 S·E·S BERLIN · Uhlandstraße 7/8 · D-10623 Berlin

Baurechtsverteiler


Berlin, den 03. Juni 2010
1834/08C35 el (Bitte stets angeben) D23/6046
Rechtsanwalt Detlef Eulitz
Sekretariat: Frau Eljack Tel. 31 57 57 -23 / Fax 31 57 57 -94
Detlef.Eulitz@ses-legal.de

Sehr geehrte Damen und Herren,
liebe Leser,

Pfingsten und der Sommer sind vergangen (oder werden am IKEA-Day nur die Tage wieder kürzer?), so dass Sie vor den großen Ferien nur noch zwei Mal über die Tücken und Wohltaten des Baurechts informiert werden können.

Dass wir Bedarf an Bundespräsidenten haben und vermutlich ausschließlich von Mitarbeiterinnen des starken Geschlechts geleitet und gelenkt werden, wissen Sie schon. Deshalb stelle ich meiner Rechtsprechungsübersicht voran, was hauptsächlich noch von Männern "ausgeheckt" worden ist und bei weitem keinen nachhaltigen Erfolg verspricht:

Der 3. Deutsche Baugerichtstag, der am 07./08. Mai 2010 in Hamm mit 650 Teilnehmern (mich selbstverständlich eingeschlossen) stattgefunden hat, empfiehlt dem Gesetzgeber gesetzliche Regelungen zu zentralen Fragen des Bauvertragsrechts, des Architekten- und Ingenieurrechts, des Bauträgerrechts, des Vergaberechts, des öffentlichen Baurechts sowie der außergerichtlichen Streitbeilegung. In sieben Arbeitskreisen haben

 S·E·S 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

 S·E·S 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

Dresdner Bank Berlin
Konto 9 530 630 00
BLZ 100 800 00
IBAN DE4410080000953063000
SWIFT (BIC) DRESDEFF100

Berliner Volksbank eG
Konto 5 451 537 000
BLZ 100 900 00
IBAN DE97100900005451537000
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

die Teilnehmer, die aus Richterschaft (Präsident des Vereins ist der wohl allen bekannte Vorsitzende des Bausenats des BGH Prof. Dr. Kniffka), Anwaltschaft, Hochschulen, Politik, Bauwirtschaft, Bauverbänden und der öffentlichen Hand kommen, insgesamt 51 Empfehlungen erarbeitet.

Mit überwältigender Mehrheit hat der Arbeitskreis I (Bauvertragsrecht) den Gesetzgebungsorganen nochmals die seit Jahren diskutierte die Entwicklung eines gesetzlichen Bauvertragsrechts im Rahmen des BGB ans Herz gelegt, in das die elementaren Grundsätze der VOB/B und die hierzu ergangene Rechtsprechung einfließen müssen. Insgesamt wurden neun Empfehlungen verabschiedet, deren Einzelheiten ich Ihnen aus Platz- und Zeitgründen nicht wiedergeben kann. Bei Interesse verweise ich auf den Kollegen „Internet“ unter

www.baugerichtstag.de.

Der außer mit mir hochkarätig besetzte Arbeitskreis II (Vergaberecht) befasste sich mit der Fragestellung: Sind die materiellen Vergaberichtlinien und die Rechtsmittelrichtlinie in Deutschland richtig umgesetzt worden? Die Untertitel lauteten:

- a) Fristverkürzung bei „De facto Vergaben“ auch ohne Veröffentlichung der Gründe (sowie weitere Themen zum Rechtsschutz bei De facto Vergaben)?
- b) Soll die Hierarchie zwischen Offenen und Nicht Offenem Verfahren beendet werden?
- c) Gibt es einen Regelungsbedarf im Kontext mit der Vergabe von Dienstleistungszessionen?

Von insgesamt 13 Empfehlungen der Referenten passierten nur 10 das Auditorium. Überraschend abgelehnt wurde die Forderung nach Schaffung einer Ausnahmeregelung für den Fall, dass zwingende Gründe des Allgemeinwohls die rechtliche Wirksamkeit einer gegen die Maßgaben des § 101a GWB verstoßenden (De facto-) Vergabe gebieten, um zu Gunsten der Realisierung des betroffenen Projektes von der ausnahmslosen Nichtigkeit des geschlossenen Vertrages abweichen zu können. Gleiches gilt für wesentliche De facto-Änderungen des ursprünglichen Vertrages.

Mit knappem Abstimmungsergebnis wurde dem europäischen Unionsgesetzgeber (der neue Begriff ist noch gewöhnungsbedürftig) empfohlen, die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen in einem eigenen Abschnitt im Rahmen der EU-Vergabekoordinierungsrichtlinie (VKR) zu regeln. Hingegen kamen die Teilnehmer zu dem einstimmigen Ergebnis, hinsichtlich der Verfahren zur Vergabe von Dienstleistungskonzessionen kein neuartiges Regime zu schaffen, sondern es einem bestehenden, nämlich dem für die Vergabe von Baukonzessionen (insoweit nur mit

deutlichem Abstimmungsergebnis) zuzuordnen. Wieder einstimmig befand man, die Überprüfung der Vergaben von Dienstleistungskonzessionen den Vergabekammern und Oberlandesgerichten (als bewährtem Instrumentarium) zuzuweisen. Ob die Bewerber für Dienstleistungskonzessionen im Rahmen des BBI-Projekts davon noch profitieren können, erscheint fraglich. Die derzeitige Rechtsunsicherheit ist eklatant.

Bevor ich mit dem Rechtsprechungsteil beginne, habe ich eine Bitte in eigener Sache: Lassen Sie mich bei Anwendung welcher Kommunikationsform auch immer wissen, an welchen rechtlichen Themen Sie besonders interessiert sind, damit ich Viele von Ihnen nicht ohne Not langweile, sofern Sie es denn schaffen, den monatlichen Baurechtsverteiler bis zu den „freundlichen Grüßen“ zu lesen. Aus rein praktischen Erwägungen bleibt der Schwerpunkt der Berichterstattung ansonsten beim Bauvertragsrecht, das sowohl für das Architekten- als auch für das Vergaberecht immense Bedeutung hat. Selbst das öffentliche Baurecht, für das unser Partner Thomas Weischede federführend verantwortlich zeichnet, kommt ohne die Grundsätze des Allgemeinen und Besonderen Schuldrechts, insbesondere des (Bau-) Werkvertragsrechts nicht aus.

Nun zu den aktuellen baurechtlichen Gerichtsentscheidungen, bei denen sich der BGH im Berichtszeitraum vornehmlich durch Zurückweisung von Nichtzulassungsbeschwerden hervorgetan hat, so dass Sie sich mit gleichwohl interessanten und praxisbezogenen Urteilen der Obergerichte begnügen müssen.

- (1) Die sog. Bistro-Entscheidung des BGH dürfte Pate für ein Urteil des OLG Koblenz vom 31.03.2010 (1 U 415/08) gestanden haben, das sich mit Globalpauschalpreis und Nachtragsvergütung befasst und dem die sich selbst erklärenden Leitsätze vorangestellt sind:
 - (a) Eine Schlüsselfertigkeitsabrede ist nicht geeignet, bei Vorliegen einer detaillierten Leistungsbeschreibung den Abgeltungsumfang der vereinbarten Pauschalsumme zu erweitern. Insoweit gehen die Detailregelungen einer globalen Regelung vor.
 - (b) Eine Vereinbarung, wonach der Pauschalpreis auch den über die detaillierte Leistungsbeschreibung hinausgehenden Leistungsumfang abgelten soll, ist möglich. Wegen ihrer Ungewöhnlichkeit sind an solche Vereinbarungen allerdings strenge Anforderungen zu stellen.
 - (c) Bei Ausschreibung einer schlüsselfertigen Leistung ist der Auftragnehmer im Angebotsstadium nicht gehalten, auf Planungsfehler oder Fehler im Leistungsverzeichnis hinzuweisen, weil ein Bieter die Prüfung der Ausschreibungsunterlagen nur unter kalkulatorischen Aspekten vornimmt. Die Prüfungs- und Hinweispflicht gem. § 4 Nr. 3 VOB/B gilt erst nach Vertragsschluss.

- (d) Bei offenkundigen Mängeln und Lücken der Leistungsbeschreibung gibt es allerdings keine über den Pauschalpreis hinausgehende Vergütungspflicht für zusätzlich erbrachte Leistungen, soweit diese Leistungen offensichtlich und für den Bieter im Rahmen der Kalkulation erkennbar erforderlich zur Erstellung des Bauwerks waren.

Dem ist beizupflichten. Der BGH hat den Leistungsumfang funktionaler Leistungsbeschreibungen restriktiv an eine bei Angebotsabgabe vorhandene Bauwerksplanung geknüpft und im übrigen die Bedeutung von (teilweise abenteuerlichen) Komplettheitsklauseln deutlich relativiert.

- (2) „Die Abnahme als Fälligkeitsvoraussetzung eines Werklohnanspruchs ist entbehrlich, wenn der Auftraggeber nicht mehr Erfüllung des Werkvertrags verlangt, sondern nur noch auf Zahlung gerichtete Gegenansprüche geltend macht.“

So sieht es das OLG Brandenburg in einem Beschluss vom 19.11.2008 (12 W 52/08), dem folgender Sachverhalt zugrunde lag:

Zwei Auftragnehmer vereinbarten am 16.08.2007 mit dem Auftraggeber eine pauschale monatliche Vergütung i.H.v. 2.000,00 EUR pro Person für Malerarbeiten an einem Botschaftsgebäude. Wegen ausstehender Zahlungen stellten die Arbeitnehmer am 16.11.2007 ihre Arbeiten ein. Sie beantragten sodann vor dem Landgericht Frankfurt (Oder) die Bewilligung von Prozesskostenhilfe für ihre Klage gegen den Bauherrn auf Zahlung der Vergütung i.H.v. insgesamt 8.000,00 EUR für die im September und Oktober 2007 ausgeführten Arbeiten. Der AG verteidigte sich damit, die Forderungen seien mangels Abnahme gar nicht fällig. Hilfsweise rechnete er mit Kosten für die vorgenommene Mängelbeseitigung der Malerarbeiten auf. Das Landgericht lehnte die PKH-Bewilligung mit der Begründung „fehlende Abnahme“ ab. Dagegen legten die Auftragnehmer erfolgreich Beschwerde ein.

Die Entscheidung des OLG entspricht der Rechtsprechung des BGH, der schon seit langer Zeit die Auffassung vertritt, der Werklohnanspruch werde ohne Abnahme fällig, wenn der Auftraggeber weder die Fertigstellung des Werks noch die Beseitigung von Mängeln fordere, sondern nur noch Schadensersatz oder Minderung begehre. In einem solchen Fall findet dann nur noch eine Abrechnung der beiderseitigen Ansprüche statt. Wie die Entscheidung des LG Frankfurt (Oder) zeigt, werden diese Grundsätze von den Instanzgerichten nicht immer beachtet. Es wäre im entschiedenen Fall sinnwidrig, den Auftragnehmern ihren Werklohnanspruch mangels Fälligkeit zu versagen, denn aus dem Vorbringen des Auftraggebers ergab sich eindeutig, dass dieser den Auftragnehmern keine Möglichkeit zur Mängelbeseitigung einräumen, sondern nur noch mit Gegenansprüchen - wenn auch nur „hilfsweise -

aufrechnen wollte.

- (3) Das kluge OLG Brandenburg musste sich in einem Urteil vom 17.02.2010 (7 U 125/09) bei einem ansonsten wenig spektakulären Rechtsstreit in einem Insolvenzfall mit der im Grundsatz spannenden Frage auseinandersetzen, welcher Preis (brutto oder netto) bei einer irrtümlichen Umsatzsteuerpflicht-Annahme geschuldet ist. Die gefundene Lösung hat hingegen erhebliche Bedeutung für eine Vielzahl von Fällen, denn die Brandenburger Richter judizieren:

„Nehmen die vertragsschließenden Parteien irrtümlich die Umsatzsteuerpflicht des Geschäfts an, so ist der Vertrag dahingehend auszulegen, dass nur der Nettopreis geschuldet ist. Das gilt auch dann, wenn der Unternehmer infolge einer die Umsatzsteuer ausweisenden Rechnung zur Abführung der Umsatzsteuer verpflichtet gewesen ist und die Steuer tatsächlich abgeführt hat.“

Dem steht nicht entgegen, dass ein unrichtiger Steuerausweis in einer Rechnung nach § 14 c Abs. 1 S. 1 UStG dazu führt, dass der Unternehmer auch den Mehrbetrag abzuführen hat; denn nach S. 2 dieser Bestimmung i.V.m. § 17 Abs. 1 UStG befreit ihn schon eine Berichtigung der Rechnung von seiner Steuerpflicht.

Was Ihre Steuerberater längst wissen (sollten), ist nun auch für das Zivil- und Insolvenzrecht Erkenntnisgrundlage.

- (4) Völlig passiv war der Bausenat des BGH nun doch nicht, denn in einem Urteil vom 25.03.2010 (VII. ZR 224/08) stand zur Diskussion, wie konkret eine Leistungsaufforderung vor Abnahme sein muss. Worum ging es?

Ein Softwareentwickler (AG) will eine Software u.a. zur Projektsteuerung, Leistungs- und Kostenerfassung beschaffen. Die erstellten Daten sollen in das vorhandene Rechnungswesen übertragen werden können. Hierzu soll die bereits vorhandene Software mit zu programmierenden Schnittstellen an die neue Software wechselseitig angebunden werden. Mit einem Softwarehersteller (AN) schließt der AG am 28.07.2004 zwei Verträge zur Erstellung eines Nutzungskonzepts, Entwicklung sowie Installation eines Prototyps- und Pilotsystems einerseits und Lieferung von Softwarekomponenten andererseits. Bereits vor Vertragsschluss treten Probleme hinsichtlich der Funktionalität der Software auf. Nach Korrekturen fordert der AG den AN am 03.08.2004 auf, eine Komplettinstallation bis zum 16.08.2004 vorzunehmen, um einen Produktivstart bis zum 01.09.2004 zu ermöglichen. Mit Schreiben vom 17.08.2004 verlängert der AG die Frist. Nach weiteren Komplikationen setzt der AG dem AN am 05.10.2004 unter Hinweis auf die früheren Schreiben eine weitere Frist

zur Vornahme der Komplettinstallation sowie zur Lieferung des Test- sowie des Einführungskonzepts und der Installationsanweisung bis 20.10.2004. Am 15.11.2004 lehnt er alle weitere Leistungen des AN ab, verlangt die Rückzahlung der angezahlten Vergütung von 220.000,00 EUR und Ersatz weiterer Aufwendungen von 650.000,00 EUR. Das LG Düsseldorf hat der Klage grundsätzlich stattgegeben, das OLG Düsseldorf sie abgewiesen. Der AG habe für einen Schadensersatzanspruch statt der Leistung nicht hinreichend konkret die Unzulänglichkeit der Leistung bezeichnet.

Damit kann sich der BGH nicht anfreunden und hält die Klage dem Grunde nach für begründet. Jedenfalls der erste Vertrag, aus dem die Rechte hergeleitet werden, ist als Werkvertrag zu qualifizieren. Zur Zeit der letzten Aufforderung am 05.10.2004 war die Leistung noch nicht abgenommen. Der Vertrag befand sich noch im Erfüllungsstadium, in dem grundsätzlich eine Aufforderung, die vertragliche Leistung zu bewirken, ausreicht. Dies hat der BGH schon zur Leistungsaufforderung mit Fristsetzung und Ablehnungsandrohung nach § 326 Abs. 1 BGB a.F. entschieden und darauf hingewiesen, dass die Anforderungen insofern nicht denjenigen entsprechen, die an die Aufforderung zur Mängelbeseitigung zu stellen sind. Letztere muss konkreter sein, weil sich durch die Abnahme das Werk konkretisiert hat. Diese Aussagen zum „alten Recht“ gelten auch für eine Leistungsaufforderung mit Fristsetzung nach § 281 Abs. 1 S. 1 BGB n.F.

Entscheidend ist, dass der Schuldner durch die Leistungsaufforderung mit Fristsetzung noch einmal in nachhaltiger Form zur ordnungsgemäßen Vertragserfüllung angehalten und ihm klargemacht wird, dass nach fruchtlosem Ablauf der Frist die Leistung abgelehnt wird. Konkret reicht es also aus, dass der AG die fehlende Funktionalität beanstandete, zumal er sich im Schreiben vom 05.10.2004 auf weitere konkretisierende Schreiben stützte und beide Vertragsparteien eine gemeinsame, stets aktualisierte Mängelliste führten.

Hinweis: Mängelrügen nach Abnahme müssen hingegen hinreichend konkret sein, denn es gilt die Symptomtheorie. Insofern reicht regelmäßig eine Bezugnahme auf ein der Mängelrüge beigefügtes Gutachten aus, wenn dessen Angaben prüfbar konkret sind und das Gutachten beweissicher dem korrespondierenden Mängelrügeschreiben beigefügt wird.

- (5) Nach wie vor heikel und kostenträchtig bleibt eine „verfrühte“ Selbstvornahme, was das OLG Stuttgart in einem Urteil vom 21.04.2009 (10 U 9/09) nochmals bekräftigt. Dort heißt es:

„Die Aufforderung an den Auftragnehmer, innerhalb einer gesetzten Frist seine

Bereitschaft zur Mängelbeseitigung zu erklären, genügt nicht für eine Fristsetzung gem. § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B. Vielmehr ist bei umfangreichen, zeitlich schwer abzuschätzenden Mängelbeseitigungsmaßnahmen zumindest eine Frist für den Nachbesserungsbeginn zu setzen.“

Diese zumindest in der Literatur nicht unumstrittene Rechtsauffassung verdient Zustimmung. Die Fristsetzung nach § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B soll sicherstellen, dass der Auftragnehmer eine zweite Chance zur vertragsgemäßen Leistung erhält, und ist darum grundsätzlich strikt einzuhalten. Die bereits im Jahr 1982 befürwortete Ausnahme hat der BGH an zusätzliche Voraussetzungen geknüpft. Dort kamen nämlich weitere gewichtige Umstände hinzu, die dafür sprachen, dass der Auftragnehmer sich seiner Pflicht zur Mängelbeseitigung entziehen werde. Je deutlicher der Auftragnehmer eine „ernsthafte und endgültige Nachbesserungsverweigerung“ erkennen lässt, desto geringer sind die formalen Anforderungen an ein Mängelbeseitigungsverlangen bis zu dessen Entbehrlichkeit.

- (6) Noch einmal ist die Spruchpraxis des OLG Brandenburg hervorzuheben, das sich in seinem bereits unter Ziff. 2) vorgestellten Beschluss vom 19.11.2008 (12 W 52/08) u.a. auch mit der „Symptomtheorie“ und deren konkreter Anwendung im Einzelfall zu befassen hatte. Sie werden sich noch an die beiden um Prozesskostenhilfe „buhlenen“ Auftragnehmer und den bei der Fälligkeit des Werklohns uneinsichtigen Auftraggeber erinnern, der überdies hilfsweise mit Selbstvornahmekosten gem. § 637 Abs. 1 BGB aufgerechnet hatte und hierzu behauptete, die von den Auftragnehmern erbrachten Leistungen an den Fenstern im 2. und 3. OG des Botschaftsgebäudes seien mangelhaft. Sie wiesen Beschädigungen, Unebenheiten, Farbunterschiede sowie Spachtelschäden auf. Die Mängelbeseitigung habe Kosten von 4.200,00 EUR verursacht. In dieser Höhe sei der Werklohnanspruch daher erloschen.

Auch diese Einlassung überzeugt das OLG nicht, denn es fehle bereits an einer hinreichend konkreten Aufforderung zur Mängelbeseitigung nebst Fristsetzung. Ein solches Verlangen erfordere eine hinlänglich deutliche Beschreibung der Erscheinungen, die nach Ansicht des Auftraggebers auf vertragswidrige Abweichungen zurückzuführen seien; nicht erforderlich sei hingegen die Bezeichnung der Mängelursachen. Im entschiedenen Fall sei vom AG weder angegeben worden, in welcher Weise die Leistung vom Vertrags Soll abweiche, noch welche Fenster im einzelnen betroffen seien. Die lediglich pauschale Rüge der Mangelhaftigkeit genüge nicht.

Die Entscheidung des OLG Brandenburg präzisiert die Symptomtheorie des BGH. Zum substantiierten Mangelvortrag gehört eine Konkretisierung des objektiven

Erscheinungsbildes (Symptome) der Mängel insoweit, dass der Unternehmer in die Lage versetzt wird, die Mängelursachen eigenständig zu ermitteln und die damit im Zusammenhang stehenden Leistungsdefizite zu beseitigen.

Erstaunlicherweise sind diese nun wahrlich nicht „taufrischen“ Erkenntnisse und Grundsätze bei vielen Vertretern unserer Zunft und natürlich auch bei den Instanzgerichten noch immer nicht angekommen, was den „Überraschungseffekt“ beim betroffenen Auftraggeber deutlich erhöht haben dürfte.

- (7) Häufig hilft dem Besteller von Bauleistungen bei spät oder zu spät auftretenden Baumängeln im Verjährungsstadium bei arbeitsteiligen Leistungen nur noch das Stichwort „Organisationsverschulden“, dessen Anforderungen das Kammergericht in einem durch Zurückweisung der Nichtzulassungsbeschwerde rechtskräftig gewordenen Urteil vom 28.05.2009 (27 U 27/08) zu beurteilen hatte. Der Sachverhalt lässt sich kurz skizzieren:

Die Klägerin kauft von der Beklagten ein Objekt. Die Beklagte ist als Projektentwicklerin tätig und verkauft von Generalunternehmern in ihrem Auftrag errichtete Gewerbeobjekte. Die Abnahme erfolgt im September 2000. Nach Abnahme treten Wasser- bzw. Feuchtigkeitsschäden auf. Erst im März 2006 leitet die Klägerin ein selbständiges Beweisverfahren ein. Die Beklagte erhebt die Einrede der Verjährung. Die Klägerin behauptet arglistiges Verschweigen und Organisationsverschulden.

Das Kammergericht weist die Klage wegen Verjährung ab und legt in den Leitsätzen der Entscheidung dar:

- (a) Arglistig verschweigt der Unternehmer, wenn er sich bewusst ist, dass der ihm bekannte Mangel für die Entschließung des Bestellers erheblich ist und diesen u.U. von der Abnahme abhalten würde, und er den Umstand trotz einer ihm nach Treu und Glauben treffenden Verpflichtung nicht offenbart.
- (b) Den Unternehmer, der ein Werk zumindest arbeitsteilig durch einen Dritten herstellen lässt, trifft die Pflicht, die organisatorischen Voraussetzungen zu schaffen, um sachgerecht beurteilen zu können, ob das Werk bei Ablieferung mangelfrei ist. Verstößt er hiergegen und wäre der Mangel bei richtiger Organisation entdeckt worden, wird dieses Verhalten der Arglist gleichgestellt.
- (c) Nicht jede beliebige Verletzung der Organisationspflicht kann maßgeblich sein, sondern nur eine solche, die es rechtfertigt, den Unternehmer so haften zu lassen, als habe er einen Mangel arglistig verschwiegen.
- (d) Voraussetzung hierfür ist, dass der Unternehmer auf den Herstellungsprozess durch

eine geeignete Überwachung grundsätzlich überhaupt Einfluss nehmen kann.

- (e) Dies ist regelmäßig dann nicht der Fall, wenn Leistungen vergeben werden, die vom Unternehmer mangels eigener Fachkunde nicht selbst erbracht werden können. Die Organisationspflicht beschränkt sich dann auf eine sorgfältige Auswahl des Ausführenden.

Die Entscheidung belegt, dass die Grundvoraussetzungen insbesondere bei komplexen Bauvorhaben häufig erfüllt sein werden, bei konkreter Einzelfallbetrachtung die „Arglist-Einrede“ jedoch ebenso häufig zum Scheitern verurteilt ist. Ein arglistiges Verschweigen von Mängeln ist in der Praxis im Fall einer gerichtlichen Auseinandersetzung überdies kaum zu beweisen. Für fehlerhaftes Organisationsverschulden muss der Auftraggeber vortragen, dass ein gravierender Mangel an einem besonders gewichtigen Gewerk oder ein besonders auffälliger Mangel an einem weniger wichtigen Bauteil vorliegt. Denn nur solche Mängel sollen nach der Rechtsprechung eine Indizwirkung für das Vorhandensein eines Organisationsverschuldens haben.

- (8) Wieder kommt das Vergaberecht zu kurz, denn ich beschränke die Berichterstattung auf ein allerdings gewichtiges Urteil des EuGH vom 13.04.2010 (Rs. C-91/08), dem folgender Sachverhalt zugrunde lag:

Die Stadt Frankfurt/Main schreibt den Abschluss einer Dienstleistungskonzession europaweit aus. Den Zuschlag erhält eine GmbH, an der die Stadt zu 51 % beteiligt ist. Die übrigen 49 % hält ein privates Unternehmen. Gesellschafterbeschlüsse bedürfen einer $\frac{3}{4}$ -Mehrheit. Die Stadt stellt $\frac{1}{4}$ der Aufsichtsratsmitglieder einschl. des Aufsichtsratsvorsitzenden, auf dessen Votum es bei Stimmengleichheit ankommt. Die GmbH erzielt mehr als die Hälfte ihrer Umsätze aus Verträgen mit der Stadt. Die übrigen Umsätze stammen aus Verträgen mit anderen öffentlichen Stellen und privaten Unternehmen. Einige Zeit nach Abschluss des Konzessionsvertrags schließt die GmbH einen Vertrag mit einem Subunternehmer. Daran knüpfte sich die zu entscheidende Frage an: Ist die GmbH öffentlicher Auftraggeber und hätte den Subunternehmervertrag daher ausschreiben müssen?

Der EuGH verneint dies, denn die GmbH sei kein öffentlicher Auftraggeber, da sie nicht von der Stadt kontrolliert wird und - wie ein privates Unternehmen - dem Wettbewerb ausgesetzt ist. Zwar hält die Stadt 51 % an der GmbH. Dies ermöglicht ihr jedoch nicht, die Geschäftsführung tatsächlich zu kontrollieren. Für das Zustandekommen von Gesellschafterbeschlüssen ist nämlich eine $\frac{3}{4}$ Mehrheit erforderlich. Zudem verfügt die Stadt im Aufsichtsrat der GmbH nur über $\frac{1}{4}$ der Stimmen. Dass sie das Vorschlagsrecht für den Aufsichtsratsvorsitzenden hat,

dessen Stimme bei Stimmgleichheit entscheidet, genüge für die Ausübung eines bestimmenden Einflusses nicht, denn das mit 49 % beteiligte private Unternehmen verfolgt insbesondere private und keine öffentlichen Interessen. Schließlich stehe die GmbH bei Ausübung ihrer Tätigkeiten auf dem Markt im Wettbewerb, da sie einen erheblichen Teil ihres Umsatzes aus Verträgen mit anderen öffentlichen Stellen und privaten Unternehmen erziele.

Das Urteil zeigt, dass sich eine pauschale Betrachtung bei der Einordnung eines gemischtwirtschaftlichen Unternehmens als öffentlicher Auftraggeber i.S. des § 98 Nr. 2 GWB verbietet. Zwar liegt die Vermutung nahe, dass eine Beteiligung von über 50 % der öffentlichen Hand ermöglicht, bestimmenden Einfluss auf ein Unternehmen auszuüben. Es ist jedoch stets zu prüfen, ob weitere Umstände diese Vermutung stützen, wie z.B. entscheidender Einfluss auf die Ernennung der Geschäftsführung und die Besetzung des (fakultativen) Aufsichtsrats. Diese weiteren Umstände können im Einzelfall sogar dazu führen, dass auch bei einer Minderheitsbeteiligung der öffentlichen Hand die Auftraggebereigenschaft eines gemischtwirtschaftlichen Unternehmens zu bejahen ist.

Wäre die GmbH nicht Dienstleistungskonzessionär, sondern Konzessionär einer Bauleistung gewesen, wäre sie gem. § 98 Nr. 6 GWB als öffentlicher Auftraggeber zur Ausschreibung des Subunternehmervertrages verpflichtet, denn nach dieser Bestimmung ist öffentlicher Auftraggeber, wer mit der öffentlichen Hand einen Baukonzessionsvertrag abschließt und in diesem Zusammenhang Unteraufträge an Dritte vergibt.

Wenn Sie bis zu meinem Bericht über die Empfehlungen des 3. Deutschen Baugerichtstages zurückblättern, werden Sie für den Fall, dass der Unionsgesetzgeber ihnen folgt, zu der Erkenntnis gelangen, dass der EuGH den mitgeteilten Sachverhalt vermutlich konträr entscheiden müsste.

- (9) Zum ersehnten Schluss mal wieder einen Richterspruch aus der „Schmunzelecke“. Der Leitsatz eines Beschlusses des OLG München vom 11.11.2009 (11.11 Uhr?) zu - 7 W 2449/09 - lautet:

„Auch wenn ein Richter wiederholt den Vortrag einer Prozesspartei als „Wischwaschi“ bezeichnet, wird dadurch die Besorgnis der Befangenheit nicht begründet.“

Zur richterlichen Bezeichnung anwaltlichen Vorbringens als „Quatsch“ hat sich unlängst das OLG Celle (Beschluss vom 23.11.2009 - 9 W 112/09) in einem obiter

dictum geäußert:

„Zwar erscheint die in der mündlichen Verhandlung - unstreitig - geäußerte Bemerkung des Kammervorsitzenden, ein bestimmtes (rechtlich allerdings kaum vertretbares) Verteidigungsvorbringen des Beklagtenvertreters sei „Quatsch mit Soße“, angesichts der herabsetzend wirkenden Wortwahl nicht unbedenklich, ...“

SES wünscht Ihnen besseres Wetter und verbleibt

mit besten Grüßen

Ihr



Eulitz, Rechtsanwalt