

# BAURECHT RECHTSSICHER PLANEN & BAUEN



RA Thomas Herrig, Fachanwalt für Bau- u. Architektenrecht, HERRIG Rechtsanwälte und Notar



## Heute gibt es Antworten auf folgende Frage

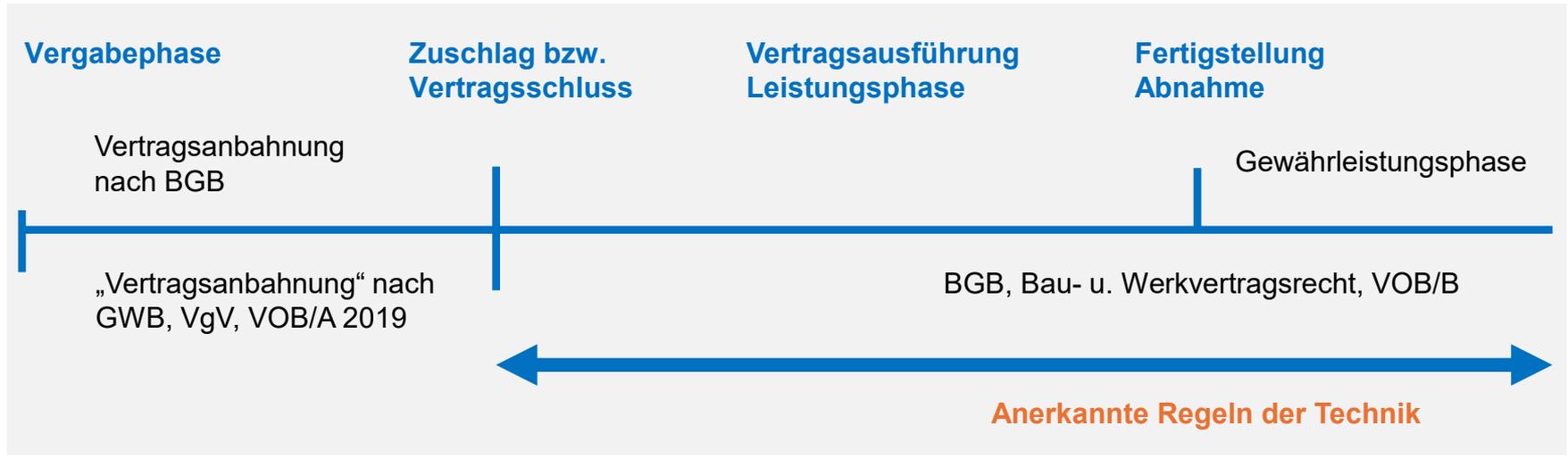
**Anerkannte Regeln der Technik als Hemmnis für innovatives Bauen?**

**Immer produktneutral Ausschreiben oder geht es auch produktbezogen?**

# Standortbestimmung

## Das „Leben“ eines Bauvertrages

Wo sind die anerkannten Regeln der Technik zu verorten?



**Grundsatz: Anerkannte Regeln der Technik sind in der Leistungs- u. Gewährleistungsphase zu beachten.**

# Anerkannte Regeln der Technik Grundsatz

**Die Leistung des Auftragnehmers ist mangelfrei:**

- **Wenn sie die vereinbarte Beschaffenheit aufweist**
- **Den anerkannten Regeln der Technik entspricht**
- **Funktionstauglich ist**

**Das gilt für alle Planungs- und Ausführungsleistungen !**

# Anerkannte Regeln und ihre Reichweite

- 1. Die Nichtbeachtung der einschlägigen anerkannten Regeln der Technik ist kein Fall leichter Fahrlässigkeit.**
- 2. A. R. d. T. richten sich auch an den Planer.**

**Dieser muss wie das bauausführende Fachunternehmen die einschlägigen anerkannten Regeln der Technik kennen und anwenden.**

# Anerkannte Regeln sind der Maßstab

**Die Planungsleistung eines Ingenieurs hat den anerkannten Regeln der Technik zu entsprechen.**

OLG Düsseldorf, Urteil vom 09.02.2023 - 5 U 227/21

**Der Planer schuldet eine Planung, die den Regeln der Technik entspricht.  
Er hat die richtigen Baumaterialien auszuwählen und muss bei mehreren Alternativen grundsätzlich den sichersten Weg gehen.**

KG, Urteil vom 25.09.2020 - 21 U 139/14;

BGH, Beschluss vom 13.10.2021 - VII ZR 175/20 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)



Anerkannte Regeln der Technik und  
zunehmende Normendichte als Hemmnis für  
Innovation?

# Anerkannte Regeln der Technik und zunehmende Normendichte

- **Fakt: Der Normenausschuss Bau beim DIN betreut rund 3.900 Normen, die mit dem Thema Bauen im Allgemeinen und Speziellen zu tun haben.**
- **Jede dieser Normen enthält mindestens geschätzte 100 Regeln im Hinblick auf Planung und Errichtung von Gebäuden und deren technischer Gebäudeausrüstung.**
- **Zudem enthalten die Normen auch weitere Verweise auf Baustoffnormen.**
- **Im Ergebnis existieren also mehrere 10.000 Regeln, die nach der Rechtsprechung alle durchweg die Vermutung für sich beanspruchen können, allgemein anerkannte Regel der Technik zu sein.**



# Die anerkannten Regeln der Technik

# Anerkannte Regeln der Technik – Kurzdefinition

**Von der Mehrheit der Fachleute anerkannte, wissenschaftlich begründete, praktisch erprobte und ausreichend bewährte Regeln zum Lösen praktischer Aufgaben**

# Voraussetzungen damit eine technische Regel den Technikstandard a.a.R.d.T. erfüllt

- 1. Die technische Regel muss sich zunächst in der Wissenschaft als (theoretisch) richtig durchgesetzt haben**  
(erste Komponente: allgemeine wissenschaftliche Anerkennung)
- 2. Die technische Regel muss in der (Bau-)Praxis erprobt sein und sich dort überwiegend bewährt haben**  
(zweite Komponente: praktische Bewährung)
- 3. Die technische Regel muss der vorherrschenden Ansicht (Mehrheit) der technischen Fachleute entsprechen**  
(dritte Komponente: Praxisdurchsetzung)

# Gelten die a.R.d.T. im Werkvertragsrecht automatisch?

**Üblicherweise verspricht der AN stillschweigend bei Vertragsschluss die Einhaltung der allgemein anerkannten Regeln der Technik.**

**Entspricht die Werkleistung diesen nicht, liegt regelmäßig ein Werkmangel vor.**

BGH, Urteil vom 14.11.2017 - VII ZR 65/14

BGH, Urteil vom 10.07.2014 - VII ZR 55/13

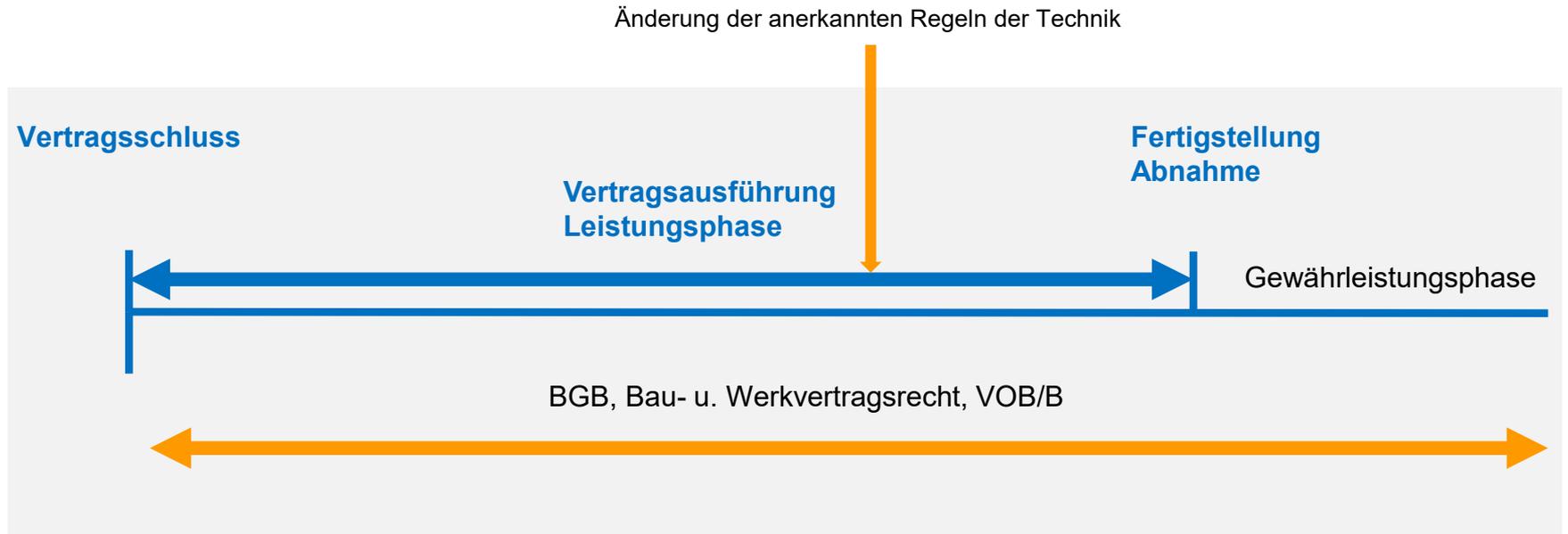
BGH, Urteil vom 07.03.2013 - VII ZR 134/12

BGH, Urteil vom 21. April 2011 - VII ZR 130/10

**Also hat sich der AN unbedingt an die a.R.d.T. zu halten.  
Dies muss im Vertrag nicht ausdrücklich erwähnt werden!**

**Das gilt auch für den VOB-Vertrag, vgl. § 13 Abs. 1 VOB/B**

# Wer trägt das Risiko einer Änderung der anerkannten Regeln der Technik?



# Wer trägt das Risiko einer Änderung der anerkannten Regeln der Technik?

1. Der Auftragnehmer schuldet grundsätzlich die Einhaltung der allgemein anerkannten Regeln der Technik zum **Zeitpunkt der Abnahme**.

Dies **gilt auch bei einer Änderung** der allgemein anerkannten Regeln der Technik zwischen Vertragsschluss und Abnahme.

2. In einem solchen Fall hat der Auftragnehmer den Auftraggeber regelmäßig über die Änderung und die damit verbundenen Konsequenzen und Risiken für die Bauausführung zu informieren, es sei denn, diese sind dem Auftraggeber bekannt oder ergeben sich ohne Weiteres aus den Umständen.

# Wer trägt das Risiko einer Änderung der anerkannten Regeln der Technik?

3. Besteht der Auftraggeber daraufhin auf der Einhaltung der neuen allgemein anerkannten Regeln der Technik mit der Folge, dass ein aufwändigeres Verfahren zur Herstellung erforderlich wird, steht dem Auftragnehmer ein **Anspruch auf Mehrvergütung** zu.

# Hierarchie technische Regeln



**Grundlage „3-Stufen-Theorie“ gem. BVerfG (BVerfGE 9, 89)**

### **3. STUFE: Stand von Wissenschaft und Technik**

bezeichnet „den Entwicklungsstand fortschrittlichster Verfahren

### **2. STUFE: Stand der Technik**

die jeweils als fortschrittlich bezeichneten Verfahren, Einrichtungen und Betriebsweisen die sich noch nicht allgemein bewährt haben

### **1. STUFE: Anerkannte Regeln der Technik**

1. Spannungsfeld



**Gelbdruck einer Norm liegt vor**

2. Spannungsfeld



**Veraltete Norm**

1. Spannungsfeld: durch eine Neufassung technischer Regeln (schon der Gelbdruck) kann der Stand der a. R. d. T. überholt werden
2. Spannungsfeld: durch fortschreitendes Allgemeinwissen können die geschriebenen technischen Regeln hinter den anerkannten Regeln der Technik zeitweilig zurückbleiben



# Grundsätze der Normenanwendung

# Grundsätzliche Hinweise an denjenigen, der die Norm anwendet

**Jeder deliktfähige Mensch hat sein Handeln (Tun und Unterlassen) selbst zu verantworten. Der Anwender einer DIN-Norm ist davon nicht ausgenommen.**

- 1. Der Anwender muss das für das richtige Anwenden der Norm erforderliche Verständnis besitzen. **DIN-Normen sind nicht für Laien gedacht!****
- 2. Die Norm ist im Regelfall nicht die einzige, sondern nur eine Erkenntnisquelle für technisch ordnungsgemäßes Verhalten.**
- 3. Das Ergebnis einer Gemeinschaftsarbeit eignet sich nicht für das Befriedigen von Höchstansprüchen.**



Anerkannte Regeln der Technik  
als Hemmnis für innovatives Planen und  
Bauen?

## Wie ist vorzugehen, wenn man innovativ sein will?

- **Bei bautechnischen Innovationen ist zu überprüfen, ob diesbezüglich bereits allgemein anerkannte Regeln der Technik etabliert sind.**
- **Bei einer „echten“ Innovation dürfte es aufgrund der Neuheit am Markt für gewöhnlich keine Regeln geben, die in der Praxis anerkannt sind.**
- **Eine Anerkennung auf der Grundlage fortdauernder praktischer Erfahrungen konnte noch gar nicht erfolgen.**
- **Im Sinne eines Abgleichs mit den allgemein anerkannten Regeln der Technik fehlt schlicht der erforderliche Referenzrahmen.**

# Anerkannte Regeln der Technik als Problem ?

- **Stellt also bereits der Einsatz eines Baustoffs/einer Technik, für die es noch keine Praxiserfahrungen gibt, einen Mangel dar?**
  
- **Allgemein anerkannten Regeln der Technik tatsächlich also Innovationshemmer ?**

# Der Bundesgerichtshof lässt Innovation zu!

- **Tatsächlich hat der BGH dieses Problem bereits in den 1970er Jahren erkannt und technische Innovationen im Bauvertrag ausdrücklich zugelassen.**
- **Dem Planer und dem Ausführenden soll Einsatz von technisch innovativen Materialien möglich sein !**

# Was sagt der BGH zu innovativen Bautechniken?

- **Verhielte sich der Planer gegenüber jeder Neuerung von vornherein ablehnend, wäre die Fortentwicklung des Bauwesens ausgeschlossen.**
- **Den Interessen des Bauherrn wäre damit nicht gedient.**
- **Die Verwendung von in der Praxis noch nicht bewährten Baustoffen ist, wie der Senat bereits ausgeführt hat, nicht von vornherein ausgeschlossen.**
- **Erforderlich ist nur, dass der Planer das den Umständen nach ihm zumutbare unternimmt, um zu klären, ob das ihm vorgesehene Material die für den Bau unerlässlichen Eigenschaften besitzt.**

# Was sagt der BGH zu innovativen Bautechniken?

- **Die Verwendung eines nicht schon seit Jahren in der Praxis bewährten Materials kann andererseits auch besondere Gefahren in sich bergen.**
- **Bei neuen Werkstoffen hat der Planer daher mit erhöhter Sorgfalt zu prüfen, ob er sich mit seiner Empfehlung auf das Gebiet der riskanten Planung begibt.**
- **Ist das für ihn erkennbar, trifft ihn eine entsprechende Belehrungspflicht.**

# Was sagt der BGH zu innovativen Bautechniken?

- **Die Prüfungspflicht des Planers findet dort ihre Grenze, wo von ihm keine eigene Sachkenntnis mehr erwartet werden kann.**
- **Er kann sich dann auf Äußerungen solcher Personen oder Institute verlassen, die er nach ihrer Qualifikation als sachverständig ansehen darf.**
- **Stimmen diese Äußerungen im Wesentlichen mit dem überein, was der Produzent oder Lieferer in seinem Prospekt oder auf andere Weise anpreist oder sprechen weitere gewichtige Gründe für die Richtigkeit dieser Angaben, so kann sich der Planer in der Regel hierauf verlassen.**

# Was sagt der BGH zu innovativen Bautechniken?

- **Darf der Planer den Hersteller für vertrauenswürdig halten und spricht sich ein von diesem vorgelegter Materialprüfungsbericht für die Brauchbarkeit des neuen Werkstoffes zu dem verfolgten Zweck aus, so liegt kein Verschulden des Planers bei der Auswahl dieses Werkstoffes vor.**

**Aber der Planer muss prüfen!**

# Sachverständiges Institut


**Prüfbericht - Produkte**  
*Test Report - Products*

<b>Prüfbericht-Nr.:</b> <i>Test report no.:</i>	60201117 002	<b>Auftrags-Nr.:</b> <i>Order no.:</i>	1139066
<b>Kunden-Referenz-Nr.:</b> <i>Client reference no.:</i>	N/A	<b>Auftragsdatum:</b> <i>Order date:</i>	2023-04-27
<b>Auftraggeber:</b> <i>Client:</i>	Geberit International AG Schachenstraße 77 8645 JONA / SCHWEIZ		
<b>Prüfgegenstand:</b> <i>Test item:</i>	Sonderformstück für Entwässerungsanlagen Special fitting for drainage systems		
<b>Bezeichnung / Typ-Nr.:</b> <i>Identification / Type no.:</i>	Silent-Pro SuperTube		
<b>Auftrags-Inhalt:</b> <i>Order content:</i>	Hydraulische Untersuchung eines Sonderformstücks mittels Systemvergleich Hydraulic examination of a special fitting via system comparison		
<b>Prüfgrundlage:</b> <i>Test specification:</i>	EN 12056-2:2000 Schwerkraftentwässerungsanlagen innerhalb von Gebäuden Gravity drainage systems inside buildings		

## Was muss ich beachten, wenn ich innovativ sein will?

- **Der BGH setzt also voraus, dass die Planer und die Unternehmer den Auftraggeber rechtzeitig und umfassend über alle Nachteile und Risiken, die mit dieser weitgehend unerprobten Neuheit verbunden sind, aufklären und entsprechend beraten.**
- **Damit ist festzuhalten, dass der Einsatz innovativer Techniken ohne allgemein anerkannte Regeln der Technik als Referenzrahmen in jedem Fall zu einer intensiven Aufklärung der durch die Auftraggeber beauftragten Planer und Ausführenden führen muss.**
- **Auf Materialprüfungsberichte darf verwiesen werden.**



# Standpunkt des VII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs zur aktuellen Rechtslage

**Standpunkt des VII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur zivilrechtlichen Erleichterung des Gebäudebaus (Gebäudetyp-E-Gesetz), (BauR 2024, 1725)**

**Insgesamt stehe die gegebene Gesetzeslage einem innovativeren und kostengünstigeren Bauen nicht entgegen.**

**Die bautechnische Entwicklung seit dem Inkrafttreten des BGB zeige, dass innovatives Bauen auf dessen Grundlage möglich sei.**

**Wichtig sei die Verständigung der Vertragsparteien.**

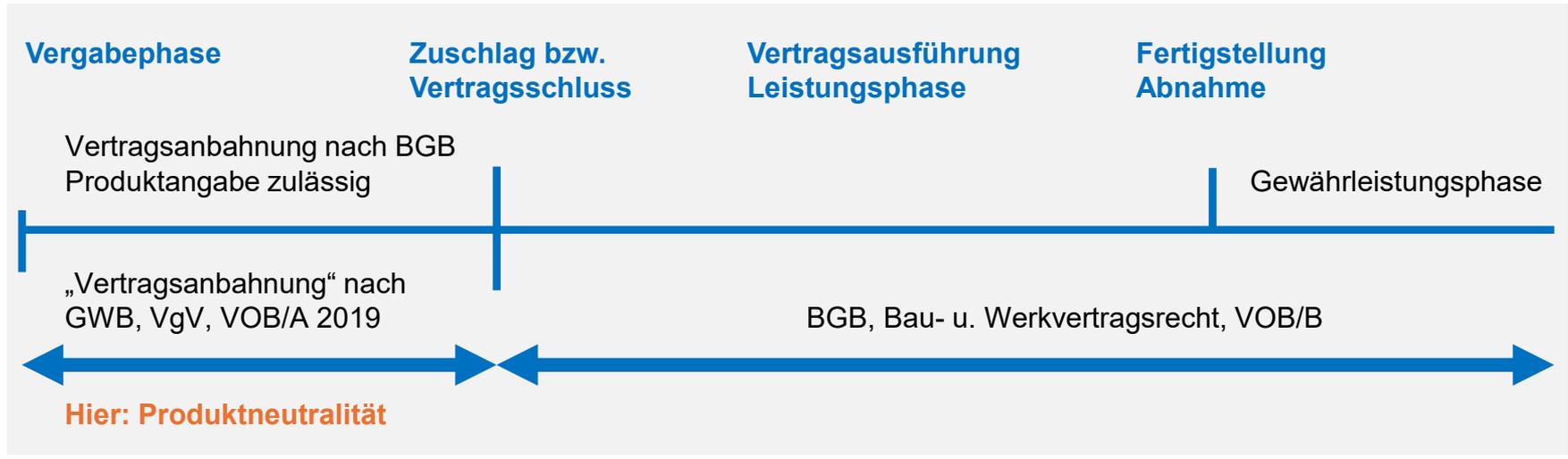
# Produktneutrale Ausschreibung – ein unbedingtes Muss?

**Achtung: Hier sind wir im Vergaberecht. Das gilt nur für öffentliche Auftraggeber**

# Standortbestimmung

## Das „Leben“ eines Bauvertrages

Wo ist der Grundsatz der produktneutralen Ausschreibung zu beachten?



**Grundsatz: Vergaberecht gilt nur bis zum Zuschlag, danach gilt BGB, Bau- u. Werkvertragsrecht, VOB/B**

# Praxishinweis

- **Vergaberecht ist kein Vertragsrecht (BGH, IBR 2017, 419).**
- **Ein etwaiger Verstoß gegen vergaberechtliche Vorschriften hat deshalb keinen Einfluss auf den Inhalt des geschlossenen Bauvertrags.**
- **Ist ein Bieter der Meinung, dass die Ausschreibung unklar ist oder ihm ein ungewöhnliches Wagnis übergebürdet wird, muss er nachfragen und den Vergaberechtsverstoß gegebenenfalls rügen (§ 160 Abs. 3 GWB).**

# Produktneutralität

## § 7 Abs. 2 VOB/A 2019 als Beispiel für eine entsprechende Vergabevorschrift

**(2) In technischen Spezifikationen darf nicht auf eine bestimmte Produktion oder Herkunft oder ein besonderes Verfahren, das die von einem bestimmten Unternehmen bereitgestellten Produkte charakterisiert, oder auf Marken, Patente, Typen oder einen bestimmten Ursprung oder eine bestimmte Produktion verwiesen werden, es sei denn:**

- 1. dies ist durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt (§ 7 Abs. 2 VOB/A- 2019)**
- 2. der Auftragsgegenstand kann nicht hinreichend genau und allgemein verständlich beschrieben werden;**

**solche Verweise sind mit dem Zusatz „oder gleichwertig“ zu versehen.**

# Ausnahmen

**§ 7 Abs. 2 VOB/A 2019 zwei Ausnahmen vom Grundsatz der produktneutralen Ausschreibung :**

## 1. Alternative:

„dies ist durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt“

Achtung:

„**oder gleichwertig**“ *entfällt*

## 2. Alternative:

„der Auftragsgegenstand kann nicht hinreichend genau und allgemein verständlich beschrieben werden; solche Verweise sind mit dem Zusatz „oder gleichwertig“ zu versehen.“

Achtung:

Zusatz „**oder gleichwertig**“ *zwingend vorgegeben*

# Ausnahmen

§ 7 Abs. 2 VOB/A 2019 zwei Ausnahmen vom Grundsatz der produktneutralen Ausschreibung :

## 1. Alt.:

„dies ist durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt“

Achtung:

„oder gleichwertig“ *entfällt*

## 2. Alt.:

„der Auftragsgegenstand kann nicht hinreichend genau und allgemein verständlich beschrieben werden; solche Verweise sind mit dem Zusatz „oder gleichwertig“ zu versehen.“

Achtung:

Zusatz „**oder gleichwertig**“ *zwingend vorgegeben*

# Grundsatz:

**Das Vergaberecht und die VOB können ein legitimes Interesse des Auftraggebers, ein bestimmtes Produkt zu verwenden oder eine bestimmte Art der Ausführung zu erhalten, nicht einschränken**

Das ist einhellige Rechtsprechung

(OLG Düsseldorf, B. v. 17.02.2010 - Az.: VII-Verg 42/09; B. v. 19.01.2010 - Az.: VII-Verg 46/09; B. v. 22.10.2009 - Az.: VII-Verg 25/09; OLG Frankfurt, B. v. 28.10.2003 - Az.: 11 Verg 9/03; Saarländisches OLG, B. v. 29.10.2003 - Az.: 1 Verg 2/03; 1. VK Bund, B. v. 17.04.2014 - Az.: VK 1 - 22/14; B. v. 02.04.2014 - Az.: VK 1 - 14/14; 2. VK Bund, B. v. 09.08.2006 - Az.: VK 2 - 77/06; VK Lüneburg, B. v. 12.05.2005 - Az.: VgK-15/2005; VK Niedersachsen, B. v. 16.11.2009 - Az.: VgK-62/2009; VK Nordbayern, B. v. 09.07.2009 - Az.: 21.VK - 3194 - 15/09; B. v. 13.02.2007 - Az.: 21.VK - 3194 - 02/07; B. v. 16.01.2007 - Az.: 21.VK - 3194 - 43/06; VK Schleswig-Holstein, B. v. 19.10.2012 - Az.: VK-SH 28/12; B. v. 28.11.2006 - Az.: VK-SH 25/06).

# Unter welchen Voraussetzungen sind produktspezifische Vorgaben zulässig?

- 1. Zur Rechtfertigung einer produktspezifischen Ausschreibung muss der öffentliche Auftraggeber objektive und auftragsbezogene Gründe angeben und die Bestimmung willkürfrei getroffen haben, solche Gründe müssen tatsächlich vorhanden (festzustellen und notfalls erwiesen) sein und die Bestimmung darf andere Wirtschaftsteilnehmer nicht diskriminieren.**
- 2. Jede Festlegung auf einen bestimmten Hersteller oder ein bestimmtes Produkt ist wettbewerbsfeindlich. Unter den vorgenannten Voraussetzungen muss ein Bieter dies hinnehmen, auch wenn er deshalb möglicherweise kein oder nur unter schlechteren Bedingungen ein Angebot abgeben kann.**
- 3. Die Entscheidung des Auftraggebers produktspezifisch auszuschreiben muss nachvollziehbar begründet und dokumentiert sein.**

# Leistungsbeschreibung

## Produktneutralität – Ausnahmetatbestände 1.Alternative

**Technische  
Zwänge**

**Gestalterische  
Gründe**

**Schutz von Leben,  
Körper und Gesundheit**

**Gewährleistungs-  
problematik**

**Zweckmäßigkeit einer  
einheitlichen Wartung**

# Leistungsbeschreibung

## Produktneutralität – Ausnahmetatbestände 1.Alternative

**Aufwand für  
Ersatzteilkhaltung**

**Schnittstellen-  
risiken**

**Umweltgründe**

**Schulungsaufwand**

# Vergabevermerk

**Der sog. Vergabevermerk soll die erforderliche Verfahrenstransparenz gewährleisten. In ihm muss die Vergabestelle die einzelnen Stufen des Verfahrens von Beginn an dokumentieren und die getroffenen Maßnahmen, Feststellungen und Entscheidungen sowie deren Begründung nachvollziehbar festhalten (vgl. § 8 Abs. 1 VgV).**

## § 8 VgV Dokumentation und Vergabevermerk

Der öffentliche Auftraggeber fertigt über jedes Vergabeverfahren einen Vermerk in Textform nach § 126b des Bürgerlichen Gesetzbuchs an. Dieser Vergabevermerk umfasst mindestens Folgendes:

1. den Namen und die Anschrift des öffentlichen Auftraggebers sowie Gegenstand und Wert des Auftrags ...

# Vergabevermerk

## **20 VOB/A - Abschnitt 1** **Dokumentation, Informationspflicht**

1. Das Vergabeverfahren ist zeitnah so zu dokumentieren, dass die einzelnen Stufen des Verfahrens, die einzelnen Maßnahmen, die maßgebenden Feststellungen sowie die Begründung der einzelnen Entscheidungen in Textform festgehalten werden.



**RA Thomas Herrig, Fachanwalt für Bau- u. Architektenrecht,  
HERRIG Rechtsanwälte und Notar**

Otto-Suhr-Allee 27

10585 Berlin

Telefon 820 966-0, Fax: 820 966-33

E-Mail: [kanzlei@raherrig.de](mailto:kanzlei@raherrig.de)

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