

Informationen für technisch-wissenschaftliche Berufe

# ING Letter

## Inhalt

<b>Aktuell</b>	2
<b>Honorar</b>	2
<b>Haftung</b>	6
<b>Vergabe</b>	9
<b>Schadenfall</b>	10
<b>Büro</b>	13
<b>Sachverständige</b>	14
<b>Buchbesprechung</b>	15

### Aktuell

Bauvorlageberechtigungen und Nachweisberechtigungen bundesweit vereinheitlichen 2

### Honorar

Die Wirksamkeit einer Honorarvereinbarung unterhalb des HOAI-Mindestsatzes 2

Treuwidrigkeitsentscheidung: Wirksamkeit einer Pauschalhonorarvereinbarung 4

Architektenhonorar für nicht erbrachte Leistungen nach Vertragsaufhebung 5

Architektenhonorar für eine als nicht genehmigungsfähig sich erweisende Planung 6

### Haftung

Anerkannte Regeln der Technik und der übliche Schallschutz 6

Vorgabe des Bauträgers zum zu niedrigen Schallschutz: Haftung eines Architekten 7

Haftung und fehlerhafte Kostenermittlung 8

### Vergabe

Zusammenrechnung aufgeteilter Honorare 9

### Schadenfall

Ermittlung der monetären Schadenhöhe bei Insolvenz eines Generalunternehmers 10

### Büro

Unerlaubte Verwendung von statistischen Berechnungen 13

### Sachverständige

Parteilichkeit der Sachverständigen 14

### Buchbesprechung

Sichere Vergabe 15

VOB-Kommentar 15

Impressum 15

InfoService 16

## Aktuell

## Bauvorlageberechtigungen und Nachweisberechtigungen bundesweit vereinheitlichen

Mit der Schaffung der Architekten- und Ingenieurkammern in den 60er- und 90er-Jahren des vorherigen Jahrhunderts gingen die Erwartungen einher, einerseits Bauaufgaben auf qualifizierte Architekten und Ingenieure übertragen zu können, andererseits hierüber die gestalterische und technische Qualität von Planungen zu erhöhen und gleichzeitig die Bauplanungs- und Bauordnungsinstitutionen spürbar zu entlasten.


Die Errichtung der 2 mal 16 Kammern für Architekten und Ingenieure hat auch Privatisierungschancen, konnten doch nun bauplanungsrechtliche und bauordnungsrechtliche Aufgaben einem Personenkreis überantwortet werden, dessen Qualifikation die Gesetzgeber in die Kammergesetze schrieben.

Was dabei wohl nicht ausreichend bedacht worden war, das ist, dass das Planen und Bauen nicht an der jeweiligen Landesgrenze haltmacht, dass die notwendigen rechtlichen Überwachungsinstrumentarien der Kammern über ihre Mitglieder aber trotzdem an just diesen Landesgrenzen endeten.

Die Konsequenz war, dass ursprünglich ein Planer zwar berechtigt war, beispielsweise in Minden Bauvorlagen einzureichen, nicht aber in Holzminden, oder in Ulm, nicht aber in Neu-Ulm, oder in Mehlem (bei Bonn), nicht aber in Remagen usw.

Dieser kontraproduktive Zustand ist zum Glück überwiegend beseitigt worden durch Änderungen der jeweiligen Landesbauordnungen oder der einschlägigen Kammergesetze.

Die Hoffnung auf eine einheitliche Bauvorlage aber oder auf ein einheitliches System für die bautechnischen Nachweise, ist bis heute nicht erfüllt. Obwohl Straßen, Brücken, Häuser, Tunnel usw. von Flensburg bis Garmisch Partenkirchen nach den jeweils gleichen naturwissenschaftlichen Gesetzen stehen oder fallen und obwohl diejenigen, die diese Objekte planen, ihre Qualifikation auch nicht nur bundesrepublikanisch einheitlich, sondern sogar auch europaweit erlangt haben können, liegt die Berechtigung zur Ausübung ihres Berufes, soweit es um genehmigungs- oder anzeigenbedürftige Tatbestände geht, noch immer im Argen.

@	Autor
	<p>RA Prof. Dr. jur. Hans Rudolf Sangenstedt</p> <p>caspers mock Anwälte Bonn, Koblenz, Frankfurt, Köln, Saarbrücken E-Mail: <a href="mailto:bonn@caspers-mock.de">bonn@caspers-mock.de</a></p>

Ein einheitliches gesetzliches System, nach dem ein einmal als qualifiziert erkannter Planer diese Planberechtigung – gleichgültig ob gestaltende Planberechtigung oder technische Planberechtigung – quer durch die Bundesrepublik hat, ist bislang nicht in Sicht, geschweige denn realisiert.

Während die meisten anderen Freien Berufe, ihnen voran die Ärzte und Anwälte, ihren Beruf unabhängig von der hierzu notwendigen jeweiligen Registrierung bei einer Kammer bundesweit, ja sogar unter Berücksichtigung der Dienstleistungsfreiheit europaweit ausüben dürfen, hakt es im System der Bauvorlage und der Nachweisberechtigung noch erheblich.

So kann zum Beispiel ein in Nordrhein-Westfalen nachweisberechtigter Ingenieur keine bautechnischen Nachweise erbringen in Rheinland Pfalz.

Grund: Dort ist eine Kammermitgliedschaft notwendig, in Nordrhein-Westfalen lediglich die Mitgliedschaft in einer nachweisberechtigten Liste ohne Mitgliedschaft in der Kammer selbst.

Konsequenz: Kein Kammermitglied in Nordrhein-Westfalen zu sein, heißt: keine Ingenieur-Nachweisberechtigung in Rheinland Pfalz zu haben. Dass diese Ungereimtheit kein Einzelfall ist, ist zu vermuten.

Aufgerufen sind die Dachorganisationen der Architekten- und Ingenieurkammern, nämlich die Bundesarchitektenkammer und die Bundesingenieurkammer, endlich Systeme zu entwickeln und durchzusetzen, die nicht die Berufsausübungsfreiheit behindern.

Ein modernes Kammersystem muss dazu genutzt werden, Hindernisse für die Berufe abzubauen, nicht zu pflegen. Kammern sind kein Selbstzweck. Ihre Akzeptanz wird durch die Förderung ihrer Mitglieder erhöht. Diese Förderung muss länderübergreifend erfolgen, sonst hat sie keinen Sinn.

## Honorar

## Die Wirksamkeit einer Honorarvereinbarung unterhalb des HOAI-Mindestsatzes

1 Ein Ausnahmefall in Form enger wirtschaftlicher Beziehung kann nicht allein daraus hergeleitet werden, dass ein Ingenieur als Nachunternehmer über längere Zeit eine Vielzahl von Aufträgen zu einem unter dem Mindestsatz liegenden Pauschalhonorar ausführt.

2. Einem Ingenieur kann es in Ausnahmefällen nach Treu und Glauben untersagt sein, nach Mindestsätzen abzurechnen, wenn er durch sein Verhalten ein besonderes Vertrauen des Auftraggebers dahin erweckt hat, er werde sich an die unter dem Mindestsatz liegende Pauschalvereinbarung halten.

BGB § 242; HOAI a. F. § 4 II  
 BGH, Urteil vom 27.10.2011 – VII ZR 163/10 (OLG Stuttgart)  
 NZBau 3/2012, 174 ff. = BauR 2/2012, 271 ff.

#### **Aus den Gründen:**

*Es ist nicht erkennbar, dass der Vertrag zwischen den Parteien sich signifikant von den üblichen Vertragsverhältnissen unterscheidet. Die vom Berufungsgericht angeführten Umstände legen zum Teil die Prüfung nahe, ob die Klägerin gegen Treu und Glauben verstößt, wenn sie das nach den Mindestsätzen der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure berechnete Honorar verlangt. Es sind jedoch keine Umstände, die einen Ausnahmefall belegen.*

*Ein solcher Ausnahmefall lässt sich nicht daraus herleiten, dass die Parteien seit 2003 bereits siebzehnmals zusammengearbeitet und jeweils auf der Basis einer Pauschalhonorarvereinbarung abgerechnet haben. Dabei kann davon ausgegangen werden, dass das Angebot pauschaler Abrechnung von der Klägerin kam und diese mit ihrem Angebot auf laufende Zusammenarbeit ein Honorar vorgeschlagen hat, das sich nicht an den Berechnungsparametern der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure orientierte, sondern die Möglichkeit, wenn nicht sogar die Wahrscheinlichkeit, einer Mindestsatzunterschreitung barg.*

*Die wiederkehrende Zusammenarbeit von Ingenieuren in der Weise, dass der eine Ingenieur einen anderen als Nachunternehmer beauftragt, ist keine ungewöhnliche Zusammenarbeit, sondern eine übliche Vertragsgestaltung.*

*Auch in diesen Fällen verdient der als Nachunternehmer eingesetzte Ingenieur den Schutz, den ihm die Honorarordnung für Architekten und Ingenieure dadurch verschafft, dass eine Honorarvereinbarung grundsätzlich nur dann wirksam ist, wenn sie schriftlich bei Auftragserteilung im Rahmen der durch die Verordnung festgesetzten Mindest- und Höchstsätze getroffen wird (§ 4 I HOAI (vgl. Locher/Koebler/Frik, HOAI, 10. Aufl., § 7 Rdnr. 120 a.E.)).*

*Auch der als Nachunternehmer tätige Ingenieur muss davor geschützt werden, dass er unter dem Druck des Wettbewerbs einen nicht auskömmlichen Preis anbietet. Das ist die gesetzgeberische Intention (vgl. BVerfG, NZBau 2006, 121 = NJW 2006, 495 = BauR 2005, 1946 [1948]), wobei es grundsätzlich nicht darauf ankommt, ob das Honorar im konkreten Fall noch auskömmlich ist oder wie hoch die Mindestsatzunterschreitung ist.*

*Ob etwas anderes gilt, wenn der als Nachunternehmer eingesetzte Ingenieur auf Grund eines Rahmenvertrags arbeitet, der ihm sonstige Vorteile bringt, muss nicht entschieden werden. Einen solchen Vertrag haben die Parteien nicht geschlossen. ...*

*Darüber hinaus ist dem Architekten und Ingenieur in Ausnahmefällen aber auch dann nach Treu und Glauben die Abrechnung nach Mindestsätzen untersagt, wenn er durch sein Verhalten ein besonderes Vertrauen des Auftraggebers dahin erweckt hat, er werde sich an die Pauschalvereinbarung*

*halten. Ein solches besonderes Vertrauen wird nicht allein dadurch begründet, dass ein Architekt oder Ingenieur bereit ist, einen Vertrag unterhalb der Mindestsätze abzuschließen oder ob er diesen Vertrag schließlich auch nach der getroffenen Pauschalvereinbarung abrechnet.*

*Es kann aber dadurch entstehen, dass der Architekt oder Ingenieur nicht nur einen, sondern in einer ständigen Geschäftsbeziehung eine Vielzahl von Verträgen mit dem Auftraggeber mit Preisvereinbarungen unter den Mindestsätzen abgeschlossen hat und ihm bei verständiger Sichtweise nicht verborgen bleiben kann, dass sich der Auftraggeber auf Grund dieser Geschäftspraxis bei der Gestaltung seiner Verträge mit seinen Auftraggebern auf die Einhaltung der Pauschalabrede verlässt. Denn es macht einen Unterschied, ob ein Auftragnehmer nur gelegentlich mit dem Auftraggeber einen Vertrag unterhalb der Mindestsätze abschließt oder er in ständiger Geschäftsbeziehung so verfährt. Diese Beständigkeit kann einen eigenen Vertrauenstatbestand begründen, der hier in Betracht kommt.*

*Allerdings fehlen Feststellungen dazu, dass auch in den anderen Verträgen die Mindestsätze der HOAI unterschritten worden sind oder eine solche Unterschreitung jedenfalls in Kauf genommen worden ist, was ausreichen könnte.*

#### **Kommentierung:**

Die Ausnahmefallentscheidung des Bundesgerichtshofs betrifft zuerst einmal nicht die Frage, ob nach § 242 BGB (Treu und Glauben) ein Minderhonorar vereinbart worden ist, sondern allein die Frage, ob nach § 2 Abs. 2 HOAI a.F. bzw. § 7 Abs. 2 HOAI ein Ausnahmefall vorliegt, nach dem die HOAI-Mindestsätze bei entsprechender formwirksamer vertraglicher Vereinbarung unterschritten werden dürfen.

Diese Frage, die konkret vom Kläger, also hier vom Auftraggeber, mit dem Hinweis begründet worden ist, die Parteien arbeiteten ständig zusammen, sie würden auch ständig Pauschalhonorarvereinbarungen treffen und zwar bereits siebzehn Mal, so dass die Unterschreitung des Pauschalhonorars zum gesetzlichen Honorar hier als Ausnahmefall bestanden gewertet werden könne, ließ der Bundesgerichtshof nicht gelten. Im Gegenteil, er führte aus, dass die wiederholte Zusammenarbeit von am Bau Beteiligten üblich sei. Hieraus könne kein Ausnahmefall konstruiert werden. Die Schutzwürdigkeit des Tragwerksplaners, der in diesem Falle sein Mindesthonorar verlangte und damit die Geltung der Grundidee der HOAI. Der Schutz der Planer im Hinblick auf ein Mindesthonorar gelte eben auch hier.

Der Bundesgerichtshof überlegte weiter allerdings, ob ein Ausnahmefall deshalb anzunehmen sei, weil durch die ständige Zusammenarbeit ein Vertrauenstatbestand zwischen den Parteien geschaffen worden sei, nach dem vom Mindestsatz abgewichen werden könnte.

Auch das lehnte der Bundesgerichtshof aber ab. Die beständige Kooperation könne zwar dazu führen, dass die Parteien bei ständiger Verletzung des Mindestsatzgebotes einen Vertrauenstatbestand geschaffen haben, der eine ständige

Abrechnung unterhalb der HOAI erlauben könnte, diese beständige Minderabrechnung könnte aber nur dann einen Vertrauenstatbestand begründen, wenn ein Einvernehmen der Parteien bezüglich der Mindestsatzunterschreitung umfassend für alle Zusammenarbeit dargestellt worden wäre. Dies konnte der Auftraggeber in dieser Konstellation aber nicht nachweisen, weshalb der Tragwerksplaner trotz pauschaler Mindestsatzunterschreitung einen Anspruch auf die Differenz zum Mindesthonorar hatte.

Dr. Sa

## Honorar

# Treuwidrigkeitsentscheidung: Wirksamkeit einer Pauschalhonorarvereinbarung

Bei der Frage, ob ein Architekt an eine Pauschalhonorarvereinbarung im Falle einer Unterschreitung der Mindestsätze gemäß § 242 BGB gebunden ist (vgl. BGH, Urteil vom 22.05.1997, VII ZR 290/95, NJW 1997, 2339; BGH, Urteil vom 18.05.2000, VII ZR 69/99, BauR 2000, 1512), sind sein gesamtes vorvertragliches und vertragliches Verhalten, Leistungsumfang, zuvor bereits für Dritte erbrachte Vorleistungen, nachträgliche Leistungsänderungen, die Höhe des vereinbarten Pauschalhonorars, Bezugnahmen auf das Pauschalhonorar im Rahmen von Rechnungen sowie Zeitpunkt und Umfang der erstmaligen Geltendmachung höheren Honorars zu berücksichtigen,

HOAI § 4; BGB § 242

OLG Düsseldorf, Urteil vom 23. Nov. 2010 – I-23 U 215/09-. BauR 2/2012, 285 ff.

### Aus den Gründen:

*Auf die Frage, ob die Pauschalhonorarvereinbarung vom 15./16.11.2006 die Mindersätze ohne Vorliegen eines Ausnahmefalls i.S. von § 4 Abs. 2 HOAI unterschreitet und ob sie dem Schriftformerfordernis der §§ 4 Abs. 1 HOAI, 126 BGB genügt, kommt es nicht an. Sowohl bei Unterschreitung der Mindestsätze ohne Vorliegen eines Ausnahmefalls i. S. von § 4 Abs. 1 bzw. 2 HOAI als auch bei einem Verstoß gegen das Schriftformerfordernis der §§ 4 Abs. 1 HOAI, 126 BGB ist die Klägerin an die Pauschalhonorarvereinbarung vom 15./16.11.2006 nach den Grundsätzen von Treu und Glauben und wegen des Verbots unzulässiger Rechtsausübung (§ 242 BGB) gebunden, worauf sich die Beklagte ohne Treueverstoß berufen kann.*

*Auch wenn die Pauschalhonorarvereinbarung eine Unterschreitung der Mindestsätze ohne Vorliegen eines Ausnahmefalls des § 4 Abs. 2 HOAI beinhalten sollte, ist die Klägerin gleichwohl nach den Grundsätzen von Treu und Glauben gemäß § 242 BGB daran gebunden; die von ihr im vorliegenden Verfahren verfolgte Abrechnung nach Mindestsätzen stellt sich als unzulässige Rechtsausübung dar (§ 242 BGB). Denn die Klägerin verhält sich – unter Berücksichtigung des von ihr selbst gesetzten Vertrauenstatbestandes, der den durch §§ 1,2 MRVG vorgesehenen Mindestpreischarakter überlagert – bei der Abrechnung ihrer Architektenleistungen*

*widersprüchlich, die Beklagte hat auf die Wirksamkeit der getroffenen Honorarvereinbarungen vertraut und durfte auch darauf vertrauen und hat sich auf eine Abrechnung der Architektenleistungen entsprechend der getroffenen Honorarvereinbarung in einer Weise eingerichtet, dass ihr die Zahlung eines – etwaigen – Differenzbetrages zwischen dem vereinbarten Honorar und den Mindestsätzen nach Treu und Glauben nicht zugemutet werden kann.*

### Kommentierung:

Anders als in der auf Seite 2 besprochenen Entscheidung geht es hier nicht um einen Ausnahmestatbestand, nach dem eine HOAI-Unterschreitung möglich ist, sondern allein um die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen es treuwidrig von einem Planer ist, auf dem gesetzlichen Honorar zu bestehen, wenn zuvor ein Minderhonorar abgesprochen oder abgerechnet worden ist.

Die hierzu immer wieder ergehenden Entscheidungen sind typische Einzelfallentscheidungen, so dass genau das Gesamtverhalten der Parteien geprüft werden muss.

Immer ist von der Grundsatzentscheidung des Bundesgerichtshofs (vom 22.05.1997, NJW 197, 23239) und der BGH-Entscheidung vom 18.05.2000 (BauR 2000, 1514) auszugehen.

Der Bundesgerichtshof hat vier Kriterien aufgestellt, um die Durchsetzung des Mindesthonorars als nicht mehr rechts-treues Verhalten anzusehen.

Der Ingenieur oder Architekt muss sich danach unter Berücksichtigung des von ihm selbst verursachten Vertrauenstatbestandes gegenüber seinem Bauherrn an einem Minderhonorar festhalten lassen, wenn er sich

- in seinem vertraglichen Abrechnungsverhalten widersprüchlich verhält,
- die Bauherrenschaft auf die Wirksamkeit einer HOAI-Vereinbarung vertraut,
- die Bauherrenschaft hierauf auch vertrauen durfte und,
- hiervon ausgehend, sich auf das Minderhonorar wirtschaftlich eingerichtet hat.

Liegen diese Kriterien insgesamt vor, kann es sein, dass die spätere Geltendmachung eines Mindesthonorars treuwidrig ist nach § 242 BGB, der lautet: *Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.*

Diese BGB-Generalklausel, die eingesetzt wird, wenn es gleichsam unerträglich für die Rechtsordnung geworden ist, dass der Wille des Gesetzgebers durchgesetzt wird, ist aber mit größter Einschränkung anzuwenden. Es muss gleichsam unerträglich sein, dass der gesetzgeberische Wille zur Geltung kommt. Rechtlich werden diese Fälle so konstruiert, dass dem Bauherrn gegenüber seinem untreu handelnden Planer ein Schadensersatzanspruch zusteht, in Höhe der Differenz vom vereinbarten und abgerechneten Minderhonorar zum Mindesthonorar.



Die Konsequenz ist dann, dass nur das Minderhonorar nach Verrechnung der wechselseitigen Ansprüche geltend gemacht werden kann.

Dr. Sa

## Honorar

# Architektenhonorar für nicht erbrachte Leistungen nach Vertragsaufhebung

1. Im Falle einvernehmlicher Aufhebung des Architektenvertrages verliert der Architekt nicht ohne Weiteres seinen Restvergütungsanspruch aus § 649 S. 2 BGB.

2. Gegen die Vereinbarung eines bestimmten Baukostenbetrags als Beschaffenheitsmerkmal des Architektenwerks und als dem Honorar zu Grunde zu legende anrechenbare Kosten kann sprechen, dass der Betrag als „Kostenrahmen“ bezeichnet und mit einer „circa“-Angabe versehen ist, außerdem, dass er unter Berücksichtigung des Architektenhonorars ersichtlich nicht zutreffen kann.

3. Die Überschreitung der geplanten Baukosten, die Verzögerung der Bauarbeiten und Mängel der Bauüberwachung können eine Kündigung des Auftraggebers aus wichtigem Grund nicht mehr rechtfertigen, wenn er den Architektenvertrag dessen ungeachtet mehr als vier Jahre lang weiter durchgeführt hat.

(Leitsätze 2 und 3 von der Redaktion)

BGB a. F. §§ 631 I, 649 S. 2  
OLG Saarbrücken, Urteil vom 6.7.2011 – 1 U 408/09  
NZBau 2/2012, 120 ff.

### Aus den Gründen:

*Entgegen der Ansicht des Landgerichts Saarbrücken ergibt sich bei Annahme eines Aufhebungsvertrages der Honoraranspruch des Architekten nicht ausschließlich aus §§ 631 I, 645 I BGB. Da vorliegend keiner der Parteien im Zeitpunkt der Vertragsaufhebung ein wichtiger Grund zur Kündigung des Vertrags zustand, folgt der Anspruch vielmehr aus § 649 S. 2 BGB.*

*Bei einvernehmlicher Aufhebung des Architektenvertrags verliert der Architekt seinen Restanspruch aus § 649 S. 2 BGB nur, wenn dies ausdrücklich bzw. den Umständen nach vereinbart wurde oder der Rechtslage entsprechen würde, wenn anstelle der Vertragsaufhebung gekündigt worden wäre (vgl. Löffelmann/Fleischmann, ArchitektenR, 5. Aufl. [2007], Rdnr. 1710); zudem wenn die Werkleistung unmöglich wurde (vgl. Löffelmann/Fleischmann, Rdnr. 1711), was vorliegend jedoch nicht relevant ist. Über den Vergütungsanspruch der Kläger wurde im Zuge der Vertragsaufhebung weder ausdrücklich gesprochen, noch ist aus den Umständen zu entnehmen, dass diese auf weitergehende Ansprüche verzichten wollten.*

*Damit bestimmen sich die Rechte der Parteien danach, wie sie im Zeitpunkt der einverständlichen Vertragsaufhebung geltend gemacht werden konnten. Entscheidend ist, welchen*

*Hintergrund die einverständliche Vertragsaufhebung hat (vgl. OLG Karlsruhe, NJW-RR 1993, 1368 [1369]).*

*Der Anspruch auf Vergütung für nicht erbrachte Leistungen entfällt dann, wenn im Zeitpunkt der Vertragsbeendigung ein vom Architekten zu vertretender wichtiger Kündigungsgrund vorlag. ...*

*In Fällen der einvernehmlichen Vertragsaufhebung kann nicht ohne Weiteres angenommen werden, der Architekt gebe seinen Honoraranspruch wegen noch nicht erbrachter Leistungen lediglich deshalb auf, weil er sich mit der Beendigung des Vertragsverhältnisses einverstanden erklärt hat und beschränke sich auf die Vergütung der erbrachten Leistungen (vgl. BGH, NJW 1974, 945 [946]; BGHZ 62, 208 = NJW 1974, 945).*

*Besteht für den Auftraggeber kein wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung, kann er sich vom Vertrag gem. § 649 S. 2 BGB nur mit der Folge einer vollen Vergütungspflicht (abzüglich ersparter Aufwendungen) lösen. Es ist kein Grund ersichtlich, warum er besserstellen soll, wenn es zum einvernehmlichen Abschluss eines Aufhebungsvertrags kommt. ...*

*Maßgebend ist danach, ob auf Seiten des Beklagten ein wichtiger Grund zur Kündigung vorlag. Dies ist nicht der Fall.*

### Kommentierung:

Grundsätzlich kann jeder Auftraggeber seinen Planer aber auch die übrigen am Bau beteiligten Unternehmer frei kündigen. Dieses sog. freie Kündigungsrecht nach § 649 Satz 1 BGB ist aber verbunden mit der Verpflichtung des Kündigenden, seinem Auftragnehmer die vereinbarte Vergütung vollständig zu zahlen. Lediglich derjenige Teil der Vergütung, der aufgezehrt wird durch entfallenden Aufwand, braucht nicht bezahlt zu werden, genauso wenig braucht Vergütung gezahlt zu werden, wenn wegen der Kündigung anderweitige Aufträge angenommen werden konnten und hierdurch dem Architekten/Ingenieur kein Verlust ins Haus stand.

Die Besonderheit der hier vorliegenden Kündigungsentcheidung liegt darin, dass die Parteien den Planervertrag einvernehmlich aufgehoben haben. Eine solche einvernehmliche Aufhebung eines Vertrages ist natürlich immer möglich. Bleibt die Frage, unter welchen Konditionen die Aufgabe des Vertrages geschehen ist.

Im hier vorliegenden Fall kam das Gericht zu dem Ergebnis, dass die Aufhebung des Vertrages nichts damit zu tun hatte, dass der Planer auf sein Resthonorar für nicht erbrachte Leistungen verzichten müsse. Ein solcher Verzicht liegt nach Auffassung des Gerichtes nur dann nahe, wenn die Vertragsaufhebung durch den Planer verursacht worden wäre und er sich gleichsam hätte der Verantwortung entziehen wollen.

Auch hierüber hat das Gericht Grundsätze aufgestellt.

Im vorliegenden Fall stritten die Parteien darüber, ob dem Planer eine bestimmte Kostenvorgabe als Beschaffenheit des Bauwerkes bindend gegeben worden war. Selbst wenn dies

der Fall gewesen wäre, sagt das Gericht, wäre die weitere Kooperation der Parteien über vier Jahre hinweg kein Grund mehr gewesen für den Bauherrn den Vertrag aus wichtigem Grund zu kündigen. Wurde der Vertrag trotzdem aufgehoben, stand dem Planer sein Resthonorar abzüglich ersparter Aufwendungen zu.

Dr. Sa

## Honorar

### Architektenhonorar für eine als nicht genehmigungsfähig sich erweisende Planung

1. Erkennt der Architekt, dass die ihm beauftragte Planung nicht genehmigungsfähig ist, muss er dies dem Bauherrn mitteilen.

2. Nutzlose Aufwendungen, die der Bauherr infolge der pflichtgemäßen Mitteilung unterlassen hätte, muss der Architekt als Schaden ersetzen.

§§ 634 Nr. 4, 280 BGB

OLG München, Urteil vom 8.11.2011 – 9 U 1576/11  
NJW-RR 1/2012, 23 ff.

#### Aus den Gründen:

*Die von der Beklagten zu ersetzende Höhe des Schadens folgt aus den nutzlos aufgewendeten Zahlungen der Klägerin an die Beklagten und an die Freiflächenplanerin.*

*Die Parteien haben in der Verhandlung vom 20.9.2011 unstrittig gestellt, dass der Beklagten lediglich die Hälfte des von ihr vereinnahmten Honorars zusteht. Nach Erbringung der entsprechenden Leistungen hätte die Beklagte die weitere Planung abrechnen und die Klägerin informieren müssen, dass das vereinbarte Planungssoll nicht genehmigungsfähig ist. Ihre darüber hinausgehenden Zahlungen von 7037,60 Euro brutto kann die Klägerin deshalb als Schadenersatz zurückverlangen.*

*Auf Grund der fehlerhaften Beratung der Beklagten glaubte die Klägerin, das vereinbarte Planungssoll sei genehmigungsfähig und beauftragte die für das Genehmigungsverfahren erforderliche Freiflächenplanung. Die dafür an die Planerin S geleisteten Honorarzahlungen von 6152,12 Euro brutto sind nutzlos aufgewendet und stellen einen Schaden der Klägerin dar, der auf die Pflichtwidrigkeit der Beklagten zurückgeht und von dieser zu ersetzen ist (Palandt/Grünberg, BGB, 70. Aufl. [2011], § 249 Rdnr. 60).*

#### Kommentierung:

Die Rückerstattung eines bereits gezahlten Honorars kann rechtlich über zwei Wege konstruiert werden.

Zum einen liegt eine Überzahlung vor, mithin ist der Planer ungerechtfertigt bereichert. Zum anderen liegt aber auch ein Schadensersatzanspruch der Bauherrenschaft vor, wenn die Leistungen des Planers nicht den vom Gesetz vorgesehenen Erfolg erbracht haben. Da Planer Werkunternehmer (intellektueller Art) sind, schul-

den sie einen Erfolg, im vorliegenden Fall einer Planung, die zu einer Baugenehmigung führt. Ist die Planung fehlerhaft und kann auf Basis der Planung keine Baugenehmigung erteilt werden, hat der Bauherr einen Schadensersatzanspruch in Höhe der Honorare, die er umsonst aufgewendet hat. Er hat einen Schadensersatzanspruch darüber hinaus in Höhe derjenigen Vermögensaufwendungen, die er im Vertrauen auf die zur Erlangung der Baugenehmigung vorgenommen hat.

Soweit er im Vertrauen auf den Leistungserfolg seines Planers nur Planungshonorar aufgewendet hat und keine weiteren Aufwendungen hatte, erhält er allerdings nicht das vollständig von ihm gezahlte Honorar zurück. Bei dem Planer verbleiben diejenigen Honoraranteile, die notwendig waren, um zur Genehmigungsplanung zu gelangen, gleichgültig ob die Genehmigung erteilt worden ist oder nicht. Regelmäßig sind so in der Objektplanung die Leistungsphasen 1 und 2 verdient. Diese sind nämlich Voraussetzung dafür, die Machbarkeit einer Bebauung zuerst einmal zu untersuchen, auch mit dem Risiko für die Bauherrenschaft, dass eine Bebauung nicht in dem von ihm gewünschten Umfang möglich ist.

Dr. Sa

## Haftung

### Anerkannte Regeln der Technik und der übliche Schallschutz

1. Das Schalldämmmaß, das der DIN 4109 Tabelle 3 (1989) entspricht, bietet lediglich Schutz vor unzumutbaren Belästigungen, entspricht aber nicht der vertraglich geschuldeten Soll-Beschaffenheit.

2. Preist der Verkäufer einer Wohnung in einem Verkaufsprojekt einen gehobenen Komfort an, gilt dies auch für den Schallschutz. Der Erwerber darf dann davon ausgehen, dass bei einem üblichen Qualitäts- und Komfortstandard ein über den Mindestanforderungen liegender Schallschutz, wie er sich z. B. aus dem Beiblatt 2 zur DIN 4109 ergibt, verwirklicht wird.

3. Werden weitergehende Schallschutzanforderungen an Bauwerke gestellt als ein Schutz vor unzumutbaren Belästigungen, sind die Schalldämmwerte der DIN 4109 von vornherein nicht geeignet, als anerkannte Regeln der Technik zu gelten.

BGB §§ 633, 634 Nr. 1, 635; DIN 4109 (1989)

OLG München, Urteil vom 19. Mai 2009 – 9 U 4198/08-; rechtskräftig durch Beschluss des BGH vom 28. Juli 2011 – VII ZR 104/09-.

BauR 2/2012, 266 ff.

#### Das Problem:

Das Schalldämmmaß, das der DIN 4109, Tabelle 3 (1989) entspricht, bietet lediglich Schutz vor unzumutbaren Belästigungen. Die insoweit als überholt geltende DIN 4109 kann allgemein auch nicht mehr als geltende Regel der Technik angesprochen werden.

Die Frage ist also: welchen Schallschutz darf der Erwerber einer Wohnung erwarten als Bau-Soll, wenn entweder nichts vereinbart worden ist über den Schallschutz oder aber, wenn in der Baubeschreibung auf die Tabelle 3 der DIN 4109 (1989) hingewiesen worden ist.

#### Die Lösung:

Die DIN 4109, Tabelle 3 (1989) ist nach wie vor nicht novelliert. Längst aber ist hierzu die VDI-Richtlinie 4100/10 zur Schallschutzstufe II beziehungsweise das Beiblatt 2 zur DIN 4109 in ständiger Anwendung. Danach gilt die Ursprungsschallschutznorm als überholt. Die Frage ist grundsätzlich, ob sich der Errichter des Objektes auf den Hinweis in seiner Baubeschreibung beziehen kann, wonach die Werte der Tabelle 3 der DIN 4109 (1989) eingehalten würden.

„Grundsätzlich nicht!“, sagen das Oberlandesgericht München und der Bundesgerichtshof. Da die Tabelle 3 der DIN 4109 lediglich den Mindeststandard gegen unzumutbare Belästigungen festlegt, kann hieraus nicht auf eine vertraglich geschuldete Sollbeschaffenheit im Schallschutz geschlossen werden.

Jeder Erwerber einer Wohnung geht von dem heute üblichen Qualitäts- und Komfortstandard aus, der gerade über den Mindestanforderungen der DIN 4109 liegt. Ob lediglich die Mindestanforderungen geschuldet sind oder die übliche Qualitätsanforderung Basis des Vertrags ist, ist abzuleiten aus dem Vertrag selbst, den sonstigen vertragsbegleitenden Umständen, dem qualitativen Zuschnitt des Objektes, aus dem architektonischen Anspruch selbst des Objekts und der Zweckbestimmung eines Gebäudes.

Es kommt deshalb bei der Festlegung des Bau-Solls im Schallschutz auf die berechtigten Erwartungen der Erwerber der Wohnung an, die regelmäßig von einem üblichen Qualitäts- und Komfortstandard der anerkannten Regel der Technik ausgehen dürfen.

Wenn deshalb Verkaufsobjekte oder umfangreiche Baubeschreibungen den Eindruck einer soliden Bauausstattung hervorrufen, wenn damit geworben wird, dass das Objekt Ruhe und Komfort ausstrahlt, architektonisch würde zusätzliche Lebensqualität geschaffen und hohe Ansprüche an die Wohnqualität würden erfüllt, so ist es ganz unzweifelhaft, dass die damit angesprochenen Erwerber nicht den Mindestschallschutz erwarten können. Auch der Hinweis in der Baubeschreibung auf die DIN 4109 (1989, Tabelle 3) nützt dann nichts, denn das Gebäude muss bei einer derartigen Beschreibung insgesamt der geltenden Regel der Technik entsprechen.

Der Minderschallschutz ist nicht mehr geltende Regel der Technik, da er lediglich von unzumutbaren Belästigungen abschirmt. Das Bau-Soll stellen deshalb heute nicht mehr die Mindestanforderungen der DIN 4109 dar bei einem durchschnittlichen Wohnungsbau.

Dr. Sa

#### Haftung

### Vorgabe des Bauträgers zum niedrigen Schallschutz: Haftung eines Architekten

Ein Bauträger kann den mit der Planung von Reihenhäusern beauftragten Architekten nicht wegen Fehlplanung mit der Begründung in Haftung nehmen, das Bauwerk entspreche hinsichtlich des Schallschutzes – trotz Einhaltung der DIN 4109 – nicht dem Stand der Technik, da eine einschalige statt einer doppelschaligen Bauweise geplant worden sei, wenn er vom Fach ist und dem Architekten auf Augenhöhe gegenübersteht und die einschalige Bauweise nach Einhaltung von Schallschutzgutachtern gezielt von ihm auf Grund einer bewussten Entscheidung angeordnet worden ist und er schon vor Erstellung der Planung die Kaufpreise entsprechend verbindlich kalkuliert hat.

BGB §§ 421, 714; EGBGB Art. 229 § 5; BGB a. F. § 635 OLG Stuttgart, Urteil vom 17.10.2011 – 5 U 43/11 NZBau 3/2012, 179 ff.

#### Aus den Gründen:

*Das Architektenwerk der Beklagten war nicht mangelhaft.*

*Die Planung eines Architekten ist nach der ständigen Rechtsprechung fehlerhaft, wenn sie nicht genehmigungsfähig ist, nicht den allgemein anerkannten Regeln der Technik entspricht, lückenhaft ist oder in technischer oder wirtschaftlicher Hinsicht nicht mit den vertraglichen Vereinbarungen übereinstimmen (vgl. Werner/Pastor, Der Bauprozess, 13. Aufl. [2011], Rdnr. 1990 ff. mit zahlreichen Zitaten). Im Architektenvertrag ist in Nr. 4 insoweit Folgendes geregelt: „Der Architekt ist gehalten, nach den Regeln der Baukunst das Projekt auszuführen und im Hinblick auf die Zeitverhältnisse eine kostensparende Gesamtplanung vorzunehmen.“*

*Die Beklagte zu 1 hat nur eine einschalige Zwischenwand zwischen den zwölf Reihenhäusern geplant. Ebenso unstrittig ist zwischen den Parteien, dass die einschalige Ausführung die Mindestanforderungen der DIN 4109 einhält.*

*Im Prozess des Erwerbers H hat der Sachverständige E ein privates Schallschutzgutachten erstellt. Der Sachverständige hat festgestellt, dass die Luftschalldämmung der Haustrennwand exakt der Schallschutzanforderung der DIN 4109 entspricht, die hinsichtlich des Schallschutzes bei Doppel-/Reihenhäusern an Haustrennwände die Anforderung von 57 dB stellt.*

*Bei der DIN 4109 handelt es sich um eine technische Baubestimmung, deren Einhaltung im Rahmen des Baugenehmigungsverfahrens zu gewährleisten ist. Ein Bauvorhaben ist genehmigungsfähig, wenn es die Mindestanforderungen der DIN 4109 einhält. Die Baugesuchsplanung der Beklagten wird unter dem Gesichtspunkt der Genehmigungsfähigkeit daher mangelfrei.*

*Dieses Schallschutzmaß wird heute allerdings nicht mehr als zufriedenstellend empfunden und ein Schallschutzmaß von 62 dB gefordert; eine derartige Luftschalldämmung ist in der Regel nur mit zweischaligen Konstruktionen sicher zu erreichen (vgl. Merkblatt der Deutschen Gesellschaft für Mauerwerksbau e. V., 1. Aufl. [2006], „Schallschutz nach DIN 4109“; Empfehlung der Deutschen Gesellschaft für Akustik e. V. [DEGA-Empfehlung 103], „Schallschutz im Wohnungsbau – Schallschutznachweis“, März 2009; Memorandum DEGA BR 0101 März 2011; jeweils abrufbar im Internet; zum Stand der Fachdiskussion und der Rechtsprechung siehe: Locher-Weiß, BauR 2010, 3681)...*

*Dennoch scheidet im Streitfall ein Planungsfehler der Beklagten aus.*

*Denn die Klägerin hat den Beklagten ausdrücklich die Anweisung zu einer Planung erteilt, die damit Vertragsinhalt wurde. Selbst wenn eine einschalige Bauausführung zum Zeitpunkt der Planung der Beklagten bereits nicht mehr den allgemein anerkannten Regeln der Technik entsprochen haben sollte, scheidet eine Mängelhaftung der Beklagten aus, da diese Bauausführung von der Klägerin als Vertrags Soll so vorgegeben war. Diese Anweisung der Klägerin geht dabei der allgemeinen vertraglichen Verpflichtung der Beklagten nach Nr. 4, das Projekt „nach den Regeln der Baukunst auszuführen“, vor. Schadensersatzansprüche im Verhältnis Bau-träger/Architekt wegen fehlerhafter Planung scheiden aus, wenn der Bauherr sich mit der Planung und Ausführung einverstanden zeigt (BGH, NJW 1996, 2380).*

#### **Kommentierung:**

Dass die schlichte Einhaltung der DIN 4109, ohne den sog. erhöhten Schallschutz zu berücksichtigen, einen Planungsfehler darstellt, ist inzwischen in den Kreisen der Architekten und Ingenieure bekannt.

Was aber, wenn der Bauherr einen noch nach alter DIN 4109 vorgegebenen Schallschutz verlangt und dieser eingehalten wird?

Im vorliegenden Fall konnte die Bauherrenschaft beim Bau-träger, der selbst sachkundig ist, keine Schadensersatzansprüche gegen den von ihm eingesetzten Planer realisieren. Der Bau-träger selbst hatte die Einhaltung der Mindestnorm DIN 4109 vorgegeben, obwohl diese nicht mehr eine gültige Regel der Technik darstellt.

Es ist fast schon tröstlich, dass hier das Oberlandesgericht Stuttgart die Weiterleitung von Sachmängelhaftungsansprüchen der Erwerber über den Bau-träger an den Architekten abgeblockt hat, mit der Begründung, der Bau-träger selbst wusste, dass er die Regeln der Baukunst verletzte, als er von „seinem Planer“ verlangte, die DIN 4109 einzuhalten, mehr nicht.

Bei einem Abgleich zwischen Bau-Soll und Bau-Ist im Verhältnis Bau-träger – Architekt, hat der Architekt das ihm vorgegebene überholte Bau-Soll realisieren lassen. Hieraus konnte dem Planer kein Vorwurf gemacht werden.

Mit Sicherheit wäre die Sache anders zu bewerten gewesen, wenn der Planer durch einen Laienbauherrn beauftragt worden wäre und dieser nicht über die veraltete DIN 4109 aufgeklärt worden wäre.

Dr. Sa

#### **Haftung**

## **Haftung und fehlerhafte Kostenermittlung**

1. Der Architekt ist jetzt gehalten, die wirtschaftlichen Belange des Auftraggebers zu berücksichtigen. Hierzu gehört insbesondere eine zutreffende Beratung über die voraussichtlich entstehenden Baukosten.

2. Bestehen bei den Planungsvorhaben des Auftraggebers Unklarheiten, muss der Architekt die Grundlagen ermitteln, den Leistungsbedarf klären und die Zielvorstellungen abstimmen.

3. Durch eine zutreffende Beratung bei der Kostenermittlung soll der Bauherr in die Lage versetzt werden, ggf. eine einfachere Ausführung zu wählen oder das Bauvorhaben auch ganz fallen zu lassen.

4. Ist ein Kostenlimit Voraussetzung für die Machbarkeit der Baumaßnahme, muss der Architekt Einsparungsmöglichkeiten suchen, wenn der Planungsfortgang erkennen lässt, dass das Kostenlimit nicht einzuhalten ist.

5. Eine Nachbesserungsmöglichkeit im Hinblick auf eine fehlerhafte Kostenermittlung besteht nur dann, wenn Modifizierungen in der Planung zu einer dem Bauherrn noch zumutbaren und vom Vertragsgegenstand noch gedeckten Planungsabweichung führen.

(Leitsätze der Redaktion BauR)

BGB a. F. § 635

OLG Hamm, Urteil v. 21. Juli 2011 – I 24 U 151/04-  
BauR 3/2012, 530 ff.

#### **Aus den Gründen:**

*Der Beklagte ist dem Kläger gem. § 635 BGB a.F. bzw. nach den Grundsätzen der positiven Vertragsverletzung aufgrund der bis zum 01.01.2002 geltenden Rechtslage wegen fehlerhafter Baukostenermittlung und fehlerhafter Beratung über die Möglichkeit, eine Kostenobergrenze von 600.000,- DM einzuhalten, schadensersatzpflichtig. ...*

*Der Architekt ist gegenüber seinem Auftraggeber gehalten, stets dessen wirtschaftliche Belange zu beachten. Hierzu gehört insbesondere eine zutreffende Beratung über die voraussichtlich entstehenden Baukosten. Schon im Rahmen der Grundlagenermittlung trifft den Architekten die Pflicht, den wirtschaftlichen Rahmen des Bauherrn abzustecken. Auch im Rahmen der Vorplanung hat der Architekt den wirtschaftlichen Rahmen abzustecken und ihm bekannte Kostenvorstel-*



lungen des Auftraggebers bei seiner Planung zu berücksichtigen.

*Bestehen bei dem Planungsvorhaben des Auftraggebers Unklarheiten, muss der Architekt die Grundlagen ermitteln, den Leistungsbedarf klären und die Zielvorstellungen abstimmen. Durch eine zutreffende Beratung bei der Kostenermittlung soll der Bauherr in die Lage versetzt werden, ggf. eine einfachere Ausführung zu wählen oder das Bauvorhaben auch ganz fallen zu lassen.*

*Diesen Pflichten ist der Beklagte durch die von ihm vorgenommene Neuberechnung der ursprünglichen und bis zu diesem Zeitpunkt aktuellen Kostenschätzung und auch nachfolgend bis zum Spätsommer des Jahrs 1995 nicht in der gebotenen Weise nachgekommen.*

*Der Beklagte hat seine vertraglichen Pflichten zu einer zutreffenden Kostenermittlung im Hinblick auf die von ihm im Frühjahr 1995 vorgenommenen Korrekturen der bis zu diesem Zeitpunkt gültigen und von seiner Mitarbeiterin, der Architektin S, gefertigten Kostenschätzung, die mit einem Betrag von 777.055,- DM endete, verletzt.*

#### **Kommentierung:**

Das Architektenwerk ist fehlerhaft, stellt das Oberlandesgericht Hamm fest, wenn es ein vorgegebenes Kostenlimit der Bauherrenschaft nicht einhält.

Die Haftung des Architekten für seine Planungen besteht nicht nur, wenn die Planung, die Vergabe oder Objektüberwachung fehlerhaft sind, sondern auch wenn der Architekt Beratungspflichten verletzt.

Nach § 633 Abs. 2 BGB ist das Architektenwerk mangelfrei wenn es die vereinbarte Beschaffenheit hat, soweit eine Beschaffenheit nicht vereinbart ist, ist das Werk frei von Fehlern, wenn es die nach dem Vertrag vorausgesetzte, sonst für die gewöhnliche Verwendung geeignete und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Werken der gleichen Art üblich ist.

Eine Beschaffenheitsvereinbarung, bei deren Verfehlen quasi automatisch ein Fehler vorliegt, stellt das Oberlandesgericht Hamm bei Nichteinhaltung einer Kostenvorgabe nicht fest. Allerdings meint das Gericht, dass die Kostenermittlungsverpflichtungen eines Planers im Planungsprozess so wichtig sind, dass bei einer Verletzung dieser Pflicht das Architektenwerk trotz ansonsten bestehender Fehlerfreiheit nicht zu akzeptieren sei. Der Architekt habe die wirtschaftlichen Belange seines Bauherrn zu beachten. Tue er dies nicht und kläre den Bauherrn nicht ständig über die Veränderung der Baukosten auf, mache er sich schadensersatzpflichtig, auch wenn eine ausdrückliche Vereinbarung über ein Baukostenlimit als fixe Kostenobergrenze nicht festgelegt worden sei. Für einen solchen Fall läge zwar keine Baukostengarantie, nach neuem Recht: eine Beschaffenheitsvereinbarung vor, gleichwohl sei die Ermittlung der Baukosten so wichtig, dass ein Überschreiten der dem Vertrag zu Grunde gelegten Baukosten ohne weitere Information der Bauherrenschaft zum Schadensersatzanspruch führen würde. Dem Planer wirft das

Gericht vor, durch mangelhafte ständige Kostenfortschreibung der Bauherrenschaft die Möglichkeit genommen zu haben, zur Reduktion der absehbaren Baukosten auf das ursprünglich vereinbarte Limit zu kommen. Hieraus entstünde eine Schadensersatzverpflichtung nach altem Recht, entsprechend § 635 BGB, nach §§ 280, 634 Ziff. 4 BGB jetzt.

Die jeweilige Kostenermittlungsverpflichtung des Planers läuft parallel zu den Planungen. Jederzeit muss die Bauherrenschaft die Möglichkeit haben, in den Planungsprozess einzugreifen, wenn Kostenmehrungen absehbar werden. Diese Grundregel war im vorliegenden Fall verletzt mit der Konsequenz, dass das Bauvorhaben nicht mehr auf die ursprüngliche Kostengrenze reduziert werden konnte, mit der weiteren Konsequenz, dass die entstandenen Mehrkosten gegen den Planer geltend gemacht werden konnten. *Dr. Sa*

#### **Vergabe**

## **Zusammenrechnung aufgeteilter Honorare**

Wird die Sanierung eines Gebäudes in drei einzelne Verträge aufgeteilt, so ist der Gesamtwert dieser Verträge maßgeblich für die Frage, ob die Sanierung öffentlich ausgeschrieben werden muss.

Richtlinie 2004/18/EG Art. 1, 2, 7, 9  
EuGH, Urteil vom 15.03.2012 - Rs. C-574/10

#### **Aus den Gründen:**

*Der Gerichtshof stellt zunächst klar, dass auch für Dienstleistungsaufträge die europarechtlichen Garantien der Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung, gegenseitigen Anerkennung, Verhältnismäßigkeit und Transparenz gelten. Diese für alle öffentlichen Aufträge geltenden Grundsätze seien lediglich ab einem gewissen Schwellenwert differenzierten Regelungen unterworfen, um die Wirksamkeit dieser Grundsätze und die Öffnung des öffentlichen Beschaffungswesens für den Wettbewerb zu garantieren. Aus diesen detaillierten Regelungen ergibt sich auch, dass für die Berechnung des Schwellenwertes ein öffentlicher Auftrag nicht zu dem Zweck aufgeteilt werden darf, das Vorhaben diesen Regelungen zu entziehen.*

*Im Zusammenhang mit Bauaufträgen hat der Gerichtshof in einer älteren Entscheidung die Frage der Einheitlichkeit des Bauwerks nach funktionalen Kriterien beurteilt. Geprüft wurde, ob die verschiedenen Lose dieses Bauwerks dieselbe wirtschaftliche und technische Funktion erfüllen.*

*Nach diesen Kriterien kann auch bei Dienstleistungsaufträgen vorgegangen werden. Daher ist bei der Beurteilung, ob Dienstleistungen, deren Erbringung in verschiedenen getrennten Abschnitten erfolgt, als einheitliche Aufträge anzusehen sind, der einheitliche Charakter im Bezug auf ihre wirtschaftliche und technische Funktion zu prüfen. Vergibt ein öffentlicher Auftraggeber ein Gesamt-sanierungsprojekt für ein öffentliches Gebäude, dessen Ausführung aus haus-*

haltsrechtlichen Gründen in verschiedene Abschnitte aufgeteilt ist, sind die für einzelne Ausführungsabschnitte des Projektes getrennt vergebenen Aufträge zusammenzurechnen. Handelt es sich um typische Architektenleistungen, die den selben Inhalt haben, nämlich im Wesentlichen die Konzeption und die Planung der vorzunehmenden Arbeiten sowie die Aufsicht über ihre Ausführung, die die Durchführung eines einheitlichen Bauvorhabens betreffen und die auch in den Vergütungsmodalitäten gleich sind, spielt es keine Rolle, wenn der Gegenstand der Arbeiten in den verschiedenen Abschnitten des Bauvorhabens wechselt (z. B. das Tragwerk des Gebäudes, das Dach oder die Beleuchtung). Die Aufteilung dieser Leistungen in verschiedene Abschnitte entsprechend dem Rhythmus der Ausführung der Arbeiten durchbricht nicht die „innere Kohärenz und eine funktionelle Kontinuität“. Weder haushaltsrechtliche Erwägungen (Finanzierungsvorbehalt für spätere Lose) noch die Absicht, den aufgeteilten Auftrag den finanziellen Möglichkeiten von Mittelstandsunternehmen anzupassen, darf zu Lasten einer effektiven Anwendung der unionsrechtlichen Vorschriften gehen.

#### Kommentierung:

Diese Entscheidung ist eine wichtige Klarstellung für alle in Abschnitten vergebenen Architekten- oder Ingenieurverträge. Weisen diese einen funktional/wirtschaftlichen Zusammenhang auf, und überschreitet das vorher abgeschätzte Volumen der Honorare die Schwellenwerte für die Anwendbarkeit des formalen Vergaberechts, ist bereits der erste Teilauftrag im förmlichen Verfahren auszuschreiben und zu vergeben.

Diese Entscheidung ist von Bedeutung für den häufig anzutreffenden Abrufauftrag, bei welchem aus haushaltsrechtlichen Gründen die Beauftragung abschnittsweise erfolgt.

Der Gerichtshof will zwar die Kosten insgesamt zusammenrechnen und bei Überschreiten der Schwellenwerte bereits von Anfang an das europäische Vergaberecht anwenden. Er gibt aber auch einen Hinweis darauf, wie mit der haushaltsrechtlichen Problematik umgegangen werden kann. Bereits bei der Ausschreibung des ersten Loses kann nämlich angekündigt werden, dass die Vergabe der späteren Lose unter einem Finanzierungsvorbehalt steht.

Mit der Klärung dieser Rechtsfrage steht nunmehr fest, dass die einzelnen Lose eines Dienstleistungsauftrages genau so zusammengerechnet werden müssen, wie die einzelnen Lose eines Bauauftrages. Bei funktional/wirtschaftlichem Zusammenhang ist künftig vergaberechtlich von einem einheitlichen Dienstleistungsvertrag auszugehen. Dies wird die überwiegende Anzahl der jetzt üblichen Abrufaufträge be-

treffen und zu einem erheblichen Anstieg der ausschreibungspflichtigen Architekten-/Ingenieurverträge führen.

#### Schadenfall

### Ermittlung der monetären Schadenhöhe bei Insolvenz eines Generalunternehmers

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

#### Prolog:

Die Deutsche Bauindustrie teilt in [www.bauindustrie.de](http://www.bauindustrie.de) mit: Die Preise für Leistungen des deutschen Bauhauptgewerbes sind seit 2004 kontinuierlich gestiegen, dies ist überwiegend auf die gestiegenen Preise für Baumaterialien zurückzuführen. Trotz des Anstiegs lagen die Baupreise 2010 aber nur um zehn Prozent über dem Niveau von 1995. Aufgrund des starken Wettbewerbs in der Baubranche ist es den Unternehmen nur bedingt möglich, die Auftraggeber mit den gestiegenen Vorleistungspreisen zu belasten. Die Umsatzrendite fällt mit etwas über fünf Prozent auch vergleichsweise niedrig aus. Die Unternehmen konnten aber seit 2002 ihre Eigenkapitalquote verbessern. Dies wirkte sich auch positiv auf die Entwicklung der Insolvenzen aus, die seitdem im Trend rückläufig sind. Entsprechend ist auch die Insolvenzhäufigkeit gesunken: Diese ist im Bauhauptgewerbe von knapp 500 Insolvenzen (je 10.000 Unternehmen) auf 200 zurückgegangen.

Auch wenn die Insolvenzen im Bauhauptgewerbe um mehr als fünfzig Prozent seit 2002 gesunken sind, liegt die Zahl der Unternehmensinsolvenzen 2010 in Deutschland mit 32.100 Insolvenzen an zweiter Stelle in Europa und wird nur von Frankreich mit 51.060 Insolvenzen überschritten. Weit abgeschlagen liegt Großbritannien mit 17.690 Insolvenzen an dritter Stelle, wie ebenfalls festzuhalten ist und vom statistischen Bundesamt veröffentlicht wurde.

Unbestritten lag der Anteil der Insolvenzen im Bauhauptgewerbe an den gesamten Unternehmensinsolvenzen 2000 noch bei sechzehn Prozent und 2010 bei 6,4 Prozent, wie ebenfalls von der Deutschen Bauindustrie berichtet wird.

Letztendlich bedeutet dies jedoch immer noch ca. 2.055 Insolvenzen des Bauhauptgewerbes im Jahr 2010, was trotz der guten Konjunkturdaten ein latentes Problem der Auftraggeber und Bauherren darstellt.

In diesem Umfeld bewegt sich der hier zu betrachtende Schadenfall, bei welchem es um die Errichtung einer hochwertigen Mehrfamilienhausanlage geht, die durch einen Generalunternehmer errichtet wird.

#### @ Autor



Rechtsanwalt Oliver Weihrauch

Mütze Korsch  
Rechtsanwalts-gesellschaft mbH  
50672 Köln  
[weihrauch@mkrgr.com](mailto:weihrauch@mkrgr.com)

**Sachverhalt:**

Mit einem Fertigstellungsgrad von ca. 80 bis 85 Prozent muss der Generalunternehmer (GU) Insolvenz anmelden. Das Unternehmen wird durch einen Insolvenzverwalter vorerst weitergeführt. Der Insolvenzverwalter will die anstehenden Bauvorhaben, wie auch das hier beschriebene, weiterführen und stellt insofern Ansprüche auf Fortsetzung der vertraglich vereinbarten Zahlungen des Auftraggebers im Rahmen der Abwicklung des Bauvorhabens.

Zur Feststellung der Schadenhöhe wird vom Auftraggeber und Bauherrn parallel ein Sachverständiger beauftragt. Dieser soll das Schadenvolumen feststellen und hierbei die Restbauarbeiten, die später gegen die noch nicht an den GU ausgezahlten Kaufpreissummen gegengerechnet werden müssen, zusammenstellen und beziffern.

Zur weiteren Erfassung dieser letztendlich monetären Summen nimmt der Sachverständige verschiedene Ortstermine wahr, stellt den Bautenstand fest und ermittelt hieraus die Höhe der noch zu erwartenden Kosten bei Fertigstellung des beabsichtigten Bauvorhabens.

Bei näherer Bearbeitung des Bauvorhabens ist für den Sachverständigen unschwer zu erkennen, dass nicht nur Restleistungen zur betriebsfertigen Fertigstellung des Bauvorhabens erforderlich sind, die eine geplante Vermietung ermöglichen, sondern dass aufgrund verspäteter Fertigstellung des Bauvorhabens auch Mietausfälle zu erwarten sind und Bereitstellungszinsen anfallen. Dazu kommt ein Verzugsschaden aus vertraglicher Vereinbarung (wenn auch auf max. drei Prozent der vereinbarten Kaufpreissumme bzw. des Erstellungspreises nach oben begrenzt), sowie mögliche Schadenersatzforderungen aus schon abgeschlossenen Mietverträgen. Letztendlich sind aufgrund der umfänglichen Bauverzögerung auch Forderungen von Handwerksfirmen und Unternehmern anzusetzen. Ebenso sind Sicherheiten aus Mängelansprüchen zu berücksichtigen.

Die hier aufgelisteten Punkte erheben keinen Anspruch auf Vollständigkeit.

**Ursachen und Zusammenhänge:**

*Ermittlung der Schadenhöhe:* Wie dargelegt, sollten nun vorrangig die schon benannten Punkte untersucht und beziffert werden.

*Restleistungen zur betriebsfertigen Fertigstellung des Bauvorhabens:* Wie vorstehend erwähnt, konnte das Bauvorhaben zu ca. 80 bis 85 Prozent fertiggestellt werden. Die Zusammenstellung der Restarbeiten durch den Sachverständigen deckte sich auch annähernd genau mit dieser Feststellung.

Das Bauvorhaben wies einen Erstellungswert von 4,75 Millionen Euro auf. Die Restarbeiten fixierte der Sachverständige mit 0,90 Millionen Euro. Aufgrund der vereinbarten Zahlungsziele wurden vom vereinbarten Kaufpreis bisher 3,75 Millionen Euro durch den Auftraggeber an den GU ausgezahlt, so dass noch ein Sicherheitsbetrag von ca. 1,00 Millionen Euro verblieb.

Auf den ersten Blick war anzunehmen, dass damit keine wirtschaftlichen Risiken verblieben und die Insolvenz des GU für den Auftraggeber keine finanziellen Probleme mit sich bringen würde.

**Mietausfälle aufgrund verspäteter Fertigstellung des Bauvorhabens:**

Das Objekt bestand aus 28 Wohn- und Gewerbeeinheiten in verschiedenen Größen und einer Gesamtfläche von ca. 1.850,00 Quadratmeter Wohn-/Nutzfläche. Der Mietpreis war nach Lage, Art und Nutzung der Einheiten unterschiedlich gestaffelt. Es ergab sich zum Zeitpunkt der Insolvenz die folgende Mietsituation:

- Mieteinnahme jährlich: 188.700,00 Euro
- Mieteinnahme jährlich der bis zum Zeitpunkt der Insolvenz vermieteten Einheiten: 114.500,00 Euro
- Anzunehmende Bauzeitverzögerung: drei Monate
- Fertigstellung nach dem Insolvenzzeitpunkt: sechs Monate später

Die vom Auftraggeber getroffene Annahme, dass die übrigen Einheiten noch in der normalen Fertigstellungsphase von ebenfalls drei Monaten hätten vermietet werden können, konnten vom Sachverständigen nicht angesetzt werden, da dies nur spekulativ gewesen wäre. Somit mussten 28.560 Euro (114.500 Euro/12 Monate x 3 Monate) als Mietverlust angenommen werden.

**Bereitstellungszinsen aufgrund verspäteter Fertigstellung:**

Der Auftraggeber hat ursprünglich Bereitstellungszinsen in Höhe von drei Prozent vereinbart. Die ersten drei Monate waren frei von Bereitstellungszinsen. Die Zahlungen waren wie folgt – zeitlich gemäß vertraglicher Vereinbarung mit seiner finanzierenden Bank – gestaffelt:

1. Zahlung 15 % 712.500,00 Euro (1,5 Monate nach Bereitstellung)
2. Zahlung 10 % 475.000,00 Euro (2,0 Monate nach Bereitstellung)
3. Zahlung 10 % 475.000,00 Euro (3,0 Monate nach Bereitstellung)
4. Zahlung 15 % 712.500,00 Euro (4,0 Monate nach Bereitstellung)
5. Zahlung 10 % 475.000,00 Euro (4,5 Monate nach Bereitstellung)
6. Zahlung 10 % 475.000,00 Euro (5,5 Monate nach Bereitstellung)
7. Zahlung 10 % 475.000,00 Euro (6,0 Monate nach Bereitstellung)
- Summe 80 % 3.800.000,00 Euro
8. Zahlung 10 % 475.000,00 Euro (7,0 Monate nach Bereitstellung)
9. Zahlung 5 % 237.500,00 Euro (9,0 Monate nach Bereitstellung)
10. Zahlung 5 % 237.500,00 Euro (9,5 Monate nach Bereitstellung)
- Summe 100 % 4.750.000,00 Euro

Berechnung der Schadenhöhe Bereitstellungszinsen:

- 4,75 Mio. Euro Gesamtkosten
- 1,20 Mio. Euro Eigenkapitaleinsatz
- 3,25 Mio. Euro Restfinanzierungsaufwand

Bis zur Insolvenz wurden ca. 3.800.000 Euro verbaut. Es verblieb eine Restsumme von 950.000 Euro, die mit drei Prozent Bereitstellungszinsen angenommen werden mussten und somit bei einer Bauverzögerung von drei Monaten 7.125 Euro ergaben.

**Finanzierungszinsen aufgrund verspäteter Fertigstellung:**

Aufgrund der verspäteten Fertigstellung ergab sich neben den Mehraufwendungen für die Bereitstellungszinsen auch die übliche Verzinsung, die sich ohne Gegeneintrag der Mieteinkünfte für den Verzögerungszeitraum darstellte.

Der Auftraggeber finanzierte sein Objekt neben dem eingesetzten Eigenkapital mit einem Finanzierungszinssatz von 4,25 Prozent. Dieser Zinssatz stellte den Effektivzinssatz dar, mit dem auch zur Schadensermittlung gerechnet wurde.

Der Schaden der Bereitstellungsverzinsung entstand, weil die zum Bau zur Verfügung gestellten Gelder länger bereitgehalten werden mussten.

Die Finanzierung des Bauvorhabens war wie das Bauvorhaben selbst bereits angelaufen, als die Insolvenz des Generalbauunternehmers eine Verzögerung von drei Monaten ergab. Hier musste nun das schon verbaute Kapital der Schadensberechnung zugrunde gelegt werden.

Kapitalkaufwendung bis zum Zeitpunkt der Insolvenz: 3.800.000 Euro  
 Finanzierungszinssatz effektiv: 4,25 Prozent  
 Finanzierungszeitraum geplant: 9,50 Monate nach Baubeginn  
 Verzögerung der Bauzeit: 3 Monate

Somit ergab sich eine Schadenshöhe von 40.375 Euro an Zinsaufwendungen, die nicht durch einkommende Mieten gedeckt waren, da diese erst um drei Monate verzögert eingehen konnten.

**Verzugsschaden aus vertraglicher Vereinbarung:**

Der vertraglich vereinbarte Verzugsschaden beträgt 0,15 Prozent pro Tag und wurde mit drei Prozent als obere Grenze fixiert. Er ließ, auch schon aus der vertraglichen Vereinbarung erkennbar, zusätzliche Schadensersatzforderungen zu.

Bei drei Prozent ergab sich somit ein Verzugsschaden von 142.500 Euro. Bei der Tagesstrafe ergab sich für drei Monate (2 x 31 + 1 x 30 Tage) ein Verzugsschaden von 655.500 Euro. Der vertraglich vereinbarte Verzugsschaden betrug somit 142.500 Euro.

**Schadensersatzforderungen aus schon abgeschlossenen Mietverträgen:**

Von den 28 Einheiten bzw. 1.850,00 Quadratmeter Wohn- und Nutzflächen waren zum Zeitpunkt der Insolvenz ca. 45 Prozent vermietet. Hierbei wurde bei allen Einheiten ein sehr später, sprich sicherer Einzugstermin vereinbart, so dass mit forcierter Fortführung des Bauvorhabens der Schaden begrenzt werden konnte.

Die neu abzuschließenden Mietverträge konnten ohnehin die Verzögerung berücksichtigen, so dass hier auch aus Vereinbarungsgründen keine Schadenssummen fixiert wurden.

**Forderungen von Handwerksfirmen und Unternehmern aufgrund von Bauverzögerung:**

Die Feststellung anstehender Verzögerungskosten von Handwerksfirmen und Unternehmen stellte sich vergleichsweise schwierig dar.

Die Verzögerungskosten konnten hier ebenfalls vernachlässigt werden, da diese insgesamt durch den GU beauftragt wurden. Das Auftragsverhältnis betraf somit nicht den Bauherrn, weil dieser nur in einem Vertragsverhältnis zum GU stand.

**Sicherheiten aus Mängelansprüchen:**

Vereinbart war eine Sicherheitsleistung in Höhe von fünf Prozent der vereinbarten Erstellungskosten in Höhe von 4,75 Millionen Euro. Folglich betrug die Sicherheit 237.500 Euro.

**Schlussbetrachtung:**

Zum Zeitpunkt der Insolvenz hatte der Auftraggeber Zahlungen in Höhe von 3,75 Millionen Euro an den GU geleistet. Die ausstehenden Restarbeiten ergaben eine Höhe von 0,90 Millionen Euro, der Gesamterstellungspreis betrug 4,75 Millionen Euro.

Aus den o. a. Erkenntnissen des Sachverständigen ergibt sich folgende Zusammenstellung:

Restleistungen	=	900.000,00 Euro
Mietausfälle	=	28.560,00 Euro
Bereitstellungszinsen	=	7.125,00 Euro
Verzögerung der Finanzierungszinszahlung	=	40.375,00 Euro
Verzugsschaden aus vertragl. Vereinbarung	=	142.500,00 Euro
Insolvenzmehraufwand für den AG	=	17.500,00 Euro
Sicherheiten aus Mängelansprüchen	=	237.500,00 Euro
Summe der Kosten	=	1.373.560,00 Euro

Der Auftraggeber (Bauherr) konnte auf der Basis der Zusammenstellung des Sachverständigen seine Ansprüche gegenrechnen und kam zu folgendem Ergebnis:

- Die Fertigstellung des Bauvorhabens durch den Insolvenzverwalter würde eine Forderung des Insolvenzverwalters in Höhe von 1.000.000 Euro (gemäß ursprünglicher vertraglicher Vereinbarung) erwarten lassen.

**@ Autor**



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

**@ Autor**



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



- Die annähernd kompletten Kosten gemäß Aufstellung des Sachverständigen würden 1.373.560 Euro betragen.
- Eine mögliche Rechnungsfreigabe an den Insolvenzverwalter nach Fertigstellung des Bauvorhabens konnte nun beziffert werden:  
1.000.000 Euro - 373.560 Euro = 626.440 Euro.

*Fazit:* Der Insolvenzverwalter müsste das Bauvorhaben für 626.440 Euro fertigstellen, damit den Auftraggeber und Bauherrn kein wirtschaftlicher Schaden trifft. Ein finanzieller Schaden konnte so durch die frühzeitige sachverständige Betrachtung weitestgehend vermieden werden.

Nach Betrachtung der sich tatsächlich darstellenden Situation (mögliche Einnahme 626.440 Euro und dargelegte Gegenforderungen) des Bauvorhabens, wie beschrieben, nahm der Insolvenzverwalter von der weiteren Abwicklung des Bauvorhabens Abstand. Das Gutachten war daraufhin zu aktualisieren, da auch die administrativen Kosten des Bauvorhabens zur Betreuung durch Ingenieure und Architekten hinzuge-rechnet werden mussten.

## Büro

### Unerlaubte Verwendung von statischen Berechnungen

Bei unberechtigter Nutzung von statischen Berechnungen liegt eine Bereicherung dann vor, wenn bei ordnungsgemäßem Vorgehen für die Nutzung eine Bezahlung geschuldet gewesen wäre.

BGB § 812 Abs.1 Satz 1 2. Alt.  
LG Arnsberg, Urteil vom 4. Mai 2011 – 3 S 1/11  
BauR 3/2012, 521 ff.  
(Siehe hierzu auch: INGLetter 4-2011, Seite 11)

Die Beauftragung eines Tragwerkplaners, generell jedes Ingenieurs, mit der Herstellung einer Planung führt dazu, dass mit Ablieferung der Planung der Auftraggeber die Planung für das von ihm vorgesehene Bauvorhaben verwenden darf. Der Ingenieur wird gerade dafür honoriert, dass er seine Ideen zur Verfügung stellt zum Nachbau durch die Bauherrenschaft.

Da in der Regel Konstruktionspläne (Tragwerksplanungen) genehmigungsbedürftig sind, genehmigt auch die zuständige Baugenehmigungsbehörde die konstruktive Planung. In vereinfachten Genehmigungsverfahren oder bei genehmigungsfreien Bauvorhaben muss dagegen regelmäßig die konstruktive Planung vor Rohbaubeginn vorliegen nach den entsprechenden Vorschriften der Landesbauverordnung, zum

Beispiel in Nordrhein-Westfalen nach § 67 Abs. 5 BauO NRW für genehmigungsfreie Wohngebäude oder nach § 68 Abs. 2 BauO NRW für die Errichtung von Gebäuden im vereinfachten Genehmigungsverfahren.

Für genehmigungsbedürftige Objekte ist dagegen die genehmigte Tragwerksplanung Voraussetzung der Erteilung einer Baugenehmigung nach § 75 BauO NW.

Für sämtliche Bauvorhaben ist so grundsätzlich eine konstruktive Planung, die in Übereinstimmung mit den öffentlich-rechtlichen Baubestimmungen steht, Voraussetzung für den Baubeginn. Die Genehmigungsbehörde prüft aber nicht, ob die vorgelegte oder bei Baubeginn vorzuhaltende Tragwerksplanung tatsächlich von der Bauherrenschaft auch einem Tragwerksplaner, der die Planung abgezeichnet hat, in Auftrag gegeben worden ist. Grundsätzlich prüft oder kontrolliert die Baugenehmigungsbehörde nie, ob eine vorgehaltene oder vorgelegte Tragwerksplanung zivilrechtlich korrekt durch die Bauherrenschaft in Auftrag gegeben worden ist. Die Genehmigungs-/Anzeigebehörde kann kontrollieren, ob eine Tragwerksplanung vor Baubeginn vorlag, fordert dies aber zumindest regelmäßig, wie dies die BauO NRW vorschreibt.

Legt die Bauherrenschaft eine Tragwerksplanung für ein von ihr beabsichtigtes Bauvorhaben vor oder hält sie diese vor bei Baubeginn, schafft sie damit die Voraussetzungen, nach denen legal gebaut werden darf.

Die Bauherrenschaft verwendet die Planung. In einer nicht unerheblichen Anzahl von Fällen geschehen Doppel- und Mehrfachverwendungen von Tragwerksplanungen, die für ein Bauvorhaben X in Auftrag gegeben worden sind, für Folgebauvorhaben Y, Z.

Merkt der Tragwerksplaner des Bauvorhabens X dies nicht und werden die Bauvorhaben Y, Z ausgeführt, spart die Bauherrenschaft für die Bauvorhaben Y, Z die Vergütung des Tragwerkplaners.

Diesen Missstand hat in der II. Instanz das Landgericht Arnsberg erkannt und für ein vereinfachtes Baugenehmigungsverfahren nach § 68 BauO NW erklärt, dass die bloße Vorlage einer Tragwerksplanung, die für ein anderes als das angezeigte Bauvorhaben bestimmt war, einen Vergütungsanspruch des ursprünglichen Tragwerkplaners auslöst.

Die Verwendung der ursprünglich für das Bauvorhaben X entwickelten Tragwerksplanung liegt bereits dann vor, wenn die Tragwerksplanung X für die Bauvorhaben Y, Z der Baugenehmigungsbehörde zur Anzeige gebracht worden sind beziehungsweise zum legalen Bauen vorgehalten werden. Hierin sieht das Gericht eine Verwendung der ursprünglichen Tragwerksplanung für ein weiteres Bauvorhaben, gleichgültig, ob die Bauherrenschaft später, gleichsam in einer Rettungsaktion, schnell noch eine neue Tragwerksplanung eines neuen Planers nachschiebt. Die Erstellung einer statischen Berechnung ist eine einmalige und objektgebundene Leistung. Soweit deshalb keine anderweitige Vereinbarung zwischen dem Tragwerksplaner und dem Bauherren vorliegt, darf die für das Bauvorhaben X entwickelte Tragwerksplanung nur einmal, nämlich für das Bauvorhaben X, verwendet werden. Wird sie gleichwohl erneut für Bauvorhaben, nämlich Y, Z usw. verwendet gegenüber der Genehmigungs-/Anzeigebehörde, erlangt der Bauherr einen Vermögensvorteil, der in den er-

sparten Aufwendungen zur Neubeauftragung eines Tragwerkplaners liegt. Da die Neubeauftragung grundsätzlich den Gebührenanspruch nach HOAI ausgelöst hätte, sind die ersparten Aufwendungen der Bauherrenschaft gleichzusetzen mit dem ersparten HOAI-Honorar.

Dr. Sa

## Sachverständige

### Parteilichkeit des Sachverständigen

1. Ein Sachverständiger setzt sich grundsätzlich dem Vorwurf der Parteilichkeit aus, wenn er zu einem Thema, das außerhalb des Gutachtensauftrages liegt, fachliche Feststellungen trifft und damit das Beweisthema eigenmächtig ausweitet.  
2. Eine solche Parteilichkeit ist aber nur dann anzunehmen, wenn der Sachverständige bei einem Ortstermin abseits des Beweisbeschlusses entweder versteckte Mängel zutage fördert, die für die Parteien nicht sichtbar waren, oder aber einen fachlichen Bezug und damit eine Kausalität zwischen der Ausführung des Gewerkes und einem Schaden oder Mangel herstellt, der ohne entsprechende Fachkenntnis von den Parteien nicht hätte hergestellt werden können.

ZPO §§ 485, 406.

KG Berlin, Beschluss v. 25. Juli 2011 – 15 W 51/11-  
BauR 3/2012, 536 ff.

#### Aus den Gründen:

*Grundsätzlich gilt, dass ein Sachverständiger, der zu einem derartigen Thema fachliche Feststellungen trifft und damit das Beweisthema eigenmächtig erweitert, sich dem Vorwurf der Parteilichkeit aussetzt. Denn ein solches Verhalten ist geeignet, den Eindruck zu erwecken, der Sachverständige wolle anstelle des Gerichts selbst das Beweisthema festlegen und womöglich einer Partei zu Erkenntnissen verhelfen, die ihre Position im Verfahren stärken. Dies wäre mit der neutralen Stellung des Sachverständigen als „Gehilfen des Gerichts“ nicht vereinbar.*

*So liegt der vorliegende Fall indes nicht. Der Sachverständige hat – anders als in den Fällen, die den vorstehend zitierten obergerichtlichen Entscheidungen zugrunde lagen – zu keinem Zeitpunkt die fachliche Feststellung getroffen, die Versiegelung des Parketts sei mangelhaft. Dies trägt auch der Antragsteller nicht vor. Vielmehr ist im Ortstermin die Äußerung gefallen, die Kratzer sähen danach aus, als ob die Versiegelung mangelhaft wäre. Mit dieser Äußerung kann jedoch der Antragsteller in Bezug auf eine mögliche Rechtsfolge nichts anfangen. Er weiß nämlich nach wie vor nicht positiv, ob die Kratzer auf Mängel der Versiegelung oder auf andere Umstände zurückzuführen sind. Ein Baumangel lässt sich dadurch nicht behaupten, geschweige denn beweisen. Hierzu wäre eine fachliche Feststellung notwendig, auf die der Antragsteller folgerichtig mit seiner Ergänzungsfrage im Schriftsatz vom 08.03.2011 abzielt. Auch die somit verbleibende bloße Verdachtsäußerung, die Versiegelung sei möglicherweise mangelhaft, reicht für sich genommen nicht aus, die Befangenheit des Sachverständigen zu begründen.*

*Anknüpfungspunkte für den Vorwurf der Parteilichkeit sind Verhaltensweisen des Sachverständigen, die einer Partei gegenüber der anderen Vorteile verschaffen, die sie ohne den Sachverstand des Sachverständigen nicht erlangt hätte. Dies ist freilich in Fällen anzunehmen, in denen der Sachverständige bei einem Ortstermin abseits des Beweisbeschlusses entweder verdeckte Mängel zutage fördert, die für die Parteien nicht sichtbar waren, oder aber einen fachlichen Bezug und damit eine Kausalität zwischen den Ausführungen des Gewerkes und einem Schaden oder Mangel herstellt, der bzw. die ohne entsprechende Fachkenntnis von den Parteien nicht hätten hergestellt werden können.*

#### Kommentierung:

Für die Befangenheit eines Richters, aber auch eines Sachverständigen, reicht es aus, dass eine Partei den Eindruck haben muss, der Richter/Sachverständige sei befangen. Ob er tatsächlich befangen ist, ist nicht das Kriterium.

Mithin reicht bei Befangenheitsanträgen die Feststellung, dass der Verdacht aus Sicht einer Partei begründet ist, der Richter/Sachverständige sei befangen. Die bloße Befassung des Sachverständigen mit dem Beweisthema, das der Richter ihm vorgegeben hat bei Auslotung des Beweisthemas, in sachlicher Hinsicht reicht nicht für die Befangenheit eines Sachverständigen. Die Grenze zur Befangenheitsvermutung ist dann überschritten, wenn der Sachverständige zu Fragen Stellung nimmt, die in keinem inneren Zusammenhang mehr zu der durch das Gericht formulierten Beweisfrage steht.

Der klassische Fall, in dem eine Partei vom Sachverständigen verlangt, auf „Mängelsuche“ zu gehen, löst die Befangenheit des Sachverständigen aus, wenn er diesem Begehren nachkommt. Lässt dagegen die Mängelsuche sich noch in Übereinstimmung mit dem formulierten Beweisthema bringen und tut der Sachverständige nichts anderes als dem Beweisthema gründlich nachzukommen, kann dies niemals Grund zur Ablehnung eines Sachverständigen sein.

Dr. Sa

#### Buchbesprechung

### Sichere Vergabe unterhalb der Schwellenwerte

Etwa neunzig Prozent aller Beschaffungen betreffen den Bereich unterhalb der EU-Schwellenwerte. Beschaffer und Bieter sehen sich hier einem kaum durchdringbaren Regelungsdschungel gegenüber. Haushaltsrechtlich gelten die Vergabevorschriften von VOL/A und VOB/A. Daneben sind zahlreiche Verwaltungsvorschriften, Spezialgesetze, Verfassungs- und EU-Recht zu beachten.

Noch komplizierter wird das Vergaberecht zunehmend durch Vorgaben, welche der Umsetzung allgemeiner politischer Ziele dienen. Trotz gegenteiliger Versprechungen ist das Vergaberecht also nicht vereinfacht worden. Beispielsweise sind auch die Bemühungen um eine inhaltliche Angleichung von

VOL/A und VOB/A vorerst gescheitert.

So wird der Regelungsdschungel des Vergaberechts immer dichter durch

- die hervorgehobene Bedeutung der Energieeffizienz, von Tariftreue und der Bekämpfung der „Kinderkrankheiten“,
- neue Ausschlussstatbestände und neue Verfahrensvorschriften aus Spezialgesetzen,
- die grundsätzliche Verpflichtung zur Aufteilung in Mengenlose sowie
- die Verpflichtung Zuschlagsentscheidungen mit Wertungssystemen und Gewichtungen begründen zu müssen.

Gleichzeitig gewinnt der Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte zunehmend an Bedeutung.

Die 2. Auflage des vorliegenden Werkes, das Dr. Christopher Zeiss, Richter und Referent beim Bundesministerium der Justiz in Berlin als Spezialist für das Vergaberecht und das EG-Beihilfenrecht als Herausgeber im Bundesanzeiger-Verlag ediert hat, leitet den Leser durch alle Stationen des Vergabeverfahrens. Er erhält einen Überblick über die jeweiligen rechtlichen Anforderungen sowie die Rechtsschutzmöglichkeiten. Um ihm den Wechsel zwischen Liefer- und Dienstleistungsbeschaffungen einerseits und Bauleistungen andererseits zu erleichtern, wird auf Unterschiede zwischen VOL/A und VOB/A besonders hingewiesen. Die Neuauflage entspricht dem Norm- und Entwicklungsstand des Vergaberechts, wie zum Beispiel Fragen der Energieeffizienz, ebenso wie die neuen Ausschlussstatbestände und Verfahrensvorschriften (zum Beispiel dem aus Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz, dem Mindestarbeitsbedingungsgesetz, dem Arbeitnehmerentsendegesetz). Zahlreiche Beispiele, Praxistipps, Formulierungsvorschläge und grafische Übersichten veranschaulichen das jeweilige Thema.

Das Buch umfasst nicht die Unterschwellenvergabe von freiberuflichen Leistungen, die überschwellig in der VOF geregelt ist. Die Prinzipien der VOL/A und VOB/A im Unterschwellenbereich sind abgewandelt auch auf die Vergabe freiberuflicher Leistungen im Unterschwellenbereich anzuwenden.

Das Buch ist insoweit denjenigen Ingenieur-/und Architekturbüros zu empfehlen, die innerhalb der HOAI-Leistungsbilder in den Leistungsbilderphasen 6 und 7, Vorbereitung der Vergabe und Mitwirkung der Vergabe im Schwerpunkt tätig sind.

*Sichere Vergabe unterhalb der Schwellenwerte; mit Gesetzestexten und Materialien auf CD-ROM; 358 Seiten, broschiert, 49,80 Euro; Bundesanzeiger-Verlag ISBN 978-3-8462-0023-0*

- [www.bundesanzeiger-verlag.de](http://www.bundesanzeiger-verlag.de)

## VOB-Kommentar

Der in 4. Auflage erscheinende VOB-Kommentar *Franke/Kemper/Zanner/Grünhagen* hat sich im Konzept nicht geändert. Der ist praxisorientiert und berücksichtigt die höchst-

richterliche Rechtsprechung bis einschließlich 1. Juli 2010. Vorteil dieses Kommentars, der das Bauvergaberecht, das Bauvertragsrecht und das Bauprozessrecht mitberücksichtigt ist, dass neben den Vorschriften der VOB jeweils Querverweise auf die entsprechenden BGB-Vorschriften in Unterkapiteln dargestellt werden. Dies ist deshalb notwendig geworden, weil der BGH die Privilegierung der VOB/B jedenfalls für den Teilbereich der Verbraucherverträge nicht mehr akzeptiert. Bei der Anwendung der VOB/B wird insoweit bei einer vorherigen Vertragsprüfung immer festzustellen sein, ob die VOB/B-Vorschrift in Übereinstimmung mit dem Grundgedanken des BGB steht. Sinnvoll ist auch die synoptische Darstellung der Vorschriften VOB-A 2009 zu VOB-A 2006. Da die entsprechende Rechtsprechung natürlich auf den ursprünglichen VOB/A-Vorschriften beruht, sind Querverweise über die Synopse immer mitzulesen.

VOB-Kommentar

Bauvergaberecht in der Praxis, Bauprozessrecht

4. Auflage

Herausgegeben und überarbeitet von Prof. Horst Franke, Ralf Kemper, Christian Zanner, Matthias Grünhagen

Werner Verlag 2011

ISBN: 978-3-8041-1624-5

[www.werner-verlag.de](http://www.werner-verlag.de)



### Impressum

#### INGLetter

Ein Informationsdienst für die Kooperationspartner der HDI-Gerling Gruppe  
ISSN 1430-8134

#### Herausgeber

HDI-Gerling Firmen und Privat Versicherung AG  
Nicole Gustiné  
Marketing/Vertriebsmanagement  
Riethorst 2  
30659 Hannover  
Telefax: 0511/645 3661  
E-Mail: [nicole.gustine@hdi-gerling.de](mailto:nicole.gustine@hdi-gerling.de)  
[www.hdi-gerling.de](http://www.hdi-gerling.de)

#### Schriftleitung

RA Prof. Dr. Hans Rudolf Sangenstedt (verantwortlich für den Inhalt)  
Rechtsanwälte Caspers-Mock  
Wachsbleiche 26, 53111 Bonn  
Telefon: 0228/653550  
Telefax: 0228/632372  
[sangenstedt@caspers-mock.de](mailto:sangenstedt@caspers-mock.de), [www.caspers-mock.de](http://www.caspers-mock.de)

Verantwortlich für den Schadenfall auf Seite 10:

Univ.-Prof. Dr.-Ing. Antonius Busch  
Henschelstr. 2, 34127 Kassel  
Telefon: 0561/8043632, Telefax: 0561/8042494  
Mobil: 0173/6177033  
E-Mail: [info@Dr-A-Busch.de](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

# Infomaterial bestellen

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

„Wenn Sie mehr zu unseren Produkten wissen wollen, schicken Sie uns einfach die ausgefüllte Fax-Antwort zu.  
Gern beraten wir Sie auch in einem persönlichen Gespräch.“

## 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

**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

## Online-Service



### HDI-Gerling INGLetter

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

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



### HDI-Gerling INGservice

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

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



### HDI-Gerling Online-Newsletter

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

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