind, großzügig zu verfahren (vgl. OLG Hamm, NJW-RR 1996, 273).

Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze haben die Beklagten zu 1 bis 3 weder im Rahmen ihrer ursprünglich vertraglich geschuldeten Werkleistungen noch erst recht nicht im Rahmen der von ihnen im Rahmen der Nacherfüllung geschuldeten Werkleistungen voneinander völlig getrennte Bauleistungen geschuldet beziehungsweise erbracht. Vielmehr bestand eine zweckgerichtete Verbindung ihrer Werkleistungen im Sinne einer Zweckbeziehungsweise Erfüllungsgemeinschaft (hinsichtlich ihrer primär gleichartigen Leistungspflichten), die darauf gerichtet war, eine "einheitliche Bauleistung", nämlich ein vollständiges und mangelfreies Einfamilienhaus zu errichten, das insgesamt – auch in Bezug auf die Luftdichtigkeit von dessen Außenhülle beziehungsweise auf einen insoweit beanstandungsfreien Blower-Door-Test – die Anforderungen der Energieeinsparverordnung zu erfüllen hatte. Auch wenn die Beklagten zu 1 bis 3 zu diesem Zwecke in technischer Hinsicht unterschiedliche Werkleistungen zu erbringen hatten, entstand die zur Gesamtschuld notwendige Verklammerung beziehungsweise Gleichstufigkeit der jeweiligen Werkleistungen durch eben den vorgenannten – als solchen auch unstreitigen – gemeinsamen Zweck der Errichtung eines den Anforderungen der EnEV – insbesondere in Bezug auf Luftdichtigkeit der Außenhülle – entsprechenden Einfamilienhauses.

### Kommentierung

Die schon immer durchgreifende gesamtschuldnerische Haftung zwischen fehlerhaft arbeitenden Bauunternehmen und fehlerhaft arbeitenden Objektüberwachern erweitert das Oberlandesgericht Düsseldorf mit diesem Urteil auch auf fehlerhaft zusammenwirkende Handwerker, obwohl diese eine Zusammenwirkungspflicht eigentlich nicht haben, denn sie arbeiten koordiniert unter Anleitung eines Bauleiters.

Liegt der Fall aber wie hier, in dem nämlich einerseits getrennte Bauleistungen für die Bauherrengemeinschaft zu erbringen sind, in dem aber andererseits die hinzugezogenen Bauunternehmer eine Zweckgemeinschaft bilden für die Herstellung der Luftdichtigkeit eines Objektes, so arbeiten diese im übergeordneten Sinne an einer "einheitlichen Bauleistung", obwohl ihre Gewerke, einzeln betrachtet, völlig verschieden sind (nämlich Fenster-, Türen-, Rollladenbau, Heizungs-, Sanitär-, Elektro-, Lüftungsbau und Trockenbau). Da aber alle diese Gewerke auch zielgerichtet darauf ausgerichtet sind, die EnEV einzuhalten, ist es der Bauherrenschaft unbenommen, diese Werkunternehmer einzeln oder zusammen wegen eines Mangels der Luftdichtigkeit der

Gebäudehülle in Anspruch zu nehmen. Die fehlerhafte Luftdichtigkeit muss dann – zumindest zum Teil – auch in den fehlerhaft hergestellten verschiedenen Gewerken liegen.

Die Besonderheit hier war – zum Glück –, dass der Objektleiter nicht in Anspruch genommen worden ist. Würde auch diesem ein Koordinationsverschulden angelastet werden können, würde er die Truppe der Gesamtschuldner verstärken.

RA Prof. Dr. Hans Rudolf Sangerstedt

### Haftung

## Baufirmen müssen die Erkenntnisse der Planer grundsätzlich nicht auf ihre Richtigkeit hin überprüfen

Grundsätzlich kann sich der Bauunternehmer auf die Erkenntnisse eines Sonderfachmanns verlassen; er hat sie nur auf offenkundige, im Rahmen seiner eigenen Sachkunde ohne weiteres "ins Auge springende" Mängel zu überprüfen. Das gilt insbesondere in Bezug auf eine ihm vorgegebene, von einem Statiker als Sonderfachmann erstellte statische Berechnung. Anders liegt es nur dann, wenn der Bauunternehmer selbst mit deren Vornahme oder Überprüfung beauftragt worden ist.

BGB §§ 631, 633, 634, 280;  
OLG Köln, Urteil vom 20. Mai 2015 (Az.: 11U 116/14);  
NJW-RR 3/2016, 141 ff.

### Aus den Gründen

Das Landgericht hat die Klage insoweit mit der Begründung abgewiesen, die Verletzung einer Prüfungspflicht des Beklagte zu 2 bezüglich der fehlerhaften Statik sei nicht dargelegt worden. Eine solche Pflicht bestehe nur in engen Grenzen. Grundsätzlich habe der Unternehmer nicht die Pflicht, die Erkenntnisse des Architekten oder Sonderfachmanns auf ihre Richtigkeit zu überprüfen. Ein Fehler müsse vielmehr "ins Auge springen". Es sei nicht dargelegt, dass die statischen Fehlberechnungen dermaßen offensichtlich gewesen wären, dass der Beklagten zu 2 sie hätte erkennen müssen. Selbst der Prüfstatiker habe den Fehler übersehen, sodass von dem Beklagten zu 2 keine bessere Kenntnis als von einem Sonderfachmann erwartet werden könne.

Dagegen entgegnet die Klägerin nichts Erhebliches. Grundsätzlich kann sich der Bauunternehmer auf die Erkenntnisse eines Sonderfachmanns verlassen, er hat sie nur auf offenkundige, im Rahmen seiner eigenen Sachkunde ohne weitere "ins Auge springende" Mängel zu überprüfen (vgl. Senat, NJOZ 2007, 829 = BauR 2007, 887 = OLG-Report 2007, 74; Senat, Urteil vom 16.5.2012 - 11 U 154/11, BeckRS 2014, 16998; OLG Köln, IBR 2007, 192 = BeckRS 2007, 09744; OLG Celle, NJW-RR 2002, 594 = BauR 2002, 812; Werner/Pastor, Der Bauprozess, 15. Aufl., 6, Rdnr.2043; Kniffka/Koebler, Kompendium d. BauR, 4. Aufl., 6. Teil Rdnr. 46; Lauer/Wurm, Die Haftung des Architekten und Bauunternehmers, 6. Aufl., Rdnr. 471 jew. mwN).

Das gilt insbesondere in Bezug auf eine ihm vorgegebene, von einem Statiker als Sonderfachmann erstellte statische Berechnung.

Anders liegt es nur dann, wenn der Bauunternehmer selbst mit deren Vornahme oder Überprüfung beauftragt worden ist (OLG Hamm, NJW-RR 1994, 1111 = BauR 1994, 632). Nach diesen Kriterien ist für eine Verantwortlichkeit des Beklagten zu 2 nichts

ersichtlich. Allein der von der Klägerin angeführte Umstand, dass der Beklagte als Maurermeister statische Berechnungen vornehmen könne, ändert daran nichts.

#### Kommentierung

Dieses Urteil habe ich schon im INGLetter März 2016 (Seite 7) kurz besprochen. Ergänzend dazu ist zu bemerken, dass, weil die Arbeitsteilung am Bau so weit fortgeschritten ist, heute unterschieden werden muss zwischen den planenden und objektüberwachenden – also intellektuellen – Werkunternehmern, nämlich den Architekten und Ingenieuren einerseits, und den Bauunternehmern andererseits. Auch eine Bauunternehmung kann natürlich Fehler in einer ihr übergebenen Tragwerksplanung erkennen, zumindest kennt der Bauunternehmer die Grundsätze der Tragwerksplanung. Erhält er aber durch die Bauherrenschaft einen fehlerhaften Plan, den er nicht ohne weiteres als fehlerhaft erkennen kann, ist ihm nichts vorzuwerfen, wenn er diesen Plan als richtig unterstellt und nach ihm baut, zumal, wie hier, der Prüflingenieur diesen Fehler des Tragwerkplaners auch übersehen hatte.

Es gilt der Grundsatz, dass der "aufarbeitende Unternehmer" zumindest immer geringer haftet, als derjenige Unternehmer, der die Grundlage für ein Werk geliefert hat. Ob und in welchem Umfang der "aufarbeitende Unternehmer" überhaupt mithaftet, ist eine Frage der jeweiligen Einzelbewertung.

Anders sieht die Sache natürlich aus, wenn, wie bei kleineren Bauvorhaben oder bei GU-Vergaben, die Tragwerksplanung vom Bauunternehmen mit angeboten und deshalb mit erbracht werden soll.

RA Prof. Dr. Hans Rudolf Sangenstedt

#### Vergabe

## Eine sorgfältige Schätzung des Auftragswertes ist die Voraussetzung für ein gelungenes Vergabeverfahren

Zwei Oberlandesgerichte haben sich aktuell aus unterschiedlichen Blickwinkeln mit der Schätzung des Auftragswertes beschäftigt. Es lohnt sich, beide Entscheidungen in einen gemeinsamen Zusammenhang zu bringen, denn das Oberlandesgericht Rostock beschäftigt sich mit der Frage, welche Auswirkungen die fehlerhafte Schätzung des Auftragswertes auf den abgeschlossenen Vertrag hat, und das Oberlandesgericht Celle prüft, wann ein öffentlicher Auftraggeber sanktionslos eine Ausschreibung aufheben darf, weil alle eingegangenen Angebote über dem geschätzten Auftragswert liegen.

Die Leitsätze der beiden Urteile lauten:

1. Wird eine Leistung trotz Überschreitens des Schwellenwertes nicht europaweit ausgeschrieben, führen die damit verbundenen Vergaberechtsverstöße zur Unwirksamkeit des Vertrages.

OLG Rostock, Beschluss vom 6. November 2015 (Az.: 17 Verg 2/15);  
GWB § 101 b, Abs. 2 S. 1, § 107 Abs. 3.

2. In Fällen, in denen die Preise eingereichter Angebote die von der Vergabestelle vorab ermittelten Kosten übersteigen, kommt eine sanktionsfreie Aufhebung des Vergabeverfahrens wegen eines anderen schwerwiegenden Grundes bei mangelnder Finan-

zierbarkeit, bei einer fehlenden Wirtschaftlichkeit oder bei einem unangemessenen Preis-Leistungsverhältnis in Betracht.

OLG Celle, Beschluss vom 10. März 2016 (Az.: 13 Verg 5/15);  
GWB § 107 Abs. 2 S. 1, § 114 Abs. 2 S. 2;  
VOB/A 2012, § 17 EG Abs. 1 Nr. 3.

#### Sachverhalt Oberlandesgericht Rostock

Das Oberlandesgericht Rostock entscheidet über eine von der Stadt Schwerin am 21. Januar 2015 national im offenen VOL/A Verfahren durchgeführte Ausschreibung. Diese betrifft vier Regionallose über das Entleeren von abflusslosen Klärgruben in Kleingärten und Bootshäusern für vier Jahre. Wertungskriterium war der niedrigste Preis. Der Ausschreibung lag eine Kostenschätzung zugrunde, die mit 192.000 Euro knapp unter dem Schwellenwert von 207.000 Euro lag. Bei der Berechnung des Schwellenwertes hat die Stadt Schwerin die Daten aus einem aktuellen Vertrag über die Abwassertsorgung in abflusslosen Wohngebäuden zugrundegelegt. Dort zahlt sie pro Kubikmeter 4,80 Euro. Diesen Preis hat sie sicherheits halber verdoppelt und kommt bei der ausgeschriebenen Menge zu einem rechnerisch korrekten Auftragswert von 192.000 Euro.

#### Entscheidung Oberlandesgerichts Rostock

Das Oberlandesgericht Rostock hält die Berechnung des Auftragswertes für fehlerhaft. Die herangezogenen Vergleichspreise betreffen nicht die ausgeschriebene (kleinteilige) Fäkalienentsorgung in Kleingartenanlagen. Hierfür ist aktuell ein Marktpreis zwischen 30 bis 45 Euro pro Kubikmeter angemessen, wie die Daten aus dem benachbarten Landkreis belegen. Auch bei Zubilligung eines Ermessensspielraumes ist es nicht nachvollziehbar, die Preise für die Entsorgung in Wohnanlagen lediglich zu verdoppeln, wenn die Entsorgung in Kleingartenanlagen ausgeschrieben wird. Wird eine Leistung trotz Überschreitens des Schwellenwertes nicht europaweit ausgeschrieben, liegt ein Verstoß gegen die Informations- und Wartepflicht aus Paragraph 101 a Absatz 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) vor, wenn der Auftraggeber den Zuschlag erteilt, ohne die nicht berücksichtigten Bieter zuvor benachrichtigt zu haben. Gleichzeitig liegt eine unechte de-facto-Vergabe vor. Diese Vergaberechtsverstöße führen zu Unwirksamkeit des Vertrages.

#### Sachverhalt Oberlandesgericht Celle

Das Oberlandesgericht Celle beschäftigt sich mit dem ausgeschriebenen Neubau eines Krankenhauses. Die Auftragswertschätzung liegt bei rund 22 Millionen Euro. Es gehen zwei Angebote über 23,2 und 24,9 Millionen Euro ein. Das Angebot über 23,2 Millionen Euro muss ausgeschlossen werden, da der Bieter nur eines der beiden geforderten Referenzprojekte nachweisen kann. Der Auftraggeber hebt das Vergabeverfahren auf, weil das verbleibende Angebot über 24,9 Millionen Euro über den verfügbaren Haushaltsmitteln liegt. Ein neues Vergabeverfahren – gefordert wird nur noch eine Referenz über fünf Millionen



Autor



Rechtsanwalt Oliver Weihrauch

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

Euro – führt zu dem Zuschlag an den Mindestfordernden aus dem ersten Verfahren zum Preis von jetzt 23,8 Millionen Euro. Im Nachprüfungsverfahren wird von dem zweitplatzierten Bieter das erste Verfahren mit dem Ziel der Aufhebung angegriffen. Er unterliegt, weil das Oberlandesgericht Celle die Voraussetzungen einer sanktionslosen Aufhebung des Vergabeverfahrens bejaht.

### Entscheidung Oberlandesgericht Celle

In der ausführlich begründeten Entscheidung bildet das Oberlandesgericht Celle drei Fallgruppen, in denen ein anderer schwerwiegender Grund im Sinne des Paragraphen 17 EG Abs. 1 Nr. 3 der VOB/A vorliegen kann:

#### 1. Mangelnde Finanzierbarkeit

In dieser Fallgruppe soll die Aufhebung sanktionslos zulässig sein, wenn der Auftragswert vom Auftraggeber sorgfältig ermittelt wurde und die Finanzierung des gleichwohl verbleibenden günstigsten wertungsfähigen Angebots scheidet beziehungsweise wesentlich erschwert ist. Bemerkenswert an dieser Fallgruppe ist, dass das Gericht darauf hinweist, dass dem öffentlichen Auftraggeber das mit einer bloßen Schätzung des Auftragswertes verbundene Risiko bewusst sein muss. Er muss aus diesem Grunde trotz sorgfältiger Schätzung einen Sicherheitspuffer von zehn Prozent zusätzlich berücksichtigen.

#### 2. Fehlende Wirtschaftlichkeit

Die sanktionslose Aufhebung soll auch bei einem unangemessenen Preis-Leistungsverhältnis möglich sein. Dieses liegt nach Auffassung des Gerichts im Regelfall erst dann vor, wenn die vertretbare Kostenschätzung des öffentlichen Auftraggebers um rund zwanzig Prozent überschritten wird.

#### 3. Anderer schwerwiegender Grund

Als weitere Fallgestaltungen einer sanktionslosen Aufhebung des Vergabeverfahrens bezeichnet das Gericht den Fall, dass zwar Fremdkapital vorhanden ist, aber die gesteigerten Kreditkosten einem späteren wirtschaftlichen Betrieb der beauftragten Leistung entgegenstehen oder dass der öffentliche Auftraggeber zwar Eigenkapital einbringen kann, dieses jedoch die spätere Aufgabenerfüllung in anderen Bereichen unzumutbar einschränkt.

### Praxishinweis

Es lohnt sich, beide Entscheidungen zusammenfassend zu würdigen; nicht nur wegen des engen zeitlichen Zusammenhangs, sondern weil hier Problematiken im Zusammenhang mit der Schätzung des Auftragswertes aus verschiedenen Blickrichtungen beurteilt werden. Bislang war in der Rechtsprechung bereits anerkannt, dass im Falle eines kollusiven Zusammenwirkens zwischen Auftraggeber und Bieter, das zu einer de-facto-Vergabe führt, der Vertrag unwirksam ist.

Das Oberlandesgericht Celle erweitert diese Rechtsprechung ganz erheblich, in dem es die Unwirksamkeit des national statt europaweit ausgeschriebenen Vertrages auf die Nichterfüllung von Formalitäten stützt, an die der Gesetzgeber die Unwirksamkeit des Vertrages geknüpft hat, nämlich die fehlende Information der Bieter und Einhaltung der Wartefrist sowie allgemein das Vorliegen einer (unechten) de-facto-Vergabe.

Verbindendes Element dieser Rechtsprechung beider Gerichte ist, dass beide Entscheidungen die Notwendigkeit einer sorgfältigen Schätzung des Auftragswertes betonen. Dies stimmt mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes überein, wonach die Kostenschätzung insgesamt vertretbar sein und die vom Auftraggeber gewählte Methode ein wirklichkeitsnahes Schätzergebnis ernsthaft erwarten lassen können muss.

Was zu einer sorgfältigen Schätzung des Auftragswertes gehört, ist nach der Rechtsprechung des Oberlandesgericht Celle das Bewusstsein, dass Schätzungen fehlerhaft sein können, sodass ein Sicherheitszuschlag von zehn Prozent erforderlich ist. Auch wenn es sich hierbei um bloßes Richterrecht handelt, ist zu erwarten, dass sich solche Prozentangaben – allein wegen der Einfachheit der praktischen Handhabung – verselbstständigen und die Entscheidungspraxis anderer Vergabekammern oder Vergabesenate beeinflussen.

Für den beratenden Ingenieur, der als Auftragnehmer eines öffentlichen Auftraggebers Vergabeverfahren vorbereitet, ist es immens wichtig, zu berücksichtigen, dass die manchmal gern praktizierte Schätzung des Auftragswertes, sodass der Schwellenwert nicht erreicht wird, zu zwei massiven Problemen führt. Einmal zur Unwirksamkeit des auf dieser Grundlage geschlossenen und nicht europaweit ausgeschriebenen Vertrages; zum anderen dazu, dass die Ausschreibung nicht sanktionslos aufgehoben werden kann. Das damit verbundene Haftungsrisiko für beratende Ingenieure stellt ein ganz erhebliches Risiko dar. Ein Grund mehr, künftig von Gefälligkeitschätzungen abzuraten.

Beide Entscheidungen könnten so auch bei Anwendung des ab dem 18. April 2016 geltenden modernisierten Vergaberechts ergehen. Man wird sich diese Rechtsprechung darum auch für die Zukunft merken müssen.

### Schadenfall

## Wirtschaftlichkeitsbetrachtung einer Hofanlage unter dem Aspekt der Umwidmung der Nutz- in Wohnflächen

### Sachverhalt

Der Sachverständige wurde beauftragt, eine Hofanlage unter dem Gesichtspunkt der Umwidmung der Nutz- in Wohnflächen einer Wirtschaftlichkeitsbetrachtung zu unterziehen.

Vorweg ist festzuhalten, dass keine Baugenehmigungen für die großzügige Umnutzung der Hofanlage beziehungsweise für einen Wohnungsausbau vorliegen. Somit wurde zuerst eine Baugenehmigung empfohlen, die jedoch in der umfangreichen Form einer Umnutzung fast aller Nutzflächen nicht denkbar war. Letztendlich konnte eine Genehmigung auf der Grundlage eines Gutachtens über die "kulturlandschaftliche Bedeutung" der Hofanlage erteilt werden.

Es existierten bereits Wohnflächen in einer Größe von 895 Quadratmeter. Zusätzlich konnten noch weitere Lagerflächen im direkten Anschluss an das ehemalige Hofgebäude auch zu Wohnflächen umgenutzt werden. Hierbei ergaben sich weitere 1.045 Quadratmeter Wohnfläche.

### Ursachen und Zusammenhänge

Die Wohnflächen der Hofanlage differenzieren sich zurzeit wie folgt:

- A.) Bisher genehmigte Wohnflächen: 895 Quadratmeter,
- B.) möglicherweise geplante Umbauflächen:  
1.045 Quadratmeter.

Der zugehörige umbaute Raum bemisst sich wie folgt:

zu A.): Bisher genehmigte Wohnflächen: 4.705 Kubikmeter,  
zu B.): möglicherweise geplante Umbauflächen:  
5.050 Kubikmeter

### Betrachtungsweisen

Zur Betrachtung wurden zwei Versionen angenommen. Die erste Möglichkeit sieht einen Verkauf aller entstehenden und möglichen Wohnobjekte vor, während der zweite Weg die vollständige Vermietung ins Auge fasst. Hierbei wurden sowohl der komplette Ausbau, also auch die noch nicht zu Wohnzwecken genehmigten Gebäudeflächen, zusammen mit den schon genehmigten Gebäudekomplexen betrachtet, als auch die Situation, dass diese Flächen nicht mehr ausgebaut würden.

1. Version: Verkauf der Gesamtwohnfläche  
A und B = 1.940 Quadratmeter,
2. Version: Verkauf der Wohnfläche A = 895 Quadratmeter.
3. Version: Vermietung der Gesamtwohnfläche  
A + B = 1.940 Quadratmeter,
4. Version: Vermietung der Wohnfläche A = 895 Quadratmeter.

### Kostenschätzungen

Diesen vier Betrachtungsweisen ist dann abschließend die Kostenschätzung gegenüberzustellen.

Zur Kostenbetrachtung ist nur ein sehr grober Rahmen abzustecken. Im Laufe einer möglicherweise folgenden Realisation muss gerade bei einem Umbau- und Sanierungsbauvorhaben, wie hier vorliegend, der sorgfältigen Kostenbegleitung große Bedeutung zugemessen werden.

Die hier vorliegende Kostenschätzung orientiert sich an den Datensätzen der Baukostendatenbank des Baukosteninformativszentrums Deutscher Architektenkammern (BKI).

Zwecks vergleichender Betrachtung der Kosten und auch zur Plausibilitätseinschätzung wurde zusätzlich eine Schätzung vergleichbarer Neubauten angefertigt und beigefügt.

Die Gesamtwohnfläche (1.940 Quadratmeter) würde bei gängigen Wohnhausplanungen 20 bis 22 Wohnungen möglich machen. Diese Wohnungsanzahl wird der Schätzung zugrunde gelegt, weil vom Ausbau aller Flächen auszugehen ist. Unter der Annahme des geringeren Wohnflächenausbaus (895 Quadratmeter) ist von zehn bis elf Wohnungen auszugehen.

Erwähnenswert ist noch, dass Umbauvorhaben im landwirtschaftlichen Umfeld häufig die Möglichkeit aufzeigen, größere Wohnungen, teilweise einem Einfamilienhaus nahekommend, zu erstellen. Diese Planung würde natürlich die Wohnungsanzahl deutlich verringern können, tatsächlich aber keine signifikanten Änderungen der Kostenschätzungsergebnisse in diesem groben Stadium ergeben.

### Wirtschaftlichkeitsberechnung

1. Version: Verkauf der Gesamtwohnfläche A + B = 1.940 Quadratmeter: Dem Oberen Gutachterausschuss für Grundstückswerte in NRW (BORIS) sind folgende drei Stichproben zu entnehmen:

- Auf Grund der Recherche wurden zehn Kaufpreise aus den Jahren 2010 bis 2012 gefunden. Die Stichprobe umfasst

Wohnungen mit einer Wohnfläche von 39 bis 68 Quadratmetern (Mittelwert 58 Quadratmeter) aus den Baujahren 2002 bis 2007 (Mittelwert 2004). Der mittlere Kaufpreis beträgt 1.646 Euro pro Quadratmeter mit einer Streuung von plus minus acht Prozent. Anhand der gewählten Parameter ergibt sich ein Gesamtkaufpreis von circa 82.000 Euro.

- Auf Grund der Recherche wurden zehn Kaufpreise aus den Jahren 2010 bis 2012 gefunden. Die Stichprobe umfasst Wohnungen mit einer Wohnfläche von 62 bis 76 Quadratmeter (Mittelwert 69 Quadratmeter) aus den Baujahren 2003 bis 2008 (Mittelwert 2004). Der mittlere Kaufpreis beträgt 1.703 Euro pro Quadratmeter mit einer Streuung von plus zwölf Prozent. Anhand der gewählten Parameter ergibt sich ein Gesamtkaufpreis von circa 119.000 Euro.
- Auf Grund der Recherche wurden 11 Kaufpreise aus den Jahren 2010 bis 2012 gefunden. Die Stichprobe umfasst Wohnungen mit einer Wohnfläche von 76 bis 95 Quadratmetern (Mittelwert 88 Quadratmeter) aus den Baujahren 2003 bis 2007 (Mittelwert 2004). Der mittlere Kaufpreis beträgt 1.903 Euro pro Quadratmeter mit einer Streuung von plus minus 15 Prozent. Anhand der gewählten Parameter ergibt sich ein Gesamtkaufpreis von circa 171.000 Euro.

Aus diesen drei Stichproben ergibt sich ein Mittelwert von ca. 1.750 Euro.

Unter der Annahme eines kompletten Verkaufs ergibt sich somit eine Gesamteinnahme von circa 3.395.000 Euro (1.940 Quadratmeter x 1.750 Euro).

### Baukosten

Diesem Preis steht die Kostenseite gegenüber. Unter Zugrundelegung der BKI-Baukostendatenbank ist ein grobes Ergebnis von 2.958.000 Euro (inkl. MwSt.) auf der Kostenseite zu erwarten (siehe Tabelle 1).

Tabelle 1

Umnutzung ein Hofanlage					1.940,00 m <sup>2</sup>
Kostenrahmen					
Datenstand 13.01.14, DIN 276-1:2008-12					
Zusammenstellung einschl. Mehrwertsteuer					
	Netto	MwSt. Satz	MwSt.	Brutto	
100 Grundstück					
200 Herrichten und Erschließen	120.672,27	19	22.927,73	143.600,00	
300 Bauwerk – Baukonstruktionen	1.329.606,72	19	252.625,28	1.582.232,00	
400 Bauwerk – technische Anlagen	414.899,16	19	78830,84	493.730,00	
500 Außenanlagen	176.554,62	19	33.545,38	210.100,00	
600 Ausstattung und Kunstwerke	39.663,87	19	7.536,13	47.200,00	
700 Baunebenkosten	404.453,78	19	76.846,22	481.300,00	
Gesamtkosten	2.485.850,42		472.311,58	2.958.162,00	
Kosten des Bauwerks	1.744.505,88		331.456,12	2.075.962,00	

Quelle: BKI Baukostendatenbank 2014

Beachtenswert ist dabei selbstverständlich, dass die Kostenschätzung keine Detailuntersuchung des Objektes berücksichtigt und bauliche Überraschungen ebenfalls zu bedenken sind.



Eine wirtschaftliche Gegenüberstellung ist jedoch zur Entscheidungsfindung durchaus möglich.

Einer Ausgabenhöhe von ungefähr 2.958.000 Euro steht eine Einnahmenhöhe von schätzungsweise 3.395.000 Euro gegenüber, sodass sich ein positives Ergebnis in Höhe von rund 437.000 Euro ergibt.

2. Version: Verkauf der Teilwohnfläche A (895 Quadratmeter). Aus den oben beschriebenen Stichproben ergibt sich ein Mittelwert von 1.750 Euro. Unter der Annahme eines kompletten Verkaufs der Teilwohnflächen (nur A) ergibt sich somit eine Einnahme von rund 1.566.250 Euro (895 Quadratmeter x 1.750 Euro). Dem steht wiederum die Kostenseite gegenüber. Unter Zugrundelegung der BKI-Baukostendatenbank ist ein grobes Ergebnis von 1.356.000 Euro (inkl. MwSt.) auf der Kostenseite zu erwarten (Tabelle 2).

Tabelle 2

Umnutzung ein Hofanlage		895,00 m <sup>2</sup>		
Kostenrahmen				
Datenstand 13.01.14, DIN 276-1:2008-12				
Zusammenstellung einschl. Mehrwertsteuer				
	Netto	MwSt.	MwSt.	Brutto
		Satz		
100 Grundstück				
200 Herrichten und Erschließen	55.714,29	19	10.585,71	66.300,00
300 Bauwerk – Baukonstruktionen	614.429,39	19	116.741,61	731.171,00
400 Bauwerk – technische Anlagen	191.409,66	19	36367,84	227.777,50
500 Außenanlagen	74.369,75	19	14.130,25	88.500,00
600 Ausstattung und Kunstwerke	18.235,29	19	3.464,71	21.700,00
700 Baunebenkosten	185.378,15	19	35.221,85	220.600,00
Gesamtkosten	1.139.536,53		216.511,97	1.356.048,50
Kosten des Bauwerks	805.839,05		153.109,45	958.948,50

Quelle: BKI Baukostendatenbank 2014

#### Autor



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

#### Autor



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

Beachtenswert ist erneut, dass die Kostenschätzung keine Detailuntersuchung des Objektes bedeutet und bauliche Überraschungen auch hier zu berücksichtigen sind.

Eine wirtschaftliche Gegenüberstellung ist jedoch zur Entscheidungsfindung durchaus möglich. Einer Ausgabenhöhe von circa 1.356.000 Euro steht eine Einnahmenhöhe von rund 1.566.250 Euro gegenüber, sodass sich ein positives Ergebnis in Höhe von rund 200.000 Euro ergibt.

3. Version: Vermietung der Gesamtwohnfläche A + B (1.940 Quadratmeter): Bei der Berechnung der Vermietung können im vorliegenden (groben) Betrachtungsstadium die Ausgaben zur Erstellung der Wohnungen natürlich analog den Erstellungskosten von Eigentumswohnungen angenommen werden. Es ergeben sich somit bei der Gesamtwohnflächenannahme von 1.940 Quadratmetern Kosten von rund 2.958.000 Euro. Da der Umbau eine Neubauqualität der Wohnungen ergibt, liegt der Mietspiegel in der Gruppe VI des Mietspiegels zwischen 7,50 und 8,50 Euro pro Quadratmeter. Die Höhe der Miete ist hierbei insbesondere von der jeweiligen Wohnungsgröße abhängig.

Es wäre im Rahmen einer groben Schätzung zur Entscheidungsfindung fatal, den höchsten (unsicheren) Mietwert anzunehmen. Dennoch darf auch kein zu geringer Wert angesetzt werden, da auch dieser zu falschen Entscheidungen verleiten würde.

Zur Beurteilung sind zudem die oben schon geschilderten Überlegungen zu berücksichtigen, dass gerade im landwirtschaftlichen Bereich auch häufig große Wohnungen (zum Beispiel für Familien mit zwei Kindern) geplant werden. Andererseits zeigt die Wohnflächenberechnung der bisherigen, genehmigten Wohnflächen, dass hier eher kleinere, sehr dem Markt angepasste Wohnungen angedacht und geplant wurden. Hieraus ergibt sich ein Mittelwert in Höhe von 7,90 Euro pro Quadratmeter bei den Wohnungen bis und über 90 Quadratmetern Wohnfläche. Bei den darunter angeordneten Wohnflächen liegt der Mittelwert bei 8,15 Euro pro Quadratmeter Wohnfläche.

Zur Berücksichtigung eines Sicherheitsabschlags empfiehlt es sich, den geringeren Mietwert in dieser Wirtschaftlichkeitsbetrachtung anzusetzen.

Damit ergibt sich folgende Wirtschaftlichkeitsbetrachtung für den Fall der Vermietung von 1.940 Quadratmetern Wohnfläche:

- Ausgaben: 2.958.000 Euro,
- Einnahmen: 1.940 Quadratmeter x 8,15 Euro = 15.811 Euro pro Monat. Die Jahresmieteinnahme (kalt) beträgt folglich 189.732 Euro.

Eine Finanzierungsbetrachtung ist und kann nur durch den Investor selbst erbracht werden. Dennoch soll eine beispielhafte Betrachtung unter zurzeit realistischen Marktsituationen einen Zugang zu der Frage ermöglichen, ob eine Wirtschaftlichkeit auch der Vermietung gegeben ist.

Der Geldmarkt bietet zurzeit sehr günstige Zinskonditionen. Rechnerisch soll hier ein Zinssatz von 2,75 Prozent angenommen werden. Da ein Umbau und eine Modernisierung ein dauerhaftes, langjähriges Objekt ergibt, kann auch die Finanzierungssituation einer Nebausituation entsprechen. Ein Eigenkapitalansatz ist an dieser Stelle nicht bekannt und wäre nur spekulativ, weshalb er entfallen kann. Zudem würde die Betrachtung von Eigenkapital auch zur Betrachtung möglicher alternativer Renditen auf dem Kapitalmarkt führen, sodass die Gegenüberstellung der Gesamt-

belastung aus Zins und Tilgung ein ausreichend sicheres Ergebnis zur Entscheidungshilfe bieten kann.

Aus diesen Gründen ergibt sich somit folgende Gegenüberstellung:

- Ausgaben aus Finanzierung: 2.958.000 Euro bei 4,25 Prozent (2,75 Prozent Zins plus 1,5 Prozent Tilgung) = 125.715 Euro pro Jahr.
- Einer Ausgabenhöhe von 125.715 Euro pro Jahr steht eine Einnahmenhöhe von rund 189.732 Euro pro Jahr gegenüber, sodass sich ein positives Ergebnis in Höhe von rund 64.000 Euro pro Jahr ergibt.

4. Version: Vermietung der Gesamtwohnfläche A + B (895 Quadratmeter).

Die Berechnung der Vermietung lässt sich – unter Bezugnahme auf die oben ausgeführten Aussagen und Daten – nun verkürzen:

- Ausgaben: 1.356.000 Euro
- Einnahmen: 895 Quadratmeter x 8,15 Euro Quadratmeter = rund 7.295 Euro pro Monat.

Die Jahresmieteinnahme (kalt) beträgt folglich 87.540 Euro:

- Ausgaben aus Finanzierung: 1.356.000 Euro bei 4,25 Prozent (2,75 Prozent Zins plus + 1,5 Prozent Tilgung) = 57.630 Euro pro Jahr.

Einer Ausgabenhöhe von circa 57.630 Euro pro Jahr steht eine Einnahmenhöhe von rund 87.540 Euro pro Jahr gegenüber, sodass sich ein positives Ergebnis in Höhe von ungefähr 30.000 Euro pro Jahr ergibt.

#### Zusammenfassung

Zusammenfassend können die Ergebnisse wie folgt dokumentiert werden:

1. Version: Verkauf von 1.940 Quadratmetern Wohnfläche:

Ausgaben:	2.958.000 Euro
Einnahmen:	3.395.000 Euro
Differenz:	437.000 Euro (+).

2. Version: Verkauf von 895 Quadratmetern Wohnfläche:

Ausgaben:	1.356.000 Euro
Einnahmen:	1.566.250 Euro
Differenz:	200.000 Euro (+).

3. Version: Vermietung von 1.940 Quadratmetern Wohnfläche:

Ausgaben:	125.715 Euro pro Jahr
Einnahmen:	189.732 Euro pro Jahr
Differenz:	64.000 Euro pro Jahr (+).

4. Version: Vermietung von 895 Quadratmetern Wohnfläche:

Ausgaben:	57.630 Euro pro Jahr
Einnahmen:	87.540 Euro pro Jahr
Differenz:	30.000 Euro pro Jahr (+).

#### Schlussbetrachtung

Abschließend ist nochmals darauf hinzuweisen, dass die hier angestellten wirtschaftlichen Betrachtungen insbesondere auf der Kostenseite mit entsprechender Vorsicht anzunehmen sind. Sowohl Baupreisentwicklungen als auch die sich aus dem bestehenden Gebäude ergebenden Unsicherheiten können zu erheblichen Abweichungen führen.

Eine Betrachtung der möglichen Unsicherheiten der Vermietung ist nicht eingeflossen. Finanzmarktentwicklungen können die hier vorliegende wirtschaftliche Simulation sehr schnell in verschiedenen Richtungen ausschlagen lassen.

Der Schadenfall lag somit in der Situation, dass eine Wirtschaftlichkeitsbetrachtung für allenfalls 895 Quadratmeter zu erheblich geringeren Ergebnissen geführt hätte. Mit der Überlegung, der Hofanlage eine kulturlandschaftliche Bedeutung zu geben, konnte eine Gesamtwohnfläche von 1.940 Quadratmetern baurechtlich realisiert werden, was natürlich die Wirtschaftlichkeit der Anlage gravierend veränderte und zu dieser Gesamtbetrachtung als Entscheidungshilfe führte.

#### Büro

## Die Gewährleistung für autark verbaute Solaranlagen beträgt nach dem Kaufrecht zwei Jahre

1. Der Vertrag über die Lieferung und Montage einer Fotovoltaikanlage auf dem Dach eines bestehenden Wohngebäudes richtet sich nach Kaufrecht.

2. Bei einer fehlerhaften Montage ist für die Gewährleistung nicht die fünfjährige Verjährung gem. § 438 I Nr. 2 BGB, sondern die zweijährige Verjährung maßgeblich.

3. Sofern durch die Montage Teile des Dachs beschädigt werden, die bei einer fachgerechten Montage nicht tangiert worden wären, kommt ein deliktischer Schadenersatzanspruch in Betracht.

BGB §§ 249, 254 II, 276 II, 434 II, 437 Nr. 3, 438 I Nr. 2, 634 Nr. 4, 634a I Nr. 2, 651 I, 823 I, 831; OLG München, Urteil vom 9. Juli 2015 (Az.: 14 U 91/15); NZBau 1/2016, 35 ff.

#### Aus den Gründen

*Der Kläger hat mit der Beklagten einen Vertrag geschlossen, wonach die Beklagte eine Fotovoltaikanlage mit 24 Modulen mit je 160 Watt Peak (Wp) Leistung einschließlich Verkabelung, Wechselrichter und Halterungen an den Beklagten zu liefern und auf dem Dach zu montieren hatte.*

*Gemäß § 651 S. 1 BGB ist auch bei der Lieferung erst herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen grundsätzlich Kaufrecht anzuwenden.*

*Der hiesige Senat hat zuletzt in einem Berufungsurteil vom 11. Dezember 2014 (NJW-RR 2015, 973 = NZM 2015, 709) – wenn auch in einem Fall, in dem der vorab errechnete und prognostizierte Ertrag einer Fotovoltaikanlage als vereinbarte Beschaffenheit der Kaufsache zu behandeln ist und Mängelansprüche nach Kaufrecht zugesprochen.*

*Ansprüche wegen Sachmängeln der Fotovoltaikanlage sind verjährt.*

*Sowohl nach den kauf- als auch nach den werkvertraglichen Verjährungsvorschriften kommt es für die entscheidungserhebliche Frage einer fünfjährigen oder zweijährigen Verjährungsfrist darauf an, ob die streitgegenständliche Fotovoltaikanlage ein Bauwerk darstellt (vgl. § 634a I Nr. 2 BGB, § 438I Nr. 2 Buchst. a BGB) oder für ein Bauwerk verwendet wurde (§ 438 I Nr. 2 Buchst. b BGB).*

*Nach der ausdrücklichen Regelung des § 438 I Nr. 2 Buchst. b BGB gilt die fünfjährige Verjährungsfrist auch bei einer Sache, die entsprechend ihrer üblichen Verwendungsweise für ein Bauwerk verwendet worden ist und dessen Mangelhaftigkeit verursacht hat.*

*Soweit § 634 a I Nr. 3 BGB im Werkvertragsrecht eine dreijährige Verjährungsfrist vorsieht, erfasst dies in der Regel nur unkörperliche Werke bzw. Werke ohne Sachbezug, aber keine solchen, die – wie im vorliegenden Fall – als Veränderung einer Sache der zweijährigen Verjährungsfrist gem. § 634 a I Nr. 1 BGB unterliegen würden.*

*Der BGH hat in der wiederholt zitierten Entscheidung vom 9. Oktober 2013 (NZBau 2014, 558 = NJW 2014, 845 = NZM 2014, 407 = DNotZ 2014, 434 = ZfBR 2014, 137) klargestellt, dass eine auf dem Hausdach montierte Fotovoltaikanlage mangels Verbindung mit dem Erdboden selbst kein Bauwerk im Sinne des Gesetzes ist (so auch OLG Saarbrücken), BeckRS 2014, 18677 = BauR 2014, 1795).*

*Die streitgegenständliche Anlage wurde auch nicht im Sinne von § 438 I Nr. 2 Buchst. b BGB "für ein Bauwerk verwendet".*

*Dies wäre nach den Ausführungen des BGH entsprechend den zu § 638 I 1 BGB aF (jetzt § 634 a I Nr. 2 BGB) entwickelten Kriterien nur dann der Fall, wenn die Fotovoltaikanlage Gegenstand von Erneuerungs- oder Umbauarbeiten an dem Gebäude des Klägers gewesen wäre oder für dessen Konstruktion, Bestand, Erhaltung oder Benutzbarkeit von (wesentlicher) Bedeutung wäre.*

*Dies ist hier nicht der Fall, weil die Stromversorgung des nach eigenen Angaben seit 1999 bewohnten Reihenhauses aus dem öffentlichen Netz bereits vor der Montage der streitgegenständlichen Anlage vollständig gewährleistet war und der durch die Fotovoltaikanlage produzierte Strom in das öffentliche Energienetz eingeleitet wird.*

*Die Fotovoltaikanlage hat insoweit keine Funktion für das Gebäude selbst, sondern ist lediglich, weil dies zweckdienlich erschien, dort angebracht worden (BGH, NZBau 2014, 558 = NJW 2014, 845 = NZM 2014, 407 = ZfBR 2014, 137).*

### **Kommentierung**

Es gehört zu den Pflichten eines mit den Leistungen nach Leistungsphase 8 beauftragten Planers, der Bauherrenschaft eine Auflistung der Verjährungsfristen über Mängelansprüche zu überreichen (zum Beispiel für Objekte nach Anlage 10 zu § 34 Abs. 4, § 35 Abs. 7 LPH 8 Teilleistung i Anlage 12 zu § 43 Abs. 4, § 48 Abs. 5 HOAI LPH 8 Teilleistung i usw., auch entsprechend bei den anderen Leistungsbildern).

Mithin kommt es darauf an, die tatsächlichen Gewährleistungsfristen zu kennen. Üblicherweise wird davon ausgegangen, dass die Gewährleistungsfristen der beauftragten Bauleister nach dem

Bürgerlichen Gesetzbuch fünf Jahre ab Abnahme, nach VOB/B vier Jahre ab Abnahme betragen. Dies setzt aber voraus, dass die Verträge mit den Bauleistern tatsächlich auch Werkverträge sind.

Der Bundesgerichtshof geht aber schon immer davon aus, dass bei einer Verpflichtung zur Lieferung und Montage eines Gegenstandes es auf den prägenden Teil beziehungsweise auf den Schwerpunkt der Vereinbarung der Parteien ankommt. Liegt dieser Schwerpunkt im Warenumsatz, verbunden mit der Lieferung und der Übertragung von Eigentum und Besitz, liegt ein Kaufvertrag vor und kein Werkvertrag. Zwar ist auch im Kaufrecht eine fünfjährige Gewährleistungsfrist geregelt, wenn Gegenstände gekauft und für ein Bauwerk verwendet werden. Dies wäre bei Fotovoltaikanlagen aber nur dann der Fall, wenn die Anlage Bestandteil von Erneuerungs- oder Umbauarbeiten an einem Objekt sind und damit Teil des Bauwerkes selbst werden. Wird dagegen eine Fotovoltaikanlage lediglich auf einem Dach montiert und hat insofern auch keine Funktion für das Gebäude selbst, so reicht dies nicht, um einen Werkvertrag anzunehmen. Die Gewährleistungszeit für die Lieferung und den Einbau einer solchen Anlage beträgt dann nur zwei Jahre.

Die vorliegende Entscheidung macht aber auch klar, dass bei einer Objektbeschädigung, hier des Daches, auch eine dreijährige Haftung eintreten kann, wenn fahrlässig oder vorsätzlich bei der Montage Schäden am Objekt produziert worden sind.

RA Prof. Dr. Hans Rudolf Sangenstedt

## **i Impressum**

### **INGLetter**

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

### **Herausgeber**

HDI Vertriebs AG  
Nicole Gustine  
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: redaktionsbueroerwath@t-online.de

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

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

# 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)

ING service

Informationen für technisch-wissenschaftliche Berufe

Das ist Versicherung.

### 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)

