

# Ausschreibung von Sachverständigenleistungen unzulässig

Immer wieder trifft man auf Fachämter, die mit Verweis auf ihre Kostenprüfungsstellen versuchen, **Sachverständigenleistungen nach preislichen Gesichtspunkten auszuschreiben**. Diese Auffassung ist weder aus fachlicher oder ökonomischer Sicht haltbar, noch rechtlich zulässig.

Lothar Wessolly,  
Detlef Schmidt,  
Martin Erb

Dass Sachverständigenleistungen nicht ausgeschrieben werden dürfen, hat juristische Gründe, die generell die Realität abbilden. Im Bereich der Baumsicherheit kommen weitere Aspekte hinzu, die eine Ausschreibung weiter disqualifizieren.

## Gutachten und Haftungsfrage – das fachliche Argument gegen Ausschreibungen

Ein externes Sachverständigengutachten wird benötigt, wenn die eigene, auf klassischer Kontrolle beruhende Beurteilung eines Sachverhaltes nicht mehr ausreicht oder gesetzliche Auflagen bzw. Regelwerke es erfordern. Ein Ziel dieser Beauftragung – z. B. bei der Beurteilung der Sicherheit eines Sachverhaltes – ist auch, die Haftung auf den Sachverständigen zu übertragen. Dabei ist zu erwähnen, dass die Übertragung von Haftungsrisiken auf den Sachverständigen zwangsläufig Auswirkung auf die Preisgestaltung haben müssen, da der Sachverständige hierzu auch eine kostenintensivere Versicherungspolice abschließen muss. In diesem Punkt zeigt sich eine Besonderheit in unserem Fachgebiet: Sachverständigenleistungen für Bäume werden in so hohen Bandbreiten bei der Qualifikation angeboten, wie es in der sonstigen technischen Überwachung unvorstellbar wäre.

Die fachlich schräge Sachlage wird durch Folgendes verstärkt: In den Baumuntersuchungsrichtlinien 2013 der Forschungsgesellschaft Landschaftsentwicklung Landschaftsbau (FLL) werden Untersuchungsverfahren für die Eingehende Untersuchung beschrieben, ohne deren Wirksamkeit bezüglich der Bruch- und Standsicherheitsfrage zu werten. Das ist ein erheblicher Mangel und lässt zu, dass Gerätschaften aus der FLL-Liste erworben und eingesetzt werden, ohne dass der entsprechende Sachverstand gegeben ist. Der Erwerber beteiligt sich dann mit Verweis auf die FLL Baumuntersuchungsrichtlinien im Wettbewerb, bzw. an Ausschreibungen. Die Fachämter verweisen dann unter Umständen auf die Richtlinienkonformität z. B., wenn ein Resistograph für eine Standsicherheitsuntersuchung als Mittel der Wahl zum Einsatz kommen soll, obwohl er hierfür absolut ungeeignet ist.



Das ist nicht aus der Luft gegriffen, sondern genau so von einer Straßenbauverwaltung in Hessen argumentiert worden, um das billigste Gutachten zu beauftragen: es sei regelkonform.

Die hohe Bandbreite der Sachverständigenqualifikation bei Bäumen hat einen Hauptgrund:

Bei unveränderlichen Strukturen, z. B. Bauwerken oder Flugzeugen, erzwingt die Zielsetzung Sicherheit eine hohe Qualifikation und ein präzises Erfassen aller einwirkenden Größen, um die Haftung übernehmen zu können. Hier gibt es dann auch die entsprechenden etablierten Ausbildungen. Dagegen entfällt dieser Druck auf die Qualifikation oder die Präzision, wenn zur Vermeidung einer möglichen Haftungsfrage bei Bäumen einfach ein radikalerer Rückschnitt jegliches Problem ausschließt. Dadurch trauen sich auch weni-

Hier ist offensichtlich, dass eine Ausschreibung sachverständiger Leistung absolut kontraproduktiv und somit unzulässig ist: Eingehende Untersuchung des Anne-Frank-Baumes, Amsterdam mit Kollege M. Schlag, Köln zur Aussetzung einer Einstweiligen Verfügung. Verbindung von Mykologie und Statik und der Elasto-Inclinomethode als juristisch belastbaren Sachverhalt.

Fotos: Lothar Wessolly

Die 23,5 m hohe 500-jährige Eiche hat oben eine völlig intakte, ungeschnittene Krone, unten offensichtlich ein komplexes Tragsystem. Es liegt auf der Hand, dass eine Ausschreibung der Sachverständigenleistung nicht zum Ziel führen kann. Eingehende Untersuchung in der Lüneburger Heide mit den Kollegen Uwe Thomsen und Henning Holz mittels Elasto-Inclinomethode und Beweissicherung von Bruch- und Standsicherheit.

**Ergebnis:** Höhe 24,5 m, Umfang 732 cm, Grundsicherheit 4400 Prozent, Bruchsicherheit 100 Prozent, Standsicherheit 115 Prozent Resttragfähigkeit gegenüber Vollstamm 2,5 Prozent. Die Messergebnisse bestätigten, warum der Baum noch nicht zusammengebrochen war.



ger Qualifizierte, Sachverständigenleistungen besonders billig anzubieten und aufzutreten, wenn ausgeschrieben wird. (Und es gibt bezüglich komplexerer Sicherheitsfragen von Bäumen mit Ausnahme punktueller Aktivitäten, wie z. B. bei der SIM-Gruppe, noch keine qualifizierte, etablierte Ausbildung.)

Bäume üben als Beurteilungsgegenstand, mit sehr individuell entwickelter Struktur und der Fähigkeit, selbst radikale Eingriffe zu ertragen, keinen Druck aus, eine präzise Beurteilung zu erzwingen. Das ist bedauerlich für die Bäume (und auch den Auftraggeber). Im Vergleich denke man einmal an den Bereich Luftfahrt oder die technische Überwachung bei Fahrzeugen. Sie erfordern einfach per se eine herausragende Qualifikation. Daran würde sich niemand wagen, der sich auf dem freien Markt ein paar Geräte zusammenkauft. Andererseits würde man ihn auch nicht zulassen.

Deshalb ist es bei der Beauftragung zu Sachverständigenleistungen bei Bäumen umso wichtiger, auf die nachgewiesene fachliche Qualität des zu beauftragenden Sachverständigen zu achten. Nur so ist ein werterhaltendes Vorgehen ohne unnötige standzeitmindernde Eingriffe zu gewährleisten. Selbst öffentliche Bestellungen sind bedauerlicherweise nicht per se ein Nachweis ausreichender Qualifikation, denn auch hier gibt es in Deutschland keine eindeutig definierten Standards oder Leistungskontrollen.

Fazit: Verantwortungsvolles, ökonomisches Handeln verbietet schon aus fachlichen Gründen die Ausschreibung. Allein zielführend ist die begründete freihändige Vergabe durch einen versierten Verantwortlichen an einen fachlich eindeutig Qualifizierten (was sich aus dessen Ruf in der Fachwelt ableitet und auch die permanente Weiterbildung des Auftraggebenden nahelegt).

Die Regelwerksgeber haben das zwar erkannt, die Konsequenz hieraus aber dem Auftraggeber übertragen. Die Eingehende Untersuchung ist laut FLL Baumkontrollrichtlinie Ausgabe 2010, Abschnitt 5.4, Seite 28 bei Bäumen dann geboten,

wenn Zweifel über die Verkehrssicherheit bleiben: „Zur Durchführung von Eingehenden Untersuchungen sind dafür speziell weitergebildete, sowie erfahrene Personen erforderlich, die über entsprechende Fertigkeiten und Fachkenntnisse verfügen, um die Verkehrssicherheit eines Baumes abschließend beurteilen zu können.“

Das bedeutet richtigerweise, es kommt nicht auf die jeweilige Gerätschaft, sondern auf die fachliche Qualifikation des Sachverständigen an. Daher ist umso wichtiger, dass der Beauftragende in seiner Entscheidung frei sein muss, will er ein zielführendes Ergebnis bekommen. Förderlich wäre gewesen, im Regelwerk auch anzugeben, welche Leistungsfähigkeit die zur Eingehenden Untersuchung aufgelisteten Geräte haben. Wenn Fachämter jetzt eine Eingehende Untersuchung nach FLL Baumuntersuchungsrichtlinie beauftragen, wird vom Sachverständigen zum Nachweis seiner Vertragserfüllung eventuell auf die Verwendung eines Gerätes verwiesen, das zwar in der Liste steht, aber mit der Beantwortung der spezifischen Sicherheitsfrage nichts zu tun hat. Deshalb ist auch auf der Auftraggeberseite eine gute fachliche Basis ausschlaggebend für eine gute Sachverständigenleistung. Auf jeden Fall müsste die Richtlinie in der Beschreibung der vergleichenden Leistungsfähigkeit der Gerätschaften unbedingt nachgebessert werden.

### Der juristische Aspekt – Unabhängigkeit des Sachverständigen

„Der öffentlich bestellte Sachverständige muss auch gegenüber seinem Auftraggeber unabhängig sein. Konkret bedeutet das, z. B. keine Auftragsbeschränkungen oder Anweisungen anzunehmen, die das Gutachtensergebnis verfälschen können.“ (LR/Bleutge, § 36 RdNr. 40 m. w. N.) Bayerlein, W. Praxishandbuch Sachverständigenrecht 1996. S. 38. Eine Ausschreibung aber fördert tendenziell die Minimierung der eingesetzten Mittel. Und das stellt per se eine Auftragsbeschränkung oder sogar (nach Sachverständigenrecht ver-

botene) Anweisung dar und kann das Gutachtensergebnis verfälschen. Denn mit minimierten eingesetzten Mitteln, und hierzu gehört neben den unzureichenden Gerätschaften auch eine minimierte Qualifikation, ist der ausschreibungsgewinnende Sachverständige zum Selbstschutz gezwungen, am Baum die Maßnahmen vorzunehmen, die die Haftungsfrage minimieren.

Ist die Wahrheitsfindung oberstes Gebot (bei Bäumen wäre das die Sicherheitsfrage bei geringstmöglicher Beeinträchtigung des Baumes als Ziel), verbietet sich die Ausschreibung. Kein Gericht käme auf die Idee, die Sachverständigenleistung auszuschreiben. Niemand käme auch auf die Idee, seine Blinddarmentfernung vom niedrigsten Gebot abhängig zu machen.

## Europäisches und deutsches Recht

### Ausschreibungen von Sachverständigenleistungen sind unzulässig – Vergabeordnung für freiberufliche Leistungen VOF

Kaufhold hat im Jahr 2012 im Bundesanzeiger Verlag unter dem Buchtitel: „Die Vergabe freiberuflicher Leistungen“ eindeutig nachgewiesen: „Nach geltendem Recht ist die Ausschreibung von Sachverständigenleistung unzulässig.“

Dort heißt es: „Eine öffentliche Beauftragung erfolgt grundsätzlich nach der bestehenden Bundeshaushaltsordnung (BHO) bzw. Vergabe und Vertragsordnung für Leistungen (VOL/A) in der Regel nach einer Ausschreibung vergleichbarer Leistungen, sofern nicht die Natur des Geschäfts oder besondere Umstände eine Ausnahme rechtfertigen.“

Ein Sachverständigengutachten, bspw. zur Sicherheit von Bäumen, dagegen ist, im Gegensatz zu relativ klar definierten Bauleistungen, geprägt von überwiegend geistigen Leistungen und stellt somit keine marktgängige Ware dar. Diese ist nicht nach Maß, Zahl oder Gewicht zu erhalten. Damit gilt die Ausnahmeregel: Die Beauftragung einer Sachverständigenleistung erfolgt somit grundsätzlich freihändig (Kaufhold, S. 31). Kaufhold: „Freiberufliche Leistungen sind an solche Freiberufler zu vergeben, deren Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit feststeht, die über ausreichende Erfahrung verfügen und die Gewähr für eine wirtschaftliche Planung und Ausführung bieten.“

Der Bundesrechnungshof hat schon 1974 für die seiner Prüfung unterliegenden Baumaßnahmen stets die Auffassung vertreten, dass Aufträge an freischaffende Architekten und Ingenieure nicht aufgrund von Ausschreibungen vergeben werden, die allein dem Zweck dienen, den niedrigsten Preis zu erzielen. Derartige Ausschreibungen würden die Eigenart der Architekten oder Ingenieurleistung, die sich durch schöpferische, geistige Leistungen vom Herstellen marktgängiger Erzeugnisse unterscheidet, nicht gerecht. Baumängel wären zwangsläufig die Folge. Bei der klassischen Konstruktion



würde das irgendwann offensichtlich. Beim Baum allerdings lässt sich aber eine unzureichende Leistung, z. B. bei der Beurteilung seiner Sicherheit, verschleiern, da Unsicherheiten in der Beurteilung durch verstärkte lastreduzierende Eingriffe zu Lasten des Baumes und des Auftraggebers haftungsrechtlich nicht zum Tragen kommen können. Eine fachliche Minderleistung ist somit leichter zu kaschieren.

Umso offensichtlicher sollte klar sein, die Vergabe nach Qualifikation und Ruf des Sachverständigen freihändig zu vergeben und nicht darauf, dass irgendwelche Geräte zum Einsatz kommen, die in einem Regelwerk einmal beschrieben wurden, in der letzten FLL-Baumuntersuchungsrichtlinie sogar ohne Wertung ihrer Leistungsfähigkeit.

Daher ist die Berufung auf diese aktuelle FLL-Richtlinie für die Vergabe bedauerlicherweise wenig tragfähig.

### Zusammenfassung

Aus den FLL Regelwerken geht hervor, dass es auf die fachliche Qualifikation des Sachverständigen ankommt (und z. B. nicht auf Geräte). In klassischen Ausschreibungen gibt es hierfür keine Rubrik, denn Sachverstand ist nicht durch Längen oder andere Maße zu erfassen. Daraus folgt: Eine freihändige Vergabe unter Berücksichtigung von Qualifikation und Kosten ist juristisch folgerichtig (Bayerlein) und der wirtschaftlichste Weg. Das wird auch im Vergaberecht so gesehen und im jüngsten, 773 Seiten umfassenden Kommentar (Kaufhold) zweifelsfrei bestätigt: Die Ausschreibung der Sachverständigenleistung ist nach geltendem Recht unzulässig.

### LITERATUR

Bayerlein, W.: Praxishandbuch Sachverständigenrecht, 1996.

FLL Baumkontrollrichtlinien, Bonn 2010.

FLL Baumuntersuchungsrichtlinien, Bonn 2013.

Kaufhold, W. (Hrsg.): Die Vergabe freiberuflicher Leistungen ober- und unterhalb der Schwellenwerte, Bundesanzeiger Verlag 2012.

Wessolly, L./Erb, M. Handbuch der Baumstatik und Baumkontrolle, Patzer, 2014, S. 261.

**Tagesgeschäft des Baum-Sachverständigen: Wie gut ist der Baum noch verankert und wie ist es mit seiner Bruchsicherheit bestellt? Es genügt nicht, in die Werkzeugkiste der FLL Baumuntersuchungsrichtlinie 2013 zu greifen, um eine zutreffende Sicherheitsanalyse abzuliefern und im Fall eigener verbleibender Unsicherheit eine Kroneneinkürzung vorzuschlagen. Im Sinn der kostengünstigsten Lösung mit Haftungsübernahme des Sachverständigen stehen Preis und Qualität als Entscheidungskriterium an. Letzteres kann nur der fachlich qualifizierte Sachbearbeiter beurteilen. Daher ist die freihändige Vergabe auch rechtlich geboten.**