

## **Wo endet die Sachverständigendienstleistung?** **Wo beginnt der Werkvertrag?**

### **I. Die Stellung des Sachverständigen als gerichtlich bestellter Gutachter**

#### **1. Haftung des gerichtlichen Sachverständigen**

Die Auswahl des Sachverständigen im gerichtlichen Verfahren – sei es ein selbständiges Beweisverfahren oder ein Klageverfahren – erfolgt gemäß § 404 ZPO durch das Gericht. Aufgrund der gerichtlichen Beauftragung besteht keine vertragliche Beziehung zwischen den Parteien und dem Sachverständigen.<sup>1</sup> Aufgrund der fehlenden vertraglichen Beziehung zwischen den Parteien kommt eine vertragliche Haftung nicht in Betracht. In Betracht kommt nur eine Haftung aus folgenden Vorschriften des Deliktsrechts des Bürgerlichen Gesetzbuches:

##### **1.1. Sittenwidrige Schädigung nach § 826 BGB:**

„Wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatz des Schadens verpflichtet.“

##### **1.2. Verstoß gegen ein Schutzgesetz, § 823 Abs. 2 BGB:**

„Die gleiche Verpflichtung (Schadenersatz) trifft denjenigen, welcher gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt.“

Dass ein öffentlich und bestellter Sachverständiger ein Gerichtsgutachten erstellt unter Verstoß gegen die guten Sitten oder unter Missachtung von Schutzgesetzen, insbesondere strafrechtlichen Vorschriften wie Urkundsdelikte und Ähnliches, ist fast ausgeschlossen. Diese Haftungstatbestände spielen somit in der Praxis glücklicherweise keine Rolle.

---

<sup>1</sup> BGH, Urteil vom 18.12.1979, VI ZR 113/71, NJW 1974, 312, 313

### **1.3. Die Haftung des gerichtlichen Sachverständigen nach § 839a BGB:**

„Erstattet ein vom Gericht ernannter Sachverständiger vorsätzlich oder grob fahrlässig ein unrichtiges Gutachten, so ist er zum Ersatz des Schadens verpflichtet, der einem Verfahrensbeteiligten durch eine gerichtliche Entscheidung entsteht, die auf diesem Gutachten beruht.“

Eine Haftung ist grundsätzlich nur bei grober Fahrlässigkeit gegeben. Grobe Fahrlässigkeit liegt vor, wenn die im Verkehr erforderliche Sorgfalt in besonders schwerem Maße verletzt wird, schon einfachste, ganz naheliegende Überlegungen nicht angestellt werden und nicht beachtet wird, was ggf. jedem einleuchten muss. Dem Handelnden muss dabei auch in subjektiver Hinsicht ein schweres Verschulden treffen.<sup>2</sup>

Soweit nur Fahrlässigkeit vorliegt, ist eine Haftung des gerichtlichen Sachverständigen nicht gegeben.

## **2. Vergütung**

Die Vergütung richtet sich nach dem Gesetz über die Vergütung von Sachverständigen ... sowie die Entschädigung von ehrenamtlichen Richtern, Zeugen und Dritten (Justizvergütungs- und Entschädigungsgesetz – JVEG). Die Einzelheiten der Vergütung ergeben sich aus dem § 8 ff. JVEG.

In diesem Zusammenhang ist auf eine neuere Entscheidung des BGH hinzuweisen. Hier ging es um eine Vergütungskürzung bei einem unvollständigen Gutachten. Dabei hat der Bundesgerichtshof festgestellt, dass der Einwand, das Sachverständigengutachten beantwortet die gestellten Fragen nur teilweise und sei nachzubessern, es nicht ohne Weiteres rechtfertigt, dem Sachverständigen die geltend gemachte Vergütung für die betreffenden Positionen seiner Rechnungen vorzuenthalten. Vielmehr sind aus der Sicht einer Partei offen gebliebene Fragen ggf.

---

<sup>2</sup> OLG Koblenz, Urteil vom 14.07.2006 – Az. 10 U 1885/05, IBR 2007, 588; OLG Rostock, Beschluss vom 21.03.2006 – 8 U 113/05, IBR 2006, 406

in der mündlichen Verhandlung zu klären.<sup>3</sup> In dieser Entscheidung hat der BGH auch entschieden, dass die Arbeitsweise bei der Gutachtenerstellung dem Sachverständigen grundsätzlich selbst überlassen bleibt. Er muss lediglich zwischen Fachkunde und zeitlichem Aufwand eine plausible Proportionalität gewahrt sein.

## II. Die Stellung des Sachverständigen als Privatgutachters

### 1. Einführung

Zuerst stellt sich die Frage, wie juristisch der Sachverständigenauftrag einzuordnen ist. Dabei will ich zwei verschiedene Fallgruppen beispielhaft darstellen:

#### Fall 1.1:

Der Sachverständige erhält den Auftrag, den Zustand des Gebäudes nach einem Sturmschaden festzustellen.

#### Fall 1.2:

Der Sachverständige erhält den Auftrag, eine baubegleitende Qualitätskontrolle bei der Sanierung eines denkmalgeschützten Wohnhauses durchzuführen.

Das Bürgerliche Gesetzbuch bietet uns für die Tätigkeit des Sachverständigen im Wesentlichen zwei Vertragstypen an:

- ein Dienstvertrag nach § 611 BGB
- ein Werkvertrag nach § 631 BGB.

Nie ist der Sachverständigenvertrag ein **Dienstleistungsvertrag**, den es im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht gibt. Beim sog. Dienstleistungsvertrag handelt es sich um einen Begriff aus dem Europarecht. Der Begriff Dienstleistung umfasst hier sowohl die Leistungserbringung im Sinne von Diensten des Dienstvertragsrechtes nach § 611 BGB, als auch die Erbringung einer auf den Erfolg gerichteten Werkleistung nach § 631 BGB. Sofern der Sachverständige eine Dienstleistung

---

<sup>3</sup> BGH, Beschluss vom 02.12.2008 – X ZR 159/05

erbringt, bedeutet dies nicht automatisch, dass seine Leistung auch einem Dienstvertrag unterfällt.

## 2. Dienstvertrag

Wie wird der Dienstvertrag juristisch definiert? Streng juristisch lautet die Definition wie folgt:

„Der Dienstvertrag im Sinne des § 611 BGB ist ein schuldrechtlicher Vertrag, durch den sich der Dienstnehmer zu einer in der Regel entgeltlichen Tätigkeit für den Dienstgeber verpflichtet, ohne die Gewähr für einen bestimmten Erfolg zu übernehmen.“<sup>4</sup>

In erster Linie sind insbesondere unselbständige Beschäftigungsverhältnisse als Dienstvertrag einzuordnen, allem Voraus der Arbeits- und Angestelltenvertrag. Aber auch die selbständige Tätigkeit kann Gegenstand eines Dienstvertrages sein. Dies ist immer dann gegeben, wenn die Tätigkeit und nicht der Erfolg im Vordergrund stehen. Dies ist insbesondere bei folgenden Verträgen der Fall:

- Verträge über die Rechts- und Steuerberatung
- Verträge über Wirtschaftsberatung und Wirtschaftsprüfung
- Bewachungs- und Detektivverträge
- Handelsvertretervertrag
- Speditionsvertrag
- Arztvertrag

Kann auch der Sachverständigenauftrag dem Dienstvertragsrecht unterfallen?

Dies ist der Fall, wenn die Tätigkeit des Sachverständigen im Vordergrund steht, was insbesondere bei der Feststellung eines Zustandes, zum Beispiel nach einem Sturm bei einem Gebäude, der Fall sein kann, wie in Fall 1.1 dargestellt. Zum Fall 1.2 hat

---

<sup>4</sup> Edenfeld in Erman, BGB, 11. Aufl. § 611 Rz. 1

der BGH im Jahre 2001 die erste Entscheidung erlassen. Zur baubegleitenden Qualitätskontrolle hat Schulze-Hagen Folgendes angemerkt:

„Sieht man mehr die Sachverständigentätigkeit im Vordergrund, käme die Regelverjährung – also drei Jahre nach Kenntnis – zur Anwendung (§ 634a Abs. 1 Nr. 3 BGB). Hier (bei der baubegleitenden Qualitätskontrolle) spricht mehr für die Anwendung der Regelverjährung, weil nach dem Verständnis der „Qualitätskontrollen“ die stichprobenartige Mengenerfassung gerade nicht die Überwachungstätigkeit der Architekten ersetzen soll!.“<sup>5</sup>

Das OLG Hamm<sup>6</sup> hatte zuvor in folgendem Fall einen Dienstvertrag angenommen:

### **Fall 3:**

Vor dem Erwerb eines Einfamilienhauses bittet der Käufer einen Architekten, an der Besichtigung des Hauses teilzunehmen und ihn auf eventuelle Mängel hinzuweisen. Bei der Besichtigung sind an den Kellerwänden braune Ränder erkennbar. Der Verkäufer erklärt dazu, es handelt sich um einen alten Feuchtigkeitsschaden, der behoben sei. Der Architekt fragt nicht nach, sondern äußert, das Haus könne bedenkenlos erworben werden. Er berechnet für seine Tätigkeit 84,50 €. Wenige Monate nach dem Erwerb des Hauses zeigt sich Feuchtigkeit an den Kellerwänden. Der Sanierungsaufwand wird von einem Sachverständigen auf 23.000,00 € geschätzt. Der Käufer macht sodann Schadensersatzansprüche gegen den Architekten geltend und hat Erfolg. Das OLG ordnet den mit dem Architekten geschlossenen Beratungsvertrag als Dienstvertrag ein. Die Pflichten aus diesem Vertrag verletzt der Architekt, indem er sich mit der Erklärung des Verkäufers zufriedengab, der Feuchtigkeitsschaden sei behoben. Ihm als Fachmann musste es sich aufgrund der sichtbaren braunen Ränder der Verdacht aufdrängen, dass sie nicht allein auf ein einmaliges Überlaufen des Lichtschachtes zurückzuführen waren. Obwohl dem Architekten auch die Art und Weise der angeblichen Schadensbeseitigung nicht bekannt war, fragte er nicht weiter danach. Die unbefriedigende Erklärung des Verkäufers hätte ihn veranlassen müssen nachzufragen, um den sichtbaren Schaden weiter aufzuklären.

<sup>5</sup> Schulze-Hagen, IBR 2002, 87 zu BGH, Urteil vom 11.10.2001 - VII ZR 475/00

<sup>6</sup> OLG Hamm, Urteil vom 22.06.1999, IBR 1999, 488

Da hier, so die Auffassung des OLG, nur eine Beratung geschuldet war, handelt es sich um einen Dienstvertrag.<sup>7</sup>

Einen Dienstvertrag hat das OLG Hamm<sup>8</sup> auch angenommen, als ein Wohnungseigentümer einen Architekten beauftragte, ihn wegen aufgetretener Putzschäden über eine mögliche Verantwortlichkeit und Inanspruchnahme des Putzers zu beraten. Hierbei hat das OLG Hamm die Auffassung vertreten, dass die isolierte Vereinbarung einer Teilleistung der Leistungsphase 9 des § 15 HOAI a. F. ein Dienstvertrag sei. Dies dürfte nach der heutigen Rechtsprechung nicht mehr zutreffend sein. Im Übrigen hat in beiden Fällen das OLG Hamm den Architekten auf Schadensersatz verurteilt, und zwar wegen Verletzung der Pflichten aus dem Dienstvertrag. Zum damaligen Zeitpunkt hatte dies noch die negative Folge, dass die Ansprüche aus dem Dienstvertrag erst nach 30 Jahren verjährten. Heute gilt hier die Regelverjährungsfrist von 3 Jahren gemäß § 195 BGB.

### 3. Werkvertrag

§ 631 BGB definiert den Werkvertrag wie folgt:

„Durch den Werkvertrag wird der Unternehmer zur Herstellung des versprochenen Werkes und der Besteller zur Entrichtung der vereinbarten Vergütung verpflichtet.“

Kennzeichnend für den Werkvertrag ist zunächst die Zusage, ein bestimmtes Werk herzustellen. Anders als beim Dienstvertrag wird hier nicht ein Arbeitseinsatz, sondern ein bestimmter Erfolg geschuldet, für dessen Eintritt der Unternehmer das Risiko zu tragen hat.<sup>9</sup>

Gegenstand des Werkvertrages kann nach § 631 Abs. 2 BGB einmal die Herstellung oder Veränderung einer Sache sein. Als Werk kommt aber auch jeder andere durch Arbeit oder **Dienstleistung** herbeigeführte Erfolg in Betracht.

<sup>7</sup> OLG Hamm, Urteil vom 22.06.1999 – 21 U 155/98, BauR 1999, 1323 = IBR 1999, 488

<sup>8</sup> OLG Hamm, Urteil vom 11.10.1994 – 28 U 26/94, BauR 1995, 579 = IBR 1995, 531

<sup>9</sup> Brox/Walker: Besonderes Schuldrecht, 30. Aufl., S. 265

**Beispiel für einen Werkvertrag:**

Überwachung der Bauausführung durch den Architekten; baubegleitende Qualitätskontrolle durch den Sachverständigen??

Entscheidend beim Werkvertrag ist es, dass der Unternehmer, in unserem Fall der Sachverständige, nicht nur die Tätigkeit, sondern auch den Erfolg schuldet. Für den Eintritt des Erfolges haftet der Sachverständige im Falle eines Werkvertrages verschuldensunabhängig. Tritt der Erfolg nicht ein, steht im Falle eines Werkvertrages dem Sachverständigen auch dann keine Vergütung zu, wenn trotz bestmöglicher Tätigkeit und Beachtung der anerkannten Regeln der Technik der Erfolg nicht eintritt.

#### **4. Bestimmung der Vertragsart durch die Parteien**

Die Vertragsparteien haben es nicht in der Hand zu bestimmen, ob ein Dienst- oder Werkvertrag vorliegt. So führt ein öffentlich bestellter und vereidigter Sachverständiger für Schäden an Gebäuden in seinem Privatgutachten folgendes aus:

**„Dritthaftungsausschluss; Dienstvertrag:**

„Dieser Sachverständigenauftrag begründet keine Schutzpflicht zu Gunsten Dritter. Eine vertragliche oder vertragsähnliche Haftung des Sachverständigen gegenüber Dritten ist – auch im Wege der Abtretung – ausgeschlossen.

Die Untersuchung von Baumängeln und Bauschäden und die Beratung hinsichtlich geeigneter Abhilfemaßnahmen führe ich ausschließlich im Rahmen eines Dienstvertrages gemäß §§ 611 ff. BGB durch.“

Eine Bestimmung, dass ein Vertrag in einen bestimmten rechtlichen Typ einzuordnen ist, steht den Parteien nicht zu. Die Bestimmung des Vertrages erfolgt alleine durch eine objektiv richtige Einordnung.<sup>10</sup> Welche Art der Vertrag darstellt, wird alleine

---

<sup>10</sup> Edenfeld in Erman, BGB, 11. Aufl. § 611 Rz. 11

durch seinen Inhalt bestimmt. Dabei geht die Rechtsprechung von der sogenannten Schwerpunktheorie aus. Ob auf den Vertrag das Recht des Dienst- oder Werkvertrages anwendbar ist, ergibt die Auslegung der vertraglichen Vereinbarung. Hat der Vertragspartner verschiedene Aufgaben übernommen, ist das Werkvertragsrecht anwendbar, wenn die erfolgsorientierten Aufgaben dermaßen überwiegen, dass sie den Vertrag prägen.<sup>11</sup>

## 5. Baubegleitende Qualitätskontrolle

Als in den 90-iger Jahren von den Sachverständigen die baubegleitende Qualitätskontrolle als neues Aufgabenfeld entdeckt wurde, wurde versucht, diese Tätigkeit in das Dienstvertragsrecht einzuordnen. Der Vorteil beim Dienstvertrag ist derjenige, dass die Haftung weitgehend ausgeschlossen werden kann. Dies ist im Werkvertragsrecht praktisch nicht möglich, insbesondere wenn es sich um AGB-Klauseln bezüglich des Haftungsausschlusses handelt. Das OLG Hamm<sup>12</sup> qualifizierte die Beratungspflicht eines Architekten bei der Besichtigung als dienstvertragliche Tätigkeit. Die baubegleitende Überwachung wurde nach Auffassung des OLG München<sup>13</sup> als Geschäftsbesorgungsvertrag mit Dienstleistungscharakter eingeordnet, sprich als Dienstvertrag. Eine Haftung nach Werkvertragsrecht schied nach Auffassung des OLG München aus. Hierbei handelt es sich um einen Fall, bei dem der TÜV Süd-Deutschland sich verpflichtet hatte, bei einem Baustellenbesuch pro Monat insgesamt fünf Mangelerfassungen durchzuführen. Das Honorar betrug ca 40.000,- €.

Im Vertrag heißt es:

„Die Mängelerfassung während der Bauausführung ist eine Präventivmaßnahme. Sie hat „stichprobenartigen“ Charakter und ersetzt in keinem Fall die Bauüberwachung nach der HOAI ... . Der TÜV .... ist bemüht, die Schaffung eines weitgehend mängelfreien Gebäudes zu unterstützen. Inhalt des Vertrages ist jedoch nicht eine lückenlose Bauüberwachung,

---

<sup>11</sup> BGH, Urteil vom 10.06.1999 – VII ZR 215/98, BauR 1999, 1317 = IBR 1999, 423

<sup>12</sup> OLG Hamm, Urteil vom 22.06.1999 – 21 U 155/98, BauR 1999, 1323 = IBR 1999, 488

<sup>13</sup> OLG München, Urteil vom 16.05.2000 – 13 U 4315/99, IBR 2001, 683



sondern die nach Anzahl und Themenstellung stichprobenartige Mängelerfassung während der vereinbarten Baustellenbesuche.“

Die Haftung für nicht erkannte oder verdeckte Mängel wird ausgeschlossen.“<sup>14</sup>

Dieses Urteil hat der Bundesgerichtshof aufgehoben und hat in einer Entscheidung vom 11.10.2001<sup>15</sup> folgendes entschieden:

„Wer eine auch nur stichprobenartige Kontrolle des Bauvorhabens und die gutachterliche Erfassung von Mängeln übernimmt, kann in seinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen eine Haftung für „Schadensersatzforderungen jedweder Art infolge nicht erkannter, verdeckter oder sonstiger Mängel“ nicht vollständig ausschließen.“<sup>16</sup>

In der Entscheidung hat der Bundesgerichtshof festgestellt, dass die Auslegung des Vertrages als ein Geschäftsversorgungsvertrag mit Dienstleistungscharakter gegen die anerkannten Auslegungsgrundsätze verstößt. Nach § 631 Abs. 2 BGB kann Gegenstand eines Werkvertrages sowohl die Herstellung oder die Veränderung einer Sache als auch ein anderer durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg sein. Für den Werkvertrag kennzeichnend ist nach ständiger Rechtsprechung des BGH, dass ein erfolgsbezogener Beitrag zur Verwirklichung eines Werkes zu leisten ist.<sup>17</sup> So hat der BGH für den mit der Bauaufsicht beauftragten Architekten angenommen, dass dieser einen derartigen Erfolg und nicht einen nur für das Arbeitsergebnis nur mittelbar bedeutsamen Arbeitseinsatz schuldet.<sup>18</sup>

Auch die Geschäftsbesorgung der Ermittlung eines Verkehrswertes eines Grundstückes und der sich danach richtenden Beleihungsgrenze ist vom Bundesgerichtshof als Werkvertrag qualifiziert worden.<sup>19</sup>

---

<sup>14</sup> OLG München, Urteil vom 16.05.2000 – 13 U 4315/99, Anmerkung Schulze-Hagen, IBR 2001, 683

<sup>15</sup> BGH, Urteil vom 11.10.2001 – VII ZR 475/00, BauR 2001, 1783 = IBR 2002, 87; 88

<sup>16</sup> BGH, Urteil vom 11.10.2001 a.a.O.

<sup>17</sup> BGH, Urteil vom 03.03.1998 – X ZR 4/95, NJW – RR 1998, 1027

<sup>18</sup> BGH, Urteil vom 22.10.1981 – VII ZR 310/79, BGHZ 82, 100

<sup>19</sup> BGH, Urteil vom 10.06.1976 – VII ZR 129/74, BGHZ 67, 1

Bei der Frage, ob ein Projektsteuerungsvertrag ein Dienst- oder Werkvertrag ist, hat der Bundesgerichtshof es für die Qualifizierung als Werkvertrag maßgebend gehalten, ob die zentrale Aufgabe des Projektsteuerers die technische Bauüberwachung ist.<sup>20</sup> Im vorliegenden Fall schuldete der TÜV Süd-Deutschland keine bloße Dienstleistung, sondern eine erfolgsbezogene Tätigkeit. Dies ergibt Inhalt und Zweck des Vertrages sowie die Interessenlage der Parteien. Als Leistungsgegenstand des Vertrages wird bestimmt die

„gutachterliche Erfassung von Mängeln, Abweichungen von den einschlägigen DIN-Vorschriften und den Regeln der Baukunst“.

Darüber hinaus wird vereinbart, dass die Übereinstimmung der Projektbeschreibung mit der Baumaßnahme zu beachten und zu dokumentieren ist. Mit dieser Formulierung orientiert sich der Vertrag am Fehlerbegriff des § 633 BGB (heute Sachmangel). Überprüft werden sollen die Ist-Beschaffenheit und die Soll-Beschaffenheit sowie ob die Leistung nach objektiven Kriterien mangelfrei ist, weil die Übereinstimmung nach den DIN-Normen und den Regeln der Baukunst erfasst werden soll. Für die Qualifizierung als Werkvertrag spricht auch die von dem TÜV Süddeutschland selbst erklärte „Schlussabnahme nach VOB § 12“, eine spezifische werkvertragliche Regelung.<sup>21</sup>

An der Erfolgsbezogenheit ändert nicht, dass die Mängelerfassung nur präventiv und stichprobenartig erfolgen sollte und eine Bauüberwachung „nach Honorarordnung für Architekten und Ingenieure“ nicht ersetzen sollte. Da die Mängelerfassung dem Wortsinn nach sich nur auf die vorhandenen Mängel beziehen kann, kann mit Präventivmaßnahmen nur gemeint sein, dass erkannte Mängel nach ihrer Erfassung beseitigt werden sollten und diese Präventivmaßnahme zur Herbeiführung eines mangelfreien Gesamtwerkes führen sollte. Auch stichprobenartige Kontrollen sind eine erfolgsbezogene, auf die Erfassung der bei der jeweiligen Begutachtung erkennbaren Mängel gerichteten Tätigkeit. Der geschuldete Erfolg bezieht sich darauf, dass die bei den vereinbarten Baustellenbesuchen von einem Fachkundigen erkennbaren Mängel ermittelt und beanstandet werden. Der im Vertrag ausgesprochene Haftungsausschluss für die vollständige Mängelfreiheit ändert

<sup>20</sup> BGH, Urteil vom 07.06.1999 – VII ZR 215/98, BauR 1999, 1317

<sup>21</sup> BGH, Urteil vom 11.10.2001 – VII ZR 475/00, IBR 2002 87; 88

nichts daran, dass die Mängelerfassung bei den einzelnen Baubesuchen der Gestalt erfolgsbezogen war, dass dabei die vorhandenen Mängel festzustellen waren. Der in dieser Vertragsklausel weiter vereinbarte Haftungsausschluss für „Schadensersatzforderungen jedweder Art infolge nicht erkennbarer, verdeckter oder sonstiger Mängel“ ist nach § 307 BGB unwirksam.

Dem sogenannten TÜV-Urteil Nr. 4 des BGH<sup>22</sup> lag folgender Sachverhalt zugrunde:

**Fall 4:**

Eine Käuferin erwarb von der B. GmbH ein von dieser zu sanierendes Geschäftshaus. Mit dem TÜV Süd-Deutschland schloss die Beklagte einen Ingenieurvertrag über Mängelerfassungen während der Bauausführung. Die Käuferin lastete dem TÜV Süd-Deutschland an, gravierende Mängel nicht erkannt zu haben. Deshalb habe sie einen völlig unzureichenden Gewährleistungseinbehalt bei der Verkäuferin vorgenommen. Wegen des Vermögensverfalls der B. GmbH seien Ersatzansprüche gegen diese nicht mehr zu realisieren. Auch in diesem Fall enthielt der Vertrag folgenden Haftungsausschluss:

„Der Auftraggeber erkennt an, dass durch die vertragsmäßige Tätigkeit des Auftragnehmers eine vollständige Mängelfreiheit des Untersuchungsobjektes nicht zwingend erreicht werden kann. Der TÜV Süd-Deutschland übernimmt somit keine Haftung für Schadensersatzansprüche jeder Art infolge nicht erkannter, verdeckter oder sonstiger Mängel.“

Das OLG München hatte diesen Haftungsausschluss für wirksam angesehen. Anders entschied wiederum der BGH, wie bereits zuvor in seiner Entscheidung vom 11.10.2001.<sup>23</sup> Der BGH qualifizierte den Vertrag wiederum als Werkvertrag und entschied, dass die Haftungsausschlussklausel wegen eines Verstoßes gegen § 9 AGB (jetzt § 307 BGB) unwirksam ist. Auch hier war wiederum ein entsprechender Erfolg bei der baubegleitenden Qualitätskontrolle geschuldet.

---

<sup>22</sup> BGH, Urteil vom 11.12.2003 – VII ZR 31/03, IBR 2004, 153 = BauR 2004, 674

<sup>23</sup> BGH, Urteil vom 11.10.2001 – VII ZR 475/00, BGHZ 149, 57 = IBR 2002, 87

## **6. Kleines Honorar – kleine Haftung?**

Um die Haftung bei geringem Honorar ging es in einer Entscheidung des OLG Oldenburg vom 20.02.2007.<sup>24</sup> Die Bauherren beauftragten einen Architekten über den Verband privater Bauherren mit der Betreuung des Bauvorhabens zu einem Pauschalhonorar von 1.000,00 € netto. Gegenstand des Auftrages waren mehrere Beratungsgespräche und sieben Baustellenbesuche. Beim fünften Baustellenbesuch übersah der Architekt den fehlenden Einbau der Folie gegen aufsteigende Feuchtigkeit. Nach diesem Baustellenbesuch bezahlten die Bauherren zwei Raten in Höhe von insgesamt 82.000,00 € an den Bauunternehmer, der kurz danach in die Insolvenz fiel. Für die Beseitigung dieses Mangels mussten die Bauherren später 9.500,00 € aufwenden. Die beiden Raten in Höhe von insgesamt 82.000,00 € forderten die Bauherren vom Architekten als Schadenersatz zurück. Das OLG Oldenburg gab dem Schadenersatzanspruch dem Grunde nach Recht. Dabei lässt das Gericht keinen Zweifel daran, dass auch bei einer eingeschränkten Bauüberwachung für Pflichtverletzungen unabhängig von der Höhe des Honorars gehaftet wird. Der Umfang der Haftung richtet sich nach den mit dem Vertrag übernommenen Pflichten. Da der Architekt die Baustellenkontrolle in technischer Hinsicht übernommen hatte, haftete er insoweit, als er Mängel bei entsprechenden Baustellenbesuchen übersehen hatte.

## **7. Honorierung des Sachverständigen**

Soweit es um die Honorierung des Sachverständigen geht, richtet sich diese in erster Linie nach dem § 631 Abs. 1 BGB. Ist keine Vergütung vereinbart, gilt die übliche Vergütung, § 632 Abs. 2 BGB.

Etwas anderes gilt, wenn die HOAI Anwendung findet. Die HOAI ist eine gesetzliche Verordnung und beinhaltet zwingendes Preisrecht. Verbindlich ist die HOAI 2009 nur noch insoweit, als es sich um die „klassischen Architekten- und Ingenieurleistungen“ handelt, somit insbesondere die Planungsleistungen und Bauüberwachung.

---

<sup>24</sup> OLG Oldenburg, Urteil vom 20.02.2007 – 12 U 57/06, IBR 2007, 300, Anm. Fischer

Die HOAI 2009 enthält keine Regelungen mehr über die Honorierung von Gutachten. § 33 HOAI a.F. ist nicht mehr in der HOAI 2009 enthalten. Im Übrigen galt diese Vorschrift nur für Gutachten über Leistungen, die von der HOAI erfasst waren.

Sofern es sich um Gutachten handelt, die eine Schadensfeststellung nach der Abnahme beinhalten, ist grundsätzlich die HOAI nicht anwendbar. Anderes sieht es auch bei der baubegleitenden Qualitätskontrolle, bei welcher Teilleistungen der Leistungsphase 8 (Objektüberwachung) übernommen werden. Hier ist eine Abrechnung nach der HOAI unter Berücksichtigung der anrechenbaren Kosten vorgesehen. Allerdings können auch hier die Parteien eine andere Abrechnung, etwa auf Stundensätzen vereinbaren. Nach der neuen HOAI gibt es keine verbindlichen Stundensätze mehr, so dass hier auch Stundensätze von 100,00 € und mehr vereinbart werden können. Entscheidend ist nur, dass das am Schluss abgerechnete Gesamthonorar im Rahmen der Mindest- und Höchstsätze der HOAI liegt, § 7 Abs. 1 HOAI.<sup>25</sup>

---

<sup>25</sup> BGH, Urteil vom 17.04.2009 – VII ZR 164/07, IBR 2009, 335