
Newsletter, 4. Quartal 2008

Real Estate

Ausschreibungspflicht von Grundstücksverkäufen der öffentlichen Hand – neue Entwicklungen	Seite 2
Preissteigerungen bei verzögerter Vergabe	Seite 3
Nach der Aufhebung – Verhandlungsverfahren auch mit neuen Bietern?	Seite 5
Schönheitsreparaturklausel mit starren Fristen auch bei Gewerberäumen unwirksam	Seite 7
Gewerbemiete: Fristlose Kündigung bei „schleppender“ Zahlungsweise	Seite 8
Grenzen der Einschränkung von Aufrechnungs-, Minderungs- und Zurückbehaltungsrechten des Mieters in Gewerbemietverträgen	Seite 9
Auch bei unvollständiger Leistungsbeschreibung: Keine Mehrvergütungsansprüche bei Spekulation	Seite 10
Unzulässigkeit von gebietsbezogenen Verkaufsflächenobergrenzen in Bebauungsplänen	Seite 11



Vergaberecht

Ausschreibungspflicht von Grundstücksverkäufen der öffentlichen Hand – neue Entwicklungen

Mit der sogenannten „Ahlhorn-Entscheidung“ vom 13. Juni 2007 (VII-Verg. 37/07) hat das OLG Düsseldorf erstmals und in Abweichung zur bisherigen Rechtsprechung beschlossen, dass bis dahin vergaberechtlich neutrale Grundstücksverkäufe der öffentlichen Hand dem Vergaberecht unterliegen, sofern diese unmittelbar oder mittelbar mit einem Bauauftrag, einem städtebaulichen Vertrag oder einer sonstigen Bauverpflichtung verknüpft sind. Damit hat das OLG Düsseldorf im letzten Jahr eine faktische Ausschreibungspflicht geschaffen.

In mittlerweile drei Folgeentscheidungen hat das OLG Düsseldorf an dieser Entscheidung festgehalten. Danach komme es für eine Ausschreibungspflichtigkeit nicht darauf an, ob der Auftraggeber Eigentum an den zu errichtenden Bauwerken erlangt und ob ein eigener körperlicher Beschaffungsbedarf des öffentlichen Auftraggebers besteht. Eine vergabepflichtige Bauleistung erfordere nicht, dass der jeweilige Investor/Grundstückskäufer für seine zu erbringenden Bauleistungen von der öffentlichen Hand ein Entgelt erhält und eine vergabepflichtige Baukonzession läge bereits dann vor, wenn der Investor die von ihm bebauten Grundstücke über einen Verkauf oder eine Vermietung später refinanzieren könne. Weitere Gerichte und Vergabekammern sind der dortigen Rechtsauffassung gefolgt. Als Beispiel sei eine Entscheidung des OLG Bremen vom 13. März 2008 (Verg. 51/07) genannt, die sich in ihrer Begründung vollumfänglich der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf anschließt und ebenfalls der Auffassung ist, dass ein Beschaffungsvorgang zur Feststellung eines vergabepflichtigen öffentlichen Auftrags nicht erforderlich sei. Bislang hatte keines der entscheidenden Gerichte eine Vorlage zum Europäischen Gerichtshof für erforderlich gehalten.

Nach den vielfach kritischen Reaktionen auf diese Rechtsprechung folgten auch vereinzelt abweichende Entscheidungen anderer Vergabekammern. Sowohl die Vergabekammer Brandenburg (Beschluss vom 15. Februar 2008 – VK2/08) als auch die Vergabekammer Darmstadt (Beschluss vom 5. März 2008 – 69 d – VK06/08) wandten sich ausdrücklich gegen die Ansicht des OLG Düsseldorf in der „Ahlhorn-Entscheidung“. Entsprechend der bereits aus der Praxis geäu-

berten Kritik stellen diese Entscheidungen zum Vorliegen eines öffentlichen Bauauftrags darauf ab, ob Grundstückskaufverträge der öffentlichen Hand eine ausdrückliche Bauverpflichtung enthalten und ob ein entgeltlicher Beschaffungsvorgang angenommen werden kann.

Bereits im Mai hat das Bundeskabinett einen Gesetzesentwurf zur Modernisierung des Vergaberechts beschlossen. Der Gesetzesentwurf bezweckt unter anderem die Klarstellung, dass Grundstücksverkäufe an einen Investor, die städtebauliche Aufgaben umfassen, keine öffentlichen Aufträge sind, die dem Vergaberecht unterliegen. Die Ausschreibungspflicht von kommunalen Grundstücksgeschäften soll nach dem Willen des Gesetzgebers mit dem Gesetzesentwurf wesentlich restriktiver gehandhabt werden, als dies zuletzt die Rechtsprechung getan hat. Nach Aussage des federführenden Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie sollen vor allem Irritationen für kommunale Investitionen beseitigt werden, die durch die Rechtsprechungslinie des OLG Düsseldorf entstanden sind.

Ein Kernstück dieser Vergaberechtsreform in Bezug auf die „Ahlhorn-Rechtsprechung“ ist, dass Bauaufträge im § 99 Abs. 3 GWB als Verträge über Bauvorhaben oder Bauwerke „für den öffentlichen Auftraggeber“ definiert werden bzw. als Verträge über Bauleistungen durch Dritte, die „dem Auftraggeber unmittelbar wirtschaftlich zugute kommen“. Allein die Verwirklichung einer von der öffentlichen Hand angestrebten städtebaulichen Entwicklung ist als einzukaufende Leistung nicht ausreichend und somit auch nicht vergaberechtsrelevant. Überdies soll mit der Vergaberechtsform die bisherige Definition der Baukonzession in § 98 Abs. 6 GWB gestrichen und in § 99 Abs. 6 GWB eine eigene Erläuterung dieser besonderen Form des Bauauftrags gegeben werden. Insoweit soll klargestellt werden, dass das gewährte Nutzungsrecht bei einer Baukonzession befristet ist. Die Veräußerung eines Grundstückes soll nach der Gesetzesbegründung nicht zur Rechtsfigur der Baukonzession gehören.

Die bislang für den 1. Januar 2009 vorgesehenen Neuerungen durch die Vergabereform, insbesondere die Verän-

derung des „Auftragsbegriffs“ im GWB, könnten dem Europäischen Gemeinschaftsrecht widersprechen. In naher Zukunft wird die Vergabereform unmittelbar durch eine nun anstehende Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) berührt. Dem EuGH wurden mit Vorlagebeschluss des OLG Düsseldorf vom 2. Oktober 2008 (Verg. 25/08) unter anderem folgende Fragen zur Ausschreibungspflicht von Grundstücksverkäufen der öffentlichen Hand vorgelegt:

- Setzt ein Bauauftrag konstitutiv voraus, dass die Bauleistung in einem gegenständlich oder körperlich zu verstehenden Sinn für den öffentlichen Auftraggeber beschafft wird und ihm unmittelbar wirtschaftlich zugute kommt?
- Ist eine Beschaffung anzunehmen, wenn das Bauvorhaben für den öffentlichen Auftraggeber eine bestimmte öffentliche Zweckbestimmung erfüllen soll und der öffentliche Auftraggeber vertraglich mit der rechtlichen Befugnis ausgestattet ist, sicherzustellen, dass der öffentliche Zweck erreicht wird und das Bauwerk dafür künftig zur Verfügung steht?
- Erfordert der Begriff des öffentlichen Bauauftrags, dass der Unternehmer direkt oder indirekt zur Erbringung des Bauauftrags und damit verbunden zu Bauleistungen verpflichtet wird? Muss es sich hierbei ggf. um eine einklagbare Verpflichtung handeln?

- Ist eine Baukonzession abzulehnen, wenn der Konzessionär Eigentümer des Grundstücks, auf dem das Bauwerk errichtet werden soll, ist oder wird, oder die Baukonzession unbefristet erteilt wird?

Konsequenz

Über ein Jahr nach der grundlegenden „Ahlhorn-Entscheidung“ des OLG Düsseldorf werden die wesentlichen rechtlichen Fragen zur Beurteilung, wann ein Grundstückskaufvertrag der öffentlichen Hand ausschreibungspflichtig ist, nunmehr (doch) dem EuGH zur Prüfung vorgelegt. Die Entscheidung kann auch direkte Auswirkungen auf die anstehende Vergaberechtsreform haben. Bis zur Entscheidung des EuGH ist jedenfalls weiterhin anzuraten, in kritischen Fällen ordentliche Vergabeverfahren durchzuführen.

Ingo Erberich

ingo.erberich@luther-lawfirm.com

Telefon +49 (221) 9937 25721

Florian Grüner

florian.gruener@luther-lawfirm.com

Telefon +49 (221) 9937 25758

Preissteigerungen bei verzögerter Vergabe

Häufig wird in Vergabeverfahren vor Ablauf der Angebotsfrist die ursprünglich vorgesehene Bindefrist für das Angebot einvernehmlich verlängert. Dann kann es im Verlauf des weiteren Verfahrens zu einem Interessenkonflikt kommen, wenn sich aufgrund derartiger Verzögerungen die Kalkulationsgrundlagen von Bieterangeboten wegen steigender Preise gravierend ändern. Das OLG Saarbrücken (Urteil vom 13.05.2008, Az.: 4 U 500/07) hat entgegen weit verbreiteter Ansicht jetzt entschieden, dass diese Risiken nicht von der öffentlichen Hand zu tragen sind.

Bisher wurde die Risikoverteilung überwiegend zu Lasten der öffentlichen Hand und zu Gunsten der Bieter beurteilt. Nach insoweit einschlägiger Rechtsprechung (vgl. bspw.

OLG Celle, Urteil vom 25.06.2008, Az.: 14 U 14/08) galt: Verzögert sich die Vergabe und kommt es innerhalb dieser Zeit zu wesentlichen Preisänderungen, oder ist die Einhaltung von verbindlichen Fristen nicht mehr möglich, kann der Zuschlag des öffentlichen Auftraggebers gegenüber dem nicht abänderbaren Angebot des Bieters ein neues Angebot im Sinne des § 150 Abs. 2 BGB darstellen, wenn sich die Parteien einig sind, dass der ursprüngliche Zeitplan hinfällig geworden ist. Dieses Angebot wurde durch den Bieter in dem vom OLG Celle entschiedenen Fall aber nicht angenommen. Er unterbreitete ein die Veränderungen berücksichtigendes und entsprechend teureres neues Angebot, das die öffentliche Hand annahm, weil sie es – so die Ansicht des Gerichts – widerspruchlos hinnahm.

Nach dieser Ansicht sollen es die Besonderheiten des Vergaberechts nicht zulassen, dass der Bieter allein das Risiko von Preissteigerungen zu tragen habe. Nach den Verdingungsordnungen bleibe der Bieter bis zum Ablauf der Zuschlagsfrist an sein Angebot gebunden, ohne die Möglichkeit zu besitzen, Nachverhandlungen z.B. wegen Änderung der Preise zu verlangen. Trete eine erhebliche Preissteigerung ein, so könne gerade der Ausschreibende – der allein Inhalt und Umfang der Ausschreibung bestimmt – nicht erwarten, der Bieter werde an seinem Angebot, das er nicht verändern darf, unverändert festhalten. Überwiegend wird eine Risikoverteilung zu Lasten des Bieters als Aufbürdung eines ungewöhnlichen Wagnisses eingestuft, was nach dem Vergaberecht unzulässig ist.

Das OLG Saarbrücken ist in der aktuellen Entscheidung anderer Meinung. Das Gericht führt zur Risikoverteilung zwischen öffentlichem Auftraggeber und Bieter aus, dass die Unternehmen sich durch ihre Teilnahme an der Ausschreibung an das Regelungsregime der einschlägigen Verdingungsordnung gebunden haben. Dieses erlaube Preisverhandlungen in nur deutlich eingeschränktem Maße. Alle teilnehmenden Bieter müssten daher im Grundsatz davon ausgehen, die Leistung zum zugeschlagenen Angebotspreis auch tatsächlich zu erbringen. Dieses Vertrauen wäre wertlos, wenn es dem obsiegenden Bieter nach Zuschlagserteilung gelingen könnte, außerhalb des eingeschränkten Rechtsrahmens des Vergabeverfahrens eine wirtschaftliche Verbesserung seines Angebotes durchzusetzen. Eine solche Option – so das Gericht – würde das Vergabeverfahren geradezu „auf den Kopf stellen“. Nachträgliche Korrekturen seien deshalb kaum mit dem Prinzip des fairen und transparenten Wettbewerbs zu vereinbaren und im Ergebnis abzulehnen. Das saarländische Oberlandesgericht legt es den am Verfahren beteiligten Bietern deshalb nahe, ihre Kalkulationsgrundlage bereits vor Abgabe der Bindefristklärung zu kontrollieren. Sollte der Bieter nach der Kontrolle seiner Kosten bemerken, dass der angebotene Preis aufgrund von Umständen, die während der Bindefrist aufgetreten sind, nicht auskömmlich ist, stehe es ihm frei, die Bindefristverlängerung abzulehnen oder sein Angebot mit einem Preisanpassungsvorbehalt zu versehen.

Konsequenz

Die Ansicht des OLG Saarbrücken hat zur Folge, dass unter Umständen Bieter frühzeitig aus dem Verfahren ausscheiden müssen, wenn sie aufgrund der Änderung ihrer Kalkulation kein wirtschaftliches Angebot mehr abgeben können. Wettbewerbsrechtlich ist der Ansatz dennoch zu begrüßen. Denn die Konstruktion des OLG Celle, dass der Zuschlag ein neues Angebot darstellen soll, welches der Bieter nunmehr annehmen oder seinerseits ein neues Angebot einreichen dürfe, übersieht, dass der auf Grundlage eines neuen An-

gebotes des Bieters vereinbarte Preis nicht im Wettbewerb gebildet wurde. Da Preissteigerungen letztlich alle Teilnehmer des Vergabeverfahrens betreffen, sollte das Verfahren auf der Grundlage der ursprünglichen Angebotspreise abgeschlossen werden. Eine Anpassung kann dann im Anschluss an die Vergabe anhand von vertraglichen Preisanpassungsklauseln erfolgen, die bei entsprechender Gestaltung der Verdingungsunterlagen Gegenstand des Wettbewerbs gewesen sind (vgl. § 15 VOB/A).

Martin Steuber, LL.M.
martin.steuber@luther-lawfirm.com
Telefon +49 (211) 5660 24664

Thomas Michaelis
thomas.michaelis@luther-lawfirm.com
Telefon +49 (211) 5660 16570

Nach der Aufhebung – Verhandlungsverfahren auch mit neuen Bieter?

Nach der Aufhebung einer Ausschreibung stellt sich regelmäßig die Frage, ob die Vergabe der gleichen Leistung in einem verkürzten Verfahren durch Verhandlungen auch mit weiteren – nicht nur den am aufgehobenen Verfahren beteiligten – Bieter durchgeföhrt werden darf. Das OLG Naumburg (Beschluss vom 13.05.2008, Az.: 1 Verg 3/08) scheint dies grundsätzlich zu bejahen.

Die Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB/A) sieht nur wenige Ausnahmen vor, um ein Verhandlungsverfahren ohne europaweite Vergabebekanntmachung für die Vergabe eines Auftrages oberhalb des EU-Schwellenwertes in Höhe von 5,15 Mio. Euro zu wählen. Beim Verhandlungsverfahren wendet sich die öffentliche Hand exklusiv an einen ausgewählten, d.h. beschränkten Bieterkreis. Da in diesem Fall der Wettbewerb eingeschränkt wird, ist der Anwendungsbereich auf eng gefasste Ausnahmetatbestände reduziert. Der Nachweis dafür, dass die außergewöhnlichen Umstände einer solchen Ausnahme vorliegen, obliegt der öffentlichen Hand. Nach § 3 a Nr. 6 lit. a) VOB/A ist das Verhandlungsverfahren nur dann zulässig, wenn im aufgehobenen Offenen bzw. Nichtoffenen Verfahren keine annehmbaren Angebote abgegeben wurden, die Verdingungsunterlagen unverändert bleiben und die beteiligten Unternehmen des aufgehobenen Verfahrens grundsätzlich zur Auftragsdurchführung geeignet sind. Nach § 3 a Nr. 6 lit. b) VOB/A sind exklusive Verhandlungen außerdem zulässig, wenn im vorherigen Verfahren nur Angebote mit formellen Mängeln eingereicht wurden.

Das OLG Naumburg nimmt in dem angeführten Beschluss zur Frage Stellung, ob der Bieterkreis in den vorgenannten Fällen auch über den ursprünglichen Kreis hinaus erweitert werden darf. Nach bisheriger Ansicht der Rechtsliteratur soll das bei der Ausnahme nach § 3 a Nr. 6 lit. a) VOB/A nicht, hingegen wohl bei § 3 a Nr. 6 lit. b) VOB/A möglich sein. Das Gericht löst sich von dieser engen Sicht und eröffnet die grundsätzliche Möglichkeit zur Ausweitung des Bieterkreises.

In dem vom OLG Naumburg entschiedenen Fall wurde ein Offenes Verfahren zur Vergabe von Bauleistungen aufgehoben, weil kein wertungsfähiges Angebot vorlag; alle eingegangenen Angebote waren wegen Unvollständigkeit bzw. unzulässiger Änderungen der Verdingungsunterlagen ausgeschlossen worden. Hierüber sowie über die Neuausschreibung des Auftrages im Wege des Verhandlungsverfahrens ohne (erneute) Ver-

gabebekanntmachung wurden alle Bieter des aufgehobenen Verfahrens informiert. Die Vergabestelle versandte die unveränderte Leistungsbeschreibung nicht nur an die Bieter des vorangegangenen Offenen Verfahrens, sondern auch an weitere Unternehmen. Dieses Vorgehen wurde gerügt, aber ohne Erfolg. Das Gericht stellt in dem Beschluss klar: Die Vergabestelle ist nicht verpflichtet, die Befugnis, sich auch am neuen Verfahren zu beteiligen, auf die am aufgehobenen Verfahren beteiligten Bieter zu beschränken, insbesondere wenn auf diese Weise kein ausreichender Wettbewerb gewährleistet wäre.

Dieser Ansatz ist neu und geht über den Ausnahmetatbestand des § 3 a Nr. 6 lit. b) VOB/A hinaus. Das OLG Naumburg lässt nämlich eine Erweiterung des Bieterkreises auch dann zu, wenn die Voraussetzungen der anderen Ausnahme (§ 3 a Nr. 6 lit. a) VOB/A) vorliegen. Grundsätzlich steht es im Ermessen der Vergabestelle – so das Gericht – mehr Wettbewerb durch Erweiterung des Bieterfeldes oder weniger Wettbewerb durch einen beschränkten Bieterkreis festzulegen.

Nach dem Wortlaut des Ausnahmetatbestandes des § 3 a Nr. 6 lit. a) VOB/A sind in das Verhandlungsverfahren alle Bieter aus dem vorausgegangenen Verfahren einzubeziehen, die fachkundig, zuverlässig und leistungsfähig sind. Zur Frage, ob der Bieterkreis auch erweitert werden darf, gibt die Vorschrift keine expliziten Vorgaben: sie schließt dies jedenfalls nicht aus. Eindeutig äußert sich dagegen die EU-Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG. Hiernach gilt: „Die öffentlichen Auftraggeber brauchen keine Bekanntmachung zu veröffentlichen, wenn sie in das betreffende Verhandlungsverfahren alle Bieter und nur die Bieter einbeziehen, die die Kriterien der Artikel 46 – 52 [Anm.: Eignungskriterien] erfüllen und die im Verlauf des vorangegangenen Offenen oder Nichtoffenen Verfahrens oder wettbewerblichen Dialogs Angebote eingereicht haben, die den formalen Anforderungen für das Vergabeverfahren entsprechen.“ In europarechtskonformer Auslegung der vorbenannten Ausnahme in der VOB/A wäre die Einbeziehung neuer Bieter also unzulässig.

Das OLG Naumburg statuiert dennoch richtigerweise ein grundsätzliches Wahlrecht der Vergabestelle, den Bieterkreis nach einer Aufhebung zu erweitern. Es muss der Dispositionsbefugnis der Vergabestelle unterliegen, mehr Wettbewerb durch die Erweiterung des Teilnehmerfeldes zu schaffen. Denn eine Beschränkung des Bieterkreises kann nur dann

Sinn machen, wenn dabei im neuen Verfahren ausreichend Wettbewerb gewährleistet ist, was in dem entschiedenen Fall verneint wurde. Die Erweiterung des Wettbewerbs ist – so das Gericht – wünschenswert und keinesfalls rechtswidrig; es entspricht dem Ziel, die Aufrechterhaltung eines größtmöglichen Wettbewerbs zu gewährleisten.

Die Bieter des aufgehobenen Verfahrens haben kein subjektives Recht auf Schutz vor Konkurrenz. Durch die Erweiterung des Bieterkreises findet gerade keine Benachteiligung der Wettbewerber statt. Denn zum einen hatten die Bieter des aufgehobenen Verfahrens bereits ihre Chance, sich mit einem zulässigen bzw. wertbaren Angebot um den Auftrag zu bewerben, die sie aber offenbar ungenutzt ließen. Zum anderen liegt es im Interesse einer wirtschaftlichen Beschaffung, den Bewerberkreis nach Möglichkeit zu vergrößern, um ein erneutes Scheitern des Vergabeverfahrens zu verhindern. Hierunter leidet auch nicht die Qualität des Wettbewerbs, denn die Ausnahmen lassen nur den Verzicht auf eine europaweite Bekanntmachung als Kompensation für den eingetretenen Zeitverlust durch Aufhebung zu, verändern bzw. reduzieren aber nicht die Teilnehmerqualifikation des neuen Bewerberkreises. Diese müssen ihre grundsätzliche Eignung auch in dem fortgeführten Verhandlungsverfahren nachweisen, ggfs. gleichzeitig mit der Angebotsabgabe.

Dr. Michael Fritzsche
michael.fritzsche@luther-lawfirm.com
Telefon +49 (211) 5660 18738

Martin Steuber
martin.steuber@luther-lawfirm.com
Telefon +49 (211) 5660 24664

Mietrecht

Schönheitsreparaturklausel mit starren Fristen auch bei Gewerberäumen unwirksam

Bereits im Jahre 2005 hatte der Bundesgerichtshof entschieden, dass auch in Formularymietverträgen über Geschäftsräume die Kombination einer Endrenovierungsklausel mit einer Klausel über turnusmäßig vorzunehmende Schönheitsreparaturen wegen des dabei auftretenden Summierungseffekts zur Unwirksamkeit beider Klauseln führt (Urteil vom 6.4.2005, Az. XII ZR 308/02). Damit hatte der für das Gewerberaummietrecht zuständige 12. Senat des BGH seinerzeit die Rechtsprechung des 8. Senats zum Wohnraummietrecht auf das gewerbliche Mietrecht übertragen. Damals hatte der BGH im Wesentlichen damit argumentiert, auch der Gewerberaummieter sei grundsätzlich in ähnlicher Weise schutzwürdig wie der Wohnraumm Mieter.

Die Übertragung der Rechtsprechung des BGH zum Wohnraummietrecht auf das Gewerberaummietrecht in dem vorgenannten konkreten Fall haben einige Oberlandesgerichte in der Folgezeit zum Anlass genommen, auch darüber hinaus formularymäßige Klauseln im Zusammenhang mit Schönheitsreparaturen für unwirksam zu erklären. Dies gilt für Schönheitsreparaturklauseln mit starrem Fristenplan ebenso wie für sogenannte starre Quotenklauseln, nach denen sich der Mieter bei Mietende in strikter Abhängigkeit vom Zeitpunkt der Durchführung der letzten Schönheitsreparaturen an den Kosten der noch nicht fälligen Schönheitsreparaturen zu beteiligen hat, ohne dass ihm der Einwand eröffnet ist, der Grad der Abnutzung erfordere noch keine Schönheitsreparaturen. In seiner neusten Entscheidung (Urteil vom 8.10.2008, Az. XII ZR 84/06) hatte nunmehr auch der BGH Gelegenheit, zu einer Schönheitsreparaturklausel mit starrem Fristenplan in einem Gewerberaummietvertrag Stellung zu nehmen.

Der Entscheidung lag ein Formularymietvertrag über ein Ladenlokal zum Betrieb einer Änderungsschneiderei zugrunde. Darin wurde der Mieter verpflichtet, auf seine Kosten mindestens alle 3 Jahre in Küche, Bad, Dusche und Toiletten und alle 5 Jahre in allen übrigen Räumen die Schönheitsreparaturen durch Fachhandwerker ausführen zu lassen. Hierzu hat der BGH ausgeführt, dass nach der gesetzlichen Regelung in § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB der Vermieter verpflichtet sei, das Mietobjekt während der gesamten Vertragszeit in einem vertragsgemäßen Zustand zu erhalten. Hierzu zähle grundsätzlich auch die Durchführung

von Schönheitsreparaturen. Zwar könne diese Verpflichtung individualvertraglich und sogar durch einen Formularvertrag auf den Mieter übertragen werden. Allerdings unterliege eine solche Regelung in einem Formularvertrag der Inhaltskontrolle des § 307 BGB und sei im Zweifel unwirksam, wenn die Bestimmung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen werde, nicht zu vereinbaren sei.

Eine solche Unvereinbarkeit mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung hat der BGH im vorliegenden Fall bejaht. Unter Verweis auf die Rechtsprechung zum Wohnraummietrecht hält der BGH die streitgegenständliche Klausel für unwirksam, weil sie den Mieter mit Renovierungspflichten belastete, die über den tatsächlichen Renovierungsbedarf hinausgehen. Im konkreten Fall wurde nunmehr die Rechtsprechung des OLG Düsseldorf bestätigt.

Konsequenz

Wenn – wie häufig – eine individualvertragliche Regelung nicht möglich ist, wird sich der Vermieter beim Neuabschluss von Mietverträgen in der Regel darauf beschränken müssen, Schönheitsreparaturen in „angemessenen Abständen“ zu vereinbaren. Alternativ könnte dem Mieter die Möglichkeit eingeräumt werden, einen Gegenbeweis im Hinblick auf eine nicht erforderliche Schönheitsreparatur zu führen. Ob Letzteres vom BGH in seiner zukünftigen Rechtsprechung als ausreichend angesehen wird, ist aber durchaus nicht mit Sicherheit anzunehmen.

In bestehenden Verträgen wird man wohl in vielen Fällen auf Klauseln stoßen, die nach dieser neuesten Rechtsprechung des BGH unwirksam sind, was für die Vermieter zu erheblichen wirtschaftlichen Einbußen führen wird, da eine sogenannte geltungserhaltende Reduktion der Klausel in aller Regel nicht in Betracht kommt.

Ingo Erberich
ingo.erberich@luther-lawfirm.com
Telefon +49 (221) 9937 25721

Gewerbemiete: Fristlose Kündigung bei „schleppender“ Zahlungsweise

Anwendbarkeit des § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 a Alt. 2 BGB

Der BGH hatte jüngst in einem Fall zu entscheiden, in welchem der Mieter wegen einer angeblichen Verletzung einer Konkurrenzschutzabrede über fünf aufeinander folgende Monate hinweg den Mietzins von rund 7.780,00 Euro um 1.500,00 Euro zzgl. 16 % MwSt. kürzt. Der Vermieter kündigte daraufhin fristlos wegen Zahlungsverzugs, wobei zum Zeitpunkt der Kündigung ein Rückstand in Höhe von 8.700,00 Euro bestand.

In seiner Entscheidung vom 23.07.2008 – XII ZR 134/06 hat der BGH die fristlose Kündigung für unwirksam erklärt. Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 a Alt. 2 BGB sei der Rückstand mit einem nicht unerheblichen Teil der Miete, d.h. mit mehr als einer Monatsmiete, sofern dieser aus zwei aufeinander folgenden Fälligkeitsterminen resultiert. Vorliegend haben sich die Rückstände jedoch auf mehr als zwei, nämlich auf fünf Termine erstreckt, so dass eine Kündigungsmöglichkeit allein nach § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 b BGB zu beurteilen wäre, dessen Voraussetzungen jedoch hier ebenfalls nicht vorliegen. Seine Entscheidung begründet der BGH mit dem eindeutigen Wortlaut des Gesetzestextes, der systematischen Stellung und der Entstehungsgeschichte der Vorschrift und klärt damit ein wichtiges Praxisproblem: So wurde bisher sowohl in der Literatur (Schmidt-Futterer, Kommentar Mietrecht, 9. Auflage 2007 Rn. 109) als auch in der neueren Rechtsprechung (so z.B. das OLG Jena in der Vorinstanz) vereinzelt darauf abgestellt, dass es für die Anwendbarkeit des § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 a Alt. 2 BGB genüge, wenn sich der Rückstand in Höhe von mehr als einer Monatsmiete aus Einzelbeträgen zusammensetze, die für einen Zeitraum von mehr als zwei aufeinander folgenden Terminen angefallen sind. Nach dieser Ansicht reiche es aus, dass ein Verzug für mindestens zwei Termine vorliege und die beiden letzten Verzugstermine, die den Gesamtrückstand von mehr als einer Monatsmiete erreichen, aufeinander folgen.

Konsequenz

Ein Mieter, der sich an der Rechtsprechung des BGH orientiert, kann sich durch eine solche „schleppende“ Mietminderung über mehrere Monate hinweg der Gefahr einer Kündigung länger entziehen. Der Vermieter sei jedoch darauf hingewiesen, dass ihm nach wie vor die Möglichkeit ei-

ner fristlosen Kündigung offen steht, allerdings mit der Beschränkung des § 543 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 BGB, wonach grds. eine Fristsetzung oder eine erfolglose Abmahnung erforderlich ist.

Rüdiger Bonnmann

ruediger.bonnmann@luther-lawfirm.com

Telefon +49 (221) 9937 25717

Andrea Pfeiffer

andrea.pfeiffer@luther-lawfirm.com

Telefon + 49 (221) 9937 25814

Grenzen der Einschränkung von Aufrechnungs-, Minderungs- und Zurückbehaltungsrechten des Mieters in Gewerbemietverträgen

Bei Gewerbemietverhältnissen wird häufig versucht, das Aufrechnungs-, Minderungs- und Zurückbehaltungsrecht des Mieters einzuschränken oder auszuschließen. Der BGH hat in zwei jüngst veröffentlichten Entscheidungen erneut festgestellt, dass die dem Ausschluss zugrunde liegenden Klauseln nur dann zulässig sind, wenn sie allein die Durchsetzung der genannten Rechte erschweren. Unwirksam sind dagegen Regelungen, die das Recht des Mieters gänzlich ausschließen.

Mietverträge werden in der Praxis häufig derart abgeschlossen, dass der Mieter sein Recht zur Aufrechnung, Minderung und Zurückbehaltung nur dann ausüben kann, wenn unbestrittene oder rechtskräftig festgestellte Forderungen vorliegen. Eine derartige Formulierung ist sowohl von einigen Oberlandesgerichten (OLG Düsseldorf MDR 2005, 1045; OLG Hamm, NJW-RR 1998, 1020) als auch vom Bundesgerichtshof (BGH NJW 1984, 2404) bisher als zulässig erachtet worden.

Der BGH hat mit zwei jüngst entschiedenen Fällen dieser Praxis weitere Grenzen gezogen. Im ersten vom BGH zu entscheidenden Fall (BGH, Urteil vom 12. März 2008 – XII ZR 147/05) hatten die Parteien neben einer Einschränkung des Aufrechnungs- und Zurückbehaltungsrechts des Mieters nur bei unbestrittenen und rechtskräftig festgestellten Forderungen auch vereinbart, dass sowohl das Minderungsrecht als auch eventuelle Schadensersatzansprüche des Mieters davon abhängig gemacht werden, dass ein vorsätzliches oder grob fahrlässiges Verhalten des Vermieters vorliegt. Als die Klimaanlage in dem angemieteten fensterlosen Raum nicht ausreichend funktionierte, minderte der Mieter die Miete. Der BGH hat dem Mieter in diesem Fall das Recht zur Minderung trotz der entgegen stehenden Klausel zugebilligt. Die in Rede stehende Regelung des Mietvertrages hält der Klauselkontrolle nach § 305 ff. BGB nicht stand. Die (Gegen)Rechte des Mieters können nicht soweit eingeschränkt werden, da hierdurch die Durchsetzung der Rechte unmöglich wären. Hierdurch werde der Mieter unangemessen benachteiligt. Letztlich habe, so der für die gewerbliche Miete zuständige XII Zivilsenat, eine solche Vereinbarung den vollständigen Ausschluss der Rechte des Mieters zur Folge.

In einem weiteren vom BGH entschiedenen Fall (BGH, Urteil vom 23. April 2008 – XII ZR 62/06) war in dem zugrunde liegenden Gewerberaummietvertrag geregelt, dass eine Mietminderung ausgeschlossen ist, wenn der Vermieter an den ansonsten vorliegenden Umständen kein Verschulden trifft. Im Rahmen der erfolgten Aufrechnung gegen die Ansprüche des Mieters beruft sich der Vermieter auf diese Vereinbarung, weil ihn an den durch Bauarbeiten verursachten Lärm und Erschütterungsbelästigungen kein Verschulden treffe. Der BGH hat dem Vermieter ein solches Recht nicht zugestanden. Auch diese Klausel hält einer Inhaltskontrolle nicht stand, weil nur die Ausübung des Minderungsrechts im Gewerberaummietrecht formularmäßig eingeschränkt werden kann. Soweit die Einschränkung dem Mieter noch nicht einmal das Recht lässt, später über das Bereicherungsrecht (§ 812 ff. BGB) die überzahlten Beträge zurückzuverlangen, benachteiligt eine derartige Klausel den Mieter unangemessen.

Konsequenz

Eine Reduzierung der Rechte des Mieters eines Gewerbeobjektes ist nur in der Weise möglich, dass eine Durchsetzung von Rechten erschwert wird. Der Mieter ist bei bestrittenen Gegenrechten zunächst gehalten eine Feststellungsklage zu erheben. Erst dann kann er Bereicherungsansprüche geltend machen. Ein vollständiger Ausschluss der Mieterrechte, also das Rechtlosstellen als einseitige Verschiebung des Äquivalenzverhältnisses entsprechend den dargestellten Fällen kommt nach der Rechtsprechung nicht in Betracht. Aus Vermietersicht sollte bei Gewerbemietverhältnissen daher das Aufrechnungs-, Minderungs- und Zurückbehaltungsrecht des Mieters lediglich auf unbestrittene oder rechtskräftig festgestellte Forderungen beschränkt werden. Weitere Einschränkungen können die Unwirksamkeit der Klausel zur Folge haben. Dann leben die Rechte des Mieters vollständig im gesetzlichen Umfang wieder auf.

Stefan Hitter
stefan.hitter@luther-lawfirm.com
Telefon +49 (211) 5660 15037

Auch bei unvollständiger Leistungsbeschreibung: Keine Mehrvergütungsansprüche bei Spekulation

Urteil des OLG Köln vom 9. Juli 2008 – 11 U 72/07

Der Fall

Der Auftraggeber (AG) schreibt nach VOB/A den Abbruch und die Entsorgung eines Gebäudes aus. Das Leistungsverzeichnis (LV) lautet auszugsweise:

„Das komplette Gebäude inklusive aller Keller, Fundamente, Bodenplatten, Außentreppen etc. ist abzubrechen, zu entfernen, zu transportieren, abzufahren, aufzubereiten inklusive aller Deponie- und Entsorgungsgebühren.“

Das LV enthält keine Angaben zu Belastungswerten des Bauschutts gemäß den Mitteilungen der Bund-/Länder-Arbeitsgemeinschaft Abfall (LAGA). Die Parteien vereinbarten für die Abbruch- und Entsorgungsleistung eine Pauschalvergütung. Nach Vornahme der Abbrucharbeiten lässt der AN eine Beprobung des Bauschutts durchführen. Der Bauschutt wird als Z.2-Material gemäß LAGA-Richtlinie eingestuft. Der AN ist bei seiner Kalkulation dagegen von einem Belastungsgrad Z.1.2 – und damit von einer einfacheren und kostengünstigeren Verwertung – ausgegangen. Der AN verlangt deshalb um ca. 2/3 der Ausgangskosten erhöhte Entsorgungskosten gem. § 2 Nr. 5 VOB/B.

Die Entscheidung

In erster Instanz wurde die Klage aus Rechtsgründen abgewiesen. Da die LV-Position keinen Hinweis auf den Zuordnungswert gemäß LAGA-Richtlinie enthält, trägt nach Auffassung des Gerichts der AN das Risiko. Kam es dem AN für seine Kalkulation auf die genaue Einbauklasse nach der LAGA-Richtlinie an, hätte er dies in sein Angebot aufnehmen oder diese Frage mit dem AG klären können.

Das OLG Köln holt dagegen ein Sachverständigengutachten ein. Die Fragestellung lautet: „Bestand für die Gemeinschuldnerin bei der angegebenen Sachlage die Möglichkeit, vor der Abgabe ihres Angebots die Belastung des Abbruchmaterials (etwa anhand seiner textlichen Beschreibung) im Gebäude C zu erkennen?“

Die Antwort des Sachverständigen (auszugsweise) lautet: „... in den Ausschreibungsunterlagen fehlen entsprechende

Angaben zum Belastungsgrad von Seiten des Auftraggebers. Im Zuge der Angebotserstellung und der Vergabe hat der Bieter hierzu keine Klärung herbeigeführt (z.B. beim Bietergespräch). Aus den gemachten Ausführungen ergibt sich, dass die Auftragnehmerin als Fachbetrieb wusste, dass das Abbruchmaterial nicht unbelastet ist. ... Die Festlegung eines Belastungsgrades im Zuge der Angebotskalkulation ist somit spekulativ. ...“

Dem schließt sich das OLG unter Hinweis darauf, dass die Leistung für den Bieter erkennbar funktional beschrieben war, an. Das erstinstanzliche Urteil wird bestätigt.

Fazit

Ob und in welchem Umfang der AN zur Übernahme von Risiken verpflichtet ist, ist in jedem Einzelfall durch Auslegung der vertraglichen Vereinbarung zu bestimmen. Die Übernahme besonderer Risiken durch den AN ist vertragsrechtlich, insbesondere im Rahmen einer sog. „funktionalen Ausschreibung“, möglich.

Jutta Wittler
jutta.wittler@luther-lawfirm.com
Telefon +49 (221) 9937 25718

Friederike Sieberg
friederike.sieberg@luther-lawfirm.com
Telefon +49 (221) 9937 24892

Unzulässigkeit von gebietsbezogenen Verkaufsflächenobergrenzen in Bebauungsplänen

Um einer ungeordneten Entwicklung von Einzelhandelsflächen entgegenzuwirken, haben zahlreiche Gemeinden und Städte in den vergangenen Jahren Verkaufsflächenbeschränkungen in Bebauungspläne aufgenommen. Hierdurch sollten die aus einer ungeplanten Entwicklung resultierenden negativen städtebaulichen Folgeerscheinungen verhindert werden. Das Bundesverwaltungsgericht hat nunmehr entschieden, dass eine betriebsunabhängige Festsetzung von Verkaufsflächenobergrenzen für alle im Geltungsgebiet des Bebauungsplanes ansässigen oder zulässigen Einzelhandelsbetriebe unzulässig ist. Die der Entscheidung zugrundeliegende Satzung wurde für unwirksam erklärt, soweit es den der Festsetzung zugrundeliegenden Gebietsteil betraf.

Dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG – 4 CN 4/07) vom 3. April 2008 lag folgender Sachverhalt zugrunde: Eine nordrhein-westfälische Stadt hatte für ein Sondergebiet für Einzelhandelsbetriebe und Fachmärkte bestimmte Sortimente festgesetzt, dass die Gesamtverkaufsfläche für die Warengruppen Lebens- und Genussmittel insgesamt 3.200 m², für Parfümerie- und Drogerieartikel insgesamt 450 m², für Bekleidung, Schuhe und Lederwaren insgesamt 2.600 m² und für die Fachmärkte Boden- und Wandbeläge sowie Heimtextilien eine Gesamtverkaufsfläche von 2.000 m² nicht überschreiten darf. Die entsprechenden Höchstgrenzen durften durch alle im Geltungsbereich liegenden Gewerbebetriebe nicht überschritten werden. Der Eigentümer mehrerer Grundstücke im Geltungsbereich des Bebauungsplanes hatte sich gegen die einschränkende textliche Festsetzung des Bebauungsplanes wegen einer Verletzung seines Grundrechts der Eigentumsfreiheit mit einer Normenkontrolle gewehrt.

Das BVerwG hat nunmehr entschieden, dass eine gebietsbezogene Verkaufsflächenbeschränkung im Rahmen der textlichen Festsetzung mangels Rechtsgrundlage unzulässig ist. Die Baunutzungsverordnung (BauNVO) gestatte es der Gemeinde lediglich, die höchstzulässige Verkaufsfläche für das jeweilige Grundstück (vorhabenbezogen!) im Bebauungsplan festzusetzen. Dies geschieht üblicherweise in der Form, dass die maximale Verkaufsflächengröße im Verhältnis zur Grundstücksgröße durch eine Verhältniszahl (z.B. 0,3 oder 0,5 usw.) festgelegt wird, sofern dadurch die Ansiedlung

bestimmter Einzelhandelsbetriebstypen und damit die Art der baulichen Nutzung im Sondergebiet geregelt werden soll (so z.B. auch OVG Koblenz, Urteil vom 11. Juli 2002, NVwZ RR 2002, 93).

Nach dem BVerwG ist es den Gemeinden hingegen nicht gestattet, durch eine betriebsunabhängige Festsetzung der Verkaufsflächenobergrenzen für alle im Sondergebiet ansässigen oder zulässigen Einzelhandelsbetriebe das System der vorhabenbezogenen Typisierung zu verlassen, auf dem die Vorschriften der Baunutzungsverordnung zur Art der baulichen Nutzung beruhen. Eine vom einzelnen Vorhaben unabhängige Kontingentierung von Nutzungsoptionen ist der BauNVO grundsätzlich fremd. Eine Beschränkung, die auf das Sondergebiet insgesamt bezogen ist, öffnet das Tor für sog. „Windhundrennen“ potenzieller Investoren und Bauantragsteller und schließt die Möglichkeit ein, dass einzelne Grundeigentümer im Fall der Erschöpfung des Kontingents von der kontingentierten Nutzung ausgeschlossen sind.

Konsequenz

Die Entscheidung hat erhebliche Auswirkungen für viele in den letzten Jahren aufgestellte Bebauungspläne. Da in diesen Fällen die Unwirksamkeit der zugrundeliegenden textlichen Festsetzungen droht, sollten die betroffenen Gemeinden und Städte die entsprechenden Bebauungspläne überarbeiten und in einem neuen Verfahren in zulässiger Form neu beschließen. Grundstückseigentümer, die von einer gebietsbezogenen Verkaufsflächenbeschränkung belastet werden, müssen gebietsbezogene Verkaufsflächenbeschränkungen u.U. nicht beachten.

Stefan Hitter
stefan.hitter@luther-lawfirm.com
Telefon +49 (211) 5660 15037

Impressum

Verleger: Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Anna-Schneider-Steig 22, 50678 Köln, Telefon +49 (221) 9937 0, Telefax +49 (221) 9937 110, contact@luther-lawfirm.com

V.i.S.d.P.: Dr. Ulrike Freigang, Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Graf-Adolf-Platz 15, 40215 Düsseldorf, Telefon +49 (211) 5660 0, Telefax +49 (211) 5660 110, ulrike.freigang@luther-lawfirm.com

Grafische Gestaltung/Art Direction: Vischer & Bernet GmbH, Agentur für Marketing und Werbung, Mittelstraße 11/1, 70180 Stuttgart, Telefon +49 (711) 23960 0, Telefax +49 (711) 23960 49, contact@vischer-bernet.de

Copyright: Alle Texte dieses Newsletters sind urheberrechtlich geschützt. Gerne dürfen Sie Auszüge unter Nennung der Quelle nach schriftlicher Genehmigung durch uns nutzen. Hierzu bitten wir um Kontaktaufnahme.

Haftungsausschluss

Obgleich dieser Newsletter sorgfältig erstellt wurde, wird keine Haftung für Fehler oder Auslassungen übernommen. Die Informationen dieses Newsletters stellen keinen anwaltlichen Rechtsrat dar und ersetzen keine auf den Einzelfall bezogene anwaltliche Beratung. Hierfür stehen unsere Ansprechpartner an den einzelnen Standorten zur Verfügung.

Regionale Kontakte

Berlin

Detlev Stoecker
detlev.stoecker@luther-lawfirm.com
Telefon +49 (30) 52133 0

Stefan Kobes
stefan.kobes@luther-lawfirm.com
Telefon +49 (30) 52133 0

Düsseldorf

Dr. Michael Fritzsche
michael.fritzsche@luther-lawfirm.com
Telefon +49 (211) 5660 0

Eschborn/Frankfurt a.M.

Raphael Slowik
raphael.slowik@luther-lawfirm.com
Telefon +49 (6196) 592 0

Essen

Achim Meier
achim.meier@luther-lawfirm.com
Telefon +49 (201) 9220 0

Hamburg

Dr. Bernhardine Kleinhenz
bernhardine.kleinhenz@luther-lawfirm.com
Telefon +49 (40) 18067 0

Köln

Rüdiger Bonnmann
ruediger.bonnmann@luther-lawfirm.com
Telefon +49 (221) 9937 0

Jutta Wittler
jutta.wittler@luther-lawfirm.com
Telefon +49 (221) 9937 0

Leipzig

Dr. Barbara Schmidt
barbara.schmidt@luther-lawfirm.com
Telefon +49 (341) 5299 0

Dr. Thomas Gohrke
thomas.gohrke@luther-lawfirm.com
Telefon +49 (341) 5299 0

Als zentraler Kontakt für allgemeine Fragen zu unserem Beratungsfeld Real Estate steht Ihnen Dr. Michael Fritzsche, Telefon +49 (211) 5660 0 oder Telefax +49 (211) 5660 110, zur Verfügung.

www.luther-lawfirm.com

Die Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH beschäftigt in Deutschland rund 280 Rechtsanwälte und Steuerberater und berät in allen Bereichen des Wirtschaftsrechts. Zu den Mandanten zählen mittelständische und große Unternehmen sowie die öffentliche Hand. Luther unterhält Büros an 13 deutschen Standorten sowie in Brüssel, Budapest, Istanbul, Shanghai und Singapur und gehört dem internationalen Kanzleiverbund PMLG sowie Taxand, dem weltweiten Netzwerk unabhängiger Steuerberatungspraxen, an.

Berlin, Dresden, Düsseldorf, Eschborn/Frankfurt a. M., Essen, Hamburg, Hannover, Köln, Leipzig, Mannheim, München, Nürnberg, Stuttgart | Brüssel, Budapest, Istanbul, Shanghai, Singapur

