

Your World First

C/M/S/

Law . Tax

update

Real Estate & Public

April 2018



Inhalt

5 | Editorial

Immobilien- und Mietrecht

- 6 | Langfristige Mietverträge: BGH kippt Schriftformheilungsklauseln
- 7 | Zwangsvollstreckungsunterwerfung wegen der Miete ist keine Mietsicherheit
- 8 | Auslegung des Begriffes „Baulast“ in einem Grundstücksnutzungsvertrag
- 9 | Mietrechtliche Verjährungsfrist kann im Formularvertrag nicht verlängert werden
- 10 | Unterbringung in Gemeinschaftsunterkunft: Teil- oder Wohneigentum?
- 11 | Reservierungsgebühr für den Makler zulässig? Es kommt drauf an!
- 12 | Windkraftanlage ist Scheinbestandteil, selbst wenn sie für die gesamte Lebensdauer auf dem Grundstück verbleiben soll
- 13 | Ordnungsgemäße Rechnung fehlt: Gewerberaummieter darf Miete zurückbehalten
- 14 | Grundstückskauf: Bei Verkauf eines Grundstücks als Mietobjekt schuldet Verkäufer die Gebäudenutzbarkeit
- 15 | Analoge Anwendung von § 566 BGB, wenn Verkäufer und Vermieter nicht identisch sind
- 16 | Nachbar hat „Abblendanspruch“ gegenüber Betreiber einer Solaranlage
- 17 | Grundstücksverkauf: keine arglistige Täuschung bei gutgläubiger Falschankunft

Privates Baurecht

- 18 | Entschädigung aus § 642 BGB nur für den Zeitraum des Annahmeverzugs
- 19 | Wer trägt das Risiko einer Änderung der anerkannten Regeln der Technik?
- 20 | Backstube frisch geweißt: Vergilbte Wand ist mangelhaft
- 21 | Sicherheit nach § 650f BGB (§ 648a BGB a.F.) als Druckmittel für Verhandlungen?
- 22 | Keine Aufrechnung eines Sicherheitseinhalts für Mängel gegen Forderungen aus anderen Verträgen

Architektenrecht

- 23 | Vertretungsmacht des Architekten für den Bauherrn?

Öffentliches Bau- und Planungsrecht

- 24 | Ein Bebauungsplan darf Zweckbestimmung eines Baugebiets nicht vollständig ausschließen
- 25 | Brandschutz und Bestandsschutz
- 26 | BImSchG-Genehmigung zur Errichtung und zum Betrieb von Windkraftanlagen

Umweltrecht

- 27 | Voraussetzungen für bodenschutzrechtlich orientierende Untersuchungsmaßnahmen
- 28 | UVP-Vorprüfung: Anforderungen an Dokumentation und Nachvollziehbarkeit

Vergaberecht

- 30 | Strenge Anforderungen an den Ausschluss eines Bieters wegen früherer Schlechtleistung
- 31 | BGH: Austausch des Hauptangebots durch kommentarlose Übermittlung eines erneuten Angebots
- 32 | Wirksamer Vertrag bei Beauftragung einer Planer-GmbH statt einer Architekten-GbR
- 33 | Vorschriften zur Selbstreinigung und Auftragsperre beim EuGH
- 34 | Architektenwettbewerb: Vorrangstellung für den Sieger

Rechtsänderungen

- 35 | Update Vergaberecht: neue Schwellenwerte seit 2018
- 36 | Was lange währt: die neuen FIDIC-Vertragsmuster
- 38 | Reform der DIS-Schiedsgerichtsordnung

Prozessuales

- 39 | Gewerberaummietvertrag kann auch durch Klageschrift gekündigt werden

////////////////////////////////////

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
Dr. Stefan Voß

CMS Hasche Sigle
Schöttlestraße 8
70597 Stuttgart



Editorial

Liebe Leserin, lieber Leser,

seit längerer Zeit wird darüber spekuliert, wann der Abschwung im Immobilienmarkt kommt. Das kürzlich vorgestellte Frühjahrsgutachten des Zentralen Immobilien Ausschusses spricht erstmals seit Jahren von einer Abkühlung des Marktes für Wohnimmobilien. Viele Marktteilnehmer fragen sich, ob der ausgehandelte Koalitionsvertrag der künftigen Bundesregierung die Abkühlung eventuell beschleunigt.

Zwar ist die Schaffung bezahlbaren Wohnraums in den Ballungsräumen erklärtes Ziel der Regierung: So sollen bis zu 1,5 Millionen neue Wohnungen gebaut, Familien durch ein Baukindergeld unterstützt und über Sonderabschreibungen Anreize für Bauherren geschaffen werden. Dafür will der Bund insgesamt EUR 4 Milliarden bereitstellen. Zudem soll die Grundsteuer modernisiert werden, um zusätzliches Bauland zu generieren.

Doch wirft der Koalitionsvertrag auch Schatten voraus. Die Mietpreisbremse wurde bestätigt, und in Gebieten mit abgesenkter Kappungsgrenze sollen nach Modernisierungsmaßnahmen nur noch höchstens 8% der Modernisierungskosten statt bisher 11% auf die Miete umgelegt werden dürfen. Auch wenn diese Regelung zunächst auf fünf Jahre befristet und dann evaluiert werden soll, befürchten Vertreter der Immobilien-

branche hierdurch einen Dämpfer für die Baubranche. Für Investoren droht überdies auch noch eine gravierende Änderung des Grunderwerbsteuerrechts, um die – aus Sicht der Politik „missbräuchliche“ – Vermeidung von Grunderwerbsteuer mittels Share Deals zu beenden. Schon jetzt führt dies zu einer großen Verunsicherung im Markt.

Aber es gibt auch Lichtblicke. Seit Jahren wird eine Beschleunigung des Genehmigungs- und Planfeststellungsverfahrens gefordert. Nach den Plänen der neuen Koalition ist nun (endlich) ein Planungs- und Baubeschleunigungsgesetz geplant, das mehr „Dynamik in die Bereiche Verkehr, Infrastruktur, Energie und Wohnen“ bringen soll. Angesichts der vielfältigen rechtlichen Vorgaben wird eine deutliche Verkürzung der Verfahrensdauer nicht ohne umfangreiche Gesetzesänderungen möglich sein. Dennoch ist es positiv zu werten, dass sich die Koalitionsparteien dem Thema widmen. Gleichmaßen ist das klare Zeichen sehr zu begrüßen, die digitale Transformation der Planungs-, Bau- und Immobilienbranche und insbesondere die BIM-Methodik als zentralen Bestandteil zu fördern. Dadurch wird der Fokus auf die Digitalisierung der gesamten Wertschöpfungskette beim Planen und Bauen gelegt. Dies alles lässt hoffen, dass sich nicht nur die Dauer und damit die Kosten für Immobilienprojekte reduzieren lassen, sondern vor

allem Infrastrukturprojekte wieder verstärkt in Angriff genommen werden.

Es bleibt abzuwarten, ob und in welchem Umfang die angekündigten Maßnahmen am Ende auch umgesetzt werden. Ungeachtet dessen arbeiten nicht nur wir an vielen dieser Themen bereits seit Jahren, wie z. B. BIM. Wir begleiten große Infrastrukturmaßnahmen wie z. B. die Fehmarn-Belt-Querung und zahlreiche Digitalisierungsprojekte.

So verbleiben wir in der Erwartung, auch in diesem Jahr mit Ihnen viele gemeinsame erfolgreiche Projekte umsetzen zu können.

Ihr Geschäftsbereich

Real Estate & Public



Dr. Sebastian Orthmann, EMBA

Partner bei CMS in Hamburg.

E sebastian.orthmann@cms-hs.com

Langfristige Mietverträge: BGH kippt Schriftformheilungsklauseln

Hintergrund

Die Prozessparteien sind über einen langfristigen Gewerbemietvertrag miteinander verbunden, der eine übliche Wertsicherungsklausel (Indexklausel) enthält. Danach sollte die Miete bei einer Indexänderung von mehr als 10 % angepasst werden. Der Mietvertrag enthält ferner eine sog. Schriftformheilungsklausel, mit der sich die Parteien verpflichten, etwaige Schriftformmängel zu beheben und den Mietvertrag nicht unter Berufung auf Schriftformmängel vorzeitig zu kündigen. In der darauffolgenden Zeit bat der Vermieter den Mieter per Schreiben, die Wertsicherungsklausel so zu ändern, dass die Miete bereits bei einer Indexänderung von 5 % angepasst wird. Der Mieter unterzeichnete das Schreiben des Vermieters mit „6 % einverstanden“ und reichte es an den Vermieter zurück. In der Folgezeit kam es dann zu einer Erhöhung der Miete aufgrund einer Indexänderung von 6 %. Wenig später kündigte der Vermieter das Mietverhältnis ordentlich mit Verweis auf einen Schriftformmangel im Zusammenhang mit der Änderung der Wertsicherungsklausel.

Die Entscheidung

Der BGH erklärte in seiner Entscheidung vom 27.12.2017 – XII ZR 114/16 – Schriftformheilungsklauseln generell für unwirksam. Nach seiner Auffassung stehen diese im Widerspruch zu der zwingenden Regelung des § 550 BGB, wonach langfristige Mietverträge schriftlich

abzuschließen sind. Ist die Schriftform nicht gewahrt, gilt das Mietverhältnis als kraft Gesetzes auf unbestimmte Zeit abgeschlossen und kann jederzeit mit ordentlicher Frist gekündigt werden. Schon Anfang 2014 entschied der BGH erstmals, dass ein Grundstückserwerber durch Schriftformheilungsklauseln nicht gehindert ist, den Mietvertrag wegen eines Formfehlers zu kündigen. Auch gab es bereits untergerichtliche Rechtsprechung, die die Unwirksamkeit von Schriftformheilungsklauseln festgestellt hatte, so dass sich die Entscheidung des BGH nicht als völlig überraschend darstellt.

Allerdings hat der BGH Raum für abweichende Billigkeitsentscheidungen gelassen. Eine Kündigung verstößt nämlich gegen Treu und Glauben, wenn der Formmangel, auf den sich die Kündigung stützt, durch eine nachträgliche Änderung herbeigeführt wurde, die allein für die kündigende Partei vorteilhaft war. Im vorliegenden Fall war die mietvertragliche Wertsicherungsklausel formwidrig zugunsten des Vermieters geändert worden. Dass sich der Vermieter danach auf den Schriftformmangel berief, war nach Ansicht des BGH treuwidrig.

Praxistipp

Das Urteil bewirkt Rechtsunsicherheit. Nicht nur für die unmittelbar betroffenen Vertragsparteien hat das Urteil des BGH Konsequenzen, sondern auch für Immobilieninvestoren, die beabsichtigen, langfristig

vermietete Immobilien zu erwerben. Bei dem Ankauf von Gewerbeimmobilien rechnen sie fest mit dem Cashflow aus den Mietverträgen. Diese müssen sie jetzt noch sorgfältiger prüfen als bisher, indem die gesamte Vertragshistorie aufgerollt wird. Der BGH hat zwar ein Hintertürchen offen gelassen, indem er in Einzelfällen eine Kündigung wegen Treuwidrigkeit ausschließt. Dies hilft in der Praxis jedoch nur bedingt. Wegen der oft existentiellen Bedeutung der Laufzeit des Mietvertrags sollte jedwede Änderung der Konditionen oder des Mietgegenstandes durch einen Nachtrag dokumentiert werden, der den Anforderungen der Rechtsprechung genügt. Wer das versäumt, läuft Gefahr, eines Tages von der vorzeitigen Kündbarkeit des Mietvertrags überrascht zu werden. ■



Philipp Schönnenbeck
Rechtsanwalt bei CMS in Düsseldorf.
E philipp.schoennenbeck@cms-hs.com

Zwangsvollstreckungsunterwerfung wegen der Miete ist keine Mietsicherheit

Hintergrund

Bei Wohnraummietverträgen gelten im Interesse des Mieterschutzes gesetzliche Beschränkungen für Mietsicherheiten. Dies betrifft insbesondere die Höhe der Mietsicherheit, die drei Monatsmieten nicht überschreiten darf. Der BGH hat mit Urteil vom 14.06.2017 – VIII ZR 76/16 – über die Frage entschieden, wie die zusätzlich zu einer geleisteten Mietkaution abgegebene notarielle Unterwerfungserklärung des Mieters zu qualifizieren ist.

Die Entscheidung

Der Vermieter einer Wohnung vollstreckte gegen die Mieter aus einer notariellen Unterwerfungserklärung, welche die Mieter gegenüber dem Vermieter abgegeben hatten. In dieser Unterwerfungserklärung unterwarfen sich die Mieter „als Gesamtschuldner wegen der Zahlungsforderungen des Vermieters aus dem Mietvertrag [...] der sofortigen Zwangsvollstreckung aus dieser Urkunde in ihr gesamtes Vermögen“. Neben dieser Unterwerfungserklärung hatten die Mieter auch eine

Kaution in Höhe von drei Monatsmieten geleistet. Die Mieter wandten gegen die Vollstreckung ein, die Unterwerfungserklärung stelle eine – mit einer Bürgschaft gleichzusetzende – zusätzliche Mietsicherheit dar, so dass angesichts der bereits geleisteten Mietkaution die zulässige Höhe der Mietsicherheit überschritten werde.

Der BGH führte aus, die notarielle Unterwerfungserklärung stelle kein mit einer Mietsicherheit gleichzusetzendes Sicherungsmittel dar. Einer Mietsicherheit (in Form einer Barkaution oder einer Bürgschaft einer Bank) sei eigen, dass sie dem Vermieter eine zusätzliche Zugriffsmöglichkeit zur Sicherung seiner Ansprüche gegen den Mieter biete, die Unterwerfungserklärung erspare hingegen dem Vermieter lediglich den Aufwand, einen vollstreckbaren Titel gegen den Mieter zu erstreiten. Die Unterwerfungserklärung ermögliche also eine schnellere Vollstreckung, stelle aber keine Sicherheit für den Vermieter dar.

Vor diesem Hintergrund sei eine notarielle Unterwerfungserklärung

nicht als (zusätzliche) Mietsicherheit zu qualifizieren und falle nicht in den Anwendungsbereich des Höchstbetrags für Mietsicherheiten bei Wohnraummietverhältnissen. Im Ergebnis hielt der BGH die Vollstreckung aus der notariellen Unterwerfungserklärung für zulässig.

Praxistipp

Das Urteil des BGH ist richtig. Der Mieter ist zur Abgabe einer notariellen Unterwerfungserklärung nicht verpflichtet. Verpflichtet er sich hierzu im Mietvertrag, sollte er darauf bestehen, dass in diesem Fall nicht auch die Stellung einer Mietsicherheit verlangt wird. ■



Dr. Christoph Grenz
Rechtsanwalt bei CMS in Düsseldorf.
E christoph.grenz@cms-hs.com

Auslegung des Begriffes „Baulast“ in einem Grundstücksnutzungsvertrag

Hintergrund

Mit Urteil vom 16.05.2017 – 10 U 24/16 – befasste sich das OLG Hamm mit der Frage, wie der Begriff der Baulast in einem Grundstücksnutzungsvertrag auszulegen ist.

In dem zu entscheidenden Fall war die Errichtung einer Windkraftanlage geplant. Aufgrund der Höhe der Windkraftanlage konnte die bauordnungsrechtlich vorgesehene Abstandsfläche zum Nachbargrundstück nicht eingehalten werden. Zur Erlangung der Baugenehmigung benötigte der Bauherr daher die Bewilligung einer öffentlich-rechtlichen Baulast an dem Nachbargrundstück. Der Bauherr und der Eigentümer des Nachbargrundstücks schlossen deshalb eine Vereinbarung, worin Letzterer sich zur Übernahme der „Baulast für den Bau einer Windkraftanlage auf dem Nachbargrundstück“ verpflichtete. Für die Genehmigungserteilung forderte die Baubehörde jedoch nicht nur eine Abstandsflächenbaulast, sondern auch eine Vereinigungsbaulast. Da der Nachbar eine solche nicht einräumen wollte, wurde die Genehmigung versagt.

Der Bauherr verklagte daraufhin den Nachbarn auf Schadensersatz mit der Begründung, dass wegen der Vereinbarung über die Einräumung einer Baulast eine Verpflichtung des Nachbarn auf Bewilligung sowohl der Abstandsflächenbaulast als auch der Vereinigungsbaulast bestanden hätte.

Die Entscheidung

Das OLG lehnte einen – nach seiner Ansicht einzig in Betracht kommenden – Schadensersatzanspruch aus Vertragsverletzung ab. Seitens des Nachbarn habe keine Verpflichtung bestanden, eine Vereinigungsbaulast zu bewilligen. Selbst wenn der Bauherr unter dem Begriff der „Baulast“ auch eine Vereinigungsbaulast verstanden hatte, habe der Nachbar nur die Einräumung einer Abstandsflächenbaulast in seinen Willen aufgenommen.

Zwar stimmen die Erklärungen der Parteien äußerlich überein, wenn sie eine Vereinbarung über die Bewilligung einer Baulast treffen wollten. Der Begriff der Baulast sei jedoch insoweit mehrdeutig, als es verschiedene Arten von Baulasten gibt, z. B. Stellplatz-, Erschließungs-, Abstandsflächen- oder Vereinigungsbaulasten. Aus dem Wortlaut der Vereinbarung könne nicht geschlossen werden, dass jedwede Baulast, die für die Realisierung des Bauvorhabens notwendig ist, übernommen werden sollte. Aus Sicht eines objektiven Dritten könne die Formulierung „[...] Bau einer Windkraftanlage auf dem Nachbargrundstück“ durchaus dahingehend verstanden werden, dass die Bewilligung der Eintragung einer Baulast zwar gewollt war, die Anlage allerdings ausschließlich auf dem Nachbargrundstück errichtet werden sollte, womit eine Vereinigungsbaulast auch gar nicht erforderlich gewesen wäre, denn eine baurechtliche Grundstücksvereinigung sei nur

dann erforderlich, wenn auf mehreren Grundstücken gebaut werden solle. Die Auslegung offenbare ein unterschiedliches Begriffsverständnis und damit einen versteckten Dissens. Der Vertrag scheitere somit wegen fehlender Willensübereinstimmung.

Praxistipp

Zur Vermeidung eines Einigungsmangels sollte bei Vereinbarungen zur Übernahme einer Baulast konkret geregelt werden, worauf sich diese beziehen soll und welche Rechte und Pflichten genau zu übernehmen sind. Dabei sind vor allem auch die besonderen Kenntnisse des Vertragspartners zu berücksichtigen. Denn in den jeweils beteiligten Verkehrskreisen kann nicht immer davon ausgegangen werden, dass allen Beteiligten klar ist, welche Art der Baulast übernommen werden soll. Zudem sollte geprüft werden, ob zur privatrechtlichen Absicherung zugleich dingliche Absicherungen (Dienstbarkeiten) eingeräumt werden sollen. ■



Johanna Hofmann,
Immobilienökonom (IREBS)
Partnerin bei CMS in Frankfurt/Main.
E johanna.hofmann@cms-hs.com

Mietrechtliche Verjährungsfrist kann im Formularvertrag nicht verlängert werden

Hintergrund

Der BGH (Urteil vom 8.11.2017 – VIII ZR 13/17) beschäftigt sich mit der Frage, ob die kurze mietrechtliche Verjährungsfrist von sechs Monaten nach § 548 Abs. 1 BGB formularvertraglich verlängert werden kann. Die Beklagte, Mieterin einer Wohnung, kündigte und gab die Wohnung zurück. Der von der Vermieterin verwendete Formularmietvertrag enthält die folgende Bestimmung: „Ersatzansprüche des Vermieters wegen Veränderungen oder Verschlechterungen der Mietsache und Ansprüche des Mieters auf Ersatz von Aufwendungen oder Gestattung der Wegnahme einer Einrichtung verjähren in zwölf Monaten nach Beendigung des Mietverhältnisses“. Der Vermieter hat nach mehr als sechs Monaten nach Rückgabe der Wohnung Klage erhoben. Die Mieterin berief sich auf Verjährung und hatte damit auch Erfolg.

Die Entscheidung

Nach der Entscheidung des BGH steht der Mieterin gegen den Schadensersatzanspruch der Vermieterin ein dauerndes Leistungsverweigerungsrecht nach § 214 Abs. 1 BGB zu, da der geltend gemachte Schadensersatzanspruch der Vermieterin nach § 548 Abs. 1 BGB verjährt ist. Der

Lauf der Verjährungsfrist begann mit Wohnungsrückgabe, die Frist endete sechs Monate später. Der Vermieter könne sich auch nicht auf die Verlängerung der Verjährungsfrist berufen. Die Klausel sei nach § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam, da diese die Mieterin sowohl durch Verlängerung der Verjährungsfrist als auch durch Modifizierung des Verjährungsbeginns unangemessen benachteilige. Der wesentliche Grundgedanke des § 548 BGB sei die Erreichung von Rechtsfrieden und -sicherheit durch eine möglichst schnelle Klärung bestehender Ansprüche. Eine sachliche Rechtfertigung der Abweichung von diesem Grundgedanken durch die Klausel liege nicht vor. Der Vermieter sei durch die Rückgabe der Mietsache in der Lage, sich Klarheit über seine Ansprüche wegen Verschlechterung oder Veränderung der Mietsache zu verschaffen – und dies regelmäßig in der vom Gesetz vorgesehenen Sechsmonatsfrist. Auf Seite des Mieters sei zu berücksichtigen, dass dieser nach Wohnungsrückgabe wegen der fehlenden Zugriffsmöglichkeit keine beweissichernden Feststellungen mehr treffen könne. Eine ausreichende Kompensation dieser erheblichen Interessen werde auch nicht über die spiegelbildliche Verlängerung der Verjährungsfrist der Ansprüche des Mieters erreicht, da dessen berech-

tigtes Interesse an einer möglichst kurzen an die Rückgabe anknüpfenden Verjährungsfrist bestehen bleibe. Der Beginn der Verjährungsfrist für Vermieteransprüche ab Rückgabe der Mietsache unabhängig von der rechtlichen Beendigung des Mietverhältnisses sei daher sach- und interessengerecht und könne durch AGB nicht verlängert werden.

Praxistipp

Eine Verlängerung der gesetzlichen Verjährungsfrist von sechs Monaten nach Rückgabe des Mietgegenstands in Formularmietverträgen scheidet aus. Eine Verlängerung kann allenfalls durch Individualvereinbarung erfolgen, wobei die begünstigte Partei (hier der Vermieter) den Individualcharakter zu beweisen hat. ■



Isabel Schreyger

Partnerin bei CMS in Köln.

E isabel.schreyger@cms-hs.com

Unterbringung in Gemeinschaftsunterkunft: Teil- oder Wohneigentum?

Hintergrund

Die Parteien des Rechtsstreits sind die beiden Teileigentümer einer Wohnungseigentümergeinschaft, die über die zulässige Nutzung einer Teileigentumseinheit streiten. Das ursprünglich als Kinderheim konzipierte und genutzte Gebäude wurde in den 70er Jahren in zwei Teileigentumseinheiten aufgeteilt. Die Teilungserklärung bestimmt, dass „mit jedem Miteigentumsanteil das Sondereigentum an bestimmten, nicht zu Wohnzwecken dienenden Räumen verbunden wird“. Dem deutlich größeren Sondereigentumsteil, der in der Zwischenzeit in das Eigentum der Beklagten übergegangen ist, kommt in der Teilungserklärung die Widmung als Altenpflegeheim zu. Die Beklagte plant, die seit einigen Jahren leerstehende Teileigentumseinheit als Unterkunft für Asylbewerber und Flüchtlinge zu nutzen. Die Unterbringung soll dabei in Mehrbettzimmern mit gemeinschaftlicher Nutzung von Küche und Sanitäranlagen erfolgen. Hiergegen hat der Kläger auf Unterlassung geklagt.

Das Amtsgericht gab der Klage statt. Das Landgericht weist die Berufung zurück. Dagegen richtet sich die Revision.

Die Entscheidung

Der BGH (Urteil vom 27.10.2017 – V ZR 193/16) hat den Beschluss des Landgerichts aufgehoben und die Klage abgewiesen.

Dem Kläger stand ein Unterlassungsanspruch aus § 15 Abs. 3 WEG nicht zu, da die Beklagte nicht beabsichtigte, Teileigentum zu Wohnzwecken zu nutzen. Die Unterbringung in einer Gemeinschaftsunterkunft ist in der Regel als heimähnliche Unterbringung anzusehen. Eine solche ist grundsätzlich nur in Teileigentumseinheiten zulässig. Der BGH hat mit seinem Urteil die obergerichtliche Rechtsprechung, wonach es sich bei einer Nutzung als Heim um eine gewerbliche Nutzung handelt, bestätigt. Dabei hat er erstmals höchstrichterlich entschieden, welche Kriterien ein „Heim“ kennzeichnen. Voraussetzung ist demnach, dass die Unterbringung in einer für eine Vielzahl von Menschen bestimmten Einrichtung erfolgt, deren Bestand von den jeweiligen Bewohnern unabhängig ist und in der eine heimtypische Organisationsstruktur an die Stelle der Eigengestaltung der Haushaltsführung und des häuslichen Wirkungskreises tritt. Eine solche heimtypische Organisationsstruktur liegt nach BGH bei der Unterbringung in einer Gemeinschaftsunterkunft vor, da ansonsten die häufige Fluktuation und das enge Zusammenleben der Bewohner nicht anders zu bewältigen sind. Ferner stellt der BGH darauf ab, dass es neben der Zuweisung von Zimmern und Betten auch einer Festlegung und Durchsetzung von Ruhezeiten und Nutzungszeiten für die Gemeinschaftsräume bedarf. Diese Leistungen müssen nicht tatsächlich erbracht werden; ausreichend ist, dass sie objektiv erforderlich sind.

Praxistipp

Die Frage, welche Kriterien im Einzelnen eine Nutzung als Heim ausmachen, war seit längerem umstritten. Der BGH hat hier nun für Klarheit gesorgt. Die Frage nach einer Nutzung als Heim stellt sich nicht nur bei Flüchtlingen, sondern auch bei Senioren, Betreuten, Studenten usw. Insbesondere Seniorenpflege- und Studentenwohnheime rücken in der letzten Zeit verstärkt in den Fokus in- und ausländischer Investoren. Sofern eine solche Immobilie dem WEG unterliegt, ist nicht mehr nur allein darauf zu achten, ob die derzeitige Nutzung im Einklang mit der Widmung der Teilungserklärung steht. Vielmehr ist nun auch das zukünftige Nutzungskonzept des Investors anhand der vom BGH aufgestellten Kriterien zu überprüfen und bei Bedarf anzupassen. ■



Lukas Potstada

Rechtsanwalt bei CMS in Stuttgart.

E lukas.potstada@cms-hs.com

Reservierungsgebühr für den Makler zulässig? Es kommt drauf an!

Hintergrund

Der Kläger ist ein in der vom Bundesamt für Justiz geführten Liste qualifizierter Einrichtungen nach § 4 UKlaG eingetragener Verbraucherschutzverein. Er beanstandet eine von der beklagten Immobilienmaklerin verwendete AGB-Klausel, die folgenden Inhalt aufweist: „Die Reservierungsgebühr in Höhe von Betrag EUR [•] wird mit Unterzeichnung des Auftrags fällig.“ Eine solche Entgeltvereinbarung stellt nach Ansicht des Klägers eine unangemessene Benachteiligung dar, da die Beklagte hierdurch in den Genuss eines erfolgsunabhängigen Maklerhonorars komme. Das Landgericht Berlin gab der Unterlassungsklage des Klägers statt. Es liege eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners im Sinne von § 307 BGB vor, da der Kaufinteressent durch die Reservierungsgebühr keinen nennenswerten Vorteil habe. Die Reservierungsvereinbarung sei eine vom Gesetz losgelöste Zahlungspflicht des Kaufinteressenten, da sie dazu führe, dass sich der Makler für dieselbe Tätigkeit eine erfolgsunabhängige weitere Vergütung von der Käuferseite versprechen lasse.

Die Berufung hat Erfolg.

Die Entscheidung

Entgegen der Ansicht des Landgerichts geht das Kammergericht (KG) Berlin in seiner Entscheidung (Urteil vom 19.10.2017 – 23 U 154/16) von keiner Preisnebenabrede aus, sondern qualifiziert die Reservie-

rungsvereinbarung als Hauptpreisabrede, die nicht der gerichtlichen Inhaltskontrolle gemäß § 307 Abs. 3 BGB unterliegt. Das Kammergericht stellte klar, dass das vom Landgericht zitierte BGH-Urteil vom 23.09.2010 – III ZR 21/10 – nur deshalb eine Reservierungsvereinbarung für unwirksam gehalten hatte, weil sie zusätzlich zu einer „Vermittlungs-Hauptleistung“ vereinbart worden war. Mithin stellte die Reservierungsvereinbarung eine bloße Nebenabrede zu der Hauptleistung dar.

Das Kammergericht entschied jedoch, dass im Rahmen von Reservierungsverträgen die Vereinbarung einer Reservierungsgebühr eine Hauptpreisabrede und somit keine Nebenpreisabrede ist, da sie nicht im Rahmen von Maklerverträgen oder Verträgen über Vermittlungs-Dienstleistungen geschlossen wird, sondern „in Bezug auf Verträge über die Reservierung von Immobilien für einen Kauf, die mit Verbrauchern abgeschlossen [werden].“

Praxistipp

Das Landgericht Berlin hatte angenommen, dass sich aus einer Verknüpfung der Reservierungsvereinbarung mit einem Maklervertrag bereits das Merkmal einer Preisnebenabrede ergibt, da die Maklerin zugesagt hatte, die Reservierungsgebühr zu erstatten, sobald die Maklerprovision fällig wird. Nach Ansicht des KG führt eine solche Anrechnungsvereinbarung nicht dazu, dass das eigenständige Merkmal der Reservierungsvereinbarung als Hauptpreisabrede entfällt. Mithin

sollte immer darauf geachtet werden, ob eine Reservierungsvereinbarung als eigenständiger Vertrag oder als bloße Nebenabrede geschlossen wird.

Außerdem ist darauf hinzuweisen, dass eine Vereinbarung, wonach der Maklerkunde auch für ergebnislos gebliebene Bemühungen Lohn schuldet, nur dann formlos gültig ist, wenn nicht die Entscheidungsfreiheit des Maklerkunden gefährdet wird. Eine Gefährdung und somit eine Beurkundungspflicht der Reservierungsvereinbarung wird in der Rechtsprechung regelmäßig bei einem Bindungsentgelt von 10 bis 15 % der vereinbarten Provision angenommen.

Dies gilt auch für Makler, die mit Immobilien handeln, da die Formvorschrift nicht danach unterscheidet, ob eine Schutzbedürftigkeit besteht. In der Rechtsprechung wurde sogar eine Reservierungsvereinbarung mit einer Vergütung in Höhe von 20 % der versprochenen Provision in Form einer Individualvereinbarung als nichtig angesehen. ■



Rune Jelte Weltz,
LL.M. (University of Cape Town)
Rechtsanwalt bei CMS in Düsseldorf.
E rune.weltz@cms-hs.com

Windkraftanlage ist Scheinbestandteil, selbst wenn sie für die gesamte Lebensdauer auf dem Grundstück verbleiben soll

Hintergrund

Wird eine Windkraftanlage (WKA) mit einem Grundstück verbunden, stellt sich im Hinblick auf die Eigentumslage die Frage, ob die WKA nach der Verbindung eine bewegliche Sache geblieben oder ob sie zu einem wesentlichen Grundstücksbestandteil geworden ist. Wesentliche Bestandteile eines Grundstücks sind nicht sonderrechtsfähig, sondern teilen das Schicksal des Grundstücks, z. B. im Rahmen einer Veräußerung. Dabei handelt es sich bei mit dem Grund und Boden fest verbundenen Sachen grundsätzlich um wesentliche Grundstücksbestandteile (§§ 93, 94 BGB). Eine Ausnahme hiervon bilden die sog. Scheinbestandteile, die nur zu einem vorübergehenden Zweck mit dem Grund und Boden verbunden sind und daher weiter als bewegliche, sonderrechtsfähige Sachen qualifiziert werden, die losgelöst vom Grund und Boden veräußert werden können (§ 95 BGB).

Die Entscheidung

Voraussetzung für die Qualifikation einer mit dem Grund und Boden verbundenen Sache als Scheinbestandteil ist, dass die Verbindung mit dem Grundstück durch den Einfügenden zu einem vorübergehenden Zweck erfolgt und somit die spätere Aufhebung der Verbindung von Anfang an beabsichtigt ist. Entscheidend ist somit, dass der Betreiber im Zeitpunkt der Errichtung der WKA diese nach Ablauf der Nutzungsdauer wieder abbauen wollte.

Höchstrichterlich bislang ungeklärt war dabei die Frage, ob die Scheinbestandteileigenschaft auch dann zu bejahen ist, wenn die WKA für ihre gesamte (wirtschaftliche) Lebensdauer auf dem Grundstück verbleiben soll und im Zeitpunkt des in Aussicht genommenen Vertragsendes „verbraucht“ sein wird.

Der BGH hat in seinem Urteil vom 07.04.2017 – V ZR 52/16 – nun entschieden, dass eine Verbindung nur zu einem vorübergehenden Zweck im Sinne des § 95 Abs. 1 S. 1 BGB nicht deshalb ausgeschlossen sei, weil die Sache für ihre gesamte (wirtschaftliche) Lebensdauer auf dem Grundstück verbleiben soll. Der relevante Zeitpunkt der vorübergehenden Verbindung mit dem Grundstück beziehe sich dabei nicht auf die wirtschaftliche Lebensdauer der Sache, sondern auf deren vorübergehende Verbindung mit dem Grundstück.

Allein die Dauer der Berechtigung des Anlagenbetreibers, das Grundstück zu nutzen, biete somit keinen Anhaltspunkt für die dingliche Zuordnung der Sache. Entscheidend sei daher vielmehr der Wille des Anlagenbetreibers zu einer zeitweiligen Verbindung der Anlage mit dem Grund und Boden. Das Interesse an der Sonderrechtsfähigkeit werde daher unabhängig davon geschützt, ob die Sache kurzfristig oder voraussichtlich für ihre gesamte wirtschaftliche Lebensdauer mit dem Grundstück verbunden wird, soweit der Anlagenbetreiber jedenfalls nur eine vorübergehende Verbindung beabsichtigt.

Praxistipp

Angesichts der nun ergangenen höchstrichterlichen Entscheidung führt die Errichtung von WKA gleichwohl dabei nicht automatisch zur Qualifizierung der Anlage als Scheinbestandteil mit der Rechtsfolge der Sonderrechtsfähigkeit. Vielmehr sind die Verbindung der Anlage mit dem Grund und Boden und der damit einhergehende Wille des Anlagenbetreibers zu einer nur zeitweiligen Verbindung dabei auch vertraglich und somit mit dem nach außen in Erscheinung tretenden Sachverhalt in Einklang zu bringen:

Im zugrunde liegenden Nutzungsvertrag mit dem Eigentümer des Grundstücks sollte daher eine Rückbauverpflichtung des Anlagenbetreibers vorgesehen werden, um die gewünschte rechtliche Einordnung sicherzustellen. ■



Franziska Krokutsch
Rechtsanwältin bei CMS Berlin.
E franziska.krokutsch@cms-hs.com

Ordnungsgemäße Rechnung fehlt: Gewerberaummieter darf Miete zurückbehalten

Hintergrund

Die Vermietung von Immobilien unterliegt – von Ausnahmen abgesehen – nicht der Umsatzsteuer (§ 4 Nr. 12 lit. a UStG). Bei der Vermietung von Gewerbeflächen kann der Vermieter jedoch gemäß § 9 Abs. 1 UStG zur Umsatzsteuer optieren. Wesentliche Voraussetzungen sind, dass der Mieter selbst Unternehmer im Sinne des UStG ist und die Mietfläche für unternehmerische Zwecke nutzt (§ 9 Abs. 2 UStG).

Für den gewerblichen Mieter ist eine solche Option zur Umsatzsteuer regelmäßig unproblematisch, weil er die von ihm gezahlte Umsatzsteuer als Vorsteuer verrechnen kann. Dies setzt voraus, dass ihm der Vermieter eine den Anforderungen von § 14 UStG entsprechende Rechnung erteilt. Zulässig – und in der Praxis durchaus verbreitet – ist es, den zuständigen Finanzbehörden den Mietvertrag als Dauerrechnung vorzulegen. Dafür muss der Vertrag die in § 14 UStG aufgeführten Mindestangaben enthalten, unter anderem die Umsatzsteuer-Identifikationsnummer des Vermieters.

Die Entscheidung

Auch in dem Fall, den das OLG Köln zu entscheiden hatte (Beschluss vom 17.07.2017 – 22 U 60/16), hatte der Rechtsvorgänger des Klägers im Mietvertrag zur Umsatzsteuer optiert.

Der beklagte Mieter hatte mithin Miete und Nebenkostenvorauszahlungen zuzüglich Umsatzsteuer zu leisten. Als Nachweis für die von ihm entrichtete Umsatzsteuer reichte der Mieter den Mietvertrag beim Finanzamt ein.

Als der Kläger die Immobilie erwarb und kraft Gesetzes als neuer Vermieter in das Mietverhältnis eintrat, entsprach der Mietvertrag nicht mehr den Anforderungen von § 14 UStG. Denn er wies nur die Umsatzsteuer-Identifikationsnummer des alten, nicht aber des neuen Vermieters aus. Der Mieter verlangte daraufhin die Erteilung einer neuen, ordnungsgemäßen Mietrechnung und setzte seine Mietzahlungen aus, woraufhin er von seinem neuen Vermieter auf Zahlung der rückständigen Miete verklagt wurde.

Das Gericht gab dem Mieter Recht und wies die Klage ab. Optiere der Vermieter zur Umsatzsteuer, habe der Mieter Anspruch auf eine ordnungsgemäße, den Anforderungen von § 14 UStG entsprechende Rechnung. Es handle sich um eine mietvertragliche Nebenpflicht des Vermieters. Ohne ordnungsgemäße Rechnung sei der Mieter nicht gemäß § 15 UStG zum Vorsteuerabzug berechtigt, müsse also erhebliche Nachteile erleiden. Der Mieter sei auch berechtigt gewesen, zur Durchsetzung seines Anspruchs die Miete einzubehalten. Bis zur Erteilung einer

ordnungsgemäßen Rechnung stünde ihm gemäß § 273 BGB ein Zurückbehaltungsrecht an den laufenden Mietzahlungen zu.

Praxistipp

Um Mieteinbehalte einerseits und steuerliche Risiken andererseits zu vermeiden, ist gerade bei einem Wechsel des Vermieters darauf zu achten, dass den Mietern (neue) ordnungsgemäße (Dauer-)Mietrechnungen ausgestellt werden. Weiter ist es – zumindest aus Vermieter-sicht – sinnvoll, Zurückbehaltungsrechte des Mieters im Mietvertrag angemessen einzuschränken. Dies kann beispielsweise dadurch geschehen, dass dem Mieter die Ausübung von Zurückbehaltungsrechten nur für unstreitige oder rechtskräftig festgestellte Gegenrechte gestattet wird oder er verpflichtet wird, Mieteinbehalte einige Zeit vorher anzukündigen. ■



Dr. Hans Fabian Kiderlen

Rechtsanwalt bei CMS in Hamburg.

E hans-fabian.kiderlen@cms-hs.com

Grundstückskauf: Bei Verkauf eines Grundstücks als Mietobjekt schuldet Verkäufer die Gebäudenutzbarkeit

Hintergrund

Beim Abschluss von Grundstückskaufverträgen ist der Verkäufer jeweils daran interessiert, seine Haftung möglichst weitgehend auszuschließen. Während es bei Beschaffheitsgarantien oder sonstigen Garantien offensichtlich ist, dass diese grundsätzlich einen vereinbarten Haftungsausschluss durchbrechen, drängt sich dies bei Beschaffheitsvereinbarungen nicht immer auf. Dies gilt umso mehr, als Beschaffheitsvereinbarungen bereits in einer allgemeinen Beschreibung des Kaufobjekts liegen können.

Die Entscheidung

Einem vom OLG Saarbrücken entschiedenen Fall (Urteil vom 22. Juni 2017 – 4 U 30/16) liegt ein Grundstückskaufvertrag zwischen zwei gewerblichen Immobilienunternehmen zugrunde. Der Kaufvertrag sah einen Ausschluss der Gewährleistung vor, beschrieb den Kaufgegenstand als „vermietete Mehrfamilienhäuser“ unter Beifügen der aktuellen Mieterliste. Nach Abschluss des Kaufvertrages stellte die Klägerin fest, dass eines der Häuser feuchtigkeitsbedingte Beschädigungen aufwies und als Vermietungsobjekt zu Wohnzwecken nicht geeignet war. Sie verlangte als Minderung die Rückzahlung eines Teils des Kaufpreises.

Nach Auffassung des OLG Saarbrücken wurde durch die Beschreibung des Kaufgegenstands und das Beifügen der Mieterliste im Rahmen des

Vertrages dokumentiert, dass die Klägerin den Kaufgegenstand als Mietobjekt zu Renditezwecken erworben hat. Dies setze eine Vermietbarkeit voraus, so dass insoweit zumindest eine konkludente Vereinbarung über die Beschafftheit des Kaufgegenstands getroffen worden sei. Der Haftungsausschluss greife nicht, weil die Parteien vereinbart hatten, dass hiervon abweichende Regelungen im Kaufvertrag vorgehen sollten. Die konkludent getroffene Beschaffheitsvereinbarung stelle eine solche abweichende Regelung dar, wenn die Parteien dies nicht ausdrücklich anders vereinbaren.

Ungeachtet der Frage, ob die Klägerin den Mangel bereits vor Vertragsabschluss hätte erkennen können, hat sich das OLG Saarbrücken der ständigen Rechtsprechung des BGH angeschlossen, wonach einem Käufer kein grob fahrlässiges Verhalten vorgeworfen werden könne, wenn er den Kaufgegenstand nicht untersucht. Die der Klägerin vor Kaufvertragsschluss vorliegenden Hinweise auf einen möglichen Feuchtigkeitschaden (unter anderem ein von der Beklagten in Auftrag gegebenes Gutachten) seien so zu verstehen, dass diese auf einem Lüftungsdefizit beruhen. Hierauf hätte die Klägerin vertrauen dürfen und keine weiteren Nachforschungen anstellen müssen.

Praxistipp

Die Entscheidung zeigt einmal mehr, dass ein Haftungsausschluss nur dann greift, wenn der Verkäufer

seinen Aufklärungspflichten nachgekommen ist und keine anderweitigen Regelungen im Kaufvertrag trifft. Aus Sicht des Verkäufers sollten etwaige Beschreibungen des Kaufgegenstands entweder unterbleiben oder vom Haftungsausschluss ausdrücklich umfasst sein. Etwaige abweichende Regelungen sollten möglichst zentral in einer Regelung getroffen werden, um diese besser eingrenzen und damit die Haftung im Übrigen rechtswirksam beschränken zu können. Dagegen ist es für einen Käufer recht einfach, zumindest konkludente Vereinbarungen über die Beschafftheit eines Kaufgegenstands zu vereinbaren, indem Beschreibungen über den Kaufgegenstand Gegenstand des Kaufvertrags werden. Die Beschaffheitsvereinbarung muss in der Vertragsurkunde getroffen sein. Auf Umstände außerhalb der Urkunde (z. B. in einem Exposé) kann sich der Käufer nach der aktuellen Rechtsprechung des BGH (Urteil vom 06.11.2015 – V ZR 78/14) nicht berufen. ■



Dr. Sebastian Orthmann, EMBA
Partner bei CMS in Hamburg.
E sebastian.orthmann@cms-hs.com

Analoge Anwendung von § 566 BGB, wenn Verkäufer und Vermieter nicht identisch sind

Hintergrund

Nach der Vorschrift des § 566 BGB („Kauf bricht nicht Miete“) tritt der Käufer einer vermieteten Immobilie mit Eigentumserwerb in die Rechte und Pflichten eines bestehenden Mietverhältnisses ein. Der Käufer übernimmt die Position des Vermieters. Besteht beim Eigentumserwerb keine Identität zwischen Eigentümer, Veräußerer und Vermieter, ist § 566 BGB nach dessen Wortlaut nicht direkt anwendbar. Unter welchen Umständen trotz des Auseinanderfallens dieser Positionen § 566 BGB analog anwendbar ist, hat der BGH in seinem Urteil vom 12.07.2017 – XII ZR 26/16 – aufgezeigt.

Die Entscheidung

Die H-GmbH schloss mit der Mieterin verschiedene Mietverträge über Gewerbemietflächen mit einer festen Laufzeit. Bei Abschluss der Mietverträge war die G-GmbH Eigentümerin der Mietflächen.

In der Folgezeit veräußerte die G-GmbH die Mietflächen an die Käuferin. Nach dem Erwerb kündigte die Käuferin das Mietverhältnis ordentlich gegenüber der Mieterin und klagte auf Räumung. Der BGH hatte unter anderem darüber zu entscheiden, ob das Mietverhältnis auf die Käuferin übergegangen war.

Obwohl bei Abschluss des Mietvertrages keine Identität zwischen Vermieter und Veräußerer vorlag und entgegen früheren Entscheidungen bejaht der BGH den Übergang des

Mietverhältnisses. § 566 BGB sei dann entsprechend anwendbar, wenn die Vermietung des veräußerten Grundstücks mit Zustimmung und im alleinigen wirtschaftlichen Interesse des Eigentümers erfolge und der Vermieter kein eigenes Interesse am Fortbestand des Mietverhältnisses habe.

In dieser Konstellation lägen die Voraussetzungen für eine analoge Anwendung – eine planwidrige Regelungslücke und eine vergleichbare Interessenlage – vor.

Sinn und Zweck des § 566 BGB sei es, den Mieter umfassend davor zu schützen, bei einer Veräußerung des Grundstücks den Besitz an dem Mietobjekt an den Erwerber zu verlieren. Dieses Interesse des Mieters bestehe nicht nur dann, wenn er einen Mietvertrag mit dem Eigentümer des Mietobjekts schließe, sondern auch bei Vertragsschluss mit einem Dritten, der zwar im eigenen Namen, aber auf Rechnung des Eigentümers handle. Aus der Gesetzesbegründung ließen sich keine Anhaltspunkte dafür entnehmen, dass in einem solchen Fall der Mieter nicht geschützt sein soll. Es spreche vielmehr vieles dafür, dass diese Konstellation schlicht nicht gesehen wurde.

Praxistipp

Die Entscheidung des BGH schafft Klarheit über die Voraussetzungen der analogen Anwendung des § 566 BGB. Bislang musste bei einer Ankaufprüfung wegen divergierender

Rechtsprechung auf das Risiko hingewiesen werden, dass Eigentümer und Vermieter nicht identisch sind. Denn nach der bislang vom OLG Köln vertretenen Ansicht würde in diesem Fall der Mietvertrag nicht gemäß § 566 BGB auf den Erwerber übergehen, sondern bestünde mit dem – nicht mit dem Grundstückseigentümer identischen – Vermieter fort. Sollte im Rahmen einer Immobilientransaktion aber Unklarheit darüber herrschen, ob der ursprüngliche Mietvertragsschluss mit Zustimmung und im alleinigen wirtschaftlichen Interesse des Eigentümers erfolgte, empfiehlt es sich nach wie vor, den Verkäufer zum Abschluss eines Mietvertragsnachtrags zu verpflichten, in dem das Bestehen des Mietverhältnisses zwischen Verkäufer und Mieter bestätigt wird.

Stellung genommen hat der BGH auch zu einer anderen Frage. Auf andere Vertragstypen oder Gebrauchsüberlassungsverträge bezüglich Miete und Pacht ist § 566 BGB mangels einer Regelungslücke nicht analog anwendbar. ■



Aylin Kocak

Rechtsanwältin bei CMS in Stuttgart.

E aylin.kocak@cms-hs.com

Nachbar hat „Abblendanspruch“ gegenüber Betreiber einer Solaranlage

Hintergrund

Immissionsschutz und erneuerbare Energien sind ein nahezu klassisches Problemfeld. Relevant ist vor allen Dingen der öffentlich-rechtliche Nachbarnschutz gegen Windenergieanlagen. Die vorliegende Entscheidung ist ein Beispiel, dass Immissionsschutz nicht allein öffentlich-rechtlich und windspezifisch ist, sondern auch Solarprojekte betreffen kann.

Die Entscheidung

Das OLG Düsseldorf befasste sich in einem zivilrechtlichen Nachbarschaftsstreit mit Reflexionen der Solardachanlage des Beklagten, die den Kläger auf dessen Grundstück blendeten. Der Kläger verlangte nun, die wesentlichen Beeinträchtigungen seines Grundstücks aufgrund der Reflexionen durch „geeignete Maßnahmen“ zu unterbinden.

Das OLG Düsseldorf entschied (Urteil vom 21.07.2017 – I-9 U 35/17), dass der Nachbar Anspruch auf Beseitigung der erheblichen Blendwirkung hat. Maßgeblich sei, dass ein verständiger „Durchschnittsmensch“ unter den konkreten Umständen des Einzelfalls durch Reflexionen der Photovoltaikanlage erheblich in der Nutzung seines Grundstücks gestört würde.

Hinweise der Bund/Länder-Arbeitsgemeinschaft für Immissionsschutz (LAI) zur Messung von Lichtimmissionen hält das Gericht nicht für eine ausreichende Grundlage zur Beurteilung einer wesentlichen Beeinträchtigung. Diese Hinweise stellten keine verbindlichen Richtwerte im Sinne des § 906 Abs. 1 S. 2 BGB dar.

Entscheidend dürften daher die ausführlich dargestellten Erkenntnisse des Sachverständigen gewesen sein; dieser errechnete mögliche Einwirkungen der Solardachanlage des Beklagten an 208 Kalendertagen auf das Grundstück des Klägers. Die Blendwirkung sei nach Aussage des Sachverständigen so intensiv, dass an mehr als 100 Tagen im Jahr Blicke in Richtung der Photovoltaikanlage vollständig zu vermeiden seien. Dies reiche aus, um die Wesentlichkeit der Beeinträchtigung zu bejahen. Wertentscheidungen des Gesetzgebers zur Förderung erneuerbarer Energien änderten nichts an dem Ergebnis. Entscheidend sei die Betrachtung des verständigen Durchschnittsmenschen. Dieser ziehe zwar auch Allgemeininteressen wie die des Umweltschutzes in seine Bewertung ein, akzeptiere aber nicht jede Blendwirkung.

Das Landgericht Duisburg als Vorinstanz hatte zwar ebenfalls eine wesentliche Beeinträchtigung angenommen, diese aber für ortsüblich und daher hinnehmbar gehalten. Das Landgericht hatte die Ortsüblichkeit auch aus der gesetzgeberischen Wertentscheidung zur Förderung von Solarstrom abgeleitet. Das OLG hingegen meint, aus der gesetzgeberischen Entscheidung zur Förderung von Solardachanlagen ergebe sich kein „Freibrief“ zur Installation von Photovoltaikanlagen ohne Rücksicht auf die Eignung der jeweiligen Dachfläche und die Beeinträchtigung der Rechte Dritter“.

Welche Maßnahmen der anlagenbetreibende Nachbar vornimmt, bleibt ihm überlassen. Ob wesentliche Beeinträchtigungen auch nach

etwaigen Maßnahmen bestehen, sei im Vollstreckungsverfahren zu klären.

Praxistipp

Mit der Entscheidung liegt nun nach einem Urteil des OLG Karlsruhe (Urteil vom 13.12.2017 – 9 U 184/11) eine zweite OLG-Entscheidung zur Blendung durch Solaranlagen vor. Grundstückseigentümer sollten daher Regelungen in die Verträge über die Installation der Photovoltaikanlage aufnehmen, die klarstellen, dass erhebliche Beeinträchtigungen des Nachbarn einen Mangel der Anlage darstellen. Damit hätte der Installateur die Kosten der Beseitigung der Blendwirkung zu tragen.

Die Solarbranche könnte gut beraten sein, verbindliche Standards zu erarbeiten, um Unsicherheiten zu beseitigen, die sich aus einer aufwändigen und ergebnisoffenen Einzelfallbetrachtung ergeben. So könnte das Risiko eines späteren Abblendanspruchs umgangen werden. ■



Tilman Lorenz Petersen,
LL. M. (Columbia University)
Rechtsanwalt bei CMS in Hamburg.
E tilman.petersen@cms-hs.com

Grundstücksverkauf: keine arglistige Täuschung bei gutgläubiger Falschauskunft

Hintergrund

Die Kläger verlangen Ersatz eines Feuchtigkeitschadens an einer Immobilie, die sie von den Beklagten erworben haben. Der Grundstückskaufvertrag enthält einen umfassenden Ausschluss der Mängelhaftung. Bei einer Besichtigung vor Vertragsabschluss hatten die Beklagten den Klägern mitgeteilt, der Sockel im Frontbereich des Gebäudes sei wegen einer Beschädigung bei Pflasterarbeiten nachgeputzt worden. Nach Eigentumsumschreibung ließen die Kläger den Sockelputz durch einen Sachverständigen untersuchen. Dabei stellten sie fest, dass der gesamte Sockelbereich des Gebäudes mangels ausreichender Abdichtung nicht sachgerecht ausgeführt wurde. Zeugen hatten Feuchtigkeitserscheinungen bereits lange vor Kaufvertragsabschluss erkannt. Das Landgericht verurteilte die Beklagten zur Zahlung von Schadensersatz. Es nahm ein arglistiges Verschweigen an, da den Beklagten die Feuchtigkeitsmängel bekannt waren, sie diese aber den Klägern nicht offenbart hatten.

Die Entscheidung

Das OLG Koblenz (Urteil vom 13.09.2017 – 5 U 375/15) wies die Klage hingegen in vollem Umfang ab.

Ein Schadensersatzanspruch der Kläger bestand wegen des kaufvertraglichen Haftungsausschlusses

nicht. Ein arglistiges Verschweigen der Beklagten, das den vertraglichen Haftungsausschluss aufgehoben hätte, lag nach Auffassung des OLG nicht vor. Der subjektive Tatbestand der Arglist setze zumindest Eventualvorsatz voraus. Eine leichtfertige oder grob fahrlässige Unkenntnis genüge nicht. Im Falle eines arglistigen Verschweigens hätten die Beklagten zumindest für möglich halten und zugleich billigend in Kauf nehmen müssen, dass die Kläger den Mangel nicht kennen und bei Offenlegung den Vertrag nicht oder nicht mit dem vereinbarten Inhalt geschlossen hätten. Dagegen genüge es nicht, wenn sich dem Verkäufer – so wie hier – das Vorliegen aufklärungsbedürftiger Tatsachen lediglich hätte aufdrängen müssen, weil dann die Arglist vom Vorsatz abgekoppelt und im Ergebnis durch grob fahrlässige Unkenntnis ersetzt würde. Folglich genüge ein bewusstes Sichverschließen des Verkäufers nicht den strengen Anforderungen, die nach der Rechtsprechung des BGH an die Arglist zu stellen sind. Die Beklagten mussten also nicht darauf hinweisen, dass ihnen die Schadensursache unklar war und sie diese auch nicht näher untersucht hatten.

Praxistipp

Der Ausschluss der Haftung für Sachmängel ist in Grundstückskaufverträgen weit verbreitet. Entdeckt der Käufer einen Mangel erst nach Beurkundung des Kaufvertrags, stehen

ihm Ansprüche gegen den Verkäufer nur zu, wenn dem Verkäufer Arglist nachgewiesen werden kann. Die Entscheidung des OLG Koblenz verdeutlicht wieder einmal die hohen Hürden, die der Käufer dabei zu überwinden hat. Anders wäre der Fall möglicherweise bei einem versteckten Mangel, der bei einer Besichtigung nicht erkennbar gewesen ist, entschieden worden. Denn über versteckte Mängel, die dem Verkäufer bekannt sind, hat dieser den Käufer auch ungefragt aufzuklären, wenn der Mangel Einfluss auf die Kaufentscheidung haben könnte.

Ein Grundstückskäufer sollte das Gebäude vor dem Kaufvertragsabschluss intensiv und eventuell mit sachverständiger Unterstützung untersuchen und sich mit mündlichen Erklärungen des Verkäufers nicht zufriedengeben. In Zweifelsfällen sollte die Ursache von Mängeln aufgeklärt oder eine Garantie in den Kaufvertrag aufgenommen werden. ■



Dr. Stefan Voß

Partner bei CMS in Stuttgart.

E stefan.voss@cms-hs.com

Entschädigung aus § 642 BGB nur für den Zeitraum des Annahmeverzugs

Hintergrund

Der Auftragnehmer macht in seiner Schlussrechnung als Nachtrag unter anderem gestiegene Lohn- und Materialkosten geltend, weil er durch die Insolvenz eines Rohbauunternehmens und die verzögerte Planung durch den Architekten der Beklagten seine Leistungen im Ergebnis erst zwei Jahre später als vertraglich vereinbart auf der Baustelle erbringen konnte. Die Vorinstanz hatte den Anspruch aus § 642 BGB bejaht (Kammergericht, Urteil vom 10.01.2017 – 21 U 14/16). Der Bauherr sei seiner Mitwirkungsobliegenheit nicht nachgekommen, dem Auftragnehmer das Grundstück für die Bauausführung zu überlassen. Die Verschiebung der Arbeiten vom Jahr 2008 in das Jahr 2011 habe dazu geführt, dass die Klägerin ihren Mitarbeitern 2011 höhere Löhne bezahlen müssen.

Die Entscheidung

Der BGH (Urteil vom 26.10.2017 – VII ZR 16/17) bricht mit dieser bisher gängigen Rechtsprechung und weist den Nachtrag zurück. Der Anspruch, den § 642 BGB gewährt, umfasse nicht Kosten, die aufgrund des Annahmeverzugs des Bauherrn infolge einer unterlassenen, ihm obliegenden Mitwirkungshandlung verursacht werden, aber erst nach Beendigung

der Behinderung bei Ausführung der verschobenen Werkleistung anfallen. Eine Entschädigung nach § 642 BGB könne nur für die Dauer des Annahmeverzugs bzw. der Behinderung geltend gemacht werden, sie beschränkt sich also auf vom Unternehmer bereitgehaltenes Personal, Gerät und Kapital während der Dauer der Behinderung bzw. des Annahmeverzugs. Die Auswirkungen auf den weiteren Bauablauf – typisches Beispiel hierfür sind nach Ende der Behinderung gestiegene Lohn- und Materialkosten – bleiben außer Betracht.

Praxistipp

Der BGH definiert § 642 BGB grundlegend neu und schlägt dem Auftragnehmer durch seine enge Auslegung der Regelung eine gängige Anspruchsgrundlage aus der Hand, mit der bisher typische Kosten wegen Bauzeitverzögerungen geltend gemacht werden konnten. Der BGH verweist den Auftragnehmer stattdessen auf Schadensersatz wegen Pflichtverletzung durch den Auftraggeber gemäß §§ 280, 286 BGB (wegen Verzugs). Die Voraussetzungen hierfür werden oft nicht vorliegen, weil die Rechtsprechung die Mitwirkung des Auftraggebers bisher meist nicht als echte Vertragspflicht, sondern nur als Obliegenheit versteht, deren Verletzung keine

Schadensersatzansprüche auslöst. Ferner verweist der BGH den Auftragnehmer insbesondere auf die Möglichkeit, den Vertrag bei Bauzeitverzögerungen nach § 643 BGB bzw. § 6 Abs. 7 VOB/B zu kündigen, was praxisfern ist.

Damit der Auftragnehmer mit seinen Ansprüchen nicht im Regen steht, empfiehlt es sich, bei Vertragsschluss künftig in weit größerem Umfang Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers (z. B. pünktliche Übergabe des Baufeldes, Herstellung der Baufreiheit zu einem bestimmten Zeitpunkt) als echte Vertragspflichten festzuschreiben. Bei Verzug kann der Auftragnehmer dann nämlich Schadensersatz fordern, der alle Kosten – auch solche nach Ende der eigentlichen Behinderung – umfasst. ■



Dr. Daniel Schweiger

Rechtsanwalt bei CMS in Berlin.

E daniel.schweiger@cms-hs.com

Wer trägt das Risiko einer Änderung der anerkannten Regeln der Technik?

Hintergrund

Ein Auftraggeber beauftragte die Errichtung von drei Hallen auf Basis eines VOB/B-Vertrags. In der Gebäudebeschreibung ist eine Schneelast von 80 kg/m² angegeben, die der DIN 1055-5 (1995) entsprach. Diese technischen Vorgaben änderten sich jedoch durch die DIN 1055-5 (2005), wonach seit deren Einführung eine Schneelast von 139 kg/m² anzusetzen ist. Die Halle wurde dennoch unter Zugrundelegung der DIN 1055-5 (1995) in der Zeit bis August 2007 errichtet. In der Folgezeit kam es zur Durchbiegung der Dachkonstruktion und der Auftraggeber forderte den Auftragnehmer zur Verstärkung der Dachkonstruktion auf. Dabei vertrat er die Auffassung, der Auftragnehmer habe die Dachkonstruktion unter Berücksichtigung der in der (neuen) DIN 1055-5 (2005) vorgesehenen Schneelast von 139 kg/m² zu ertüchtigen, also die Änderung der anerkannten Regeln der Technik zu berücksichtigen.

Die Entscheidung

Der BGH teilte diese Auffassung und entschied mit Urteil vom 14.11.2017 – VII ZR 65/14 –, dass der Auftragnehmer des VOB/B-Vertrags grundsätz-

lich die Einhaltung der allgemein anerkannten Regeln der Technik zum Zeitpunkt der Abnahme schuldet. Dies gilt auch bei einer Änderung der allgemein anerkannten Regeln der Technik zwischen Vertragsschluss und Abnahme. In einem solchen Fall hat der Auftragnehmer den Auftraggeber über die Änderungen und die damit verbundenen Konsequenzen und Risiken für die Bauausführung zu informieren, es sei denn, diese sind dem Auftraggeber bekannt. Die hieraus für den Auftraggeber resultierenden Handlungsoptionen hat der BGH wie folgt beschrieben:

Zum einen kann er die Einhaltung der neuen allgemein anerkannten Regeln der Technik verlangen mit der Folge, dass ein aufwändigeres Verfahren zur Herstellung erforderlich werden kann, als im Zeitpunkt des Vertragsschlusses von den Parteien vorgesehen war. In diesem Fall kann der Auftragnehmer im Regelfall eine entsprechende Anpassung der Vergütung verlangen. Alternativ kann der Auftraggeber aber auch auf die Einhaltung der neuen allgemein anerkannten Regeln der Technik verzichten und damit eine etwaige Verteuerung des Bauvorhabens vermeiden.

Praxistipp

Nach der Rechtsprechung des BGH bleibt es den Parteien unbenommen, bereits bei Vertragsschluss eine Vereinbarung zu treffen, nach der die Bauausführung hinter den aktuellen oder den künftigen allgemein anerkannten Regeln der Technik, soweit deren Einführung bereits absehbar ist, zurückbleibt. Dies erfordert jedoch, dass der Auftragnehmer den Auftraggeber klar auf die Bedeutung der allgemein anerkannten Regeln der Technik und die mit der Nichteinhaltung verbundenen Konsequenzen und Risiken hinweist. ■



Dr. Katja Küpper
Rechtsanwältin bei CMS in
Frankfurt/Main.
E katja.kuepper@cms-hs.com

Backstube frisch geweißt: Vergilbte Wand ist mangelhaft

Hintergrund

In einem vom BGH entschiedenen Fall (Urteil vom 31.08.2017 – VII ZR 5/17) ging es unter anderem um die Frage, ob hinsichtlich der Farbstabilität von Malerarbeiten eine konkludente Beschaffenheitsvereinbarung geschlossen wurde. Die Frage, welche Beschaffenheit eine Sache nach der vertraglichen Vereinbarung haben muss, kann im Hinblick auf die Mängelrechte für beide Vertragsparteien von enormer Bedeutung sein. Still-schweigende Beschaffenheitsvereinbarungen bringen ein besonderes Risiko mit sich.

Die Entscheidung

In einer Großbäckerei sollten umfangreiche Malerarbeiten ausgeführt werden. Zunächst legte ein Werkunternehmer eine etwa 20 m² große Probefläche an. Diese Fläche sah „schneeweiß“ aus. Daraufhin erhielt er den Auftrag, die gesamte Produktionshalle zu streichen. Die Malerarbeiten wurden ausgeführt. Nachdem die Arbeiten über mehrere Monate unterbrochen waren, waren die ausgeführten Teilflächen vergilbt und fleckig. Die Parteien hatten weder vor noch bei Vertragsschluss über eine mögliche Vergilbung der Flächen gesprochen.

Der BGH betonte in seiner Entscheidung, dass Gegenstand einer Beschaffenheitsvereinbarung sowohl

die exakte Wandfarbe als auch die Farbstabilität des Wandanstriches sein kann.

Der BGH stellte fest, dass die Parteien eine Beschaffenheitsvereinbarung hinsichtlich des Farbtones der Probefläche zum Zeitpunkt von deren Besichtigung getroffen haben. Der Werkunternehmer habe sich demgemäß verpflichtet, genau diesen Farbton auf der gesamten Fläche sicherzustellen.

Hinsichtlich der Farbstabilität stellte der BGH fest, dass bei der Frage, ob und mit welchem Inhalt eine konkludente Beschaffenheitsvereinbarung getroffen wurde, „die berechnete Erwartung des Bestellers an die Werkleistung von Bedeutung“ ist. Wenn ein mögliches Vergilbungsrisiko einem Fachkundigen nicht spätestens bei Vertragsschluss erläutert wird (etwa dass in bestimmten Räumen typischerweise Vergilbungsprozesse ablaufen), darf der Auftraggeber jedenfalls „die berechnete Erwartung der Probefläche festgelegte Weißanstrich – übliche Reinigung vorausgesetzt – nicht bereits nach weniger als einem Jahr mehr als nur unwesentlich vergilben würde“.

Praxistipp

Der BGH entschied in diesem einfach gelagerten Sachverhalt über die Auslegung einer konkludenten

Beschaffenheitsvereinbarung. Die Entscheidung dürfte für andere Oberflächenarbeiten relevant werden, bei denen es auf eine einheitliche oder bestimmte Optik ankommt. Auftraggeber sind vor diesem Hintergrund gut beraten, zunächst eine Probefläche ausführen zu lassen, wenn es ihnen auf eine ganz bestimmte Art der Ausführung ankommt. Die Beschaffenheit der Probefläche sollte sodann dokumentiert werden. Werkunternehmer hingegen sollten darauf achten, auf mögliche Abweichungsrisiken (fachgerechte Ausführung unterstellt) frühzeitig hinzuweisen. ■



Jessica Böttinger

Rechtsanwältin bei CMS in Hamburg.

E jessica.boettinger@cms-hs.com

Sicherheit nach § 650f BGB (§ 648a BGB a.F.) als Druckmittel für Verhandlungen?

Hintergrund

§ 650f Abs. 1 BGB gewährt dem vorleistungspflichtigen Unternehmer zur Sicherung seines Vergütungsanspruchs gegen den Besteller einen Anspruch auf Sicherheitsleistung in Höhe von 10 % des Gesamtvergütungsanspruchs. Der einklagbare Anspruch erfordert allein einen wirksamen Bauvertrag und ist im Übrigen voraussetzungslos; die Einwendungen des Bestellers sind beschränkt. Die Nichterfüllung des Anspruchs hat für den Besteller gravierende Rechtsfolgen, denn dem Unternehmer ist gemäß § 650f Abs. 5 BGB nach erfolglosem Ablauf einer angemessenen Frist die Möglichkeit eröffnet, den Bauvertrag außerordentlich zu kündigen und grundsätzlich die vereinbarte Vergütung zu verlangen. Die Geltendmachung des Anspruchs ist für den Unternehmer häufig ein geeignetes Druckmittel, um den Besteller, dem die Stellung von Sicherheiten lästig ist, zu Verhandlungen über die weitere Durchführung des Bauvorhabens zu motivieren. Höchststrichterlich war bisher nicht geklärt, wie sich ein solches „Motivbündel“ auf die Zulässigkeit des Sicherungsverlangens auswirkt: Verhält der Unternehmer sich rechtsmissbräuchlich (§ 242 BGB) oder verstößt er gegen das bauvertragliche Kooperationsgebot, wenn er mit dem Sicherheitsverlangen in erster Linie die Gesprächsbereitschaft des Bestellers fördern will?

Das OLG Frankfurt hatte als Vorinstanz mit Urteil vom 17.02.2015 –

5 U 211/13 – entschieden, dass es das bauvertragliche Kooperationsgebot erfordere, Meinungsverschiedenheiten vorrangig im Verhandlungswege beizulegen und das Sicherungsverlangen nur nach vorheriger Ankündigung einzusetzen. Das ohne Ankündigung als Druckmittel eingesetzte Sicherungsverlangen sei genauso wie die auf der unterlassenen Stellung von Sicherheiten beruhende Kündigung unwirksam.

Die Entscheidung

Der BGH hat auf die Revision des unterlegenen Unternehmers mit Urteil vom 23.11.2017 – VII ZR 34/15 – das Urteil des OLG Frankfurt aufgehoben und die Einwände der unzulässigen Rechtsausübung und des Verstoßes gegen das bauvertragliche Kooperationsgebot zurückgewiesen. Der BGH betont den Zweck des Sicherungsverlangens, wonach dem Unternehmer ermöglicht sein soll, möglichst schnell und effektiv vom Besteller eine Sicherheit für die vereinbarte und nicht gezahlte Vergütung zu erlangen. Nach der gesetzgeberischen Wertung stelle es keine unzulässige Rechtsausübung und auch keinen Verstoß gegen das bauvertragliche Kooperationsgebot dar, wenn dem Sicherungsverlangen des Unternehmers auch andere Motive als die bloße Erlangung einer Sicherheit zugrunde lägen. Der BGH lässt ausdrücklich offen, wie die Fälle des offensichtlichen Rechtsmissbrauchs zu bewerten sind.

Praxistipp

Der BGH bestätigt: Ist der Anspruch vom Gesetzgeber bewusst voraussetzungslos ausgestaltet, so bleibt auch grundsätzlich das Motiv außer Betracht, weswegen der Unternehmer den Anspruch geltend macht; er muss seine Gründe auch nicht darlegen. Der Besteller sollte dem Sicherungsverlangen des Unternehmers deshalb auch dann nachkommen, wenn dieser ersichtlich nur nachrangig die Erlangung einer Sicherheit bezweckt. Allein für die Fälle des offensichtlichen Rechtsmissbrauchs erwägt der BGH eine andere Bewertung. Es dürfte sich um einen praktisch kaum vorstellbaren Fall handeln, in dem der Unternehmer durch sein Verhalten zum Ausdruck gebracht hat, an einer Sicherung seines Vergütungsanspruchs kein Interesse zu haben, und er sich deshalb durch das gleichwohl ausgesprochene Sicherungsverlangen widersprüchlich verhält. ■



Peter Oriwol

Rechtsanwalt bei CMS in Leipzig.
E peter.oriwol@cms-hs.com

Keine Aufrechnung eines Sicherheitseinbehalts für Mängel gegen Forderungen aus anderen Verträgen

Hintergrund

Im Urteil vom 14.09.2017 – VII ZR 3/17 – hatte der BGH die Frage zu entscheiden, ob ein Auftraggeber berechtigt ist, einen für Mängelansprüche vereinbarten Sicherheitseinbehalt zur Aufrechnung mit Forderungen aus anderen Verträgen zu nutzen.

Die Entscheidung

Der Auftraggeber und der Auftragnehmer hatten in drei Bauvorhaben jeweils einen Einbehalt von 5 % der Schlussabrechnungssumme als Sicherheit für Mängelansprüche, Schadensersatzansprüche oder Ansprüche auf Erstattung von Überzahlungen vereinbart. Der Einbehalt sollte nach Ablauf der Gewährleistungsfrist ausbezahlt werden. Der Auftragnehmer war seinerseits berechtigt, den Einbehalt durch eine Bürgschaft abzulösen.

Dem Auftraggeber standen gegen den Auftragnehmer noch aus anderen Geschäftsbeziehungen Forderungen zu. Als der Auftragnehmer in wirtschaftliche Schwierigkeiten geriet, erklärte der Auftraggeber die Aufrechnung dieser Forderungen mit den vereinbarten Sicherheitseinhalten. Der Insolvenzverwalter des Auftragnehmers hielt diese Aufrechnungen für unwirksam und verklagte den Auftraggeber auf Auszahlung der Sicherheitseinhalte.

Der BGH gab dem Insolvenzverwalter Recht und klärte damit eine lange zwischen den Oberlandesgerichten streitige Frage. Der BGH führt aus,

dass die Vereinbarung der Parteien über den Sicherheitseinbehalt die Übereinkunft der Parteien beinhalte, dass dieser Sicherheitseinbehalt nicht zur Aufrechnung mit Forderungen aus anderen Verträgen zur Verfügung steht. Dies ergebe sich aus einer interessengerechten Auslegung der Vereinbarung.

Der BGH argumentiert, dass, wenn man keinen solchen stillschweigenden Aufrechnungsausschluss annähme, der Sicherheitseinbehalt zugleich eine Sicherheit für Ansprüche aus anderen Verträgen darstellte. Dies sei aber nicht vom Inhalt der getroffenen Vereinbarung gedeckt. Denn der Wille der Parteien gehe regelmäßig nur dahin, mögliche zukünftige Ansprüche des Auftraggebers aus dem konkreten Vertragsverhältnis abzusichern. Auch der Umstand, dass der Auftragnehmer berechtigt sei, den Sicherheitseinbehalt durch eine Bürgschaft abzulösen, spreche für diese Auslegung, da sich der Sicherungszweck der Bürgschaft aufgrund ihrer Akzessorietät jedenfalls auf die konkret gesicherten Ansprüche beschränke.

Der BGH tritt auch dem Argument des Auftraggebers entgegen, die Vereinbarung des Sicherheitseinbehalts solle nach dem Parteiwillen nur zu seinen Gunsten wirken und man dürfe ihm demnach nicht das ihm gesetzlich zustehende Aufrechnungsrecht des § 387 BGB nehmen. Der BGH verweist insofern darauf, dass der Auftraggeber, wenn kein Sicherheitseinbehalt vereinbart worden wäre, den Werklohn des Auftragnehmers bereits bei Fälligkeit vollständig beglichen hätte. Die Werklohnforderung wäre damit erloschen und stünde auch in diesem Fall ebenso wenig zur Aufrechnung zur Verfügung.

Praxistipp

Praxistipp

Die Entscheidung betrifft ausdrücklich nur die Aufrechnung mit einem bereits vorgenommenen Sicherheitseinbehalt. Die Möglichkeit eines Auftraggebers zur Aufrechnung gegenüber Werklohnforderungen vor der Vornahme des Einbehalts bleibt unberührt.

Möchte ein Auftraggeber, dass ein Sicherheitseinbehalt für Mängel auch zur Aufrechnung für Forderungen aus anderen Geschäften zur Verfügung steht, muss er dies mit dem Auftragnehmer ausdrücklich vereinbaren. Dies wird aber nur individualvertraglich möglich sein. Eine solche Ausweitung des Sicherungszwecks im Rahmen von allgemeinen Geschäftsbedingungen dürfte eine unangemessene Benachteiligung des Auftragnehmers darstellen und daher gemäß § 307 BGB unwirksam sein. ■



Martin Krause

Partner bei CMS in Köln.

E martin.krause@cms-hs.com

Vertretungsmacht des Architekten für den Bauherrn?

Hintergrund

Bei Bauvorhaben wird immer wieder die Frage relevant, in welchem Umfang ein Architekt mit Wirkung für und gegen den Bauherrn Erklärungen abgeben oder vertragliche Verpflichtungen eingehen darf. Die Bauwirklichkeit zeigt, dass Architekten nicht selten Zusatzaufträge anordnen oder die rechtsgeschäftliche Abnahme vornehmen, ohne dass sie hierzu ausdrücklich durch den Bauherrn bevollmächtigt wurden.

Eine solche Fallgestaltung lag auch dem Urteil des OLG Celle vom 18.05.2017 – 7 U 168/16 – zugrunde. Der Auftragnehmer war mit der Eindeckung eines Daches beauftragt. In diesem Zusammenhang ordnete der Architekt dem Bauherrn weitere Leistungen beim Auftragnehmer an. Der Bauherr verweigerte die Zahlung, da er dem Architekten keine Vollmacht zur Anordnung von Zusatzaufträgen erteilt habe.

Die Entscheidung

Das OLG Celle entschied, dass ein Architekt oder Bauleiter nicht kraft seiner Bestellung uneingeschränkt bevollmächtigt ist, den Bauherrn beim Abschluss von Verträgen zu vertreten oder rechtsgeschäftliche Erklärungen abzugeben, die dem Bauherrn erhebliche Verpflichtungen auferlegen. Ohne ausdrückliche Vollmacht ist er insbesondere nicht

befugt, zusätzliche Aufträge oder Änderungsaufträge zu vergeben, die zu spürbaren finanziellen Konsequenzen für den Bauherrn führen. Eine Ausnahme besteht bei Gefahr in Verzug oder bei kleineren Zusatzaufträgen, bei denen es üblich ist, dass diese ohne Mitwirkung des Auftraggebers auf der Baustelle angeordnet werden.

Praxistipp

Die Entscheidung liegt ganz auf der Linie der Rechtsprechung zur Weite der Vertretungsbefugnis kraft Bestellung als Architekt (häufig als originäre Architektenvollmacht bezeichnet). Pointiert lässt sich diese damit zusammenfassen, dass die „Architektenvollmacht da endet, wo der Geldbeutel des Auftraggebers beginnt“. Die originäre Architektenvollmacht ermächtigt insoweit (nur) z. B. zur Vornahme des Aufmaßes oder zur Anzeige von Mängeln. Die Beteiligten sollten beachten, dass ein Architekt ohne ausdrückliche Vollmacht nur kleine Zusatz- oder Änderungsaufträge anordnen darf. Er ist auch nicht zur rechtsgeschäftlichen Abnahme, zur Erklärung des Vertragsstrafenvorbehalts oder zur Beauftragung von Stundenlohnarbeiten befugt.

Das Fehlen der Vollmacht kann mit erheblichen Konsequenzen verbunden sein. War der Architekt z. B. nicht zur Erklärung des Vertrags-

strafenvorbehalts berechtigt, ist der Vorbehalt unwirksam (§ 180 BGB) und der Bauherr kann die Vertragsstrafe nicht mehr geltend machen. Der Bauunternehmer wiederum droht bei Zusatzleistungen, angeordnet durch einen nicht bevollmächtigten Architekten, mit seinen Ansprüchen auszufallen. Die Rechtsprechung verneint häufig eine Vertretung des Bauherrn nach Rechtsscheingrundsätzen sowie eine Haftung des Architekten, da dem Bauunternehmer die Beschränkung der originären Architektenvollmacht bekannt sein muss.

Diese Probleme können vermieden werden, wenn die Beteiligten den Umfang der Vollmacht vertraglich genau und transparent festlegen. Bauunternehmer sind zudem gut beraten, sich Anordnungen des Architekten stets durch den Bauherrn bestätigen zu lassen. ■



Tino Beuthan, M.Sc.
Rechtsanwalt bei CMS in Berlin.
E tino.beuthan@cms-hs.com

Ein Bebauungsplan darf Zweckbestimmung eines Baugebiets nicht vollständig ausschließen

Hintergrund

Gemeinden steuern die Nutzungen in ihrem Gemeindegebiet durch Bebauungspläne. Die Baunutzungsverordnung (BauNVO) enthält einen „Werkzeugkasten“ für die Ausgestaltung der Bebauungspläne. Zur Steuerung der Nutzungen setzt die Gemeinde eines der in der BauNVO definierten Baugebiete fest (z. B. allgemeines Wohngebiet, Mischgebiet, Gewerbegebiet). Hat sich die Gemeinde für einen Baugebietstyp entschieden, ergibt sich dessen allgemeine Zweckbestimmung aus den Festlegungen der BauNVO für diesen Gebietstyp. Die BauNVO regelt dann auch die in dem jeweiligen Gebietstyp allgemein zulässigen Nutzungen sowie solche Nutzungen, die die Gemeinde nur ausnahmsweise zulassen kann. Diese Grobsteuerung durch die BauNVO können die Gemeinden im spezifischen Bebauungsplan ergänzen oder ändern und zur Feinsteuerung sowohl allgemein zulässige Arten von Nutzungen ausschließen oder auf Ausnahmen beschränken (§ 1 Abs. 5 BauNVO) als auch eigentlich nur ausnahmsweise zulässige Nutzungen allgemein zulassen (§ 1 Abs. 6 BauNVO) – allerdings jeweils nur insoweit, als die allgemeine Zweckbestimmung des Baugebiets gewahrt bleibt.

Die Entscheidung

Eine Gemeinde hatte ein allgemeines Wohngebiet festgesetzt, das nach der BauNVO vorwiegend dem

Wohnen dient. Allerdings hatte die Gemeinde dabei von den nach der BauNVO allgemein zulässigen Nutzungsarten nur Wohngebäude beibehalten und die beiden anderen allgemein zulässigen Nutzungsarten (dabei handelt es sich insbesondere um Anlagen der Versorgungsinfrastruktur wie z. B. Läden, Gaststätten, Anlagen für kirchliche, soziale oder sportliche Zwecke) ausgeschlossen. Das BVerwG hatte dies schon 1999 als rechtswidrig angesehen, weil dadurch ein allgemeines Wohngebiet faktisch zu einem reinen Wohngebiet, das nach der Festlegung der BauNVO nicht „vorwiegend“, sondern „ausschließlich“ dem Wohnen dienen soll, wurde. Deshalb sei die Zweckbestimmung des Gebiets nicht mehr gewahrt.

Um die Unwirksamkeit zu vermeiden, hatte die Gemeinde im vorliegenden Fall Beherbergungsbetriebe, die nach der BauNVO in einem allgemeinen Wohngebiet nur ausnahmsweise zulässig sind, für allgemein zulässig erklärt. Sie hat also die Einschränkung der allgemein zulässigen Nutzungen durch eine allgemeine Zulassung sonst nur ausnahmsweise zulässiger Nutzungen zu kompensieren versucht. Das BVerwG (Urteil vom 07.09.2017 – 4 C 8.16) akzeptierte diesen „Trick“ nicht, weil dadurch die durch den allgemeinen Ausschluss wesentlicher Nutzungsarten verlorene Zweckbestimmung des Gebiets nicht wiedergewonnen werden konnte, und erklärte den Bebauungsplan für unwirksam.

Praxistipp

Bei der Feinsteuerung von Bebauungsmöglichkeiten ist Vorsicht geboten. Der Bogen darf nicht überspannt werden, indem man sich zu weit von der Zweckbestimmung des jeweiligen Baugebiets entfernt. Die Rechtsprechung ist reich an Beispielen, in denen die Gemeinden mehr erreichen wollten, als es das Planungsrecht gestattet. Das gilt z. B. auch im Hinblick auf Beschränkungen für Verkaufsflächen und Sortimente. ■



Dr. Dirk Rodewoldt

Partner bei CMS in Stuttgart.

E dirk.rodewoldt@cms-hs.com

Brandschutz und Bestandsschutz

Hintergrund

Die Baubehörde hatte gegenüber der Eigentümerin eines genehmigten (damit formell bestandsgeschützten) Hotels eine sofort vollziehbare Nutzungsuntersagung erlassen und ihr die Beseitigung verschiedener brandschutzrechtlicher Mängel im Bereich der Fluchtwege aufgegeben. Die Anordnungen waren auf Art. 54 Abs. 4 BayBO gestützt. Danach können die Baubehörden auch an bestandsgeschützte bauliche Anlagen nachträgliche Anforderungen stellen, wenn sie zur Abwehr von erheblichen Gefahren für Leben und Gesundheit notwendig sind. Gegen die brandschutzrechtlichen Anordnungen hatte die Eigentümerin einstweiligen Rechtsschutz beantragt. Das Verwaltungsgericht Augsburg hat den Antrag abgelehnt; der VGH München hat durch Beschluss vom 11.10.2017 – 15 CS 17.1055 – die verwaltungsgerichtliche Entscheidung im Wesentlichen bestätigt.

Die Entscheidung

Der VGH weist darauf hin, dass Art. 54 Abs. 4 BayBO eine verfassungskonforme Einschränkung der Legalisierungswirkung einer Baugenehmigung ist. Brandschutzrechtliche Anordnungen können daher auf

Art. 54 Abs. 4 BayBO gestützt werden, ohne dass zuvor die erteilte Baugenehmigung aufgehoben werden müsste. Auf Tatbestandsseite fordert der VGH zwar grundsätzlich eine konkrete Gefahr, lässt es aber angesichts des hohen Stellenwerts der Rechtsgüter Leib und Leben im Ergebnis ausreichen, dass ein Schadensseintritt aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalls „nicht ganz unwahrscheinlich ist“. Überdies nimmt der VGH an, dass Mängel der Rettungswege eine erhebliche Gefahr im Sinne von Art. 54 Abs. 4 BayBO indizieren. Danach ist grundsätzlich von einer erheblichen Gefahr für Leib und Leben auszugehen, wenn die Rettungswege nicht den (aktuellen) bauordnungsrechtlichen Anforderungen genügen. Auch erhebliche finanzielle und betriebliche Belastungen führen nach der Entscheidung nicht zu einer Unverhältnismäßigkeit der Anordnungen, weil der jeweilige Eigentümer unabhängig von seiner finanziellen Leistungsfähigkeit für den ordnungsgemäßen Zustand seines Gebäudes verantwortlich ist. Nach diesem Maßstab hat der VGH die Anordnungen im konkreten Fall (nach summarischer Prüfung) als rechtmäßig erachtet, soweit sie die Beseitigung von brandschutzrechtlichen Mängeln der Fluchtwege betreffen.

Die Nutzungsuntersagung hat der VGH ebenfalls als rechtmäßig erachtet und darauf hingewiesen, dass die Behörde in einem solchen Fall regelmäßig verpflichtet sein wird, eine Nutzungsuntersagung anzuordnen, weil die Nutzung eines Hotels ohne ordnungsgemäße Rettungswege mit erheblichen Gefahren für die Gäste verbunden ist.

Praxistipp

Die Entscheidung zeigt, dass auch bestandsgeschützte Gebäude mitunter recht weitgehend an die aktuellen brandschutzrechtlichen Anforderungen angepasst werden müssen. Insbesondere erforderliche Fluchtwege müssen regelmäßig den aktuellen Anforderungen genügen. Insoweit gilt im Zweifel: Brandschutz vor Bestandsschutz. ■



Dr. Jan Niklas Gestefeld
Rechtsanwalt bei CMS in Hamburg.
E jan.gestefeld@cms-hs.com

BImSchG-Genehmigung zur Errichtung und zum Betrieb von Windkraftanlagen

Hintergrund

In Zeiten der voranschreitenden Energiewende häufen sich die Auseinandersetzungen über die Zulässigkeit von Windkraftanlagen (WKA). Dabei geht es immer wieder auch um die – zu verneinende – Frage, ob die privilegierten Vorhaben an jedem beliebigen Standort im Außenbereich zulässig sind. Die im vorliegenden Fall begehrte immissionschutzrechtliche Genehmigung zur Errichtung und zum Betrieb von vier WKA blieb dem bereits in erster Instanz erfolglosen Kläger versagt, weil dem Vorhaben öffentliche Belange entgegenstanden, die zu einer bauplanungsrechtlichen Unzulässigkeit führten.

Die Entscheidung

Nach § 35 Abs. 1 Nr. 5 BauGB ist ein Vorhaben im Außenbereich nur zulässig, wenn öffentliche Belange nicht entgegenstehen, die ausreichende Erschließung gesichert ist und wenn es – unter anderem – der Nutzung der Windenergie dient. In seinem Urteil vom 05.09.2017 – 8 A 1125/14 – entschied das OVG Münster, dass und unter welchen Voraussetzungen öffentliche Gründe im Einzelfall ein solches Vorhaben ausschließen können.

Die danach erforderliche Einzelfallprüfung besteht in einer „nachvollziehenden“ Abwägung, bei der die öffentlichen Belange je nach ihrem Gewicht und dem Grad ihrer nachteiligen Betroffenheit einerseits und

das kraft der gesetzlichen Privilegierung gesteigert durchsetzungsfähige Privatinteresse an der Verwirklichung des Vorhabens andererseits gegenüberzustellen sind. Wenn das Vorhaben – wie im vorliegenden Fall – den Darstellungen des Landschaftsplans als öffentlicher Belang im Sinne der gesetzlichen Vorschriften widerspricht, kann es unzulässig sein, auch wenn die Errichtung von WKA innerhalb großräumiger Landschaftsschutzgebiete in Teilbereichen mit weniger hochwertigen Funktionen für den Naturhaushalt und die Landschaftspflege sowie die landschaftsorientierte Erholung grundsätzlich in Betracht kommen dürfte. Entscheidend ist nach der gebotenen Abwägung, ob sich bei Zulassung des Vorhabens der Gebietscharakter verändern kann und ob es mit dem Schutzzweck des Landschaftsschutzgebiets insgesamt (noch) vereinbar ist.

Praxistipp

Obwohl der Errichtung von WKA ein gesteigert durchsetzungsfähiges Privatinteresse zukommt, können sich die in § 35 Abs. 3 BauGB genannten Beeinträchtigungen öffentlicher Belange derart verdichten, dass sie gesetzlich privilegierten Vorhaben nach § 35 Abs. 1 BauGB entgegenstehen. Denn auch für privilegierte Vorhaben gilt das Gebot der größtmöglichen Schonung des Außenbereichs, weshalb ihre Zulässigkeit am Standort des Vorhabens wegen widerstreitender öffentlicher Belange ausgeschlossen sein kann. Für die

Zulässigkeit ist anhand einer Einzelfallprüfung festzustellen, ob am konkreten Standort des Vorhabens öffentliche Belange entgegenstehen. Regelmäßig wird das anzunehmen sein, wenn es zu einer nachhaltigen Schädigung des Naturhaushalts oder zu einer Verunstaltung des Landschaftsbildes kommen kann.

Die Vielzahl unterschiedlicher Entscheidungen verdeutlicht die Einzelfallbezogenheit der Beurteilung, aber auch das Potential von Gemeinden, durch gezieltes Einsetzen ihrer Planungshoheit die Bauvorhaben zur Erzeugung regenerativer Energien sinnvoll zu steuern, etwa durch entsprechende Festsetzungen in einem Landschaftsplan. Umgekehrt gilt: Bei nicht qualifiziert schützenswerten Stellen kann die Möglichkeit der Errichtung von WKA im Ergebnis einzuräumen sein, ein eventueller Widerspruch zu einem öffentlichen Belang kann ggf. durch Ausnahmegenehmigung oder Befreiung behoben werden. ■



Thomas Markpert

Rechtsanwalt bei CMS in Leipzig.

E thomas.markpert@cms-hs.com

Voraussetzungen für bodenschutzrechtlich orientierende Untersuchungsmaßnahmen

Hintergrund

Sofern Anhaltspunkte für eine schädliche Bodenveränderung oder Altlast vorliegen, soll die zuständige Behörde gemäß § 9 Abs. 1 Satz 1 Bundes-Bodenschutzgesetz (BBodSchG) die zur Ermittlung des Sachverhalts geeigneten Maßnahmen ergreifen. Wann ausreichende Anhaltspunkte vorliegen, kann dem Bundes-Bodenschutzgesetz nicht unmittelbar entnommen werden. Ein Vergleich mit § 9 Abs. 2 BBodSchG zeigt, dass keine übertriebenen Anforderungen an das Vorliegen der in § 9 Abs. 1 Satz 1 BBodSchG geforderten Anhaltspunkte gestellt werden dürfen. Denn sofern aufgrund konkreter Anhaltspunkte der hinreichende Verdacht auf eine schädliche Bodenveränderung oder Altlast besteht, ist die Behörde gemäß § 9 Abs. 2 BBodSchG bereits berechtigt, von den nach dem BBodSchG Verpflichteten die Durchführung von Untersuchungen zur Gefährdungsabschätzung zu verlangen.

Hieraus wurde mitunter gefolgert, dass die Behörde bereits dann Maßnahmen nach § 9 Abs. 1 Satz 1 BBodSchG ergreifen könne, wenn auf einem Grundstück über einen längeren Zeitraum mit umweltgefährdenden Stoffen umgegangen wurde. In diesem Sinne entschied auch das VG Hamburg (Vorinstanz). Es ließ für § 9 Abs. 1 Satz 1 BBodSchG genügen, dass auf dem Grundstück über einen erheblichen Zeitraum eine Selbstbedienungsreinigung mit Münzreinigungsautomaten betrieben wurde, in denen Tetrachlorethen zum Einsatz kam. Es könne

nicht ausgeschlossen werden, dass Tetrachlorethen durch Unfälle, technische Mängel oder unsachgemäße Handhabung ausgetreten sei. Das Vorliegen schädlicher Bodenveränderungen oder Altlasten sei daher nicht ganz unwahrscheinlich. Diesem Verständnis erteilte das OVG Hamburg in seinem Urteil vom 12.10.2017 – 2 Bf 1/16 – im Rahmen des Berufungsverfahrens eine Absage.

Die Entscheidung

Gegenstand der Entscheidung ist eine Anordnung, in der die Behörde von dem Grundstückseigentümer unter anderem verlangte, die Entnahme von Boden-, Bodenluft- und Grundwasserproben auf seinem Grundstück zu dulden. Das OVG hob die Duldungsverfügung unter Abänderung des verwaltungsgerichtlichen Urteils auf. Hierbei argumentierte es wie folgt:

Für die Annahme eines Gefahrenverdachts im Sinne von § 9 Abs. 1 Satz 1 BBodSchG müsse zumindest eine geringe Tatsachenbasis vorliegen, die eine schädliche Bodenveränderung oder Altlast nicht ganz unwahrscheinlich erscheinen lasse. Allein der Umstand, dass über einen längeren Zeitraum mit Schadstoffen umgegangen wurde, genüge hierfür nicht. Vielmehr müssten weitere Anhaltspunkte für einen Schadstoffeintrag in den Boden hinzukommen. Die lediglich theoretisch bestehende Möglichkeit des Vorliegens von Unfällen, technischen Mängeln oder einer unsachgemäßen Handhabung genüge nicht.

Einen auf Grundlage allgemeiner Lebenserfahrung oder eines typischen Geschehensablaufs gestützten Anscheinsbeweis lehnte das Gericht im konkreten Fall ebenfalls ab. Aus den durch die Behörde vorgetragenen Schadstoffeinträgen durch Reinigungsbetriebe könnten keine verallgemeinerungsfähigen Rückschlüsse gezogen werden. Der Reinigungsbetrieb der Klägerin sei zum damaligen Zeitpunkt dem Stand der Technik voraus gewesen und stellte daher gerade eine Ausnahme dar.

Praxistipp

Das Bundes-Bodenschutzgesetz gibt den Behörden weitgehende Eingriffsbefugnisse. Die Befugnisse sind jedoch an unterschiedliche Voraussetzungen geknüpft. Bei behördlichen Anordnungen sollte stets geprüft werden, ob die Voraussetzungen tatsächlich vorliegen. ■



Dr. Anne Rausch

Rechtsanwältin bei CMS in Köln.

E anne.rausch@cms-hs.com

UVP-Vorprüfung: Anforderungen an Dokumentation und Nachvollziehbarkeit

Das BVerwG hat mit Beschluss vom 13.07.2017 – 7 B 1/17 – die Rechtsprechung des OVG Lüneburg (Urteil vom 09.11.2016 – 13 LC 71/14) zu praktisch bedeutsamen Fragen im Zusammenhang mit Dokumentation und Nachvollziehbarkeit der UVP-Vorprüfung bestätigt. Diese Rechtsprechung ist auch nach Änderung des UVPG mit Wirkung vom 29.07.2017 relevant.

Hintergrund

Viele umweltrelevante Vorhaben bedürfen vor der Genehmigung einer Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP) oder einer Vorprüfung, ob die erwarteten Umweltauswirkungen angemessen nur im Rahmen einer vollständigen UVP mit Öffentlichkeitsbeteiligung untersucht werden können. Eine fehlerhafte UVP-Vorprüfung mit der Folge, dass rechtswidrig auf eine vollständige UVP verzichtet wurde, führt im Fall einer Umweltverbands- oder sonstigen Drittanfechtungsklage nach § 4 Abs. 1 Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz (UmwRG) regelmäßig zur Aufhebung der Genehmigung oder Nichtvollziehbarkeit. Wegen der Komplexität und Schwierigkeit der verschiedenen Umweltprüfungen und zahlreicher ungeklärter Rechtsfragen führen Fehler der UVP-Vorprüfung und der UVP nicht selten zur Aufhebung oder

jedenfalls zu erheblicher Verzögerung und Verteuerung der Genehmigung von Vorhaben.

Praktisch bedeutsam ist z. B. die Frage, wie tiefgehend eine UVP-Vorprüfung sein darf und wie die Entscheidung, auf eine UVP verzichten zu können, rechtssicher dokumentiert werden muss.

Im konkreten Fall ging es um die wasserrechtliche Erlaubnis zur Entnahme von Grundwasser für einen Geflügelschlachtungsbetrieb, die von einem Umweltverband angefochten wurde. Dieser bemängelte, dass wegen einer fehlerhaften UVP-Vorprüfung auf eine vollständige UVP verzichtet worden war. Insbesondere habe die Behörde nur auf die Unterlagen des Vorhabenträgers verwiesen, ohne eigene Erwägungen angestellt oder eigene Erkenntnisse verwertet zu haben.

Die Entscheidung

Das OVG Lüneburg und das BVerwG gaben dem klagenden Umweltverband Recht und hielten – anders als das VG Oldenburg in erster Instanz – die behördliche Entscheidung, eine UVP sei nicht notwendig, für nicht nachvollziehbar. Sie hoben daher die Erlaubnis wegen fehlerhafter und nicht ausreichend dokumentierter

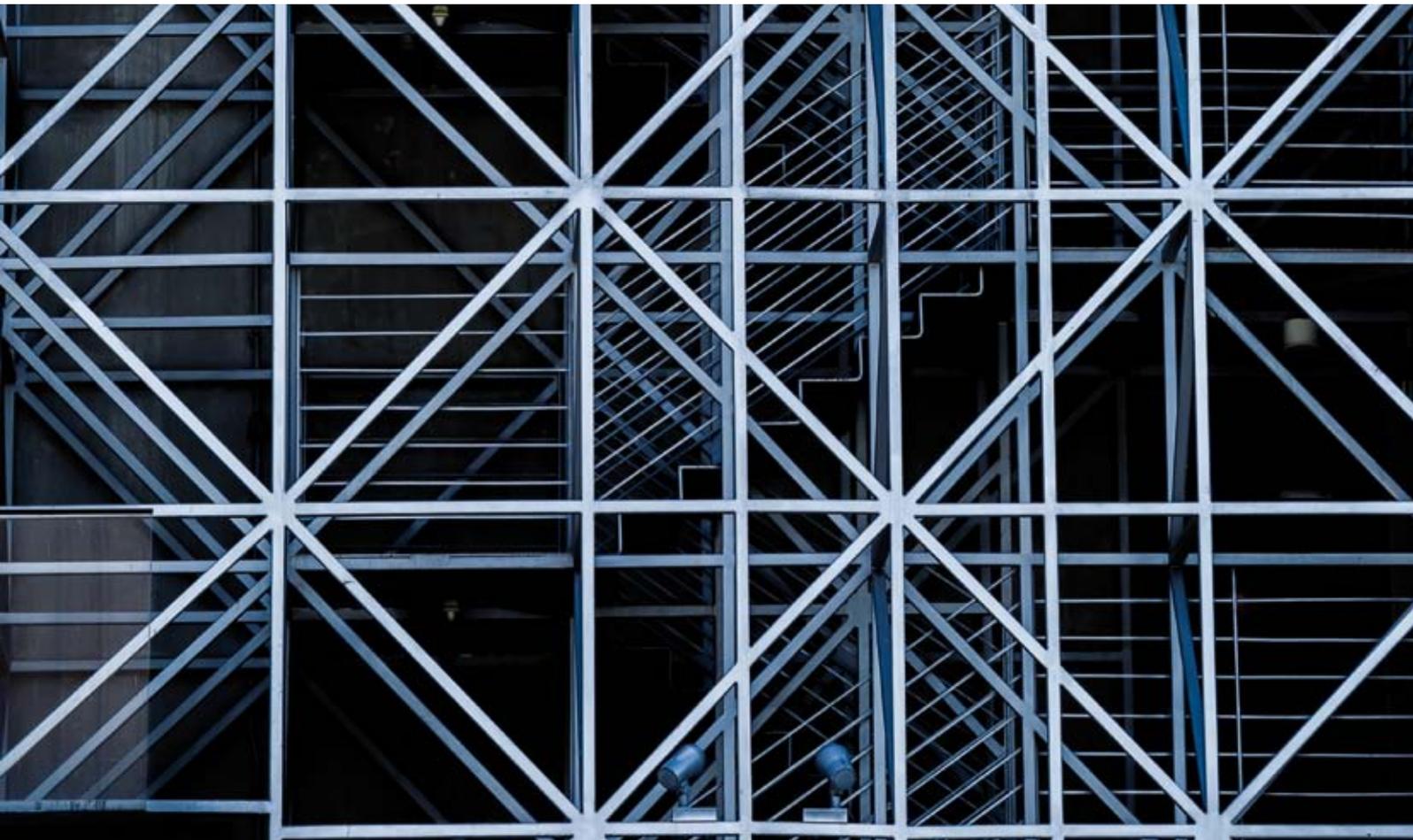
UVP-Vorprüfung und daher rechtswidrig unterbliebener UVP auf. Auf weitere interessante Fragen – ob z. B. die für wasserrechtliche Bewilligungen häufige Laufzeit von 30 Jahren trotz Klimawandel zulässig ist – kam es daher nicht an.

Sie bestätigten, dass es sich bei der UVP-Vorprüfung um eine überschlägige Vorausschau zur Feststellung des Besorgnispotentials handelt, die Behörde also die eigentliche UVP nicht vorwegnehmen darf, aber umgekehrt die Entscheidung auch nicht spekulativ sein darf. Bleibe wegen der begrenzten Prüftiefe unklar, ob und mit welcher Gewissheit nachteilige Umweltauswirkungen auftreten, sei eine UVP durchzuführen.

Hier hatte die Behörde in einem Vermerk lediglich die betroffenen Schutzgüter aufgezählt und pauschal auf die Prüfung des UVPG-Kriterienkatalogs im entsprechenden Fachbeitrag verwiesen. Dies reicht nach Meinung von OVG und BVerwG nicht aus.

Praxistipp

Da eine fehlende UVP nach Genehmigungserteilung grundsätzlich nicht mehr nachgeholt werden kann, sollten Behörden und Vorhabenträger auf eine sorgfältige UVP-Vorprüfung



unter Berücksichtigung des nun in Anlage 3 zum UVPG n.F. geregelten, gegenüber der früheren Fassung teilweise ergänzten Kriterienkatalogs und eine ausreichende Dokumentation achten. Nach der Rechtsprechung gehören hierzu:

- die vollständige Dokumentation der zugrunde gelegten Unterlagen,
- die wesentlichen Prüfschritte – hierbei sind insbesondere die fachgesetzlichen Vorgaben zu beachten,
- die dabei gewonnenen Erkenntnisse, d. h., welche konkreten Schutzgüter aufgrund welcher konkreten Erwägungen nachteilig

oder – z. B. wegen Vermeidungsmaßnahmen – nicht nachteilig betroffen sind, und

- welche eigene Entscheidung die Behörde auf dieser Grundlage trifft.

Dies muss entweder in der Zulassungsentscheidung oder in einem zur Verwaltungsakte gehörenden Dokument zumindest grob skizziert sein. Dabei sollte die Behörde insbesondere dokumentieren, dass sie als Herrin des Verfahrens auf Grundlage der vorgelegten Unterlagen und der eigenen und hinzugezogenen Fachbehördenkompetenz eine eigene Entscheidung trifft. ■



Dr. Ursula Steinkemper
Partnerin bei CMS in Stuttgart.
E ursula.steinkemper@cms-hs.com

Strenge Anforderungen an den Ausschluss eines Bieters wegen früherer Schlechtleistung

Hintergrund

Vor dem Inkrafttreten des VergR-ModG 2016 kam für den Ausschluss eines Bieters aufgrund einer früheren Schlechtleistung insbesondere eine Berufung auf den fakultativen Ausschlussgrund der „schweren Verfehlung“ in Betracht (§ 16 EG Abs. 1 Nr. 2 lit. c VOB/A. F.). Mit § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB wurde für den Fall der Schlechtleistung nunmehr ein gesonderter Ausschlussgrund geschaffen. Ein Bieter kann danach von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren ausgeschlossen werden, wenn das Unternehmen eine wesentliche Anforderung bei der Ausführung eines früheren öffentlichen Auftrags oder Konzessionsvertrags erheblich oder fortdauernd mangelhaft erfüllt hat und dies zu einer vorzeitigen Beendigung, zu Schadensersatz oder zu einer vergleichbaren Rechtsfolge geführt hat. Das OLG Celle (Beschluss vom 9.01.2017 – 13 Verg 9/16) hat sich im Rahmen einer Entscheidung über einen Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung einer sofortigen Beschwerde nunmehr erstmals gerichtlich mit der Frage befasst, welche Anforderungen an den Nachweis einer erheblichen oder fortdauernden Schlechtleistung zu stellen sind und inwieweit die Beurteilung der Vergabestelle insoweit einer gerichtlichen Nachprüfung unterliegt.

Die Entscheidung

Das OLG Celle stellte fest, dass die Vergabestelle im Streitfall die Tat-

bestandsvoraussetzungen des Ausschlussgrundes, d.h. eine erhebliche und fortdauernde Schlechtleistung als Kündigungsgrund, nachweisen müsse. Die Vergabekammer/der Vergabesenat könnten sich bei der Überprüfung nicht auf eine reine Missbrauchsprüfung beschränken, d. h. nicht lediglich prüfen, ob die Kündigung ohne völlig greifbaren Anlass oder erkennbar rechtsmissbräuchlich erfolgt sei. Angesichts des Beschleunigungsgrundsatzes im Nachprüfungsverfahren (§ 167 GWB) müssten sie jedoch ebenso wenig den rechtskräftigen Abschluss eines (Bau-)Zivilprozesses abwarten oder selbst eine u. U. langwierige Beweisaufnahme durchführen. Zu beachten sei zudem, dass ein Bieter nach dem Ausschlussgrund des § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB „nachweislich“ eine schwere Verfehlung begangen haben müsse, während es an dem Tatbestandsmerkmal der Nachweislichkeit in § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB fehle. Es könnten daher an den Nachweis einer Schlechtleistung keine höheren Anforderungen gestellt werden als an den Nachweis einer schweren Verfehlung. Im Ergebnis genüge daher – wie im Falle der schweren Verfehlung – das Vorliegen konkreter Tatsachen, die von einigem Gewicht seien und auf gesicherten Erkenntnissen aus seriösen Quellen basierten und die die Entscheidung des Auftraggebers zum Ausschluss des Bieters als nachvollziehbar erscheinen ließen. Die Anforderungen lägen damit zwischen der Glaubhaftmachung/überwiegenden Wahrscheinlichkeit (§ 287 ZPO) und dem Vollbeweis (§ 286 ZPO).

Praxistipp

Der Ausschluss eines Bieters wegen Schlechtleistung setzt folglich voraus, dass der Auftraggeber nachweisen kann, dass er dem Bieter wegen dieser Schlechtleistung rechtmäßig gekündigt hat. Ein Auftraggeber sollte daher von dem Ausschlussgrund des § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB nur Gebrauch machen, wenn der Bieter seine fehlerhafte Leistung zuvor anerkannt hat, etwa indem er die Kündigung akzeptiert hat, ein Zivilprozess bereits rechtskräftig abgeschlossen ist oder er über tragfähige Beweismittel zum Nachweis eines rechtmäßigen Ausschlusses verfügt. In Betracht kommt dabei insbesondere Schriftverkehr, der erhebliche Mängel bei der Ausführung eines früheren öffentlichen Auftrags dokumentiert. ■



Dr. Katayun Zierke

Rechtsanwältin bei CMS in Berlin.

E katayun.zierke@cms-hs.com

BGH: Austausch des Hauptangebots durch kommentarlose Übermittlung eines erneuten Angebots

Hintergrund

Der BGH hat mit Urteil vom 29.11.2016 – X ZR 122/14 – über folgenden Fall entschieden:

Die Klägerin verlangt Schadensersatz in Höhe des ihr entgangenen Gewinns. Sie beteiligte sich an einem Vergabeverfahren betreffend die Sanierung und den Neubau von Flächen eines Universitätsinstituts mit einem Angebot für das Gewerk Tischlerarbeiten. Die Klägerin reichte am 24.04.2012 um 9.11 Uhr ein erstes und um 11.02 Uhr ein zweites Angebot ein. Das zweite Angebot unterschied sich nur geringfügig hinsichtlich des Preises vom ersten Angebot. Der Auftraggeber hob das Vergabeverfahren auf und berief sich auf eine deutliche Überschreitung seiner Kostenschätzung und nicht nachvollziehbare Abweichungen in den Kostenansätzen der Angebote. Ein daraufhin von der Klägerin eingeleitetes Nachprüfungsverfahren wurde bestandskräftig als unzulässig zurückgewiesen. Im Oktober 2012 vergab der Auftraggeber die Leistungen nach erneuter Ausschreibung anderweitig. Die Klägerin beteiligte sich nicht an diesem neuen Vergabeverfahren. Sie ist der Auffassung, dass kein Aufhebungsgrund vorgelegen habe und der Auftraggeber bei ordnungsgemäßer Durchführung des Vergabeverfahrens den Zuschlag auf ihr zweites Angebot hätte erteilen müssen.

Das Berufungsgericht hat angenommen, dass der Auftraggeber die Ausschreibung zwar rechtswidrig aufgehoben und insoweit eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis verletzt habe (§ 280 Abs. 1 i. V. m. §§ 311 Abs. 2 Nr. 1, 241 Abs. 2 BGB). Die Klägerin hätte aber auch bei ordnungsgemäßer Durchführung des Vergabeverfahrens keinen Anspruch auf den Zuschlag gehabt, weil ihre Angebote wegen Manipulationsgefahr als vergaberechtlich unzulässige Doppelangebote nicht wertbar waren.

Die Entscheidung

Die Revision der Klägerin war erfolgreich. Der BGH ist der Auffassung, dass gar nicht zwei Hauptangebote vorlagen. Sendet ein Bieter auf elektronischem Wege ein Hauptangebot und mit gewissem zeitlichen Abstand kommentarlos ein weiteres Hauptangebot, ist dies, wenn nicht besondere Umstände auf einen abweichenden Willen des Absenders hindeuten, dahingehend zu verstehen, dass das spätere Angebot an die Stelle des früher eingereichten treten soll, nicht aber, dass beide als Hauptangebot gelten sollen.

Der BGH entschied zudem, dass sich dem Schadensersatzanspruch nicht entgegenhalten lässt, dass sich die Klägerin an der nachfolgenden Ausschreibung über den gleichen Beschaffungsgegenstand nicht be-

teiligt hat. Auch steht die Erfolglosigkeit des Nachprüfungsantrags dem Erfolg der Klage nicht entgegen, da Bindungswirkung nur mit Blick auf dessen Unzulässigkeit eingetreten ist. Die Rechtswidrigkeit der Aufhebung kann indessen auch noch im Sekundärrechtsschutz geprüft werden. Hier sei die Aufhebung rechtswidrig erfolgt, weil der Auftraggeber eine die Aufhebung rechtfertigende Kostenüberschreitung nicht hinreichend dargelegt habe. ■



Dr. Volkmar Wagner
Partner bei CMS in Stuttgart.
E volkmar.wagner@cms-hs.com

Wirksamer Vertrag bei Beauftragung einer Planer-GmbH statt einer Architekten-GbR

Hintergrund

Eine klagende bayerische Marktgemeinde führte ein VOF-Verfahren für ein Bauvorhaben in der Gemeinde durch. Hierfür bewarb sich das Architektenbüro „G. + K. Freie Architekten“, deren Gesellschafter G. und K. auch die geschäftsführenden Gesellschafter der Beklagten „G. + K. Generalplaner GmbH“ waren. Da die „G. + K. Freie Architekten im Vergabeverfahren den ersten Rang erzielten, beschloss der Gemeinderat im Dezember 2011, diesen den Auftrag zu erteilen. Der Erste Bürgermeister der Gemeinde unterschrieb daraufhin im März 2012 einen von der Beklagten übersandten Architektenvertrag, in dem jedoch die beklagte GmbH als Auftragnehmerin ausgewiesen war. Die Beklagte sandte den Vertrag gegengezeichnet an die Klägerin zurück. Später gerieten die Parteien in Streit über den Umfang der zu erbringenden Planungsleistungen. Im Juli 2013 beschloss der Gemeinderat, den im März 2012 vom Bürgermeister unterzeichneten Architektenvertrag mit der beklagten GmbH nicht zu genehmigen. Gegenstand des Revisionsverfahrens vor dem BGH war die Frage, ob der vom Ersten Bürgermeister im März 2012 unterzeichnete Architektenvertrag mit der beklagten GmbH wirksam zu Stande gekommen ist.

Die Entscheidung

Anders als die Vorinstanz (OLG Stuttgart), die sich auf die Rechtsprechung bayerischer Gerichte berufen hat, nach der die Zustimmung des Gemeinderats zur wirksamen Ermächtigung des Bürgermeisters

notwendig sei, kommt der BGH (Urteil vom 01.06.2017 – VII ZR 49/16) zu dem Ergebnis, dass die Klägerin beim Abschluss des Vertrages wirksam durch den Ersten Bürgermeister vertreten worden war. Die organschaftliche Vertretungsmacht des Ersten Bürgermeisters einer bayerischen Gemeinde nach Art. 38 Abs. 1 BayGO sei im Außenverhältnis allumfassend und unbeschränkt. Infolgedessen werde die Gemeinde auch durch solche Rechtshandlungen des Ersten Bürgermeisters berechtigt und verpflichtet, die dieser ohne die Beschlussfassung des Gemeinderats vorgenommen hat. Hierfür spreche vor allem das Bedürfnis nach Rechtssicherheit und angemessenem Verkehrsschutz.

Nach Ansicht des BGH ist somit im März 2012 ein wirksamer Vertrag zwischen der Marktgemeinde, vertreten durch den Ersten Bürgermeister, und der „G. + K. Generalplaner GmbH“ zu Stande gekommen, auch wenn die Beklagte sich formal nicht am Vergabeverfahren beteiligt hatte. Etwaige Verstöße gegen das Vergaberecht haben auf die Wirksamkeit des Vertrages keinen Einfluss. Ein vergaberechtswidriges Handeln könne sich zivilrechtlich nur dann auswirken, wenn sich der Bürgermeister in kollusivem Zusammenwirken mit der Beklagten bewusst über die Beschlüsse des Gemeinderats und das Vergaberecht hinweggesetzt hätte. Dafür bestanden hier keine Anhaltspunkte.

Praxistipp

Der BGH bestätigt in der Entscheidung seine jüngste Rechtsprechung

zur organschaftlichen Vertretungsmacht bayerischer Bürgermeister (vgl. Urteil vom 18.11.2016 – V ZR 266/14) und klärt damit eine in Bayern vorher höchst umstrittene Rechtsfrage. Für das Kommunalrecht anderer Bundesländer entspricht es bereits ständiger Rechtsprechung des BGH, dass die organschaftliche Vertretungsmacht des Bürgermeisters (bzw. des Landrats) im Außenverhältnis allumfassend und unbeschränkt ist. In Reaktion auf die aktuellen Urteile des BGH sieht ein aktueller Gesetzesentwurf der bayerischen Staatsregierung nunmehr vor, die Vertretungsmacht des Bürgermeisters gesetzlich zu beschränken. Hierfür soll Art. 38 Abs. 1 BayGO wie folgt ergänzt werden: „Der Umfang der Vertretungsmacht ist auf seine Befugnisse beschränkt“ (vgl. LT-Drs. 17/14651 vom 06.12.2016, S. 17). Ob die Gesetzesinitiative tatsächlich umgesetzt wird, bleibt abzuwarten. Das OLG München hat sich in einem Beschluss vom 12.10.2017 (34 Wx 325/17) bereits kritisch zu dem Gesetzesentwurf geäußert. ■



Dr. Rajiv Chandna

Rechtsanwalt bei CMS in Frankfurt/Main.

E rajiv.chandna@cms-hs.com

Vorschriften zur Selbstreinigung und Auftragsperre beim EuGH

Die VK Südbayern hat mit Beschluss vom 07.03.2017 – Z3-3194-1-45-11/16 – dem EuGH grundlegende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt, die die Neuregelung der Selbstreinigung durch § 125 GWB und die Höchstfristen für Auftragsperren in § 126 GWB betreffen.

Hintergrund

Ein Unternehmen, das Mitglied des Schienenkartells war, wurde von einem Sektorenauftraggeber ausgeschlossen. Zur Begründung wurde darauf verwiesen, dass sich der Kartellant nicht hinreichend selbst gereinigt habe. Insbesondere sei dessen Erklärung, einen durch das Fehlverhalten verursachten Schaden des Auftraggebers gemäß seinen rechtlichen Verpflichtungen auszugleichen, keine ausreichende Wiedergutmachung. Das Unternehmen verwies zusätzlich darauf, dass seit der Verfehlung mehr als drei Jahre vergangen seien.

Die Entscheidung

Die VK Südbayern ist der Meinung, die Entscheidung hänge von der Vereinbarkeit der einschlägigen deutschen Vorschriften mit europäischem Recht und der Auslegung des Unionsrechts ab, und hat daher dem EuGH

die Sache im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens vorgelegt.

Die deutsche Regelung zur Selbstreinigung (§ 125 Abs. 1 Nr. 2 GWB) weicht insoweit von der zugrunde liegenden Norm der EU-Richtlinie ab, als sie die aktive Zusammenarbeit nicht nur mit den zuständigen „Ermittlungsbehörden“ fordert, sondern auch mit dem Auftraggeber. Der Gesetzgeber war der Auffassung, der öffentliche Auftraggeber sei ebenfalls Ermittlungsbehörde. Die VK Südbayern meint demgegenüber, die Vorschrift verstoße gegen EU-Recht. Darüber hinaus fragt sie, ob die Pflicht des Unternehmens nach § 125 Abs. 1 Satz 1 GWB, den Nachweis zu führen, dass die erforderlichen Selbstreinigungsmaßnahmen ergriffen wurden, eine solche Zusammenarbeit mit dem Auftraggeber zur Sachverhaltsaufklärung erfordert.

Die weiteren Fragen betreffen die Auftragsperre. Nach § 126 Nr. 2 GWB dürfen Unternehmen bei Vorliegen eines fakultativen Ausschlussgrundes (§ 124 GWB) maximal drei Jahre „ab dem betreffenden Ereignis“ ausgeschlossen werden. Im vorliegenden Fall kommt nach Auffassung der VK der Ausschlussgrund des § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB in Betracht, der vorliegt, wenn „hinrei-

chende Anhaltspunkte“ vorhanden sind, dass das Unternehmen wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen getroffen hat. Es fragt sich daher, ob die Dreijahresfrist mit dem Kartellrechtsverstoß beginnt oder erst bei Vorliegen hinreichender Anhaltspunkte. Die VK Südbayern meint, § 126 Nr. 2 GWB sei wie im Verjährungsrecht dahingehend auszulegen, dass die Frist mit der Tathandlung zu laufen beginnt.

Praxistipp

Der Beschluss betrifft maßgebliche Rechtsfragen, die sich im Zusammenhang mit dem Ausschluss von Unternehmen wegen Verfehlungen stellen. Bis zu einer Klärung durch den EuGH bleiben erhebliche Unsicherheiten für öffentliche Auftraggeber und Bieter, die zu beachten sind. ■



Dr. Christian Scherer-Leydecker

Partner bei CMS in Köln.

E christian.scherer-leydecker@cms-hs.com

Architektenwettbewerb: Vorrangstellung für den Sieger

Hintergrund

Die Vergabeentscheidung zugunsten eines bestimmten Architektenbüros nach Durchführung eines Architektenwettbewerbs führt immer wieder zu streitigen Situationen. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Auftraggeber beabsichtigt, nicht den vom unabhängigen Preisgericht ausgewählten 1. Preisträger, sondern einen der weiteren Preisträger zu beauftragen.

In dem vom OLG Frankfurt entschiedenen Fall schrieb der öffentliche Auftraggeber die Objektplanung für ein neues Feuerwehrhaus in Form eines nichtoffenen Wettbewerbs gemäß der Richtlinie für Planungswettbewerbe vom 31.01.2013 (RPW 2013) aus. In der Ausschreibung hieß es: „Bei der Umsetzung des Projekts ist einer der Preisträger, in der Regel der Gewinner, unter Berücksichtigung der Empfehlung des Preisgerichts mit den weiteren Planungsleistungen (...) zu beauftragen, sofern kein wichtiger Grund der Beauftragung entgegensteht.“ Der öffentliche Auftraggeber hatte vorliegend mit allen drei Preisträgern verhandelt und dabei je nach Rangstellung unterschiedliche Punkte zugeordnet, die in die Zuschlagswertung einfließen. Im Ergebnis sollte der 2. Preisträger den Zuschlag erhalten, da dieser den Punkterückstand anderweitig aufholen konnte. Hiergegen wandte sich der 1. Preisträger mit einem Nachprüfungsantrag an die Vergabekammer.

Die Entscheidung

Sowohl die angerufene Vergabekammer des Landes Hessen als auch das OLG Frankfurt (Beschluss vom

11.04. 2017 – 11 Verg 4/17), das in der Beschwerdeinstanz gemeinsam von der Antragsgegnerin und der Beigeladenen angerufen worden war, gaben dem Nachprüfungsantrag des 1. Preisträgers statt, allerdings mit unterschiedlicher Begründung.

Die Vergabekammer hatte den Standpunkt vertreten, dass die (Neu-)Regelung des § 8 Abs. 2 RPW 2013, wonach nunmehr in der Regel der 1. Preisträger zu beauftragen ist, den Auftraggeber dazu verpflichtete, die Verhandlungen zunächst alleine mit dem 1. Preisträger zu führen, während die anderen Preisträger nur als Nachrücker im Falle eines Scheiterns dieser Verhandlungen in Betracht kämen. Dieser allzu kategorischen Beurteilung der Vergabekammer ist das OLG Frankfurt entgegengetreten und hat klargestellt, dass der öffentliche Auftraggeber durchaus die Verhandlungen mit sämtlichen Preisträgern führen dürfe. Allerdings sei sicherzustellen, dass dem 1. Preisträger im Regelfall der Zuschlag erteilt werden könne; dies könne durch eine entsprechende Bewertungsmatrix umgesetzt werden. Im vorliegenden Fall sei dem 1. Preisträger aber ein ungleich höherer Bonus zuzusprechen, als dies in den vorgesehenen Ausschreibungsunterlagen der Fall war.

Praxistipp

Der Fall zeigt einmal mehr, dass die Durchführung von Planungswettbewerben fehler- und streitanfällig ist, da hier sowohl unterschiedliche Regularien zusammentreffen (insbesondere die VgV und die RPW 2013) als auch verschiedene Entscheidungsträger auf die Vergabeentscheidung

einwirken (Preisgericht, Vergabegremium, politische Gremien). Obwohl der Planungswettbewerb für Architekten- und Ingenieurleistungen mittlerweile in der VgV (§§ 78 bis 80 VgV) geregelt ist, findet sich dort keine Bestimmung, mit welchen Preisträgern zu verhandeln ist.

Umso wichtiger ist es, die Ausschreibungsunterlagen präzise zu fassen und sich nicht in Widerspruch zur RPW 2013 zu setzen. Laut dem OLG Frankfurt können durchaus sämtliche Preisträger zu Verhandlungen aufgefordert werden, wobei jedoch dem 1. Preisträger mittels eines gewichtigen Punktebonus zu einem deutlichen Vorsprung auf der Zielgeraden der Auftragsvergabe verholfen werden sollte. So lässt sich der Forderung der RPW 2013 Rechnung tragen, dass im Regelfall der 1. Preisträger den Auftrag erhalten soll. ■



Dr. Jakob Steiff, LL. M. (Edinburgh)

Partner bei CMS in Frankfurt/Main.

E jakob.steiff@cms-hs.com

Update Vergaberecht: neue Schwellenwerte seit 2018

Zum 01.01.2018 sind neue Schwellenwerte im europäischen Vergaberecht in Kraft getreten. Sie gelten für alle europaweiten Vergabeverfahren, die ab 2018 eingeleitet werden.

Mit den Delegierten Verordnungen 2017/2364 zur Änderung der Richtlinie 2014/25/EU (Sektorenrichtlinie), 2017/2365 zur Änderung der Richtlinie 2014/24/EU (Allgemeine Vergaberichtlinie) und 2017/2366 zur Änderung der Richtlinie 2014/23/EU (Konzessionsrichtlinie) sowie der Verordnung (EU) 2017/2367 zur Änderung der Richtlinie 2009/81/EG (Vergaberichtlinie für den Bereich Verteidigung und Sicherheit) vom 18.12.2017 hat die Europäische Kommission die Schwellenwerte im europäischen Vergaberecht erneut erhöht.

Die neuen Schwellenwerte lauten:

- Bauaufträge (alle Bereiche):
EUR 5.548.000,00 statt bisher
EUR 5.225.000,00
- Liefer- und Dienstleistungsaufträge außerhalb des Sektorenbereichs:
EUR 221.000,00 statt bisher
EUR 209.000,00
- Liefer- und Dienstleistungsaufträge der obersten und oberen Bundesbehörden:
EUR 144.000,00 statt bisher
EUR 135.000,00

- Konzessionen:
EUR 5.548.000,00 statt bisher
EUR 5.225.000,00
- Liefer- und Dienstleistungsaufträge im Sektorenbereich und im Bereich Verteidigung und Sicherheit: EUR 443.000,00 statt bisher EUR 418.000,00

Alle Werte sind Nettowerte ohne Umsatzsteuer. Sie sind von den öffentlichen Auftraggebern, Sektorauftraggebern und Konzessionsgebern für die Entscheidung, ob für die Vergabe des betreffenden Auftrags oder der betreffenden Konzession ein europaweites Vergabeverfahren durchzuführen ist, vor Einleitung des Vergabeverfahrens heranzuziehen. Hierzu ist in einem ersten Schritt der zu vergebende Vertrag einzuordnen und der Auftragswert zu schätzen. Erreicht oder überschreitet der Vertragswert den einschlägigen Schwellenwert, finden die Vorschriften des Vierten Teils des GWB i. V. m. dem einschlägigen untergesetzlichen Regelwerk (z. B. VgV, SektVO, KonzVgV) Anwendung. Bei Unterschreitung des Schwellenwerts ist eine Vergabe nach dem national geregelten Unterschwellenvergaberecht ausreichend.

Die neuen Schwellenwerte gelten seit 01.01.2018 aufgrund der oben genannten EU-Verordnungen unmittelbar in den Mitgliedstaaten. Eine Umsetzung in den deutschen

Vergaberechtsnormen ist zudem entbehrlich, da § 106 GWB eine dynamische Verweisung auf das europäische Recht enthält.

Nicht geändert worden ist der im Zuge der Vergaberechtsreform 2016 neu eingeführte Schwellenwert von EUR 750.000,00 für die Erbringung sozialer und anderer besonderer Dienstleistungen im Sinne des Anhangs XIV der Allgemeinen Vergaberichtlinie (vgl. § 130 GWB). Eine Anpassung dieses Schwellenwerts ist in den EU-Vergaberichtlinien nicht vorgesehen und würde einen separaten Rechtsakt der EU voraussetzen.

Nach dem üblichen Turnus ist eine Überprüfung und ggf. Anpassung der Schwellenwerte erst wieder zum 01.01.2020 vorgesehen (vgl. Art. 6 Allgemeine Vergaberichtlinie, Art. 17 Sektorenrichtlinie, Art. 9 Konzessionsrichtlinie, Art. 68 Vergaberichtlinie für den Bereich Verteidigung und Sicherheit). ■



Dr. Sven Brockhoff
Rechtsanwalt bei CMS in Stuttgart.
E sven.brockhoff@cms-hs.com

Rechtsänderungen

Was lange währt: die neuen FIDIC-Vertragsmuster

Bei zahlreichen internationalen Großprojekten wird auf die FIDIC Books zurückgegriffen, die von der Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils (FIDIC) herausgegeben werden. Nach 18 Jahren hat die FIDIC nunmehr die neuen Vertragsmuster der sog. Rainbow Suite auf ihrer User-Conference in London am 05.12.2017 vorgestellt. Die neuen Muster gestalten die bislang gebräuchlichen Muster deutlich um.

Die Rainbow Suite

Die FIDIC-Vertragsmuster sind für internationale Bau- und Anlagenbauprojekte (einschließlich PPP/BOT) entwickelt und stellen die wohl international am häufigsten gebräuchlichen Vertragsmuster dar. Anders als die deutsche VOB/B verfolgen die FIDIC-Muster grundsätzlich einen Standalone-Anspruch und versuchen, das Rechtsverhältnis der Parteien möglichst umfassend und weitgehend ohne Rückgriff auf die jeweils geltende Rechtsordnung zu regeln.

Nachdem FIDIC bereits im Frühjahr 2017 neue Versionen des Model Services Agreements (White Book), des Sub-Consultancy Agreements und des Joint Venture Agreements herausgegeben hatte, wurden nunmehr die zentralen Musterverträge, nämlich die Rainbow Suite, erheblich überarbeitet:

- Das Red Book hat den klassischen Bauvertrag ohne Planung zum Gegenstand.
- Das Yellow Book stellt ein Muster für Design & Build, d. h. für die Vergabe von Planungs- und Bauleistungen, dar.
- Das Silver Book ist schließlich auf EPC/Turnkey Projects zugeschnitten und sieht anders als die vorstehenden Muster die Einbindung des Engineers nicht vor.
- Die bisherige Clause 20 (Claims, Disputes, Arbitration) wurde in zwei Regelungen in der neuen Clause 20 (Employer's and Contractor's Claims) und in Clause 21 (Disputes and Arbitration) unterteilt und deutlich ausführlicher geregelt. Für die Begründung von Ansprüchen (Claims) gilt nun eine 84-Tage-Frist. Ebenso wie bei der Frist zur Anmeldung von Ansprüchen (28 Tage) handelt es sich um eine strikte Ausschlussfrist (Time Bar).

Was ist neu?

Alle drei Musterverträge sind wesentlich ausführlicher als ihre Vorgänger. Die General Conditions sind jeweils etwa um ca. 50 % länger als bisher. Das Ziel der neuen FIDIC-Regeln ist „Clarity and Certainty“, was unter anderem zur Folge hat, dass die einzelnen Klauseln ihren Regelungsbereich umfassender beschreiben. Zudem sind weit mehr vertragliche Definitionen vorgesehen als bisher.

Daneben verfolgt FIDIC weiterhin das Ziel einer „Fair and Balanced Risk Allocation“, die sich nunmehr insbesondere in einem ausgeglichenen und noch detaillierteren Claim-Prozess äußert (Clause 20 der Books). Folgende Neuerungen sind besonders hervorzuheben:

- Neu eingefügt sind an verschiedenen Stellen sog. Deeming Provisions, die – im Wege der unwiderlegbaren Vermutung – Rechtsfolgen für den Fall vorgeben, dass eine Partei eine vertraglich vorgesehene Handlung nicht fristgemäß vornimmt. Dies gilt etwa für die Determinations des Engineers, die dieser innerhalb bestimmter Fristen vorzunehmen hat (vgl. Subclause 3.7 des Red Books).
- Das bisherige Dispute Adjudication Board (DAB) ist nun als Dispute Avoidance/Adjudication Board (DAAB) benannt und ist grundsätzlich als Standing Board für das gesamte Bauvorhaben (und nicht als Ad-hoc-Board) eingerichtet. Auch das

Verfahren der Überleitung eines Disputes in ein Schiedsgerichtsverfahren ist neu und umfassender geregelt.

- Die Anforderungen an die einzureichenden Bauzeitenpläne (Clause 8.3, Programm) sind deutlich genauer geregelt und sehen künftig insbesondere auch die Aufzeichnung des kritischen Wegs (Critical Path) vor.
- Neu sind ausdrückliche Hinweise für die vertragliche Abbildung der Verwendung digitaler Gebäudemodelle auf Grundlage von Building Information Modeling (BIM).

Fazit

Die umfangreichen Änderungen sind zu begrüßen, da sie für eine größere Klarheit sorgen. Die Books sind vor allem auf große Vorhaben zugeschnitten. Vor diesem Hintergrund sollten sich die Anwender mit den neuen Mustern intensiv befassen, um etwaigen Anpassungsbedarf in den Particular Conditions eruieren zu können. Eine umfassendere Kommentierung zu der neuen Rainbow Suite haben wir in unserem CMS Guide to the FIDIC 2017 Suite unter www.cms-lawnow.com bereitgestellt. ■



Dr. Nicolai Ritter

Partner bei CMS in Berlin.

E nicolai.ritter@cms-hs.com

Rechtsänderungen

Reform der DIS-Schiedsgerichtsordnung

Die Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit (DIS) hat eine Neufassung ihrer Schiedsgerichtsordnung (DIS-SchO 2018) veröffentlicht, die die bisherige DIS-Schiedsordnung aus dem Jahr 1998 ersetzt. Die neuen Regeln sind am 01.03.2018 in Kraft getreten. Sie sind auf alle ab diesem Zeitpunkt eingeleiteten Schiedsverfahren anwendbar, auch wenn die Schiedsvereinbarung schon früher geschlossen wurde.

Straffung des Verfahrens

Ein wesentliches Ziel der neuen Regeln ist die Straffung der verschiedenen Verfahrensabschnitte. Als Maßnahmen zur Beschleunigung der Schiedsverfahren und zur Effizienzsteigerung sieht die DIS-SchO 2018 insbesondere folgende Neuerungen vor:

- schnellere Konstituierung des Schiedsgerichts – Verkürzung der Fristen für die Benennung des zweiten parteibenannten und des vorsitzenden Schiedsrichters von 30 auf 21 Tage
- verstärkter Einsatz von Einzelschiedsrichtern – wenn von den Parteien kein Dreier-Schiedsgericht vereinbart und von einer Partei beantragt
- früheres Einreichen der Klageantwort und einer etwaigen Widerklage – die DIS setzt dem Schiedsbeklagten schon vor Konstituierung des Schiedsgerichts mit Zustellung der Schiedsklage eine Frist zur Klageerwiderung von 45 Tagen
- Verankerung des fortlaufenden Verfahrensmanagements und verpflichtende Erörterung zahlreicher Elemente der Verfahrensbeschleunigung – unter anderem in einer Verfahrenskonferenz

innerhalb von 21 Tagen nach Konstituierung des Schiedsgerichts

- Anreize zur Effizienz durch Regelungen zu Kostenentscheidungen und Vergütung

Der Verfahrensbeschleunigung dient auch, dass der Schiedsspruch innerhalb von drei Monaten nach der letzten mündlichen Verhandlung oder dem letzten Schriftsatz fertiggestellt sein soll. Lässt sich ein Schiedsgericht mehr Zeit, so kann dies zu einer Herabsetzung des Schiedsrichterhonorars führen.

Aktivere Rolle der DIS

Ein weiteres zentrales Merkmal der DIS-SchO 2018 ist eine aktivere Rolle der DIS im Rahmen des Verfahrens. Zusätzlich zu dem bereits bestehenden DIS-Ernennungsausschuss, der für Entscheidungen über die Bestellung und ggf. die Auswahl von Schiedsrichtern zuständig ist, wird der sog. DIS-Rat für Schiedsgerichtsbarkeit als neues Gremium geschaffen. Dieser wird künftig unter anderem folgende Entscheidungen treffen:

- Antrag auf Entscheidung durch Einzelschiedsrichter
- Ablehnung und Amtsenthebung eines Schiedsrichters
- Honorarfestsetzung bei vorzeitiger Beendigung und Entscheidungen über Honorarerhöhung wegen besonderer Komplexität
- Überprüfung von Entscheidungen des Schiedsgerichts zum Streitwert und Herabsetzung des Honorars bei verzögertem Schiedsspruch

Auch die von den Parteien zu Beginn des Verfahrens zu leistende

Kostensicherheit für die Honorare und Auslagen des Schiedsgerichts wird zukünftig nicht mehr vom Schiedsgericht selbst, sondern von der DIS angefordert und verwaltet.

Fazit

Die Neufassung der DIS-SchO 2018 berücksichtigt die Weiterentwicklung der Schiedspraxis in den letzten Jahren und stellt einen modernen, flexiblen Rahmen für die zeit- und kosteneffiziente Durchführung von Schiedsverfahren zur Verfügung. Die Attraktivität der DIS-Schiedsgerichtsordnung wird durch die Neuregelung erheblich gesteigert. Sie ist damit für Bau- und Planerverträge eine echte Alternative zu Schiedsverfahren nach der Streitlösungsordnung für das Bauwesen (SL Bau) oder der Schlichtungs- und Schiedsordnung für Baustreitigkeiten (SOBau). CMS bietet zur neuen DIS-SchO 2018 eine Veranstaltungsreihe und Inhouse-Seminare an. ■



Dr. Torsten Lörcher

Partner bei CMS in Köln.

E torsten.loercher@cms-hs.com



Andreas J. Roquette, LL. M. (NYU)

Partner bei CMS in Berlin.

E andreas.roquette@cms-hs.com

Gewerberaummietvertrag kann auch durch Klageschrift gekündigt werden

Hintergrund

In Gewerbe- wie Wohnraummietverhältnissen setzt die Wirksamkeit einer Kündigung den Zugang des Kündigungsschreibens voraus. Dieses muss dafür so in den Machtbereich des Empfängers gelangt sein, dass dieser unter normalen Umständen die Möglichkeit hat, den Inhalt der Erklärung zur Kenntnis zu nehmen. Ein per Übergabe-Einschreiben versandtes Kündigungsschreiben, das wegen Abwesenheit des Mieters nicht übergeben und auf der Poststelle vom Mieter nicht abgeholt wurde, wird regelmäßig als nicht zugegangen behandelt. Folglich ist die Kündigung damit nicht wirksam geworden.

Die Entscheidung

In einem vor dem OLG München verhandelten Rechtsstreit (Beschluss vom 06.09.2017 – 32 U 1611/17) wollte der Vermieter eines Ladengeschäfts anlässlich mehrfachen Zahlungsverzuges des Mieters und erheblicher Mietrückstände das Mietverhältnis kündigen. Der Vermieter verschickte das Kündigungsschreiben als Übergabe-Einschreiben mit Rückschein. Der Mieter wurde bei dem Zustellversuch nicht angetroffen und holte das Einschreiben auch nicht auf der Poststelle ab. Der Vermieter erhob in der Folgezeit eine Räu-

mungsklage und verwies dabei auf das Kündigungsschreiben, das er als Anlage zur Klageschrift beigefügt hatte.

Im Berufungsverfahren vertrat das OLG die Ansicht, dass von einer wirksamen Kündigung auszugehen sei. Zwar fehle es an der vorgerichtlichen Zustellung des Kündigungsschreibens. Jedoch liege in der Erhebung der Räumungsklage eine konkludente Kündigungserklärung, wenn mit hinreichender Deutlichkeit der Wille der Klagepartei zu entnehmen sei, dass die Prozesshandlung nicht lediglich der Durchsetzung einer bereits außerprozessual erklärten Kündigung dienen, sondern daneben auch eine materiell-rechtliche Willenserklärung enthalten solle. Letzteres sei der Fall, wenn die Klageschrift konkret auf eine bestimmte Kündigung Bezug nimmt und eine Kopie als Anlage beigefügt ist.

Praxistipp

Für die Wirksamkeit einer Kündigung kommt es auch in Zukunft auf den Zugang des Kündigungsschreibens an. Ist das Schreiben möglicherweise nicht wirksam zugegangen, stehen dem Vermieter zur Herbeiführung einer wirksamen Kündigung im Rahmen einer Räumungsklage zwei Wege zur Verfügung:

Zum einen kann er eine Klage unter Bezugnahme auf eine bestimmte Kündigung und unter Beifügung des Schreibens als Anlage erheben. Zum anderen kann der Vermieter in der Klageschrift ausdrücklich ausführen, dass er das Mietverhältnis vorsorglich nochmals kündigt.

Die Entscheidung macht deutlich, dass Zugangsprobleme vor allem bei Übergabe-Einschreiben auftreten, da der Benachrichtigungsschein die empfangsbedürftige Willenserklärung gerade nicht enthält. Anders ist dies beim Einwurf-Einschreiben, weil der Zugang hier ohne Zutun des Empfängers erfolgt. Im Prozess wird dieser Vorteil aber durch den geringeren Beweiswert des Einwurfbelegs abgeschwächt. ■



Katrin Pilgram

Rechtsanwältin bei CMS in Hamburg

E katrin.pilgram@cms-hs.com



Law . Tax

Ihr kostenloser juristischer Online-Informationsdienst.

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

cms-lawnow.com



Law . Tax

Ihre juristische Online-Bibliothek.

Profunde internationale Fachrecherche und juristisches Expertenwissen nach Maß.

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