

Your World First

C/M/S/

Law . Tax

# update

Real Estate & Public

Aktuelle Informationen des  
Geschäftsbereich Real Estate & Public

September 2015



# Inhalt

5 | Editorial

## Immobilien- und Mietrecht

- 6 | Unwirksamkeit von Renovierungsklauseln und Quotenabgeltung im Mietvertrag
- 7 | Wann ist die Miethöhe bei einem Gewerberaummietvertrag sittenwidrig?
- 8 | Grundstückskauf – konkludente Außenvollmacht des Vermittlers, wenn Verkäufer im Hintergrund bleibt
- 9 | Einhaltung der Schriftform ohne Vertretungszusatz und fehlendem Verweis auf ersten Nachtrag
- 10 | Mieterinsolvenz – zur Anfechtung von vor der Insolvenz gezahlten Miet- und Nutzungsentgelten
- 11 | Zur Abgrenzung von Geschäftsraummiete und Gebäudeleasing
- 12 | Kein Anspruch des Dienstbarkeitsberechtigten auf Verlegung des Ausübungsbereichs
- 13 | Vorsicht beim formularmäßigen Ausschluss des Konkurrenzschutzes im Mietvertrag
- 14 | Keine Haftung des Vermieters für Umsatzausfall des Mieters wegen Erhaltungsmaßnahmen

## Privates Baurecht

- 15 | Zur Verlängerung der Frist für die Verjährung einer Bürgschaftsforderung von drei Jahren auf fünf Jahre in Allgemeinen Geschäftsbedingungen
- 16 | Bürgschaften für Mängelansprüche in Höhe von 8 % der Auftragssumme: Klausel unwirksam
- 18 | Streit über Nachtragsforderung: Auftragnehmer muss nicht mit Arbeiten beginnen
- 19 | Wie sind nicht angeordnete Zusatzleistungen abzurechnen?
- 20 | Entschädigung wegen Bauzeitverzögerung: Wie ist die Anspruchshöhe darzulegen?
- 21 | Mangel wird nicht beseitigt: Welche Kosten können fiktiv geltend gemacht werden?

## Architektenrecht

- 22 | Wie wird der Schaden bei Überschreitung der Baukostenobergrenze berechnet?
- 23 | Erstattungsfähig sind nur die Kosten für erforderliche Mängelbeseitigungsmaßnahmen
- 24 | Auch ohne Vertrag: Ingenieur haftet gegenüber Grundstückserwerber
- 25 | Bauzeit verlängert: Mehrvergütung für Planer?

## Öffentliches Bau- und Planungsrecht

- 27 | Rückbaupflicht für PV-Anlage nach Nutzungsaufgabe, vertragliche Rückbauverpflichtung
- 28 | Kein Gartencenter in Nachbarschaft eines Störfallbetriebs
- 29 | Kriterien für regionalplanerische Steuerung der Windenergienutzung durch Konzentrationszonen
- 30 | Klagebefugnis des Nachbarn im angrenzenden Plangebiet

## Vergaberecht

- 31 | Also doch: Bietergemeinschaften sind grundsätzlich zulässig
- 32 | VK Bund: unbefristete Verträge grundsätzlich unzulässig
- 33 | Sicht eines Durchschnittsbieters ist maßgeblich für Erkennbarkeit eines Vergaberechtsverstößes
- 34 | Erkannte Vergaberechtsverstöße sind vor Nachprüfungsverfahren zu rügen

## Umweltrecht

- 35 | Planfeststellung für Hafenausbau
- 36 | Abschichtung der Planung, Verlagerung auf späteres Genehmigungsverfahren
- 38 | Klagebefugnis wegen Fehlern der UVP-Vorprüfung, Nachholung der UVP-Vorprüfung

## Verfahrensrecht

- 40 | Sicherung einer mietvertraglichen Betriebspflicht durch einstweilige Verfügung
- 41 | Nachbar kann Anordnung von Maßnahmen zur Baulärminderung verlangen

## Rechtsänderungen

- 42 | Bestellerprinzip bei Maklerprovisionen auf verfassungsrechtlichem Prüfstand
- 43 | Umwelt-Verwaltungsgesetz in Baden-Württemberg

## Steuerrecht

- 44 | Grunderwerbsteuer: Ersatzbemessungsgrundlage ist verfassungswidrig

## News – kurz gefasst

- 45 | Gewerberaummiete: § 550 BGB gilt nicht bei Gesellschafterwechsel
- 45 | Vergaberecht: Bieter müssen Verstöße auch unterhalb der Schwellenwerte rügen
- 46 | Keine Frist zur Mängelbeseitigung gesetzt: kein Anspruch auf Schadensersatz
- 46 | Urkalkulation nicht vorgelegt: Nachträge werden nicht vergütet
- 47 | Erlöschen der Baugenehmigung
- 47 | Verschlechterungsverbot der WRRL

---

## Impressum



Real Estate  
& Public

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

CMS Hasche Sigle  
Lennéstraße 7  
10785 Berlin

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

CMS Hasche Sigle  
Schöttlestraße 8  
70597 Stuttgart



# Editorial

## Liebe Leserin, lieber Leser,

die Probleme unseres Geschäfts verblasen vor dem Hintergrund der Dramen, die sich derzeit vor unserer Haustür abspielen. Erfreulich ist, dass in Deutschland im Hinblick auf die Flüchtlingsfrage inzwischen viele Weichen richtig gestellt werden – bis hin zu einer Flexibilisierung öffentlich-baurechtlicher und anderer Vorschriften, die einer schnellen und unbürokratischen Unterbringung von Flüchtlingen entgegenstehen. Ob die Beschlagnahme von ganzen Gebäuden die Ausnahme bleibt, wird zu sehen sein.

Damit sind wir bereits bei den rechtlichen Themen der Immobilienwirtschaft. Der Immobilienmarkt ist in Fahrt und wir befinden uns mittendrin: CMS konnte u. a. Savills beim Erwerb der SEB Asset Management, die spanischen Eigentümer beim Verkauf des „The Q“ in der Friedrichstraße in Berlin – eine der größten Einzeltransaktionen des Jahres – oder Union Investment beim Erwerb des Shoppingcenters „DAS ES!“ beraten.

Durch den Zugang des bisherigen Freshfields-Partners und Hochkaräters Heinz-Joachim Kummer haben wir uns nicht nur am Standort Rhein-

land auch personell noch einmal zusätzlich verstärkt. Unser neuer Partner ist einer der profiliertesten Real-Estate-Experten in Deutschland mit mehr als 25-jähriger Transaktions-erfahrung.

Zur Expo Real 2015 wird die bereits in den Vorjahren vorgelegte und nach wie vor am Markt einmalige Real Estate Deal Point Study erstmals mit internationalem Fokus als CMS European Deal Point Study zum europäischen Transaktionsmarkt erscheinen. Im Rahmen der Studie haben wir Vertragsklauseln aus 675 Immobilientransaktionen in ganz Europa systematisch untersucht und ausgewertet.

Nicht nur dies sollte für Sie Anlass sein, uns auf der Expo Real in München zu treffen. Unter unserem diesjährigen Motto „Innovation meets Expertise“ trifft sich die Branche erneut zu unserem traditionellen Empfang am ersten Messetag. Wir freuen uns, mit Ihnen dort und natürlich auch an Ihrem oder unserem Stand über Ihre Pläne und neuen Projekte sprechen zu können.

Nicht unerwähnt bleiben soll, dass CMS zum dritten Mal innerhalb weniger Jahre für den JUVE Award als

Kanzlei des Jahres für Immobilien- und Baurecht als eine von fünf Kanzleien nominiert wurde. Dies ist Ansporn, unsere erfolgreiche Entwicklung weiter fortzusetzen.

Die Breite unserer Aufstellung spiegelt sich in der Vielfalt der in dieser Ausgabe behandelten aktuellen Themen wider. Sprechen Sie uns bitte jederzeit an, wenn Sie die eine oder andere Frage vertiefen wollen.

Wir wünschen Ihnen eine gewinnbringende Lektüre.

Ihr Geschäftsbereich  
Real Estate & Public



Dr. Andreas Otto  
Geschäftsbereichsleiter

# Unwirksamkeit von Renovierungsklauseln und Quotenabgeltung im Mietvertrag

## Hintergrund

Der BGH hat sich am 18.03.2015 in drei Entscheidungen zur Unwirksamkeit von Renovierungsklauseln und Quotenabgeltung in AGB geäußert: Dem Urteil VIII ZR 21/13 lag eine starre Fristenregelung zugrunde, nach der Schönheitsreparaturen „alle 3 Jahre“, „alle 5 Jahre“ oder „alle 7 Jahre“ durchzuführen waren. Lediglich die starre Fünf-Jahres-Frist zur Lackierung von Fenstern, Türen und Heizungen wurde durch den Zusatz „es sei denn, sie sind nicht erforderlich“ eingeschränkt. In dem der Entscheidung VIII ZR 185/14 zugrunde liegenden Mietvertrag war der Mieter einer in renovierungsbedürftigem Zustand übernommenen Wohnung zur Vornahme von anfallenden Schönheitsreparaturen während des Mietverhältnisses verpflichtet. Das Urteil VIII ZR 242/13 erging zu einer sog. Quotenabgeltungsklausel, nach der der Mieter, wenn das Mietverhältnis vor Fälligkeit der ihm übertragenen Schönheitsreparaturen endet, die zu erwartenden Kosten zeitanteilig an den Vermieter nach Maßgabe von im Mietvertrag näher bestimmten Quoten zu zahlen hat.

## Die Entscheidungen

Die drei Entscheidungen fügen sich in die Entwicklung hin zu einer strengeren AGB-Kontrolle ein. Die Vornahmeklausel (VIII ZR 21/13) ist aufgrund der starren Fristen insgesamt unwirksam. Der Klauselteil, der die Lackierung von Fenstern, Türen und Heizungen regelt, hält zwar einer Klauselkontrolle stand. Durch den Zusatz sind Schönheitsreparaturen

nur vorzunehmen, wenn Renovierungsbedarf tatsächlich besteht, und die Klausel dient als unverbindliche Orientierungshilfe. Jedoch ist die Schönheitsreparaturverpflichtung eine einheitliche, nicht in Einzelmaßnahmen teilbare Pflicht. Folglich führt die Unwirksamkeit der einen Einzelaspekt betreffenden Bestimmung in der gebotenen Gesamtschau zu einer Unwirksamkeit der gesamten Klausel (Verbot der geltungserhaltenden Reduktion).

Wird eine Wohnung dem Mieter unrenoviert/renovierungsbedürftig ohne angemessenen Ausgleich überlassen (VIII ZR 185/14), ist die Abwälzung von Schönheitsreparaturen unwirksam. Denn der Mieter darf nicht mit der Beseitigung von Gebrauchsspuren belastet werden, die bereits vorvertraglich entstanden sind. Bisher hatte der BGH solche Klauseln dahingehend ausgelegt, dass der Mieter nur die auf seine eigene Vertragszeit entfallenden Renovierungsleistungen vorzunehmen habe. Hieran hält er angesichts des Verbots der geltungserhaltenden Reduktion nicht mehr fest.

Quotenabgeltungsklauseln in AGB (VIII ZR 242/13) sind unwirksam. Sie sind intransparent und unangemessen benachteiligend, weil sie von dem Mieter verlangen, zur Ermittlung der auf ihn bei Vertragsbeendigung zukommenden Kostenbelastung mehrere hypothetische Betrachtungen anzustellen, die eine sichere Einschätzung der tatsächlichen Kostenbelastung nicht zulassen. Denn es ist bei Vertragsschluss für den Mieter nicht erkennbar, welcher Abnutzungsgrad bei Beendigung

des Mietverhältnisses tatsächlich erreicht sein wird (zumal dieser Zeitpunkt noch nicht feststeht), und auch nicht, zu welchem Zeitpunkt voraussichtlich Renovierungsbedarf eintreten wird.

## Praxistipp

Eine formularvertragliche Abwälzung der laufenden Schönheitsreparaturen bei einer unrenoviert/renovierungsbedürftig übergebenen Wohnung kann nach der Rechtsprechung des BGH nur noch wirksam vereinbart werden, soweit die Verpflichtung des Mieters zur Beseitigung auch vorvertraglicher Abnutzungsspuren durch einen vom Vermieter gewährten angemessenen Ausgleich kompensiert wird, der den Mieter so stellt, als sei ihm renovierter Wohnraum überlassen worden. Sonst hat der Vermieter die Instandhaltungslast in vollem Umfang zu tragen.

Quotenabgeltungsklauseln lassen sich in AGB nicht wirksam vereinbaren, da vom Mieter nicht verlangt werden kann, seine Zahlungspflicht aufgrund eines in der Zukunft liegenden, auf mehreren Variablen beruhenden Sachverhalts einzuschätzen. ■



**Stefanie Nagel**

Rechtsanwältin bei CMS Köln.

E [stefanie.nagel@cms-hs.com](mailto:stefanie.nagel@cms-hs.com)

# Wann ist die Miethöhe bei einem Gewerberaummietvertrag sittenwidrig?

## Hintergrund

Der Mieter ist bundesweit als Kfz-Schilderprägebetrieb tätig. Er hat von dem Vermieter einen Raum mit einer Fläche von 41,1 m<sup>2</sup> angemietet, der sich unmittelbar gegenüber der örtlichen Kfz-Zulassungsstelle befindet. Wettbewerber des Mieters sind weder in dem Gebäude noch auf dem Gelände der Kfz-Zulassungsstelle tätig. Der Mieter hatte den Raum bereits seit dem Jahr 2002 als Kfz-Zulassungsstelle angemietet. Die erneute Anmietung erfolgte aufgrund einer Ausschreibung, bei der der Mieter im Jahr 2009 den Zuschlag erhielt. Die Parteien vereinbarten eine Umsatzmiete. Die durchschnittlich jährlich gezahlte Miete lag bei EUR 244.620,00.

Der Mieter stellte per Januar 2012 die Zahlung der umsatzbezogenen Miete und ab Januar 2013 die Mietzahlung vollständig ein. Er war der Auffassung, die Miete sei überhöht und sittenwidrig; der Mietvertrag sei daher nichtig. Der Vermieter habe gegen die guten Sitten verstoßen, weil er die Umsatzmiete der Höhe nach nicht begrenzt habe. Außerdem habe er seine marktbeherrschende Stellung bei der Vermietung von Räumlichkeiten an Marktteilnehmer des Kfz-Schilderprägegeschäfts missbräuchlich ausgenutzt. Der Vermieter kündigte den Mietvertrag fristlos und verlangt mit der Klage die Zahlung der rückständigen Miete.

## Die Entscheidung

Das OLG Düsseldorf, Urteil vom 04.02.2015 – U(Kart) 14/14, erachtet die Zahlungsansprüche des Vermieters für begründet. Der Mietvertrag sei nicht nichtig, es liege kein sittenwidriges oder wucherisches Rechtsgeschäft im Sinne von § 138 BGB vor.

Der Tatbestand des Wuchers setzt in objektiver Hinsicht ein auffälliges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung voraus und erfordert subjektiv, dass der Wucherer die beim anderen Teil bestehende Schwächesituation ausbeutet. Bei gewerblichen Mietverhältnissen liegt ein auffälliges Missverhältnis vor, wenn die vereinbarte Miete um knapp 100 % höher ist als der objektive Marktwert der Gebrauchsüberlassung. Marktwert ist der übliche Wert, der für eine vergleichbare Leistung auf dem Markt zu zahlen ist.

Das OLG Düsseldorf sieht weder in ortsnahen Einzelhandelsflächen noch in von der Zulassungsstelle aus fußläufig nur schwer zu erreichenden Flächen anderer Schilderpräger geeignete Vergleichsobjekte zur Ermittlung des Marktwerts. Denn die Mieträume genießen aufgrund der Lage im direkten räumlichen Zusammenhang mit dem Haupteingang der Kfz-Zulassungsstelle einen erheblichen Standortvorteil. Das OLG ermittelt den objektiven Marktwert der Gebrauchsüberlassung allein

durch die Ergebnisse der bisherigen Ausschreibungen des Vermieters. Die durchschnittlich gezahlte Jahresmiete bewegt sich im oberen Bereich der im Rahmen der Ausschreibung abgegebenen Angebote und liegt daher jedenfalls nicht 100 % über dem objektiven Marktwert.

## Praxistipp

Liegt der vereinbarte Mietzins um 100 % über dem objektiven Marktwert des Mietobjekts, ist von einem wucherischen Rechtsgeschäft auszugehen. Zur Ermittlung des objektiven Marktwerts sind geeignete Vergleichsobjekte heranzuziehen, wobei konkrete Standortvorteile sowie Mietangebote von anderen Marktteilnehmern zu berücksichtigen sind. Die Vermietung außergewöhnlich mietstarker Sonderflächen sollte vor diesem Hintergrund im Rahmen von Ausschreibungen erfolgen, um den Kontakt zur Marktmiete nicht zu verlieren und dem Wuchereinwand entgegenzuwirken. ■



**Simonetta Hahn, LL.M. (Köln/Paris)**

Rechtsanwältin bei CMS Köln.

E [simonetta.hahn@cms-hs.com](mailto:simonetta.hahn@cms-hs.com)

# Grundstückskauf – konkludente Außenvollmacht des Vermittlers, wenn Verkäufer im Hintergrund bleibt

## Hintergrund

Der BGH hat bereits in früheren Entscheidungen festgestellt, dass ein Vermittler bei der Beratung über die finanziellen Vorteile eines Immobilienkaufs zugleich im eigenen und im fremden Namen handeln kann (vgl. BGH, Urteil vom 01.03.2013 – V ZR 279/11). Der Vermittler kann daher von dem Verkäufer auch dann zum Abschluss eines Beratungsvertrags stillschweigend bevollmächtigt sein, wenn er seinerseits einen Vermittlungs- oder Beratungsvertrag mit dem Kaufinteressenten geschlossen hat. Die vorliegende Entscheidung des BGH bestätigt und konkretisiert diese Linie.

## Die Entscheidung

Mit Urteil vom 19.12.2014 – V ZR 194/13 – hatte der BGH insbesondere darüber zu entscheiden, unter welchen Voraussetzungen ein vom Verkäufer eingeschalteter Vermittler neben dem im eigenen Namen mit dem Käufer abgeschlossenen Vermittlungsvertrag als Stellvertreter des Verkäufers auch für diesen einen Beratungsvertrag mit dem Käufer abschließen kann. Hintergrund ist das gegen den beklagten Verkäufer gerichtete Schadensersatzbegehren des klagenden Käufers wegen fehlerhafter Beratung im Rahmen eines Wohnungskaufs. Der beklagte Verkäufer hatte eine Vermittlungsfirma beauftragt, den Verkauf einer Eigentumswohnung zu vermitteln und

zur Abschlussreife zu führen. Der klagende Käufer unterzeichnete aufgrund der Empfehlung des Vermittlers einen Vermittlungsauftrag für die Wohnung des Verkäufers. In dem Zusammenhang hat der Vermittler handschriftlich eine Berechnung der Kosten des geplanten Wohnungserwerbs unter Berücksichtigung der steuerlichen Vorteile aufgeführt. In der Folge wurde auch der notarielle Kaufvertrag geschlossen.

Im Hinblick auf die Vertretungsmacht betont der BGH in seiner Entscheidung, dass für die Annahme einer konkludent erteilten Außenvollmacht gemäß § 167 Abs. 1 2. Var. BGB keine zu strengen Anforderungen zu stellen seien. Sie könne sich aus den Umständen ergeben, wenn der Käufer bei objektivierter Betrachtung eine solche Vollmacht annehmen darf. Auf das Fehlen oder Vorhandensein eines Vermittlungsauftrags komme es insofern nicht an. Auch für die Frage, ob der Vermittler im fremden Namen gehandelt hat, stellt der BGH keine hohen Hürden auf. Nach verständiger Würdigung der Umstände aus Sicht des Käufers sei der Wille des Vermittlers, für den Verkäufer zu handeln, deswegen erkennbar hervorgetreten, weil der Verkäufer bis zum Vertragsschluss auf jeglichen Kontakt mit dem Käufer verzichtet und den Vermittler mit dem Vertrieb und den Vertragsverhandlungen bis zur Abschlussreife beauftragt habe.

## Praxistipp

Für den Verkäufer einer Immobilie, der für die Anbahnung und Abwicklung der Transaktion einen Vermittler einschaltet, besteht das Risiko, dass ihm die Beratungsleistung und damit auch etwaige Beratungsfehler durch den Vermittler als eigene Beratungsfehler zugerechnet werden. Für die Annahme eines Handelns im fremden Namen hat der BGH insbesondere das Kriterium des fehlenden Kontakts zwischen Käufer und Verkäufer im Rahmen der Vertragsverhandlung hervorgehoben. Um das Risiko einer Zurechnung von Beratungsfehlern zu verringern, sollten Verkäufer von Immobilien daher in Betracht ziehen, die Vertragsverhandlungen nicht vollständig auf den Vermittler zu übertragen, sondern daneben auch in eigener Person gegenüber dem Käufer aufzutreten. ■



**Johannes Bescher, LL.M.**  
Rechtsanwalt bei CMS Düsseldorf.  
E [johannes.bescher@cms-hs.com](mailto:johannes.bescher@cms-hs.com)

# Einhaltung der Schriftform ohne Vertretungszusatz und fehlendem Verweis auf ersten Nachtrag

## Hintergrund

Um unliebsam gewordene Gewerbenietverträge bereits vor Ablauf der vereinbarten festen Vertragslaufzeit zu beenden, versuchen sich findige Mietvertragsparteien bzw. deren Rechtsanwälte oftmals in detektivischer Arbeit und prüfen die Mietvertragsdokumente sowie den gesamten Schriftverkehr auf das Vorliegen von etwaigen Verstößen gegen die gesetzliche Schriftform. Ein solcher Schriftformverstoß ermöglicht gemäß § 550 BGB eine ordentliche Kündigung des Mietvertrages vor Ablauf der vereinbarten festen Vertragslaufzeit.

## Die Entscheidung

Der BGH hat in seinem Urteil vom 22.04.2015 – XII ZR 55/14 – die Anforderungen an die Einhaltung der Schriftform abermals großzügiger bewertet.

Unterzeichnet für eine AG lediglich ein Vorstandsmitglied die mietvertragliche Vereinbarung, obwohl das Handelsregister die Vertretung der Gesellschaft durch zwei Vorstandsmitglieder ausweist, liegt gleichwohl kein Verstoß gegen die Schriftform vor, wenn weder aus dem Vertrags Eingang (Rubrum) noch aus der Unterschriftenzeile auf das konkrete Vertretungsverhältnis der Gesellschaft Bezug genommen wird. Der Eindruck einer Unvollständigkeit der vertraglichen Urkunde entsteht bei einem potentiellen Erwerber demnach nicht, wenn das Rubrum nicht oder nur

pauschal auf eine Vertretung durch den Vorstand verweist. § 550 BGB schützt den Erwerber im Hinblick auf den Inhalt des Mietverhältnisses, nicht aber im Hinblick auf dessen Wirksamkeit. Während das Handelsregister Auskunft über die tatsächlichen Vertretungsverhältnisse gibt, kommt es für die Wahrung der Schriftform auf diese nicht an.

Entscheidend für die Einhaltung der Schriftform ist daher allein die äußere Form der Urkunde und nicht, ob ein Vertreter mit Vertretungsmacht den Mietvertrag unterzeichnet. Das wirksame Zustandekommen des Vertrages – für den Fall, dass ein Vertreter ohne Vertretungsmacht unterzeichnet und die Wirksamkeit von einer Genehmigung abhängig ist – ist keine Frage der Schriftform, sondern der allgemeinen Regeln des Vertragsschlusses.

Zudem ist es für die Einhaltung der Schriftform grundsätzlich erforderlich, dass die jeweilige Nachtragsvereinbarung lückenlos auf alle bereits getroffenen Vereinbarungen Bezug nimmt. Der BGH führt nun aus, dass die Bezeichnung eines Nachtrags als „2. Nachtrag“ bereits darauf hinweist, dass ein erster Nachtrag geschlossen wurde, und erachtet dies für ausreichend. Dabei stützt er sich jedoch nicht nur auf die Nummerierung der Nachträge, sondern zieht ergänzend auch inhaltliche Regelungen, z. B. bezogen auf die Laufzeit, die mit dem ersten Nachtrag bereits erstmals verlängert worden war, hinzu.

## Praxistipp

Entscheidend für die Einhaltung der Schriftform ist die Konsistenz von Rubrum und Unterschriftenzeile. Zwar würde es genügen, im Rubrum keine Angaben zur konkreten Vertretungsregelung zu machen und die Unterzeichnenden auch ohne jeweiligen Vertretungszusatz unterzeichnen zu lassen. Um einer schwebenden Unwirksamkeit des Vertrags entgegenzuwirken, sollte das jeweils vertretungsberechtigte Organ sowohl im Rubrum als auch in der Unterschriftenzeile in richtiger Weise angegeben werden.

Auch im Hinblick auf die Nummerierung der ergänzend zum Mietvertrag geschlossenen Vereinbarungen sollte auf eine lückenlose Bezugnahme geachtet werden. Zwar hat der BGH die Einhaltung des Schriftformerfordernisses großzügig bewertet, doch galt dies in diesem Einzelfall nur unter Bezugnahme auf die inhaltlichen Regelungen. ■



**Franziska Krokutsch**  
Rechtsanwältin bei CMS Berlin.  
E [franziska.krokutsch@cms-hs.com](mailto:franziska.krokutsch@cms-hs.com)

# Mieterinsolvenz – zur Anfechtung von vor der Insolvenz gezahlter Miet- und Nutzungsentgelte

## Hintergrund

Droht oder verwirklicht sich eine Mieterinsolvenz, wird der Vermieter geleistete Mietzahlungen besonders willkommen heißen. Hierüber hängt dann jedoch immer das Damoklesschwert der Anfechtung durch den Insolvenzverwalter und einer damit korrespondierenden Rückgewährpflicht des Vermieters (vgl. §§ 129 ff., 143 InsO). Zwei jüngere Entscheidungen des BGH, Urteil vom 29.01.2015 – IX ZR 279/13 –, sowie des OLG Koblenz, Urteil vom 18.11.2014 – 3 U 713/14 –, geben weitere Hinweise für die Praxis, wann der Vermieter mit einer erfolgreichen Anfechtung von vor der Insolvenz erhaltenen Zahlungen rechnen muss.

## Die Entscheidungen

Das Urteil des BGH betraf u. a. die Anfechtung von Mietzahlungen als etwaige Rückgewähr eines Gesellschafterdarlehens nach §§ 135 Abs. 1 Nr. 2, 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO. Erstmals lehnte der BGH ausdrücklich die Literaturmeinung ab, dass jede Zahlung von Nutzungsentgelten an den vermietenden Gesellschafter anfechtbar sei, da schon die Nutzungsüberlassung durch den Gesellschafter einer Darlehensgewährung entspreche. Eine solche Gleichstellung sei nur dann möglich, wenn die jeweiligen Mietforderungen gestundet oder stehengelassen würden. Dies verneinte er im entschiedenen Fall jedoch. Bereits die erfolgte bargeschäftliche Leistungsabwicklung (also ein zeit-

lich unmittelbarer Leistungsaustausch gleichwertiger Leistungen, vgl. § 142 InsO) schließe eine Stundung aus. Zudem stelle – entgegen der Ansicht der Vorinstanz – auch die vertraglich vereinbarte Fälligkeit der Miete zum 15. (Werk-)Tag des Monats keine Stundung dar.

Das Urteil des OLG Koblenz betraf Anfechtungsansprüche wegen vorsätzlicher Gläubigerbenachteiligung nach § 133 Abs. 1 InsO. Hierfür ist insbesondere ein Benachteiligungsvorsatz des Insolvenzschuldners nebst Kenntnis des Zahlungsempfängers von diesem Vorsatz erforderlich. Nach der Rechtsprechung des BGH der letzten Jahre, die das OLG Koblenz fortführt, kann grundsätzlich auf diesen Vorsatz geschlossen werden, soweit der Schuldner seine Zahlungsunfähigkeit oder deren Drohen kennt und dennoch an bestimmte Gläubiger zahlt. Jedoch entfällt der Vorsatz in aller Regel bei einem bargeschäftsähnlichen Leistungsaustausch, wenn also der Schuldner eine gleichwertige Gegenleistung für die von ihm empfangene Leistung erbringt, die zur Fortführung seines Unternehmens nötig ist und damit den Gläubigern im Allgemeinen nützt. Nach Ansicht des OLG Koblenz scheidet eine solche bargeschäftsähnlichkeit aus, wenn nur Teilzahlungen auf Mietforderungen erfolgen und, insbesondere angesichts der offenen Forderungen weiterer Gläubiger, die tatsächliche Fortführung des Betriebs des Mieters sehr zweifelhaft ist.

## Praxistipp

Das zitierte Urteil des BGH berührt weitere praxisrelevante Punkte. So ist zu beachten, dass selbst Zahlungen gegenüber mittelbaren Gesellschaftern angefochten werden können (im Fall des BGH war der Vermieter eine GbR aus zwei Brüdern, die zusammen die Anteilsmehrheit an der Insolvenzschuldnerin hielten). Für einen, die Anfechtung als Bargeschäft nach § 142 InsO verhindern, unmittelbaren Leistungsaustausch sind jedenfalls bei längeren Mietverträgen 30 Tage ausreichend. Offen bleibt indes über den entschiedenen Fall hinaus, wie weit die Fälligkeit der Miete verschoben werden kann, bis eine Stundung anzunehmen ist.

Hinsichtlich der Anfechtung wegen Gläubigerbenachteiligung gilt die einfache Faustformel: Je mehr der Vermieter über finanzielle Probleme des Mieters weiß, desto eher muss er mit der Rückforderung erhaltener Mietzahlungen rechnen. ■



**Tobias Rüb**

Rechtsanwalt bei CMS Frankfurt/Main.

E [tobias.rueb@cms-hs.com](mailto:tobias.rueb@cms-hs.com)

# Zur Abgrenzung von Geschäftsraummiete und Gebäudeleasing

## Hintergrund

Klägerin und Beklagte verband ein Mietvertrag über Gewerbeflächen, abgeschlossen für die Laufzeit von 30 Jahren. Die Miete war so kalkuliert worden, dass sie über die 30-jährige Vertragslaufzeit die gesamten Investitions- und Verwaltungskosten der Klägerin abdecken sollte. Der Beklagten war ein Ankaufsrecht bei Ende der Mietzeit eingeräumt worden. In dem von der Klägerin vorformulierten Vertrag übernahm die beklagte Mieterin u. a. sämtliche Reparaturen und Instandhaltungsmaßnahmen am Gebäude und zwar auch für solche Schäden, die sie nicht selbst verursacht hatte. Unter Berufung auf diese Klausel verlangte die Klägerin von der Beklagten nunmehr die Sanierung der Gebäudefassade.

Die Beklagte lehnte dies ab. Sie hielt die Klausel für unwirksam. Es handle sich um eine vorformulierte allgemeine Geschäftsbedingung, durch die ihr als Mieterin die Erhaltungslast für das gesamte Gebäude aufgebürdet werde, einschließlich Mängeln an Dach und Fach und einschließlich solcher Mängel, für die sie als Mieterin keinerlei Verantwortung trage.

Das weiche in unzulässiger Weise von wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung ab.

## Die Entscheidung

Der BGH (Urteil vom 26.11.2014 – XII ZR 120/13 – vgl. Immobilienzeitung, IZ Nr. 16/15 vom 23.04.2015) sah dies anders. Er gab der klagenden Vermieterin Recht. Es handle sich nicht um einen Mietvertrag, sondern um Immobilienleasing. Kennzeichnend für diese besondere Form eines Finanzierungsleasings sei, dass der Vermieter einen konkreten Investitionsbedarf des Mieters vorfinanziere. Tatsächlich hatte die Klägerin vorliegend das Grundstück in Abstimmung mit der Beklagten erworben und das Mietgebäude nach deren Vorgaben errichten lassen.

Für einen solchen Leasingvertrag sei es aber typisch, dass sich der Vermieter von etwaigen Gewährleistungs- und Instandhaltungspflichten freizeichne. Eine solche Regelung sei daher – so der BGH – gerade keine Abweichung von wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, sondern Ausdruck der eigentümerähnlichen Stellung des

Leasingnehmers. Sie könne daher auch in vorformulierten allgemeinen Geschäftsbedingungen vereinbart werden.

## Praxistipp

Das Immobilienleasing kommt in Betracht, wenn es um die Errichtung einer Immobilie für einen konkreten Einzelnutzer geht. Dem Nutzer ermöglicht ein Leasingvertrag größtmöglichen Einfluss auf Errichtung und Betrieb „seines“ Gebäudes, während der Vermieter regelmäßige langfristige Einnahmen erwarten kann – ohne die sonst mit Mietverträgen verbundenen Instandhaltungsrisiken. ■



**Dr. Hans Fabian Kiderlen**

Rechtsanwalt bei CMS Hamburg.

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

# Kein Anspruch des Dienstbarkeitsberechtigten auf Verlegung des Ausübungsbereichs

## Hintergrund

Auf dem Grundstück Flurstück Nr. 55 befindet sich eine Werkstatthalle, die der Grundstücksnachbar als Abstellfläche und Werkstatt nutzt. Zu dessen Gunsten besteht auf dem Grundstück das dinglich gesicherte Recht, „auf einem vier Meter breiten Streifen entlang der Grundstücksgrenze zum Grundstück Flst. 54 zu gehen und zu fahren, um von der K.-Straße zur o. g. Halle zu gelangen“. Der Bewilligungsurkunde ist ein Lageplan beigefügt, der den Weg in roter Markierung unmittelbar an der Grundstücksgrenze verlaufend zeigt und damit den Ausübungsort der Dienstbarkeit festlegt. Durch die Bezugnahme im Grundbuch ist dieser Ausübungsort Inhalt der Dienstbarkeit geworden. Tatsächlich verläuft ein vier Meter breiter befestigter Weg zu der Halle, der überwiegend in einer Entfernung von mehr als vier Metern zur Grundstücksgrenze zu dem Flurstück Nr. 54 verläuft. Der Dienstbarkeitsberechtigte möchte sein Recht auf Abänderung des Dienstbarkeitsinhalts gerichtlich feststellen lassen.

## Die Entscheidung

Der BGH (Urteil vom 12.12.2014 – V ZR 36/14) stellt fest, dass dem Dienstbarkeitsberechtigten kein Anspruch auf Abänderung des Ausübungsbereichs der Dienstbarkeit zusteht. Das Gesetz sieht in § 1023 Abs. 1 BGB das Recht vor, den Ausübungsbereich einer Dienstbarkeit auf eine andere Stelle zu verlegen,

wenn die Ausübung an der bisherigen Stelle für den Grundstückseigentümer besonders beschwerlich ist. § 1023 BGB gewährt dieses Verlegungsrecht ausdrücklich nur dem Grundstückseigentümer. Ob auch der Dienstbarkeitsberechtigte die Verlegung des Ausübungsbereichs verlangen kann, war bislang umstritten. Der Fünfte Senat des Bundesgerichtshofs sieht für eine entsprechende Anwendung des § 1023 BGB auf den Dienstbarkeitsberechtigten keinen Raum, wenn die Ausübungsstelle rechtsgeschäftlich festgelegt wurde und diese Vereinbarung als Inhaltsbestimmung in das Grundbuch eingetragen worden ist.

Der gesetzliche Verlegungsanspruch sei von dem Gesetzgeber bewusst ausschließlich zu Gunsten des Grundstückseigentümers geschaffen worden. Der Grundstückseigentümer, der eine inhaltlich beschränkte Dienstbarkeit bewilligt habe, müsse sich darauf verlassen können, dass diese grundsätzlich in bewilligter Form bestehe und nicht durch einen Veränderungsanspruch des Dienstbarkeitsberechtigten unterlaufen werde. Schließlich sei auch das Vertrauen von etwaigen Rechtsnachfolgern darauf, dass das Grundbuch die Ausübungsstelle von Dienstbarkeiten verlässlich wiedergebe, schutzwürdig. Demgegenüber erscheinen die Interessen des Dienstbarkeitsberechtigten – noch dazu, wenn er an einer willkürlichen Verlagerung des Ausübungsbereichs selbst mitgewirkt habe – weniger schützenswert. Der BGH lässt in seiner Entscheidung

anklingen, dass die entsprechende Anwendung der Vorschrift auf den Dienstbarkeitsberechtigten ggf. in Betracht käme, sofern die Verlegung des Ausübungsbereichs auf nachträglich eingetretenen Umständen beruhe, die mit unzumutbaren Nachteilen für den Dienstbarkeitsberechtigten verbunden seien.

## Praxistipp

Die dingliche Sicherung von Nutzungsrechten an fremden Grundstücken mittels beschränkter persönlicher Dienstbarkeit dient zumeist dem Schutz von Investitionen des Nutzers. Vor Tätigung solcher Investitionen sollten Dienstbarkeitsberechtigte Umfang und Ausübungsbereich der betroffenen Dienstbarkeit – insbesondere bei älteren Rechten – genau überprüfen. Bei Abweichen der tatsächlichen Nutzung von der grundbuchlich gesicherten Nutzung geht der angestrebte Investitionsschutz ins Leere, sofern nicht schuldrechtlich ein Abänderungsrecht vereinbart wurde. ■



**Isabel Schreyger**

Partnerin bei CMS Köln.

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

# Vorsicht beim formularmäßigen Ausschluss des Konkurrenzschutzes im Mietvertrag

## Hintergrund

Zwischen dem Kläger (Mieter) und dem Beklagten (Vermieter) bestand seit 2010 ein Mietverhältnis über ein Restaurant mit „Außer-Haus-Verkauf“ in einem SB-Warenhaus. Im Mietvertrag waren Konkurrenz- und Sortimentsschutz ausgeschlossen und der Mieter war verpflichtet, sein Geschäft während der Warenhaus-Öffnungszeiten ununterbrochen zweckentsprechend zu nutzen (Betriebspflicht). Daneben musste er das für sein Geschäft typische Sortiment dauerhaft und nachhaltig in gehobenem Niveau und branchenüblicher Form attraktiv anbieten (Sortimentsbindung), die Verkaufspreisgestaltung hatte dem Preisniveau des SB-Warenhauses zu entsprechen und enthielt daneben eine Preisunterbietungspflicht (Preisgestaltung). Bei Verstößen des Mieters gegen diese Verpflichtungen war eine Vertragsstrafe vorgesehen. Der Vermieter betrieb seit 2012 gegenüber dem Restaurant des Mieters einen Stehimbiss. Der Mieter verlangte vom Vermieter erfolglos Unterlassung des Betriebs. Der Mieter machte gegen den Vermieter daraufhin Unterlassungsansprüche wegen der Konkurrenzschutzverletzung klageweise geltend.

## Die Entscheidung

In seinem Urteil vom 25.11.2014 – 6 U 117/13 – hat das OLG Brandenburg entschieden, dass der Mieter

unter dem Gesichtspunkt des vertragsimmanenten Konkurrenzschutzes die begehrte Unterlassung verlangen kann. Der Konkurrenzschutz sei im Mietvertrag nicht wirksam ausgeschlossen worden, da der mietvertraglich vorgesehene Ausschluss den Mieter in der vorzunehmenden Gesamtschau unangemessen benachteilige und daher gemäß § 307 Abs. 1 BGB unwirksam sei.

Zwar bestehen gegen den formularmäßigen Ausschluss des Konkurrenzschutzes als solchen – auch in Verbindung mit der formularmäßigen Vereinbarung einer Betriebspflicht – grundsätzlich keine Bedenken. Vorliegend müsse jedoch berücksichtigt werden, dass im Mietvertrag durch Allgemeine Geschäftsbedingungen nicht nur der Konkurrenzschutz ausgeschlossen und eine Betriebspflicht auferlegt wurden, sondern darüber hinaus eine Sortimentsbindung und Vorgaben hinsichtlich der Preisgestaltung bestanden. Die Vielzahl der dem Mieter auferlegten Beschränkungen führe in dieser Summierung zu einer unangemessenen Benachteiligung des Mieters und damit zu einer Unwirksamkeit des „Klauselwerks“ insgesamt und nicht nur zu einer Unwirksamkeit der einzelnen Klauseln.

Nach gefestigter Rechtsprechung bestehe daher grundsätzlich die Verpflichtung des Vermieters, vertragsimmanenten Konkurrenzschutz zu gewähren. Zwar bestehe dieser

nur, wenn die Interessenabwägung im Einzelfall ergibt, dass der Konkurrenzschutzanspruch des Mieters die Belange des Vermieters an der beliebigen Verfügbarkeit über sein Eigentum überwiegt. Dies sei jedoch im vorliegenden Fall gegeben.

## Praxistipp

Gewerbliche Vermieter können weiterhin mietvertraglich einen formularmäßigen Ausschluss des Konkurrenzschutzes zusammen mit der Vereinbarung einer Betriebspflicht wirksam vereinbaren. Bei weiteren Restriktionen wie konkreten Sortimentsbindungen sowie Vorgaben zur Preisgestaltung ist jedoch Vorsicht geboten, da sich daraus ein Summierungseffekt ergeben kann, der zu einer unangemessenen Benachteiligung des Mieters und einer Unwirksamkeit der Klauseln insgesamt führen kann. ■



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

# Keine Haftung des Vermieters für Umsatzausfall des Mieters wegen Erhaltungsmaßnahmen

## Hintergrund

Die Klägerin hatte den Beklagten Gewerberäume zum Betrieb eines Restaurants vermietet. An der Mietsache traten Mängel auf, derentwegen die Mieter die Miete minderten. Die Klägerin zeigte den Mietern daraufhin im Januar 2013 schriftlich die Mangelbeseitigung an. Die Mieter verweigerten jedoch die Duldung der Erhaltungsmaßnahmen, solange nicht eine Regelung hinsichtlich der zu erwartenden Umsatzausfälle infolge der erforderlichen Schließung vereinbart worden sei. Eine solche Regelung unterblieb ebenso wie die Mangelbeseitigung. Ab März 2013 zahlten die Mieter eine um ca. 40 % geminderte Miete. Am 04.07.2013 erklärte die Klägerin die fristlose Kündigung wegen Zahlungsverzugs und begehrte von den Beklagten die Räumung und Herausgabe der Mietsache. Die Mieter traten diesem Verlangen mit der Auffassung entgegen, zur Minderung der Miete berechtigt zu sein.

## Die Entscheidung

Der BGH entschied mit Urteil vom 13.05.2015 – XII ZR 65/14 –, dass die beklagten Mieter die zur Mangelbeseitigung erforderlichen Arbeiten zu dulden hätten und sich deshalb nach Treu und Glauben gemäß § 242 BGB nur so lange auf eine Minderung der Miete berufen dürften, bis die Mangelbeseitigung nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge voraussichtlich abgeschlossen gewesen wäre. Zur Feststellung dieses Zeit-

raums und der damit verbundenen Frage, ob die Voraussetzungen der außerordentlichen Kündigung nach § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB vorlagen, wurde der Rechtsstreit zurückverwiesen. Der BGH begründete seine Entscheidung damit, dass der Mieter nach §§ 578 Abs. 2 S. 1, 555 a Abs. 1 BGB verpflichtet sei, Erhaltungsmaßnahmen zu dulden. Mit dieser Verpflichtung sei grundsätzlich kein Anspruch auf Ersatz des Umsatzausfalls verbunden. Ein solcher ergebe sich nicht aus §§ 578 Abs. 2 S. 1, 555 a Abs. 3 BGB, weil es sich bei den Umsatzeinbußen nicht um Aufwendungen, sondern um einen Schaden handle. Schadensersatz kann der Mieter von dem Vermieter jedoch nur verlangen, wenn ihm aufgrund eines sog. „anfänglichen“ Mangels ein Schaden entstanden ist (sog. Garantiehaftung des Vermieters) oder dieser auf einem Mangel beruht, den der Vermieter zu vertreten hat. Letzteres fordert in der Regel ein schuldhaftes Handeln oder Unterlassen des Vermieters. Ein solches ergebe sich nicht allein daraus, dass der Vermieter die Erhaltungsmaßnahme veranlasst hat, weil er hierzu gemäß § 535 Abs. 1 S. 2 BGB verpflichtet sei. Auch ergebe sich zu Gunsten der Mieter kein Schadensersatzanspruch aufgrund des Verzugs des Vermieters mit der Mängelbeseitigung, weil die Umsatzeinbußen jedenfalls keine kausale Folge eines etwaigen Verzugs der Mangelbeseitigung seien, sondern auch bei einer sofortigen Beseitigung entstanden wären.

## Praxistipp

Mieter haben Erhaltungsmaßnahmen grundsätzlich zu dulden, auch wenn diese zu Nachteilen, etwa zu erheblichen Umsatzeinbußen führen. Um die Nachteile in einem erträglichen Rahmen zu halten, ist zu empfehlen, sich mit dem Vermieter frühzeitig abzustimmen. Für nicht dringliche Maßnahmen besteht auf eine solche Abstimmung aufgrund der besonderen Rücksichtnahmepflicht des Vermieters sogar ein Anspruch. Auf diese Weise können etwa saisonale Besonderheiten oder ein geplanter Betriebsurlaub berücksichtigt werden. Ob dem Mieter neben der Minderung der Miete ein Anspruch auf Schadensersatz zusteht, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab, insbesondere davon, inwieweit es sich um die Beseitigung eines sog. „anfänglichen“ Mangels bzw. eines Mangels handelt, den der Vermieter zu vertreten hat. ■



**Philipp Schönnenbeck**

Rechtsanwalt bei CMS Düsseldorf.

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

# Zur Verlängerung der Frist für die Verjährung einer Bürgschaftsforderung von drei Jahren auf fünf Jahre in Allgemeinen Geschäftsbedingungen

## Hintergrund

Der Anspruch eines Gläubigers gegen den Bürgen seines Schuldners unterfällt den allgemeinen Verjährungsvorschriften des BGB. Die Bürgschaftsforderung verjährt damit gemäß § 195 i. V. m. § 198 Abs. 1 BGB nach drei Jahren, beginnend mit dem Ende des Jahres, in dem der Anspruch gegen den Bürgen entstanden ist und der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen Kenntnis erlangt hat oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätte erlangen müssen.

## Die Entscheidung

Der Bundesgerichtshof hat in seinem Urteil vom 21.04.2015 – XI ZR 200/14 – klargestellt, dass die Verlängerung der Verjährungsfrist für eine Bürgschaftsforderung von drei auf fünf Jahre auch in Allgemeinen Geschäftsbedingungen keine unangemessene Benachteiligung gegenüber dem Bürgen darstellt, wenn die Klausel in sich ausgewogen und nicht einseitig für den Klauselverwender begünstigend ist. Vorliegend sei von einer Begünstigung beider Vertragsparteien auszugehen. So solle in diesem Fall die Verjährungsfrist von fünf Jahren für Ansprüche aus der Bürg-

schaft in jedem Fall gelten, so dass die Regelung nicht nur die Regelverjährung von drei Jahren aus § 195 BGB, sondern auch die kenntnisunabhängige Verjährungshöchstfrist von zehn Jahren nach § 199 Abs. 4 BGB verdränge. Der Gläubiger als Verwender der Klausel habe also auf der einen Seite den Vorteil einer längeren Verjährungsfrist, auf der anderen Seite jedoch auch den Nachteil, dass er sich nicht auf die kenntnisunabhängige Verjährungshöchstfrist von zehn Jahren berufen könne. Ferner sei die Klausel vorliegend so ausgestaltet, dass die Verjährungsfrist zum Ende des Jahres beginne, in dem die Bürgschaftsansprüche fällig werden. Abweichend von § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB beginne die Verjährung damit unabhängig von einer Kenntnis bzw. grob fahrlässigen Unkenntnis des Bürgschaftsgläubigers von der Anspruchsentstehung. Auch diese Regelung begünstige den Bürgen. Insgesamt konstatiert der BGH, dass die Abweichung vom gesetzlichen Leitbild der Regelverjährung maßvoll bleibe und der gesetzliche Schutzzweck des Verjährungsrechts, den Schuldner vor unangemessen langer Inanspruchnahme zu schützen und Rechtsfrieden herzustellen, nicht gefährdet sei.

## Praxistipp

Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs ist richtig und bestätigt die gängige Praxis, die Verjährungsfrist für die Bürgschaftsforderung auf zumindest fünf Jahre zu verlängern. Dies sollte man aus Gläubigersicht auch tun, da sonst der gesetzliche Regelfall und damit die Regelverjährungsfrist von drei Jahren zur Anwendung kommt. Offengelassen hat der BGH dagegen die Frage, ob die in Bürgschaftsbedingungen verbreitete AGB-Klausel, wonach „die Bürgschaftsforderung nicht vor der gesicherten Hauptforderung verjährt“, ebenfalls AGB-rechtlich nicht zu beanstanden ist. ■



**Dr. Sebastian Huck,**  
**LL. M., UWE Bristol**  
Rechtsanwalt bei CMS Hamburg.  
E [sebastian.huck@cms-hs.com](mailto:sebastian.huck@cms-hs.com)

# Bürgschaften für Mängelansprüche in Höhe von 8 % der Auftragssumme: Klausel unwirksam

## Hintergrund

Die aus einer Vertragserfüllungsbürgschaft in Anspruch genommene Bürgin wendet ein, dass die Sicherungsabrede unwirksam sei.

Gemäß Nr. 6.1 BVB war eine Vertragserfüllungsbürgschaft gemäß § 33.1 ZVB über 5 % der Auftragssumme zu stellen, gemäß Nr. 6.2 BVB eine Gewährleistungsbürgschaft über 3 % der Auftragssumme. Gemäß § 33.1 ZVB sollte die Vertragserfüllungssicherheit auch Gewährleistungsansprüche absichern. Zudem sah der Vertrag vor:

Nr. 6.1 BVB: „... Nach Empfang der Schlusszahlung und Erfüllung aller bis dahin erhobenen Ansprüche kann der AN verlangen, dass die Bürgschaft in eine Gewährleistungsbürgschaft ... in Höhe von 3,0 % der Abrechnungssumme umgewandelt wird.“

Nr. 34.6 ZVB: „Die Urkunde über die Vertragserfüllungsbürgschaft wird nach vorbehaltloser Annahme der Schlusszahlung zurückgegeben, wenn der AN

- die Leistungen vertragsgemäß erfüllt hat,
- etwaige erhobene Ansprüche (einschließlich Ansprüche Dritter) befriedigt hat und
- eine vereinbarte Sicherheit für Gewährleistung geleistet hat.“

## Die Entscheidung

Der BGH (Urteil vom 22.01.2015 – VII ZR 120/14) gibt der Bürgin Recht. Nach dem in § 786 Abs. 1 S. 1 BGB geregelten Grundgedanken der

Akzessorietät kann der Bürge die Unwirksamkeit der Sicherungsabrede gegenüber dem Gläubiger einwenden.

§ 6.1 und 6.2 BVB i. V. m. § 33.1 und 34.6 ZVB benachteiligen den Auftragnehmer gemäß § 307 Abs. 1 BGB unangemessen. Die oben zitierten Regelungen erlauben es dem Auftraggeber, die Vertragserfüllungsbürgschaft, die außerdem Gewährleistungsansprüche sichern soll, auch noch längere Zeit nach erfolgter Abnahme zu behalten.

Nach der kundenfeindlichsten Auslegung von Nr. 34.6 ZVB darf der Auftraggeber die Vertragserfüllungsbürgschaft so lange zurückhalten, bis die Höhe der dem Auftragnehmer zustehenden Forderungen feststeht, was bei einem Rechtsstreit Jahre dauern kann. Da die Vertragserfüllungsbürgschaft auch Gewährleistungsansprüche sichert, kommt es für einen erheblichen Zeitraum nach der Abnahme der Werkleistung zu einer Sicherung der Gewährleistungsansprüche im Umfang von 8 % der Auftragssumme. Zulässig ist jedenfalls eine Absicherung von Gewährleistungsansprüchen im Umfang von 5 %. Somit hätte der Auftraggeber im vorliegenden Fall durch das Zusammenwirken der beiden Sicherheiten eine unangemessene Übersicherung erzielt.

## Praxistipp

Bei der Vertragsgestaltung von Sicherungsabreden ist die umfangreiche höchstrichterliche Rechtsprechung zur Unwirksamkeit vorformulierter Sicherungsabreden zu beachten.

Nicht zu beanstanden sind nach mittlerweile gefestigter Rechtsprechung Sicherheiten bis 5 % der Abrechnungssumme. Eine höhere Absicherung widerspricht dem Grundsatz, dass die Belastung des Auftragnehmers durch Sicherheitsleistungen nach erfolgter Vertragserfüllung gering zu halten ist.

Somit gilt der Grundsatz: Weniger ist mehr!

Bereits mit Urteil vom 01.10.2014 – VII ZR 164/12 – hat der BGH entschieden, dass sich die Unwirksamkeit auf alle Klauseln erstreckt, aus denen sich – eventuell im Zusammenwirken – die Unwirksamkeit ergibt. Dadurch kann der Auftraggeber beide Sicherheiten, die für die Vertragserfüllung und die für die Gewährleistung, verlieren.

Denkbar ist die individualvertragliche (ggf. konkludente) Vereinbarung einer höheren Sicherheit. Eine solche Vereinbarung ist allerdings nach Auffassung des BGH im vorliegenden Urteil nicht bereits darin zu sehen, dass eine von der Sicherungsabrede abweichende Bürgschaftsurkunde übergeben und vom Auftraggeber angenommen wird. ■



**Dr. Katrin Rohr-Suchalla**  
Partnerin bei CMS Stuttgart.  
E [katrin.rohr@cms-hs.com](mailto:katrin.rohr@cms-hs.com)



# Streit über Nachtragsforderung: Auftragnehmer muss nicht mit Arbeiten beginnen

## Hintergrund

In dem der Entscheidung des OLG Koblenz vom 06.11.2014 – 6 O 245/14 – zugrunde liegenden Fall verweigerte der Auftragnehmer die Leistung, nachdem Streit darüber entstand, ob die Leistung eine zusätzliche Leistung darstellt und deshalb auch zusätzlich zu vergüten ist. Der öffentliche Auftraggeber lehnte die gestellte Nachtragsforderung als unberechtigt ab und verlangte nach Entziehung des Auftrags gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B die Erstattung der Fertigstellungsmehrkosten. Das OLG Koblenz hatte sich mit der Fragestellung zu beschäftigen, ob der Auftragnehmer die Leistung bei endgültiger Ablehnung eines Mehrvergütungsanspruchs durch den Auftraggeber verweigern darf.

## Die Entscheidung

Das OLG Koblenz bejahte das Leistungsverweigerungsrecht des Auftragnehmers. Es begründet das Leistungsverweigerungsrecht mit der Unzumutbarkeit der Leistung für den Auftragnehmer, wenn es

der Auftraggeber von vornherein ablehnt, eine zusätzlich geforderte Leistung zu vergüten, und die neue Vergütung von der ursprünglich vereinbarten Vergütung nicht nur unerheblich abweicht.

Ist das Leistungsverzeichnis erkennbar lückenhaft, trägt der Auftragnehmer das Kalkulationsrisiko, wenn er vor Abgabe des Angebots nicht nachfragt. Hier war das Leistungsverzeichnis aber eindeutig – der Auftraggeber forderte eine im Vertrag nicht vorgesehene Leistung, die er auch zusätzlich vergüten muss. Indem er von vornherein jegliche Verhandlungen über eine etwaige besondere Vergütung ablehnte, verstieß der Auftraggeber gegen seine bauvertragliche Kooperationspflicht. Das Risiko, dass sich im Nachhinein herausstellt, dass die Ablehnung objektiv zu Unrecht erfolgte, trägt der Auftraggeber, der durch einen Architekten sachkundig vertreten war.

Dabei spielt es keine Rolle, dass das Nachtragsverlangen des Auftragnehmers deutlich überhöht gewesen war. Zum einen erklärte sich der Auftrag-

geber ohnehin nicht zu Verhandlungen bereit; zum anderen hielt der Auftragnehmer nicht unverrückbar an der überhöhten Nachtragsforderung fest.

## Praxistipp

Der Auftraggeber ist im Rahmen seiner bauvertraglichen Kooperationspflicht gehalten, über Nachtragsforderungen des Auftragnehmers zu verhandeln, statt diese von vornherein strikt zurückzuweisen. Die Verhandlungsbereitschaft sollte möglichst dokumentiert werden. ■



**Judith Eirich, LL.M.**  
Rechtsanwältin bei CMS Berlin.  
E [judith.eirich@cms-hs.com](mailto:judith.eirich@cms-hs.com)

# Wie sind nicht angeordnete Zusatzleistungen abzurechnen?

## Hintergrund

Gemäß § 2 Abs. 8 Nr. 2 VOB/B kann ein Bauunternehmer, der ohne Anordnung Bauleistungen erbringt, eine Vergütung für diese Leistungen u. a. dann verlangen, wenn die Leistungen für die Erfüllung des Vertrags notwendig waren. Das Werkvertragsrecht des BGB enthält keine entsprechende Regelung.

## Die Entscheidung

Das OLG Karlsruhe hatte darüber zu entscheiden, ob ein Bauunternehmer, der in seinem Angebot zum Abschluss eines BGB-Werkvertrags für im Einzelnen benannte Leistungen Preise angegeben und hieraus einen Pauschalpreis abgeleitet hatte, für zusätzliche Leistungen, die nicht ausdrücklich Gegenstand des Angebots waren, eine über die vereinbarte Pauschale hinausgehende Vergütung verlangen kann. Der Bauunternehmer erbrachte diese Leistungen eigenmächtig ohne Abstimmung mit dem Besteller, da er sie für erforderlich hielt.

Das OLG Karlsruhe (Urteil vom 28.04.2015 – 8 U 143/13) sieht eine mögliche Anspruchsgrundlage in der Geschäftsführung ohne Auftrag oder in einer ungerechtfertigten Bereicherung. Es führt aus, dass für eine mangelfreie Errichtung des

Bauwerks notwendige Leistungen in aller Regel dem Interesse und mutmaßlichen Willen des Auftraggebers entsprechen werden. Das Gericht wies die Klage trotzdem ab, weil der Bauunternehmer seine Forderungen nicht hinreichend dargelegt hatte.

Zwar könne der Bauunternehmer auch im Rahmen eines BGB-Werkvertrags eine zusätzliche Vergütung verlangen, sofern die Vertragsparteien keinen Globalpauschalpreis vereinbaren, mit dem alle zur Herstellung des Werks erforderlichen Leistungen abgegolten werden. Vorliegend verneinte das OLG zwar einen Globalpauschalpreis, weil sich die Pauschale auf die im Angebot des Bauunternehmers einzeln aufgeführten Leistungen bezog. Dem Bauunternehmer war es jedoch nicht gelungen, die zusätzlichen Leistungen von den Leistungen abzugrenzen, die von der vereinbarten Pauschalvergütung umfasst waren.

## Praxistipp

Häufig scheidet die Abrechnung zusätzlicher Leistungen – wie im vorliegenden Fall – bereits daran, dass keine eindeutige Abgrenzung vom vertraglich geschuldeten Bau-soll erfolgt. Hierdurch gefährden Bauunternehmer nicht selten ihnen eigentlich zustehende Zahlungsansprüche, was bei sorgfältiger Ab-

rechnung der erbrachten Leistungen vermeidbar wäre.

Gelingt dem Bauunternehmer diese Abgrenzung, muss er zwei weitere Schritte gehen, um erfolgreich zusätzlichen Werklohn zu verlangen. Zum einen muss er – sofern der Besteller die Leistungen nicht als vertragsgemäß anerkennt – darlegen, dass die Leistungen zur Herstellung des vertraglich vereinbarten Werks erforderlich waren. Zum anderen muss er die Höhe der zusätzlichen Vergütung ermitteln. Hier wird es dem Bauunternehmer jedoch leicht gemacht: Er kann seinen Aufwendungsersatzanspruch für die zusätzlichen Leistungen auf Grundlage der üblichen Vergütung gemäß § 632 Abs. 2 BGB berechnen. ■



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

# Entschädigung wegen Bauzeitverzögerung: Wie ist die Anspruchshöhe darzulegen?

## Hintergrund

Im Rahmen der Sanierung eines öffentlichen Verwaltungsgebäudes wurde der Auftragnehmer mit Metallbau- und Glasarbeiten beauftragt. Zunächst sollte die Ausführung durch den Auftragnehmer am 30.07.2010 beginnen und die Fertigstellung knapp drei Monate später am 21.10.2010 erfolgen. Wegen Verzögerungen auf der Baustelle wurde der Beginn der Arbeiten jedoch auf den 26.09.2011 und der Fertigstellungstermin auf den 26.10.2011 verschoben. Der Auftragnehmer übersandte dem Auftraggeber ein Nachtragsangebot, Bauzeitverlängerungskosten von über EUR 235.000,00 betreffend. Seine Mehrforderung begründete er damit, seinen allgemeinen Geschäftsbetrieb für die Dauer der Bauzeitverschiebung bereitgehalten zu haben, ohne diesen anderweitig nutzbringend einsetzen zu können; Füllaufträge seien nicht vorhanden gewesen. Nachdem der Auftraggeber nicht bezahlte, machte der Auftragnehmer die Bauzeitverlängerungskosten auf Grundlage der §§ 6 Abs. 6 VOB/B und 642 Abs. 2 BGB klageweise geltend.

## Die Entscheidung

Ohne Erfolg! Mit Urteil vom 08.04.2015 – 17 U 35/14 – entschied das OLG Köln, dass der Auftragnehmer die Voraussetzungen für einen Anspruch wegen Bauzeitverzögerung nicht ausreichend dar-

gelegt habe. Für die Darlegung des entstandenen Schadens nach § 6 Abs. 6 VOB/B bzw. als Voraussetzung für eine angemessene Entschädigung nach § 642 Abs. 2 BGB bedürfe es einer konkreten „bauablaufbezogenen Darstellung“. Dazu gehört u. a. eine genaue Aufstellung darüber, welche Arbeitskräfte und -mittel (Maschinen o. Ä.) entgegen der ursprünglichen Planung weder an dieser Baustelle des Auftraggebers noch auf anderen Baustellen oder sonst anderweitig eingesetzt werden konnten und welche sonstigen ganz bestimmten Nachteile und Verluste der Auftragnehmer gerade wegen der jeweiligen Bauzeitverzögerung erlitten hat. Der Auftragnehmer müsse also im Einzelnen darlegen, wie er den Ablauf des gesamten Bauvorhabens bei dem Auftraggeber geplant hat und wann es bei konkreten Personen bzw. Baumaschinen und -geräten zu welchen Stillständen gekommen ist, die durch rechtzeitig geplante und vorgezogene anderweitige Maßnahmen und Aufträge nicht ausgeglichen werden konnten. Die abstrakte Darstellung, die der Auftragnehmer vorliegend vorgenommen hatte, genüge diesen Anforderungen nicht.

## Praxistipp

Die Anforderungen an die Darlegung von Bauzeitverzögerungen sowie den daraus resultierenden Schadensersatzansprüchen sind sehr hoch. Der Auftragnehmer muss im Rahmen der „bauablaufbezogenen Darstellung“

neben dem geplanten Bauablauf die exakte Behinderung sowie deren konkrete Auswirkungen auf seine Leistungserbringung und die störungsbedingt entstandenen Mehrkosten darlegen. Er hat eine Gegenüberstellung der gesamten betrieblichen Situation vorzulegen, und zwar einmal fiktiv ohne die Bauzeitverzögerung und einmal mit dieser. Dies dürfte, wenn überhaupt, nur mittels eines frühzeitig eingesetzten baubetrieblichen Controllings und einer damit einhergehenden detaillierten Dokumentation möglich sein. Wie einige Oberlandesgerichte zuvor verlangt nun auch das OLG Köln diese „bauablaufbezogene Darstellung“ nicht nur für die Schadenshaftung aus § 6 Abs. 6 VOB/B, sondern auch für Entschädigungsansprüche wegen Annahmeverzugs gemäß § 642 Abs. 2 BGB. ■



**Dr. Katja Küpper**

Rechtsanwältin bei CMS Frankfurt/Main.

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

# Mangel wird nicht beseitigt: Welche Kosten können fiktiv geltend gemacht werden?

## Hintergrund

Im Fall der mangelhaften Ausführung der Werkleistung stellt sich im Zusammenhang mit Schadensersatzansprüchen des Bestellers die Frage, welche Kosten dieser ersetzt verlangen kann, wenn er die Mängel tatsächlich gar nicht beseitigen lässt. Man spricht hier von „fiktiven“ Mängel- oder Schadensbeseitigungskosten. Einen solchen Fall hatte die Entscheidung des OLG Düsseldorf (Urteil vom 23.04.2015 – 5 U 97/14) zum Gegenstand.

## Die Entscheidung

Im Zuge von Estrich- und Bodenarbeiten betrat ein Mitarbeiter des Subunternehmens das im Wohnbereich des Bestellers neu verlegte Parkett mit Nagelschuhen. Dabei entstanden im Parkett bis zu 2 mm tiefe Löcher. Der Besteller machte nunmehr die Kosten für das Abschleifen des Parketts in Höhe von EUR 2.227,63 geltend. Darüber hinaus berief er sich darauf, dass aufgrund der notwendigen Demontage der Sockelleisten und des beim Abschleifen voraussichtlich entstehenden Staubes Malerarbeiten erforderlich seien. Hierauf stützte der Besteller einen Anspruch von weiteren EUR 2.961,41 sowie Reinigungskosten in Höhe von EUR 223,26. Die Schadensbeseitigung führte der Besteller nicht durch.

Das OLG Düsseldorf stellte fest, dass der Besteller dem Grunde nach einen Anspruch auf Ersatz der Kosten für die Beseitigung der Schäden hat,

in diesem Fall also der Kosten für das Abschleifen des Parketts.

Im Übrigen sind aber nach Ansicht des Gerichts nur diejenigen Kosten ersatzfähig, die für die eigentliche Schadensbeseitigung mit Sicherheit entstehen. Diese Kosten könnten auch fiktiv – das heißt unabhängig von der tatsächlichen Beseitigung der Schäden – geltend gemacht werden. Weitere Begleit- oder Folgekosten seien nur dann erstattungsfähig, wenn sie konkret entstehen. Was die Malerkosten angeht, so sei zunächst nicht sicher, dass durch das Abschleifen Staub entstehe, der durch die Malerarbeiten entfernt werden müsste. Auch die Demontage und anschließende Montage der Sockelleisten sei nicht mit Sicherheit erforderlich. Da das Entstehen der Malerkosten im Zuge der Schadensbeseitigung nicht feststehe, hielt das OLG Düsseldorf diese Kosten auch nicht für fiktiv ersatzfähig.

## Praxistipp

Das OLG Düsseldorf vertritt in seiner Entscheidung eine kritische Position gegenüber der Geltendmachung fiktiver Schadenspositionen und setzt sich intensiv mit der hierzu vorhandenen Rechtsprechung und Literatur auseinander. Dabei sind im vorliegenden Fall die fiktiv geltend gemachten Kosten noch moderat. In ähnlich gelagerten Fällen wurden zusätzlich noch fiktiv die Kosten für Übernachtungen in einem Hotel geltend gemacht, da die Räume im Zuge der Malerarbeiten nicht nutzbar seien.

Insbesondere diese letzte Position verdeutlicht, wie umfangreich die Schadensersatzforderungen werden können, obwohl die Schäden tatsächlich gar nicht beseitigt werden. Dass ein Werkunternehmer die Kosten für die Schadensbeseitigung zu tragen hat, leuchtet auch dann ein, wenn sich der Besteller dazu entschließt, mit den Beschädigungen zu leben und diese nicht zu beseitigen. Dass darüber hinaus aber Kosten verlangt werden, die im Zuge einer gedachten Schadensbeseitigung nicht sicher oder – wie im Falle von Hotelkosten – möglicherweise überhaupt nicht angefallen wären, mag für den Betrachter erstaunlich sein.

Hier bietet die Entscheidung des OLG Düsseldorf, die für über die Schadensbeseitigung hinausgehende Kosten einen konkreten Nachweis verlangt, eine interessengerechte Beschränkung und einen praktisch gut handhabbaren Umgang mit fiktiv geltend gemachten Kosten. ■



**Dr. Christoph Grenz**  
Rechtsanwalt bei CMS Düsseldorf.  
E [christoph.grenz@cms-hs.com](mailto:christoph.grenz@cms-hs.com)

# Wie wird der Schaden bei Überschreitung der Baukostenobergrenze berechnet?

## Hintergrund

Wer baut, möchte bereits in der Planungsphase Klarheit darüber erhalten, mit welchen Kosten er zu kalkulieren hat. In Architektenverträgen finden sich daher oft Vereinbarungen zu Baukostenobergrenzen. Kostet das Bauvorhaben letztlich mehr, kann der Bauherr einen Anspruch auf Schadensersatz haben. Anders als im Fall einer Baukostengarantie setzt die Haftung dabei jedoch ein Verschulden des Architekten voraus. Eine Pflichtverletzung kann darin liegen, dass der Planer die Kosten unzutreffend ermittelt hat. Der Kern der Auseinandersetzung im Fall der Überschreitung einer Baukostenobergrenze liegt dann regelmäßig in der Ermittlung des Schadens, den der Bauherr erlitten hat. Hiermit befasste sich der BGH in einem Urteil vom 21.06.2015 – VII ZR 190/14.

## Die Entscheidung

Der BGH hatte einen Fall zu entscheiden, in dem der Bauherr den planenden Architekten auf Schadensersatz wegen der Überschreitung einer vereinbarten Baukostenobergrenze in Anspruch nahm. Nachdem die Klage des Bauherrn in erster Instanz fast vollständig abgewiesen wurde, sprach ihm das OLG Zweibrücken einen Großteil der Klageforderung zu – insbesondere die Mehrkosten für die Bauausführung und die höheren Finanzierungskosten. Zur Begrün-

dung führte das OLG aus, der Verkehrswert des Grundstücks mitsamt dem errichteten Einfamilienhaus erreiche bereits nicht die vereinbarte Baukostenobergrenze. Die über die Baukostenobergrenze hinausgehenden Kosten seien daher als Schaden erstattungsfähig.

Dieser Argumentation folgt der BGH nicht. Er erkennt einen Schadensersatzanspruch nur in Höhe der Finanzierungsmehrkosten an und verweist den Fall wegen der erhöhten Baukosten an das OLG zurück. Mit dem Urteil bekräftigt der BGH seine bisherige Rechtsprechung (vgl. Urteil vom 16.12.1993 – VII ZR 115/92) zur Schadensermittlung bei überschießenden Baukosten. Entscheidend ist demnach ein Vergleich der tatsächlichen Vermögenslage des Bauherrn beim Schluss der letzten mündlichen Verhandlung einerseits mit der hypothetischen Situation ohne die Pflichtverletzung des Architekten andererseits. Bei der Ermittlung der tatsächlichen Vermögenslage ist insbesondere auch eine mögliche Wertsteigerung des Grundstücks durch die höheren Baukosten zu berücksichtigen. Ein Schaden liegt insoweit nicht vor, als das Grundstück wegen der höheren Baukosten einen Wertzuwachs erhalten hat.

## Praxistipp

Mit der Entscheidung bleibt der BGH seiner zutreffenden Linie treu, nach der auch zu ermitteln ist, in welchem

Umfang der Bauherr von der Überschreitung der Baukostenobergrenze profitiert hat. Der Ansatz des OLG Zweibrücken würde das Risiko auf den Architekten verlagern, dass die Herstellungskosten des Gebäudes den Verkehrswert des Grundstücks um zumindest diesen Betrag erhöhen. Der Verkehrswert eines Grundstücks wird maßgeblich durch seine Lage geprägt. Ob ein Bauherr ein aufwendiges Haus an einem „schlechten“ Standort errichten lässt, ist seine Entscheidung.

Die Rechtsprechung macht es dem Bauherrn schwer, sich Baukostensteigerungen als Schaden vom planenden Architekten ersetzen zu lassen. Die Mehrkosten der Finanzierung wird der Bauherr hingegen regelmäßig leichter durchsetzen können. ■



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

# Erstattungsfähig sind nur die Kosten für erforderliche Mängelbeseitigungsmaßnahmen

## Hintergrund

Der BGH befasste sich in seinem Urteil vom 25.06.2015 – VII ZR 220/14 – u. a. mit Fragen der Darlegungs- und Beweislast für die Erforderlichkeit von Mängelbeseitigungsarbeiten, die im Rahmen einer Ersatzvornahme von einem Drittunternehmer ausgeführt wurden. Der Kläger hatte argumentiert, es komme nicht auf die Erforderlichkeit an, sondern darauf, dass er darauf habe vertrauen dürfen, der Drittunternehmer werde nur für die Mängelbeseitigung erforderliche Arbeiten durchführen. Dem erteilte der BGH eine Absage.

## Die Entscheidung

Der BGH entschied, dass der Auftraggeber, verlangt er vom Auftragnehmer Kostenerstattung für Mängelbeseitigungsarbeiten, die im Wege der Ersatzvornahme durchgeführt wurden, die Erforderlichkeit der Mängelbeseitigung und deren Kosten darzulegen und ggf. zu beweisen habe. Er bestätigte die Ausführungen des Berufungsgerichts, nach denen nicht zu beanstanden sei, dass der Kläger einen Drittunternehmer auf Stundenlohnbasis beauftragt habe. Bei Beauftragung des Drittunternehmers hätten Art und Umfang der Mängel und der zu ihrer Beseitigung erforderlichen

Arbeiten nicht in jeder Hinsicht abschließend festgestanden. Dem Auftraggeber stehe aber das Recht zu, einen Mangel, den der Auftragnehmer nicht beseitigt, rasch und zuverlässig zu beheben. Sei ein zuverlässiger Unternehmer, der die Arbeiten auf Einheitspreisbasis oder zu einer Pauschale ausführt, kurzfristig nicht zu finden, sei es dem Auftraggeber keineswegs verwehrt, die Arbeiten auf Stundenlohnbasis zu beauftragen. Der zur Ersatzvornahme berechnete Auftraggeber müsse sich zwar im Rahmen des wirtschaftlich Vertretbaren halten, sei aber nicht gezwungen, den preisgünstigsten Anbieter zu ermitteln und zu beauftragen. Stets müsse es sich aber bei den so beauftragten Arbeiten ausschließlich um solche zur Mängelbeseitigung handeln. Könne der Auftraggeber nicht darlegen und beweisen, dass bestimmte Arbeiten für die Mängelbeseitigung erforderlich seien bzw. dass es sich bei Ihnen nicht um Sowiekosten handele, könne er insoweit keine Kostenerstattung verlangen. Ein Vertrauen darauf, der Drittunternehmer werde nur solche Arbeiten ausführen, die der Mängelbeseitigung dienen, werde nicht geschützt. Würden andere Arbeiten mit ausgeführt, sei der Auftraggeber zu Lasten des Auftragnehmers zu Unrecht bereichert.

## Praxistipp:

Die Entscheidung verdeutlicht, dass die Großzügigkeit der Rechtsprechung bei der Beurteilung von Ersatzvornahmekosten Grenzen hat. Es ist einem Auftraggeber von Ersatzvornahmemaßnahmen dringend anzuraten, sich sorgfältig zu vergewissern und eventuell zu dokumentieren, dass die Arbeiten auch tatsächlich zur Mängelbeseitigung erforderlich sind. Soweit dies nicht der Fall ist, wird er einen Erstattungsanspruch gegen den Auftragnehmer, der den Mangel verursacht, aber nicht beseitigt hat, nicht durchsetzen können. ■



**Christian Reuter**  
Partner bei CMS Hamburg.  
E [christian.reuter@cms-hs.com](mailto:christian.reuter@cms-hs.com)

# Auch ohne Vertrag: Ingenieur haftet gegenüber Grundstückserwerber

## Hintergrund

Die Stadt W. beauftragt eine Ingenieurgesellschaft mit der Planung und Bauüberwachung von Bodenverbesserungsmaßnahmen, um ein Gewerbegebiet baureif zu machen. Die Bodenverdichtung soll durch das Verfahren „Dynamische Intensivverdichtung“ erfolgen. Der Bauunternehmer meldet Bedenken an und legt ein Nachtragsangebot vor. Die Stadt W., handelnd durch einen Projektsteuerer, lehnt das Nachtragsangebot, in dem darauf hingewiesen wird, dass mit dem Verfahren die vereinbarten Setzungsdifferenzen von 1 cm im Tiefen über 8 m nicht realisierbar sind, ab. Die Klägerin erwirbt von der Stadt W. eine Fläche, die von den Bodenverbesserungsmaßnahmen betroffen ist, und errichtet dort eine Fabrik. Es kommt zu Setzungen von bis zu 69 cm und Zerstörungen von Erschließungsanlagen und Leitungen. Die Klägerin begehrt Schadensersatz.

## Die Entscheidung

Der BGH (Urteil vom 12.03.2015 – VII ZR 173/13) weist die Sache zur Entscheidung an das OLG zurück, da es in falscher Besetzung entschieden hat, und gibt Hinweise für die neu zu eröffnende Berufungsverhandlung: Zwischen der Klägerin als Käuferin der Grundstücksfläche und dem Ingenieurbüro besteht kein Vertragsverhältnis.

Während das LG einen Anspruch aus abgetretenem Recht annahm, legte das OLG seiner Entscheidung einen Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter zugrunde. Der BGH setzt einen Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten

Dritter seiner Entscheidung voraus und weist darauf hin, dass der Anspruch des Dritten nicht weitergehen könne als der Anspruch des Vertragspartners. Die Klägerin müsse sich deswegen das Verschulden der Stadt W. wie eigenes zurechnen lassen.

Die Stadt W. durfte das Bauvorhaben aufgrund der offenkundigen Risiken nicht vornehmen. Sie verstieß gegen ihre Obliegenheit (§ 254 BGB), sich selbst vor Schaden zu bewahren, indem sie trotz Kenntnis der Gefahrenlage handelte.

Die Stadt W. und damit auch die Klägerin muss sich zudem das Verschulden des für sie handelnden Projektsteuerers, der auch im Verhältnis zur beklagten Ingenieurgesellschaft Erfüllungsgelhilfe der Stadt ist, gemäß §§ 254 Abs. 2 S. 2, 278 S. 1 BGB haftungsmindernd zurechnen lassen.

## Praxistipp

Die Hinweise des BGH zur Zurechnung des Verschuldens Dritter entsprechen ständiger Rechtsprechung. Auf die Voraussetzungen eines Vertrags mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter geht er allerdings nicht ein.

Ein Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter setzt Leistungsnähe, Schutzinteresse des geschädigten Nicht-Vertragspartners, deren Erkennbarkeit und Schutzbedürftigkeit voraus. Insbesondere Letztere scheint vorliegend problematisch, da kaufrechtliche Gewährleistungsansprüche gegen die veräußernde Stadt W. denkbar wären. Zwar hat der BGH in früheren Entscheidungen eine Haf-

tung des bauüberwachenden Architekten für die fehlerhafte Erstellung von Baustandsberichten bejaht, obwohl dem Kläger ein inhaltsgleicher vertraglicher Schadensersatzanspruch gegen den (insolventen) Bauträger zustand. Eine solche Haftung des beauftragten Unternehmers hat er jedoch zuletzt mit Urteil vom 18.02.2014 – VI ZR 383/12 – mit der Begründung einer sonst ausufernden Haftung abgelehnt, da dem Geschädigten ein (inhaltsgleicher) vertraglicher Anspruch aus öffentlich-rechtlichem Schuldverhältnis mit der beteiligten Stadt zustand. Legt man diese Entscheidungen zugrunde, so ist kein Raum für eine Haftung aus Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter. Sie gewährt dem Geschädigten jedenfalls nicht mehr Rechte, als er aus abgetretenen Ansprüchen ohnehin hätte.

Ansprüche aus Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter basieren auf einer Verletzung von Schutzpflichten, sie gewähren in der Regel weder einen Anspruch auf Erfüllung der Hauptleistungspflicht noch lassen sie den Dritten zum Mitgläubiger werden. ■



**Nikolai Schirmer, Dipl.-Ing.**  
Rechtsanwalt bei CMS Stuttgart.  
E [nikolai.schirmer@cms-hs.com](mailto:nikolai.schirmer@cms-hs.com)

# Bauzeit verlängert: Mehrvergütung für Planer?

## Hintergrund

In dem vom OLG Naumburg entschiedenen Fall (Urteil vom 23.04.2015 – 1 U 94/15) hat das klagende Ingenieurbüro für TGA im Vertrag mit dem öffentlichen Auftraggeber u. a. vereinbart:

„Verzögert sich die Bauzeit durch Umstände, die der Auftragnehmer nicht zu vertreten hat, wesentlich, so ist für die Mehraufwendungen eine zusätzliche Vergütung zu vereinbaren. Eine Überschreitung von 20 v. H. der festgelegten Ausführungszeit, maximal jedoch von sechs Monaten, ist durch das Honorar abgegolten“.

Ein Fertigstellungstermin ist im Vertrag nicht ausdrücklich vorgesehen. Der Ingenieur trägt vor, durch einen Baustopp und Nachträge habe sich die Bauzeit vom 01.01.2009 bis 02.02.2011 verlängert. Dies lasse sich u. a. aus dem Bauzeitenplan ableiten. Der Ingenieur verlangt eine zusätzliche Vergütung auf Basis des aufgelisteten Zeitaufwandes. Das Landgericht hat die Klage mit der Begründung abgewiesen, die von der Klägerin behaupteten Bauzeiten seien nicht verbindlich vereinbart gewesen. Ferner sei konkreter Mehraufwand nicht substantiiert vorgetragen worden.

## Die Entscheidung

Das OLG Naumburg bestätigt die klageabweisende Entscheidung. Der Anspruch scheitere allerdings nicht daran, dass die Parteien keinen festen Fertigstellungstermin vereinbart haben. Die Festlegung könne sich auch aus den Umständen des Bauvorhabens erschließen, wie beispielsweise aus einem aussagekräftigen

Bauablaufplan. Der Auftragnehmer könne bei seiner Kalkulation in der Regel von einer behinderungsfreien Leistungserbringung ausgehen. Hingegen habe das Ingenieurbüro nicht hinreichend substantiiert zu den Mehraufwendungen vorgetragen. Mehraufwendungen seien nicht automatisch gleichzusetzen mit dem Zeitaufwand, der im Zeitraum der verlängerten Bauausführung angefallen ist. Mehraufwendungen seien vielmehr Vermögensnachteile, die einem Schaden entsprechen. Um Mehraufwendungen darzulegen, bedürfe es deswegen eines Vergleichs zwischen der Vermögenssituation bei reibungsloser Bauausführung und der Ausgabensituation aufgrund der Verlängerung. Wenn der Ingenieur hingegen alle während des Verlängerungszeitraums aufgewandten Zeiten vergütet haben will, laufe der Auftraggeber Gefahr, Leistungen doppelt zu vergüten.

## Praxistipp

Die HOAI regelt Honoraransprüche des Architekten im Falle von Bauzeitverlängerungen nur sehr begrenzt. Gemäß § 7 Abs. 4 HOAI n.F. können die Höchstsätze der HOAI bei außergewöhnlich lange dauernden Grundleistungen durch schriftliche Vereinbarung überschritten werden. Treffen die Parteien keine vertragliche Vereinbarung, kann der Architekt lediglich mit dem Rechtsinstitut der Störung der Geschäftsgrundlage argumentieren. Dieses setzt ein ganz erhebliches Missverhältnis zwischen dem vereinbarten Honorar und der erbrachten Leistung voraus. Der Architekt/Ingenieur tut sich deswegen sehr viel leichter, wenn der Planervertrag – wie vorliegend – eine Regelung für den Fall der Bauzeitverlängerung vorsieht.

Bei Vereinbarung einer ähnlichen Klausel sah der BGH Mehraufwendungen darin, dass der Architekt während des Verlängerungszeitraums den Bauleiter für zusätzliche acht Monate vergüten und ferner einen zweiten Bauleiter einstellen musste (Urteil vom 10.05.2007 – VII ZR 288/05). Der BGH hat in diesem Urteil darauf hingewiesen, dass die Anforderungen an die Darlegungslast des Architekten nicht überspannt werden dürfen. Richtig ist, dass der Auftraggeber als Mehraufwendungen nicht Leistungen vergüten muss, die er als Grundleistungen ohnehin zu vergüten hat. Auf keinen Fall zu vergüten sind solche Tätigkeiten, die aufgrund der Verzögerung nur zeitversetzt zur Ausführung gelangen, jedoch im Ergebnis keinen monetären Mehraufwand verursachen. Dabei muss der Auftragnehmer auch zu ersparten Aufwendungen vortragen, die beispielsweise dadurch entstehen, dass der Auftragnehmer die Bauleitung von der Baustelle abziehen und anderweitig einsetzen konnte.

Aus Sicht des Planers ist es vorzugsweise, für die Überschreitung der (konkret festzulegenden) Bauzeit einen konkreten Vergütungsbetrag pro Verlängerungsmonat festzulegen. ■



**Klaus-Dieter Schick**  
Partner bei CMS Stuttgart.  
E [klaus-dieter.schick@cms-hs.com](mailto:klaus-dieter.schick@cms-hs.com)



# Rückbaupflicht für PV-Anlage nach Nutzungsaufgabe, vertragliche Rückbauverpflichtung

## Hintergrund

Der VGH Baden-Württemberg hatte sich in seiner Entscheidung vom 31.03.2015 – 3 S 2016/14 – mit der Frage einer vertraglichen Rückbaupflicht einer Photovoltaikanlage (PV-Anlage) zu befassen, die Streitgegenstand zwischen dem Betreiber der Anlage und der Behörde war.

## Die Entscheidung

In dem zugrunde liegenden Verfahren beabsichtigte die Klägerin eine knapp 7 ha große Freiflächen-PV-Anlage im Gemeindegebiet der Beklagten zu errichten. Im Regionalplan waren die Grundstücke als regionaler Grünzug ausgewiesen. Das zuständige Regierungspräsidium ließ daraufhin für die Errichtung der PV-Anlage eine Abweichung von dem im Regionalplan festgelegten regionalen Grünzug zu. Daneben beschloss der Gemeinderat der Beklagten die Satzung über einen vorhabenbezogenen Bebauungsplan. Im Jahr 2008 schlossen die Parteien sodann einen städtebaulichen Vertrag i. S. d. § 11 BauGB.

In § 3 des Vertrags regelten sie u. a.:

„...die Finanzierung eines landwirtschaftsgerechten Rückbaus der Anlage nach Beendigung des Betriebs ist durch eine Bankbürgschaft abzusichern. Die Höhe der Bankbürgschaft wird auf EUR 600.000,- festgelegt.“

Die Klägerin übergab der Beklagten eine entsprechende Bürgschaft zur

Sicherung des Rückbaus der PV-Anlage und nahm die Anlage Ende 2009 in Betrieb. Im Jahr 2012 verklagte die Klägerin die Beklagte zur Herausgabe der Bürgschaft, da sie die vertragliche Verpflichtung zur Sicherheitsleistung für unwirksam hielt. Das VG Karlsruhe verurteilte die Beklagte zur Herausgabe der Bürgschaft, da die Regelung in § 3 gegen das sog. Kopplungsverbot verstoße, wonach zwischen der Leistung und der Gegenleistung im Vertrag ein sachlicher Zusammenhang bestehen müsse (Urteil vom 28.01.2014 – 1 K 395/12). Die hiergegen eingelegte Berufung der Beklagten hatte Erfolg. Nach Ansicht des VGH Baden-Württemberg war § 3 des Vertrags wirksam; ein Verstoß gegen das Kopplungsverbot liege nicht vor. § 3 des Vertrags enthalte eine eigenständige Rückbauverpflichtung der Klägerin gegenüber der Beklagten. Die Rückbauverpflichtung stehe mit dem Bauplanungsrecht und damit der Planungshoheit der Beklagten in unmittelbarem Zusammenhang. Die Rückbaupflicht soll gerade aus städtebaulichen Gründen präventiv gesichert werden. Die Beklagte ist zur Verfolgung städtebaulicher Zielsetzungen nicht allein auf die Mittel der Bauleitplanung beschränkt, sondern kann sich hierbei auch eines öffentlich-rechtlichen Vertrags bedienen. Die Beklagte habe als Trägerin der Planungshoheit das Recht, dafür zu sorgen, dass der Außenbereich auf ihrer Gemarkung nach dauerhafter Aufgabe der Nutzung durch Rückbau wieder seiner ursprünglichen Funktion zugeführt wird.

Insgesamt war die Klausel in § 3 des städtebaulichen Vertrags somit wirksam, so dass die Klägerin auch keine Herausgabe der Bürgschaft verlangen konnte.

## Praxistipp

Für PV-Anlagen besteht keine ausdrückliche gesetzliche Rückbauverpflichtung nach dauerhafter Aufgabe der Nutzung. Anders ist dies gemäß § 35 Abs. 5 S. 2 und S. 3 BauGB z. B. für bestimmte privilegierte Bauvorhaben im Außenbereich (z. B. Windenergieanlagen), die als Zulässigkeitsvoraussetzung eine Verpflichtungserklärung zum Rückbau voraussetzen. Auf vertraglicher Ebene besteht jedoch stets die Möglichkeit, ein „Baurecht auf Zeit“ zu vereinbaren. Eine Sicherstellung der Rückbauverpflichtung kann in der Praxis entweder durch eine Baulast oder in anderer Weise (z. B. Grunddienstbarkeit oder Sicherheitsleistung) erfolgen. ■



**Dr. Rajiv Chandna**

Rechtsanwalt bei CMS in Frankfurt/Main.

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

# Kein Gartencenter in Nachbarschaft eines Störfallbetriebs

## Hintergrund

Gemäß Art. 12 Abs. 1 der Seveso-II-Richtlinie sind Betriebe, in denen mit erheblichen Mengen gefährlicher Stoffe umgegangen wird (sog. Störfallbetriebe), so anzusiedeln, dass schwere Unfälle verhütet und die Folgen möglicher Unfälle für Menschen und Umwelt begrenzt werden. Dies ist u. a. durch ausreichende Abstände zwischen Störfallbetrieben und schutzwürdigen Nutzungen zu gewährleisten. Die Richtlinienbestimmung ist in Deutschland in § 50 BImSchG umgesetzt. Bis zur Entscheidung des EuGH vom 15.09.2011 – C-52/10 – in der Rechtssache Mücksch wurde § 50 BImSchG so verstanden, dass das Abstandsgebot nur auf der Planungsebene zu berücksichtigen ist, nicht aber bei der Genehmigung von Einzelvorhaben. Dementsprechend ließen sowohl das VG Darmstadt mit Urteil vom 27.11.2007 – 9 E 2454/05 – als auch der VGH Kassel mit Urteil vom 04.12.2008 – 4 A 882/08 – den unter Bezugnahme auf Art. 12 Abs. 1 der Seveso-II-Richtlinie vorgebrachten Einwand eines Pharmaunternehmers gegen einen der Firma Mücksch erteilten Bauvorbescheid unberücksichtigt. In dem im Jahr 2005 erteilten Bauvorbescheid war die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit des durch die Firma Mücksch geplanten Gartencenters mit einer Verkaufsfläche von knapp 10.000 m<sup>2</sup> in einem Abstand von ca. 64 m von dem Störfallbetrieb des Pharmaunternehmers festgestellt worden.

In seinem Urteil vom 15.09.2011 stellt der EuGH die Unvereinbarkeit des deutschen Rechtsverständnisses mit Art. 12 der Seveso-II-Richtlinie fest. Liege kein Bebauungsplan vor, sei ein angemessener Abstand zwischen

Störfallbetrieben einerseits und öffentlich genutzten Gebäuden andererseits auch bei der Erteilung von Baugenehmigungen zu berücksichtigen. Das BVerwG, das den EuGH im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens angerufen hatte, hob daraufhin das Urteil des VGH Kassel vom 04.12.2008 auf und führte in seiner Entscheidung aus, dass über eine richtlinienkonforme Auslegung des bauplanungsrechtlichen Rücksichtnahmegebots die Risiken der Zulassung eines öffentlich genutzten Gebäudes in der Nachbarschaft eines Störfallbetriebs ungeachtet etwaiger Vorbelastungen gebührend gewürdigt werden müssten (Urteil vom 20.12.2012 – 4 C 11/11). Das BVerwG verwies die Rechtssache an den VGH zurück, der über die Frage des ausreichenden Abstands zu entscheiden hatte.

## Die Entscheidung

Mit der Aufhebung der Ausgangsentscheidung des VG Darmstadt beendete der VGH Kassel mit dem Urteil vom 11.03.2015 – 4 A 645/13 – den beinahe zehn Jahre währenden Rechtsstreit. Der VGH urteilte, dass der Bauvorbescheid wegen Verstoßes gegen das in § 34 Abs. 1 BauGB verankerte Rücksichtnahmegebot rechtswidrig sei. Wie durch das BVerwG vorgegeben, prüfte der Gerichtshof zunächst den anhand störfallspezifischer Faktoren zu ermittelnden erforderlichen Abstand und stellte fest, dass das Vorhaben innerhalb des gebotenen Sicherheitsabstands liege.

Im nächsten Schritt ging der Gerichtshof der Frage nach, ob das Vorhaben trotz Unterschreitung des Sicherheitsabstands aufgrund sozioökonomischer Faktoren und

im Hinblick auf die bereits bestehende Gemengelage zugelassen werden könne. Das wirtschaftliche Interesse des Eigentümers des Vorhabengrundstücks an der wirtschaftlichen Verwertbarkeit stufte er hierbei – insbesondere aufgrund der weiterhin bestehenden Möglichkeit zur Vermietung – geringer ein als das Interesse an der Einhaltung des störfallrechtlich angemessenen Abstands und lehnte daher eine Unterschreitung des Sicherheitsabstands ab.

## Praxistipp

Während die Entscheidung auf der einen Seite Störfallbetriebe vor heranrückender Bebauung schützt, führt sie auf der anderen Seite zu Beschränkungen für Vorhaben in der Nachbarschaft solcher Betriebe. Die räumliche Nähe zu Störfallbetrieben sollte bei Neuvorhaben und Grundstückstransaktionen stets vorab geprüft werden.

Im Zuge der Umsetzung der Seveso-III-Richtlinie in deutsches Recht erfolgt nach dem vorliegenden Entwurf eine richtlinienkonforme Klarstellung in § 50 BImSchG. Klärungsbedürftig bleibt insbesondere, in welchen Fällen eine schutzwürdige Nutzung vorliegt. ■



**Dr. Anne Rausch**  
Rechtsanwältin bei CMS Köln.  
E [anne.rausch@cms-hs.com](mailto:anne.rausch@cms-hs.com)

# Kriterien für regionalplanerische Steuerung der Windenergienutzung durch Konzentrationszonen

## Hintergrund

Das OVG Schleswig hat am 20.01.2015 die Teilfortschreibung des Regionalplans des Landes Schleswig-Holstein zur Ausweisung von Eignungsgebieten für die Windenergienutzung in gleich neuem Verfahren (Az. 1 KN 18/13 u. a.) wegen „erheblicher Mängel“ für unwirksam erklärt.

Durch die Teilfortschreibung des Regionalplans sollte die Windenergienutzung auf bestimmte Eignungsflächen konzentriert und die Vorgabe des Landesentwicklungsplans umgesetzt werden, dass ca. 1,5 % der Landesfläche in den Regionalplänen als Windeignungsgebiete ausgewiesen werden.

## Die Entscheidung

Das OVG stellte zunächst Verfahrensfehler fest. Insbesondere habe es nach Änderungen des ursprünglichen Planentwurfs keine erneute Öffentlichkeitsbeteiligung gegeben. Außerdem sei die Fortschreibung des Regionalplans auch aufgrund von erheblichen Mängeln im Abwägungsvorgang materiell unwirksam. Das Raumordnungsgesetz sehe vor, dass bei der Planaufstellung die öffentlichen und privaten Belange gegeneinander abzuwägen sind.

Dies habe das Land nicht getan. Das Land habe durch die Ausweisung bloßer Eignungsgebiete keine verbindliche Entscheidung darüber getroffen, welche Gebiete der Windenergienutzung vorbehalten sind. Die Ausweisung als Eignungsgebiet schließt unter bestimmten Voraussetzungen die Windenergienutzung an anderer Stelle im Planungsraum aus, gibt der Windenergie aber nicht den Vorzug vor anderen Nutzungen. Andere, mit der Windenergienutzung nicht vereinbare Nutzungen könnten nur bei Festlegung von Vorranggebieten ausgeschlossen werden. Das OVG kam daher zu dem Schluss, dass das Land das planerische Ziel, Gebiete verbindlich der Windenergienutzung zuzuweisen, durch die Festsetzung von Eignungsgebieten nicht erreichen konnte. Es habe die konkrete Zuweisung von Gebieten für die Windenergienutzung unzulässig auf die Ebene der kommunalen Bauleitplanung bzw. Genehmigungsbehörden verlagert.

Zudem rügte das OVG, dass Flächen auch wegen nicht zwingender (sog. weicher) Ausschlussgründe von einer Abwägung von vornherein ausgenommen wurden. Insbesondere sei abwägungsfehlerhaft, potentielle Eignungsflächen allein deshalb auszuschließen, weil Gemeinden eine Windenergienutzung auf ihren Ge-

bieten ablehnten. So seien Gebiete ausgeschlossen worden, obwohl die Landesplanung sie für geeignet hielt, und umgekehrt Gebiete auf Wunsch der Gemeinde als Eignungsgebiete ausgewiesen worden, gegen die es Vorbehalte der Landesbehörde gab.

## Praxistipp

Die geplante Konzentration der Windenergienutzung auf bestimmten Flächen und der Ausschluss im übrigen Plangebiet ist nach den Urteilen des OVG vorerst gescheitert. Investoren und Grundstückseigentümer sind daher bei der Windparkplanung nicht durch den Regionalplan beschränkt, sondern müssen vorerst „nur“ die allgemeinen Regeln sowie ggf. die kommunale Steuerung der Windenergienutzung beachten. ■



**Ninja Nentwig**

Rechtsanwältin bei CMS Stuttgart.

E [ninja.nentwig@cms-hs.com](mailto:ninja.nentwig@cms-hs.com)

# Klagebefugnis des Nachbarn im angrenzenden Plangebiet

## Hintergrund

Die Antragstellerin ist Mieterin einer Wohnung, in deren Nachbarschaft Mehrfamilienwohnhäuser errichtet werden. Wegen unzumutbarer Lärmimmissionen kam es wiederholt zu Beschwerden der Antragstellerin. Zur Minderung des Baulärms hatte das Landratsamt Anordnungen erlassen, die Immissionsrichtwerte der AVV Baulärm einzuhalten, Schallimmissionsmessungen vorzunehmen und Lärmschutzmaßnahmen zu ergreifen. Da die Entscheidungen nicht befolgt wurden, waren Zwangsgelder festgesetzt worden. Ungeachtet dessen wurden die Immissionsrichtwerte weiterhin überschritten. Daraufhin beantragte die Mieterin beim Verwaltungsgericht (VG), dem Landratsamt die Anordnung weitergehender konkreter Einzelmaßnahmen zur Reduzierung des Baulärms und bei andauernder Überschreitung die Verhängung eines vorübergehenden Baustopps aufzugeben. Der Antrag wurde aufgrund fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses abgelehnt, weil das Landratsamt bereits Maßnahmen angeordnet habe. Dagegen legte die Antragstellerin Beschwerde ein.

## Die Entscheidung

Der VGH gibt mit Beschluss vom 05.02.2015 – 10 S 2471/14 – dem Landratsamt auf, gegenüber dem Bauherrn weitergehende Lärmschutzmaßnahmen anzuordnen. Das Rechtsschutzinteresse der Antragstellerin sei darin zu sehen, dass die

Behörde zwar immissionsschutzrechtliche Anordnungen zur Lärmreduzierung getroffen habe, deren Eignung sei zwischen den Beteiligten jedoch umstritten und es bestehe ein Vollzugsdefizit.

Der VGH bestätigt zunächst, dass Baumaschinen sowie die länger betriebene Baustelle als solche nicht genehmigungsbedürftige Anlagen im Sinne des BImSchG und daher so zu betreiben seien, dass vermeidbare schädliche Umwelteinwirkungen verhindert und unvermeidbare schädliche Umwelteinwirkungen auf ein Mindestmaß beschränkt werden. Die Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Schutz gegen Baulärm (AVV) sei als Richtwertbestimmung zu beachten. Sobald der Eingreifrichtwert erreicht sei, sollten Maßnahmen zur Minderung der Geräusche angeordnet werden. Bei der Bestimmung einer Maßnahme stehe der Behörde in der Regel ein Auswahlermessen zu. Das Gebot des effektiven Rechtsschutzes erfordere es aber, der Behörde im Wege einer einstweiligen Anordnung konkrete Einzelmaßnahmen aufzugeben, wenn sich die Anordnungen der Behörde zur Begrenzung von Baustellenlärm in der Vergangenheit als unwirksam erwiesen hätten. Der VGH ist der Ansicht, es spreche vieles dafür, dass die Behörde noch nicht hinreichend geeignete und effektive Maßnahmen zum Schutz der Anwohner ergriffen habe. Das Ermessen der Behörde sei damit auf Null reduziert – ein Anordnungsanspruch der Antragstellerin

sei infolgedessen ausnahmsweise gegeben! Bei wiederholter hartnäckiger Missachtung der Anordnungen komme zudem eine vorläufige Untersagung des Baustellenbetriebs in Betracht.

## Praxistipp

Nachbarn sind nicht schutzlos, sondern können selbst das Heft des Handelns in die Hand nehmen, insbesondere wenn die zuständigen Behörden keine oder nicht die geeigneten Maßnahmen ergreifen. Behörden müssen ihrerseits darauf achten, Anordnungen so zu treffen, dass Anwohner wirksam vor schädlichen Umwelteinwirkungen geschützt werden. Für Bauherren wird es schwieriger: Sie können sich nicht allein auf behördliches Handeln verlassen, sondern müssen damit rechnen, dass diese von schutzwürdigen Nachbarn „überholt“ werden – aber nur dann, wenn die Bauherren nicht selbst bereits für wirksamen Lärmschutz gesorgt haben. ■



**Dr. Dirk Rodewoldt**  
Partner bei CMS Stuttgart.  
E [dirk.rodewoldt@cms-hs.com](mailto:dirk.rodewoldt@cms-hs.com)

# Also doch: Bietergemeinschaften sind grundsätzlich zulässig

## Hintergrund

Die Entscheidungen des Kammergerichts (Beschluss vom 21.12.2009 – 2 Verg 11/09) und des OLG Düsseldorf, dass die Beteiligung von Bietergemeinschaften an Vergabeverfahren im Regelfall eine Wettbewerbsbeschränkung nach § 1 GWB darstelle und Angebote von Bietergemeinschaften daher nur ausnahmsweise zulässig seien, haben erhebliche Unruhe ausgelöst. Diese Unruhe war schon bisher im Wesentlichen unberechtigt, da sowohl das Kammergericht als auch das OLG Düsseldorf gesagt haben, dass der Tatbestand der Wettbewerbsbeschränkung nicht vorliege, wenn die Mitglieder der Bietergemeinschaft gemeinsam nur einen unerheblichen Marktanteil haben oder sie erst durch das Eingehen der Bietergemeinschaft in die Lage versetzt werden, im konkreten Fall ein Angebot abzugeben. Bei näherem Hinsehen entpuppte sich die Rechtsprechung des Kammergerichts und des OLG Düsseldorf daher von Anfang an als Sturm im Wasserglas, weil Bieter unter Hinweis auf im konkreten Fall nicht vorhandene Kapazitäten faktisch

nahezu immer die Möglichkeit hatten, den Vorwurf der Wettbewerbsbeschränkung auszuräumen. Mittlerweile liegen auch mehrere Entscheidungen von Vergabekammern vor, nach denen sich an der grundsätzlichen Zulässigkeit von Bietergemeinschaften nichts geändert hat (vgl. VK Bund, Beschluss vom 16.01.2014 – VK1–117/13; VK Sachsen, Beschluss vom 23.05.2014 – 1/SVK/011–14; VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 04.06.2014 – 1 VK 15/14).

## Die Entscheidung

Dem hat sich nunmehr das OLG Karlsruhe (Beschluss vom 05.11.2014 – 15 Verg 6/14) ausdrücklich angeschlossen und ebenfalls entschieden, dass Bietergemeinschaften grundsätzlich zulässig sind. Auch das OLG Düsseldorf (Beschluss vom 17.12.2014 – Verg 22/14) hat seine Rechtsprechung näher erläutert. Danach unterliegen Bietergemeinschaften keinem Generalverdacht einer Wettbewerbsbeschränkung nach § 1 GWB. Infolgedessen seien Bietergemeinschaften auch nicht verpflichtet, sich bei Abgabe des Angebots ungefragt zu den Gründen des Zusammenschlusses

einer Bietergemeinschaft zu erklären. Eine Aufklärungspflicht des Auftraggebers bestehe nur in begründeten Einzelfällen.

## Praxistipp

Damit wurde die vermeintlich neue Rechtsprechung zu Bietergemeinschaften endgültig wieder vom Kopf auf die Füße gestellt: Bietergemeinschaften sind grundsätzlich zulässig, sofern nicht Verdachtsmomente dafür bestehen, dass mit der Bildung der Bietergemeinschaft wettbewerbsbeschränkende Zwecke verfolgt werden. ■



**Dr. Volkmar Wagner**  
Partner bei CMS Stuttgart.  
E [volkmar.wagner@cms-hs.com](mailto:volkmar.wagner@cms-hs.com)

# VK Bund: unbefristete Verträge grundsätzlich unzulässig

## Hintergrund

In 42 parallelen, eigenständigen, offenen Vergabeverfahren wurden Briefdienstleistungen unionsweit ausgeschrieben. Mindestens vier Nachprüfungsverfahren wurden eingeleitet, wobei die Verfahrensbeteiligten (eigentlich) um die Rechtmäßigkeit der jeweiligen Angebotswertung bzw. des Ausschlusses vom Verfahren stritten. Das Verfahren VK 2–17/15 wurde durch eine Erledigungserklärung beendet, nachdem die Antragstellerin von der Vergabestelle die Mitteilung erhalten hatte, sie werde nach Überprüfung der Wertung nicht mehr ausgeschlossen, sondern sei für den Zuschlag vorgesehen. In den Verfahren VK 2–21/15, VK 2–19/15 und VK 2–27/15 wies die Vergabekammer zum Teil auch erst im Nachgang zur mündlichen Verhandlung die Verfahrensbeteiligten von Amts wegen darauf hin, dass die – möglicherweise aufgrund eines technischen Fehlers erfolgte – Angabe „Ja“ im EU-Bekanntmachungstext unter Ziffer II.2.3 zur Verlängerungsmöglichkeit des Vertrags die abstrakte Gefahr begründe, dass nach Ablauf der regulären dreijährigen Vertragslaufzeit die Laufzeit auf unbestimmte Zeit verlängert werden könnte. Ziffer II.3 lautete indes „Vertragslaufzeit bzw. Beginn und Ende der Auftragsausführung Beginn: 01.04.2015, Abschluss 31.03.2018“ und auch der Vertragsentwurf sah ein automatisches Ende des Vertrags vor.

## Die Entscheidung

Im Ergebnis bejahte die Vergabekammer die Rechtmäßigkeit der zwingenden Ausschlüsse nach § 19 EG Abs. 3 lit. d VOL/A wegen unzulässiger Abweichungen von den geforderten Leistungen in den jeweiligen Angeboten. Bei fortbestehender Beschaffungsabsicht erhalten dennoch die frustrierten Bieter eine zweite Chance, weil die Vergabekammer eine Zurückversetzung des Verfahrens mit korrigierter Bekanntmachung beschloss (VK Bund, Beschlüsse vom 08.04.2015 – VK 2–21/15, 09.04.2015 – VK 2–19/15, 16.04.2015 – VK 2 – 27/15).

Die Vergabekammer berief sich auf den Amtsermittlungsgrundsatz nach § 110 Abs. 1 GWB. Dieser werde zwar durch die Rügeobliegenheit begrenzt. Die mit der Angabe einer unbefristeten Vertragsverlängerung verbundene rechtliche Problematik sei jedoch schon nicht erkennbar im Sinne von § 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 und 3 GWB gewesen.

Die Ausschreibung leide an einem grundlegenden Mangel, denn unbefristete Verträge seien vergaberechtlich aufgrund des Wettbewerbsgrundsatzes nach § 97 Abs. 1 GWB grundsätzlich unzulässig. Untergesetzliche Vorgaben wie § 3 Abs. 4 Nr. 2 VgV zur Schätzung des Auftragswerts, die die Existenz unbefristeter Verträge voraussetzen, betreffen eventuell denkbare besondere Sachverhalte und Konstellationen. Nur

erschwerend käme hinzu, dass es sich um einen Rahmenvertrag handele, dessen Laufzeit nach § 4 EG Abs. 7 VOL/A auf vier Jahre begrenzt sei. Auftraggeber und Auftragnehmer könnten theoretisch die Laufzeit einvernehmlich verlängern und sich darauf berufen, dass die Verlängerungsmöglichkeit mit ausgeschrieben worden sei und insofern keine De-facto-Vergabe darstelle.

## Praxistipp

Die Vergabekammer beschreitet den vom EuGH mit Presstext (EuGH, Urteil vom 19.06.2008 – C–454/06, Rn. 73 f.) und von Helmut Müller (EuGH, Urteil vom 25.03.2011 – C–451/08, Rn. 78) eingeschlagenen Weg, wonach unbefristete Verträge mit der Systematik und den Zielen des Vergaberechts nicht zu vereinbaren sind, weil sie auf unabsehbare Zeit dem Wettbewerb entzogen werden. Vertragslaufzeiten sollten sorgfältig begründet werden. Die Praxis automatischer Vertragsverlängerungen sollte kritisch überprüft werden. ■



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

Rechtsanwalt bei CMS Köln.

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

# Sicht eines Durchschnittsbieters ist maßgeblich für Erkennbarkeit eines Vergaberechtsverstoßes

## Hintergrund

Der EuGH (Urteil vom 12.03.2015 – C-538/13) hatte sich in einem Verfahren zum litauischen Recht mit der Zulässigkeit von Nachprüfungsfristen zu befassen. Nach dem litauischen Recht müssen Vergaberechtsverstöße, die aus den Vergabeunterlagen hervorgehen, vor Ablauf der Angebotsfrist mit einem Nachprüfungsantrag geltend gemacht werden. Später geltend gemachte Verstöße werden nicht mehr berücksichtigt. In dem der Entscheidung des EuGH zugrunde liegenden Fall hatte ein Bieter vorgetragen, dass er die bekanntgemachten Zuschlagskriterien zunächst anders als der Auftraggeber verstanden habe. Das abweichende Verständnis des Auftraggebers sei dem Bieter erst klar geworden, als er das Absageschreiben des Auftraggebers erhalten habe. Erst zu diesem Zeitpunkt sei dem Bieter bewusst gewesen, dass die Zuschlagskriterien vergaberechtswidrig seien. Der Bieter begehrte deshalb eine Verlängerung der Nachprüfungsfrist.

## Die Entscheidung

Der EuGH wies im Sinne seiner bisherigen Rechtsprechung darauf hin, dass Ausschlussfristen zulässig seien,

wenn diese – wie hier – erst ab dem Zeitpunkt zu laufen beginnen, zu dem der Betroffene von dem von ihm geltend gemachten Vergaberechtsverstoß Kenntnis erlangt hat oder hätte erlangen müssen. Eine Verlängerung der Nachprüfungsfrist komme nur dann in Betracht, wenn der Vergaberechtsverstoß nach dem Maßstab eines durchschnittlich fachkundigen Bieters, der die übliche Sorgfalt anwendet, nicht erkennbar war. Nur wenn es an der so verstandenen Erkennbarkeit fehle, sei der Umstand erheblich, dass der Bieter die Zuschlagskriterien hier zunächst in einem anderen Sinn verstanden hatte als der Auftraggeber.

## Praxistipp

Die Entscheidung des EuGH ist auch für das deutsche Recht von Bedeutung, da gemäß § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 und 3 GWB Verstöße gegen Vergabevorschriften, die aufgrund der Bekanntmachung bzw. der Vergabeunterlagen erkennbar sind, spätestens bis zum Ablauf der Angebotsfrist oder der Frist zur Abgabe des Teilnahmeantrags gerügt werden müssen. In der deutschen Rechtsprechung und Literatur ist insoweit umstritten, ob es hinsichtlich der Erkennbarkeit auf den Maßstab eines durchschnittli-

chen fachkundigen Bieters oder auf die individuellen Erkenntnismöglichkeiten des jeweils betroffenen Bieters ankommt. Aufgrund der Entscheidung des EuGH ist nunmehr geklärt, dass die Perspektive eines durchschnittlichen fachkundigen Bieters, der die übliche Sorgfalt anwendet, maßgeblich ist. ■



**Dr. Sven Brockhoff**  
Rechtsanwalt bei CMS Stuttgart.  
E [sven.brockhoff@cms-hs.com](mailto:sven.brockhoff@cms-hs.com)

# Erkannte Vergaberechtsverstöße sind vor Nachprüfungsverfahren zu rügen

## Hintergrund

Die Zulässigkeit eines Nachprüfungsantrags setzt u. a. voraus, dass der Antragsteller die im Nachprüfungsverfahren geltend gemachten Vergaberechtsverstöße zuvor rechtzeitig gegenüber dem Auftraggeber gerügt hat. Die Obliegenheit zur rechtzeitigen Rüge stellt eine Regelung dar, deren Nichtbeachtung zur Unzulässigkeit des Nachprüfungsantrags führt, also zur Präklusion im verfahrensrechtlichen Sinne. Die Verletzung der Rügeobliegenheit wurde der Antragstellerin in dem Verfahren vor der Vergabekammer Südbayern zum Verhängnis (VK Südbayern, Beschluss vom 18.03.2015 – Z3–3–3194–1–62–12/14).

## Die Entscheidung

Die Auftraggeberin beabsichtigte die Vergabe von Gebäude- und Glasreinigungsleistungen in zwei Losen. Streitgegenstand war hier das Los zur Gebäudereinigung. In den Angebotspreisblättern waren für jede Leistungsposition ein Minimalwert und ein Maximalwert für die anzubietende Reinigungsleistung in m<sup>2</sup>/Stunde vorgegeben. Die Bieter mussten in den Preisblättern ihre Reinigungsleistung in m<sup>2</sup>/Stunde innerhalb dieser festgelegten Spanne mitteilen. Daraus wurde die jährliche Ausführungszeit errechnet, die wiederum als ein Zuschlagskriterium gewertet wurde. Nachdem das Angebot der Antragstellerin für den Zuschlag nicht berücksichtigt worden war, rügte der Verfahrensbevollmächtigte der Antragstellerin die Vergabeentscheidung. Er machte insbesondere geltend, dass die

Vergabeunterlagen unzulässige Bedingungen enthalten würden, indem dienst- und werkvertragliche Elemente in unzulässiger Weise miteinander verknüpft seien. Die Erbringung der anzugebenden Anzahl von Reinigungsstunden könne die Antragstellerin vergaberechtlich nicht verlangen, wenn der Auftragnehmer den Reinigungserfolg bereits zuvor nachweislich erreicht habe. Dieses Vorgehen verstoße gegen AGB-Recht, da es den Auftragnehmer unangemessen benachteilige. Nachdem der Rüge nicht abgeholfen wurde, beantragte die Antragstellerin ein Nachprüfungsverfahren vor der VK Südbayern. Darin rügte sie weitere Vergaberechtsverstöße. Im Kern wandte sie sich gegen die Wertungsmethode der Auftraggeberin.

Die Vergabekammer Südbayern gab dem Begehren der Antragstellerin nicht statt. Der Nachprüfungsantrag sei nur in Bezug auf die Aspekte zulässig, welche die Antragstellerin vor Einleitung des Nachprüfungsverfahrens gerügt hat. Insoweit war der Nachprüfungsantrag aber unbegründet. Alle weiteren Rügebeanstandungen nach Einleitung des Nachprüfungsverfahrens seien hingegen präkludiert. Gemäß § 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB ist ein Nachprüfungsantrag unzulässig, soweit der Antragsteller den gerügten Verstoß gegen Vergabevorschriften im Vergabeverfahren erkannt und gegenüber dem Auftraggeber nicht unverzüglich gerügt hat. Hier hätte die Antragstellerin alle im Nachprüfungsverfahren vorgetragenen Vergaberechtsverstöße jedoch vor der Antragstellung geltend machen können. Die Rügeobliegenheit verlange, dass jeder

einzelne Vergaberechtsverstoß, den ein Antragsteller zum Gegenstand des Nachprüfungsantrags machen will, vorab gerügt wird. Die Rügeobliegenheit für Vergaberechtsfehler entfalle nur dann, wenn diese der antragstellenden Partei erst während des laufenden Nachprüfungsverfahrens bekannt werden, z. B. durch Akteneinsicht.

## Praxistipp

Jeder Bieter, der einen Nachprüfungsantrag stellen möchte, ist gehalten, vor Stellung des Nachprüfungsantrags einen möglichen Vergaberechtsverstoß gegenüber dem Auftraggeber zu rügen. Nur in bestimmten vom Gesetz oder der Rechtsprechung anerkannten Fällen ist die Obliegenheit zur Rüge ausnahmsweise entbehrlich, etwa bei de-facto-Vergaben oder bei späterer Kenntnis der vergaberechtlichen Mängel. Die Entscheidung der VK Südbayern zeigt schließlich, dass jeder einzelne erkannte Vergaberechtsverstoß, den der Antragsteller zum Gegenstand der Nachprüfung machen will, vorab konkret beanstandet werden muss, um der Präklusion zu entgehen. ■



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

Partner bei CMS Frankfurt/Main.

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

# Planfeststellung für Hafenausbau

## Hintergrund

Die Betreiberin eines Binnenhafens für den Güterumschlag beabsichtigt dessen Erweiterung um ein zusätzliches Hafenbecken für den sog. trimodalen Umschlag des kombinierten Güterverkehrs zwischen den Verkehrsträgern Wasserstraße, Schiene und Straße. Der Ausbau umfasst insbesondere die Erweiterung der bestehenden Hafenbecken, den Bau von Gleis- und Umschlaganlagen, die Errichtung von Lager- und Abstellflächen für Container, Schüttgut und Gefahrstoffe und Erschließungsanlagen. Die zuständige Bezirksregierung genehmigte den Ausbau des Hafens als Gewässer Ausbau mit Planfeststellungsbeschluss nach Wasserrecht. Zur Begründung führte sie u. a. aus, dass in das Verfahren neben der Herstellung des Hafenbeckens alle im Planfeststellungsantrag unter Bezugnahme auf die Konzentrationswirkung einer Planfeststellung mit beantragten Einzelvorhaben der Hafenerweiterung einzubeziehen gewesen seien. Die Hafenerweiterung könne verfahrensrechtlich nicht in den Gewässerausbau und in die übrigen Maßnahmen aufgeteilt werden. Unter anderem gegen diese Einschätzung wandten sich die Kläger mit ihrer Klage gegen den Planfeststellungsbeschluss.

## Die Entscheidung

Mit Erfolg. Der Planfeststellungsbeschluss wurde komplett aufgehoben. Das BVerwG (Urteile vom 19.02.2015 – 7 C 10.12 und 7 C 11.12) meint, dass der Planfeststellungsbeschluss seine Rechtsgrundlage nicht in der Ermächtigung zur

Planfeststellung eines Gewässerausbaus finden könne. Eine Planfeststellung auf dieser Grundlage komme nur in Betracht, wenn die jeweilige Maßnahme insgesamt einen Gewässerausbau darstellt. Die Vorschrift lasse keine Planfeststellung von Vorhabenteilen zu, die zwar funktional und im Hinblick auf ihren Nutzungszweck mit dem Gewässerausbau in Zusammenhang stehen, jedoch weder dem Gewässer selbst noch dem Ufer räumlich zuzuordnen sind. Bei den Maßnahmen im Rahmen des Hafenausbaus handele es sich auch nicht um notwendige Folgemaßnahmen i. S. d. § 75 Abs. 1 S. 1 VwVfG. Es sei zudem auch nicht möglich, für den Hafenausbau ein Planfeststellungsverfahren auf der Grundlage von § 78 Abs. 1 VwVfG durchzuführen. Die Vorschrift setze voraus, dass mehrere selbstständige Vorhaben, für deren Durchführung Planfeststellungsverfahren vorgeschrieben sind, zusammentreffen. Für den von der Beigeladenen zur Genehmigung gestellten Hafenausbau seien aber nicht ausschließlich Planfeststellungsverfahren vorgeschrieben. Insbesondere dienten die Umschlaganlagen nicht nur dem Eisenbahnumschlag und seien daher insoweit nicht allein als Eisenbahnbetriebsanlagen planfeststellungsfähig.

## Praxistipp

Nach dieser Rechtsprechung sind für die Errichtung bzw. Erweiterung von trimodalen Umschlaghäfen künftig neben der wasserrechtlichen Planfeststellung je nach Fallgestaltung noch weitere Zulassungs- und Planungsverfahren etwa nach dem Eisenbahn-, Immissionsschutz-,

Straßen- und Baurecht erforderlich. Die Herausforderungen und Unwägbarkeiten durch die bei den zuständigen Behörden einzeln durchzuführenden Verfahren liegen auf der Hand. So sind jeweils gesonderte Anträge erforderlich. Unterschiedliche Verfahrensdauern und der Abstimmungsbedarf der Behörden untereinander können das Projekt zusätzlich in die Länge ziehen. Bei mangelhafter Abstimmung besteht zudem die Gefahr einer unterschiedlichen Rechtsanwendung. Die Rechtsprechung führt nicht nur zu massiven Problemen in der Praxis, sondern ist auch aus rechtlicher Sicht etwa im Hinblick auf die sehr enge Auslegung des Umfangs der eisenbahnrechtlichen Planfeststellung fragwürdig. Zudem erscheint es widersprüchlich, einerseits getrennte Verfahren zu fordern, andererseits die Teilbarkeit zu verneinen und deshalb eine Teilaufhebung des angefochtenen Beschlusses abzulehnen. Vor diesem Hintergrund ist ein Einschreiten des Gesetzgebers und die Schaffung eines einheitlichen Planfeststellungstatbestandes für die Errichtung bzw. Erweiterung von Häfen wünschenswert. ■



**Dr. Christian Scherer-Leydecker**

Partner bei CMS Köln.

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

# Abschichtung der Planung, Verlagerung auf späteres Genehmigungsverfahren

## Hintergrund

Das BVerwG hatte einen in der Praxis immer wieder auftretenden Konflikt zwischen dem auf abschließende, an einem strengen Regime ausgerichtete Beurteilung ausgerichteten Naturschutzrecht und dem auf Abwägung beruhenden Planungsrecht zu entscheiden.

Für die Aufstellung von Flächennutzungsplänen und Bebauungsplänen folgt aus dem Gebot der Konfliktbewältigung nach ständiger Rechtsprechung, dass jeder Bauleitplan die von ihm selbst geschaffenen oder ihm zurechenbaren Konflikte ggf. durch Abwägung lösen muss. Eine Verlagerung auf ein nachfolgendes Genehmigungsverfahren für ein konkretes Vorhaben ist aber nach dem Gebot planerischer Zurückhaltung in Grenzen zulässig, wenn sichergestellt ist, dass Konflikte, die durch die Planung ausgelöst werden, im Rahmen der Vorhabenzulassung gelöst werden können.

Der FFH-Gebietsschutz lässt sich allerdings grundsätzlich nicht abwägen.

Denn ein konkretes Vorhaben wie eine Planung, z. B. ein Flächennutzungs- oder ein Bebauungsplan, dürfen erst zugelassen werden, wenn eine erhebliche Beeinträchtigung von FFH-Gebieten ausgeschlossen ist oder einer der Ausnahmetatbestände vorliegt. Oft lassen sich die Auswirkungen einer Planung aber nicht schon auf Ebene der Bauleitplanung, sondern erst im Rahmen der konkreten Vorhabenzulassung abschätzen. So lag der Fall hier.

## Die Entscheidung

Die Antragstellerin im Normenkontrollverfahren wehrte sich gegen eine Flächennutzungsplanänderung, mit der die Abbaufäche für ihren seit Jahrzehnten betriebenen Steinbruch geringer und anders, als von ihr gewünscht, ausgewiesen wurde. Die Antragstellerin rügte u. a. eine fehlerhafte FFH-Vorprüfung, weil die Beeinträchtigung geschützter Fledermausvorkommen entgegen behördlicher Einschätzung erheblich sei und daher schon auf Planungsebene eine vollständige Verträglichkeitsprüfung erforderlich sei. Die Verla-

gerung der FFH-Verträglichkeitsprüfung auf ein Genehmigungsverfahren ohne Lösung der naturschutzrechtlichen Konflikte auf Planungsebene sei unzulässig, die Planung sei daher hinfällig.

Das BVerwG hat mit Beschluss vom 24.03.2015 – 4 BN 32/13 – klargestellt, dass auch eine FFH-Verträglichkeitsprüfung im Einzelfall auf ein nachfolgendes Genehmigungsverfahren verlagert werden darf. Auswirkungen auf Fledermausvorkommen ließen sich erst abschließend beurteilen, wenn sich die konkreten Auswirkungen des Vorhabens, also insbesondere die Immissionen absehen und ggf. erforderliche Vermeidungs- und Ausgleichsmaßnahmen festlegen ließen. Die Prüfungsanforderungen im Rahmen einer FFH-Verträglichkeitsprüfung seien notwendig von den bei der Planung verfügbaren Detailkenntnissen abhängig, die Festlegung ggf. erforderlicher Vermeidungs- bzw. Kohärenzsicherungsmaßnahmen sei an die Leistungsgrenzen des planerischen Instruments gebunden. Sei im Einzelfall eine Beurteilung nicht abschließend bereits



auf Planungsebene möglich, könne auch eine FFH-Verträglichkeitsprüfung auf ein nachfolgendes Genehmigungsverfahren verlagert werden.

### **Praxistipp**

Der Beschluss des BVerwG bietet nun größere Rechtssicherheit, wenn die Bauleitplanung, dem Gebot der planerischen Zurückhaltung folgend, die FFH-Verträglichkeitsprüfung im

Einzelfall auf das Genehmigungsverfahren verlagert. Dies dürfte allerdings grundsätzlich nur bei einer Angebotsplanung zulässig sein. Bei einer vorhabenbezogenen Planung lassen sich die Auswirkungen des Vorhabens häufig schon auf Planungsebene genauer einschätzen, daher wäre auch eine detailliertere FFH-Verträglichkeitsprüfung bereits auf der Planungsebene erforderlich. ■



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

# Klagebefugnis wegen Fehlern der UVP-Vorprüfung, Nachholung der UVP-Vorprüfung

## Hintergrund

Privatpersonen hatten gegen eine Änderungsgenehmigung nach § 16 BImSchG für eine Ersetzung eines ursprünglich in den Jahren 2003 und 2004 baurechtlich genehmigten Windenergieanlagentyps durch einen größeren Anlagentyp geklagt. Die Änderungsgenehmigung betraf insgesamt sieben Windenergieanlagen (WEA), die Klage richtete sich jedoch nur gegen zwei WEA. Die Genehmigungsbehörde hatte für die beiden klagegegenständlichen WEA im Jahr 2003 eine standortbezogene UVP-Vorprüfung durchgeführt. Vor Erteilung der Änderungsgenehmigung führte die Genehmigungsbehörde eine erneute standortbezogene Vorprüfung durch und kam zu dem Ergebnis, eine UVP sei nicht erforderlich. Das VG Münster wies die Klage ab; das OVG Münster ließ die Berufung zu. Im Berufungsverfahren führte die Genehmigungsbehörde eine allgemeine UVP-Vorprüfung durch und erließ aufgrund dieser Vorprüfung zusätzliche Nebenbestimmungen zu der Änderungsgenehmigung.

## Die Entscheidung

Die Berufung der Kläger hatte Erfolg und führte zur Aufhebung der Änderungsgenehmigung (OVG Münster, Urteil vom 25.02.2015 – 8 A 959/10). Für die Entscheidung des OVG Münster waren zwei Fragen maßgeblich:

(1) Können sich private Dritte auf UVP-Verfahrensfehler berufen?

(2) Konnte die im Berufungsverfahren nachgeholte allgemeine Vorprüfung den Verfahrensfehler heilen?

Zu (1): Bislang verneinte das BVerwG eine Klagebefugnis privater Dritter bei bloßen UVP-Verfahrensfehlern, da das Verfahren nicht individualschützend i. S. v. § 42 Abs. 2 VwGO sei. Das OVG Münster hat nunmehr erstmals entschieden, dass § 4 Abs. 1 Satz 1 und 2 und Abs. 3 UmwRG, wonach eine BImSchG-Genehmigung aufgehoben werden kann, wenn eine Vorprüfung nicht ordnungsgemäß durchgeführt wurde, im Lichte des individualschützenden Unionsrechts auszulegen sei, und hat deshalb eine Klagebefugnis bejaht. Die Bedenken des BVerwG, das führe zu einer im deutschen Recht nicht vorgesehenen Popularklage, räumt das OVG Münster mit einer teleologischen Reduktion des § 4 Abs. 3 UmwRG aus. Dieser sei im Lichte der UVP-Richtlinie auf die „betroffene Öffentlichkeit“ im Sinne von Art. 3 Nr. 1 UVP-RL zu begrenzen. Eine Betroffenheit könne grundsätzlich aus dem räumlichen Einwirkungsbereich der Anlage resultieren.

Zu (2): Für die Änderungsgenehmigung wäre eine allgemeine Vorprüfung des Einzelfalls erforderlich gewesen. Die während des Berufungsverfahrens nachgeholte allgemeine Vorprüfung konnte diesen Verfahrensfehler nicht heilen. Das liegt in einer Besonderheit des nordrhein-westfälischen Landesrechts begründet. Nach § 45 Abs. 2

VwVfG NRW ist eine Heilung von Verfahrensfehlern nur bis zum Abschluss der ersten Instanz eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens zulässig. Das OVG Münster wendete § 45 Abs. 2 VwVfG auf die vor dem Berufungsverfahren unterbliebene (notwendige) allgemeine Vorprüfung an und sah die erst in dem Berufungsverfahren durchgeführte allgemeine Vorprüfung als verspätet an.

## Praxistipp

Das Urteil vergrößert den Kreis der potentiellen Kläger, die einen UVP-Verfahrensfehler rügen können, erheblich. Vorhabenträger sollten daher die Genehmigungsbehörde im Zweifel bitten, eine UVP durchzuführen. Zudem sollten sie erwägen, eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung im förmlichen Verfahren (§ 10 BImSchG) zu beantragen. Letzteres hat den Vorteil, dass die Präklusionswirkung des § 10 Abs. 3 Satz 5 BImSchG gilt und die Genehmigung öffentlich bekannt gemacht werden kann, so dass die Monatsfrist für Rechtsbehelfe gegenüber jedermann läuft. ■



**Dr. Konrad Walter**  
Rechtsanwalt bei CMS Hamburg.  
E [konrad.walter@cms-hs.com](mailto:konrad.walter@cms-hs.com)



# Sicherung einer mietvertraglichen Betriebspflicht durch einstweilige Verfügung

## Hintergrund

Zwischen dem Kläger (Vermieter) und dem Beklagten (Mieter) bestand ein Mietverhältnis über einen Laden in einem Einkaufszentrum. Dem Mieter oblag nach dem Mietvertrag eine Betriebspflicht; Konkurrenz- und Sortimentsschutz waren ausdrücklich ausgeschlossen. Im September 2013 kündigte der Mieter das Mietverhältnis unter Berufung auf einen Schriftformverstoß und führte im November 2013 einen Räumungsverkauf durch. Weiter teilte der Mieter mit, dass er an der Schließung seines Ladens ab Januar 2014 festhalten wolle. Da der Vermieter in diesem Zeitraum mit einem potentiellen Ankermieter Verhandlungen über andere Flächen im Mietgegenstand führte und diese im Hinblick auf den möglichen Leerstand des Ladens des Mieters gefährdet sah, beantragte der Vermieter den Erlass einer einstweiligen Verfügung gegen den Mieter, seinen Laden zu betreiben. Die einstweilige Verfügung wurde antragsgemäß vom Landgericht Berlin erlassen. Im erstinstanzlichen Verfahren erklärte der Mieter, dass er seinen Laden bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Betriebspflicht und die Wirksamkeit der Kündigung weiter betreiben wolle. In zweiter Instanz erklärte der Vermieter die Erledigung der Hauptsache und beantragte, die Kosten dem Mieter aufzuerlegen. Die Parteien stritten insofern nur noch über die Kostentragungspflicht.

## Die Entscheidung

In seinem Beschluss vom 17.11.2014 – 8 U 114/14 – hat das KG Berlin entschieden, dass der Mieter die Kosten der ersten Instanz und der Vermieter die der zweiten Instanz zu tragen hat. Hierbei hatte das KG Berlin die Kostenentscheidung unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes nach billigem Ermessen gemäß § 91 a ZPO zu treffen.

Nach Ansicht des KG Berlin waren dem Mieter die Kosten der ersten Instanz aufzuerlegen, da der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung bis zum Eintritt des erledigenden Ereignisses Aussicht auf Erfolg hatte. Dabei hätten sowohl der Verfügungsgrund – Gefährdung der Verhandlungen mit dem Ankermieter – als auch der Verfügungsanspruch – Anspruch auf Erfüllung der Betriebspflicht – bestanden.

Die Betriebspflicht sei trotz formularmäßiger Vereinbarung und Kombination mit einem Ausschluss von Konkurrenz- und Sortimentsschutz wirksam vereinbart worden. Auch lägen keine Schriftformverstöße vor, die eine Kündigung vor Ablauf der Festmietzeit gemäß § 580 a Abs. 2 BGB ermöglicht hätten.

Die Kosten der Zweitinstanz seien jedoch vom Vermieter zu tragen, da dieser aufgrund des unstreitigen Sachverhalts bereits in der ersten Instanz in der Lage gewesen wäre,

den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt zu erklären. Insofern sei der Verfügungsgrund entfallen und die Dringlichkeit nicht mehr erkennbar.

## Praxistipp

Gewerbliche Vermieter können eine mietvertraglich vereinbarte Betriebspflicht mit einer einstweiligen Verfügung gegen den Mieter durchsetzen. Dabei steht der Wirksamkeit der formularmäßigen Vereinbarung einer Betriebspflicht nicht entgegen, dass in dem Mietvertrag auch ein Ausschluss von Konkurrenzschutz geregelt ist. Ob weitergehende Beschränkungen formularmäßig vereinbart werden können, ist jeweils im Einzelfall zu bewerten (siehe hierzu den Beitrag auf Seite 13 in diesem Update). ■



**Jacqueline Terhöven**  
Rechtsanwältin bei CMS Stuttgart.  
E [jacqueline.terhoeven@cms-hs.com](mailto:jacqueline.terhoeven@cms-hs.com)

# Nachbar kann Anordnung von Maßnahmen zur Baulärminderung verlangen

## Hintergrund

Der Betreiber eines Lebensmittelvollsortimenters wendet sich mit der Normenkontrolle gegen den Bebauungsplan für ein benachbartes Gebiet. Der angegriffene Bebauungsplan ermöglicht mehrere neue großflächige Einzelhandelsbetriebe, darunter auch zwei für Lebensmittel in einer Größe von insgesamt 2.450 m<sup>2</sup>. Nach den von der Gemeinde eingeholten Auswirkungsanalysen war diese Erweiterung der Verkaufsfläche und ihre Konzentration im benachbarten Plangebiet raumordnerisch nur zulässig, wenn in dem separaten Bebauungsplan, der für den Antragsteller gilt, künftig Lebensmitteleinzelhandel ausgeschlossen werden würde. Bei dem Satzungsbeschluss legte die Gemeinde einen solchen künftigen Ausschluss zugrunde, ohne dass dieser bereits wirksam beschlossen war.

## Die Entscheidung

Der VGH erklärte mit Beschluss vom 03.05.2015 – 5 S 1591/13 – den Bebauungsplan für unwirksam. Um dem Antragsteller das erforderliche Rechtsschutzinteresse zuzuerkennen, musste er aber zwei Hürden nehmen. Zum einen ist der Antragsteller durch die Festsetzungen, die die Ansiedlung von Einzelhandelsbetrieben im Nachbargebiet ermöglichen, nicht

direkt in eigenen Rechten betroffen. Allein der dadurch entstehende Wettbewerb ist nach ständiger Rechtsprechung kein städteplanerisch abwägungsbeachtlicher Belang. Insoweit fehlt es am Rechtsschutzinteresse. Zum anderen sind sämtliche durch den Bebauungsplan zugelassenen Betriebe mittlerweile verwirklicht und eine Betriebseinstellung ist nicht zu erreichen. Wenn die beanstandeten Festsetzungen aber bereits verwirklicht sind, entfällt nach der Rechtsprechung das Rechtsschutzinteresse, weil das mit dem Antrag verfolgte Ziel nicht mehr zu erreichen ist. Damit wäre die Normenkontrolle eigentlich unzulässig. Die Gemeinde hatte in ihrem Abwägungsvorgang aber die Zulassung der neuen Betriebe mit dem noch nicht wirksamen Ausschluss von Einzelhandel für den Bereich des Antragstellers verknüpft. Die Wirkung des Bebauungsplans erschöpft sich damit nicht in der Zulassung der neuen Betriebe, sondern beinhaltet auch den ersten von zwei Schritten zur Verwirklichung eines Einzelhandelskonzepts, das den Ausschluss in dem für den Antragsteller geltenden Planbereich und eine Konzentration im Nachbargebiet zum Ziel hat. Damit entfaltet der Plan auch eine Vorwirkung für den Antragsteller. Das Interesse an der rechtlichen Überprüfung dieser Vorwirkung ließ der VGH für das Rechtsschutzinteresse genügen.

Da der VGH überdies im Planaufstellungsverfahren Defizite bei der Bewertung verkehrlicher Belange und des Lärmschutzes erkannte, hatte der Antragsteller Erfolg.

## Praxistipp

Eine instruktive Entscheidung zur Reichweite des Abwägungsgebotes. Die Gemeinde ist bei der Umsetzung ihres Einzelhandelskonzepts zu kurz gesprungen, indem sie die Strategie verfolgte, die Belange des Antragstellers durch Separierung der Planverfahren auszublenden. Auch die durch den angestrebten Plan begünstigten Betriebe sollten ein Interesse an einer sauberen Abwägung haben, weil sie sonst ihr Ziel möglicherweise nicht erreichen. Im vorliegenden Fall waren sie schnell genug und hatten Glück; das muss nicht immer so sein. ■



**Dr. Dirk Rodewoldt**  
Partner bei CMS Stuttgart.  
E [dirk.rodewoldt@cms-hs.com](mailto:dirk.rodewoldt@cms-hs.com)

# Bestellerprinzip bei Maklerprovisionen auf verfassungsrechtlichem Prüfstand

## Hintergrund

Seit dem 01.06.2015 gilt für den Bereich der Vermittlung von Mietwohnungen das Bestellerprinzip. Gemäß § 2 Abs. 1 a des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung (WoVermRG) darf der Wohnungsvermittler vom Wohnungssuchenden für die Wohnungsvermittlung grundsätzlich kein Entgelt mehr fordern, sich versprechen lassen oder annehmen. Ausnahme bildet der in der Praxis wohl eher seltene Fall, dass der Wohnungsvermittler ausschließlich wegen des Vermittlungsvertrags mit dem Wohnungssuchenden vom Vermieter den Auftrag einholt, die Wohnung anzubieten. Seitdem lautet die Parole: „Wer die Musik bestellt, zahlt!“ Über die neue Regelung freuen sich derzeit vor allem die Mietsuchenden. Fragt sich nur, wie lange noch. Denn zum einen ist zu befürchten, dass die mit dem Bestellerprinzip bezweckte finanzielle Entlastung der Wohnungssuchenden am Ende überhaupt nicht eintritt, etwa weil die nun vom Vermieter zu tragenden Maklerprovisionen einfach durch höhere Mieten auf den Mieter umgelegt werden. Zum anderen stellt sich die Frage, ob die Regelung einer Überprüfung durch das Bundesverfassungsgericht standhält. Eine Verfassungsbeschwerde zweier Makler ist bereits eingereicht. Und auch die Maklerbranche – so der Immobilienverband Deutschland (IVD) und der Bundesverband für die Immobilienwirtschaft (BVFI) – will gegen die Neuregelung vorgehen.

Kritisiert wird, dass das in § 2 Abs. 1 a WoVermRG geregelte „modifizierte“ Bestellerprinzip faktisch zu einem Verbot der Doppeltätigkeit des Maklers führt. Anders als im übrigen Immobilienmaklerrecht ist dem Makler im Bereich der Wohnungsvermittlung nun untersagt, zugleich für Mieter und Vermieter tätig zu werden. In der Folge – so befürchten die Gegner – werde hierdurch die berufliche Existenz einer Vielzahl von Maklern gefährdet; und das, obwohl das Bestellerprinzip ohnehin ungeeignet sei, das angestrebte Ziel einer finanziellen Entlastung der Mietsuchenden zu erreichen. Die Regelung sei daher ungeeignet, nicht erforderlich und greife unverhältnismäßig in die Grundrechte der Berufsfreiheit (Art. 12 GG), des Eigentumsschutzes (Art. 14 GG) und der Vertragsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) ein. Auch verstoße sie gegen den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG.

## Die Entscheidung

Einen Rückschlag mussten die Kritiker allerdings kürzlich einstecken. Mit Beschluss vom 13.05.2015 – 1 BvQ 9/15 – wies das BVerfG die Eilanträge zweier Makler auf Erlass einer einstweiligen Anordnung zurück, mit der die Antragsteller eine vorläufige Aussetzung des Bestellerprinzips erreichen wollten. Zwar seien die parallel von den Antragstellern erhobenen Verfassungsbeschwerden weder von vornherein unzulässig noch unbegründet. Aber insbesondere geltend gemachte Existenzbedrohung sei

bislang nicht hinreichend substantiiert dargelegt worden. Das vorläufige Fazit der Richter: „Von einer Existenzbedrohung des gesamten Berufsstandes der Wohnungsvermittler lässt sich hiernach nicht ausgehen.“

## Praxistipp

Der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts bedeutet aber nicht, dass das Bestellerprinzip verfassungsgemäß ist. Vielmehr haben die Richter darauf hingewiesen, dass die vorgebrachten rechtlichen Bedenken gegen die Regelung einer näheren Prüfung im Hauptsacheverfahren bedürfen. Insbesondere sei zu prüfen, ob die gewählte Ausgestaltung des Bestellerprinzips mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vereinbar ist. Vielleicht kippt das Bestellerprinzip also doch noch. IVD und BVFI halten jedenfalls an ihren Klageplänen fest. ■



**Dr. Sebastian Schmitz**

Rechtsanwalt bei CMS Berlin.

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

# Umwelt-Verwaltungsgesetz in Baden-Württemberg

Seit 01.01.2015 gilt in Baden-Württemberg das – bundesweit bislang einmalige – Umweltverwaltungsgesetz (UVwG – GBl. 2014, S. 592). Das Gesetz dient der Zusammenfassung von in verschiedenen Landesgesetzen geregelten Verfahrensanforderungen und stärkt die Öffentlichkeitsbeteiligung im Umweltbereich. Neben der Integration des früheren Landes-UVPG enthält das UVwG u. a. folgende Regelungen:

### Frühe Öffentlichkeitsbeteiligung

Kernstück ist eine nun grundsätzlich verpflichtende frühe Öffentlichkeitsbeteiligung für besonders umweltbedeutsame Projekte, § 2 UVwG. Bei UVP- oder planfeststellungsbedürftigen Vorhaben soll regelmäßig schon vor Antragstellung eine Öffentlichkeitsbeteiligung stattfinden. Darauf sollen Behörden zwar auch in anderen Verwaltungsverfahren hinwirken (§ 25 LVwVfG), § 2 UVwG ist jedoch strenger und vorrangig zu beachten.

Organisation und Ausgestaltung der frühen Öffentlichkeitsbeteiligung ist Sache des Vorhabenträgers, der auch die Kosten hierfür trägt. Er soll über das Vorhaben und seine Auswirkungen informieren, Gelegenheit zu Äußerung und Erörterung geben und das Ergebnis der Behörde mitteilen, die dieses in das weitere Verfahren einbezieht. Trotz früher Öffentlichkeitsbeteiligung findet im Genehmigungsverfahren die eigentliche Öffentlichkeitsbeteiligung – nun allerdings durch die Behörde – statt; nur in diesem Rahmen abgegebene Stellungnahmen können einen Einwendungsausschluss bei späterer Anfechtung der Vorhabenzulassung verhindern.

Die frühe Öffentlichkeitsbeteiligung soll mehr Akzeptanz durch frühe Information und Beteiligungsmöglichkeit schaffen, bedeutet für den Vorhabenträger aber erheblichen Aufwand, der letztlich nur in großen, potentiell stark umstrittenen Vorhaben Sinn machen dürfte.

### Umweltmediation

Zeichnen sich erhebliche Konflikte mit der betroffenen Öffentlichkeit ab, kann die Behörde nach § 4 UVwG eine Umweltmediation vorschlagen, ist dabei aber grundsätzlich nicht selbst Partei. Die Umweltmediation ist öffentlich – was eigentlich dem Vertraulichkeitsgrundsatz einer Mediation widerspricht. Über die Kosten sollen sich die Parteien einigen.

### Verpflichtendes Scoping bei UVP-pflichtigen Vorhaben

Schon bisher können Behörden und Vorhabenträger vor Beantragung einer Vorhabengenehmigung die beizubringenden Unterlagen und den Untersuchungsumfang abstimmen und in einem Termin besprechen (sog. Scoping-Termin), ggf. hierzu auch Gemeinden und Umweltverbände einladen. Für UVP-pflichtige Vorhaben in Baden-Württemberg ist ein solches Scoping-Verfahren nun zwingend vorgeschrieben. Anders als bisher ist ein Scoping-Termin grundsätzlich öffentlich, § 19 Abs. 2 UVwG. Mitglieder der Öffentlichkeit haben aber kein Recht zur Äußerung, sondern sind nur Zuhörer. Wegen des voraussichtlichen Mehraufwandes und der Abweichung von geltendem Bundesrecht wird die Regelung kritisiert.

### Umweltinformation

Das UVwG integriert auch das bisherige Landesumweltinformationsgesetz, das jedermann einen Anspruch auf freien Zugang zu Umweltinformationen gewährt. Die Neuregelung enthält Erleichterungen für Informationssuchende, flankiert durch Entlastungen bei den Gebühren. Ausnahmen vom Informationsanspruch, insbesondere zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen, bleiben aber weitgehend unberührt, § 29 Abs. 1 UVwG.

Daneben soll eine behördliche Informationspflicht sicherstellen, dass Umweltverbände ihre Beteiligungsmöglichkeiten nicht übersehen, § 6 UVwG. Ein einklagbares Recht soll daraus aber nicht folgen.

### Fazit

Das UVwG ist ersichtlich auf eine bürger- und umweltverbandsfreundliche Verfahrensgestaltung ausgerichtet, birgt jedoch Mehraufwand für Vorhabenträger und Verwaltung. Ob damit mehr Akzeptanz für Großprojekte erreicht werden kann, wird daher vom Pragmatismus der Beteiligten und der Ausgestaltung im Einzelfall abhängen. ■



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

# Grunderwerbsteuer: Ersatzbemessungsgrundlage ist verfassungswidrig

## Hintergrund

Anteilsübertragungen und Gesellschafterwechsel können, wenn sie Gesellschaften mit deutschem Grundbesitz direkt oder indirekt betreffen, Grunderwerbsteuer auslösen. Die Grunderwerbsteuer wird in diesen Fällen nicht, wie man vielleicht annehmen könnte, aus dem Anteilskaufpreis ermittelt, sondern auf Grundlage einer gesetzlich normierten Bewertungsmethode. Der danach ermittelte Wert wird als „Bedarfswert“ oder als „Ersatzbemessungsgrundlage“ bezeichnet. Er wird für Zwecke der Grunderwerbsteuer auch in solchen Fällen zugrunde gelegt, bei denen eine Gegenleistung (Kaufpreis) nicht vorhanden oder nicht zu ermitteln ist. Ein Beispiel hierfür bildet die Grunderwerbsteuerpflichtige Abtretung der Rechte aus einem Grundstückskaufangebot. Die Frage der Verfassungsmäßigkeit der Ersatzbemessungsgrundlage war seit Jahren aufgrund der häufig vom Marktwert der Immobilie erheblich abweichenden Ergebnisse dieser Bewertungsmethode umstritten. Mit Vorlagebeschluss vom 02.03.2011 legte der BFH (BStBl. II 2011, 932) die Frage der Verfassungsmäßigkeit für Zwecke der Grunderwerbsteuer dem BVerfG zur Entscheidung vor.

## Die Entscheidung

Das BVerfG hat mit Beschluss vom 23.06.2015 – 1 BvL 13/11, 1 BvL 14/11 – die Ersatzbemessungsgrundlage als nicht mit dem Grundgesetz vereinbar eingestuft. Es hat ferner entschieden, dass die Norm für Besteuerungstatbestände, die nach dem 31.12.2008 verwirklicht werden, nicht mehr anwendbar ist. Jedoch hat das BVerfG den Gesetzgeber auch dazu verpflichtet, die Regelung rückwirkend ab dem 01.01.2009 verfassungsgemäß auszugestalten. Hierfür hat der Gesetzgeber bis zum 30.06.2016 Zeit. Es ist demzufolge nicht mit einer Besteuerungslücke zu rechnen. Die Entscheidung des BVerfG wurde am 17.07.2015 veröffentlicht.

## Praxistipp

Die durch den Gesetzgeber nun neu zu schaffende Regelung wird sich näher am Marktwert der Immobilie orientieren müssen und damit in der Regel zu höheren Grunderwerbsteuerlichen Bemessungsgrundlagen führen, als dies bislang der Fall war. Es ist naheliegend, dass auf die Bewertungsregelungen, wie sie bereits für die Erbschaft- und Schenkungsteuer gelten, zurückgegriffen werden wird. Mit einer Änderung von bereits ergan-

genen Steuerbescheiden zulasten der Steuerzahler ist aus Gründen des Vertrauensschutzes grundsätzlich nicht zu rechnen. Für denjenigen, der aktuell in Grunderwerbsteuerrelevante Transaktionen involviert ist, die auf Basis der Ersatzbemessungsgrundlage besteuert werden, sollte jedoch eine Anpassung des Gesetzes und damit im Regelfall eine erhöhte Steuerbelastung einkalkuliert werden. Sollte die Anwendung der Ersatzbemessungsgrundlage in der Vergangenheit im Einzelfall zu einer Überbewertung geführt haben und sollte der entsprechende Bescheid noch änderbar sein, ist eine weitere Beobachtung der zu erwartenden Gesetzesänderung und ggf. eine entsprechende Geltendmachung eines Erstattungsanspruchs angezeigt. ■



**Tobias Schneider**

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

News – kurz gefasst

# Gewerberaummiete: § 550 BGB gilt nicht bei Gesellschafterwechsel

Mit Urteil vom 27.02.2015 – 2 U 144/14 hat das OLG Frankfurt entschieden, dass ein in eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Mietvertragspartei neu eintretender Gesellschafter nicht in den Schutzbereich des § 550 BGB einzubeziehen ist. Denn durch den Gesellschafterwechsel findet kein Wechsel der Vertragspartei und damit keine Änderung des Mietvertragsinhalts statt. Konsequenz hieraus ist, dass der Gesellschafterwechsel nicht

dem Schriftformerfordernis unterliegt und somit kein schriftformkonformer Nachtrag hierzu erforderlich ist. Darüber hinaus kann sich der neu eingetretene Gesellschafter allein nicht darauf berufen, er habe sich mangels schriftlicher Niederlegung über den Inhalt des Mietvertrags nicht vollständig informieren können. Insofern wird ihm im Verhältnis zu der anderen Vertragspartei die Kenntnis seiner Mitgesellschafter zugerechnet. ■



**Dr. Eva Heidemann**  
Rechtsanwältin bei CMS Hamburg.  
E [eva.heidemann@cms-hs.com](mailto:eva.heidemann@cms-hs.com)

News – kurz gefasst

# Vergaberecht: Bieter müssen Verstöße auch unterhalb der Schwellenwerte rügen

Das OLG Saarbrücken (Urteil vom 28.01.2015 – 1 U 138/14) hat sich der wachsenden Gruppe von Gerichten angeschlossen, die von Bietern verlangen, Vergaberechtsverstöße auch unterhalb der Schwellenwerte analog § 107 Abs. 3 GWB unverzüglich zu rügen.

Bieter, die sich bei Unterschwellenvergaben die Möglichkeit auf Rechtsschutz durch Zivil- oder Verwaltungsgerichte wahren wollen, tun daher gut daran, sich wie bei Oberschwellenvergaben an die Rügeobliegenheit gemäß § 107 Abs. 3 GWB zu halten. ■



**Dr. Volkmar Wagner**  
Partner bei CMS Stuttgart.  
E [volkmar.wagner@cms-hs.com](mailto:volkmar.wagner@cms-hs.com)

News – kurz gefasst

# Keine Frist zur Mängelbeseitigung gesetzt: kein Anspruch auf Schadensersatz

Das OLG Frankfurt entschied mit Urteil vom 07.07.2015 – 15 U 17/14 –, dass ein Schadensersatzanspruch, der die Kosten eines selbstständigen Beweisverfahrens umfasst, voraussetzt, dass sich der Auftragnehmer mit der Mängelbeseitigung im Verzug befindet.

Nach Erbringung der Bauleistungen zeigten sich Mängel. Der Auftraggeber zeigte diese dem Auftragnehmer weder an, noch forderte er unter

Setzung einer Frist zur Nachbesserung auf. Stattdessen leitete er sogleich ein selbstständiges Beweisverfahren ein. Aufgrund nun erfolgter Mängelbeseitigung kam es nicht zum Hauptsacheprozess. Die Kostenerstattung für das Beweisverfahren scheiterte, da kein Verzug vorlag. Zur Vermeidung dieser Rechtsfolge sollten Mängel stets unter Setzung einer Frist zur Mängelbeseitigung gerügt werden. ■



**Johanna Hofmann**

Rechtsanwältin bei CMS Frankfurt/Main.

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

News – kurz gefasst

# Urkalkulation nicht vorgelegt: Nachträge werden nicht vergütet

Guter Preis bleibt guter Preis – schlechter Preis bleibt schlechter Preis. Für die erfolgreiche Durchsetzung dieser Faustformel zur Berechnung von Nachträgen in VOB/B-Verträgen ist die schlüssige Gegenüberstellung von Urkalkulation und korrespondierender Nachtragskalkulation Voraussetzung.

Das OLG Düsseldorf hat daher mit Urteil vom 21.11.2014 – 22 U 37/14 –

entschieden, dass dem Auftragnehmer kein Anspruch auf Vergütung seiner Nachträge zusteht, wenn er es versäumt, seine Urkalkulation schlüssig darzulegen und zugleich einen Bezug zu seinen Nachtragsansprüchen herzustellen. Der Auftragnehmer kann seine Ansprüche insbesondere nicht auf eine ortsübliche Vergütung oder seine tatsächlichen Aufwendungen stützen. ■



**Dr. Oliver Kerpen**

Rechtsanwalt bei CMS Köln.

E [oliver.kerpen@cms-hs.com](mailto:oliver.kerpen@cms-hs.com)

News – kurz gefasst

# Erlöschen der Baugenehmigung

Eine Baugenehmigung erlischt nach § 73 Abs. 1 HBauO, wenn nicht innerhalb von drei Jahren mit der Bauausführung begonnen wird. Das OVG Hamburg hat mit Beschluss vom 29.10.2014 – 2 Bs 179/14 – entschieden, dass die Genehmigung auch dann nicht nach drei Jahren abläuft, wenn der Bauherr aufgrund eines Rechtsmittels des Nachbarn unabhängig von ihrer Vollziehbarkeit nicht auf den Bestand der Genehmigung vertrauen kann oder die

Bauaufsichtsbehörde ihre Fortgeltung bestreitet. § 73 Abs. 1 bedürfe der richterlichen Rechtsfortbildung: Die Laufzeit sei so lange gehemmt, wie dem Bauherrn der teure Baubeginn aufgrund außerhalb seiner Risikosphäre liegender Umstände nicht zugemutet werden könne. Die Entscheidung deckt sich mit der Rechtsprechung anderer Verwaltungsgerichte zu landesrechtlichen Parallelvorschriften. ■



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

News – kurz gefasst

# Verschlechterungsverbot der WRRL

Der EuGH hat am 01.07.2015 ein Urteil zum wasserrechtlichen Verschlechterungsverbot veröffentlicht (Rs. C-461/13). Danach sind die Umweltziele der Europäischen Wasserrahmenrichtlinie (WRRL) nicht nur Programmsätze, sondern für jedes Vorhaben verbindlich. Vorhaben, die zur Verschlechterung eines Gewässers

führen können, dürfen – vorbehaltlich einer Ausnahmeentscheidung – nicht genehmigt werden.

Eine Verschlechterung des ökologischen Zustands eines Wasserkörpers liegt vor, wenn sich mindestens eine der Qualitätskomponenten (nicht unbedingt die gesamte Zustandsklasse)

um eine ganze Klasse verschlechtert. Ist die Komponente bereits in der niedrigsten Kategorie eingestuft, sieht der EuGH jede – auch geringfügige – Beeinträchtigung als Verschlechterung an. Einen Bagatellvorbehalt gibt es ausdrücklich nicht. ■



**Dr. Fritz von Hammerstein**  
Partner bei CMS Hamburg.  
E [fritz.hammerstein@cms-hs.com](mailto:fritz.hammerstein@cms-hs.com)



**Dr. Nadine Lichtblau**  
Rechtsanwältin bei CMS Hamburg.  
E [nadine.lichtblau@cms-hs.com](mailto:nadine.lichtblau@cms-hs.com)

## C/M/S/ Law-Now™

Ihr kostenloser juristischer Online-Informationsdienst.

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

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

## C/M/S/ e-guides

Ihre juristische Online-Bibliothek.

Profunde internationale Fachrecherche und juristisches Expertenwissen nach Maß.

[eguides.cmslegal.com](http://eguides.cmslegal.com)

---

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