

# Der Prüfsachverständige ist Einflussnahmen ausgesetzt, die sich negativ auf die Bauwerks-Sicherheit auswirken Die Zwei-Klassen-Gesellschaft im Prüfwesen muss einer verfassungsrechtlichen Überprüfung unterzogen werden

Kaum ein Thema wird unter Prüfsachverständigen und Prüfsachverständigen so leidenschaftlich diskutiert wie das der Haftung nach dem novellierten Bauordnungsrecht. Auch wenn der Erlass der überarbeiteten Musterbauordnung schon über zehn Jahre her ist (2002), stellt sich immer noch die Frage, ob hier unterschiedliche Maßstäbe angelegt werden dürfen. Während die Prüfsachverständigen nach wie vor im Auftrag der Bauaufsichtsbehörde tätig sind, nehmen Prüfsachverständige die Prüfaufgaben nach den insofern novellierten landesbaurechtlichen Regelungen im Auftrage des Bauherrn wahr. Daraus wird im juristischen Schrifttum der Schluss gezogen, dass der Prüfsachverständige der vollen werkvertraglichen Haftung im Verhältnis zu seinem Auftraggeber unterliegt, wohingegen der Prüfsachverständige lediglich über Amtshaftungsgrundsätze in Anspruch genommen werden kann. Der nachfolgende Beitrag will den gegenwärtigen Meinungsstand in dieser Frage zusammenfassen und einen Ausblick auf die weitere Rechtsentwicklung geben. Denn diese hat durch ein Urteil des Landgerichts Paderborn neuen Schwung bekommen, das derzeit beim Oberlandesgericht Hamm zur Überprüfung ansteht [1]. Nach Auffassung des Verfassers wird die Frage der unterschiedlichen Haftung allerdings erst dann abschließend beantwortet werden können, wenn sich die deutschen Obergerichte mit diesem für Prüfer so unbefriedigenden Sachverhalt auseinandergesetzt haben.



Dr.-jur. Ulrich Dieckert

ist Partner der überörtlichen Rechtsanwaltssozietät WRD Witt Roschkowski Dieckert (Berlin) und befasst sich als Rechtsanwalt seit über zwanzig Jahren mit dem Bau- und Architektenrecht; er vertritt und berät öffentliche Auftraggeber und Bauunternehmen und Ingenieurbüros und gibt sein Wissen in Form von Veröffentlichungen und Vortragsveranstaltungen weiter; Dieckert ist bundesweit als Referent tätig und führt eigene Schulungsveranstaltungen durch, darüber hinaus ist er Herausgeber eines vergaberechtlichen Kommentars und Lehrbeauftragter an der Hochschule Wismar im Bereich Bau- und Architektenrecht.

[www.wrd.de](http://www.wrd.de)

[www.bauleiterschulung.de](http://www.bauleiterschulung.de)

## 1 Die Reform der Bauaufsicht und der bautechnischen Prüfung

Bis Mitte der 90-er Jahre herrschte bei der Bauaufsicht ein repressives System nach dem Präventionsprinzip. Die Errichtung baulicher Anlagen stand unter Genehmigungsvorbehalt, die Prüfung der bautechnischen Zulässigkeit eines Bauwerkes oblag der Baubehörde, die diese Aufgabe entweder durch eigene Bedienstete oder beliehene Prüfsachverständige wahrnahm. In dem Bemühen, auch im Bauordnungsrecht einen „schlanken Staat“ zu schaffen, entwickelten die Länder ab Mitte der 90-er Jahre vereinfachte Genehmigungsverfahren, bei denen sich die Prüfung nur noch auf bestimmte bautechnische Anforderungen beschränkte und für die der Bauwillige oder Vorhabenträger nachweislich pflichtig wurde [2]. Diese Verschiebung von Verantwortlichkeiten und Kompetenzen (insbesondere nach dem Vorbild in Bayern und in Nordrhein-Westfalen) fand im Jahr 2002 seinen Ausdruck in der neuen Musterbauordnung der Länder (MBO). Kernstück der Reform war ein vereinfachtes Baugenehmigungsverfahren, nach dem der Bauherr bei vielen Bauvorhaben mit der Ausführung beginnen kann, wenn die Baubehörde auf Grundlage der eingereichten Unterlagen binnen einer bestimmten Frist kein Genehmigungsverfahren einleitet (vgl. § 62 MBO, sogenannte Genehmigungsfreistellung). Was die Einhaltung der Anforderungen an die Standsicherheit und an den Brand-, Schall- und Wärmeschutz sowie an den Erschütterungsschutz angeht, so sind diese gemäß Paragraf 66 MBO vom Bauherrn durch entsprechende bautechnische Nachweise nach Maßgabe eines gesondert zu regelnden Verfahrens nachzuweisen. Soweit die Vorlage dieser Unterlagen durch zugelassene Prüfsachverständige erfolgt, bedarf es einer weiteren Prüfung durch die Bauaufsichtsbehörden nicht (vgl. § 66 Abs. 4 MBO), es sei denn, es handelt sich um besonders sicherheitsanfällige Anlagen beziehungsweise um Sonderbauten.

Die meisten Bundesländer haben die Vorgaben der MBO in ihren jeweiligen Landesbauordnungen übernommen und das Verfahren für die Prüfung und Bescheinigung bautechnischer Nachweise in gesonderten Prüfverordnungen beziehungsweise Bauverfahrensordnungen umgesetzt.

Sie orientieren sich dabei an der *Musterverordnung über die Prüfsachverständigen* nach § 85 Abs. 2 MBO (M-PPVO), deren Paragraf 2 die Aufgaben und Kompetenzen der Prüfsachverständigen und Prüfsachverständigen wie folgt definiert:

*Prüfsachverständige nehmen in ihrem jeweiligen Fachbereich bauaufsichtsrechtliche Prüfaufgaben aufgrund der MBO im Auftrag der Bauaufsichtsbehörde wahr. Sie unterstehen der Fachaufsicht der obersten Bauaufsichtsbehörde oder der von ihr bestimmten Behörde.*

*Prüfsachverständige prüfen und bescheinigen in ihrem jeweiligen Fachbereich im Auftrag des Bauherrn oder des sonstigen nach Bauord-*

*nungsrecht Verantwortlichen die Einhaltung bauordnungsrechtlicher Anforderungen, soweit dies in der MBO oder in Vorschriften aufgrund der MBO vorgesehen ist; sie nehmen keine hoheitlichen bauaufsichtlichen Prüfaufgaben wahr. Die Prüfsachverständigen sind im Rahmen der ihnen obliegenden Pflichten unabhängig und an Weisungen des Auftraggebers nicht gebunden.*

Welche Auswirkungen diese Formulierungen auf die Haftung der jeweiligen Berufsgruppe hat, wird sogleich erörtert werden. Zunächst aber sollen mögliche Schadensszenarien aufgezeigt werden, bei denen sich die Frage nach der Haftung der beteiligten Prüfer/Sachverständigen stellt.

## 2 Mögliche Haftungsszenarien für Prüfer/Sachverständige [3]

### 2.1 Schäden aufgrund von Planungsfehlern

Gerade im Bereich der Standsicherheit oder des Brandschutzes können Mängel im Bauwerk zu erheblichen Schäden führen, wenn das Gebäude deshalb einstürzt oder ein Brand ausbricht. Sind diese Mängel bereits in der Planung angelegt und haben Prüferingenieure/Prüfsachverständige die vorgelegte Statik beziehungsweise das Brandschutzkonzept im Rahmen ihrer Tätigkeit freigegeben, so haben diese an der Entstehung der Schäden zumindest mitgewirkt. Bei der Frage der Haftung ist zu differenzieren, ob es sich um Vermögensnachteile des Bauherrn handelt (z. B. Beschädigung des Bauwerks, Nutzungsausfall, Finanzierungsaufwand etc.) oder Schäden bei unbeteiligten Dritten (Sach- und Personenschäden von Nutzern, Nachbarn, Besuchern etc.).

### 2.2 Schäden wegen Verzuges

Bauherren können auch dadurch Schäden entstehen, dass der von ihnen beauftragte Statiker mit der Vorlage der geprüften Statik in Verzug gerät. Dies kann mitunter an der schleppenden Bearbeitung durch den Prüfsachverständigen/Prüferingenieur liegen. Wird das Bauwerk deswegen später fertig, wird der Bauherr Schäden wegen erhöhten Zinsaufwandes oder geringerer Mieteneinnahmen geltend machen wollen. Hier stellt sich die Frage nach der Mitverantwortung der Prüfer.

### 2.3 Schäden wegen unnötiger Mehrkosten

Schließlich kann dem Bauherrn ein – unnötiger – Mehraufwand aufgrund einer möglicherweise überdimensionierten Statik oder eines überdimensionierten Brandschutzkonzeptes entstehen. Die von den entsprechenden Sonderfachleuten erstellten Vorgaben sind den eingeschalteten Prüfsachverständigen/Prüferingenieuren möglicherweise erkennbar, werden jedoch nicht selten – nach der Devise „besser zu viel als zu wenig“ – akzeptiert. Stellt sich später heraus, dass weniger aufwendige Lösungen auch zulässig gewesen wären, wird der Bauherr die Frage nach der (Mit)Verantwortung für die unnötigen Mehrkosten stellen. Gleiches gilt für den Fall, dass eine an sich ausreichende Statik des Tragwerkplaners oder ein richtig dimensioniertes Brandschutzkonzept vom Prüfsachverständigen/Prüferingenieur als unzureichend beanstandet wird, woraufhin der Sonderfachmann weitere – kostenträchtige – Verstärkungen einplant, die sodann eingebaut werden [4]. Stellen sich diese später als überdimensioniert und damit unnötig teuer heraus, wird der Bauherr ebenfalls Schadenersatz verlangen wollen.

In all den vorgenannten Fällen stellt sich die Frage, inwieweit die beteiligten Prüferingenieure/Prüfsachverständigen in die Haftung genommen werden können.

## 3 Haftung von Prüferingenieuren?

### 3.1 Ansprüche des Bauherrn aus Werkvertrag

Handelt es sich um Anlagen mit erhöhten Sicherheitsanforderungen oder/und Sonderbauten, so erfolgt auch im Rahmen der modifizierten Bauaufsicht nach wie vor eine behördlich angeordnete Prüfung der vom Bauherrn vorzulegenden bautechnischen Nachweise. Diese Prüfung wird nach den meisten bauordnungsrechtlichen Landesvorschriften durch Prüferingenieure im Auftrage der Bauaufsichtsbehörde durchgeführt. Nach den einschlägigen Bauprüferordnungen unterstehen diese Prüferingenieure der Fachaufsicht der jeweiligen obersten Bauaufsichtsbehörde und nehmen ihre Prüfaufgabe als Beliehene wahr. Sie handeln zwar auf Antrag des Bauherrn, sind diesem jedoch nicht durch einen Werkvertrag verbunden.

Dieser kann insofern seine Gewährleistungs- und/oder Schadenersatzansprüche nicht nach werkvertraglichen Grundsätzen geltend machen. Dies gilt erst recht für geschädigte Dritte, die keinerlei vertragliche Beziehungen zum Prüferingenieur unterhalten.

### 3.2 Ansprüche aus Amtshaftung?

Als sogenannte Beliehene unterliegen die Prüferingenieure aber der Amtshaftung gemäß Paragraph 839 des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) in Verbindung mit Artikel 34 Grundgesetz (GG). Danach können Geschädigte ihre Ansprüche nur gegen den Staat geltend machen, der die in seinem Auftrag handelnde Person (hier den Prüferingenieur) bei vorsätzlicher oder grob fahrlässiger Pflichtverletzung in Regress nehmen kann (vgl. Artikel 34 Satz 2 GG).

Wurde die Amtspflicht nur fahrlässig verletzt, können geschädigte Personen ihre Ansprüche nur dann geltend machen, wenn sie mit ihren Ansprüchen gegen andere Schadensverursacher ausfallen (vgl. § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB). Die Geschädigten müssen daher zunächst die vorrangig Verantwortlichen (also zum Beispiel den Bauherrn oder Betreiber oder die von diesem beauftragten Planer und Bauunternehmer) in Anspruch nehmen und ihre Forderungen dabei notfalls gerichtlich geltend machen. Die Durchsetzung eines Anspruchs kann also lange dauern. Hat es der Geschädigte versäumt, gegen die Vorgaben des Prüferingenieurs zunächst Rechtsmittel geltend zu machen, fällt er mit seinen Ansprüchen gänzlich aus (§ 839 Abs. 3 BGB).

Selbst wenn der Staat in diesen Fällen sekundär haftet, ist der Umfang der Inanspruchnahme durch den Schutzcharakter der jeweils verletzte Amtspflicht begrenzt. Denn nach ständiger Rechtsprechung bestehen die Amtspflichten der Baubehörde (und damit auch der in ihrem Auftrag tätigen Beliehenen) nur gegenüber der Allgemeinheit (und zwar im Sinne der Gefahrenabwehr), nicht aber in Bezug auf die wirtschaftlichen Interessen des Bauherrn [5]. Dieser kann also vom Staat (das heißt, von der Kommune oder dem Land) keinen Ersatz seiner Mangel(folge)schäden verlangen, wenn es um die Sanierung des Gebäudes geht. Nur die durch den Einsturz oder den Brand des Hauses geschädigten Dritten können Ansprüche wegen des Fehlverhaltens der Prüfer erheben, allerdings nur dann, wenn sie mit ihren Ansprüchen gegen den Bauherrn und seine Planer/Bauunternehmer ausfallen.

Was Verzugschäden angeht, so besteht eine allgemeine Amtspflicht zur raschen Sachentscheidung. Wird diese vom Prüferingenieur schuldhaft verletzt, so kann es zu einer Amtshaftung kommen. Gleiches gilt, wenn der Prüferingenieur überzogene Anforderungen an die vorgelegte Statik beziehungsweise das Brandschutzkonzept stellt und deshalb die Baugenehmigung verweigert wird [6].

## 4 Die Haftung des Prüfsachverständigen

### 4.1 Haftung aus Werkvertrag gegenüber dem Bauherrn?

Wie bereits dargelegt, besteht die Aufgabe der Prüfsachverständigen nach der novellierten Bauaufsicht darin, die vom Bauherrn oder dessen Entwurfsverfasser vorgelegten bautechnischen Nachweise in Bezug auf die Einhaltung der bauordnungsrechtlichen Anforderungen zu prüfen und zu bescheinigen. Nach der Formulierung der M-PPVO, welche von den meisten Bundesländern übernommen wurde (derzeit von Hamburg, Bremen, Brandenburg, Bayern, Berlin, Hessen, Sachsen-Anhalt, Thüringen, Schleswig-Holstein, Mecklenburg-Vorpommern, dem Saarland und von Sachsen), nehmen sie dabei keine hoheitlichen Prüfungsaufgaben wahr. Andererseits sollen sie im Rahmen der ihnen obliegenden Pflichten unabhängig und an Weisungen des Auftraggebers nicht gebunden sein.

Nach derzeit wohl überwiegender Meinung im Schrifttum (vgl. hierzu die Aufsätze von *Hanke*, *Schmidt* und *Hammacher* [7]) sind die Prüfsachverständigen aufgrund dieser klaren Vorgabe in den landesrechtlichen Vorschriften keine Beliehenen und damit auch nicht hoheitlich tätig. Insofern soll sich das Auftragsverhältnis zwischen Bauherrn und Prüfsachverständigen ausschließlich nach Zivilrecht und zwar nach dem Werkvertragsrecht richten. Der Prüfsachverständige haftet danach dem Auftraggeber bei Pflichtverletzungen (zum Beispiel, wenn er Planungs- oder Ausführungsmängel übersieht), und er kann von diesem auf Schadenersatz gemäß § 634 Nr. 4 in Verbindung mit § 280 BGB in allen oben genannten Beispielfällen in Anspruch genommen werden [7].

### 4.2 Andere Meinungen und Rechtsprechung

Nach anderen Meinungen im Schrifttum (vgl. insbesondere die Aufsätze von *Steiner* [8]) ist der Prüfsachverständige – ähnlich wie der Prüfingenieur – letztlich im Dienste der Sicherheit und zum Schutz der Allgemeinheit tätig. Denn die Einschaltung des Prüfsachverständigen sei dem Bauherrn nach dem Bauordnungsrecht der Länder zwingend vorgeschrieben; es erfolge lediglich eine rechtsformal unterschiedliche organisatorische Ausgestaltung des Auftragsverhältnisses. Es sei daher nicht auf die Person des Handelnden, sondern auf dessen Funktion, also auf die wahrzunehmende Aufgabe abzustellen. Dabei überwiege der hoheitliche Charakter, sodass eine zivilrechtliche Haftung abzulehnen sei.

Diese Meinung stützt sich unter anderem auf eine Entscheidung des Bundesgerichtshofes aus dem Jahr 2001, die sich mit der Ausstellung einer fehlerhaften Freigabebescheinigung eines staatlich anerkannten luftfahrttechnischen Betriebes befasste, der diese Bescheinigung im Auftrage nicht der Behörde, sondern des Flugbetreibers ausgestellt hatte. Auch hier stellte der Bundesgerichtshof trotz des Vertragsverhältnisses zwischen dem Betrieb und dem Flugbetreiber auf die Funktion der wahrzunehmenden Aufgabe im Rahmen der öffentlich-rechtlichen Flugaufsicht ab.

Eine zivilrechtliche Haftung des luftfahrttechnischen Betriebes sollte nur dann gegeben sein, wenn dieser über die Prüfung der öffentlich-rechtlichen Zulassungsvoraussetzungen hinaus auch konkrete technische Feststellungen in Bezug auf das Fluggerät als solches getroffen hat [9].

Ausgehend von dieser Entscheidung hat das Landgericht Bonn in einem Urteil vom 20.05.2009 eine zivilrechtliche Haftung des vom Bau-

herrn beauftragten Prüfstatikers verneint, soweit dieser die vom Sonderfachmann vorgelegte Statik auf ihre Übereinstimmung nach öffentlich-rechtlichen Vorgaben geprüft hat. Denn es erscheine nicht adäquat, aus dem öffentlich-rechtlichen Prüferfordernis eine auch nur teilweise Risikoverlagerung auf den Prüfingenieur selbst vorzunehmen. Diese Wertung entspräche auch der grundlegenden Wertung der Tätigkeit des Prüfingenieurs innerhalb der Baugenehmigungsbehörde: Wenn statische Berechnungen mit den übrigen Bauunterlagen geprüft würden, so geschehe dies im Hinblick auf das öffentliche Interesse der Gefahrenabwehr, nicht jedoch zu dem Zweck, den Bauherrn zu sichern und ihm die Verantwortung zu erleichtern [10].

Nachdem die Entscheidung des Landgerichts Bonn, an der sich die meisten Literaturmeinungen entzweiten, bisher die einzig bekannte zu diesem Thema war, hat nun das Landgericht Paderborn mit Urteil vom 30.08.2012 [11] nachgelegt. Dieses hatte zu entscheiden, inwieweit ein Prüfer, der möglicherweise Fehler in der ihm vorgelegten Statik übersehen hatte, vom Bauherrn auf die entstehenden Schäden in Anspruch genommen werden konnte. Auch das Landgericht Paderborn entschied, dass eine Haftung des Prüfers gegenüber dem Bauherrn auch dann nicht in Frage käme, wenn er nicht unmittelbar von der Bauaufsichtsbehörde, sondern vom Bauherrn direkt mit der Prüfung der Standsicherheit des Gebäudes beauftragt worden ist. Denn der Prüfer übernehme als Privatperson Aufgaben, die ansonsten der Bauaufsichtsbehörde obliegen, und er sei daher im Rechtssinne als Beliehener zu qualifizieren. Die Prüfung erfolge „nach Maßgabe der einschlägigen öffentlich-rechtlichen Vorgaben“, sodass er im Ergebnis hoheitliche Aufgabe wahrnehme. Seine Tätigkeit erschöpfe sich in einer Aufgabe, die ansonsten die Behörde zu prüfen gehabt hätte.

### 4.3 Die Rechtslage im Lande Nordrhein-Westfalen

Auch wenn die vorbezeichneten Entscheidungen die Rechtsauffassung derjenigen bestärken, die eine zivilrechtliche Haftung der Prüfsachverständigen ablehnen, muss einschränkend darauf hingewiesen werden, dass hier Fälle aus dem Land Nordrhein-Westfalen entschieden wurden, in denen nach der insofern einschlägigen *Verordnung über staatlich anerkannte Sachverständige (SV-VO)* nicht zwischen der Tätigkeit von Prüfingenieuren oder Prüfsachverständigen differenziert wird. Diese SV-VO spricht vielmehr einheitlich von *staatlich anerkannten Sachverständigen*, die in ihren jeweiligen Fachbereichen (zum Beispiel Standsicherheit, Brandschutz, Erd- und Grundbau, Schall- und Wärmeschutz) berechtigt sind, Bauvorlagen zu erstellen, Nachweise aufzustellen, Prüfungen vorzunehmen und Bescheinigungen auszustellen. Diese Sachverständigen können sowohl vom Bauherrn als auch von der Baubehörde beauftragt werden.

Da die landesrechtlichen Vorschriften sich einer Qualifizierung der Tätigkeit dieser Sachverständigen als hoheitlich beziehungsweise nicht hoheitlich enthalten, wird in der Literatur die Meinung vertreten, dass im Lande Nordrhein-Westfalen – anders als in den Bundesländern, die sich an die Vorschriften der M-PPVO angelehnt haben – die werkvertragliche Haftung eines Sachverständigen abzulehnen sei, auch wenn dieser im Auftrage des Bauherrn tätig wird [12], denn hier seien die Funktion und der Aufgabenbereich des Sachverständigen durch öffentlich-rechtliche Normen hinreichend bestimmt vorgegeben.

Nach Meinung anderer Stimmen überzeugen diese Urteile hingegen nicht. So würde es dem Ziel der Deregulierung zuwiderlaufen, wenn zunächst die Behörden von ihren hoheitlichen Aufgaben entlastet würden, dann aber die Bauwilligen wiederum einen anderen hoheitlich Tätigen zu beauftragen hätten [13]. Im Übrigen würden auch an-

dere Gerichte stets von der nun vorgenommenen „Privatisierung“ von meist hoheitlichen Aufgaben sprechen [14]. Außerdem übernehmen der Sachverständige Verantwortung nicht nur im allgemeinen Interesse, sondern auch im Interesse des Bauherrn, wenn ein direktes Auftragsverhältnis mit diesem begründet wird. Insofern müsse der Sachverständige auch für Schäden aus dem Vermögensbereich des Bauherrn haften. Soweit sich seine Haftungspflichten dadurch im Vergleich zum staatlich beauftragten Prüferingenieur erweitern, könne er diese ja durch entsprechende Berufshaftpflichtversicherungen abmildern [15].

Schließlich geht der Standardkommentar zur Bauordnung für das Land Nordrhein-Westfalen (BauO NRW) von einer zivilrechtlichen Haftung des vom Bauherrn beauftragten Sachverständigen aus und beruft sich dabei auf die einschlägigen Vorschriften, wonach es Sache des Bauherrn ist, Bescheinigungen eines staatlich anerkannten Sachverständigen vorzulegen, woran sich die Vermutung knüpft, dass die bauaufsichtlichen Anforderungen erfüllt sind [16].

#### 4.4. Exkurs: Sonderfall modifizierte Bauaufsicht beim Bau von Eisenbahnanlagen

Bekanntlich unterliegt der Bau von Eisenbahnanlagen gemäß Artikel 73 Nr. 6 a GG der ausschließlichen Gesetzgebungskompetenz des Bundes. Dieser hat gemäß Paragraf 3 des *Gesetzes über die Eisenbahnverkehrsverwaltung des Bundes* (Bundeseisenbahnverkehrsverwaltungsgesetz – BEVVG) und gemäß den Paragrafen 4, 5 und 5a des *Allgemeinen Eisenbahngesetzes* (AEG) die Aufsicht und Gefahrenabwehr auf das Eisenbahn-Bundesamt (EBA) übertragen. Gemäß § 4 Abs. 6 AEG ist dieses unter anderem für die Erteilung von Baufreigaben, Zulassungen und Genehmigungen, Abnahmen, Prüfungen und Überwachungen zuständig. Das EBA kann natürliche juristische Personen des Privatrechts beauftragen, an der Erfüllung der Aufgaben mitzuwirken (vgl. § 5a Abs. 8a AEG).

Da es bis heute an einer gesetzlich normierten Bauordnung für das Eisenbahnwesen mangelt, sind Inhalt und Ablauf der Bauaufsicht einschließlich der erforderlichen Prüfverfahren vom EBA im Sinne einer „Ersatzbauordnung“ im Wege von Verwaltungsvorschriften geregelt worden (vgl. VV BAU, VV BAU-STE, VV IST etc.). Für die Prüfung von bautechnischen Nachweisen, die der Bauherr (die *Eisenbahnen des Bundes* – EdB) im modifizierten bauaufsichtlichen Verfahren nach der VV Bau beizubringen hat, sind *Prüfer für bautechnische Nachweise im Eisenbahnbau* von den EdB im Einvernehmen mit dem EBA zu beauftragen. Inwieweit diese Prüfer als Verwaltungshelfer des EBA tätig sind oder aufgrund ihrer Beauftragung durch die EdB lediglich als Werkunternehmer gelten, ist bis heute nicht abschließend geklärt. Insbesondere gibt es keine gesetzlichen Vorschriften über die Kompetenzen und Befugnisse der im Eisenbahnbau tätigen Sachverständigen. Der vom Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung (BMVBS) einstmals vorgelegte Entwurf einer Rechtsverordnung wurde nicht weiterverfolgt.

Wie ich bereits an anderer Stelle dargelegt habe [17], spricht vieles dafür, auch die im Auftrage der Eisenbahnen tätigen Prüfer unter den Schutz der Amtshaftung zu stellen. Denn letztlich nehmen diese Sachverständigen mit ihrer Tätigkeit Funktionen wahr, die der Eisenbahnaufsicht obliegen. Sie stehen auch insofern „im Lager“ des EBA, als ihre Tätigkeit in Verwaltungsvorschriften des EBA beschrieben ist, sie bei der Gestaltung ihrer Prüfberichte die vom EBA vorgegebenen Muster verwenden müssen und sich bei der Abrechnung ihrer Tätigkeit an vom EBA vorgegebene Honorarordnungen zu halten haben. Da es darüber

hinaus an einer gesetzlichen Vorgabe analog der M-PPVO fehlt, wonach Prüfsachverständige keine hoheitlichen Prüfaufgaben wahrnehmen, muss derzeit davon ausgegangen werden, dass diese – ähnlich wie die Sachverständigen im Lande Nordrhein-Westfalen – der Amtshaftung unterliegen.

Es bleibt zu wünschen, dass auch in diesem Bereich eine gesetzliche Klärung herbeigeführt wird. Gegenwärtige Bestrebungen im Eisenbahn-Bundesamt lassen hoffen, dass Regelungen gefunden werden, die in diesem Bereich für mehr Rechtssicherheit sorgen.

## 5 Eigene Meinung

### 5.1 Falsa demonstratio non nocet

Soweit die derzeit überwiegende Meinung darauf abstellt, bereits der Wortlaut in den landesrechtlichen Vorschriften über die Tätigkeit der Prüfsachverständigen würde auf eine privatrechtliche Haftung derselben schließen lassen, so kann dem nicht gefolgt werden. Zwar heißt es in den meisten Prüfverordnungen, dass die Prüfsachverständigen *keine hoheitlichen bauaufsichtlichen Prüfaufgaben wahrnehmen*. Wie jedoch von *Steiner* überzeugend dargelegt und durch die Landgerichte Bonn und Paderborn bestätigt, ist dies insoweit falsch, als die Tätigkeit der Prüfsachverständigen im Ergebnis die den Behörden obliegende Funktion hat, als bauordnungswidrige und damit gemeingefährliche Zustände von Bauwerken zu verhindern.

Insofern ändert die Formulierung der einschlägigen Prüfverordnungen im Sinne einer *falsa demonstratio non nocet* [18] nichts daran, dass durch die Einrichtung einer solchen vorgeschalteten fachtechnischen Prüfung sehr wohl bauaufsichtliche Prüfaufgaben erfüllt werden.

Dies steht übrigens im Einklang mit einer älteren Entscheidung des Bundesgerichtshofs, wonach die Beauftragung durch die Bauaufsichtsbehörde oder die Beantragung der Prüfung durch den Bauherrn nicht darüber entscheidet, ob der Prüferingenieur hoheitlich (bauaufsichtlich) oder privatrechtlich tätig wird [19].

Wenn es sich um die Erfüllung von Aufgaben handelt, die ihres Wesens wegen dem Staat obliegen, dann kann es nicht richtig sein, den zum Wohle der Allgemeinheit handelnden Personen den Schutz der Amtshaftung zu entziehen!

Außerdem will nicht recht einleuchten, dass im vergleichbaren Bereich der Verkehrssicherheit Beliehene wie der TÜV zum Einsatz kommen, die – ähnlich wie die Prüfsachverständigen – das Inverkehrbringen gemeingefährlicher Sachen (hier fahruntüchtiger Kraftfahrzeuge) verhindern sollen, die aber – anders als die Prüfsachverständigen – dem Schutz der Amtshaftung unterliegen [20]. In beiden Fällen geht es um den Schutz der Allgemeinheit vor Sachen, die aufgrund ihrer technisch unzureichenden Beschaffenheit eine Gefahr für Leib und Leben darstellen können, wobei die von einem einsturzgefährdeten Bauwerk ausgehenden Gefahren deutlich höher sind, als die von einem fahruntüchtigem Kraftfahrzeug!

Besieht man schließlich, welche Privatsubjekte aufgrund einer öffentlich-rechtlichen Aufgabenzuweisung sonst noch dem Schutz der Amtshaftung unterliegen, dann wird endgültig deutlich, welche Fehlentscheidung in der Formulierung der Prüfverordnungen getroffen wurde: wie kann es richtig sein, dass zum Beispiel ein von der Polizei gerufener Abschleppunternehmer Schäden an den von ihm abgeschleppten

Fahrzeugen wegen seiner Stellung als Verwaltungshelfer nicht direkt zu vertreten hat [21], wenn andererseits eine für das Gemeinwesen ungleich wichtigere Berufsgruppe, die sich überdies strenger staatlicher Anerkennungsverfahren unterziehen muss, bei der Erfüllung bauaufsichtlicher Tätigkeiten haftungsrechtlich schlechter gestellt wird?

### 5.2 Ist der „Schlanke Staat“ im Bereich der Bauaufsicht verfassungswidrig?

Ohnehin stellt sich die Frage, ob die vor einigen Jahren unter dem Schlagwort des „Schlanken Staates“ begonnene Privatisierung der Bauaufsicht nicht gegen verfassungsrechtliche Grundsätze verstößt. So könnte das vom Bundesverfassungsgericht in mehreren Entscheidungen herausgearbeitete Grundrecht des Bürgers auf Sicherheit durch die Verlagerung bauaufsichtlicher Aufgaben verletzt sein [2]. Zwar räumt das Gericht dem Staat einen weiten Ermessensspielraum bei der Ausübung seiner Schutzpflichten ein; dieses Ermessen jedoch reduziert sich umso mehr, je höher die Rechtsgüter sind, die bei seiner Nichtanwendung auf dem Spiel stehen würden. So ist es im Polizeirecht anerkannt, dass der Staat bei einer Bedrohung von Leib und Leben zum Eingreifen durch die entsprechenden Behörden verpflichtet ist. Nichts anderes kann aber für die früher treffenderweise als Baupolizei bezeichnete Baubehörde gelten. Denn in den Schutzgütern der Standsicherheit, des Brand- und Schallschutzes konkretisieren sich das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG und der Schutz des Eigentums aus Art. 14 GG.

Insofern wäre es beispielsweise nicht hinnehmbar, wenn der Staat überhaupt keine Anforderungen mehr an die Standsicherheit eines Gebäudes stellen würde, da dies erhebliche Gefahren für Leib und Leben der Bürger auslösen würde. Jeder Rückzug des Staates aus dem Bauordnungsrecht muss daher einer Kontrolle dahingehend unterliegen, ob damit die verfassungsrechtlich gebotenen Schutzpflichten in nicht mehr hinnehmbarer Weise missachtet werden.

Die „Privatisierung“ der Bauaufsicht verstößt meines Erachtens schon deshalb gegen verfassungsrechtliche Grundsätze, weil Prüfsachverständige dem Bauherrn aufgrund ihrer vertraglichen Bindung nicht auf Augenhöhe begegnen können und insofern viel eher genötigt sind oder gar werden, vom Sparwillen des Auftraggebers getriebene, sicherheitskritische Lösungen zu bewilligen, als staatlich beliehene und insofern vollkommen unabhängige Prüferingenieure. Letztlich kann der Bauherr einen unliebsamen Sachverständigen auch austauschen, was beim hoheitlich tätigen Prüferingenieur nicht möglich ist [2].

Dies führt unweigerlich dazu, dass der Prüfsachverständige bei seiner Aufgabenerfüllung Einflussnahmen ausgesetzt ist, die negative Auswirkungen auf die Sicherheit der von ihm geprüften Bauwerke oder technischen Einrichtungen haben. Diese Beeinträchtigung der Sicherheit kann aber in Anbetracht der auf dem Spiel stehenden Rechtsgüter (Leib und Leben der Nutzer und der Allgemeinheit) nicht hingenommen werden.

Insofern wird es höchste Zeit, dass die landesgesetzlich installierte Zweiklassen-Gesellschaft im Bereich des Prüfwesens einer verfassungsrechtlichen Überprüfung unterzogen wird. Hierzu müsste ein Gericht, das über die werkvertragliche Haftung eines Prüfsachverständigen zu entscheiden hat, das laufende Verfahren aussetzen und dem zuständigen Landesverfassungsgericht im Wege eines konkreten Normenkontrollverfahrens die Frage vorlegen, ob die Verlagerung der Bauaufsicht auf werkvertraglich tätige Ingenieure nicht möglicherweise gegen den Schutzauftrag des Staates verstößt und insofern verfassungswidrig ist.

### 5.3 Privatisierung ist in jedem Falle rechtspolitisch verfehlt

Schließlich lässt sich bezweifeln, ob die „Verschlankung“ des Staates im Bereich der Bauaufsicht gelungen ist. In der Tat ersparen sich die zuständigen Behörden durch die neu eingeführte Genehmigungsfreistellung einen nicht unerheblichen Aufwand im Vorfeld der Realisierung von Bauvorhaben. Dem steht jedoch eine Ausweitung baupolizeilicher Tätigkeiten gegenüber, wenn es nach der Errichtung der Gebäude um die Beseitigung bauordnungswidriger Zustände geht. Dies verlagert nicht nur den behördlichen Aufwand lediglich in zeitlicher Hinsicht, sondern führt auch zu größeren wirtschaftlichen Belastungen der Bauherren, da nachträgliche Korrekturen in oder an bestehenden Gebäuden erfahrungsgemäß viel (kosten)aufwendiger sind, als eine von Anfang an richtige Planung, mit der solche Korrekturen von vornherein unnötig gewesen wären.

Darüber hinaus kommt die offizielle Begründung für die Privatisierung der Bauaufsicht einem Etikettenschwindel gleich. Wenn als Begründung von Bürokratieabbau, Deregulierung und Vereinfachung von Genehmigungsverfahren die Rede ist [2], so werden die eigentlichen Motive gerne verschwiegen.

Diese lassen sich aber relativ schnell auf jenen Punkt bringen, der die öffentliche Hand am meisten bewegt, nämlich auf den Mangel an Geld. Insofern ist jede Begründung gut genug, den Stellenabbau in der Verwaltung zu rechtfertigen. Welche Auswirkungen dieser Aderlass an Kompetenz in der Bauverwaltung hat, ist allenthalben zu besichtigen: insbesondere Großbauvorhaben der öffentlichen Hand leiden an mangelnder Vorbereitung, Koordination und Aufsicht, was zu Verzögerungen, Mängeln und Mehrkosten in bisweilen grotesken Größenordnungen führt. Nachhaltiges Sparen sieht anders aus, wobei es ohnehin bedenklich war und ist, durch eine Reduzierung der Bauaufsicht an der Sicherheit zu sparen.

Soweit die Vertreter einer privatrechtlichen Haftung ins Felde führen, gegen eine solche könne man sich schließlich versichern, so kennen diese ganz offensichtlich die gegenwärtigen Verhältnisse auf dem Bau nicht. Abgesehen davon, dass auskömmliche Berufshaftpflichtversicherungen für Bauingenieure immer schwerer zu erlangen sind, wird eine Versicherung von Großrisiken – etwa bei Prüfungsaufträgen für komplexe Bauvorhaben der Bahn – von den Versicherungsgesellschaften schlicht abgelehnt. Hier stellt sich im Schadensfall bei den beauftragten Prüfsachverständigen sehr schnell die Existenzfrage, wenn sich der Staat in diesem Falle nicht schützend vor sie stellt. Soweit andere Stimmen einwenden, der Staat würde den Entzug der Amtshaftung durch eine bessere Ausbildung der einschlägigen Ingenieurberufe kompensieren, so grenzt dies in Anbetracht der trostlosen Verhältnisse an deutschen Hochschulen schon an Zynismus. Wenn es trotzdem immer noch kompetente Prüfsachverständige und -ingenieure gibt, dann liegt dies ganz gewiss nicht an der staatlichen Ausbildung, sondern an dem unbedingten Lern- und Leistungswillen besonders befähigter Einzelner.

## 6 Weitere Rechtsentwicklung

Nach alledem darf man auf die Berufungsentscheidung des Oberlandesgerichts Hamm in dem vom Landgericht Paderborn entschiedenen Fall gespannt sein. Den dort in Anspruch genommenen Prüferingenieuren wäre zu wünschen, dass das Gericht die landesgesetzlichen Vorschriften über die Tätigkeit von staatlich anerkannten Prüfern in verfassungskonformer Weise so auslegen würde, dass eine werkvertragli-

che Haftung verneint wird. Noch besser wäre es, wenn das Gericht im Wege einer konkreten Normenkontrolle vom zuständigen Landesverfassungsgericht ein für allemal klären ließe, dass die landesgesetzlichen Regelungen keine Haftungsdelegation rechtfertigen können.

Im Übrigen hat das Oberlandesgericht Hamm erst jüngst entschieden, dass der vom Bauherrn beauftragte Prüfsachverständige nicht dessen Erfüllungsgehilfe ist, weil er Aufgaben wahrnimmt, die dem Bereich der Gefahrenabwehr zuzuordnen sind [23]. Gegen diese Entscheidung ist Nichtzulassungsbeschwerde beim Bundesgerichtshof eingelegt worden. Auch in Bezug auf diesen Fall wäre zu wünschen, dass das höchste deutsche Zivilgericht in Bezug auf die Tätigkeit und rechtliche Einordnung der Arbeit von Prüfsachverständigen ein klärendes Wort spricht.

## 7 Literatur/Anmerkungen

- [1] LG Paderborn, Urteil vom 21.06.2012, 3 O 414/08
- [2] vgl. zu dieser Entwicklung ausführlich: Schulte, Schlanker Staat – Privatisierung der Bauaufsicht durch Indienstnahme von Bauingenieuren und Architekten als staatlich anerkannte Sachverständige, BauR 3/98, S. 249 ff.
- [3] Die in diesem Kapitel erwähnten Haftungsszenarien sind ausführlich beschrieben von Steiner in seinem Aufsatz „Entlastung nicht ausgeschlossen: Wann muss der hoheitlich tätige Prüfsachverständige für Fehler bei der Tragwerksplanung mithaften?“ im Deutschen Ingenieurblatt, 06/2011, S. 44 ff.
- [4] BGH, Urteil vom 09.02.2012, IVV ZR 31/11, IBR 2012, 207
- [5] BGHZ 39, S. 358 ff.; OLG Jena, Beschluss vom 09.06.2004, 4 U 99/04; LG Bonn, Urteil vom 20.05.2009, 13 O 323/06; vgl. hierzu auch Locher in Locher/Koebler/Frick, HOAI-Kommentar, 11. Auflage 2012, Einleitung, Rdnr. 357 ff.
- [6] vgl. hierzu Steiner, Deutsches Ingenieurblatt 12/12, S. 62 ff.
- [7] vgl. Hammacher, Zur Haftung der Prüfsachverständigen und der staatlich anerkannten Sachverständigen, Beitrag in: Der Bausachverständige, 6/2012, S. 52 ff.; Schmidt, Besonderheiten der Haftung des Prüfsachverständigen, Beitrag in: NJW-Spezial, 2/2012, S. 44 ff.; Hanke, „Prüfsachverständige“ haften nicht?!, Beitrag in INGservice Jan/Febr. 2013, S. 6 ff.
- [8] vgl. Steiner, Tragwerksplanerhaftung unter Berücksichtigung der Tätigkeit des Prüfsachverständigen, ZfBR 7/2009, S. 632 ff.; Entlastung nicht ausgeschlossen: Wann muss der hoheitlich tätige Prüfsachverständige für Fehler bei der Tragwerksplanung mithaften?, Deutsches Ingenieurblatt 06/2011, S. 44 ff.; Hoheitlich oder privatrechtlich? Die bautechnische Prüfung: Rechtliche Grenzen der Privatisierung, Deutsches Ingenieurblatt 12/2012, S. 62 ff.
- [9] BGH III ZR 394/99, Urteil vom 22.03.2001
- [10] LG Bonn, Urteil vom 20.05.2009, Geschäftszeichen 13 O 323/06
- [11] LG Paderborn, 3 O 414/08
- [12] vgl. Hanke, INGservice 1/2-2013
- [13] vgl. Hamacher, Der Bausachverständige 6-2010
- [14] zum Beispiel OLG Düsseldorf, Urteil vom 27.05.2010
- [15] vgl. Schmidt, NJW Spezial, 2/2012
- [16] vgl. Gädtke, Czepuck, Johlen, Plietz, Wenzel, Kommentar BauO NRW, Rdnr. 104 ff. zu § 72
- [17] vgl. Dieckert, Amtshaftung trotz Direktbeauftragung durch die Bahn? Zivilrechtliche Haftung des Sachverständigen/Prüfers für bautechnische Nachweise im Eisenbahnbau, in: El Eisenbahningenieur 10/11, S. 19 ff.
- [18] Dieser Begriff stammt aus der lateinischen Rechtssprache und bedeutet: „Die unrichtige Bezeichnung schadet nicht“. Schließen zwei Parteien beispielsweise einen Vertrag, nach dem Stundenlohnarbeiten einer Putzerkolonne geschuldet sind, so wird aus diesem – i. d. R. illegalen – Arbeitnehmerüberlassungsvertrag auch dann kein Werkvertrag, wenn die Parteien diesen als solchen bezeichnen
- [19] BGH, Urteil vom 25.03.1993, NJW 1993, 1784
- [20] Dies entspricht ständiger Rechtsprechung des BGH
- [21] vgl. BGHZ 121, 161; OLG Hamm, NJW 2001, 376
- [22] [22] Steiner, Deutsches Ingenieurblatt 12/2012, S. 62 ff.
- [23] OLG Hamm, Urteil vom 12.04.2013, 12 U 75/12