

## WMRC Newsletter

[Ausgabe Dezember 2009]

Liebe Mandantschaft,  
sehr geehrte Damen und Herren,

auch in diesem Jahr bedanken wir uns bei allen unseren Mandanten für Ihr Vertrauen und wünschen allen Lesern ein Frohes Weihnachtsfest und einen guten Start in ein gesundes und erfolgreiches Jahr 2010!

Wer noch eine Einstimmung auf die Vorweihnachtszeit sucht, dem sei der Artikel über die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts zur Veranstaltung von Weihnachtsmärkten besonders empfohlen (S. 10 dieses Newsletters)!

Ihre WMRC Rechtsanwälte

Katja Gnittke, Dr. Natalie Michels,  
Dr. Stefan Rude, Dr. Friedrich Wichert

### **Seminare**

#### *Besitzeinweisungsverfahren – Ablauf und Praxisfragen*

Seminar des vhw. e.V. am 25.01.2010 in Leipzig

(Rude/Wichert)

Anmeldung unter [www.vhw-online.de](http://www.vhw-online.de)

#### *Angebotswertung von A bis Z*

Seminare des vhw e.V. am 25.01.2010 in Berlin und am

28.01.2009 in Leipzig

(Gnittke/Michels)

Anmeldung unter [www.vhw-online.de](http://www.vhw-online.de)

#### *Eisenbahnkreuzungsmaßnahmen – Kostenberechnung und Kostenverteilung*

Seminare des vhw e.V. am 21.04.2010 in Dresden und am

28.04.2010 in Erfurt

(Rude)

Anmeldung unter [www.vhw-online.de](http://www.vhw-online.de)

<b>Inhalt</b>	
<b><u>Vergaberecht</u></b>	
Neue Schwellenwerte ab dem 01.01.2010	2
Neue VOL/A beschlossen	2
Losteilungspflicht heißer gekocht als gegessen?	3
EuGH-Generalanwalt zu Grundstücksgeschäften der öffentlichen Hand	4
Vergabe freiberuflicher Leistungen	4
<b><u>Vergaberecht und Maßnahmeplanung</u></b>	
Rechts- und Parteifähigkeit einer ARGE nach § 44 b SGB II	5
<b><u>Vergaberecht und Abfallwirtschaft</u></b>	
PPK-Ausschreibung	5
Inhouse-Geschäfte	6
OLG Celle zur PPK Abfuhr	6
Abfallverwerter als Nachunternehmer	7
<b><u>Abfallrecht</u></b>	
Verantwortung für wilden Sperrmüll	7
OVG Münster billigt Nachsortierung	8
Standplatzorganisation durch öRE	8
Mindestlohn für die Abfallwirtschaft	8
<b><u>Kommunalwirtschaft</u></b>	
Compliance in kommunalen Unternehmen	9

Privatisierung von Weihnachtsmärkten	9
<b>Baurecht</b>	
Nachträge bei verzögertem Zuschlag	10
<b>Infrastrukturrecht/ÖPNV/SPNV</b>	
Inkrafttreten der Verordnung (EG) 1370/2007	11
<b>Infrastrukturrecht</b>	
Einigung im Enteignungsverfahren	11
<b>Architektenrecht</b>	
Architektenhaftung bei kurzer Verjährungsfrist im Bauvertrag	12

## **Vergaberecht**

### **Neue Schwellenwerte ab 01.01.2010**

Ab dem 01.01.2010 gelten niedrigere Schwellenwerte für EU-weite Vergaben. Die EG-Verordnung Nr. 1177/2009 legt diese wie folgt fest:

- Bauleistungen: 4,845 Mio €
- Dienst- und Lieferleistungen: 193.000 € (Sektorenbereich: 387.000 €, Bundesbehörden: 125.000 €)

Die Verordnung gilt ab 01.01.2010 unmittelbar, unabhängig von der ausstehenden Änderung der Schwellenwerte in der Vergabeverordnung. Damit ist ab 01.01.2010 bei Erreichen der o. g. Schwellenwerte ein europaweites Vergabeverfahren durchzuführen.

## **Vergaberecht**

### **Neue VOL/A beschlossen**

Am 11.11.2009 hat der Vorstand des deutschen Vergabe- und Vertragsausschusses für Lieferungen und Dienstleistungen (DVLA) der neu gefassten Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen A (VOL/A) zugestimmt. Anwendbar ist die neue VOL/A erst nach ihrer Bekanntmachung im Bundesanzeiger, die für Januar 2010 angekündigt ist. Im Bereich oberhalb der Schwellenwerte (2. Abschnitt, EG-§§) muss außerdem das Inkrafttreten der neuen Vergabever-

#### **WMRC-Praxishinweis**

Die §§ 97 ff. GWB gelten grundsätzlich erst ab Erreichen der in der Vergabeverordnung genannten, derzeit noch höheren Schwellenwerte. Ob sie nunmehr schon bei Erreichen der o. g. niedrigeren Schwellenwerte anzuwenden sind, wird sich danach richten müssen, ob hiermit die Vergaberichtlinien umgesetzt werden, oder ob es sich im Einzelfall – wie voraussichtlich bei der Losteilungspflicht – um Regelungen handelt, die nicht in Umsetzung der Richtlinien ergangen sind.

#### **WMRC-Praxishinweis**

Manche Landesregelungen/erlasse verpflichten zur Anwendung der VOL/A und VOB/A in der jeweils gültigen Fassung. Dort ist nach Bekanntmachung der Neufassung –wie auch für die bereits bekannt gemachte VOB/A – diese anzuwenden, es sei denn, die Auftraggeber werden hiervon – wie z. B. in NRW erwogen – vo-

ordnung und im Bereich unterhalb der Schwellenwerte (1. Abschnitt) müssen entsprechende Erlasse auf Landesebene abgewartet werden. Zu beachten ist die neue VOL/A daher voraussichtlich erst ab Beginn des Jahres 2010.

## Vergaberecht

### Losteilungspflicht heißer gekocht als gegessen?

Nachdem mit der Vergaberechtsmodernisierung die Pflichten zur Losteilung verschärft wurden, liegen erste – überraschend milde - Entscheidungen zu der Neuregelung vor. Nach der Neufassung des § 97 Abs. 3 GWB sind Leistungen in Lose aufgeteilt zu vergeben. Eine gemeinsame Vergabe mehrerer Lose ist nur zulässig, wenn wirtschaftliche und technische Gründe dies erfordern.

Vor diesem Hintergrund überrascht, dass die Vergabekammer des Saarlands die ungeteilte Erteilung eines Auftrags zur Lieferung von **Müllgroßbehältern** im ganzen Bundesland – 360.000 Behälter in 44 Kommunen – zuließ (Beschl. v. 07.09.2009, 3 VK 01/2009). Die Vergabekammer akzeptierte die – im Vermerk ausführlich erläuterten – folgenden Gründe für den Verzicht auf Losteilung:

- die Verringerung des Koordinierungsaufwands bei der Erstverteilung,
- die erleichterte Durchsetzung von Gewährleistungs- und Garantieansprüchen,
- das einheitliche Erscheinungsbild,
- die Erleichterung und wirtschaftlichere Durchführung der Behälterbewirtschaftung.

Die Vergabekammer Münster billigte den Verzicht auf Losteilung für **Hör- und Sprechanlagen** für Förderschulen für insgesamt immerhin 700.000 € mit der Begründung, dass ein einheitliches System gewünscht ist, über das Lehrer sich bei Problemen austauschen können, das sie im Notfall mit anderen Schulen austauschen können, und das Schüler bei einem Schulwechsel bereits kennen. Vor allem akzeptierte die Vergabekammer die Argumentation mit wirtschaftlichen Gründen aus allgemeinen Erfahrungen bei größeren Bestellzahlen, ohne dass der Auftraggeber dies in seinem Vergabevermerk detailliert mit Berechnungen unterlegt hätte.

Nach Ansicht beider Vergabekammern besteht weiterhin

rübergehend entbunden.

#### WMRC-Praxishinweis

In beiden entschiedenen Fällen half dem Auftraggeber seine ausführliche Begründung des Verzichts auf Losteilung im Vergabevermerk. Bei einem Verzicht auf Losteilung sollte auf eine möglichst ausführliche und erschöpfende Begründung daher großer Wert gelegt werden.

kein absoluter Anspruch auf Losteilung, sondern nur auf ermessensfehlerfreie Entscheidung. Hierfür soll dem Auftraggeber ein Beurteilungsspielraum zustehen. Neben dem Mittelstandsschutz sei auch das Gebot wirtschaftlichen Einkaufs aus § 97 Abs. 5 GWB zu beachten. Die Vergabekammer Münster geht dabei sogar so weit, dass die Losteilungspflicht als Ausnahme zum Grundsatz der wirtschaftlichen Beschaffung eng auszulegen sei.

## **Vergaberecht**

### **EuGH-Generalanwalt zu Grundstücksgeschäften der öffentlichen Hand**

Eine für öffentliche Auftraggeber erfreuliche Tendenz ist den Schlussanträgen des Generalanwalts beim EuGH vom 17.11.2009 (Rs. C 451/2008) zu entnehmen. Der Generalanwalt schließt sich bezüglich des Anwendungsbereichs des Vergaberechts bei Grundstücksgeschäften der öffentlichen Hand nicht der Auffassung des OLG Düsseldorf an, nach der die Veräußerung von Grundstücken durch öffentliche Auftraggeber weitgehend dem Vergaberecht unterfällt. Der Generalanwalt definiert den öffentlichen Bauauftrag ähnlich wie die Neuregelung in § 99 Abs. 3 GWB: Ein öffentlicher Bauauftrag setzt ebenso wie eine öffentliche Baukonzession eine unmittelbare Verbindung zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und den zu realisierenden Bauarbeiten oder Bauwerken voraus. Eine solche unmittelbare Verbindung liegt aber nur vor, wenn das Bauwerk von der öffentlichen Hand erworben wird, ihr unmittelbar wirtschaftlich zugute kommt, oder wenn die Initiative zur Realisierung des Bauwerks vom öffentlichen Auftraggeber ausging. Die bloße Verfolgung städtebaulicher Interessen durch die Verwaltung oder ein bloß immaterieller Nutzen reichen dafür nicht aus.

Mit einer Entscheidung des EuGH im vorliegenden Fall ist im Frühjahr 2010 zu rechnen.

## **Vergaberecht**

### **Vergabe freiberuflicher Leistungen unterhalb der Schwellenwerte**

Unterhalb der Schwellenwerte gilt für die Vergabe freiberuflicher Leistungen keine Verdingungsordnung. Freiberufliche Leistungen sind nach allgemeiner Auffassung ein klassisches Beispiel für Leistungen, bei deren Vergabe die

#### **WMRC-Praxishinweis**

Bis zur Entscheidung des EuGH über die Ausschreibungspflicht zu Grundstücksgeschäften der öffentlichen Hand verbleibt eine gewisse rechtliche Unsicherheit. Dennoch lässt es sich auf Grundlage der seit April dieses Jahres geltenden Regelung in § 99 Abs. 3 GWB, nach der die Bauleistung dem öffentlichen Auftraggeber unmittelbar wirtschaftlich zugute kommen muss, und den Schlussanträgen des Generalanwalts vom 17.11.2009 rechtfertigen, bei Grundstücksgeschäften, mit denen ein städtebauliches Interesse des öffentlichen Auftraggebers als Verkäufer verbunden wird, auf die Durchführung eines Vergabeverfahrens zu verzichten.

#### **WMRC-Praxishinweis**

Als vom Auftraggeber aufzustellende Verfahrensregeln kommen insbesondere in Betracht: die unterschiedlichen Fristen und

haushaltsrechtlichen Vorschriften wegen der Natur des Geschäfts eine Ausnahme von Ausschreibungspflichten zulassen. Führt der Auftraggeber ein, wie auch immer geartetes, Vergabeverfahren durch, muss er dem Landgericht Potsdam zufolge aufgrund des Transparenzgebots zumindest ein Minimum an für die Bieter erkennbaren Verfahrensregeln aufstellen (Beschl. v. 20.11.2009, 4 O 371/09). Er darf kein Angebot auswählen, das zwingenden Vorgaben der HOAI widerspricht.

Schritte im Vergabeverfahren (z. B. für Angebote, Verhandlungsgespräche etc.), bei Leistungen, die der HOAI unterliegen, dem LG Potsdam zufolge zwingend die Angabe der wesentlichen Honorarparameter sowie Regeln, nach denen der Auftragnehmer ausgewählt wird (Auftragskriterien). Die Entscheidung deutet darauf hin, dass generell bei Vergaben unterhalb der Schwellenwerte die Zuschlagskriterien vorab zwingend bekannt zu geben sind.

## **Vergaberecht und Maßnahmenplanung**

### **Rechts- und Parteifähigkeit einer ARGE nach § 44b SGB II**

Nach einer Entscheidung des BGH vom 22.10.2009 (III ZR 295/2008) ist eine ARGE nach § 44 b SGB II im Zivilprozess rechts- und parteifähig.

#### **WMRC-Praxishinweis**

Aus der Entscheidung, die die Inanspruchnahme einer ARGE durch eine Krankenversicherung für Krankenhausbehandlungskosten betrifft, lässt sich auch herleiten, dass die ARGE selbst auch im vergaberechtlichen Nachprüfungs- und Beschwerdeverfahren als öffentlicher Auftraggeber von den Bietern an der Einhaltung des Vergaberechts festgehalten werden kann.

## **Vergaberecht und Abfallwirtschaft**

### **PPK-Ausschreibung – Doch kein Ding der Unmöglichkeit?**

Nach einer Entscheidung des OLG Rostock aus März dieses Jahres (wir berichteten im April-Newsletter 2009) musste öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern die Ausschreibung der PPK-Sammlung als Ding der Unmöglichkeit erscheinen. Hoffnung gibt ein Beschluss der VK Münster (v. 22.09.2009, VK 16/09) zur PPK-Sammlung (ohne Verwertung). Anders als das OLG Rostock hält die VK Münster eine Ausschreibung nur des kommunalen Anteils, wie sie das Bundeskartellamt fordert, für zulässig, auch wenn sich in den Abfallbehältern zusätzlich zum kommunalen Papier Verkaufsverpackungen befinden werden. Im entschiedenen Fall sollte nach insgesamt tatsächlich gesammelter Tonnage abgerechnet werden. Der Vertrag sah Preisanpassungs-

#### **WMRC-Praxishinweis**

Bei der Ausschreibung der PPK-Sammlung sollte der öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger unter Berücksichtigung der hierzu ergangenen Rechtsprechung detaillierte Regelungen im Hinblick auf die Miterfassung von Verkaufsverpackungen in die Verdingungsunterlagen aufnehmen.

rechte für den Fall einer sinkenden Tonnage vor, weshalb die Vergabekammer in der theoretischen Möglichkeit einer getrennten Erfassung von Verkaufsverpackungen kein ungewöhnliches Wagnis für den Auftragnehmer sah. Für den Fall, dass der Auftragnehmer auch von den Systembetreibern mit der Sammlung von PPK beauftragt wird, regelte der Auftraggeber, dass der Auftragnehmer ihm für die Mitbenutzung seines Sammelsystems einen Anteil des Entgelts zu zahlen hatte, das er vom Systembetreiber bekommt. Auch dies hielt die Vergabekammer für zulässig. Umgekehrt billigte die VK Rheinland-Pfalz (VK 2-51/09 v. 17.11.2009) auch eine Ausschreibung von 100 % der PPK-Abfälle einschließlich des Anteils der Systembetreiber. Dem Auftragnehmer war der Abschluss von Verträgen mit den Systembetreibern über die Miterfassung erlaubt. In diesem Fall sollte eine näher definierte Vergütungsreduktion erfolgen.

### **Vergaberecht und Abfallwirtschaft**

#### **Freiheiten bei Inhouse-Geschäften in der Abfallwirtschaft**

Tätigkeiten einer Gesellschaft für andere als ihren öffentlichen Auftraggeber schaden ihrer Inhouse-Fähigkeit nicht, wenn diese Tätigkeiten die Tätigkeit für den öffentlichen Auftraggeber nur ergänzen (EuGH, 10.09.2009, Rs. C-573/07). Dies gilt z. B. beim Verkauf der für den öffentlichen Auftraggeber gesammelten wiederverwertbaren Abfälle.

Dem Urteil lassen sich zudem interessante Hinweise zu Gestaltungsmöglichkeiten entnehmen, die eine Kontrolle über die Gesellschaft wie über eine eigene Dienststelle gewährleisten. Schließlich ist auch der Hinweis interessant, dass eine spätere Beteiligung von Privaten an der Gesellschaft zur Neuausschreibungspflicht zuvor im Wege des Inhouse-Geschäfts vergebener Verträge führt (wegen wesentlicher Änderung der Verträge).

### **Vergaberecht und Abfallwirtschaft**

#### **OLG Celle: PPK Abfuhr – Inhouse-Geschäfte, Ausschreibungspflichten bei Vertragsänderungen**

Das OLG Celle hat es als zur Neuausschreibungspflicht führende wesentliche Vertragsänderung angesehen, wenn ein

#### **WMRC-Praxishinweis**

Auf Grundlage des EuGH-Urteils können bei der Feststellung, ob die Gesellschaft im Wesentlichen für den öffentlichen Auftraggeber tätig ist, alle Umsätze aus Annex-tätigkeiten im obigen Sinne noch den Umsätzen aus Tätigkeiten für den öffentlichen Auftraggeber zugerechnet werden.

#### **WMRC-Praxishinweis**

Wegen der Pflicht zur Neuausschreibung bei wesentlichen Ver-

Unternehmen PPK-Abfälle künftig statt im Bringsystem im Wege der haushaltsnahen Sammlung einsammeln und hierfür eine höhere Vergütung als bisher erhalten soll (Beschl. v. 29.10.2009, 13 Verg 8/09). Hierbei überschritt schon die vorgesehene Mehrvergütung selbst die Schwellenwerte.

Ferner äußerte sich das Gericht in gewohnter Strenge erneut zu den Voraussetzungen eines Inhouse-Geschäfts. Trotz großzügigerer Rechtsprechung des EuGH, der bei Fremdotsätzen von 10 % des Gesamtumsatzes noch eine Tätigkeit im Wesentlichen für den öffentlichen Auftraggeber annimmt, bleibt das OLG Celle bei seiner Auffassung, dass schon bei einem Anteil in Höhe von 7,5 % keine Tätigkeit mehr im Wesentlichen für den öffentlichen Auftraggeber gegeben ist. Nach der Entscheidung des OLG Celle sind dem Auftragnehmer hierbei Fremdotsätze seiner Tochtergesellschaften zuzurechnen, wenn ein konsolidierter Abschluss für beide Gesellschaften stattfindet und im Geschäftsbericht deren Ertragslage zusammengefasst und gruppeninterne Vorgänge eliminiert werden.

## **Vergaberecht und Abfallwirtschaft**

### **Abfallverwerter als Nachunternehmer**

Aufgrund der Forderungen, die Auftraggeber in Verdingungsunterlagen zum Einsatz von Nachunternehmern häufig aufstellen, ist die Frage von Bedeutung, wann nachgeschaltete Verwertungsunternehmen bei der Vergabe von Entsorgungsleistungen als Nachunternehmer anzusehen sind. Das OLG München hielt die Verwertung aufgrund der konkreten Gestaltung der Verdingungsunterlagen nicht für eine Nachunternehmerleistung, so dass die für Nachunternehmer geforderten Unterlagen, u. a. eine Verpflichtungserklärung, nicht vorgelegt werden mussten (Beschl. v. 10.09.2009, Verg 10/09).

## **Abfallrecht**

### **Verantwortung für wilden Sperrmüll**

Wird zu dem zur Entsorgung angemeldeten Sperrmüll weiterer Sperrmüll durch Unbekannte hinzu gestellt, ist der Besteller der Sperrmüllabfuhr für diesen nicht gebührenpflichtig (VG Gelsenkirchen, 14.01.2009, 13 K 2592/08). Wo Gemeinde und öffentlich-rechtlicher Entsorgungsträger (örE) nicht identisch sind, kann der örE einen anderen Ge-

tragsänderungen sollte der Auftraggeber versuchen, bei bereits vorhersehbarem Änderungsbedarf von vornherein konkrete Anpassungsregeln, Optionen etc. in den Vertrag aufzunehmen.

## **WMRC-Praxishinweis**

Wegen der im Einzelfall schwierigen Abgrenzung sollte der Auftraggeber in den Verdingungsunterlagen von vornherein angeben, ob er nachgeschaltete Entsorgungsleistungen als Nachunternehmerleistungen behandelt oder nicht.

bührenschafter in Anspruch nehmen: Wenn Abfälle nach Durchführung der Sperrmüllabfuhr am Rand einer Ortsstraße oder auf dem Gehweg verbotswidrig abgelagert zurückbleiben, ist die Gemeinde als Trägerin der Straßenbaulast Abfallbesitzerin und überlassungspflichtig gegenüber dem öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger (BVerwG, Urteil vom 27.08.2009, 7 CN 2/08).

## **Abfallrecht**

### **OVG Münster billigt erneut Nachsortierung**

Das OVG Münster hat in einem Eilverfahren erneut eine Untersagung der Nachsortierung von Abfällen in Restabfallbehältern für voraussichtlich unzulässig gehalten (Beschl. v. 08.07.2009, 20 B 180/08). Auch beim Aufreißen und Entleeren der in die Behälter eingeworfenen Müllbeutel sowie einer Erstreckung der Tätigkeit auf tief in den Behältern befindliche Abfälle sah das OVG keine hinreichenden Gefahren, um eine Unterlassungsverfügung zu rechtfertigen.

## **Abfallrecht**

### **Standplatzorganisation durch öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger**

Viele öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger haben auf gerichtlichem Weg versucht, eine Tätigkeit von Innotec oder vergleichbaren Anbietern auf ihrem Gebiet zu verhindern. Eine Alternative zu der rechtlich nicht erfolversprechenden Untersagung (vgl. oben und WMRC Newsletter 10/2009) ist es, die Standortorganisation als öffentlich-rechtlicher Entsorgungsträger selbst anzubieten und so die Tätigkeit und insbesondere das Stoffstrommanagement selbst in der Hand zu halten. Auf diesem Weg kann eine Kontrolle sowohl in abfallrechtlicher als auch arbeitsschutzrechtlicher Hinsicht gewahrt werden. Spannend ist die Frage der Umsetzung sowohl in kommunalwirtschaftsrechtlicher als auch gebührenrechtlicher Hinsicht.

## **Abfallrecht**

### **Mindestlohn für die Abfallwirtschaft**

Am 02.12.2009 wurde im Bundeskabinett durch den Bundeswirtschaftsminister ein Veto gegen die Allgemeinverbindlichkeitserklärung des Mindestlohns in Höhe von 8,02 €

#### **WMRC-Praxishinweis**

Nach Auffassung von WMRC ist es rechtlich sowohl möglich, für die Organisation der Standplätze eine Gebühr als auch ein privatrechtliches Entgelt zu erheben.

#### **WMRC-Praxishinweis**

In der Abfallwirtschaft gibt es nach wie vor keinen verbindlichen Mindestlohn. Ob es noch zu

brutto/Stunde in der Abfallwirtschaft eingelegt.

einer Einigung zwischen den Koalitionsparteien und damit zu einem Mindestlohn kommt, ist ungewiss.

## **Kommunalwirtschaft**

### **Compliance in kommunalen Unternehmen**

Compliance – die Umsetzung der Regelbefolgung in Unternehmen – und Corporate Compliance – Einhaltung von Recht und Gesetz durch Organe und Mitarbeiter von Unternehmen – ist insbesondere bei großen privaten Unternehmen ein wichtiges Thema. Aber auch Unternehmen der Kommunalwirtschaft wie z. B. Ver- und Entsorgungsunternehmen (u. a. Energie-, Abfall-, Wasser) und Wohnungsunternehmen setzen sich mehr und mehr mit diesem Thema auseinander. Dabei geht es zum einen um die Umsetzung rechtlicher Vorgaben, zum anderen aber auch um eine Unternehmensorganisation, die die Haftungsrisiken der Geschäftsführer, Vorstände und Aufsichtsräte von kommunalen Unternehmen minimiert. Die Umsetzung kann dabei über Unternehmenshandbücher und Leitlinien erfolgen, die z. B. Anforderungen zur Korruptionsbekämpfung, zum Vergaberecht und Kartellrecht durch Vorgaben zu Transparenz, Kontrolle, dem Vier-Augen-Prinzip und Zeichnungsbefugnissen enthalten. Häufig empfiehlt es sich, diese Vorgaben in bereits im Unternehmen verankerte Mechanismen (z. B. zur Qualitätssicherung oder zum Arbeitsschutz) zu integrieren.

#### **WMRC-Praxishinweis**

Nachdem der BGH (Urteil v. 17.07.2009, 5 StR 394/08) eine Garantenstellung, betrügerische Abrechnungen (überhöhte Straßenreinigungsentgelte) zu verhindern, angenommen hat und damit eine Strafbarkeit eines für die Innenrevision Verantwortlichen wegen Beihilfe zum Betrug durch Unterlassen als gegeben angesehen hat, wird deutlich, dass Compliance zur Verhinderung von Straftaten, aber auch zum Schutz der verantwortlichen Personen auch und gerade in öffentlichen Unternehmen ein großes Gewicht haben muss. Der BGH hat in seinem Urteil maßgeblich auf die Pflicht zu gesetzmäßigen Gebührenberechnungen und die besonderen Überwachungspflichten im hoheitlichen Bereich abgestellt.

## **Kommunalwirtschaft**

### **BVerwG: Grenzen der Privatisierung kommunaler Aufgaben (Weihnachtsmarkt)**

Die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 27.05.2009 (8 C 10/2008) zu dem Betrieb eines Weihnachtsmarktes enthält grundlegende Überlegungen zu verschiedenen Formen der Privatisierung im kommunalen Bereich und macht deren Grenzen deutlich:

Artikel 28 Abs. 2 Satz 1 GG, der die kommunale Selbstverwaltung garantiert, enthält nicht nur das Recht der Gemeinden auf Selbstverwaltung, sondern auch eine Pflicht der Gemeinde zur grundsätzlichen Sicherung und Wahrung des Aufgabenbestands, der zu den Angelegenheiten des

#### **WMRC-Praxishinweis**

Bei Privatisierungen, die den Aufgabenbestand der Gemeinden betreffen, muss sich die Gemeinde unabhängig davon, ob es sich um eine formelle oder funktionelle Privatisierung oder ein Konzessionsmodell handelt, Steuerungs- und Einwirkungsmöglichkeiten vorbehalten. Dies dürfte alle Bereiche der Daseinsvorsorge betreffen.

örtlichen Wirkungskreises gehört. Zu diesem Bestand gehört auch die Veranstaltung eines traditionsbildenden und traditionellen Weihnachtsmarks mit kommunalpolitischer Relevanz, der zugleich das Besucherinteresse an vertrauten und beliebten Darbietungen aus früheren Veranstaltungen beachtet und zur Förderung der Kontakte der Gemeindebürger untereinander beiträgt, bei dem damit soziale und kulturelle Gesichtspunkte prägend sind. Die Gemeinde kann sich daher der Verantwortung für die Durchführung dieser Veranstaltung nicht endgültig entledigen und muss die Steuerungs- und Einwirkungsmöglichkeiten zu einer dem Wohl der Gemeindeglieder verpflichteten Durchführung von traditionellen Weihnachtsmärkten vorbehalten.

## Baurecht

### Neues vom BGH: Nachträge bei verzögertem Zuschlag?

In diesem Jahr hat der BGH grundsätzlich entschieden, dass ein Bau-Auftragnehmer nach Zuschlagsverzögerungen einen Anspruch auf Preisanpassung haben kann. Jedoch ist im Einzelfall sehr genau zu prüfen, ob eine Preisanpassung gewährt werden muss. Das zeigen einige am 10.09.2009 ergangene BGH-Entscheidungen:

1. BGH, VII ZR 82/08: Verschiebt sich zwar der Zuschlag, nicht aber die Bauzeit, besteht kein Anspruch auf Preisanpassung. Im entschiedenen Fall hatte der Auftragnehmer Mehrkosten, weil die Bindefrist eines von ihm der Kalkulation zugrunde gelegten günstigen Stromlieferungsangebots vor der verzögerten Zuschlagserteilung abgelaufen war.
2. BGH, VII ZR 152/08: Die Festlegung des Baubeginns auf „12 Werkzeuge nach Zuschlag“ ist so zu verstehen, dass der Baubeginn auf spätestens 12 Werkzeuge nach Ende der Zuschlagsfrist festgelegt ist. Wird dieser Zeitpunkt wegen einer späteren Zuschlagserteilung überschritten, kommen Preisanpassungsansprüche in Betracht. Für die Ermittlung der zu ersetzenden durch Preissteigerungen bedingten Mehrkosten sind nicht die Einkaufspreise zugrunde zu legen, die der Bieter in die Kalkulation eingerechnet hat, sondern die Preise, die er bei Einhaltung der geplanten Bauzeit hätte zahlen müssen.

#### WMRC-Praxishinweis

Auch bei verzögertem Zuschlag steht dem Auftraggeber nicht zwingend ein Preisanpassungsrecht zu. Voraussetzungen und Höhe sind jeweils detailliert zu prüfen. Bieter müssen sich vor Verlängerung der Bindefrist vergegenwärtigen, welche Risiken sie hiermit eingehen und insbesondere prüfen, ob sie ihrerseits um Verlängerung der Bindefrist für Angebote von Lieferanten, Nachunternehmern oder ähnliches bitten müssen.

Beispiel: Kalkuliert der Bieter sein Angebot mit einem Stahlpreis von 2.300 €/t, hätte er aber auch bei Einhaltung der Bauzeit bereits 2.400 €/t zahlen müssen, bekommt er, wenn der Stahl zur tatsächlichen Bauzeit 2.500 €/t kostet, nur 100 €/t als Mehrkosten ersetzt.

3. BGH, VII ZR 255/08: Werden im Laufe eines Verhandlungsverfahrens neue Bauzeiten festgelegt und nimmt der Bieter zugleich im Laufe des Verhandlungsverfahrens nicht von seinen ursprünglich angebotenen Preisen Abstand, kann er keine Preisanpassung verlangen. Schließlich hätte er, anders als in förmlichen Vergabeverfahren, noch in den Verhandlungen Gelegenheit gehabt, mit einer Preiserhöhung auf die veränderte Bauzeit zu reagieren.

### **Infrastruktur/SPVN/ÖPNV**

#### **Inkrafttreten Verordnung (EG) Nr. 1370/2007**

Am 03.12.2009 ist die Verordnung EG Nr. 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße in Kraft getreten. Die Verordnung regelt die rechtlichen Rahmenbedingungen für Personenverkehrsdienste, die von öffentlichen oder privaten Unternehmen erbracht werden. Sie enthält Vorgaben für öffentliche Dienstleistungsaufträge, die Vergabe und die Gestaltung und Bemessung von Ausgleichsleistungen auch in beihilfenrechtlicher Hinsicht.

#### **WMRC-Praxishinweis**

Aus der Verordnung EG Nr. 1370/2007 können sich sowohl Anforderungen an die Vertragsgestaltung für zukünftige Verträge als auch die Notwendigkeit der Anpassungen von bereits bestehenden Verträgen ergeben. Die Umsetzung auch in vertraglicher Hinsicht ist auch deshalb relevant, weil die Kommission verstärkt Ausgleichsleistungen in Verkehrsverträgen einer beihilfenrechtlichen Überprüfung unterzieht.

### **Infrastruktur**

#### **Fallstricke bei der Einigung im Enteignungsverfahren**

Dass es bei sich über mehrere Jahre dauernden Verwaltungsverfahren zu verzwickten Fallkonstellationen kommen kann, zeigt der einer Entscheidung des Bayerischen VGH vom 23.09.2009 zu Grunde liegende Sachverhalt:

Es ging um eine Enteignung nach dem FStrG, der ein inzwischen abgeschlossenes Besitzeinweisungsverfahren vorausgegangen war. Im Besitzeinweisungsverfahren hatte

#### **WMRC-Praxishinweis**

Die Grundstücksübertragung im Wege der Einigung/Teileinigung ist, besonders bei hohen Entschädigungssummen, wegen ersparter Notargebühren aus Kostengründen regelmäßig empfehlenswert. Freilich fällt hier eine Gebühr der Enteignungsbehörde an, die aber regelmäßig niedriger

sich der Vater der jetzigen Klägerin im Jahr 1993 mit der Antragstellerin über die Grundstücksüberlassung geeinigt. Den Kaufpreis ließen die Parteien offen und beantragten ein Entschädigungsfeststellungsverfahren. Anschließend veräußerte der Vater das Grundstück an seine Tochter, die der Antragstellerin die Veräußerung anzeigte und erfolglos begehrte, Partei im laufenden Entschädigungsfeststellungsverfahren zu werden. Die festgestellte Entschädigung wurde an den Vater ausgezahlt. Die Tochter verlangt nun seit 2003 (nochmalige) Auszahlung an sich.

Das Gericht entschied, dass die Tochter die Auszahlung der Entschädigungssumme an ihren Vater nicht gegen sich gelten lassen müsse, weil sie nicht Partei des Entschädigungsfeststellungsverfahrens gewesen sei. Etwas anderes könne nur gelten, wenn der Vater zumindest zeitweise Enteignungsbetroffener gewesen sei. Dies sei der Fall, wenn seine Erklärung, das Grundstück zu veräußern, rechtlich bindend gewesen sei. Eine solche Bindung könne aber (außerhalb einer notariellen Beurkundung) nur hergestellt werden, wenn die Einigung im Enteignungsverfahren erfolgt. Im Besitzeinweisungsverfahren sehe das Enteignungsrecht (hier: Art. 29 Abs. 3 Bay EntEG) eine solche Bindung der Einigung vor der Enteignungsbehörde nicht vor.

## **Architektenrecht**

### **Architektenhaftung bei zu kurzer Verjährungsfrist in Bauverträgen**

Die gesetzliche Verjährungsfrist für Mängelansprüche bei Bauwerken beträgt fünf Jahre. In Bauverträgen werden häufig abweichende Bestimmungen getroffen. Wenn etwa die VOB/B vereinbart wird, beträgt die Verjährungsfrist derzeit vier Jahre. Das OLG Nürnberg (Urteil vom 13.11.2009, 2 U 1566/06) hatte einen Fall zu entscheiden, in dem die Verjährungsfrist unter Geltung der VOB/B 1996 nur zwei Jahre betrug und für einen Vertrag über Installationsarbeiten vereinbart wurde.

Das Gericht sah das Architektenwerk als mangelhaft an, weil der Architekt nicht darauf hingewirkt hatte, mit der Installationsfirma eine fünfjährige Mängelverjährung statt einer zweijährigen zu vereinbaren. Mängel bei Installationsarbeiten seien typischerweise häufig nicht sofort erkennbar, weil die Leitungen in Böden und Wänden verlegt

ist als die Gebühr für die notarielle Beurkundung.

Die Entscheidung gibt Anlass, genau darauf zu achten, dass ein Enteignungsverfahren eingeleitet wurde, außerhalb dessen die Einigung/Teileinigung nicht zum Eigentumswechsel führen kann. Ist ein Enteignungsverfahren eingeleitet worden, so ist die Wahrscheinlichkeit eines sich der Kenntnis des Antragstellers entziehenden Eigentumswechsels aufgrund des dann im Grundbuch einzutragenden Enteignungsvermerks wesentlich niedriger als außerhalb des Enteignungsverfahrens.

#### **WMRC-Praxishinweis**

Die Architekten sind wegen der umfassenden Pflichten, die die Rechtsprechung für ihre Tätigkeit annimmt, nicht zu beneiden. Der Architekt, zu dessen vertraglichen Verpflichtungen etwa auch das Mitwirken bei der Auftragserteilung gehört, darf und muss im Rahmen seiner Berufstätigkeit den Bauherrn in bestimmten Fällen rechtlich beraten. Diese Verpflichtung setzt Kenntnisse nicht nur in der Bautechnik, sondern auch in den Grundzügen des Werkvertragsrechts und der VOB/B voraus, die der Architekt haben muss, um seine Aufgabe erfüllen zu können, für die Errichtung eines mangelfreien Bau-

und damit dem freien Blick entzogen seien. Diese Umstände, deren Kenntnis von einem Architekten erwartet werden könne, führten dazu, dass die Vereinbarung einer zweijährigen Verjährungsfrist gemäß der VOB/B 1996 das erhebliche Risiko beinhalte, dass Werkmängel bei der Verlegung von Leitungssystemen erst nach Ablauf der Verjährungsfrist überhaupt festgestellt würden und dann nicht mehr zu durchsetzbaren Gewährleistungsansprüchen führten. Entlastet werde der Architekt, der bei der Vergabe mitwirkt, auch nicht dadurch, dass der Vertragstext vom Auftraggeber vorgegeben worden sei. Wegen der besonderen Risiken der Installationsarbeiten habe der Architekt einen Informationsvorsprung besessen und hätte deswegen auf die längere Verjährungsfrist hinwirken müssen. Der Architekt muss nun für die Mängel des Werkunternehmers gegenüber dem Bauherrn einstehen.

werks zu sorgen. Es handelt sich insoweit also um eine Betreuung, die dem Architekten als dem auf dem Gebiet des Bauwesens und des Baurechts sachkundigen Berater des Bauherrn obliegt. Will der Architekt die umfassende Haftung für etwaige Risiken aus dem Bauvertrag vermeiden, muss er den Bauherrn auf die Risiken hinweisen. Und wenn das Erkennen oder Vermeiden vertragsrechtlicher Risiken Schwierigkeiten bereitet, muss ggf. rechtlicher Rat eingeholt werden. Das unbeschränkte Vertrauen, das häufig Formularen, Handbüchern oder Mustern entgegengebracht wird, gerade wenn sie von öffentlichen Stellen stammen, ist nicht immer angebracht. Also selbst wenn die VOB/B grundsätzlich eine kürzere Verjährungsfrist als die gesetzliche vorsieht, ist das keine Garantie für eine richtige Vertragsregelung, sondern es muss immer nach der richtigen Lösung im Einzelfall gesucht werden.

## WMRC Rechtsanwälte

Katja Gnittke  
Dr. Natalie Michels  
Dr. Stefan Rude  
Dr. Friedrich Wichert

Chausseestraße 5  
10115 Berlin  
Tel.: 030 28 88 48 3 0  
Fax: 030 28 88 48 310

[www.wmrc.de](http://www.wmrc.de)  
[info@wmrc.de](mailto:info@wmrc.de)