

C/M/S/

Law . Tax

update

# Real Estate & Public

September 2020



# Inhalt

3 | Editorial

## Immobilien- und Mietrecht

- 4 | Anforderungen an Schriftform bei Verwendung eines Firmenstempels
- 5 | Auslandsbeurkundung: Grundstücksübertragung nur mit inländischem Notar
- 6 | Umlage von nicht näher definierten Betriebskosten in Gewerberaummietverträgen
- 7 | Kein vollständiger Kündigungsschutz für den Untermieter bei karitativer Untervermietung
- 8 | Reichweite eines kaufvertraglichen Haftungsausschlusses bei floskelhaften Angaben im Verkaufsexposé
- 9 | Keine Mietminderung wegen Umgebungslärm
- 11 | Beteiligung des Mieters an den Schönheitsreparaturkosten trotz unwirksamer Umlageklausel

## Privates Baurecht

- 12 | Verjährung des Anspruchs auf Herstellung des versprochenen Werks führt nicht zur Fälligkeit des Werklohnanspruchs
- 13 | Bemessung des neuen Einheitspreises bei zusätzlichen Leistungen i. S. v. § 2 Abs. 6 VOB/B
- 14 | Rechtsfolgen eines Schweigens auf unrichtige Auftragsbestätigung
- 15 | Wann kann eine einstweilige Verfügung gem. § 650 d BGB beantragt werden?

## Architektenrecht

- 17 | Vorlagebeschluss des BGH zur Frage der Anwendbarkeit der Mindestsatzbestimmungen der HOAI

## Öffentliches Bau- und Planungsrecht

- 18 | Brandschutz: ohne Nachweis keine Nutzung
- 19 | Großflächiger Einzelhandel in Widerspruch zu Zielen der Raumordnung
- 20 | Gemeindliche Planungspflicht bei Fortschreiten einer „planlosen“ städtebaulichen Entwicklung (hier: großflächiger Einzelhandel)
- 21 | Freihalteplanung einer Gemeinde kann zulässig sein

## Umweltrecht

- 22 | Neues vom Feldhamster: EuGH-Urteil zum Artenschutz
- 24 | Umweltverbandsklage bei immissionsschutzrechtlicher Verlängerungsentscheidung
- 25 | Privatklagerechte gegen Großvorhaben wegen Verletzung der wasserrechtlichen Bewirtschaftungsziele?

## Vergaberecht

- 27 | Wann ist ein Auftrag über die Bestellung eines bestimmten Produkts ein Bauauftrag?
- 28 | Auftragswertberechnung bei Planungsleistungen – auch später zu beauftragende Leistungsphasen sind einzubeziehen
- 29 | Schlechte Manieren begründen keine schwere Verfehlung im Sinne des § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB
- 30 | Zuschlag auf ein Angebot nach Ablauf der Bindefrist

## Steuerrecht

- 31 | Gewerbesteuer – erweiterte Kürzung bei Grundstücksunternehmen



# Editorial

Seit über sechs Monaten hält uns die Corona-Pandemie privat und beruflich in Atem. Die Immobilien- und Infrastrukturwirtschaft ist dabei sehr unterschiedlich betroffen. Insgesamt kann konstatiert werden, dass die weiterhin außerordentlich hohe Liquidität im Markt dazu führt, dass der zu Beginn der Pandemie prophezeite Einbruch des Immobilienmarktes bislang ausgeblieben ist und lediglich einzelne Assetklassen wie der großflächige Einzelhandel und das Hotelgewerbe betroffen sind. Dennoch bewahrheiten sich erste Prognosen: Viele Banken gewähren nur sehr zurückhaltend neue Finanzierungen und JLL berichtet von einem Umsatzeinbruch von 59 % auf den weltweiten Büromärkten.

Heiß diskutiert wird die Frage, wie sich der künftige Büromarkt entwickelt. Während sich das Mietniveau seit der Pandemie nicht verändert hat, scheint der Bedarf an Flächen deutlich gesunken zu sein. Gerade die großen Unternehmen setzen sich sehr stark mit dem im Lockdown geübten Arbeitskonzept des mobilen Arbeitens auseinander. Ob dies wirklich zu einer Reduzierung der benötigten Arbeitsflächen führt, bleibt angesichts des Mehrbedarfs an Fläche für einen einzelnen Arbeitsplatz noch offen.

Viele Marktteilnehmer erwarten für das erste Halbjahr 2021 Möglichkeiten zur Investition in Projektentwicklungen, weil diese z. B. wegen zu geringer Vorvermietungsquote weiteres Eigenkapital benötigen. Spannend dürfte auch sein, wie die Bewerber der regulierten Fonds die Folgen der Pandemie beurteilen. Abhängig davon und von dem Zutrauen der Investoren dürfte zumindest in die krisengeschüttelten Assetklassen, die derzeit fast keinen Marktanteil einnehmen, wie z. B. den großvolumigen Einzelhandel und das Hotelgewerbe, etwas Bewegung kommen.

Abseits von Corona ist zu erkennen, dass die Thematik der Mietpreisregulierung nun fester Bestandteil des immobilienrechtlichen Alltages ist. Wie zuletzt die Verlängerung

der Hamburger Mietpreisbremse auf 2025 und ein Bündel von zwölf Verfassungsbeschwerden gegen den Berliner Mietendeckel zeigen, bleibt spannend, wie sich Politik, Praxis und Recht am Ende arrangieren. Trotz mobilen Arbeitens in den letzten Monaten hat jedenfalls der Druck auf die Mietmärkte in den Metropolen weiterhin eher zugenommen. Mithin bleibt die Frage, wie mit der Wohnungsknappheit in den Ballungsgebieten umzugehen ist, von Interesse.

Zu einem ähnlichen mietrechtlichen Dauerbrenner hat sich auch die Rechtsprechung zu Schönheitsreparaturen entwickelt. Die neuste Entscheidung finden Sie dementsprechend von unserem Team aufbereitet in dieser Ausgabe auf Seite 11.

Bei einem Blick in das Baugewerbe ist zwar im Mai 2020 ein Rückgang des Umsatzes um 3,0 % zum Vorjahreszeitpunkt zu erkennen, aber nach vorläufigen Ergebnissen des Statistischen Bundesamt (Destatis) ist die Zahl der Beschäftigten um 0,7 % gegenüber den Vorjahresmonaten gestiegen. Es zeigt sich, dass die Baubranche bis dato weitestgehend unbeeinträchtigt von der Corona-Krise geblieben ist und es trotz vieler Unkenrufe zu Beginn der Pandemie nur vereinzelt zu Verzögerungen in den Projekten gekommen ist. Sollten Sie dennoch von Verzögerungen betroffen sein, finden Sie in einem **Expert Guide** auf unserer internationalen Website eine Kurzzusammenfassung der wesentlichen Fragestellungen.

Ungeachtet jeglicher coronabedingter Einschränkungen freuen wir uns, Ihnen nachfolgend wie gewohnt einen Überblick über die derzeitige Rechtsprechung und die aktuellen Rechtsentwicklungen im Bereich des Real Estate und Public zu präsentieren und wünschen Ihnen viel Spaß bei der Lektüre. Bleiben Sie gesund!

**Ihr Geschäftsbereich Real Estate & Public**

## Impressum

Das Update Real Estate & Public wird verlegt von  
CMS Hasche Sigle, Partnerschaft von Rechtsanwälten und Steuerberatern mbB.  
CMS Hasche Sigle | Lennéstraße 7 | 10785 Berlin

Verantwortlich für die fachliche Koordination:  
Klaus-Dieter Schick | CMS Hasche Sigle | Schöttlestraße 8 | 70597 Stuttgart  
Dr. Stefan Voß | CMS Hasche Sigle | Schöttlestraße 8 | 70597 Stuttgart



# Anforderungen an Schriftform bei Verwendung eines Firmenstempels

## Hintergrund

Der BGH beschäftigt sich im Urteil vom 26.02.2020 – XII ZR 51/19 – mit verschiedenen Fragen des Gewerberaummietrechts. Er konkretisiert zum einen die Anforderungen an die Unterzeichnung von Gewerberaummietverträgen unter Hinzufügung eines Firmenstempels vor dem Hintergrund der Einhaltung der gesetzlichen Schriftform gem. § 550 BGB. Zum anderen nimmt er zu der Frage der Verbindung einer Betriebspflicht nebst Sortimentsbindung mit dem gleichzeitigen Ausschluss von Konkurrenzschutz Stellung. In diesem Bericht soll der Fokus alleine auf der Schriftformthematik liegen, da der BGH die Anforderungen ständig fortentwickelt.

## Die Entscheidung

Die beklagte GmbH, die von der Klägerin Gewerberäume mietet, kündigte den für eine langjährige Festlaufzeit abgeschlossenen Mietvertrag unter Berufung auf eine Verletzung der Schriftform infolge nicht ausreichender Unterzeichnung durch sie selbst. Nach dem Rubrum des Vertrages wird die Mieterin durch zwei gesamtvertretungsberechtigte Geschäftsführer vertreten. Unterzeichnet wurde der maßgebliche Nachtrag jedoch nur von einem der beiden Geschäftsführer auf der dafür vorgesehenen Unterschriftenzeile unter Beifügung eines Firmenstempels. Die darunterliegende Unterschriftenzeile für den zweiten Geschäftsführer blieb leer.

Nach Ansicht des BGH liegt in der fehlenden zweiten Unterschrift ein Schriftformmangel, sodass die mit der Festlaufzeit vereinbarte Unkündbarkeit entfällt und der Vertrag vorzeitig ordentlich kündbar ist. Grundsätzlich müssen sämtliche Organmitglieder einer Gesellschaft unterschreiben. Hiervon kann abgewichen werden, wenn die Unterschrift eines Einzelnen den Hinweis (ggf. auch durch einen Firmenstempel) enthält, dass damit auch die anderen Organmitglieder vertreten werden. In dem hier zugrunde liegenden Fall reiche der Stempelzusatz allerdings nicht aus, da er den Vertrag nach seinem äußeren Erscheinungsbild nicht abschließe. Zudem enthalte die Urkunde keinen Hinweis darauf, dass die vorhandene Unterschrift ausreichend sei, da ihr weder ein Vertretungszusatz beigefügt noch in der zweiten Zeile auf die erste verwiesen noch die zweite Zeile durchgestrichen wurde. Ein Erwerber könne daher nicht erkennen, ob alle erforderlichen Unterschriften geleistet wurden.

Die Berufung auf den Schriftformverstoß durch die Beklagte sei auch nicht treuwidrig, da die fehlende Unterschrift für die Klägerin erkennbar war und sie auf die vollständige Unterzeichnung habe hinweisen können. Die Treuwidrigkeit könne sich ebenso nicht aus der Schriftformheilungsklausel ergeben, da solche Klauseln nach der Rechtsprechung des BGH unwirksam sind.

## Tipp für die Praxis:

Die Entscheidung bestätigt nochmals die Bedeutung der korrekten Unterzeichnung von schriftformbedürftigen Mietverträgen. Abweichend von der bisherigen Rechtsprechung reicht alleine das Vorhandensein eines Firmenstempels nicht mehr aus, um den Unterzeichner vollständig zu legitimieren. Es ist zwingend darauf zu achten, dass der Vertrag nicht unvollständig wirkt. Sollte nur eines der im Rubrum namentlich bezeichneten Organmitglieder den Vertrag unterzeichnen, ist dieser Unterschrift ein Vertretungszusatz und/oder ein Firmenstempel beizufügen und etwaige weitere Unterschriftenzeilen sind entsprechend zu streichen oder mit einem Verweis auf das Ausreichen der vorhandenen Unterschrift zu versehen. Um ein etwaiges Schriftformrisiko auszuschließen, sollte zur Vermeidung von Abweichungen von der Unterschriftenzeile von der Benennung einzelner Vertreter im Rubrum ggf. gänzlich abgesehen werden.



**Sandra Scheib**

Rechtsanwältin Stuttgart

E [sandra.scheib@cms-hs.com](mailto:sandra.scheib@cms-hs.com)

# Auslandsbeurkundung: Grundstücksübertragung nur mit inländischem Notar

## Hintergrund

Der Erwerb einer Immobilie setzt voraus, dass Veräußerer und Erwerber die Einigung über den Eigentumsübergang (Auflassung) bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Parteien vor einer zuständigen Stelle erklären. Nach § 925 Abs. 1 Satz 2 BGB ist „unbeschadet der Zuständigkeit weiterer Stellen jeder Notar zur Entgegennahme der Auflassung zuständig“. Diese Formulierung wirft die Frage auf, ob damit (nur) alle deutschen Notare oder auch ausländische Notare gemeint sind. Im Hinblick auf die Übertragung von Geschäftsanteilen an einer GmbH ist anerkannt, dass das Erfordernis der notariellen Form auch bei einer Beurkundung durch einen ausländischen Notar erfüllt ist, wenn diese einer Beurkundung vor einem deutschen Notar gleichwertig ist. Für die Auflassung von Grundstücken hat der BGH nun jedoch klargestellt, dass ausländische Notare keine zuständige Stelle im Sinne von § 925 BGB sind.

## Die Entscheidung

Mit Beschluss vom 13.02.2020 – V ZB 3/16 – entschied der BGH, dass die Auflassung in Deutschland gelegener Immobilien nur vor einem deutschen Notar erklärt werden kann. Zugrunde lag die Rechtsbeschwerde des Verkäufers eines an der Schweizer Grenze gelegenen Grundstücks gegen die Zurückweisung des Antrags auf Eigentumsumschreibung auf den Käufer. Das Grundbuchamt hatte den Antrag zurückgewiesen, da die Auflassung vor einem in Basel ansässigen Notar erklärt worden war und damit nicht wirksam geworden sei. Das sah der BGH ebenso: § 925 Abs. 1 Satz 2 BGB meine vor dem Hintergrund der Entstehungsgeschichte und des Zwecks der Regelung mit jedem Notar nur jeden deutschen Notar. Um leichtfertige Entscheidungen zu vermeiden, musste die Auflassung ursprünglich gegenüber dem für die Eintragung zuständigen Grundbuchbeamten erklärt werden. Mit dem Prinzip der Auflassung „vor offenem Buche“ sollte den Beteiligten die Bedeutung ihrer Erklärung vor Augen geführt werden, da die Eintragung sofort hätte vollzogen werden können. Auch wenn dieses Verfahren mit der Übertragung der Zuständigkeit auf die Notare modifiziert wurde, liegt § 925 Abs. 1 Satz 2 BGB dieser Schutzgedanke zugrunde. Der Notar darf die Erklärung nur entgegennehmen, wenn die Urkunde über den schuldrechtlichen Vertrag (in der Regel der Kaufvertrag) vorgelegt oder gleichzeitig errichtet wird und dieses schuldrechtliche Grundgeschäft mit

der Auflassungserklärung übereinstimmt. Zudem ist der Notar verpflichtet, das Grundbuch im Hinblick auf die Eintragungsfähigkeit der Erklärungen einzusehen. Die fachliche Expertise der deutschen Notare gewährleiste, dass nicht nur die materiell-rechtlichen Vorgaben, sondern auch die grundbuchrechtlichen Voraussetzungen eingehalten werden. Der Gesetzgeber sehe den Schutz der Beteiligten vor unüberlegten Auflassungen und die Unterrichtung über zwischenzeitlich erfolgte Verfügungen nur unter Einbindung eines deutschen Notars sichergestellt. Zur Begründung der Unterschiede zur Abtretung von GmbH-Geschäftsanteilen verwies der BGH darauf, dass das GmbHG anders als § 925 BGB auch eine Belehrung der Geschäftsführer durch einen ausländischen Notar ausdrücklich erlaube.

Auch unter unionsrechtlichen Aspekten sei eine Erweiterung auf ausländische Notare nicht geboten: Eine mögliche Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit sei zur Gewährleistung des Schutz- und Sicherungskonzepts der Vorschrift gerechtfertigt.

## Tipp für die Praxis:

Zwar kann der schuldrechtliche Kaufvertrag über eine deutsche Immobilie im EU-Ausland oder der Schweiz unter Beachtung der am Abschlussort geltenden Formvorgaben geschlossen werden. Der BGH hat nun aber Klarheit geschaffen, dass das Eigentum nur unter Mitwirkung eines deutschen Notars übertragen werden kann.



**Dr. Elena Mackh**

Rechtsanwältin bei CMS in Stuttgart

E [elena.mackh@cms-hs.com](mailto:elena.mackh@cms-hs.com)

# Umlage von nicht näher definierten Betriebskosten in Gewerberaummietverträgen

## Hintergrund

Der Vermieter macht gegenüber seiner Mieterin die Nachzahlung von Betriebskosten geltend. Der Geschäftsraummietvertrag enthielt dabei folgende individuell ausgehandelte Betriebskostenregelung: „Sämtliche Betriebskosten werden von dem Mieter getragen. Hierunter fallen insbesondere die Kosten der Be- und Entwässerung, sowie der Heizungs- einschließlich Zählermiete und Wartungskosten. (...)“ Gestützt auf diese Regelung legte der Vermieter in seinen Betriebskostenabrechnungen die Grundsteuer auf die Mieterin um. Hiergegen wendete sich die Mieterin mit der Begründung, dass nur die ausdrücklich genannten Kosten von ihr zu tragen seien. Die Vorinstanz (OLG Celle, Urteil vom 09.11.2018 – 2 U 81/18) ist der Mieterin gefolgt und wies die Zahlungsklage des Vermieters ab. Hiergegen richtete sich die Revision des Vermieters.

## Die Entscheidung

Mit Erfolg! Nach dem BGH (Urteil vom 08.04.2020 – XII ZR 120/18) wurde die Umlage der Grundsteuer wirksam vereinbart. Der BGH führt zunächst aus, dass zwar nach dem gesetzlichen Leitbild der Vermieter die Betriebskosten zu tragen hat, diese jedoch durch eine Individualvereinbarung auf den Mieter umgelegt werden können. Voraussetzung hierfür ist, dass die Umlagevereinbarung bestimmt oder zumindest bestimmbar genug formuliert ist, sodass der Mieter erkennen kann, welche zusätzlichen Kosten auf ihn zukommen können. Im Unterschied zu einer Abrede in AGB, wo es auf einen objektiven Maßstab und die Wahrung einer hinreichenden Transparenz ankommt, hat der BGH hier auf die Grundsätze der Vertragsauslegung nach §§ 133, 157 BGB abgestellt. Danach ist der wirkliche Wille der Erklärenden zu erforschen, wobei die Erklärung derart auszulegen ist, wie sie der Empfänger nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte verstehen musste. Wenn ein von den Vertragsparteien verwendeter Begriff bereits gesetzlich definiert ist, könne diese Legaldefinition für die Auslegung nach §§ 33, 157 BGB herangezogen werden. Dies trifft auf den Begriff „Betriebskosten“ zu, da dieser seit den 1950er Jahren durch Rechtsverordnung und später durch Gesetz (§ 556 Abs. 1 Satz 2 und 3 BGB i. V. m. § 2 BetrKV) definiert wird. Von Anfang an waren in der gesetzlichen Definition die laufenden öffentlichen Lasten und war namentlich die Grundsteuer als Betriebskostenart aufgeführt. Der gesetzlich für die Wohnraummiete in § 556 Abs. 1 Satz 2 BGB und § 1 Abs. 1 Satz 1 BetrKV definierte Betriebskostenbegriff sei auch für Gewerberaummietverträge maßgeblich. Dies gelte unabhängig davon, dass

§ 556 BGB mangels Nennung in § 578 BGB auf Gewerberaummietverträge nicht anwendbar ist. In Anbetracht dessen ist der in der Individualvereinbarung getroffene Verweis auf „sämtliche Betriebskosten“ trotz fehlender Bezugnahme auf die BetrKV hinreichend bestimmt. Hieran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass die Parteien in der Individualvereinbarung einige Kostenarten aus dem Betriebskostenkatalog ausdrücklich genannt haben, da die Parteien durch die Einleitung „insbesondere“ klar zum Ausdruck gebracht haben, dass es sich hierbei um keine abschließende Aufzählung handelt.

## Tipp für die Praxis:

Die Praxisrelevanz dieser Entscheidung für das Gewerberaummietrecht hält sich entgegen dem ersten Anschein in Grenzen, da der BGH hier über eine individualvertragliche Abrede zur Umlage von Betriebskosten zu entscheiden hatte. Allein für diesen Fall kann der gesetzlich in § 556 Abs. 1 Satz 2 BGB und § 1 Abs. 1 Satz 1 BetrKV definierte Begriff der Betriebskosten für die Auslegung, welche einzelnen Positionen hierunter zu subsumieren sind, auch auf Geschäftsraummietverhältnisse angewandt werden. Hätte es sich – wie bei Gewerberaummietverträgen üblich – um eine allgemeine Geschäftsbedingung gehandelt, wäre die Entscheidung mangels Wahrung einer hinreichenden Transparenz für den Mieter wohl anders ausgefallen. Auch bleibt anzumerken, dass in der Gewerberaumiete über § 2 Nr. 17 BetrKV oftmals bedeutsame Kostenpositionen auf den Mieter umgelegt werden, die im Katalog des § 2 BetrKV nicht aufgeführt sind.



**Lukas Potstada**

Rechtsanwalt bei CMS in Stuttgart

E [lukas.potstada@cms-hs.com](mailto:lukas.potstada@cms-hs.com)

# Kein vollständiger Kündigungsschutz für den Untermieter bei karitativer Untervermietung

Mit Beschluss vom 10.01.2020 – 1 BvR 2130/18 – hat das Bundesverfassungsgericht entschieden, dass die Verfassungsbeschwerde gegen ein Urteil des Kammergerichts (KG) nicht zur Entscheidung angenommen wird. Die Begründung enthält wichtige Aspekte zum mietrechtlichen Kündigungsschutz.

Der Entscheidung liegt folgender Sachverhalt zugrunde. Eine gemeinnützige GmbH vermietete Mietflächen als Wohnungen zu karitativen Zwecken an von ihr betreute Personen unter. Nach einem Eigentümerwechsel kündigte der neue Eigentümer der Untervermieterin und dem Untermieter ordentlich und klagte auf Räumung. Das KG legte den Hauptmietvertrag dahingehend aus, dass die Vertragsparteien die Kündigungsschutzvorschriften des Wohnraummietrechts nicht hatten vereinbaren wollen. Die Untervermieterin sei nicht schutzbedürftig, weil sie das Untermietverhältnis nach § 549 Abs. 2 Nr. 3 BGB kündigen könne. Das KG verurteilte in der Folge die Untervermieterin und den Untermieter als Gesamtschuldner zur Räumung. Dagegen richtet sich die Verfassungsbeschwerde, welche die Verletzung der Berufsfreiheit (Art. 12 GG) der GmbH und des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes (Art. 3 GG) des Untermiters rügt. Beides überzeugte das Bundesverfassungsgericht nicht.

## Gründe

Die Verfassungsbeschwerde wurde nicht zur Entscheidung angenommen, weil ihr weder eine grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung zukommt noch eine Grundrechtsverletzung ausreichend dargelegt wurde.

Die Annahme einer Verletzung der Berufsfreiheit der gemeinnützigen GmbH durch gesetzliche Regelungen zum (fehlenden) Kündigungsschutz ist abzulehnen. Der fehlende gesetzliche Kündigungsschutz schließt eine Untervermietung von Wohnraum nicht aus, insbesondere hätte der fehlende Kündigungsschutz durch eine privatrechtliche Vereinbarung einer Kündigungsbeschränkung kompensiert werden können. Auch die gerichtliche Auslegung des Hauptmietvertrags dahingehend, dass Kündigungsschutzvorschriften nicht vereinbart wurden, stellt keine Verletzung der Berufsfreiheit dar. Der dafür notwendige unmittelbare Bezug zur Berufstätigkeit oder zumindest eine objektiv berufsregelnde Tendenz fehlt.

Die Verletzung des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes ist nicht ausreichend dargelegt, wenn sich die Darlegung nicht mit den durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts entwickelten Maßstäben ausei-

nandersetzt. Vorliegend gilt, dass dem Untermieter nicht in jedem Fall ein Kündigungsschutz in einem Umfang zukommt, den ein Mieter hat, der direkt vom Eigentümer mietet. Ein solcher Schutz ist nur bei Besonderheiten im Verhältnis zwischen Untermieter und Zwischenmieter sowie im Falle des Interesses des Hauptvermieters an der späteren Untervermietung geboten. Letzteres wäre zu bejahen, wenn er die Wohnung errichtet oder erworben hat, um sie auf dem Wohnungsmarkt zu nutzen, und weiß, dass der Mieter sie als Wohnung untervermieten will (BVerfG, Beschluss vom 11.06.1991 – 1 BvR 538/90). Zu diesen Maßstäben äußerte sich der Beschwerdeführer nicht ausreichend und aus den Umständen ist ein eigenes Interesse des Vermieters nicht erkennbar.

## Tipp für die Praxis:

Mit diesem Beschluss hebt das Bundesverfassungsgericht die bereits geltenden Maßstäbe für den Kündigungsschutz im Falle der Untervermietung hervor. Zuvor hatte der BGH schon die (entsprechende) Anwendung der Kündigungsschutzvorschriften gegenüber dem Untermieter eines gemeinnützigen Vereins abgelehnt (BGH, Urteil vom 03.07.1996 – VIII ZR 278/95). Die Untervermietung durch den gemeinnützigen Verein wie auch durch die karitative GmbH ist nicht mit der gewerblichen Zwischenvermietung gleichzusetzen, bei der der Untermieter vollen Kündigungsschutz genießt (BVerfG, Beschluss vom 11.06.1991 – 1 BvR 538/90), denn die Parteien verfolgen unterschiedliche Zwecke. Um dem Schutzbedürfnis ihrer Untermieter gerecht zu werden, können die Untervermieter aber kündigungsschützende Regelungen in den Hauptmietvertrag aufnehmen.



**Fabian Vieregge**

Rechtsanwalt bei CMS in Köln

E [fabian.vieregge@cms-hs.com](mailto:fabian.vieregge@cms-hs.com)



# Reichweite eines kaufvertraglichen Haftungsausschlusses bei floskelhaften Angaben im Verkaufsexposé

## Hintergrund

Grundstückskaufverträge enthalten häufig Haftungsausschlüsse für Mängel. Diese greifen jedoch nicht für solche Sachverhalte, die Gegenstand einer Beschaffenheitsgarantie oder -vereinbarung sind. Fraglich ist insoweit, ob auch Angaben in einem Verkaufsexposé, die nicht zugleich Inhalt des Vertrages selbst sind, eine Beschaffenheitsgarantie oder -vereinbarung darstellen können.

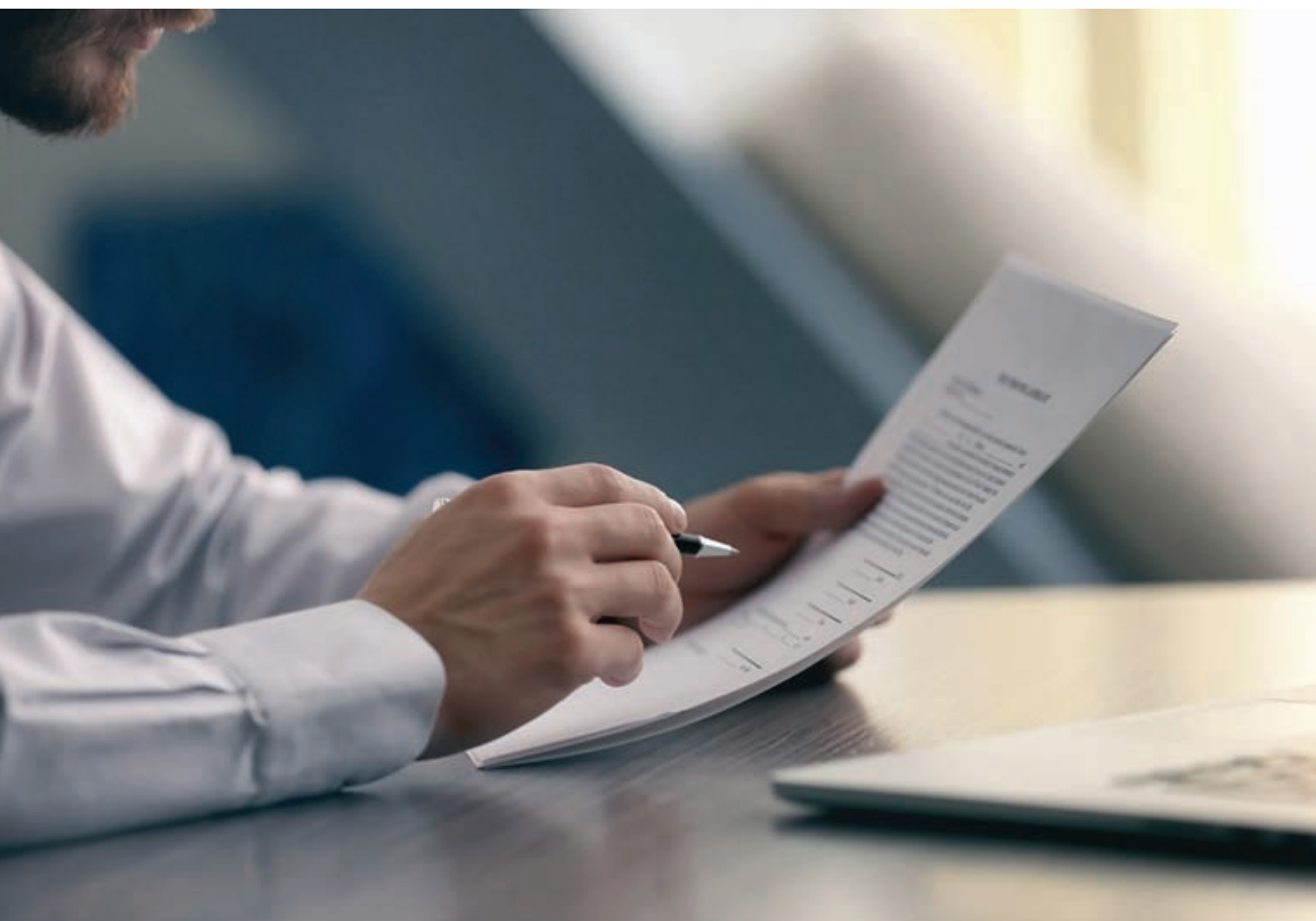
Diese Frage lag auch dem Beschluss des OLG Dresden vom 17.03.2020 – 4 U 2183/19 – zugrunde. Zwischen den Parteien des Rechtsstreits besteht ein Kaufvertrag über ein mit einem Wohngebäude bebautes Grundstück unter Ausschluss jeglicher Haftung. Der Vertrag enthält keine Vereinbarungen oder Angaben zur geschuldeten Beschaffenheit, sondern allein den Hinweis, dass das Gebäude

sanierungsbedürftig ist. Vor Vertragsschluss hatten die Verkäufer ein von einem Makler erstelltes Exposé übergeben, in dem es u. a. hieß, dass das Gebäude „mit wenigen Handgriffen“ bereit sei, „neue Besitzer zu beherbergen“ und sich zudem ein Hinweis auf noch durchzuführende Renovierungsarbeiten fand, jedoch ohne nähere Erläuterungen.

Nach Übergabe begehrten die Kläger Schadensersatz wegen erforderlicher Sanierungsarbeiten.

## Die Entscheidung

Nachdem das LG die Klage abgewiesen hatte, wies das OLG Dresden in seinem Beschluss die klägerseits eingelegte Berufung zurück.





Zur Begründung führte es aus, dass den Klägern aufgrund des vereinbarten Haftungsausschlusses kein Schadensersatz zustehe, da zum Zustand des Gebäudes weder eine Beschaffenheitsgarantie noch eine Beschaffenheitsvereinbarung vorliege. Der Hinweis im Exposé, das Gebäude sei „mit wenigen Handgriffen“ bereit, „neue Besitzer zu beherbergen“, reiche zur Annahme einer Beschaffenheitsgarantie bzw. Beschaffenheitsvereinbarung nicht aus, da es sich insofern nur um eine allgemeine, floskelhafte Anpreisung ohne bestimmbaren Aussagegehalt handele.

Zwar können grundsätzlich auch öffentliche Äußerungen des Verkäufers und insbesondere Angaben in einem Exposé gem. § 434 Abs. 1 S. 2 und 3 BGB zur Bestimmung der Beschaffenheit herangezogen werden. Dies würde indes ebenfalls voraussetzen, dass die Angaben hinreichend bestimmt sind. Insofern wies das OLG darauf hin, dass das fragliche Exposé gerade keine hinreichende Beschreibung des Gebäudes enthalte, da es an näher konkretisierten Angaben zum Renovierungsbedarf fehle.

Anzumerken ist jedoch, dass nach höchstrichterlicher Rechtsprechung solche einseitigen öffentlichen Äußerungen der Verkäuferseite im Gegensatz zu von den Kaufvertragsparteien vereinbarten Beschaffenheitsgarantien bzw. getroffenen Beschaffenheitsvereinbarungen ohnehin von einem Haftungsausschluss umfasst sind, sodass die Verkäufer hier auch bei Vorliegen hinreichend bestimmter öffentlicher Äußerungen gerade nicht gehaftet hätten.

### Tipp für die Praxis:

Immobilienkäufer sollten bei der Vereinbarung eines Haftungsausschlusses sicherstellen, dass die für sie wesentlichen Eigenschaften des Gebäudes hinreichend konkret in einer Beschaffenheitsgarantie oder -vereinbarung fixiert werden, da in diesem Fall ein solcher Ausschluss nicht greift. Aus Verkäufersicht ist genau darauf zu achten, welche Angaben zum Kaufgegenstand zum Inhalt einer Beschaffenheitsgarantie oder Beschaffenheitsvereinbarung gemacht werden, da sodann eine Berufung auf den vertraglichen Haftungsausschluss ausscheidet.



**Johannes Bescher, LL. M.,  
Maître en droit**

Rechtsanwalt bei CMS in Berlin

E [johannes.bescher@cms-hs.com](mailto:johannes.bescher@cms-hs.com)



**Anna Köhler**

Rechtsanwältin bei CMS in Berlin

E [anna.koehler@cms-hs.com](mailto:anna.koehler@cms-hs.com)

## Keine Mietminderung wegen Umgebungslärm

### Hintergrund

Der Beklagte ist Mieter einer Wohnung des Klägers. Über einen Zeitraum von ca. zwei Jahren wird auf einem 40 m vom Mietgegenstand entfernten Grundstück ein Neubau errichtet. Der Beklagte zeigt gegenüber dem Kläger zweimal, u. a. auch unter Vorlage eines Lärmprotokolls, an, dass die Wohnungsnutzung durch von der Baustelle ausgehenden Baulärm sowie Staub- und Schmutzbelastungen beeinträchtigt werde. Der Beklagte behält daher für 22 Monate monatlich 10 % der Miete ein. Das Amtsgericht hat der Klage auf Zahlung der einbehaltenen Miete des Klägers überwiegend stattgegeben. Das Landgericht hat auf die Berufung des Beklagten die Klage insgesamt abgewiesen.

### Die Entscheidung

Der BGH (Urteil vom 29.04.2020 – VIII ZR 31/18) hatte in der vom Kläger erhobenen Revision u. a. zu entscheiden, ob (i) im laufenden Mietverhältnis auftretende erhöhte Geräusch- und Schmutzimmissionen als Mangel der Wohnung anzusehen sind, wenn mietvertraglich keine Beschaffenheitsvereinbarung getroffen ist, und (ii) welche Partei für welche Umstände die Beweislast trägt.

Die Revision des Vermieters hatte Erfolg. Zur Frage des Mangels urteilte der Senat wie folgt: Nach Abschluss des Mietvertrags eintretende erhöhte Geräusch- und Schmutzimmissionen, auch wenn sie von einer auf einem Nachbargrundstück betriebenen Baustelle herrühren, begründen



bei Fehlen anderslautender Beschaffenheitsvereinbarungen grundsätzlich keinen gemäß § 536 Abs. 1 BGB zur Minderung berechtigenden Mangel, wenn auch der Vermieter die Immissionen ohne eigene Abwehr- oder Entschädigungsmöglichkeit nach § 906 BGB hinnehmen muss. § 906 BGB regelt Duldungs- und Ausgleichsansprüche bezüglich Immissionen von Nachbargrundstücken. Soweit Parteiabreden zur Beschaffenheit fehlten, sei der zum vertragsgemäßen Gebrauch geeignete Zustand unter Berücksichtigung des vereinbarten Nutzungszwecks und des Grundsatzes von Treu und Glauben nach der Verkehrsanschauung zu bestimmen. Maßgeblich sei, welche Regelungen Mieter und Vermieter bei sachgerechter Abwägung der beiderseitigen Interessen getroffen hätten, wenn ihnen bei Vertragsschluss die Entwicklung einer erhöhten Lärmbelastung bewusst gewesen wäre. Das führe jedenfalls dann nicht zu einem Mangel, wenn auch der Vermieter die Lärmbelastung als unwesentlich/ortsüblich hinnehmen müsse. Insoweit nehme der Mieter an der Situationsgebundenheit des Mietgrundstücks teil. Eine Risikotragung nur des Vermieters sei nicht sachgerecht.

Zur Frage der Beweislast seien die allgemeinen Grundsätze des Wohnraummietrechts und die dort geltende Verteilung nach Verantwortungsbereichen zu beachten: Danach hat der Mieter darzulegen und ggf. zu beweisen, dass die von ihm angemietete Wohnung Immissionen ausgesetzt ist, die die Gebrauchstauglichkeit der Wohnung unmittelbar beeinträchtigen. Außerdem trifft den Mieter die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass es sich um eine wesentliche Beeinträchtigung im Sinne des § 906 BGB handelt. Beruft sich der Vermieter darauf, Ansprüche nach § 906 BGB nicht zu haben, hat er diejenigen

Tatsachen aus dem Verhältnis zwischen ihm und dem Nachbarn vorzubringen und ggf. zu beweisen, die dazu führen, dass weder Abwehr- noch Entschädigungsansprüche bestehen.

### Tipp für die Praxis:

Der BGH bestätigt mit der Entscheidung seine bisherige Rechtsprechung zu Umweltmängeln (vgl. u. a. BGH, Urteil vom 29.04.2015 – VIII ZR 197/14). Die im Urteil für die Wohnraummiete entwickelten Grundsätze gelten entsprechend auch in der Gewerbemiete, wenn in dem Gewerbemietvertrag – wie üblich – keine bestimmte Beschaffenheit der Umgebung vereinbart ist. Eine weitere „Hürde“ für den Gewerberaummietvermieter dürfte sein, dass das Recht zur Minderung in Gewerbemietverträgen regelmäßig im zulässigen Umfang ausgeschlossen wird.



**Aylin Kocak**

Rechtsanwältin bei CMS in Stuttgart

E [aylin.kocak@cms-hs.com](mailto:aylin.kocak@cms-hs.com)

# Beteiligung des Mieters an den Schönheitsreparaturkosten trotz unwirksamer Umlageklausel

## Hintergrund

Den Urteilen des BGH vom 08.07.2020 – VIII ZR 163/18 und VIII ZR 270/18 – liegen zwei Fälle zugrunde, in denen den Mietern zu Mietbeginn jeweils unrenovierte Wohnungen überlassen wurden. Die Übertragung der Pflicht, Schönheitsreparaturen vorzunehmen, war jeweils nicht wirksam vereinbart. Nach 14 Jahren Mietzeit forderte einer der Mieter den Vermieter zur Durchführung von Schönheitsreparaturen auf. Der andere Mieter bewohnte die Mietwohnung seit 25 Jahren und verlangte nach erfolgloser Aufforderung zur Durchführung von Schönheitsreparaturen die Zahlung eines entsprechenden Kostenvorschusses vom Vermieter.

## Die Entscheidung

In beiden Fällen gestand der BGH den Mietern die begehrten Ansprüche grundsätzlich zu.

Als Folge der unwirksamen Übertragung der Schönheitsreparaturpflicht auf den Mieter könne der Mieter vom Vermieter die Renovierung der Wohnung verlangen. Dies sei jedoch nur dann der Fall, wenn sich der anfängliche (unrenovierte) Zustand der Wohnung im Vergleich zum Zeitpunkt der Überlassung an den Mieter wesentlich verschlechtert habe.

Falls, wie hier, die Wohnung unrenoviert übergeben worden ist, beschränke sich der Anspruch des Mieters gegen den Vermieter nicht auf eine Wiederherstellung des anfänglichen Zustandes, da dies in der Regel weder praktikabel noch wirtschaftlich sinnvoll sei. Vielmehr sei der Vermieter verpflichtet, die Wohnung in einen neu renovierten Zustand zu versetzen. Im Gegenzug müsse sich der Mieter aber aus den Grundsätzen von Treu und Glauben (§ 242 BGB) die auf diese Weise erlangte Besserstellung gegenüber dem unrenovierten (vertragsgemäßen) Zustand der Wohnung entgegenhalten lassen und sich insofern angemessen an den erforderlichen Kosten beteiligen. In der Regel, so der BGH, bedeute dies eine hälftige Kostenteilung.

Verlangt der Mieter die Vornahme von Schönheitsreparaturen vom Vermieter, stehe dem Vermieter hinsichtlich der Renovierungsarbeiten ein Zurückbehaltungsrecht zu, bis der Mieter Kostenbeteiligung geleistet hat. In dem

Fall, in dem der Mieter vom Vermieter einen Kostenvorschuss verlangt, um die Arbeiten selbst auszuführen, reduziere sich der Anspruch auf Zahlung des Kostenvorschusses um den Kostenbeitrag des Mieters.

## Tipp für die Praxis:

Die Entscheidungen betreffen zwar Fälle von Wohnraummietverträgen. Da die Argumentation aber nicht wohnraumspezifisch ist, ist zu erwarten, dass die Rechtsprechung auf das Gewerberaummietrecht übertragen wird.

Die Übertragung der Entscheidungsgründe auf zukünftige Fallkonstellationen dürfte mit praktischen Schwierigkeiten verbunden sein. Etwa soll ein Anspruch des Mieters einer anfänglich unrenovierten Wohnung davon abhängig sein, dass gegenüber dem anfänglichen Zustand eine „wesentliche“ Verschlechterung eingetreten ist, wobei unklar bleibt, welcher Maßstab an die Wesentlichkeit in diesem Zusammenhang anzulegen ist. Fraglich ist außerdem, wann die Höhe der Kostenbeteiligung des Mieters angemessen ist und wie sich der Mieter ggf. gegen die veranschlagten Kosten wehren kann.

Im Einzelfall dürften diese Fragen Konfliktpotenzial bergen. Die Entscheidung wird den Auseinandersetzungen im Zusammenhang mit Schönheitsreparaturen und der entsprechenden Kostentragung wohl kein Ende setzen.



**Dr. Franz Maurer**

Rechtsanwalt bei CMS in Frankfurt

E [franz.maurer@cms-hs.com](mailto:franz.maurer@cms-hs.com)



# Verjährung des Anspruchs auf Herstellung des versprochenen Werks führt nicht zur Fälligkeit des Werklohnanspruchs

## Hintergrund

Der BGH hat in seinem Urteil vom 29.05.2020 – VII ZR 108/19 – zu der Frage Stellung bezogen, ob die Verjährung des Anspruchs des Bestellers auf mangelfreie Herstellung mit einer der richterrechtlichen Ausnahmen von § 641 Abs. 1 BGB gleichzusetzen ist, wonach die Abnahme des Werks zur Fälligkeit des Werklohnanspruchs nicht erforderlich ist.

## Die Entscheidung

Der Unternehmer machte gegen den Besteller einen Restwerklohnanspruch aus einer Schlussrechnung vom 30.04.2013 geltend. Zuvor hatte der Besteller die Abnahme des Werks wegen offener Restarbeiten und vorhandener Mängel abgelehnt. Er hatte den Unternehmer wiederholt und zuletzt am 19.08.2013 zur Beseitigung der restlichen Mängel aufgefordert. Die Parteien streiten über die Fälligkeit des Restwerklohnanspruchs, nachdem sich der Unternehmer auf Verjährung des Herstellungsanspruchs berufen hat. Der BGH entschied, dass der Restwerklohnanspruch des Unternehmers nicht fällig sei, da zum Zeitpunkt des Abnahmeverlangens noch wesentliche Mängel bestanden hätten. Die inzwischen eingetretene Verjährung des Herstellungsanspruchs des Bestellers ändere daran nichts.

Grundsätzlich wird ein Anspruch auf Werklohn gemäß § 641 Abs. 1 Satz 1 BGB erst mit Abnahme des Werkes fällig. Ausnahmsweise bedarf es nach der Rechtsprechung zur Erzielung der Fälligkeit keiner Abnahme, wenn der Besteller die Erfüllung ernsthaft und endgültig verweigert oder ablehnt oder wenn diese unmöglich ist. Ein solcher Fall tritt bei der Verjährung des Erfüllungsanspruchs nicht ein, da die Verjährung gem. § 214 Abs. 1 BGB nur die Durchsetzung des Anspruchs (hier des Bestellers) hindert und ihn nicht untergehen lässt. Der Anspruch bleibt erfüllbar, es ist für den Unternehmer tatsächlich und rechtlich möglich, den Anspruch des Bestellers zu erfüllen, also die vorhandenen Restmängel zu beseitigen und damit die Fälligkeit des Werklohnanspruchs herbeizuführen. Wenn der Besteller die Abnahme berechtigt verweigert hat, ist er nicht nach Treu und Glauben gehalten, die

Verjährung des Erfüllungsanspruchs durch die Einleitung verjährungshemmender Maßnahmen, wie z. B. einer Klageerhebung, zu verhindern. Nach dem Rechtsgedanken des § 215 BGB darf der Besteller darauf vertrauen, dass ein Werklohnanspruch nicht fällig wird, wenn er berechtigterweise die Abnahme verweigert.

## Tipp für die Praxis:

Wird der Anspruch auf Herstellung eines mangelfreien Werks über mehrere Jahre nicht weiter verfolgt, führt dies lediglich dazu, dass der Besteller den Erfüllungsanspruch seinerseits nach Eintritt der Verjährung nicht mehr geltend machen kann. Davon unabhängig ist jedoch der Werklohnanspruch des Unternehmers. Ihm steht es frei, die Abnahmefähigkeit des Werkes durch Beseitigung von Restmängeln herzustellen und damit die Fälligkeit seines Werklohnanspruches herbeizuführen. Der Besteller ist nicht dazu angehalten, die Verjährung des Erfüllungsanspruchs zu verhindern. Insbesondere muss sich der Besteller gegenüber dem Unternehmer auch nicht auf wesentliche Mängel im Sinne des § 320 BGB berufen. Es ist ausreichend, wenn er die vom Unternehmer darzulegende und zu beweisende mangelfreie Herstellung des Werkes in einem Prozess in gebotener Weise bestreitet.



**Vanessa Renter**

Rechtsanwältin bei CMS in Köln

E [vanessa.renter@cms-hs.com](mailto:vanessa.renter@cms-hs.com)

# Bemessung des neuen Einheitspreises bei zusätzlichen Leistungen i. S. v. § 2 Abs. 6 VOB/B

## Hintergrund

Ausgangspunkt der Entscheidung des OLG Brandenburg vom 22.04.2020 – 11 U 153/18 – war das Urteil des BGH vom 08.08.2019 – VII ZR 34/18 –, mit dem der BGH der vorkalkulatorischen Preisfortschreibung in den Fällen des § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B (Massenänderungen) eine Absage erteilte. Seit dieser Entscheidung wird die Frage diskutiert, ob diese BGH-Rechtsprechung auf § 2 Abs. 5 VOB/B sowie § 2 Abs. 6 VOB/B auszuweiten ist.

## Die Entscheidung

Die Klägerin verlangte Restwerklohn für im Rahmen von beauftragten Nachträgen zusätzlich ausgeführten Baumfäll- und Rodungsarbeiten. Zwischen den Parteien war streitig, inwiefern bei der Preisbildung der zusätzlichen Vergütung eine Rückvergütung für die Verwertung des abgeholzten Materials zu berücksichtigen war. Das LG lehnte den Anspruch auf zusätzliche Vergütung mit der Begründung ab, dass die Rückvergütung für gerodetes Holz Grundlage der Preisermittlung der Urkalkulation und deshalb auch bei den Nachtragsleistungen zu berücksichtigen sei.

Das OLG geht von einer zusätzlichen Leistung aus. Bei den Preisermittlungsgrundlagen der streitigen Vergütung stellt das Gericht entgegen dem Wortlaut des § 2 Abs. 6 VOB/B, der zur Preisbildung auf die „Grundlagen der Preisermittlung für die vertragliche Leistung“ verweist, auf die tatsächlich erforderlichen Kosten ab. Unter Anwendung der zu § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B ergangenen BGH-Rechtsprechung nimmt das OLG eine ergänzende Vertragsauslegung vor.

Das OLG stellt hierzu die Frage, welchen Maßstab die Parteien zur Bestimmung des neuen Einheitspreises vertraglich zugrunde gelegt hätten, wenn sie seinerzeit vorhergesehen hätten, dass sie sich nicht auf einen neuen Einheitspreis für die relevanten zusätzlichen Leistungen

einigen können. Dabei entspreche es der Redlichkeit und dem bestmöglichen Ausgleich der wechselseitigen Interessen, dass durch die unvorhergesehene Veränderung der auszuführenden Leistungen keine der Vertragsparteien eine Besser- oder Schlechterstellung erfahren soll.

Die ergänzende Vertragsauslegung setzt voraus, dass keine Partei von der unerwarteten zusätzlichen Leistung zum Nachteil der anderen profitiert. Die wechselseitigen Interessen sind in einen bestmöglichen Ausgleich zu bringen. Folglich hält das OLG die tatsächlich erforderlichen Kosten für die maßgebliche Bemessungsgrundlage der Preisbildung. Insoweit ist auch die tatsächlich erzielte Rückvergütung zu berücksichtigen.

## Tipp für die Praxis:

Auch in diesem Urteil wird darauf hingewiesen, dass es den Parteien freisteht, im Voraus oder nachträglich Vereinbarungen zu bestimmten Kalkulationsparametern zu treffen. Hierfür reicht es nicht mehr aus, lediglich die VOB/B in den Vertrag einzubeziehen. Die Grundlagen der Preisermittlung für Nachträge müssen in Verträgen zusätzlich vereinbart werden.



**Marius Brädle**

Rechtsanwältin bei CMS in Stuttgart

E [marius.braedle@cms-hs.com](mailto:marius.braedle@cms-hs.com)

# Rechtsfolgen eines Schweigens auf unrichtige Auftragsbestätigung

## Hintergrund

Auf Vermittlung eines Beraters der Beklagten unterzeichnete die Klägerin im September 2013 den Bauvertrag über die Errichtung eines Einfamilienhauses nebst Garage und Carport zu einem Pauschalpreis. Die für den wirksamen Abschluss auf Seiten der Beklagten erforderliche Unterschrift der C-GmbH nebst Auftragsbestätigung liegt nicht vor.

Im September/Oktober 2013 begann die Beklagte mit den Bauarbeiten und stellte Ende Oktober 2013 die erste Abschlagsrechnung.

Wohl im Herbst des Folgejahres 2014 änderte die Beklagte den Vertrag „klarstellend“ bzw. „ergänzend“ dahingehend ab, dass für die Errichtung von Garage und Carport eine gesonderte Vergütung anfällt. Die Beklagte datierte ihre Unterschrift auf Oktober 2013 zurück und übersandte den Vertrag zusammen mit einer gesonderten, ebenfalls auf Oktober 2013 zurückdatierten „Auftragsbestätigung“ an die Klägerin. Die Dokumente gingen der Klägerin Anfang September 2014 zu.

Gemäß der Auftragsbestätigung der Beklagten werden „die Änderungen Vertragsbestandteil, wenn die Klägerin nicht widerspricht“. Der Widerspruch der Klägerin erfolgte erst nach Ablauf der gesetzten Frist.

Die Parteien streiten darüber, ob die Errichtung von Garage und Carport vom Pauschalpreis umfasst oder zusätzlich zu vergüten ist.

## Die Entscheidung

Das OLG Stuttgart hat mit Urteil vom 11.07.2019 – 13 U 230/18 – bestätigt, dass das Schweigen auf eine unrichtige Auftragsbestätigung keine Zustimmung bedeutet.

Wird in einer Auftragsbestätigung etwas anderes bestätigt, als von den Parteien in einem nur einseitig unterschriebenen Bauvertragsentwurf vereinbart wurde, liegt darin nach § 150 Abs. 2 BGB die Ablehnung des Angebots, verbunden mit einem neuen Angebot. Dieses neue Angebot hat die Klägerin vorliegend nicht angenommen.

Anders als bei dem im Handelsverkehr gebräuchlichen kaufmännischen Bestätigungsschreiben, das den Inhalt eines nach Ansicht des Absenders bereits zuvor mündlich abgeschlossenen Vertrags wiedergibt, stellt eine Auftragsbestätigung grundsätzlich die schriftliche Annahme eines

Angebots dar. Erst mit der Annahme des Angebots kommt der Vertrag zustande.

Weicht die bestätigende Vertragspartei von dem ursprünglichen Antrag ab, so kann sie nicht ohne Weiteres damit rechnen, dass die nicht widersprechende Vertragspartei mit der Änderung einverstanden ist. Es ist dann ihre Sache, klarstellend dafür Sorge zu tragen, dass die von ihr abändernd vorgeschlagenen Bedingungen Vertragsinhalt werden. Eine in die Form einer „Auftragsbestätigung“ gekleidete modifizierte Annahmeerklärung ist rechtlich gesehen die Ablehnung des ursprünglichen Antrags, verbunden mit einem neuen Antrag, der seinerseits wiederum einer Annahme bedarf. Eine derartige Annahme kann auch stillschweigend durch schlüssiges Verhalten erfolgen. Das bloße Schweigen stellt aber keine solche Erklärung dar.

Nach dem OLG Stuttgart hat die Beklagte bereits mit Baubeginn bzw. spätestens mit der ersten Abschlagsrechnung Ende Oktober 2013 das Angebot der Klägerin von September 2013 mit dem damaligen (unveränderten) Inhalt konkludent angenommen. Da der Abschluss eines Bauvertrages nicht formbedürftig ist, kann auch ein tatsächliches Verhalten genügen.

## Tipp für die Praxis:

Auch wenn das bloße Schweigen auf eine unrichtige Auftragsbestätigung keine Zustimmung ist, so sollte man dennoch stets unverzüglich widersprechen, um unnötige Rechtsstreitigkeiten zu vermeiden.

Nachträgliche Inhaltsänderungen können dem Vertragspartner nicht einfach untergeschoben werden, sondern sind zwischen den Parteien zu vereinbaren.



**Dr. Viviane Körner**  
Rechtsanwältin bei CMS in Stuttgart  
E [viviane.koerner@cms-hs.com](mailto:viviane.koerner@cms-hs.com)



# Wann kann eine einstweilige Verfügung gem. § 650 d BGB beantragt werden?

## Hintergrund

Der mit Schaffung des Bauvertragsrechts in das BGB eingefügte § 650 d führt bisher ein Schattendasein. Die geäußerte Kritik, dass es besser gewesen wäre, eine umfassende prozessuale Bauverfügung einzuführen, statt den Erlass einer einstweiligen Verfügung für Streitigkeiten aus Leistungsänderungen zu erleichtern, scheint berechtigt zu sein. Nun gibt es immerhin erste Entscheidungen zum Anwendungsbereich des § 650 d BGB.

## Die Entscheidungen

Innerhalb Monatsfrist lagen dem LG Berlin zwei Verfügungsanträge zur Entscheidung vor, in denen jeweils ein Auftraggeber die einstweilige Feststellung begehrte, dass ein Vergütungsanspruch des Auftragnehmers nicht bestehe.

Im ersten Verfahren (Beschluss vom 04.10.2019 – 28 O 209/19) hatten die Vertragsparteien einen Terminplan mit verbindlichen Ausführungsfristen vereinbart. Später übersandte der Auftraggeber dem Auftragnehmer einen überarbeiteten Bauablaufplan mit verkürzten Ausführungsfristen. Der Auftragnehmer forderte hieraufhin eine Mehrvergütung für die Beschleunigungsmaßnahmen und berief sich auf ein Leistungsverweigerungsrecht. Im einstweiligen Verfügungsverfahren begehrte der Auftraggeber (hilfsweise) die Feststellung, dass kein Leistungsverweigerungsrecht bestehe.

Das LG Berlin lehnte den Erlass der einstweiligen Verfügung ab. Es argumentiert, eine Verfügung müsse geeignet sein, den Zustand innerhalb eines streitigen Rechtsverhältnisses einstweilen zu regeln. Dies sei aber bei der bloßen Feststellung, dass ein Leistungsverweigerungsrecht nicht bestehe, nicht der Fall, da eine solche Feststellung nicht vollstreckbar sei. Zudem fehle es an der Eilbedürftigkeit

für den Auftraggeber. Diese Eilbedürftigkeit könne nicht gem. § 650 d BGB vermutet werden, da kein Fall der Anordnung einer Leistungsänderung i. S. d. §§ 650 b und 650 c BGB vorliege. In der bloßen Übersendung eines neuen Bauzeitenplans liege keine Anordnung einer Leistungsänderung, und allein der Umstand, dass der Besteller dies fälschlicherweise angenommen habe, eröffne nicht den Anwendungsbereich dieser Normen.

Diese Ansicht hat das Kammergericht in einer zum Verfahren gehörenden Kostenentscheidung (Beschluss vom 06.04.2020 – 7 W 32/19) bestätigt. Es erklärt, dass die Anwendung des § 650 d BGB stets eine tatsächliche Anordnung einer Leistungsänderung voraussetze. Ein Rechtsschutzbedürfnis für die Feststellung eines rechtlichen Zustands im Eilverfahren sei ohne Einhaltung des Einigungsverfahrens gem. § 650 b BGB und ohne Anordnung gem. § 650 c BGB nicht gegeben.

In dem zweiten, von einer anderen Kammer des LG Berlin zu entscheidenden Fall lagen die Dinge ähnlich. Auch hier hatte der Auftraggeber eine Aufforderung in Bezug auf die Bauzeit übersandt. Der Auftragnehmer machte daraufhin eine Mehrkostenforderung für die vermeintliche Anordnung einer Leistungsänderung geltend und forderte zudem für diese zusätzliche Vergütung eine Bauhandwerkersicherheit nach § 650 f BGB.

In diesem Verfahren gab das LG Berlin (Beschluss vom 04.12.2019 – 32 O 244/19) dem Antrag des Auftraggebers statt, festzustellen, dass er keine Anordnung in Bezug auf die Bauzeit getroffen habe, aus der besicherungsfähige Zahlungsansprüche des Auftragnehmers resultieren könnten.

Das Gericht ging auch in diesem Fall nicht davon aus, dass eine Anordnung zu einer Leistungsänderung im Sinne des § 650 c BGB tatsächlich vorgelegen habe. Gleichwohl eröffnete es den Anwendungsbereich des § 650 d BGB, da sich der Auftragnehmer, wenn auch fälschlich, im Hinblick auf seine Mehrkostenforderung auf eine solche Anordnung berufen habe. Er habe gerade keine Entschädigung im Sinne des § 642 BGB gefordert, sondern ein Nachtragsangebot unterbreitet und zu einer entspre-

chenden Beauftragung aufgefordert. Dem Auftraggeber stehe auch ein entsprechendes Rechtsschutzbedürfnis für die Feststellungsverfügung zur Seite, da ihm ansonsten eine Verzögerung des Bauvorhabens, eine Arbeitseinstellung oder sogar eine Vertragskündigung durch den Auftragnehmer drohe.

### Tipp für die Praxis:

Die beiden Verfahren zeigen, dass für einen Auftraggeber gerade ein einstweiliges Verfügungsverfahren gem. § 650 d BGB, das auf die Feststellung gerichtet ist, dass keine Anordnung einer Leistungsänderung vorliegt, sinnvoll sein kann. Auch wenn eine einstweilige gerichtliche Feststellung eines Rechtszustands nicht vollstreckt werden kann, so gibt die vom Gericht geäußerte vorläufige Ansicht den Vertragsparteien oftmals eine Grundlage, um einen Streit zumindest vorläufig zu befrieden. In beiden Verfahren, so berichtete es der anwaltliche Vertreter des Auftraggebers, habe das Verfügungsverfahren zu einer Auflösung der Patt-Situation geführt und ein Stillstand des Bauvorhabens habe verhindert werden können. Es ist zu hoffen, dass die Gerichte den Anwendungsbereich des § 650 d BGB nicht so sehr einschränken, dass dieser sinnvolle Weg versperrt bleibt.



**Martin Krause**

Partner bei CMS in Köln

E [martin.krause@cms-hs.com](mailto:martin.krause@cms-hs.com)

# Vorlagebeschluss des BGH zur Frage der Anwendbarkeit der Mindestsatzbestimmungen der HOAI

## Hintergrund

Der EuGH hatte in seinem Urteil vom 04.07.2019 – C-377/17 – festgestellt, dass die Bundesrepublik Deutschland durch die Beibehaltung der in der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI) verbindlich geregelten Mindestsätze gegen Art. 15 Abs. 1, Abs. 2 g und Abs. 3 der Dienstleistungsrichtlinie 2006/123 EG verstoßen hat.

Seitdem ist zwischen verschiedenen Oberlandesgerichten streitig, ob das Preisrecht der HOAI weiterhin Anwendung findet.

## Die Entscheidung

Der Kläger verlangt für seine erbrachten Ingenieurleistungen von der Beklagten unter Berufung auf die Mindestsätze der HOAI eine über das vertraglich vereinbarte Pauschalhonorar hinausgehende Vergütung. Wäre das Preisrecht nicht mehr anwendbar, hätte der Kläger wegen der dann wirksamen Pauschalhonorarvereinbarung keinen Anspruch auf zusätzliche Vergütung.

Der BGH hat das Verfahren ausgesetzt und mit Beschluss vom 14.05.2020 – VII ZR 174/19 – dem EuGH in einem Vorabentscheidungsersuchen nach Art. 267 AEUV wiederum entscheidungserhebliche Fragen zur richtigen Anwendung des Unionsrechts vorgelegt:

- 1) Entfaltet die Dienstleistungsrichtlinie in laufenden Zivilrechtsstreitigkeiten eine unmittelbare Wirkung in der Weise, dass die in § 7 HOAI verbindlich geregelten Mindestsätze nicht mehr angewendet werden dürfen?
- 2) Sofern die erste Frage verneint wird: Liegt in dem Preisrecht der HOAI ein Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit aus Art. 49 AEUV oder sonstige allgemeine Grundsätze des Unionsrechts und folgt hieraus eine Nichtanwendbarkeit der nationalen Mindestsätze?

Eine richtlinienkonforme Auslegung des § 7 HOAI sei nach Ansicht des BGH nicht zulässig, weil sie in klarem Widerspruch zu dem erkennbaren Willen des Gesetz- und Verordnungsgebers stünde und als nicht zulässige Auslegung contra legem einzustufen wäre.

Daher kommt es darauf an, ob die Dienstleistungsrichtlinie unmittelbare horizontale Wirkung zwischen Privaten

entfaltet. Der BGH neigt dazu, dies abzulehnen. Zwar sei anerkannt, dass sich der Einzelne gegenüber dem Mitgliedstaat unmittelbar auf eine Richtlinie berufen könne, wenn diese nicht fristgemäß oder nur unzulänglich in das nationale Recht umgesetzt worden und die Bestimmung inhaltlich unbedingt sowie hinreichend genau sei. Allerdings könne eine Richtlinie nicht selbst einem Einzelnen diesem nach nationalem Recht zustehende Ansprüche, hier den Anspruch auf Vergütung in Höhe der Mindestsätze, unmittelbar entziehen. Dies sei nur auf der Grundlage von Verordnungen zulässig.

## Tipp für die Praxis:

Bis zur Entscheidung der Vorlagefragen durch den EuGH oder zum Inkrafttreten einer novellierten HOAI verbleibt eine erhebliche Rechtsunsicherheit mit Blick auf die Gültigkeit des verbindlichen Preisrechts. Werden Verträge unter der Annahme geschlossen, dass das Preisrecht nicht mehr gilt, empfiehlt es sich, vorsorglich Regelungen für den Fall zu treffen, dass dies doch der Fall ist, insbesondere die dann anzuwendenden Parameter für die Honorarberechnung (Honorarzone, Honorarsatz, anzurechnende Kosten etc.) zu vereinbaren. Ein Rückgriff auf die Bestimmungen der HOAI, die die Leistungen (insbesondere Grund- und besondere Leistungen) in den einzelnen Leistungsphasen beschreiben, um den vom Architekten oder Ingenieur zu erbringenden Leistungsumfang zu definieren, ist aber unabhängig von der Frage der Anwendbarkeit des verbindlichen Preisrechts weiterhin möglich.



**Désirée Oberpichler**

Rechtsanwältin bei CMS in Hamburg

E [desiree.oberpichler@cms-hs.com](mailto:desiree.oberpichler@cms-hs.com)



# Brandschutz: ohne Nachweis keine Nutzung

## Hintergrund

Brandschutznachweise sind als Teil der Bauvorlagen zu erstellen. Sie sind für alle Bauvorhaben erforderlich, die nicht verfahrensfrei sind. Die Bescheinigung Brandschutz I ist zusammen mit dem Bauantrag einzureichen, die Bescheinigung Brandschutz II mit der Anzeige der Nutzungsaufnahme.

Der Brandschutznachweis wird allerdings nur bei bestimmten Bauvorhaben – in Bayern bei Sonderbauten, Mittel- und Großgaragen und Gebäuden der Gebäudeklasse 5 – auch überprüft. In verschiedenen Bundesländern, so auch in Bayern, erlauben die Landesbauordnungen, dass die Brandschutznachweise nach Wahl des Bauherrn nicht durch die Bauaufsichtsbehörde geprüft, sondern stattdessen durch private Prüfsachverständige bescheinigt werden können. Die gesetzlichen Anforderungen gelten dann als eingehalten.

## Die Entscheidung

Der BayVGH hat mit Beschluss vom 07.11.2019 – 9 CS 19.1273 – einen Fall entschieden, in dem der Bauherr die Bescheinigung Brandschutz II auch mehrere Jahre nach Nutzungsaufnahme noch nicht vorgelegt hatte. Die Bauaufsichtsbehörde hatte den Bauherrn schließlich unter Zwangsgeldandrohung verpflichtet, die Bescheinigung Brandschutz II innerhalb von acht Wochen nachzureichen.

Dagegen hatte der Bauherr ein Eilverfahren und anschließend ein Beschwerdeverfahren angestrengt.

Den Einwänden des Bauherrn, auch die Bauaufsichtsbehörde habe es mehrere Jahre lang versäumt, für die Vorlage der Bescheinigung Sorge zu tragen, und dass die Erstellung durch den Prüfsachverständigen binnen acht Wochen vollkommen unmöglich sei, sind weder der BayVGH noch die Vorinstanz gefolgt. Die Vorlagepflicht treffe den Bauherrn. Das Tun oder Unterlassen der vom ihm beauftragten Personen sei ihm zuzurechnen. Dass die Bauaufsichtsbehörde die Vorlage der Bescheinigung erst nach mehreren Jahren angemahnt habe, sei unerheblich. Ohne die Bescheinigung des Prüfsachverständigen könne die Bauaufsichtsbehörde nicht von einer ordnungsgemäßen Bauausführung ausgehen. Dies hätte sogar eine Nutzungsuntersagung gerechtfertigt.



**Jan Gröschel**

Rechtsanwalt bei CMS in Hamburg

E [jan.groeschel@cms-hs.com](mailto:jan.groeschel@cms-hs.com)

## Tipp für die Praxis:

Der BayVGH führte erneut die immense Bedeutung des Brandschutzes und die weitgehenden Befugnisse der Bauaufsichtsbehörden vor Augen. Kommt der Bauherr seiner baurechtlichen Verpflichtung zur Vorlage der Brandschutznachweise nicht nach, kann die Bauaufsichtsbehörde die Vorlage der Bescheinigungen binnen relativer kurzer Fristen verlangen und sogar die Nutzung des Gebäudes untersagen. Ferner hat der BayVGH klargestellt, dass der Bauherr sich nicht auf Untätigkeit der Bauaufsichtsbehörde berufen kann, wenn er sich einmal entschieden hat, den Brandschutznachweis durch einen privaten Prüfsachverständigen bescheinigen zu lassen.

Jeder Bauherr tut gut daran, einer Nachforderung von Brandschutznachweisen umgehend nachzukommen. Entsprechendes gilt für fehlende Standsicherheitsnachweise (vgl. BayVGH, Beschluss vom 10.02.2014 – 2 CS 14.75). Die Bauaufsichtsbehörde kann und wird ihrer Forderung in der Regel mit der Androhung und Festsetzung eines Zwangsgeldes Nachdruck verleihen und dies so lange und so oft wiederholen, bis die Verpflichtung erfüllt ist. Kann der Bauherr die gesetzte Frist absehbar nicht einhalten und auch keine Fristverlängerung erreichen, muss er bei dem Verwaltungsgericht einen Eilantrag stellen.

Unabhängig davon ist der Verstoß gegen die Vorlagepflicht in der Regel ordnungswidrig und bußgeldbeehrt. Bei länger zurückliegenden Verstößen sollte geprüft werden, ob der Verstoß inzwischen verjährt ist.

# Großflächiger Einzelhandel in Widerspruch zu Zielen der Raumordnung

## Hintergrund

Großflächige Einzelhandelsbetriebe, die sich nach Art, Lage oder Umfang auf die Verwirklichung der Ziele der Raumordnung und Landesplanung oder auf die städtebauliche Entwicklung und Ordnung nicht nur unwesentlich auswirken können, sind gem. § 11 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 BauNVO nur in Kerngebieten und für die festgesetzten Sondergebieten zulässig. Auswirkungen in diesem Sinne können sich insbesondere bezüglich der Entwicklung zentraler Versorgungsbereiche in der Gemeinde oder in anderen Gemeinden ergeben. Insoweit spielen häufig die Ziele der Raumordnung eine Rolle. Verstößt ein Vorhaben gegen die Ziele der Raumordnung, liegen nach der Rechtsprechung in der Regel nicht nur unwesentliche Auswirkungen im Sinne des § 11 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 BauNVO vor. Noch nicht hinreichend geklärt ist, welche Bedeutung in diesem Zusammenhang die häufig als Ziele der Raumordnung deklarierten Regelungen eines Landesentwicklungsplans (in einigen Bundesländern auch als Landesentwicklungsprogramm oder Landesraumentwicklungsprogramm bezeichnet) zum sog. Konzentrationsgebot und Zentrale-Orte-Prinzip haben. Derartige Regelungen sehen für großflächige Einzelhandelsvorhaben vor, dass sie nur an zentralen Orten einer bestimmten Zentralitätsstufe, etwa in Ober-, Mittel- oder Grundzentren, ausgewiesen bzw. errichtet werden dürfen.

## Die Entscheidung

Das OVG Sachsen-Anhalt (Urteil vom 22.01.2020 – 2 L 39/18) hat entschieden, dass Bestimmungen eines Landesentwicklungsplans zum Konzentrationsgebot bei der Vorhabenzulassung unmittelbar zu beachten sind, sofern es sich um wirksame Ziele der Raumordnung im Sinne des § 3 Abs. 1 Nr. 2 ROG handelt. Dies setzt voraus, dass die Regelungen in ihren Aussagen hinreichend konkret und bestimmt sind und landesweit einen verbindlichen Rahmen mit einer Regel/Ausnahme-Struktur ohne verbleibenden Abwägungsspielraum für die Regionalplanung vorgeben. Sind die Festlegungen in einem Landesentwicklungsplan z. B. so ausgestaltet, dass großflächige Einzelhandelsbetriebe – von festgelegten Ausnahmen abgesehen – nur an den dafür konkret vorgesehenen zentralen Orten bestimmter Zentralitätsstufen verwirklicht werden dürfen, sind diese Voraussetzungen erfüllt. Dies bedeutet für die Vorhabenzulassung, dass ein großflächiger Einzelhandelsbetrieb, der außerhalb eines solchen zentralen Orts verwirklicht werden soll, im Sinne des § 11 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 BauNVO wesentliche Auswirkungen auf die Ziele der Raumordnung hat und daher nur in hiermit übereinstimmend festgelegten Kerngebieten oder Son-

dergebieten zulässig ist. Auf weitere Aspekte, wie das Vorliegen eines atypischen Betriebs im Sinne des § 11 Abs. 3 Satz 4 BauNVO oder eine davon losgelöste Beurteilung der Raumbedeutsamkeit des Vorhabens, kommt es dagegen nicht an. Ausnahmen sind in diesem Fall nur nach Maßgabe des Landesentwicklungsplans möglich, z. B. wenn der Plan eine Ausnahme für Nahversorgungsbetriebe vorsieht, die eine verbrauchernahe Versorgung der Bevölkerung in Orten ohne zentralörtliche Funktionen sicherstellen sollen.

## Tipp für die Praxis:

Bei der Planung eines neuen großflächigen Einzelhandelsbetriebs oder der großflächigen Erweiterung eines bestehenden Betriebs sollten nicht nur die Festsetzungen des einschlägigen Bebauungsplans berücksichtigt werden, sondern ggf. auch die einzelhandelsspezifischen Ziele der Raumordnung nach dem jeweils einschlägigen Landesentwicklungsplan. Dabei sollten zuerst die als Ziele der Raumordnung gekennzeichneten Festlegungen im jeweiligen Landesentwicklungsplan identifiziert werden, die in Bezug auf den betreffenden Einzelhandelsbetrieb maßgeblich sind. Anschließend sollte geprüft werden, ob der Einzelhandelsbetrieb mit diesen Festlegungen in Konflikt steht. Liegt kein Konflikt vor, schlagen die landesplanerischen Regelungen nicht auf die Vorhabenzulassung durch. Anderenfalls sollte weiter geprüft werden, ob die als Ziele der Raumordnung gekennzeichneten Festlegungen wirksame Ziele der Raumordnung im Sinne des § 3 Abs. 1 Nr. 2 ROG darstellen, die die vorgenannten Anforderungen an die Bestimmtheit erfüllen.



**Dr. Sven Brockhoff**

Rechtsanwalt bei CMS in Stuttgart

E [sven.brockhoff@cms-hs.com](mailto:sven.brockhoff@cms-hs.com)

# Gemeindliche Planungspflicht bei Fortschreiten einer „planlosen“ städtebaulichen Entwicklung (hier: großflächiger Einzelhandel)

## Hintergrund

Nach § 1 Abs. 3 Satz 1 BauGB haben Gemeinden Bauleitpläne aufzustellen, sobald und soweit es für die städtebauliche Entwicklung und Ordnung erforderlich ist. Diese sind gem. § 1 Abs. 4 BauGB den Zielen der Raumordnung anzupassen. Fraglich ist, ob und unter welchen Voraussetzungen sich aus diesem Zusammenspiel eine eigenständige Pflicht der Gemeinden zur Aufstellung eines Bauleitplans ergeben kann. Hierüber hatte das BVerwG in seinem Beschluss vom 26.08.2019 – 4 BN 1/19 – zu entscheiden.

In dem zugrunde liegenden Fall beabsichtigte ein Lebensmitteldiscounter, dessen Ladengeschäft sich auf unbeplantem Gebiet befand, die Verkaufsfläche von 856 m² auf 1.350 m² zu erweitern. Er beantragte bei der zuständigen Behörde die Erteilung eines entsprechenden Bauvorbescheids. Dies nahm die Ansiedlungskommune zum Anlass, einen Bebauungsplan für das zuvor unbeplante Grundstück aufzustellen, in dem ein Sondergebiet „Lebensmitteldiscounter“ mit einer maximalen Verkaufsfläche von 860 m² festgesetzt wurde. Hierzu sah sie sich u. a. aufgrund der im Landesentwicklungsplan NRW enthaltenen Ziele zur Steuerung des Einzelhandels verpflichtet. Eine vom Antragsteller auf Erteilung des Vorbescheids gerichtete Klage blieb erfolglos. Daraufhin griff er den Bebauungsplan gerichtlich an, womit er in erster Instanz Erfolg hatte.

## Die Entscheidung

Das BVerwG bestätigte die Entscheidung der Vorinstanz und ging im Ergebnis davon aus, dass im konkreten Fall eine Pflicht der Kommune zur Aufstellung des Bauleitplans nicht bestand. Es bestätigte zwar seine bisherige Rechtsprechung, dass eine eigenständige gemeindliche (Erst-)Planungspflicht nach § 1 Abs. 4 BauGB dann vorliegt, wenn man bei der Verwirklichung der Raumordnungsziele bei Fortschreiten der „planlosen“ städtebaulichen Entwicklung auf unüberwindbare (tatsächliche oder rechtliche) Hindernisse stoßen oder die Realisierung wesentlich erschwert würde.

Allerdings löste das geplante Vorhaben im konkreten Fall eine solche Planungspflicht nicht aus, denn es war – unabhängig von den Festsetzungen des später aufgestellten Bebauungsplans – bereits planungsrechtlich unzulässig. Damit sei das konkrete Vorhaben nach Ansicht des Senats

auch nicht geeignet gewesen, den betreffenden Raumordnungszielen zuwiderzulaufen. Es sei zwar nicht von der Hand zu weisen, dass ein großflächiger Einzelhandelsbetrieb mit einer vergrößerten Verkaufsfläche den konkreten Raumordnungszielen entgegenstehen könnte. Eine Planungspflicht nach § 1 Abs. 4 BauGB setze jedoch voraus, dass eine „planlose“ Entwicklung die Errichtung eines solchen großflächigen Einzelhandels mit vergrößerter Verkaufsfläche überhaupt zuließe. Denn andernfalls – d. h., wenn das Vorhaben ohnehin unzulässig wäre – bestünde auch kein Planungsbedürfnis im Sinne einer Erstplanungspflicht nach § 1 Abs. 4 BauGB, um das den Zielen der Raumordnung möglicherweise zuwiderlaufende Vorhaben zu verhindern. Im konkreten Fall hatte das OVG Münster in einem vorangehenden Verfahren das Begehren des Antragstellers auf einen Vorbescheid für die Vergrößerung des Discounters aus planungsrechtlichen Gründen rechtskräftig abgewiesen (das Vorhaben ragte teilweise in den Außenbereich nach § 35 BauGB hinein, in dem ein Lebensmittelmarkt nicht privilegiert ist).

## Tipp für die Praxis:

Das BVerwG hat mit der Entscheidung seine Grundätze zur Entstehung einer gemeindlichen Erstplanungspflicht nach § 1 Abs. 4 BauGB zunächst bestätigt. Neu ist die Überlegung, dass diese Pflicht nicht entstehen soll, wenn das womöglich den Raumordnungszielen widersprechende Vorhaben ohnehin bereits planungsrechtlich unzulässig ist. Für den Rechtsanwender, der eine Erstplanungspflicht nach § 1 Abs. 4 BauGB in Erwägung zieht, erweitert sich damit der Prüfungsumfang um die Vorfrage der grundsätzlichen planungsrechtlichen Zulässigkeit des Vorhabens.



**Dr. Tobias Sdunzig**  
Rechtsanwalt bei CMS in Frankfurt  
E [tobias.sdunzig@cms-hs.com](mailto:tobias.sdunzig@cms-hs.com)





# Freihalteplanung einer Gemeinde kann zulässig sein

Das Bundesverwaltungsgericht hat mit Beschluss vom 07.05.2020 – 4 BN 13.20 – seine Rechtsprechung bestätigt, wonach das Entwicklungsgebot des § 1 Abs. 3 Satz 1 BauGB auch die Erhaltung von Freiräumen ermöglicht.

## Hintergrund

Die Antragstellerinnen wandten sich gegen einen Bebauungsplan, der u. a. ein allgemeines Wohngebiet und eine private Grünfläche festsetzt. Damit wird ein Teil des Geltungsbereichs des bisherigen Bebauungsplans überplant, der insoweit ein Sondergebiet „Hotel“ auswies, um ggf. eine Erweiterung der damals vorhandenen Gaststätte um ein Hotel zu ermöglichen.

Hiervon war zunächst allerdings kein Gebrauch gemacht worden. Die Antragstellerinnen stellten erst später auf Grundlage des bisherigen Bebauungsplans einen Bauantrag zur Genehmigung eines Hotels. Die Gemeinde fasste indes den Beschluss zur Aufstellung des streitgegenständlichen Bebauungsplans, stellte parallel das Baugesuch zurück und erließ eine Veränderungssperre. Für die bisherige Festsetzung des Sondergebiets „Hotel“ bestehe wegen der Schließung der Gaststätte kein Bedarf mehr, und es solle nunmehr der durch Grünflächen, Kleingärten und Sportanlagen geprägte Charakter der Umgebung erhalten und entwickelt werden.

Im Normenkontrollverfahren wandten sich die Antragstellerinnen gegen den neuen Bebauungsplan und argumentierten u. a., er verstoße gegen das Entwicklungsgebot des § 1 Abs. 3 Satz 1 BauGB. Das Planungsziel, Freiräume zu erhalten, sei keine hinreichende Grundlage für die Planung. Das OVG Münster (Urteil vom 29.01.2020 – 7 D 4/17.NE) lehnte den Antrag ab. Der Bebauungsplan

sei städtebaulich gerechtfertigt, weil ihm eine positive Planungskonzeption zugrunde liege.

## Die Entscheidung

Das BVerwG bestätigte das Urteil der Vorinstanz. Es hielt die aufgeworfene Frage, ob ein Bebauungsplan im Sinne von § 1 Abs. 3 Satz 1 BauGB erforderlich ist, wenn die vorhandene bauliche Nutzung festgeschrieben wird, um Freiraum zu erhalten, für nicht klärungsbedürftig, da sie in der Rechtsprechung des Gerichts bereits beantwortet wurde.

Welche Planungsziele in der Bauleitplanung zulässig sind, bestimmt § 1 Abs. 3 Satz 1 BauGB. Im Rahmen des darin normierten Entwicklungsgebots definiere die Gemeinde mit ihrer planerischen Konzeption, was für die städtebauliche Entwicklung und Ordnung erforderlich ist. Nur solche Pläne, die einer positiven Planungskonzeption entbehren und ersichtlich der Förderung von Zielen dienen, für deren Verwirklichung die Planungsinstrumente des BauGB nicht bestimmt sind („Negativplanung“), sind in diesem Sinne nicht erforderlich. Im Übrigen darf eine Gemeinde mit den Mitteln des Bauplanungsrechts auch solche städtebaulichen Ziele verfolgen, die mehr auf Bewahrung als auf Veränderung der vorhandenen Situation zielen.

Im vorliegenden Fall hielt es das BVerwG für zulässig, Freiräume mit Mitteln der Bauleitplanung zu erhalten. Entscheidend war, dass dem eine positive Planungskonzeption der Gemeinde zugrunde lag. Das BVerwG bestätigte die Feststellung des OVG, wonach die Gemeinde unter Bezugnahme auf die Planbegründung die Sicherung des vorhandenen Freiraums am Schnittpunkt bestimmter Freiraumbereiche am Rande eines hochverdichteten Innenstadtbereichs verfolge. Eine Negativplanung konnte das Gericht darin nicht erkennen.

### Tipp für die Praxis:

Die Entscheidungen unterstreichen die Rolle der Gemeinde bei der Bestimmung der Städtebaupolitik. Die Erhaltung von Freiräumen oder auch, allgemeiner, die Freihaltung des Gemeindegebiets von einer Bebauung (s. dazu jüngst OVG Lüneburg, Urteil vom 11.02.2020 – 1 KN 183/17) ist nicht ohne Weiteres eine unzulässige Negativplanung. Den Gemeinden steht ein planerisches Ermessen dahingehend zu, welche städtebaulichen Ziele sie sich setzen. Dies gilt aber nicht unbegrenzt. Nur wenn einem Bebauungsplan eine von städtebaulich legitimen Zielen getragene positive Planungskonzeption zugrunde liegt, ist auch die Erhaltung bestehender Freiräume bzw. die Freihalteplanung erforderlich im Sinne von § 1 Abs. 3 Satz 1 BauGB. Dies kann nur im Einzelfall geprüft werden und setzt eine Auseinandersetzung mit den planerischen Vorstellungen voraus; dies sollte von Gemeinden insbesondere bei der Planbegründung und der planerischen Abwägung beherzigt werden.



**Dr. Benjamin Schirmer**

Rechtsanwalt bei CMS in Berlin

E [benjamin.schirmer@cms-hs.com](mailto:benjamin.schirmer@cms-hs.com)

## Neues vom Feldhamster: EuGH-Urteil zum Artenschutz

### Hintergrund

Bei der Vorbereitung von Bauarbeiten eines Bauträgers in Österreich wurden mehrere Eingänge zu Feldhamsterbauen zerstört. Das in diesem Zusammenhang angerufene Verwaltungsgericht Wien hatte zu klären, ob die zum Zeitpunkt der Zerstörung nicht genutzten Bauen als „Ruhestätten“ unter den Schutz der europäischen Habitatrichtlinie (Richtlinie 92/43/EWG) fallen. Konkret verbietet Art. 12 Abs. 1 d Habitatrichtlinie jede Beschädigung oder Vernichtung der Fortpflanzungs- oder Ruhestätten von nach Anhang IV a streng geschützten Tierarten. Die Richtlinie selbst enthält aber keine Aussage dazu, ob dieser Schutz auch dann gilt, wenn die Tiere die Lebensstätten nicht (mehr) nutzen. Das Verwaltungsgericht hat den EuGH um Präzisierung des vorgesehenen Schutzes der Fortpflanzungs- oder Ruhestätten geschützter Tierarten ersucht.

### Entscheidung und Einordnung in die deutsche Rechtspraxis

Der EuGH hat mit Urteil vom 02.07.2020 – C-477/19 – entschieden, dass unter den Begriff „Ruhestätten“ auch Ruhestätten fallen, die nicht mehr von einer geschützten Tierart genutzt werden. Ausreichend ist eine „hinreichend hohe Wahrscheinlichkeit“, dass die Art an diese Ruhestätten zurückkehrt. In Österreich muss nun das Verwal-

tungsgericht Wien klären, ob eine hinreichende Wahrscheinlichkeit für die Rückkehr der Feldhamster bestand.

In Deutschland ist der unionsrechtliche Lebensstätten-schutz in § 44 Abs. 1 Nr. 3 BNatSchG umgesetzt. Danach ist es verboten, Fortpflanzungs- oder Ruhestätten besonders geschützter Arten von wild lebenden Tieren aus der Natur zu entnehmen, zu beschädigen oder zu zerstören. Der Kreis der besonders geschützten Tierarten umfasst neben den in Anhang IV Habitatrichtlinie genannten Arten beispielsweise auch die europäischen Vogelarten.

Primär unterfällt diesem Schutzbereich die Phase aktueller Nutzung der Lebensstätte. Die Rechtsprechung knüpft den Schutz aber nicht daran, dass die Lebensstätte aktuell besetzt ist. Ausreichend ist, dass sie regelmäßig genutzt wird. Der Schutz endet erst mit der endgültigen Aufgabe der Stätten.

Zwar stellt das BVerwG bislang nicht auf die „hinreichend hohe Wahrscheinlichkeit“ der Rückkehr der Art ab. Es nimmt aber im Ergebnis eine vergleichbare Wertung vor. Dabei steht nicht zuletzt der Zweck der Regelung, die Funktion der Lebensstätte für die geschützte Art zu sichern, im Vordergrund. So hat das BVerwG festgestellt (Urteil vom 18.03.2009 – 9 A 39/07), dass der Schutz auf Abwesenheitszeiten der die Lebensstätte nutzenden





Tiere einer Art auszudehnen ist, sofern nach den Lebensgewohnheiten der Art eine regelmäßig wiederkehrende Nutzung zu erwarten ist. Überträgt man diese Formulierung auf die Wortwahl des EuGH, so ist bei der „regelmäßig wiederkehrenden Nutzung“ auch von einer hinreichend hohen Wahrscheinlichkeit der Rückkehr der Art auszugehen.

Umgekehrt hat das BVerwG geurteilt (Urteil vom 12.03.2008 – 9 A 3/06), dass bloß potentielle Lebens-

stätten nicht unter den Verbotstatbestand fallen. Bei einer solchen „bloß potentiellen Lebensstätte“ wäre im Sinne des EuGH auch von keiner hinreichend hohen Wahrscheinlichkeit der Rückkehr auszugehen. Gleichwohl sind die Maßstäbe nach ihrem Wortlaut nicht deckungsgleich. Der vom EuGH formulierte Maßstab erlaubt möglicherweise auch eine in Nuancen strengere Auslegung als die des BVerwG. Denn eine hinreichend hohe Wahrscheinlichkeit der Rückkehr muss nicht zwingend mit einer regelmäßigen Nutzung einer Lebensstätte einhergehen.

### Tipp für die Praxis:

Das Urteil wurde zunächst als Stärkung artenschutzrechtlichen Lebensstättenschutzes aufgefasst. Diese Reaktion überschätzt jedoch die Tragweite des Urteils. Die deutsche Rechtspraxis entspricht im Grunde bereits dem unionsrechtlichen strengen Verständnis des Lebensstättenschutzes. Nicht besetzte Lebensstätten, bei denen aber mit einer Rückkehr der Art zu rechnen ist, sind schon bisher vom BNatSchG umfasst. Selbst wenn sich die deutsche Rechtspraxis an der Wortwahl des EuGH orientieren wird, dürfte infolge dieser Entscheidung mit keiner deutlichen Verschärfung des Status quo im Artenschutz zu rechnen sein. Es bleibt abzuwarten, ob das BVerwG Unterschiede zwischen den beiden Prüfmaßstäben annimmt. Die Entscheidung des EuGH ruft aber jedenfalls in Erinnerung, dass der Umgang mit verlassenen Ruhestätten bereits jetzt sowohl bei den Kartierungen für nachfolgende umweltfachliche Prüfungen als auch bei der Bauausführung sorgfältig geprüft werden muss.



**Dr. Neele Ann Christiansen**  
Rechtsanwältin bei CMS in Hamburg  
E [neele.christiansen@cms-hs.com](mailto:neele.christiansen@cms-hs.com)

# Umweltverbandsklage bei immissionsschutzrechtlicher Verlängerungsentscheidung

## Hintergrund

Der Kläger, eine anerkannte Umweltvereinigung nach § 3 UmwRG, wendet sich gegen eine immissionsschutzrechtliche Änderungsgenehmigung für die Erweiterung einer Hähnchenmastanlage. Die Genehmigung erlischt, wenn die Anlage bis zu einem bestimmten Zeitpunkt nicht in Betrieb genommen wird. Während des Rechtsstreits verlängerte die Beklagte zweimal die Frist für die Inbetriebnahme (vgl. § 18 Abs. 3 BImSchG). Der Kläger ersuchte das zu diesem Zeitpunkt mit der Sache befasste Oberverwaltungsgericht, den zweiten Fristverlängerungsbescheid aufzuheben. Dem kam das Oberverwaltungsgericht nicht nach, ließ aber insoweit die Revision zum BVerwG zu. Die Revision hatte Erfolg.

## Die Entscheidung

Das BVerwG, Urteil vom 19.12.2019 – 7 C 28.18 –, entschied, dass der Kläger gegen die Verlängerungsentscheidung nach § 18 Abs. 3 BImSchG klagebefugt ist.

Nach § 2 Abs. 1 UmwRG kann eine anerkannte Umweltvereinigung Rechtsbehelfe gegen die in § 1 Abs. 1 Satz 1 UmwRG benannten Entscheidungen einlegen, ohne eine eigene Rechtsverletzung geltend machen zu müssen.

Nach dem BVerwG ist die Verlängerungsentscheidung zwar keine Zulassungsentscheidung nach § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 UmwRG i. V. m. § 2 Abs. 6 UVPG. Denn mit ihr wird nicht abschließend über die formellen und materiellen Zulassungsvoraussetzungen eines Vorhabens entschieden (wie bei einer Erlaubnis oder Genehmigung). Sie modifiziert nur eine Nebenbestimmung der Zulassungsentscheidung, nämlich deren Befristung. Ferner besteht bei der Verlängerung keine Pflicht zur Durchführung einer UVP; eine solche setzt § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 UmwRG aber voraus.

Die Verlängerungsentscheidung falle jedoch unter § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 UmwRG. Diese Vorschrift betrifft Verwaltungsakte, durch die ein anderes Vorhaben unter Anwendung umweltbezogener Rechtsvorschriften zugelassen wird. Die Vorschrift ist so weit wie möglich im Einklang mit den Zielen von Art. 9 Abs. 3 der Aarhus-Konvention und dem Ziel effektiven Rechtsschutzes auszulegen. Sie erfasst daher auch Entscheidungen, die nur Elemente einer Zulassungsentscheidung enthalten.

So liegt es bei der Verlängerungsentscheidung nach § 18 Abs. 3 BImSchG. Sie knüpft an den Zweck des BImSchG an und enthält damit eine umweltbezogene Bestimmung im Sinne des Art. 9 Abs. 3 der Aarhus-Konvention. Bei der Verlängerungsentscheidung werden also (kursorisch) auch materielle Normen des Umweltrechts geprüft; dies genügt, um den Anwendungsbereich des UmwRG zu eröffnen. Dafür spricht nach dem BVerwG der Auffangcharakter der Vorschrift, die durch das Gesetz zur Anpassung des UmwRG und anderer Vorschriften an europa- und völkerrechtliche Vorhaben vom 29.05.2017 mit dem Ziel eingefügt worden war, Art. 9 Abs. 3 der Aarhus-Konvention vollständig umzusetzen. Eine einschränkende Auslegung der Vorschrift verbietet sich nach dem BVerwG auch deshalb, weil die Mitgliedstaaten nach der Aarhus-Konvention zwar Kriterien festlegen dürfen, die Mitglieder der Öffentlichkeit erfüllen müssen, um klagebefugt zu sein. Sie dürfen den Umfang der Klagebefugnis dann aber nicht weiter einschränken.

## Tipp für die Praxis:

Anerkannte Umweltvereinigungen können nun auch gegen immissionsschutzrechtliche Verlängerungsentscheidungen vorgehen. Vorhabenträger sollten daher künftig besonderes Augenmerk auf deren Voraussetzungen legen, damit sie möglichst rechtssicher gestaltet werden.



**Dr. Julius Städele, LL. M.,**  
Rechtsanwalt bei CMS in Berlin  
[E julius.staedele@cms-hs.com](mailto:julius.staedele@cms-hs.com)





## Privatklagerechte gegen Großvorhaben wegen Verletzung der wasserrechtlichen Bewirtschaftungsziele?

Der EuGH hat mit Urteil vom 28.05.2020 – C-535/18 – erneut eine wegweisende Entscheidung zu den Anforderungen des wasserrechtlichen Verschlechterungsverbots getroffen, insbesondere das deutsche System einer im Umweltrecht „modifizierten“ Verletztenklage bestätigt.

### Hintergrund

Das BVerwG hatte dem EuGH aus Anlass einer Klage von Privatpersonen gegen den fernstraßenrechtlichen Planfeststellungsbeschluss für den Neubau der BAB 33/B 61, Zubringer Ummeln, mehrere Fragen vorgelegt (BVerwG, Beschluss vom 25.04.2018 – 9 A 16/16). Die Kläger sind von der Enteignung betroffen, weil ihre Grundstücke für das Straßenbauvorhaben in Anspruch genommen werden sollen, oder betreiben private Trinkwasserbrunnen. Sie befürchten eine Verunreinigung ihrer Brunnen, weil das Niederschlagswasser der Straße in das Grundwasser eingeleitet wird, und beklagen eine unzureichende Prüfung. Eine umfassende Prüfung der Anforderungen der Wasserrahmenrichtlinie (WRRL) wurde erst während des Gerichts-

verfahrens nachgereicht und war nicht Gegenstand der Öffentlichkeitsbeteiligung.

In Deutschland sind Individualklagen grundsätzlich nur zulässig, wenn der Kläger die Verletzung eines subjektiv-öffentlichen Rechts rügen kann. Nach deutschem Rechtsverständnis sind z. B. die Vorgaben der WRRL nicht drittschützend. § 4 Abs. 1 UmwRG erweitert den Rechtsschutz im Umweltrecht zwar bei bestimmten Verfahrensfehlern, insbesondere einer fehlenden Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP). In Bezug auf die hier relevanten Verfahrensfehler setzt § 4 Abs. 3 Satz 2 UmwRG aber voraus, dass dem Kläger die Beteiligungsmöglichkeit im Verfahren genommen wurde. Bislang war umstritten, ob dies mit EU-Recht vereinbar ist.

### Die Entscheidung

Der EuGH bestätigt, dass ein Mitgliedstaat die Klagemöglichkeit von einer individuellen Rechtsverletzung abhängig machen darf und einen Aufhebungsanspruch wegen

Verfahrensfehlern davon, dass der Individualkläger durch diesen an einer Beteiligung im Verfahren der Vorhabenzulassung gehindert war. Allerdings müssten unmittelbar Betroffene auch die Verletzung von Umweltrechtsvorgaben geltend machen können, die kein subjektiv-öffentliches Recht vermitteln, also auch Verfahrensanforderungen. Maßgebend für die unmittelbare Betroffenheit sei die Zielsetzung der fraglichen Bestimmung. Art. 4 Abs. 1 b WRRL diene auch der Gewährleistung einer ausreichenden Grundwasserversorgung mit guter Qualität. Die Kläger, die das fragliche Grundwasser rechtmäßig nutzen, seien daher unmittelbar betroffen. Von der ebenfalls gerügten Einleitung von Niederschlagswasser in Oberflächengewässer seien die Kläger hingegen nicht betroffen.

Im Übrigen stellt der EuGH fest, dass ein Vorhaben nur zugelassen werden darf, wenn die Behörde vor der Zulassung dessen Vereinbarkeit mit den Vorgaben der WRRL geprüft hat. Der Gerichtshof leitet dies aus der schon in früheren Entscheidungen vertretenen Auffassung ab, dass die Umweltziele der WRRL auch für einzelne Projekte verbindlich sind. Eine unterbliebene Prüfung könne im anschließenden Gerichtsverfahren nicht nachgeholt werden. Ob Unterlagen nachgereicht werden können, die nach Gegenstand, Systematik und Ermittlungstiefe nicht wesentlich über die bisherigen Untersuchungen hinausgehen, lässt der EuGH jedoch offen. Er überlässt es dem BVerwG zu bewerten, ob im Fall Ummeln trotz des Nachreichens umfangreicher wasserrechtlicher Unterlagen erst im Gerichtsverfahren die Anforderungen an die Prüfung des wasserrechtlichen Verschlechterungsverbots erfüllt sind.

### Tipp für die Praxis:

Die Entscheidung dürfte den Diskurs über die differenzierten Klagerechte von Individualklägern und Verbänden im Umweltrecht beenden. Es bleibt dabei, dass sich Individualkläger auf die Verletzung umweltrechtlicher Vorschriften als solcher – anders als Umweltverbände – grundsätzlich nicht berufen können, sofern sie nicht „unmittelbar“ betroffen sind. Ob dies dem subjektiv-öffentlichen Recht nach unserem nationalen Rechtsverständnis entspricht, das z.B. durch ein Wassernutzungsrecht vermittelt wird, wird die Rechtsprechung zu klären haben.

Problematisch ist die Feststellung, dass eine unterbliebene Prüfung der Anforderungen der WRRL nicht im Gerichtsverfahren nachgeholt werden kann. Richtig ist zwar, dass die Umweltziele der WRRL nicht nur für die wasserwirtschaftliche Planung, sondern auch für konkrete Vorhaben verbindlich sind. Dass die Prüfung aber bereits im Zulassungsverfahren stattfinden muss, lässt sich jedoch nicht aus Art. 4 der WRRL ableiten. Denn anders als die UVP-Richtlinie oder Art. 6 Abs. 3 der FFH-Richtlinie enthält die WRRL keine verfahrensrechtlichen Anforderungen, sondern allein materiell-rechtliche Vorgaben. Besonders bedenklich ist, dass die Antwort auf die Vorlagefrage nicht auf UVP-pflichtige Vorhaben beschränkt ist und offenbar Geltung auch für Verfahren ohne Öffentlichkeitsbeteiligung beansprucht.



**Dr. Ursula Steinkemper**  
Partnerin bei CMS in Stuttgart  
E [ursula.steinkemper@cms-hs.com](mailto:ursula.steinkemper@cms-hs.com)

# Wann ist ein Auftrag über die Bestellung eines bestimmten Produkts ein Bauauftrag?

## Hintergrund

Ein Universitätsklinikum in der Rechtsform einer Anstalt des öffentlichen Rechts (Antragsgegner) schrieb die Lieferung und den Aufbau eines Sterilisators mit einem Kammer-volumen von neun Sterilguteinheiten als Lieferauftrag europaweit aus. Der Laborsterilisator war für den Neubau des Zentrums für Synthetische Lebenswissenschaften vorgesehen, dessen geschätzte Gesamtbaukosten sich auf EUR 31,45 Mio. brutto beliefen. Nachdem der Antragsgegner den Zuschlag an den erstplatzierten Bieter erteilt hatte, beantragte ein Bieter, dessen Angebot nach dem Ergebnis des Submissionstermins auf Platz zwei lag, die Unwirksamkeit des Vertragsschlusses festzustellen. Die Vergabekammer verwarf den Nachprüfungsantrag als offensichtlich unzulässig. Gegen die Entscheidung der Vergabekammer erhob der Bieter sofortige Beschwerde.

## Die Entscheidung

Der Vergabesenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf hat die sofortige Beschwerde mit Beschluss vom 11.12.2019 – VII-Verg 53/18 – zurückgewiesen, weil der Antragsteller keinen drohenden Schaden dargelegt habe und daher nicht antragsbefugt sei. Da der Zuschlag bereits erteilt worden sei, hätte der Antragsteller einen der in § 135 Abs. 1 GWB genannten Unwirksamkeitsgründe geltend machen müssen. Der Antragsteller habe aber nur für die Zuschlagsentscheidung relevante Vergabeverstöße gerügt.

Der Vergabesenat qualifizierte die in der Auftragsbekanntmachung als Lieferauftrag bezeichnete Lieferung des Laborsterilisators als Bauauftrag. Für die Abgrenzung, ob ein Auftrag über die Bestellung eines bestimmten Produkts ein Lieferauftrag oder ein Bauauftrag ist, stellt der Vergabesenat – wie schon in seinem Beschluss vom 16.10.2019 – VII-Verg 66/18 – auf den funktionalen Zusammenhang zwischen dem zu liefernden Produkt und dem bestimmten technischen Zwecken dienenden Gebäude ab. Die Lieferung eines Produkts stehe in einem Funktionszusammenhang mit einer Bauleistung, wenn die zur Erfüllung des Bauauftrags notwendigen Bauteile geliefert werden sollen oder wenn das Produkt für die

Herstellung eines funktionsfähigen Gebäudes mit seinem spezifischen Nutzungszweck erforderlich sei. Letzteres treffe auf die ausgeschriebene Lieferung des Laborsterilisators zu, denn das zu errichtende Zentrum für Synthetische Lebenswissenschaften könne seinen spezifischen Nutzungszweck nur erfüllen, wenn es mit dem fest in das Bauwerk integrierten Laborsterilisator ausgestattet sei.

## Tipp für die Praxis:

Bei Aufträgen über die Lieferung und den Einbau eines Produkts in ein Bauwerk stellt sich regelmäßig die Frage, ob der Auftrag als Bau- oder Lieferauftrag zu bewerten ist. Die Einordnung hat weitreichende Folgen, da sie darüber entscheidet, welcher EU-Schwellenwert einschlägig ist und ob für das Vergabeverfahren das Verfahrensrecht der Vergabeverordnung (VgV) oder die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A) Anwendung findet. Für die Abgrenzung ist eine funktionale Betrachtung entscheidend. Wenn ein öffentlicher Auftraggeber für einen Bauauftrag Produkte beschafft, die in einem engen Funktionszusammenhang mit dem Nutzungszweck der herzustellenden baulichen Anlage stehen, sind diese Produkte nicht Teil eines Lieferauftrags, sondern eines Bauauftrags.



**Karima Sameri**

Rechtsanwältin bei CMS in Hamburg

E [karima.sameri@cms-hs.com](mailto:karima.sameri@cms-hs.com)

# Auftragswertberechnung bei Planungsleistungen – auch später zu beauftragende Leistungsphasen sind einzubeziehen

## Hintergrund

Die Frage, inwieweit verschiedenartige Planungsleistungen eines Bauvorhabens bei der Auftragswertberechnung addiert werden müssen, ist umstritten. Gerichte haben für unterschiedliche Konstellationen das Gebot postuliert, verschiedenartige Planungsleistungen aufzuaddieren (vgl. EuGH, Urteil vom 15.03.2012 – C-574/10 –, „Autalhalle Niedernhausen“; OLG München, Beschluss vom 13.03.2017 – Verg 15/16). Das Bundesbauministerium ist dem mit einem Ministerialerlass vom 16.05.2017 entgegengetreten; mittlerweile hat aber die Europäische Kommission am 24.01.2019 u. a. gegen Deutschland ein Vertragsverletzungsverfahren beim EuGH eingeleitet, das sich gegen § 3 Abs. 7 Satz 2 VgV richtet, demzufolge nur „gleichartige“ Planungsleistungen aufzuaddieren sein sollen.

Im streitgegenständlichen Fall ging es um die Neuerrichtung eines Feuerwehrgerätehauses mit einem geschätzten Auftragswert von EUR 3,4 Mio. Die Planungsleistungen für die Leistungsphasen 1 bis 9 wurden auf einen Wert von ca. EUR 500.000 netto geschätzt. Die Vergabestelle entschloss sich, zunächst nur die Leistungsphasen 1 bis 4 zu einem Schätzwert von EUR 130.000 brutto auszuschreiben. Die weiteren Leistungsphasen sollten gesondert vergeben werden, wobei die genaue Vorgehensweise offenblieb. Aufgrund der Unterschreitung des EU-Schwellenwerts wurde nur eine nationale beschränkte Ausschreibung durchgeführt. Ein Bieter wandte sich gegen diese Ausschreibungsweise im Hinblick auf die Nichtbeachtung EU-vergaberechtlicher Vorschriften.

## Die Entscheidung

Die VK Westfalen, Beschluss vom 18.12.2019 – VK 15-34/19 –, gab dem Nachprüfungsantrag statt. Das Zusammenrechnungsgebot gelte auch für eine Aufteilung des Auftrags nach Leistungsphasen, vorliegend eine Beschränkung auf die Leistungsphasen 1 bis 4. Aus den EU-Richtlinien und der Rechtsprechung des EuGH folge, dass die erforderlichen Planungsleistungen eines Bauvorhabens insgesamt zu betrachten sind, unabhängig davon, wie diese ausschreibungstechnisch aufgeteilt werden. Auch könne sich die Vergabestelle nicht auf § 3 Abs. 2 VgV berufen. Hiernach ist die Aufteilung eines Auftrags ohne objektive Gründe unzulässig. Objektive Gründe seien beispielsweise die teilweise Selbstausführung durch den Auftraggeber oder die entsprechende Aufteilung des

Haushaltsbudgets. Nicht darunter falle jedoch eine willkürliche Aufteilung der Gesamtleistung nach dem eigenen Ermessen des Auftraggebers.

## Tipp für die Praxis:

Die Entscheidung der VK Westfalen schränkt das Leistungsbestimmungsrecht des Auftraggebers bei dem Zuschnitt von Planungsleistungen und der damit häufig bezweckten Vermeidung von EU-weiten Vergabeverfahren weiter ein. Immer dann, wenn „auf lange Sicht“ die Vergabe sämtlicher Planungsleistungen angedacht ist, bleibt kein Raum für eine „strategische Beschränkung“ des Vergabepakets zur Vermeidung einer EU-weiten Ausschreibung.

Angesichts der gravierenden Rechtsfolgen der Nichtbeachtung des EU-Vergaberechts und der daraus resultierenden Verzögerungen und Mehrkosten ist öffentlichen Auftraggebern zu raten, Planungsleistungen ganzheitlich zu betrachten und im Zweifel EU-weit auszuschreiben. Um Mehrfachaufwand zu vermeiden, empfiehlt sich weiterhin, von vornherein die Planungsleistungen insgesamt auszuschreiben, d. h. alle Leistungsphasen und alle erforderlichen Leistungsbilder bzw. Fachplanungsleistungen der HOAI abzudecken. Dem Bedürfnis nach einer „paketweisen“ Beauftragung kann im Wege der losweisen Vergabe oder mittels Ausgestaltung als optionale Leistungen, die zur stufenweisen Beauftragung vorgesehen sind, Rechnung getragen werden. Mit Spannung bleibt die Entscheidung des EuGH im Vertragsverletzungsverfahren zu § 3 Abs. 7 Satz 2 VgV abzuwarten.



**Dr. Jakob Steiff, LL.M.,**  
Partner bei CMS in Frankfurt  
[E.jakob.steiff@cms-hs.com](mailto:E.jakob.steiff@cms-hs.com)





## Schlechte Manieren begründen keine schwere Verfehlung im Sinne des § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB

### Hintergrund

Der Auftraggeber schrieb Bauleistungen zum Bau einer Grundschule aus, darunter ein Los für Gerüstbauarbeiten. Hierauf gab der spätere Antragsteller ein Angebot ab, das aber vom Auftraggeber wegen einer schweren Verfehlung nach § 124 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A/§ 6 e Abs. 6 Nr. 3 VOB/A-EU ausgeschlossen wurde. Zur Begründung machte der Auftraggeber geltend, dass Mitarbeiter des Antragstellers in der Vergangenheit ehrverletzende Äußerungen gegenüber Mitarbeitern des Auftraggebers gemacht hatten. In der Tat hatten sich Mitarbeiter des Antragstellers gegenüber Mitarbeitern des Auftraggebers in der Vergangenheit u. a. wie folgt geäußert:

*„Ich bin verblüfft, mit welcher fachlichen Inkompetenz der [Auftraggeber] Zusatzaufträge ausgibt.“*

*„Gern koordinieren wir für Sie die Baustelle, da Sie offenbar in Ihrer Funktion überfordert sind (...).“*

### Entscheidung

Die Vergabekammer Sachsen erkennt an, dass diese Äußerungen in hohem Maße despektierlich sind. Die bloße Missachtung gesellschaftlicher Werte reiche jedoch nicht aus, um eine schwere Verfehlung zu begründen. Ebenso

wenig genügen persönliche Mängel von dem Auftragnehmer zuzurechnenden Personen, wie z. B. Alkoholprobleme oder politisch radikale Äußerungen. Auch reicht es nicht, dass es zwischen dem Auftraggeber und dem Antragsteller zu rechtlichen Auseinandersetzungen gekommen ist.

Der Entscheidung ist grundsätzlich zuzustimmen. Die vom Antragsteller geäußerte Kritik rechtfertigt (noch) nicht die Annahme einer schweren Verfehlung. Anders kann dies z. B. dann sein, wenn das Verhalten eines Bieters den Straftatbestand der Bedrohung verwirklicht wie im Beschluss der VK Baden-Württemberg vom 24.01.2018 – 1 VK 54/17 –, wo der Bauleiter des Antragstellers dem Vertreter eines Auftraggebers gedroht hatte, ihn „vom Gerüst zu schmeißen“.



**Dr. Volkmar Wagner**

Partner bei CMS in Stuttgart

E [volkmar.wagner@cms-hs.com](mailto:volkmar.wagner@cms-hs.com)

# Zuschlag auf ein Angebot nach Ablauf der Bindefrist

## Hintergrund

Nach den Vorgaben des Vergaberechts ist der Zuschlag auf das in einem förmlichen Vergabeverfahren ermittelte wirtschaftlichste Angebot zu erteilen (§ 127 Abs. 1 Satz 1 GWB). Um die Bieter bis zur Zuschlagsreife an ihre Angebote zu binden, gibt der Auftraggeber in den Vergabeunterlagen Angebotsbindefristen vor und verlängert sie erforderlichenfalls im Einvernehmen mit den Bietern. Problematisch sind die Fälle, in denen die Vergabestelle die Einholung einer Bindefristverlängerung versäumt oder ein Bieter die abgeforderte Bindefristverlängerung wesentlich nicht bestätigt. Sie werfen die Frage auf, ob einem Bieter nach Ablauf der Bindefrist der Zuschlag erteilt werden darf, obwohl sein Angebot nach zivilrechtlichen Grundsätzen durch Fristablauf erloschen ist (§ 148 BGB).

Für das Versäumnis der Vergabestelle, eine Bindefristverlängerung rechtzeitig einzuholen, hatte der BGH mit Urteil vom 28.10.2003 – X ZR 248/02 – entschieden, dass der Auftraggeber dem Bestbieter den Vertragsschluss zu den angebotenen Bedingungen antragen darf (§ 150 Abs. 1 BGB). Nach dem haushaltsrechtlichen Gebot einer sparsamen und effizienten Verwendung öffentlicher Mittel könne der Auftraggeber hierzu sogar gehalten sein. Mit dieser Entscheidung stellte der BGH einen Ausgleich zwischen der formalen Strenge des Vergabeverfahrens und dem Gebot einer wirtschaftlichen Beschaffung her. Das OLG Celle hat nun mit Beschluss vom 30.01.2020 – 13 Verg 14/19 – die Rechtsprechung auf den umgekehrten Fall einer Versäumnis des Bieters, die abgeforderte Bindefristverlängerung zu bestätigen, übertragen.

## Die Entscheidung

Zu dem grundlegenden Problem einer fortwährenden vergaberechtlichen Relevanz von erloschenen Angeboten gesellte sich die Frage, ob infolge der unterlassenen Bestätigung der abgeforderten Bindefristverlängerung das Angebot zwingend wegen formaler Unvollständigkeit auszuschließen war. Im Kern der Auseinandersetzung stand der Katalog des § 57 Abs. 1 VgV, der u. a. den zwingenden Ausschluss von Angeboten vorsieht, die

nicht die geforderten oder nachgeforderten Unterlagen enthalten (Nr. 2). Nach Auffassung des OLG Celle fällt die unterlassene Verlängerung der Bindefrist nicht in den Anwendungsbereich des Ausschlussstatbestandes, da eine Fristverlängerung weder in den Vergabeunterlagen gefordert war noch eine nachgeforderte Unterlage in diesem Sinne darstellt. Die Norm umfasse ausschließlich unternehmens- und leistungsbezogene Unterlagen gemäß § 56 Abs. 2 VgV. Gestützt auf die Rechtsprechung des BGH, wonach der Auftraggeber dem Bestbieter eines erloschenen Angebots den Vertragsschluss antragen darf und hierzu sogar gehalten sein kann, verpflichtete das OLG Celle die Vergabestelle antragsgemäß, auch das erloschene Angebot zu werten, obwohl der Bieter die Bestätigung der Bindefristverlängerung versäumt hatte.

## Tipp für die Praxis:

Die Entscheidung des OLG Celle behandelt eine komplexe und vom Einzelfall abhängige Problematik, weshalb sie nur bedingt verallgemeinert werden kann. Insbesondere die Einflüsse des Unionsrechts sowie eine stärkere Gewichtung des vergaberechtlichen Nachverhandlungsverbotes lassen abweichende Entscheidungen zu. Den sicheren Weg beschreiten Auftraggeber, wenn sie in den Vergabeunterlagen den Ausschluss verfristeter Angebote ausdrücklich bestimmen.



**Peter Oriwol**

Rechtsanwalt bei CMS in Leipzig

E [peter.oriwol@cms-hs.com](mailto:peter.oriwol@cms-hs.com)

# Gewerbesteuer – erweiterte Kürzung bei Grundstücksunternehmen

## Hintergrund

Für Immobilienunternehmen spielt die sog. erweiterte Kürzung für Grundstücksunternehmen (§ 9 Nr. 1 Satz 2 ff. GewStG) eine wichtige Rolle, um Gewersteuerbelastungen zu vermeiden. Die Inanspruchnahme dieser Steuerbegünstigung ist in der Praxis häufig problematisch, weil eine Mitvermietung von Betriebsvorrichtungen regelmäßig zur Versagung der Steuerbegünstigung führt. Wenn der Mietvertrag keine ausdrückliche Regelung zur (nicht gewollten) Mitvermietung von Betriebsvorrichtungen enthält, kann sich dieses Problem lange nach Abschluss des Mietvertrags stellen, wenn das Finanzamt im Rahmen einer Betriebsprüfung feststellt, dass Betriebsvorrichtungen zum Mietgegenstand gehören und dadurch sämtliche Einnahmen des Vermieters der Gewerbesteuer unterworfen werden.

## Die Entscheidung

Der Entscheidung (BFH, Urteil vom 28.11.2019 – III R 34/17) lag der Sachverhalt zugrunde, dass ein Immobilienunternehmen (Vermieter) einen Mietvertrag über ein noch zu errichtendes Gebäude abgeschlossen hatte. Ausweislich des Mietvertrags sollten Betriebsvorrichtungen ausdrücklich weder erworben noch vermietet werden, sondern im wirtschaftlichen Eigentum des Mieters verbleiben, der vom Vermieter auch mit der Ausführung der Bauleistungen beauftragt war. Um sicherzustellen, dass der Mieter wirtschaftlicher Eigentümer wird, hatten die Parteien vereinbart, dass die Investitionskosten für Betriebsvorrichtungen ausschließlich und unmittelbar vom Mieter getragen werden und nicht in die Mietberechnung eingehen sollen. Die Absicht der Nichtvermietung von Betriebsvorrichtungen ergab sich neben dem ausdrücklichen Wortlaut des Mietvertrags auch aus der Korrespondenz zwischen Vermieter und Mieter. Dieses Konzept hielten die Parteien jedoch während der Bauphase nicht vollständig ein, sodass letztendlich doch Aufwendungen für Betriebsvorrichtungen vom Vermieter wirtschaftlich getragen wurden und somit auch in die Mietberechnung auf Basis der Gesamtinvestitionskosten Eingang fanden.

Das Hessische FG hatte aufgrund dieser Sachverhaltskonstellation eine schädliche faktische Mitvermietung von Betriebsvorrichtungen angenommen und versagte daher dem Vermieter die erweiterte Kürzung für Grundstücksunternehmen. Der BFH stellte hierzu nun weitergehende Überlegungen an:

- Während das FG dem Mietvertrag und dem darin geregelten Ausschluss der Mitvermietung von Betriebsvorrichtungen praktisch keine Bedeutung beigemessen hat, betont der BFH, dass die Herausnahme von Betriebsvorrichtungen aus dem Mietgegenstand nach § 535 BGB zivilrechtlich wirksam und damit auch steuerrechtlich zu beachten sei. Wesentlich sei, dass die Vertragsparteien ihren Willen zur Nichtvermietung von Betriebsvorrichtungen bzw. zur Nichtanschaffung durch die Vermieter vertraglich dokumentiert hatten.
- Ebenfalls verneint der BFH ausdrücklich das Vorliegen eines Scheingeschäfts, das für steuerliche Zwecke unbeachtlich wäre (§ 41 Abs. 2 AO). Gegen ein Scheingeschäft spreche insbesondere das Bemühen der Parteien um eine entsprechende gesonderte Handhabung der Aufwendungen für Betriebsvorrichtungen.
- Der BFH hat das Verfahren an das FG zurückverwiesen, das nun klären soll, ob in der mangelnden Umsetzung der gesonderten Behandlung der Aufwendungen für die Betriebsvorrichtungen eine Vertragsänderung zu sehen ist.

## Tipp für die Praxis:

Die Ausführungen des BFH sind hilfreich, wenn es darum geht, gegen eine vermeintliche faktische Mitvermietung von schädlichen Betriebsvorrichtungen gegenüber der Finanzverwaltung zu argumentieren. Ist im Mietvertrag eindeutig festgehalten, dass es nicht dem Willen der Vertragsparteien entspricht, Betriebsvorrichtungen im steuerlichen Sinne zu vermieten (und wurde dennoch die eine oder andere Betriebsvorrichtung mitüberlassen), sollte versucht werden darzulegen, dass Letzteres nicht mit Wissen und Willen der Vertragsparteien geschah.



**Tobias Schneider**

Partner bei CMS in Stuttgart

E [t.schneider@cms-hs.com](mailto:t.schneider@cms-hs.com)



Law . Tax

#### Ihr kostenloser juristischer Online-Informationsdienst.

E-Mail-Abodienst für Fachartikel zu  
vielfältigen juristischen Themen.

**[cms-lawnow.com](https://cms-lawnow.com)**

-----

Dieses Dokument stellt keine Rechtsberatung dar und verfolgt ausschließlich den Zweck, bestimmte Themen anzusprechen. Es erhebt keinen Anspruch auf Richtigkeit oder Vollständigkeit und die in ihm enthaltenen Informationen können eine individuelle Rechtsberatung nicht ersetzen. Sollten Sie weitere Fragen bezüglich der hier angesprochenen oder hinsichtlich anderer rechtlicher Themen haben, so wenden Sie sich bitte an Ihren Ansprechpartner bei CMS Hasche Sigle.

CMS Hasche Sigle ist eine der führenden wirtschaftsberatenden Anwaltssozialitäten. Mehr als 600 Anwälte sind in acht wichtigen Wirtschaftszentren Deutschlands sowie in Brüssel, Hongkong, Moskau, Peking und Shanghai für unsere Mandanten tätig. CMS Hasche Sigle ist Mitglied der CMS Legal Services EEIG, einer europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung zur Koordinierung von unabhängigen Anwaltssozialitäten. CMS EEIG ist nicht für Mandanten tätig. Derartige Leistungen werden ausschließlich von den Mitgliedssozialitäten in den jeweiligen Ländern erbracht. CMS EEIG und deren Mitgliedssozialitäten sind rechtlich eigenständige und unabhängige Einheiten. Keine dieser Einheiten ist dazu berechtigt, im Namen einer anderen Verpflichtungen einzugehen. CMS EEIG und die einzelnen Mitgliedssozialitäten haften jeweils ausschließlich für eigene Handlungen und Unterlassungen. Der Markenname „CMS“ und die Bezeichnung „Sozialität“ können sich auf einzelne oder alle Mitgliedssozialitäten oder deren Büros beziehen.

#### **CMS-Standorte:**

Aberdeen, Abu Dhabi, Algier, Amsterdam, Antwerpen, Barcelona, Belgrad, Berlin, Bogotá, Bratislava, Bristol, Brüssel, Budapest, Bukarest, Casablanca, Dubai, Düsseldorf, Edinburgh, Frankfurt/Main, Funchal, Genf, Glasgow, Hamburg, Hongkong, Istanbul, Johannesburg, Kiew, Köln, Leipzig, Lima, Lissabon, Ljubljana, London, Luanda, Luxemburg, Lyon, Madrid, Mailand, Manchester, Maskat, Mexiko-Stadt, Mombasa, Monaco, Moskau, München, Nairobi, Paris, Peking, Podgorica, Posen, Prag, Reading, Riad, Rio de Janeiro, Rom, Santiago de Chile, Sarajevo, Sevilla, Shanghai, Sheffield, Singapur, Skopje, Sofia, Straßburg, Stuttgart, Tirana, Utrecht, Warschau, Wien, Zagreb und Zürich.

CMS Hasche Sigle Partnerschaft von Rechtsanwälten und Steuerberatern mbB, Sitz: Berlin, (AG Charlottenburg, PR 316 B), Liste der Partner: s. Website.

-----

**[cms.law](https://cms.law)**