

Information für technisch-wissenschaftliche Berufe

# INGLetter

**HDI**

Nr. 1  
März 2017

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

## Aktuell

EuGH-Urteil gegen die HOAI hätte keine rückwirkenden Konsequenzen

## Honorar

Kein Zusatzhonorar bei Überschreitung vereinbarter Baukostenobergrenzen

## Haftung

Ohne Kostengrenze keine Haftung des Planers für Baukostenüberschreitung

## Büro

Beschränkte Berufshaftung nur mit echten Partnerschaftsgesellschaften

## Editorial

## Klarheit bei Vertragsabschluss: Basis erfolgreicher Bauvorhaben

Eigentlich ist es klar: Verträge kommen immer erst dann zustande, wenn die Parteien übereinstimmende Willenserklärungen abgegeben haben. Jeder weiß, was er selber will und was dem anderen wichtig ist, und beide sind sich einig. Soweit die heile Welt.



Aber warum müssen dann immer wieder die Gerichte herausfinden, was die Parteien wirklich wollten, worin sie sich wirklich einig waren, woran sie sich wirklich erinnern?

Ein Grund könnte sein, dass, gerade für vermeintlich überschaubare Bauvorhaben, viele Verträge mündlich geschlossen werden – im guten Glauben, genau zu wissen, wovon beide Seiten gesprochen haben. Man kennt sich ja ... und im Fokus steht das Bauprojekt und nicht die Formalie. Eine Verschriftlichung des vertraglich Gewollten stellt da eher ein Hindernis dar – ist also – zumindest gefühlt – entbehrlich.

Doch das ist ein Trugschluss. Denn was bei vertraglichen Ungenauigkeiten herauskommen kann, wird in diesem INGLetter mit einigen prägnanten Gerichtsurteilen verdeutlicht.

Das kann schon damit losgehen, dass gar nicht klar ist, wer tatsächlich Vertragspartner ist. Unglaublich? Lesen Sie selbst: das OLG Celle musste tatsächlich darüber befinden, ob nun beide Eheleute Partner eines mündlich geschlossenen Vertrages geworden sind oder nur einer von Ihnen (Seite 4). Die Antwort auf diese Frage kann zum Beispiel dann wichtig sein, wenn ein Ehepartner als Zeuge auftreten soll.

Und welche Rechtsfolgen entstehen können, wenn ein dazu nicht befugter Sachbearbeiter einer Behörde – und nicht die zuständige Leitungsebene – mündliche Verträge abschließt, wird in der Besprechung eines Urteils des OLG Braunschweig herausgearbeitet (Seite 5).

Ein ewiger Zankapfel vor Gericht sind auch Baukostenobergrenzen. Wie wirkt sich ein Verstoß gegen eine vereinbarte Baukostenobergrenze auf das Honorar des Planers aus? Wer muss beweisen, ob eine Baukostenobergrenze vereinbart wurde oder nicht? Welche Erklärungen des Auftraggebers sind für eine vorhandene Baukostenobergrenze ausreichend? Antworten auf diese praktischen Fragen finden Sie auf den Seiten 7, 8 und 9.

All' diese Urteile machen deutlich, wie wichtig klare schriftlich verfasste vertragliche Vereinbarungen mit den Auftraggebern sind. Fazit: Die in den schlüssigen Vertrag investierte Zeit hilft sehr, Reibungsverluste bei der Vertragsabwicklung und, vor allem, leidige und teure Gerichtsprozesse zu vermeiden.

Gewinnbringende Erkenntnisse beim Lesen wünscht Ihnen

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

## Inhalt

- 3 Aktuell**  
Ein Urteil des EuGH gegen die Mindestsätze der HOAI hätte keine rückwirkenden Konsequenzen
- 3 Basiswissen, Teil 17**  
Doppelfunktion der Kostenberechnung: Eine ordnungsgemäße Kostenermittlung liegt auch im Interesse des Planers
- 4 Honorar**  
Sind beide Eheleute Vertragspartner, wenn nur einer der beiden Ehegatten einen mündlichen Auftrag erteilt hat?
- 5** Gemeinde muss für einen mündlich von einem unbefugten Sachbearbeiter erteilten Auftrag Wertersatz leisten
- 6** Nach HOAI 2002 können Honorare für die örtliche Bauüberwachung nicht frei vereinbart werden
- 7** Bundesgerichtshof begrenzt das Honorar der Planer bei Überschreitung vereinbarter Baukostenobergrenzen
- 8 Haftung**  
Ohne vereinbarte Kostenobergrenze keine Haftung eines Planers wegen Überschreitung der Baukosten
- 9** Die Folgen der Überschreitung einer festen Baukostenobergrenzen muss der Auftraggeber darlegen und beweisen
- 9** Kein Ergänzungshonorar für eine Mängelbeseitigungskontrolle im Rahmen der Objektüberwachung
- 10** Mit ganzem Leistungsbild beauftragte Planer tragen Verantwortung für das ganze Bauwerk und sein Funktionieren
- 11 Vergabe**  
Für den Ausschluss von Folgeaufträgen reichen unter neuem Recht mehrere frühere kleine Unregelmäßigkeiten aus
- 12 Schadenfall**  
Regenwasserschäden wegen untauglicher Fensteranlage und Nichtbeachtung von Einbauregeln des Fensterherstellers
- 14 Büro**  
Partnerschaftsgesellschaften sind nur zwischen Beratenden Ingenieuren und Architekten möglich
- 15** Mängel an einer fehlerhaft installierten Solaranlage auf einem Stalldach verjähren nach zwei Jahren
- 16 HDI-Informationseite/Impressum**



Onlinemagazin

**HDI INGLetter:** Die komplette Ausgabe online finden Sie im Internet unter [www.hdi.de/ingletter](http://www.hdi.de/ingletter)

Bildnachweis: sabo architekten; Fotograf: Olaf Mahlstedt photographie

## Aktuell

## Ein Urteil des EuGH gegen die Mindestsätze der HOAI hätte keine rückwirkenden Konsequenzen

Inzwischen ist es durch die einschlägige Fachliteratur, aber auch durch die allgemeine Presse rundgegangen: die EU-Kommission beabsichtigt vor dem Europäischen Gerichtshof ein Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland, weil innerhalb des Gesetzes zur Regelung von Ingenieur- und Architektenleistungen vom 4. November 1971 (GIA), das die Ermächtigungsgrundlage für die heutige HOAI darstellt, und auch innerhalb der heutigen HOAI selbst verbindliche Mindestsätze festgeschrieben sind. Gäbe es solche Mindestsätze nicht, so die bisherige EU-Argumentation, würden sich mehr aus- und inländische Büros in Deutschland niederlassen beziehungsweise gegründet werden, was der Wirtschaft und dem Wettbewerb zugutekäme.

Die Ankündigung der Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens stammt noch aus dem Jahr 2015. Nachdem die Bundesrepublik aber an ihrem Mindestsatzgebot eisenhart festhält, hat die Kommission Klageeinreichung für Anfang 2017 verkündet. Nach der Einreichung der Klage der EU-Kommission hat die Bundesregierung für eine Klageerwidern zwei Monate Zeit. Üblicherweise dauern derartige Verfahren zwei Jahre, sodass frühestens im Laufe des Jahres 2019 mit einer Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs gerechnet werden kann.

Es steht aber bisher noch nicht einmal fest, welchen Klageantrag die EU-Kommission stellen will. Absehbar ist, dass eine mögliche Antragschrift einen Feststellungsantrag einerseits beinhaltet und darüber hinaus die Bundesrepublik verpflichtet werden soll, das Mindestsatzgebot abzuändern.

Dies würde, folgte der Europäische Gerichtshof der Argumentation der EU-Kommission, bedeuten, dass im Laufe des Jahres 2019 ein Urteil vorläge, welches für die Zukunft das Mindestsatzgebot der HOAI zu Fall bringen könnte.

Die gelegentlich geäußerte Vorstellung, sämtliche Honorarprozesse, die darauf abzielen, ein Differenzhonorar zwischen Minderhonorar und Mindesthonorar geltend zu machen, würden ausgesetzt, dürfte falsch sein. EuGH-Urteile haben regelmäßig *ex-nunc*-Wirkung, also ab Rechtskraft des Urteils nur für die Zukunft, nicht aber für die Vergangenheit (*ex-tunc*).

Von diesem Grundsatz der EuGH-Rechtsprechung gibt es bisher nur eine Ausnahme, nämlich dann, wenn ein EU-Mitgliedstaat auf Rückerstattung zu Unrecht gewährter Beihilfen (Subventionen) verklagt wird. Derartige Urteile führen dann dazu, dass zu

Unrecht gewährte Subventionen vom verklagten EU-Land zurückgefordert werden müssen. So liegt der Fall in Sachen HOAI aber nicht und ist in der Praxis auch kaum zu befürchten.

Jedenfalls ist es kaum denkbar, dass in nationalen HOAI-Verfahren gleichsam ein Stillstand der Rechtspflege eintritt, weil ein jeweils durch das Mindestsatzgebot „Bevorzelter“ erstattungspflichtig wird und das ihm zustehende Mindesthonorar zum Teil zurückzahlen müsste, weshalb „Benachteiligte“ solche Verfahren durch Aussetzungsanträge zum Ruhen bringen könnten.

### Basiswissen, Teil 17

## Doppelfunktion der Kostenberechnung: Eine ordnungsgemäße Kostenermittlung liegt auch im Interesse des Planers

Im Dezemberheft 2016 des INGLetters haben wir (auf Seite 3) die Grundlagen der Verpflichtungen zur Kostenaufklärung, Kostenermittlung und Kostenverfolgung dargestellt, die für den Architekten oder den Ingenieur gegenüber seinem Auftraggeber bestehen.

Eine ordnungsgemäße Kostenermittlung muss der Architekt/Ingenieur jedoch nicht nur für seinen Auftraggeber durchführen, sondern auch aus ureigenem Interesse für seine Honorarabrechnung. Ist er nur mit Leistungen der Flächenplanung nach Teil 2 der HOAI 2013 beauftragt, so genügt zur Honorarbestimmung und -abrechnung die Ermittlung der Fläche des Plangebietes und die Zuordnung zur richtigen Honorarzone. Anders ist es bei der Objekt- und Fachplanung nach Teil 3 und 4 der HOAI 2013. Hier richtet sich das Honorar nach den anrechenbaren Kosten des Objektes auf der Grundlage der Kostenberechnung oder, sofern keine Kostenberechnung vorliegt, auf der Grundlage der Kosten-schätzung nach Paragraph 6 Absatz 1 Ziffer 1 der HOAI 2013.

Diese Vorgabe muss auch bei einer Honorarpauschale berücksichtigt werden, da nur so eine Kontrolle gegen die verbindlich vorgeschriebenen Mindest- und Höchstsätze erfolgen kann.

Mit Inkrafttreten der HOAI 2009 wurde die bis dahin gültige Dreiteilung der Kostenermittlung für die Honorarberechnung aufgegeben. Kostenanschlag und Kostenfeststellung sind für die Honorarermittlung seit diesem Zeitpunkt irrelevant. Umso größere Bedeutung kommt der damit allein maßgeblichen Kostenberechnung als Teil der Entwurfsplanung zu.

Der Planer muss sich immer vergegenwärtigen, dass diese Kostenberechnung eine Doppelfunktion hat. Er schuldet sie seinem Auftraggeber als Teil der Kostenverfolgung zur Kontrolle der Budgetplanung. Wie die Kostenberechnung zum Zwecke der Erfüllung dieser Verpflichtung aufgestellt wird, können die Parteien vertraglich frei vereinbaren. Die Grundlagen dafür gibt Paragraph 2 Absatz 11 der HOAI vor:

*Kostenberechnung ist die Ermittlung der Kosten auf der Grundlage der Entwurfsplanung. Der Kostenberechnung liegen zugrunde:*

1. durchgearbeitete Entwurfszeichnungen oder Detailzeichnungen wiederkehrender Raumgruppen,
2. Mengenberechnungen und
3. für die Berechnung und Beurteilung der Kosten relevante Erläuterungen.



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)

Erfolgt statt einer eigenen detaillierten vertraglichen Regelung für die Bestimmung der Leistungsverpflichtungen des Planers ein Verweis auf die Grundleistungen in den Anlagen der HOAI 2013, so ist, je nach Leistungsbild, ein unterschiedlicher Befund feststellbar. Für das Leistungsbild Gebäude und Innenräume (Anlage 10) wird in Leistungsphase 3 e) eine *Kostenberechnung nach DIN 276* vorgeschrieben, für das Leistungsbild Freianlagen (Anlage 11) in Leistungsphase 3 e) eine *Kostenberechnung, zum Beispiel nach DIN 276 einschließlich zugehöriger Mengenermittlung* und für das Leistungsbild Ingenieurbauwerke (Anlage 12) in Leistungsphase 3 g) eine *Kostenberechnung, einschließlich zugehöriger Mengenermittlung*. Letztere Formulierung findet sich in Anlage 13 auch für den Planer von Verkehrsanlagen. Der Tragwerksplaner muss nach Anlage 14 *bei der Kostenberechnung mitwirken*, und der TGA-Planer muss nach Anlage 15 eine *Kostenberechnung nach DIN 276* (dritte Ebene) aufstellen.

Die Aufzählung zeigt, dass die Kostenkontrolle nicht zwingend nach DIN 276 erfolgen muss. Soweit auf DIN 276 verwiesen wird, ist mangels abweichender Regelung die gültige DIN anzuwenden, also die letzte im DIN-Anzeiger veröffentlichte Norm.

Anderes gilt für die zweite Funktion der Kostenberechnung, nämlich als Grundlage der Honorarermittlung. Maßgeblich für das Honorar sind die anrechenbaren Kosten. Diese sind in einem zweistufigen Verfahren zu ermitteln. Zunächst ist die Kostenberechnung zu erstellen, und aus dieser für die Honorarermittlung geeigneten Kostenberechnung sind dann die anrechenbaren Kosten abzuleiten. Wie diese zu Honorar Zwecken zu erstellende Kostenberechnung aussehen muss, hat der Ordnungsgeber in Umsetzung früherer Entscheidungen des Bundesgerichtshofes eindeutig festgelegt. Paragraph 4 Absatz 1 Satz 2 der HOAI bestimmt zunächst, dass die anrechenbaren Kosten nach allgemein anerkannten Regeln der Technik oder nach Verwaltungsvorschriften (Kostenvorschriften) auf der Grundlage ortsüblicher Preise zu ermitteln sind. Dies gilt nach Satz 3 dieses Paragraphen jedoch nur, wenn nicht innerhalb der Verordnung im Zusammenhang mit der Kostenermittlung die DIN 276 in Bezug genommen wird. Ist dies der Fall, so ist die Fassung vom Dezember 2008 (DIN 206. 70-1:2008-12) bei der Ermittlung der anrechenbaren Kosten zugrunde zu legen.

### Praxistipp

Als Ergebnis ist festzuhalten, dass der Objektplaner im Leistungsbild Gebäude und der TGA-Planer eine Kostenberechnung nach DIN 276 in der Fassung 2008 aufzustellen haben. Der Tragwerksplaner hat an der Kostenberechnung des Objektplaners mitzuwirken, muss also ebenfalls mit dieser Fassung arbeiten. Diese Planer sollten deshalb im Rahmen der Vertragsgestaltung darauf achten, dass für die Kostenkontrolle zugunsten des Bauherrn keine andere Kostenermittlungsart vorgegeben wird, da sonst eine Doppelberechnung erfolgen muss.



**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)

Hinsichtlich der Ingenieurbauwerke und Verkehrsanlagen trifft die HOAI keine Aussage dazu, welche allgemein anerkannte Regel der Technik zur Kostenermittlung herangezogen werden kann. Hier gelten dann die allgemeinen Grundsätze. Die gewählte Kostenermittlung muss sich durchgesetzt und praktisch bewährt haben. Dies können zum Beispiel auch Verwaltungs- beziehungsweise Kostenvorschriften der Bahn oder der Straßenbauverwaltungen sein.

### Honorar

## Sind beide Eheleute Vertragspartner, wenn nur einer der beiden Ehegatten einen mündlichen Auftrag erteilt hat?

1. Die Frage, ob in den Fällen, in denen bei einem Bauvorhaben nur einer der Ehegatten den Auftrag erteilt, der andere Ehegatte mitverpflichtet ist, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab.
2. Für eine Auftragserteilung auch im Namen und in Vollmacht des anderen Ehegatten spricht es, wenn der den Auftrag erteilende Ehegatte den Wunsch äußert, der Schriftverkehr und die Rechnungslegung solle an die Eheleute erfolgen.

BGB §§ 634 Nr. 4; 280 Abs. 1;  
OLG Celle, Urt. v. 28.9.2013 (Az. 13 U 94/11), rechtskräftig durch BGH, Beschl. v. 28.1.2016 (Az.: VII ZR 287/13);  
BauR 12/2016, 2124 ff.

### Aus den Gründen

*Das Landgericht ist mit zutreffender Begründung davon ausgegangen, dass der Vertrag des Beklagten zu 3 über die Tragwerksplanung mit beiden Klägern zustande kam. Die Frage, ob in den Fällen der andere Ehegatte mitverpflichtet ist, in denen – wie hier – bei einem Bauvorhaben nur einer der Ehegatten den Auftrag erteilt, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Hier reichen die vom Landgericht in den Entscheidungsgründen genannten Umstände aus, um eine Auftragserteilung auch im Namen und in Vollmacht der Klägerin zu 2 anzunehmen. Dafür spricht auch, dass nach unbestrittenem Vortrag des Beklagten zu 3 der Kläger zu 1 den Wunsch geäußert hatte, der Schriftverkehr und die Rechnungslegung solle an die Eheleute erfolgen. Der Beklagte zu 3 bringt gegen die Annahme, dass die Klägerin zu 2 Vertragspartei geworden sei, mit der Berufung auch nicht weiter vor.*

*Allerdings handelt es sich bei den Klägern im Hinblick auf den geltend gemachten Schadensersatzanspruch entgegen der Annahme des Landgerichts nicht um Gesamtgläubiger, sondern um Mitgläubiger i.S.v. § 432 BGB.*

### Kommentierung

Nach wie vor wird die Masse der Architekten- und Ingenieurverträge, zumindest dann, wenn es um kleinere Bauvorhaben geht, mündlich geschlossen. Eine Pflicht zum Abschluss schriftlicher Verträge existiert nicht.

Bleibt gerade im Kleinbaubereich die Frage, wer ist eigentlich Vertragspartner, wenn der Auftrag von einem der beiden Ehegatten erteilt wird? Wird der andere Ehegatte dann auch Vertragspartner? Eine Antwort auf diese Frage ist bei einer Prozessführung deshalb oft wichtig, weil hierdurch ein Zeuge, soweit er mitverklagt werden kann, nicht mehr als Zeuge auftreten kann.

Bei Eheleuten als Auftraggeber sollte deshalb immer klargestellt werden, entweder durch Schriftverkehr oder durch Rechnungslegung, dass beide Eheleute Vertragspartner sein sollen und wollen. Es hängt vom Einzelfall ab, nämlich von den jeweiligen Umständen bei der Vertragsabwicklung, ob der Planer davon ausgehen kann, sein Vertragspartner sei nur der Ehemann oder die Ehefrau oder aber beide.

Bei Erklärungen wie im vorliegenden Fall, der Schriftwechsel sollte beide Eheleute betreffen, spricht die Vermutung dafür, dass beide Eheleute auch Vertragspartner geworden sind.

RA Prof. Dr. Hans Rudolf Sangenstedt

## Honorar

### Gemeinde muss für einen mündlich von einem unbefugten Sachbearbeiter erteilten Auftrag Wertersatz leisten

1. Ein Auftrag zur Überprüfung der Tragfähigkeit von Brücken im Wert von über 16.000 Euro ist für eine Gemeinde mit ca. 50.000 Einwohnern kein Geschäft der laufenden Verwaltung, das mündlich durch einen Sachbearbeiter wirksam geschlossen werden könnte.
2. Die Grundsätze der Anscheins- oder Duldungsvollmacht finden in Fällen, in denen die gemeindliche Vertretungsregelung erkennbar missachtet wurde, keine Anwendung. Dies gilt jedenfalls dann, wenn nicht nur das Schriftformerfordernis missachtet worden ist, sondern das unzuständige Organ oder ein Nichtorgan gehandelt hat.
3. Der Ingenieur kann eine Honorierung seiner Leistungen nicht nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag verlangen, wenn er wusste, dass der Sachbearbeiter keine rechtsverbindlichen Aufträge erteilen darf, sondern dies der Leitungsebene der Gemeinde vorbehalten ist.
4. In Betracht kommt auch in solchen Fällen eine Honorierung als Wertersatz im Rahmen einer Zweckverfehlungskondition, und zwar in Höhe der ersparten üblichen, hilfsweise der angemessenen Vergütung.
5. Für den Bereicherungsanspruch gilt nicht der erhöhte Verzugszinssatz für Entgeltforderungen.  
(Leitsätze der NJW-RR-Redaktion)

OLG Braunschweig, Urteil vom 30.6.2016 (Az.: 8 U 97/15); NKomVG § 86 II; BGB §§ 184 I, 242, 280 I, 288 II, 389, 631 I, 670, 677, 683, 812 I 2 Alt, 2, 814, 818 II; NJW-RR 24/2016, 1493 ff.

#### Aus den Gründen

Ein etwaiger Vertrag zwischen den Parteien entspräche nicht dem Schriftformerfordernis des § 86 II des Niedersächsischen Kommunalverfassungsgesetzes (NKomVG) vom 17.12.2010. Danach sind Erklärungen, die die Kommune verpflichteten sollen, nur rechtsverbindlich, wenn sie von dem Hauptverwaltungsbeamten der Kommune handschriftlich unterzeichnet wurden oder von ihm in elektronischer Form mit einer dauerhaft überprüfbarer elektronischen Signatur versehen sind.

Es handelt sich auch nicht um ein Geschäft der laufenden Verwaltung, welches der Formvorschrift des § 86 II NKomVG nicht unterliegt. Gemäß § 86 IV NKomVG gelten § 86 II und II NKomVG nicht für Geschäfte der laufenden Verwaltung. Einfache Geschäfte der Verwaltung sind solche, die ihrer Natur nach im gewöhnlichen Betriebsablauf regelmäßig wiederkehren, oder Maßnahmen, die in ihrem Umfang und in ihrer finanziellen Tragweite von sachlich weniger erheblicher Bedeutung sind, wobei auch die Finanzkraft der beteiligten Gemeinde zu berücksichtigen ist (vgl. BGH, NJW 1995, 3389 = GRUR 1995, 769 = NVwZ 1996, 206 Ls.; BGHZ 92, 164 = NJW 1985, 1778 [1780] = NVwZ 1985, 607 Ls.).

Um ein solches handelt es sich im Streitfall nicht. Ein Geschäft mit einem Auftragsvolumen von 16.184 Euro brutto ist kein solches, welches bei einer Gemeinde mit ca. 50.000 Einwohnern – wie der Beklagten – in mehr oder weniger regelmäßigen Abständen wiederkehrt und nach Größe und Umfang von weniger erheblicher Bedeutung ist. Zu berücksichtigen ist dabei der mögliche Schaden (an den Brückenbauwerken bzw. an den Fahrzeugen der Antragstellerin), der bei einer zu Unrecht erteilten Schwerlasttransport-Genehmigung aufgrund einer fehlerhaften statischen Berechnung eintreten könnte.

Das Rechtsgeschäft ist auch nicht nach den Grundsätzen der Anscheins- oder Duldungsvollmacht wirksam zu Stande gekommen. Die Grundsätze der Anscheins- oder Duldungsvollmacht finden in Fällen, in denen die gemeindliche Vertretungsregelung – wie hier – erkennbar missachtet wurde, keine Anwendung. Sie dürfen nicht dazu dienen, den im öffentlichen Interesse des Schutzes der öffentlich-rechtlichen Körperschaft und ihrer Mitglieder bestehenden Vertretungsregeln im Einzelfall jede Wirkung zu nehmen. Wenn daher die Vertretungsmacht von Gesetzes wegen an die Beachtung gewisser Förmlichkeiten gebunden ist, so können nicht die Regeln der Duldungs- oder Anscheinsvollmacht einer Verpflichtungserklärung, bei der diese Förmlichkeiten erkennbar missachtet worden sind, trotzdem bindende Wirkung zulegen (vgl. BGH, NJW 1995, 3389 = GRUR 1995, 769 = NVwZ 1996, 206 Ls. und BGHZ 92, 164, 174 = NJW 1985, 1778 = NVwZ 1985, 607 Ls.). Dies gilt jedenfalls dann, wenn nicht nur das Schriftformerfordernis missachtet worden ist, sondern – wie hier – das unzuständige Organ oder ein Nichtorgan gehandelt hat.

Der Kläger ist insoweit auch nicht schutzwürdig. Nach dem unstreitigen Tatbestand des landgerichtlichen Urteils war dem Kläger bekannt, dass bei der Auftragsvergabe durch öffentliche Auftraggeber auf der Sachbearbeiterebene lediglich die Einholung von Angeboten von deren Handlungsbefugnis gedeckt und die Vergabe von Aufträgen der Leitungsebene vorbehalten ist. An diese Feststellung ist der Senat aufgrund der Bindungswirkung unstreitiger tatbestandlicher Feststellungen im erstinstanzlichen Urteil gebunden (vgl. dazu BGH, NJW-RR 2007, 1434 = NZG 2007, 428 = BGH-Report 2007, 572 und BGH, NJW-RR 2013, 1334 = MDR 2013, 1115).

Eine rechtswidrige entgegenstehende Übung einzelner Sachbearbeiter der Beklagten führt nicht zur Begründung eines Vertrauensschutzes.

Die Beklagte hat den schwebend unwirksamen Vertrag auch nicht nachträglich genehmigt und damit dessen Wirksamkeit herbeigeführt (§ 184 I BGB). Eine Genehmigung unterliegt ebenfalls der Form und der Vertretungsregelung der gemeindlichen Schriftform-/Vertretungsvorschrift, hier des § 86 II NKomVG (vgl. dazu BGH, NJW 1995, 3389 = GRUR 1995, 769 = NVwZ

1996, 206 LS., BGH, NJW 1984, 606 = NVwZ 1984, 265 Ls.; zu § 56 I GemO NJW und Palandt/Ellenberger, BGB, 75. Aufl., § 177 Rn. 7). Diese wurde vorliegend nicht eingehalten. Der Vertragsschluss wurde nicht in schriftlicher Form von einem dazu berufenen Organ der Beklagten genehmigt. Die Mitarbeiterin B. der Beklagten ist unstreitig kein Gemeindeorgan. Die Vertretungsbefugnis wurde auch nicht an sie delegiert.

Rechtsfolge gem. § 818 II BGB ist, dass die Beklagte Wertersatz zu leisten hat. Der Wertersatz bemisst sich bei Dienstleistungen, Werkverträgen und anderen Tätigkeiten, die – wie hier – zum Gewerbe des Anspruchstellers gehören, nach der üblichen Vergütung, hilfsweise nach der angemessenen, vom Vertragspartner ersparten Vergütung (vgl. BGHZ 111, 308 = NJW 1990, 2542; Palandt/Sprau, § 818 Rn. 22).

Vorliegend hat der Kläger der Beklagten pro geprüfter Brücke und Schwertransportfahrzeug 200 Euro netto zuzüglich 19 Prozent Mehrwertsteuer in Rechnung gestellt. Die Beklagte hat die Üblichkeit und die Angemessenheit dieser Vergütung lediglich unsubstantiiert bestritten. Dies genügt den Anforderungen an ein erhebliches Bestreiten gem. § 138 II und IV ZPO nicht. Das Ingenieurbüro H-Ingenieure hat der Beklagten für die statischen Überprüfungen der Schwertransporttauglichkeit von Brücken im Rahmen von Schwertransporten im Jahr 2012 pro Fahrzeug und Brücke 300 Euro zuzüglich Mehrwertsteuer in Rechnung gestellt. Dies sind 100 Euro netto mehr als der Kläger für diese Leistung verlangt. Das Bestreiten der Angemessenheit und Ortsüblichkeit durch die Beklagten erfolgt daher ins Blaue hinein. Die vom Kläger abgerechnete Vergütung von 13.600 Euro netto zuzüglich Mehrwertsteuer für 17 Fahrzeuge und vier Brücken, insgesamt 16.184 Euro, ist daher angemessen und ortsüblich. Die Beklagte hat Aufwendungen in Höhe von 16.184 Euro brutto dadurch erspart, dass sie die streitbefangenen Brückenprüfungen nicht anderweitig vergeben hat.

#### Kommentierung

Jede Gemeindeordnung, aber auch die Haushaltsordnungen der Kreise, Länder und des Bundes, beinhalten Regelungen, nach denen Verträge formbedürftig sind, in denen sich ein öffentlich rechtlicher Auftraggeber zivilrechtlich verpflichtet.

Hiervon gibt es nur ganz wenige Ausnahmen, nämlich sogenannte Verträge der laufenden Verwaltung. Diese Verträge sind an Summen gebunden, die meist auch in den Gemeinde- oder Haushaltsordnungen aufgeführt sind.

Trotzdem kommt es immer wieder vor, dass, meist auf Druck eines öffentlich-rechtlichen Auftraggebers, ein Planungsbüro auch vor der Erteilung eines schriftlichen Auftrages leistet, weil ihm zugesichert worden ist, der Vertrag würde schriftlich nachgeholt, oder weil das Büro auf das Versprechen vertraut, etwa wegen einer ständigen Zusammenarbeit mit diesem Auftraggeber, die Leistungen würden schon vergütet. Dem ist dann aber nicht so. Denn ein vertraglicher Anspruch besteht immer dann nicht, wenn ein formbedürftiger Planungsvertrag fehlt.

Trotzdem ist über bereicherungsrechtliche Grundsätze der öffentlich-rechtlichen Auftraggeber zu einer Zahlung verpflichtet, wenn er eigene Aufwendungen erspart, indem er zum Beispiel die Leistungen des Planungsbüros für sich verwendet. Dann hat der öffentlich-rechtliche Auftraggeber Wertersatz zu leisten. Dieser Wertersatz wird nach den Bestimmungen der HOAI für verwendete Leistungen bemessen, da diese zwingend sind, oder aber, bei freier Preisvereinbarung, am Kriterium der vom Auftraggeber ersparten Vergütung.

So war es im vorliegenden Fall. Für die Überprüfung von Schwertransporten, die die Brücke nutzen wollten, verlangte die Gemeinde 300 Euro. Das Ingenieurbüro, welches im Auftrag der Gemeinde diese Prüfungen durchführte, erhielt für jede Prüfung 200 Euro von der Gemeinde. Müsste das Ingenieurbüro wegen Formungültigkeit des Ingenieurvertrages dieses Honorar zurückzahlen, wäre die Gemeinde ohne eigene Leistung zu Lasten des Ingenieurbüros um je 200 Euro bereichert

RA Prof. Dr. Hans Rudolf Sangenstedt

#### Honorar

## Nach HOAI 2002 können Honorare für die örtliche Bauüberwachung nicht frei vereinbart werden

1. Die Regelung in § 57 Abs. 2 Satz 2 HOAI 1996, wonach die Vertragsparteien ein Honorar als Festbetrag allein unter Zugrundelegung der geschätzten Bauzeit vereinbaren können, ohne insoweit die tatsächlich anrechenbaren Kosten zu berücksichtigen, ist von der gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage in Art. 10 §§ 1 und 2 MRVG nicht gedeckt und damit unwirksam. Die Erwägungen des Bundesgerichtshofs im Urteil vom 24.4.2014 (VII ZR 164/13, BauR 2014, 1332) zu § 6 Abs. 2 HOAI 2009 sind auch auf § 57 Abs. 2 Satz 2 HOAI 1996 übertragbar.

2. Sinn und Zweck der Regelung in Art. 10 §§ 1 und 2 MRVG ist die Schaffung einer wirksamen Schranke gegen Unterschreitung des Mindestsatzes zum Schutz des Berufsstands der Architekten und Ingenieure. Die Mindestsätze sollen insbesondere dazu dienen, den vom Gesetzgeber gewollten Qualitätswettbewerb zu fördern und einen ungezügelter, ruinösen Preiswettbewerb zu unterbinden, der die wirtschaftliche Situation der Architekten und Ingenieure und damit auch die Qualität der Planung und die unabhängige Stellung des Planers zwischen Bauherr und Unternehmer beeinträchtigen würde.

HOAI § 57 Abs. 2 Satz 2;

OLG Celle, Urte. v. 8.6.2016 (Az.: 14 U 125/15);

BauR 12/2016, 2118 ff.

#### Aus den Gründen

Die Regelung in § 57 Abs. 2 Satz 2 HOAI 1996, wonach die Vertragsparteien ein Honorar als Festbetrag allein unter Zugrundelegung der geschätzten Bauzeit vereinbaren können, ohne insoweit die tatsächlich anrechenbaren Kosten zu berücksichtigen, ist von der gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage in Art. 10 §§ 1 und 2 MRVG nicht gedeckt und damit unwirksam.

Die Erwägungen des Bundesgerichtshofs im Urteil vom 24.4.2014 zu § 6 Abs. 2 HOAI 2009 sind auch auf § 57 Abs. 2 Satz 2 HOAI 1996 übertragbar. Denn Sinn und Zweck der Regelung in Art. 10 §§ 1 und 2 MRVG ist die Schaffung einer wirksamen Schranke gegen Unterschreitung des Mindestsatzes zum Schutz des Berufsstands der Architekten und Ingenieure. Die Mindestsätze sollen insbesondere dazu dienen, den vom Gesetzgeber gewollten Qualitätswettbewerb zu fördern und einen ungezügelter, ruinösen Preiswettbewerb zu unterbinden, der die wirtschaftliche Situation der Architekten und Ingenieure und damit auch die Qualität der Planung und die unabhängige Stellung des Planers zwischen Bauherr und Unternehmer beeinträchtigen würde.

Die gesetzliche Ermächtigung in Art. 10 §§ 1 und 2 MRVG zwingt somit den Ordnungsgeber, ein für den Architekten

oder Ingenieur auskömmliches Mindesthonorar festzusetzen, das durch Vereinbarung nur in Ausnahmefällen unterschritten werden kann. Für eine Regelung in der Honorarordnung, nach der das Honorar frei unterhalb des auskömmlichen Honorars vereinbart werden kann, lässt die Ermächtigung dagegen keinen Raum. Wenn aber eine – dem Sinn und Zweck der Ermächtigungsgrundlage widersprechende – Regelung nicht nur dann vorliegt, wenn das Honorar frei unterhalb des Mindesthonorars verhandelt werden kann, sondern auch dann, wenn diejenigen Faktoren ausgehandelt werden können, die die Berechnung des Mindesthonorars bestimmen, dann liegt auch eine dem Zweck des Gesetzes verfehlte Regelung vor, mit der die Parteien abweichend von den anrechenbaren Baukosten ein Honorar allein unter Zugrundelegung der geschätzten Bauzeit als Festbetrag vereinbaren können.

### Kommentierung

Die Honorierung der örtlichen Bauüberwachung war für Ingenieurbauwerke noch bis zur HOAI 2002 geregelt und galt deshalb für alle Verträge, die bis zum 17. August 2009 geschlossen worden waren. Am 18. August 2009 trat die HOAI 2009 in Kraft, die eine geregelte Honorierung der örtlichen Bauüberwachung nicht mehr vorsah.

Das Gericht stellt nun fest, dass Auslegungsgrundsatz für das Mindest- und Höchstsatzgebot der HOAI immer die Paragraphen 1 und 2 jenes Gesetzes zur Regelung von Ingenieur- und Architektenleistungen (GIA) vom 4. November 1971 ist, das die Ermächtigungsgrundlage auch der heutigen HOAI noch ist. Dies bedeutet, dass auch die heutige HOAI mit dem Grundgedanken dieses Gesetzes in Übereinstimmung stehen muss und deshalb in der HOAI, gleichgültig an welcher Stelle, alle Vorschriften unter das Mindest- und Höchstsatzgebot zu stellen sind, wo geregelte Preise vorgesehen sind.

Dies bedeutet, dass ein auskömmliches Honorar Wille des Gesetzgebers ist und nicht Honorare, die in Abweichung hiervon frei vereinbart werden können, auch wenn dies auf den ersten Blick so aussieht, zum Beispiel für die örtliche Bauüberwachung nach Paragraph 57 Absatz 2 Satz 2 der HOAI von 1996 und 2002.

Es ist den Vertragsparteien eben nicht freigestellt, einen Festbetrag unterhalb der vorgesehenen Honorierung der örtlichen Bauüberwachung mit 2,1 bis 3,2 Prozent der anrechenbaren Kosten zu vereinbaren und somit den Willen des Gesetzgebers zu unterlaufen, dass mindestens 2,1 Prozent der anrechenbaren Kosten als Honorar für die örtliche Bauüberwachung gezahlt werden müssen.

RA Prof. Dr. Hans Rudolf Sangenstedt

### Honorar

## Bundesgerichtshof begrenzt das Honorar der Planer bei Überschreitung vereinbarter Baukostenobergrenzen

1. Hat der Architekt eine mit dem Auftraggeber vereinbarte Baukostenobergrenze nicht eingehalten, kann dem Auftraggeber ein Schadensersatzanspruch zustehen (Fortführung von BGH, NZBau 2003, 281 = NJW-RR 2003, 593 = ZfBR 2003, 359 = BauR 2003, 566). Der auf die Nichteinhaltung einer solchen Obergrenze gestützte Schadensersatzanspruch führt dazu, dass der Architekt den sich aus der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure ergebenden Honoraranspruch auf der Grundlage der anre-

chenbaren Kosten gem. § 10 HOAI a.F. insoweit nicht geltend machen kann, als dieser das Honorar überschreitet, welches sich ergäbe, wenn die anrechenbaren Kosten der vereinbarten Baukostenobergrenze entsprochen hätten (*dolo-agit*-Einwand, § 242 BGB).

BGB §§ 242 Cd, 634 Nr. 4, § 280 Abs. 1;  
HOAI (1996/2002) §§ 4, 10;  
BGH, Urt. v. 6.10.2016 (Az.: VII ZR 185/13) (OLG Jena);  
NZBau 1/2017, 46. ff.

### Aus den Gründen

*Hat der Architekt eine mit dem Auftraggeber vereinbarte Baukostenobergrenze nicht eingehalten, kann dem Auftraggeber ein Schadensersatzanspruch nach § 634 Nr. 4, § 280 I BGB in der Weise zustehen, dass der Honorarberechnung Baukosten maximal in Höhe der zwischen den Vertragsparteien vereinbarten Kostenobergrenze als anrechenbare Kosten zugrunde gelegt werden. Die Planungsleistung eines Architekten entspricht nicht der vereinbarten Beschaffenheit, wenn sie ein Bauwerk vorsieht, dessen Errichtung höhere Baukosten erfordert, als sie von den Parteien des Architektenvertrags vereinbart sind. Der Architekt ist verpflichtet, die Planungsvorgaben des Auftraggebers zu den Baukosten des Bauwerks zu beachten. Dabei muss er eine vereinbarte Baukostenobergrenze einhalten (vgl. BGHZ 201, 32 = NZBau 2014, 501 = NJW 2014, 2354 = ZfBR 2014, 474 Rn. 21; BGHZ 197, 93 = NZBau 2013, 386 = NJW 2013, 1593 = NZM 2013, 769 = ZfBR 2013, 359 Rn. 9; BGH, NZBau 2003, 388 = NJW-RR 2003, 877 = ZfBR 2003, 452 = BauR 2003, 1061; NZBau 2003, 281 = NJW-RR 2003, 593 = ZfBR 2003, 359 = BauR 2003, 566).*

*Der auf die Nichteinhaltung einer solchen Obergrenze gestützte Schadensersatzanspruch des Auftraggebers führt dazu, dass der Architekt den sich aus der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure ergebenden Honoraranspruch auf der Grundlage der anrechenbaren Kosten gem. § 10 HOAI a.F. insoweit nicht geltend machen kann, als dieser das Honorar überschreitet, welches sich ergäbe, wenn die anrechenbaren Kosten der vereinbarten Baukostenobergrenze entsprochen hätten. Denn der Architekt verhielte sich treuwidrig i.S.d. § 242 BGB, wenn er einen Honoraranspruch durchsetzen wollte, obwohl er verpflichtet wäre, das Erlangte sofort wieder herauszugeben (vgl. zum -Einwand BGHZ 192, 305 = NZBau 2012, 298 = NJW 2012, 1792 = NfBR 2012, 361 Rn. 17; BGHZ 183, 366 = NZBau 2010, 233 = NJW 2010, 1192 = ZfBR 2010, 350 Rn. 23; jeweils mwN).*

### Kommentierung

Der Teil dieser Entscheidung des Bundesgerichtshofs, der den Fall zurück an das Oberlandesgericht Jena zur Sachaufklärung verwiesen hat, ist hier nicht von Bedeutung, nämlich die Frage, ob denn ein Schadensersatzanspruch des Bauherrn bestand, weil eine vereinbarte Baukostenobergrenze wegen unnützer Baukosten nicht eingehalten worden ist. Dies aufzuklären bleibt dem Oberlandesgericht Jena vorbehalten.

Die Entscheidung ist aber deshalb so interessant, weil hier noch einmal klipp und klar erklärt wird, dass der Planer, wenn eine Baukostenobergrenze vereinbart worden ist, in keinem Fall ein Honorar auf der Basis von anrechenbaren Kosten abrechnen kann, die sich aus der Ermittlung der anrechenbaren Kosten nach der DIN 276 ergeben, sondern nur ein Honorar, welches sich aus der Baukostenobergrenze als Honorargrundlage ableiten lässt. Anderenfalls ergäbe es sich, dass, trotz Baukostenüberschreitung, die an und für sich schon zum Schaden der Bauherrenschaft führen kann, der Planer für die Abweichung von den vereinbarten Baukosten auch noch honoriert wird.

Dieser Grundsatz gilt für jede HOAI-Fassung, obwohl die vorliegende BGH-Entscheidung die HOAI 2002 betrifft.

RA Prof. Dr. Hans Rudolf Sangenstedt

## Haftung

# Ohne vereinbarte Kostenobergrenze keine Haftung eines Planers wegen Überschreitung der Baukosten

1. Der Architekt ist bei der Planung eines Bauwerks verpflichtet, die ihm bekannten Kostenvorstellungen des Auftraggebers zu berücksichtigen. Eine Erklärung, die Baukosten sollen maximal einen bestimmten Betrag nicht überschreiten, bringt die einzuhaltende Kostenvorstellung ausreichend zum Ausdruck.

2. Im Rahmen der Grundlagenermittlung hat der Architekt zu ermitteln, ob seine Pläne für den Auftraggeber finanzierbar sind. Erarbeitet der Architekt bei der Planung eines Hauses eine aufwendige und eine abgespeckte Variante, muss der Auftraggeber den Architekten darauf hinweisen, dass die aufwendige Variante für ihn nicht finanzierbar ist.

BGB §§ 634 Nr. 4, 636, 280 Abs. 1;  
OLG Düsseldorf, Urt. v. 25.3.2014 (Az.: I-23 U 166/12), (rechtskräftig durch BGH, Beschl. v. 6.4.2016 (Az.: VII ZR 81/14);  
BauR 12/2016, 2120 ff.

### Aus den Gründen

Die Planungsleistung eines Architekten entspricht nicht der vereinbarten Beschaffenheit, wenn sie ein Bauwerk vorsieht, dessen Errichtung höhere Herstellungskosten erfordert, als sie von den Parteien des Architektenvertrages vereinbart sind. Der Architekt ist verpflichtet, die Planungsvorgaben des Auftraggebers zu den Herstellungskosten des Bauwerks zu beachten. Dabei muss er nicht nur genau vereinbarte Baukostenobergrenzen einhalten. Vielmehr ist er auch verpflichtet, die ihm bekannten Kostenvorstellungen des Auftraggebers bei seiner Planung zu berücksichtigen. Inwieweit der Auftraggeber seine Kostenvorstellungen ausreichend zum Ausdruck gebracht hat, muss durch Würdigung im Einzelfall ermittelt werden. Eine Erklärung, die Baukosten sollten maximal einen bestimmten Betrag nicht überschreiten, bringt die einzuhaltende Kostenvorstellung ausreichend zum Ausdruck. Nicht zwingend notwendig ist, dass der Auftraggeber dem Architekten gegenüber die Kostenvorstellung selbst äußert. Es kann nach den Umständen des Einzelfalls ausreichen, dass diese Vorstellungen von den am Aufklärungsgespräch mit dem Architekten beteiligten Familienmitgliedern geäußert werden und der Auftraggeber ihnen nicht widerspricht oder anderweitig zum Ausdruck bringt, dass dies auch seine Vorstellungen sind.

Die vom Auftraggeber im Rahmen der Grundlagenermittlung dem Architekten gegenüber zum Ausdruck gebrachten Kostenvorstellungen sind in dem Sinne verbindlich, dass sie, vorbehaltlich einer Änderung, den Planungsrahmen bestimmen und jedenfalls dann regelmäßig zum Vertragsinhalt werden, wenn der Architekt ihnen nicht widerspricht. Jedenfalls sind sie beachtlich, wenn der Architekt erklärt, das schaffe er schon.

Es liegt im Wesen des Architektenvertrages, dass nicht alle Planungsvorgaben bereits beim Abschluss des Vertrages feststehen, sondern erst im Laufe des Planungsprozesses entwickelt und zum Vertragsinhalt werden. Zu solchen im Laufe des Planungs-

prozesses zu entwickelnden Planungsdetails gehören auch die Kostenvorstellungen des Auftraggebers hinsichtlich der Errichtung des Bauwerks, wenn sie nicht bereits bei Abschluss des Vertrags zum Ausdruck gebracht worden sind. Diese Kostenvorstellungen sind auch dann beachtlich, wenn sie nicht eine genaue Bausummenobergrenze enthalten, sondern nur Angaben zur ungefähren Bausumme. Derartige Angaben stecken im Regelfall einen Kostenrahmen ab, den der Auftraggeber nicht überschreiten will. Gibt er seiner Kostenvorstellung mit einer Angabe Ausdruck, die eine mit „circa“ bezeichnete Summe enthält, so ist diese Bausumme für den Planer soweit beachtlich, als sie ungefähr einzuhalten ist.

Die Angaben in einem Bauantrag sind in der Regel nicht geeignet, den Inhalt des Architektenvertrags zu bestimmen. Sie können lediglich Indiz für einen bestimmten Vertragsinhalt sein.

Werden dem Architekten die Leistungsphasen 1 bis 9 aus § 15 Abs. 2 HOAI übertragen, ist zwar eine Vertragsauslegung dahin möglich und naheliegend, dass dem Architekten damit auch die Verpflichtung auferlegt wird, eine Kosteneinschätzung, eine Kostenberechnung, einen Kostenanschlag und eine Kostenfeststellung vorzulegen. Dies ist hier aber nicht feststellbar. Die Parteien haben keinen schriftlichen Architektenvertrag geschlossen; zu den dem Beklagten konkret übertragenen Leistungen hat die Klägerin nicht substantiiert vorgetragen.

Mit Blick auf die „Ohne-Rechnung-Abreden“ der Parteien mit den Bauhandwerkern dürfte bei beiden Parteien kein Interesse daran bestanden haben, die Differenz zwischen tatsächlich gezahlten und in den Rechnungen ausgewiesenen Vergütungen durch konkretisierte Kostenermittlungen zu dokumentieren. Dass diese geschuldet waren, lässt sich daher nicht feststellen.

Die Klägerin hat auch nicht hinreichend dargelegt, dass sie bei Kenntnis von der angeblichen Kostenüberschreitung von dem Bauvorhaben ganz abgesehen hätte (was nicht anzunehmen ist, da sie das Grundstück offenbar unabhängig von der Beauftragung des Beklagten erworben hat) oder lediglich kleiner und in der Standardausführung für 360.000 Euro hätte errichten lassen.

Ein Schadensersatzanspruch des Bauherrn wegen fehlerhafter Kostenermittlung oder sonst falscher Beratung des Architekten zur Kostenentwicklung setzt voraus, dass der Bauherr die Ursächlichkeit der Vertragsverletzung für den Schaden nachweist. Dabei kann sich der Bauherr im Rahmen der Architektenhaftung wegen Baukostenüberschreitung nicht auf eine Vermutung für ein beratungsgerechtes Verhalten stützen. Vielmehr entzieht sich jeder typisierenden Betrachtung, wie sich ein Bauherr verhält, der von seinem Architekten pflichtgemäß über die Höhe der zu erwartenden Baukosten aufgeklärt wird. Denn die Entscheidung ist von vielen unterschiedlichen individuellen Faktoren abhängig. Es ist deshalb auch etwa bei ganz erheblicher Kostenüberschreitung nicht ohne weiteres davon auszugehen, dass bei pflichtgemäßer Aufklärung das Bauvorhaben unterblieben wäre.

### Kommentierung

Diese inzwischen rechtskräftige Entscheidung des Oberlandesgerichts Düsseldorf, die bereits ohne Rechtskraft großes Aufsehen erregt hatte, macht deutlich, dass es eine der wesentlichen Verpflichtungen der Planer ist, Baukostenermittlungen vorzunehmen und insbesondere der Bauherrenschaft ständig vor Augen zu halten, dass mehr Wünsche auch zu mehr Kosten führen.

Vom Grundsatz her ist bereits im Leistungsbild Objektplanung (Leistungsphase 2 der HOAI) eine Kostenschätzung vorzunehmen,

die, je nach Absprache der Parteien, eine verbindliche Obergrenze sein kann, zumindest aber eine Summe enthält, die der Planer ungefähr einzuhalten hat, so die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs. Tut der Planer dies nicht, kann er auf Schadenersatz in Anspruch genommen werden, soweit die Bauherrenschaft vorträgt, ohne die fehlerhafte Kostenermittlung wären bestimmte Ausstattungen/Bauteile nicht errichtet worden. Es hilft dann auch nicht, gegenzuhalten und zu erklären, das Bauvorhaben sei nun einmal um den Betrag der Kostensteigerung „wertvoller“ geworden, es läge gar kein echter Schaden vor.

Allerdings sagt das Gericht genauso deutlich, dass derartige Abreden von einem typisierten Planungs-, Vergabe- und Objektüberwachungsverhalten ausgehen, wie dies die HOAI unterstellt. Werden dagegen Sonderabreden getroffen – wie hier – nämlich, Bauen ohne Rechnung, ist dies zu berücksichtigen.

Im Übrigen muss jeder Bauherr, der einen Planer auf Schadenersatz wegen Baukostenüberschreitung mit in Anspruch nehmen möchte, exakt nachweisen, dass eine Vertragsverletzung durch fehlerhafte Baukostenberatung entstanden sei. Es kann nicht unterstellt werden bei der Erhebung eines Beweises, dass bei ordnungsgemäßer Beratung, die nicht vorlag, die Bauherrenschaft sich dann auch dazu entschlossen hätte, das Bauvorhaben kostengünstiger ausführen zu lassen.

RA Prof. Dr. Hans Rudolf Sangenstedt

## Haftung

### Die Folgen der Überschreitung einer festen Baukostenobergrenze muss der Auftraggeber darlegen und beweisen

1. ...

2. Berufet sich der Auftraggeber auf eine Überschreitung einer vereinbarten Baukostenobergrenze, trägt er die Darlegungs- und Beweislast für die von ihm behauptete Beschaffenheitsvereinbarung.

3. ...

BGB §§ 242 Cd, 634 Nr. 4, § 280 Abs. 1; HOAI (1996/2002) §§ 4, 10; BGH, Urt. v. 6.10.2016 (Az.: VII ZR 185/13) (OLG Jena); NZBau 1/2017, 46 ff.

#### Aus den Gründen

*Bestreitet der Architekt die Vereinbarung einer Baukostenobergrenze, muss der Auftraggeber, der verlangt, so gestellt zu werden, als wäre diese eingehalten worden, die behauptete Vereinbarung beweisen. Berufet sich der Auftraggeber auf eine Überschreitung einer vereinbarten Baukostenobergrenze, trägt er mithin die Darlegungs- und Beweislast für die von ihm behauptete Beschaffenheitsvereinbarung.*

*Dies entspricht der Grundregelung der Beweislastverteilung, dass jede Partei, die den Eintritt einer Rechtsfolge geltend macht, die Voraussetzungen des ihr günstigeren Rechtssatzes zu beweisen hat (vgl. BGH, NZBau 2014, 555 = NJW-RR 2014, 1172 = ZfBR 2014, 676 = Bau 2014, 1773 Rn. 19; Prütting in Baumgärtel/Laumen/Prütting, Handbuch der Beweislast, 3. Aufl., Grundlagen, Kapitel 11 Rn. 20 ff.; jeweils mwN; vgl. zudem zur Baukostenobergrenze BGH, NJW-RR 1997, 850 = ZfBR 1997, 195*

*= BauR 1997, 494 [495]; OLG Stuttgart, BeckRS 2010, 01557 = BauR 2010, 1260 [1263]; Kniffka in Kniffka/Koebble, Kompendium des Baurechts, 4. Aufl., Teil 4 Ran. 17; Koebble in Locher/Koebble/Frik, HOAI, 12. Aufl., Einleitung Rn. 180).*

*Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts können die von der Rechtsprechung zu § 632 II BGB entwickelten Grundsätze zur Beweislastverteilung für den Schadenersatzanspruch wegen Überschreitung einer vereinbarten Baukostenobergrenze nicht herangezogen werden.*

*Aus dem Urteil des BGH, NJW 1980, 122 = BauR 1980, 84 [85], ergibt sich nichts anderes. Jener Entscheidung lag nicht ein Schadenersatzanspruch wegen Überschreitung einer Baukostenobergrenze, sondern die Erwägung zugrunde, dass in der Vereinbarung einer Baukostenobergrenze eine nach den Regelungen der damals geltenden Gebührenordnung für Architekten (GOA) wirksame Vereinbarung eines Parameters für die Honorarabrechnung liegen kann. Es kann dahinstehen, ob diese Erwägung unter Geltung der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (1996/2002) überhaupt weiterhin Gültigkeit haben kann, denn im Streitfall liegt eine allen Wirksamkeitsvoraussetzungen des § 4 HOAI a.F. genügende Honorarvereinbarung nicht vor.*

*Ist eine bestimmte Baukostenobergrenze vereinbart und behauptet eine der Vertragsparteien deren spätere Abänderung, trägt diejenige Partei hierfür die Beweislast, für die sich die Abänderung günstig erweisen würde. Berufet sich der Architekt auf eine nachträgliche Verständigung über eine Erhöhung der Baukostenobergrenze, hat er die von ihm behauptete Abänderung darzulegen und zu beweisen (BGH, NZBau 2003, 388 = NJW-RR 2003, 877 = ZfBR 2003, 452 = BauR 2003, 1061 [1062]; Zöller/Greger, ZPO, 31. Aufl., vor § 284 Rn. 19 mwN).*

#### Kommentierung

Auch in dieser Entscheidung, diesmal des Bundesgerichtshofs, wird klargemacht, dass die Vereinbarung einer Baukostenobergrenze durch die Bauherrenschaft darzustellen und zu beweisen ist. Allein wenn ihr dies glückt und wenn es ihr darüber hinaus noch darzustellen gelingt, dass insoweit ein Schaden eingetreten wäre, hat die Bauherrenschaft die Chance, bei Baukostenüberschreitungen Schadenersatzansprüche geltend zu machen.

RA Prof. Dr. Hans Rudolf Sangenstedt

## Haftung

### Kein Ergänzungshonorar für eine Mängelbeseitigungskontrolle im Rahmen der Objektüberwachung

1. ....; 2. ....; 3. ....; 4. ....; 5. ....

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

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

BGB §§ 634 Nr. 4, 280 Abs. 1, 249, 426; HOAI a.F. §§ 15, 73; OLG Stuttgart, Urt. v. 8.12.2015 (Az.: 10 U 132/13); BauR 10/2016, 1792 ff.

#### Aus den Gründen

*Mit Erfolg wendet sich die Berufung der Beklagten gegen die Zuerkennung der Rechnung des Büros B., das von der Klägerin mit Planung und Bauleitung hinsichtlich Heizung und Sanitär beauftragt war. Der Rechnung liegen zusätzliche Bauleitungskosten zugrunde, die aufgrund des Fassadenaustauschs angefallen sind.*

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

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

#### Kommentierung

Es müsste eigentlich leicht einsichtig sein, dass ein Ingenieur, der für Beseitigungen von Fehlern eines am Bau beteiligten Unternehmers die Objektüberwachung vornimmt, hierfür keine ergänzende Vergütung zur erwarten hat. Die gilt auch dann, wenn die Fehlerbeseitigung zu einer teilweisen Intensivierung der Objektüberwachung führt. Der Objektüberwacher hat nun einmal die Pflicht, nicht nur erkannte Ausführungsfehler der Bauherrnschaft zu erklären, sondern auch darauf hinzuwirken, dass das Bauvorhaben fehlerfrei hergestellt wird. Wenn hierzu in der Objektüberwachung erhebliche Mehrleistungen anfallen, so kann dies allein im Einzelfall zu einer höheren Kostenbasis führen, die über eine Geltendmachung von Leistungswiederholungen abzurechnen wäre. Da in diesem Fall aber die Leistungsphase 8 der HOAI noch nicht abgeschlossen war, stellen ergänzende Aufträge zur Beseitigung von Mängeln und die damit einhergehenden Kosten nicht die geeignete Kostenbasis dar, ein höheres Objektüberwachungshonorar geltend zu machen.

Der Objektüberwacher hat wie jeder am Bau Beteiligte erfolgsorientiert zu arbeiten und muss ein fehlerfreies Arbeitsergebnis auch in der Objektüberwachung abliefern.

Anders sieht die Sache aus, wenn nach Abnahme sich herausstellt, dass Nacherfüllungsarbeiten auszuführen sind, die ihrerseits objektüberwacht werden müssen und für die der ursprüngliche Objektüberwacher keinen Verursachungsbeitrag geliefert hat.

RA Prof. Dr. Hans Rudolf Sangenstedt

#### Haftung

## Mit ganzem Leistungsbild beauftragte Planer tragen Verantwortung für das ganze Bauwerk und sein Funktionieren

1. ...; 2. ...; 3. ... .

4. Der mit der Vollarchitektur für ein Neubauvorhaben beauftragte Architekt schuldet eine Planung, die unter Erforschung der konkreten Boden- und Wasserverhältnisse eine funktionstüchtige Abdichtung der unterirdischen Teile des Baukörpers gegen anstehendes Wasser sicher gewährleistet, das heißt: ein schlüssiges Abdichtungskonzept. Aus diesem muss sich eindeutig ergeben, welcher Lastfall für die Abdichtung zu berücksichtigen ist und wie unter den auf dem Grundstück anzutreffenden Boden- und Wasserverhältnissen eine dauerhaft funktionierende Abdichtung hergestellt werden soll.

5. Wenn der Architekt aus fachlichen Gründen eine Entscheidung zur Umsetzung des höchstmöglichen Abdichtungsstandards trifft (Beanspruchungsklasse 1 und Nutzungsklasse A i.S.d. Nr. 5.2 II und 5.3 II WU-Richtlinie), schuldet er gegenüber dem Auftraggeber vertraglich die planerischen Maßnahmen, die zur Erreichung dieses Standards notwendig sind. Er kann sich dann nicht darauf berufen, dass das Bodengutachten keine Anhaltspunkte für den Lastfall drückendes Wasser habe erkennen lassen.

6. Der Architekt hat seine Planungsentscheidung den weiteren an der Planung bzw. Umsetzung des Bauvorhabens Beteiligten unmissverständlich zu vermitteln. Es genügt insoweit nicht, auf die WU-Richtlinie hinzuweisen, ohne nähere Erläuterungen den Begriff „weiße Wanne“ zu verwenden und WU-Beton auszusprechen.

7. Wenn mit drückendem Wasser zu rechnen ist, muss ein Baugrundgutachten deutlich darauf hinweisen. Demgegenüber ist es Aufgabe des Architekten, dem Tragwerksplaner die Nutzungsklasse vorzugeben.

8. Die Haftung des Architekten kann nach §§ 254, 278 BGB reduziert sein, wenn der Bauherr ihm ein unzureichendes Baugrundgutachten zur Verfügung gestellt hat.

9. Zwar trifft den Architekten gerade bei besonders sensiblen und schadensträchtigen Leistungen wie Abdichtungsarbeiten eine gesteigerte Überwachungspflicht. Allerdings kann auch hier nicht gefordert werden, dass er in jedem Einzelfall den korrekten Einbau von Schwindrohren überprüft. (Leitsätze der NZBau-Redaktion)

ZPO §§ 301, 304, 538; BGB §§ 254, 278, 280 634 Nr. 4; OLG Hamm, Urt. v. 24.5.2016 (Az.: 24 U 10/14); NZBau 12/2016, 763 ff.

#### Kommentierung

Schäden am Bau sind in der Regel nicht monokausal. Es ist sogar möglich, dass den Auftraggeber, also die Bauherrnschaft selbst, ein mitwirkendes Verschulden an einem Schaden trifft. Die von der NZBau-Redaktion formulierten Leitsätze machen hier eines deutlich:

Der mit einem vollen Leistungsbild beauftragte Planer trägt die Gesamtverantwortung für ein Bauwerk und dessen dauerhaftes Funktionieren. Dies gilt umso mehr, wenn er von schwierigen

Bodenverhältnissen ausgehen muss, die er einerseits selbst planerisch berücksichtigen muss, auf die er aber andererseits die am Bau Beteiligten, also Sonderingenieure und/oder Unternehmen, hinweisen muss. Der Objektplaner ist nun einmal derjenige, der die Gesamtverantwortung am Bau trägt.

Wie dann ein Schaden nach Verschuldensgrundsätzen zu „verteilen“ ist, ergibt sich aus dem Einzelfall, die das Gericht zu bewerten hat, das sich aber regelmäßig auf jene technische Verantwortungszuordnung verlässt, die durch einen Sachverständigen festgestellt wird.

*RA Prof. Dr. Hans Rudolf Sangenstedt*

## Vergabe

### Für den Ausschluss von Folgeaufträgen reichen unter neuem Recht mehrere frühere kleine Unregelmäßigkeiten aus

1. Aus der bisherigen Leistungserbringung eines Bieters als Vorauftragnehmers gewonnene Erkenntnisse dürfen vom Auftraggeber im Rahmen der Eignungsprüfung eines Folgeauftrags berücksichtigt werden.

2. Auch wiederholte Fälle kleinerer Unregelmäßigkeiten reichen für eine negative Eignungsprognose aus.

3. Zweifel an der Eignung aufgrund festgestellter Schlechtleistungen an einem anderen Standort werden durch die beanstandungsfreie Leistungserbringung an anderen Standorten nicht ausgeräumt.

Vergabekammer Bund, Beschluss vom 18.11.2016 (Az.: VK 2-103/16);  
§ 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB; GWB a.F. § 97 Abs. 4; VOL/A 2009 § 19 EG Abs. 5.

#### Sachverhalt

Ausgeschrieben ist die Unterhaltsreinigung von Liegenschaften eines öffentlichen Auftraggebers. Der Bieter ist aktueller Auftragnehmer und bewirbt sich auf den ausgeschriebenen Folgeauftrag. Aufgrund schlechter Leistungen bei dem derzeit laufenden Auftrag fordert der Auftraggeber den Bieter auf, Zweifel in Bezug auf seine Eignung auszuräumen.

Dem Bieter wird vorgeworfen, seit Beginn der Unterhaltsreinigung im Jahr 2012 die Reinigung wiederholt mangelhaft durchgeführt zu haben; insgesamt lägen mehr als 100 Mängelrügen vor, die zu Koordinationsgesprächen und Rechnungskürzungen geführt hätten, für einzelne Liegenschaften auch zu Teilkündigungen. Der Bieter wird aufgefordert, detailliert darzulegen, wie er die ausgeschriebene Leistung ordnungsgemäß erbringen will.

Der Bieter beruft sich auf verschiedene seiner Qualitätsmanagementsysteme. Sollte es in einem Revier zu systematischen Defiziten kommen, werde der Reinigungskraft eine gewisse Zeit lang ein Coach zur Seite gestellt, wodurch das Nachschulungspotenzial genutzt werden solle; sollte auch dieses Potenzial erschöpft sein, erfolge eine Revierumsetzung der Reinigungskraft.

Der Auftraggeber erklärt, das Angebot mangels Leistungsfähigkeit nicht berücksichtigen zu wollen. In dem vom Bieter angestregten Nachprüfungsverfahren scheidet der Bieter mit allen seinen Argumenten.

#### Entscheidung

1. Der Bieter argumentiert, dass es sich bei den Mängelrügen überwiegend um Glasreinigungsleistungen gehandelt habe, bei der hier ausgeschriebenen Unterhaltsreinigung dürfe das nicht berücksichtigt werden. Zudem hätte der Auftraggeber für jedes Los eine gesonderte Eignungsprüfung vornehmen müssen, die Teilkündigungen hätten sich nur auf einzelne Lose bezogen, so dass nicht von einer insgesamt fehlenden Eignung ausgegangen werden könne.

Die Vergabekammer entscheidet, dass der Auftraggeber nicht gehalten ist, die schlechten Erfahrungen nur in den streitgegenständlichen Losen zu berücksichtigen, in denen im Vorauftragsverhältnis tatsächlich Probleme aufgetreten sind. Denn bei der Übertragung der Erfahrungen mit dem Auftragnehmer in die Prognoseentscheidung über die Eignung ist wie bei der Beurteilung von Referenzen zu verfahren. Wenn Referenzen eines anderen Auftraggebers berücksichtigungsfähig sind, gilt dies erst recht für eigene Erfahrungen – auch wenn die aus anderen Losen stammen sollten.

2. Der Bieter argumentiert, dass der Auftraggeber die Ursprungsverträge immer wieder verlängert habe und dass der Leistungsumfang durch die Aufnahme von insgesamt 19 teilweise auch größeren Objekten ständig erweitert worden sei. Der Ausschluss des Angebotes wegen fehlender Eignung sei deshalb widersprüchlich.

Die Vergabekammer lässt dieses Argument nicht gelten, weil der Auftraggeber berechtigt war, eine eventuelle zivilrechtliche Auseinandersetzung über die Teilkündigungen und die möglicherweise vergaberechtlich gebotene Erweiterung des Auftrags zu vermeiden. Die Auftragsweiterungen stünden jedenfalls der jetzt angenommenen fehlenden Eignung nicht entgegen.

3. Der Bieter weist ferner darauf hin, dass es sich bei den circa 100 Mängelanzeigen angesichts der seit 2012 erbrachten 83.300 Leistungstage um einen sehr geringen Anteil handele, nämlich um einen Anteil von 0,12 Prozent; auch die Teilkündigungen beträfen lediglich acht von 128 Objekten (sechs Prozent).

Die Vergabekammer hält dem entgegen, dass den Mängelrügen regelmäßig eine Vorgeschichte vorausgegangen sei. Auch müssten die nicht erbrachten Leistungen aufgrund der Teilkündigungen als Schlechtleistungen bewertet werden. Aus dem Umstand, dass eine Mängelrüge oder eine Minderung an einem bestimmten Tag erfolgt ist, könne nicht geschlossen werden, dass bis dahin alle erbrachten Leistungstage ordnungsgemäß erbrachte Leistungen repräsentierten.

4. Die Vergabekammer bewertet auch die Antwort des Bieters, wie er bei dem Folgeauftrag Schlechtleistungen verhindern wolle, als nicht ausreichend. Der Bieter habe nur auf bisher schon bestehende Qualitätssicherungsinstrumente verwiesen – diese hätten die Schlechtleistungen nicht verhindern können und müssten deshalb bei der Prognose über die Eignung für die Zukunft außer Betracht bleiben. Zudem sei die Antwort zu pauschal gewesen. Ein zusätzliches Aufklärungsgespräch, wie vom Bieter gefordert, habe es aus Gleichbehandlungsgründen nicht geben dürfen. Der Auftraggeber müsse sich neutral verhalten und dürfe den Bieter nicht zur Abänderung seines Leistungskonzeptes oder eventueller Verbesserung von Maßnahmen anhalten.

5. Der Bieter hält den Ausschluss seines Angebotes für nicht verhältnismäßig, weil es sich um Ausreißer gehandelt habe und keine erhebliche oder fortdauernd mangelhafte Leistung vorläge.

Die Vergabekammer folgt aus dem Vergleich mit den Leistungen anderer Auftragnehmer, dass es sich nicht nur um einen Ausreißer, sondern um eine dauerhafte und gravierende mangelhafte Leistungserbringung gehandelt habe. Die Vergabekammer könne den Auftraggeber nicht verpflichten, sehenden Auges das von ihm festgestellte Risiko eingehen zu müssen.

6. Auch dass der Ausschluss des Bieters faktisch eine Auftragsperre darstelle, führe nicht zur Rechtswidrigkeit des Angebotsausschlusses, so die Vergabekammer. Der Bieter habe es für zukünftige Vergabeverfahren selbst in der Hand, durch eine ausreichende Darstellung von geeigneten personellen, technischen und/oder organisatorischen Maßnahmen eine Selbstreinigung nachzuweisen, sodass der jeweilige öffentliche Auftraggeber davon ausgehen kann, dass Schlechtleistungen bei zukünftigen Vertragsbeziehungen vermieden werden können.

#### Praxishinweis

Die Besonderheit dieser Entscheidung liegt darin, dass die Vergabekammer die Streitigkeit nicht nur nach dem geltenden alten Vergaberecht beurteilt; sie prüft vielmehr ergänzend, wie die Entscheidung nach neuem Vergaberecht ausfallen müsste – und gelangt zu dem gleichen Ergebnis.

Paragraf 124 Absatz 1 Nummer 7 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) setzt nicht voraus, dass ein vollständiger Abbruch der vertraglichen Beziehungen erfolgen muss, um eine mangelhafte Auftragsbefriedigung in einem späteren Verfahren eigens verneinend berücksichtigen zu können. Im Gegenteil lässt dieser auch bloße Schadensersatzforderungen, Nachbesserungsverlangen oder Rechnungskürzungen ausreichen, sodass gegen die Fortführung auch problembehafteter Vertragsbeziehungen für problemlos abgewickelte Objekte grundsätzlich keine Bedenken bestehen.

Auch unter Geltung des neuen Rechts ist es also nicht erforderlich, dass dem Auftragnehmer eine vollkommen untaugliche Leistungserbringung attestiert wird. Vielmehr reichen auch wiederholte Fälle kleinerer Unregelmäßigkeiten aus, um eine negative Eignungsprognose zu rechtfertigen. Nach dem Willen des Gesetzgebers reichen nach neuem Vergaberecht in einer Vielzahl von Fällen auch Rechnungskürzungen und Nachbesserungen aus und genügen für den Angebotsausschluss.

Die Hoffnung vieler Auftragnehmer, aus ihrem Status als Auftragnehmer des bisherigen Vertrages Vorteile für die Ausschreibung des Folgeauftrages ziehen zu können, kann sich also ganz schnell ins Gegenteil verkehren. Bereits wiederholte Fälle kleinerer Unregelmäßigkeiten reichen künftig für eine negative Eignungsprognose aus.



**Autor**



Rechtsanwalt Oliver Wehrauch

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

#### Schadenfall

## Regenwasserschäden wegen untauglicher Fensteranlage und Nichtbeachtung von Einbauregeln des Fensterherstellers

#### Sachverhalt

Mit dem vorliegenden *Schadenfall* greifen wir, um den weiteren prozessualen Verlauf und die diesbezügliche sachverständige Beurteilung aufzuzeigen, auf einen *Schadenfall* zurück, den wir in der Ausgabe 7/8 2012 des INGLetters auf Seite 9 veröffentlicht hatten\*: „Schaden durch eindringendes Regenwasser über eine Fensterfassade aufgrund unzureichender Bildung eines Expositionsszenarios zur Einbausituation der Fensteranlage“.

Zur einleitenden Erläuterung sei kurz aus dem damaligen *Schadenfall* bericht zitiert:

*Im Zuge einer Neubaumaßnahme einer Wohnanlage sollte eine circa 65 Quadratmeter große Fensterfront den gemeinsamen Eingangsbereich zweier Häuser verglasten. Eine identische Anlage wurde auf der rückwärtigen Seite des Objektes vorgesehen und ebenso wie die straßenseitige Anlage errichtet. Zur Ausführung wählte der Fensterhersteller eine Kopplung verschiedener Fensterelemente, die im Brüstungsbereich aus festverglasteten und im darüber liegenden Bereich aus beweglichen Dreh-Kipp-Elementen bestanden. In der erdgeschossigen Ebene ergaben sich zusätzliche Türelemente, die sich der verglasten Gesamtstruktur anpassten. Schon kurze Zeit nach Errichtung der Anlage zeigten sich Feuchteschäden an den Innenwänden des Gebäudes und im unter der Fensteranlage liegenden Kellergeschoss.*

Wie schon 2012 berichtet, sind beim Einbau von Fenstern und Fensteranlagen diverse bauphysikalische Grundlagen zu beachten. Beispielhaft sind Temperaturwechsel, Regen, Wind aber auch Raumluftbedingungen, beispielsweise Raumluftfeuchte und Temperaturen, sowie Längen- und Formänderungen und das Eigengewicht des Bauteils zu nennen. Auch könnten sich Kräfte aus der Nutzung und Bewegungen aus dem Bauwerk selbst ergeben. Selbstverständlich spielen auch Schlagregensicherheit, die Himmelsrichtung und weitere Betrachtungspunkte eine Rolle bei der Beurteilung der Einbausituation.

Im vorliegenden Fall wurde die Fensteranlage durch einen ersten Sachverständigen für Gebäudeschäden untersucht. Er betrachtete die Anschlusssituationen der Fensteranlage, vertiefte aber die Frage der statischen Situation der Anlage nicht, und zwar aufgrund der Tatsache, dass es sich – bedingt durch die Größendimensionen – um eine Fensterwand oder Fassade handelt. Die wichtige Frage der Gebrauchstauglichkeit wurde nicht behandelt.

#### Ursachen und Zusammenhänge

Wie nun der erforderliche zweite Sachverständige feststellt, handelt es sich eindeutig *um eine Fassadenkonstruktion und nicht um den einfachen Einbau von zugelassenen Fenster- oder Türelementen in eine feste Rohbaukonstruktion* (siehe Abbildung 1).

Der öbv Sachverständige Dipl.-Ing. (FH) Guido Strasser (München) schrieb zu dieser Situation („Kunststofffenster Statik“, April 2010), dass *für Fensterwände eine Statik erforderlich ist, wenn auch die hierfür maßgebende Norm DIN 18056: 1966-06*

\*[https://www.hdi.de/downloads/de/freiberufler/service/ratgeber/ingletter/docs\\_ingletter/Ingletter\\_07-08\\_2012\\_neu.pdf](https://www.hdi.de/downloads/de/freiberufler/service/ratgeber/ingletter/docs_ingletter/Ingletter_07-08_2012_neu.pdf)



Abb. 1: Ausschnitt der Fassadenkonstruktion

*(Fensterwände-Bemessung und Ausführung) zwischenzeitlich als überholt anzusehen ist, findet sich ein entsprechender Bezug auf diese Norm in der VOB (s. DIN 18360: 2002-12, Metallbauarbeiten). Gemäß DIN 18056 sind Fensterwände Fensterelemente mit einer Fläche > 9 m<sup>2</sup>, wobei die kürzere Seitenlänge > 2 m ist. Werden Fensterwände ausgeführt, sind auch die Befestigungen statisch nachzuweisen und sind deshalb nur bauaufsichtlich zugelassene Befestigungsmittel zu verwenden.*

Dieser Betrachtung ist der zweite Sachverständige, wie oben beschrieben, gefolgt.

Durch das zweite Sachverständigengutachten wird deutlich, dass der geschuldete statische Nachweis nicht erbracht und die Fassadenkonstruktion (und nicht eine einfache Fensteranlage) ohne eine prüffähige statische Berechnung eingebaut worden war.

Für den Sachverständigen hat sich herauskristallisiert, dass der entscheidende Fehler der Fenster-/Fassadenanlage die fehlende Gebrauchstauglichkeit ist, wie auch schon im Schadenfall 2012 ausgeführt. Die Gebrauchstauglichkeit der Fassadenkonstruktion ist in diesem Fall in Frage zu stellen.

Nach Landesbauordnung NW (§ 3,2 und § 20) dürfen Bauprodukte nur verwendet werden, wenn sie für den Verwendungszweck geeignet sind, eine CE Kennzeichnung haben und Klassen und Leistungsstufen ausweisen. Wie wir 2012 schon ausgeführt hatten, verweist auch der zweite Sachverständige auf das Institut für Fenstertechnik (ift Rosenheim) als notifizierte Stelle und bauaufsichtliche Prüfstelle für Fenster und Außentüren.

Er beschreibt weiter, dass

*um die Eignung festzustellen, Kunststofffenster im Labor unter wirklichkeitsnahen Bedingungen umfangreichen Eignungstests unterzogen werden, bei denen u. a. verschiedene Qualitäten der Schlagregendichtheit und des Widerstandes gegen Windlast bescheinigt werden. Die hohe Qualität und Akzeptanz der baurechtlichen Nachweise des ift Rosenheim sichern die Anerkennung der Ergebnisse zur nationalen Zulassung, zur Zustimmung im Einzelfall und zur europaweiten CE-Kennzeichnung.*

Hieraus wird deutlich, dass die Fensterelemente rundum linienförmig befestigt werden müssen. Um die Zulassung der Elemente zu erzielen, ist es ebenfalls zwingend notwendig, die Montagerichtlinien des Herstellers einzuhalten.

Im vorliegenden Fall ist in den Montagerichtlinien eine linienförmige Befestigung vorgeschrieben, die als wesentliche Einbausituation einzuhalten ist.

Die Richtlinien beschreiben eine umlaufende Befestigung der Blendrahmen der Elemente in einem Abstand von 700 Millimetern und zusätzlich, wenn Elemente über mehrere Geschosse reichen, eine linienförmige Befestigung der Blendrahmen in jedem Geschoss. Eine solche vorgeschriebene Befestigung wurde nicht vorgefunden, womit eindeutig festgestellt werden konnte, dass die Gebrauchstauglichkeit der Fassadenkonstruktion nicht gegeben ist.

Somit kommt der zweite Gutachter zu dem Schluss, dass eine insgesamt mangelhafte Anlage vorliegt.

Wenn eine Gebrauchstauglichkeit nicht gegeben ist, kann man sicherlich unzweifelhaft von einem gravierenden Mangel sprechen, der beispielsweise unter anderem eine Abnahmeverweigerung nach sich ziehen kann.

Ist eine Fassadenanlage zu gebrauchen, die nachweisbar nicht gebrauchstauglich ist?

Die fehlerhafte Gebrauchstauglichkeit (und hier schließt sich der Kreis zum Schadenfall aus dem Jahr 2012) findet sich letztendlich auch in der Regenwasserbelastung, die aufgrund der nicht den Herstellerrichtlinien entsprechend montierten Anlage vorliegt.

Die Folge der fehlenden Gebrauchstauglichkeit lässt sich aus der Skizze in Abbildung 2 ablesen (siehe dazu auch den Schadenfall im INGLetter 7/8 August 2012).

Gleichzeitig wurden Wasserversuche (Abbildung 3) durchgeführt, die verdeutlichen konnten, dass das auf der Fassade auftreffende Schlagregenwasser durch die horizontalen und vertikalen Profile bis auf die Betonplatte ab- und damit unerwünscht in die inneren Hausbereiche geleitet wird (Abbildung 4).

Dementgegen zeigten die Wasserversuche, dass die bodenseitigen Anschlüsse dem Schlagregenwasser hervorragend standhielten.

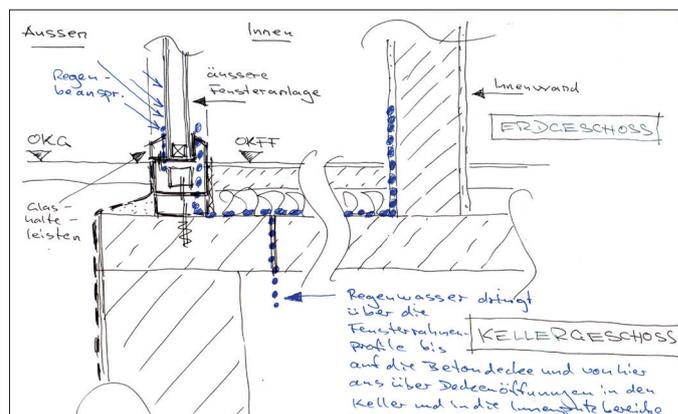


Abb. 2: Skizze zur Wegführung der eindringenden Regenwassermengen



Abb. 3: Wasserversuche zeigten, dass das auf der Fassade auftreffende Schlagregenwasser durch...



Abb. 4: ... Profile bis auf die Betonplatte ab- und damit in die inneren Hausbereiche geleitet wird.

### Schlussbetrachtung

Zusammenfassend sind folgende Ergebnisse als relevant für die Beurteilung zu nennen,

- Nichteinhaltung der Montagerichtlinien des Herstellers,
- geografische Lage des Gebäudes; eingeordnet in die Beanspruchungsgruppe III mit einer starken Schlagregenbeanspruchung (Jahresniederschlagsmengen über 800 Millimeter) – beschrieben im *Schadenfall* aus 2012),
- Größe der Fensteranlage = Fensterwand/Fassadenkonstruktion,
- fehlender statischer Nachweis der Fassadenkonstruktion,

was letztendlich zur schon oben beschriebenen Einordnung als „nicht gebrauchstauglich“ führen musste.

Der Schadenfall mit einer geschätzten Schadenssumme von rund 65.000 Euro zeigt, dass nach circa fünf Jahren prozessualer Auseinandersetzung und zwei Sachverständigengutachten die Suche nach der Schadenursache trotz offensichtlicher Mängel (fehlende Berücksichtigung der Montagerichtlinien des Herstellers) zu einer letztendlich fachlich korrekten Einschätzung führen kann.

#### Autor



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

#### Autor



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

### Büro

## Partnerschaftsgesellschaften sind nur zwischen Beratenden Ingenieuren und Architekten möglich

In Niedersachsen ist die Bildung einer Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung unter Beteiligung von Ingenieuren, die nicht Beratende Ingenieure sind, unzulässig, weil das Niedersächsische Ingenieurgesetz die nach Paragraph 8 Absatz 4 des Partnerschaftsgesellschaftsgesetzes (PartGG) geforderte gesetzlich vorgegebene Berufshaftpflichtversicherung nur für Partnerschaftsgesellschaften Beratender Ingenieure vorsieht (§ 7 Abs. 2 NInG).

PartGG § 8 Abs. 4; NInG § 7 Abs. 2;  
OLG Celle, Beschl. v. 4.8.2016 (Az.: 9 W 103/16);  
BauR 12/2016, 2127 f.

### Aus den Gründen

*Zu Recht hat das Registergericht darauf abgestellt, dass die berufsrechtlichen Voraussetzungen des § 8 Abs. 3 und 4 PartGG für die Eintragung einer PartGmbH insoweit nicht vorliegen, als der Beteiligte zu 3 keine zum Zweck einer beschränkten Berufshaftung durch Gesetz vorgegebene Berufshaftpflichtversicherung unterhält. Eine derartige Haftpflichtversicherung ist vom niedersächsischen Gesetzgeber lediglich für PartGmbH Berater der Ingenieure vorgeschrieben (§ 7 Abs. 2 NInG.). Der Beteiligte zu 3 ist kein Beratender Ingenieur. Dass hinsichtlich der Beteiligten zu 1 und 2 – als Architekten – die Voraussetzungen der Eintragung einer PartGmbH dagegen vorliegen, weil insoweit in Niedersachsen eine Berufshaftpflichtversicherung vorgesehen ist (§ 4 Abs. 2 und 4 NArchG), genügt nicht. Die Eintragung einer PartGmbH, hinsichtlich der nicht für alle Partner die Unterhaltung einer Berufshaftpflichtversicherung gesetzlich vorgeschrieben ist, kommt nicht in Betracht.*

*Entgegen der Auffassung der Beschwerde vermag der Umstand, dass der Beteiligte zu 3 – ohne eine gesetzliche Verpflichtung – eine Berufshaftpflichtversicherung abgeschlossen hat, die Eintragung nicht zu rechtfertigen. Abgesehen davon, dass der Wortlaut des § 8 Abs. 4 PartGG ausdrücklich eine durch Gesetz vorgegebene Berufshaftpflichtversicherung erfordert, kann eine freiwillig abgeschlossene (und damit ohne Verstoß gegen*

gesetzliche Vorschriften kündbare) Versicherung dem durch § 8 PartGG bezweckten Verbraucherschutz nicht in gleicher Weise genügen. Die durch Gesetz gesicherte Pflichtversicherung stellt gleichsam den Preis für die Ermöglichung der Haftungsbeschränkung dar.

#### Kommentierung

Mit dieser Entscheidung des Oberlandesgerichts Celle betreffend die Gründung von Partnerschaftsgesellschaften mit beschränkter Haftung folgt das Oberlandesgericht den schon vorliegenden Entscheidungen des Oberlandesgerichts Hamm (Beschluss vom 30.7.2015, Az.: 27 W 70/15) und einer Entscheidung des Oberlandesgerichts Zweibrücken (Beschluss vom 12.12.2014, Az.: 3 W 115/14) wonach Partnerschaftsgesellschaften, über die die Berufshaftung eingeschränkt werden kann, nur von freiberuflichen Partnern geschlossen werden können, die auf gesetzlicher Grundlage eine Berufshaftpflichtversicherung abschließen müssen.

Dies ist nach wie vor nicht der Fall für Ingenieure, die zwar freiberuflich tätig sein können aber nicht unter die Definition des Beratenden Ingenieurs fallen, die in allen Ingenieurgesetzen fast gleichlautend die Unabhängigkeit von Hersteller- und Handelsinteressen festschreibt. Hieran knüpft die Berechtigung zur Führung der Berufsbezeichnung Beratender Ingenieur an. Nur für Beratende Ingenieure hat der Gesetzgeber eine umfassende Pflichtversicherung vorgeschrieben, unabhängig davon, dass jeder freiberufliche Ingenieur dringlich darauf achten muss, versichert zu sein gegen falsche berufliche Entscheidungen.

RA Prof. Dr. Hans Rudolf Sangenstedt

#### Büro

## Mängel an einer fehlerhaft installierten Solaranlage auf einem Stalldach verjähren nach zwei Jahren

1. Eine auf dem Dach eines Stallgebäudes installierte Fotovoltaikanlage stellt kein Bauwerk dar, unabhängig davon, ob der Stall noch als solcher genutzt wird, ob sich Teile der Anlage im Inneren des Gebäudes befinden und ob eine Demontage Eingriffe in die Bausubstanz erfordern würde.

2. Beschädigungen der zuvor bestehenden Bausubstanz im Zuge der Installationsarbeiten können gegebenenfalls eine vertragliche Mängelhaftung, nicht aber eine deliktische Haftung begründen (hier: Dachschäden durch Verschraubung der Anlagenelemente an falscher Stelle).

3. Das arglistige Verschweigen eines Mangels setzt voraus, dass der Leistende sich des Mangels bewusst ist.

4. Ein zur Verjährungsverlängerung führendes Organisationsverschulden ist nur dann anzunehmen, wenn der Werkunternehmer durch die gewählte Organisation bewusst den Vorwurf der Arglist vermeiden will, etwa indem er ungeeignetes Personal einsetzt, und sich der Erkenntnis von Mängeln bewusst verschließt.

(Leitsätze der Redaktion)

BGB §§ 438 I Nr. 2, 634 a I Nr. 2,3;  
OLG Schleswig, Hinweisbeschluss vom 26. August 2015  
(Az.: 1 U 154/14);  
NJW-RR 5/2016, 266 ff.

#### Aus den Gründen

Das Landgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen, weil vertragliche Ansprüche wegen Verjährung nicht durchsetzbar wären und es für einen Deliktsanspruch an einer Eigentumsverletzung fehlt. Das Landgericht ist zu Recht davon ausgegangen, dass die Verjährungsfrist längstens drei Jahre nach 634 a I Nr. 3 BGB betrug und vor Einleitung des selbstständigen Beweisverfahrens abgelaufen ist. Gleich, ob Kaufvertragsrecht oder Werkvertragsrecht zur Anwendung kommen, war eine fünfjährige Verjährungsfrist nach § 438 I Nr. 2 bzw. § 634 a I Nr. 2 BGB nicht eröffnet, weil es sich bei der Fotovoltaikanlage nicht um ein Bauwerk handelt.

Ein Bauwerk ist eine unbewegliche, durch die Verbindung mit dem Erdboden hergestellte Sache. Erfasst werden auch Leistungen, die der Herstellung, Erneuerung oder dem Umbau eines Gebäudes dienen, wenn sie für Konstruktion, Bestand, Erhaltung oder Nutzbarkeit des Gebäudes von wesentlicher Bedeutung sind.

Eine auf dem Dach eines Gebäudes installierte Fotovoltaikanlage stellt kein Bauwerk dar, da es an der eigenen Verbindung zum Erdboden mangelt und sie keine wesentliche Bedeutung für Konstruktion, Bestand, Erhaltung oder Nutzbarkeit des Gebäudes hat (BGH, NJW 2014, 845 = NZBau 2014, 558 = NZM 2014, 407 = ZfBR 2014, 137 Rn. 19,21; OLG Oldenburg, Urteil vom 22.1.2013 - 2 U 47/12, BeckRS 2013, 12866; OLG München, Urteil vom 14.1.2014 - 28 U 883/13, BeckRS 2014, 15186 Rn. 43, 62; OLG Naumburg, NJW-RR 2014, 842 = NZBau 2014, 560 = NZM 2014, 598; OLG Saarbrücken, Urteil vom 23.4.2014 - 1 U 18/13, BeckRS 2014, 18677 Rn. 19; OLG Köln, Urteil vom 28.5.2014 - 2 U 107/13, BeckRS 2014, 21849 Rn. 42 ff.).

So liegt es auch hier. Die Fotovoltaikanlage hat keine eigene Verbindung zum Erdboden und dient damit nicht der Herstellung oder Nutzung des Stalles. Sie dient allein dem Zweck, eine Einnahmequelle zu schaffen und ist lediglich aus Zweckmäßigkeitserwägung auf dem Stalldach installiert worden, weil dieses nach Größe und Lage am besten geeignet schien. An diesen Umständen ändert sich nichts, wenn der Stall kaum noch als solcher genutzt werden sollte oder wenn sich Teile der für den Betrieb der Anlage notwendigen Einrichtungen in seinem Inneren befinden. Auch dass sich die Module gegebenenfalls schwer anderweitig verwenden ließen oder dass es zur Montage und Demontage der Anlage eines Eingriffs in die Gebäudesubstanz bedarf, macht die Anlage selbst nicht zu einem Bauwerk. Daher ist es auch ohne Bedeutung, dass es wegen der Eingriffe in die Gebäudesubstanz, die gegebenenfalls erst später bemerkbar werden und erhebliche Schäden nach sich ziehen können, ein Bedürfnis für eine längere Verjährungsfrist geben kann.

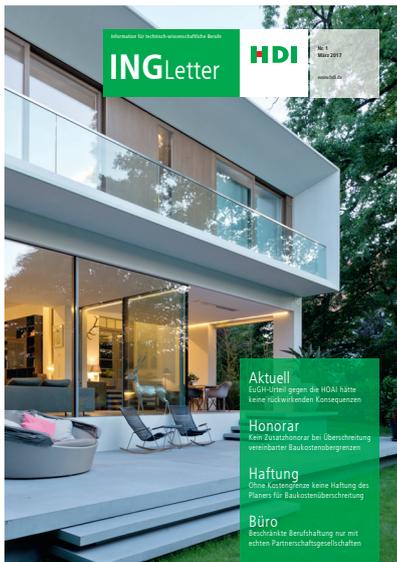
#### Kommentierung

Genau wie schon das Oberlandesgericht München (OLG München, Urteil vom 9. Juli 2015, Az.: 14 U 91/15; NZBau 1/2016, 35 ff.; siehe auch INGLetter Mai 2016, Seite 15), argumentiert auch hier das Oberlandesgericht Schleswig. Auch dieses erklärt, die Montage einer Fotovoltaikanlage auf einem Objekt, (hier: auf einem Stall) unterläge der kaufvertraglichen Verjährungsfrist von zwei Jahren, nicht aber der Gewährungsfrist für Bauleistungen. Die Installation einer Fotovoltaikanlage auf einem Stalldach, selbst wenn sie einen Eingriff in die Bausubstanz notwendig machte, um sie sicher auf dem Dach zu befestigen, wäre vom Ergebnis her keine Bauleistung, denn sie dient nicht dem Objekt selber, sondern orientierte sich allein daran, an welcher Stelle des Daches der größtmögliche Lichteinfall zu erwarten sei um hierüber als Einnahmequelle für die Bauherrenschaft zu dienen. Dies aber reiche nicht, um die Anlage selbst zu einem Teil des Bauwerks werden zu lassen mit der Konsequenz, dass eine fünfjährige Gewährleistung ausgeschlossen sei.

RA Prof. Dr. Hans Rudolf Sangenstedt

# Infomaterial bestellen

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



## Online-Service



**HDI INGLetter**  
Das umfangreiche INGLetter-Archiv  
zum Nachlesen.  
→ [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)

## Ihre Zukunft in besten Händen.

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

## i Impressum

### INGLetter

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

### Herausgeber

Nicole Gustiné, Verkaufsförderung Firmen/Freie Berufe  
HDI Vertriebs AG, HDI-Platz 1, 30659 Hannover  
Telefon: +49 511 645-3661, PC-Fax +49 511 645-1113661  
E-Mail: [nicole.gustine@hdi.de](mailto:nicole.gustine@hdi.de), [www.hdi.de](http://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](mailto:sangenstedt@caspers-mock.de), [www.caspers-mock.de](http://www.caspers-mock.de)

**Redaktion:** Klaus Werwath, E-Mail: [redaktionsbuerowerwath@t-online.de](mailto: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](mailto:info@Dr-A-Busch.de)

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