

SES BERLIN · Uhlandstraße 7/8 · D-10623 Berlin

 SES BERLIN

Dietger Feder (bis 2008)
Notar a. D.

Detlef P. Eulitz
Notar

Martin Schrader

Dr. Nikolaus Würtz
Fachanwalt für Arbeitsrecht

Götz Faude
Fachanwalt für Arbeitsrecht

Thomas Weischede
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Daniel Wendland

Dr. Dirk Fischer

Dr. Frank Nagelschmidt

Claus Hansmann

Orkun Sahin

Carl-Friedrich Wendt
Notar

Baurechtsverteiler

Berlin, den 03. August 2010
1834/08C35 el (Bitte stets angeben) D23/8014
Rechtsanwalt Detlef Eulitz
Sekretariat: Frau Eijack Tel. 31 57 57 -23 / Fax 31 57 57 -94
Detlef.Eulitz@ses-legal.de

Sehr geehrte Damen und Herren,
liebe Leser,

das Diktat des aktuellen Monatsberichts beginne ich mit dem festen Vorsatz, mich - wie am 06.07.2010 angedroht - wegen der Ferienzeit kurz zu fassen. Ob es gelingt, wird sich zeigen. Weniger als 10 Seiten genügen meinem Versprechen oder ich rette mich über einen "Versprecher".

Wie stets gebührt den aktuellen Nachrichten der Vorzug:

a) Das Bundesjustizministerium und das Bundesfinanzministerium haben am 08.07.2010 einen umfangreichen Referentenentwurf für ein "Gesetz zur Restrukturierung und geordneten Abwicklung von Kreditinstituten und zur Verlängerung der Verjährungsfrist der aktienrechtlichen Organhaftung" (kurz: Restrukturierungsgesetz) vorgelegt. Hauptziel des Gesetzesvorhabens ist es, als wesentliche Lehre aus der Finanzmarktkrise geeignete rechtliche Instrumente bereitzustellen, um Banken, die in Schwierigkeiten geraten sind, in einem geordneten Verfahren entweder zu sanieren oder abzuwickeln. Der 111seitige Referentenentwurf kreierte deshalb ein

 SES BERLIN

Uhlandstraße 7/8
D-10623 Berlin
Telefon: +49.(0)30.31 57 57 0
Telefax: +49.(0)30.31 57 57 99
www.ses-legal.de
berlin@ses-legal.de

KONTEN
Commerzbank AG
Konto 9 530 630 00
BLZ 100 800 00
IBAN DE44100800000953063000
SWIFT (BIC) DRESDEFF100

Berliner Volksbank eG
Konto 5 451 537 000
BLZ 100 900 00
IBAN DE97100800005451537000
SWIFT (BIC) BEVODEBB

Postbank AG Berlin
Konto 540 69 102
BLZ 100 100 10
IBAN DE23100100100054069102
SWIFT (BIC) PBNKDEFF

VAT-Id.No. DE135564828

Member of

**MACKRELL
INTERNATIONAL**

An International Network
of Independent Law Firms

Verfahren zur Sanierung und Reorganisation von Kreditinstituten mit Hilfe von aufsichtsrechtlichen Instrumenten zum frühzeitigen Eingreifen und zur Krisenbewältigung sowie mit der Errichtung eines Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute. Das Konzept ist umrahmt von einem Bündel flankierender Maßnahmen. Nun sind die Interessenverbände gefordert, um sich hierzu zu positionieren. Ob und wie der Entwurf die Gesetzgebungsorgane passiert, bleibt abzuwarten.

b) Die EU-Kommission will die Justiz ins 21. Jahrhundert bringen. Dafür hat sie am 16.07.2010 das sog. "Europäische Justizportal" freigeschaltet. Die Seite soll Rechtsanwälten, Notaren, Richtern sowie Bürgern und Unternehmen die juristische Informationssuche erleichtern. In 22 EU-Sprachen stellt das Portal grundlegende Informationen über das Europarecht und die nationalen Rechtssysteme der Mitgliedstaaten bereit. Bis 2013 sollen weitere Inhalte hinzukommen. U.a. will EU-Justizkommissarin Reding die nationalen Register für Insolvenzen, Testamente, Grundbucheinträge und Unternehmen mit dem Portal verbinden. Auch das europäische Mahnverfahren soll integriert werden. Nutzen Sie die damit verbundenen Möglichkeiten bei Ihren Auslandsaktivitäten.

c) Im Zusammenhang mit dem aktuellen Sparprogramm plant die Bundesregierung das sog. "Fiskusvorrecht" in Insolvenzverfahren wieder einzuführen. Damit würden die Finanzämter regelmäßig vor den anderen Gläubigern aus der Insolvenzmasse ihre Forderungen geltend machen können. Dies verstößt nach Ansicht des Deutschen Anwaltvereins nicht nur gegen elementare Grundsätze des Insolvenzrechts, sondern führt auch zum Abbau von Arbeitsplätzen und zu Steuermindereinnahmen. Durch das Vorrecht des Fiskus werden zahlreiche Unternehmen, die jetzt noch saniert werden könnten, abgewickelt werden müssen, was Arbeitsplätze gefährdet und diese Firmen als künftige Steuerzahler ausschließt.

d) Die Bundesregierung will nach Abschluss und Auswertung eines Pilotprojekts prüfen, ob der Zoll auf Großbaustellen dauerhaft präsent sein soll, um stärker gegen Schwarzarbeit vorgehen zu können. Wie es in der Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage der SPD-Fraktion heißt, sind Bedienstete der "Finanzkontrolle Schwarzarbeit" derzeit täglich im Schichtbetrieb auf der Baustelle des Kohlekraftwerks Neurath tätig.

Nach dem Abschluss des Projekts werde darüber entschieden, ob auch andere Baustellen für eine Dauerpräsenz geeignet seien. Die Alternative einer dauerhaft hohen Prüffintensität ohne dauerhafte Präsenz werde derzeit auf der Baustelle des Flughafen Berlin-Brandenburg International ausprobiert.

Wie aus der Antwort weiter hervorgeht, wurden 2009 wegen Schwarzarbeit und illegaler Beschäftigung im Bereich des Baugewerbes 7.543 Ermittlungsverfahren wegen Straftaten und 13.036 wegen Ordnungswidrigkeiten eingeleitet. Es seien Geldbußen in Höhe von insgesamt 34,9 Mio. EUR festgesetzt worden.

e) Die EU-Kommission hat gegen 17 Spannstahl-Hersteller wegen eines Preis- und Marktaufteilungskartells Geldbußen in Höhe von 518 Mio. EUR verhängt. "Diese Unternehmen sind fast so aufgetreten wie in einer Planwirtschaft", kommentierte der für die Wettbewerbspolitik zuständige Vizepräsident Almunia der Kommission, und führte weiter aus: "Die Kommission wird gegenüber Kartellen keine Nachsicht walten lassen. Wiederholungstäter werden mit einer höheren Geldbuße belegt, und Anträgen auf Stundung oder Senkung der Geldbuße wegen drohender Zahlungsunfähigkeit wird nur stattgegeben, wenn die Geldbuße das Unternehmen eindeutig in die Insolvenz treiben würde, was selbst in diesen wirtschaftlich schwierigen Zeiten selten ist."

Das Kartell bestand von Januar 1984 bis September 2002 und erstreckte sich auf alle damaligen EU-Länder mit Ausnahme des Vereinigten Königreichs, Irlands und Griechenlands. Es endete 2002, als DWK/Saarstahl aufgrund der Kronzeugenregelung die Kommission von seiner Existenz unterrichtete, die daraufhin unangekündigte Nachprüfungen in den Geschäftsräumen der mutmaßlichen Kartellmitglieder durchführte. Insgesamt 18 Jahre lange haben die beteiligten Unternehmen einzelne Lieferquoten und Preise festgesetzt, Abnehmer untereinander aufgeteilt und sensible Geschäftsinformationen ausgetauscht. Diese Preis- und Marktaufteilungsabsprachen wurde mittels eines Systems von nationalen Koordinatoren und bilateralen Kontakten überwacht.

f) Ebenso verfuhr die Kommission gegen 17 Hersteller von Badezimmerausstattungen wegen eines Preiskartells in Deutschland und 5 weiteren EU-Ländern; sie verhängte Geldbußen von insgesamt 622 Mio. EUR. Bei den meisten Unternehmen handelt es sich um bekannte Anbieter: Artweger, Cisal, Dornbracht, Duravit, Duscholux, Grohe, Hansa,

Ideal Standard, Kludi, Mamoli, Masco, Roca, RAF, Sanitec, Teorema, Villeroy & Boch und Zucchetti. Das Kartell bestand 12 Jahre lang und betraf Sanitär-Keramik wie Waschbecken und Badewannen sowie Armaturen und Ausstattungen.

Im Rahmen der Kronzeugenregelung wurde Masco die Geldbuße vollständig erlassen, da es als erstes Unternehmen Informationen über das Kartell vorgelegt hatte. Die Geldbußen von 5 Unternehmen wurden ermäßigt, da die betreffenden Unternehmen angesichts ihrer finanziellen Lage vermutlich nicht in der Lage gewesen wären, die Geldbuße zu bezahlen.

g) Der Energieausweis soll potentielle Käufer und Mieter einer Immobilie über die zu erwartenden Energiekosten unterrichten. Das Dokument muss daher bei jeder Neuvermietung und jedem Verkauf einer Immobilie dem jeweiligen Miet- oder Kaufinteressenten zugänglich gemacht werden. Außerdem können Wohnungseigentümer Einsicht in den Energieausweis verlangen. Ihnen muss auch eine Kopie des Dokuments ausgehändigt werden, wenn sie die Kosten für deren Herstellung übernehmen. Bestandsmieter haben dagegen keinen Anspruch auf Einsicht in den Energieausweis.

Die Energieeinsparverordnung (EnEV) verlangt zudem nicht, dass der Energieausweis unaufgefordert vorgelegt werden muss. Bei Verkauf oder Vermietung genügt es daher, wenn der Energieausweis auf Wunsch vorgelegt werden kann. Ist eine Einsichtnahme allerdings nicht möglich, gilt das als bußgeldpflichtiger Tatbestand. Nach der EnEV 2009 kann die zuständige Bauaufsichtsbehörde in diesem Fall Beträge von bis zu 15.000,00 EUR verlangen.

In der Praxis reicht das Vorweisen des Energieausweises jedoch oft nicht aus. Viele Banken bestehen immer häufiger darauf, dass ihnen zur Prüfung der Kreditvergabe eine Kopie des Dokuments zur Verfügung gestellt wird.

Nachdem Sie nunmehr verlässlich wissen, dass Kartellabsprachen irgendwann doch "auffliegen", und auch ansonsten halbwegs à jour sind, wechsele ich zur aktuellen Rechtsprechung, ohne ein konkretes Fachgebiet zu bevorzugen. Sofern Ihnen die nachstehend wiedergegebenen Leitsätze der berücksichtigten Entscheidungen nicht transparent genug sein sollten, steht Ihnen unsere Baurechtsabteilung selbstverständlich für Rückfragen und zusätzliche Erläuterungen zur Verfügung:

(1) OLG Nürnberg, Urteil vom 08.03.2010 - 2 U 1709/09 -

"a) Ist der nach § 2 Nr. 3 VOB/B zu vereinbarende Einheitspreis für Mehrmengen um das

8fache überhöht, weil der Auftragnehmer in der betreffenden Position des Leistungsverzeichnisses einen ähnlich überhöhten Einheitspreis für die ausgeschriebene Menge angeboten hat, kann bereits eine Vermutung für ein sittlich verwerfliches Gewinnstreben des Auftragnehmers bestehen. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn die Mengenangabe im Leistungsverzeichnis offenkundig um den Faktor 100 zu niedrig angegeben ist.

b) An der Sittenwidrigkeit eines überhöhten Einheitspreises kann es fehlen, wenn die Abrechnung der Mehrmengen auf den Gesamtpreis nur unerheblich ist. Das ist aber bei einer Erhöhung des Gesamtpreises um 13 % nicht mehr der Fall.

c) Die Vermutung der Sittenwidrigkeit kann nicht durch einen Vortrag ausgeräumt werden, dass der Kalkulator der Position beim Ausfüllen des LV als wirtschaftlich unbedeutend keine größere Aufmerksamkeit gewidmet habe."

Die neue Spekulationsrechtsprechung des BGH ist in der alltäglichen Abrechnungspraxis angekommen. Bemerkenswert ist, dass die Vermutung der Sittenwidrigkeit nicht erst bei einer "exorbitanten" - im BGH-Fall: einer 854fachen - Überhöhung des Einheitspreises greift, sondern schon bei einer 8fachen Überschreitung.

(2) Kammergericht, Beschluss vom 09.06.2009 - 7 U 50/09 -

"Wird ein Pauschalvertrag nicht vollständig zu Ende geführt, muss der Unternehmer zur Begründung seines Vergütungsanspruchs für die erbrachten Leistungen im Einzelnen auf Basis seiner Kalkulation darlegen, welchen Wert diese Leistungen im Verhältnis zum Wert der geschuldeten Gesamtleistung hatten. Andernfalls ist seine Klage in vollem Umfang unschlüssig."

Zwar wird eine Werklohnklage auf Grundlage einer nicht prüfaren Abrechnung beim VOB-Vertrag mangels Fälligkeit als "derzeit unbegründet" abgewiesen, jedoch nur, wenn der AG die fehlende Prüfbarkeit der Rechnung auch gerügt hat. Anderenfalls findet eine abschließende Klärung der Werklohnforderung im anhängigen Prozess statt. Dann droht eine endgültige Abweisung der unschlüssigen Klage, wie es dem AN im entschiedenen Fall ergangen ist.

(3) Kammergericht, Beschluss vom 13.02.2009 - 7 U 86/08 -

"Ein Privatgutachten ist nicht geeignet, einen Anspruch auf Entschädigung gem. § 642 BGB wegen Baubehinderung darzulegen, wenn daraus nicht die Konsequenz gezogen wird, bestimmten Behinderungen bestimmte Verzögerungsfolgen zuzuordnen."

Für die erfolgreiche Geltendmachung von Ansprüchen wegen Bauzeitverlängerung ist es erforderlich, dass der AN eine bauablaufbezogene Dokumentation der jeweiligen Behinderung erstellt. Ein baubetriebliches Gutachten ohne derartige Dokumentation ist dafür untauglich.

(4) OLG Celle, Urteil vom 18.03.2010 - 6 U 108/09 -

"a) Wird das Werk des Unternehmers vor Abnahme zerstört oder beschädigt, ohne dass eine Partei dies zu vertreten hat, und befindet sich der Besteller nicht in Verzug der Annahme, so hat der Unternehmer gem. § 644 Abs. 1 BGB das Werk ohne zusätzliche Vergütung neu herzustellen bzw. die Schäden zu beseitigen.

b) Ist der Schaden auf die schuldhafte Pflichtverletzung eines Nebenunternehmers zurückzuführen, so verbleibt das Gefahrtragungsrisiko beim Unternehmer. Denn der Nebenunternehmer ist nicht Erfüllungsgehilfe des Bestellers im Verhältnis zum Unternehmer."

Der entschiedene Fall zeigt, wie wichtig es für den AN ist, sich um eine unverzügliche Abnahme zu bemühen. Notfalls kann er Frist zur Abnahme nach § 640 Abs. 1 S. 3 BGB setzen.

(5) BGH, Urteil vom 27.05.2010 - VII ZR 182/09 -

"Hat der Unternehmer gegen den für die Entstehung des Mangels mitverantwortlichen Besteller Anspruch auf Zahlung eines Zuschusses zur Mängelbeseitigung, richtet sich dessen Höhe grundsätzlich nach den im Rahmen der Erforderlichkeit im Zeitpunkt ihrer Ausführung beim Unternehmer tatsächlich angefallenen (Selbst-) Kosten der Mängelbeseitigung."

Bei Eigennachbesserung des Bauunternehmers sollte der Bauherr zusammen mit dem ihm haftenden planenden Architekten prüfen, ob der zu bezuschussende abgerechnete Mängelbeseitigungsaufwand in jeder Einzelposition erforderlich war, d.h. im Falle einer Drittnachbesserung von einem vernünftigen, wirtschaftlich denkenden Bauherrn aufgewendet werden konnte und musste.

(6) BGH, Urteil vom 27.05.2010 - VII ZR 165/09 -

"Die Klausel in den AGB eines Einfamilienfertighausanbieters in Verträgen mit privaten Bauherren *"Der Bauherr ist verpflichtet, spätestens acht Wochen vor dem vorgesehenen*

Baubeginn dem Unternehmen eine unbefristete, selbstschuldnerische Bürgschaft eines in Deutschland zugelassenen Kreditinstituts in Höhe der nach dem vorliegenden Vertrag geschuldeten Gesamtvergütung (unter Berücksichtigung von aus Sonderwünschen resultierenden Mehr- oder Minderkosten) zur Absicherung aller sich aus dem vorliegenden Vertrag ergebenden Zahlungsverpflichtungen des Bauherrn vorzulegen." ist nicht gem. § 307 BGB unwirksam."

Dieses wichtige Urteil eröffnet Auftragnehmern in Bauverträgen mit natürlichen Personen weitreichende Möglichkeiten der rechtsbeständigen Vertragsgestaltung auch in AGB. Sofern sie mit solchen Vorstellungen im unternehmerischen Geschäftsverkehr nicht durchdringen, haben sie jedenfalls die Möglichkeit, kraft zwingenden Rechts gem. § 648a BGB nach Vertragsschluss eine Sicherheit zu verlangen - allerdings grundsätzlich auf eigene Kosten des Auftragnehmers (§ 648a Abs. 3 S. 1 BGB).

(7) OLG Jena, Urteil vom 03.02.2010 - 4 U 431/02 -

"a) Wird die Erfüllung eines Architektenvertrages - hier: Sanierung und Erweiterung einer Veranstaltungshalle - unmöglich, weil die Altbausubstanz zerfällt und ein Totalabriss erforderlich wird, richtet sich die Vergütung für die tatsächlich erbrachten Architektenleistungen nicht nach § 649 S. 2 BGB, sondern nach § 645 Abs. 1 BGB.

b) Das Risiko der zerfallenden Bausubstanz trägt in diesem Fall allein der Auftraggeber; daher können die Architekten mit den Folgen dieser Leistungsstörung, was ihre bis zur Vertragsaufhebung geleistete Arbeit anbelangt, nicht belastet werden.

c) Daran ändert auch eine nachträgliche Aufhebung des Architektenvertrages nichts, wenn sie keine eigene Vergütungsabrede enthält. Denn bei einverständlicher Vertragsaufhebung richtet sich der Vergütungsanspruch des Auftragnehmers/Architekten danach, welche Rechte er im Zeitpunkt der einverständlichen Aufhebung geltend machen konnte."

Ob auch Vergütung für die nicht erbrachten Leistungen beansprucht werden kann, setzt nach § 645 Abs. 2 BGB Verschulden des Bestellers voraus.

(8) OLG Dresden, Urteil vom 25.06.2009 - 10 U 1559/07 -

"a) Abdichtungsarbeiten im Dachgeschoss gehören zu solchen Baumaßnahmen, die einer zumindest stichprobenweisen Bauüberwachung durch den Architekten bedürfen.

b) Angesichts des ersten Anscheins einer mangelhaften Bauüberwachung ist es Sache

des Architekten, den Beweis des ersten Anscheins dadurch auszuräumen, dass er seinerseits darlegt und beweist, was er oder sein Erfüllungsgehilfe an Überwachungsmaßnahmen geleistet hat."

Die Annahme eines Anscheinsbeweises entspricht zwar der Rechtsprechung des BGH, ist jedoch meist überflüssig. Der mit der Bauüberwachung beauftragte Architekt schuldet einen Werkerfolg, nämlich das Entstehenlassen eines mangelfreien Bauwerks. Dies ist zugleich die vereinbarte Beschaffenheit der Leistungsphase 8. Ist das Bauwerk mangelhaft, ist dies auch die Bauüberwachung.

(9) OLG München, Beschluss vom 21.05.2010 - Verg 02/10 -

"a) Ein öffentlicher Auftraggeber darf den Zuschlag auch auf ein unaukkömmliches Angebot erteilen, sofern keine Zweifel an der vertragsgerechten Auftragsausführung durch den Bieter und keine Anhaltspunkte für einen Verdrängungswettbewerb bestehen.

b) Die Darlegungs- und Beweislast für eine Wettbewerbswidrigkeit bzw. Marktverdrängungsabsicht trägt der Auftraggeber."

In Bezug auf Unterkostenangebote ist es bereits fraglich, ob die Unaukkömmlichkeit des Preises von konkurrierenden Bietern überhaupt geltend gemacht werden kann. Insoweit werden zur Frage des bieterschützenden Charakters von § 25 Nr. 2 Abs. 3 VOL/A in der Rechtsprechung unterschiedliche Standpunkte vertreten.

(10) OLG Frankfurt, Beschluss vom 27.08.2008 - 11 Verg 12/08 -

"Das Angebot einer nach Aufforderung zur Angebotsabgabe gebildeten Bietergemeinschaft ist auszuschließen, denn diese kann kein in die Wertung einzubeziehendes Angebot abgeben."

Nur die zur Angebotsabgabe aufgeforderten Bieter eines Verhandlungsverfahrens können ein wirksames Angebot abgeben, denn die ausgewählten Teilnehmer haben ein Recht darauf, sich nur mit Bietern messen zu müssen, deren Eignung zuvor festgestellt wurde.

(11) VK Sachsen, Beschluss vom 19.05.2010 - 1/SVK/015-10

"Leitet der Auftraggeber nach Aufhebung des Offenen Verfahrens ein Nichtoffenes Verfahren ein und teilt er den Bietern mit, es seien schriftliche Angebote einzureichen und Basis des Nichtoffenen Verfahrens seien die Verdingungsunterlagen des

vorangegangenen Verfahrens, so sind die dort genannten Formvorschriften und Mindestbedingungen einzuhalten. Fordert der Auftraggeber, dass Formblätter und Erklärungen unterschrieben sein müssen (...) und das Angebot vom Bieter rechtsverbindlich an den genannten Stellen zu unterschreiben ist, so ist es nicht ausreichend, das alte Angebot kopiert und nicht unterzeichnet abzugeben oder lediglich ein geändertes neues Preisblatt einzureichen."

Obgleich der die Vergabekammer anrufende Antragsteller ein mangels Unterschriften zwingend auszuschließendes Angebot abgegeben hatte, konnte er im entschiedenen Fall die Zuschlagserteilung an einen anderen Bieter mit Erfolg verhindern. Leiden die Angebote aller Bieter an einem Fehler auf gleicher Wertungsstufe, so darf auf keines dieser Angebote eine Zuschlagserteilung erfolgen.

(12) OLG Köln, Beschluss vom 24.02.2010 - 20 W 3/10 -

"a) Ergibt sich der Grund zur Ablehnung des Sachverständigen wegen Besorgnis der Befangenheit aus dem Inhalt des schriftlichen Gutachtens, so läuft die Frist für die Ablehnung des Sachverständigen mit der vom Gericht nach § 411 Abs. 4 ZPO gesetzten Frist zur Stellungnahme ab, wenn sich die Partei zur Begründung des Ablehnungsantrags mit dem Inhalt des Gutachtens auseinandersetzen muss.

b) Auch wenn der Sachverständige gegen das Gebot verstößt, das Gutachten in eigener Person zu erstatten, stellt dies keinen Grund zur Ablehnung des Sachverständigen wegen Besorgnis der Befangenheit dar."

Überträgt der Sachverständige die Begutachtung einem Mitarbeiter, weil er selbst nicht (mehr) über die erforderlichen Fachkenntnisse verfügt, führt dies zur Unverwertbarkeit des Gutachtens und zum Verlust des Vergütungsanspruchs.

Spätestens jetzt wissen Sie, ob ich überzogen habe. Zur Belohnung müssen Sie auf den nächsten Bericht bis zur 2. September-Hälfte warten. Sie werden ahnen, warum.

Wunderschönen Resturlaub wünscht Ihnen

Ihr



Eulitz