

NEWSLETTER 01/2020


BAU


IMMOBILIEN


UNTERNEHMEN


VERGABE


STEUERN

Berliner Mietendeckel **02/03** / Schadenersatzansprüche von Bietern **07** / Schulungen im 1. Quartal 2020 **08**

Editorial

DRINGENDER HANDLUNGSBEDARF ...

... besteht bei der Berliner Wohnungswirtschaft, nachdem das Mietendeckel-Gesetz vom Abgeordnetenhaus am 30.01.2020 verabschiedet wurde. Wir stellen in unserem Beitrag auf den Seiten 2 und 3 die wichtigsten Regelungen noch einmal vor und verweisen auf unser Seminar am 05.03.2020, in dem wir Handlungsempfehlungen zum Umgang mit dem Gesetz geben.

Ansonsten besprechen wir wieder interessante Entscheidungen aus letzter Zeit. So sorgt die Europarechtswidrigkeit der HOAI mittlerweile auch bei Vergabeverfahren für Rechtstreitigkeiten (siehe Entscheidung OLG Rostock, Seite 7). Interessant dürfte die Grundsatzentscheidung des BGH für enttäuschte Bieter sein, die Schadenersatzansprüche wegen eines vergaberechtswidrigen Ausschlusses ihres Angebots geltend machen wollen (S. 6). Zur Frage, wann der Besteller die Kosten einer unberechtigten Mängelrüge zu tragen hat, gibt es eine Entscheidung des LG Frankfurt/M. (S. 4), die aus unserer Sicht neue Wege aufweist.

Schließlich dürfen wir auf unser umfangreiches Schulungsprogramm im ersten Quartal 2020 verweisen (Seite 8).

Rechtsanwalt Dr. Ulrich Dieckert



Die wichtigsten Entscheidungen des letzten Quartals

SIND JURISTEN DIE BESSEREN TECHNIKER?

1. Die Außenwandabdichtung mittels Kombinationslösung aus WU-Betonbodenplatte und kunststoffmodifizierter Bitumendickbeschichtung entspricht für den Wasserlastfall aufstauendes Sickerwasser - trotz Konformität mit den Regelungen der DIN 18195-6 bzw. DIN 18533 - nicht den anerkannten Regeln der Technik.

2. Die von der Regelung der vorgenannten DIN ausgehende Vermutungswirkung sieht der Senat - insbesondere aufgrund der Vielzahl an aufgetretenen Schadensfällen - als widerlegt an.

OLG Hamm, Urteil vom 14.08.2019 - 12 U 73/18
(nicht rechtskräftig)

Ein Bauträger errichtet ein Doppelhaus und verkauft die Doppelhaushälften. Nach der Baubeschreibung war u.a. in Ziff. 1.7 eine senkrechte Isolierung gemäß DIN 18195, Teil 6, gegen zeitweise aufstauendes Wasser vorgesehen. Der Architekt des Bauträgers sah eine Kombinationsabdichtung aus WU-Betonbodenplatte und kunststoffmodifizierter Bitumendickbeschichtung an den Kelleraußenwänden vor, die auch so ausgeführt wurde. Bei einem der Doppelhäuser kam es zu Feuchtigkeitsschäden im Keller. Ein vom Käufer beauftragter Gutachter der Dekra kam zu dem Ergebnis, dass die betroffenen Bereiche des Gebäudes von außen ausgegraben werden müssten, um die Schadensstellen an der Abdichtung zu finden und zu reparieren. Der Bauträger möchte sich das Freilegen der Außenwände ersparen, und schlägt eine Innenabdichtung des Mauerwerkes mit einer speziellen Dichtschlämme vor. Dies lehnt der Käufer ab und klagt.

Die von dem Sachverständigen der DEKRA vorgesehene Reparatur der vorhandenen Außenabdichtung hält der vom Gericht beauftragte Sachverständige für nicht den Regeln der Technik entsprechend. Er erklärt, dass eine wirksame Abdichtung nur durch das Einbringen eines Gelschleiers aus dem Innenbereich heraus zwischen Kelleraußenwand und Erdreich erreicht werden könne. Hierbei würden die Außenwände und auch die Stahlbetonbodenplatte durchbohrt und ins Erdreich Gel verbracht, wobei das Erdreich als Stützgerüst diene. Die Kosten hierfür bezifferte der Sachverständige auf 85.705,29 Euro.

ENTSCHEIDUNG DES GERICHTS

Das Gericht folgt dem Gerichtsgutachter, der seinen Standpunkt damit begründet, dass es im unteren Bereich der Abdichtung, nämlich dort, wo die kunststoffmodifizierte Bitumendickbeschichtung auf die Bodenplatte aufgeklebt werde, immer wieder zu Ablöseerscheinungen und Unterwanderungen und anschließenden Undichtigkeiten komme. Zur Begründung hat der Sachverständige darauf verwiesen, dass er seit Beginn seiner Sachverständigentätigkeit im Jahre 2003 ca. 15-20 Fälle pro Jahr zu begutachten gehabt habe, in denen es im Falle der Verwendung der hier vorliegenden Kombinationsabdichtung bei aufstauendem Sickerwasser zu Wassereintritten ins Gebäudeinnere gekommen sei.

Fortsetzung auf Seite 3

Aktuelles

MIETENDECKEL BESCHLOSSEN

Das Berliner Abgeordnetenhaus hat dem Gesetz am 30. Januar nach zweiter Lesung zugestimmt. Wir erläutern nachfolgend die wichtigsten Regelungen und was auf Vermieter und Mieter nunmehr zukommt.

Trotz scharfer Kritik ist das „Gesetz zur Mietenbegrenzung im Wohnungswesen in Berlin“ (MietenWoG Bln) mit der Mehrheit der Koalitionsstimmen beschlossen worden. Es wird voraussichtlich noch im Februar im Gesetzes- und Verordnungsblatt verkündet werden und einen Tag später in Kraft treten. Es soll zunächst für fünf Jahre gelten. Verlängerungen sind aber denkbar.

KONTROVERSE DISKUSSION

Selten hat ein Gesetz bereits im Vorfeld der Verabschiedung für derart kontroverse Diskussionen geführt. Befürworter des Gesetzes sehen es als zwingend erforderliche Maßnahme an, um den angespannten Wohnungsmarkt in Berlin zu entlasten. Gegner der Regelungen halten das Gesetz für verfassungswidrig und sagen schwerwiegende nachteilige Auswirkungen nicht nur auf den Wohnungs- und Immobilienmarkt, sondern auch auf die Bauwirtschaft voraus. Eigentümer befürchten, Sanierungsmaßnahmen nicht mehr durch die Vereinnahmung ausreichender Mieten gegenfinanzieren zu können, sodass ein Sanierungs- und Instandsetzungsstau droht, der sich auch auf die Auftragslage von Bauunternehmen auswirken könnte. Die Senatsverwaltung selbst bezeichnet das Gesetz als „Experiment“ und ist sich insbesondere der Verfassungsgemäßheit offensichtlich nicht sicher. Die Opposition hat bereits sowohl auf Landes- als auch auf Bundesebene angekündigt, gegen das Gesetz mit einer sog. abstrakten Normenkontrolle vorzugehen. Der Berliner „Mietendeckel“ wird also auf seine Verfassungsmäßigkeit hin überprüft werden. Nach ersten Verlautbarungen ist mit der Einreichung der Klage im zweiten Quartal 2020 zu rechnen. Wann entweder der Berliner Verfassungsgerichtshof oder das Bundesverfassungsgericht eine verbindliche Entscheidung treffen werden und mit welchem Inhalt, kann nicht zuverlässig vorhergesagt werden. Bis dahin ist das MietenWoG spätestens ab Ende Februar geltendes Recht und von allen Betroffenen zu berücksichtigen.

Ungeachtet nach der Frage der Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes sowohl in formeller als auch materiell-rechtlicher Hinsicht wirft das Gesetz aber auch inhaltlich Fragen auf und führt zu teilweise erheblicher Rechtsunsicherheit bei dessen Anwendung.

Wir stellen nachfolgend im Überblick die wichtigsten Regelungen dar:

FÜR WELCHE WOHNUNGEN GILT DER MIETENDECKEL?

Das Gesetz gilt zunächst für jegliche Form von freifinanziertem Wohnraum. Auch befristete Mietverhältnisse und möblierte Wohnungen sind erfasst. Lediglich Neubauten, die ab 2014 erstmalig bezugsfertig waren, sind ausgenommen. Ungeklärt ist, ob und inwieweit umfassende Modernisierungen bzw. Kernsanierungen auch als Neubau gelten.

WAS REGELT DER MIETENDECKEL KONKRET?

Bestandsmieten, die am 18.6.2019 wirksam vereinbart waren, dürfen nach dem Inkrafttreten des Gesetzes nicht mehr erhöht werden. Gleiches gilt für Mieten, die nach diesem Stichtag, aber noch vor dem Inkrafttreten im Rahmen einer Erst- oder Wiedervermietung vereinbart worden sind. Zudem legt das Gesetz Mietobergrenzen fest, die allerdings erst neun Monate nach dessen Inkrafttreten, also voraussichtlich im November/Dezember 2020, gelten. Ab diesem Zeitpunkt ist es gesetzlich verboten, Mieten zu verlangen, die diese Obergrenzen um mehr als 120 % überschreiten. Anders als in einem früheren Gesetzesentwurf vorgesehen, ist nunmehr geregelt, dass Mieter eine Absenkung überhöhter Mieten selbst geltend machen, d. h. unter Umständen auch einklagen müssen. Die Senatsverwaltung soll nach der Begründung des Gesetzes keine Untersagungsverfügungen mehr an die Vermieter schicken. Dem Wortlaut nach aber sind sowohl die Senatsverwaltung als auch die Bezirksämter ermächtigt, alle erforderlichen Maßnahmen zur Durchsetzung des Gesetzes treffen zu können. Wie die Behörden mit dieser Ermächtigungsgrundlage umgehen, bleibt abzuwarten.

IMPRESSUM

Herausgeber, V.i.S.d.P.:

RA Dr. Ulrich Dieckert
DIECKERT
Recht und Steuern GbR

Gertraudenstraße 20
10178 Berlin
Telefon: 030 278707
Telefax: 030 278706
berlin@dieckert.de

Redaktion/Beiträge:

Dr. Ulrich Dieckert, RA
Bernd Kimmich, RA
Hendrik Bach, RA
Markus Fiedler, RA
Konstantin Trakis, RA
Christian Zeiske, RA
Martin Krahl, RA
Chantal Hasselbach, RAin
Thorsten Krull, RA
Dr. Annette Funk, StBin

dieckert.de
bauleiterschulung.de
dieckert-baurecht.de
drohnenrecht.de

Fortsetzung von Seite 2

Gleichzeitig wurden die Bußgeldvorschriften verschärft. Vermieter, die eine überhöhte Miete verlangen oder auch nur entgegennehmen, begehen eine Ordnungswidrigkeit. Diese kann mit einem Bußgeld bis zu 500.000 € geahndet werden. Selbst wenn also Mieter freiwillig eine höhere Miete zahlen möchten, wäre dies nach dem Gesetz unzulässig und bußgeldbewehrt.

Unklar bleibt, wie mit laufenden Mieterhöhungsverfahren umzugehen ist. Sofern derartige Verfahren bereits Gerichts hängig sind, ist denkbar, dass das Gericht das Verfahren bis zu einer Entscheidung über die Verfassungsmäßigkeit aussetzt.

WAS MÜSSEN VERMIETER BEACHTEN?

Vermieter sind gehalten, bestimmte zwingend Informationspflichten zu erfüllen. Sie sind nicht nur verpflichtet, alle Anfragen der zuständigen Stellen zu beantworten und Unterlagen vorzulegen. Sie müssen Mieter vor jedem Neuabschluss eines Mietvertrages über die Grundlagen zur Berechnung der zulässigen Miete unaufgefordert informieren. Vor allem aber müssen sie auch in Bestandsmietverhältnissen den Mietern derartige Information **unaufgefordert** innerhalb von zwei Monaten nach dem Inkrafttreten des Gesetzes, also bis spätestens Ende April 2020 erteilen. Verstöße hiergegen sind wiederum bußgeldbewehrt. Vermieter müssen vor allem das Inkrafttreten der Mietobergrenzen in neun Monaten berücksichtigen und ggf. Mieter über die dann geltende geringere Miete informieren. Es dürften auch entsprechende Lastschriftverfahren und Einzugsermächtigungen umgestellt werden müssen. Selbst von Mietern erteilte Daueraufträge müssen angepasst und zu viel vereinnahmten Mieten zurück gezahlt werden, da andernfalls ein erhebliches Bußgeld droht.

Fraglich ist, ob bei Abschluss neuer Mietverträge Regelungen mit aufgenommen werden können, wonach für den Fall des Auslaufens oder des Außerkrafttretens des Gesetzes automatisch wieder die ursprüngliche nach dem BGB geschuldete Miete gilt und etwaige aufgelaufene Rückstände vom Mieter nach zu zahlen sind. Auch Mietkautionen dürften von der Neuregelung betroffen sein. Zwar ist dem Wortlaut nach die Vereinnahmung einer überhöhten Kautions nicht strafbewehrt. Allerdings dürften Mieter einen Rückzahlungsanspruch haben, sofern die Kautions auf der Basis zu hoher Mieten berechnet worden ist.

SCHULUNGSANGEBOT:

Das Gesetz begründet dringenden Handlungsbedarf für die Wohnungswirtschaft. Wir haben daher eine Schulung konzipiert, bei der wir die Gesetzesinhalte intensiv erläutern und konkrete Handlungsempfehlungen zum Umgang mit den Neuregelungen geben. Dies umfasst die nach dem Gesetz erforderlichen Informationspflichten, die künftige Handhabung von zulässigen Mieterhöhungen, Vorschläge zur Gestaltung neu abzuschließender Mietverträge und die Erläuterung von Rechtsmitteln gegen etwaige Verwaltungsakte der Behörden, einschließlich von Bußgeldbescheiden. Wir stellen zudem konkrete Formulierungsbeispiele für verschiedene Fallgestaltungen zur Verfügung.

Aufgrund des großen Informationsbedarfs führen wir am 05. März 2020 eine Praxis-schulung zum Berliner Mietendeckel durch. Wegen der großen Nachfrage, wird noch im März ein zweiter Termin stattfinden, den wir noch gesondert über unsere Website oder auf Nachfrage bekannt geben werden.

BERLINER MIETENDECKEL: PRAXISHINWEISE FÜR DIE IMMOBILIENBRANCHE)

Ziel ist es, den Teilnehmern die wichtigsten Neuregelungen zu vermitteln und Hinweise zum praktische Umgang zu geben.

Datum:

05.03.2020 (13:30 Uhr - 18:00 Uhr)

Referenten:

RA Thorsten Krull, RA Martin Krahl

Seminarunterlagen:

aktuelle Rechtstexte, ausführliche Seminarunterlagen

Konditionen: € 160,00 zzgl. USt pro Teilnehmer

Anmeldung: www.bauleiterschulung.de

Autor: Thorsten Krull, RA

**Aktuelles****Fortsetzung von Seite 1**

Demgegenüber habe er lediglich einen Fall begutachtet, in dem es bei Verwendung einer Abdichtung durch Bitumenbahnen zu einem Wassereintritt gekommen sei, wobei der Schaden im begutachteten Fall auf einem offensichtlichen Ausführungsfehler beruht habe. Daraus schlussfolgerte der Sachverständige, dass die Methode grundsätzlich ungeeignet sei.

HINWEIS FÜR DIE PRAXIS

Wir halten die oben zitierten Leitsätze des Gerichtes für falsch. Ein einzelner Gutachter, der seine persönlichen Erfahrungen interpretiert, mag für sich in Zweifel stellen, was Dutzende von Fachleuten in Normungsausschüssen über Jahre hinweg für richtig befunden haben. Ein Gericht sollte es aber vermeiden, einer solchen Einzelmeinung zu folgen. Das Urteil zeigt in aller Deutlichkeit, dass die Strategie des Bauträgers, auf einer „Billigvariante“ der Sanierung zu setzen, das Gegenteil bewirkt hat. Hätte der Bauträger die schadhaften Bereiche der Kellerabdichtung freigelegt und repariert, wäre der Rechtsstreit wahrscheinlich zu vermeiden gewesen. Wichtig ist, dass dies frühzeitig erfolgen muss, denn wenn sich das Wasser unter dem Estrich auf der Bodenplatte erst einmal ausgebreitet hat, werden alle Wände Feuchtigkeitserscheinungen zeigen, und die Eintrittsstelle ist kaum noch lokalisierbar.

Autor: Hendrik Bach, RA



Aktuelles

VERHANDLUNGS- TERMIN VOR DEM BGH ZU DEN FOLGEN...

... des EuGH-Urteils zur Unionsrechtswidrigkeit der Mindest- und Höchstsätze der HOAI am 14.05.2020.

Der für Rechtsstreitigkeiten über Werkverträge zuständige VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs verhandelt am 14.05.2020 über eine Honorarklage, bei der in der Folge des Urteils des EuGH vom 04.07.2019 (C-377/17) die Anwendung der in der HOAI festgeschriebenen Mindestsätze im Streit steht.

Aufgrund dieses Urteils, wonach die Bundesrepublik durch die Beibehaltung verbindlicher Honorare für die Planungsleistungen von Architekten und Ingenieuren gegen ihre Verpflichtungen aus der Richtlinie 2006/123/EG (Dienstleistungsrichtlinie) verstoßen hat, hat sich eine divergierende Instanzrechtsprechung zu der Frage entwickelt, ob die vom EuGH getroffene Feststellung der Unionsrechtswidrigkeit des zwingenden Preisrechts der HOAI in einem laufenden Zivilrechtsstreit zwischen einem Architekten bzw. Ingenieur und seinem Auftraggeber unmittelbar zu beachten ist.

Hierzu steht am 14.05.2020 vor dem VII. Zivilsenat die mündliche Verhandlung über die Revision gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Hamm vom 23.07.2019 an. Das OLG Hamm hat die Auffassung vertreten, die maßgeblichen Bestimmungen der HOAI, auch zum Mindestpreischarakter, seien im Streitfall ungeachtet der Entscheidung des EuGH weiterhin anwendbar. Im Gegensatz hierzu hat das Oberlandesgericht Celle (Urteil vom 14.08.2019 - 14 U 198/18; Az. der Revision VII ZR 205/19) entschieden, dass die Parteien sich im laufenden Rechtsstreit infolge des EuGH-Urteils nicht mehr auf die Mindest- und Höchstsätze der HOAI berufen könnten. Über die Revision gegen diese Entscheidung des Oberlandesgerichts Celle soll gemeinsam mit derjenigen gegen das Urteil des OLG Hamm verhandelt werden. (Quelle: BGH)

Die wichtigsten Entscheidungen des letzten Quartals

KOSTENTRAGUNG BEI UNBERECHTIGTER MÄNGELRÜGE

Bei unbegründetem Mängelverdacht kann eine Haftung des Bestellers für die Kosten der Fehlersuche auf § 684 BGB gestützt werden.

LG Frankfurt/Mail, Urteil vom 30.01.2020 - 2-16 S 121/18

Bei allen Werkverträgen kann es vorkommen, dass der Auftraggeber Mangelsymptome rügt und der Auftragnehmer im Rahmen seiner Überprüfung feststellt, dass die Ursache der beschriebenen Symptome nicht in einem Mangel seiner eigenen Werkleistung liegt. Der Unternehmer würde gerne die Kosten der Überprüfung der unberechtigten Mängelrüge erstattet verlangen, allerdings ist dies nach der bisherigen Rechtsprechung nur in Ausnahmefällen möglich.

Eine Kfz-Werkstatt hatte bei einem Fahrzeug die Kupplung ausgetauscht. Einige Zeit später traten Geräusche im Antriebsstrang auf. Der Kunde suchte die Werkstatt auf und rügte, dass die Kupplung wohl nicht richtig eingebaut sei. Daraufhin baute die Werkstatt das Getriebe aus, setzte probeweise eine andere Kupplung ein und baute das Getriebe wieder ein. Die Geräusche verschwanden nicht, so dass nunmehr feststand, dass die Kupplung in Ordnung war, aber ein Getriebedefekt vorlag. Die Kosten in Höhe von € 600,00 stellte die Werkstatt in Rechnung. Der Kunde wollte nicht bezahlen.

ENTSCHEIDUNG DES GERICHTS

Das Landgericht Frankfurt/Main urteilte, dass der Kunde die Kosten übernehmen müsse, weil er durch die Fehlersuche der Kfz-Werkstatt eigene Kosten erspart habe. Auch eine andere Werkstatt hätte zunächst einen Kupplungsdefekt als mögliche Ursache der Geräusche ausschließen müssen. Auch in diesem Fall hätte der Kunde also den Ausbau der Kupplung und den probeweisen Einbau einer anderen Kupplung bezahlen müssen. Diese Kosten habe er sich erspart, weil die nächste Werkstatt nun bereits wisse, dass ein Getriebefehler vorliege. Die Gesetzesnorm, die das Gericht für seine Entscheidung herangezogen hat, steht zwar seit dem Jahr 1900 im Bürgerlichen Gesetzbuch, wird aber sehr selten angewendet. § 684 BGB besagt, dass in den Fällen, wo eine sogenannte „Geschäftsführung ohne Auftrag“ nicht vorliegt, trotzdem ein Kostenerstattungsanspruch bestehen kann, wenn die Gegenseite einen Vorteil erlangt hat, auf den sie keinen Anspruch hatte.

HINWEIS FÜR DIE PRAXIS

Die bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und der übrigen Gerichte besagt, dass bei unberechtigten Mängelrügen grundsätzlich kein Anspruch auf Kostenerstattung besteht, außer der Auftraggeber hätte bereits zum Zeitpunkt der Mängelrüge erkennen können, dass die Mangelursache nicht im Verantwortungsbereich des Unternehmers liegt. Zu denken ist hier insbesondere an nachträgliche Beschädigungen durch Fehlbedienung, unterlassene Wartung und dgl. Eine weitere Ausnahme hat die Rechtsprechung gemacht, wenn der Unternehmer dem Besteller nach Erhalt der Mängelrüge mitteilt, dass man den Mangel überprüfen und im Falle, dass die Mängelrüge unberechtigt ist, die Kosten in Rechnung stellen werde. Wenn der Besteller dem nicht widersprach, wurde eine stillschweigende Vereinbarung „konstruiert“. Diese Methode funktioniert aber nicht, wenn der Besteller auf die entsprechende Kostenankündigung hin ausdrücklich widerspricht und erklärt, er werde keine Kosten übernehmen. War die Nichtberechtigung der Mängelrüge nicht erkennbar und hatte der Besteller widersprochen, gab es kein Geld. Dies könnte sich nun ändern, wenn sich andere Gerichte der Auffassung des Landgerichtes Frankfurt/Main anschließen würden. Die Entscheidung ist auch deshalb interessant, weil es auch während der Durchführung des Auftrages häufig dazu kommt, dass ein Unternehmer Leistungen ausführt, für die er keinen Auftrag bzw. keine Anordnung bekommen hat. Wenn der Auftraggeber später erklärt, die Leistungserbringung habe nicht in seinem mutmaßlichen Interesse gelegen, dann bekam der Werkunternehmer jedenfalls über § 2 Abs.8 VOB/B kein Geld. Auch in diesen Fällen sollte zukünftig geprüft werden, ob der Auftraggeber durch die auftragslos ausgeführte Leistung einen finanziellen Vorteil in Gestalt ersparter eigener Aufwendungen erhalten hat.

Autor: Hendrik Bach, Rechtsanwalt



Wichtige steuerrechtliche Entscheidung

GUTGLAUBENSCHUTZ FÜR VORSTEUER AUS ANZAHLUNGEN BEI AUSFALL DER LIEFERUNG

1. Der Vorsteuerabzug aus einer geleisteten Vorauszahlung ist dem Erwerber eines Blockheizkraftwerks nicht zu versagen, wenn zum Zeitpunkt seiner Zahlung die Lieferung sicher erschien, weil alle maßgeblichen Elemente der zukünftigen Lieferung als ihm bekannt angesehen werden konnten, und anhand objektiver Umstände nicht erwiesen ist, dass er zu diesem Zeitpunkt wusste oder vernünftigerweise hätte wissen müssen, dass die Bewirkung dieser Lieferung unsicher war.

2. Die Vorsteuerberichtigung nach § 17 Abs. 2 Nr. 2 UStG setzt die Rückzahlung der geleisteten Vorauszahlung voraus; sie ist offenkundig unangemessen und daher ausgeschlossen, wenn der Erwerber anschließend von der Steuerbehörde die Erstattung der auf die Vorauszahlung entrichteten Steuer beanspruchen kann.

BFH, Urteil vom 05.12.2018 - XI R 44/14

Der XI. Senat des BFH setzt hiermit die Vorgaben des EuGH um und konkretisiert, unter welchen Voraussetzungen in Deutschland ausnahmsweise eine Vorsteuerkorrektur aus einer Vorauszahlungsrechnung vorzunehmen ist, wenn es in einem betrügerischen Schneeballsystem zu keiner Lieferung kommt.

TATBESTAND

Im vorliegenden Fall ist ein Vorsteuerabzug aus einer Vorauszahlungsrechnung bzw. die Verpflichtung zu dessen späterer Berichtigung streitig, wenn aufgrund eines betrügerischen Schneeballsystems die Lieferung ausfällt und der geschädigte Leistungsempfänger aufgrund der Insolvenz seines betrügerischen Vertragspartners von diesem keine oder nur teilweise (in Höhe einer gewissen Quote) Rückzahlung erhält. Nach deutschem Recht ist ein Unternehmer zum Vorsteuerabzug berechtigt, soweit der gesondert ausgewiesene Steuerbetrag auf eine Zahlung vor der Ausführung dieser Umsätze entfällt, wenn die Rechnung vorliegt und die Zahlung geleistet worden ist. Gemäß § 17 Abs. 1 S. 2 UStG hat auch der Leistungsempfänger seine Umsatzsteuer (Vorsteuer) zu berichtigen, wenn sich die Bemessungsgrundlage für

den Umsatz geändert hat. Gemäß § 17 Abs. 2 Nr. 2 UStG gilt dies sinngemäß, wenn für eine vereinbarte Lieferung ein Entgelt entrichtet, die Lieferung jedoch nicht ausgeführt worden ist.

Der Kläger hatte für den Erwerb eines Blockheizkraftwerk den gesamten Kaufpreis im Voraus bezahlt. Der Zahlungsempfänger und vermeintliche Lieferant versteuerte diese Vorauszahlung. Zur Lieferung kam es jedoch nicht, da diese tatsächlich von vornherein nicht beabsichtigt worden war. Von den betrügerischen Absichten erfuhr der Kläger erst nach der von ihm geleisteten Vorauszahlung. Nachdem das betrügerische Schneeballsystem aufflog, fiel der vermeintliche Lieferant in Insolvenz. Damit kam es zu keiner Rückzahlung an den Kläger. Das Finanzamt ließ den Vorsteuerabzug nicht zu. Das Finanzgericht gab der Klage statt (FG Bad-Württ v. 19.9.2014 - 9 K 2914/12). Der BFH, der im Revisionsverfahren Zweifel an der zutreffenden Auslegung der entsprechenden europäischen Mehrwertsteuer-Systemrichtlinie hatte, rief den EuGH an. Dem schloss sich der V. Senat des BFH an, bei dem zeitgleich ein nahezu identisches Verfahren vorlag. Während der V. Senat das Recht der Kläger auf Vorsteuerabzug anerkennen wollte, wollte der XI. Senat das Recht vielmehr versagen. Beide Senate wollten vom EuGH im Ergebnis im Wesentlichen wissen, wie seine Ausführungen in obiger Entscheidung konkret zu verstehen seien, und, ob die deutsche Praxis, wonach eine Vorsteuerberichtigung durch das Finanzamt von einer Rückzahlung der Umsatzsteuer an den Leistungsempfänger abhängig sei, europarechtskonform sei. Fazit vorab: Der EuGH bejahte die an ihn gestellte Frage.

LÖSUNG DES GERICHTS

Der XI. Senat folgt hier dem EuGH: Danach sei der Vorsteuerabzug aus einer geleisteten Vorauszahlung dem Erwerber eines (später nicht an ihn gelieferten) Blockheizkraftwerkes nicht zu versagen, wenn **zum Zeitpunkt der Zahlung die Lieferung als sicher erschien**. Erforderlich sei hierfür, dass **alle maßgeblichen Elemente der zukünftigen Lieferung als**

dem Erwerber (Kläger) bekannt angesehen werden konnten und anhand objektiver Umstände nicht erwiesen sei, dass der Kläger zu diesem Zeitpunkt wusste oder vernünftigerweise hätte wissen müssen, dass die Bewirkung dieser Lieferung unsicher war. Zudem stellte das Gericht klar, dass es in diesen Fällen auch nicht zu einer nachträglichen Berichtigung des Vorsteuerabzugs komme, da der Lieferer den an ihn vom Kläger geleisteten Kaufpreis nicht zurückgezahlt habe.

FOLGEN FÜR DIE PRAXIS

Deutlich wird, dass es nach der EuGH-Rechtsprechung in Fällen der (Voraus- bzw.) Anzahlung auf den Zeitpunkt der Leistung der Anzahlung ankommt. Der Vorsteuerabzug aus der Anzahlung darf dem potentiellen Erwerber der Gegenstände nicht versagt werden, wenn diese Anzahlung geleistet und vereinbart wurde und zu diesem Zeitpunkt alle maßgeblichen Elemente der künftigen Lieferung bekannt waren und sicher schienen. Der Vorsteuerabzug darf nur versagt werden, wenn anhand objektiver Umstände erwiesen ist, dass er zum Zeitpunkt der Leistung der Zahlung wusste oder hätte wissen müssen, dass die Erbringung der Lieferung unsicher war.

Im Weiteren hat der BFH festgestellt, dass die Versagung des Vorsteuerabzugs, die Rückzahlung der (Voraus- bzw.) Anzahlung voraussetzt. Es bleibt also bei einem einmal zulässigerweise geltend gemachten Vorsteuerabzug, es sei denn, die Anzahlung würde tatsächlich an den potentiellen Erwerber zurück gezahlt. Dann erhält derjenige, der die Anzahlung geleistet hat, natürlich einen Bruttobetrag zurück und muss die gezogene Vorsteuer an das Finanzamt erstatten. Aber eben erst dann. Während die drei beim XI. Senat dazu anhängigen Verfahren am selben Tage verhandelt wurden, steht die Entscheidung des V. Senats noch aus.

Autorin: Dr. Annette Funk, StBin



Die wichtigsten Entscheidungen

BGH: SCHADENSERSATZANSPRUCH DES AUSGESCHLOSSENEN BIETERS TROTZ RÜCKNAHME DER RÜGE

Der zu Unrecht ausgeschlossene Bieter kann Schadenersatz wegen unterbliebenen Zuschlags beanspruchen, selbst wenn er eine gegen den Vergabeverstoß gerichtete Rüge zurückgenommen und von einem Nachprüfungsverfahren abgesehen hat. Nimmt er die Rüge auf Bitten der Vergabestelle zurück, fällt ihm nicht einmal ein Mitverschulden zur Last.

BGH, Urteil vom 17.09.2019 - X ZR 124/18

Bei einer Ausschreibung von Lärmschutzwänden entlang einer Bahnstrecke wurde der erstplatzierte Bieter wegen eines fehlenden Verwendbarkeitsnachweises von der Wertung ausgeschlossen, der in einer Richtlinie gefordert war, die der Ausschreibung zugrunde lag. Der Bieter rügte den Ausschluss zunächst als vergaberechtswidrig, da die angebotenen Wandelemente den in der Richtlinie vorgesehenen statischen und konstruktiven Anforderungen genügten, und reichte schließlich auch den zwischenzeitlich erhaltenen Verwendbarkeitsnachweis nach. Er nahm auf Bitten des Auftraggebers, der die fristgerechte Durchführung der ausgeschriebenen Baumaßnahme sicherstellen wollte, die wegen der erforderlichen zeitweiligen Streckensperrungen und Zugumleitungen eine langfristige Planung erforderte, die Rüge zurück. Der Auftraggeber erteilte den Zuschlag auf ein anderes Angebot. Ein Nachprüfungsverfahren hat der Bieter nicht eingeleitet, er forderte stattdessen Schadenersatz, womit er erstinstanzlich vor dem Landgericht noch scheiterte, der ihm jedoch in der Berufungsinstanz zugesprochen wurde. Hiergegen wandte sich der Auftraggeber mit der Revision beim Bundesgerichtshof.

ENTSCHEIDUNG DES GERICHTS

Der BGH wies die Revision zurück. Wegen des als vergaberechtswidrig erkannten Ausschlusses des Angebotes des Bieters war dieser in seinen Rechten verletzt und konnte gemäß § 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2, § 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB Schadenersatz verlangen. Da ihm der Zuschlag hätte erteilt wer-

den müssen, war dem Bieter durch die Vergabe des Auftrags an einen Mitbewerber der geltend gemachte Schaden entstanden.

Dass der Bieter davon abgesehen hat, im Vergabeverfahren Rechtsmittel zu ergreifen, stand der Möglichkeit zur späteren Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen nicht entgegen. Denn wie der BGH schon zuvor im Urteil vom 18.06.2019 (Az. X ZR 86/17, VPRRS 2019, 0261) erkannt hat, ist der in § 160 Abs. 3 GWB geregelte Verlust von Rechtsmitteln auf Schadenersatzansprüche nicht anwendbar. Auch die Bindungswirkung von Entscheidungen im vergaberechtlichen Instanzenzug gemäß § 179 GWB stünde dem nicht entgegen, da diese nur einschlägig ist, wenn dieser Instanzenzug überhaupt beschränkt wird. Selbst die Rücknahme der Rüge durch den Bieter betrachtete der BGH als unschädlich, so dass auch kein Mitverschulden des Bieters nach § 254 BGB vorlag, da dies auf Initiative des Auftraggebers geschah.

HINWEIS FÜR DIE PRAXIS

Nach § 160 Abs. 3 GWB kann sich der Bieter nur unter strengen Form- und Fristanforderungen gegen Vergaberechtsverstöße zur Wehr setzen und ein Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer betreiben (sog. vergaberechtlicher „Primärrechtsschutz“). Mit der vorliegenden Entscheidung (und der genannten Vorentscheidung) stellt der BGH jedoch klar, dass diese Erfordernisse nur im Vergabeverfahren selbst gelten, also für das Begehren des Bieters auf Bezuschlagung seines Angebotes.

Entgegen anderslautender Stimmen in der Fachliteratur seien diese Form- und Fristanforderungen des § 160 Abs. 3 GWB jedoch nicht auf Schadenersatzansprüche wegen fehlerhafter Vergabe übertragbar. Nach dem Urteil des BGH vom 18.06.2019 (a.a.O.) gilt das auch, wenn ein Bieter nach Zurückweisung einer Rüge kein Nachprüfungsverfahren einleitet.

Ob dies auch in den Fällen zu gelten hat, in denen der Bieter selbst die Rüge des Ver-

gabeverstoßes unterlässt und der Vergabestelle damit nicht einmal Gelegenheit zur Korrektur gibt, bleibt insoweit offen. Konsequenterweise dürfte das allerdings den grundsätzlich bestehenden Schadenersatzanspruch nicht unmittelbar tangieren, sondern über ein dem Bieter eventuell zuzurechnendes Mitverschulden zu lösen sein, wenn er die Rüge gegen den Vergabeverstoß von vornherein nicht bzw. nicht frist- oder formgerecht erhebt.

Zu Unrecht ausgeschlossene Bieter können jedoch auch bei „Oberschwellenwertvergaben“ noch nach Jahren (bis zum Eintritt der Verjährung) Schadenersatz wegen unterbliebener Zuschlagserteilung verlangen („Sekundärrechtsschutz“), selbst wenn sie von einem Nachprüfungsverfahren abgesehen haben. Wie dargelegt, kommt dies selbst dann in Betracht, wenn sie den Vergaberechtsverstoß erst nach Ablauf der Fristen oder nach Zuschlagserteilung an einen Mitbewerber erkannt haben. Da es im Bereich der „Unterschwellenvergaben“ regelmäßig kein Nachprüfungsverfahren gibt, dürfte sich damit auch die Streitfrage erledigt haben, ob ein Bieter vor Geltendmachung eines Schadenersatzanspruchs mittels einstweiliger Verfügung gegen die Zuschlagserteilung gegenüber einem Dritten zur Wehr setzen muss. Für die Vergabestellen bedeutet dies im Ergebnis ein veritables Haftungsrisiko bei schuldhaft fehlerhaften Vergabeverstößen. Zu Unrecht ausgeschlossene Bieter sind gut beraten, etwaige Schadenersatzansprüche zu prüfen.

Autor: Christian Zeiske, RA



Die wichtigsten Entscheidungen

EUROPARECHTSWIDRIGKEIT DER HOAI KEIN AUFHEBUNGSGRUND

1. Die Unvereinbarkeit der HOAI-Mindestsätze mit dem Unionsrecht stellt keinen Mangel dar, der die Fortführung des Vergabeverfahrens und die Vergabe des Auftrages selbst ausschließt. 2. Auch die durch die EuGH-Entscheidung eröffneten Spielräume bei der Honorargestaltung berechtigen den Auftraggeber nicht zur Aufhebung eines laufenden Verfahrens.

OLG Rostock, Beschluss vom 02.10.2019 - 17 Verg 3/19

Eine kommunale Wohnungsgesellschaft schreibt Planungsdienstleistungen aus. Über die beabsichtigte Zuschlagserteilung streiten die Beteiligten vor dem OLG Rostock. Als die Auftraggeberin von der Entscheidung des EuGH zur Europarechtswidrigkeit der Mindestsätze der HOAI erfährt, hebt sie das Verhandlungsverfahren mit der Begründung auf, dass sie den Honorarparameter bei den Zuschlagskriterien mit deutlich mehr als 10 Prozent angesetzt hätte, wenn ihr schon bei Einleitung des Verfahrens bekannt gewesen wäre, dass die verbindlichen Honorare der HOAI gegen das EU-Recht verstoßen. Der für den Zuschlag beabsichtigte Bieter beantragt daraufhin die Aufhebung der Aufhebungsentscheidung, hilfsweise die Feststellungen deren Rechtswidrigkeit. Denn das Preisrahmenrecht der HOAI sei auch nach der Entscheidung des EuGH anwendbar. Die Gewichtung der Honorarparameter stehe in keinem kausalen Zusammenhang mit dieser Entscheidung.

ENTSCHEIDUNG DES GERICHTS

Das OLG weist den Hauptantrag des Bieters ab. Zwar sei die Aufhebung rechtswidrig, weil sich der AG nicht auf die Aufhebungsgründe aus § 63 Abs. 1 VgV berufen könne. Durch die Entscheidung des EuGH habe sich weder die Grundlage des Vergabeverfahrens wesentlich geändert, noch liegen andere schwerwiegende Gründe vor, die die Aufhebung rechtfertigen würden. Das Risiko einer fehlerhaften rechtlichen Beurteilung im Rahmen der Ausschreibung trage die Vergabestelle, zumal die Entscheidung des EuGH aufgrund der langen Vorgeschichte auch nicht „unvorhersehbar“ gewesen ist. Darüber hinaus war eine Aufhebung des Verfahrens als ultima ratio

auch nicht erforderlich. Vielmehr hätte es als milderer Mittel genügt, lediglich die rechtswidrige Vorgabe der Honorarkalkulation diskriminierungsfrei aufzuheben und nicht anzuwenden.

Die vom OLG festgestellte Rechtswidrigkeit der Aufhebung führt jedoch nur zu Schadensersatzansprüchen für den benachteiligten Bieter. Denn ein Anspruch auf Fortsetzung des Verfahrens besteht nur dann, wenn die Aufhebung in rechtlich missbilligender Weise dazu eingesetzt wurde, den Auftrag außerhalb des eingeleiteten Verfahrens an einen bestimmten Bieter zu vergeben, eine sogenannte Scheinaufhebung. Solange eine Aufhebung nicht willkürlich ist, bleibt sie nach ständiger Rechtsprechung wirksam, selbst wenn die in der VgV normierten Aufhebungsgründe nicht gegeben sind. Die enttäuschten Bieter müssen in solchen Fällen Schadensersatzansprüche geltend machen.

HINWEIS FÜR DIE PRAXIS

Die vieldiskutierte EuGH-Entscheidung zu den Mindestsätzen der HOAI hat auch Auswirkungen auf die Vergabepaxis. Während das OLG Rostock im vorliegenden Fall keinen Aufhebungsgrund erkennt, hat die VK Bund in einem anderen Fall entschieden, dass der öffentliche Auftraggeber zur Aufhebung bei laufenden Verfahren verpflichtet sei, wenn für die Kalkulation der Angebotspreise die HOAI vorgeschrieben war. Dies gelte selbst dann, wenn alle Beteiligten einer Vergabe nach Mindestsätzen zustimmen. Es wird daher höchste Zeit, dass der Bundesgerichtshof in einer Grundsatzenscheidung klarstellt, wie mit den als europarechtswidrig erklärten Mindestsätzen der HOAI künftig in laufenden Honorarstreitigkeiten sowie laufenden Vergabeverfahren umzugehen ist.

Autor: Dr. Ulrich Dieckert, RA



Termine

VERANSTALTUNGEN

Veranstaltungen, auf denen Berufsträger unserer Kanzlei im nächsten Quartal als Referenten auftreten

WICHTIGE ENTSCHEIDUNGEN IM BAU- UND ARCHITEKTENRECHT UND DEREN AUSWIRKUNG AUF DIE PRAXIS

Referenten: RA Dr. Ulrich Dieckert
RA Hendrik Bach

Termin/Ort:

11.02.2020, Hamburg
25.02.2020, Dortmund
10.03.2020, Berlin
12.03.2020, Wiesloch
19.03.2020, Ulm

Veranstalter: Triflex-Symposienreihe 2020

SCHUTZ MIT UND ABWEHR VON DROHNEN

Referent: RA Dr. Ulrich Dieckert

Termin/Ort: 04.03.2020, Nürnberg

Veranstalter: UTSec

ZWEI JAHRE DS-GVO - WAR DIE AUFREGUNG GERECHTFERTIGT?

Referent: RA Dr. Ulrich Dieckert

Termin/Ort: 25.03.2020, Mainz

Veranstalter: BHE Akademie

HANDLUNGSPFLICHTEN NACH DEM GESCHÄFTSGEHEIMNISGESETZ/ VIDEOÜBERWACHUNG

Referent: RA Dr. Ulrich Dieckert

Termin/Ort: 21.04.2020, Großbeeren

Veranstalter: BK Video

DROHNEN IN DER WASSERRETTUNG: WAS BRINGT DIE ZUKUNFT

Referent: RA Dr. Ulrich Dieckert

Termin/Ort: 25.04.2020, Erding

Veranstalter: Tauchertage

bauleiterschulung.de

SCHULUNGEN IM 1. QUARTAL 2020

Auch im 1. Quartal 2020 führen wir wieder unsere bewährten Schulungen zum Bau-recht durch. Wie Sie der nachstehenden Übersicht entnehmen können, sprechen wir dabei sowohl Bauleiter als auch Baukauf-leute und Poliere an. Wenn Sie diese Semi-nare für Ihr Unternehmen als Inhouse-Schulungen buchen wollen, spre-chen Sie bitte unsere zuständige Frau Goltz unter jana.goltz@dieckert.de an. Diese nimmt auch Anmeldungen zu den u. a. Sammelschulungen entgegen. Für alle Seminare gelten unsere auf www.bauleiterschulung.de angegebenen Anmeldebedingungen.

VERGÜTUNG UND NACHTRÄGE NACH VOB/B UND BGB (BERLIN)

Die Teilnehmer werden anhand praktischer Beispiele durch alle Nachtragsvorschriften der VOB/B und des BGB geführt. Dabei werden die Unterschiede herausgearbeitet und erläutert.

Datum: 20.02.2020

Referent: RA Bernd Kimmich
Schemata und Übersichten
Handbuch »VOB für Bauleiter«
Konditionen: € 390,00 zzgl. USt
pro Teilnehmer

VOB FÜR POLIERE (Berlin)

Basiswissen bei der Dokumentation des Bauablaufes (Nachträge, Behinderungen, Stundenlohnarbeiten, Abnahme und Mängel, Aufmaß und Abrechnung)

Datum: 21.02.2020

Referent: RA Christian Zeiske
Seminarunterlagen: Seminarskript
Konditionen: € 390,00 zzgl. USt
pro Teilnehmer

DIE VOB/B UND DAS BAUVERTRAGSRECHT IN DER PRAXIS (2 TAGE) (Frankfurt a. M.)

Die wichtigsten Neuregelungen des BGB-Bauvertrages 2018

Datum: 25./26.02.2020

Referent: RA Bernd Kimmich
Seminarunterlagen:
Schemata und Übersichten
Handbuch »VOB für Bauleiter«
Konditionen: € 750,00 zzgl. USt
pro Teilnehmer

DIE VOB/B UND DAS BAUVERTRAGSRECHT IN DER PRAXIS (2 TAGE) (Berlin)

Die wichtigsten Neuregelungen des BGB-Bauvertrages 2018

Datum: 04./05.03.2020

Referent: RA Bernd Kimmich
Seminarunterlagen:
Schemata und Übersichten
Handbuch »VOB für Bauleiter«
Konditionen: € 750,00 zzgl. USt
pro Teilnehmer

BERLINER MIETENDECKEL: PRAXISHINWEISE FÜR DIE IMMOBILIENBRANCHE

Ziel ist es, den Teilnehmern die wichtigsten Neuregelungen zu vermitteln und Hinweise zum praktische Umgang zu geben.

Datum:
05.03.2020 (13:30 Uhr - 18:00 Uhr)

Referenten:
RA Thorsten Krull, RA Martin Krah
Seminarunterlagen:
aktuelle Rechtstexte, ausführliche Seminarunterlagen
Konditionen: € 160,00 zzgl. USt
pro Teilnehmer

VOB/B KOMPAKT (Berlin)

Komprimierter Überblick über alle praxirelevanten Fragen

Datum: 09.03.2020

Referent: RA Bernd Kimmich
Seminarunterlagen:
Taschenbuch »VOB Kompakt«
Konditionen: € 390,00 zzgl. USt
pro Teilnehmer

ABNAHME UND MÄNGEL AM BAU (Berlin)

Mangelbegriff, Prüfungs- und Bedenkenhinweispflicht, Beweissicherung und gesamtschuldnerische Haftung zwischen Auftragnehmer und Architekten bzw. Ingenieure

Datum: 13.03.2020

Referent: RA Bernd Kimmich
Seminarunterlagen:
Handbuch »VOB für Bauleiter«
Konditionen: € 390,00 zzgl. USt
pro Teilnehmer

DIE VOB/B UND DAS BAUVERTRAGSRECHT IN DER PRAXIS (2 TAGE) (Hamburg)

Die wichtigsten Neuregelungen des BGB-Bauvertrages 2018

Datum: 24./25.03.2020

Referent: RA Bernd Kimmich
Seminarunterlagen:
Schemata und Übersichten
Handbuch »VOB für Bauleiter«
Konditionen: € 750,00 zzgl. USt
pro Teilnehmer

20 TIPPS UND TRICKS FÜR AUFTRAGNEHMER (BERLIN)

Kaufmännische Bestätigungsschreiben, Loslösung vom Pauschalpreis, Leistungsverweigerung bei streitigen Nachträgen, Wirksamkeit vertraglicher Klauseln, Abwehr der Vertragsstrafe, Beweislastumkehr beim Aufmaß und mehr

Datum: 27.03.2020

Referent: RA Christian Zeiske
Seminarunterlagen: umfangreiches Skript
Konditionen: € 390,00 zzgl. USt
pro Teilnehmer

AUSBLICK:

VOB/B KOMPAKT (München)

Komprimierter Überblick über alle praxirelevanten Fragen

Datum: 27.04.2020

Referent: RA Bernd Kimmich
Seminarunterlagen:
Taschenbuch »VOB Kompakt«
Konditionen: € 390,00 zzgl. USt
pro Teilnehmer

DIE VOB/B UND DAS BAUVERTRAGSRECHT IN DER PRAXIS (2 TAGE) (München)

Die wichtigsten Neuregelungen des BGB-Bauvertrages 2018

Datum: 28./29.04.2020

Referent: RA Bernd Kimmich
Seminarunterlagen:
Schemata und Übersichten
Handbuch »VOB für Bauleiter«
Konditionen: € 750,00 zzgl. USt
pro Teilnehmer