

Mängel und kein Ende?

Überwachung der Mängelbeseitigung

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.

Anfrage:

Ein Ingenieur, der den Bau eines Ingenieurbauwerks überwacht, fragt an:

- 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?

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 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 grundsätzlich 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, d. h. 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 deutliche 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 OLG Naumburg (IBR 2005, 557) hat entschieden, dass ein Architekt, der lt. Vertrag eine „beratende und prüfende Ausführung“ von Sanierungsleistungen übernehmen wollte und dafür nur 2.000 € 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 € Schadensersatz verurteilt.

Auch das OLG Dresden (IBR 2003, 554) hat einen Bauüberwacher für einen Schaden über rd. 270.000 € haftbar gemacht, nachdem der Unternehmer in Insolvenz gegangen ist und der Planer einen Mangel zwar erkannt und gerügt hat, dessen 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 Anhalts-

*punkte für Mängel ergeben. Der Bauüberwacher hat deshalb grundsätzlich selbst und konkret die **Beseitigung des festgestellten Mangels** zu überwachen“.*

Überwachung 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 OLG Hamm (Urteil vom 29.01.1992, 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 OLG Düsseldorf (IBR 2000, 493) festgestellt, dass Mehrkosten (hier aufgrund eines zusätzlichen Gutachters) nicht vom Unternehmer zu zahlen ist, 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: 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!

Grenze von Grundleistung zur Besonderen 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 gleich lautend Pott/Dahlhoff/Kniffka (HOAI-Kommentar, 7. Auflage 1996, § 15 Rdn. 36) die Grenze zur Besonderen Leistung als überschritten an, wenn eine Ersatzvornahme, d. h. 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 Randbedingungen 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 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 % 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.

Autoren:

Dipl.-Ing. Peter Kalte, Geschäftsführer
Rechtsanwalt Dipl.-Betriebswirt (FH) Michael Wiesner

Gütestelle Honorar- und Vergaberecht (GHV) gemeinnütziger e. V.
Schillerplatz 12/14

67071 Ludwigshafen

Tel: 0621 – 68 56 09 00

Fax: 0621 – 68 56 09 01

kontakt@ghv-guetestelle.de

www.ghv-guetestelle.de

Veröffentlicht im Deutschen Ingenieurblatt, Ausgabe 10/2006, Seiten 52 bis 54