



## I. Neues aus der Gesetzgebung

### Bauforderungssicherungsgesetz (BauFordSiG) nur unwesentlich geändert

Nachdem das Bundeskabinett eine Änderung des Bauforderungssicherungsgesetzes (BauFordSiG) wegen der massiven Kritik hinsichtlich der zweckentsprechenden Baugeldverwendung und der Berücksichtigung des Eigenleistungsanteils des Baugeldempfängers nicht nur zu 50%, sondern zu 100% beschlossen hatte, entschied sich der Bundesrat in seiner 860. Sitzung am 10.07.2009 gegen eine so weitgehende Änderung. Entgegen den Forderungen der Bauindustrie und entsprechend der geltenden Fassung des BauFordSiG soll die Separierungspflicht für alle Baugeldempfänger erhalten bleiben.

Im Änderungsgesetz verblieb lediglich die Regelung, nach der die Eigenquote, die der Baugeldempfänger für von ihm erbrachte Leistungen behalten darf, auf 100 Prozent erhöht wird. Am 03.08.2009 wurde das Änderungsgesetz zum BauFordSiG im Bundesgesetzblatt veröffentlicht. Es trat am 04.08.2009 in Kraft. Die Debatte um das neue BauFordSiG dürfte damit (zunächst) abgeschlossen sein.

## II. Neues aus der Rechtsprechung

### 1. BGH **Ausschluss von § 768 BGB führt zur Gesamtnunwirksamkeit der Sicherungsabrede**

Der BGH entschied am 16.06.2009 (Az. XI ZR 145/08) über die Wirksamkeit folgender, in Bauverträgen oft verwandter Sicherungsabrede:

*„Der Einbehalt zur Sicherung der Gewährleistungsansprüche beträgt 5% der Schlussabrechnungssumme zuzüglich Mehrwertsteuer. Die Sicherheit kann durch Stellung einer Bürgschaft abgelöst werden. Der Sicherheitseinbehalt/die Bürgschaft wird auf schriftliches Verlangen nach dem vereinbarten Gewährleistungszeitraum zurückgegeben.*

*Sämtliche selbstschuldnerische Bankbürgschaften müssen den Verzicht auf die Einreden der Anfechtbarkeit, der Aufrechenbarkeit und der Vorausklage (§§ 768, 770, 771 BGB) und den Verzicht auf das Recht der Hinterlegung enthalten“.*

Nach Ansicht des BGH ist diese Klausel insgesamt unwirksam, weil die Sicherungsabrede die Einrede des Bürgen aus

§ 768 BGB ausschließt. Eine Sicherungsabrede über die Stellung einer Mängelsicherheit von 5% führt nur dann nicht zu einer unangemessenen Benachteiligung, wenn sie einen fairen Ausgleich dafür vorsieht, dass der Auftragnehmer den Werklohn nicht sofort erhält, er das Bonitätsrisiko des Auftraggebers für die Dauer der Verjährungsfrist für Mängelansprüche tragen muss und ihm die Verzinsung des Werklohns entgeht (BGH, BauR 1997, 829). Die alleinige Ablösungsmöglichkeit durch Bürgschaft mit Verzicht des Bürgen auf sämtliche Einreden aus dem Hauptschuldverhältnis ist dagegen kein angemessener Ausgleich. Sämtliche Einreden wie etwa der Umfang des Leistungsverweigerungsrechts nach § 641 Abs. 3 BGB sind damit endgültig ausgeschlossen. Diese die Akzessorietät teilweise aufhebende Wirkung benachteiligt unmittelbar auch den AN, weil der Bürge bei ihm Re-

gress nehmen kann. Die Vereinbarung einer Mängelsicherheit mit der Ablösungsmöglichkeit durch eine Mängelbürgschaft bildet eine untrennbare konzeptionelle Einheit (vgl. BGH, BauR 2007, 1918).

Entgegen der Auffassung des VII. Zivilsenats des BGH, der in seiner Entscheidung vom 12.02.2009 über einen ähnlichen Fall der Ansicht war, dass nur eine Teilunwirksamkeit der Sicherungsabrede eintritt, ist nach der vorliegenden Entscheidung von einer vollständigen Unwirksamkeit der Sicherungsabrede auszugehen. Das sollte zukünftig beachtet werden. Maßgebend ist ferner, dass der BGH in der vorliegen-

den Entscheidung andeutet, der AGB-rechtlich ebenfalls unwirksame formularmäßige Verzicht des Bürgen auf die Einrede der Aufrechenbarkeit (BGB § 770 Abs. 2) möglicherweise ebenfalls zur Gesamtwirksamkeit der Sicherungsabrede führen könnte. Hier rüber werden wir weiter berichten.

*Die Entscheidung ist abrufbar über [www.leinemann-partner.de](http://www.leinemann-partner.de), **Quick-Link-Nr. 2040901***

*RA Dr. Thomas Hildebrandt, Hamburg*

## **2. BGH: Anforderungen des Herstellers können den anerkannten Regeln der Technik vorgehen**

Dem vom BGH mit Urteil vom 23.07.2009 (Az.: VII ZR 164/08) entschiedenen Fall lag der nachfolgende Sachverhalt zugrunde.

Eine Fachwerkstatt wurde mit der Grundüberholung eines Gasmotors, mit dem ein Blockheizkraftwerk betrieben wird, beauftragt. Einige Monate nach der Grundüberholung kam es zu erheblichen Schäden am Motor, nachdem ein Gegengewicht der Kurbelwelle abgerissen war. Ursache des Abrisses war der Bruch von zwei hochfesten Befestigungsschrauben, die im Zuge der Grundüberholung von der Fachwerkstatt zunächst gelöst und nach Durchführung der Grundüberholung sowie entsprechender Prüfung weiter verwendet wurden. Der Versicherer des Bestellers machte vertragliche Schadenersatzansprüche gegen die Fachwerkstatt geltend.

Zwar war nach den anerkannten Regeln der Technik das Vorgehen der Fachwerkstatt nicht zu beanstanden, soweit sie nach sorgfältiger Prüfung keine Schäden an den Befestigungsschrauben feststellte. Jedoch sahen die Wartungsvorschriften des Herstellers vor, einmal gelöste Befestigungsschrauben stets zu erneuern.

Der BGH führte aus, dass über die anerkannten Regeln der Technik hinausgehende Anforderungen des Herstellers für die Grundüberholung und Wartung jedenfalls dann zu beachten seien, wenn sie, wie vorliegend, die Sicherheit des Betriebs

der technischen Anlage betreffen. Er hob aus diesem Grunde das Urteil des Berufungsgerichts auf, das entschieden hatte, dass Wartungsvorschriften nur private technische Regelungen mit Empfehlungscharakter darstellen und die Fachwerkstatt kein Verschulden treffe. Der BGH verwies zudem darauf, dass dann, wenn der Hersteller aus Sicherheitsgründen Anforderungen an die Grundüberholung stellt, die die Anforderungen übertreffen, die allgemein üblich sind und den anerkannten Regeln der Technik entsprechen, der Unternehmer nicht eigenmächtig entscheiden darf, ob das bei der abweichenden Ausführung bestehende Risiko eingegangen werden soll. Eine solche Entscheidung stehe allein dem Besteller zu. Auch die Berufung der Fachwerkstatt darauf, dass ihr als nicht autorisierte Vertragswerkstatt die Wartungsvorschriften des Herstellers nicht zugänglich gewesen seien, ändere nichts an ihrer Haftung. Nur durch eine entsprechenden Aufklärung des Bestellers über den Umstand des fehlenden Zugangs zu den Herstellervorschriften könne der Unternehmer eine Haftung vermeiden.

*Die Entscheidung ist abrufbar über [www.leinemann-partner.de](http://www.leinemann-partner.de), **Quick-Link-Nr. 2040902***

*RA René Berger, Hamburg*

### 3. OLG Düsseldorf : Eine Mischkalkulation stellt nicht grundsätzlich eine unzutreffende Preisangabe dar (Vergabe)

Das OLG Düsseldorf (Az.: Verg 66/08) hat sich mit Beschluss vom 09.02.2009 mit der Frage auseinandergesetzt, ob Kosten- oder Preisverlagerungen per se anstößig seien. Dem lag folgender Sachverhalt zugrunde: Die Antragsgegnerin schrieb arbeitsmedizinische Betreuungsleistungen für die Bundeswehr aus. Die Vergabeunterlagen sahen neben Leistungen nach § 3 Arbeitssicherheitsgesetz (ASiG) unter anderem arbeitsmedizinische Untersuchungen und Leistungen vor, die nach näherer Bestimmung gemäß der Gebührenordnung für Ärzte (GOÄ) vergütet werden sollten. Die Antragsstellerin warf der Beigeladenen vor, den Überschuss, den die Beigeladene bei den nach GOÄ zu vergütenden arbeitsmedizinischen Untersuchungen erwartet, dazu zu verwenden, den Preis für die Leistungen nach § 3 ASiG herabzusetzen. Damit habe die Beigeladene eine unzulässige Mischkalkulation vorgenommen.

Das OLG führt aus, dass eine Verletzung der Antragsstellerin in Ihren Rechten nicht vorliege. Das Angebot der Beigeladenen sei nicht wegen einer Mischkalkulation von der Wertung auszunehmen. Die Feststellung einer unvollständigen, weil unzutreffenden Preisangabe setze nicht den Nachweis einer Mischkalkulation voraus, mit anderen Worten, dass ermittelt wird, welcher gegebenenfalls abgepreisten Leistung welche andere, aus Gründen der Kompensation aufgepreiste Leistung im Angebot des betroffenen Bieters entspricht.

Eine unvollständige Preisangabe, die zum Ausschluss den Angebots führt, sei zwar schon anzunehmen, wenn ein einzelner Preis unzutreffend, das heißt nicht so, wie gefordert, vollständig mit dem Betrag angegeben worden ist, den der Bieter für die betreffende Leistung tatsächlich beansprucht (BGH, Urt. v. 18.05.2004 – Az.: X ZB 7/04). Wie ein Bieter seine Preise kalkuliert, schreiben die Vertrags- und Verdingungsordnungen hingegen nicht vor. Dies liege als Ausdruck der Freiheit unternehmerischen Handels in seinem Verantwortungsbereich. Mischkalkulationen seien nicht per se anstößig, sie seien nicht zu beanstanden, wenn im Angebot jedenfalls der Preis genannt wird, den der Bieter nach dem Ergebnis seiner Kalkulation dem Auftraggeber tatsächlich in Rechnung zu stellen beabsichtigt. So betrachtet dürfte die Beigeladene einen aufgrund der Abrechnung nach GOÄ bei den betriebsärztlichen Untersuchungen und Leistungen erwarteten Erlösüberschuss der Preiskalkulation bei Leistungen nach § 3 ASiG durchaus gutbringen und solche Leistungen gewissermaßen quersubventionieren. Mit dieser Entscheidung stärkt das OLG Düsseldorf die Kalkulationsfreiheit des Bieters.

*Die Entscheidung ist abrufbar über [www.leinemann-partner.de](http://www.leinemann-partner.de), Quick-Link-Nr. 2040903*

*RA Bastian Haverland, Hamburg*

### 4. OLG Hamm: Fehlende Übergabe von Revisionsplänen kann wesentlichen Mangel darstellen

Das OLG Hamm hat sich in einem Urteil vom 17.06.2008 (Az.: 19 U 152/04, Nichtzulassungsbeschwerde BGH am 18.06.2009 zurückgewiesen) mit dem Rechtsbegriff des wesentlichen Mangels auseinandergesetzt. Daneben nahm das OLG zu den Anforderungen an eine konkludente Abnahme Stellung, wenn die Vertragsparteien die nach dem abgeschlossenen Vertrag ausdrücklich vereinbarte

förmliche Abnahme nicht durchgeführt haben.

So hat das OLG ausgeführt, dass die Zurverfügungstellung der Revisionspläne nicht nur eine für die Gebrauchsfähigkeit des Werks unbedeutende Nebenleistung, sondern eine für die Gebrauchsfähigkeit des Objekts in der Zukunft wesentliche Vertragsleistung darstelle, ohne deren Vorliegen die Werkleistung nicht vollständig erbracht sei. Diese Einordnung sei

deshalb gerechtfertigt, weil ein detaillierter zu den Revisionsunterlagen gehörender Übersichtsplan, insbesondere über die Elektro-, Sanitär- und Heizungsanlagen-einrichtungen, für die fachgerechte und zielorientierte Instandhaltung und Wartung dieser Anlagen bei einem Objekt der vorliegenden Größenordnung (größeres Seniorenheim) unerlässlich sei. Es wertete die fehlende Übergabe der Revisionspläne als wesentlichen Mangel, der einer Abnahmereife entgegen steht.

Das OLG zeigte überdies auf, dass es auch nach einer über 6-jährigen Nutzung eines neu errichteten Gebäudes an einer (konkludenten) Abnahme fehlen kann. Insbesondere dann, wenn die Parteien vertraglich ausdrücklich die Durchführung einer förmlichen Abnahme vereinbart haben, kann in dem Umstand, dass die förmliche Abnahme über längere Zeit vom Auftraggeber nicht verlangt wird, ein Verzicht nur dann gesehen werden, wenn aus dem Verhalten des Auftraggebers auf einen solchen Verzichtswillen geschlossen werden kann. Dabei sind an die hierfür zu treffenden Feststellungen erhebliche Anforderungen zu stellen, die vorliegend nicht erreicht wurden.

Die Entscheidung des OLG verdeutlicht, dass in der Praxis im Falle eines erhebli-

chen Zeitablaufs nach der Ingebrauchnahme des Bauwerks trotz der Nichtdurchführung einer vereinbarten förmlichen Abnahme oftmals vorschnell, ohne exakte rechtliche Prüfung, auf einen konkludenten Verzicht geschlossen und eine konkludente Abnahme angenommen wird. Hier kann eine detaillierte Auseinandersetzung lohnenswert sein.

Für die Ausfüllung des Rechtsbegriffs des „wesentlichen Mangels“ ist grundsätzlich auf den Einzelfall abzustellen. Kriterien sind dabei die Art, der Umfang und vor allem die Auswirkung des Mangels. Die Ausführungen des OLG zur Bedeutung der fehlenden Übergabe von Revisionsplänen dürften von erheblicher praktischer Bedeutung sein. Gerade im Hinblick auf komplexe technische Anlagen erscheint die Klassifizierung der fehlenden Übergabe der Revisionspläne als wesentlicher Mangel sachgerecht. Bei weniger komplexen Werken ist hingegen eine Einordnung als unwesentlicher Mangel naheliegender.

*Die Entscheidung ist abrufbar über [www.leinemann-partner.de](http://www.leinemann-partner.de), Quick-Link-Nr. 2040904*

*RA René Berger, 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 [nzb@leinemann-partner.de](mailto:nzb@leinemann-partner.de) und bitte um künftige Übersendung Ihrer baurechtlichen Informationen an meine Absenderadresse per Email.

**Wir haben neue Kanzleibroschüren seit 15. Mai 2009. Bestellen Sie sich ein Exemplar !**

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

Name/Firma:  
Adresse:



»Kanzlei des Jahres  
für Privates Baurecht«

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](mailto:info@leinemann-partner.de)  
Ständige Mitarbeiter: Dr. Thomas Hildebrandt, Prof. Dr. Ralf Leinemann (V.i.S.d.P.)