

Information für technisch-wissenschaftliche Berufe

INGLetter

HDI

Nr. 10
Oktober 2017

www.hdi.de

Aktuell

Die Planungsgrundlagen werden im Werkvertragsrecht jetzt anerkannt

Honorar

Nebenkosten sind mehr als nur die Telefon- und Fotokopierkosten

Haftung

Ohne Kostenrahmen keine Haftung für spätere Budget-Überschreitungen

Vergabe

Bieterfragen können auch noch kurz vor Ende der Angebotsfrist gestellt werden

Editorial**Bauvertragsrecht 2018 – was ist neu?**

Der Countdown läuft – zum 01.01.2018 wird das neue Bauvertragsrecht in Kraft treten. Verträge, die ab diesem Zeitpunkt abgeschlossen werden, unterliegen dann den neuen Regelungen des reformierten Bauvertragsrechts. Wie in unserem letzten INGLetter bereits angekündigt, wollen wir uns in dieser und in den folgenden Ausgaben mit wesentlichen Aspekten des kommenden Bauvertragsrechts befassen.

Den Anfang macht ein Beitrag über die neu geschaffenen Regelungen des Architekten- und Ingenieurvertrages (siehe Seite 3). Der Autor fokussiert dabei insbesondere den neuen Stellenwert der Erarbeitung der Planungs- und Überwachungsziele in Abgrenzung zur reinen Akquisition. Nach dem Willen des Gesetzgebers ist die Schaffung von Planungsgrundlagen nicht mehr nur Akquisition, sondern echte Architekten- oder Ingenieurleistung. Voraussetzung ist natürlich, dass die Parteien eine klare vertragliche Vereinbarung treffen, die diese gewünschte Rechtsfolge auch bewirkt.



Ein weiterer Beitrag befasst sich mit den neu geregelten Vorschriften zur Abnahme der Werkleistung (siehe Seite 5). Zwar wird sich an dem Grundsatz der Abnahmepflicht des Bestellers nichts ändern, auch die Rechtsfolgen der Abnahme (z. B. Fälligkeit der Vergütung, Gefahrübergang, Beweislastumkehr für Mängel) ändern sich nicht. Neu sind aber die Vorschriften für die Abnahmefiktion in den Fällen, in denen der Auftraggeber das von ihm beauftragte Werk nicht innerhalb der ihm gesetzten Frist abnimmt. Will der Besteller die gegebenenfalls drohende Abnahmefiktion verhindern, muss er seine Abnahmeverweigerung innerhalb der Abnahmefrist mit mindestens einem konkreten Mangel begründen. In diesem Fall wird dem Auftragnehmer im Gegenzug zur Wahrung seiner Interessen ein Recht auf Zustandsfeststellung der Leistung eingeräumt. Was das im Einzelnen bedeutet, wie also die Architekten und Ingenieure sich in solchen Fällen konkret verhalten sollten, wird in dem Beitrag herausgearbeitet.

Neben diesen beiden Schwerpunktthemen finden Sie in dieser Ausgabe aber auch wieder wichtige aktuelle Rechtsprechungshinweise zum Beispiel zur Dimension der Sekundär- oder Sachwalterhaftung, und die Besprechung eines Schadenfalls, der wieder einmal zeigt, dass die technische Welt nicht immer so eindeutig ist, wie es scheint.

Gewinnbringende Erkenntnisse beim Lesen wünscht Ihnen

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

Inhalt

- 3 Aktuell**
Das neue Bauvertragsrecht I: Der Stellenwert von Planungsgrundlagen wird im Werkvertrag jetzt anerkannt
- 5 Aktuell**
Das neue Bauvertragsrecht II: Präzisere Regelungen gegen die missbräuchliche Abnahmeverweigerung
- 8 Basiswissen, Teil 19**
Die Nebenkosten sind kein Teil des Honorars und umfassen weit mehr als nur die Telefon- und Fotokopierkosten
- 9 Honorar**
Ohne vertragliche Bindung kein Vergütungsanspruch für die akquisitorische Tätigkeit des Planers
- 10 Haftung**
Ohne vereinbarten Kostenrahmen keine Haftung des Planers für eine spätere Überschreitung des Budgets
- 10 Haftung**
Auch der nur mit Teilen eines Leistungsbildes beauftragte Planer unterliegt der Sachwalterhaftung
- 11 Haftung**
Tragwerksplaner müssen auch auf ungeeignete anderweitig geplante Ausführungsabsichten hinweisen
- 12 Haftung**
Keine Haftung des Objektüberwachers für Schäden an vor schlechtem Wetter nicht geschützten Rohbauzuständen
- 12 Vergabe**
Bieterfragen können bis kurz vor Ablauf der Angebotsfrist gestellt werden
- 13 Schadenfall**
Ermittlung des Verkehrswertes eines Altenteilerhauses aus den 60er Jahren: Gutachter differierten um 50 Prozent
- 16 HDI-Informationssseite**
- 16 Impressum**

Bildnachweis: Olaf Mahlstedt Photographie



Onlinemagazin

HDI INGLetter: Die komplette Ausgabe online finden Sie im Internet unter www.hdi.de/ingletter

Aktuell

Das neue Bauvertragsrecht I: Der Stellenwert von Planungsgrundlagen wird im Werkvertrag jetzt anerkannt

Am 1. Januar 2018 wird das neue Bauvertragsrecht in Kraft treten, über dessen Kernpunkte wir ja in unserer Maiausgabe (INGLetter 2/2017, Seite 3) schon berichtet hatten. Ab Neujahr gilt das neue Recht für alle Verträge, die ab diesem Zeitpunkt geschlossen werden. Für Verträge, die vor diesem Datum geschlossen worden sind, gilt das bisherige Bauvertragsrecht. Das hat zur Konsequenz, dass nur für die ab dem 1. Januar 2018 geschlossenen Ingenieurverträge das neue Recht gilt, während für alte Ingenieurverträge das alte Ingenieurvertragsrecht weitergilt. Wir haben es in absehbarer Zukunft also mit zwei Ingenieurvertragsystemen zu tun.

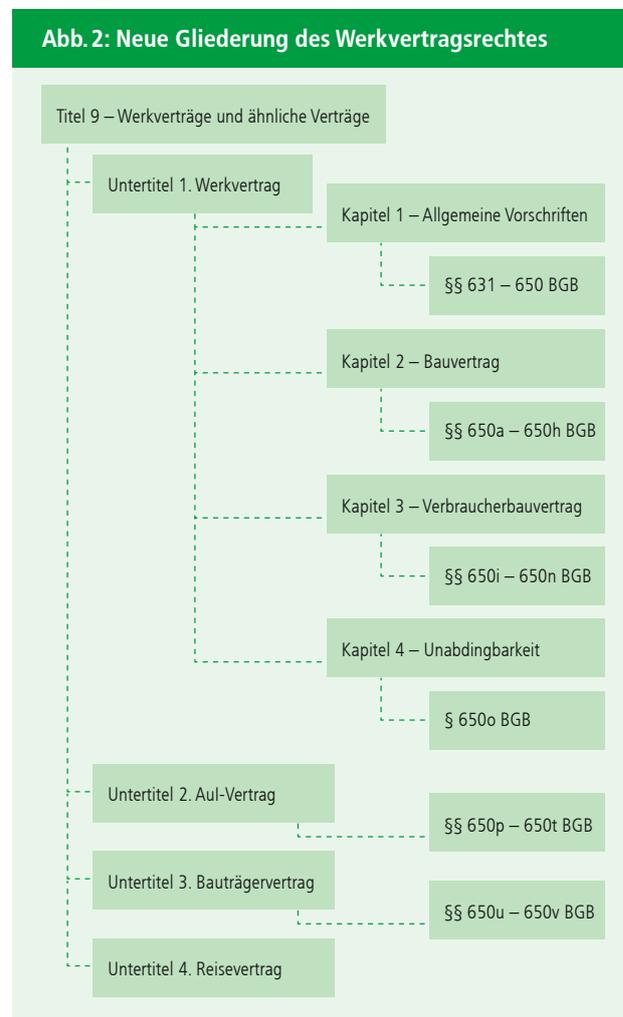
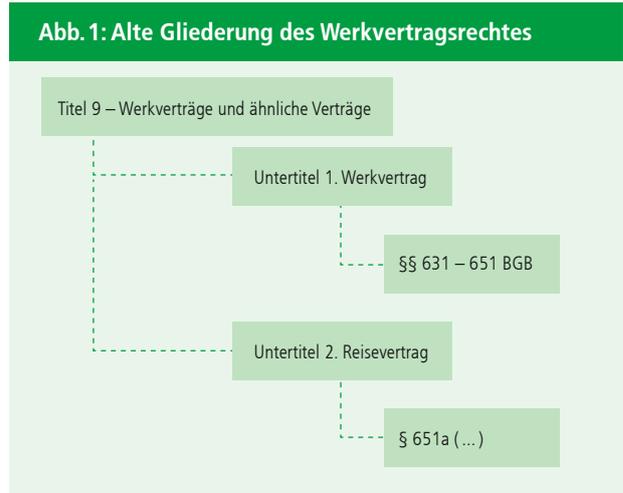
Grundidee der Gesetzesnovelle war es, den Schwerpunkt im Werkvertragsrecht, der zumindest ökonomisch im Bauvertragsrecht liegt, stärker herauszuarbeiten und auch auf den Wirtschaftszweig Bau auszurichten. Gehörten bisher – beispielsweise – Reparaturen von Schuhen oder eines Kfz in dieselbe werkvertragliche Kategorie wie die Beauftragung eines Bauunternehmers oder eines Ingenieurs, so ist dies, beginnend mit dem 1. Januar 2018, nicht mehr so.

Konsequenterweise ist das Werkvertragsrecht innerhalb des Bürgerlichen Gesetzbuches unter diesem Gesichtspunkt neu strukturiert worden. Wie bei allen Gesetzesreformen ist der moderne Gesetzgeber aber nicht in der Lage gewesen, gegebenenfalls auch bedrängt durch interessensstarke Organisationen, klare einfache gesetzliche Regelungen zu schaffen (wie dies mit dem BGB im vorvorjährigen Jahrhundert, 1898, noch der Fall war). Erwartungsgemäß ist das neue Bauvertragsrecht angeschwollen von den bisherigen Paragraphen 631 bis 651 auf die künftigen Paragraphen 631 bis 650v. Berücksichtigt man die im Laufe des Lebens des alten Werkvertragsrechts hinzugekommenen Paragraphen, steigt die Zahl der Vorschriften von 24 auf nun 42.

Dies ist der Tatsache geschuldet, dass eine Differenzierung der Bauverträge vorgenommen worden ist mit der Folge, dass (1.) die bisherigen Vorschriften als allgemeine Vorschriften weitergelten und dass (2.) diese allgemeinen Vorschriften in den jeweils besonderen Werkverträgen weiter zur Anwendung kommen, zumindest als ergänzende Vorschriften, soweit sich aus den Vorschriften für die besonderen Verträge nichts anderes ergibt. Die bisherige und die neue Gliederung des Werkvertragsrechts ergeben sich aus Abbildung 1 und Abbildung 2.

Für die Ingenieure und Architekten ist wichtig, dass ihre eigenen Verträge, nämlich die Architekten- und Ingenieurverträge, jetzt in einem eigenen Untertitel des Gesetzes erfasst werden (nämlich in den Paragraphen 650p bis 650t). In Paragraph 650p wird erstmals eine vom Gesetz festgelegte Begriffsbestimmung des Architekten- und Ingenieurvertrages geschaffen („Legaldefinition“), die allerdings zurückgreift auf zu vereinbarenden Vertragsziele und sich von diesen her versteht. Es scheint gesetzgeberisch nicht möglich, Architekten- und Ingenieurleistungen allgemeingültig zu definieren, eine Vermutung, die jedem Planer, also jedem intellektuell leistenden Baubeteiligten, sowieso bekannt ist.

Das neue Recht verpflichtet die Ingenieure und Architekten noch mehr als bisher, sich auch mit den anderen Titeln und Kapiteln des Werkvertragsrechts auseinanderzusetzen, denn von Archi-



tekte und Ingenieuren werden nach ständiger Rechtsprechung Grundkenntnisse des Bauvertragsrechts verlangt, auch zwecks Beratung ihrer Bauherren.

Verbleibt man beim Architekten- und Ingenieurvertrag im neuen BGB, so ergibt sich gleichsam als Generalüberschrift aus Paragraph 650q Absatz 1, dass sämtliche Vorschriften des ersten Kapitels, nämlich die allgemeinen Werkvertragsvorschriften, auch für den Architekten- und Ingenieurvertrag gelten. Auch die Vorschriften der Paragraphen 650b und 650e bis 650h gelten entsprechend, soweit sich aus den Besonderheiten der Vorschriften für den Archi-

tekten- und Ingenieurvertrag nichts anderes ergibt. Diese Querweise machen das Gesamtgesetz für den Nutzer schwer lesbar, setzen sie doch voraus, dass man die dort zitierten Vorschriften zum Verständnis des Architekten- und Ingenieurvertrages über die generalisierenden Querweise mitberücksichtigen muss.

Immerhin gelingt es dem Gesetzgeber in Paragraph 650p Absatz 1, eine Definition des Architekten- oder Ingenieurvertrages über dessen zu erbringende Leistungen zu regeln, die aber insoweit dem Architekten und Ingenieur schon wieder fremd ist, weil, und dies ist dem allgemeinen Werkvertragsrecht geschuldet, der Architekt oder Ingenieur dort als „Unternehmer“ bezeichnet werden. Festgelegt wird, dass er, „der Unternehmer“ (= der Architekt oder Ingenieur), verpflichtet wird, diejenigen Leistungen zu erbringen, die nach dem Stand der jeweiligen Planung und Ausführung des Bauwerkes selbst erforderlich sind, um die zwischen den Parteien vereinbarten Planungs- und Überwachungsziele zu erreichen.

Voraussetzung der Leistungsverpflichtung eines Architekten oder Ingenieurs ist es also, dass die Parteien eine Vereinbarung über die Planungs- und Überwachungsziele abschließen, die dann die Basis der vertraglichen Verpflichtungen des Architekten oder Ingenieurs wird.

Vom Honorar ist in dieser Vorschrift nichts zu finden. Es gilt also für das Honorar weiterhin die allgemeine Vorschrift des Paragraphen 632 Absatz 2 BGB, wonach die Höhe der Vergütung für solche Leistungen eine „Taxe“ ist, also ein amtlich vorgeschriebener Preis, für den Architekten und Ingenieur also die HOAI; in Ermangelung einer Taxe und ohne, dass ein Preis abgesprochen worden wäre, gilt die „übliche Vergütung“. Insofern hat sich bei der Gegenleistung, nämlich dem Honorar, nichts geändert zwischen neuem und altem Recht.

Während Paragraph 650p Absatz 1 den Kriterienkatalog im Architekten und Ingenieurvertrag für die zu erbringenden Leistungen über vereinbarte Planungs- und Überwachungsziele definiert und voraussetzt, dass die Parteien Planungs- und Überwachungsziele vereinbaren können, mithin beide Parteien gleichsam wissen, was sie wollen, regelt Paragraph 650p Absatz 2 die wohl zum Regelfall werdende Konstellation, dass wesentliche Planungs- und Überwachungsziele noch nicht vereinbart werden konnten, mithin also zunächst einmal eine Planungsgrundlage zur Ermittlung dieser Ziele zu erstellen sei. Die Erstellung einer solchen Planungsgrundlage ist nun wieder Aufgabe des Architekten oder Ingenieurs, soweit ein sachkundiger Bauherr eine solche Planungsgrundlage nicht schon selber mitbringt. Zusammen mit der Planungsgrundlage soll auch eine Kosteneinschätzung für das Vorhaben vorgelegt werden, die nicht etwa eine definierte Kostenschätzung nach DIN 276-1 (2008/-12) sein soll, sondern eben nur eine grobe Einschätzung.

Dies ist nun wirklich neu. Einerseits sollen der Architekt oder Ingenieur eine Planungsgrundlage einschließlich einer Kosteneinschätzung erbringen, auf deren Basis die Pflichten im Architekten- oder Ingenieurvertrag definiert werden, andererseits ist die Schaffung von Planungsgrundlagen aber keine Akquisition, sondern nach neuem Recht eine echte Architekten- oder Ingenieurleistung, denn es besteht – sowohl für den Auftragnehmer, als auch für den Auftraggeber – nach deren Erbringung ein besonderes Kündigungsrecht. Mit anderen Worten: Die Erarbeitung einer Planungsgrundlage setzt einen Architekten- oder Ingenieurvertrag zur Erarbeitung eben dieser Planungsgrundlage voraus. Ob diese Leistungen noch als Akquisitionsleistungen gelten können, ist eine Frage der vertraglichen Vereinbarung, ist also nicht ausgeschlossen. Der Gesetzgeber sieht es aber erst einmal nicht so.

In Zukunft gibt es also zwei Arten von Architekten und Ingenieurverträgen: Einerseits zum Beispiel erfahrene Bauherren oder bauwirtschaftlich tätige Unternehmen und Architekten und Ingenieure, die nach Paragraph 650p Absatz 1 bereits eine Planungsgrundlage haben, auf Grund derer sie vertraglich festzulegende Planungs- und Überwachungsziele definieren, und zum anderen diejenigen, die als Bauherren mit Hilfe eines Architekten oder Ingenieurs erst überlegen wollen, was sie zum Gegenstand ihres Bauvorhabens machen wollen und deshalb zusammen mit einem Architekten oder Ingenieur ihre auftragsbezogenen Planungs- und Überwachungsziele formulieren müssen.

Es wird die Prognose gewagt, dass die zweite Variante diejenige sein wird, die am häufigsten vorkommen wird, während die erste Variante diejenige Verträge betrifft, bei denen, aufbauend auf bereits vorliegenden Planungs- oder Überwachungsergebnissen, nur einzelne Segmente bestimmter Leistungsbilder beauftragt werden.

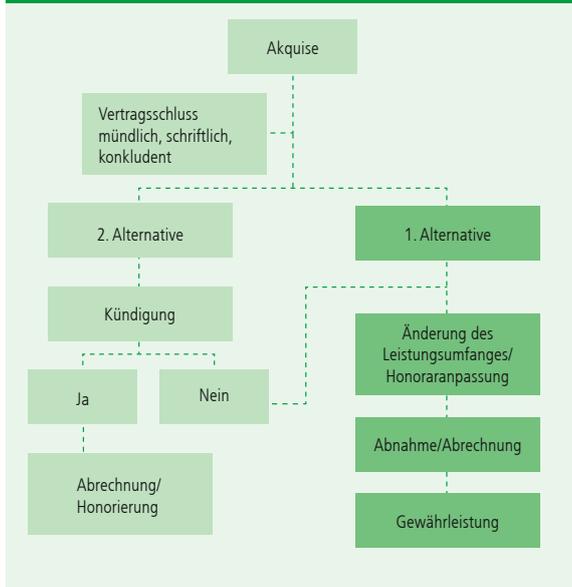
Klar ist jedenfalls, dass die Erarbeitung einer Planungsgrundlage und einer Kosteneinschätzung die Grenze der gewöhnlichen Akquisition überschreitet, denn die bisherige Rechtsprechung zur Akquisition und zu honorarfrei zu erbringenden Leistungen nach den Leistungsphasen 1 und 2, gegebenenfalls zu teilende Leistungsphase 3, wird mit den bisherigen Begründungen nicht mehr haltbar sein, denn Paragraph 650p Absatz 2 sieht gesondert vor, dass dem Auftraggeber als Arbeitsergebnis eine Planungsgrundlage einschließlich einer Kosteneinschätzung vorgelegt werden müssen und dass diese Leistungen, die dazu dienen, den Bedarf des Arbeitsgebers festzuhalten und zu definieren (sog. Bedarfsplanung), immer auch Leistungen sind, die zumindest Grundleistungen der Leistungsphasen 1 und 2 erfassen. Andernfalls lägen diese Leistungen lupenrein vor den Leistungsphasen 1 oder 2. Das scheint aber nicht so zu sein. Es ist schwer vorstellbar, dass die Ausarbeitung einer Planungsgrundlage und einer Kosteneinschätzung, gegebenenfalls auch für die Finanzierung des Bauvorhabens, honorarfrei sein können, denkt man daran, dass die für die Bedarfsplanung zu erbringenden Leistungen klassisch diejenigen sind, die im Bereich der Objektplanung (Anlage 10 zu § 34 Abs. 4; § 35 Abs. 7 HOAI 2013) in die Besonderen Leistungen fallen, zum Teil sogar in die Besonderen Leistungen der Leistungsphase 3, wie das Aufstellen eines besonderen Finanzierungsplanes, mithin diese Leistung nach Paragraph 3 Absatz 3 HOAI 2013 frei honoriert werden können, also sogar honorarfrei erbracht werden können, soweit dies vereinbart worden ist.

Es ist abzusehen, mit wie vielen Abgrenzungen sich die Rechtsprechung auf diesem neuen Gebiet zu befassen haben wird.

Die Zweiteilung der Verträge in solche Verträge, die zwischen zwei erfahrenen Vertragspartnern geschlossen werden und solche Verträge, bei denen der eine Vertragspartner vorgeblich fachfremd und ahnungslos ist, führt dazu, dass die Zweiteilung der Architekten- und Ingenieurverträge auch mit verschiedenen Konsequenzen für die gesetzgeberische Lösung solcher Probleme versehen worden sind, die sich aus dem zuletzt genannten Vertrag ergeben können.

Legen nämlich der Architekt oder Ingenieur zusammen mit ihren Kosteneinschätzungen dem Auftraggeber eine Planungsgrundlage vor, kann dieser das Vertragsverhältnis kündigen. Der Gesetzgeber setzt hier also ein bestehendes Vertragsverhältnis voraus. Dieses Kündigungsrecht des Auftraggebers erlischt allerdings innerhalb zweier Wochen nach Vorlage der Vertragsgrundlagen nach Paragraph 650r Absatz 1, dies nun wieder aber nur, wenn der Auftragnehmer den Bauherren auf die Kündigungsmöglichkeit schriftlich hingewiesen hat.

Abb. 3: Ablauf beider Arten künftiger Planerverträge



Erläuterung zur 2. Alternative:

Vertrag zur Schaffung einer Planungsgrundlage mit Vertragszielen einschließlich Kosten; nach Vorlage der Planungsgrundlage: Kündigungsrecht mit der Verpflichtung, die bis dahin erbrachten Leistungen nach HOAI (soweit in der HOAI erfasst) oder (soweit nicht HOAI-erfasst) nach üblichem Aufwand zu vergüten. Wenn keine Kündigung erfolgt: Fortsetzung des Vertrages nach der 1. Alternative.

Erläuterung zur 1. Alternative:

Vertrag, der die Planungsgrundlage und die Vertragsziele definiert; Verpflichtung zur Leistungserbringung nach Vertrag; Honorierung nach HOAI, soweit HOAI-erfasst, ansonsten übliche Vergütung nach Aufwand.

Die Architekten oder Ingenieure sind in solch einem Fall aber auch nicht hilflos, denn sie können – nachdem sie die Planungsgrundlagen und ihre Kosteneinschätzung vorgelegt haben – dem Bauherrn nach Paragraph 650r Absatz 2 eine Frist setzen innerhalb derer der Bauherr den geschaffenen Vertragsgrundlagen zustimmen soll. Wenn der Auftraggeber seine Zustimmung verweigert oder wenn er die Frist verstreichen lässt, können die Architekten oder Ingenieure ihrerseits den Vertrag kündigen (Sonderkündigungsrecht). Wird gekündigt, entweder durch den Auftraggeber oder durch den Architekten oder Ingenieur, sind letztere berechtigt, für die bis dahin erbrachten Leistungen eine Vergütung zu verlangen (§ 650r Abs. 3). Ist keine Vergütung vereinbart, gilt, soweit keine HOAI-Leistungen erbracht worden sind – was normalerweise nicht der Fall sein dürfte –, die übliche Vergütung, nämlich eine aufwandsbezogene Vergütung im Stundensatz für erbrachte Besondere Leistungen und/oder für Teilleistungen aus einem Leistungsbild.

Sind die vorbenannten Fristen sowohl für den Auftraggeber als auch für den Auftragnehmer verstrichen und es wird nicht ge-

kündigt, läuft das Vertragsverhältnis weiter wie ein Vertrag nach der ersten Alternative, nämlich nach Paragraph 650p Absatz 1.

Die oben beschriebenen Abläufe sind in Abbildung 3 noch einmal skizzenhaft dargestellt worden.

Nachdem nun auf die eine oder andere Art ein endgültiger Architekten- oder Ingenieurvertrag vorliegt, ergeben sich die Rechte und Pflichten nach diesem dann beständigen Vertrag nach dessen Inhalt, also zum Beispiel: Erbringung/Beibringung einer Baugenehmigung, Ausschreibung und Vergabe von Unternehmerleistungen, Objektüberwachung, oder als Ausschnitt diverser Leistungsbilder zum Beispiel der HOAI oder selbst definierter Leistungen oder Leistungen, die einem kompletten HOAI-Leistungsbild entsprechen.

Dieser Artikel wird im INGLetter 4/17 fortgesetzt

Aktuell

Das neue Bauvertragsrecht II: Präzisere Regelungen gegen die missbräuchliche Abnahmeverweigerung

Die Reform des neuen Bauvertragsrechts bringt, wie der Artikel oben schon aufzeigt und in seiner Fortsetzung im Dezember-Heft des INGLetters weiter aufzeigen wird, eine Vielzahl von Änderungen, deren Kern die Reform des Werkvertragsrechts im Bürgerlichen Gesetzbuch mit den neuen Abschnitten zum Bauvertrag und zum Architekten- und Ingenieurvertrag ist. Im Zusammenhang mit diesen neuen Regelungen gibt es auch einige wichtige Änderungen der Abnahmeregungen. Inwieweit diese eine Neuerung im Vergleich zum bisherigen Recht darstellen und wie die bestehenden Regelungen für die Abnahme aussehen, soll im nachfolgenden Überblick dargestellt werden.

Während die Regelungen der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB) ausschließlich für Bauleistungen gelten und entsprechend gestaltet sind, gilt das Werkvertragsrecht des BGB für alle Arten von Werkverträgen und wird damit den speziellen Bedürfnissen der Bauunternehmer sowie der Architekten und Ingenieure nur bedingt gerecht. Mit den neuen Regelungen zu den oben erwähnten zukünftig neuen Vertragsformen soll hier nun eine Annäherung erfolgen.

Was bedeutet Abnahme und welche Voraussetzungen sind damit verbunden?

Gemäß Paragraph 640 Absatz 1 BGB ist „der Besteller verpflichtet, das vertragsgemäß hergestellte Werk abzunehmen“. Abnahme der Leistung bedeutet „die Entgegennahme der fertiggestellten Leistung und Anerkennung als im wesentlichen vertragsgemäße Leistung“. Dies gilt nicht nur bei körperlichen Bauwerken, sondern auch bei geistigen Leistungen soweit diese übergabefähig sind, wie zum Beispiel die Erstellung eines Bauplans bei einem Architekten (*Palandt*, BGB Kommentar, 75. Ausgabe 2016, § 640, Rdnr. 3). Die Abnahme ist auch eine Hauptpflicht des Auftraggebers/Bestellers (*Palandt*, s. o., § 640, Rdnr. 8).

Die Anerkennung als vertragsgemäße Leistung beinhaltet, dass die abzunehmende Leistung abnahmefähig ist. Gemäß Paragraph 640 Absatz 1, Satz 2 BGB kann die Abnahme nach bisherigem Recht nicht verweigert werden, soweit nur unwesentliche Mängel vorliegen. In der vergleichbaren Regelung in Paragraph 12 VOB/B



Autor



RA Prof. Dr. jur.
Hans Rudolf Sangenstedt

caspers mock Anwälte Bonn, Berlin,
Koblenz, Frankfurt, Köln, Saarbrücken
E-Mail: bonn@caspers-mock.de

ist aufgenommen, dass die Abnahme nur wegen wesentlicher Mängel verweigert werden kann. Da weder das BGB noch die VOB definiert haben, wann ein Mangel wesentlich und wann er unwesentlich ist, wird für die Abgrenzung auf die Rechtsprechung zurückgegriffen. Das Oberlandesgericht München hat zum Beispiel in einem Urteil aus dem Jahre 2008 (Az.: 13 U 4378/07) als Kriterien den Umfang der Mängelbeseitigungsmaßnahmen, die Auswirkungen auf die Funktionsfähigkeit sowie das Maß der Beeinträchtigung festgelegt. Mehrere unwesentliche Mängel können im Einzelfall auch einem wesentlichen gleichstehen (siehe auch *Palandt*, s. o., § 640, Rdnr. 9).

Aus Abbildung 1 ist ersichtlich, dass die alten und neuen Regelungen annähernd identisch sind, wenn auch der Begriff „förmliche“ Abnahme nur explizit in der VOB/B zu finden ist und diese daher auch ohne gesonderte Vereinbarung durchzuführen ist, soweit eine der Vertragsparteien dies verlangt (§ 12 Absatz 4 VOB/B). Im Gegensatz zum BGB ist in § 12 VOB/B festgelegt, dass die ausdrückliche Abnahme innerhalb von zwölf Werktagen durchzuführen ist, wenn der Auftragnehmer dies nach Fertigstellung verlangt. Soweit keine förmliche oder ausdrückliche Abnahme stattgefunden hat, kann diese auch konkludent erfolgen. Bei der konkludenten/stillschweigenden Abnahme – wie zum Beispiel die Zahlung der Vergütung oder die Rückgabe von Sicherheiten – wird eine aktive Handlung vorausgesetzt, aus der die Entgegennahme und Anerkennung der Leistung als im Wesentlichen vertragsgemäß zu erkennen ist.

Sie kommt daher nicht in Betracht, wenn eine Abnahme zuvor ausdrücklich abgelehnt wurde (*Preussner/Kandel/Jansen*, Beck'scher Online-Kommentar VOB Teil B, § 12, Rdnr.32). Dies gilt ebenso für den Architektenvertrag. In der vollständigen Begleichung der Schlussrechnung der Planerleistung kann ebenfalls eine konkludente Abnahme gesehen werden (so zum Beispiel in einem Fall des Oberlandesgerichts Dresden, Urteil vom 12.12.2013, Az.: 10 U 1954/12).

Die fiktive Abnahmewirkung tritt mit Ablauf der festgelegten Fristen ein. Sie gilt nach den allgemeinen Grundsätzen des BGB – wie in Paragraph 640 Absatz 1, Satz 3 BGB geregelt – entsprechend auch für die VOB/B (*Palandt*, s. o., § 640, Rdnr. 14; *Kniffka/Pause/Vogel*, *ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht*, Stand 21.08.2107, § 640, Rdnr. 91). Wird keine Abnahme verlangt oder ist keine förmlich oder konkludent erfolgt, gilt die Leistung nach Ablauf von zwölf Tagen nach Fertigstellungsmittteilung beziehungsweise nach sechs Werktagen nach Benutzung als „fiktiv“ abgenommen (§ 12 Absatz 5 Nr. 1 + 2 VOB/B). Eine fiktive Abnahme in Form einer Fertigstellungsmittteilung kann zum Beispiel auch die Übersendung einer Schlussrechnung sein (siehe dazu zum Beispiel: BGH, Beschluss vom 28.02.2008, Az.: VII ZR 150/07).

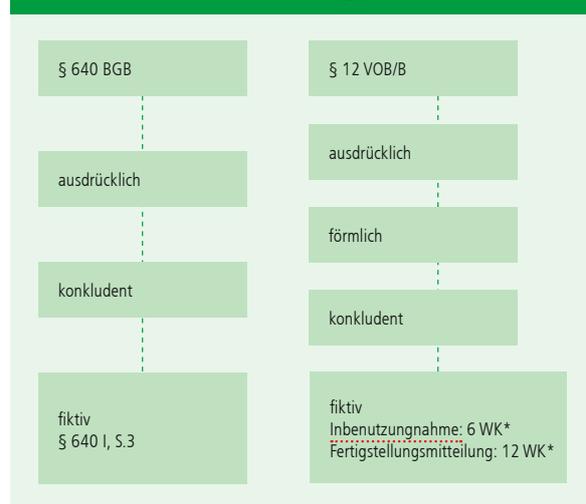
Neben den dargestellten Abnahmearten ist in der VOB/B unter Paragraph 4 Nr. 10 auch die technische Abnahme vorgesehen, die zum Zwecke der Feststellung des technischen Zustands der Bauleistung dienen soll und keine Abnahmewirkung hat (*Preussner/Kandel/Jansen*, Beck'scher Online-Kommentar VOB Teil B, § 12, Rdnr. 11). Die technische Abnahme kann für Gewerke sinnvoll sein, die durch die weitere Bauausführung einer Prüfung entzogen beziehungsweise durch nachfolgende Arbeiten verdeckt werden.

In der VOB/B ist außerdem in Paragraph 12 Nr. 2 die Teilabnahme explizit geregelt, nach der auf Verlangen des Auftragnehmers in sich abgeschlossene Teile der Leistung besonders abzunehmen sind. Die setzt voraus, dass die Teilleistungen selbstständig funktionsfähig sind (siehe *Freiberger Handbuch zum Baurecht*, 3. Auflage,

Teil 1, § 3 Rdnr. 156). Eine Regelung zur Teilabnahme ist im BGB bisher nicht vorhanden, jedoch können die Vertragsparteien eine entsprechende Vereinbarung treffen, nach der vertragsgemäß erbrachte Teilleistungen abgenommen werden. Paragraph 641 Absatz 1, Satz 2 BGB enthält darüber hinaus eine Regelung zur Fälligkeit der Vergütung bei Teilabnahmen.

Die neuen Abnahmeregelungen im BGB ergeben sich im synoptischen Vergleich aus Abbildung 2.

Abb. 1: Abnahme der Bauleistung



* WK=Werktage

Abb.2: Die neuen Abnahmeregelungen im BGB

§ 640 BGB

Bisherige Regelung:

(1) Der Besteller ist verpflichtet, das vertragsgemäß hergestellte Werk abzunehmen, sofern nicht nach der Beschaffenheit des Werkes die Abnahme ausgeschlossen ist. Wegen unwesentlicher Mängel kann die Abnahme nicht verweigert werden. **Der Abnahme steht es gleich, wenn der Besteller das Werk nicht innerhalb einer ihm vom Unternehmer bestimmten angemessenen Frist abnimmt, obwohl er dazu verpflichtet ist.**

(2) Nimmt der Besteller ein mangelhaftes Werk gemäß Absatz 1 Satz 1 ab, obschon er den Mangel kennt, so stehen ihm die in § 634 Nr. 1 bis 3 bezeichneten Rechte nur zu, wenn er sich seine Rechte wegen des Mangels bei der Abnahme vorbehalten hat.

§ 640 BGB

Neue Regelung:

(1) Der Besteller ist verpflichtet, das vertragsgemäß hergestellte Werk abzunehmen, sofern nicht nach der Beschaffenheit des Werkes die Abnahme ausgeschlossen ist. Wegen unwesentlicher Mängel kann die Abnahme nicht verweigert werden.

(2) Als abgenommen gilt ein Werk auch, wenn der Unternehmer dem Besteller nach Fertigstellung des Werks eine angemessene Frist zur Abnahme gesetzt hat und der Besteller die Abnahme nicht innerhalb dieser Frist unter Angabe mindestens eines Mangels verweigert hat. Ist der Besteller ein Verbraucher, so treten die Rechtsfolgen des Satzes 1 nur dann ein, wenn der Unternehmer den Besteller zusammen mit der Aufforderung zur Abnahme auf die Folgen einer nicht erklärten oder ohne Angabe von Mängeln verweigerten Abnahme hingewiesen hat; der Hinweis muss in Textform erfolgen.

(3) Nimmt der Besteller ein mangelhaftes Werk gemäß Absatz 1 Satz 1 ab, obschon er den Mangel kennt, so stehen ihm die in § 634 Nr. 1 bis 3 bezeichneten Rechte nur zu, wenn er sich seine Rechte wegen des Mangels bei der Abnahme vorbehalten hat.

Abnahme und Abnahmefiktion

Unverändert bleibt die Regelung, dass die „reguläre“ Abnahme nicht wegen unwesentlicher Mängel verweigert werden darf. Grundsätzlich unverändert bleibt auch die Einordnung der Regelung zur Abnahmefiktion im allgemeinen Werkvertragsrecht. Die bisherige Regelung zur Abnahmefiktion in Paragraph 640, Absatz 1, Satz 3 wird jedoch aufgehoben und in einem neuen Absatz 2 geregelt. Die Abnahmefiktion tritt dann zukünftig ein, wenn nicht innerhalb einer angemessenen Frist unter Angabe mindestens eines Mangels verweigert wurde. Eine angemessene Frist war bisher auch schon nach der alten Regelung Voraussetzung. Soweit der Besteller ein Verbraucher ist, tritt diese Fiktion jedoch nur ein, wenn der Unternehmer diesen zuvor in Textform auf die Folgen hingewiesen hat. Neu ist, dass „unter Angabe von Mängeln“ verweigert werden kann und die Unterscheidung zwischen wesentlichen oder unwesentlichen Mängeln bei der Abnahmefiktion nicht Bestandteil der Regelung ist. Die Abnahme kann somit theoretisch auch bei unwesentlich geltend gemachten Mängeln verweigert werden. Aus der Begründung des Referentenentwurfs (Bundestags-Drucksache 18/8486, S. 48) ist jedoch zu entnehmen, dass es als missbräuchlich angesehen werden könnte, wenn „offensichtlich nicht bestehende oder eindeutig unwesentliche Mängel“ angegeben werden. Ebenso kann die Fiktion zukünftig bei dem Vorhandensein von wesentlichen Mängeln eintreten, wenn der Besteller nicht innerhalb der gesetzten Frist reagiert hat.

Zustandsfeststellung bei Verweigerung der Abnahme, Schlussrechnung § 650g BGB neu

In Ergänzung der Abnahmefiktion aus dem allgemeinen Werkvertragsrecht ist im Abschnitt zum Bauvertrag eine neue Regelung zur Zustandsfeststellung aufgenommen. Die Regelung findet gemäß Paragraph 650q BGB neu auch auf den Architekten- und Ingenieurvertrag Anwendung (siehe Abbildung 3). Soweit der Besteller die Abnahme unter Angaben von Mängeln verweigert hat, muss er auf Verlangen des Unternehmers trotzdem an einer gemeinsamen Zustandsfeststellung mitwirken. Diese soll der Beweissicherung dienen und keine Abnahmewirkung hervorrufen (so die Begründung in der Bundestags-Drucksache 18/8486, S. 59).

Zusätzlich enthält die Vorschrift in Paragraph 650g Absatz 4 eine Regelung über das Erfordernis einer prüffähigen Schlussrechnung als Fälligkeitsvoraussetzung für den Vergütungsanspruch. Die Prüffähigkeit wird nach Paragraph 650g Absatz 4 BGB neu angenommen, wenn der Besteller nicht innerhalb von 30 Tagen nach Zugang Einwendungen erhoben hat. Diese Frist soll längeren Unsicherheiten zwischen den Parteien bezüglich der Prüffähigkeit vorbeugen (siehe Beschlussempfehlung Bundestags-Drucksache 18/11437, S. 49). Eine Regelung zum Anspruch auf Schlusszahlung enthält auch Paragraph 16 Absatz 3 Satz 1 VOB/B. Hiernach ist die Schlusszahlung nach Prüfung und Feststellung, spätestens aber innerhalb von 30 Tagen nach Zugang der Schlussrechnung fällig. Ebenso wie in Paragraph 650g Absatz 4 gilt auch in der VOB die Fiktion der Prüffähigkeit, wenn bis zum Ablauf der Frist keine begründeten Einwände des Auftraggebers gegen die Prüfbarkeit erhoben werden. Mit der neuen Regelung im BGB findet damit eine Angleichung statt.

Im neuen Bauvertragsrecht wird zukünftig im Abschnitt zum Architekten- und Ingenieurvertrag unter § 650s BGB neu eine Regelung zur Teilabnahme des Architektenvertrages zu finden sein (siehe Abbildung 4).

Im Gegensatz zur Teilabnahmenvorschrift aus Paragraph 12 Absatz 2 VOB/B, in der auf „in sich abgeschlossene Teile“ abgestellt wird, wird im BGB von „bis dahin erbrachten Leistung“ gesprochen. Dieser sprachliche Unterschied dürfte allerdings der

Abb. 3: § 650g BGB neu

(1) Verweigert der Besteller die Abnahme unter Angabe von Mängeln, hat er auf Verlangen des Unternehmers an einer gemeinsamen Feststellung des Zustands des Werks mitzuwirken. Die gemeinsame Zustandsfeststellung soll mit der Angabe des Tages der Anfertigung versehen werden und ist von beiden Vertragsparteien zu unterschreiben.

(2) Bleibt der Besteller einem vereinbarten oder einem von dem Unternehmer innerhalb einer angemessenen Frist bestimmten Termin zur Zustandsfeststellung fern, so kann der Unternehmer die Zustandsfeststellung auch einseitig vornehmen. Dies gilt nicht, wenn der Besteller infolge eines Umstands fernbleibt, den er nicht zu vertreten hat und den er dem Unternehmer unverzüglich mitgeteilt hat. Der Unternehmer hat die einseitige Zustandsfeststellung mit der Angabe des Tages der Anfertigung zu versehen und sie zu unterschreiben sowie dem Besteller eine Abschrift der einseitigen Zustandsfeststellung zur Verfügung zu stellen.

(3) Ist das Werk dem Besteller verschafft worden und ist in der Zustandsfeststellung nach Absatz 1 oder 2 ein offenkundiger Mangel nicht angegeben, wird vermutet, dass dieser nach der Zustandsfeststellung entstanden und vom Besteller zu vertreten ist. Die Vermutung gilt nicht, wenn der Mangel nach seiner Art nicht vom Besteller verursacht worden sein kann.

(4) Die Vergütung ist zu entrichten, wenn

1. der Besteller das Werk abgenommen hat oder die Abnahme nach § 641 Absatz 2 entbehrlich ist, und
2. der Unternehmer dem Besteller eine prüffähige Schlussrechnung erteilt hat.

Die Schlussrechnung ist prüffähig, wenn sie eine übersichtliche Aufstellung der erbrachten Leistungen enthält und für den Besteller nachvollziehbar ist. Sie gilt als prüffähig, wenn der Besteller nicht innerhalb von 30 Tagen nach Zugang der Schlussrechnung begründete Einwendungen gegen ihre Prüffähigkeit erhoben hat.

Abb. 4: Teilabnahme des Architektenvertrages

§ 650s Teilabnahme

Der Unternehmer kann ab der Abnahme der letzten Leistung des bauausführenden Unternehmers oder der bauausführenden Unternehmer eine Teilabnahme der von ihm bis dahin erbrachten Leistungen verlangen.

Tatsache geschuldet sein, dass die VOB nur für Bauleistungen und nicht für Architektenleistungen gilt.

Aus der Begründung zum Gesetzesentwurf ist zu entnehmen, dass mit der neuen Regelung dazu beigetragen werden soll, dass die Verjährungsfristen der Mängelhaftung für die Bauleistung und die der Objektüberwachung des Architekten/Ingenieurs einen Gleichlauf erreichen. Soweit der Architekt bisher Leistungen inklusive Leistungsphase 9 HOAI (Objektbetreuung) erbracht und keine Teilabnahme nach Leistungsphase 8 HOAI stattgefunden hat, begann die Verjährung erst nach Abschluss aller Leistungsphasen zu laufen. Dies konnte dazu führen, dass die Verjährungsfrist für die bauausführenden Unternehmen bereits abgelaufen,



Autor



Mona Rizkallah

Syndikusanwältin
Produktmanagement Planungshaftpflicht
HDI Versicherung AG, Hannover

der Architekt aber noch in der Haftung für Baumängel war und ein Rückgriff auf den Unternehmer verwehrt blieb. Mit der neuen Regelung soll dieses Ungleichgewicht zulasten des Architekten/Ingenieurs im Rahmen des Gesamtschuldverhältnisses für Baumängel reduziert werden (siehe auch Begründung Bundestags-Drucksache 18/8486, S. 70).

Welche Rechtsfolgen sind mit der Abnahme verbunden?

Dass die Abnahme Dreh- und Angelpunkt jedes Bauvertrags ist, zeigt sich an den folgenden Beispielen der Rechtsfolgen, die damit verbunden sind. Neben dem Ende des Erfüllungsstadiums

- wird die Vergütung fällig (§ 641 BGB bzw. § 15 HOAI für den Planer),
- tritt der Gefahrübergang ein (§ 644 BGB/§ 12 Nr. 6 VOB/B),
- beginnen die Verjährungsfristen zu laufen (§ 634a BGB, § 13 Nr. 4 VOB/B),
- gilt die Beweislastumkehr für Mängel zulasten des Bestellers (§ 634 BGB),
- gilt der Verlust der Vertragsstrafe, sofern diese nicht vorbehalten werden (§ 341 Absatz 3 BGB, § 11 Absatz 4 VOB/B).

Zusammenfassung

Die Abnahme hat bisher auch schon eine wichtige Rolle im Rahmen von Werkverträgen gespielt, und sie wird dies auch künftig tun. Die Parteien sollten daher auch in Zukunft dieser ihre gebührende, wenn nicht sogar noch mehr Beachtung schenken. Mit der neuen Regelung zur Abnahmefiktion soll nach der Begründung des Regierungsentwurfs eine missbräuchliche Abnahmeverweigerung erschwert und eine effektivere und interessengerechtere Lösung geschaffen werden. Inwieweit diese und die weiteren neuen Regelungen dies erfüllen, wird die Praxis zeigen.

Basiswissen, Teil 19

Die Nebenkosten sind kein Teil des Honorars und umfassen weit mehr als nur die Telefon- und Fotokopierkosten

Die Honorarordnung für Architekten und Ingenieure HOAI beschäftigt sich in Paragraph 14 mit den Nebenkosten. Auch wenn die Bezeichnung nach einer Nebensächlichkeit klingt und man bei diesem Posten in erster Linie an Fotokopien und Telefonkosten denkt, sollte diesem Bereich sowohl im Rahmen der Vertragsgestaltung als auch im Rahmen der Abrechnung die ihm gebührende Aufmerksamkeit gezollt werden.

Die Nebenkosten sind kein Bestandteil des Honorars, sie können nach dem Wortlaut der Verordnung „neben den Honoraren“ geltend gemacht werden. Damit gilt dies auch dann, wenn eine wirksame Honorarvereinbarung auf die Höchstsätze erfolgt ist. Die Nebenkosten treten hinzu.

Was sind Nebenkosten?

Nebenkosten müssen, um abgerechnet werden zu können, auftragsbezogen sein. Keine Nebenkosten sind die ohne Bezug zu dem konkreten Auftrag ohnehin gegebenen, allgemeinen Betriebskosten wie Büro- und Personalkosten.

Paragraph 14 Absatz 2 der HOAI enthält eine Aufzählung möglicher auftragsbezogener Nebenkosten, die jedoch nicht abschließend ist, was mit dem Wort „insbesondere“ deutlich gemacht wird.

Die Ziffern 1 und 2 dieses Paragraphen verweisen auf Versandkosten, also auf das klassische Porto, die Kosten für Datenübertragungen, für Vervielfältigungen von Zeichnungen oder schriftlichen Unterlagen sowie auf die Kosten für die Anfertigung von Filmen und Fotos.

Ziffer 3 verdient besondere Beachtung. Danach gehören zu den erstattungsfähigen Nebenkosten die Kosten für das Baustellenbüro einschließlich seiner Einrichtung, Beleuchtung und Beheizung. Muss der Architekt oder Ingenieur also aufgrund der Entfernung der zu betreuenden Baustelle von seinem Geschäftssitz ein Büro für seine Bauleitung einrichten, so kann er die hieraus entstehenden Kosten zusätzlich geltend machen. Umgekehrt folgt aber aus dieser Regelung, dass der Bauherr beziehungsweise der Auftraggeber nicht verpflichtet ist, dem Architekten oder Ingenieur unentgeltlich ein Baubüro vor Ort zu überlassen. Vor diesem Hintergrund müssen die Kosten eines Baubüros insbesondere bei der Vereinbarung einer Nebenkostenpauschale vom Architekten/Ingenieur berücksichtigt werden.

Nach Ziffer 4 besteht ein Anspruch auf Erstattung von Fahrtkosten für Reisen, die über einen Umkreis von 15 Kilometern um den Geschäftssitz des Auftragnehmers hinausgehen. Hier ist zu beachten, dass beim Verlassen dieses Umkreises nicht nur die Differenzentfernung abgerechnet werden kann, sondern die vollständige Fahrtstrecke (Oberlandesgericht Hamm, Urteil vom 05. Juni 2002, veröffentlicht beispielsweise in Baurecht 2002, 1721).

Ziffer 5 und 6 nennen als weitere Beispiele für Nebenkosten Trennungsschädigungen, Kosten für Familienheimfahrten und Entschädigungen für sonstigen Aufwand bei längeren Reisen. Für den letztgenannten sonstigen Aufwand fordert die HOAI nach ihrem Wortlaut eine schriftliche Vereinbarung vor Antritt der Geschäftsreise. Zu empfehlen ist sicherlich auch eine Vereinbarung von Tages- und Abwesenheitspauschalen. Dies ist jedoch nicht Anspruchsvoraussetzung. Wurde keine Vereinbarung getroffen, so können übliche Kosten abgerechnet werden (*Steeger/Fahrenbruch*, Praxiskommentar HOAI 2013 – Das Vergütungsrecht der Architekten und Ingenieure, Stand 20.11.2016, § 14, Rdn. 16).

Als letzten Punkt in der Aufzählung erstattungsfähiger Nebenkosten nennt Ziffer 7 die „Entgelte für nicht dem Auftragnehmer obliegende Leistungen, die von ihm im Einvernehmen mit dem Auftraggeber Dritten übertragen worden sind“.

Hierfür ein typisches Beispiel aus der Praxis: Im Rahmen der Vorentwurfsplanung nimmt der Architekt Kontakt mit einem Bodengutachter auf und holt ein Angebot ein; der Bauherr prüft es und erklärt, der Architekt möge den Bodengutachter beauftragen. Ein anderes Beispiel: Der Bauunternehmer meldet Mehrkosten aufgrund einer Bauzeitverzögerung an. Der Architekt erklärt, die Voraussetzungen müssten juristisch geprüft werden.



Autor



RA Dr. jur. Wolfgang Weller

caspers mock Anwälte Bonn, Berlin,
Koblenz, Frankfurt, Köln, Saarbrücken
E-Mail: weller@caspers-mock.de

Der Bauherr bittet den Architekten, einen Anwalt hinzuzuziehen beziehungsweise zu befragen. In beiden Fällen wird man in der Bitte des Bauherrn, den externen Experten hinzuzuziehen, auch eine Bevollmächtigung des Architekten durch den Bauherrn sehen können, namens des Bauherrn einen Vertrag mit dem Dritten abzuschließen. Dann stellt sich aber die Frage nach diesbezüglichen Nebenkosten nicht. Der Vertrag kommt dann zwischen dem Dritten und dem Bauherrn zustande. Der Vergütungsanspruch richtet sich unmittelbar gegen den Bauherrn. Offenbart sich der Architekt im Verhältnis zu dem Dritten jedoch nicht eindeutig als Vertreter des Bauherrn, so wird er selbst Vertragspartner, muss die Vergütung entrichten und kann dann vom Bauherrn über die Nebenkosten die Erstattung verlangen.

Praxishinweis

Aufgrund der Höhe der hier in Rede stehenden Beträge ist in diesen und solchen Fällen unter zwei Aspekten besondere Aufmerksamkeit geboten: Zum einen sollte der Planer in jedem Falle das Einverständnis des Bauherrn zur Hinzuziehung des Dritten beweiskräftig dokumentieren. Idealerweise geschieht dies durch schriftliche Bestätigung des Bauherrn, denkbar sind aber natürlich auch Zeugenaussagen von Mitarbeitern. Im letzteren Falle sollte dann aber unmittelbar ein Gesprächsprotokoll erstellt, von den Teilnehmern unterzeichnet und zur Akte genommen werden.

Der zweite Aspekt ist – wie bei Ziffer 3 – die Berücksichtigung etwaiger Drittkosten bei Vereinbarung einer Nebenkostenpauschale. Wurde wirksam eine Pauschale vereinbart und wurden die Drittkosten dort nicht extra ausgenommen, dann beschränkt sich der Anspruch des Planers nur auf die Pauschale.

Wie eingangs bereits erwähnt, ist die Aufzählung in Paragraph 14 der HOAI nicht abschließend. Weitere auftragsbezogener Nebenkosten können beispielsweise die Kosten für die Einrichtung, Administration und Unterhaltung eines Planerservers insbesondere im Zusammenhang mit der Forderung einer BIM-gestützten Planung sein.

Vorstehende Ausführungen gelten uneingeschränkt, wenn die Parteien keine Vereinbarung über die Abrechnung der Nebenkosten getroffen haben.

Im nächsten Beitrag werden die Voraussetzungen für Nebenkostenvereinbarungen sowie die sonstigen Zahlungsvoraussetzungen hinsichtlich der Nebenkosten besprochen.

Honorar

Ohne vertragliche Bindung kein Vergütungsanspruch für die akquisitorische Tätigkeit des Planers

Die akquisitorische Tätigkeit eines Architekten ohne vertragliche Bindung begründet einen Vergütungsanspruch nicht. Die vergütungsfreie akquisitorische Phase endet, sobald eine Vergütungsvereinbarung getroffen wird. Für die hiervon erfassten Leistungen kann der Architekt grundsätzlich eine Vergütung nach den Mindestsätzen der HOAI (2002) verlangen, wenn und soweit seine Leistungen von den Leistungsbildern der HOAI (2002) erfasst sind.

HOAI (2002) §§ 1, 4 Abs. 2 und 4;
BGH, Urteil vom 16.03.2017 (Az.: VII ZR 35/14);
OLG Jena;
BauR 6/2017, 1059 ff.

Die Planerin einer Planungsgesellschaft hatte in Form einer fertigen Broschüre eine Planungsstudie erstellt, die sie einer kommunalen Wohnungsbaugesellschaft vorlegte. Sie schlug der Gesellschaft vor, auf der Basis dieser Studie weiterzuarbeiten und nach Aufwand abzurechnen. Der Aufwand solle später, falls ein Auftrag erteilt werden würde, mit den dann nach HOAI abzurechnenden Planungsleistungen verrechnet werden.

Die Klägerin erbrachte auch erhebliche Leistungen und legte der Wohnungsbaugesellschaft danach einen Vertragsentwurf vor, der auf die Leistungsphasen 1 bis der HOAI 3 beschränkt war. Gleichwohl beauftragte die Gesellschaft die Klägerin nicht, worauf die Klägerin die bisher erbrachten Leistungen auf HOAI-Basis abrechnete, und zwar zu Recht, wie der Bundesgerichtshof jetzt feststellte.

Aus den Gründen

Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung kann der von der Klägerin geltend gemachte Resthonoraranspruch nicht verneint werden. Die Auffassung des Berufungsgerichts, den Vertragsparteien eines Architektenvertrages stehe es uneingeschränkt frei, für akquisitorische Tätigkeiten ein Entgelt unterhalb der Mindestsätze der HOAI zu vereinbaren, ist unzutreffend.

Nach Paragraph 1 der HOAI finden die Bestimmungen der HOAI für die Berechnung der Entgelte für die Leistungen der Architekten und Ingenieure Anwendung, soweit sie durch Leistungsbilder oder andere Bestimmungen der HOAI erfasst werden. Für diese Leistungen gelten gemäß Paragraph 4 Absätze 2 und 4 der HOAI grundsätzlich deren Mindestsätze als vereinbart.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sind die Mindestsätze der HOAI für die Berechnung der vereinbarten Vergütung maßgeblich, wenn der Auftragnehmer sich dazu verpflichtet hat, Architekten- oder Ingenieuraufgaben zu erbringen, die in der HOAI beschrieben sind. Danach ist unerheblich, welchem Vertragstyp des besonderen Teils des Schuldrechts der Vertrag zuzuordnen ist, der den Vergütungsanspruch begründet. Entscheidend ist allein, ob die vertraglich geschuldete Leistung des Auftragnehmers in den Leistungsbildern der HOAI beschrieben ist.

Nach der Feststellung des Berufungsgerichts haben die Parteien auf der Grundlage des Schreibens der Klägerin vom 05.10.2005 eine (konkludente) Vereinbarung über einen Stundenlohn von 45 Euro (netto) für weitere Leistungen der Klägerin getroffen. Darin liegt die Vereinbarung einer Vergütung. ...

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs begründet eine akquisitorische Tätigkeit des Architekten ohne vertragliche Bindung einen Vergütungsanspruch nach den Regelungen der HOAI nicht.

Die vergütungsfreie akquisitorische Phase endet, sobald eine Vergütungsvereinbarung getroffen wird. Ab diesem Zeitpunkt gelten für die Vergütung des Architekten neben den vertraglichen Bestimmungen die Regeln der HOAI, soweit deren Anwendungsbereich gemäß Paragraph 1 eröffnet ist.

Die Auffassung des Berufungsgerichts, die Vertragsparteien könnten einen Vertrag über eine „entgeltliche Akquise“ schließen, auf den die HOAI keine Anwendung fände, ist mit dem Vergütungssystem der HOAI nicht zu vereinbaren. Es bestünde über die Konstruktion einer «entgeltlichen Akquise» die Möglichkeit, Architektenleistungen, die von den Leistungsbildern der HOAI erfasst sind, ohne die Bindung an die Mindestsätze der

HOAI entgegenzunehmen. Das würde zu einer Veränderung des Vergütungssystems führen, die mit dem Zweck der Mindestsätze nicht zu vereinbaren wäre.

Die Regelungen in Paragraph 4 Absätze 2 und 4 der HOAI haben den Zweck, zum Schutz des Berufsstandes der Architekten und Ingenieure eine wirksame Schranke gegen eine Unterschreitung der Mindestsätze zu schaffen. 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 Qualität der Planung und die unabhängige Stellung des Planers zwischen Bauherr und Unternehmer wäre aber nicht mehr hinreichend gewährleistet, könnte der Bauherr im Rahmen einer „entgeltlichen Akquise“ eine Vergütungsvereinbarung unter Umgehung der Mindestsätze der HOAI herbeizuführen.

Kommentierung

Der Bundesgerichtshof hält mit diesem seinem Urteil eisenhart an der Rechtsprechung fest, wonach Leistungen, die nach der HOAI zu vergüten sind, auch nach der HOAI abzurechnen und zu bezahlen sind. Im Rahmen sogenannter Akquiseaufträge unterscheidet der BGH trennscharf zwischen Akquiseleistungen, die honorarfrei erbracht werden können und damit keine Vergütungsverpflichtung gegenüber dem Planer auslösen, und solchen Leistungen, die vergütet werden sollen, auch wenn sie als Akquiseleistungen bezeichnet werden. Sobald die Schwelle von einer vergütungsfreien Tätigkeit zu einer vergütungspflichtigen Tätigkeit überschritten worden ist, greift die HOAI.

Wie auch immer man Leistungen bezeichnen mag, die letztendlich erbracht werden, um einen Architekten- oder Ingenieurvertrag in Schriftform abzuschließen: In dem Moment, in dem eine Vereinbarung vorliegt, nach der diese Leistungen bis zum Abschluss eines endgültigen Vertrages honoriert werden sollen, sind die bis dahin erbrachten Leistungen, wenn sie vom künftigen Auftraggeber akzeptiert werden, auch auf Basis der HOAI zu vergüten.

Der BGH führt mit diesem Urteil auch noch einmal klassisch aus, was Sinn und Zweck der HOAI ist, nämlich den Berufsstand der Architekten und Ingenieure vor der Unterschreitung der Mindestsätze zu schützen. Sie sollen nach dem Willen des Gesetzgebers ja jenen Qualitätswettbewerb sicherstellen, in dem Leistungen auf einheitlicher Honorarbasis vereinbart werden können, damit die jeweiligen Wettbewerber, also die Architekten und Ingenieure, sich anderenfalls nicht gegenseitig gleichsam ruinieren.

RA Prof. Dr. Hans Rudolf Sangenstedt

Haftung

Ohne vereinbarten Kostenrahmen keine Haftung des Planers für eine spätere Überschreitung des Budgets

Aus der Überschreitung einer Kostenschätzung, die nur „zur Vorlage bei der Bank“ dienen sollte, um dieser die Erforderlichkeit eines Kredits plausibel zu machen, und lediglich „ca.“-Angaben der Kosten enthält, kann der Bauherr jedenfalls dann keinen Anspruch gegen den Architekten herleiten, wenn dieser keine weiteren Leistungen erbracht hat.

BGB §§ 280 Abs. 1, 283 Satz 1, 634 Nr. 4 Fall 1;

OLG Celle, Urteil vom 28.4.2016 (Az.: 6 U 102/15, rechtskräftig nach Rücknahme der Nichtzulassungsbeschwerde); BauR 8/2017, 1397 ff.

Zur Erlangung einer Kreditfinanzierung und ohne dass der Leistungsumfang des Planers definiert worden war, sollte gegen eine Honorarvergütung von 55 Euro pro Stunde eine Kostenschätzung zur „Vorlage bei der Bank“ erstellt werden. Die Bauherrin nannte einen Kostenrahmen von 125.000 Euro wovon 98.500 Euro Umbaukosten sein sollten und der darüber hinaus gehende Betrag für Inneneinrichtung, Statik, Architektenhonorar usw. bereitgestellt werden sollte. Nach Durchführung des Umbaus schlug dieser mit über 170.000 Euro zu Buche. Die Klägerin meinte – als eine Schadensposition, die sie neben weiteren Schäden geltend gemacht hatte – auch denjenigen Betrag von ihrem Planer als Schaden ersetzt bekommen zu können, der den Kostenrahmen von 125.000 Euro überstieg.

Dem widersprachen sowohl das erstinstanzliche als auch das zweitinstanzliche Gericht, nämlich das OLG Celle. Es erklärte, dass die Kostenbasis für die Errechnung von Mehrkosten nicht habe verbindlich gewesen sein können.

Aus den Gründen

Grundlegende Leistungen der genannten Phasen fehlen. Es gibt keine Baupläne, keine maßstabsgerechten Ausführungszeichnungen, für welche die Beklagte durch ihre Unterschrift die Verantwortung übernommen hat, und die Beklagte hat ihre Kostenschätzung nicht in einer Kostenberechnung und dann in einer Kostenfeststellung gemäß DIN 276 fortgeschrieben. Viel mehr spricht dafür, dass die Kostenschätzung unverbindlich war. Sie diene, wie auf ihr vermerkt, nur zur „Vorlage bei der Bank“, um dieser die Erforderlichkeit eines Kredits in Höhe von 125.000 Euro plausibel zu machen, und enthält lediglich „ca.“-Angaben der Kosten.

Kommentierung

Das Gericht wies in seiner Urteilsbegründung ausdrücklich darauf hin, dass ein vereinbartes Kostenlimit von 125.000 Euro nicht nachgewiesen sei und dass darüber hinaus der beklagte Architekt auch nicht mit den Leistungsphasen 1 bis 4 des Paragraphen 15 Absatz 2 der HOAI 2002 beauftragt worden sei.

Die zur Kostenüberschreitung bestehende Rechtsprechung geht im Übrigen regelmäßig davon aus, dass ein Planer mit dem vollen Leistungsbild der Objektplanung bis zur Leistungsphase 8 beauftragt worden ist, nur dann kann es im Ergebnis zu einer Haftung kommen.

RA Prof. Dr. Hans Rudolf Sangenstedt

Haftung

Auch der nur mit Teilen eines Leistungsbildes beauftragte Planer unterliegt der Sachwalterhaftung

1. ...

2. Als Sachwalter des Bauherrn schuldet der Architekt die unverzügliche und umfassende Aufklärung der Ursachen sichtbar gewordener Baumängel sowie die sachkundige Unterrichtung des Bauherrn vom Ergebnis der Untersuchung und der sich daraus ergebenden Rechtslage. Das gilt auch dann, wenn die Mängel

ihre Ursache auch in Planungs- und Aufsichtsfehlern des Architekten haben. Für diese Sachwalterfunktion reicht die isolierte Übertragung im Rahmen der Objektüberwachung (Leistungsphase 8) und/oder der Objektbetreuung (Leistungsphase 9) aus.

3. ...

BGB §§ 633, 634 Nr. 4, 634a, 280, 281, 203;
HOAI a.F. § 15 Abs. 2;
OLG Brandenburg, Urteil vom 21.12.2016 (Az.: 4 U 30/15);
BauR 8/2017, 1399 ff.

Aus den Gründen

Diese Sachwalterhaftung trifft insbesondere nicht nur den mit einer Vollarchitektur beauftragten Architekten oder Ingenieur; besondere Betreuungsaufgaben und die sich daraus ergebende Sachwalterstellung im Hinblick auf aufgetretene Mängel sowie die damit zusammenhängende eigene Verantwortung folgen gerade aus den Aufgaben im Rahmen der Objektüberwachung (Lph. 8) und/oder der Objektbetreuung (Lph.9), wobei auch die isolierte Übertragung derartiger Leistungen ausreichend ist. Darauf, ob der Auftraggeber selbst fachkundig und in der Lage gewesen wäre, entsprechende Aufgaben wahrzunehmen, z.B. Bauausführungsmängel bereits während der Bauerrichtung zu erkennen, kann es schon deshalb nicht ankommen, weil der Auftraggeber die Aufgabe zur Wahrnehmung seiner Interessen an der Vermeidung von Baumängeln gerade auf den Bauüberwacher delegiert hat.

Kommentierung

Die sogenannte Sekundär- oder Sachwalterhaftung eines Planers ergibt sich daraus, dass er nicht nur eigene Leistungsverpflichtungen erfüllen muss, sondern im Interesse der Bauherrenschaft auch auf sämtliche Fehler hinweisen muss, die bei der Realisierung eines Bauvorhabens auftreten. Dies gilt auch und vor allem dann, wenn er als Planer selbst fehlerhaft gehandelt hat und deshalb ein Anspruch gegen ihn möglich ist.

Genau wie in anderen Berufen zeichnen sich die Berufe der Architekten und Ingenieure dadurch aus, dass sie die Interessen ihrer Auftraggeber umfassend wahrnehmen müssen, auch über die eigentlichen Vertragspflichten hinaus. Tun sie dies nicht, schaffen sie einen eigenen Haftungstatbestand, der unter Umständen die fünfjährige Verjährungsfrist, der ein Planer unterliegt, erheblich verlängern kann. Wird oder ist der Planer beauftragt, entweder in der Leistungsphase 9 oder durch besondere Beauftragung innerhalb seiner Gewährleistungszeit das Bauvorhaben auf eigene oder fremde Mängel zu überprüfen, und weist er nach seiner Überprüfung nicht darauf hin, dass auch Ansprüche gegen ihn selbst geltend gemacht werden können, setzt dies eine neue Verjährungsfrist in Gang. Er verstieße gegen seine Sekundärpflicht, fehlerhafte Leistungen umfassend aufzuklären, deren Ursachen zu erklären und den Bauherren sachkundig zu unterrichten.

Kommt er dieser Pflicht nicht nach, dann haftet er – und zwar erst ab dem Zeitpunkt, zu dem er gegen diese Pflicht verstößt, die gegebenenfalls auch noch am letzten Tage der Gewährleistungsfristen der am Bau beteiligten Handwerker oder seiner eigenen liegen kann. Dies ist allgemein bekannt.

Nicht klar war aber bisher, ob diese sogenannte Sekundärhaftung nur für den mit einem vollen Leistungsbild beauftragten Architekten oder Ingenieur oder auch für den gilt, der nur mit Teilen aus einem Leistungsbild beauftragt worden ist.

Hierzu erklärt das Oberlandesgericht Celle nun, dass auch der nur mit der Objektüberwachung und/oder der mit der Objekt-

betreuung beauftragte Architekt oder Ingenieur Sachwalter der Bauherrenschaft sei und deshalb auch seine eigenen Fehler offenbaren müsse, die zum Beispiel bei der Bauausführung, in der Bauplanung oder auch im Rahmen seiner eigenen Leistungserbringung als Objektüberwacher liegen können. Tut er dies nicht, verlängert sich seine Gewährleistungszeit ab dem neuen Verstoß um weitere fünf Jahre.

RA Prof. Dr. Hans Rudolf Sangenstedt

Haftung

Tragwerksplaner müssen auch auf ungeeignete anderweitig geplante Ausführungsabsichten hinweisen

1. Sieht der Statiker in den statischen Berechnungen eine geeignete Innenbeplankung eines in Holzständerbauweise zu errichtenden Wohnhauses vor, führt er in dem Wärmeschutznachweis jedoch eine im Hinblick auf die Statik und Feuchtigkeit ungeeignete Beplankung auf und ist ihm bekannt, dass diese ungeeignete Beplankung ausgeführt werden soll, muss er den Bauherrn als seinen Auftraggeber unverzüglich auf die Ungeeignetheit der beabsichtigten Ausführung hinweisen.

2. Eine gesamtschuldnerische Haftung von ausführenden Unternehmen und Statiker gegenüber dem Bauherrn wird weder durch eine Prozessstrennung noch durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Unternehmers beendet.

BGB §§ 242, 280 Abs. 1, 281; ZPO § 145;
OLG Saarbrücken, Urteil vom 13.10.2016 (Az.: 4 U 136/14);
BauR 8/2017, 1389 ff.

Aus den Gründen:

Die statische Berechnung des Beklagten trägt dessen Unterschrift und das Datum vom 18.03.2008. Der „Nachweis über energiesparenden Wärmeschutz und energiesparende Anlagentechnik bei Gebäuden gemäß EnEV 2007“ trägt ebenfalls das Datum vom 18.03.2008 und die Unterschrift des Beklagten. Entsprechendes gilt für den vom Beklagten ebenfalls mit Datum vom 18.03.2008 unterzeichneten „Energieausweis für Wohngebäude“. Die statische Berechnung und der Wärmeschutz des Beklagten für das Bauvorhaben des Klägers gingen beide am 25.03.2008 bei der zuständigen Unteren Bauaufsichtsbehörde der Verbandsgemeinde Zweibrücken-Land ein. An der Richtigkeit der entsprechenden Mitteilung der Behörde und der Eingangsstempel besteht kein Zweifel. Überdies hat auch der Beklagte diese Eingangsstempel bestätigt, wenngleich er sich „das aber nicht erklären“ konnte. ...

Hätte der Beklagte dem Kläger pflichtgemäß einen Hinweis erteilt, hätte dieser für eine ordnungsgemäße Ausführung des Wandaufbaus, insbesondere mit einer geeigneten Innenbeplankung, Sorge getragen.

In der Rechtsprechung zum Architektenrecht wird angenommen, den Auftraggeber treffe im Falle der Verletzung von Beratungs-, Bedenken- oder Hinweispflichten die volle Darlegungs- und Beweislast für einen hinreichenden Kausal- oder Zurechnungszusammenhang, wenn den von ihm gerügten Einschränkungen auf verschiedene Weisen entgegengetreten werden konnte. Ob demnach auch im vorliegenden Fall ein Anscheinsbeweis zu Gunsten des Klägers nicht in Betracht kommt, kann der Senat dahinstehen lassen. Es besteht kein vernünftiger Zweifel, dass der Kläger bei vollständiger und richtiger Informa-

tion und Beratung durch den Beklagten dafür Sorge getragen hätte, dass, wie seit der Klageschrift durchgängig vorgetragen, raumseitig eine Dampfsperre angebracht worden wäre, damit die Holzständerwand vor unzulässigem Feuchtigkeitseintrag geschützt wird und ihre Dämm- und Schutzfunktion gewährleistet ist. Dass der Kläger hier unter Inkaufnahme nur mit erheblichem Aufwand zu beseitigender Bauschäden gleichsam am Grundaufbau des Gebäudes „gespart“ hätte, liegt fern.

Durch das pflichtwidrige Verhalten des Beklagten ist dem Kläger ein Schaden entstanden, den der Senat auf der Grundlage der Gutachtenergänzung 01 des Sachverständigen W. auf (mindestens) 33.325 Euro schätzt.

Kommentierung

Auch hier liegt ein Fall der sogenannten Sekundärhaftung vor. Natürlich ist der Tragwerksplaner primär zur richtigen Planung des Standsicherheitsnachweises eines Objektes verpflichtet. Wird er aber darüber hinaus auch beauftragt, Leistungen für den Wärmeschutz zu erbringen und legt er hierzu Planungen vor, müssen auch diese fehlerfrei sein. Erkennt also der Tragwerksplaner, dass sein Auftraggeber diejenigen energetisch notwendigen Baumaßnahmen abändert oder fortlässt, die in seiner Berechnung vorgesehen sind, verhält er sich pflichtwidrig, wenn er dies einfach geschehen lässt. Die Pflichtwidrigkeit liegt dann nicht in einer fehlerhaften Planung oder Berechnung, sondern im unterlassenen Hinweis, exakt nach den vorliegenden Planungen, zum Beispiel nach dem Energieausweis, zu bauen, beziehungsweise die hierzu notwendigen Wandaufbauten auch auszuführen und nicht durch minder- oder anderswertige Materialien so zu verändern, dass Fehler im Objekt auftreten – auch wenn dies zunächst mit Kostenvorteilen verbunden ist.

RA Prof. Dr. Hans Rudolf Sangerstedt

Haftung

Keine Haftung des Objektüberwachers für Schäden an vor schlechtem Wetter nicht geschützten Rohbauzuständen

1. ...

2. ...

3. ...

4. Solange der Rohbau nicht fertig abgedichtet und nicht mit Fenstern verschlossen ist, muss der bauüberwachende Architekt den Eintritt von Wasser nicht verhindern. Das Verschließen von Dachöffnungen bei anstehenden Regenfällen stellt eine handwerkliche Selbstverständlichkeit dar, die keiner gesonderten Überwachung bedarf.

5. Der Auftraggeber kann vom Architekten die Erstattung der Kosten zur Erstellung eines Bauteils, das wegen Baurechtswidrigkeit zurückgebaut werden muss, als fehlgeschlagene Aufwendungen verlangen. Daneben kommt kein weiterer Schadenersatz mit dem Ziel einer mangelfreien Herstellung in Betracht.

6. Zum ersatzfähigen Schaden wegen des Verstoßes gegen die Baugenehmigung zählt auch ein Betrag, den der Auftraggeber vergleichsweise an seinen Nachbarn gezahlt hat, um eine Dienstbarkeit zu erlangen, die nachträglich die Baurechtswidrigkeit beseitigt (hier: zu hohe Garage im Grenzbereich).

7. Die Kosten eines Privatgutachtens über Baumängel sind ohne Weiteres vom Architekten zu erstatten, weil dieser nicht für jeden Baumangel haftet. Es ist nicht Aufgabe des Gerichts, das Gutachten von sich aus zur Frage auszuwerten, ob es Anhaltspunkte für mangelbezogene Pflichtverletzungen des Architekten enthält. (Leitsatz der NJW-RR Redaktion)

BGB §§ 280 I 2, 281, 314, 631 I, 649 S. 2;
OLG Brandenburg, Urteil vom 05.04.2017 (Az.: 4 U 112/14);
NJW-RR 14/2017, 850 ff.

Aus den Gründen

Der Senat hält daran fest, dass sich das Eindringen von Wasser in den Baukörper, solange die Baugrube noch nicht verfüllt, die Fensteröffnungen noch nicht verschlossen und die Abdichtung noch nicht vervollständigt waren, wohl nicht vermeiden lässt und ein mit der Bauüberwachung betrauter Architekt hierfür nicht haftet. Der bauüberwachende Architekt ist nicht gehalten, irgendwelche Maßnahmen zu ergreifen, damit Regenwasser nicht wegen des Geländegefälles über die Tür- oder Fensteröffnungen in den (Rohbau-)Baukörper eindringt.

Kommentierung

Grundsätzlich ist es so, dass nach VOB jeder Unternehmer sein Gewerk ausreichend schützen muss. Ob dies hier geschehen ist, ist unklar. Jedenfalls kann der Objektüberwacher nicht für die verschiedenen Bauzustände, in denen das Objekt zu Schaden kommen kann, im Schadenfall in Anspruch genommen werden, weil er das Bauwerk nicht geschützt hätte. Gleichwohl gehört es zu den Aufgaben des Objektüberwachers, die am Bau beteiligten Unternehmer anzuhalten, ihrerseits ihre Gewerke zu schützen.

RA Prof. Dr. Hans Rudolf Sangerstedt

Vergabe

Bieterfragen können bis kurz vor Ablauf der Angebotsfrist gestellt werden

1. Wenn erst kurz vor Ablauf der Angebotsfrist eine Unklarheit auftaucht, die Defizite der Vergabeunterlagen aufdeckt, kann der Auftraggeber die Beantwortung und die Veröffentlichung nicht einfach mit dem Argument ablehnen, die Frage sei zu spät gestellt worden. In einer solchen Sachlage steht die Möglichkeit zur Verlängerung der Angebotsfrist zur Verfügung und ist zu ergreifen.

2. Beantwortet der Auftraggeber eine Bieterfrage, hat er Bieteröffentlichkeit herzustellen. Ist eine Antwort mit Zusatzinformation unerheblich für die Angebotserstellung, hat er sie zwar bekanntzumachen, muss aber die Angebotsfrist nicht verlängern.

VK Bund, Beschluss vom 27.01.2017 (Az.: VK 2-131/16).

Sachverhalt

Der öffentliche Auftraggeber schreibt in einem Offenen Verfahren Bauleistungen aus. Die Angebotsfrist endete am 20.10.2016. Die von ihm gesetzte Frist zum Stellen von Bieterfragen endete am 13.10.2016. Ein Bieter stellte einen Tag später, am 14.10.2016, diverse Bieterfragen. Der Auftraggeber teilte dem Bieter mit, dass sein Auskunftsverlangen gemäß Paragraph 12a EU Absatz 3 der VOB/A 2016 aufgrund des Ablaufs der Sechs-Kalendertage-Frist verspätet sei. Dennoch beantwortete er dem Bieter freiwillig die gestellten Fragen, ohne auch den anderen Bietern

seine Antworten mitzuteilen. Der Bieter erreichte mit seinem Angebot den dritten Rang.

Im Nachprüfungsverfahren trägt der Bieter vor, dass er wegen der Antworten einen höheren Angebotspreis kalkuliert habe. Er behauptet, dass die anderen Bieter unter Berücksichtigung dieser Antworten ebenfalls höhere Preise angeboten hätten. Also wären die Angebote nicht vergleichbar.

Die Vergabekammer entscheidet, dass das Vergabeverfahren teilweise zurückversetzt werden muss. Der Auftraggeber hat es versäumt, die Antworten allen Bieter mitzuteilen und dadurch gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung verstoßen. Dieser Grundsatz äußert sich darin, dass jeder Bieter sein Angebot in dem Vertrauen erstellen können muss, dass er über dieselben Informationen verfügt wie seine Mitbewerber.

Die Regeln für die Fristen für die Beantwortung von Bieterfragen beeinträchtigen nicht die grundsätzliche Pflicht zur Herstellung von Bieteröffentlichkeit bei Bieterfragen (§ 12a EU Abs. 3 VOB/A 2016 sowie § 10a EU Abs. 6 VOB/A 2016). Denn es geht bei Defiziten oder Fehlern der Vergabeunterlagen nicht bloß um die Beantwortung von Bieterfragen. Vielmehr geht es um die Verpflichtung des Auftraggebers, Fehler in den Vergabeunterlagen zu korrigieren. Diese Verpflichtung gilt immer, egal wie kurzfristig die Frage vor Ablauf der Angebotsfrist eingeht.

Hat diese Korrektur zur Folge, dass die Bieter die Angebotsfrist nicht einhalten können, hat der öffentliche Auftraggeber die Möglichkeit, die Angebotsfrist zu verlängern (§ 10a EU Abs. 6 VOB/A 2016). Nur in dem Ausnahmefall, in dem die Antwort auf die Bieterfrage unerheblich für die Angebotserstellung ist, müssen zwar alle Bieter informiert werden, die Angebotsfrist muss jedoch nicht verlängert werden.

Praxishinweis

Die in den Vergabeunterlagen oft zu lesende Frist, bis wann Bieterfragen gestellt werden können, ist damit vergaberechtswidrig. Weil der öffentliche Auftraggeber im Normalfall nicht prognostizieren kann, ob eine von ihm gegebene Antwort dazu führt, dass ein Bieter für die Angebotserstellung mehr Zeit benötigt, wird die Verlängerung der Angebotsfrist der Regelfall werden. Allerdings können auch in der verlängerten Angebotsfrist weitere Fragen eingehen und zusätzliche Verlängerungen notwendig werden. Denn nach dieser Rechtsprechung ist der der Bieter nicht verpflichtet, sich zeitnah mit den Vergabeunterlagen auseinanderzusetzen. Er darf die komplette Frist ausnutzen und bis zum Ende Fragen stellen beziehungsweise auf Vergabefehler hinweisen.



Autor



Oliver Wehrauch
Rechtsanwalt und Fachanwalt für Vergaberecht

Leiter des Fachbereichs Vergaberecht
caspers mock Anwälte Bonn, Berlin,
Koblenz, Frankfurt, Köln, Saarbrücken
E-Mail: wehrauch@caspers-mock.de

Schadenfall

Ermittlung des Verkehrswertes eines Altenteilerhauses aus den 60er Jahren: Gutachten differierten um 50 Prozent

Sachverhalt

Das zu bewertende Einfamilienhaus wurde in den 60er Jahren auf fremdem Grund errichtet. Eine vertragliche Grundlage regelt, dass bei Rückgabe des Objektes an den Grundstückseigentümer dieser den Verkehrswert des Wohnhauses für die Rückgabe des Hauses zu bezahlen hat, und zwar ohne den Grundstücksanteil. Zur Klärung der Höhe des Objektwertes wird von den beteiligten Parteien jeweils ein Gutachter mit der Ermittlung des Verkehrswertes beauftragt. Beide Gutachter kommen zu einem stark differierenden Ergebnis. Das zweite Gutachten stellt einen Wert fest, der fast 50 Prozent unter dem des ersten Gutachtens liegt. Bei näherer Betrachtung der Gutachten zeigt sich, dass die beiden Sachverständigen mit grundlegend sehr ähnlichen Ansätzen an die Wertermittlung des Objektes herangehen und dennoch zu gravierend unterschiedlichen Wertergebnissen gelangen. Die Gutachten unterscheiden sich letztendlich vor allem in der Beurteilung der Bruttogrundfläche des Dachgeschosses, des Alterungsansatzes, der Restnutzungsdauer, besonderer wertbeeinflussender Umstände und der Mängelbetrachtung des Objektes.

Ursachen und Zusammenhänge

Das Gebäude wird im Rahmen des Gutachtens mit der geringeren Bewertung – beide Gutachten werden hier nachfolgend der Einfachheit halber mit „1. SV“ oder „2. SV“ (SV = Sachverständiger) genannt – unter anderem wie folgt beschrieben:

Bergschäden

Das Gebäude weist diverse, nicht unerhebliche und deutlich über 0,2 Millimeter liegende durchlaufende Längsrissbildungen auf. Als ursächlich könnte der untertägige Bergbau angenommen werden. Die Kosten der erforderlichen Maßnahmen (nur Rissbeseitigungen) können hier nur pauschal, jedoch mit mindestens 5.000 Euro geschätzt werden.

Feuchtigkeitsschäden

Der Kellerbereich weist an diversen Stellen und auch direkt über der Kellerbodenplatte erhebliche Feuchteschäden insbesondere an den Kelleraußenwänden auf. Die Ursache dieser Feuchteschäden kann einerseits aufsteigende Feuchtigkeit oder auch seitlich auf die Kellerwände treffende Feuchtigkeit sein. Eine Beseitigung der Ursache ist äußerst aufwendig durch komplettes Abgraben der Kelleraußenwände, vertikale Abdichtung der Kelleraußenwände sowie horizontale Abdichtung der Kelleraußenwände zu erbringen.

Heizungsanlage

Die Heizungsanlage und die Öltanks sind mit dem Bauvorhaben in den 60er Jahren erstellt worden. Sie dürfen nicht mehr verwendet werden, ein Austausch ist zwingend erforderlich.

Wertermittlungsverfahren

Bei der Wahl des Wertermittlungsverfahrens kommen beide Sachverständige zu dem Ergebnis, das Sachwertverfahren (§§ 21 bis 23 der Verordnung über die Grundsätze für die Ermittlung der Verkehrswerte von Grundstücken (ImmoWertV) anzuwenden.

Bodenwert

Der Sachwert setzt sich bekanntermaßen aus dem Bodenwert und dem Sachwert der baulichen Anlagen zusammen.

Der Bodenwert war hier nicht zu ermitteln. Gemäß der zuvor bereits erwähnten vertraglichen (notariellen) Vereinbarung muss er jedoch aufgrund der Marktanpassung vorab gutachterlich einbezogen werden. Der Preis für Grundstücke orientiert sich im gewöhnlichen Geschäftsverkehr vorrangig an den Quadratmeterpreisen für unbebaute Grundstücke (zum Beispiel mit Bodenrichtwerten). Der Bodenwert ist in der Regel auf der Grundlage von Vergleichspreisen nach Paragraph 15 der ImmoWertV zu ermitteln, wie er sich ergeben würde, wenn das Grundstück unbebaut wäre. Liegen geeignete Bodenrichtwerte vor, so können diese zur Bodenwertermittlung (im Vergleichsverfahren nach Paragraph 15 Absatz 1 Satz 3 und 4 der ImmoWertV) herangezogen werden.

Auch bei der Berücksichtigung des Bodenwertes gehen beide Gutachter fast identisch vor.

Besondere wertbeeinflussende Umstände

Altenteiler

Altenteilerhäuser werden für Landwirte als privilegierte, zum landwirtschaftlichen Betrieb gehörende Bauvorhaben meist mit der Auflage genehmigt, das Haus für den landwirtschaftlichen Betrieb zu nutzen und auch nicht getrennt von der restlichen Hofstelle zu veräußern. Dadurch ist die Nutzung der Altenteilerwohnhäuser durch die eigenen Kinder oder fremde Nutzer sehr stark eingeschränkt bis unmöglich.

In dem Notarvertrag zwischen den Parteien wird bestimmt, dass der Bau nur als Einfamilienhaus und Altenteilswohnhaus als dem landwirtschaftlichen Betrieb zugehörige Einheit genehmigt worden ist. Diese Festlegung stellt eine erhebliche Wertminderung dar, da (planungsrechtlich) ein als Altenteiler errichtetes Wohnhaus nicht an fremde Nutzer zu veräußern ist, die mit der Hofstelle nichts zu tun haben. Auch eine Weitervermietung an Hoffremde ist nicht möglich.

Hier wäre gegebenenfalls eine Abstimmung mit der Bauaufsicht notwendig, um planungsrechtlich eventuell den Status des Altenteilers entnehmen zu können. Auch dann muss allerdings mit einer Wertminderung gerechnet werden, da die Entnahme des Altenteilers gleichzeitig eine Verringerung möglicher sonstiger auf dem Hof denkbarer Umnutzungen (zum Beispiel Scheunen in Wohnraum) mit sich bringen würde, sodass sich insgesamt eine geringere Wohnungsanzahl der Hofstelle ergeben muss und sich letztendlich eine Altenteilerumwandlung wertmindernd auswirkt.

Wohnraumerweiterungen

Üblicherweise lassen sich Gebäude mehr oder weniger umfangreich erweitern oder umbauen. Da sich das hier zu betrachtende Gebäude in einem Außenbereich befindet, ist jede Veränderung und das Gebäude selbst nach Paragraph 35 des Bundesbaugesetzes („Zurückstellung von Baugesuchen“) zu beurteilen. Der Außenbereich lässt bauliche Veränderungen nicht oder nur erschwert zu, sofern es sich nicht um privilegierte Bauvorhaben nach Paragraph 35 des Bundesbaugesetzes („Zulässigkeit von Vorhaben im Außenbereich“) handelt.

Fazit

Die für den landwirtschaftlichen Bereich, also den Außenbereich, als vorteilhaft erscheinende Wohnsituation erweist sich hier als nachteilig, da planungsrechtlich nicht genehmigungsfähige Erweiterungen den Nutzerkreis des Objektes stark einschränken. Hier wird diese besondere Rechtssituation nach Paragraph 35 des Bundesbaugesetzes durch den 1. SV nicht betrachtet. Die beiden Gutachten unterscheiden sich somit deutlich. Es treten Wertunterschiede zu Tage.

Restnutzungsdauer

Die Gebäudedaten für die Beurteilung der Restnutzungsdauer stellen sich so dar:

- Gebäudeart (nach NHK 2010): Ein- oder Zweifamilienhaus, freistehend,
- tatsächliches Baujahr: 60er Jahre
- übliche wirtschaftliche Gesamtnutzungsdauer: 65 Jahre

Die Restnutzungsdauer unterscheidet sich bei den Sachverständigengutachten erheblich. Die Ermittlung erfolgt bei den Gutachtern durch ein Punktesystem, mit dem eine modifizierte Restnutzungsdauer beziehungsweise ein fiktives Baujahr ermittelt wird. Tatsächlich spielt jedoch gerade die Annahme der üblichen wirtschaftlichen Gesamtnutzungsdauer eine erhebliche Rolle. Hierbei sieht der 1. SV eine Gesamtnutzungsdauer von 80 Jahren, während der 2. SV diese bei 65 Jahren einordnet.

Bruttogrundfläche

Die Zusammenstellung beziehungsweise Ermittlung der Bruttogrundfläche (BGF) für das Hauptgebäude erfolgt nach diesen Daten:

- Kellergeschoss: 118,52 Quadratmeter,
- Erdgeschoss: 118,52 Quadratmeter,
- Dachgeschoss: „nicht nutzbar“
- Summe der Bruttogrundfläche: 237,04 Quadratmeter,

Definition Flachdach

In der 1. Bundes-Immissionsschutzverordnung (1. BImSchV), der TA Luft, sowie in den Richtlinien VDI 3781, Blatt 1, wird bei der Festlegung von Mindestschornsteinhöhen bekanntlich zwischen Dächern mit einer Dachneigungen von weniger oder maximal 20 Grad (= Flachdach) und Dächern mit einer Dachneigung ab oder von mehr als 20 Grad (= Steildach) unterschieden. Im vorliegenden Fall liegt ein Gebäude mit einer Dachneigung von circa 20 Grad vor.

Flachdachpfannen

Es gibt keine Produkte im Bereich der Dachziegel, die eine Eindeckung unter einer Dachneigung von 22 Grad ohne Unterdach erlauben. Selbst die sogenannten „Flachdachziegel“ dürfen ohne Unterdach erst ab einer Dachneigung von mindestens 22 Grad verwendet werden. Bei dem hier zu betrachtenden Dach handelt es sich also um ein flach geneigtes Dach.

SW-RL Sachwertrichtlinie

Entscheidend für die Anrechenbarkeit der Grundflächen in Dachgeschossen ist ihre Nutzbarkeit. Dabei genügt es nach der Richtlinie zur Ermittlung des Sachwerts (Sachwertrichtlinie - SW-RL) auch, dass nur eine untergeordnete Nutzung (vgl. DIN 277-2:2005-02), wie zum Beispiel als Lager- und Abstellräume oder als Räume für betriebstechnische Anlagen möglich ist (eingeschränkte Nutzbarkeit). Als nutzbar können Dachgeschosse ab einer lichten Höhe von circa 1,25 Meter behandelt werden, soweit sie begehbar sind. Eine Begehbarkeit setzt eine feste Decke und die Zugänglichkeit voraus.

Anrechenbarkeit der Grundfläche im Dachgeschoss

Hier wird bei einer Gebäudeart mit Flachdach oder flach geneigtem Dach das Dachgeschoss als „nicht nutzbar“ angegeben. Das zu betrachtende Gebäude ist ein Gebäude mit einem flach geneigten Dach und fällt somit in die Kategorie „nicht nutzbar“.

Es gibt (siehe oben) keine Dachziegel, die unter 22 Grad Dachneigung ohne Unterdach verwendbar wären. Im vorliegenden Fall besteht der Dachstuhl nur aus den Sparren, auf leichten Pfetten

auffliegend, ohne Unterspannbahn und ohne Wärmedämmung oder Dampfsperre. Die Dachdeckung entspricht heute und entsprach zum Errichtungszeitpunkt nicht den Regeln der Technik.

Begehbarkeit

Der Dachstuhl ist nicht begehbar. Eine Begehbarkeit des auch eingeschränkt nutzbaren Dachstuhls setzt voraus, dass eine direkte Zugänglichkeit über den Wohnbereich gegeben ist. Im vorliegenden Fall ist die Erreichbarkeit des Dachraums ausschließlich über eine kleine, in die Brandwand zwischen Garagendach und Wohnhausdach ausgebrochene Öffnung in einer Größe von 0,85 x 1,00 Meter möglich. Dieser Dachbereich in der Garage ist wiederum ausschließlich über eine Deckenluke in der Garagendecke (0,75 x 1,45 Meter) zugänglich. Damit ist keine Zugänglichkeit im Sinne der Sachwertrichtlinie gegeben.

Lichte Höhe

Ein weiteres Kriterium für die eingeschränkte Nutzbarkeit des Dachgeschosses ist die lichte Höhe. Die Sachwertrichtlinie unterscheidet hier

- \leq circa 1,25 Meter = nicht nutzbar

Gebäudeart mit Flachdach oder flach geneigtem Dach: keine Anrechnung der Grundfläche der Dachgeschossebene bei der Ermittlung der BGF

- \leq circa 2,00 Meter = eingeschränkt nutzbar

Gebäudeart mit nicht ausgebautem Dachgeschoss: volle Anrechnung der Grundfläche der Dachgeschossebene bei der Ermittlung der BGF

- \geq circa 2,00 Meter = nutzbar

Gebäudeart mit nicht ausgebautem Dachgeschoss beziehungsweise mit ausgebautem Dachgeschoss: volle Anrechnung der Grundfläche der Dachgeschossebene bei der Ermittlung der BGF

Die Anrechenbarkeit des Dachgeschosses ist nicht gegeben, da es auch bei diesem Kriterium als nicht nutzbar eingeordnet werden muss. Die vor Ort gemessene lichte Höhe beträgt zwischen 1,40 und 1,45 Meter (Oberkante Schwellen und Unterkante Firstzangen). Die Höhe liegt also 15 bis 20 Zentimeter über den genannten \leq circa 1,25 Meter der in der Sachwertrichtlinie genannten lichten Raumhöhe. Diese lichte Raumhöhe wird in der Sachwertrichtlinie allerdings mit circa und \leq 1,25 Meter angegeben. Bei Betrachtung der für eine nur eingeschränkte Nutzbarkeit erforderlichen Raumhöhe von \leq 2,00 Meter wird deutlich, dass die zur Nutzbarkeit erforderliche Raumhöhe hier nicht gegeben ist.

Brandschutz

In den Baugenehmigungszeichnungen ist eine 36,5 Zentimeter starke Brandschutzwand vorgesehen. Zudem ist vor Ort festgestellt worden, dass die sehr kleine Öffnung von circa 85 x 100 Zentimeter offenbar nachträglich in diese Brandwand eingearbeitet wurde, sodass sie zum behördlichen Abnahmezeitpunkt vermutlich nicht vorhanden war. Es ist davon auszugehen, dass diese Öffnung durch die Bauaufsicht nicht genehmigt und somit ohne Genehmigung erstellt wurde. Folglich wurde das Haus auch nur ohne ein eingeschränkt nutzbares Dachgeschoss baulich genehmigt. Der Ansatz der Bruttogrundfläche des Dachgeschosses stellt einen erheblichen Unterschied zwischen den beiden Gutachten dar. Der 1. SV betrachtet den Dachboden als eingeschränkt nutzbar, während der 2. SV diesen aufgrund der oben angegebenen Aspekte als nicht anzusetzen unberücksichtigt lässt.

Schlussbetrachtung

Häufig wird behauptet: „Zwei Sachverständige = drei verschiedene Meinungen oder Ergebnisse“. Offensichtlich hat der Volksmund nicht unrecht, wird er doch auch bei dieser Wertermittlung wieder bestätigt. Wie eingangs erwähnt, ist bei näherer Betrachtung beider Gutachten festzustellen, dass die beiden Sachverständigen mit grundlegend sehr ähnlichen Ansätzen und auch der Beachtung der ImmoWertV an die Wertermittlung des Objektes herangehen und dennoch zu gravierend unterschiedlichen Wertergebnissen gelangen.

Bei diesem Objekt stellt sich die Betrachtung der Bruttogrundfläche des Dachgeschosses, die Einordnung der Restnutzungsdauer, die Berücksichtigung besonderer, wertbeeinflussender Umstände und die Betrachtung der vorhandenen Mängel des Objektes als offensichtlich derart schwierig dar, dass die Ergebnisse inakzeptabel hoch, das heißt, um fast 50 Prozent differieren.

Was kann nun aber den betroffenen Parteien in der rechtlichen Auseinandersetzung empfohlen werden? Einfach den Mittelwert der vorliegenden Gutachten zu wählen – das kann kein Argument für ein korrektes Annähern an den Verkehrswert sein. Eine korrekte Wertfindung ist auch nicht unbedingt durch ein oder mehrere weitere Gutachten zu finden.

Ein für beide Parteien nutzbares Ergebnis wäre möglicherweise jedoch dann zu erzielen, wenn die beteiligten Gutachter eine Diskussion über ihre jeweiligen Gutachten führen und sich im günstigsten Fall auf einen gemeinsamen Wertvorschlag einigen würden.

Die hier angerissenen Themen der Sachwertermittlung sind viel zu komplex, um diese kurze Betrachtung zu einem abschließenden befriedigenden Ergebnis zu führen. Deutlich machen lässt sich an diesem Wertermittlungsbeispiel jedoch, dass trotz recht exakter Ermittlungsvorgaben aus der Sachwertrichtlinie und der ImmoWertV immer noch ausreichend Auslegungsspielraum für Fehlbetrachtungen besteht.



Autor



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

Institut für Bauwirtschaft
Universität Kassel



Autor



Dr.-Ing. Detlev Fistera

Institut für Bauwirtschaft
Universität Kassel

Infomaterial bestellen

Fax: 0221 / 144-66770 oder
per E-Mail: verbaende@hdi.de



Online-Service



HDI INGLetter

Das umfangreiche INGLetter-Archiv
zum Nachlesen.

→ www.hdi.de/ingletter



HDI Online-Newsletter

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

→ 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, www.hdi.de

Schriftleitung

RA Prof. Dr. Hans Rudolf Sangenstedt (verantwortlich für den Inhalt)
caspers mock Anwälte Bonn
Wachsbleiche 26, 53111 Bonn
Telefon: 0228/9727980, Telefax: 0228/972798209
sangenstedt@caspers-mock.de, www.caspers-mock.de

Redaktion: Klaus Werwath, E-Mail: redaktionsbuerowerwath@t-online.de

Verantwortlich für den Schadenfall auf Seite 13:
Univ.-Prof. Dr.-Ing. Antonius Busch
Henschelstr. 2, 34127 Kassel
Telefon: 0561/8043632, Telefax: 0561/8042494
Mobil: 0173/6177033, E-Mail: info@Dr-A-Busch.de

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