



DIE ÜBERWACHUNG der Mängelbeseitigung am Bau kann man nicht unbedingt an Kameras delegieren. Wer bezahlt dem Ingenieur also seinen Aufwand dafür?

Mängel und kein Ende?

Überwachung der Mängelbeseitigung

Zu diesem Themenkomplex erreichte die Gütestelle Honorar- und Vergaberecht (GHV) in Ludwigshafen neulich folgende

Anfrage: von einem Ingenieur, der den Bau eines Ingenieurbauwerks überwacht:

- Kann ich den Mehraufwand, der mir bei der Überwachung der Mängelbeseitigung erheblicher Mängel entstanden ist, an den Auftraggeber weitergeben?
- Kann der Auftraggeber diese Aufwendungen an den Unternehmer weitergeben?
- Wie sind die gleichen Fragen für die Leistungsphase 9 zu beantworten?

Die Überwachung der Mängelbeseitigung taucht immer öfter als Problem beim Bauen auf, allerdings eher als juristisches, denn als technisches. Kann ein Ingenieur zum Beispiel für den Zusatzaufwand einen Honorarzuschlag durchsetzen, der ihm für die unvorhersehbare Überwachung einer Mängelbeseitigung entstanden ist? Mit dieser kniffligen Frage beschäftigt sich der 8. Teil unserer Serie über aktuelle honorar- und vergaberechtliche Probleme, die bei der Gütestelle für Honorar- und Vergaberecht in Ludwigshafen auftreten und bearbeitet werden.

Von Peter Kalte
und Michael Wiesner

Bei zunehmender Mangelhaftigkeit von Baumaßnahmen wird der Aufwand für die Überwachung der Mängelbeseitigung immer größer. Dennoch bleibt diese Leistung grundsätzlich eine *Grundleistung*, die der Planer als *Erfolg* unabhängig von der Höhe seines Aufwandes und des zugehörigen Honorars schuldet. Nachforderungen sind erst dann

möglich, wenn es sich nicht mehr um Grundleistungen, sondern um *Besondere Leistungen* handelt, die nicht mehr „im allgemeinen“ zur „ordnungsgemäßen Erfüllung“ des Auftrags erforderlich sind. Die Abgrenzung bleibt schwierig.

Eindeutig vergütungspflichtig sind aber Leistungen, wenn die Ausführung so mangelhaft ist, dass eine „Instandhaltung“ oder ein „Wiederaufbau“ vorliegt. Dann liegt ein „neues“ Objekt vor.

Der Planer informiert darüber, dass er bei einer komplexen Baumaßnahme eine erheblich mangelhafte Bauleistung des Unternehmers rechtzeitig erkannt und gerügt hat. Die Überwachung der Mängelbeseitigung war mit hohem Aufwand verbunden, weil Abnahmen mehrfach durchzuführen und viele Besprechungen notwendig waren, um überhaupt erst die „richtige“ Technik zur Mängelbeseitigung zu erarbeiten. Die Vorschläge zur Mängelbeseitigung des Unternehmers waren

Die Autoren der Serie

**Peter Kalte**

Dipl. Ing.: 1985 bis 1990 Ingenieur in der Industrie; 1991 bis 2004 Prokurist bei Dr. Dahlem Beratende Ingenieure (Darmstadt); seit 2005 Geschäftsführer der GHV.

**Wolfgang Kaufhold:**

Dipl.-Ing., Beratender Ingenieur, öffentlich bestellter und vereidigter Sachverständiger für Ingenieurhonoreare; 2001 bis 2004 Geschäftsführer der GHV

**Michael Wiesner:**

Rechtsanwalt, Dipl.-Betriebswirt (FH); Anwaltszulassung 1996; 1999 bis 2002 Justiziar der Ingenieurkammer Rheinland-Pfalz; seit 2002 für die GHV tätig.

komplex. Der Auftraggeber sieht den Mehraufwand und würde diesen auch vergüten, wenn er diesen wiederum bei dem Unternehmer in Abzug bringen kann.

Zwischen den Vertragsparteien liegt ein Ingenieurvertrag vor, der sich in der Leistungsdefinition an der HOAI orientiert. Für die Honorierung der Örtlichen Bauüberwachung ist ein fester Prozentsatz nach § 57 Abs. 2 Satz 1 HOAI vereinbart. Ergänzungsvereinbarungen liegen nicht vor.

GHV: Dem Planer wird es nicht ohne weiteres gelingen, seine Mehraufwendungen weiterzugeben. Dies weder in der Örtlichen Bauüberwachung noch in der Leistungsphase 9! Auch wird es dem Auftraggeber nicht ohne weiteres gelingen, die Mehrkosten des Planers an den Unternehmer weiterzugeben. Hier sind genauere Feststellungen zu treffen.

Die Überwachung der Mängelbeseitigung ist prinzipiell eine Grundleistung

Es gehört zur Grundleistung der Örtlichen Bauüberwachung im Teil VII, vergleichbar aber auch bei der Objektüberwachung im Teil II oder IX, dass die Ausführung des Objekts überwacht wird. Überwacht wird dabei die Ausführung des Objekts auf Übereinstimmung mit den zur Ausführung genehmigten Unterlagen, dem Bauvertrag, den anerkannten Regeln der Technik und den einschlägigen Vorschriften. Diese umfassende Überwachungspflicht macht die Erfolgsbezogenheit der Überwachungsleistung nochmals sehr deutlich. Der Planer schuldet den Erfolg, das heißt, die Freiheit von Mängeln. Dabei geht die Rechtsprechung so weit, dass der Überwacher die Mangelfreiheit „gesamtschuldnerisch“ mit dem Unternehmer dem Auftraggeber gegenüber schuldet. Das bedeutet, dass sich der Auftraggeber dem Grunde nach aussuchen kann, an wen er sich zur Mängelbeseitigung hält.

Auch die aufgeführte Grundleistung „Überwachen der Beseitigung der bei der Abnahme festgestellten Mängel“ spricht deutli-

che Worte. Mit dieser Grundleistung sind alle Mängelbeseitigungsleistungen zu überwachen, die spätestens bis zur Abnahme auffallen.

Dabei spielt das Verhältnis von Aufwand zu Honorar nach der Systematik der HOAI grundsätzlich keine Rolle. Die Leistungspflicht ergibt sich aus dem Vertrag und dem Werkvertragsrecht, unabhängig vom Honorar. Das Honorar ist eine feste Größe, die im vorliegenden Fall ausschließlich von der Höhe der anrechenbaren Kosten abhängig ist, und dies unabhängig vom tatsächlichen Aufwand ist. Dazu gibt es ein prägnantes Urteil. Das Oberlandesgericht Naumburg (IBR 2005, 557) hat entschieden, dass ein Architekt, der

lt. Vertrag eine „beratende und prüfende Ausführung“ von Sanierungsleistungen übernehmen wollte und dafür nur 2000 Euro Honorar verlangte, nach Vertragsauslegung des Gerichts „unabhängig von der Höhe der vereinbarten Vergütung“ eine Verpflichtung im Umfang einer Bauüberwachung im Sinne der Leistungsphase 8 des § 15 Abs. 1 HOAI hat. Der Architekt wurde zur Zahlung von 380 000 Euro Schadensersatz verurteilt.

Auch das Oberlandesgericht Dresden (IBR 2003, 554) hat einen Bauüberwacher für einen Schaden über rd. 270 000 Euro haftbar gemacht, nachdem der Unternehmer in Insolvenz gegangen ist und der Planer einen Mangel zwar erkannt und gerügt hat, dessen

Innovative Brandschutzgehäuse mit modularen Ausbauvarianten

Striebel & John präsentiert in Kooperation mit PRIORIT eine neue Generation von Brandschutzgehäusen, Vorsatztüren mit Ausgleichsrahmen, Überstülpgehäusen, Rangierverteiler und Klemmkästen.

Geprüfter Baustoff

- Mit Oberflächenbeschichtung A2 nicht brennbar
- Vielfältige Dekoroberflächen

Brandschutzgehäuse

- Funktionserhalt und Brandlastdämmung über 30 oder 90 Minuten
- Vorbereitet zum Ausbau mit Verteilerfeldern
- Vorbereitet zum Ausbau mit TNF-Modulsystemfeldern

Brandschutzvorsatztüren

- Feuerwiderstand 30 oder 90 Minuten
- Mit Ausgleichsrahmen
- Einfache Montage auf der Wand
- Türen zur Montage aushängbar



Elektrogroßhandel und Elektroinstallationsunternehmen werden exklusiv von Striebel & John beliefert. Die Brandschutzgehäuse werden von Striebel & John für den Innenausbau mit Verteiler- oder TNF-Modulsystemfeldern vorbereitet und sind dadurch für den Installateur spielend einfach in der Montage.

Zwei starke Partner:

PRIORIT

Mehr Info: Tel. 07841 609-0

Striebel & John
EIN UNTERNEHMEN DER ABB-GRUPPE

Beseitigung aber nicht nochmals geprüft hat. Das Gericht stellt fest:

„Der Bauüberwacher hat besondere Aufmerksamkeit solchen Baumaßnahmen zu widmen, bei denen sich im Verlauf der Bauausführung Anhaltspunkte für Mängel ergeben. Der Bauüberwacher hat deshalb grundsätzlich selbst und konkret die Beseitigung des festgestellten Mangels zu überwachen“.

Die Überwachung ist auch in der Phase 9 eine Grundleistung

Genauso eindeutig ist die Pflicht zur Überwachung der Mängelbeseitigung eine Grundleistung in der Leistungsphase 9. Hier ist aufgeführt:

„Überwachen der Beseitigung von Mängeln“.

Auch in der Leistungsphase 9 ist grundsätzlich ein festes Honorar in Bezug zu den anrechenbaren Kosten vereinbart. Treten vermehrt Mängel auf, wird der relativ geringe Prozentsatz in aller Regel den tatsächlichen Aufwand nicht decken. Dennoch besteht nicht ohne weiteres die Möglichkeit der Nachforderung.

Keine Weitergabe an den Unternehmer

Selbst wenn der Auftraggeber einsichtig ist, den erhöhten Aufwand sieht und bei dem Unternehmer in Abzug bringen will, ist das nicht ohne weiteres möglich.

Das Oberlandesgericht Hamm (Urteil vom 29. Januar 1992, Az.: 12 U 38/91, IBR 1992, 283) stellt fest:

Im Rahmen der „Vollarchitektur“ muss der Architekt auch Baumängel prüfen und Nachbesserungsarbeiten überwachen. Der Architekt kann also nicht für besonderen Arbeitsaufwand bei der Überwachung von Mängelbeseitigungen „Regiekosten“ verlangen. Der Bauherr kann solche „Regiekosten“ folglich nicht von dem verantwortlichen Unternehmer ersetzt verlangen.

In ähnlich klarer Weise hat das Oberlandesgericht Düsseldorf (IBR 2000, 493) festgestellt, dass Mehrkosten (hier aufgrund eines zusätzlichen Gutachters) nicht vom Unternehmer zu zahlen sind, wenn die Überwachung und Abnahme der Mängelbeseitigungsarbeiten im Rahmen der Leistungsphasen 8 und 9 zum Leistungsumfang des Architekten gehören.

Früher Nachbesserung, heute Nacherfüllung

Die Begriffe im Mängelrecht sind mit dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz verändert worden. Sprach man früher von „Nachbesserung“, so heißt dies heute „Nacherfüllung“.

Hintergrund ist, dass man allein schon sprachlich klarstellen wollte, dass auch eine „Neuerstellung“ des Bauwerkes von der Rechtsprechung verlangt wurde, wenn nur auf diesem Wege ein mangelfreier Zustand erreicht werden konnte (siehe Ingenstau/ Korbion VOB-Kommentar 15. Auflage VOB/ B § 13 Rdn. 84).

Extrembeispiel: Die Brücke kurz vor dem Zusammenbruch

Würde ein Auftraggeber einen Ingenieur mit der Leistungsphase 9 beauftragen, und dieser würde vor Ablauf der Gewährleistungszeit seiner Pflicht der Objektbegehung nachkommen und feststellen, dass die Brücke kurz vor dem Zusammenbruch steht und der Unternehmer wäre zur „Nacherfüllung“ bereit, was in diesem Fall die Neuerstellung wäre, dann müsste der Ingenieur mit seinem Minihonorar für die Phase 9 die Mängelbeseitigung überwachen, was einer neuen Örtlichen Bauüberwachung bedarf! Das kann es tatsächlich nicht sein!

Wo liegt die Grenze zwischen Grundleistung und Besonderer Leistung?

Der Planer wird nur dann eine Chance haben Mehrhonorar geltend machen zu können, wenn er den Nachweis führt, dass die Mehrleistung, die er über die „übliche“ Überwachung der Mängelbeseitigung erbringt, eine Besondere Leistung darstellt. Die Überwachung der Mängelbeseitigung bleibt grundsätzlich eine Grundleistung, die mit dem Grundleistungshonorar abgedeckt ist, wenn sie nach § 2 Abs. 1 HOAI eine Leistung ist, die im „allgemeinen“ zur „ordnungsgemäßen Erfüllung“ eines Auftrages erforderlich ist. Sie wird dann eine Besondere Leistung, wenn nach § 2 Abs. 3 HOAI „besondere Anforderungen“ gestellt werden.

In Bezug auf Mängel sehen Jochem (HOAI-Kommentar, 4. Auflage 1998, § 15 Rdn. 76 und 83) und gleichlautend Pott/Dahlhoff/Kniffka (HOAI-Kommentar, 7. Auflage 1996, § 15 Rdn. 36) die Grenze zur Besonderen Leistung als überschritten an, wenn eine Ersatzvornahme, das heißt also ein anderer Unternehmer, die Mängelbeseitigung durchführt. Dies kann zwar helfen, ist aber in der Praxis der Ausnahmefall.

Eine Grenze könnte dort gezogen werden, wo der Planer eine Mängelbeseitigung nicht nur einmal, sondern mehrfach zu überwachen hat. Ansonsten bleibt die Abgrenzung zwischen Grundleistung und Besonderer Leistung schwierig und ist vom Planer darzulegen. Grundsätzlich setzt die Honorierung einer Besonderen Leistung aber alle Randbe-

dingungen nach § 5 Abs. 4 HOAI voraus. Dabei ist die Schriftform besonders wichtig. Dem Planer ist zu empfehlen, vor Ausführung der Leistung das Honorar schriftlich zu vereinbaren. Als gesetzliche Schriftform bedeutet dies, dass eine Vereinbarung zu erreichen ist, welches von beiden Vertragsparteien zu unterzeichnen ist.

Gibt es eine wirksame Vereinbarung, wird es dem Auftraggeber dann auch gelingen, diese als „Schadensersatz“ beim Unternehmer geltend zu machen.

Grenze eindeutig überschritten bei Instandsetzung oder Wiederaufbau

Die GHV sieht spätestens dort die Grenze überschritten, wenn es bei der Mängelbeseitigung nicht mehr darum geht, einen mangelhaften Neubau in seinen mangelfreien Zustand zu versetzen, sondern wenn der Mangel so gravierend ist, dass von einer Instandsetzungsmaßnahme oder, noch extremer, einem Wiederaufbau (siehe obiges Beispiel), nach den Begriffsdefinitionen des § 3 HOAI zu sprechen ist. Zur Abgrenzung liefern die einschlägigen Kommentare zu diesen Begriffen umfangreiche Hinweise und sollten im konkreten Fall herangezogen werden.

Neues Objekt bei Instandsetzung oder Wiederaufbau

Ist nach der Begriffsdefinition des § 3 HOAI dann von einer Instandsetzung oder einem Wiederaufbau zu sprechen, liegt ein „neues“ Objekt vor, welches entsprechend neu zu bewerten ist. Dies gehört in aller Regel dann nicht mehr zur Leistungsvereinbarung laut Vertrag, so dass ein neuer Regelungsbedarf besteht. Für die Leistungen bei Instandsetzungen greift beispielsweise im Teil VII der § 60 HOAI, wo das Honorar für die Überwachung um bis zu 50 Prozent erhöht werden kann. Die Bauüberwachung für einen Wiederaufbau stellt eine Leistung für ein „neues“ Objekt dar, wenn dieser beispielsweise nach den gleichen Plänen erfolgt.

Eine berechtigt getroffene neue Vereinbarung wird den Auftraggeber auch in die Lage versetzen die Mehrkosten als Schadensersatz dem Unternehmer gegenüber geltend zu machen.

► Gütestelle Honorar- und Vergaberecht
Schillerplatz 12/14
67071 Ludwigshafen
Tel.: 0621/6856090-3
Fax: 0621/6856090-90
kontakt@ghv-guestestelle.de
www.ghv-guestestelle.de

Baustoff zum Nachlesen



Dietmar Goldammer
Der Wandel im Planungsbüro



SCHIELE & SCHÖN

Kompetent planen und bauen mit bewährten Büchern



Ich bestelle:

Anzahl	Best.-Nr.	Autor	Titel	Einzelpreis
	757	Dietmar Goldammer	Der Wandel im Planungsbüro	€ 19,80
	747	Dietmar Goldammer	Wirtschaftlichkeit im Planungsbüro	€ 19,80
	748	Dietmar Goldammer	Steuerungssysteme für Planungsbüros	€ 19,80
	741	Günter Olesen	Kalkulationstabellen Hochbau	€ 70,00
		Marco Ilgeroth	Straßen- u. Tiefbau (Neuaufl. in Vorbereitg.)	
	702	Günter Olesen	Bauleistungen für Wohnhausbauten	€ 55,00
	641	Günter Olesen	Ausführung u. Kontrolle v. Bauleistungen	€ 65,45
	503	Paul Levsen	Bautagebuch	€ 5,75
	-	Jahresabonnement	Deutsches Ingenieurblatt (10 Ausgaben)	€107,50*
	-	Studenten-Abo	Deutsches Ingenieurblatt (10 Ausgaben)	€ 54,00*
	-	Mini-Abonnement	Deutsches Ingenieurblatt (3 Ausgaben)	€ 25,00*

Name	Ich bezahle <input type="checkbox"/> bequem per Bankabbuchung
Vorname	<input type="checkbox"/> per Rechnung
Straße/Nr.	BLZ <input type="text"/> Konto-Nr. <input type="text"/>
PLZ/Ort	Geldinstitut <input type="text"/>
Telefon	E-Mail <input type="text"/>
	<input checked="" type="checkbox"/> Datum/Unterschrift