

Your World First

C/M/S/

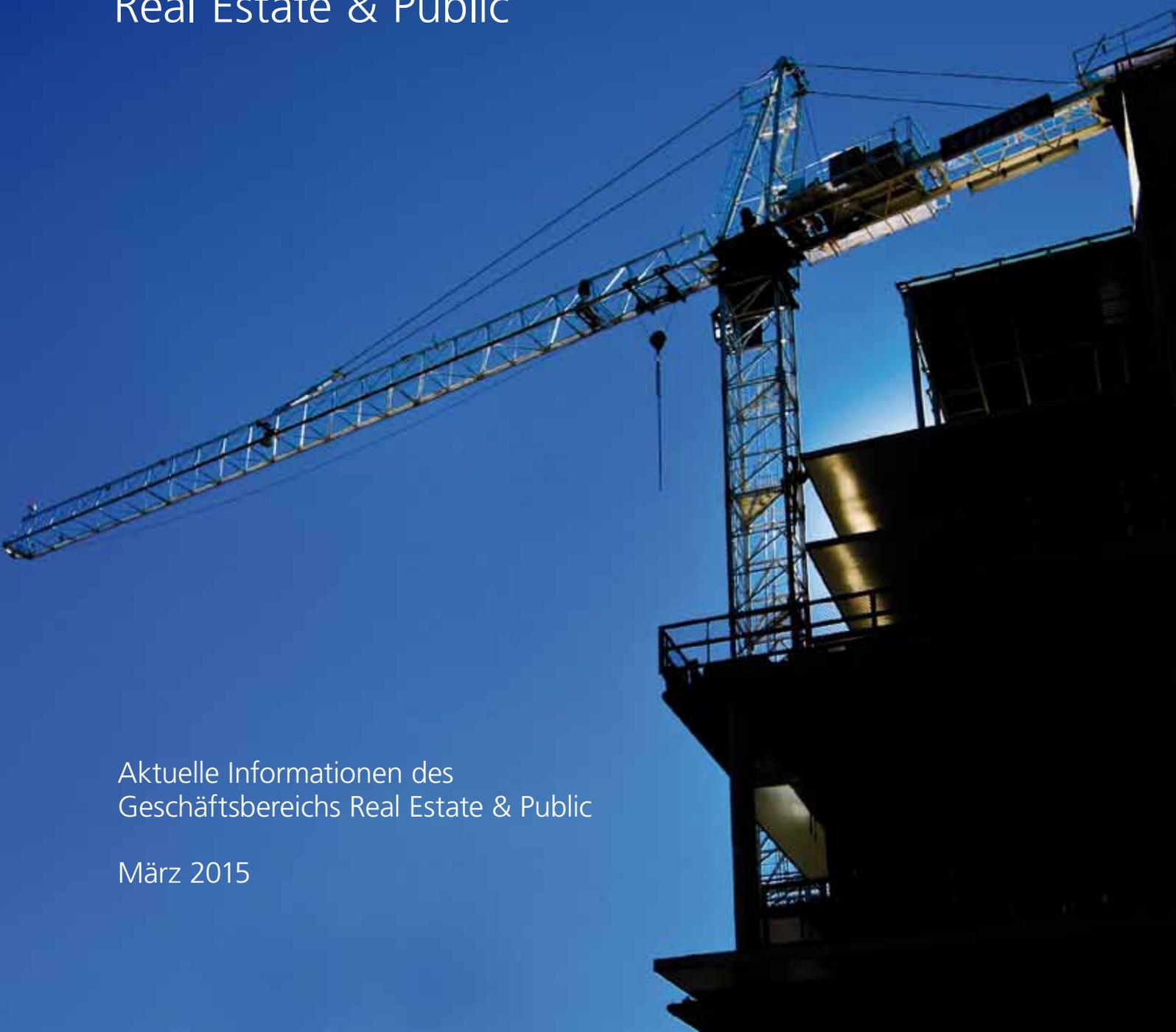
Law . Tax

# update

Real Estate & Public

Aktuelle Informationen des  
Geschäftsbereichs Real Estate & Public

März 2015



# Inhalt

## Editorial

- 5 | Editorial

## Immobilienrecht, Mietrecht

- 6 | Mietvertrag Einkaufszentrum – Aktuelles zu Instandhaltung, Instandsetzung, Verwaltungskosten und Center-Management
- 7 | Zum Nebeneinander von Mietvertrag und Dienstbarkeit
- 8 | Kann die Miete nach vorbehaltloser Ausübung einer Verlängerungsoption gemindert werden?
- 9 | Bei einer Grundstücksveräußerung können gleichrangige Vermieterpfandrechte von Veräußerer und Erwerber entstehen
- 10 | Rückforderungsanspruch des Mieters bei unwirksamer Einschränkung des Minderungsrechts
- 11 | Zwei Fichten wider die Regelverjährung
- 12 | Zur Anfechtung von Mietzahlungen in der Mieterinsolvenz
- 13 | Baurechtliche Nutzungsuntersagung: Mieter ist vor dem Eigentümer als Störer heranzuziehen
- 14 | Formnichtiger Mietvertrag bei beabsichtigtem Grundstückserwerb

## Privates Baurecht

- 15 | Von Tsukubai und Tan – Abrechnung des teilgekündigten Pauschalpreisvertrags
- 16 | Gewährleistungsbürgschaften in Höhe von 7 % des Auftragspreises in AGB sind unwirksam
- 18 | § 2 Abs. 6 Nr. 1 Satz 2 VOB/B hält einer AGB-Kontrolle stand
- 19 | Keine Baugenehmigung: Bauzeit wird zugunsten des Auftragnehmers verlängert! Zum Inhalt einer Behinderungsanzeige
- 20 | „Aufgesetzte“ Komplettheitsklauseln sind auch als AGB wirksam!
- 21 | Auch der kündigende Auftragnehmer kann Sicherheit nach § 648a BGB verlangen!

## Architektenrecht

- 22 | Mitverschulden des Bestellers bei vom Architekten veranlasster Planungsänderung
- 23 | Architekt muss „Umplanungen“ prüfen und an die Gesamtplanung anpassen!
- 25 | Tätigwerden des Architekten begründet (noch) keinen Architektenvertrag
- 26 | Grundwasserstände sind bei der Planung zu berücksichtigen
- 28 | Stufenweise Beauftragung: Abrufzeitpunkt bestimmt anzuwendende HOAI!

## Öffentliches Bau- und Planungsrecht

- 29 | Umweltinformationen und Bebauungsplan
- 31 | Fortführung der Rechtsprechung zu Einzelhandelsgroßprojekten
- 32 | Anforderungen bei der Bekanntmachung eines Aufstellungsbeschlusses für Bebauungspläne der Innenentwicklung

## Vergaberecht

- 33 | Ausschreibungspflicht von Mietverträgen mit Bauverpflichtung – Pizzarotti
- 35 | Ausschluss wegen fehlender Erklärung ohne Nachforderung möglich
- 36 | BGH: Auftraggeber muss auf gravierenden Kalkulationsirrtum des Bieters Rücksicht nehmen
- 37 | Wann kann ein übergangener Bieter Schadensersatz verlangen?

## Umweltrecht

- 38 | Anlagenbetreiber als Abfallerzeuger des kontaminierten Löschwassers
- 39 | Bioaerosole als Gefahr nach § 5 Abs. 1 BImSchG? – Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens
- 40 | Entbehrllichkeit der UVP bei Änderungsplanfeststellung

## Verfahrensrecht

- 41 | Arglistige Täuschung bei Grundstückskauf – Käufer muss behauptete Aufklärung widerlegen
- 42 | Grundbuchrecht: Unzulässiger Umfang der Bezugnahme auf Eintragungsbewilligung

## Steuerrecht

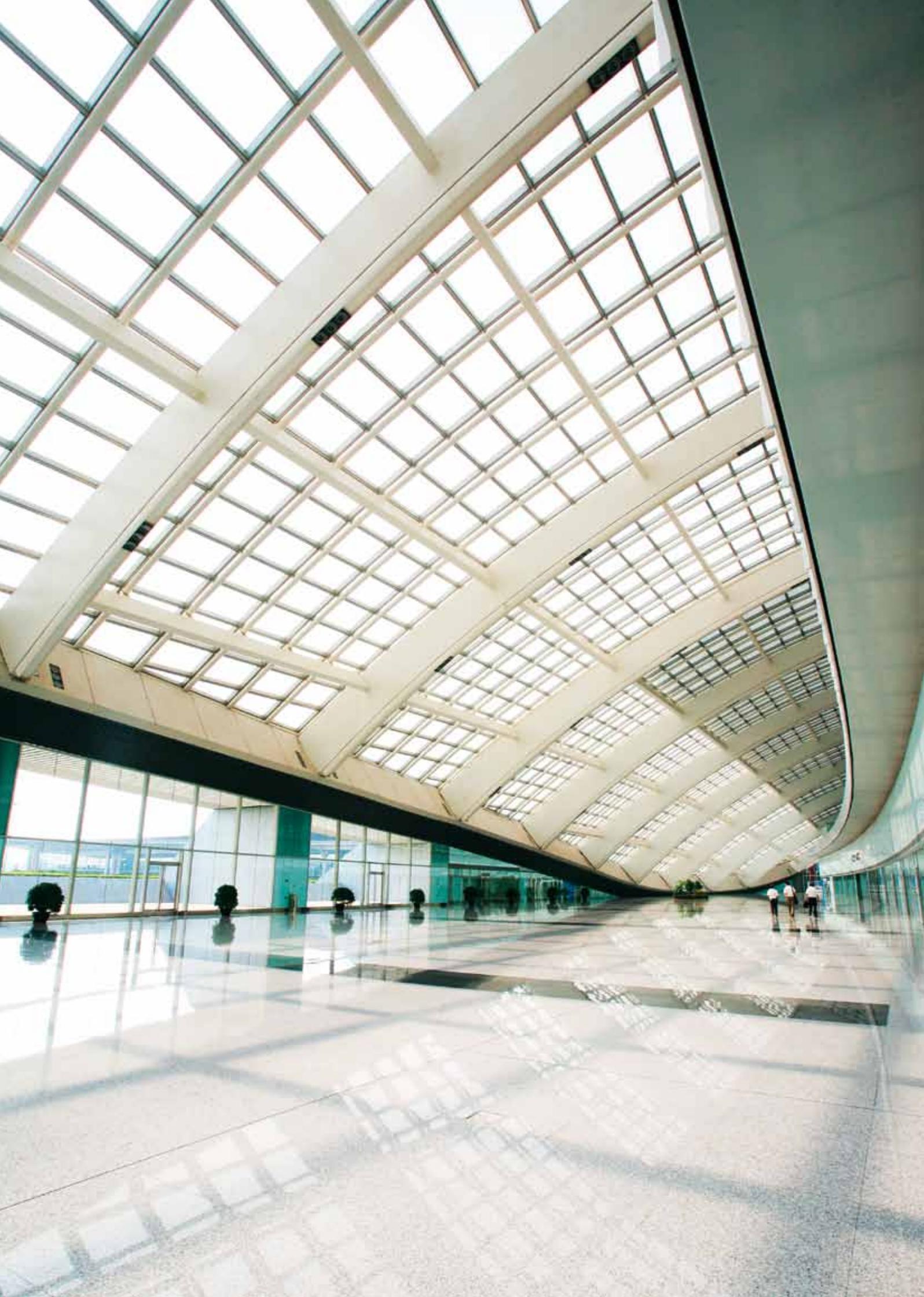
- 44 | Vorsteueraufteilung bei gemischt genutzten Gebäuden
- 45 | Zur Verfassungswidrigkeit der Einheitsbewertung des Grundvermögens

## Rechtsänderungen

- 47 | Eckpunkte zur Vergaberechtsreform vorgestellt – Umsetzung der EU-Vergaberichtlinie
- 49 | Mietrechtsnovellierungsgesetz – Regierungsentwurf
- 50 | Änderungen der LBO-BW

## News – kurz gefasst

- 51 | Weitere Grunderwerbsteuererhöhungen zum Jahresbeginn
- 52 | Mietvertrag – Wirksamkeit einer Indexklausel bei nicht existentem Preisindex
- 52 | Umlage von Warmwasserkosten auf den Mieter bei Wohnungsleerstand
- 53 | Zusätzliche Leistung im VOB-Vertrag: Nachtragsvergütung richtet sich nach der Urkalkulation!
- 53 | Freundschaftliche Umgangsformen rechtfertigen keine Mindestsatzunterschreitung!
- 54 | Verwirkung von Umweltrechtsbehelfen auch für Umweltvereinigungen



# Editorial

Liebe Leserin, lieber Leser,

willkommen beim ersten Update des Geschäftsbereichs Real Estate & Public im Jahre 2015. Wir versenden die aktuellen Informationen zum Immobilien- und Baurecht erstmals elektronisch und freuen uns über Ihr Feedback zu dieser Umstellung und natürlich auch zum Inhalt. Auf Wunsch senden wir Ihnen gerne wie in der Vergangenheit die gedruckte Fassung zu, die weiterhin hergestellt wird und auch bei unseren Veranstaltungen ausliegt.

Die MIPIM ist bereits gelaufen und alles spricht dafür, dass auch 2015 ein gutes Immobilienjahr wird, auch wenn Mietpreisbremse, Neuregelungen zur Maklervergütung und Mindestlohn dazu nichts Positives beitragen. Wir haben uns auf diese Entwicklungen auch durch eine weitere Verstärkung unserer Mannschaft eingestellt. Neben dem rein zahlenmäßigen Wachstum haben wir Dr. Ursula Steinkemper im Bereich Umweltrecht zur Partnerin in Stuttgart ernannt und stärken gezielt den baurechtlichen Bereich in

Frankfurt durch den Wechsel von Dr. Jochen Reuter als Counsel von Berlin an den Main.

Den nachfolgenden Artikeln können Sie entnehmen, dass wir uns mit den aktuellen Themen in ihrer ganzen Breite und Tiefe befassen, so wie Sie es von uns als Top-Beratern der Immobilien- und Bauwirtschaft erwarten dürfen. Wir bieten Ihnen erneut das Wichtigste aus dem Immobilienrecht, dem gewerblichen Mietrecht, dem privaten Bau- und Architektenrecht, dem öffentlichen Bau- und Planungsrecht sowie dem Vergaberecht.

Darüber hinaus werden wir Sie auch in diesem Jahr über aktuelle Entwicklungen im Rahmen der Ihnen bekannten Mandantenseminare und mit Mandantenrundschreiben aus aktuellem Anlass – so zuletzt etwa zu Radiusklauseln in Mietverträgen von FOC – informieren.

Dass wir auch über den Tellerrand der rechtlichen Themen hinausblicken, zeigt beispielhaft die in diesem Jahr erstmals durchgeführte

CMS-Real-Estate-Investorenkonferenz mit hochkarätigen Referenten. Vom Thema „Die Zukunft der deutschen Immobilienwirtschaft: Bedeutungslosigkeit oder Dax-Einzug?“ ließen sich zahlreiche Top-Manager der Branche anlocken.

Wir freuen uns auf ein gemeinsames Immobilienjahr mit Ihnen und auf viele gemeinsame erfolgreiche Projekte.

Ihr Geschäftsbereich  
Real Estate & Public



Dr. Andreas Otto  
Geschäftsbereichsleiter

# Mietvertrag Einkaufszentrum – Aktuelles zu Instandhaltung, Instandsetzung, Verwaltungs- kosten und Center-Management

## Hintergrund

Während die Abwälzung von Betriebskosten auf den Mieter im Wohnraummietrecht streng reglementiert ist, können im Gewerberaummietrecht in den Grenzen des § 307 BGB weitreichende Umlagevereinbarungen getroffen werden. Mit der vorliegenden Entscheidung hatte sich der BGH erneut mit der Frage auseinanderzusetzen, ob eine formularmäßige Abwälzung von Verwaltungskosten, unbegrenzten Instandhaltungs- und Instandsetzungskosten für Gemeinschaftsflächen sowie den Kosten des sogenannten „Center-Managements“ in einem Mietvertrag über Gewerberaum zulässig ist. Der BGH hat in dem Urteil vom 10.09.2014 – XII ZR 56/11 seine bisherige Rechtsprechung zusammengefasst und im Ergebnis bestätigt.

## Die Entscheidung

Geklagt hatte die Mieterin eines Einkaufszentrums. Sie verlangte von der beklagten Vermieterin die Rückzahlung von Betriebskosten für mehrere Jahre aus einem zwischen den Parteien formularmäßig geschlossenen Gewerberaummietvertrag über ein Ladenlokal. In dem Vertrag war u. a. die Umlage von Verwaltungskosten vereinbart. Außerdem wurden der klagenden Mieterin anteilig die Erhaltungslast für das gesamte Einkaufszentrum sowie die Kosten des „Center-Managers“ auferlegt.

Der BGH stellte klar, dass die Umlage von „Verwaltungskosten“ in allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Mietvertrags über Geschäftsräume weder überraschend im Sinne des § 305c BGB sei noch die Klausel gegen das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 S. 2 BGB verstoße. Auch eine Begrenzung der umlegbaren Verwaltungskosten auf einen Höchstbetrag sei nicht nötig, da der Mieter durch das allgemeine Wirtschaftlichkeitsgebot hinreichend geschützt sei.

Hingegen ist nach Auffassung des BGH die formularmäßige Abwälzung von Instandhaltungs- und Instandsetzungskosten für gemeinschaftlich genutzte Flächen und Anlagen ohne Beschränkung der Höhe nach unwirksam. Damit würden dem Mieter auch Kosten auferlegt, die nicht durch den Mietgebrauch veranlasst sind und nicht in seinen Risikobereich fallen. Dies weiche erheblich vom gesetzlichen Leitbild des Mietvertrags ab und benachteilige den Mieter unangemessen.

Soweit die Kosten des „Center-Managements“ auf die Klägerin umgelegt worden seien, hält die Klausel nach Auffassung des BGH einer Inhaltskontrolle ebenfalls nicht stand. Der Begriff des „Center-Managements“ oder „Center-Managers“ sei nicht hinreichend bestimmt. Für einen Mieter sei nicht ersichtlich, welche Kosten hier einbezogen und welche Leistungen dem Inhalt nach

erfasst werden sollen. Nach Ansicht des BGH sei hier zu berücksichtigen, dass bereits die Kosten der Verwaltung auf den Mieter abgewälzt wurden. Welche anderen Kosten nun noch unter den Begriff des „Center-Managers“ fallen, bleibe unklar, weshalb die Klausel gegen das Transparenzgebot verstoße und unwirksam sei.

## Praxistipp

Sollen neben den Verwaltungskosten die Kosten des „Center-Managements“ formularmäßig auf den Gewerberaummieter umgelegt werden, bedarf es einer genauen Umschreibung der hiervon umfassten Leistungen im Mietvertrag. Kosten der Instandhaltung/Instandsetzung für gemeinschaftlich genutzte Flächen und Anlagen müssen der Höhe nach begrenzt sein. Bei Einkaufszentren empfiehlt sich eine Begrenzung auf maximal 10 % der Jahresnettomiete. ■



**Dr. Julia Maria Valentin**  
Rechtsanwältin bei CMS Hamburg.  
E [julia.valentin@cms-hs.com](mailto:julia.valentin@cms-hs.com)

# Zum Nebeneinander von Mietvertrag und Dienstbarkeit

## Hintergrund

Zwischen den Parteien bestand eine Vereinbarung, in der der Kläger der Beklagten eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit bestellte, nach der die Errichtung und der Betrieb eines Golfplatzes auf einem Grundstück des Klägers bis zum 31.12.2043 geduldet wurden. Zudem verpflichtete sich die Beklagte zur Zahlung eines jährlichen Nutzungsentgelts. Der Kläger hatte das Recht zur fristlosen Kündigung aus wichtigem Grund. Bei Vertragsbeendigung durch Zeitablauf oder klägerseitige Kündigung sollten die von der Beklagten errichteten Anlagen entschädigungslos auf den Kläger übergehen.

Im Jahr 2010 kündigten die Parteien wechselseitig das Nutzungsverhältnis aus wichtigem Grund. Mit der Klage verlangte der Kläger die Herausgabe des Grundbesitzes und die Bewilligung der Löschung der Dienstbarkeit.

## Die Entscheidung

Mit Urteil vom 27.06.2014 – V ZR 51/13 legt der BGH die Vereinbarung als Dienstbarkeitsvereinbarung und nicht als Mietvertrag aus. Die Parteiabreden über die Bau- und Unterhaltungsverpflichtung, die Zahlung des Nutzungsentgelts, die Übereignung der Anlagen bei Nutzungsende und das außerordentliche Kündigungsrecht seien aber nicht Inhalt des dinglichen Rechts, sondern einer schuldrechtlichen Vereinbarung.

Es sei zwar möglich, einen Mietvertrag zu schließen, in dem Entgelt,

Vertragszeit und Kündigungsrechte vereinbart und eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit bestellt werden. Eine Vereinbarung, in der schuldrechtliche und dingliche Nutzungsrechte gleichen oder ähnlichen Inhalts nebeneinander entstehen, sei aber ein Ausnahmefall, der einer ausdrücklichen Abrede bedürfe, welche vorliegend gefehlt habe. Der Zweck einer Dienstbarkeitsvereinbarung bestünde regelmäßig darin, dem Berechtigten das Nutzungsrecht aus dem dinglichen Recht und damit den Rechtsgrund für die Bestellung zu verschaffen, es könne aber auch ein Nutzungsentgelt oder ein Kündigungsrecht geregelt werden.

Ob die Parteien einen Mietvertrag mit einer Sicherungsdienstbarkeit oder eine Dienstbarkeitsvereinbarung mit weiteren schuldrechtlichen Inhalten geschlossen haben, bestimme sich durch Auslegung. Der BGH hat das Ergebnis der tatrichterlichen Auslegung des Vorliegens einer Dienstbarkeitsvereinbarung nicht beanstandet.

Der BGH entschied nicht über die Wirksamkeit der Kündigungen, deutete die Kündigungserklärungen aber in einen Aufhebungsvertrag um. Daher entfalle der Rechtsgrund der Beklagten für das Behalten des Nutzungsobjekts, sodass der Kläger von der Beklagten die Löschungsbewilligung und die Herausgabe der Flächen verlangen könne. Vorliegend stehe der Beklagten allerdings ein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB zu. Diesem stehe auch die Ausnahmevorschrift des § 570 BGB nicht

entgegen, der grundsätzlich die mietterseitige Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts gegenüber dem Rückgabeanspruch des Vermieters ausschließt und vermeiden soll, dass mögliche Gegenansprüche des Mieters schikanös außer Verhältnis zum Wert der Mietsache stehen. Deren analoge Anwendung komme insofern nicht in Betracht. Außerdem fehle es an einer vergleichbaren Interessenlage. Da die Beklagte vertraglich verpflichtet war, erhebliche Investitionen zu tätigen, war offensichtlich, dass es bei einer vorzeitigen Vertragsbeendigung zu hohen Ansprüchen wegen Verwendungen auf die Sache und auf Schadensersatz kommen würde.

## Praxistipp

Bei der Gestaltung schuldrechtlicher Vereinbarungen im Zusammenhang mit der Bestellung von beschränkt persönlichen Dienstbarkeiten sollte man genau auf deren Ausgestaltung achten und – sofern gewünscht – das Nebeneinander von schuldrechtlichem und dinglichem Nutzungsrecht ausdrücklich regeln. ■



**Dr. Franziska Rösch, LL.M. Eur.**  
Rechtsanwältin bei CMS Stuttgart.  
E [franziska.roesch@cms-hs.com](mailto:franziska.roesch@cms-hs.com)

# Kann die Miete nach vorbehaltloser Ausübung einer Verlängerungsoption gemindert werden?

## Hintergrund

In der dem Urteil vom 05.11.2014 – XII ZR 15/12 zugrunde liegenden Entscheidung hat sich der BGH u. a. mit der Frage beschäftigt, ob ein Mieter mit Gewährleistungsansprüchen ausgeschlossen ist, wenn er in Kenntnis von Mängeln eine im Mietvertrag vorgesehene Verlängerungsoption vorbehaltlos ausübt.

Die Kläger machten Ansprüche wegen Mängeln an den von ihnen gemieteten Gewerberäumen geltend. Der Mietvertrag war auf eine 10-jährige Laufzeit (bis 1999) befristet, wobei die Mieter das Mietverhältnis viermal um jeweils fünf Jahre verlängern konnten. Die Mieter übten das Optionsrecht zweimal (bis 2004 bzw. 2009) in Kenntnis von Mängeln an der Mietsache aus, ohne jedoch einen Vorbehalt wegen Mietmängeln zu erklären. Gleichzeitig einigten sich die Parteien im Jahr 2005 auf eine Erhöhung der monatlichen Betriebskostenvorauszahlung. Die Mieter rügten erst danach (im Juli 2006) Mängel und verlangten Mietminderung.

Nach Ansicht der Vorinstanzen hatten die Mieter ihr Minderungsrecht verloren. Das OLG Koblenz (Beschluss vom 21.07.2014 – 2 U 901/13) stützte seine Entscheidung auf § 536b BGB, wonach der Mieter mit Minderungsrechten und Schadensersatzansprüchen ausgeschlossen ist, wenn er den Mangel bei Vertragsschluss bzw. Annahme der Mietsache kennt. Die Ausübung einer Verlängerungs-

option sei einem Neuabschluss des Vertrags gleichzusetzen, da hierdurch eine Zäsur in der Vertragsgestaltung eintrete.

## Die Entscheidung

Der BGH ist dieser Auffassung nun entgegengetreten und hat klargestellt, dass der Gesetzgeber mit Inkrafttreten des Mietrechtsreformgesetzes 2001 die Fälle der Mängel bei Vertragsschluss bzw. Vertragsannahme (§ 536b BGB) und die Fälle nachträglich auftretender Mängel (§ 356c BGB) eindeutig geregelt habe. Die einschneidende Folge des künftigen Ausschlusses von Gewährleistungsansprüchen gelte nach der Grundentscheidung des Gesetzgebers nur für bei Vertragsschluss bzw. Annahme der Mietsache vorliegende dem Mieter bekannte Mängel. Für sich nachträglich zeigende Mängel gelte abschließend § 536c BGB. Hiernach muss der Mieter Mängel anzeigen und verliert seine Rechte nur für die zurückliegende Vertragsdauer und nur, soweit der Vermieter durch die unterlassene Anzeige nicht Abhilfe schaffen konnte.

Die Ausübung der Option ist nach Auffassung des BGH entgegen den Erwägungen der Vorinstanz nicht einem Vertragsschluss gleichzusetzen. Sie wirke vielmehr nur auf das bereits bestehende Vertragsverhältnis ein, da es dem Ausgangsvertrag lediglich einen neuen Zeitabschnitt hinzufüge. § 536b BGB könne nicht analog herangezogen werden, da

eine planwidrige Regelungslücke fehle. Der Gesetzgeber habe im Zuge der Reform 2001 bewusst davon abgesehen, eine Regelung für diese Fälle sowie für solche Fälle zu treffen, in denen der Mieter bei nachträglichen Mängeln die Miete vorbehaltlos über einen längeren Zeitraum zahle. Durch die Grundsätze von Treu und Glauben (§ 242 BGB) sei außerdem eine im Einzelfall rechtlich angemessene Berücksichtigung möglich.

## Praxistipp

Vermieter müssen sich darauf einstellen, dass Mieter ihr Minderungsrecht nicht verlieren, wenn sie in Kenntnis eines Mangels den Mietvertrag vorbehaltlos verlängern oder aber vorbehaltlos ihre Miete zahlen. Für einen solchen Rechtsverlust bedarf es vielmehr weiterer Umstände. Mieter sollten gleichwohl auch künftig unmittelbar nach Kenntnis eines Mangels diesen gegenüber Vermietern anzeigen, auch bei Optionsausübungen, um vor einem Rechtsverlust geschützt zu sein. ■



**Johanna Hofmann**

Rechtsanwältin bei CMS Frankfurt/Main.

E [johanna.hofmann@cms-hs.com](mailto:johanna.hofmann@cms-hs.com)

# Bei einer Grundstücksveräußerung können gleichrangige Vermieterpfandrechte von Veräußerer und Erwerber entstehen

## Hintergrund

Macht eine Bank im Falle der Insolvenz des Mieters Rechte aus Sicherungsübereignung des Inventars geltend, ist dies für den Vermieter kein Grund, das Handtuch zu werfen. Denn mit der Einbringung von mieter-eigenem Inventar in die Mieträume entsteht hieran ein Pfandrecht des Vermieters. Der BGH hat mit Urteil vom 15.10.2014 – XII ZR 163/12 entschieden, dass im Falle der zwischenzeitlichen Veräußerung der Mietsache auch dem Erwerber ein eigenständiges Pfandrecht an dem Mieterinventar zusteht.

## Die Entscheidung

Der Mieter von Gewerberäumen brachte zu Beginn des Mietverhältnisses Inventar in die Mieträume ein, das er einen Monat später zur Sicherung an seine finanzierende Bank übereignete. Weitere zwei Monate später verkaufte der damalige Vermieter das Mietobjekt. Als in der Folgezeit das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Mieters eröffnet wurde, machte der Erwerber des Mietobjekts als neuer Vermieter gegenüber dem Insolvenzverwalter sein Vermieterpfandrecht am Inventar des Mieters geltend. Dieser verwertete das Inventar, kehrte den Erlös jedoch an die finanzierende Bank aus. Der Vermieter verlangte von dem Insolvenzverwalter daraufhin Scha-

densersatz in Höhe des an die Bank ausgekehrten Erlöses. Der BGH hält die Forderung für begründet und spricht dem Vermieter ein vorrangiges Vermieterpfandrecht am Inventar zu.

Mit dem Übergang des Eigentums am Mietgrundstück entsteht gemäß § 566 Abs. 1 BGB zwischen Erwerber und Mieter ein neues Mietverhältnis mit dem gleichen Inhalt wie zwischen Veräußerer und Mieter. Kommt es auf die vertraglichen Pflichten zu Beginn des Mietverhältnisses an, ist daher auf das ursprüngliche Mietverhältnis zwischen Veräußerer und Mieter abzustellen. Für das Entstehen eines Vermieterpfandrechts gemäß § 562 Abs. 1 BGB ist somit auf die Einbringung der Sachen in die Mieträume abzustellen, unabhängig von der späteren Veräußerung des Mietgrundstücks.

Diese Grundsätze gelten auch für das Vermieterpfandrecht des Erwerbers, dem neben dem fortbestehenden Pfandrecht des Veräußerers ein eigenständiges, ranggleiches Vermieterpfandrecht für seine Ansprüche ab dem Eigentumsübergang, im Hinblick auf das Sicherungseigentum zusteht. Der Vorrang des früher entstandenen Pfandrechts gegenüber dem Sicherungseigentum gilt auch zugunsten des Erwerbers der Mietsache.

## Praxistipp

Für alte und neue Vermieter lohnt sich im Insolvenzfall des Vermieters die Prüfung, ob eine Sicherungsübereignung tatsächlich Vorrang vor dem Vermieterpfandrecht hat. Dies ist der Fall, wenn der Mieter die Sache zuvor in seinem Eigentum stehend in die Mieträume eingebracht hat und so ein vorrangiges Vermieterpfandrecht entstanden ist. Mieter sollten das Inventar erst nach erfolgter Sicherungsübereignung in die Mieträume verbringen, da auch ein Verzicht des Vermieters auf sein Vermieterpfandrecht das einmal in die Mieträume eingebrachte mieter-eigene Inventar nicht vor dem Vermieterpfandrecht eines späteren Erwerbers schützt. ■



**Jacqueline Terhöven**

Rechtsanwältin bei CMS Stuttgart.

E [jacqueline.terhoeven@cms-hs.com](mailto:jacqueline.terhoeven@cms-hs.com)

# Rückforderungsanspruch des Mieters bei unwirksamer Einschränkung des Minderungsrechts

## Hintergrund

Die streitenden Parteien hatten einen Mietvertrag abgeschlossen, in dem u. a. folgende Formulklausel enthalten war: „Aufrechnung, Mietminderung oder Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts sind ausgeschlossen, es sei denn, die Forderung des Mieters ist vom Vermieter anerkannt oder rechtskräftig festgestellt.“ Während der Mietzeit hatte der Mieter für mehrere Monate keinen Zugang zu einem Pausenraum. Er zahlte die volle Miete gleichwohl vorbehaltlos. Später machte er geltend, die Miete sei aufgrund des fehlenden Zugangs zu dem Pausenraum gemindert gewesen und forderte den überzahlten Betrag zurück. Der Vermieter wandte dagegen ein, der Mieter hätte wissen müssen, dass die Miete wegen der fehlenden Nutzungsmöglichkeit von Teilen der Mietfläche gemindert war. Zahlt er dennoch den vollen Betrag, ohne einen Vorbehalt zu erklären, so stehe ihm kein Rückforderungsanspruch zu.

## Die Entscheidung

Das KG Berlin entschied durch Urteil am 11.09.2014 – 8 U 77/13 – zugunsten des Mieters. Zwar sei ein

Rückforderungsanspruch wegen Minderung regelmäßig gemäß § 814 BGB ausgeschlossen, wenn die Miete vorbehaltlos geleistet wird. Auch bestehe ein Anscheinsbeweis dafür, dass jedenfalls im Gewerberaummietrecht der Mieter wisse, dass die Miete bei Beeinträchtigungen des Mietgebrauchs von Gesetzes wegen gemindert und er daher nicht zur Zahlung der vollen Miete verpflichtet ist. Dies gelte jedoch nicht, wenn die Parteien einen Minderungsausschluss vereinbart haben, da der Mieter in diesem Fall auch bei Vorliegen von Mängeln zur vollen Zahlung verpflichtet ist. Ist er nach den vertraglichen Regelungen zur vollständigen Mietzahlung verpflichtet, müsse er bei der Zahlung keinen Vorbehalt mehr erklären. Von diesem Grundsatz sei auch nicht abzuweichen, wenn der Minderungsausschluss – wie hier – aufgrund einer den Mieter unangemessen benachteiligenden Klausel unwirksam war, da keine Vermutung dafür bestehe, dass der Mieter die Unwirksamkeit kannte. Der Vermieter trage insofern die Beweislast.

## Praxistipp

Der Mieter sollte bei Vorliegen von Mängeln der Mietsache zügig klären, ob diese so gravierend sind, dass sie

eine Minderung rechtfertigen können. Er trägt insofern die Beweislast. Zahlt er die vollständige Miete, muss er grundsätzlich einen Vorbehalt erklären, wenn er den überzahlten Teil noch zurückfordern will. Der Vermieter sollte Vorsicht bei der Gestaltung des Mietvertrags walten lassen, insbesondere wenn es darum geht, die Rechte des Mieters zu beschränken. Benachteiligt eine Klausel den Mieter unangemessen, so kann sie unwirksam sein. Das besondere Risiko für den Vermieter besteht dabei darin, dass eine unwirksame Regelung auch zur Unwirksamkeit anderer für sich gesehen wirksamen Regelungen führen kann. ■



**Philipp Schönnenbeck**

Rechtsanwalt bei CMS Düsseldorf.

E [philipp.schoennenbeck@cms-hs.com](mailto:philipp.schoennenbeck@cms-hs.com)

# Zwei Fichten wider die Regelverjährung

## Hintergrund

Anders als vertragliche Ansprüche verjähren im Grundbuch eingetragene Rechte nicht (§ 902 BGB). Von diesem Grundsatz macht § 1028 BGB eine Ausnahme: Wird eine im Grundbuch eingetragene Dienstbarkeit durch eine Anlage beeinträchtigt, so kann der Anspruch auf Beseitigung dieser Beeinträchtigung (§§ 1027, 1004 BGB) verjähren – mit der weiteren Folge, dass mit Eintritt der Verjährung auch die Dienstbarkeit erlischt, soweit sie verjährungsbedingt nicht mehr durchgesetzt werden kann.

Da § 1028 BGB selbst keine Verjährungsfrist vorgibt, war bislang unstrittig, dass auch für den Beseitigungsanspruch aus §§ 1027, 1004 BGB die gesetzliche Regelverjährungsfrist gilt. Daran änderte auch die Verkürzung dieser Frist von 30 auf drei Jahre im Zuge der Schuldrechtsreform nichts. Dem ist der BGH mit Urteil vom 18.07.2014 – V ZR 151/13 entgegengetreten.

## Die Entscheidung

Auslöser des Rechtsstreits waren zwei Fichten, deren Beseitigung der Kläger verlangte. Die Bäume verengten die Zufahrt zum Grundstück des Klägers so weit, dass sie nicht mehr mit Autos befahren werden konnte. Dadurch wurde auch die Dienstbarkeit (Geh- und Fahrrecht) beeinträchtigt, die zugunsten des Klägers zur Sicherung seiner Zufahrt eingetragen worden war. Der Beklagte wendete ein, dass die Fichten dort seit 20 Jahren stünden und ein etwaiger

Beseitigungsanspruch des Klägers daher jedenfalls verjährt sei.

Anders als die Vorinstanzen gab der BGH überraschend dem Kläger recht. Zwar hielt auch der BGH § 1028 BGB für anwendbar, lehnte jedoch die Anwendung der Regelverjährungsfrist von drei Jahren (§ 195 BGB) ab. Stattdessen nahm der BGH analog § 197 Nr. 2 BGB (in 30 Jahren verjähren danach Herausgabeansprüche aus Eigentum und anderen dergleichen Rechte) eine Verjährungsfrist von 30 Jahren an und begründete das wie folgt:

Der Kläger wende sich gegen eine Beeinträchtigung, durch die nicht nur die Ausübung, sondern sogar die Verwirklichung seiner Dienstbarkeit beeinträchtigt werde. Denn die Fichten verhinderten jegliches Befahren der Zufahrt mit Autos. Wann der Anspruch auf Beseitigung solcher Verwirklichungshindernisse verjähre, sei gesetzlich nicht (mehr) geregelt. Jedenfalls seit Inkrafttreten der Schuldrechtsreform im Jahr 2002 fände die allgemeine Regelverjährungsfrist auf solche Ansprüche keine Anwendung mehr. Der Gesetzgeber habe nicht beabsichtigt, mit der Verkürzung der Regelverjährungsfrist auch die Verjährung dinglicher Beseitigungsansprüche entsprechend zu verkürzen.

Der BGH begründete das mit dem Sinn und Zweck des § 1028 BGB. Dieser ziele als Ausnahme vom Grundsatz der Unverjährbarkeit dinglicher Rechte darauf ab, Dienstbarkeiten erlöschen zu lassen, die seit Langem nicht mehr ausgeübt

werden. Folgerichtig habe die seinerzeit auch auf § 1028 BGB anwendbare Regelverjährungsfrist 30 Jahre betragen. Eine Verkürzung dieser Frist um knapp 90 % greife erheblich in das Eigentumsgrundrecht der Betroffenen ein und bedürfe daher eines sachlichen Grundes. Ein solcher Grund sei aber nicht ersichtlich. Auch sei nicht erkennbar, dass der Gesetzgeber diese Problematik überhaupt erkannt habe, als er das Verjährungsrecht reformierte. Mithin sei von einer Regelungslücke auszugehen, die durch analoge Anwendung des § 197 Abs. 1 Nr. 2 BGB zu schließen sei.

## Praxistipp

Die Entscheidung des BGH unterstreicht, dass Dienstbarkeiten u. U. auch nach jahrzehntelangem Dornröschenschlaf noch geltend gemacht werden können. Wer ein durch Dienstbarkeiten belastetes Grundstück kaufen möchte, sollte daher im Zweifel deren Löschung verlangen anstatt darauf zu vertrauen, dass sie auch künftig nicht mehr ausgeübt werden. ■



**Dr. Hans Fabian Kiderlen**

Rechtsanwalt bei CMS Hamburg.

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

# Zur Anfechtung von Mietzahlungen in der Mieterinsolvenz

## Hintergrund

Kennt der Vermieter die Zahlungsunfähigkeit des Mieters, droht bei einer Insolvenz des Mieters die Rückforderung bereits geleisteter Zahlungen durch den Insolvenzverwalter. Wann die Kenntnis des Vermieters vorliegt, ist kürzlich Gegenstand zweier Entscheidungen des OLG Dresden und OLG Düsseldorf geworden.

## Die Entscheidung

Mit Beschluss vom 01.10.2014 – 12 U 23/14 bestätigte das OLG Düsseldorf die bereits von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zur Kenntnis des Gläubigerbenachteiligungsvorsatzes durch den zahlungsempfangenden Gläubiger im Rahmen von § 133 Abs. 1 InsO. Kenntnis sei anzunehmen, wenn der Anfechtungsgegner von den tatsächlichen Umständen wisse, aus denen bei richtiger rechtlicher Wertung die Zahlungsunfähigkeit zu schließen sei (BGH, Urt. v. 07.11.13 – IX ZR 49/13). In dem zu entscheidenden Fall sprachen mehrere Umstände für eine Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit: Der Schuldner war mit fälligen und einredefreien Mietzahlungen über einen Zeitraum von mehr als einem halben Jahr in Rückstand geraten und der Gläubiger hatte schon einen

Mahnbescheid erwirkt. Darüber hinaus schloss man einen Vergleich. Anhaltspunkte dafür, dass die Schuldnerin wieder Liquidität gewonnen hatte, waren nicht ersichtlich.

Das OLG Dresden ist in seinem Urteil vom 30.07.2014 – 13 U 461/14 bereits bei einem fünfmonatigen Rückstand der Mietverbindlichkeiten von der Kenntnis des schuldnerischen Gläubigerbenachteiligungsvorsatzes ausgegangen. Zusätzlich musste es sich mit der Frage auseinandersetzen, ob der Umstand, dass die angefochtenen Mietzahlungen an einen bestellten Zwangsverwalter als Vermieter geleistet wurden, den Insolvenzanfechtungsanspruch ausschließen, weil der Zwangsverwalter nur nach den Vorgaben der §§ 152, 155, 156, 10 ZVG die verlangte Rückzahlung erbringen dürfe. Das OLG Dresden verneinte diesen Einwand mit dem Hinweis darauf, dass der Zwangsverwalter im eigenen Namen und Recht handele und er deshalb auch Rückzahlung schulde, wenn er anfechtbar Gelder erlange.

## Praxistipp

Da Mietzahlungen für die Weiterführung eines Gewerbebetriebs essenziell notwendig sind, entsteht bei deren Ausbleiben in aller Regel die Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit

beim Vermieter, also zu einem recht frühen Zeitpunkt. Der Vermieter muss sich dementsprechend darüber im Klaren sein, dass Zahlungen nach längeren Phasen des Zahlungsverzugs bei einer Insolvenz zurückgefordert werden können und daher nicht zu hoch zu bewerten sind. Etwas anderes mag gelten, wenn sich der Vermieter die neu gewonnene Liquidität des Mieters nachweisen lässt und die Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit nicht mehr gegeben ist. ■



**Isabel Schreyger**

Partnerin bei CMS Köln.

E [isabel.schreyger@cms-hs.com](mailto:isabel.schreyger@cms-hs.com)

# Baurechtliche Nutzungsuntersagung: Mieter ist vor dem Eigentümer als Störer heranzuziehen

## Hintergrund

Mit Beschluss vom 28.07.2014 – 2 CS 14.1326 – hat der Bayerische Verwaltungsgerichtshof zu der Frage Stellung genommen, wie die Behörde bei einer Nutzungsuntersagung betreffend die Störerauswahl vorgehen muss. In der Sache hatte die zuständige Behörde Kenntnis von einer Vermietung von zwei Einheiten im Dachgeschoss erlangt, für die lediglich eine Genehmigung zur Nutzung zu Lagerzwecken vorlag. Die Behörde erließ nur einen Tag nach Feststellung der tatsächlichen Nutzung gegenüber dem Eigentümer eine Nutzungsuntersagungsverfügung.

## Die Entscheidung

In der Entscheidung verwarf der BayVGH im Eilrechtsschutz den Bescheid der Behörde mit dem Hinweis, dass sie das ihr zustehende Ermessen hinsichtlich der Störerauswahl, also an wen die Nutzungsuntersagung zu richten ist (hier: Eigentümer oder Mieter), nicht ausgeübt habe. In diesem Fall der Nichtausübung des Ermessens können Erwägungen zur Ermessensausübung im Verfahren nicht nachgeholt werden.

Grundsätzlich ist bei Nutzungsuntersagungen wie auch bei anderen Anordnungen im Gefahrenabwehrrecht der Handlungsstörer vor dem Zustandsstörer in Anspruch zu nehmen, also Mieter/Pächter vor dem Eigentümer, da diese die nicht genehmigte Nutzung tatsächlich ausführen. Dies gilt auch bei Untersagung der bisherigen Nutzung. Nur bei besonderen Umständen ist davon abzuweichen, z. B. bei ständig wechselnden Mietern oder wenn zu befürchten ist, dass der tatsächliche Mieter schwer ermittelbar ist (vgl. zur bordellartigen Nutzung BayVGH, Beschluss vom 26.02.2007 – 1 ZB 06.2296; bzw. VG Hamburg, Beschluss vom 01.02.2010 – 11 E 3492/09).

Hier wurden jedoch ausweislich der Akte innerhalb der kurzen Zeit keinerlei Erwägungen über etwaige besondere Umstände angestellt, sodass der Bescheid insoweit unheilbar fehlerhaft war. Dies ist auch nicht deshalb entbehrlich, da bei Nutzungsuntersagung gegenüber dem Eigentümer dieser zur Kündigung seiner Mieter verpflichtet ist. Aus Gründen der Effektivität ist ein Bescheid gegenüber diesen vorzuziehen.

## Praxistipp

Die Entscheidung stellt klar, dass bei nicht genehmigten Nutzungen grundsätzlich zunächst die Mieter/Pächter herangezogen werden müssen und nur bei besonderen Umständen des Einzelfalls der Eigentümer zunächst richtiger Adressat ist. Im Falle eines solchen Bescheids, sollte also gut geprüft werden, ob tatsächlich Erwägungen durch die Behörde vorliegen und die Auswahl, insbesondere wenn der Eigentümer Adressat ist, entsprechend begründet ist. Ansonsten lässt sich der Bescheid angreifen. ■



**Anton Glab**

Rechtsanwalt bei CMS Berlin.

E [anton.glab@cms-hs.com](mailto:anton.glab@cms-hs.com)

# Formnichtiger Mietvertrag bei beabsichtigtem Grundstückserwerb

## Hintergrund

Gemäß § 311b Abs. 1 S. 1 BGB bedarf ein Grundstückskaufvertrag der notariellen Beurkundung. Wird diese Formvorschrift nicht eingehalten, so ist der Vertrag gemäß § 125 S. 1 BGB nichtig. Mit Urteil vom 28.07.2014 – 5 U 40/14 hat das OLG Stuttgart einen Mietvertrag für formnichtig erklärt, der so mit einem zwischen den Parteien des Mietvertrags noch abzuschließenden Kaufvertrag über das Mietobjekt verbunden war, dass die vereinbarte Miete auf den Kaufpreis angerechnet werden sollte. Aus diesem Grund orientierte sich die Miethöhe nicht an der Marktüblichkeit, sondern war höher bemessen. Die Parteien schlossen einen schriftlichen Mietvertrag mit einer Festlaufzeit von drei Monaten. Die Liegenschaft sollte von der Mieterin oder einer ihr nahestehenden Gesellschaft bis zum Ablauf dieser drei Monate gekauft werden. Für den Fall, dass es zu keinem Kaufvertragsabschluss kommt, sollte das Mietverhältnis auf fünf Jahre geschlossen sein. Der Mietvertrag war daher lediglich als Übergangslösung gedacht. Der Kauf scheiterte letztlich.

## Die Entscheidung

Das OLG Stuttgart hat den geschlossenen Mietvertrag mangels Einhaltung der notariellen Form für unwirksam erachtet, § 311b Abs. 1 S. 1 i. V. m. § 125 S. 1 BGB. Mietverträge bedürfen ausnahmsweise dann einer notariellen Beurkundung, wenn die Vereinbarungen über Kauf und Miete nach dem Willen der Parteien derart voneinander abhängig sind, dass der Kauf mit dem Mietvertrag „steht und fällt“, d. h. ohne den Mietvertrag nicht abgeschlossen worden wäre. Dabei genügt es, wenn nur einer der Vertragspartner einen solchen Einheitswillen hat und der andere diesen erkennt oder zumindest hin nimmt. Hier war es offensichtlich, dass jedenfalls aus Verkäufersicht der Abschluss des Mietvertrags Voraussetzung für den in Aussicht gestellten Abschluss des Kaufvertrags war. Vor allem war die Mietpreisabrede auf den geplanten Verkauf ausgerichtet und entsprach nicht der Marktmiete. Dadurch wurde ein indirekter Zwang zum Abschluss des Kaufvertrags bewirkt, was ebenfalls zur Beurkundungspflicht führt.

## Praxistipp

Vor dem Hintergrund, dass an die Voraussetzung des „miteinander stehen und fallen sollen“ keine übermäßig hohen Anforderungen gestellt werden, sollte bei Abhängigkeiten des Grundstückskaufvertrags vom Mietvertrag der Letztere vorsorglich ebenfalls notariell beurkundet werden. Dies gilt auch dann, wenn der Mietvertrag einen mittelbaren Zwang zum Abschluss des Kaufvertrags enthält (vergleichbar dem Zwang durch eine mit einer hohen Vertragsstrafe für den Nichtabschluss des Kaufvertrags versehenen Letter of Intent). ■



**Franziska Krokutsch**

Rechtsanwältin bei CMS Berlin.

E [franziska.krokutsch@cms-hs.com](mailto:franziska.krokutsch@cms-hs.com)

# Von Tsukubai und Tan – Abrechnung des teilgekündigten Pauschalpreisvertrages

## Hintergrund

Der Bauunternehmer und die beklagten Bauherren schlossen einen Vertrag über die Herstellung eines japanischen Gartens auf der Dachterrasse einer Eigentumswohnung zum Pauschalpreis von EUR 110 000,00. Nachdem ursprünglich ein Wasserfall an einer Wand installiert werden sollte, einigten sich die Parteien nachträglich darauf, stattdessen an dieser Stelle ein „Tsukubai“ (einen rituellen japanischen Waschplatz) und einen „Tan“ (ein Meditationspodest) herzustellen. Auf Wunsch der Beklagten wurde der Tan letztlich nicht ausgeführt.

Der Bauunternehmer macht Restwerklohnforderungen in Höhe von etwa EUR 39 000,00 geltend. Den Betrag ermittelt der Bauunternehmer, indem er vom Pauschalpreis den Wert des nicht ausgeführten Tans in Höhe von etwa EUR 5000,00 abzieht. Das OLG Oldenburg hat die Klage zurückgewiesen und begründet die Entscheidung damit, dass die Abrechnung des Unternehmers nicht den Anforderungen an eine Abrechnung nach Teilkündigung genüge.

## Die Entscheidung

Der BGH (Urteil vom 16.10.2014 – VII ZR 176/12) hebt die Entscheidung auf und verweist die Sache zurück. Es ist davon auszugehen, dass die Parteien den Pauschalpreis von EUR 110 000,00 beibehalten wollten, nachdem das Tsukubai und

das Tan anstelle des Wasserfalls Vertragsgegenstand wurden. Auf dieser Grundlage hält der BGH die Restwerklohnforderung in der geltend gemachten Höhe für gegeben. Im Hinblick auf das Tan liegt eine Teilkündigung vor. Üblicherweise sind die nicht ausgeführten Leistungen in der Abrechnung des teilgekündigten Pauschalpreisvertrages darzulegen und von den übrigen Leistungen abzugrenzen. Der Pauschalpreis reduziert sich dabei in dem Verhältnis des Werts der erbrachten Teilleistungen zum Wert der ursprünglich geschuldeten Gesamtleistung. Dieses Verhältnis muss der Unternehmer grundsätzlich nachweisen. Eine solche Abrechnung hat der Bauunternehmer nicht vorgelegt.

Der Unternehmer kann seinen Anspruch jedoch im Einzelfall auch durch einen einfachen Wertabzug berechnen. Hierbei bewertet der Unternehmer die nicht erbrachten Teilleistungen und kürzt seinen Werklohnanspruch um diesen Betrag. Das ist in solchen Fällen möglich, in denen nur noch ganz geringfügige Leistungen ausstehen und keine kalkulatorischen Verschiebungen zulasten des Auftraggebers verdeckt werden. So ist es hier, da der Kläger den Wert des Tans mit etwa EUR 5000,00 bewertet.

## Praxistipp

Der BGH führt in dem Urteil seine Rechtsprechung fort, dass der Unternehmer in einfach gelagerten Fällen einen teilgekündigten Pauschalpreis-

vertrag durch den wertmäßigen Abzug der nicht erbrachten Leistungen vom vereinbarten Pauschalpreis abrechnen kann (vgl. BGH, Urteil vom 04.05.2000 – VII ZR 53/99). Voraussetzung hierfür ist, dass lediglich geringfügige Leistungen nicht erbracht worden sind und ausgeschlossen ist, dass der Besteller durch eine kalkulatorische Verschiebung benachteiligt wird. Das kann eine erhebliche Erleichterung für den Bauunternehmer bedeuten.

Da die Einzelheiten der beiden Voraussetzungen in der Rechtsprechung noch unscharf sind, birgt eine vereinfachte Abrechnung jedoch immer das Risiko, dass ein im Streitfall angerufenen Gericht das Vorliegen der Voraussetzungen verneint. In diesem Fall scheidet die Klage auf Zahlung des Restwerklohns wegen fehlender Fälligkeit. Daher sollte der Unternehmer von der vereinfachten Abrechnung nur in eindeutig gelagerten Fällen Gebrauch machen. ■



**Dr. Nicolai Ritter**

Partner bei CMS Berlin.

E [nicolai.ritter@cms-hs.com](mailto:nicolai.ritter@cms-hs.com)

# Gewährleistungsbürgschaften in Höhe von 7 % des Auftragspreises in AGB sind unwirksam

## Hintergrund

Vertragliche Sicherheiten in Bauverträgen sind immer wieder Gegenstand von gerichtlichen Auseinandersetzungen. In seinem Urteil vom 01.10.2014 – VII ZR 164/12 setzt sich der BGH erneut mit der Frage auseinander, bis zu welcher Höhe Sicherheiten für Gewährleistungsmängel vereinbart werden dürfen, ohne dass dies zu einer unangemessenen Übersicherung des Auftraggebers führt. Der BGH hat zudem entschieden, dass eine solche Übersicherung auch dann entstehen kann, wenn der Auftraggeber neben der Gewährleistungsbürgschaft auch die Vertragserfüllungsbürgschaft noch über einen längeren Zeitraum behalten darf.

## Die Entscheidung

In einem vom Auftraggeber vorformulierten Bauvertrag waren zwei Sicherheiten vereinbart worden. Zu einem sollte eine Vertragserfüllungsbürgschaft in Höhe von 5 % des Auftragswerts gestellt werden, die auch etwaige Gewährleistungsansprüche sichern und bis zur vorbehaltlosen Entgegennahme der Schlusszahlung durch den Auftragnehmer bestehen

bleiben sollte. Zudem war der Auftraggeber berechtigt, von Abschlagszahlungen Einbehalte für etwaige Gewährleistungsansprüche bis zu insgesamt 2 % des Auftragswerts vorzunehmen. Dieser Einbehalt konnte bei Abnahme durch eine Gewährleistungsbürgschaft in gleicher Höhe abgelöst werden. Der BGH hat entschieden, dass diese Sicherungsabrede in allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam ist, da sie den Auftragnehmer unangemessen benachteiligt.

Nach der Vertragsregelung dürfe der Auftraggeber die Vertragserfüllungsbürgschaft über die Abnahme hinaus bis zur vorbehaltlosen Annahme der Schlusszahlung behalten. Insbesondere wenn zwischen den Parteien noch Streit über die Vergütung bestehe, könne es sich dabei um einen längeren Zeitraum handeln. Unter Berücksichtigung des Gewährleistungseinbehalts von 2 % verfüge der Auftraggeber daher in diesem Zeitraum über Sicherheiten für Gewährleistungsansprüche in Höhe von 7 % der Auftragssumme.

Nach Auffassung des BGH ist ein solcher Sicherungsbetrag zu hoch. Berücksichtige man, dass der Auf-

tragnehmer die Vertragsleistung zu diesem Zeitpunkt bereits vollständig erbracht und Avalkosten zu tragen habe, würden die beiderseitigen Interessen bei einer Gewährleistungssicherheit von 7 % der Auftragssumme nicht angemessen berücksichtigt. Der BGH hat daher die Sicherungsabrede für insgesamt unwirksam erklärt.

## Praxistipp

Bei der Ausarbeitung von bauvertraglichen Sicherungsabreden muss stets besonders darauf geachtet werden, dass es nicht durch zeitliche Überlappung von Sicherheiten zu unzulässigen Übersicherungen kommt. Dies ist insbesondere deshalb wichtig, da die Übersicherung in aller Regel die Unwirksamkeit sämtlicher vertraglicher Sicherungsabreden zur Folge hat. Der Auftraggeber läuft in diesen Fällen Gefahr, im Zweifel gänzlich ohne vertragliche Sicherheit auskommen zu müssen.

Der BGH hat festgestellt, dass eine Sicherheit für Gewährleistungsansprüche in Höhe von 7 % der Auftragssumme unangemessen hoch ist. Die Entscheidung spricht dafür, dass der BGH die maximal zulässige Hö-



he bei 5 % des Auftragswerts sieht. Es ist dringend zu empfehlen, diese Grenze bei der Vertragsgestaltung nicht zu überschreiten.

Der BGH hat nicht problematisiert, ob eine Sicherungsabrede bereits deshalb unwirksam ist, weil sie die Rückgabe der Vertragserfüllungsbürgschaft erst zu einem Zeitpunkt nach Abnahme vorsieht. Jedenfalls bei einer Vertragserfüllungsbürgschaft von 10 % der Auftragssumme könn-

te dies problematisch sein. Nach Abnahme besteht neben etwaigen Gewährleistungsansprüchen ein Sicherungsbedürfnis nur noch für die sog. Protokollmängel und etwaige Überzahlungen. Ob alleine diese Risiken weiterhin eine Sicherung in Höhe von 10 % der Auftragssumme rechtfertigen, kann man infrage stellen. Auch dies sollte der vorsichtige Auftraggeber bei der Vertragsgestaltung berücksichtigen. ■



**Martin Krause**  
Partner bei CMS Köln.  
E [martin.krause@cms-hs.com](mailto:martin.krause@cms-hs.com)

# § 2 Abs. 6 Nr. 1 Satz 2 VOB/B hält einer AGB-Kontrolle stand

## Hintergrund

Im Zuge von Bauarbeiten zur Verlängerung eines Personentunnels machte der Auftragnehmer Vergütungsansprüche für zusätzlich erbrachte Gleisvermessungen geltend und stützte diese Ansprüche auf § 2 Abs. 6 Nr. 1 VOB/B. Danach hat der Auftragnehmer Anspruch auf besondere Vergütung, wenn eine im Vertrag nicht vorgesehene Leistung gefordert wird und der Auftragnehmer dem Auftraggeber den Anspruch vor Ausführung der Leistung angekündigt hat. Diese Ankündigung hat der Auftragnehmer vorliegend unterlassen und macht nunmehr geltend, dass das Erfordernis der vorherigen Ankündigung von Mehrkosten zur Erbringung von Nachtragsleistungen AGB-widrig und damit unwirksam sei. Die Regelung scheitere am Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 BGB, da ihr Regelungsgehalt den Mindestanforderungen an Klarheit und Durchschaubarkeit nicht genüge.

## Die Entscheidung

Die Klage des Auftragnehmers war erfolglos. Mit Urteil vom 21.11.2014 – I-22 U 37/14 entschied das OLG Düsseldorf, dass das in § 2 Abs. 6 Nr. 1 Satz 2 VOB/B 2006 geforderte Ankündigungserfordernis einer AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle standhält und ein Verstoß gegen §§ 305 ff. BGB nicht vorliegt. Dies gilt auch für den Fall, dass die VOB/B nicht als Ganzes vereinbart worden sei, also jede Einzelnorm der VOB/B einer Inhalts-

kontrolle unterzogen werden kann. Die Regelung des § 2 Abs. 6 Nr. 1 Satz 2 VOB/B sei durch die vom BGH mit Urteil vom 23.05.1996 vorgenommenen Begrenzungen des berechtigten Schutzinteresses des Auftraggebers einerseits und des Erfordernisses eines Verschuldens des Auftragnehmers andererseits hinreichend klar und transparent. Vor diesem Hintergrund, so das OLG Düsseldorf, hat die Versäumung der Ankündigung dann einen Anspruchsverlust des Auftragnehmers zur Folge, wenn und soweit die Ankündigung berechtigten Schutzinteressen des Auftraggebers dient und ihre Versäumung unentschuldigt ist, sodass diese Rechtsfolge den Auftragnehmer dann nicht im Sinne von §§ 305 ff. BGB unangemessen benachteiligt, sondern vielmehr dem Kooperationscharakter des Bauvertrags entspricht.

Im vorliegenden Fall hatte der Auftraggeber ein berechtigtes Schutzinteresse an der Ankündigung des zusätzlichen Vergütungsanspruchs, da ihm ein städtisches Unternehmen zur Verfügung stand, welches die zusätzlichen Vermessungsarbeiten unentgeltlich hätte erbringen können. Da die unterlassene Ankündigung zudem nicht entschuldigt war, ist der Anspruchsverlust des Auftragnehmers gerechtfertigt.

## Praxistipp

Bereits 1996 hat der BGH bezüglich des Ankündigungserfordernisses entschieden, dass der Bauvertrag der

Kooperation beider Vertragspartner bedarf. Dazu gehören Informations-, Mitwirkungs- und Rügepflichten, mithin auch die Ankündigungspflicht in § 2 Abs. 6 Nr. 1 VOB/B. Sie dient insoweit zum einen dem Schutz des Auftraggebers, als dieser rechtzeitig über Kostenerhöhungen informiert wird und sich um preiswertere Alternativen kümmern kann. Zum anderen berücksichtigt sie auch das berechnete Interesse des Auftragnehmers, keine Bauleistungen ohne Vergütung zu erbringen. Insoweit sollte der Auftragnehmer (von offenkundigen Fällen einmal abgesehen) Vergütungsansprüche für zusätzliche Leistungen stets vor deren Ausführung ankündigen – und zwar schriftlich. Nicht nur, um spätere Streitigkeiten über einen etwaigen Anspruchsverlust zu vermeiden, sondern auch, um dem Gebot partnerschaftlicher Kooperation gerecht zu werden. ■



**Dr. Katja Küpper**

Rechtsanwältin bei CMS Frankfurt/Main.

E [katja.kuepper@cms-hs.com](mailto:katja.kuepper@cms-hs.com)

# Keine Baugenehmigung: Bauzeit wird zugunsten des Auftragnehmers verlängert! Zum Inhalt einer Behinderungsanzeige

## Hintergrund

Bei der Durchführung vieler Bauvorhaben kommt es zu Störungen und Behinderungen des Bauablaufs, welche das vertraglich vereinbarte Terminerüst ins Wanken bringen können. Da Vertragsfristen häufig pönalisiert sind, liegt es im Interesse des Auftragnehmers, eine Verlängerung der Ausführungsfristen zu erreichen und damit eine Verwirkung der Vertragsstrafe zu vermeiden. Das OLG Düsseldorf (Urteil vom 28.02.2014 – 22 U 112/13) hat zuletzt noch einmal herausgestellt, dass Verzögerungen bei der Erteilung der Bau- bzw. anderer öffentlicher Genehmigungen dem Risikobereich des Auftraggebers zuzuordnen sind und zu einer Verlängerung der Ausführungsfristen führen können.

## Die Entscheidung

In dem durch das OLG Düsseldorf entschiedenen Fall wurde der Auftragnehmer mit der Herstellung einer sog. Übergabestation (Umspannwerk) für einen Windpark bis spätestens 25.02.2011 beauftragt und sollte hierfür einen vom Auftraggeber verbindlich vorgegebenen Schaltanlagentyp verwenden. Dem Auftraggeber oblag dabei neben der Verantwortung für die Genehmigung der Schaltanlage auch die Herstellung des Netzanschlusses bis zum Zeitpunkt der Inbetriebnahme.

Die Fertigstellung der Übergabestation verzögerte sich bis zum 30.03.2011, nachdem der Netzbetreiber

seine ursprünglich erteilte Freigabe für die Schaltanlage mit Schreiben vom 24.02.2011 wieder zurückgezogen hatte und deren Einsatz erst am 15.03.2011 abschließend genehmigte. Nachdem der Auftragnehmer die Arbeiten zunächst eingestellt und dem Auftraggeber mit Schreiben vom 28.02.2011 eine Behinderung angezeigt hatte, erbrachte er die noch ausstehenden Leistungen, nachdem Mitte März die Genehmigung erteilt worden war. Der Auftraggeber realisierte den Netzanschluss erst am 31.03.2011.

Das OLG Düsseldorf stellte in seinem Urteil fest, dass sich der Auftragnehmer nicht in Verzug befunden hatte. Es wies darauf hin, dass der Auftraggeber u. a. gem. § 4 Abs. 1 VOB/B für die Herbeiführung der notwendigen Genehmigungen Sorge zu tragen hatte und die Verzögerungen bei der Genehmigung der Schaltanlage ungeachtet eines Verschuldens seinem Risikobereich zuzuordnen waren. Sie führten ebenso wie der erst am 31.03.2011 hergestellte Netzanschluss zu einer entsprechenden Verlängerung der Ausführungsfristen.

Im Übrigen war die Behinderungsanzeige vom 28.02.2011 nach Ablauf der Vertragsfrist am 25.02.2011 inhaltlich ausreichend und nicht verspätet. Entscheidend war insoweit nicht das Datum der Behinderungsanzeige, sondern der vor Ablauf der vereinbarten Fertigstellungsfrist liegende Zeitpunkt des Eintritts der Behinderung am 24.02.2011.

## Praxistipp

Der Auftragnehmer sollte dem Inhalt einer Behinderungsanzeige besonderes Augenmerk widmen, da dieser u. a. im Rahmen von Ansprüchen auf Bauzeitverlängerung eine besondere Bedeutung zukommt. Die Behinderungsanzeige soll es dem Auftraggeber nämlich ermöglichen, Behinderungen bzw. behindernden Umständen schnellstmöglich abzuwehren. Ihr kommt insoweit eine Informations-, Warn- und Schutzfunktion zu. Der Auftragnehmer ist daher verpflichtet, anzugeben, ob und wann seine Arbeiten nicht bzw. nicht wie vorgesehen ausgeführt werden können. Er hat alle Tatsachen, aus denen sich für den Auftraggeber die Behinderungsgründe ergeben, mit hinreichender Klarheit und erschöpfend mitzuteilen. Er soll auch darstellen, wie sich die Behinderung auf den Bauablauf auswirkt. ■



**Daniel Fußy**

Rechtsanwalt bei CMS Berlin.

E [daniel.fussy@cms-hs.com](mailto:daniel.fussy@cms-hs.com)

# „Aufgesetzte“ Komplettheitsklauseln sind auch als AGB wirksam!

## Hintergrund

Um Kostensicherheit beim Bau zu gewährleisten, werden häufig Pauschalverträge geschlossen. Einer Erhöhung des Pauschalpreises durch Leistungsänderungen bzw. zusätzliche Leistungen versuchen Auftraggeber durch sog. Schlüsselfertigkeits-, Komplettheits- oder Vollständigkeitsklauseln zu begegnen. Mit diesen Klauseln soll das Risiko einer unvollständigen Leistungsbeschreibung auf den Auftragnehmer abgewälzt werden, indem alle Leistungen, die für den vom Auftraggeber angestrebten Leistungserfolg erforderlich sind, vom Pauschalpreis abgegolten sein sollten.

## Die Entscheidung

Das OLG Düsseldorf führt in seinem Urteil vom 27.05.2014 – 23 U 162/13 aus, dass der Leistungsumfang durch eine Komplettheitsklausel auch auf zusätzliche notwendige, aber in der Leistungsbeschreibung nicht vorgesehene Leistungen erweitert und dies wirksam als allgemeine Geschäftsbedingung vereinbart werden kann, da insoweit eine Inhaltskontrolle, die sonst zur Unwirksamkeit führen kann, nicht stattfindet.

Kläger und Beklagter hatten einen Bauvertrag über Maurer- und Betonarbeiten geschlossen. In § 1 des Bauvertrags hieß es, dass die Vertragsleistungen alle Leistungen und Lieferungen umfassen, die erforderlich sind, um das vorgenannte Gewerk funktionsfähig herzustellen,

weiterhin in § 2 des Bauvertrags, dass Unvollständigkeiten, Unklarheiten und Widersprüche dahin aufzulösen seien, dass eine den übrigen Vorschriften dieses Vertrags entsprechende funktionsfähige Leistung geschuldet werde. Überdies enthielt der Vertrag eine übliche – wirksame – Klausel betreffend der Beauftragung geänderter und zusätzlicher Leistungen.

Das OLG Düsseldorf urteilte, dass derartige Vereinbarungen gemäß § 307 Abs. 3 S. 1 BGB der AGB-Kontrolle entzogen sind. Danach sind Regelungen, die den Leistungsinhalt oder das zu zahlende Entgelt festlegen, der rechtlichen Kontrolle nicht zugänglich, da eine gerichtliche Überwachung von Leistung und Vergütung der Privatautonomie der Parteien (das Recht, seine privaten Rechtsverhältnisse nach eigener Entscheidung zu gestalten) widerspricht. Das OLG führt aus, dass die Leistungsbeschreibung eines Bauvertrags ebenso wenig wie preisbestimmende oder leistungsbeschreibende Klauseln der Inhaltskontrolle unterworfen seien. Dies müsse dann auch für die streitgegenständliche Regelung gelten. Derartige Klauseln müssen jedoch klar und verständlich formuliert sein.

Da die gesetzlichen Ansprüche wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage nicht ausgeschlossen würden, sei die Klausel daher auch unter diesem Aspekt wirksam.

## Praxistipp

Soweit Komplettheitsklauseln vereinbart werden, muss der Auftraggeber darauf achten, dass diese nicht sonstigen Anforderungen der Rechtsprechung widersprechen. So dürfen keinesfalls gesetzliche Ansprüche des Auftragnehmers ausgeschlossen werden, etwa das Recht, für Leistungsänderungen eine zusätzliche Vergütung verlangen zu können. Im Übrigen müssen die Klauseln klar und verständlich formuliert sein.

Die Entscheidung des OLG Düsseldorf wurde von der Fachliteratur überwiegend ablehnend aufgenommen. Zudem hatte das OLG München einen ähnlich gelagerten Fall im Jahr 1990 konträr entschieden (Urteil vom 22.05.1990 – 9 U 6108/89). Bis zu einer klärenden Entscheidung des BGH sollten sich Auftraggeber daher nicht auf die Wirksamkeit von Komplettheitsklauseln in Formularverträgen verlassen. ■



**Dr. Markus Vogt, LL.M.**  
Rechtsanwalt bei CMS Berlin.  
E [markus.vogt@cms-hs.com](mailto:markus.vogt@cms-hs.com)

# Auch der kündigende Auftragnehmer kann Sicherheit nach § 648a BGB verlangen!

## Hintergrund

Der Auftraggeber hatte den Bauunternehmer im Rahmen eines Einheitspreisvertrags mit der Errichtung des Rohbaus für ein Kraftwerk beauftragt. Im Laufe der Bauausführung kam es zu Unstimmigkeiten zwischen den Parteien. Es ist streitig, ob der Unternehmer wirksam gekündigt hat oder ob die Kündigung erst durch ein nachfolgendes Schreiben des Auftraggebers erfolgte. Dem Unternehmer zufolge bestehen Honoraransprüche in Höhe von etwa EUR 8,9 Mio.

Mit der Klage vor dem Landgericht Bremen verlangt der Unternehmer die Leistung einer Sicherheit nach § 648a BGB über eine mit Abschlagsrechnungen dargelegte Teilvergütung von etwa EUR 3,5 Mio. für bereits erbrachte Leistungen zzgl. 10 % Nebenforderungen. Hiergegen wendet der Auftraggeber u. a. ein, die abgerechneten Leistungen seien mangelhaft.

## Die Entscheidung

Das LG Bremen (Urteil vom 27.03.2014 – 7 O 256/13) spricht dem Unternehmer die Sicherheit in voller Höhe zu. Ein Anspruch nach § 648a BGB besteht unabhängig davon, welche Partei den Vertrag gekündigt hat. Der Gesetzgeber hat mit der Gesetzesänderung im Jahr 2009 zum Ausdruck gebracht, dass für den Anspruch etwaige Gegenansprüche aus einer mangelhaften Leistungserbringung keine Rolle spielen. Das

Sicherungsbedürfnis des Unternehmers besteht auch im Fall der Kündigung. Mögliche Mängelansprüche haben keinen Einfluss auf die Höhe des Sicherheitsanspruchs. Andernfalls wäre der Unternehmer im Streit über die Sicherung gezwungen, sich mit der Berechtigung eines zur Aufrechnung gestellten Anspruchs des Bestellers auseinanderzusetzen. Der Streit über mögliche Mängelrechte kann damit erst im Zahlungsprozess geführt werden. Die Höhe der zu stellenden Sicherheit bemisst sich beim Einheitspreisvertrag anhand des Leistungsverzeichnisses und einer eventuellen Angebotssumme.

Obwohl das LG Bremen bei seiner Begründung offenbar noch nicht auf die einschlägige höchstrichterliche Rechtsprechung zurückgreifen konnte, liegt das Gericht auf einer Linie mit dem BGH. Kurz vor der Verkündung des Urteils des LG Bremen hat der BGH klargestellt, dass der Anspruch auf Stellung einer Sicherheit nicht mit der Kündigung des Vertrags durch den Besteller entfällt, da das Sicherungsinteresse des Unternehmers fortbesteht (Urteil vom 06.03.2014 – VII ZR 349/12). Diese Argumentation wendet das LG Bremen auch auf eine mögliche Kündigung durch den Unternehmer an und setzt sich dabei überzeugend mit der abweichenden Auffassung des LG Hamburg (Urteil vom 16.07.2010 – 325 O 469/09) auseinander.

Für die schlüssige Darlegung der Vergütungsforderung muss der Unternehmer dem BGH zufolge zwischen

erbrachten und nicht erbrachten Leistungen differenzieren. Vorliegend verlangte der Unternehmer nur eine Sicherheit für die erbrachten Leistungen, weshalb ein Abzug für ersparte Aufwendungen nicht erforderlich war. Die vorgelegten Abrechnungsunterlagen boten dem Gericht eine hinreichende Grundlage für eine eigene Schätzung der Forderungshöhe.

## Praxistipp

Die Entscheidung zeigt erneut, dass der Auftraggeber kaum Möglichkeiten hat, um das Verlangen des Unternehmers auf Leistung einer Sicherheit abzuwenden. Überreicht der Besteller die Sicherheit nicht fristgerecht, kann der Unternehmer die Leistungserbringung einstellen oder kündigen – und weiterhin die Stellung der Sicherheit verlangen. Diesen Anspruch kann der Unternehmer mit einfachen Mitteln gerichtlich durchsetzen und damit den Druck auf den Besteller im Hinblick auf seine möglichen Zahlungsansprüche erhöhen. ■



**Dr. Jan Philipp Wimmer**  
Rechtsanwalt bei CMS Berlin.  
E [jan.wimmer@cms-hs.com](mailto:jan.wimmer@cms-hs.com)

# Mitverschulden des Bestellers bei vom Architekten veranlasster Planungsänderung

## Hintergrund

Im Verhältnis zwischen Auftraggeber und Bauunternehmer ist der vom Auftraggeber mit der Planung beauftragte Architekt grundsätzlich dessen Erfüllungsgehilfe. Dem Auftraggeber obliegt es nämlich, dem Bauunternehmer zuverlässige Pläne und Unterlagen zur Verfügung zu stellen. Bedient er sich hierfür eines Architekten, muss er sich gemäß § 278 Abs. 1 BGB dessen Planungsfehler wie eigenes Verschulden zurechnen lassen.

## Die Entscheidung

Mit Urteil vom 16.10.2014 – VII ZR 152/12 – hatte der BGH darüber zu entscheiden, ob von diesem Grundsatz eine Ausnahme zu machen ist, wenn der Bauunternehmer dem für die Planung verantwortlichen Architekten einen konkreten Planänderungsvorschlag unterbreitet, diese Planungsänderung auch baulich umgesetzt wird und hierdurch ein Mangel entsteht.

Der BGH geht auch in diesem Fall von einem dem Auftraggeber gemäß § 278 Abs. 1 BGB zurechenbaren Verschulden des Architekten aus und gelangt so zu einem Mitverschulden des Bauherrn an der eingetretenen Mangelsituation.

Die Entscheidung begründet der BGH wie folgt: Gemäß der ständi-

gen höchstrichterlichen Rechtsprechung (vgl. nur Urteil vom 24.02.2005 – VII ZR 328/03) ist dem Auftraggeber ein schuldhaftes Verhalten des mit der Planung beauftragten Architekten zuzurechnen, wenn dieser im Laufe der Bauausführung fehlerhafte Anordnungen erteilt, aufgrund derer von der ursprünglichen Planung abgewichen werden soll.

Der BGH stellt nun – und dies ist neu – fest, dass es einer solchen Anordnung gleichsteht, wenn der Architekt zwar nicht einseitig eine Planungsänderung vorgibt, eine solche jedoch auf sein Betreiben hin einvernehmlich zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer vereinbart wird und der Architekt hinsichtlich dieser Änderung die Planungsverantwortung übernimmt. In diesem Fall kann es nicht darauf ankommen, ob der Unternehmer den Änderungsvorschlag unterbreitet hat, oder ob die Planungsänderung auf einen Vorschlag des Architekten zurückzuführen ist. Auch einen Vorschlag des Auftragnehmers hat sich der Architekt, sofern er diesen umsetzt, nämlich letztlich zu eigen gemacht.

## Praxistipp

Das Urteil verdeutlicht einmal mehr, dass der für die Planung verantwortliche Architekt regelmäßig – jedenfalls im Hinblick auf die tägliche Abstimmung auf der Baustelle und soweit seine Kernkompetenz „Planen“

betroffen ist – als „verlängerter Arm“ des Auftraggebers angesehen wird. Soweit aufgrund des Verschuldens des Planers Ansprüche des Bauherrn gegen den Bauunternehmer reduziert werden (praktisch dadurch, dass sich der Bauherr mit einem Zuzahlungsbetrag an dem finanziellen Aufwand der Mängelbeseitigung beteiligen muss), kann er sich beim Architekten schadlos halten. ■



**Dr. Jochen Reuter,**  
**LL. M. (University of Wellington)**  
Rechtsanwalt bei CMS Berlin.  
[E jochen.reuter@cms-hs.com](mailto:E.jochen.reuter@cms-hs.com)

# Architekt muss „Umplanungen“ prüfen und an die Gesamtplanung anpassen!

## Hintergrund

Wird ein Architekt mit sämtlichen Leistungsphasen der HOAI beauftragt und wird ein Teil der Leistung von einem anderen Baubeteiligten „umgeplant“, muss der Architekt den neuen Plan stets prüfen und für eine sach- und fachgerechte „Einpassung“ an den Gesamtplan sorgen. Anderenfalls ist er – ggf. neben dem Bauunternehmer – weitreichenden Haftungsrisiken wegen eines Planungsverschuldens ausgesetzt.

## Die Entscheidung

Ein solcher Haftungsfall lag auch der Entscheidung des OLG Celle vom 06.03.2014 –5 U 40/13 zugrunde. Die beteiligten Parteien stritten um Mängel an einem Parkhaus, das die Klägerin als Bauherrin errichten ließ. Sie beauftragte hierfür den Architekten (A) mit den Leistungsphasen 1–9. Der bauausführende Unternehmer (U) führte die entsprechenden Estrich- und Bodenbelagsarbeiten auf dem obersten Parkdeck aus. Ferner stellte er vorab einen Fugenplan auf. In der Folge stellten sachverständige Gutachter fest, dass die Konstruktion des Bauteils nicht den Anforderungen entsprechend geplant und ausgeführt worden war.

Im Einzelnen war die ursprünglich geplante Estrichdecke für die anstehenden Belastungen schon zu gering dimensioniert und die tatsächlich ausgeführte Estrichdecke zu dick, um auftretende Spannungen aufzunehmen. Ferner fehlte es an erforderlichen Dehnfugen, da die entstandenen Platten zu groß waren.

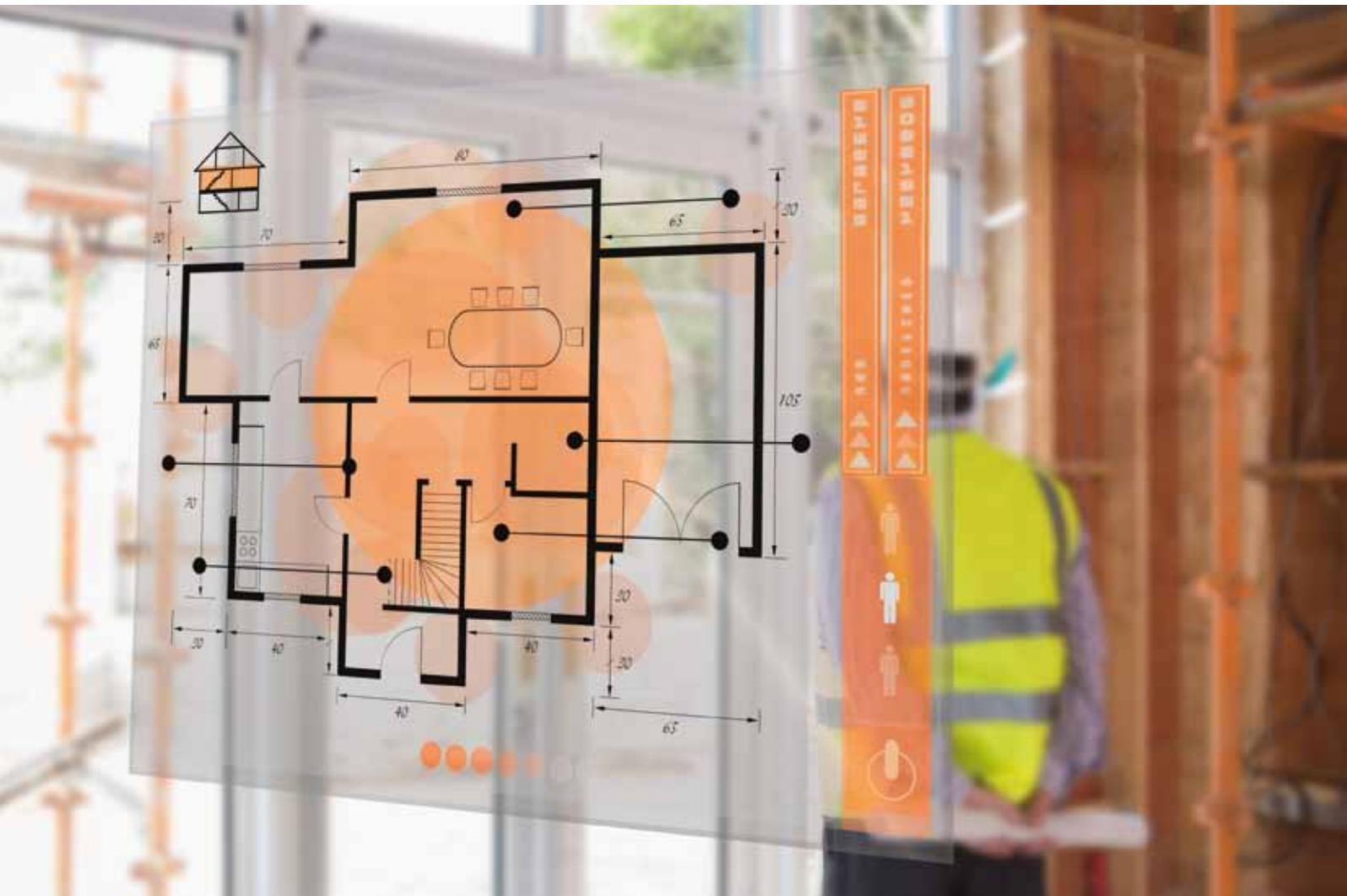
Schließlich wurden Schwindfugen zu spät eingeschnitten. Eine Mängelbeseitigung war nur durch eine Neueindeckung des obersten Parkdecks möglich. Die Bauherrin nahm daraufhin A und U auf Mängelgewährleistung in Anspruch. A wendete ein, dass ihn keine Verantwortung treffe, da er den zugrunde liegenden Fugenplan weder aufgestellt noch überprüft habe. Ferner sei die Ausführung des Dachs ohne sein Wissen „umgeplant“ worden. U machte demgegenüber geltend, ihn treffe keine Haftung für etwaige Planungs-mängel, da er nicht verpflichtet gewesen sei, den Fugenplan zu erstellen. Er habe in einem Schreiben ausdrücklich darauf hingewiesen, dass der Fugenplan noch der Überprüfung bedürfe.

Das OLG Celle verurteilte sowohl A als auch U zur Mängelgewährleistung in Form von Schadensersatz. Beide

seien als Planungsverantwortliche der Estrichdecke auf dem Parkdeck anzusehen. A sei ferner eine Verletzung seiner Überwachungspflicht vorzuwerfen. Sofern das Dach „umgeplant“ wurde, wäre es seine Aufgabe gewesen, diese neue Planung zu überprüfen. Als bauaufsichtsführender Architekt hätte er diese besonders kritischen und schadensträchtigen Arbeiten überprüfen müssen, um rechtzeitig einen Mangel feststellen und beheben lassen zu können. Diesen Pflichten habe er nicht hinreichend genügt. Daneben hafte auch U für ein Planungsverschulden. U habe für den von ihm erstellten Fugenplan nämlich auch dann einzustehen, wenn ihn letztlich keine Erstellungspflicht treffe. Dies gelte ungeachtet der Tatsache, dass U noch um eine Überprüfung des Fugenplans gebeten habe. Das Gericht verurteilte A und U wegen der Mängel am Parkdeck als Gesamtschuldner auf Schadensersatz.

## Praxistipp

Grundsätzlich besteht keine gesamtschuldnerische Haftung zwischen Architekt und Bauunternehmer, soweit Baumängel auch auf Planungsfehler des Architekten zurückzuführen sind. Denn Planungsfehler des



Architekten muss sich der Bauherr (anders als einen Fehler bei der Bauaufsicht) als eigenes Verschulden haftungsmindernd zurechnen lassen (vgl. BGH, Urteil vom 16.10.2014 – VII ZR 152/12, besprochen in diesem Update auf S. 22). Abweichend von diesen Grundsätzen gelangte das OLG Celle vorliegend dennoch zu einer gesamtschuldnerischen Haftung, was freilich den spezifischen Umständen des Falls geschuldet ist. Zum einen weil der Architekt nicht

nur bei der Planung, sondern auch der Bauüberwachung fehlerhaft leistete, zum anderen weil der Bauunternehmer wiederum (atypischerweise) Planungsleistungen erbrachte, die fehlerbehaftet waren. In dieser Konstellation, in der Architekt und Bauunternehmen gleichsam auf gleicher Ebene fehlerhaft agieren, erscheint die – für den Bauherrn günstige – gesamtschuldnerische Haftung gerechtfertigt. ■



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

# Tätigwerden des Architekten begründet (noch) keinen Architektenvertrag

## Hintergrund

Voraussetzung für die Geltendmachung eines Honoraranspruchs des Architekten ist eine entsprechende Beauftragung durch den Bauherrn. Für die Beauftragung an sich und die Inhalte des übertragenen Leistungssolls ist der Architekt nach den allgemeinen Regelungen des bürgerlichen Rechts beweispflichtig.

## Die Entscheidung

Nach dem Hinweisbeschluss des OLG Düsseldorf vom 14.10.2014 – I-22 O 104/14, kann aus dem bloßen Tätigwerden des Architekten ein Vertragsschluss über die erbrachten Leistungen nicht ohne Weiteres abgeleitet werden. Zwar lege die Entgegennahme der Leistung durch den Bauherrn einen konkludenten Vertragsschluss im Einzelfall nahe. Für die Annahme eines konkludenten Vertragsschlusses müssen jedoch nach Ansicht des OLG noch weitere Umstände vorliegen, die einen rechtsgeschäftlichen Annahmewillen des Bauherrn erkennen lassen. Die HOAI ist zur Beantwortung der Frage, ob überhaupt ein Vertrag zwischen Architekt und Bauherrn vorliegt, nicht heranzuziehen. Die HOAI setzt als öffentliches Preisrecht vielmehr den Bestand eines nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts begründeten Anspruchs voraus. Neben einem wirklichen Vertrag zwischen Bauherrn und Architekten bedarf es zur Be-

gründung des Honoraranspruchs eines Architekten der präzisen Darlegung des Leistungsumfangs, für den ein Honorar verlangt wird. Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Leistungsgegenstand hinsichtlich der „Schnittstelle“ bzw. des „Leistungsbeginns“ des Architekten im Vertragstext nicht in aus sich heraus verständlicher Art und Weise gefasst wurde und Planungsleistungen nicht nur vom Architekten, sondern auch durch Dritte zu erbringen waren. Damit muss der Architekt im Rahmen einer Honorarklage den genauen Umfang seiner Beauftragung darlegen und im Falle des Bestreitens beweisen. Eine Vermutung für die Übertragung einer Vollarchitektur besteht nicht. Insoweit reicht auch eine Bezugnahme auf die Leistungsbilder bzw. Leistungsphasen der HOAI nicht aus, da eine solche Bezugnahme nicht zu der notwendigen Konkretisierung des geschuldeten bzw. ausgeführten Umfangs der Architektenleistung führt und sich den Leistungsbildern keine unmittelbare Aussage über den Leistungsinhalt entnehmen lässt. Die Leistungsbilder der HOAI können indes als Auslegungshilfe zur Bestimmung des Vertragsinhalts herangezogen werden.

## Praxistipp

Ein Architekt sollte, um nicht im Rahmen der Abrechnung seiner Leistung in Beweisschwierigkeiten

hinsichtlich des beauftragten Leistungssolls zu kommen, vor Beginn seiner Tätigkeit einen schriftlichen Architektenvertrag schließen, in dem die zu erbringende Leistung genau beschrieben ist. Ein Verweis auf die Leistungsphasen der HOAI allein reicht jedenfalls dann nicht aus, wenn Planungsleistungen auch von Dritten erbracht werden und die Schnittstellen zu diesen Leistungen nicht klar definiert werden. Der Verweis auf die jeweiligen Leistungsbilder der HOAI sollte in jedem Fall ergänzend zu einer konkreten Darlegung des Leistungsumfangs in den Vertrag aufgenommen werden. ■



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

**UWE Bristol**

Rechtsanwalt bei CMS Hamburg.

E [sebastian.huck@cms-hs.com](mailto:sebastian.huck@cms-hs.com)

# Grundwasserstände sind bei der Planung zu berücksichtigen

## Hintergrund

Das OLG Düsseldorf hatte sich in seinem Urteil vom 23.10.2014 – I–5 U 84/10 mit den Anforderungen an die Berücksichtigung möglicher Grundwasserstände im Zuge der Planung eines Architekten zu befassen. Zwischen dem Kläger, einem Bauunternehmen, und dem Architekten war streitig, ob die nach sachverständiger Feststellung nicht erfolgte druckwasserdichte Planung der Keller mehrerer Gebäude vom Architekten geschuldet war. Die Besonderheit des Falls lag darin, dass die Bauvorhaben in der Nähe eines Tagebaus lagen, für den das Grundwasser erheblich abgesenkt wurde.

## Die Entscheidung

Das OLG Düsseldorf entschied, der Architekt müsse auch in einem solchen Fall die höchsten historisch bekannten Grundwasserstände zugrunde legen, es sei denn, er könne beweisen, dass diese nicht mehr eintreten würden. Der Architekt hatte sich darauf berufen, wegen der Grundwasserabsenkung für den Tagebau sei, wenn überhaupt, erst in den Jahren 2080 bis 2100 wieder mit einem Ansteigen des Grundwassers auf die historischen Höchststände zu rechnen. Dann sei die nach steuerlichen Grundsätzen maßgebliche Lebensdauer der Gebäude von 50 bis 60 Jahren aber bereits verstrichen, weswegen dem Kläger kein Schaden drohe. Dem folgte das Gericht nicht. Der Architekt müsse die

Boden- und Grundwasserverhältnisse sorgfältig ermitteln und so planen, dass die Gebäude den höchsten bekannten Grundwasserständen schadlos standhalten könnten. Die dazu in casu erforderliche weiße Wanne habe er nicht geplant. Wolle der Architekt sich darauf berufen, die historisch höchsten Grundwasserstände würden in Zukunft nicht mehr erreicht, habe er hierfür die volle Beweislast. Den Nachweis habe der Architekt wegen vielfältiger Unwägbarkeiten der zukünftigen Entwicklung der Grundwasserstände nicht zu führen vermocht. Auf die steuerrechtliche Lebensdauer der geplanten Gebäude komme es im Übrigen nicht an, weil die tatsächliche Lebensdauer erfahrungsgemäß länger sei.

Die Tatsache, dass auch der Statiker keine weiße Wanne geplant habe, könne den Architekten nicht entlasten, weil die Ermittlung der Grundwasserstände und die daraus folgenden Vorgaben für die Erstellung der Statik Sache des Architekten seien. Zwar liege ein Fehler auch des Statikers nahe, der wegen der Grundwasserstände nicht nachgefragt habe. Das könne den Architekten nicht entlasten, weil der Bauherr dem Architekten die diesbezüglichen Leistungen des Statikers weder schulde noch eine entsprechende Obliegenheit habe.

Ein Mitverschulden in Höhe von 20 % treffe den Kläger aber deswegen, weil es sich bei ihm um ein Bauunternehmen handele, das auf den

Leistungen des Architekten aufgebaut habe und dessen Pläne deswegen habe prüfen müssen. Dabei hätte die fehlende Berücksichtigung der möglichen Grundwasserstände, die der Kläger zur Überzeugung des Gerichts gekannt habe, von diesem erkannt werden können.

## Praxistipp

Architekten und Ingenieuren ist dringend zu raten, die Rahmenbedingungen einer Baumaßnahme, namentlich die Baugrund- und Grundwasserverhältnisse, sorgfältig zu ermitteln und dabei auch zukünftige, aber bereits erkennbare Umstände und Entwicklungen zu berücksichtigen. Vorschnelle Annahmen können geradewegs in die Haftung führen, es sei denn, dem Planer gelingt der Vollbeweis ihrer Richtigkeit. ■



**Christian Reuter**

Partner bei CMS Hamburg.

E [christian.reuter@cms-hs.com](mailto:christian.reuter@cms-hs.com)



# Stufenweise Beauftragung: Abrufzeitpunkt bestimmt anzuwendende HOAI!

## Hintergrund

Im Mai 2009 schlossen die Parteien auf Grundlage der HOAI 2002 einen Generalplanervertrag, der eine stufenweise Beauftragung des Architekten vorsah. Der Architekt wurde zunächst mit der Erbringung der Leistungsphasen 1–4 (Phase I) beauftragt. Den Abruf der optionalen Leistungsphasen 5–9 (Phase II) hatte sich der Auftraggeber für einen späteren Zeitpunkt vorbehalten. Ein Rechtsanspruch auf Beauftragung der Phase II stand dem Architekten ausdrücklich nicht zu. Nachdem der Architekt die Leistungen der Phase I erbracht hatte, wurde er zu einem Zeitpunkt nach dem Inkrafttreten der HOAI 2009 mit Erbringung der Phase II beauftragt. Für die Abrechnung dieser Leistungen legte der Architekt die HOAI 2009 zugrunde, wodurch sich ein höheres Honorar als bei Zugrundelegung der HOAI 2002 ergab. Der Auftraggeber hingegen verlangte die Abrechnung nach der Honorartafel der HOAI 2002. Daraufhin erhob der Architekt Zahlungsklage.

## Die Entscheidung

Mit Erfolg! Im Anschluss an das LG und OLG Koblenz entschied nunmehr der BGH mit Urteil vom 18.12.2014 – VII ZR 350/13, dass allein der Zeitpunkt der Beauftragung der Leistungen und nicht der Zeitpunkt einer vorab getroffenen Honorarvereinbarung für später zu beauftragende

Leistungen ausschlaggebend sei. Dies, so der BGH, entspricht dem Wortlaut der Übergangsvorschrift (§ 55 HOAI 2009), die an die vertragliche Vereinbarung der Leistung und damit letztlich an den Abschluss des Vertrags über die Leistungen anknüpft. Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass die Parteien für den Fall der späteren Beauftragung schon konkrete Feststellungen zu den beabsichtigten Leistungen und zum hierfür geschuldeten Honorar getroffen haben. Denn bis zum Abruf dieser späteren Leistungen liege lediglich ein bindendes Angebot des Architekten vor, dessen Annahme zu einem späteren Zeitpunkt sich der Auftraggeber vorbehalten hat. Eine vertragliche Vereinbarung der Leistungen der Phase II ist danach, so der BGH, im Ausgangsvertrag noch nicht erfolgt. Insofern kommt es nicht auf den Zeitpunkt des Ausgangsvertrags an, sondern darauf, wann die weiteren Leistungen letztlich beauftragt wurden. Auch das für öffentliche Auftraggeber geltende Vergaberecht lässt insoweit keine andere Beurteilung zu, als dass das zwingende Preisrecht der HOAI vorrangig gelte.

## Praxistipp

Die Anwendbarkeit der HOAI 2009 auf die nach ihrem Inkrafttreten beauftragten Leistungen impliziert nicht – wie oftmals gedacht – eine automatische Erhöhung des Architekten-

oder Ingenieurhonorars. Denn ein Mehrvergütungsanspruch kann laut BGH nur dann geltend gemacht werden, wenn die von den Parteien im Ausgangsvertrag getroffene Honorarvereinbarung die Mindestsätze der HOAI 2009 unterschreitet. Dies muss der Architekt bzw. Ingenieur im Wege eines Gesamtvergleichs darlegen und beweisen.

Auch wenn das Urteil zur Frage der Anwendbarkeit der seinerzeit neuen HOAI 2009 getroffen wurde, ist es aufgrund der Wortgleichheit der jeweiligen Übergangsvorschriften auf die Anwendbarkeit der HOAI 2013 zu übertragen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Prüfung einer eventuellen Mindestsatzunterschreitung in Anbetracht der mit der HOAI 2013 geänderten Leistungsbilder eines vermehrten Arbeitsaufwands bedarf. ■



**Dr. Katja Küpper**

Rechtsanwältin bei CMS Frankfurt/Main.

E [katja.kuepper@cms-hs.com](mailto:katja.kuepper@cms-hs.com)

# Umweltinformationen und Bebauungsplan

## Hintergrund

Nach § 3 Abs. 2 S. 1 BauGB sind Gemeinden verpflichtet, einen Bebauungsplanentwurf mit Begründung und den nach ihrer Einschätzung wesentlichen, bereits vorliegenden umweltbezogenen Stellungnahmen einen Monat öffentlich auszulegen. Gemäß § 3 Abs. 2 S. 2 HS 1 BauGB sind Ort/Dauer der Auslegung und Angaben dazu, welche Arten umweltbezogener Informationen verfügbar sind, mindestens eine Woche vorher ortsüblich bekannt zu machen.

Nach Ansicht des BVerwG (Urteil vom 18.08.2013 – 4 CN 3/12) verpflichtet § 3 Abs. 2 S. 2 HS 1 BauGB die Gemeinde, die in den vorhandenen Stellungnahmen und Unterlagen behandelten Umweltthemen nach Themenblöcken zusammenzufassen und in der Bekanntmachung schlagwortartig zu charakterisieren. Dies gelte auch für die Arten verfügbarer Umweltinformationen, die die Gemeinde für unwesentlich halte. Denn der Wortlaut des § 3 Abs. 2 S. 2 HS 1 BauGB sei ein anderer – weitergehender – als der des § 3 Abs. 2 S. 1 BauGB und beziehe sich auf sämtliche verfügbare umweltbezogene Informationen, nicht nur auf die Stellungnahmen, die nach Einschätzung der Gemeinde wesentlich und damit auszulegen seien.

Diese Rechtsprechung hat das BVerwG nun bekräftigt und betont, dass die von ihm aufgestellten Grundsätze keiner Ausnahme zugänglich sind (Urteil vom 11.09.2014 – 4 CN 1/14).

## Die Entscheidung

Verfahrensgegenstand war eine Bebauungsplanänderung. Nach den bisherigen Festsetzungen war Lebensmittel Einzelhandel auf eine bestimmte Geschossfläche beschränkt. Mit dem angegriffenen Änderungsplan wollte die Gemeinde Einzelhandel mit zentrenrelevanten Sortimenten ausschließen und ein Baufenster geringfügig erweitern.

In der Bekanntmachung nach § 3 Abs. 2 BauGB wurde darauf hingewiesen, dass neben dem Umweltbericht „auch umweltrelevante Stellungnahmen allgemeiner Art mit ausgelegt“ würden.

Die Antragstellerin rügte, die Bekanntmachung verstoße gegen § 3 Abs. 2 S. 2 HS 1 BauGB, da es an ausreichenden Angaben zu den Arten der verfügbaren Umweltinformationen fehle. Der VGH stimmte dem zwar zu, hielt die Bekanntmachung wegen der Besonderheiten des Falls jedoch gleichwohl für rechtsfehlerfrei, da die Planänderung unter Umweltgesichtspunkten nur unwesentliche Änderungen hinsichtlich der zu beachtenden Belange mit sich bringe (VGH Kassel, Urteil vom 16.05.2013 – 3 C 345/12.N).

Dem ist das BVerwG entgegengetreten. Unter Verweis auf sein Urteil aus dem Jahr 2013 hat es festgestellt, dass für Ausnahmen bezüglich der Angaben, welche Arten umweltbezogener Informationen verfügbar sind, kein Raum sei. Die Hinweispflicht könne auch nicht vom Überschreiten bestimmter Relevanzschwel-

len abhängig gemacht werden. Gerade wenn die Gemeinde wenige Umweltinformationen im Rahmen eines Bauleitplanverfahrens bis zur Auslegung erlangt habe, sei es wichtiger, die Öffentlichkeit genau zu informieren, um diese „anzustoßen“ und etwaige der Gemeinde bisher unbekannte Umweltbelange ins Verfahren einzuführen. Auch das Argument des VGH, der allgemeine Hinweis sei hier ausreichend, da der Änderungsplan unter Umweltgesichtspunkten nur unwesentliche Änderungen mit sich bringe, vermöge nicht zu überzeugen, da damit der Gemeinde – in Anlehnung an den nicht einschlägigen § 3 Abs. 2 S. 1 BauGB – die Befugnis zur Bewertung und Selektion von Umweltinformationen zubilligt werde, die sie nach dem Wortlaut des § 3 Abs. 2 S. 2 HS 1 BauGB gerade nicht besitze.

## Praxistipp

Das Urteil des BVerwG ist eindeutig – § 3 Abs. 2 S. 2 HS 1 BauGB gilt ausnahmslos. Verstöße können im Wege eines Normenkontrollverfahrens angegriffen werden und führen zur Unwirksamkeit des Bebauungsplans. ■



**Katharina Haidas**

Rechtsanwältin bei CMS München.

E [katharina.haidas@cms-hs.com](mailto:katharina.haidas@cms-hs.com)



# Fortführung der Rechtsprechung zu Einzelhandelsgroßprojekten

## Hintergrund

Einzelhandelsgroßprojekte beschäftigen weiterhin die Gerichte. Nachdem mehrfach die Frage der Zulässigkeit des Ausschlusses von Einzelhandelsprojekten in einem Bebauungsplan thematisiert worden ist, stellt sich in den Entscheidungen des Niedersächsischen OVG, Urteil vom 10.07.2014 – 1 KN 121/11 – sowie Beschluss vom 29.09.2014 – 1 MN 102/14, die Frage der Zulässigkeit der Ausweisung von Flächen im Bebauungsplan, die die Ansiedlung von Einzelhandelsgroßprojekten zulassen.

Zugrunde liegt jeweils das Landes-Raumordnungsprogramm Niedersachsen. Danach sind neue Einzelhandelsgroßprojekte mit innenstadtrelevantem Kernsortiment nur innerhalb städtebaulich integrierter Lagen zulässig.

## Die Entscheidungen

Sowohl in dem Urteil vom 10.07.2014 als auch in dem Beschluss vom 29.09.2014 wurden die angegriffenen Bebauungspläne u. a. wegen eines Verstoßes gegen das Integrationsverbot aufgehoben bzw. einstweilig außer Vollzug gesetzt.

In der Entscheidung vom 10.07.2014 führte das OVG aus, dass die für Einzelhandelsgroßprojekte geltenden Vorgaben der Raumordnung nicht nur bei expliziter Ausweisung von Einzelhandelsflächen Anwendung finden, sondern auch bei der Festsetzung allgemeiner Gewerbegebiete.

Das Integrationsgebot sei bei der Festsetzung von Gewerbegebieten immer dann zu beachten, wenn die Ansiedlung von Einzelhandelsbetrieben in dem beplanten Gebiet ein realistisches Szenario darstellt.

Darüber hinaus wird in den Entscheidungen der Begriff der integrierten Lage weiter definiert. Demnach handelt es sich bei einer integrierten Lage um einen Standort, der mit einem zentralen Versorgungsbereich, d. h. der Innenstadt oder einem Nahversorgungszentrum, in einem räumlichen und funktionalen Zusammenhang steht, wobei auch nicht unmittelbar angrenzende Standorte integriert sein können, wenn sie die Attraktivität des zentralen Versorgungsbereichs, etwa durch Bereitstellung von in der Innenstadt fehlenden Parkplätzen, steigern und sich daher an den zentralen Versorgungsbereich „anschiegen“.

Während das Gericht in der Entscheidung vom 10.07.2014 wegen der rund einen Kilometer entfernten Kernbebauung und der noch größeren Entfernung zur Innenstadt einen räumlichen Zusammenhang zur neuen Einzelhandelsfläche ohne nähere Ausführungen ablehnen konnte, befasste es sich in dem Beschluss vom 29.09.2014 eingehend mit dem Begriff des „Anschmiegens“. Trotz der fußläufigen Erreichbarkeit der Innenstadt wurde das Bestehen einer integrierten Lage verneint. Hierbei stellte das OVG u. a. auf das ausreichende Parkplatzangebot im Innenstadtbereich ab.

## Praxistipp

Die Vorgaben der Raumordnung zu Einzelhandelsgroßprojekten sind bei Erlass von Bebauungsplänen auch dann zu beachten, wenn die Einzelhandelsansiedlung nicht unmittelbar Gegenstand des Bebauungsplans ist. Vielmehr sind bereits bei Erlass des Bebauungsplans die zu erwartenden Entwicklungen im Planungsgebiet zu berücksichtigen. Dem im niedersächsischen Raumordnungsprogramm eingeforderten Schutz zentraler Versorgungsbereiche kann bei der beabsichtigten Ausweisung von Gewerbeflächen insbesondere durch den Ausschluss von Einzelhandelsbetrieben mit innenstadtrelevantem Sortiment Rechnung getragen werden. Sollen neue Einzelhandelsgroßprojekte ermöglicht werden, ist auf eine integrierte Lage zu achten. Grenzt der beplante Bereich nicht unmittelbar an einen zentralen Versorgungsbereich an, ist für die Beurteilung des Anschmiegens eine genaue Einzelfallbetrachtung erforderlich. ■



**Dr. Anne Rausch**

Rechtsanwältin bei CMS Köln.

E [anne.rausch@cms-hs.com](mailto:anne.rausch@cms-hs.com)

# Anforderungen bei der Bekanntmachung eines Aufstellungsbeschlusses für Bebauungspläne der Innenentwicklung

## Hintergrund

Die bayerische Gemeinde Bad Heilbrunn stellte im beschleunigten Verfahren nach § 13a Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 BauGB einen Bebauungsplan der Innenentwicklung auf, um städtebauliche Missstände planerisch zu beheben. In der öffentlichen Bekanntmachung der Auslegung der Planunterlagen wies die Gemeinde darauf hin, dass sie den Bebauungsplan aufstellen werde, ohne eine Umweltprüfung nach § 2 Abs. 4 BauGB durchzuführen. Eine Eigentümerin mehrerer im Plangebiet gelegener Grundstücke stellte einen Normenkontrollantrag gegen den Bebauungsplan, den der BayVGH zurückwies (Urteil vom 13.11.2013 – 1 N 11.2263). Die Antragstellerin begehrte die Zulassung der Revision, weil sie der Auffassung war, dass die Gemeinde auch im Rahmen von § 13a Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 BauGB verpflichtet sei darzulegen, weshalb eine Umweltprüfung nicht erforderlich sei. Das sei auch europarechtlich geboten.

## Die Entscheidung

Das BVerwG hat die Nichtzulassungsbeschwerde (Beschluss vom 11.07.2014 – 4 BN 12/14) zurückgewiesen. Es hat entschieden, dass eine Verpflichtung der Gemeinde, bei einem kleinen Bebauungsplan der Innenentwicklung zu begründen, weshalb eine Umweltprüfung nicht durchgeführt werde, nicht bestehe.

§ 13a Abs. 1 Satz 2 BauGB unterscheidet – so das BVerwG – zwischen kleinen Bebauungsplänen der Innenentwicklung nach § 13a Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 BauGB und großen Bebauungsplänen der Innenentwicklung nach § 13 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BauGB. Nur für Letztere sehe das Gesetz eine Mitteilung der Gründe vor, weshalb bei einem beschleunigten Verfahren von einer Umweltprüfung abgesehen werde. Bei kleinen Bebauungsplänen der Innenentwicklung ist diese Verpflichtung gesetzlich nicht vorgesehen.

Das BVerwG hat weiter entschieden, dass die Regelung in § 13a Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 BauGB europarechtskonform sei. Zwar fordere die RL 2001/42/EG (Plan-UP-RL) für bestimmte Pläne stets eine Umweltprüfung (Art. 3 Abs. 2 Plan-UP-RL), wie etwa bei Plänen für UVP-pflichtige Vorhaben. In den übrigen Fällen würden aber nach Art. 3 Abs. 4 Plan-UP-RL die Mitgliedstaaten darüber entscheiden, ob Pläne voraussichtlich erhebliche Umweltauswirkungen haben. Die Mitgliedstaaten könnten die Erheblichkeit etwaiger Umweltauswirkungen entweder durch eine Einzelfallprüfung, durch eine Festlegung von abstrakten Kriterien oder durch eine Kombination beider Ansätze treffen. Das BVerwG ist zu Recht der Ansicht, dass der Gesetzgeber mit der Regelung des beschleunigten Verfahrens für kleine Bebauungspläne der Innenentwicklung in § 13 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1

BauGB abstrakt bestimmt hat, dass erhebliche Umweltauswirkungen bei solchen Plänen voraussichtlich nicht eintreten werden und eine Umweltprüfung daher nicht erforderlich sei. Die Gemeinde musste daher nicht begründen, weshalb sie keine Umweltprüfung nach § 2 Abs. 4 BauGB durchgeführt hat.

## Auswirkungen für die Praxis

Die Entscheidung schafft Rechtsklarheit insbesondere für Gemeinden, die kleinere Gebiete zügig durch einen Bebauungsplan der Innenentwicklung gemäß § 13a Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 BauGB im beschleunigten Verfahren entwickeln wollen. Damit können Gemeinden planerisch zeitnah auf städtebauliche Missstände reagieren. ■



**Dr. Konrad Walter**

Rechtsanwalt bei CMS Hamburg.

E [konrad.walter@cms-hs.com](mailto:konrad.walter@cms-hs.com)

# Ausschreibungspflicht von Mietverträgen mit Bauverpflichtung – Pizzarotti

## Hintergrund

Vom Anwendungsbereich der Richtlinien über die Vergabe öffentlicher Aufträge sind unter anderem solche öffentlichen Dienstleistungsaufträge ausgenommen, die die Miete von Grundstücken oder von vorhandenen Gebäuden zum Inhalt haben. Diese Regelung fand sich bislang in Art. 16 lit. a der RL 2004/18 und Art. 1 lit. a Ziff. iii der RL 92/50 und ist nunmehr in Art. 10 lit. a der RL 2014/24 enthalten. Der EuGH hatte nun zu entscheiden, ob auch ein Vertrag, der die Vermietung einer noch zu errichtenden Immobilie vorsieht, unter diesen Ausschluss fällt.

## Die Entscheidung

In dem der Entscheidung (Urteil vom 10.07.2014 – C-213/13) zugrunde liegenden Fall machte die Comune di Bari (Italien) im August 2003 eine „Marktuntersuchung“ für die Errichtung eines Gebäudekomplexes bekannt, der als einheitlicher Sitz für sämtliche in Bari angesiedelten Gerichte fungieren sollte. Ein Teil dieses Komplexes sollte an die Comune di Bari verkauft, ein anderer Teil an sie vermietet werden. Die der Comune zur Verfügung stehenden öffentlichen Mittel wurden mit EUR 43,5 Mio. beziffert. Die von der Comune selbst aufzubringende jährliche Miete sollte EUR 3 Mio. betragen. Zudem enthielt die Bekanntmachung einen Anhang mit dem „Rahmen der strukturellen, funktionalen und

organisatorischen Anforderungen“ für den zu errichtenden Gebäudekomplex.

Die Stadt Bari wählte unter den abgegebenen Angeboten jenes der Bieterin Pizzarotti aus. Die der Comune di Bari zugesagten öffentlichen Mittel wurden jedoch zunächst gekürzt und später vollumfänglich gestrichen. Vor diesem Hintergrund reichte Pizzarotti ein zweites Angebot ein, welches nur die Realisierung des für die Vermietung bestimmten Gebäudes vorsah. Infolge der Untätigkeit der Comune di Bari erhob die Bieterin sodann Klage vor dem Verwaltungsgericht. Nach einem neunjährigen Rechtsstreit über die Frage, ob die Comune das Vergabeverfahren aufgrund des zweiten Angebots von Pizzarotti hätte zu Ende bringen müssen, legte das Instanzgericht dem EuGH die Frage vor, ob ein Vertrag, der eine Verpflichtungserklärung zur Vermietung beinhaltet, trotz seiner mietvertraglichen Merkmale einen Bauauftrag darstellt und somit nicht als „Mietvertrag“ dem Anwendungsbereich der Richtlinien entzogen ist.

Der EuGH entschied, dass ein solcher Vertrag, der die Verpflichtung enthält, noch nicht errichtete Gebäude zu vermieten, einen Bauauftrag darstellt. Die Frage, ob ein Vorhaben einen öffentlichen Bauauftrag darstellt oder nicht, sei nach dem Unionsrecht zu bestimmen. Zum anderen sei bei einem Vertrag, der

zugleich Elemente eines Bauauftrags wie auch solche einer anderen Auftragsart aufweise, auf seinen Hauptgegenstand abzustellen. Wenn im Zeitpunkt des Angebots die Errichtung des Gebäudes noch nicht begonnen sei, liege der Hauptgegenstand in der Errichtung. Die Errichtung sei notwendige Voraussetzung für die spätere Vermietung.

Ein öffentlicher Bauauftrag könne stets nur dann angenommen werden, wenn die Errichtung des Gebäudes den vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernissen genüge. Das sei der Fall, wenn der öffentliche Auftraggeber Maßnahmen ergriffen habe, um die Merkmale der Bauleistung festzulegen oder zumindest entscheidenden Einfluss auf die Planung der Bauleistung zu nehmen. Im vorliegenden Fall hatte der Auftraggeber einen Anforderungsrahmen etabliert, der die technischen Merkmale der geplanten Gebäude sowie die spezifischen Bedürfnisse der einzelnen Gerichte festlegte und der Comune di Bari ein Prüfungsrecht vor Abnahme gewährte. Darin erblickte der Gerichtshof den entscheidenden Einfluss des Auftraggebers.

Der Gerichtshof stellt weiter fest, dass der Vertrag zwar auch typische Merkmale eines Mietvertrags aufweise. Die Miete über die vorgesehene 18-jährige Laufzeit sei mit EUR 63 Mio. dabei deutlich niedriger als die geschätzten Gesamtkosten in Höhe von EUR 330 Mio. Entscheidend für



die Qualifikation des Vertrags sei aber dessen Hauptgegenstand, nicht die Höhe der Vergütung oder die Art ihrer Zahlung. Es sei überdies nicht ausgeschlossen, dass durch eine entsprechende Verlängerung des Vertrags, dem Auftragnehmer die gesamten Kosten oder jedenfalls ein substantieller Teil gezahlt werden.

#### **Praxistipp**

Auftraggeber sollten beachten, dass die Anmietung noch nicht existenter

Gebäude nicht ohne Weiteres als reiner Mietvertrag zu qualifizieren ist. Muss der Auftragnehmer das zu vermietende Gebäude erst herstellen und ist dem Auftraggeber die Möglichkeit eröffnet, auf diese Herstellung entscheidenden Einfluss zu nehmen, handelt es sich um einen vergaberechtsrelevanten Bauauftrag. Im Gegensatz zu einem reinen Mietvertrag bedarf dieser der Ausschreibung. Andernfalls ist das Vorgehen des Auftraggebers vergaberechtlich angreifbar. ■



**Madeleine Riemer**

Rechtsanwältin bei CMS Leipzig.

E [madeleine.riemer@cms-hs.com](mailto:madeleine.riemer@cms-hs.com)

# Ausschluss wegen fehlender Erklärung ohne Nachforderung möglich

## Hintergrund

Der EuGH (Urteil vom 06.11.2014 – Rs. C-42/13) hatte sich auf Vorlage eines italienischen Gerichts mit der Frage zu beschäftigen, ob der Ausschluss eines Bieters in einem Verfahren über die Vergabe abfallwirtschaftlicher Dienstleistungen mit EU-Recht im Einklang steht. Der Bieter hätte es versäumt, mit seinem Angebot für die Person, die als „technischer Leiter“ vorgesehen war, eine Bescheinigung darüber beizufügen, dass gegen sie kein Strafverfahren anhängig und kein rechtskräftiges Strafurteil ergangen ist. Zur Vorlage einer solchen Bescheinigung sind Bieter nach italienischem Recht verpflichtet, um dem öffentlichen Auftraggeber die Überprüfung von Ausschlussgründen im Sinne von Art. 45 der Richtlinie 2004/18/EG zu ermöglichen. In den Ausschreibungsunterlagen war zudem der Ausschluss vom Vergabeverfahren für den Fall angedroht worden, dass ein vorzulegender Nachweis unvollständig ist oder nicht den Vorgaben entspricht. Lediglich rein formale Unregelmäßigkeiten konnten danach geheilt werden. Als Reaktion auf den Ausschluss wegen Nichtvorlage der Bescheinigung machte der Bieter geltend, dass die als „technischer Leiter“ bezeichnete Person weder einen der Hinderungsgründe erfülle, noch überhaupt tatsächlich „technischer Leiter“ sei. Die Bezeichnung sei vielmehr irrtümlich erfolgt.

## Die Entscheidung

Der EuGH erklärte den Ausschluss des Bieters für europarechtskonform. Sofern der Ausschluss vom Vergabeverfahren aufgrund fehlender Unterlagen angedroht worden sei, müsse die Vergabestelle sich auch konsequent an die von ihr selbst festgelegten Kriterien halten – und den Bieter ohne Abhilfemöglichkeit ausschließen. Aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz und dem Transparenzgebot folge eine Selbstbindung des öffentlichen Auftraggebers, die Abweichungen zugunsten einzelner Bewerber bzw. Bieter nicht erlaube. Die strikte Einhaltung dieser Grundsätze gewährleiste Chancengleichheit und wirke der Gefahr einer Günstlingswirtschaft entgegen.

## Praxistipp

Die Entscheidung zeigt einmal mehr, wie wichtig es ist, auf die Einhaltung der Formalien im Vergabeverfahren großen Wert zu legen. Öffentliche Auftraggeber wiederum machen sich angreifbar, wenn sie sich nicht an ihre eigenen Vorgaben halten und nachträglich ein „Auge zudrücken“ wollen.

Mindestens genauso wichtig sind die Fragen, ob die Bescheinigung wirksam verlangt worden war und ob es sich bei deren Fehlen nicht doch um einen bloßen formellen Mangel handelte, der hätte geheilt werden

können. Da diese Fragen nicht Gegenstand der Vorlage waren, sollte das Urteil daher nicht als Freibrief missverstanden werden, generell auf die Nachforderung fehlender Erklärungen und Nachweise zu verzichten, zumal die nationale Rechtslage abweichen kann. In Deutschland ist zu beachten, dass bei Bauaufträgen nach § 16 (EG) Abs. 1 Nr. 3 VOB/A die Pflicht der Vergabestelle besteht, fehlende Nachweise nachzufordern. Ein Verzicht auf eine Nachforderung kommt daher allenfalls bei sonstigen Dienstleistungen oder Lieferverträgen in Betracht. ■



**Jan Helge Mey, LL.M. (McGill)**

Rechtsanwalt bei CMS Köln.

E [janhelge.mey@cms-hs.com](mailto:janhelge.mey@cms-hs.com)

# BGH: Auftraggeber muss auf gravierenden Kalkulationsirrtum des Bieters Rücksicht nehmen

## Hintergrund

Der BGH hatte sich im Urteil vom 11.11.2014 – X ZR 32/14 mit den Auswirkungen eines Kalkulationsirrtums des bestplatzierten Bieters auf das Vergabeverfahren zu befassen. Der Bieter hatte Straßenbauarbeiten zu einem Preis von EUR 455 000,00 angeboten. Das nächstgünstigste Angebot belief sich auf EUR 621 000,00. Das Angebot des Bieters enthielt zudem einen Positionspreis in Höhe von nur etwa einem Sechstel des üblichen Preises. Vor der Erteilung des Zuschlags informierte der Bieter die Vergabestelle, dass er sich in einer Angebotsposition bezüglich des Mengenansatzes vertan habe, und bat um den Ausschluss seines Angebots von der Wertung. Der Auftraggeber kam der Bitte des Bieters nicht nach, sondern erteilte diesem den Zuschlag. Nachdem der Bieter sich geweigert hatte, den Auftrag auszuführen, trat der Auftraggeber vom Vertrag zurück und beauftragte ein anderes Unternehmen, welches die Leistung zu einem höheren Preis erbrachte. Der Auftraggeber nahm den Bieter sodann bezüglich der Mehrkosten in Anspruch.

## Die Entscheidung

Der BGH lehnte einen Schadenersatzanspruch des Auftraggebers ab. Der Auftraggeber könne aus der Nichterfüllung des Vertrags durch den Bieter keine Rechte herleiten, da der Auftraggeber dem Bieter den Zuschlag nicht habe erteilen dürfen. Zwar falle die Kalkulation des Angebotspreises grundsätzlich in die Risikosphäre des Bieters. Der Auftrag-

geber verstoße aber gegen die Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Interessen des Bieters gemäß § 241 Abs. 2 BGB, wenn er dem Bieter den Zuschlag erteile, obwohl diesem bei wirtschaftlicher Betrachtung nicht zuzumuten ist, sich mit dem irrig kalkulierten Preis als einer auch nur annähernd äquivalenten Gegenleistung für die zu erbringende Leistung zu begnügen. Im Rahmen der vom Auftraggeber vorzunehmenden Abwägung zur Feststellung der Zumutbarkeit für den Bieter sei zu berücksichtigen, dass der Bieter einen Positionspreis in Höhe von nur etwa einem Sechstel des üblichen Preises angeboten habe und der Endpreis des Angebots des Bieters mit 27 % in besonders auffälligem Maß unter dem Preis gelegen habe, den der nächstgünstige Bieter als auskömmlich angeboten habe.

## Praxistipp

Nach der Entscheidung des BGH steht einem Bieter ein Leistungsverweigerungsrecht zu, wenn die Abgabe eines fehlkalkulierten Angebots dazu führt, dass ihm die Vertragsdurchführung nicht mehr zugemutet werden kann. Auftraggeber sind verpflichtet, die Zumutbarkeit des Festhaltens am Vertrag zu prüfen und den Bieter im Falle der Unzumutbarkeit von der Wertung auszuschließen. Die Entscheidung des BGH ruft zudem in Erinnerung, dass Auftraggeber kraft Gesetzes verpflichtet sind, Angebote mit unangemessen niedrigen Preisen nach erfolgloser Aufklärung von der Wertung auszuschließen (vgl. § 16 Abs. 6 Nr. 1 VOB/A-EG, § 19 Abs. 6 Satz 2 VOL/A-EG). Die Prüfungs-

pflicht des Auftraggebers gilt daher unabhängig davon, ob sich ein Bieter im Einzelfall auf einen Kalkulationsirrtum beruft.

Der BGH betont allerdings, dass die Rücksichtnahmepflicht aus § 241 Abs. 2 BGB den öffentlichen Auftraggeber allerdings nicht verpflichtet, bei jeglichem noch so geringen Kalkulationsirrtum von der Annahme des Angebots abzusehen. Sie darf Bieter keinen Vorwand liefern, sich im Nachhinein unter Berufung auf einen vermeintlichen Kalkulationsirrtum von einem tatsächlich bewusst sehr günstig gestalteten Angebot zu lösen, wenn sie diese besonders günstige Kalkulation nach Angebotsabgabe reut.

Die Schwelle ist im Bereich der Vergabe öffentlicher Aufträge aber dann überschritten, wenn dem Bieter aus Sicht eines verständigen öffentlichen Auftraggebers bei wirtschaftlicher Betrachtung schlechterdings nicht mehr angesonnen werden kann, sich mit dem irrig kalkulierten Preis als einer auch nur annähernd äquivalenten Vergütung für die zu erbringende Leistung zu begnügen. ■



**Dr. Sven Brockhoff**

Rechtsanwalt bei CMS Stuttgart.

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

# Wann kann ein übergangener Bieter Schadensersatz verlangen?

## Hintergrund

Öffentliche Auftraggeber können ein rechtswidriges Vergabeverfahren auch dann aufheben, wenn ihnen ein gesetzlicher Aufhebungsgrund, wie z. B. § 17 VOB/A, nicht zur Verfügung steht. Auftraggeber unterliegen mithin keinem Kontrahierungszwang. Gleichwohl können sie in einem solchen Fall Schadensersatzansprüchen ausgesetzt sein.

## Die Entscheidung

Das OLG Köln (Urteil vom 23.07.2014 – 11 U 104/13) hatte sich mit einer solchen Schadensersatzklage eines übergangenen Bieters auseinandersetzen. Die Auftraggeberin schrieb Zimmererarbeiten für den Neubau einer internationalen Kindertagesstätte aus. Die Klägerin beteiligte sich an dem Verfahren und gab das günstigste Angebot ab. In der Folge hob die Auftraggeberin das Vergabeverfahren auf, da die Leistungsbeschreibung mehrdeutig war und zu unterschiedlichen Angebotskalkulationen der Bieter geführt hatte. Die Auftraggeberin leitete sodann ein neues Vergabeverfahren über denselben Beschaffungsvorgang ein. Der Zuschlag wurde der Klägerin hier jedoch nicht erteilt.

Die Klägerin rügte daraufhin die Aufhebung des Vergabeverfahrens und begehrte als Schadensersatz den ihr entgangenen Gewinn (positives Interesse), den sie mit 5 % ihrer Angebotssumme bezifferte. Ferner begehrte sie Ersatz der Aufwendungen für ihre Teilnahme an den beiden Ausschreibungen (negatives Interesse). Das LG Bonn (Urteil vom 12.07.2013 – 1 O 170/13) verurteilte die Auf-

traggeberin zum Ersatz der Aufwendungen, wies jedoch die Forderung der Klägerin nach entgangenem Gewinn ab. Gegen dieses Urteil wandten sich die Parteien jeweils mit ihren Berufungen.

Die Berufung der Klägerin hatte keinen Erfolg. Im Einklang mit der Rechtsprechung des BGH (Urteile vom 03.04.2007 – X ZR 19/06 und vom 20.11.2012 – ZR 108/10) wies das OLG Köln den Ersatzanspruch auf den entgangenen Gewinn ab. Diesen kann ein grundsätzlich ersatzberechtigter übergangener Bieter nämlich nur dann verlangen, wenn er ohne den Verstoß und bei auch ansonsten ordnungsgemäßer Vergabe den Zuschlag hätte erhalten müssen und wenn der ausgeschriebene oder diesem wirtschaftlich gleichzusetzende Auftrag später auch tatsächlich vergeben worden ist. Die Klägerin konnte jedoch nicht darlegen, dass sie den Zuschlag hätte erhalten müssen. Ungeachtet dessen konnte sie auch ihren geltend gemachten Schaden nicht beweisen. Die Klägerin berief sich zur Begründung der Höhe ihres entgangenen Gewinns pauschal auf eine Analogie zur werkvertraglichen Regelung des § 649 S. 3 BGB. Dieser enthält bei einer Kündigung des Auftraggebers die Vermutung, dass einem Unternehmer 5 % der auf den noch nicht erbrachten Teil der Werkleistung entfallenen vereinbarten Vergütung zustehen.

Nach Auffassung des OLG Köln ist § 649 S. 3 BGB jedoch nicht analog auf den Fall anzuwenden, dass ein Unternehmer im Rahmen des Vergabeverfahrens den Zuschlag nicht erhält.

Die Berufung der Auftraggeberin gegen den zugesprochenen Aufwendungsersatzanspruch der Klägerin war hingegen begründet. Ein als Vertrauensschaden ersatzfähiger Schaden bezüglich Personalkosten setzt nämlich die Darlegung und den Nachweis voraus, dass die betroffenen Mitarbeiter alternativ für ein anderes Projekt hätten eingesetzt werden können und hierdurch Gewinne erzielt worden wären. Dies konnte die Klägerin jedoch gleichfalls nicht beweisen.

## Praxistipp

Die Entscheidung bestätigt die vom BGH aufgestellten strengen Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs gerichtet auf entgangenen Gewinn. Bei Verstößen gegen vergaberechtliche Vorschriften können unterlegene Bieter jedoch regelmäßig Ersatz der Kosten beanspruchen, die ihnen durch die Teilnahme am Vergabeverfahren und der Erstellung des Angebots entstanden sind. Die Entscheidung verdeutlicht jedoch, dass Bieter für den Nachweis ihrer Schadenspositionen hohen Darlegungs- und Beweispflichten ausgesetzt sind. ■



**Dr. Rajiv Chandna**

Rechtsanwalt bei CMS Frankfurt/Main.

E [rajiv.chandna@cms-hs.com](mailto:rajiv.chandna@cms-hs.com)

# Anlagenbetreiber als Abfallerzeuger des kontaminierten Löschwassers

## Hintergrund

Das BVerwG hat mit Urteil vom 15.10.2014 – 7 C 1.13 die Voraussetzungen konkretisiert, nach denen ausnahmsweise auch solche Personen als „Abfallerzeuger“ zur Entsorgung des Abfalls von der Behörde in Anspruch genommen werden können, die nicht Besitzer des Abfalls sind und für dessen Entstehung nicht die letzte Ursache gesetzt haben.

Die Klägerin betreibt eine Anlage zur Behandlung von gefährlichen Abfällen in einem Industriegebiet. Auf dem Betriebsgelände der Klägerin kam es wegen eines technischen Defekts an einer der Maschinen zu einem Großbrand, der auf Nachbargrundstücke übergriff und dort insbesondere eine Galvanisierungsanlage zerstörte. Erst nach zwei Tagen konnte die Feuerwehr den Brand löschen. Das – größtenteils aufgefangene und zwischengelagerte – Löschwasser war mit Chemikalien aus dem von der Feuerwehr eingesetzten Schaummittel und aus betrieblichen Stoffen erheblich verunreinigt. Die Behörde nahm die Klägerin mit Ordnungsverfügung für dessen Entsorgung in Anspruch, weil diese die Ursache für ein Tätigwerden der Feuerwehr gesetzt habe und sich daher das Handeln der Feuerwehr zurechnen lassen müsse.

## Die Entscheidung

Das BVerwG bestätigte im Ergebnis die Rechtsauffassung der Behörde. Es stellte unter Verweis auf den Wort-

laut des § 3 Abs. 8 KrWG, die Abfallrahmenrichtlinie sowie die Rechtsprechung des EuGH zunächst fest, dass grundsätzlich derjenige Abfallerzeuger und damit für die schadlose Entsorgung verantwortlich ist, der als Inhaber der tatsächlichen Sachherrschaft die letzte Ursache für die Umwandlung einer Sache in Abfall gesetzt hat. Eine Zurechnung zu vorgelagertem Verhalten setze daher eine Anknüpfung an Risikosphären oder Fehlverhalten voraus. Entsprechend könne nur dann ausnahmsweise auf vorgelagertes Verhalten abgestellt werden, wenn dieses aufgrund besonderer Umstände bei wertender Betrachtung die wesentliche Ursache für die Abfallentstehung gesetzt habe. Dies sei dann der Fall, wenn das vorgelagerte Verhalten mit dem Verhalten desjenigen, der die letzte Ursache gesetzt hat, eine natürliche Einheit bildet und dieses objektiv veranlasst hat.

Der Betrieb der Abfallbehandlungsanlage stelle – insbesondere wegen des technischen Defekts eines Anlagenteils – eine gefahrgeneigte Tätigkeit dar, für die der Betreiber einer Gefährdungshaftung nach § 1 UmweltHG unterliege. Realisiere sich die Gefahr einer Anlage mit besonderem Risikopotenzial, so treffe die Betreiberin nach ordnungsrechtlichen Grundsätzen eine Störerverantwortung. Da der Betreiberin wirksame Mittel zur effektiven Gefahrenabwehr fehlten, nehme die Feuerwehr mit ihrem Löscheinsatz zugleich auch die Aufgabe des privaten Anlagenbetreibers wahr. Der Feuerwehreinsatz

setze daher mit dem vorgelagerten Verhalten der Klägerin, hier dem gefahrgeneigten Anlagenbetrieb, eine natürliche Einheit. Daher sei sie als Abfallerzeugerin des verunreinigten Löschwassers für dessen Entsorgung verantwortlich.

## Praxistipp

Die Klarstellungen zu Voraussetzungen und Begriff des Abfallerzeugers sind zu begrüßen. Denn das BVerwG hat herausgearbeitet, dass grundsätzlich nur derjenige abfallrechtlich verantwortlich ist, der die letzte Ursache für die Entstehung des Abfalls gesetzt hat. Ausnahmen von diesem Grundsatz bedürfen besonderer Begründung. Neben dem Inhaber der tatsächlichen Gewalt bei der Abfallentstehung kommt als Abfallerzeuger daher nach Wertung im Einzelfall nur derjenige in Betracht, der durch das ihm zugerechnete Risikopotenzial oder durch eigenes Fehlverhalten das Verhalten des unmittelbaren Besitzers und damit die Abfallentstehung veranlasst hat. ■



**Dr. Ursula Steinkemper**

Partnerin bei CMS Stuttgart.

E [ursula.steinkemper@cms-hs.com](mailto:ursula.steinkemper@cms-hs.com)

# Bioaerosole als Gefahr nach § 5 Abs. 1 BImSchG? – Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens

## Hintergrund

Der Entscheidung des BVerwG (Beschluss vom 20.11.2014 – VII B 27/14) liegt ein Streit über den Ausbau einer Schweine- und Rindermastanlage im Außenbereich zugrunde. Die klagende Gemeinde befürchtet, dass mit der Erweiterung eines bestehenden Mastbetriebs die Verbreitung über Gerüche und sogenannter Bioaerosole einhergehen wird, die insbesondere einen nahegelegenen Lebensmittelmarkt beeinträchtigen. Bioaerosole sind durch die Luft getragene Keime, die theoretisch Verschmutzungen hervorrufen oder krank machen können. Das Problem hierbei: Es gibt keine wissenschaftlich anerkannte Schwelle, oberhalb derer bei solchen Aerosolen aus einem Mastbetrieb mit Gesundheitsschäden beim Menschen zu rechnen ist. Die Gemeinde hat dennoch ihr notwendiges Einvernehmen zur Zulassung der Erweiterung der Mastanlage verweigert. Daraufhin hat der beklagte Landkreis das Einvernehmen der Gemeinde ersetzt und dem Ausbau damit grünes Licht gegeben. Hiergegen wendet sich die Klage der Gemeinde.

## Die Entscheidung

Die Gemeinde hat den Prozess in allen Instanzen verloren. Das BVerwG bekräftigt zum einen, dass es bei der Zuordnung einer Bebauung zu einem Baugebietstyp, etwa zur Bestimmung der anwendbaren Immissionsgrenzwerte, nicht nur auf die dort vorhandenen baulichen Anlagen ankommt. Zu beachten sind dabei auch die dort auftretenden Immissionen, soweit sie das Baugebiet prägen, im vorliegenden Fall als Dorfgebiet (MD). Immissionen stellen zum anderen jedoch erst dann eine abzuwehrende Gefahr dar, wenn die hinreichende wissenschaftliche Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts besteht – und nicht bloß ein theoretisches Gefahrenpotential. Auch das immissionsschutzrechtliche Gebot zur Gefahrenvorsorge führt in Fällen einer solchen theoretischen, aber nicht hinreichend sicheren Gefahr für die menschliche Gesundheit nicht automatisch zur Einschränkung. Die Gemeinde traf diesbezüglich eine Darlegungslast, der sie nicht nachgekommen ist. Wissenschaftliche Unklarheiten über das Gefahrenpotential einer Tätigkeit rechtfertigen ohne qualifizierende Umstände nicht deren Untersagung.

## Praxistipp

Wer sich bei wissenschaftlichen Unsicherheiten im Rechtsstreit auf das Vorsorgeprinzip berufen will, muss seine Ausführungen hierzu hinreichend substantizieren. Eine allgemeine Sorge vor diffusen oder hypothetischen Gefahren genügt der Rechtsprechung nicht. Wenn sich eine am Verfahren zu beteiligende Kommune hierauf berufen möchte, trifft sie die Pflicht, qualifiziert darzulegen und schlüssig zu belegen, dass eine Wahrscheinlichkeit für den Eintritt von Schäden besteht. Nichts anderes gilt für einen Drittbetroffenen, der sich z. B. als Nachbar wehren will. ■



**Dr. Christian Scherer-Leydecker**

Partner bei CMS Köln.

E [christian.scherer-leydecker@cms-hs.com](mailto:christian.scherer-leydecker@cms-hs.com)

# Entbehrlichkeit der UVP bei Änderungsplanfeststellung

## Hintergrund

Nicht jede Änderungsplanfeststellung bedarf ihrerseits der Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP): In dem Fall, der dem BVerwG zur Entscheidung vorlag, hatte sich ein anerkannter Naturschutzverein gegen den Änderungsplanfeststellungsbeschluss für den Neubau eines Teilabschnitts der Bundesautobahn A 44 gewandt. Da der zugrunde liegende Planfeststellungsbeschluss wegen fehlerhafter Auswahl der Ausgleichsflächen in einem vorangegangenen Verfahren (BVerwG, Urt. v. 18.03.2009 – 9 A 40.07) für rechtswidrig und nicht vollziehbar erklärt wurde, ist das Änderungsplanfeststellungsverfahren zur Überarbeitung des Ausgleichsflächenkonzepts eingeleitet worden. Im Rahmen einer Vorprüfung nach §§ 3c, 3e UVPG kam die zuständige Behörde zu dem Ergebnis, dass eine UVP nicht durchgeführt werden müsse. Der Kläger rügte unter anderem, dass nicht nur eine überschlägige Vorprüfung stattgefunden habe, sondern die Prüftiefe derjenigen einer UVP entspräche und damit eine Öffentlichkeitsbeteiligung umgangen wurde.

## Die Entscheidung

Das BVerwG stellt in seiner Entscheidung vom 25.06.2014 – 9 A 1.13 unter anderem fest, dass es der gesetzgeberischen Intention widerspricht, wenn bei nahezu jedem der allgemeinen Vorprüfung des Einzelfalls unterliegenden Fachplanungsvorhaben und bei nahezu jeder Ände-

rung oder Erweiterung die Pflicht zur Durchführung einer UVP allein deswegen bestünde, weil praktisch nie auszuschließen ist, dass ein derartiges Vorhaben abwägungserhebliche Umweltauswirkungen hat. Bei einem solchen Verständnis würde die Vorprüfung die ihm zugedachte verfahrenlenkende Funktion weitestgehend verlieren und für die Plangenehmigung kaum ein Anwendungsbereich verbleiben.

Im Rahmen der Vorprüfung bedürfte es einer Gewichtung der abwägungserheblichen Belange unter Berücksichtigung der in Anlage 2 zum UVPG aufgeführten vorhaben- und standortbezogenen Kriterien. Stehe daraufhin bereits im Zeitpunkt der Vorprüfung fest, dass ein abwägungserheblicher Umweltbelang – entweder allein bezogen auf das Änderungsvorhaben oder aber im Zusammenwirken mit dem Grundvorhaben – keinen Einfluss auf das Ergebnis der Planfeststellung haben kann, bedürfte es nicht der Durchführung einer UVP. Als Anhaltspunkte können neben den Kriterien der Anlage 2 zum UVPG die Prüf- und Schwellenwerte der Anlage 1 Spalte 2 zum UVPG herangezogen werden. Je weiter entfernt von diesen Werten das Änderungsvorhaben als solches ist, umso weniger wahrscheinlich dürfte ein Zusammenwirken mit dem Grundvorhaben erhebliche nachteilige Umweltauswirkungen mit sich bringen.

Im Hinblick auf die Prüftiefe kommt der Behörde schließlich ein Einschätzungsspielraum zu. Dabei war im vorliegenden Verfahren entscheidend,

dass keine erstmalige Bestandserfassung erfolgte, sondern lediglich eine Überprüfung der im Rahmen des ursprünglichen Planfeststellungsbeschlusses gewonnenen Erkenntnisse stattgefunden hat und nur in diesem Rahmen eine Beschreibung und Bewertung der vorgesehenen Änderungen vorgenommen wurden.

## Praxistipp

In dem Urteil arbeitet das BVerwG die Grenzen zwischen einer Vorprüfung im Einzelfall und einer UVP heraus; insbesondere benennt es die Voraussetzungen, wann auf eine UVP verzichtet werden kann. Dies ist aus Sicht der Vorhabenträger grundsätzlich zu begrüßen. Die Grenzen können jedoch fließend sein. Daher empfiehlt es sich, weiterhin kritisch – etwa anhand der Kriterien in Anlage 2 zum UVPG – zu hinterfragen, ob im Einzelfall eine Vorprüfung für das konkrete Änderungsvorhaben ausreichend ist. ■



**Beate Engin**

Rechtsanwältin bei

CMS Frankfurt/Main.

E [beate.engin@cms-hs.com](mailto:beate.engin@cms-hs.com)

# Arglistige Täuschung bei Grundstückskauf – Käufer muss behauptete Aufklärung widerlegen

## Hintergrund

Der BGH hat seine Rechtsprechung zur Beweislast bei Mängelansprüchen aus grundstücksbezogenen Kaufverträgen fortgeführt. Grundstücksbezogene Kaufverträge schließen die Mängelhaftung des Verkäufers häufig weitgehend aus! Der Käufer hat Mängelansprüche in diesem Fall nur, wenn der Verkäufer arglistig über einen Mangel getäuscht oder trotz Offenbarungspflicht über den Mangel nicht aufgeklärt hat. Klagt der Käufer, muss er die Arglist beweisen. Für negative Tatsachen, namentlich eine fehlende Aufklärung, gelten aber Beweiserleichterungen. Zunächst muss der Verkäufer konkret darlegen, wie er aufgeklärt hat. Der Käufer muss diesen Vortrag dann widerlegen.

Vorliegend hatte die Vorinstanz der Klage der Käufer stattgegeben. Das Gericht sah eine aktive Täuschung durch Erklärungen der Verkäufer im Exposé (Räume waren ohne entsprechende Genehmigung als Wohnraum angeboten worden) als erwiesen an. Ob die Verkäufer, wie sie behaupteten, die Fehlinformation vor Vertragsschluss berichtigt hatten, konnte indes nicht bewiesen werden. Dies ging nach Ansicht des Gerichts zulasten der Verkäufer. Der Nachweis der Täuschung habe die Beweislast umgekehrt. Deswegen hätten nicht mehr die Käufer die

Fortdauer der Täuschung bis zum Vertragsschluss beweisen müssen, sondern die Verkäufer die Beseitigung der Fehlinformation.

## Die Entscheidung

Mit Urteil vom 27.06.2014 – V ZR 55/13 hat der BGH das Urteil der Vorinstanz wegen Verkennung der Beweislast aufgehoben und die Sache zu neuer Verhandlung zurückverwiesen. Wie in früheren Entscheidungen bereits angedeutet, hält der BGH ausdrücklich fest, dass der Beweis einer aktiven Täuschung durch den Verkäufer nicht zu einer Beweislastumkehr im Weiteren führe und dass auch keine Vermutungsregel bestehe, wonach ein einmal hervorgerufener Irrtum fortdauere. Allerdings – und diese Erkenntnisregel ist in der BGH-Rechtsprechung neu – soll sich die bewiesene Täuschung doch in gewisser Weise zugunsten eines Käufers auswirken: durch Erleichterungen beim Beweismaß. So soll bei der Beweiswürdigung zu berücksichtigen sein, dass derjenige, der zum Zweck des Vertragsschlusses aktiv täuscht, hiervon in der Regel nicht zeitnah durch Aufklärung wieder abrücken werde.

## Praxistipp

Im Ergebnis bestätigt der BGH seine bisherige Rechtsprechung, wobei er diese in einer Detailfrage präzisiert.

Nach wie vor sind im Hinblick auf die Arglisthaftung des Grundstücksverkäufers beide Parteien gut beraten, die für sie sprechenden Umstände nachweisbar festzuhalten. Dem Käufer zeigt das Urteil insbesondere die Notwendigkeit auf, neben der Entstehung auch das Fortdauern der entscheidenden Umstände bis zum Vertragsschluss beweisen zu können. Vergleichbares gilt aber auch für den Verkäufer. Zwar hält der BGH formal an der Beweislast des Käufers fest. Angesichts der abgestuften Darlegungslast und der Beweiserleichterungen im Rahmen des Arglistnachweises kann jedoch auch der Verkäufer nicht bloß passiv bleiben oder pauschal bestreiten, will er nicht Gefahr laufen, seinen Fall zu verlieren. ■



**Tobias Rüb**  
Rechtsanwalt bei  
CMS Frankfurt/Main.  
E [tobias.rueb@cms-hs.com](mailto:tobias.rueb@cms-hs.com)

# Grundbuchrecht: Unzulässiger Umfang der Bezugnahme auf Eintragungsbewilligung

## Hintergrund

Mit Urteil vom 06.11.2014 – V ZB 131/13 hat sich der BGH zur Frage geäußert, welche grundbuchrechtlichen Folgen die Bezugnahme auf eine aufgrund ihres Umfangs unwirksame Bewilligungserklärung zur Bestellung einer Grunddienstbarkeit hat.

Ein Teil des Grundstücks der Beteiligten war mit einer Grunddienstbarkeit belastet. Im Grundbuch war die Dienstbarkeit folgendermaßen eingetragen: „Recht auf Nutzung als Spielfläche, Grünfläche, Kfz-Stellfläche, Bebauungsrecht“. In der in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung wurde eine Dienstbarkeit des Inhalts bewilligt, das dienende Grundstück „unter Ausschluss des Eigentümers des dienenden Grundstücks in der nach den jeweils gültigen öffentlich-rechtlichen Vorschriften zulässigen Weise zu nutzen, insbesondere als Spielfläche, Grünfläche, Kfz-Stellplatzfläche oder durch Bebauung“. Die Beteiligten beantragten die Löschung der Dienstbarkeit.

## Die Entscheidung

Der BGH bestätigte zunächst seine Rechtsprechung, dass sich der Inhalt einer Dienstbarkeit aus der Grundbucheintragung und der in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung ergibt. Letztere sei vorliegend dahingehend auszulegen, dass der Eigentümer des herrschenden Grundstücks das Recht habe, das dienende Grundstück unter Ausschluss des Eigentümers in allen öffentlich-rechtlich zulässigen Formen zu nutzen. Ein

derartig umfassendes Nutzungsrecht sei nach ständiger Rechtsprechung nicht mit § 1018 BGB vereinbar und eine Dienstbarkeit des vorliegenden Inhalts könne nicht bestellt werden.

Konsequenz – so der BGH – ist jedoch nicht die Nichtigkeit der Dienstbarkeit und die Notwendigkeit deren Löschung im Grundbuch. Soweit die Eintragungsbewilligung ein zu weitgehendes Nutzungsrecht vorsieht, sei diese vielmehr von der Bezugnahme im Grundbuch nicht erfasst und damit nicht Teil der Eintragung. Dem stehe nicht entgegen, dass die materiell-rechtliche Einigung der Parteien mit der Eintragung im Grundbuch übereinstimmen muss. Bereits aus § 139 BGB ergebe sich, dass die Parteien im Zweifel zumindest eine Dienstbarkeit mit dem gesetzlich zulässigen Inhalt begründen wollten.

Da die Eintragungsbewilligung soweit sie ein unzulässiges Nutzungsrecht gewährt, nicht in Bezug genommen wird, wies der BGH das Grundbuchamt an, im Grundbuch zu vermerken, welche Teile der Eintragungsbewilligung von dem seinem Wortlaut nach umfassenden Verweis auf die Eintragungsbewilligung nicht erfasst sind. Dabei handelt es sich lediglich um einen klarstellenden Vermerk.

## Praxistipp

Eine Grunddienstbarkeit kann ihren Inhaber nur berechtigen, ein Grundstück in einzelnen Beziehungen zu benutzen, § 1018 BGB. Ein umfassen-

des Nutzungsrecht unter Ausschluss des Eigentümers kann nicht begründet werden. Dies gilt auch bei der Belastung nur eines Grundstücksteils. Der BGH bestätigt in der vorliegenden Entscheidung jedoch, dass eine Kumulation einzelner Nutzungsmöglichkeiten zulässig ist, ein „Bebauungsrecht“ vereinbart werden kann und – jedenfalls bei der Belastung nur eines Grundstücksteils – dem Eigentümer keine wirtschaftlich sinnvolle Nutzungsmöglichkeit verbleiben muss.

Die vom BGH entwickelte Klarstellung des Grundbuchs durch einen Vermerk ist nur möglich, wenn sich der zu weitgehende Inhalt der Dienstbarkeit lediglich aus der in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung ergibt. Ist bereits die Eintragung im Grundbuch zu weitgehend, ist die Dienstbarkeit nichtig und zu löschen. ■



**Dr. Matthias Windorfer**

Rechtsanwalt bei CMS München.

E [matthias.windorfer@cms-hs.com](mailto:matthias.windorfer@cms-hs.com)



# Vorsteueraufteilung bei gemischt genutzten Gebäuden

## Hintergrund

Die Frage, inwieweit die im Rahmen einer Gebäudeherstellung anfallende Umsatzsteuer als Vorsteuer erstattungsfähig ist, erlangt regelmäßig erhebliche wirtschaftliche Bedeutung. Wenn ein Gebäude mit dem Ziel errichtet wird, dieses zu verschiedenen Zwecken zu verwenden, die teilweise das Recht auf Vorsteuerabzug ausschließen (z. B. umsatzsteuerfreie Vermietung), wird nicht selten mit der Finanzverwaltung, insbesondere im Rahmen von Umsatzsteuerprüfungen, kontrovers diskutiert, nach welchem Maßstab der Vorsteuerabzug für ein solches „gemischt genutztes Gebäude“ anteilig geltend gemacht werden kann. Zu diesem seit Jahren streitbehafteten Themenkreis gibt es nun eine neue Rechtsprechung des BFH.

## Neue Rechtsprechung

Der Entscheidung des BFH vom 07.05.2014 (BFH/NV 2014, 1177) lag ein Gebäude zugrunde, welches teilweise zu Wohnzwecken umsatzsteuerfrei vermietet wurde, während ein anderer Teil des Gebäudes an Einzelhändler und Restaurationsbetriebe umsatzsteuerpflichtig vermietet war. Streitig war nun insbesondere, ob die Vorsteueraufteilung bezüglich der Herstellungskosten des Gebäudes auf Basis der Mietfläche oder auf Basis der Nettomieterlöse zu erfolgen hat. Der 5. Senat entschied, dass die Umsatzsteuer aus den Herstellungskosten für das Objekt dann entsprechend den umsatzsteuerfreien und umsatzsteuerpflichtigen Umsätzen aufzuteilen sei („objektbezogener Umsatzschlüssel“), wenn erhebliche

Unterschiede in der Ausstattung der verschiedenen Zwecken dienenden Räume bestehen. Damit ist bei der Frage der Vorsteueraufteilung im Rahmen der Herstellung eines gemischt genutzten Objekts stets vorgreiflich zu prüfen, ob „erhebliche Unterschiede“ in der Ausstattung des Objekts eine Aufteilung der Vorsteuerbeträge nach Umsatzschlüssel erforderlich machen. Ist dies nicht der Fall, soll es bei der bisherigen Rechtsprechung, nämlich der Vorsteueraufteilung nach dem Flächenschlüssel bleiben. Als Beispiele für erhebliche Unterschiede in der Ausstattung nennt der BFH Unterschiede bei den Raumhöhen, der Stärke der Wände und Decken oder in Bezug auf die Innenausstattung.

Die Aufarbeitung dieser Vorsteuerabzugsthematik ist mit der Entscheidung des 5. Senats jedoch nicht abgeschlossen: Der 11. Senat hat dem EuGH zur Vorabentscheidung die Frage vorgelegt, ob der Vorsteuerabzug aus Herstellungskosten (sowie aus Instandhaltungskosten), die für ein gemischt genutztes Gebäude anfallen, tatsächlich insgesamt nach einem einheitlichen Aufteilungsmaßstab vorzunehmen ist, oder ob nicht stattdessen, soweit die Eingangsleistungen konkret bestimmten Gebäudeteilen zurechenbar sind, eine Vorabzuordnung der Eingangsleistungen zu den steuerfrei und steuerpflichtig genutzten Bereichen dem Vorsteuerabzug zugrunde zu legen ist (BFH vom 05.06.2014, BFH/NV 2014, 1334). Bejaht der EuGH die Notwendigkeit einer solchen Vorabzuordnung von Eingangsleistungen, würde die Frage der Anwendung des Flächen- oder des objektbezogenen

Umsatzschlüssels dementsprechend signifikant an Bedeutung verlieren. Nach der bisherigen Rechtsprechung des BFH scheidet eine solche Vorabzuordnung bei Gebäudeherstellungskosten aus.

## Praxistipp

Trotz der Entscheidung des 5. BFH-Senats ist hinsichtlich der Frage des Vorsteuerabzugs bei einem gemischt genutzten Gebäude weiterhin vieles offen. Die Entscheidung zwischen Umsatz- oder Flächenschlüssel wird häufig nicht eindeutig zu treffen sein, da die hierfür entscheidende Frage, ob erhebliche Ausstattungsunterschiede der verschiedenen Flächen vorliegen, häufig nicht klar beantwortet werden kann. Auch eine Vorabzuordnung von Eingangsleistungen für Zwecke des Vorsteuerabzugs erscheint (bis auf Weiteres) unter Berufung auf die EuGH-Vorlage des 11. Senats derzeit wieder als vertretbar. Die betroffenen Vermieter sollten die vorhandenen Spielräume nach Möglichkeit zu ihrem Vorteil nutzen. ■



**Tobias Schneider**

Steuerberater bei CMS GmbH  
Steuerberatungsgesellschaft in Stuttgart.  
E [t.schneider@cms-hs.com](mailto:t.schneider@cms-hs.com)

# Zur Verfassungswidrigkeit der Einheitsbewertung des Grundvermögens

## Hintergrund

Die Grundsteuer auf Immobilien wird jeweils auf der Grundlage des sog. Einheitswerts (§ 19 BewG) berechnet. Eine zentrale Bedeutung bei diesem Bewertungsverfahren hat der sog. Hauptfeststellungszeitpunkt, d. h. der Zeitpunkt, auf den die Wertverhältnisse der Immobilien zu ermitteln sind. Obwohl nach dem BewG alle sechs Jahre eine solche Hauptfeststellung neu durchgeführt werden sollte, wurden in den alten Bundesländern seit dem 01.01.1964 und in den Beitrittsländern seit dem 01.01.1935 keine neuen Wertverhältnisse mehr ermittelt. Alle Einheitswerte von Immobilien sind daher nach noch heute auf der Grundlage der Wertverhältnisse zu diesen Zeitpunkten zu bestimmen.

Aufgrund des weit zurückliegenden Hauptfeststellungszeitpunkts war die Frage der Verfassungsmäßigkeit der Einheitsbewertung für Zwecke der Grundsteuer bereits 2010 Gegenstand zweier Urteile des Bundesfinanzhofs (BFH). Seinerzeit ging der BFH noch von der Verfassungsmäßigkeit der Einheitsbewertung – zumindest für Stichtage bis zum 01.01.2007 – aus.

## Entscheidung

In seinem Vorlagebeschluss an das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) vom 22.10.2014 (II R 16/13) hat der BFH nunmehr jedoch die Ansicht vertreten, dass die Vorschriften über die Einheitsbewertung (spätestens) ab dem Bewertungsstichtag des 01.01.2009 nicht mehr verfassungsgemäß seien.

Zur Begründung hat der BFH angeführt, dass die Grundsteuererhebung auf der Basis der Einheitswerte einen Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz (Art 3 GG) darstelle, da die Ermittlung der Einheitswerte auf Basis des nunmehr 45 Jahre zurückliegenden Hauptfeststellungszeitpunkts zu weitreichenden Wertverzerrungen der Einheitswerte führe und damit eine Gleichmäßigkeit der Besteuerung nicht mehr gewährleistet sei. So hätten seit 1964 tief greifende Veränderungen im Gebäudebestand und auf dem Immobilienmarkt stattgefunden. Speziell bei der Errichtung neuer Gebäude sowie bei der Modernisierung von Altbestand könne die (fiktive) Bewertung der Immobilien auf Basis der Wertverhältnisse vergleichbarer Immobilien im Jahr 1964 nur zu mehr oder minder richtigen Näherungs-

werten führen. Insbesondere würden die zwischenzeitlich eingetretenen Veränderungen der Ausstattungsstandards nicht oder nur unzureichend abgebildet. Hierdurch und durch weitere Faktoren, insbesondere die rasante städtebauliche Entwicklung sowie die Wohnungsmarktentwicklung vor allem in den Großstädten, würden sich bei den Einheitswerten erhebliche Wertverzerrungen ergeben.

## Praxistipp

Das BVerfG hat nun über die – vom BFH überzeugend begründete – Verfassungswidrigkeit der Einheitsbewertung zu entscheiden. Sollte das BVerfG die Regelungen ebenfalls für verfassungswidrig halten, kann es entweder die Regelungen rückwirkend für nichtig erklären oder dem Gesetzgeber aufgeben, innerhalb einer Übergangsfrist eine verfassungskonforme Neuregelung zu verabschieden. In vergleichbaren Fällen hat das BVerfG bisher in der Regel den zweiten Weg gewählt. Sollte das BVerfG in diesem Fall (ausnahmsweise) die Bewertungsregelungen rückwirkend für nichtig erklären, würde dies allerdings nicht automatisch allen Immobilieneigentümern



zugutekommen. Insbesondere würde eine solche Entscheidung nicht automatisch zu einer rückwirkenden Aufhebung aller Grundsteuerfestsetzungen ab dem Jahr 2009 führen, da die Einheitswertbescheide und die Grundsteuermessbeträge, die die Grundlage für die Festsetzung der Grundsteuern bilden, in der Regel schon seit vielen Jahren bestandskräftig und damit weder anfechtbar noch änderbar sind.

In diesen Fällen würde die einzige Möglichkeit, um von einer etwaigen rückwirkenden Nichtigkeit zu profitieren, darin bestehen, beim Finanzamt unter Berufung auf die vom BFH angenommene Verfassungswidrigkeit

und das anhängige Verfahren bei dem BVerfG (Az. 1 BvL 11/14) einen Antrag auf Aufhebung des Einheitswertbescheids und des Grundsteuermessbescheids zu stellen. Gegen die Ablehnung dieses Antrags sollte sodann Einspruch eingelegt und das Ruhen des Verfahrens beantragt werden.

Sofern hingegen erstmals ein Einheitswert festgestellt wird (z. B. bei Neubauprojekten oder nach einer Aufteilung in WEG), ohne dass der Bescheid für vorläufig erklärt wird, kann und sollte hiergegen ebenfalls Einspruch eingelegt und das Ruhen des Verfahrens beantragt werden. ■



**Jesko Nobile**

Partner bei CMS GmbH

Steuerberatungsgesellschaft in Berlin.

E [jesko.nobile@cms-hs.com](mailto:jesko.nobile@cms-hs.com)

# Eckpunkte zur Vergaberechtsreform vorgestellt – Umsetzung der EU-Vergaberichtlinie

Am 17.04.2014 sind die neuen Vergaberichtlinien zur Modernisierung des EU-Vergaberechts in Kraft getreten. Es handelt sich um die Richtlinie über die Vergabe öffentlicher Aufträge (RL 2014/24/EU), die Sektorenrichtlinie (RL 2014/25/EU) sowie die – ganz neu eingeführte – Richtlinie über die Konzessionsvergabe (RL 2014/23/EU). Die drei EU-Vergaberichtlinien sind bis zum 18.04.2016 in nationales Recht umzusetzen. In Vorbereitung der Umsetzung hat das Bundeskabinett am 07.01.2015 ein Eckpunktepapier zur Reform des Vergaberechts verabschiedet. Danach wird grundsätzlich angestrebt, die EU-Richtlinien „eins zu eins“ in das deutsche Recht umzusetzen.

Hierfür sind weitreichende Gesetzesänderungen geplant.

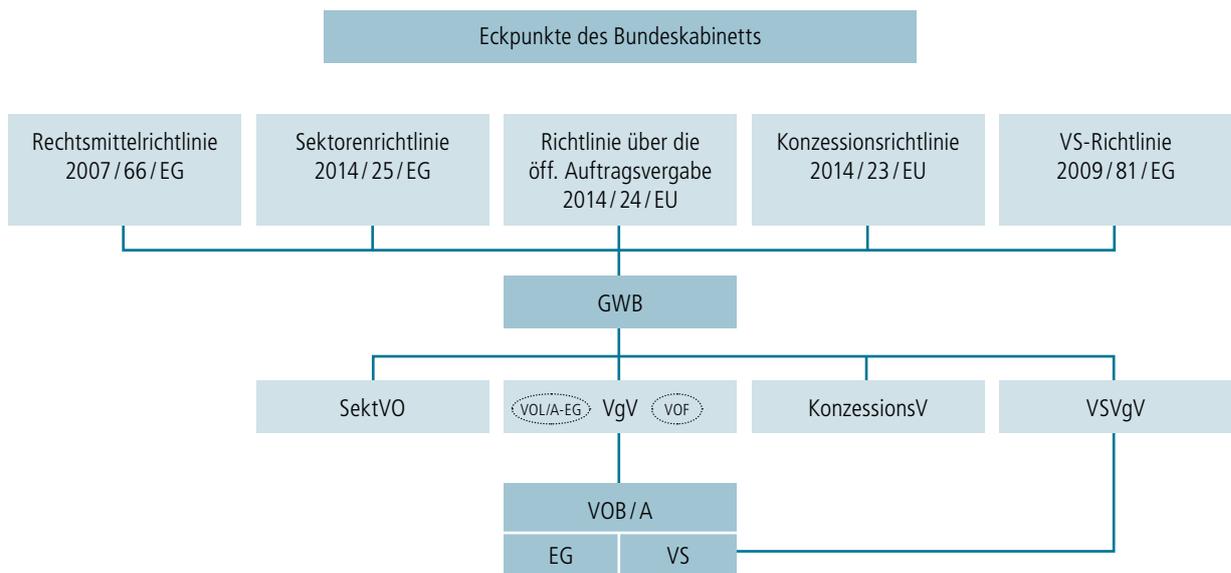
## I. Änderung der Gesetzesstruktur

Um die Anwendung des Vergaberechts in der Praxis zu erleichtern, soll die komplexe gesetzliche Struktur des Vergaberechts grundlegend reformiert werden. Auch nach der Reform sollen jedoch die wesentlichen gesetzlichen Vorgaben im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) verankert bleiben. Die Vergabeverordnung (VgV), die Sektorenverordnung (SektVO), die Verordnung über die Vergabe in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit (VSVgV) und die Vergabe- und Vertragsord-

nung für Bauleistungen (VOB/A) werden beibehalten. Hierbei werden auch die spezifischen Belange von Baukonzessionen berücksichtigt. Die Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen (VOL/A) sowie die Vergabeordnung für freiberufliche Dienstleistungen (VOF) sollen hingegen aufgehoben werden und in die VgV überführt werden. Neu hinzu kommt die Konzessionsverordnung (KonzessionsV), mit der eine bislang bestehende Regelungslücke geschlossen wird.

Die neue gesetzliche Struktur des Vergaberechts zeigt folgende Grafik:

**Geplante Struktur des neuen Kartellvergaberechts**



## II. Inhaltliche Schwerpunkte der Vergaberechtsreform

Inhaltlich sollen durch die Vergaberechtsreform vor allem die nachfolgenden Punkte umgesetzt werden:

- Es sollen einfachere, schnellere und effizientere Vergabeverfahren ermöglicht werden. Insoweit soll z. B. die Möglichkeit über Verhandlungen mit Bietern ausgeweitet werden. Ferner sollen Auftraggeber regelmäßig zwischen dem offenen und nicht offenen Verfahren frei wählen können.
- Die Voraussetzungen für Ausnahmen von der Anwendung des Vergaberechts sollen neu definiert bzw. konkretisiert werden, z. B. im Hinblick auf Inhouse-Geschäfte und die horizontale Zusammenarbeit öffentlicher Auftraggeber.
- Soziale, ökologische und innovative Aspekte sollen bei der Beschaffung stärker berücksichtigt werden.
- Eine Berücksichtigung von eignungsbezogenen Aspekten bei der Zuschlagswertung soll – abweichend vom bisherigen strengen Trennungsprinzip – in bestimmten Fällen zugelassen werden.
- Auftraggeber sollen bei der Leistungsbeschreibung und der Festlegung von Zuschlagskriterien unter bestimmten Voraussetzungen pauschal auf Gütezeichen (Labels) verweisen können.
- Es soll die sog. Einheitliche Europäische Eigenerklärung (EEE) eingeführt werden. Dies soll die Bewerbung von Bietern erleichtern.

tern. Die EEE soll das bestehende System zur Präqualifizierung sinnvoll ergänzen.

- Bei der Ausführung öffentlicher Aufträge sollen arbeits- und sozialrechtliche Verpflichtungen (insbesondere Tariftreue und Mindestlohn) noch stärker berücksichtigt werden.
- Es soll ein deutlich erleichtertes Vergabeverfahren für soziale Dienstleistungen eingeführt werden.
- Eine mittelstandsfreundliche Vergabe soll gewährleistet werden, indem kleinen und mittleren Unternehmen der Zugang zu öffentlichen Aufträgen erleichtert wird. Insoweit soll diesen z. B. der Nachweis der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit erleichtert werden. Sofern ein Mindestumsatz zum Nachweis der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit verlangt wird, wird dafür eine Höchstgrenze festgesetzt.
- Wirtschaftskriminalität soll wirksam bekämpft werden. Einzelheiten der Ausschlussgründe wie auch der Selbstreinigung sollen für Auftragnehmer aller Bereiche einheitlich im GWB geregelt werden. Ferner wird angestrebt, ein zentrales bundesweites Vergabeausschlussregister einzuführen. Damit soll sichergestellt werden, dass Auftraggeber bundesweit von Wirtschaftsdelikten erfahren und nach den gleichen Regelungen vorgegangen wird.
- Ein weitgehend digitalisierter Beschaffungsprozess wird angestrebt (E-Vergabe). Aus Gründen der Vereinfachung und zur Transparenz des Vergabeverfahrens müssen Angebote zukünftig

grundsätzlich elektronisch eingereicht werden. Es sind jedoch längere Umsetzungsfristen für die Einführung der elektronischen Kommunikation geplant.

## III. Fazit

Die vom Bundeskabinett beschlossenen Eckpunkte zur Reform des Vergaberechts lassen nur bedingt erkennen, dass das Vergaberecht wie angestrebt zukünftig effizienter, flexibler und einfacher wird. Die inhaltlichen Änderungen sind überwiegend zu begrüßen und führen zu mehr Rechtssicherheit, z. B. in Bezug auf die Kodifikation der Ausnahmen des Vergaberechts. Die neue Gesetzesstruktur vermag hingegen nicht zu überzeugen. Die Chance auf ein einheitliches Vergabegesetzbuch oder wenigstens eine stringente Kaskadenstruktur wird einmal mehr vertan. Der Wegfall der VOL und VOF und die „Hochzonung“ ihrer Inhalte in die VgV einerseits und der Beibehalt der VOB andererseits werden zu einer unglücklichen Asymmetrie der Regelungsinhalte und entsprechend voraussehbaren Friktionen in der Gesetzesanwendung führen. Vor diesem Hintergrund sind die ersten Gesetzesentwürfe, die bereits im laufenden Jahr 2015 vorliegen sollen, mit Spannung zu erwarten. ■



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

Partner bei CMS Frankfurt/Main.

E [jakob.steiff@cms-hs.com](mailto:jakob.steiff@cms-hs.com)

# Mietrechtsnovellierungsgesetz – Regierungsentwurf

## Hintergrund

Am 15.01.2015 erfolgte im Bundestag die erste Beratung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung (BT-Drs. 18/3121) zur Dämpfung des Mietanstiegs auf angespannten Wohnungsmärkten und zur Stärkung des Bestellerprinzips bei der Wohnungsvermittlung (Mietrechtsnovellierungsgesetz). (Anm. d. Red.: Das Gesetz wurde am 05.03.2015 vom Bundestag verabschiedet.) Die beiden enthaltenen Regelungsmaterien – kurz Mietpreisbremse und Bestellerprinzip – sind intensiv öffentlich diskutiert worden, bis hin zum Befund der Verfassungswidrigkeit in juristischen Gutachten.

## Die wesentlichen Regelungen

Die zeitlich begrenzte Mietpreisbremse soll in das BGB integriert werden und die Länder ermächtigen (keine ausdrückliche Verpflichtung!), bis spätestens Ende 2020 durch Verordnung für die Dauer von bis zu fünf Jahren „Gebiete mit angespannten Wohnungsmärkten“ festzulegen. Innerhalb der Geltungsdauer soll nach dem Entwurf in diesen Gebieten bei einer Wiedervermietung von Wohnraum eine vereinbarte Miete unwirksam sein, soweit sie mehr als 10 % über der ortsüblichen Vergleichsmiete liegt. Derzeit vorgesehene wesentliche Einschränkungen:

- Keine Geltung bei Erstvermietung von Wohnungen nach dem 01.10.2014 oder nach umfassender Modernisierung.
- Bei Wiedervermietung innerhalb von drei Jahren nach Moderni-

sierung darf ein Modernisierungszuschlag berücksichtigt werden.

- Eine mit dem Vermieter wirksam vereinbarte Miete darf auch bei Wiedervermietung verlangt werden.
- Anwendung bei Indexierung nur auf die Ausgangsmiete, bei Mietstaffel auf jede Staffelerhöhung zum jeweiligen Erhöhungszeitpunkt.
- Der Mieter kann überhöhte Mietzahlungen nur zurückfordern, wenn sie fällig und gezahlt wurden, nachdem er die Miethöhe qualifiziert (u. a. in Textform) gerügt hat.

Durch Änderungen im Gesetz zur Regelung der Wohnungsvermittlung soll künftig sichergestellt werden, dass derjenige den Makler bezahlt, der ihn „bestellt“. Den hier wohl größten Streitpunkt bildet die Formulierung, dass der Wohnungssuchende ein Entgelt nur schulden soll, wenn der Vermittler die Wohnung „ausschließlich“ aufgrund eines Vertrags mit diesem vermittelt. Der Regierungsentwurf hält die Formulierung zur Vermeidung von Umgehungen für nötig. Aus Maklersicht befürchtet man Konstellationen, in denen der Makler nach dem ersten erfolglosen Vermittlungsversuch für einen Wohnungssuchenden bezüglich der betroffenen Wohnung kein Honorar mehr verlangen könne. Auch der Bundesrat hat hier gesetzliche Klarstellungen gefordert. Daneben soll nach der Neuregelung ein Vermittlungsvertrag zur Wirksamkeit künftig

der Textform (E-Mail ausreichend) bedürfen. Umgehungsgeschäfte, die den Wohnungssuchenden direkt oder indirekt mit Vermittlungskosten belasten, obwohl er nicht ausschließlicher Besteller ist, sollen unwirksam sein.

## Ausblick

Erklärtes Ziel der Bundesregierung ist ein Inkrafttreten des Gesetzes in der ersten Jahreshälfte 2015. Teilweise sollte bei den Einzelheiten der Regelungen jedoch noch nachgebessert werden. Insbesondere bei der Mietpreisbremse werden sonst mehr Punkte als nötig zur Klärung in Praxis und Rechtsprechung verlagert. Es bleibt zu hoffen, dass die Gesetzgebungsorgane bei diesem öffentlichkeitswirksamen Thema nicht ein schnelles Ergebnis über inhaltliche Ausgewogenheit und Klarheit stellen. ■



**Tobias Rüb**  
Rechtsanwalt bei  
CMS Frankfurt/Main.  
E [tobias.rueb@cms-hs.com](mailto:tobias.rueb@cms-hs.com)

# Änderungen der LBO-BW

## Hintergrund

Als erstes Bundesland hat Baden-Württemberg eine Reform der Landesbauordnung (LBO) nach sozialen und ökologischen Kriterien, ein wesentlicher Punkt der Koalitionsvereinbarung der grün-roten Landesregierung, beschlossen (GVBl. 2014, S. 501). Die Neuregelungen sollen zu mehr Barrierefreiheit führen, die Nutzung regenerativer Energien fördern und zum Klimaschutz beitragen.

Die LBO-Reform schlägt schon vor ihrem Inkrafttreten am 01.03.2015 hohe Wellen; insbesondere die neuen Pflichten zum Bau von Fahrrad- und Gehhilfenabstellplätzen sowie zur Begrünung baulicher Anlagen werden teils scharf kritisiert.

## Die wichtigsten praxisrelevanten Regelungen

Die wichtigsten inhaltlichen Vorgaben betreffen z. B. den nach § 14 Abs. 3 LBO nun zwingend vorgeschriebenen Wärmeschutz für Gebäude. Zwingend eingeführt wird auch die umstrittene, weil Platz erfordernde Pflicht, bei Gebäuden mit mehr als zwei Wohnungen geeignete Gemeinschaftsräume zum Abstellen von Kinderwagen und Gehhilfen sowie Wäschetrockenflächen und für jede Wohnung mindestens einen Abstellraum zu errichten, § 35 Abs. 4 LBO.

Im Übrigen lassen die inhaltlichen Vorgaben aber Raum für Einzelfallentscheidungen. So gebietet z. B. § 9 Abs. 1 LBO zwar die Begrünung von baulichen Anlagen, also z. B. Fassaden oder Dach, wenn Grünflächen nach den örtlichen Verhältnissen nicht möglich sind. Allerdings gilt dies nur, wenn die Begrünung technisch und

gestalterisch möglich und wirtschaftlich zumutbar ist. An die Verhältnismäßigkeit geknüpft ist auch die Pflicht nach § 35 Abs. 1 LBO, Gebäude mit mehr als zwei Wohnungen barrierefrei zu gestalten. Wegen des Platzbedarfs und damit der geringeren Wirtschaftlichkeit von Neubauten ist die Pflicht zur Errichtung von zwei geeigneten, wettergeschützten Fahrradstellplätzen pro Wohnung, § 35 Abs. 4 LBO, besonders umstritten. Keine Pflicht besteht jedoch, wenn Fahrradstellplätze „nach Art, Größe und Lage der Wohnung nicht oder nicht in dieser Anzahl erforderlich“ sind. Die unklare Formulierung bietet zumindest Gestaltungsmöglichkeiten, ebenso die Anrechnungsmöglichkeit von (zusätzlichen) Fahrradstellplätzen auf die notwendigen PKW-Stellplätze im Verhältnis 4:1 (§ 37 LBO) sowie kommunale Erleichterungen der Stellplatzpflichten durch örtliche Bauvorschriften (§ 74 Abs. 2 LBO).

Zudem sind folgende verfahrensrechtliche Neuregelungen praktisch bedeutsam:

- Nach § 51 LBO ist ein Kenntnisgabeverfahren nur möglich, wenn das Vorhaben dem Bebauungsplan vollständig entspricht. Sind Abweichungen, Ausnahmen oder Befreiungen nötig, ist zukünftig ein Genehmigungsverfahren durchzuführen.
- Abweichungen von bauordnungsrechtlichen Vorschriften sind nach § 56 Abs. 2 LBO auch für Vorhaben zur Nutzung erneuerbarer Energien möglich.
- Die Nutzung von Solarenergie ist zukünftig auch dann ohne Genehmigungs- oder Kenntnisgabeverfahren möglich, wenn

damit eine Änderung der Gestaltung oder Nutzung des Gebäudes verbunden ist.

- Nach Abschaffung der Teilungsgenehmigung vor einigen Jahren führt § 8 Abs. 2 LBO nun auch in Baden-Württemberg wieder eine bußgeldbewehrte Anzeigepflicht für Grundstücksteilungen ein. Baubehörden sollen so rechtzeitig überprüfen können, ob durch die Teilung baurechtswidrige Zustände entstehen würden (z. B. im Hinblick auf Abstandsflächen, Erschließung oder Rettungswege).

## Praxistipp

Grundsätzlich gelten die Vorgaben nur für neue Vorhaben. Eines der Ziele, nämlich die Baukosten pro Quadratmeter Wohnfläche zu senken, dürfte angesichts der Vorgaben zu Wärmedämmung, Fahrradstellplätzen sowie Kinderwagen- und Gehhilfenflächen wohl verfehlt werden. Bauherren sollten daher versuchen, mit Gemeinden und Baubehörden die durchaus vorhandenen Gestaltungsmöglichkeiten zu nutzen, und angemessene Einzelfalllösungen entwickeln. ■



**Dr. Ursula Steinkemper**

Partnerin bei CMS Stuttgart.

E [ursula.steinkemper@cms-hs.com](mailto:ursula.steinkemper@cms-hs.com)



News – kurz gefasst

## Weitere Grunderwerbsteuererhöhungen zum Jahresbeginn

Zum 01.01.2015 haben Nordrhein-Westfalen (von 5 % auf 6,5 %) und das Saarland (von 5,5 % auf 6,5 %) die Grunderwerbsteuer erhöht. Seit der Föderalismusreform 2005 gab es nunmehr in den Bundesländern insgesamt 22 Steuererhöhungen. Anstelle des bis 2005 geltenden bundeseinheitlichen Satzes von 3,5 % beläuft sich die Grunderwerbsteuer nun auf durchschnittlich knapp 5,2 %. Aktuell gelten die folgenden Grunderwerbsteuersätze:

- 6,5 %: Nordrhein-Westfalen, Saarland, Schleswig-Holstein
- 6,0 %: Berlin, Hessen
- 5,0 %: Baden-Württemberg, Brandenburg, Bremen, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Rheinland-Pfalz, Sachsen-Anhalt, Thüringen
- 4,5 %: Hamburg
- 3,5 %: Bayern, Sachsen

Mit weiteren Erhöhungen dürfte demnächst zu rechnen sein. ■



**Dr. Stefan Voß**

Partner bei CMS Stuttgart.

E [stefan.voss@cms-hs.com](mailto:stefan.voss@cms-hs.com)

News – kurz gefasst

# Mietvertrag – Wirksamkeit einer Indexklausel bei nicht existentem Preisindex

Das OLG Frankfurt entschied mit Urteil vom 10.10.2014 – 2 U 245/12, dass auch Wertsicherungsklauseln, die einen tatsächlich nicht existierenden Index zugrunde legen, wirksam sein können. Die Parteien hatten im Pachtvertrag einen Index vereinbart, den es tatsächlich nie gegeben hat. Für den Fall des zukünftigen Wegfallens war geregelt, dass ein dem vereinbarten Index in wirtschaftlicher Hinsicht nahekommender Index an

dessen Stelle treten solle. Das Gericht entschied, dass in Anwendung dieser Vertragsklausel der Verbraucherpreisindex die Stelle des Fantasieindexes einnehmen solle und rettet die verunglückte Wertsicherungsklausel in diesem Fall. Zur Vermeidung unnötiger Risiken, ist bei der Formulierung von Wertsicherungsklauseln dennoch Sorgfalt geboten, gerade weil es sich um langfristige Verträge handelt. ■



**Simonetta Hahn, LL.M. (Köln/Paris)**  
Rechtsanwältin bei CMS Köln.  
E [simonetta.hahn@cms-hs.com](mailto:simonetta.hahn@cms-hs.com)

News – kurz gefasst

# Umlage von Warmwasserkosten auf den Mieter bei Wohnungsleerstand

Nach der Rechtsprechung des BGH, Urteil vom 10.12.2014 – VIII ZR 9/14, muss es auch bei großem Wohnungsleerstand in einem Haus grundsätzlich bei der in der Heizkostenverordnung vorgesehenen Abrechnung bleiben. Insbesondere kommt eine analoge Anwendung von § 9a Heizkostenverordnung (Schätzung des Verbrauchs) nicht in Betracht. Ist aber im Mietvertrag eine höhere Verbrauchsquote als 50 % bestimmt, kann der Vermieter im Einzelfall ver-

pflichtet sein, einer Absenkung der Verbrauchsquote auf das Mindestmaß von 50 % zuzustimmen. Aber auch die Anwendung des für den Mieter günstigsten Verteilungsschlüssels (50 % nach Verbrauch u. 50 % nach Wohnfläche) kann zu einer unzumutbaren Belastung der Mieter führen. Dem kann im Einzelfall mit einer aus dem Prinzip von Treu und Glauben abzuleitenden Anspruchsbegrenzung Rechnung getragen werden. ■



**Birgit Engel**  
Rechtsanwältin bei CMS Stuttgart.  
E [birgit.engel@cms-hs.com](mailto:birgit.engel@cms-hs.com)

News – kurz gefasst

## Zusätzliche Leistung im VOB-Vertrag: Nachtragsvergütung richtet sich nach der Urkalkulation!

Das OLG Nürnberg hat in seinem Urteil vom 23.10.2014 – 13 U 1907/12 entschieden, dass der Auftragnehmer bei einem VOB/B-Einheitspreisvertrag gemäß seiner Urkalkulation abrechnen muss, wenn ihn der Auftraggeber mit zusätzlichen Leistungen nach § 2 Abs. 6 VOB/B beauftragt hat. Eine Abrechnung auf Stundenlohnbasis muss

ausdrücklich und vor dem Beginn der Arbeiten vereinbart worden sein. Konkret bedeutet dies, dass zunächst auf die Position im Leistungsverzeichnis abzustellen ist, die inhaltlich der Zusatzleistung entspricht. Sofern es eine solche Position nicht gibt, muss eine vergleichbare Position gesucht und auf Basis dieser die Kalkulation analog fortgeschrieben werden. ■



**Dr. Hubert Schmid**  
Rechtsanwalt bei CMS München.  
E [hubert.schmid@cms-hs.com](mailto:hubert.schmid@cms-hs.com)

News – kurz gefasst

## Freundschaftliche Umgangsformen rechtfertigen keine Mindestsatzunterschreitung!

Wenn mit Architekten erst einmal über Mängel gestritten wird, rücken oftmals auch Vergütungsvereinbarungen in den Fokus der Auseinandersetzung. Der Auftraggeber wird womöglich versuchen, einen Pauschalpreis unterhalb der HOAI Mindestsätze als zulässigen Ausnahmefall zu rechtfertigen.

Dies wird ihm indes selten gelingen. Eine Mindestsatzunterschreitung kann nach § 7 Abs. 3 HOAI zwar ausnahmsweise durch eine besonders enge Beziehung der Parteien begründet werden. Freundschaftliche Umgangsformen, die sich im Laufe einer geschäftlichen Zusammenarbeit entwickelt haben, reichen hierfür jedoch nicht aus (OLG Düsseldorf, Urteil vom 23.10.2014 – 5 U 51/13). ■



**Dr. Oliver Kerpen**  
Rechtsanwalt bei CMS Köln.  
E [oliver.kerpen@cms-hs.com](mailto:oliver.kerpen@cms-hs.com)

News – kurz gefasst

# Verwirkung von Umweltrechtsbehelfen auch für Umweltvereinigungen

Das OVG Koblenz hat mit Beschluss vom 14.11.2014 – 1 B 11015/14 entschieden, dass das Rechtsinstitut der Verwirkung auch gilt, wenn Umweltvereinigungen ihre Befugnisse aus dem Umweltrechtsbehelfsgesetz (UmwRG) wahrnehmen. Das UmwRG zielt auf einen Ausgleich zwischen den Belangen des Umweltschutzes und der Vorhabenträger. Eine Umweltvereinigung müsse deshalb ihre

Befugnisse aus dem UmwRG so ausüben, dass sie das Vorhaben nicht sachlich ungerechtfertigt verzögern. Extreme Rücksichtslosigkeit könne zur Verwirkung der Rechtsbehelfe führen. Dies könne etwa der Fall sein, wenn ein Widerspruch erst eingelegt wird, nachdem die streitgegenständliche Anlage schon nahezu vollständig errichtet ist. ■



**Dr. Insa Nutzhorn,**  
**LL.M., UWE Bristol**  
Rechtsanwältin bei CMS Hamburg.  
E [insa.nutzhorn@cms-hs.com](mailto:insa.nutzhorn@cms-hs.com)



## Impressum



Das Update Real Estate & Public wird verlegt von CMS Hasche Sigle, Partnerschaft von Rechtsanwälten und Steuerberatern mbB.

CMS Hasche Sigle  
Lennéstraße 7  
10785 Berlin

Verantwortlich für die fachliche Koordination:  
Klaus-Dieter Schick  
Dr. Stefan Voß

CMS Hasche Sigle  
Schöttlestraße 8  
70597 Stuttgart



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

**[www.cmslegal.com](http://www.cmslegal.com)**

**CMS-Standorte:**

Aberdeen, Algier, Amsterdam, Antwerpen, Barcelona, Belgrad, Berlin, Bratislava, Bristol, Brüssel, Budapest, Bukarest, Casablanca, Dubai, Düsseldorf, Edinburgh, Frankfurt/Main, Genf, Glasgow, Hamburg, 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, Tirana, Utrecht, Warschau, Wien, Zagreb und Zürich.

Diese Veröffentlichung stellt keine Rechtsberatung dar und verfolgt ausschließlich den Zweck, bestimmte Themen anzusprechen. Sie erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit und die in ihr 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 oder an den Herausgeber. CMS Hasche Sigle Partnerschaft von Rechtsanwälten und Steuerberatern mbB, Sitz: Berlin, (AG Charlottenburg, PR 316 B), Liste der Partner: s. Website.

-----  
**[www.cms-hs.com](http://www.cms-hs.com)**