

# Mitbieten zur Fußball-WM 2014 und zu Olympia 2016 in Brasilien: Darauf kommt es an!

Öffentliche Ausschreibung: Akquisition öffentlicher Aufträge – Tipps von CMS Hasche Sigle und RGV & LC

**Frankfurt/Main / Rio de Janeiro – Angesichts der Wahl Brasiliens als Austragungsort der Fußball-Weltmeisterschaft 2014 und der Stadt Rio de Janeiro als Veranstalter der Olympischen Spiele 2016 ergibt sich ein wesentlicher Anstieg der Ausschreibungen im Baubereich. Die öffentliche Hand will in den nächsten Jahren Flughäfen und Straßen (Autobahnen, Bundes- und Landesstraßen) errichten und modernisieren, Eisenbahnstrecken bauen, Sportarenen errichten und verbessern und zahlreiche weitere Infrastrukturprojekte in Angriff nehmen.**

Öffentliche Aufträge unterliegen einem besonderen Verfahren, um den Auftragnehmer oder Generalunternehmer auszuwählen. Es genügt nicht, über das beste Know-how und die beste Preisgestaltung zu verfügen. Es ist genauso wichtig, die Technik des Ausschreibungsverfahrens zu beherrschen und Fehler zu vermeiden. Deswegen ist die Unterstützung durch Spezialisten angesichts der komplizierten Einzelheiten dieses Verfahrens unabdingbar.

Gesetz Nr. 8.666/1993 (das brasilianische „Öffentliche Ausschreibungs-Gesetz“) regelt das öffent-

liche Ausschreibungsverfahren und die Vergabe öffentlicher Aufträge in Brasilien. Es ist ein unmittelbares, die direkte und indirekte Staatsverwaltung bindendes Bundesgesetz. Abgesehen von einigen Ausnahmen sind öffentliche Institutionen oder Organisationen nicht berechtigt, öffentliche Aufträge an Privatunternehmer ohne vorheriges Ausschreibungsverfahren zu vergeben.

Grundsätzlich werden die Angebote verschiedener ausländischer Unternehmen gleichbehandelt. Bei ähnlichen Angeboten wird aber – gesetzlich vorgeschrieben – das brasilianische Angebot präferiert. Es empfiehlt sich deswegen stets, vor Abgabe eines Angebots über ein Konsortium mit einem brasilianischen Unternehmen nachzudenken.

Das Ausschreibungsverfahren ist ein administratives Verfahren, das aus unterschiedlichen, einander nachfolgenden Etappen besteht. Die erste Phase ist die öffentliche Bekanntmachung („Edital“), die die Verwaltung veröffentlicht.

Mit dem „Edital“ beginnt die Arbeit des Bieters und seiner Berater. Es ist jetzt möglich, sich über die technischen und juristischen Aspekte der Bekanntmachung zu informieren. Der Bieter sollte das Edital genau analysieren und Ungereim-

heiten und Fehler sofort festhalten. Denn: Es gibt in diesem Fall Anfechtungsmöglichkeiten, die frühzeitig genutzt werden sollten. Auf folgende Punkte kommt es bei der Analyse einer öffentlichen Ausschreibung in Brasilien an:

- Wird die geforderte technische Ausführung der Arbeiten am Bauwerk ausreichend dargestellt?

- Wird die Frist für die Abgabe des Angebots ausreichend definiert? Hier sollte jede Unklarheit vermieden werden.

- Wie werden zusätzlich erforderliche Leistungen vergütet?

- Ist eine besondere Bestätigung der Teilnahme am Ausschreibungsverfahren vorab einzuholen?

- Wird die Mindestfrist zwischen der Veröffentlichung der Ausschreibung und der Abgabe eingehalten?

- Gibt es Unklarheiten, was die technischen Aspekte der Ausschreibung betrifft?

- Gibt es besondere Anforderungen, was das einzusetzende Personal betrifft?

- Ist der Entwurf des abzuschließenden Vertrages, der sich normalerweise im Anhang der Ausschreibung befindet, mit dem Inhalt der Ausschreibung vereinbar?

- Sind die genannten Fertigstellungsfristen eindeutig? Sind sie realistisch?

- Kann Ihr Unternehmen die Kriterien für Preisfindung und -festsetzung einhalten? Ist das Unterneh-

men in der Lage, auf dieser Basis zu kalkulieren?

- Sind mögliche Preisanpassungen im Fall von unvorhersehbaren Ereignissen geregelt? Sind diese Regelungen ausreichend, um Risiken abzusichern?

- Gibt es riskante Vertragsstrafen?

Die den Preis betreffenden Aspekte sind deswegen wichtig, weil gerade Verzögerungen oft Gegenstand von späteren Diskussionen zwischen den Parteien sind. Wenn das Angebot des Bieters hier nicht sorgfältig die Inhalte der Ausschreibung berücksichtigt und Risiken kalkuliert, sind die Aussichten in einem späteren Streit sehr ungünstig – gerichtlich wie außergerichtlich.

Es ist deswegen unbedingt erforderlich, entsprechende Einwän-

**ZEMMLER**  
SIEBANLAGEN  
www.zemmler.de

de am Anfang des Verfahrens vorzubringen. Die Staatsverwaltung muss sich hierzu erklären, und diese Erklärungen bleiben verbindlich für das gesamte Verfahren und für alle Teilnehmer. Es wäre ein fataler Fehler, hier Unklarheiten hinzunehmen.

Zu empfehlen ist auch, die Aktivitäten der anderen Bieter zu beobachten. Die Fairness des öffentlichen Verfahrens erlaubt allen Bietern, die Dokumente der Mitbieter einzusehen und zu prüfen.

Ein weiterer wichtiger Ratsschlag für Bieter bei öffentlichen Ausschreibungen: Seien Sie an

den öffentlichen Sitzungen mittels kompetenter Vertreter anwesend! Hier bieten sich stets gute und vor allem rechtzeitige Möglichkeiten, Einwände zu Angeboten des Wettbewerbers einzubringen – nämlich zu dem Zeitpunkt, zu dem die Angebote veröffentlicht werden.

In Anbetracht der Komplexität des Ausschreibungsverfahrens in Brasilien ist deutschen Unternehmen zu empfehlen, eine kompetente technische Betreuung ebenso wie die rechtliche, steuerliche und betriebswirtschaftliche Beratung sicherzustellen. Hierzu bedarf es vertrauenswürdiger externer und interner Berater, die man vor Ort in Brasilien sorgfältig auswählen sollte. Ohne die Investition in ein solches Team ist die Teilnahme an einer öffentlichen Ausschreibung in Brasilien angesichts der Vielzahl rechtlicher Möglichkeiten und Fallstricke nicht sinnvoll.

RA Thomas May,  
RA Dr. João Dácio Rolim

## ÜBER RGV & LC

Rolim, Godoi, Viotti & Leite Campos Advogados (RGV & LC) ist eine national und international tätige Wirtschaftsgesellschaft mit Sitz in fünf brasilianischen Wirtschaftszentren sowie Lissabon. Die hochqualifizierten Rechtsanwälte der Kanzlei stehen für breitgefächerte und tiefgreifende Expertise im brasilianischen Recht. Spezialisiert ist RGV&LC vor allem auf Vertragsrecht, Gesellschaftsrecht/M&A, Infrastruktur/PPP sowie internationales Handels- und Steuerrecht. Infos im Internet: www.rolimgvlc.com.

## RECHTSPRECHUNG KURZ KOMMENTIERT

### Trägt der Auftraggeber das Baugrundrisiko?

Unerwartete Bodenverhältnisse sind regelmäßig ein erheblicher Störfaktor und Grund für Streit zwischen Auftraggeber und Bauunternehmer über Nachtragsforderungen. Der Bundesgerichtshof (BGH) hat sich jetzt umfassend mit dem sogenannten Baugrundrisiko befasst und entschieden, dass nicht der vielfach zitierte Grundsatz „Der Auftraggeber trägt das Baugrundrisiko“, sondern der konkrete Bauvertrag maßgeblich ist:

Entscheidend ist, ob bestimmte Bodenverhältnisse zum Vertragsinhalt geworden sind, beispielsweise dadurch, dass der Auftraggeber der Ausschreibung ein Baugrundgutachten beigefügt hat und die Bodenverhältnisse für die Leistung sowie die Kalkulation erhebliche Bedeutung haben. Weichen die tatsächlichen Bodenverhältnisse von diesem Vertragsinhalt ab und lässt der Auftraggeber die Arbeiten trotzdem durchführen, ist der Weg für eine Anpassung der vereinbarten Preise frei.

„Dieses BGH-Urteil bezog sich auf eine funktionale Leistungsbeschreibung“, erläutert Rechtsanwalt Dr. Jörn Bosse. „Trotzdem dies der BGH das Baugrundrisiko nicht dem Bauunternehmer zu Will der Auftraggeber dies erreichen, muss er nach der Rechtsprechung des BGH ausdrückliche Risiko-Übernahme Klauseln in den Bauvertrag einarbeiten.“

BGH Urteil vom 20.08.2009 – VII ZR 205/07.

### Verzugszinsen schneller durchsetzbar

Baurechtprozesse dauern in der Regel vergleichsweise lange. Bei einer Dauer von mehreren Jahren können die Verzugszinsen für die Vergütung der Bauunternehmer bei professionellen Auftraggebern erhebliche Summen erreichen – immerhin beträgt der Verzugszinssatz pro Jahr zumindest 8 Prozent, aktuell 8,12 Prozent. Umso ärgerlicher für Bauunternehmer ist § 16 Nr. 5 Abs. 3 VOB/B, wonach der Bauunternehmer erst dann Anspruch auf Verzugszinsen hat, wenn er seinem Auftraggeber eine angemessene Nachfrist gesetzt hat.

In der Praxis wird diese Nachfrist oftmals vergessen bzw. erst spät gesetzt, wenn der Streit über die Vergütung eskaliert. Dem Bauunternehmer entgehen dadurch beträchtliche Verzugszinsen. Der Bundesgerichtshof (BGH) hat die Situation für Bauunternehmer verbessert, indem er diese VOB/B-Klausel für unwirksam erklärt hat.

„Voraussetzung für diese Unwirksamkeit ist eine Abweichung des konkreten Bauvertrags von der VOB/B“, kommentiert Rechtsanwalt Dr. Jörn Bosse. „Diese Voraussetzung ist jedoch fast immer erfüllt. Nach Auffassung mancher Gerichte genügt es sogar schon, dass eine fünfjährige Verjährungsfrist für Mängelansprüche vereinbart wird. Verzugszinsen gibt es dann nach 30 Tagen nach Fälligkeit und Zugang einer Rechnung.“

BGH Urteil vom 20.08.2009 – VII ZR 212/07.

### Unwirksame Klausel zum Gewährleistungseinbehalt

Gewährleistungseinbehalte verschaffen dem Auftraggeber ein wichtiges finanzielles Polster im Falle von Baumängeln. Die Vereinbarung von Gewährleistungseinbehalten erfolgt regelmäßig durch Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB). Hierzu hat der Bundesgerichtshof (BGH) jetzt entschieden, dass eine Klausel unwirksam ist, wenn die Bürgschaft zur Ablösung des Gewährleistungseinbehalts den Verzicht des Bürgen auf die Einreden des § 768 BGB enthalten muss.

Die bittere Konsequenz für den Auftraggeber: Es entfällt nicht lediglich dieser Verzicht, sondern die gesamte Sicherheitsklausel ist unwirksam. Der Auftraggeber hat also keinen Anspruch auf den Gewährleistungseinbehalt. Und wenn er bereits eine Bürgschaft erlangt hat, muss er sie wieder herausgeben.

„Die für den Auftraggeber günstigere Rechtsprechung z.B. des OLG Frankfurt hat sich damit nicht durchgesetzt“, warnt Rechtsanwalt Dr. Jörn Bosse von FPS Rechtsanwälte & Notare in Hamburg. „Auftraggeber müssen deshalb bei der Gestaltung ihrer AGB Sorgfalt und Zurückhaltung an den Tag legen.“

BGH, Versäumnisurteil vom 16.06.2009 – XI ZR 145/08.

Die Rubrik wird zusammengestellt von FPS Rechtsanwälte & Notare, einer der führenden deutschen Wirtschaftskanzleien mit Standorten in Berlin, Düsseldorf, Frankfurt und Hamburg. Infos: www.fps-law.de

## ÜBER CMS HASCHE SIGLE

CMS Hasche Sigle ist eine der führenden wirtschaftsberatenden Anwaltskanzleien. Mehr als 600 Anwälte sind in neun wichtigen deutschen Wirtschaftszentren sowie in Belgrad, Brüssel, Moskau und Shanghai tätig. CMS Hasche Sigle ist Mitglied von CMS, dem Verbund unabhängiger europäischer Rechts- und Steuerberatungssozialitäten insbesondere für Unternehmen, Banken und Organisationen, die geschäftlich in Europa tätig sind oder es werden möchten. Die Anwaltskanzlei verfügt über fundierte Kenntnisse der lokalen rechtlichen, steuerlichen und wirtschaftlichen Zusammenhän-

ge. Mit 53 Büros in West- und Mitteleuropa sowie darüber hinaus bietet CMS mandantenorientierte Dienstleistungen durch eine international konsistente, individuell zugeschnittene Strategieberatung in 27 Ländern.

CMS mit Hauptsitz in Frankfurt/Main wurde 1999 gegründet und umfasst heute neun Sozialitäten mit mehr als 2400 Anwältinnen und Anwälten. Die CMS-Mitgliedsfirmen sind mit The Levant Lawyers mit Büros in Beirut, Abu Dhabi, Dubai und Kuwait assoziiert. Weitere Infos unter: www.cms-hs.com sowie zu CMS unter www.cmslegal.com.

## Große Risiken bei Schwarzarbeit

Dienstleister haften auch bei Auftrag ohne Rechnung

**München** – In Zeiten knapper Kassen wächst bei manch einem die Versuchung, Dienstleistungen ohne Rechnung, also „schwarz“, zu erbringen oder unter Umgehung des

Fiskus in Anspruch zu nehmen. Auf den ersten Blick können Kunden und Auftragnehmer auf diese Weise zwar etwas Geld sparen. Aber das Risiko ist die Einsparung nicht wert:

Zum einen wehrt sich der Staat konsequent mit hohen Strafen gegen alle Versuche, Leistungen „unter der Hand“ anzubieten und abzurechnen. Zum anderen werden die Folgen meist unterschätzt, die etwa Mängel bei der Arbeitsausführung für Auftragnehmer und Kunden haben können. Darauf weist die D.A.S. Rechtsschutzversicherung hin. Nach einer aktuellen Schätzung des Ökonomen Friedrich Schneiders wird das Volumen der Schwarzarbeit in Deutschland im Jahr 2009 auf rund 352 Mrd. € angewachsen – ein gigantischer Schaden für die Gesellschaft. Zudem gefährden die Billigangebote der Schwarzarbeiter die Existenz gewissenhaft tätiger Betriebe, denen Aufträge versagt bleiben.

Doch was genau gilt eigentlich als Schwarzarbeit? Muss der Webdesigner ein schlechtes Gewissen haben, wenn er seinem Schwager als Gefälligkeit den Sprung in die Selbstständigkeit mit einer professionellen Homepage erleichtert und dafür einmalig 100 Euro erhält? Darf der Sanitärinstallateur eine Gegenleistung annehmen, wenn er nach Feierabend seinem Nachbarn beim Einbau der neuen Dusche hilft? „Was genau Schwarzarbeit ist, ist im Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung festgelegt (SchwarzArbG)“, erläutert die Rechtsexperten der D.A.S. Rechtsschutzversicherung. „Paragraf 1 legt fest, dass derjenige, der aus reiner Gefälligkeit im Sinne der Nachbarschaftshilfe oder für Angehörige und Freunde Arbeiten verrichtet und damit keinen größeren Gewinn erwirtschaftet,

rechtlich nichts zu befürchten hat.“ Wenn also der Sanitärinstallateur aus Dankbarkeit zum Essen eingeladen wird oder der Webdesigner einmalig 100 Euro von seinem Schwager erhält, liegt keine Schwarzarbeit vor.

### Hohe Bußgelder und Nachzahlungen

Anders ist es, wenn jemand Leistungen in erheblichem Umfang erbringt, ohne seinen Pflichten als Steuerzahler und Sozialversicherungsbeitragszahler nachzukommen. Denn wenn die Zollverwaltung, die Landesfinanzbehörde, die Bundesagentur für Arbeit oder die Rentenversicherungsträger auf Schwarzarbeit stoßen, drohen Nachzahlungen und hohe Bußgelder. Wer am Finanzamt vorbei arbeitet, macht sich zudem strafbar. Wer denkt, dass die Gefahr

der Aufdeckung gering ist, irrt. Zeitungsverlage müssen zum Beispiel den Namen und die Anschrift von Auftraggebern mitteilen, die der anonymen Chiffreanzeige für Schwarzarbeit verdächtig sind. Und spätestens dann, wenn Gewährleistungsansprüche geltend gemacht werden, wird das heimliche Geschäft schnell öffentlich.

### Gewährleistung bei Mängeln?

Leider wird über das Strafrisiko hinaus oft vergessen, dass Schwarzarbeit sowohl für den Auftragnehmer als auch Auftraggeber im Hinblick auf Gewährleistungsfragen eine Zeitbombe darstellt. Das Bürgerliche Gesetzbuch macht deutlich: Werkverträge, die in gegenseitigem Wissen durch Schwarzarbeit erfüllt werden, sind nichtig. Die gilt zumindest dann, wenn der Vertrag bei vereinbarter ordnungsgemäßer Rechnungslegung nicht zu denselben Konditionen abgeschlossen worden wäre. So kann es schon bei der Höhe der Werklohnforderung zu Problemen kommen, wenn der Kunde diese verweigert. Dennoch ist der Handwerker keineswegs von der Gewährleistungspflicht befreit. Er kann sich nicht generell darauf berufen, dass es keinen gültigen Vertrag gegeben hat, wenn zum Beispiel der Kunde Mängel geltend macht (BGH, Az.: VII ZR 42/07 vom 24. April 2008).

Weitere Informationen zu rechtlichen Fragen im Betriebsalltag im D.A.S. Ratgeber „Recht für Handwerk und Gewerbe“. Vorbestellungen unter: ratgeber@hartz-communication.de

## URTEILE ZUR SCHWARZARBEIT

### Gewährleistung bei Bauarbeiten „ohne Rechnung“

Ein Handwerker hatte ohne Rechnung die Terrasse eines Hauses abgedichtet und mit Holz ausgelegt. Kurz nach Fertigstellung der Terrasse kam es zu einem Wasserschaden in der darunter liegenden Einliegerwohnung. Der Auftraggeber machte Gewährleistungsansprüche geltend. Der Bundesgerichtshof orientierte sich am Grundsatz von Treu und Glauben: Da das Material schon beim Auftraggeber verbaut sei, verhalte der Handwerker sich treuwidrig, wenn er die Gewährleistung einfach mit Hinweis auf die, seinem eigenen Vorteil dienende „Ohne-Rechnung-Abrede“, verweigere. Der Bauherr erhielt Anspruch auf Gewährleistung.

Bundesgerichtshof, Urteil vom 24.04.2008, Az. VII ZR 42/07

### Auftraggeber verweigert Bezahlung

Ein Metallbauer hatte Dachdeckerarbeiten durchgeführt, die sein Betrieb nur als Nebenleistungen erbringen durfte. Da der Kunde dies erst nach Beendigung der Arbeiten herausfand, verweigerte er die Zahlung des Werklohns in Höhe von 96.000 DM mit der Begründung, dass Schwarzarbeit verboten und damit der Vertrag ungültig sei. Zusätzlich machte der Auftraggeber Gewährleistungsansprüche geltend. Das Oberlandesgericht Nürnberg erklärte den

Werkvertrag für wirksam, da der Vertragspartner nichts von der Schwarzarbeit wusste. Zwar hatte der Handwerksbetrieb des Metallbauers somit Anspruch auf den vereinbarten Werklohn, musste allerdings neben der Geldbuße auch die Kosten der Mängelbeseitigungsarbeiten durch einen Drittbetrieb tragen.

Oberlandesgericht Nürnberg, Urteil vom 25.05.2000, Az. 13 U 4512/99

### Schwarzarbeiter mit Festanstellung

Eine Hausverwaltung rechnete einer Mitarbeiterin einen Teil ihrer Arbeitsvergütung (750 DM im Monat) ohne Abzug von Lohnsteuer und Sozialabgaben auf ein Arbeitgeberdarlehen an. Hiermit sollte die Mitarbeiterin von ihrem Arbeitgeber eine Eigentumswohnung kaufen. Als es schließlich zum Streit kam, war zu klären, ob der Arbeitsvertrag insgesamt nichtig sei, weil er Schwarzarbeit darstelle. Das Bundesarbeitsgericht entschied, dass ein Arbeitsvertrag nicht insgesamt nichtig werde, nur weil man vereinbare, einen Teil der Vergütung ohne Steuern und Abgaben auszuzahlen. Nichtig sei vielmehr nur der illegale Teil des Arbeitsvertrages. Die Mitarbeiterin bekam Recht und die Hausverwaltung hatte das vereinbarte Arbeitsentgelt zu bezahlen.

Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 26.02.2003, Az. 5 AZR 690/0

Quelle: D.A.S.

**Das ist DER Hammer!**

**NEUMEIER GmbH**  
www.neumeier-gmbh.com

Böhmerstraße 10  
93437 Furth im Wald  
Tel.: 0049 9973 8466-0  
Fax: 0049 9973 8466-20  
Mobil: 0049 175 592 7777  
info@neumeier-gmbh.com

**Unsere neuen Hydraulikhammer!**

für jeden Bagger von 0,5 bis 50 to.  
Alles auf Lager und sofort lieferbar