



[Gaßner, Groth, Siederer & Coll.]

Rechtsanwälte

Bau • Newsletter

Mai 2008

Liebe Mandantschaft,
sehr geehrte Damen und Herren,

mit unserem aktuellem Bau • Newsletter möchten wir Sie heute wieder über aktuelle und praxisrelevante Entwicklungen im Bau- und Bauvergaberecht informieren. In dieser Ausgabe berichten wir über die immer häufiger streitige Frage, wer Mehrkosten bei Verzögerung des Vergabeverfahrens trägt; ferner über ein Grundsatzurteil im Zusammenhang mit der Genehmigung von Einkaufszentren.

Wenn Sie Interesse an dem Bezug weiterer Newsletter haben, senden Sie uns bitte eine E-Mail an Berlin@GGSC.de oder nutzen Sie im Internet das Newsletter-Archiv unter www.ggsc.de/service.

Weitere Themen des Bau • Newsletters entnehmen Sie bitte der nebenstehenden Übersicht. Wir hoffen, interessante Themen für Sie ausgewählt zu haben und wünschen Ihnen viel Spaß bei der Lektüre.

Übersicht

- Wer trägt die Mehrkosten bei Verzögerung im Vergabeverfahren?
- Bundesverwaltungsgericht: Marktgutachten und Zulassung von Einkaufszentren im unbeplanten Bereich
- Umsatzsteuer bei Bauleistungen
- Neue Entscheidung zum Fax-Sendebericht
- [GGSC] auf Veranstaltungen

[WER TRÄGT DIE MEHRKOSTEN BEI VERZÖGERUNGEN IM VERGABEVERFAHREN?]

Immer wieder kommt es bei Vergabeverfahren zu Verzögerungen mit nachteiligen Folgen für die ursprüngliche Terminplanung und Kostenkalkulation der Bieter. Im Grundsatz gilt nach der Rechtsprechung (bspw. OLG Hamm, Urt. v. 05.12.2006, 24 U 58/05; KG, Urt. v. 05.10.2007, 21 U 52/07; LG Köln, Urt. v. 17.07.2007, 5 O 22/07), dass der öffentliche Auftraggeber die Risiken tragen



muss, die im Zusammenhang mit der Verzögerung von Vergabeverfahren stehen. Wenn aufgrund eines Vergabenachprüfungsverfahrens ein Zuschlag verspätet, aber ansonsten unverändert erteilt wird, so kommt mit der Zuschlagserteilung noch kein bindender Vertrag zustande, zumindest dann, wenn der Bieter auf das Zuschlagsschreiben mit einem Gegenangebot reagiert, und auf seine mit Verzögerung entstandenen Mehrkosten hinweist. Im Regelfall ist der öffentliche Auftraggeber verpflichtet, dieses Gegenangebot des Bieters anzunehmen, wenn sich die Vergabe aus Gründen verzögert hat, die in der Risikosphäre des Auftraggebers liegen. Die Grenze liegt dort, wo die Mehrkosten so hoch liegen, dass das Verfahren insgesamt aufgehoben werden darf.

Fazit

Bei verspäteter Zuschlagserteilung und absehbaren Mehrkosten sollte der Bieter nicht zum Zuschlagsschreiben schweigen, sondern unverzüglich mit einem Gegenangebot reagieren, das seine Mehrkosten berücksichtigt. Auftraggeber sollten umgekehrt auf einer prüfbareren Aufstellung dieser Mehrkosten bestehen und diese anschließend auch auf Plausibilität prüfen.

Bei Rückfragen wenden Sie sich bitte an die Rechtsanwälte Dr. Sebastian Schattenfroh und Dr. Joachim Wrase.

[BUNDESVERWALTUNGSGERICHT: MARKTGUTACHTEN UND ZULAS- SUNG VON EINKAUFSZENTREN IM UNBEPLANTEN BEREICH]

Während Einkaufszentren und sonstige Großhandelsbetriebe in beplanten Bereichen nur in Kerngebieten oder besonders für sie festgesetzten Sondergebieten zulässig sind, können sie im unbeplanten Bereich nach der Einfügingsregel des § 34 Abs. 1 BauGB nach der Eigenart der näheren Umgebung genehmigt werden. Dies hat der Gesetzgeber 2004 dahingehend eingeschränkt, dass von solchen Vorhaben „keine schädlichen Auswirkungen auf zentrale Versorgungsbereiche in der Gemeinde oder in anderen Gemeinden zu erwarten sein“ dürfen (§ 34 Abs. 3 BauGB). Die hier verwendeten unbestimmten Rechtsbegriffe machen die Anwendung der Vorschrift für Investoren, Gemeinden, Bauaufsichtsbehörden und Verwaltungsgerichte schwierig.

Umstritten war bisher insbesondere, ob die Zentrenverträglichkeit solcher Betriebe durch sog. Marktgutachten zutreffend vorhergesagt werden kann. Dies hatte das OVG Münster mit der Begründung abgelehnt, die von solchen Gutachten prognostizierten Umverteilungen seien als solche kein maßgebliches Kriterium für die mit dem Begriff der schädlichen Auswirkungen erfassten Funktionsstörungen. Dem ist das Bundesverwaltungsgericht mit seiner Entscheidung



vom 11.10.2007 (Az.: 4 C 7/07, veröffentlicht in NVwZ 2008, 308) entgegengetreten. Die in der Praxis üblichen Marktgutachten zur Prognose eines Kaufkraftabschlusses aus dem zentralen Bereich aufgrund von Umsatzumverteilungen zu Gunsten eines zukünftigen Einkaufszentrums oder anderen Großhandelsunternehmen außerhalb des zentralen Bereichs seien durchaus eine Grundlage für die baurechtliche Beurteilung der schädlichen Auswirkungen nach § 34 Abs. 3 BauGB.

Fazit

Daraus folgt für die Praxis, dass derjenige, der einen derartigen Betrieb errichten oder erweitern oder derjenige, der die Errichtung eines solchen Betriebes baurechtlich beurteilen will, nicht darum herumkommt, ein derartiges Marktgutachten – wie bisher in der Praxis üblich – in Auftrag zu geben.

Bei Rückfragen wenden Sie sich bitte an die Rechtsanwälte Dr. Klaus-Martin Groth und Dr. Peter von Feldmann.

[UMSATZSTEUER BEI BAULEISTUNGEN]

In zwei neuen Entscheidungen hat der BGH (Urt. v. 22.11.2007, VII ZR 83/05 und Urt. v. 24.01.2008, VII ZR 280/05) zur Umsatzsteuer bei freier Kündigung eines Bauvertrages und bei Bauzeitverlängerung durch den Auftrag-

geber Stellung genommen. Die Entscheidungen gelten allerdings nur für Verträge, bei denen überhaupt brutto abzurechnen ist. Für Verträge, die nach § 136 UStG netto abgerechnet werden, ändert sich an der Rechtslage nichts.

Keine Umsatzsteuer auf Vergütung für nicht gekündigte (entfallene) Leistungen

Der Auftraggeber hat das Recht, einen Bauvertrag jederzeit zu kündigen. Nach dem Gesetz steht dem Bauunternehmer dann nicht nur eine Vergütung für die schon erbrachten Leistungsteile zu, sondern auch für die noch nicht erbrachten Leistungen, abzüglich seiner ersparten Aufwendungen. Ob für diese entfallenen Leistungen Umsatzsteuer entsteht, war bisher umstritten. Der BGH hat nun klargestellt, dass die Vergütung, die auf nicht bereits erbrachte Leistungsteile entfällt, „*Entschädigungscharakter*“ habe und deshalb keine Umsatzsteuer auslöse.

Deshalb gilt: Die infolge Kündigung nicht erbrachten, aber vom Unternehmer abzurechnenden Leistungen sind netto abzurechnen. Etwaige Umsatzsteuerbeträge sind zu streichen.



Zahlungen für Bauzeitverlängerung

Bei einer Bauzeitverlängerung, die dem Auftraggeber zuzurechnen ist, kommen für den Auftragnehmer Zahlungsansprüche in Betracht, die sich aus der VOB/B und dem Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) ergeben. Auch hierzu war nicht geklärt, ob Umsatzsteuer entsteht. Hier muss differenziert werden:

1. Werden durch Änderung des Bauentwurfs oder andere Anordnungen des Auftraggebers die Preisgrundlagen geändert, so hat der Auftragnehmer einen Anspruch auf Berechnung eines neuen Preises. Dieser Grundsatz ist in § 2 Nr. 5 VOB/B festgeschrieben. Weil es sich hierbei um einen vertraglichen Anspruch handelt, erhöht sich auch die Bemessungsgrundlage für die Umsatzsteuer. Die Umsatzsteuer muss der Bauunternehmer deshalb hier in Rechnung stellen.
2. Stört der Auftraggeber hingegen den Bauablauf vertragswidrig und entstehen daraus dem Bauunternehmer Kosten, so sieht § 642 BGB vor, dass er vom Auftraggeber eine Entschädigung verlangen kann. Der BGH hat nun entschieden, dass es sich, trotz des Wortes „Entschädigung“, um einen Vergütungsanspruch handelt. Deshalb entstehe auch hier Umsatzsteuer.
3. Anders urteilt der BGH jedoch dann, wenn es um schuldhaftige Baubehinderungen und Unterbrechungen gem. § 6 Nr. 6 VOB/B geht. Nach Auffassung des BGH sind Schadenersatzzahlungen des § 6

Nr. 6 VOB/B keine Gegenleistung für eine Leistung des Bauunternehmers an den Auftraggeber. Mithin bleibt auch die Vergütung als Bemessungsgrundlage für die Umsatzsteuer unverändert.

Fazit

Die differenzierte Rechtsprechung des BGH ist in der Praxis nur schwer umzusetzen. Der Bauunternehmer müsste bei der Abrechnung selbstständig beurteilen, ob die Zusatzkosten vertragsgerecht oder durch Vertragsverstöße entstanden sind. Das ist kaum machbar. Für Unternehmer gilt deshalb: Im Zweifel die Umsatzsteuer mit abrechnen.

Bei Rückfragen wenden Sie sich bitte an die Rechtsanwälte Dr. Sebastian Schattenfroh und Dr. Joachim Wrase.

[NEUE ENTSCHEIDUNG ZUM FAX-SENDEBERICHT]

Immer wieder haben sich die Gerichte mit der Frage zu beschäftigen, ob der Absender eines Telefaxes mit „o.k.-Vermerk“ auf seinem Sendebericht davon ausgehen kann, dass das Telefax auch beim Empfänger eingegangen ist. Das OLG Brandenburg hat jetzt in seinem Urteil vom 05.03.2008 (Az.: 4 O 132/07) die ständige, zuletzt aber bestrittene Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bestätigt:



Der positive Fax-Sendebericht belegt – so das Gericht – allein die Herstellung der Verbindung zwischen dem Sende- und dem Empfangsgerät. Für die geglückte Übermittlung der Daten und das Ausbleiben von Störungen hat er hingegen keinen Aussagewert. Allein der positive Fax-Sendebericht sei deshalb, so dass OLG Brandenburg, ebenso wie die Absendung einfacher Briefe, keinen Beweis für den Zugang. Der technische Fortschritt ändere an dieser Bewertung nichts.

Fazit

Ist der Zugang eines Schreibens für den Absender wichtig, entweder, weil er eine bestimmte Frist einhalten muss oder weil er eine Bestätigung für den Zugang des Schreibens beim Empfänger benötigt, so sollte man auch weiterhin auf das bewährte Einschreiben mit Rückschein zurückgreifen. Noch besser ist der Eingangsstempel des Empfängers (sog. Empfangsquittung).

Bei Rückfragen wenden Sie sich bitte an die Rechtsanwälte Dr. Sebastian Schattenfroh und Dr. Joachim Wrase.

[GGSC AUF VERANSTALTUNGEN]

Fortbildungsreihe der Brandenburgischen Architektenkammer

Rechtsanwalt Dr. Sebastian Schattenfroh

22.05.2008 in Potsdam

„Bausummenüberschreitung“

12.06.2008 in Potsdam

„Praktisches Prozessrecht für Architekten“

26.06.2008 in Potsdam

„Die aktuelle Rechtsprechung zum Architektenrecht und ihre Auswirkungen auf die Praxis“

Die Seminarprogramme sowie weitere Informationen finden Sie unter www.ak-brandenburg.de/Veranstaltungen.

Telefonische Anmeldungen bei der Brandenburgischen Architektenkammer unter 0331 2759120.

vhw-Seminare

Rechtsanwalt Dr. Sebastian Schattenfroh

24.06.2007 in Berlin

„Architekten- und Ingenieurleistungen - Aktuelle Einzelfragen, Auswirkungen aktueller Rechtsprechung auf die Praxis“

Die Seminarprogramme sowie weitere Informationen finden Sie unter www.vhw.de.