

In eigener Sache

Sehr geehrte Damen und Herren,

auch mit diesem Rundschreiben möchten wir Sie über aktuelle Entwicklungen in Gesetzgebung und Rechtsprechung informieren, zum Beispiel zu Gebührenforderungen als öffentlicher Last oder zum Umgang mit rügenden Bietern bei Vergaben unterhalb der Schwellenwerte. Für die Baupraxis hingegen zu beachten ist eine Entscheidung des Bundesgerichtshofes zur Vergütung sogenannter Nullpositionen. Ausdrücklich hinweisen möchten wir Sie auch auf unser Seminarangebot.

Wir wünschen eine spannende Lektüre.

SWKH Rechtsanwälte

Jörg Schmidt-Wottrich, Rainer Kühne,
Dr. Andreas Harms

Berlin im Juni 2012

Inhaltverzeichnis

Wasserwirtschaft

- **Neues Wassergesetz Brandenburg**
- **Gebührenforderungen als öffentliche Last**
- **OVG Berlin-Brandenburg zum Vollgeschossfaktor**

Kommunalrecht und Finanzen

- **Umsatzsteuer auf Beistandsleistungen im Hoheitsbereich?**

Vergaberecht

- **Vergaberechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte und der praktische Umgang**
- **EuGH und Brandenburgisches Vergabegesetz: Besonders niedrige Preise müssen erläutert werden**

Baurecht

- **Bevorstehende Änderungen der VOB**
- **BGH: Vergütung von „Nullpositionen“ im VOB-Vertrag**

Veranstaltungshinweise

Über uns

Wasserwirtschaft

Neues Wassergesetz Brandenburg

Durch das Zweite Gesetz zur Änderung wasserrechtlicher Vorschriften vom 19.12.2011 ist das Brandenburgische Wassergesetz (BbgWG) weitgehend geändert worden. Die Änderungen sind so zahlreich, dass der vollständige neue Wortlaut im Gesetz- und Verordnungsblatt für das Land Brandenburg, Teil I vom 24.04.2012 bekanntgemacht wurde. Inhaltlich erfolgt mit dem Gesetz die Anpassung an das neu geregelte Wasserhaushaltsgesetz des Bundes vom 31.09.2009. Es wurden Doppelregelungen und vergleichbare Regelungen gestrichen und durch das Bundesrecht verdrängte Regelungen beibehalten.

Durch die (neue) Kompetenzregelung zwischen Bund und den Ländern im Bereich des Wasserrechts ist auch in Zukunft damit zu rechnen, dass die Betroffenen genau hinschauen müssen, welche Regelung (Bund oder Land) zum jeweiligen Zeitpunkt gerade maßgeblich ist.

Gebührenforderungen als öffentliche Last

Der Bundesgerichtshof ist in seinem Beschluss vom 30.03.2012 (V ZB 185/11) zu der Auffassung gelangt, dass der Landesgesetzgeber Beiträge und Gebühren so ausgestalten kann, dass sie als öffentliche Last auf dem Grundstück ruhen. So ruhen nach § 13 Abs. 3 in Verbindung mit § 27 KAG BW die Benutzungsgebühren als öffentliche Last auf dem Grundstück. Voraussetzung ist allerdings nach Auffassung des BGH, dass die Gebühren grundstücksbezogen ausgestaltet wurden.

Im Land Brandenburg ruhen nur die Beiträge und die Kosterstattungsansprüche als öffentliche Last auf dem Grundstück, nicht jedoch die Benutzungsgebühren. Das hat für die Aufgabenträger den Nachteil, dass sie bei einer Zwangsversteigerung des betroffenen Grundstücks hinsichtlich der Gebühren nicht zur günstigen Rangklasse des § 10 Abs. 1 Nr. 3 Zwangsversteigerungsgesetz (ZVG) gehören. In der Praxis bleiben die Gebührenansprüche bei der Zwangsversteigerung daher häufig unberücksichtigt. In der Insolvenz besteht für die Gebührenansprüche kein Absonderungsrecht. Hier müssen die Aufgabenträger die Gebührenforderungen zur Insolvenztabelle anmelden und erhalten meistens nur eine geringe Quote.

Da die Zahl der Insolvenzen nicht gerade rückläufig ist, sollten sich die Aufgabenträger ein gutes Forderungs-

management aufbauen und nicht zu große Rückstände auflaufen lassen. Die weitgehenden Möglichkeiten der öffentlichen Last für Beitrags- und Kostenerstattungsansprüche sind zu nutzen.

OVG Berlin-Brandenburg zum Vollgeschossfaktor

Das OVG Berlin-Brandenburg hat in seinem Urteil vom 18.04.2012 (OVG 9 B 62.11) entschieden, dass ein sog. Vollgeschossfaktor, der 100 % für das erste Vollgeschoss und 15 % für jedes weitere Vollgeschoss vorsieht, nichtig ist und zur Unwirksamkeit der gesamten Satzung führt.

Die Entscheidung ist vor folgendem Hintergrund zu werten: In vielen Ländern ist der sog. modifizierte Vollgeschossmaßstab als Beitragsmaßstab üblich, um die beitragspflichtige Fläche zu ermitteln. Dabei wird die heranzuziehende Grundfläche mit einem Faktor vervielfacht, der sich nach der (zulässigen) Zahl der Vollgeschosse bestimmt. In der bisherigen Rechtsprechung des OVG Brandenburg bzw. des OVG Berlin-Brandenburg gab es lediglich Entscheidungen, nach denen Vollgeschossfaktoren zwischen 0,25 und 0,5 für jedes weitere Vollgeschoss über dem mit 1,00 bewerteten ersten Vollgeschoss zulässig sind. Nunmehr hat das OVG Berlin-Brandenburg mit seinem o.g. Urteil klargestellt, dass ein Faktor von 0,15 über dem mit 1,00 bewerteten ersten Vollgeschoss außerhalb des dem Satzungsgeber zustehenden Ermessens liegt.

Noch offen ist die Frage, ob und inwieweit höhere Faktoren als 0,5 zulässig sind. Das VG Cottbus vertritt in seinem Urteil vom 03.03.2011 (6 K 351/09) die Auffassung, dass der Steigerungsfaktor von 0,6 für das zweite und jedes weitere Vollgeschoss unbedenklich ist. Dies gelte zumindest dann, wenn das Verbands- bzw. Gemeindegebiet durch dörfliche, allenfalls kleinstädtische Strukturen mit überwiegender Wohnbebauung geprägt ist. Ein Urteil des OVG Berlin-Brandenburg ist dazu noch nicht ergangen.

Kommunalrecht und Finanzen

Umsatzsteuer auf Beistandsleistungen im Hoheitsbereich?

Beistandsleistungen sind Hilfeleistungen zwischen öffentlichen Aufgabenträgern (z.B. Behörden, Gemeinden, Zweckverbänden). Die Umsatzsteuerpflicht derartiger Leistungen ist durch ein Urteil des Bundesfinanzhofs (BFH) vom 10.11.2011 - Az.: V R 41/10 - erneut in die Diskussion geraten. Soweit Hoheitsbetriebe in der Vergangenheit derartige Unterstützungsleistungen durchführten, waren diese steuerfrei. Dies betrifft z.B.

die Übernahme und Entsorgung von Abwasser aus einer Nachbargemeinde oder Nachbarverband.

Der BFH hat die entgeltliche Nutzungsüberlassung einer Turnhalle an eine Nachbargemeinde für Zwecke des Schulsports der Umsatzsteuerpflicht unterworfen. Auch eine so genannte Beistandsleistung, die zwischen juristischen Personen des öffentlichen Rechts gegen Entgelt erbracht wird, sei steuerbar und bei Fehlen besonderer Befreiungstatbestände steuerpflichtig.

Bei den Aufgabenträgern der Abwasserentsorgung ist nun die Frage aufgeworfen, ob hier ein solcher besonderer Befreiungstatbestand vorliegt. Die Abwasserentsorgung durch einen öffentlichen Rechtsträger ist nach dem Körperschaftsteuergesetz hoheitliche Tätigkeit und wird deshalb nicht der Umsatzsteuer unterworfen. Fraglich ist, ob diese steuerliche Begünstigung auch beim Leistungsaustausch zwischen den Hoheitsträgern gilt, also wenn wie im o.g. Beispiel das Abwasser einer Nachbargemeinde auf der Kläranlage einer anderen Gemeinde oder Zweckverband entsorgt wird.

Keine Umsatzsteuer auf Leistungen des Hoheitsbetriebes

Eine Analyse des Urteils zeigt, dass nach wie vor zwischen der wirtschaftlichen Betätigung einer Gemeinde, also dem *Betrieb gewerblicher Art* und dem *Hoheitsbetrieb* zu differenzieren ist:

„Die Anwendung von § 2 Abs. 3 Satz 1 Umsatzsteuergesetz (UStG) in Verbindung mit § 4 Abs. 5 Körperschaftsteuergesetz (KStG) führe dazu, dass umsatzsteuerrechtlich die hoheitlichen und damit die auf öffentlich-rechtlicher Grundlage ausgeübten Tätigkeiten der juristischen Personen des öffentlichen Rechts nicht als unternehmerisch anzusehen sind.“

Dies entspricht der geltenden deutschen Rechtslage und mit dieser Feststellung hätte der zitierte Satz der Urteilsbegründung auch enden können. In dem Urteil wird dieser Satz jedoch durch folgenden Halbsatz ergänzt: *„... sofern es hierdurch zu keinen größeren Wettbewerbsverzerrungen kommt.“* Dieser Zusatz ergibt sich nicht aus dem deutschen Recht, sondern offensichtlich aus der Auslegung der EU-Mehrwertsteuersystemrichtlinie 2006/112/EG.

EU-Recht

In dieser Vorschrift wird in Art. 13 darauf abgestellt, dass Gemeinden und sonstige Einrichtungen des öffentlichen Rechts nicht als steuerpflichtig gelten, soweit sie die Tätigkeiten ausüben oder Umsätze bewirken, die ihnen im Rahmen der öffentlichen Gewalt obliegen, auch wenn dafür Abgaben erhoben werden. Sie gelten jedoch als Steuerpflichtige, sofern eine Behand-

lung als Nichtsteuerpflichtige zu größeren Wettbewerbsverzerrungen führen würde.

Stellungnahme

Abweichend zum deutschen Steuerrecht ist somit zusätzlich zu prüfen, ob eine derartige Beistandsleistung zu *größeren Wettbewerbsverzerrungen* führen kann. In diesem Zusammenhang ist fraglich, welcher Prüfungsrahmen hier anzusetzen ist. Die Annahme eines potenziell immer bestehenden Wettbewerbs dürfte nach der hier vertretenen Ansicht nicht ausreichen. Andererseits ist nach der EU-Rechtsprechung nicht nur auf den lokalen Markt abzustellen. Den kommunalen Aufgabenträgern ist deshalb zu raten, vor einer Vereinbarung/Beauftragung einer Nachbarkörperschaft z. B. mit Leistungen im Bereich der öffentlichen Abwasserentsorgung eine Marktanalyse durchzuführen und zu dokumentieren. Wenn in der Region kein anderer Anbieter vorhanden ist, der die Leistung ebenso preisgünstig alternativ anbieten könnte, dürfte eine Vereinbarung unter den Hoheitsträgern weiterhin steuerfrei bleiben.

Vergaberecht

Vergaberechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte und der praktische Umgang damit

Bekanntlich wird die ganz überwiegende Zahl der öffentlichen Aufträge unterhalb der EU-Auftragsschwellenwerte vergeben, womit die Bieter bei diesen Vergaben keinen Rechtsschutz vor den Vergabekammern suchen können. Öffentliche Auftraggeber dürfen jedoch nicht annehmen, dass Bieter unterhalb der Schwellenwerte Vergabeentscheidungen nicht angreifen können. Die Rechtsprechung hierzu ist im Fluss.

Anspruch auf Unterlassung eines Vertragsabschlusses?

Das OLG Düsseldorf (Urteil vom 19.10.2011 - 27 W 1/11) hat entschieden, dass in einem Vergabeverfahren unterhalb der Schwellenwerte den Bietern bei einer Verletzung von Vergaberegeln Ansprüche auf Unterlassung eines Vertragsabschlusses zustehen können. Dieser Unterlassungsanspruch sei nicht auf willkürliche Handlungsweisen des Auftraggebers beschränkt und kann im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes durchgesetzt werden:

Ein privater Auftraggeber war aufgrund eines zuwendungsrechtlichen Bescheides zur Anwendung der VOB/A, 1. Abschnitt (sog. Basisparagrafen) verpflichtet worden. Ein Bieter und späterer Antragsteller im einstweiligen Verfügungsverfahren beanstandete die Vergabeunterlagen wegen fehlender kalkulationsrele-

vanter Angaben und widersprüchlicher Leistungspositionen. Das OLG gab zwar dem Bieter aus anderen Gründen nicht recht, bejahte aber den Schutz aus einem sogenannten *vorvertraglichen Vertrauensverhältnis* und der verpflichtenden Anwendung der Regelungen der VOB/A, 1. Abschnitt.

Hintergrund einer Entscheidung des OLG Brandenburg (Urteil vom 13.09.2011 - 6 W 73/11) hingegen waren ausgeschriebene Fahrbahnmarkierungsarbeiten des Bundes, für welche der unterlegene und vor dem Zivilgericht einstweiligen Rechtsschutz begehrende Bieter das preisgünstigste Angebot vorgelegt hatte. Als einziges Zuschlagskriterium war auch der Preis angegeben worden. Die Vergabestelle forderte die Übersendung verschiedener Nachweise, die angeblich nicht rechtzeitig vorgelegt wurden, weshalb das Angebot von der Wertung ausgeschlossen wurde. Der Antrag des Bieters beim Landgericht war zwar aus anderen Gründen erfolglos. Anlässlich der Beschwerde beim OLG Brandenburg führte dieses jedoch aus, dass das Zivilrecht nur in Ausnahmefällen einen Unterlassungsanspruch als primäre Leistungspflicht zulasse, und dieser Anspruch nur bei der Verletzung absolut geschützter Rechtsgüter (§ 823 Abs. 1 BGB) oder bei gesetzlichen Spezialregelungen bestehe.

Komme bei einer beabsichtigten Vergabe ein Verstoß gegen das Regelwerk der VOB/A in Betracht, könne ein etwaiger Unterlassungsanspruch allenfalls dann erwogen werden, wenn glaubhaft gemacht wird, dass der Antragsgegner in unredlicher Absicht oder willkürlich vorzugehen drohe oder ihm gar vorsätzlicher Rechtsbruch zur Last zu legen sei.

Information und Informationspflicht unterhalb der Schwellenwerte?

Insbesondere mit der Entscheidung des OLG Düsseldorf stellt sich die Frage, ob denn Auftraggeber auch in Verfahren unterhalb der Schwellenwerte zur Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes den unterlegenen Bietern rechtzeitig vor Auftragserteilung eine Information erteilen müssen. Dieses ließe sich aus dem genannten vorvertraglichen Vertrauensverhältnis herleiten, welches aus § 241 Abs. 2 BGB abgeleitet wird. Als einzige Vorschrift aus dem „Vergaberecht“ hingegen käme im Baubereich § 19 Abs. 1 VOB/A in Betracht, der aber nur für einen Teil der „unterlegenen“ Bieter eine „unverzögliche“ Informationspflicht festschreibt, die aber auch kein Wirksamkeitserfordernis für den Zuschlag darstellt.

Sobald aber der Zuschlag erfolgt ist, scheitert ein Bieter mit einem etwaigen Antrag vor einem Zivilgericht, dem öffentlichen Auftraggeber einen Zuschlag vorläufig zu untersagen. Dann kann der Bieter nur noch Schadenersatz verlangen, was bisher äußerst selten

erfolgreich war.

Daraus ergeben sich für den öffentlichen Auftraggeber zwei Möglichkeiten vorzugehen:

Trotz fehlender ausdrücklicher gesetzlicher Regelung, informiert er alle unterlegenen Bieter vor dem Zuschlag. Diese haben Gelegenheit zur Äußerung, können aber auch bei Nichtabhilfe Einstweiligen Rechtsschutz beantragen. Wenn sie letzteres nicht tun und später dennoch Schadenersatz verlangen, dürften sie es vor den Zivilgerichten schwer haben, da ihnen aufgrund unterlassener gerichtlicher Maßnahmen ein Mitverschulden vorgeworfen werden kann.

Praxishinweis

Wir halten dieses Vorgehen jedoch nicht im Regelfall für geboten. Wenn der öffentliche Auftraggeber selbst keinerlei Verfahrensfehler erkennt, gleichzeitig aber etwa aus zeitlichen Gründen den Zuschlag erteilen muss, kann das bestehende Restrisiko, auf Schadenersatz in Anspruch genommen zu werden, hingenommen werden. Dieses setzt natürlich eine vergaberechtliche Prüfung vermeintlicher Verstöße voraus.

EuGH und Brandenburgisches Vergabegesetz verlangen: Besonders niedrige Preise müssen erläutert werden

Die vergaberechtlichen Anforderungen an öffentliche Auftraggeber, bei möglicherweise unauskömmlichen Angeboten und Preisen „tätig“ zu werden, werden sowohl aufgrund der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes als auch im Unterschwellenbereich in Brandenburg aufgrund des Vergabegesetzes weiter erhöht.

Gemäß Urteil des Europäischen Gerichtshofes vom 29.03.2012 (Rs. C-599/10) ist Art. 55 der Richtlinie 2004/18/EG so zu verstehen, dass nationale Regelungen eine Bestimmung enthalten müssen, die vorsieht, dass bei einem ungewöhnlich niedrigen Preis der öffentliche Auftraggeber den betroffenen Bewerber schriftlich auffordert, diesen Preis zu erläutern. Es sei dann allein Sache des nationalen Richters, anhand des gesamten Akteninhalts zu überprüfen, ob die betreffenden Bewerber aufgrund der Aufforderung zur Erläuterung ihres Angebots dessen Zusammensetzung ausreichend darlegen konnten.

Dieses äußerst verkürzt wiedergegebene Urteil geht also von einer Verpflichtung des öffentlichen Auftraggebers aus, vom Bewerber eine Erläuterung eines ungewöhnlich niedrigen Preises zu verlangen. Gleichzeitig habe natürlich der öffentliche Auftraggeber die unterschiedlichen Bewerber gleich und fair zu behandeln,

und kann von keinem eine Änderung des Angebots verlangen oder eine solche akzeptieren.

Wie bereits in unserem letzten Rundschreiben berichtet, enthält § 7 BbVergG eine Vorschrift für den Umgang mit unangemessen niedrigen Angeboten, insbesondere eine Verpflichtung zur „vertieften Prüfung“ bei Bauleistungen, soweit der Auftragswert 10.000 € netto überschreitet und eine Abweichung von 10 % vorliegt:

„§ 7 Wertung unangemessen niedriger Angebote

(1) Der Zuschlag erfolgt auf das Angebot, das unter Berücksichtigung aller Gesichtspunkte als das Wirtschaftlichste erscheint. Der niedrigste Angebotspreis allein ist hierfür in der Regel kein hinreichendes Kriterium. Erscheint ein Angebot unangemessen niedrig, so hat der Auftraggeber das Angebot vertieft zu prüfen. Die Prüfung erfolgt nach den Bestimmungen des vom Auftraggeber einzuhaltenden Vergaberechts. Jede Vergabeentscheidung ist schriftlich zu begründen.

(2) Eine vertiefte Prüfung ist bei Aufträgen über Bauleistungen ab einem Auftragswert von 10.000 Euro ohne Umsatzsteuer durchzuführen, wenn die rechnerisch geprüfte Angebotssumme um 10 Prozent oder mehr von der eines anderen für den Zuschlag in Betracht kommenden Angebots abweicht. Liegt nur ein Angebot vor, erfolgt eine vertiefte Prüfung, sofern das Angebot von der Kostenberechnung abweicht. Eine Kostenberechnung muss nicht allein für Zwecke des Satzes 2 angefertigt werden.

(3) Der Bieter ist für den Fall einer vertieften Prüfung zu verpflichten, seine Kalkulation zumindest im Hinblick auf die Arbeitsentgelte einschließlich der Überstundenzuschläge und der veranschlagten Arbeitsstunden vorzulegen. Der Bieter ist in Textform zur Vorlage und zur Stellungnahme binnen einer angemessenen Frist aufzufordern. Kommt der Bieter der Aufforderung nicht fristgerecht nach oder kann er die Zweifel des Auftraggebers an seiner Möglichkeit, die vertraglichen Verpflichtungen zu erfüllen, nicht beseitigen, so ist sein Angebot auszuschließen.“

Wenn auch sonst dem Gesetzgeber vorgeworfen werden könnte, er schaffe nur zusätzlichen bürokratischen Aufwand, ohne seine gesetzgeberischen Ziele erreichen zu können, so halten wir diese Vorschrift für gelungen.

Baurecht

Bevorstehende Änderungen der VOB

2012 stehen verschiedene Veränderungen der VOB/A, VOB/B sowie schließlich der VOB/C an; die Bekannt-

machungen erfolgten bereits im Oktober letzten Jahres, in Kraft treten werden die Änderungen voraussichtlich mit Änderungen der Vergabeverordnung (VgV) im Sommer dieses Jahres:

Die VOB/A erhält eine neue Struktur, auch wenn sich mit Ausnahme der Aufträge im Bereich Sicherheit und Verteidigung inhaltlich nichts ändert. Die VOB/A besteht in Zukunft aus drei Abschnitten: der dritte Abschnitt betrifft die Aufträge im Bereich Verteidigung und Sicherheit und beruht auf einer Umsetzung der Richtlinie 2009/81/EG. Der zweite hier interessantere Abschnitt enthält in Zukunft sämtliche Vorschriften für EU-weite Vergaben (in Zukunft mit dem Zusatz „EG“), also Aufträge oberhalb der Schwellenwerte (bisher Basisparagrafen **und** a-Paragrafen).

Der erste Abschnitt schließlich enthält nur noch die früheren Basisparagrafen und bleibt für die meisten Beschaffungsvorgänge im Baubereich der entscheidende. Im zweiten Abschnitt gibt es einige wenige Änderungen, insbesondere in § 16 EG VOB/A zu Prüfung und Wertung der Angebote und die Aufnahme der Information und Wartepflicht aus § 101a GWB in § 19 EG VOB/A.

Hervorzuheben sind auch einzelne Änderungen der VOB/B, so insbesondere in § 16 Abs. 3 Nr. 1, der die Fälligkeit der Schlusszahlung (bisher zwei Monate Prüfungsfrist) mit der Folge des Verlustes etwaiger Einwendungen gegen die Prüfbarkeit einer Schlussrechnung auf 30 Tage verkürzt, wobei in Ausnahmefällen eine Verlängerung auf höchstens 60 Tage möglich sein soll. Hintergrund für diese Änderung ist auch hier eine Anpassung an eine EU-Richtlinie, die auch parallel im BGB erfolgen soll (§ 271a). Abgesehen von der Frist selbst soll in Zukunft auf Tage statt Werktage abgestellt werden; vor allem aber tritt Verzug ohne weitere Mahnung spätestens automatisch nach 60 Tagen ein.

Auch im Teil C der VOB gibt es Änderungen einzelner ATV, so insbesondere in der ATV DIN 18299 „Allgemeine Regelungen für Bauarbeiten jeder Art“, die hier nicht mehr besprochen werden sollen.

BGH: Vergütung von „Nullpositionen“ im VOB-Vertrag

Öffentliche Auftraggeber sind mit diesem Problem meist erst dann konfrontiert, wenn ohnehin bereits Streit über die Abrechnung mit dem Bauunternehmer besteht, nämlich wenn Teile der beauftragten Leistungen nicht erbracht werden konnten oder mussten, bzw. aufgrund ausdrücklicher Anordnung des Auftraggebers nicht erbracht wurden. In vielen Fällen ist man zu Gunsten der Auftragnehmer davon ausgegangen,

dass die Vergütung wie eine Teilkündigung (ohne wichtigen Grund) und entsprechend § 8 Abs. 1 VOB/B behandelt wird, der Auftragnehmer also für die nicht erbrachten Leistungen entgangenen Gewinn verlangen kann, soweit er eine Kostenersparnis und andere Ersatzaufträge bestreitet.

Die Entscheidung des BGH

Der Bundesgerichtshof hat in seinem Urteil vom 26.01.2012 (VII ZR 19/11) entschieden, dass der Auftragnehmer eines VOB/B-Einheitspreisvertrages eine Vergütung für ersatzlos entfallene Leistungspositionen (Nullpositionen) nach Maßgabe des § 2 Abs. 3 VOB/B verlangen kann, wenn ein Fall der vom Regelungsgehalt dieser Vertragsklausel erfassten Äquivalenzstörung vorliegt. Dieses kann in Einzelfällen dazu führen, dass der Auftraggeber besser dasteht als nach der Regelung des § 8 Abs. 1 VOB/B:

Hintergrund der Entscheidung war eine Klage über Restvergütung aus Straßenbauarbeiten nach einem VOB/B-Vertrag. Bei Durchführung der Baumaßnahme entfielen Leistungen mehrerer Positionen des Leistungsverzeichnisses vollständig, ohne dass dies auf einer Kündigung, einem Verzicht oder einer Anordnung beruhte. Die Ausführung der Leistung erwies sich als nicht notwendig. Für die ersatzlos entfallenen Leistungspositionen hatte das Bauunternehmen nach seiner Kalkulation als prozentuale Zuschläge enthaltenen Beträge für Baustellengemeinkosten (BGK), Allgemeine Geschäftskosten (AGK), Wagnis und Gewinn ermittelt.

Behandlung wie Mengenminderung

Der Bundesgerichtshof entschied jedoch, dass eine Vergütung nicht aufgrund des Rechtsgedankens des § 649 Satz 2 BGB in Verbindung mit § 8 Abs. 1 VOB/B geschuldet sei, also wie eine Teilkündigung zu behandeln wäre, soweit der Auftragnehmer durch die Kündigung keine Aufwendungen erspart hat. Vielmehr ist laut BGH in solchen Fällen, wenn der vollständige Wegfall der Mengen auf einem Sachverhalt beruht, der dem in § 2 Abs. 3 VOB/B geregelten Fall der Äquivalenzstörung durch Mengenminderung entspricht, diese Vorschrift anzuwenden.

Allerdings beträfe die durch eine Mengenminderung bedingte Äquivalenzstörung im Wesentlichen die mögliche Unterdeckung der Baustelleneinrichtungs- und Baustellengemeinkosten und der Allgemeinen Geschäftskosten. Eine Anpassung des Einheitspreises finde jedoch nicht statt, soweit der Auftragnehmer durch Mengenerhöhungen bei anderen Leistungspositionen oder in anderer Weise einen Ausgleich erhält.

Praxistipp

Befinden sich die Parteien bereits im Streit und sind bestimmte Leistungspositionen überhaupt nicht erbracht worden, ohne dass dieses auf einer Anordnung des Auftraggebers beruht, muss der Auftragnehmer die Voraussetzungen für einen Vergütungsanspruch auch kalkulatorisch darlegen. Der Auftraggeber kann einen etwaigen Ausgleich entfallener Beträge für All-gemeine Geschäftskosten, Baustellengemeinkosten, Wagnis und Gewinn in anderen Positionen behaupten, womit ein Anspruch entfallen kann.

Empfehlenswert ist natürlich, dass im Falle von erkennbaren Leistungsänderungen, auch wenn diese auf objektiven Umständen beruhen, der Vertrag einvernehmlich geändert wird und die Position entfällt, wobei die Parteien auch einen entsprechenden Ausgleich - soweit notwendig - verhandeln sollten.

Veranstaltungshinweise

Herr Rechtsanwalt Rainer Kühne tritt als Referent bei folgenden Veranstaltungen auf:

"Dezentrale Abwasserentsorgung - aktuelle Einzel- fragen und Kalkulation"

Veranstaltung des vhw am 18.06.2012 in Erfurt und
28.06.2012 in Dresden.

Wir bieten zum Thema „**VOB/B für öffentliche Auf-
traggeber, Vertragsrecht und Vertragspraxis öf-
fentlicher Auftraggeber**“ ganztägige Inhouse-
Seminare an. Das Angebot richtet sich speziell an
kommunale Auftraggeber und behandelt einerseits be-
reits Fragen der Vertragsgestaltung im Hinblick auf die
Anforderungen von Ausschreibungen nach der VOB/A,
andererseits aber den praktischen Umgang des öffent-
lichen Bauherrn mit z. B. Behinderungen, Nachträgen,
Abrechnungen unter Berücksichtigung der Rechtspre-
chung und der dienstrechtlich anzuwendenden Vergabe-
handbücher.

Näheres hierzu erfahren Sie vom Referenten Dr. An-
dreas Harms. Wir nehmen auch gerne Ihre Anregun-
gen entgegen, soweit Sie an Schulungen zu anderen
Themenschwerpunkten interessiert sind.

Über uns:

SWKH erbringt rechts- und wirtschaftsberatende
Dienstleistungen speziell in den Bereichen Ressour-
censchutz, Infrastrukturentwicklung und im Wirt-
schaftsrecht; hierzu gehören u.a. das Planungs- und
Baurecht, das Energierecht und Umweltrecht, Ge-
sellschafts- und Wirtschaftsverwaltungsrecht sowie
das Kommunal- und Verfassungsrecht.

Unsere Mandanten sind:

öffentliche Körperschaften, Institutionen und Behör-
den des Bundes und Landesregierungen bis hin zu
Städten, Gemeinden und Zweckverbänden;
kommunale Betriebe wie Energieversorger, Ver-
kehrs- und Infrastrukturunternehmen, hier vor allem
auf dem Gebiet der Wasserwirtschaft und der erneu-
erbaren Energien;
Verbände, Vereine und Stiftungen;
Industrieunternehmen, mittelständische Unterneh-
men im Bausektor und im Ver- und Entsorgungsbe-
reich, Bauherrn;
Architekten, Ingenieure und Privatpersonen, private
Vorhabenträger und Betroffene.

Verantwortlich für den Inhalt:

RA Jörg Schmidt-Wottrich

RA Rainer Kühne

RA Dr. jur. Andreas Harms

Kontakt:

Büro Berlin
Kantstraße 31
D-10625 Berlin
Tel: +49.30.20 45 49 30
Fax: +49.30.88 72 66 33
Email: ra@swkh.de

Büro Falkensee
Foersterstraße 12b
D-14612 Falkensee
Tel: +49.33 22.23 97 06
Fax: +49.33 22.23 97 07
Email: jrs@swkh.de