

Your World First

C/M/S/

Law . Tax

update

Real Estate & Public

September 2016



Inhalt

5 | Editorial

Immobilien- und Mietrecht

- 6 | Wann kommt ein Mietvertrag bei verspäteter Gegenzeichnung zustande?
- 7 | Sind Konkurrenzschutzklauseln wettbewerbswidrig?
- 8 | Aktuelle Entwicklungen zur Betriebskostenabrechnung
- 9 | Muss sich ein Grundstücksverkäufer vom Erfolg von Sanierungsmaßnahmen überzeugen?
- 10 | Erleichterung für Betreiber von Shoppingcentern – Beitragspflicht zur Werbegemeinschaft bleibt auch bei Unwirksamkeit der Beitrittsvereinbarung
- 11 | Beschreibung von Immobilieneigenschaften ist keine Beschaffenheitsvereinbarung
- 12 | Welchen (Eintragungs-)Wert hat die Mieterdienstbarkeit?
- 13 | Vorsicht bei der Einschränkung der Aufrechnung durch AGB
- 14 | Zum Widerruf von Online-Maklerverträgen
- 15 | Insolvenzanfechtung: Kenntnis von Benachteiligungsvorsatz

Privates Baurecht

- 17 | Unwirksamkeit einer Sicherungsabrede über eine Vertragserfüllungsbürgschaft wegen der Kombination mit Abschlagszahlungen
- 18 | Vertragserfüllungsbürgschaft in Höhe von 10 % kann wirksam in AGB vereinbart werden
- 19 | Unwirksame Abnahmeklausel in Auftraggeber-AGB infiziert Mängelbürgschaft
- 20 | Leistungsverweigerungsrecht des Bestellers wegen Mangel auch nach Verjährungseintritt?
- 21 | Mängel an Aufdach-Photovoltaikanlage verjähren in fünf Jahren
- 22 | Forderungsabtretung ist keine ausreichende Sicherheit gem. § 648 a BGB
- 23 | Keine Abnahme durch Sachverständigen zulasten der Nachzügler-Erwerber
- 24 | Kündigung wegen Insolvenz: § 8 Abs. 2 VOB/B ist mit InsO vereinbar
- 25 | Haftungsfalle für Bauträger bei Sonderwünschen des Erwerbers

Architektenrecht

- 27 | Planungsbedingte Baumängel. Fachplaner muss Architekt freistellen
- 28 | Musterklauseln der Architektenkammer sind AGB des Architekten

Öffentliches Bau- und Planungsrecht

- 29 | Flüchtlingsunterbringung kann Wohnnutzung darstellen
- 30 | Kein Bebauungsplan der Innenentwicklung bei Einbeziehung von Außenbereichsflächen
- 31 | Frühzeitige Öffentlichkeitsbeteiligung nach § 3 Abs. 1 BauGB und Planänderung



Editorial

Liebe Leserin, lieber Leser,

das Rad der Zeit dreht sich gefühlt immer schneller und wir stehen schon wieder vor der Expo Real, auf der wir viele von Ihnen zu treffen hoffen.

Die Auswirkungen des Brexits auf die Immobilienwirtschaft, insbesondere in Deutschland, nehmen langsam Konturen an. Internationale Investoren fahren ihre Engagements im Vereinigten Königreich zurück und richten ihren Fokus gleichzeitig verstärkt gerade auf den deutschen Markt, in den weiterhin ein sehr hohes Vertrauen gesetzt wird. Inzwischen ist der Immobilienboom auch in der Provinz angekommen. So wird über signifikante Preisanstiege bei Wohnungseigentum in Städten wie Frankfurt (Oder), Göttingen, Passau oder Cottbus berichtet.

Wie sich die Entwicklung des Immobilienmarktes (nicht nur in Deutschland) auf die Gestaltung von Immobilienkaufverträgen auswirkt, werden wir brandaktuell zur Expo Real in der neuen Auflage der CMS European Real Estate Deal Point Study vorstellen.

Aber nicht nur der Investmentmarkt, sondern auch der Vermietungsmarkt verzeichnet im ersten Halbjahr Rekordumsätze. Die hohe Nachfrage sowohl nach Wohn- wie auch nach Gewerbeimmobilien zieht einen Bau-

boom nach sich. Dies lässt sich nicht nur daran erkennen, dass sich die Anzahl der Baugenehmigungen auf dem höchsten Stand seit 16 Jahren bewegt, sondern auch daran, dass das Auftragsvolumen der Bauwirtschaft im Jahresvergleich um mehr als 18 % in die Höhe schnellte. Der Umsatz stieg im ersten Halbjahr ebenfalls deutlich stärker als erwartet an.

Zudem steht in dieser Legislaturperiode das neue Bauvertragsrecht ins Haus. Wir informieren über die „Navigation in unbekanntem Gewässern“ aktuell in einer Roadshow an unseren Standorten.

Ferner nimmt das Thema „Prop-Tech“, d. h. die Digitalisierung der Immobilienwirtschaft, zunehmend Fahrt auf. CMS unterstützt insoweit das „Blackprint Innovation Lab“, ein Akzeleratorenprogramm für die deutsche Immobilienwirtschaft. Zudem werden wir im November in Berlin gemeinsam mit verschiedenen Partnern „Old and New Economy“ im Rahmen einer Diskussionsveranstaltung auf verschiedenen Panels zusammenbringen.

Die hohe Frequenz von Neuerungen setzt sich in der nachfolgend kommentierten aktuellen Rechtsprechung fort. Von erheblicher Bedeutung ist etwa ein neues Urteil des EuGH zu Konkurrenzschutzklauseln in Gewerbemietverträgen oder die jüngste BGH-Entscheidung zu den

Auswirkungen eines unwirksamen Beitritts zur Werbegemeinschaft eines Einkaufszentrums.

CMS selbst hat in den letzten Monaten wiederum an diversen „Headline Deals“ mitgewirkt, so am Verkauf des deutschen Wohnimmobilienportfolios der S-Immo-Gruppe, am Erwerb des Offshore-Windparks Merkur, am Verkauf eines Immobilienportfolios für EUR 400 Mio. durch die Allianz an die Patrizia Immobilien sowie am Verkauf von 2.350 Mobilfunkmasten von Telefonica Deutschland.

Wir freuen uns darauf, Ihre Projekte auch in Zukunft begleiten zu dürfen.

Ihr Geschäftsbereich
Real Estate & Public



Dr. Andreas Otto
Geschäftsbereichsleiter

Wann kommt ein Mietvertrag bei verspäteter Gegenzeichnung zustande?

Hintergrund

Der Beklagte, ein Mobilfunkanbieter, wollte auf dem Grundstück des Klägers einen Mobilfunkmast errichten. Im November 2003 übersandte der Beklagte dem Kläger einen noch nicht unterzeichneten Mietvertragsentwurf. Der Kläger nahm geringfügige handschriftliche Änderungen vor, unterschrieb den Vertrag am 09.12.2003 und schickte ihn an den Beklagten. Dieser unterzeichnete den Vertrag am 27.01.2004 und übermittelte ihn an den Kläger. Der Beklagte erlangte erst 2011 eine Baugenehmigung. Daraufhin teilte der Kläger dem Beklagten mit, dass er den Mietvertrag für unwirksam halte, da der Beklagte das Angebot auf Abschluss des Mietvertrages zu spät angenommen habe.

Der Kläger begehrt mit der Klage die Feststellung, dass zwischen ihm und dem Beklagten kein wirksames Mietverhältnis bestehe.

Die Entscheidungen

In seinem Urteil vom 24.02.2016 – XII ZR 5/15 – hat der BGH festgestellt, dass die bisher vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen die Auffassung des Beklagten, dass dieser das Angebot rechtzeitig angenommen habe, nicht tragen.

Der gegenüber einem Anwesenden abgegebene Antrag könne gem. § 147 Abs. 2 BGB nur bis zu dem Zeitpunkt angenommen werden, zu dem der Antragende den Eingang der Annahmeerklärung unter regelmäßigen Umständen erwarten darf. Diese nach objektiven Maßstäben zu bestimmende Frist setze sich aus

der Zeit für die Übermittlung des Angebots, dessen Bearbeitungs- und Überlegungszeit sowie der Zeit für die Übermittlung der Annahme zusammen und beginne mit der Angebotsübermittlung. Die Überlegungsfrist bestimme sich nach der Art des Angebots und könne aufgrund von Feiertagen verlängert sein. Auch verzögernde Umstände seien zu berücksichtigen, wie bspw. die Organisationsstruktur des Unternehmens oder die Erfordernisse der internen Kommunikation. Die Rechtzeitigkeit der Annahme sei von demjenigen zu beweisen, der einen wirksamen Vertragsschluss behauptet.

Der BGH folgte der Auffassung der obergerichtlichen Rechtsprechung und der Literatur, dass selbst bei Unternehmen mit komplexer Struktur eine regelmäßige Annahmefrist von zwei bis drei Wochen nicht überschritten werden dürfe. Binnen zwei bis drei Wochen könne ein Antragender erwarten, dass der potenzielle Vertragspartner sein Vertragsangebot annehme. Aus diesem Grund sei die im vorliegenden Fall erfolgte Annahme nach mehr als vier Wochen zu spät, zumal der ursprüngliche Vertragsentwurf auch vom Beklagten gekommen und vom Kläger nur marginal geändert worden sei, sodass der Kläger davon ausgehen musste, dass sich der interne Prüfungsbedarf beim Beklagten im Rahmen halten würde.

Grundsätzlich könne zwar auch ein Vertragsschluss dadurch erfolgt sein, dass die verspätete Annahmeerklärung des Beklagten als neuer Antrag gem. § 150 Abs. 1 BGB zu werten und dieser vom Kläger konkludent angenommen worden

sei. Dem würde jedoch entgegenstehen, dass die Qualifizierung eines Verhaltens als schlüssige Annahmeerklärung das Bewusstsein voraussetze, für das Zustandekommen des Vertrages sei möglicherweise noch eine Erklärung erforderlich. Nach Darstellung des Beklagten gingen jedoch beide Parteien von einem bestehenden Vertrag aus.

Der BGH hielt es jedoch für denkbar, dass die Anwendung der Grundsätze von Treu und Glauben im Ergebnis doch zu einem wirksamen Vertragsschluss führe, und verwies insofern die Sache an das Berufungsgericht zurück.

Praxistipp

Selbst bei Unternehmen mit komplexer Struktur und bei Geschäftsraummietverträgen mit hohen Mieten muss die Annahme eines Vertragsangebots regelmäßig innerhalb von zwei bis drei Wochen erfolgen. Grundsätzlich sollten die Mietvertragsparteien daher eine für beide Seiten auskömmliche Annahmefrist bestimmen. Individualvertraglich kann auch eine längere Frist zur Annahme vorgesehen werden. ■



Dr. Franziska Rösch, LL.M. Eur.
Rechtsanwältin bei CMS in Stuttgart.
E franziska.roesch@cms-hs.com

Sind Konkurrenzschutzklauseln wettbewerbswidrig?

Hintergrund

Dem EuGH wurde die Konkurrenzschutzklausel eines Gewerberaummietvertrags, wonach der Abschluss von Mietverträgen durch den Vermieter mit anderen Mietern innerhalb des Einkaufszentrums von der Einwilligung des Mieters als „Referenzmieter“ abhängt, zur Beurteilung vorgelegt, ob die Klausel wettbewerbswidrig im Sinne von Art. 101 Abs. 1 AEUV ist.

Auch im deutschen Recht findet sich in Form von § 1 GWB ein entsprechendes Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen, an dem sich Konkurrenzschutzklauseln messen lassen müssen.

Die Entscheidung

Die Konkurrenzschutzklausel, nach der dem Ankermieter das Recht eingeräumt wird, der Vermietung an Konkurrenten zu widersprechen, stellt nach der Entscheidung des EuGH, Urteil vom 26.11.2015 – Rs C-345/14 –, nicht per se eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs dar, diese liege nicht bereits in der Abrede selbst. Nach dem Leitsatz des EuGH „bewirkt“ die in Rede stehende Konkurrenzschutzklausel eine Verhinderung, Einschränkung

oder Verfälschung des Wettbewerbs im Sinne von Art. 101 Abs. 1 AEUV. Es bedürfe daher einer konkreten Prüfung, ob die Klausel erheblich zu einer möglichen Marktabschottung beitrage. Hierzu müssten sämtliche Umstände des Einzelfalles berücksichtigt werden, die für den Zugang zum relevanten Markt bestimmend sind, um beurteilen zu können, ob ein Mitbewerber tatsächliche und konkrete Möglichkeiten besitzt, in den Einzugsgebieten des Einkaufszentrums durch die Belegung von anderen Gewerbeflächen am Markt Fuß zu fassen, also auf andere Mietflächen auszuweichen. Hierbei spielen unter anderem die Stellung der Vertragspartner auf dem relevanten Markt, Zahl und Größe der Marktteilnehmer sowie die Laufzeit des Mietvertrags eine Rolle.

Praxistipp

Konkurrenzschutzklauseln in gewerblichen Mietverträgen, die die Vermietung von Räumen zu gewerblichen Zwecken in ein und demselben Einkaufszentrum zugunsten des Mieters beschränken oder ausschließen, können nach dem EuGH zu einer Wettbewerbsverletzung führen. So beispielsweise, wenn infolge der Klausel ein Wett-

bewerber tatsächlich vom Markt abgeschottet wird, weil in dem relevanten Einzugsgebiet um das Einkaufszentrum keine alternativen Gewerberäumlichkeiten existieren. Bei der Gewährung ausdrücklichen, aber auch vertragsimmanenten Konkurrenzschutzes ist daher Zurückhaltung geboten, insbesondere in Einkaufszentren, die von der bewussten und gewollten Ansammlung von Gewerbetreibenden geprägt sind („Konkurrenz belebt das Geschäft“). Um eine Wettbewerbsverletzung zu vermeiden, sollte Konkurrenzschutz ausdrücklich ausgeschlossen werden. Denn ein Verstoß kann mit einer Geldbuße von bis zu einer Million Euro geahndet werden (§ 81 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 4 Satz 1 GWB). ■



Stefanie Nagel
Rechtsanwältin bei CMS in Köln.
E stefanie.nagel@cms-hs.com



Aktuelle Entwicklungen zur Betriebskostenabrechnung

Hintergrund

Mit Urteil vom 20.01.2016 – VIII ZR 93/15 – hat der BGH zu der Frage Stellung genommen, ob eine Nebenkostenabrechnung formell ordnungsgemäß ist, wenn der Vermieter die in der Abrechnung angegebenen Gesamtkosten vorab um nicht auf den Mieter umlagefähige Kostenanteile bereinigt, aber die zum Gesamtbetrag führenden Rechenschritte nicht erläutert hat. Der Vermieter ist Eigentümer einer aus mehreren Gebäuden bestehenden Wohnanlage, die über einen zentralen Müllplatz und zwei Heizstationen mit zentraler Warmwasseraufbereitung verfügt, die jeweils die anderen Häuser mitversorgen. Hinsichtlich dieser Positionen ist er zunächst von den Gesamtkosten der Wohnanlage ausgegangen und hat diese nach dem Verhältnis der Wohnflächen auf die einzelnen Gebäude verteilt, ohne diesen Rechenschritt in der Abrechnung offenzulegen. Die ausgewiesenen „Gesamtkosten“ pro Gebäude entsprechen so nicht den Beträgen der jeweiligen Gebührenbescheide.

Mit Urteil vom 10.02.2016 – VIII ZR 137/15 – hat der BGH dem Vermieter einen Zahlungsanspruch für „Betriebskosten“-Vorauszahlungen zugesprochen, da diese Kosten auch ohne Beifügung des Betriebskostenkatalogs und ohne ausdrückliche Bezugnahme auf die (aktuelle) Betriebskostenverordnung wirksam umgelegt werden können.

Die Entscheidungen

Der BGH hält in dem Urteil vom 20.01.2016 nicht mehr an seiner bisherigen Rechtsprechung fest, wonach es bei sog. „bereinigten“ Gesamtkosten zusätzlicher Angaben in der Abrechnung bedürfe (etwa hinsichtlich nicht umlagefähiger Kostenanteile oder erläuternder Rechenschritte). Die Mindestanforderungen an eine formell ordnungsgemäße Nebenkostenabrechnung seien vielmehr erfüllt, wenn bei der jeweiligen Kostenposition der Gesamtbetrag angegeben ist, der auf die Mieter der gewählten Abrechnungseinheit umgelegt wird. Ob der Vermieter den Betrag zutreffend errechnet hat, ist ausschließlich eine Frage materieller Richtigkeit.

Mit Urteil vom 10.02.2016 bestätigt der BGH, dass Betriebskosten wirksam auf den Wohnraummieter umgelegt werden können, auch wenn weitere Bezugnahmen (auf Gesetz, Betriebskostenkatalog oder Betriebskostenverordnung) fehlen. Der Begriff der Betriebskosten sei seit Langem gesetzlich definiert und durch Aufzählung der einzelnen Betriebskostenarten im Betriebskostenkatalog der Betriebskostenverordnung erläutert. Zudem sei es allgemein üblich, die Umlage sämtlicher Betriebskosten zu vereinbaren, die nach den genannten Definitionen umlagefähig sind. Der Begriff der „Betriebskosten“ bedürfe grundsätzlich keiner Erläuterung oder Aufschlüsselung, da er als bekannt vorausgesetzt werden kann und für den durchschnittlichen Mieter hinreichend klar und verständlich ist.

Praxistipp

Die Lockerung der formellen Anforderungen an die Abrechnung, die der Vermieter innerhalb der Jahresfrist erfüllen muss, um nicht mit etwaigen Nachforderungen ausgeschlossen zu sein, dürfte zumindest im Wohnraummietrecht zu Entspannung führen. Gleichwohl entbindet dies den Vermieter nicht von der Verpflichtung zu inhaltlich fehlerfreier Abrechnung sowie zur Offenlegung der notwendigen Rechenschritte bei Einsichtnahme in die Belege.

Bei Verwendung des Begriffs der „Betriebskosten“ in der Vertragsgestaltung ist dennoch Vorsicht geboten, wenn durch weitere Zusätze im Vertrag unklar wird, ob sämtliche Betriebskosten oder nur einzelne Betriebskostenarten umgelegt werden sollen. Sollen weitere „sonstige Betriebskosten“ umgelegt werden (etwa Wartung bestimmter Anlagen), müssen diese ausdrücklich aufgeführt sein, andernfalls kann sich der Mieter gegen deren Umlage wenden. ■



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

Muss sich ein Grundstücksverkäufer vom Erfolg von Sanierungsmaßnahmen überzeugen?

Hintergrund

In Grundstückskaufverträgen wird üblicherweise die Haftung des Verkäufers für Sachmängel ausgeschlossen. Der Käufer kann in diesem Fall Ansprüche wegen Sachmängeln, die bei Gefahrübergang vorlagen, nur dann geltend machen, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen oder eine Garantie für die Beschaffenheit der Sache übernommen hat.

Das arglistige Verschweigen durch den Verkäufer setzt voraus, dass dieser den Käufer durch das Verschweigen offenbarungspflichtiger Mängel täuscht. Erforderlich ist hierfür, dass dem Verkäufer der Mangel entweder positiv bekannt war oder er diesen zumindest für möglich hielt und billigend in Kauf nahm, dass der Käufer keine Kenntnis von dem Mangel hatte und im Falle der Offenlegung des Mangels im Kaufvertrag diesen nicht oder nicht mit dem vereinbarten Inhalt geschlossen hätte.

Die Entscheidung

In dem vom BGH mit Urteil vom 19.02.2016 – V ZR 216/14 – entschiedenen Fall handelte es sich bei dem Kaufgegenstand um ein Holzblockhaus, das in der Vergangenheit mit Ungeziefer befallen war. Der Verkäufer hatte seinerzeit ein Fachunternehmen mit der umfas-

senden Beseitigung beauftragt, sich von dem Erfolg der Sanierungsarbeiten jedoch nicht überzeugt. Bei Gefahrübergang war das Holzblockhaus erneut mit Ungeziefer befallen. Über den früheren Ungezieferbefall hatte der Verkäufer den Käufer vor Vertragsschluss nicht informiert.

Aufgrund der fehlenden Aufklärung über den früheren Befall mit Ungeziefer hat der Verkäufer nach Bewertung des BGH zwar objektiv seine Aufklärungspflicht verletzt, arglistig hatte er diesen Sachmangel bei Gefahrübergang jedoch nicht verschwiegen.

Wer eine umfassende Mängelbeseitigung durch ein Fachunternehmen beauftragt, ist nicht verpflichtet, den Eintritt des Erfolgs dieser Maßnahmen zu prüfen. Wer von einer Erfolgskontrolle der durchgeführten Arbeiten absieht, hält daher nicht ein späteres Wiederauftreten des Mangels für möglich und nimmt dieses nicht billigend in Kauf. Die Haftung des Verkäufers wegen des Sachmangels bei Gefahrübergang ist folglich in dieser Konstellation weiterhin ausgeschlossen.

Lediglich wer konkrete Umstände kennt, die den Verdacht begründen, dass die Mängelbeseitigung keinen Erfolg gehabt haben könnte, und wer den Käufer hierüber nicht aufklärt, täuscht den Käufer arglistig

durch Verschweigen über den Mangel. Der vereinbarte Haftungsausschluss greift dann nicht.

Praxistipp

Vom Erfolg von Sanierungsmaßnahmen muss sich ein Verkäufer somit nicht selbst überzeugen, soweit er ein Fachunternehmen mit der Durchführung beauftragt hat. Er sollte sich gleichwohl sorgfältig überlegen, ob er seinen Vertragspartner über bereits umfassend beseitigte Mängel informiert oder nicht. Das arglistige Verschweigen eines solchen früheren Mangels, der nach Beseitigung durch ein Fachunternehmen nochmals auftritt, kann ihm jedenfalls nicht vorgeworfen werden, wenn ihm keine konkreten Umstände bekannt sind, die den Verdacht begründen würden, dass die Mängelbeseitigung keinen Erfolg gehabt haben könnte. ■



Franziska Krokutsch

Rechtsanwältin bei CMS in Berlin.

E franziska.krokutsch@cms-hs.com

Erleichterung für Betreiber von Shoppingcentern – Beitragspflicht zur Werbegemeinschaft bleibt auch bei Unwirksamkeit der Beitrittsvereinbarung

Hintergrund

Der BGH hat in seinem Urteil vom 13.04.2016 – XII ZR 146/14 – bestätigt, dass die mietvertragliche Verpflichtung zum Beitritt in eine Organisation mit beschränkter Haftung (hier: Verein) wirksam ist. Dagegen bleibt die Pflicht zum Eintritt in eine Werbegemeinschaft in der Rechtsform einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts aufgrund der damit verbundenen unbeschränkten Haftungsrisiken weiterhin gemäß der ständigen Rechtsprechung unwirksam. Aufgrund dessen ging die Praxis in den letzten Jahren dazu über, den Beitritt und die Verpflichtung zur Zahlung von Beiträgen an die Werbegemeinschaft in einem separaten Vertrag neben dem Mietvertrag zu vereinbaren.

In seinem Urteil vom 11.05.2016 – XII ZR 147/14 – hatte der BGH zu entscheiden, ob eine solche Beitrittsvereinbarung und die Beitragspflicht des Mieters zur Werbegemeinschaft wirksam sind.

Die Entscheidung

Der Betreiber eines Einkaufszentrums vereinbarte mit einem Mieter gleichzeitig bei Abschluss eines Mietvertrages mit separatem Vertrag auch dessen Pflicht zum Beitritt zur Werbegemeinschaft in der Rechtsform einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, deren Aufgabe die Beauftragung und Finanzierung

der gemeinsamen Bewerbung des Einkaufszentrums ist. Nachdem der Mieter unter (behauptetem) Verweis auf die Unwirksamkeit des Beitritts nach mehreren Jahren seine Beitragszahlungen an die Werbegemeinschaft eingestellt und eine Kündigung gegenüber der Gesellschaft ausgesprochen hatte, reichte der Betreiber Klage auf Zahlung offener Mitgliedsbeiträge ein.

Mit Erfolg. Der BGH bejahte eine Zahlungspflicht des Mieters unter Heranziehung der „Grundsätze über den fehlerhaften Beitritt zu einer Gesellschaft“. Danach kann ein Fehler bei der Gründung einer Gesellschaft bzw. dem Beitritt zu einer Gesellschaft immer nur mit Wirkung für die Zukunft geltend gemacht werden. Hierzu ist die Kündigung an alle anderen Gesellschafter zu richten. Nicht ausreichend ist die Kündigung nur gegenüber einzelnen Vertretern der Werbegemeinschaft. Bis zum Zugang der Kündigung ist der Beitritt als wirksam anzusehen und die Pflicht zur Zahlung von Mitgliedsbeiträgen bleibt bestehen. Offen lässt der BGH weiterhin die Frage, ob die Verlagerung der Beitrittsverpflichtung zur Werbegemeinschaft in einen separaten Vertrag, der zeitgleich mit dem Mietvertrag geschlossen wird, rechtswirksam ist.

Praxistipp

Das Risiko für die Betreiber und Investoren von Einkaufszentren hat sich durch das Urteil des BGH erheblich verringert, da zumindest keine Ansprüche der Mieter auf Rückzahlung von Beiträgen zur Werbegemeinschaft für die Vergangenheit zu befürchten sind. Jedoch bleibt das Risiko, dass der Mieter seine Mitgliedschaft in der Werbegemeinschaft und damit seine Beitragspflicht für die Zukunft kündigt, auch wenn unseres Erachtens die besseren Gründe dafür sprechen, dass eine solche Kündigung nicht allein darauf gestützt werden kann, dass die Beitrittserklärung gleichzeitig mit dem Mietvertrag abgeschlossen wird. Wer jegliches Risiko vermeiden möchte, sollte die Werbegemeinschaft so ausgestalten, dass den Mieter keine unbeschränkte Haftung trifft. ■



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

Beschreibung von Immobilien-eigenschaften ist keine Beschaffenheitsvereinbarung

Hintergrund

Im Vorfeld eines Kaufvertragsschlusses beschreibt der Verkäufer die Immobilie häufig mithilfe eines Exposés, einer Annonce auf Internetseiten oder in Printmedien. Dort finden sich regelmäßig auch Angaben zu den Eigenschaften des Objekts, wie beispielsweise zur Mietfläche. Regelmäßig werden solche Beschreibungen aber nicht in den Kaufvertrag aufgenommen. Wie ist hiermit umzugehen?

Die Entscheidung

Der BGH hat mit Urteil vom 06.11.2015 – V ZR 78/14 – entschieden, dass die Beschreibung von Eigenschaften, die in der notariellen Urkunde keinen Niederschlag findet, nicht zu einer Beschaffenheitsvereinbarung im Sinne des Kaufrechts führt.

Der Verkäufer hatte im Exposé zum Verkauf seines Wohnhauses die Wohnfläche mit einer Circa-Angabe beschrieben. Der Käufer erhielt auf Nachfrage vom Verkäufer Grundrisse mit Angaben der Flächenmaße. Aus diesen ergab sich eine Wohnfläche, die rund 8 % größer war als angegeben. Ein vom Käufer nach Vertragsschluss beauftragter Architekt berechnete die Wohnfläche nach der Wohnflächenverordnung und kam zu einer rund 15 % unter der vom Verkäufer angegebenen Wohnfläche liegenden Größe. Nun

verlangte der Kläger eine entsprechende Minderung des Kaufpreises sowie den Ersatz weiterer Schäden aufgrund der überhöhten Kaufpreiszahlung.

Ohne Erfolg. Zwar setzt eine Beschaffenheitsvereinbarung keine ausdrückliche Erklärung der Parteien voraus, sie kann sich auch aus den Umständen des Geschäfts ergeben. Solange derartige Vereinbarungen jedoch keinen Niederschlag im notariellen Kaufvertrag finden, kann regelmäßig nicht davon ausgegangen werden, dass die Parteien eine Beschaffenheitsvereinbarung treffen wollten. Folglich kann der Käufer bei einer Abweichung vom Exposé auch keine Mängelrechte geltend machen.

Praxistipp

Entscheidend für die Vereinbarung einer bestimmten Beschaffenheit im Rahmen eines Immobilienkaufvertrages ist demnach, dass diese auch Niederschlag in der notariellen Urkunde findet. Die Parteien haben regelmäßig den übereinstimmenden Willen, dass nur das in der Urkunde Vereinbarte Geltung erlangt. Daher gilt es für einen Käufer, sämtliche für ihn wesentlichen Eigenschaften der Immobilie ausdrücklich im notariellen Kaufvertrag zu vereinbaren, und für den Verkäufer, alle Eigenschaften, die er nicht explizit zusichern will, nicht in

die Urkunde aufzunehmen bzw. ausdrücklich als unverbindlich zu bezeichnen.

In diesem Zusammenhang ist zu bedenken, dass ein vereinbarter Haftungsausschluss für eine Beschaffenheitsvereinbarung nicht gilt, d. h., solange die Parteien in der notariellen Urkunde eine Beschaffenheit vereinbaren, hat diese unabhängig von einem etwaigen Haftungsausschluss durch den Verkäufer vorzuziehen.

Macht der Verkäufer im Vorfeld des Vertragsschlusses jedoch vorsätzlich falsche Angaben, kommen Ansprüche des Käufers aufgrund vorvertraglicher Pflichtverletzung in Betracht. Daher sollten generell auch im Exposé nur tatsächlich zutreffende Angaben erfolgen bzw. sollte dem Käufer die Möglichkeit eingeräumt werden, sämtliche Angaben selbst zu überprüfen. ■



Dr. Markus Vogt, LL.M.
Rechtsanwalt bei CMS in Berlin.
E markus.vogt@cms-hs.com

Welchen (Eintragungs-)Wert hat die Mieterdienstbarkeit?

Hintergrund

Im Rahmen des Kostenansatzes für den Grundbuchvollzug bestimmt sich der Wert einer Dienstbarkeit nach dem Wert, den sie für den Berechtigten hat (§ 52 Abs. 1 GNotKG). Da eine für den Mieter bestellte beschränkte persönliche Dienstbarkeit die Rechte des Mieters aus dem Mietvertrag dinglich absichert (Mieterdienstbarkeit), soll sie mit der mietvertraglich vereinbarten Jahresmiete, multipliziert mit der Mindestlaufzeit des Mietvertrags, zu bewerten sein. Dies hat das OLG München bereits in einer früheren Entscheidung entschieden (OLG München, Beschluss vom 11.01.2013 – 34 Wx 244/12 Kost).

Mit Beschluss vom 25.02.2016 – 34 Wx 385/15 – hat das OLG München seine Rechtsprechung nun dahin gehend präzisiert, dass bei der Bewertung der Mieterdienstbarkeit zu Kostenzwecken auf die Bruttomiete abzustellen ist, selbst wenn der Mieter vorsteuerabzugsberechtigt ist.

Die Entscheidung

Der Eigentümer eines mit einem Einkaufszentrum bebauten Grundstücks räumte zwei Mietern zulasten bestimmter Teilflächen seines Grundbesitzes Mieterdienstbarkeiten ein, wonach der jeweilige Mieter das Recht hat, das jeweilige, den Ge-

genstand des Mietvertrags bildende Gebäude als Einzelhandelsgeschäft allein und bestimmte Parkplätze einschließlich Zu- und Abfahrten gemeinsam mit anderen Berechtigten zu benutzen.

Für die Höhe des Geschäftswerts hat das Grundbuchamt die jeweiligen Bruttojahresmietbeträge mit dem Faktor 10 bzw. 15 entsprechend der jeweils vereinbarten Mindestlaufzeit der Mietverträge multipliziert. Hiergegen haben die Mieter Beschwerde eingelegt. Sie waren der Ansicht, die Geschäftswerte seien auf der Grundlage der Nettomieten zu berechnen.

Das OLG München hat das Vorgehen des Grundbuchamtes gegen die durch die Mieter eingelegte Beschwerde verteidigt. Maßgeblich für die Bewertung soll nach der Entscheidung des OLG München die Bruttomiete sein.

Denn es sei der Bruttobetrag, den der Mieter vereinbarungsgemäß gegenüber dem Vermieter aufwenden müsse, um in den Genuss der Nutzungsüberlassung zu kommen. Der auf die Umsatzsteuer entfallende Teil des Mietzinses sei ein rechtlich unselbstständiger Bestandteil des zu zahlenden Entgelts und nur aus steuerrechtlichen Gründen gesondert auszuweisen, um dem Leistungsempfänger den Vorsteuerabzug zu ermöglichen. Zwar werde

der Vorsteuerabzugsberechtigte infolge der Gutschrift der Vorsteuer letztlich nur in Höhe des Nettoanteils belastet. Auf den wirtschaftlichen Effekt für den vorsteuerabzugsberechtigten Mieter komme es zur Bestimmung des für die Wertfestsetzung maßgeblichen objektiven Werts aber nicht entscheidend an.

Praxistipp

Die Parteien eines Mietvertrages müssen regelmäßig mit erheblichen Kosten bei der Eintragung einer Mieterdienstbarkeit rechnen. Umso wichtiger ist es daher für die Vertragsparteien, im Rahmen der Mietvertragsverhandlungen die Frage der grundbuchlichen Kostentragung mit zu berücksichtigen. Der Versuch, in der Dienstbarkeitsbestellungsurkunde einen geringeren Wert anzugeben, dürfte in aller Regel erfolglos sein. ■



Johannes Bescher, LL.M., Maître en droit
Rechtsanwalt bei CMS in Düsseldorf.
E johannes.bescher@cms-hs.com



Vorsicht bei der Einschränkung der Aufrechnung durch AGB

Hintergrund

Stehen einem Mieter gegen den Vermieter Ansprüche zu, kann er diese grundsätzlich mit der Miete verrechnen. Das Recht des Mieters zur Aufrechnung gegen die Miete kann in Gewerberaummietverträgen, anders als in Wohnraummietverträgen, jedoch eingeschränkt werden. Dies ist grundsätzlich auch im Rahmen allgemeiner Geschäftsbedingungen (AGB) zulässig, jedoch mit der Einschränkung, dass dem Mieter nicht das Recht genommen werden darf, mit unbestrittenen oder rechtskräftig festgestellten Forderungen aufzurechnen (§ 309 Nr. 3 BGB).

Die Entscheidung

Der Vermieter von Gewerberäumen verklagte den Mieter auf Zahlung rückständiger Miete, da der Mieter seit mehreren Monaten nicht die volle Miete zahlte. Der Mieter hielt der Klage unter anderem entgegen, dass er zur vollen Mietzahlung nicht verpflichtet sei, da ihm gegen den Vermieter Gegenansprüche wegen fehlerhafter Nebenkostenabrechnungen zustünden, mit denen er aufgerechnet habe. Die Vorinstanzen gaben dem Vermieter recht und verurteilten den Mieter zur Zahlung. Der Mieter sei zur Aufrechnung nicht berechtigt gewesen, da der Mietvertrag vorsehe, dass er nur mit unbestrittenen, rechtskräftig festgestellten oder entscheidungsreifen Gegenforderungen aufrechnen könne, was vorliegend nicht der Fall sei.

Der BGH, Urteil vom 06.04.2016 – XII ZR 29/15 –, beurteilte dies anders und bewertete die mietvertragliche Regelung zur Einschränkung der Aufrechnung als unwirksam. Denn sie lasse zwar eine Aufrechnung mit unbestrittenen und rechtskräftig festgestellten Gegenforderungen zu, jedoch nur, soweit die Gegenforderungen aus dem Mietverhältnis resultieren. Bei Gegenforderungen außerhalb des Mietverhältnisses könne der Mieter nicht einmal mit unbestrittenen und rechtskräftig festgestellten Forderungen aufrechnen. Dies sei nach § 309 Nr. 3 BGB nicht zulässig und führe zur Unwirksamkeit der Klausel, da diese den Mieter unangemessen benachteilige. Zwar sei § 309 Nr. 3 BGB im vorliegenden Fall nicht unmittelbar anwendbar, da der Mieter kein Verbraucher, sondern Unternehmer sei. Das dort zum Ausdruck kommende Benachteiligungsverbot gelte aber auch zwischen Unternehmern, sodass § 309 Nr. 3 BGB mittelbar Anwendung finde.

Der Verstoß gegen § 309 BGB habe die Unwirksamkeit der gesamten Klausel zur Folge. Die Regelung könne nicht auf den gesetzlich zulässigen Inhalt beschränkt werden, da ein Herausstreichen der Beschränkung auf Forderungen aus dem Mietverhältnis der Regelung einen anderen Inhalt geben würde. Die Unwirksamkeit greife daher auch auf die in der Regelung vereinbarten Verbote und Einschränkungen der Aufrechnung, des Zurückbehaltungsrechts und der Mietminderung durch. Mangels einer

wirksamen vertraglichen Regelung finden die gesetzlichen Vorschriften Anwendung, nach denen die Rechte des Mieters nicht eingeschränkt sind.

Praxistipp

Bei der Verwendung von AGB sollte der Vermieter stets besondere Sorgfalt walten lassen, da es bei der Prüfung, ob die vertragliche Regelung wirksam ist, auf jedes Wort ankommen kann. Aus Vermietersicht empfiehlt es sich, die häufig in einer vertraglichen Regelung zusammengefassten Einschränkungen der Aufrechnung, der Mietminderung und des Zurückbehaltungsrechts in separaten Absätzen zu regeln, um zu vermeiden, dass die Unwirksamkeit einer Regelung auf die anderen durchgreift. Aus Mietersicht kann sich die Überprüfung der Wirksamkeit eines mietvertraglichen Aufrechnungsausschlusses vor dem Hintergrund des BGH-Urteils lohnen. ■



Jacqueline Terhöven

Rechtsanwältin bei CMS in Stuttgart.

E jacqueline.terhoeven@cms-hs.com

Zum Widerruf von Online-Maklerverträgen

Hintergrund

Ein Verbraucher meldet sich zu einem im Internet inserierten Immobilienangebot für ein Grundstück eines Maklers und erhält von diesem ein Exposé. Weder die Internetanzeige noch das Exposé enthält eine Widerrufsbelehrung. Der Verbraucher erwirbt das Grundstück, der Makler verlangt die Maklerprovision. Der Kaufinteressent widerruft im Laufe des Prozesses den Maklervertrag. Der BGH (Urteile vom 07.07.2016 – I ZR 30/15 und I ZR 68/15) hat die den Zahlungsklagen der Makler stattgebenden Berufungsurteile aufgehoben und die Zahlungsklagen der Makler insgesamt abgewiesen.

Die Entscheidung

Der BGH hat entschieden, dass Maklerverträge, die online oder am Telefon abgeschlossen werden, von einem Verbraucher nach § 312 g Abs. 1 BGB binnen 14 Tagen widerrufen werden können, weil es sich bei in einer solchen Form geschlossenen Verträgen um ein Fernabsatzgeschäft über die Erbringung von Dienstleistungen im Sinne von § 312 b Abs. 1 Satz 1 BGB a. F. handelt.

Die jeweiligen Verbraucher konnten die Maklerverträge noch im Prozess widerrufen, weil sie nicht über ihr Widerrufsrecht belehrt worden waren. Nach der Übergangsregelung in Art. 229 § 32 Abs. 2 Nr. 3 EGBGB erlösche das Widerrufsrecht bei vor dem 13.06.2014 im Wege des Fernabsatzes geschlossenen Dienstleistungsverträgen bei fehlender Belehrung mit Ablauf des 27.06.2015. Der Widerruf ist in beiden Verfahren vor diesem Datum erklärt worden. Das Widerrufsrecht der jeweili-

gen Beklagten war zum Zeitpunkt der Widerrufserklärungen auch nicht gem. § 312 d Abs. 3 BGB a. F. erloschen. Ein Erlöschen danach setzt voraus, dass der Vertrag von beiden Seiten auf ausdrücklichen Wunsch des Verbrauchers hin vollständig erfüllt worden ist, bevor der Verbraucher sein Widerrufsrecht ausgeübt hat. Dies lag in beiden Fällen nicht vor, weil die Verbraucher die Provisionen vor der Ausübung des Widerrufsrechts nicht bezahlt hatten.

Durch den Widerruf der Maklerverträge war der Anspruch auf Zahlung des Maklerlohns aus den vertraglichen Vereinbarungen entfallen.

Anspruch auf Wertersatz wegen der erbrachten Maklerleistungen stand den Maklern auch nicht zu. Nach § 312 e Abs. 3 BGB a. F. habe der Verbraucher Wertersatz für die erbrachte Dienstleistung nur zu leisten, wenn er vor Abschluss des Maklervertrages auf diese Rechtsfolge hingewiesen worden ist und ausdrücklich zugestimmt hat, dass der Makler vor Ende der Widerrufsfrist mit der Ausführung der Dienstleistung beginnt. In beiden Fällen hatte es an einer entsprechenden Belehrung der Maklerkunden gefehlt.

Praxistipp

Aus dieser neuen Rechtslage ergibt sich eine weitere Belastung für den Immobilienmakler. Wie kann er es verhindern, unter Umständen leer auszugehen? Grundsätzlich auf persönliche Vertragsabschlüsse umzustellen, ist nicht praktikabel, denn dieser Aufwand ist sehr groß. Auch müsste ein Vertragsabschluss in den

Geschäftsräumen des Maklers stattfinden, sonst würde der zweite Fall zur Begründung eines Widerrufsrechts „Außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge“ greifen.

In der Praxis sollten Makler ihren Kunden künftig ordnungsgemäße Widerrufsbelehrungen spätestens zum Abschluss des Maklervertrages erteilen. Dabei muss im Hinblick auf die Form sichergestellt werden, dass die Widerrufsbelehrung „auf einem dauerhaften Datenträger“ abgegeben wird, zum Beispiel per E-Mail, Fax oder Post, eine bloße Darstellung auf der Website reicht nicht aus. Die 14-tägige Widerrufsfrist beginnt mit dem Zugang der Belehrung. Werden Kunden nicht über ihr Recht belehrt, können sie den Vertrag noch bis zu zwölf Monate und 14 Tage nach Vertragsabschluss widerrufen (§ 356 Abs. 3 S. 2 BGB n. F.). Im Fall eines Widerrufs kann der Makler über den Wertersatz für bereits erbrachte Leistungen schadlos gestellt werden, allerdings nur dann, wenn die Voraussetzungen des § 357 Abs. 8 BGB erfüllt sind und der Verbraucher auf diese Rechtsfolge vorher hingewiesen wurde. ■



Isabel Schreyger

Partnerin bei CMS in Köln.

E isabel.schreyger@cms-hs.com

Insolvenzanfechtung: Kenntnis von Benachteiligungsvorsatz

Hintergrund

Zwei aktuelle Entscheidungen des BGH befassen sich mit den Folgen einer Vorsatzanfechtung nach § 133 Abs. 1 InsO. Diese Norm ermöglicht es dem Insolvenzverwalter, Rechtshandlungen anzufechten, die ein Schuldner innerhalb der letzten zehn Jahre vor Insolvenzantragstellung mit Gläubigerbenachteiligungsvorsatz vorgenommen hat, sofern sein Vertragspartner den Vorsatz kannte. Bei erkennbar zahlungsschwachen Vertragspartnern kann diese Norm eine nicht zu unterschätzende Rolle spielen, gleichermaßen beim Abschluss von Grundstückskaufverträgen oder im Rahmen eines Mietverhältnisses.

Die Entscheidung

Im Urteil vom 25.02.2016 – IX ZR 109/15 – konkretisiert der BGH die Anforderungen an die Kenntnis des Gläubigers von der Zahlungseinstellung bzw. drohenden Zahlungsunfähigkeit des Schuldners. So reiche eine Bitte des Schuldners um eine Ratenzahlungsvereinbarung zwar grundsätzlich nicht als Indiz für eine Zahlungseinstellung. Ein Anhaltspunkt hierfür liege jedoch dann vor, wenn die Ratenzahlungsvereinbarung erst nach monatelangen verborgenen Zahlungsaufforderungen abgeschlossen wird. Ein weiteres Indiz für eine Zahlungseinstellung des Schuldners sei dessen Bitte um Ratenzahlung nach Einschaltung eines Inkassounternehmens und Betreiben eines Mahnverfahrens, wenn

diese Bitte nur dahin gehend verstanden werden könne, dass der Schuldner seine fälligen Verbindlichkeiten anders nicht begleichen kann. Der Abschluss einer Ratenzahlungsvereinbarung nach monatelangem Schweigen des Schuldners, das Einschalten eines Inkassounternehmens und/oder die Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens erhöhen im Ergebnis das Anfechtungsrisiko des Gläubigers, da in diesen Fällen von einer Kenntnis über den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners ausgegangen werden dürfte.

Mit Urteil vom 12.05.2016 – IX ZR 65/14 – stellt der BGH klar, dass die Kenntnis einer drohenden Zahlungsunfähigkeit als Beweisanzeichen für die Kenntnis des Gläubigers über einen Benachteiligungsvorsatz an Bedeutung verlieren könne, wenn die angefochtene Rechtshandlung Bestandteil eines ernsthaften Sanierungsversuchs sei und zum Zeitpunkt der Zahlung ein schlüssiges Sanierungskonzept vorliege. Diese Entscheidung des BGH zeigt insoweit die Möglichkeit auf, die Insolvenzanfechtungsgefahr mit einem schlüssigen Sanierungskonzept des Schuldners zu reduzieren. Allerdings hat der Gläubiger das Konzept auf seine Tragfähigkeit hin zu prüfen.

Praxistipp

Die zitierten Entscheidungen des BGH verdeutlichen das Risiko einer späteren Insolvenzanfechtung,

wenn der Gläubiger dem Schuldner Zahlungserleichterungen gewährt hat (Ratenzahlungsvereinbarung, Vergleich), obwohl Indizien für eine drohende Zahlungsunfähigkeit vorliegen. Die Zahlungserleichterungen können für den Gläubiger ein beachtliches Risiko darstellen – kennt bspw. ein Vermieter die drohende Zahlungsunfähigkeit des Mieters, kann der Insolvenzverwalter im Wege einer Vorsatzanfechtung die Erstattung an den Vermieter geleisteter Raten- oder Vergleichszahlungen verlangen. Dies sollte ein Vermieter, der zahlungsschwachen Mietern entgegenkommen will, berücksichtigen. Durch das geplante Gesetz zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei Anfechtungen soll neuerdings eine gesetzliche Vermutung eingeführt werden, dass der Gläubiger bei Abschluss einer Zahlungsvereinbarung die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners nicht kannte. Es bleibt abzuwarten, welche Auswirkungen die Reform für die Praxis haben wird. ■



Filip Niemiec
Rechtsanwalt bei CMS in Berlin.
E filip.niemiec@cms-hs.com



Unwirksamkeit einer Sicherungsabrede über eine Vertragserfüllungsbürgschaft wegen der Kombination mit Abschlagszahlungen

Hintergrund

Die Parteien sind über einen VOB/B-Vertrag über Bauleistungen verbunden. Der Vertrag sieht eine 5%-Vertragserfüllungssicherheit vor. Zudem sollen Abschlagszahlungen gemäß einem Zahlungsplan erfolgen, wobei die letzten drei Raten in Höhe von jeweils 5 % der vereinbarten Vergütung erst nach vollständiger Leistungserbringung durch den Auftragnehmer (AN) fällig werden und zudem von weiteren Voraussetzungen außerhalb des Einflussbereichs des AN abhängig sind. Die in Anspruch genommene Bürgin berief sich gem. § 768 BGB auf die Unwirksamkeit der Sicherheitsabrede. Das LG gab der Klage statt. Das OLG wies die Berufung mit Beschluss gem. § 522 Abs. 2 ZPO zurück.

Die Entscheidung

Der BGH, Urteil vom 16.06.2016 – VII ZR 29/13 –, hebt den Beschluss auf und verweist die Sache zur weiteren Sachverhaltsermittlung an das Berufungsgericht zurück. Dieses habe bei der notwendigen Gesamtbeurteilung zur Beurteilung der Wirksamkeit der Abrede hinsichtlich der Vertragserfüllungssicherheit die Abschlagszahlungsregelung nicht berücksichtigt.

Auch wenn eine formularmäßige Abrede zur Vertragserfüllungssicherheit selbst nicht zu beanstanden ist, kann sich ihre Unwirksamkeit aus einer Gesamtschau weiterer Regelungen über Vertragserfüllungssicherheiten ergeben. Vorliegend ist die Abschlagszahlungsregelung einzubeziehen, die trotz vollständig erbrachter Leistung dem Auftraggeber (AG) einen Einbehalt in Höhe weiterer 15 % der vereinbarten Vergütung gewährt. Hieraus kann er sich wegen solcher Ansprüche schadlos halten, die der Vertragserfüllungsphase zuzuordnen sind und die ebenfalls von der Vertragserfüllungssicherheit abgedeckt werden.

Die Gesamtbelastung in Höhe von bis zu 20 % übersteigt das Maß des Angemessenen, das für Vertragserfüllungssicherheiten ab einer Grenze von 10 % der Auftragssumme anzunehmen ist.

Für eine abschließende Entscheidung fehlen Feststellungen dazu, ob mit der Abschlagszahlungsregelung ein angemessener Ausgleich verbunden ist.

Praxistipp

Mit der vorliegenden Entscheidung schiebt der BGH einer zu weiten

Ausdehnung der Vertragserfüllungssicherheit durch Umgehung erneut einen Riegel vor.

Die Entscheidung liegt auf der Linie der bisherigen restriktiven Rechtsprechung des BGH zur Wirksamkeit von Sicherungsabreden. Insbesondere müssen die Sicherungsabreden das Interesse des vorleistungspflichtigen AN ausreichend berücksichtigen, nicht unnötig mit Sicherheitsleistungen belastet zu werden, um genügend Liquidität für die erbrachte mangelfreie Leistung zu erhalten.

Problematisch ist an weiteren Regelungen, die ebenfalls ein Sicherungsmittel vorsehen, dass sie bei der Vertragsgestaltung oft nicht im Rahmen des Gesamtgeflechtes der aufeinander abgestimmten Regelungen über Sicherungsleistungen berücksichtigt werden. Dadurch kann es zu einer Überschneidung verschiedener Regelungen kommen, mit der Folge, dass der AN unangemessen belastet wird und der AG im Fall der Übersicherung sämtliche Sicherheiten verliert.

Bei der Vertragsgestaltung und -prüfung müssen daher stets auch die weiteren flankierenden AGB- und Individualregelungen (vgl. BGH, Urteil vom 05.04.2006 – VIII ZR 163/05), die dem AG weitere Sicherheiten

gewähren sollen, berücksichtigt werden, zum Beispiel zusätzliche Bareinbehalte, Stundungen, eingeschränkte Abschlagszahlungsregelungen.

Interessant ist die Entscheidung auch hinsichtlich eines weiteren Punktes. Ohne über die Wirksamkeit des Verzehrs auf die Einrede

des § 770 Abs. 1 BGB in AGB zu entscheiden, hält der BGH die Teilunwirksamkeit einer Sicherheitsabrede bei Regelungen zum Inhalt der Bürgschaft für möglich, die abtrennbar sind und nur untergeordnete Bedeutung haben. ■



Dr. Katrin Rohr-Suchalla
Partnerin bei CMS in Stuttgart.
E katrin.rohr@cms-hs.com

Privates Baurecht

Vertragserfüllungsbürgschaft in Höhe von 10 % kann wirksam in AGB vereinbart werden

Hintergrund

Nicht nur zum Schutz des Verbrauchers, sondern auch im Geschäftsverkehr können allgemeine Geschäftsbedingungen unwirksam sein. Das gilt auch für Vereinbarungen über Bürgschaften. Wenn diese Vereinbarungen als AGB einzuordnen sind, greift die AGB-Kontrolle. Mittlerweile gibt es eine fein verästelte Rechtsprechung, die eine Reihe von Vereinbarungen, denen zufolge der Auftragnehmer eines Bauvertrags zur Lieferung einer Bürgschaft verpflichtet wird, als unangemessene Benachteiligung einstuft.

Die Folge ist freilich dramatisch: Die unwirksame Klausel fällt ganz weg, der Auftraggeber hat keinen Anspruch auf die Sicherheit und muss sie ersatzlos zurückgeben. Die Entscheidung des BGH vom 7.4.2016 – VII ZR 56 / 15 – schafft nun insoweit Klarheit, als eine Vertragserfüllungsbürgschaft über 10 % der Auftragssumme in AGB wirksam ist.

Die Entscheidung

Zweifel an der Wirksamkeit einer solchen Vereinbarung konnte man

aufgrund des im Jahr 2000 eingefügten § 632 a Abs. 3 Satz 1 BGB haben. Dieser Regelung zufolge hat der Auftragnehmer in den Fällen der Errichtung oder des Umbaus eines Hauses eine Vertragserfüllungsbürgschaft in Höhe von 5 % zu leisten. Die Regelung gilt aber nur, wenn der Auftraggeber ein Verbraucher ist. Außerdem legt sie den Mindestschutz fest – sie zieht gerade keine Obergrenze für die Höhe von Vertragserfüllungsbürgschaften.

10 % der Auftragssumme würden den Auftragnehmer auch nicht unangemessen benachteiligen, meint der BGH. Die Vertragserfüllungsbürgschaft decke vor allem das Risiko der Insolvenz des Auftragnehmers ab. In so einem Falle müsse der Auftraggeber einen Dritten mit der Vollerfüllung des Bauvorhabens beauftragen. Der sich daraus ergebende Mehraufwand werde vielfach 10 % überschreiten.

Praxistipp

Das Risiko, dass Vertragsbestimmungen als AGB gelten, ist groß. Es lässt sich im Geschäftsverkehr oft nur schwer ausschließen. Handelt

es sich um AGB, können vor allem Regelungen zu Bürgschaften unwirksam sein. Das wirft die vereinbarte Sicherheitsstruktur durcheinander und kann die Risiken drastisch erhöhen.

In der Praxis lohnt es sich daher, die AGB-Problematik im Auge zu behalten. Mit der Entscheidung vom 07.04.2016 hat der BGH immerhin geklärt, dass eine Vertragserfüllungsbürgschaft in Höhe von 10 % in Ordnung ist. ■



Dr. Tim Stahlberg, LL.M.
Rechtsanwalt bei CMS in Hamburg.
E tim.stahlberg@cms-hs.com

Unwirksame Abnahmeklausel in Auftraggeber-AGB infiziert Mängelbürgschaft

Hintergrund

Generalunternehmer, Bauträger und vermietende Bauherren sehen sich oftmals dem Problem ausgesetzt, dass die Verjährungsfristen für Mängelansprüche in der nachfolgenden Leistungskette früher ablaufen als die eigene Gewährleistungsverantwortung gegenüber dem Bauherrn, Erwerber oder Mieter. So hat der Generalunternehmer den Rohbau regelmäßig lange vor Fertigstellung des gesamten Objekts abzunehmen. Zum Ende der Gewährleistung drohen dann Regresslücken.

Versuche, diese Lücken mit einem Gleichlauf der Verjährungsfristen durch vorformulierte Vertragsbedingungen zu schließen, scheitern regelmäßig. Eine erhebliche Verlängerung der Verjährungsfristen für Mängelansprüche über die gesetzlich vorgesehenen fünf Jahre hinaus ist ebenso unwirksam wie die Bedingung der eigenen Abnahme durch Erklärungen vertragsfremder Dritter.

Der Versuch, die Verjährung hinauszuzögern, kann aber auch auf Mängelsicherheiten ausstrahlen.

Die Entscheidung

Der Bauherr eines Fachmarktzentums nahm die Mängelbürgschaft eines inzwischen insolventen Bauunternehmers in Anspruch. Das OLG Köln bestätigte das klageabweisen-

de Urteil einer unwirksamen Abnahmeklausel durch Beschluss vom 10.02.2016 – 11 U 136/15.

Der vorformulierte Bauvertrag des Bauherrn sah vor, dass die Abnahme gegenüber dem Bauunternehmer nur dann erfolgen könne, wenn die Mieter des Fachmarktzentums ihrerseits gegenüber dem Bauherrn die Abnahme erklärten. Fiktive und konkludente Abnahmen, etwa durch die Inbetriebnahme oder den Bezug durch die Mieter, wurden ausgeschlossen. Die Abnahme und somit auch der Beginn der Gewährleistung und die Fälligkeit des Mängeleinhalts unter dem Bauvertrag waren somit von Erklärungen vertragsfremder Dritter abhängig.

Dies belaste den Bauunternehmer, so das OLG Köln, sowohl hinsichtlich der Abnahmeregelung als auch im Hinblick auf die Fälligkeit des Mängeleinhalts unangemessen, da der Bauunternehmer auf die Mieter des Bauherrn keinen Einfluss nehmen könne. Abnahmeregelung und Sicherungsabrede könnten als geschlossene Einheit zudem nicht isoliert voneinander bewertet werden. Demnach war nicht nur die Abnahmeklausel, sondern auch die auf die Abnahme verweisende Klausel zum Mängeleinbehalt unwirksam. Als Folge musste der Bauunternehmer zur Ablösung des Mängeleinhalts keine Bürgschaft stellen. Die Klage gegen den Bürgen war ungeachtet etwaiger Mängel vollständig abzuweisen.

Praxistipp

Auftraggeber sollten ihre vorformulierten Vertragsbedingungen zu Mängelsicherheiten regelmäßig anhand der neuesten Rechtsprechung überprüfen und dabei auch die Abnahmeregelungen in den Blick nehmen. Die Abnahme darf nicht von Erklärungen vertragsfremder Dritter abhängen.

Auftragnehmer sollten bereits abgeschlossene Verträge überprüfen und Mängelsicherheiten verweigern bzw. bereits gestellte Mängelsicherheiten vorzeitig zurückfordern, wenn die vom Auftraggeber gestellten Vertragsbedingungen Erklärungen vertragsfremder Dritter für die Abnahme voraussetzen.

Bürgen bietet die Entscheidung des OLG Köln schließlich ein mögliches Argument gegen eine Inanspruchnahme. ■



Dr. Oliver Kerpen
Rechtsanwalt bei CMS in Köln.
E oliver.kerpen@cms-hs.com

Leistungsverweigerungsrecht des Bestellers wegen Mangel auch nach Verjährungseintritt?

Hintergrund

Der Besteller beauftragte den Auftragnehmer mit Vertrag vom 19.05.2008 unter Einbeziehung der VOB/B (2006) unter anderem mit Rohbauarbeiten für den Neubau eines Büros mit Lagerflächen. Der Besteller nahm die Werkleistung des Auftragnehmers unter Vorbehalt verschiedener Mängel und Restarbeiten am 16.10.2008 ab. Etwaige Gewährleistungsansprüche verjährten daher mit Ablauf des 16.10.2013. Der Besteller machte den Mangel „Wölbung des Pflasters“ erstmals am 11.11.2013 und somit nach Eintritt der Verjährung geltend.

Der Auftragnehmer verlangte Zahlung des restlichen Werklohns sowie die Bewilligung der Eintragung einer Bauhandwerkersicherungshypothek auf dem Baugrundstück. Der Besteller machte wegen des Mangels „Wölbung des Pflasters“ ein Leistungsverweigerungsrecht geltend und verweigerte jegliche Zahlung. Hilfsweise erklärte der Besteller die Aufrechnung in Bezug auf die Mängelbeseitigungskosten und erhob wegen des übersteigenden Betrages Widerklage.

Die Entscheidung

Nach Ansicht des BGH (Urteil vom 05.11.2015 – VII ZR 144/14) konnte sich der Besteller auf sein Leistungsverweigerungsrecht hinsichtlich des Mangels „Wölbung des Pflasters“ berufen. Denn der Besteller kann wegen eines Mangels der Werkleistung ein Leistungsverweigerungs-

recht gegenüber dem Auftragnehmer auch nach Eintritt der Verjährung der Mängelansprüche gem. § 215 BGB geltend machen, wenn dieser Mangel bereits vor Ablauf der Verjährungsfrist in Erscheinung getreten ist und daher ein darauf gestütztes Leistungsverweigerungsrecht in nicht verjährter Zeit geltend gemacht werden konnte. Nicht erforderlich ist hierbei, dass der Besteller sein Leistungsverweigerungsrecht, gestützt auf diesen konkreten Mangel, tatsächlich bereits in unverjährter Zeit geltend gemacht hat.

§ 215 BGB stellt eine Schutzvorschrift für den Schuldner (Besteller) dar. Danach darf sich ein Schuldner als hinreichend gesichert ansehen, wenn ihm ein Gegenanspruch gegen den Gläubiger (Auftragnehmer) zusteht, kraft dessen er seine Inanspruchnahme durch den Gläubiger erfolgreich abwehren kann. Der Schuldner soll durch die Verjährungsregeln nicht zu einer frühzeitigen Durchsetzung seiner Forderung im Wege der Aufrechnung oder Klageerhebung gedrängt werden. Ein anderes Verständnis würde dem eindeutigen Wortlaut des § 215 BGB sowie der Intention des heutigen Gesetzgebers im Vergleich zur früheren Rechtslage widersprechen.

Praxistipp

Die Verjährung der Gewährleistungsansprüche schließt die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts wie auch die Aufrechnung mit Gegenansprüchen nicht

aus, wenn der Anspruch in dem Zeitpunkt noch nicht verjährt war, in dem der Besteller erstmals aufrechnen oder die Leistung verweigern konnte. Der Mangel muss also bereits aufgetreten sein. Die Geltendmachung von Zurückbehaltungsrechten bzw. die Aufrechnung mit Gegenansprüchen stellen bei Vorliegen der vorgenannten Voraussetzungen mögliche Verteidigungsmaßnahmen dar, wenn der Besteller auf Zahlung in Anspruch genommen wird und etwaige Gewährleistungsansprüche bereits verjährt sind. ■



Viviane Körner
Rechtsanwältin bei CMS in Stuttgart.
E viviane.koerner@cms-hs.com

Mängel an Aufdach-Photovoltaikanlage verjähren in fünf Jahren

Hintergrund

Der Kläger beauftragte im Jahr 2004 die Beklagte mit der Errichtung einer Photovoltaikanlage auf dem Dach seiner Tennishalle, unter Berücksichtigung der Statik. Zudem erforderte die Errichtung die Durchführung aufwendiger handwerklicher Installations- und Anpassungsarbeiten, um die Photovoltaikanlage windsicher einzubauen und die Witterungsbeständigkeit zu sichern. Nach Errichtung und Inbetriebnahme der Anlage wies diese jedoch eine zu geringe Leistung auf. Die Beklagte bot an, die Anlage in der Zeit zwischen April 2005 und Dezember 2007 zu beobachten. Im Jahr 2010 beantragte die Klägerin zunächst die Durchführung eines selbstständigen Beweisverfahrens und erhob im Juli 2011 Klage, mit der sie eine Minderung in Höhe von 25 % begehrte. Die Beklagte erhob die Einrede der Verjährung. Das Berufungsgericht gab der Klage statt.

Die Entscheidung

Der BGH, Urteil vom 02.06.2016 – VII ZR 348/13 –, weist die Revision zurück und bestätigt damit insbesondere die Rechtsauffassung des Berufungsgerichtes zur fünfjährigen Verjährungsfrist für Mängel an der Photovoltaikanlage.

Die Einordnung als „Arbeiten an einem Bauwerk“ nimmt der BGH anhand dreier Voraussetzungen vor:

Die Photovoltaikanlage ist zur dauernden Nutzung fest eingebaut.

Der Einbau der Photovoltaikanlage stellt aufgrund der erheblichen Eingriffe in das Dach und die Gebäudeaußenhaut eine grundlegende Erneuerung des Gebäudes dar, die einer Neuerrichtung gleichkommt. Aufgrund der Vielzahl der Eingriffe in die Gebäudesubstanz, des windsicheren Einbaus, des Erhalts der Witterungsbeständigkeit und der Statik des Gebäudes ist eine dem Ansinnen des Gesetzgebers entsprechende typische Risikolage bei Arbeiten an einem Bauwerk für eine Annahme einer Verjährungsfrist von fünf Jahren gegeben.

Die Photovoltaikanlage dient der Tennishalle. Durch den Einbau der Photovoltaikanlage ist eine Funktionserweiterung der Tennishalle gegeben. Darauf, ob die Photovoltaikanlage zur Stromversorgung der Tennishalle dient, kommt es nicht an.

Praxistipp

Der BGH hat die in Literatur und obergerichtlicher Rechtsprechung umstrittene Frage zur Einordnung von Aufdach-Photovoltaikanlagen nunmehr entschieden und diese der fünfjährigen Gewährleistungsfrist gem. § 634 a Nr. 2 BGB zugeordnet. Er folgt dabei seiner Rechtsprechung zur Einordnung des Einbaus technischer Anlagen, die selbst keine Bauwerke darstellen, als Arbeiten an einem Bauwerk. Zwar dürften die vom BGH aufgestellten Voraussetzungen bei den meisten Aufdach-Photovoltaikanlagen gegeben sein. Die Voraussetzungen sind jedoch in jedem Einzelfall zu prüfen.

Der BGH nimmt eine Abgrenzung zu einem Urteil des VIII. Zivilsenats vom 09.10.2013 (VIII ZR 318/12) vor, der von einer kurzen, zweijährigen Verjährungsfrist ausgegangen ist, weil der Einbau der Solarmodule weder für die Konstruktion noch den Bestand, die Erhaltung oder die Benutzbarkeit der Scheune von (wesentlicher) Bedeutung war. Nach der Entscheidung vom 09.10.2013 lagen gerade nicht alle Voraussetzungen für die Einordnung als Arbeiten an einem Bauwerk vor.

Die Entscheidung ist auch deswegen interessant, weil der BGH in einem Obiter Dictum darauf hinweist, dass auch eine freistehende Photovoltaikanlage selbst als Bauwerk zu qualifizieren sein könne, wenn sie mit dem Erdboden unmittelbar oder mittelbar über ein Grundstück fest verbunden und eine dauernde Nutzung der technischen Anlage beabsichtigt sei. Hierbei reiche eine Verbindung durch die reine Auflast aus. ■



Nikolai Schirmer, Dipl.-Ing.
Rechtsanwalt bei CMS in Stuttgart.
E nikolai.schirmer@cms-hs.com

Forderungsabtretung ist keine ausreichende Sicherheit gem. § 648 a BGB

Hintergrund

Fordert der Bauunternehmer vom Besteller des Werks eine Sicherheit gem. § 648 a BGB, ist der Besteller gut beraten, diese Sicherheit innerhalb einer angemessenen Frist – die Rechtsprechung lässt in aller Regel sieben bis zehn Tage gelten (OLG Dresden NZBau 2015, 626) – zu übergeben. Der Bauunternehmer ist berechtigt, eine Sicherheit in Höhe der für das gesamte Bauvorhaben vereinbarten, aber noch nicht bezahlten Vergütung einschließlich dazugehöriger Nebenforderungen zu verlangen. Dies gilt unabhängig davon, ob die Leistungen bereits erbracht sind. Übergibt der Besteller die verlangte Sicherheit nicht fristgemäß, ist der Bauunternehmer zur Kündigung des Vertrags berechtigt.

Auf ein entsprechendes Sicherungsverlangen übergibt der Besteller üblicherweise eine Bankbürgschaft. In Einzelfällen kann es jedoch auch zu Streitigkeiten über die Art der Sicherheit kommen.

Die Entscheidung

Mit Urteil vom 03.06.2016 – 12 U 99/15 – hatte das OLG Hamm darüber zu entscheiden, ob eine Forderungsabtretung als Sicherheit anstelle der im Regelfall gestellten Bankbürgschaft ausreicht. Der Bauunternehmer hatte den Besteller zur Beibringung einer Sicherheit gem. § 648 a BGB aufgefordert. Der Besteller verwies auf eine Abtretungsvereinbarung, wonach er

den Auszahlungsanspruch gegen die Bank hinsichtlich aller auf einem Tagesgeldkonto liegenden Gelder an den Bauunternehmer abgetreten hatte. Er hielt den Bauunternehmer hiermit für ausreichend gesichert, da die auf dem Konto liegenden Gelder die geforderte Sicherheit der Höhe nach abdeckten.

Auf die in erster Instanz breit diskutierte Frage, ob die Sicherheit hinreichend sei, weil aufgrund der erfolgten Abtretung ein unmittelbarer Zahlungsanspruch gegen die Bank bestanden habe, ließ sich das OLG Hamm nicht ein. Es verwies stattdessen auf den eindeutigen Wortlaut des Gesetzes. Wer eine Sicherheit zu gewähren hat, muss eine der in § 232 BGB aufgeführten Arten der Sicherheit stellen. Dort ist die Forderungsabtretung jedoch nicht genannt. Wer eine Sicherheit gem. § 648 a BGB beibringen muss, kann darüber hinaus gem. § 648 a Abs. 2 S. 1 BGB eine Garantie oder ein sonstiges Zahlversprechen eines Kreditinstituts oder eines Kreditversicherers übergeben. Auch hierunter fällt jedoch die bloße Forderungsabtretung nicht. Dem Sicherungsverlangen des Bauunternehmers gem. § 648 a BGB hat der Besteller folglich nicht entsprochen. Die Kündigung des Bauunternehmers war berechtigt.

Praxistipp

Fordert der Bauunternehmer eine Sicherheit gem. § 648 a BGB, sollte ihm fristgemäß und in Höhe der

noch ausstehenden, auch zukünftigen Vergütungsforderung eine Bürgschaft gestellt werden. Andernfalls droht dem Besteller die berechtigte Vertragskündigung. Im Falle einer berechtigten Kündigung durch den Bauunternehmer muss der Besteller die bis dahin erbrachten Leistungen vollständig und die nicht erbrachten Leistungen abzüglich ersparter Aufwendungen des Bauunternehmers vergüten. Ferner muss der Besteller auf eigene Kosten einen Dritten mit der Fertigstellung des Bauvorhabens beauftragen.

Da der Bauunternehmer dem Besteller gem. § 648 a Abs. 3 S. 1 BGB die üblichen Kosten der Sicherheit zu erstatten hat, sollte der Besteller es nicht darauf ankommen lassen, durch Übergabe einer nicht hinreichenden Sicherheit ein derart großes finanzielles Risiko einzugehen. ■



Dr. Jochen Reuter,
LL.M. (Victoria University of Wellington)
Rechtsanwalt bei CMS in Frankfurt/Main.
E jochen.reuter@cms-hs.com

Keine Abnahme durch Sachverständigen zulasten der Nachzügler-Erwerber

Hintergrund

Bauträger, die im Zuge der Neuerrichtung eines Hauses Wohnungen an einzelne Erwerber veräußern, haben ein Interesse an einer frühzeitigen und einheitlichen Abnahme des Gemeinschaftseigentums. Der BGH hat in seinem Urteil vom 12.05.2016 (Az. VII ZR 171/15) diesem Interesse enge Grenzen gesetzt und die Rechte von sog. Nachzügler-Erwerbern gestärkt. Das sind solche Käufer, die erst nach Erklärung der Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch die anderen Wohnungseigentümer eine Wohnung erworben haben.

Die Entscheidung

Der BGH hatte über einen Fall zu entscheiden, in dem eine Wohnungseigentümergeinschaft einen Vorschussanspruch wegen Mängeln am Gemeinschaftseigentum geltend machte und sich dabei auf die Rechte eines Nachzügler-Erwerbers berief, der selbst nicht die Abnahme des Gemeinschaftseigentums erklärt hatte. Der vom Bauträger vorformulierte Vertrag mit dem Nachzügler-Erwerber enthielt eine Regelung, nach der „die Abnahme des Gemeinschaftseigentums (...) durch das Ingenieurbüro K am 25.11.2002 erfolgt (ist). Die Verjährungsfrist für Ansprüche und Rech-

te wegen Mängeln am Gemeinschaftseigentum läuft für den Käufer zum selben Termin ab wie für diejenigen Käufer, welche die gemeinschaftliche Abnahme durchgeführt haben.“

Den ersten Satz dieser Klausel hielt der BGH wegen unangemessener Benachteiligung der Nachzügler-Erwerber gem. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB für unwirksam, weil er mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung in § 640 Abs. 1 BGB, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren sei. Das Interesse der Beklagten an einer frühzeitigen und einheitlichen Abnahme des Gemeinschaftseigentums rechtfertigte es angesichts der Bedeutung der Abnahme und der damit verbundenen nachteiligen Rechtsfolgen für die Nachzügler-Erwerber nicht, dass Letztere die bereits vor Vertragsabschluss erklärte Abnahme ohne Überprüfungs- und Widerspruchsmöglichkeit gegen sich gelten lassen müssten. Satz 2 der vorstehend zitierten Klausel sei gem. § 309 Nr. 8 b) ff) BGB unwirksam, weil die Verjährung von Ansprüchen gegen den Verwender wegen eines Mangels in den Fällen des § 438 Abs. 1 Nr. 2 und des § 634 a Abs. 1 Nr. 2 BGB erleichtert wird. Eine derartige unzulässige Erleichterung liege bereits dann vor, wenn die gesetzliche Verjährungs-

frist durch Vorverlegung des Verjährungsbeginns mittelbar verkürzt wird.

Praxistipp

Bauträger, die eine frühzeitige und einheitliche Abnahme des Gemeinschaftseigentums anstreben, sollten Nachzügler-Erwerbern die Möglichkeit einräumen, die von den anderen Wohnungseigentümern erklärte Abnahme des Gemeinschaftseigentums zu überprüfen, ggf. zu widersprechen oder die Abnahme zu verweigern. Individualvertraglich sollte der Bauträger dann mit dem Nachzügler-Erwerber vereinbaren, dass die Abnahme der übrigen Wohnungseigentümer auch für und gegen den Nachzügler-Erwerber Rechtswirkungen entfaltet. ■



**Dr. Sebastian Huck, LL.M.,
UWE Bristol**

Rechtsanwalt bei CMS in Hamburg.
E sebastian.huck@cms-hs.com

Kündigung wegen Insolvenz: § 8 Abs. 2 VOB/B ist mit InsO vereinbar

Hintergrund

Im Baugewerbe gehört die Insolvenz von Auftragnehmern zu den nicht ganz ungewöhnlichen Risiken. Wird dem Bauvertrag die VOB/B zugrunde gelegt, kann der Auftraggeber im Falle einer Insolvenzantragstellung durch den Auftragnehmer ausweislich § 8 Abs. 2 VOB/B den Bauvertrag aus wichtigem Grund kündigen und Schadensersatz für die Fertigstellungsmehrkosten verlangen. Seit vielen Jahren ist jedoch umstritten, ob § 8 Abs. 2 Nr. 1 VOB/B als „insolvenzbedingte Lösungsmöglichkeit“ gegen die Insolvenzordnung verstößt und damit unwirksam ist.

Die Entscheidung

Der BGH entschied nunmehr mit Urteil vom 07.04.2016 – VII ZR 56/15 –, dass jedenfalls eine auf den Eigeninsolvenzantrag des Auftragnehmers gestützte Kündigung aus wichtigem Grund wirksam ist. § 8 Abs. 2 Nr. 1 Fall 2 VOB/B verstößt damit nicht gegen §§ 103, 119 InsO. Dem Insolvenzverwalter wird in den §§ 103, 119 InsO die Möglichkeit eröffnet, die Erfüllung laufender, gegenseitiger Verträge zu wählen oder aber die Verträge zu beenden. Dieses Wahlrecht wird nach Ansicht des BGH dann nicht beeinträchtigt, wenn sich die vertragliche Lösungsklausel – also § 8 Abs. 2 VOB/B – eng an eine gesetzliche Lösungsmöglichkeit anleh-

ne. Dies sei vorliegend gegeben: Zum einen gehe das auf dem Eigeninsolvenzantrag des Auftragnehmers beruhende Kündigungsrecht des § 8 Abs. 2 Nr. 1 Fall 2 VOB/B nicht weiter als die gesetzliche Kündigungsmöglichkeit nach § 649 BGB, wonach der Auftraggeber jederzeit berechtigt ist, den Werkvertrag zu kündigen. Zum anderen lehne sich auch die Rechtsfolge des § 8 Abs. 2 Nr. 2 VOB/B – also der Schadensersatzanspruch des Auftraggebers – an die dem Auftraggeber bereits gesetzlich und aufgrund Richterrechts zustehenden Rechte an. Schließlich sei das außerordentliche Kündigungsrecht des Auftraggebers für die Fälle richterrechtlich anerkannt, in denen das Vertrauensverhältnis nachhaltig zerstört oder die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet sei. Dies ergebe sich aus dem Rechtsgedanken des § 314 BGB. Im Falle des Eigeninsolvenzantrags sei das für die Vertragsfortführung erforderliche Vertrauen zerstört, weshalb der Auftraggeber außerordentlich kündigen könne. In der Folge habe der Auftraggeber dem Auftragnehmer auch keine Vergütung für noch nicht erbrachte Leistungen zu zahlen. Vielmehr stehe ihm ein Schadensersatzanspruch aus §§ 280 Abs. 1, 2, 282 BGB gegen den Auftragnehmer zu, da dieser mit dem Eigeninsolvenzantrag seine Nebenpflicht zur Rücksichtnahme auf die Rechtsgüter und Interessen des Auftraggebers verletzt. Der Schadensersatzanspruch des § 8 Abs. 2 Nr. 2 VOB/B gehe hierüber nicht hinaus.

satzanspruch des § 8 Abs. 2 Nr. 2 VOB/B gehe hierüber nicht hinaus.

Im Ergebnis seien damit sowohl das in § 8 Abs. 2 Nr. 1 Fall 2 VOB/B vereinbarte Kündigungsrecht für den Fall des Eigeninsolvenzantrags des Auftragnehmers als auch der in § 8 Abs. 2 Nr. 2 VOB/B vorgesehene Schadensersatzanspruch als Rechtsfolge des Kündigungsrechts mit §§ 103, 119 InsO vereinbar.

Praxistipp

Mit dem Urteil des BGH ist der langjährige Meinungsstreit über das auftraggeberseitige Kündigungsrecht nach einem Eigeninsolvenzantrag des Auftragnehmers geklärt. Auch wenn der BGH nur über eine der vier Fallgruppen des § 8 Abs. 2 Nr. 1 VOB/B entschieden hat, ist davon auszugehen, dass, wenn schon die Kündigung wegen der Insolvenzantragstellung möglich ist, dies erst recht für den Fall der Eröffnung des Insolvenzverfahrens gelten muss. ■



Dr. Katja Kupper

Rechtsanwältin bei CMS in Frankfurt/Main.

E katja.kuepper@cms-hs.com

Haftungsfalle für Bauträger bei Sonderwünschen des Erwerbers

Hintergrund

Oftmals gibt der Erwerber einer Immobilie Sonderwünsche mit Zustimmung seines Bauträgers unmittelbar bei einem beteiligten Handwerker in Auftrag. Den Bauträger treffen in diesem Fall Koordinierungs- und Planungspflichten, die ihn auch für die mangelhafte Sonderwunschsleistung mitverantwortlich machen können. Nach einer Entscheidung des OLG Hamm aus dem Jahr 2006 (Urteil vom 19.09.2006 – 21 U 44/06) gilt dies zumindest dann, wenn die Grundleistung mit der Sonderwunschsleistung technisch so eng verknüpft ist, dass die eindeutige Zuordnung eines Mangels nicht möglich ist. Der Bauträger ist in diesem Fall jedenfalls für ein einwandfreies Zusammenwirken der Einzelleistungen verantwortlich. Mit seiner aktuellen Entscheidung (Urteil vom 15.01.2016 – 19 U 133/14) hat das OLG Karlsruhe diese Verpflichtung des Bauträgers nun weiter konkretisiert.

Die Entscheidung

Es ging um Mängel an der Heizung. Der Erwerber hatte sich nachträglich anstelle von Radiatoren für eine Fußbodenheizung entschieden und den Auftrag mit Zustimmung seines Bauträgers unmittelbar an einen Heizungsbauunternehmer erteilt. Für die Installation des Heizkessels blieb der Bauträger verantwortlich. Da festgestellt wurde, dass die spätere Fehlfunktion der Heizung alleine auf der Auslegung der Fußbodenheizung beruhte, der Heizkessel aber einwandfrei

funktionierte, hatte das Landgericht Karlsruhe (Urteil vom 11.07.2014 – 2 O 58/14) eine Haftung des Bauträgers zunächst verneint. Dieser habe eine von ihm überschaubare Verantwortung für das von ihm angebotene Haus übernommen. Würde man ihn nun verpflichten, dass er notfalls durch planerische Anweisungen auch für die Funktionsfähigkeit des Sonderwunsches Sorge tragen müsse, würde man ihm Verpflichtungen auferlegen, die ggf. über sein fachliches Wissen hinausgehen.

Das OLG Karlsruhe sieht dies anders. Es komme nicht darauf an, ob eine Trennung der Gewerke und eine Zuordnung des Mangels möglich sind. Das Gericht stellt vielmehr auf die Stellung des Bauträgers als Sachwalter des Erwerbers ab. In dieser Rolle trifft den Bauträger stets die Verantwortung, durch Überprüfungen sicherzustellen, dass sich der Sonderwunsch in das Gesamtkonzept der übrigen Bauleistungen störungsfrei einfügen lässt. Darüber hinaus bezieht sich seine Koordinierungspflicht insbesondere auf die Schnittstellen zwischen Grundgewerk und Sonderwunsch und begründet so eine Verantwortlichkeit für das störungsfreie Funktionieren beider Bestandteile. Das OLG Karlsruhe hat den Bauträger daher als (mit-)verantwortlich für die mangelhafte Heizungsanlage angesehen.

Praxistipp

Hat der Erwerber Sonderwünsche, mit deren Ausführung er direkt einen

Handwerker beauftragen will, muss der Bauträger sorgfältig abwägen, ob er hierzu seine Zustimmung gibt. Dazu ist er bis zur Grenze von Treu und Glauben in der Regel nicht verpflichtet. Er darf und muss insbesondere berücksichtigen, dass er durch die Zustimmung ggf. zusätzliche, für ihn schwer zu kontrollierende Risiken übernimmt und auch für Mängel in der Sonderwunschsleistung haftet. Die sich durch seine Zustimmung ergebenden Koordinierungs- und Planungspflichten können zudem einen zusätzlichen Aufwand erfordern, für den er vom Erwerber ggf. eine zusätzliche Vergütung verlangen sollte.

Vorsicht ist zudem bei einem bereits im Bauträgervertrag formulierten generellen Haftungsausschluss für selbstständig beauftragte Sonderleistungen geboten. Aufgrund § 309 Nr. 8 lit. b) aa) BGB kann der Bauträger jedenfalls in AGB seine eigene Koordinierungspflicht für Sonderwünsche nicht ohne Weiteres abwenden. ■



Martin Krause

Partner bei CMS in Köln.

E martin.krause@cms-hs.com



ERODOTUS

Planungsbedingte Baumängel. Fachplaner muss Architekt freistellen

Hintergrund

Die Entscheidung betrifft die Behandlung von Planungsmängeln innerhalb einer „Planerkette“: Der Auftraggeber betraute den Architekten mit den Planungen für ein Bauvorhaben. Der Architekt beauftragte seinerseits einen Fachplaner für HLS als Subunternehmer. Die vom Fachplaner übernommenen Fachplanungsleistungen erwiesen sich als mangelhaft. Allerdings machte der Auftraggeber seine Gewährleistungsansprüche nicht rechtzeitig geltend, weshalb diese verjährt sind.

Der Fachplaner verlangt vom Architekten Zahlung des Planungshonorars. Hiergegen rechnet der Architekt mit Schadensersatzansprüchen wegen der Planungsmängel auf und beruft sich auf eine Minderung des Vergütungsanspruchs.

Die Entscheidung

Mit Urteil vom 28.01.2016 – VII ZR 266/14 – entschied der BGH, dass der Fachplaner den Architekten von den Ersatzansprüchen des Auftraggebers freizustellen hat, wenn der am Bauwerk verkörperte Planungsmangel auf ihn als Fachplaner zurückzuführen ist. Der Architekt wird insoweit mit einer Verbindlichkeit belastet, als dem Auftraggeber wegen der Mängel Schadensersatzansprüche gegen den Architekten zustehen.

Entscheidend ist, dass dem Architekten aufgrund der Planungsfehler lediglich ein Freistellungsanspruch zusteht, nicht aber ein auf Zahlung gerichteter Schadensersatzanspruch. Denn er selbst hat auf keinen Schadensersatz geleistet. Mit einem Freistellungsanspruch kann der Architekt allerdings nicht gegenüber dem Honoraranspruch des Fachplaners aufrechnen. Die Forderungen sind nicht gleichartig im Sinne von § 387 BGB.

Dagegen ist eine Minderung des Honoraranspruchs nach Ansicht des BGH möglich, auch wenn der Architekt durch den Auftraggeber vollständig vergütet wurde und damit zunächst keine Vermögenseinbuße erlitten hat. Dem steht nicht der Rechtsgedanke des Vorteilsausgleichs entgegen, wie dies noch die Vorinstanz angenommen hatte. Denn der Minderwert der Fachplanung weist zum (Mangel-)Folgeschaden am Bauwerk keinerlei Bezug auf.

Praxistipp

Dem Architekten steht (lediglich) ein Freistellungsanspruch zu. Die Aufrechnung mit Schadensersatzansprüchen in der planerischen Leistungskette scheitert an der fehlenden Gleichartigkeit der Forderungen. Im vorliegenden Fall bestand ein Freistellungsanspruch auch deswegen nicht, weil der Architekt einer Inanspruchnahme

durch den Auftraggeber aus den werkvertraglichen Gewährleistungsansprüchen (noch) die Verjährungseinrede entgegensetzen konnte. Mit Blick auf die Schadensminderungspflicht nach § 254 Abs. 2 S. 1 BGB gegenüber dem Fachplaner ist der Architekt gehalten, im Verhältnis zum Auftraggeber die Einrede der Verjährung zu erheben.

Unabhängig von der Frage, ob der Verjährungseinwand gegenüber dem Auftraggeber erhoben werden kann, besteht die Minderungsmöglichkeit des Architekten, selbst wenn er vom Auftraggeber vollständig vergütet wurde. Wichtig ist die Klarstellung des BGH, dass der Architekt für die Geltendmachung der Minderung keine Nacherfüllungsfrist setzen muss. ■



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

Musterklauseln der Architektenkammer sind AGB des Architekten

Hintergrund

In der nicht rechtskräftigen Entscheidung des OLG Celle vom 18.06.2015 – 6 U 12/15 – geht es um eine Klausel aus einem Mustervertrag einer Ingenieurkammer, die der beklagte Ingenieur in einen Vertrag über die Erbringung der Leistungsphasen 1 bis 9 für die technische Gebäudeausrüstung eines Pflegeheims eingefügt hatte. Die Klausel hat zum Gegenstand, dass die Verjährung mit der Abnahme der letzten nach dem Vertrag zu erbringenden Leistung beginnt, ausdrücklich ausgenommen die Leistungsphase 9. Eine Teilabnahme der Ingenieurleistungen für die Leistungsphasen 1 bis 8 ist in dem Vertrag nicht vorgesehen. Der Kläger macht Mängelansprüche wegen Planungsfehlern und unzureichender Bauaufsicht geltend. Der beklagte Ingenieur beruft sich unter Verweis auf die Klausel aus dem Mustervertrag auf die Verjährung der geltend gemachten Ansprüche. Dem hält der Kläger die Unwirksamkeit der Klausel entgegen, weil diese eine nach § 309 Nr. 8b) ff) BGB in allgemeinen Geschäftsbedingungen unzulässige Erleichterung der Verjährung zur Folge habe.

Die Entscheidung

Das OLG Celle gibt dem Kläger recht. Bei der Klausel aus einem

Mustervertrag der Ingenieurkammer handele es sich um eine für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingung, die der beklagte Ingenieur dem Kläger gestellt habe. Ein Aushandeln der Klausel habe der beklagte Ingenieur nicht nachweisen können und erst recht nicht, dass er den gesetzestremden Kern der Bedingung ernsthaft zur Disposition gestellt habe. Dementsprechend habe die Gewährleistungsfrist für alle Leistungen des Ingenieurs erst nach Erbringung der Leistungsphase 9, d. h. fünf Jahre nach Fertigstellung des Bauvorhabens, zu laufen begonnen und sei der mit der Klage geltend gemachte Anspruch nicht verjährt.

Praxistipp

Architekten und Ingenieuren ist bei der Gestaltung ihrer Verträge Sorgfalt mit Blick auf das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen anzuraten. Verwendet der Architekt oder Ingenieur Musterverträge der Kammern oder einzelne Klauseln daraus, handelt es sich um allgemeine Geschäftsbedingungen. Er sollte stets darauf achten, die aktuellste Fassung des Mustervertrages zu verwenden. Außerdem ist, wenn auch die Leistungsphase 9 beauftragt wird, dringend anzuraten, eine Teilabnahme der Leistungen bis einschließlich Leistungsphase 8 zu vereinbaren, weil dann die Gewähr-

leistungsfrist für diese Leistungen gesondert und nicht erst nach Abschluss der Leistungen der Leistungsphase 9 zu laufen beginnt. Im hier berichteten Fall war die Klage mehr als zehn Jahre nach Fertigstellung der Baumaßnahme erhoben worden. ■



Christian Reuter
Partner bei CMS in Hamburg.
E christian.reuter@cms-hs.com

Flüchtlingsunterbringung kann Wohnnutzung darstellen

Hintergrund

Der Antragsteller ist Eigentümer einer Doppelhaushälfte, in deren angrenzender Doppelhaushälfte für einen Zeitraum von fünf Jahren bis zu 17 Flüchtlinge (14 Erwachsene und 3 Kinder) untergebracht werden sollten. Dagegen wehrte sich der Antragsteller im Wege des Eilrechtsschutzes. Die zuständige Behörde sollte verpflichtet werden, die Nutzung des Nachbaranwesens für die Unterbringung von Flüchtlingen zu untersagen. In erster Instanz hatte der Antragsteller mit seinem Begehren Erfolg. Dagegen wehrte sich die zuständige Behörde.

Die Entscheidung

Mit Beschluss vom 03.03.2016 – 4 B 403/16 – hat der Hessische Verwaltungsgerichtshof der Beschwerde des Antragsgegners stattgegeben. Die Unterbringung der Flüchtlinge in zwei in sich abgeschlossenen Wohnungen in einer Doppelhaushälfte stellt im vorliegenden Fall eine Wohnnutzung dar. Wegen einer bei Stattgabe des Antrags einhergehenden Vorwegnahme der Hauptsache bestanden hier nicht gegebene erhöhte Anforderungen für das Begehren des Antragstellers. Die Unterbringung der Flüchtlinge ist mit hoher Wahrscheinlichkeit als Wohnnutzung zu qualifizieren, was der näheren Umgebung im Sinne von § 34 BauGB, einem reinen Wohngebiet im Sinne von § 3 BauNVO bzw. allgemeinen Wohngebiet im Sinne von § 4 BauNVO, entspricht. Eine Wohnnutzung ist durch eine auf Dauer ange-

legte Häuslichkeit, Eigengestaltung der Haushaltsführung und des häuslichen Wirkungskreises sowie durch die Freiwilligkeit des Aufenthalts gekennzeichnet. Die Kriterien sind hier gegeben. Wegen der Abgeschlossenheit der Wohneinheiten ohne gemeinsamen Speisesaal liegt kein Wohnheim für Flüchtlinge vor.

Dem Kriterium der Dauerhaftigkeit steht nicht entgegen, dass die Unterbringung voraussichtlich nur für die Dauer des Anerkennungsverfahrens erfolgt. Dieses Kriterium bildet keine enge Grenze. Ebenso liegt trotz öffentlich-rechtlicher Zuweisung Freiwilligkeit vor, da die Flüchtlinge ihrer Pflicht selbsttätig nachkamen. Es war hier gerade keine Vollstreckung erforderlich. Es ist auch unbeachtlich, dass die Flüchtlinge nicht selbst Vertragsparteien der Vereinbarung zwischen dem Eigentümer der Doppelhaushälfte und der zuständigen Behörde sind. Unbeachtlich sind auch die frühere Nutzung des Hauses als eine Einheit für eine Familie sowie die Tatsache, dass sich die Anzahl der in der Doppelhaushälfte lebenden Personen verdoppelt hat. Es stellt gerade keine erhebliche Änderung dar, wenn in zwei abgeschlossenen Wohneinheiten nunmehr zwei unabhängige Gruppen wohnen und sich die Bewohnerzahl erhöht. Es wird hier auch der Mindestwohnraum gem. § 7 Abs. 1 und 2 HessWoAufG eingehalten, der bei 6 m² pro Person liegt, wenn weitere Nebenräume zur gemeinschaftlichen Nutzung vorhanden sind. Aus der Beurteilung als Wohnunterkunft und nicht als Gemeinschaftsunterkunft für

Flüchtlinge ergibt sich auch, dass das Gebäude keine höheren Brandschutzanforderungen nach § 13 Abs. 1 HWO haben muss.

Praxistipp

Aus dieser Entscheidung lässt sich nicht grundsätzlich entnehmen, dass Privatwohnungen stets ohne baurechtliche Nutzungsänderungsgenehmigung als Flüchtlingsunterkünfte verwendet werden können. Stets muss im Einzelfall geprüft werden, ob wegen der Zahl der Flüchtlinge bzw. der tatsächlichen Gegebenheiten der Unterkunft nicht ein Flüchtlingswohnheim vorliegt. Dies ist sowohl bei der geplanten Nutzung eigener Immobilien für die Unterbringung von Flüchtlingen als auch bei Überlegungen zur Abwehr entsprechender Nutzungen im näheren Umkreis zu beachten. ■



Anton Glab

Rechtsanwalt bei CMS in Berlin.

E anton.glab@cms-hs.com

Kein Bebauungsplan der Innenentwicklung bei Einbeziehung von Außenbereichsflächen

Hintergrund

Eine Gemeinde hatte für ein rund 7.500 m² großes Plangebiet einen Bebauungsplan der Innenentwicklung im vereinfachten Verfahren gem. § 13 a BauGB aufgestellt und ein allgemeines Wohngebiet festgesetzt. Dabei hatte die Gemeinde den Geltungsbereich des Bebauungsplans auf eine Außenbereichsfläche erstreckt. Das Plangebiet grenzte an die Feldmark, also den Außenbereich, an. Das OVG Greifswald erklärte den Bebauungsplan im Rahmen eines Normenkontrollverfahrens nach § 47 VwGO für unwirksam, da die Voraussetzungen von § 13 a BauGB nicht vorlagen. Die hiergegen gerichtete Revision der Gemeinde hatte keinen Erfolg (BVerwG, Urteil vom 04.11.2015 – 4 CN 9/14).

Die Entscheidung

Das BVerwG hat entschieden, dass die Gemeinde den Bebauungsplan nicht als Bebauungsplan der Innenentwicklung gem. § 13 a Abs. 1 Satz 1 BauGB hätte aufstellen dürfen. Es hat dabei den Anwendungsbereich von § 13 a Abs. 1 Satz 1 BauGB konkretisiert. Danach kann ein Bebauungsplan für die Wiedernutzbarmachung von Flächen, die Nachverdichtung oder andere Maßnahmen der Innenentwicklung in einem beschleunigten Verfahren aufgestellt werden. Das BVerwG stellte zunächst klar, dass der Begriff der „Innenentwicklung“ der vollen richterlichen Kontrolle unterliegt und der Gemeinde inso-

weit kein Beurteilungsspielraum zukommt. Es hat sodann den Begriff der Innenentwicklung eng gefasst, indem es aus dem Begriff der Innenentwicklung eine Beschränkung des räumlichen Anwendungsbereichs von § 13 a Abs. 1 Satz 1 BauGB ableitet. Als Maßnahme der Innenentwicklung dürfen nur Flächen überplant werden, die von einem Siedlungsbereich mit dem Gewicht eines im Zusammenhang bebauten Ortsteils umschlossen werden. Außenbereichsflächen dürfen nicht mittels eines Bebauungsplans der Innenentwicklung gem. § 13 a Abs. 1 Satz 1 BauGB überplant werden. Die Grenzen vom Innen zum Außenbereich dürfen mit einem Bebauungsplan der Innenentwicklung nicht verschoben werden. Das BVerwG begründet diese enge Auslegung des Tatbestandsmerkmals Innenentwicklung mit dem Gedanken der älteren Bodenschutzklausel (§ 1 a Abs. 2 Satz 1 BauGB), wonach mit Grund und Boden sparsam umzugehen ist. Das BVerwG stellt insoweit für Bebauungspläne der Innenentwicklung den Aspekt der Nachverdichtung in den Vordergrund; selbst eine arrondierende Einbeziehung von Außenbereichsflächen ist nicht zulässig. Das BVerwG formulierte einprägsam: „Eine ‚Innenentwicklung nach außen‘ ermöglicht § 13 a BauGB nicht.“

Praxistipp

Das Instrument des Bebauungsplans zur Innenentwicklung gem. § 13 a BauGB wurde in letzter Zeit von

den Gemeinden häufig in Anspruch genommen, insbesondere wenn Investoren eine zügige Planung wichtig war. Die Entscheidung des BVerwG setzt dem Instrument nunmehr enge Grenzen. Bestehen Zweifel, ob es sich bei einer zum beabsichtigten Plangebiet gehörenden Fläche noch um eine Innenbereichsfläche handelt oder ob eine (Teil-)Fläche womöglich bereits im Außenbereich gelegen ist, sollten Gemeinden trotz der längeren Verfahrensdauer das Regelverfahren zur Aufstellung eines Bebauungsplans wählen. Ausdrücklich offengelassen hat das BVerwG die Frage, ob die Entscheidung auch auf eine Überplanung eines „Außenbereichs im Innenbereich“ oder auf Gebiete, die zuvor Gegenstand einer Einbeziehungssatzung nach § 34 Abs. 4 Nr. 3 BauGB geworden sind, anzuwenden wäre. Bis zu einer Klärung ist auch insoweit im Zweifel das Regelverfahren zur Aufstellung eines Bebauungsplans angezeigt. ■



Dr. Konrad Walter
Rechtsanwalt bei CMS in Hamburg.
E konrad.walter@cms-hs.com

Frühzeitige Öffentlichkeitsbeteiligung nach § 3 Abs. 1 BauGB und Planänderung

Hintergrund

Gem. § 4 a Abs. 3 Satz 1 BauGB ist der Entwurf eines Bauleitplans erneut öffentlich auszulegen und sind Stellungnahmen der Öffentlichkeit und der Träger öffentlicher Belange erneut einzuholen, wenn der Planentwurf nach Abschluss des Beteiligungsverfahrens nach § 3 Abs. 2 BauGB oder § 4 Abs. 2 BauGB geändert wird.

Das BVerwG prüft in seinem Beschluss vom 18.04.2016 – 4 BN 9/16 –, ob eine erneute Beteiligung nach § 4 a Abs. 3 Satz 1 BauGB verzichtbar ist, wenn die nach der letzten Auslegung vorgenommene Änderung der Planung entspricht, die Gegenstand der frühzeitigen Öffentlichkeitsbeteiligung nach § 3 Abs. 1 BauGB gewesen ist. § 3 Abs. 1 BauGB erfordert eine frühzeitige Öffentlichkeitsbeteiligung über die allgemeinen Planungsziele, in Betracht kommende Planungslösungen und die voraussichtlichen Auswirkungen der Planung. Die betroffene Gemeinde hatte den Entwurf eines Bebauungsplans nicht erneut ausgelegt, weil sich die nach Abschluss der frühen Öffentlichkeitsbeteiligung ergänzte Festsetzung – die Verlängerung einer öffentlichen Verkehrsfläche – aus der Begründung des ursprünglichen Planentwurfs ergab.

Die Entscheidung

Das BVerwG betont in seiner – die Revision nicht zulassenden – Entscheidung, dass im Grundsatz jede Änderung eines Planentwurfs die Pflicht zur Wiederholung der Betei-

ligung auslöst. Dies gelte auch für solche inhaltlichen Änderungen, die auf Grundlage bereits ausgelegter, dem Entwurf lediglich beigefügter Unterlagen vorgenommen werden. Hat eine Gemeinde entgegen der Begründung eines Planentwurfs eine bestimmte Festsetzung nicht getroffen und ergänzt sie diese nach der öffentlichen Auslegung, sei der Entwurf erneut auszulegen.

Das Beteiligungsverfahren sei aber nicht um seiner selbst willen zu betreiben. Hat eine nach der Auslegung vorgenommene Ergänzung lediglich klarstellende Bedeutung, bestehe kein Anlass zu einer erneuten Beteiligung, da sich inhaltlich nichts am Planentwurf ändere. Entsprechendes gelte, wenn der Entwurf nach der Auslegung in Punkten geändert wird, zu denen die Öffentlichkeit und die Träger öffentlicher Belange bereits angehört wurden, die Änderungen auf einem ausdrücklichen Vorschlag eines Betroffenen beruhen und Dritte hierdurch nicht abwägungsrelevant berührt werden.

Eine früher bereits bestehende Möglichkeit, sich zu einem Vorentwurf zu äußern, reiche aber nicht aus, um die erneute Beteiligungspflicht entfallen zu lassen. Nach dem Gesetz müssten die betroffenen Bürger und Träger öffentlicher Belange die Gelegenheit haben, zu dem Planentwurf in seiner letzten Fassung Stellung zu nehmen.

Praxistipp

Das BVerwG zeigt die Auswirkungen einer Planänderung auf erneute Beteiligungspflichten anschaulich

auf. Im Grundsatz müssen die Öffentlichkeit und die Träger öffentlicher Belange nach jeder inhaltlichen, nicht bloß klarstellenden Planänderung erneut beteiligt werden. Dies ist konsequent und wird dem Sinn und Zweck des § 4 a Abs. 3 Satz 1 BauGB gerecht, Betroffene in die Planung einzubinden.

Die Entscheidung fügt sich in die bisherige Rechtsprechung ein. In der Praxis ist eine erneute Beteiligung nur in seltenen Ausnahmefällen entbehrlich. Gemeinden und Bauträger müssen hier achtsam sein: Wird eine erforderliche Beteiligung unterlassen, ist dieser Fehler in der Regel beachtlich (vgl. § 214 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BauGB) und führt zur Gesamtnichtigkeit des Bauleitplans. Die nur ausnahmsweise in Betracht kommende Teilunwirksamkeit bei abgrenzbaren, einzelne Festsetzungen betreffenden Verfahrensfehlern lässt sich in der Praxis nur schwer darlegen. ■



Dr. Insa Nutzhorn, LL.M., UWE Bristol
Rechtsanwältin bei CMS in Hamburg.
E insa.nutzhorn@cms-hs.com

Keine Honorarerhöhung bei in Vergabeunterlagen vorgegebener Aufwandsentschädigung

Hintergrund

Für die Erstellung der Angebotsunterlagen werden den Bietern grundsätzlich keine Kosten erstattet. Verlangt der öffentliche Auftraggeber im Rahmen der Angebotserstellung jedoch die Ausarbeitung von Entwürfen, Plänen, Zeichnungen, Berechnungen oder anderen Unterlagen, so hat er dafür einheitlich für alle Bewerber eine angemessene Vergütung festzusetzen. Dies galt nach den bisherigen Regelungen der VOF gleichermaßen wie nach der neuen VgV.

Der BGH hatte nun zu entscheiden, wie sich ein Bieter gegen eine für zu gering befundene Vergütung zur Wehr setzen kann (Urteil vom 19.04.2016 – X ZR 77/14). Dabei galt es, das Zusammenspiel vergaberechtlicher Vorgaben und zivilrechtlicher Vergütungsansprüche zu beleuchten.

Die Entscheidung

Die Auftraggeberin hatte auf Basis der VOF 2006 Planungsleistungen europaweit ausgeschrieben. Die Angebote sollten auch eine Projekt-

studie beinhalten; dafür wurde in den Vergabeunterlagen eine Vergütung von EUR 6.000,00 festgesetzt. Die Auftraggeberin hatte diesbezügliche Beanstandungen der Bieter mit der Begründung abgewiesen, dass die eigentlichen Planungsleistungen Gegenstand des späteren Auftrags seien. Einer der Bieter erhob, nachdem der Zuschlag einem anderen Bieter erteilt worden war, Klage auf Zahlung einer Vergütung für Planungsleistungen von EUR 250.955,84 vor dem Zivilgericht, bemessen nach der HOAI.

Der BGH wies die Klage ab. Die ordentlichen Gerichte seien zwar zuständig und die Zulässigkeit der Klage hänge auch nicht von der vorherigen Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens vor der Vergabekammer ab. Der Anspruch stehe dem Bieter allerdings deshalb nicht zu, weil er an die im Vergabeverfahren festgelegte Vergütung gebunden sei. Mit der Abgabe seines Angebots erkläre der Bieter konkludent, dass er mit dem Inhalt der Vergabeunterlagen einverstanden sei.

Werde eine zu geringe, nicht angemessene Vergütung vom Auftragge-

ber festgesetzt, müsse der Bieter dies rügen. Bei Nichtabhilfe müsse er ein Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer anstrengen. Diese könne dann ggf. die Fortsetzung des Vergabeverfahrens zu den angefochtenen Konditionen untersagen. Der Auftraggeber könne sodann die Höhe der Vergütung korrigieren oder die Anforderung an die herzustellenden Unterlagen anpassen.

Unterlasse der Bieter ein solches Vorgehen im Vergabeverfahren, seien weiter gehende Vergütungsansprüche nicht durchsetzbar. Für den Auftraggeber stehe zu befürchten, am Ende nicht nur die in Auftrag gegebene Leistung, sondern Honorarforderungen sämtlicher Teilnehmer vergüten zu müssen. Es sei auch im Interesse der Bieter, vor Erbringung des Ausarbeitungsaufwandes Klarheit zu erlangen. Nicht sachgerecht erscheine, dass die Bieter die festgesetzte Vergütung zunächst stillschweigend hinnehmen, im Anschluss an das Vergabeverfahren dann aber zivilrechtlich die Unangemessenheit der Vergütung geltend machen würden. Diese Grundsätze gälten gleichermaßen für die neuen Regelungen der VgV.



Praxistipp

Bieter sollten eine vom Auftraggeber festgesetzte Vergütung hinreichend prüfen. Erscheint diese unangemessen niedrig, bedarf es einer unverzüglichen Rüge und ggf. eines Nachprüfungsantrags. Andernfalls begibt sich der Bieter seiner Rechte. Ist über die Rüge vor Ablauf der Angebotsfrist noch

nicht entschieden und beabsichtigt der Bieter, unabhängig davon ein Angebot einzureichen, empfiehlt sich ggf. ein klarstellender Hinweis im Angebot, dass die Vergütung – entsprechend der erhobenen Rüge – unangemessen niedrig ist, im Falle der Nichtabhilfe durch die Vergabekammer die ursprünglich festgesetzte Vergütung aber akzeptiert wird. ■



Madeleine Riemer

Rechtsanwältin bei CMS in Berlin.

E madeleine.riemer@cms-hs.com

Open-House-Vergabe von Arzneimittelrabattverträgen unterliegt nicht dem Vergaberecht

Hintergrund

Der EuGH hat am 02.06.2016 – C-410/14 – das seit längerem erwartete Urteil zur vergaberechtlichen Einordnung eines sog. Open-House-Modells zur Vergabe von Arzneimittelrabattverträgen veröffentlicht. Kernaussage ist die Feststellung, dass das Vergaberecht für Open-House-Modelle grundsätzlich nicht gilt; bei einem eindeutigen grenzüberschreitenden Interesse sind allerdings allgemeine vergaberechtliche Grundsätze nach dem Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) zu beachten.

In dem konkreten Fall hatte die Krankenkasse DAK-Gesundheit ein Zulassungsverfahren zum Abschluss von Rabattverträgen nach § 130 a Abs. 8 SGB V für Arzneimittel mit dem Wirkstoff Mesalazin im Amtsblatt der EU bekannt gemacht. Der ausgeschriebene Vertragsentwurf sah vor, dass der Rabatt 15 % auf den Herstellerabgabepreis betragen sollte und keine abweichenden Rabattpreise angeboten werden durften. Außerdem sollten alle die Zulassungskriterien erfüllenden Unternehmen zum Verfahren zugelassen werden und es sollte mit jedem von ihnen eine übereinstimmende Vereinbarung zu den im Voraus festgelegten und nicht verhandelbaren Vertragsbedingungen abgeschlossen werden. Unternehmen, die die Kriterien erfüllten, konnten dem System der Rabattverträge zu je-

dem Zeitpunkt während der Vertragslaufzeit zu identischen Bedingungen beitreten. In der Bekanntmachung wurde zudem darauf hingewiesen, dass das Vergaberecht keine Anwendung finde.

Die Entscheidung

Der EuGH hielt den Verzicht auf die Anwendung des Vergaberechts für zulässig, da in dem Zulassungsverfahren keine Auswahlentscheidung getroffen worden sei. Eine Auswahlentscheidung stelle einen zwingenden Bestandteil eines öffentlichen Auftrags dar, der die Anwendung des Vergaberechts auslöse.

Nach Auffassung des EuGH seien Open-House-Modelle allerdings nicht von jeglichen Vergaberegeln befreit. Bei Vorliegen eines grenzüberschreitenden Interesses seien vielmehr die Grundregeln des AEUV zu beachten, insbesondere die Grundsätze der Nichtdiskriminierung und Gleichbehandlung sowie das sich daraus ergebende Transparenzgebot. Das Transparenzgebot verlange eine europaweite Bekanntmachung, die es den potenziell interessierten Wirtschaftsteilnehmern ermöglicht, vom Ablauf und von den wesentlichen Merkmalen des Zulassungsverfahrens Kenntnis zu nehmen.

Praxistipp

Die Entscheidung hat über die Vergabe von Arzneimittelrabattverträ-

gen hinaus Bedeutung für das Vergaberecht. Mit dem Erfordernis der Auswahlentscheidung hat der EuGH eine wichtige Klarstellung für die Auslegung des Begriffs des öffentlichen Auftrags vorgenommen, der auch für das neue, seit 18.04.2016 in Deutschland geltende Vergaberecht im Oberschwellenbereich wesentlich ist. Erfreulich ist dabei, dass der EuGH keinen Unterschied zwischen der alten und der neuen Vergaberichtlinie macht. Der EuGH versteht den Begriff des öffentlichen Auftrags sowohl für Vergabeverfahren, die vor dem 18.04.2016 eingeleitet wurden und deshalb dem alten Recht unterliegen, als auch für danach eingeleitete und dem neuen Recht unterliegende Verfahren einheitlich. Mit der Anwendung von Open-House-Modellen in anderen Branchen sollten Auftraggeber gleichwohl zurückhaltend sein und vorsorglich die weitere Entwicklung in der Rechtsprechung abwarten. ■



Dr. Sven Brockhoff

Rechtsanwalt bei CMS in Stuttgart.

E sven.brockhoff@cms-hs.com

Öffentlicher Bauauftrag bei Einflussnahme des Auftraggebers?

Hintergrund und Sachverhalt

Wenn die öffentliche Hand zur Erfüllung ihrer Aufgaben Gebäude langfristig anmietet, kann darin je nach Fallgestaltung entweder ein vergabepflichtiger Bauauftrag oder aber ein vergaberechtsfreies Mietgeschäft liegen. In diesem Grenzbereich bewegt sich auch der vorliegende Fall.

Zur Unterbringung einer Kriminalinspektion führte der Antragsgegner (Vergabestelle) ein Markterkundungsverfahren durch, woraufhin den Interessenten ein Exposé mit den Anforderungen an das Mietobjekt übergeben wurde. Im Zuge dieses Verfahrens sind indes keine wertungsfähigen Angebote eingegangen. In der Folge wandte sich der Antragsgegner an einen Makler, durch dessen Hilfe ein Kontakt mit der Beigeladenen (Vermieter) entstand. Im weiteren Verlauf unterzeichneten der Antragsgegner und die Beigeladene den streitgegenständlichen Mietvertrag über Teilflächen des Mietobjekts. Nachdem die Antragstellerin hiervon Kenntnis erlangt hatte, stellte sie einen Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer. Der Antrag wurde als unzulässig verworfen. Begründet wurde dies damit, dass der streitgegenständliche Mietvertrag zwar vergaberechtlich einen öffentlichen Bauauftrag im Sinne des § 99 Abs. 3 GWB darstelle, der maßgebliche Schwellenwert, ab dem das GWB zur Anwendung komme, aber nicht erreicht werde. Dagegen legte die Antragstellerin sofortige Beschwerde ein.

Die Entscheidung

Das OLG Jena weist die Beschwerde in seinem Beschluss vom 07.10.2015 – 2 Verg 3/15 – als unbegründet ab. Entgegen der Auffassung der Vergabekammer kommt das Gericht zu dem Schluss, dass der streitgegenständliche Vertrag keinen öffentlichen Bauauftrag, sondern einen Mietvertrag nach § 100 Abs. 5 Nr. 2 GWB darstellt, auf den das Kartellvergaberecht keine Anwendung findet. Von einem öffentlichen Bauauftrag kann nur dann ausgegangen werden, wenn der öffentliche Auftraggeber Maßnahmen ergriffen hat, um die Merkmale der Bauleistung festzulegen oder sonst entscheidenden Einfluss auf die Planung der Bauleistung zu nehmen. Hierbei sind insbesondere Art und Inhalt der vertraglichen Vereinbarungen sowie baukonzeptionelle Aspekte zu berücksichtigen. Im vorliegenden Fall hielt sich nach Auffassung des Vergabesenats der Einfluss der Vergabestelle auf die Ausgestaltung der Mietsache noch im Rahmen dessen, was einem Mieter in der Planungsphase üblicherweise eingeräumt wird. Maßgeblich war auch, dass die Vergabestelle nicht das gesamte Objekt, sondern in diesem nur Teilflächen angemietet hat, während andere Flächen an (private) Dritte vermietet werden sollten. Deshalb konnte zwar von einem gewissen Einfluss der Vergabestelle auf die angemieteten Teilflächen ausgegangen werden, aber nicht von einem entscheidenden Einfluss auf die Konzeption der Bauleistung insgesamt. Die streitgegenständliche Immobilie stelle sich auch nicht als Sonderbau, sondern als drittverwertungsfähiger Standardbau dar.

Praxistipp

Die Spielräume für die Gestaltung öffentlich genutzter Gebäude als vergabefreies Mietgeschäft werden immer enger. So hat der EuGH mit Urteil vom 10.07.2014 (C-213/13 „Justizgebäude Bari“) eine „Markterkundung“ für die Errichtung und Vermietung eines neuen Gerichtskomplexes als ausschreibungspflichtig eingestuft. Entscheidend hierbei war, dass der öffentliche Auftraggeber konkrete Anforderungen an die Gebäudestruktur vorgab und sich damit das von einem Investor errichtete und an den Auftraggeber vermietete Gebäude als „maßgeschneidertes“ Bauvorhaben erwies. Im vorliegenden Fall konnte das OLG Jena hingegen noch von einem ausschreibungsfreien Mietvertrag ausgehen, da die Vergabestelle nur partiell auf die Gebäudegestaltung Einfluss nahm und eine Drittverwertung möglich war. In Zweifelsfällen ist der Vergabestelle anzuraten, entsprechende Vorhaben EU-weit auszuschreiben. ■



Dr. Jakob Steiff, LL.M. (Edinburgh)
Partner bei CMS in Frankfurt/Main.
E jakob.steiff@cms-hs.com



Ausweitung des Mautsystems: Direktvergabe wegen Ausschließlichkeitsrecht zulässig

Hintergrund

Toll Collect hat auf Basis eines Vertrags aus 2002 ein System zur Erhebung von Maut für schwere Lkw auf Autobahnen errichtet und betreibt dieses. Das derzeit erfasste Streckennetz beläuft sich auf ca. 12.000 km Autobahnen und 1.100 km Bundesstraßen. Der Bund verhandelt seit Ende 2015 mit dem bisherigen Betreiber über die Erweiterung der Lkw-Maut auf sämtliche Bundesstraßen. Das zusätzliche Netz umfasst ca. 37.000 km. Hiergegen wendet sich die Antragstellerin, die ebenfalls Mautsystemdienstleistungen erbringt, und macht geltend, dass ein Bieterverfahren hätte durchgeführt werden müssen.

Die Entscheidung

Die Vergabekammer VK Bund, Beschluss vom 18.02.2016 – VK 2-137/15 –, gibt dem Bund recht. Er darf gem. § 3 EG Abs. 4 lit. c) VOL/A allein mit Toll Collect verhandeln, da der Betreiberin des Mautsystems Ausschließlichkeitsrechte zustehen. Die Mauteinrichtungen stehen zwar auf den Bundesfernstraßen, wurden aber nur zu einem vorübergehenden Zweck mit Grund und Boden verbunden und gehören daher Toll Collect. Darüber hinaus kann sich Toll Collect auf den Urheberschutz an den erforderlichen Datenbanken, das

alleinige Nutzungs- und Urheberrecht an der Software und das Eigentum an den On-Board-Units (OBUs) berufen.

Die Ausschließlichkeitsrechte führen dazu, dass allein Toll Collect in der Lage ist, den Ausbau des bestehenden Systems auf alle Bundesstraßen vorzunehmen. Toll Collect ist nicht verpflichtet, das entwickelte System ihren Wettbewerbern zu öffnen und Schnittstellen zur Verfügung zu stellen. Etwaige Ansprüche des Bundes gegen Toll Collect gem. Kartellrecht sind im Rahmen des Vergabenaachprüfungsverfahrens nicht zu prüfen.

Der Antragsteller kann auch nicht verlangen, dass der Bund das bestehende Mautsystem komplett erneuert, weil der Vertrag mit Toll Collect 2018 ausläuft. Der Bund ist als öffentlicher Auftraggeber privatautonom und frei in seiner Entscheidung, was er beschafft, solange er sach- und auftragsbezogene Gründe hat. Da die Mauteinnahmen eine nicht unmaßgebliche Einnahmequelle darstellen, konnte sich der Bund auf eine sichere Variante berufen und die Erweiterung des Bestandssystems beschaffen. Auch war der Bund nicht verpflichtet, seine Call-Option zur Übernahme von Toll Collect auszuüben, da dies mit vielfältigen Rechten und Pflichten verbunden ist.

Praxistipp

Die Entscheidung betrifft einen der wenigen Fälle, in denen sich ein öffentlicher Auftraggeber auf Ausschließlichkeitsrechte berufen kann. Unabhängig von der vergaberechtlichen Verpflichtung kann man sich die Frage stellen, ob es im Interesse der öffentlichen Hand ist, sich im Hinblick auf ein Mautsystem mit erheblicher finanzieller Bedeutung in dieser Weise an einen Anbieter zu binden. Andererseits muss in Rechnung gestellt werden, dass das Mautsystem für schwere Lkw in Deutschland ein Vorhaben darstellt, das mit großem Aufwand und erheblichen Entwicklungsrisiken verbunden war. Es wird abzuwarten bleiben, wie die Entwicklung weitergeht, wenn die Verträge mit Toll Collect 2018 auslaufen. ■



Dr. Christian Scherer-Leydecker

Partner bei CMS in Köln.

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



Vergaberecht

EuGH: Unterlegener Bieter kann die Vergabe auch dann anfechten, wenn sein eigenes Angebot auszuschließen ist

Hintergrund

Airgest S.p.A. – die Betreibergesellschaft eines italienischen Flughafens – schrieb Dienstleistungen aus. Ein unterlegener Bieter erhob gegen die beabsichtigte Vergabe an einen Konkurrenten Klage vor dem regionalen Verwaltungsgericht. Der Konkurrent trat dem Rechtsstreit bei und machte geltend, dass der Kläger vom Vergabeverfahren auszuschließen sei. Das Verwaltungsgericht legte den Rechtsstreit dem EuGH zur Vorabentscheidung vor.

Die Entscheidung

Der EuGH, Urteil vom 05.04.2016 – C-689/13 –, „Airgest S.p.A.“, stellte klar, dass die Möglichkeit der Nachprüfung jedem Unternehmen zur Verfügung stehen müsse, das ein Interesse an einem bestimmten Auftrag hat und dem durch einen behaupteten Verstoß ein Schaden entstanden ist bzw. zu entstehen droht. Er bestätigte den in der Fastweb-Entscheidung (EuGH, Urteil vom 04.07.2013 – C-110/12) aufge-

stellten Grundsatz, dass ein solches Interesse unabhängig davon bestehe, ob das Angebot des Antragstellers wertbar oder auszuschließen sei. Daher könne die Klage des Antragstellers nicht allein wegen der Mangelhaftigkeit seines Angebots abgewiesen werden. Es müsse vielmehr auch geprüft werden, ob das Angebot des ausgewählten Bieters zuschlagfähig sei. Der EuGH begründet dies mit dem Interesse beider Bieter, den Auftrag zu erhalten: Zum einen könne der Ausschluss eines Bieters dazu führen, dass der andere den Auftrag unmittelbar im Rahmen desselben Verfahrens erhalte. Zum anderen erhalte im Falle einer Aufhebung des Vergabeverfahrens jeder Bieter eine neue Chance auf den Auftrag. Es komme dabei grundsätzlich nicht darauf an, wie viele Unternehmen sich an dem streitigen Vergabeverfahren beteiligt haben.

Praxistipp

Das Urteil des EuGH stärkt die Bieterrechte. Bislang ist es gängige

Praxis der Auftraggeber, nach Eingang einer Rüge oder eines Nachprüfungsantrags nach (weiteren) Ausschlussgründen im Angebot des Rügeföhrers/Antragstellers zu suchen. Dies kann nach der dargestellten EuGH-Rechtsprechung jedenfalls auch dann nicht mehr von Erfolg gekrönt sein, wenn das Angebot des ausgewählten Bieters auszuschließen ist. Da der Antragsteller im Nachprüfungsverfahren keine Einsicht in die Angebote seiner Konkurrenten erhält, wird es Aufgabe der Vergabe-Nachprüfungsinstanzen sein, andere relevante Angebote im Wege der Amtsermittlung zu überprüfen. ■



Dr. Volkmar Wagner

Partner bei CMS in Stuttgart.

E volkmar.wagner@cms-hs.com

Einstweiliger Rechtsschutz gegen Baulärm

Hintergrund

Das BVerwG hatte sich in seinem Beschluss vom 01.04.2016 – 3 VR 2/15 (3 A 5/15) – mit der Frage zu befassen, ob und unter welchen Voraussetzungen Drittbetroffene wegen unzureichender Berücksichtigung von Baulärm die Aufhebung bzw. Außervollziehung eines Planfeststellungsbeschlusses verlangen können. Mehrere Eigentümer von entlang einer Eisenbahnstrecke liegenden Grundstücken wehrten sich gegen den Planfeststellungsbeschluss zum Ausbau der Bahnstrecke, weil es während der Bauphase zu Lärmbelastungen komme, die ihrer Meinung nach im Planfeststellungsbeschluss nicht ausreichend berücksichtigt worden seien. Der Planfeststellungsbeschluss verpflichtet die Vorhabenträgerin zu Schutzvorkehrungen bzw. Entschädigungszahlungen. Das nach dem Planfeststellungsbeschluss erstellte Schallgutachten der Bauherrin wies erhebliche Immissionsrichtwertüberschreitungen aus, die nach Meinung der Grundstückseigentümer nicht ausreichend ermittelt und berücksichtigt wurden. Sie verlangten einen Baustopp und die Außervollziehung des Planfeststellungsbeschlusses im einstweiligen Rechtsschutzverfahren.

Die Entscheidung

Das Begehren der Grundstückseigentümer blieb ohne Erfolg. Das BVerwG bestätigte seine im Beschluss vom 19.12.2014 – 7 VR 5.14 – vertretene Ansicht, dass die Betroffenen bei Mängeln des Lärmschutzkonzepts zwar reale Schutzvorkehr-

ungen oder einen Entschädigungsanspruch im Wege der Planergänzung verlangen können, nicht aber die Aufhebung oder Außervollziehung des Planfeststellungsbeschlusses. Ansprüche auf Ergänzung des Beschlusses um Schutzvorkehrungen gegen Baulärm könnten ggf. durch eine auf einen Baustopp gerichtete Sicherungsanordnung nach § 123 Abs. 1 VwGO gesichert werden. Die Hürden hierfür sind aber hoch.

Ein Anspruch auf Aufhebung des Planfeststellungsbeschlusses besteht nach Ansicht des BVerwG nur, wenn aufgrund einer unbewältigten Lärmbelastung die fachplanerische Abwägung insgesamt keinen Bestand mehr haben könne, weil sich eine konzeptionell andere Planung aufdränge. Hier gehe es aber um den Ausbau einer bestehenden Strecke und es seien keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass den Lärmentwicklungen in der Bauphase nicht durch ergänzende Schutzauflagen und/oder Entschädigungsansprüche begegnet werden könnte bzw. diese gar zu einer anderen Trassierung hätten führen müssen. Die durch den Baulärm beeinträchtigten Grundstückseigentümer seien durch die Nebenbestimmungen des Planfeststellungsbeschlusses ausreichend abgesichert, da die Anwohner in jedem Fall Entschädigungsansprüche geltend machen könnten.

Praxistipp

Sowohl das ergänzende Verfahren als auch die Planergänzung dienen der Behebung von Ermittlungs- und

Abwägungsfehlern des Planfeststellungsverfahrens. Eigentümer betroffener Grundstücke sind hierauf zu verweisen. Sie können grundsätzlich keine Aufhebung bzw. Außervollziehung des Planfeststellungsbeschlusses und damit keinen Baustopp im Rahmen des § 80 Abs. 5 VwGO erreichen. Nach der Rechtsprechung des BVerwG kommt eine Aufhebung des Planfeststellungsbeschlusses bzw. seine Außervollziehung nur dann in Betracht, wenn aufgrund einer unbewältigten Lärmbelastung die fachplanerische Abwägung insgesamt keinen Bestand mehr haben kann, weil sich eine andere Planung aufdrängt. ■



Ninja Nentwig

Rechtsanwältin bei CMS in Stuttgart.

E ninja.nentwig@cms-hs.com

Erstes BVerwG-Urteil zur neuen Struktur des § 4 Abs. 1 UmwRG

Zur jüngsten Änderung des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes (UmwRG) hat das BVerwG erstinstanzlich durch Urteil vom 21.01.2016 – 4 A 5.14 – Stellung genommen. Während die tiefgehenden artenschutzrechtlichen Ausführungen des BVerwG, die zum einstweiligen Stopp des Vorhabens führten, im Wesentlichen den Besonderheiten des Einzelfalles geschuldet sind, sind die Aussagen zur Prüfungsstruktur des § 4 UmwRG für viele umweltrelevante Vorhaben von Bedeutung.

Hintergrund der Entscheidung

Gegenstand des Urteils ist die sog. Uckermarkleitung, eine 380-kV-Freileitung von Bertikow nach Neuenhagen. Der Bedarf für die Uckermarkleitung ist als Teil des im Zuge der Energiewende notwendigen Übertragungsnetzausbaus als vordringlich eingestuft mit der Folge, dass für Klagen gegen den Planfeststellungsbeschluss gleich das BVerwG erst- und letztinstanzlich zuständig ist.

Bereits § 4 UmwRG a. F. vermittelte Umweltverbänden bzw. betroffenen Dritten quasi einen Anspruch auf Aufhebung der Vorhabenzulassung bei bestimmten Fehlern der Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP). Dies ist so besonders, weil die UVP nur Verfahrensrecht ist, also keine über die bestehenden Fachgesetze hinausgehenden inhaltlichen Anforderungen an ein Vorhaben stellt. Im deutschen Rechtssystem kann ein Dritter aber grundsätzlich nur dann die Aufhebung einer Vorhabenzulassung verlangen, wenn er

zugleich auch in seiner materiell-rechtlichen Position verletzt wird oder – bei Umweltverbandsklagen – der Verfahrensfehler auch für eine inhaltlich fehlerhafte Entscheidung ursächlich ist.

Der deutsche Gesetzgeber hatte § 4 UmwRG Ende November 2015 als Reaktion auf einige EuGH-Urteile zum deutschen Umweltschutz, insbesondere in Umsetzung des sog. „Altrip-Urteils“ (EuGH, Urteil vom 07.11.2013 – Rs. C-72/12), geändert. Dabei ging es unter anderem um die Frage, ob nicht nur das gänzliche Unterlassen einer UVP, sondern auch sonstige Fehler die Aufhebung einer Entscheidung nach sich ziehen und ob es auf die Ursächlichkeit des Fehlers für die Entscheidung ankommt bzw. § 46 VwVfG im Rahmen des § 4 UmwRG anwendbar ist.

Nach der neuen, seit Ende November 2015 geltenden Gesetzesfassung des § 4 Abs. 1 UmwRG führen nur die ausdrücklich genannten absoluten Verfahrensfehler zwingend zu einer Aufhebung der Vorhabenzulassung. Bei anderen (relativen) Verfahrensfehlern kommt es darauf an, ob die Entscheidung auf dem Fehler beruht (§ 4 Abs. 1 a UmwRG i. V. m. § 46 VwVfG). Dabei tragen Behörde und Vorhabenträger die Beweislast dafür, dass der Verfahrensfehler nicht für die Entscheidung ursächlich war.

Die Entscheidung

In Bezug auf die Uckermarkleitung nahm das BVerwG zwar einen relativen Verfahrensfehler im Sinne des § 4 Abs. 1 a UmwRG bei der Bekanntmachung der Öffentlichkeitsbeteiligung an. Nach Auffassung des BVerwG muss das Gericht wegen der gesetzlich bestätigten Anwendbarkeit von § 46 VwVfG von Amts wegen prüfen, ob die behördliche Entscheidung bei Beachtung der Verfahrensvorgaben anders ausgefallen wäre, der Fehler also ursächlich war. Hierbei muss es die gesamten Planunterlagen sowie erkennbare oder naheliegende Umstände berücksichtigen und auch die Schwere und den Grad des Verfahrensfehlers in seine Beurteilung einbeziehen. Wenn danach die Nichtbeeinflussung der Verfahrenszulassung durch den Verfahrensfehler nicht offensichtlich ist (sog. non liquet), gilt eine Kausalitätsvermutung, tragen also Vorhabenträger und Behörde die Beweislast dafür, dass die Entscheidung trotz fehlerhaften Verfahrens inhaltlich richtig ist.

Das BVerwG stellte fest, dass die UVP-Fehler den Planfeststellungsbeschluss zur Uckermarkleitung offensichtlich nicht beeinflusst haben: Der klagende Umweltverband habe sich trotz der Fehler umfassend am Verfahren beteiligt, die Belange der klagenden Eigentümer seien durch die Behörde erkannt und im Verfahren berücksichtigt worden. Es komme hinzu, dass die hier vorliegenden Bekanntmachungsfehler



nur geringes Gewicht hätten. Die als relative Fehler eingestuft UVP-Fehler führten daher nicht zur Aufhebung des Planfeststellungsbeschlusses – wenn dieser auch wegen einer nach Ansicht des BVerwG unzureichenden Artenschutzprüfung vorerst nicht vollzogen werden darf.

Ausblick

Das BVerwG hat zwar mit seinem Urteil zur Uckermarkleitung die

Prüfungsstruktur des § 4 UmwRG n. F. konkretisiert, hatte aber leider keinen Anlass, dazu Stellung zu nehmen, welche Kriterien für die Annahme eines anderen schwerwiegenden, also absoluten Verfahrensfehlers im Sinne des § 4 Abs. 1 Nr. 3 UmwRG gelten. Berücksichtigt man allein die umfangreiche Rechtsprechung zu § 3 c UVPG und die mögliche Vielzahl unterschiedlicher Fehler der UVP-Vorprüfung, lässt sich erahnen, dass sich hierzu eine weitere

Fülle an Einzelfallrechtsprechung entwickeln wird. ■



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

Umsetzung der Wohnimmobilienkreditrichtlinie

Hintergrund

Mit dem Gesetz zur Umsetzung der Wohnimmobilienkreditrichtlinie und zur Änderung handelsrechtlicher Vorschriften vom 11.03.2016 (seit 21.03.2016 in Kraft) hat der Gesetzgeber die Wohnimmobilienkreditrichtlinie (2014/17/EU) umgesetzt. Die angestrebten Ziele, insbesondere die Verbesserung des Verbraucherschutzes und der Finanzstabilität, sollen unter anderem durch umfangreichere vorvertragliche Informationspflichten, Vorgaben für die Prüfung der Kreditwürdigkeit und Sanktionen erreicht werden.

Wesentliche Neuregelungen

Das Umsetzungsgesetz definiert als Unterfälle von Verbraucherdarlehensverträgen neben dem Allgemein-Verbraucherdarlehensvertrag den Immobilier-Verbraucherdarlehensvertrag (IVD) als neuen Vertragstypus. Als IVD gelten entgeltliche Darlehensverträge zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher, die durch ein Grundpfandrecht oder eine Reallast besichert oder die für den Erwerb oder die Erhaltung des Eigentumsrechts an Grundstücken, an bestehenden oder zu errichtenden Gebäuden oder für den Erwerb oder die Erhaltung von grundstücksgleichen Rechten bestimmt sind (§ 491 Abs. 3 Nr. 1 und 2 BGB). Besondere Vertragsarten wie etwa Arbeitgeberdarlehen sind von dem Anwendungsbereich des Umsetzungsgesetzes ausgenommen.

Die in § 491 a BGB statuierten vorvertraglichen Informationspflichten

des Darlehensgebers gelten auch für IVD und sind durch das Umsetzungsgesetz noch erweitert worden. Darüber hinaus ist der Darlehensgeber unter bestimmten Bedingungen verpflichtet, dem Darlehensnehmer einen Vertragsentwurf zu überlassen. Werden mit einem IVD Finanzprodukte oder -dienstleistungen im Paket angeboten, so muss dem Darlehensnehmer erläutert werden, ob sie gesondert gekündigt werden können und welche Folgen die Kündigung hat (§ 491 a Abs. 3 S. 3 BGB).

Sog. Kopplungsgeschäfte, d. h. etwa Finanzprodukte oder -dienstleistungen, deren Abschluss für den Abschluss eines IVD Voraussetzung ist, sind nunmehr grundsätzlich verboten (§ 492 a BGB). Ausnahmen von dem Kopplungsverbot gelten für solche Geschäfte, die (im weiteren Sinne) der Sicherung des Darlehens dienen (vgl. § 492 b BGB). Ein Verstoß gegen das Kopplungsverbot begründet die Nichtigkeit der Kopplungsgeschäfte, nicht jedoch des IVD.

Sollte ausnahmsweise ein Widerrufsrecht nicht bestehen (vgl. § 495 Abs. 2 BGB), so ist bei einem IVD dem Darlehensnehmer eine Bedenkzeit von mind. sieben Tagen einzuräumen.

Der Darlehensgeber ist vorbehaltlich wissentlich falscher oder vorenthaltener Informationen durch den Darlehensnehmer nicht berechtigt, einen IVD mit der Begründung zu kündigen, die vom Darlehensnehmer gemachten Angaben seien unvollständig oder die Kreditwür-

digkeitsprüfung sei nicht ordnungsgemäß durchgeführt worden (§ 499 Abs. 3 BGB).

Die in § 502 BGB enthaltenen Bestimmungen zum Bestehen und Umfang einer Vorfälligkeitsentschädigung gelten nunmehr in modifizierter Form auch für IVD.

Der Darlehensgeber hat vor dem Abschluss eines Verbraucherdarlehensvertrags (einschließlich IVD) die Kreditwürdigkeit des Darlehensnehmers zu prüfen (§ 505 a Abs. 1 BGB). Eine solche Pflicht war bisher allein im Interesse der Kreditinstitute im Aufsichtsrecht enthalten. Ohne eine Kreditwürdigkeitsprüfung oder bei negativem Ausgang einer Kreditwürdigkeitsprüfung darf ein Verbraucherdarlehen nicht (mehr) vergeben werden. Bei einem IVD muss es wahrscheinlich sein, dass der Darlehensnehmer seinen Verpflichtungen, die im Zusammenhang mit dem Darlehensvertrag stehen, vertragsgemäß nachkommen wird (§ 505 a Abs. 1 S. 2 BGB). Bei einem IVD hat der Darlehensgeber die Kreditwürdigkeit des Darlehensnehmers auf der Grundlage notwendiger, ausreichender und angemessener Informationen zu Einkommen, Ausgaben sowie anderen finanziellen und wirtschaftlichen Umständen des Darlehensnehmers eingehend zu prüfen (§ 505 b Abs. 2 S. 1 BGB). Die Kreditwürdigkeitsprüfung darf nicht (mehr) hauptsächlich darauf gestützt werden, dass der Wert der Immobilie voraussichtlich zunimmt oder den Darlehensbetrag übersteigt. Kann der Darlehensnehmer seine Pflichten aus dem Darlehensvertrag nicht



erfüllen, kann der Darlehensgeber sich hieraus ergebende Rechte nicht geltend machen, wenn die Pflichtverletzung auf einem Umstand beruht, der bei einer ordnungsgemäßen Kreditwürdigkeitsprüfung zu einer Versagung des Kredits hätte führen müssen.

Auswirkungen und Ausblick

Das Umsetzungsgesetz führt zu erheblich gesteigerten Anforderungen an die Kreditvergabe im Zu-

sammenhang mit (Wohn-)Immobilien. Die Kreditinstitute sind gezwungen, ihre Prüfungsprozesse entsprechend anzupassen. Unklare und unzureichende gesetzliche Vorgaben erschweren diesen Prozess. Es ist zu erwarten, dass sich Kreditinstitute zur Vermeidung von Sanktionen im Zweifel gegen eine Kreditvergabe aussprechen bzw. ihre internen Prüfungskriterien so gestalten, dass in Zukunft weniger Kredite vergeben werden. Dem Verbraucher wird durch die zusätzlichen Informati-

onspflichten der Kreditinstitute nicht immer geholfen sein. ■



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

Änderung von § 309 Nr. 13 BGB: Erklärungen in Textform statt Schriftform

Hintergrund

Bislang war gem. § 309 Nr. 13 BGB in allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) eine Bestimmung unwirksam, durch die Anzeigen oder Erklärungen, die dem Verwender oder einem Dritten gegenüber abzugeben sind, an eine strengere Form als die Schriftform oder an besondere Zugangserfordernisse gebunden werden. Dadurch sollte verhindert werden, dass einseitige Erklärungen des Vertragspartners durch Form- und Zugangsbestimmungen erschwert werden. Für Mietverträge ergab sich regelmäßig ein Problem, wenn der (Formular-) Mietvertrag einseitige Erklärungen des Mieters in Form eines Einschreibens vorsah.

Neuregelung

Am 17.02.2016 beschloss der Bundestag das „Gesetz zur Verbesserung der zivilrechtlichen Durchsetzung von Verbraucherschützenden Vorschriften des Datenschutzes“ (BGBl. 2016, I Nr. 8, S. 233 ff.). Art. 1 Nr. 1 dieses Gesetzes ändert § 309 Nr. 13 BGB insoweit, als in notariell zu beurkundenden Verträgen keine strengere Form als die Schriftform und in allen sonstigen Verträgen keine strengere Form als die Textform für Anzeigen oder Erklärungen, die dem Verwender gegenüber abzugeben sind, vorgesehen werden darf. Zwar zielt das Ge-

setz ausweislich der Begründung in erster Linie auf AGB für Verträge ab, die im Internet geschlossen werden. Da diese AGB zumeist die Schriftform für Kündigungen und andere Erklärungen des Verbrauchers vorsehen, gehen sie nach Ansicht des Gesetzgebers davon aus, es sei eine Erklärung auf Papier mit eigenhändiger Unterschrift erforderlich. Ein durchschnittlich informierter Verbraucher wisse nicht, dass gem. § 127 Abs. 1 und 2 BGB regelmäßig auch eine E-Mail oder ein Telefax ausreicht, um die vereinbarte Schriftform einzuhalten.

Die Neuregelung ist aber nicht nur auf im Internet geschlossene Verträge anwendbar, sondern gilt für alle ab dem 01.10.2016 neu begründeten Schuldverhältnisse, soweit sie nicht gem. § 310 BGB ausgenommen sind. Somit ist die Neuregelung direkt auf Wohnraummietverträge anzuwenden. Bei Gewerberaummietverträgen ist damit zu rechnen, dass die Rechtsprechung über § 307 BGB korrigierend eingreifen und die Änderung von § 309 Nr. 13 BGB bald nachvollziehen wird.

Praxistipp

Die Neuregelung erfasst nur vertragliche Regelungen, mit denen die gewillkürte Schriftform vereinbart wird. Regelungen, die nur die gesetzliche Schriftform wiederho-

len, wie zum Beispiel § 550 BGB für Mietverträge mit einer Laufzeit von mehr als einem Jahr oder § 568 BGB für die Kündigung, bedürfen keiner Anpassung.

Verwenden von Formularmietverträgen ist anzuraten, ihre Vertragsmuster daraufhin durchzusehen, ob sie Klauseln beinhalten, die für Anzeigen und Erklärungen des Mieters bislang die Schriftform vorsehen. Zu denken ist insbesondere an Mängelanzeigen, die Geltendmachung von Minderungsrechten, die Ausübung von Verlängerungsoptionen oder Einwendungen gegen die Betriebskostenabrechnung. Bei Verträgen, die ab dem 01.10.2016 geschlossen werden, sollte hinsichtlich Erklärungen anstelle der Schriftform die Textform (als zulässige Form der Erklärung) vereinbart werden. Andernfalls entsteht Unsicherheit, ob Anzeigen oder Erklärungen, die lediglich in Textform abgegeben werden, wirksam sind. ■



Dr. Stefan Voß

Partner bei CMS in Stuttgart.

E stefan.voss@cms-hs.com

Das EEG 2016

Hintergrund

Am 08.07.2016 hat der Bundestag das Erneuerbare-Energien-Gesetz 2016 verabschiedet, das am 01.01.2017 in Kraft treten soll. Zentrales Element ist der Wechsel von einer festen, gesetzlich garantierten Einspeisevergütung hin zu Vergütungssätzen, die in einem wettbewerblichen Verfahren ermittelt werden. Weitere Änderungen betreffen die Begrenzung der EEG-Umlage für bestimmte stromintensive Unternehmen und die Einführung von Regionalnachweisen.

Ausschreibungen

Betreiber neu errichteter EEG-Anlagen erhalten eine staatliche Förderung grundsätzlich nur noch dann, wenn sie mit ihrem geplanten Projekt zuvor erfolgreich an einer Ausschreibung teilgenommen haben. Der Gesetzgeber erhofft sich hierdurch einen größeren Wettbewerb und Fördersätze, die sich stärker an der Kostenbelastung des Marktes orientieren. Daneben soll der Zubau zusätzlicher Erzeugungskapazitäten stärker gesteuert werden, um ihn unter anderem in Einklang mit dem stockenden Netzausbau zu bringen.

Jährlich soll es eine (für Biomasseanlagen) bis vier Ausschreibungsrunden (für Wind an Land) geben, in denen gesetzlich festgelegte Leistungsmengen grundsätzlich technologiespezifisch ausgeschrieben werden. Daneben sind aber auch technologieoffene Ausschreibungen bei Wind an Land und Solarenergie ab dem Jahr 2018 vorge-

sehen. Wie die Besonderheiten dieser Energiequellen in gemeinsamen Ausschreibungen jeweils angemessen berücksichtigt werden können, ist aber noch unklar – Details sollen in einer Rechtsverordnung geregelt werden.

Die Teilnahme an Ausschreibungen kann – von einzelnen Ausnahmen abgesehen – erst erfolgen, wenn spätestens drei Wochen vor dem Gebotstermin die erforderliche Genehmigung nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz (BImSchG) vorliegt. Ein dann erteilter Zuschlag erlischt grundsätzlich, wenn die Anlagen nicht innerhalb von 30 Monaten nach Bekanntgabe des Zuschlags in Betrieb genommen wurden. Bei einer Inbetriebnahme mehr als 24 Monate nach Bekanntgabe des Zuschlags muss der Bieter – unabhängig davon, ob er die Verzögerung verschuldet hat – eine Pönale zahlen. So möchte der Gesetzgeber sicherstellen, dass bezuschlagte Leistungsmengen zügig realisiert werden. Für Bieter bedeutet das ein erhöhtes Risiko, weil sie das kostenintensive Genehmigungsverfahren durchlaufen müssen, noch bevor die Wirtschaftlichkeit des Projekts feststeht. Kommt es zu Verzögerungen, weil Dritte die Genehmigung angreifen, kann die Frist bis zum Erlöschen des Zuschlags zwar einmalig verlängert werden. Ob und für welche Dauer dies geschieht, liegt aber im Ermessen der Behörde.

Weitere Änderungen

Unternehmen aus besonders stromintensiven Branchen müssen zum

Erhalt ihrer internationalen Wettbewerbsfähigkeit auf Antrag die EEG-Umlage nur in reduziertem Umfang bezahlen. Da die Regelungen in der Vergangenheit kritisiert wurden, hat der Gesetzgeber nachgeschärft. Bei der letzten Reform des EEG im Jahr 2014 wurde etwa der Schwellenwert für eine Begrenzung der EEG-Umlage für bestimmte Unternehmen – die sog. „Liste-1-Unternehmen“ – von einer Stromkostenintensität von 14 % auf 16 bzw. 17 % erhöht. In der Praxis erhielten damit Liste-1-Unternehmen mit einer Stromkostenintensität zwischen 14 und 16 % eine bis dahin gewährte Begrenzung nicht mehr. Diesen Unternehmen kommt der Gesetzgeber nun dadurch entgegen, dass eine – wenn auch geringere – Begrenzung der EEG-Umlage erfolgt.

Regionale Ökostromprodukte

Künftig wird es neben den Herkunftsnachweisen auch Regionalnachweise geben. Hierdurch soll die Vermarktung regionaler Stromprodukte gefördert werden. ■



Dr. Johannes Joepgen
Rechtsanwalt bei CMS in Stuttgart.
E johannes.joepgen@cms-hs.com



News – kurz gefasst

Mietvertrag – unwirksame Klausel zur Abwälzung von Grundsteuererhöhung

Das Urteil des BGH vom 17.02.2016 – XII ZR 183/13 – unterstreicht erneut die Notwendigkeit, allgemeine Geschäftsbedingungen klar und eindeutig zu formulieren. Die fragliche Klausel des Vermieters stellte auf den bei Übergabe der Mietsache geltenden Grundsteuersatz ab. Spätere Erhöhungen sollten vom Mieter getragen werden. Bei Übergabe galt der niedrigere Steuersatz für unbebaute Grundstücke. Kurz danach wurde die Grundsteuer auf-

grund des zwischenzeitlich errichteten Mietgebäudes erhöht. Der BGH hielt es für unklar, ob die fragliche Klausel auch diese Erhöhung erfassen sollte. Denn dann hinge es vom Tempo der Finanzbehörde – also letztlich vom Zufall – ab, ob der Mieter oder der Vermieter diese Grundsteuererhöhung tragen müsste. Da sich das Gewollte letztlich aber nicht klären ließ, war die für den Vermieter ungünstige Auslegung zugrunde zu legen (§ 305 c BGB),

sodass er die Grundsteuererhöhung zu tragen hatte. ■



Dr. Hans Fabian Kiderlen

Rechtsanwalt bei CMS in Hamburg.

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

News – kurz gefasst

Gebrauchsüberlassung „umsonst“ ist Leihe, keine Schenkung

Auch eine langfristige unentgeltliche Überlassung von Wohn- oder Geschäftsräumen ist als Leihe und nicht als Schenkung einzuordnen. Im entschiedenen Fall wurde eine Wohnung befristet bis 31.12.2041 unentgeltlich überlassen. Der Wohnungseigentümer verlangte die Herausgabe mit der Begründung, es handele sich um eine formbedürftige Schenkung. Der BGH wies die Herausgabeklage mit Urteil vom 27.01.2016 – XII ZR 33/15 –

ab. Da die Räumlichkeiten nur zeitlich begrenzt und damit vorübergehend überlassen worden seien, verblieben sie im Eigentum des Leistenden. Aus diesem Grunde handele es sich nicht um eine das Vermögen mindernde Zuwendung, die für die Annahme einer Schenkung gem. § 516 Abs. 1 BGB erforderlich sei. Auch der unmittelbare Besitz werde nicht endgültig, sondern nur vorübergehend aus der Hand gegeben. Das Merkmal der

Unentgeltlichkeit allein könne keine Schenkung begründen. ■



Katharina Sengers

Rechtsanwältin bei CMS in Köln.

E katharina.sengers@cms-hs.com

Abnahme kann nicht an Mieterzustimmung geknüpft werden

Nach einem vorformulierten Bauvertrag über die Errichtung eines Fachmarktzentrums, bei dem die Geltung der VOB/B vereinbart ist, soll eine förmliche Abnahme stattfinden mit der Maßgabe, dass die Mieter in die Abnahme einzubeziehen sind. Nehmen diese wegen Mängeln nicht ab, soll die Abnahme auch im Verhältnis zwischen den Parteien des Bauvertrages scheitern. Vereinbart ist ferner ein Gewährleistungseinbehalt von 5 % für die Dauer der Gewährleistung, abzulösen durch eine Gewährleistungsbürgschaft. Nach Insolvenz des Bauunternehmens nimmt der Auftraggeber den Bürgen in Anspruch. Der Auftraggeber trägt vor, die Abnahme sei am 30.03.2010

ohne Feststellung von Mängeln erfolgt. In der Folgezeit seien Mängel aufgetreten, deren Beseitigung Kosten von EUR 76.000,00 verursache. Das Landgericht Köln und ihm folgend das OLG Köln (Beschluss vom 10.02.2016 – 11 U 136/15) halten die Klage für unbegründet. Die Sicherungsabrede sei gem. § 307 BGB unwirksam. Die Abhängigkeit der Abnahme von einer entsprechenden Abnahme durch den Mieter bei gleichzeitigem Ausschluss einer fiktiven bzw. konkludenten Abnahme führe zur Unwirksamkeit der Klausel insgesamt. Das vorgesehene Zusammenspiel bei der Abnahme bewirke, dass sich nicht exakt bestimmen lasse, wann die Abnahme bewirkt ist und somit

die Gewährleistungsfrist zu laufen beginnt, zumal die Abnahme durch die entsprechende Weigerung eines vertragsfremden Dritten auch gänzlich vereitelt werden könne. Auf die unwirksame Sicherungsabrede kann sich gem. § 768 BGB auch der Bürge berufen. ■



Klaus-Dieter Schick
Partner bei CMS in Stuttgart.
E klaus-dieter.schick@cms-hs.com



News – kurz gefasst

Fehlerhafte Rechnungsprüfung: Architekt haftet für Überzahlung

Das OLG Frankfurt hat mit Urteil vom 31.03.2016 – 6 U 36/15 – entschieden, dass ein Architekt dem Bauherrn unmittelbar auf Schadensersatz haftet, wenn dieser einen Werkunternehmer aufgrund einer fehlerhaften Rechnungsprüfung des Architekten überzahlt hat. Der Bauherr muss nicht erst abwarten, ob er den überzahlten Betrag vom Unternehmer zurückerhält, sondern kann den Architekten sofort in Anspruch nehmen. Im vorliegenden Fall hatte der Bauherr mit seinem Werkunternehmer schon einen Vergleich über eine Rückzahlung des zu viel gezahlten Betrages in Raten

abgeschlossen. Das OLG Frankfurt hat festgestellt, dass es bei dem Bauherrn aufgrund der fehlerhaften Rechnungsprüfung des Architekten durch die Auszahlung gleichwohl bereits zu einer unmittelbaren Vermögenseinbuße gekommen ist, deren Ausgleich er auch unmittelbar vom Architekten verlangen kann. Allerdings muss der Architekt Zahlung nur Zug um Zug gegen die Abtretung der Ansprüche des Bauherrn gegen den Werkunternehmer leisten. Offengelassen hat das Gericht, ob dem Bauherrn auch dann schon ein Schaden entstanden ist, wenn er die Überzahlung noch mit

zukünftigen Werklohnforderungen des Unternehmers verrechnen kann. ■



Martin Krause
Partner bei CMS in Köln.
E martin.krause@cms-hs.com

News – kurz gefasst

Zur erneuten Verlängerung einer Veränderungssperre

Das OVG Düsseldorf hat mit Beschluss vom 18.05.2016 – 2 B 282/16.NE – entschieden, dass die Verlängerung einer Veränderungssperre um ein weiteres (und letztes) viertes Jahr gem. § 17 Abs. 2 BauGB nur möglich ist, wenn das Planverfahren durch eine Besonderheit gekennzeichnet ist, die sich von der üblichen städtebaulichen Planungstätigkeit wesentlich abhebt, und die Gemeinde die verzögerungsverursachende Ungewöhnlichkeit nicht

zu vertreten hat. Es obliege der Gemeinde, die besonderen Umstände konkret darzulegen.

Zu vertreten habe die Gemeinde unter anderem einen zu umfangreichen Zuschnitt des Plangebietes sowie eine Überforderung ihrer Mitarbeiter. Die Ausdehnung einer Veränderungssperre solle nicht dazu dienen, eine absehbar fehlende Leistungsfähigkeit zur zügigen Bauleitplanung zu kompensieren. ■



Dr. Katayun Zierke
Rechtsanwältin bei CMS in Berlin.
E katayun.zierke@cms-hs.com

News – kurz gefasst

Erfolgreiche Anfechtung der Ausübung eines gemeindlichen Vorkaufsrechts

Das OVG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 15.03.2016 – 10 A 1066/14 –, hat die Ausübung eines Vorkaufsrechts für rechtswidrig erklärt. Das Vorkaufsrecht darf nur ausgeübt werden, wenn das Wohl der Allgemeinheit dies rechtfertigt. Im Falle eines Satzungs-vorkaufsrechts bedeute dies, dass die Ausübung auf den städtebaulichen Sicherungszweck der Satzung gerichtet sein muss. Während nach der Satzung schlecht nutzbare Grundstücke

beseitigt werden sollten, wurde das Vorkaufsrecht auf die Erreichung einer angemessenen Bautiefe unter Verzicht auf eine rückwärtige Bebauung sowie die Beseitigung der Gemengelage aus Wohnung und gewerblicher Nutzung gestützt. Letzteres scheidet zur Begründung des Vorkaufsrechts bereits wegen der Mischgebietsfestsetzung im Bebauungsplan aus; ein Mischgebiet werde gerade durch eine solche Gemengelage charakterisiert. ■



Dr. Anne Rausch

Rechtsanwältin bei CMS in Köln.

E anne.rausch@cms-hs.com

News – kurz gefasst

Schmutzwasserleitung als Teil der öffentlichen Abwasserbeseitigungsanlage

In seinem Beschluss vom 13.01.2016 – 7 B 3.15 – nahm das BVerwG zu der Frage Stellung, wie eine öffentliche Abwasseranlage einer entsorgungspflichtigen Körperschaft in rechtlicher Hinsicht und in Abgrenzung zum Eigentum zu definieren ist. Zudem erörterte das Gericht, inwieweit Leitungen, die auf einem im Eigentum eines Dritten befindlichen Grundstück liegen, zu einer öffentlichen Abwasseranlage gehören. Das Gericht kommt zu dem Schluss, dass sich der Umfang ei-

ner öffentlichen Abwasseranlage im Sinne des § 58 Wasserhaushaltsgesetz (WHG) danach bemisst, ob eine Einrichtung für die Aufgabe der Abwasserbeseitigung technisch geeignet und ob sie durch Widmung hierzu bestimmt ist. Eine entsprechende Widmung ergibt sich i. d. R. aus der Abwassersatzung der Gemeinde bzw. der beseitigungspflichtigen Körperschaft (z. B. ein Zweckverband). Die privatrechtlichen Eigentumsverhältnisse an den einzelnen Teilen

der Anlage sind hingegen für die Abgrenzung nicht entscheidend. ■



Dr. Rajiv Chandna

Rechtsanwalt bei CMS in Frankfurt/Main.

E rajiv.chandna@cms-hs.com





Ihr kostenloser juristischer Online-Informationdienst.

E-Mail-Abodienst für Fachartikel zu vielfältigen juristischen Themen.
www.cms-lawnow.com



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, Bratislava, Bristol, Brüssel, Budapest, Bukarest, Casablanca, Dubai, Düsseldorf, Edinburgh, Frankfurt/Main, Genf, Glasgow, Hamburg, Hongkong, Istanbul, Kiew, Köln, Leipzig, Lissabon, Ljubljana, London, Luxemburg, Lyon, Madrid, Mailand, Maskat, Mexiko-Stadt, Moskau, München, Paris, Peking, Podgorica, Prag, Rio de Janeiro, Rom, Sarajevo, Sevilla, Shanghai, 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