

NEUES ZUM BAURECHT 1/2009

Informationen von LEINEMANN & PARTNER RECHTSANWÄLTE



LEINEMANN PARTNER
RECHTSANWÄLTE



»Kanzlei des Jahres
für Privates Baurecht«

Neues Forderungssicherungsgesetz in Kraft Einige Änderungen greifen sofort

Vorsicht!

Alle erhaltenen Zahlungen des AG sind Baugeld. Zweckwidrige Verwendung ist strafbar. Bei GU's werden Treuhandkonten erforderlich!

In unserer Ausgabe 4/2008, Seite 14 hatten wir über die Einführung des Forderungssicherungsgesetzes (FoSiG) berichtet. Das am 01.01.2009 in Kraft getretene FoSiG wirkt sich hinsichtlich der materiell-rechtlichen Änderungen des BGB nur auf Verträge aus, die ab dem 01.01.2009 geschlossen worden sind. Die Änderungen des Bauforderungssicherungsgesetzes (BauFordSiG) – des ehemaligen GSB – wirken sich auch auf Verträge aus, die vor dem 01.01.2009 geschlossen worden sind. Mit der Änderung des BauFordSiG hat sich der Begriff des **Baugeldes** und dessen zweckwidrige Verwendung massiv verändert.

1. **Baugeld** ist nunmehr jede Zahlung eines Auftraggebers innerhalb einer Bauvertragskette an einen Auftragnehmer. **Baugeld** wird also künftig nicht nur im Verhältnis zwischen Generalunternehmer und Nachunternehmer, sondern auch im Verhältnis zwischen Nachunternehmer und dessen Nachunternehmer und sogar im Verhältnis zu einem Lieferanten gegeben sein.
2. Es ist **strafbar**, **Baugeld** zweckwidrig zu verwenden. Eine ordnungsgemäße Abwicklung von Baugeld kann zurzeit nur durch die Führung separater (auch vor der Bank pfändungssicherer) **Treuhandkonten** jedes einzelnen Bauvorhabens erreicht werden.
3. Wird Baugeld nicht in dieser entsprechenden Weise angelegt, sind die Verantwortlichen (Geschäftsführer, Prokuristen, Projektleiter) des Generalunternehmers oder Nachunternehmers einer Untreue bzw. einer versuchten Untreue schuldig und haften deswegen **persönlich**. Hierzu gehören im Übrigen neben den gesetzlichen Vertretern (Organe) eines Generalunternehmers alle sonst im Einzelfall über Baugeld tatsächlich Verfügungsberechtigte (so schon BGH, BauR 1983,193).
4. Erbringt der GU selbst Bauleistungen, so darf er nur einen Betrag in **Höhe von 50%** des angemessenen Wertes (nicht des Rechnungsbetrages) des **Baugeldes** für sich verwerten. Erst wenn sichergestellt ist, dass das Baugeld ausreicht, um sämtliche Baugläubiger zu befriedigen, darf er das verbliebene Baugeld auch für andere Zwecke verwenden.

Wegen des erhöhten Haftungsrisikos und der Schwierigkeiten bei der Abwicklung in der täglichen Praxis empfehlen wir Ihnen eine detaillierte und kompetente Beratung und verweisen ergänzend auf unsere Website www.leinemann-partner.de unter der Rubrik „News“ und „Seminare“.

Dr. Thomas Hildebrandt, Hamburg

1. BGH: Extrem überhöhte Einheitspreise können sittenwidrig sein.

Mit einer Pressemeldung machte der BGH am 18.12.2008 vorab auf eine Entscheidung aufmerksam, die jetzt mit Urteilsgründen vorliegt. Erste Schlagzeilen wie "BGH schiebt Mondpreisen der Bauunternehmer einen Riegel vor" taugen danach zwar zum reißerischer Aufmacher, werden aber dem Inhalt der Entscheidung nicht gerecht.

Der AN bot in einem offenen Verfahren nach VOB/A Bewehrungsstahl in zwei Positionen mit 2.210,00 DM/kg an. Er erhielt als mindestfordernder Bieter den Auftrag. Statt der ausgeschriebenen 220 kg Betonstahl fielen tatsächlich rd. 1.400 kg mehr an. Für die Mehrmenge ab 111% der Ausgangsmenge berechnete der AN einen EP von 2.045 DM/kg. Ein vom Landgericht beauftragter Sachverständiger ermittelte einen bundesweiten statistischen Mittelpreis von 2,47 DM/kg, so dass der vereinbarte Einheitspreis etwa um das 894-fache überhöht sei.

Der BGH unterzieht erstmals auch einzelne Einheitspreise einer Sittenwidrigkeitsprüfung. Extreme Preiserüberhöhungen (über 800-fach) sollen die Vermutung begründen, dass dem Preis ein verwerfliches Gewinnstreben des AN zugrunde liegt. Nach der Erfahrung des BGH beruhen solche Preise meist auf einem nicht offen gelegten Informationsvorsprung des Bieters, der ihm die begründete Erwartung oder Gewissheit künftig entstehender Mengenmehrungen gibt. Diese Vermutung kann vom AN widerlegt werden. Gegen sie spricht nicht, dass der Preis vergaberechtlich zulässig ist oder der AG nicht zum Vertragsschluss gezwungen war.

Die Beurteilung des umgekehrten Falles, wenn ein AN einen besonders niedrigen Preis einsetzt, lässt der BGH dahinstehen. Es wird aber ausdrücklich darauf verwiesen, dass es dann auf das verwerfliche Gewinnstreben des AN ankäme.

Mit so krassen Preisüberhöhungen wie hier wird man es nur selten zu tun haben. Typische Preisschwankungen aus kalkulatorischen Gesichtspunkten wie etwa zwischen

EUR 15,00 und EUR 200,00 dürften auch künftig unproblematisch bleiben.

Wichtig: Für die Ausgangsmenge ist selbst ein extremer Einheitspreis nicht zu beanstanden. Das verwerfliche Gewinnstreben resultiert erst daraus, dass erhebliche Mengenmehrungen auftreten und der AN darauf gezielt spekuliert hat. Für das Fehlen einer solchen Absicht steht zum Beweis etwa der Kalkulator des Angebots als Zeuge zur Verfügung. Da LEINEMANN PARTNER in dieser Sache den Kläger vertreten, werden wir über den Fortgang des Falls berichten. Die spannende Frage bleibt jedoch, ob auch Centpreise sittenwidrig sein können, die insbesondere im Erdbau häufiger vorkommen. Zwar will der BGH sich hierzu nicht festlegen. Das Urteil enthält jedoch einen unmissverständlichen Hinweis: Wäre ein verwerfliches Gewinnstreben des AG im Zusammenhang mit starken Mengenerhöhungen festzustellen, dürfte dasselbe gelten wie bei überhöhten Preisen. AN können daher wohl künftig Preisanpassungen verlangen, wenn der AG krass untersetzte Einheitspreise ausnutzt oder so leichtfertig ausschreibt, dass die Vordersätze von vornherein erkennbar viel zu niedrig waren und deshalb Centpreise angeboten wurden.

Für die Prozesspraxis ist noch ein weiterer Hinweis aufschlussreich: Der BGH stellt unmissverständlich fest, dass auch gegen eine nachträglich aufgestellte und eingereichte Kalkulation nichts einzuwenden ist, solange die Vertragspreise widerspruchsfrei daraus hervorgehen. Wichtig ist auch die Feststellung, dass der AG die Kalkulation nicht zurückweisen kann, weil sie seinen Vorstellungen nicht entspricht, z. B. bestimmte Zuschläge nicht näher aufgliedert etc. Wenn es dazu keine ausdrücklichen vertraglichen Vereinbarungen gibt, muss der AG die Kalkulation so, wie sie vom AN angefertigt wurde, akzeptieren.

Die Entscheidung ist abrufbar über www.leinemann-partner.de, Quick-Link-Nr. 2010901.

Prof. Dr. Ralf Leinemann, Berlin

2. BGH: Auftragnehmer kann Herausgabe der Bürgschaftsurkunde an sich selbst verlangen

Häufig streiten Bauvertragsparteien nach Wegfall des Sicherungszwecks darüber, ob der Auftraggeber (AG) die Urkunde über

eine Mängelbürgschaft an den Auftragnehmer (AN) oder an den Bürgen zurückzuge-

ben hat. Dies war bislang in Rechtsprechung und Literatur umstritten.

Mit Urteil vom 09.10.2008 (VII ZR 227/07) hat der BGH entschieden, dass dem AN nach Erlöschen der Bürgschaftsverpflichtung nicht nur ein Anspruch auf Herausgabe der Bürgschaftsurkunde an den Bürgen zusteht. Aus § 17 Nr. 8 VOB/B in Verbindung mit der vertraglichen Sicherungsabrede des Bauvertrags zwischen dem AG und dem AN ergibt sich, dass der AN die Rückgabe auch an sich selbst verlangen kann.

Zutreffend weist der BGH darauf hin, dass die Regelung des § 17 Nr. 8 VOB/B ihrem Wortlaut nach zwar keine Aussage zum genauen Inhalt des Herausgabeanspruchs trifft. Allerdings konkretisiert § 17 VOB/B die vertragliche Sicherungsabrede des Bauvertrags dahingehend, dass der AN die Herausgabe der Bürgschaft an sich selbst verlangen kann. Im Rahmen der Konkretisierung ist die besondere Interessenlage zwischen den Bauvertragsparteien zu beachten. Der AN hat ein berechtigtes Interesse an der Rückgabe an sich selbst, weil es ihm so - ohne den Bürgen bemühen zu müssen - in einfacher Weise ermöglicht wird, die Rückabwicklung selbst sicherzustellen und zu kontrollieren. Demgegenüber existieren keine Gründe, die für eine Herausgabe an den

Bürgen sprechen. Entscheidend ist hierbei, dass dem AG kein Nachteil durch die Rückgabe an den AN erwächst.

Die vertragliche Herausgabepflicht steht zudem nicht in Konflikt mit einer etwaigen Pflicht des Bürgschaftsgläubigers zur Herausgabe der Urkunde an den Bürgen gemäß § 371 Satz 1 BGB. Denn bei der Auslegung des Bürgschaftsvertrages dürfen die besonderen Vertragsbeziehungen nicht unberücksichtigt bleiben, die zwischen den Beteiligten im Rahmen der Absicherung bauvertraglicher Forderungen bestehen. Diese Vertragsbeziehungen, insbesondere die Sicherungsabrede zwischen den Bauvertragsparteien, sind den Beteiligten bekannt und bilden für sie die Grundlage des von ihnen durchgeführten Sicherungsgeschäfts. Bei interessengerechter Auslegung des Bürgschaftsvertrags enthält dieser stillschweigend die Abrede, dass der Bürgschaftsgläubiger der Rückgabepflichtung auch durch Rückgabe an den Sicherungsgeber nachkommen kann.

Die Entscheidung ist abrufbar über www.leinemann-partner.de, Quick-Link-Nr. 2010902.

RA P. Anush Rienau, Hamburg

3. OLG Naumburg: Das Vergabeverzögerungsrisiko liegt beim AG. Die Abrechnung der Mehrvergütung erfolgt über § 2 Nr. 5 VOB/B.

Erneut hat sich ein Oberlandesgericht mit der Frage auseinandergesetzt, wer das Vergabeverzögerungsrisiko trägt und wie mit einem verspätet erteilten Zuschlag umzugehen ist. Ein öffentlicher Auftraggeber (AG) schrieb die Errichtung zweier Brückenbauwerke europaweit aus. Als Zuschlags- und Bindefrist war der 09.11.2005 angegeben. Baubeginn sollte am 31.01.2006, die Fertigstellung am 15.12.2006 sein. Wegen eines Nachprüfungsverfahrens wurde der Zuschlag an die Auftragnehmerin (AN) erst am 20.03.2006 erteilt. Zwei Tage später wies die AN auf die Änderung der Ausführungsfristen hin und bat um Anerkennung verzögerungsbedingter Mehrvergütungsansprüche dem Grunde nach. Hierzu legte die AN am 30.03.2006 einen angepassten vorläufigen Terminplan vor. Der AG reagiert hierauf mit einer Mahnung, die Leistung wie ausgeschrieben zu erbringen. Schließlich kündigt der AG Mitte September 2006 den Vertrag aus wichtigem Grund, weil die von ihm gesetzten Beschleunigungsfristen nicht mehr

zu realisieren waren. Die AN verlangt die volle Vergütung für nicht erbrachte Leistungen abzüglich ersparter Aufwendungen und hat Erfolg.

Das OLG Naumburg bestätigt in seinem Urteil vom 02.10.2008 (Az.: 1 U 42/08) die bisher herrschende Rechtsprechung. Verzögert sich der Baubeginn durch ein vergabe-rechtliches Nachprüfungsverfahren, so ist die Leistungszeit in entsprechender Anwendung von § 6 Nr. 1 VOB/B und die Vergütung in entsprechender Anwendung von § 2 Nr. 5 VOB/B anzupassen. Lehnt der öffentliche AG eine Vertragsanpassung in der einen oder anderen Hinsicht schon dem Grunde nach ab, steht dem AN ein Leistungsverweigerungsrecht zu. Insofern war die AN hier nicht in Verzug, schon weil nach Zuschlagserteilung keine neuen, an die veränderten Bauzeiten angepassten Vertragsfristen vereinbart worden sind. Auch der von ihr selbst vorgelegte Terminplan ist nicht Vertragsbestandteil geworden, weil der AG ihn nicht akzeptiert hat.



Der BGH wird zu dieser Problematik am 26.02.2009 in einer Sache ein Urteil verkünden, in der der klagende AN von LEINEMANN PARTNER vertreten wird. Es wird erwartet, dass sich der BGH der herrschenden Meinung anschließt und damit die Zuweisung des Vergabeverzögerungsrisikos an den AG endlich geklärt ist. Wir werden Sie an dieser

Stelle selbstverständlich über den die Entscheidung des BGH unterrichten.

*Die Entscheidung des OLG Naumburg vom 02.10.2008 ist abrufbar über www.leinemann-partner.de, **Quick-Link-Nr. 2010903.***

Dr. Thomas Hildebrandt, Hamburg

4. OLG Naumburg: **Bedenken des AN rechtfertigen keine Kündigung aus wichtigem Grund des AG**

Das OLG Naumburg hatte sich in der o.g. Entscheidung vom 02.10.2008 (Az.: 1 U 42/08) auch mit der Frage auseinanderzusetzen, ob die vom AG ausgesprochene Kündigung aus wichtigem Grund wegen einer Bedenkenanzeige des AN gegen die Umsetzbarkeit der Bauausführungsplanung des AG wirksam war. Der AN wies den AG darauf hin, dass der in der Ausschreibung vorgesehene 500 t-Kran zur Verlegung von Stahlverbundhalbfertigteilen nicht ausreichend sei. Der AG forderte die AN daraufhin auf mitzuteilen, weshalb der Entwurf nicht umsetzbar sei. Wenige Tage später gab die AN ihre Bedenken gegen den Entwurf ausdrücklich auf. Der AG kündigte dennoch am 18.09.2006 nach § 8 Nr. 3 VOB/B, weil eine grobe Störung des vertraglichen Vertrauensverhältnisses vorliege, denn die Zurücknahme der Bedenken gegen den Amtsentwurf sei ein bloßes Lippenbekenntnis.

Das sah das OLG Naumburg anders. Die Bedenkenmitteilung der AN zum 500 t-Kran

sei keine schwerwiegende nachhaltige Vertragsverletzung der AN, zumal der AG diesen Bedenken der AG später durch den Einsatz eines anderen Krans nachgekommen ist. Jeder AN ist zur Vermeidung einer eigenen Schadensersatzpflicht gehalten, den AG auf etwaige Planungsfehler hinzuweisen. Abgesehen davon hatte im vorliegenden Fall die AN ihre Bedenken zurückgestellt. Das kann eine Kündigung aus wichtigem Grund nicht rechtfertigen. Ob aber eine freie Kündigung – wie hier vom OLG angenommen – stets vorliegt, wenn die wichtigen Kündigungsgründe wegfallen, darf bezweifelt werden. Hierfür sind weitere Anhaltspunkte erforderlich (vgl. BGH, Ur. v. 24.07.2003 – VII ZR 218/02).

*Die Entscheidung des OLG Naumburg ist abrufbar über www.leinemann-partner.de, **Quick-Link-Nr. 2010903**, die des BGH über **Quick-Link-Nr. 2010904.***

Dr. Thomas Hildebrandt, Hamburg

Bitte senden Sie mir (zutreffendes bitte ankreuzen):

- Künftig Ihre kostenfreien baurechtlichen Informationen (ich bin noch nicht in Ihrem Verteiler)
 Ihre baurechtlichen Informationen künftig per Email an

Ich sende Ihnen eine Email an info@leinemann-partner.de und bitte um künftige Übersendung Ihrer baurechtlichen Informationen an meine Absenderadresse.

- Die neue Broschüre „Bau- und Immobilienrecht von LEINEMANN & PARTNER RECHTSANWÄLTE
 Die neue Broschüre „Vergaberecht“ von LEINEMANN & PARTNER RECHTSANWÄLTE

Name/Firma:

Adresse:

Bitte absenden an LEINEMANN & PARTNER RECHTSANWÄLTE, Postfach 08 05 32, oder **per Fax: 030/ 20 64 90 92**

Impressum:

Infodienst für Bau- und Vergaberecht, herausgegeben von LEINEMANN & PARTNER RECHTSANWÄLTE, Friedrichstraße 185 – 190, 10117 Berlin, Telefon: 030-2064190, Telefax: 030-20649092

E-Mail: info@leinemann-partner.de

Ständige Mitarbeiter: Dr. Thomas Hildebrandt, Prof. Dr. Ralf Leinemann (V.i.S.d.P.)

WWW.LEINEMANN-PARTNER.DE