
Newsletter, 4. Quartal 2010

Real Estate

Mietrecht

**Anspruch auf entgangenen Gewinn –
Welcher Vortrag des Geschädigten ist ausreichend?**

(BGH, Beschluss vom 27. Oktober 2010, Az. XII ZR 128/09)

Seite 2

**Terrorschadensversicherung im Gewerberaummietrecht:
Kosten können bei „gefährdeten Gebäuden“ Nebenkosten sein**

(BGH, Urteil vom 13. Oktober 2010, Az. XII ZR 129/09)

Seite 3

Vergaberecht

**Keine Wertung von Nebenangeboten wenn Preis alleiniges Zuschlagskriterium –
Was tun mit begonnenen Verfahren?**

(Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 18. Oktober 2010 (Verg 39/10))

Seite 4

EuGH zur Bekanntmachung von Wertungskriterien

(EuGH vom 18. November 2010 (C-226/09))

Seite 5

Mietrecht

Anspruch auf entgangenen Gewinn – Welcher Vortrag des Geschädigten ist ausreichend?

(BGH, Beschluss vom 27. Oktober 2010, Az. XII ZR 128/09)

Sachverhalt

Die Vermieterin überließ der Mieterin die Mieträume in einem nicht zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand. Die Mieterin machte daraufhin entgangenen Gewinn geltend und legte die von ihr in den vergangenen Jahren erzielten Gewinne dar. Diese stellte sie unter Zeugen- und Sachverständigenbeweis. Das Berufungsgericht wies den Anspruch mangels substantiierten Vortrags ab.

Entscheidung

Nach Auffassung des BGH hat das Berufungsgericht den Anspruch der Mieterin auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) in entscheidungserheblicher Weise verletzt. Es habe überspannte Anforderungen an den Vortrag der Mieterin gestellt.

Für den Nachweis eines entgangenen Gewinns gemäß § 252 Satz 2 BGB genüge eine gewisse Wahrscheinlichkeit, dass der Gewinn gezogen worden wäre. Nicht erforderlich sei indes die volle Gewissheit. So bietet § 252 Satz 2 BGB dem Geschädigten zum einen die Möglichkeit einer abstrakten Schadensberechnung, die vom regelmäßigen Verlauf im Handelsverkehr ausgeht, dass der Kaufmann gewisse Geschäfte im Rahmen seines Gewerbes tätig und daraus Gewinn erzielt und zum anderen die konkrete Methode, bei der der Geschädigte nachweist, dass er an der Durchführung bestimmter Geschäfte gehindert worden ist und dass ihm wegen Nichtdurchführbarkeit dieser Geschäfte Gewinn ent-

gangen ist. Wird im Rahmen der Feststellung des Erwerbsschadens eines Selbstständigen die abstrakte Methode gewählt, so der BGH, sei es ausreichend, an die Geschäftsentwicklung und die Geschäftsergebnisse in den letzten Jahren anzuknüpfen und entsprechende Tatsachen vorzutragen.

Bewertung

Der BGH macht zwar deutlich, dass überspannte Anforderungen im Zusammenhang mit der Darlegung des entgangenen Gewinns abzulehnen sind und eine Verletzung von Art. 103 Abs. 1 GG darstellen. Allerdings müssen stets auch bei einer abstrakten Schadensberechnung konkrete Umstände dargelegt werden, aus denen sich die Wahrscheinlichkeit des Gewinneintritts ergibt.

Rüdiger Bonnmann, Partner
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Köln
Telefon +49 221 9937 25717
ruediger.bonnmann@luther-lawfirm.com

Andrea Pfeiffer
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Köln
Telefon +49 221 9937 25814
andrea.pfeiffer@luther-lawfirm.com

Terrorschadensversicherung im Gewerberaummietrecht: Kosten können bei „gefährdeten Gebäuden“ Nebenkosten sein

(BGH, Urteil vom 13. Oktober 2010, Az. XII ZR 129/09)

Sachverhalt

Die Beklagte hatte in dem vom BGH zu entscheidenden Fall gemäß Mietvertrag über zwei Bürogebäude – auch neu entstandene – Nebenkosten gemäß Anlage 3 zu § 27 II. BV zu tragen. Die Klägerin verlangte, nachdem diese eine Terrorversicherung abgeschlossen hatte, die Zahlung der hierdurch entstandenen anteiligen Kosten als Nebenkosten aus dem Gewerberaummietvertrag von der Beklagten. Die Mietobjekte liegen in einem Gebäudekomplex mit städtischen Ämtern unmittelbar neben dem Statistischen Bundesamt, in der Nähe von Einrichtungen des Landes Hessen sowie eines Fußballstadions.

Entscheidung

Die Klage auf Zahlung anteiliger Versicherungsprämien hatte Erfolg. Die Terrorversicherung ist als Sachversicherung grundsätzlich gem. Nr. 13 der Anlage 3 zu § 27. II. BV im Rahmen der Nebenkosten umlagefähig. Allerdings ist vom jeweiligen Vermieter stets das auch im gewerblichen Mietrecht geltende Wirtschaftlichkeitsgebot zu beachten. Dieses wurde vorliegend nicht verletzt.

Maßgebend für eine Umlegbarkeit ist nach Auffassung des BGH, dass aus Sicht eines vernünftigen Eigentümers, der ein vertretbares Kosten-Nutzen-Verhältnis im Auge hat, der Abschluss einer mit erheblichen Kosten verbundenen Terrorversicherung erforderlich und angemessen ist. Dies sei nur dann der Fall, wenn konkrete Umstände vorliegen, die die Gefahr eines Gebäudeschadens durch einen terroristischen Angriff begründen. Hiernach gehören zu den gefährdeten Gebäuden aufgrund der Erfahrungen in der Vergangenheit und den sich daraus ergebenden Motiven der Terroristen, insbesondere **Gebäude mit Symbolcharakter (z.B. der Eiffelturm), Gebäude, in denen staatliche Macht ausgeübt wird (mili-**

tärische Einrichtungen, Regierungs- und Parlamentsgebäude), Gebäude, vor allem in Großstädten oder Ballungszentren, in denen sich regelmäßig eine große Anzahl von Menschen aufhält (Bahnhöfe, Flughäfen, Touristenattraktionen, Sportstadien, Büro- oder Einkaufszentren), sowie Gebäude, die sich in unmittelbarer Nachbarschaft der genannten Gebäude befinden.

Keiner vernünftigen Bewirtschaftung entspreche es demgegenüber, ein rein theoretisches Risiko mit erheblichem finanziellem Aufwand abzusichern.

Bewertung

Der BGH legt konkret dar, welche Gebäude als gefährdet eingestuft werden können und macht die Umlegbarkeit der Terrorschadensversicherung von einer wirtschaftlich vernünftigen Abwägung im Rahmen des Entscheidungsspielraums des Vermieters abhängig. Ausdrücklich wird der Meinung, dass der Ort von Terroranschlägen nicht vorhersehbar und deshalb für jedes Gebäude eine Terrorversicherung erforderlich und angemessen sei (so bspw. das OLG Stuttgart, Urteil v. 15. Februar 2007, Az. 13 U 145/06), eine Abfuhr erteilt.

Rüdiger Bonnmann, Partner
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Köln
Telefon +49 221 9937 25717
ruediger.bonnmann@luther-lawfirm.com

Andrea Pfeiffer
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Köln
Telefon +49 221 9937 25814
andrea.pfeiffer@luther-lawfirm.com

Vergaberecht

Keine Wertung von Nebenangeboten wenn Preis alleiniges Zuschlagskriterium – Was tun mit begonnenen Verfahren?

(Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 18. Oktober 2010 (Verg 39/10))

Entscheidung

In seiner Entscheidung vom 23. März 2010 (Verg 61/09) hat das OLG Düsseldorf erstmals ausgeführt, dass Nebenangebote nicht gewertet werden dürfen, wenn der Angebotspreis das alleinige Zuschlagskriterium ist. Der Vergabesenat des OLG Düsseldorf verweist im Urteil mit nur einem Satz auf den Wortlaut von Art. 24 Abs. 1 Richtlinie 2004/18/EG hin und stellt fest, dass die Wertung von Nebenangeboten – trotz ihrer ausdrücklichen Zulassung – im zu entscheidenden Fall bereits deswegen ausscheidet, weil als Zuschlagskriterium allein der Preis genannt war.

Nach Art. 24 Abs. 1 der Richtlinie 2004/18/EG können öffentliche Auftraggeber bei „Aufträgen, die nach dem Kriterium des **wirtschaftlich günstigsten Angebots** vergeben werden [...] es zulassen, dass die Bieter Varianten vorlegen.“ Das OLG Düsseldorf leitet aus dem Wortlaut „wirtschaftlich günstigstes Angebot“ ab, dass das Zuschlagskriterium „Wirtschaftlichkeit“ eben nicht allein der Preis ist.

Die Auffassung des OLG Düsseldorf wird nunmehr auch durch die Entscheidungen der VK Schleswig-Holstein (Beschluss vom 8. Oktober 2010 – VK-SH 13/10) und der VK Brandenburg (Beschluss vom 8. November 2010 – VK 51/10) bestätigt. Beide Entscheidungen sind noch nicht bestandskräftig. Allerdings wird hieraus die Tendenz der Rechtsprechung weiter deutlich, Nebenangebote nicht mehr zuzulassen, sofern der Preis als alleiniges Zuschlagskriterium festgelegt wurde.

Bewertung

Es stellt sich damit die Frage, wie mit Vergabeverfahren umzugehen ist, die dennoch Nebenangebote zugelassen haben. Bisher war dies nicht als Vergabefehler gewertet worden. So hat beispielsweise das OLG Koblenz (Beschluss vom 26. Juli 2010 – 1 Verg 6/10) – wie viele andere Gerichte – die Wertung von Nebenangeboten unbeanstandet gelassen, obwohl der Preis das einzige Zuschlagskriterium war. Die VK Schleswig-Holstein (Beschluss vom 8. Oktober 2010 – VK-SH 13/10) führt demgegenüber aus, dass in diesem Fall

ein schwerwiegender Vergabefehler vorliegt, der zur Aufhebung des Verfahrens zwingt. Hiergegen wendet sich derzeit eine sofortige Beschwerde beim OLG Schleswig.

Mit seiner aktuellen Entscheidung vom 18. Oktober 2010 (Verg 39/10) hat das OLG Düsseldorf die Möglichkeiten für die Vergabestelle klargestellt: Ist der Preis als einziges Zuschlagskriterium genannt, kann die Vergabestelle die Nebenangebote ausschließen und das Vergabeverfahren fortsetzen. Sie kann die Situation aber auch zum Anlass nehmen, das laufende Vergabeverfahren aufzuheben oder zumindest in den Stand vor Versendung der Verdingungsunterlagen zurückzusetzen. In diesem Fall hat die Vergabestelle die Möglichkeit, es bei den gegenwärtigen Verdingungsunterlagen zu belassen (dann sind Nebenangebote auch weiter nicht zulässig) oder die Vergabestelle kann die Leistungsbeschreibung oder die Zuschlagskriterien ändern (mit der Folge, dass Nebenangebote dann zugelassen werden können – vorausgesetzt, es werden hinreichende Mindestanforderungen festgesetzt).

Das OLG Düsseldorf trägt damit dem anerkannten Rechtsgedanken Rechnung, dass eine Verpflichtung des öffentlichen Auftraggebers, eine Ausschreibung aufzuheben, nur dann besteht, wenn dies unabweislich ist und keine mildereren Maßnahmen zur Verfügung stehen, um den festgestellten Vergabefehler zu beseitigen.

Dr. Bernhardine Kleinhenz
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Berlin
Telefon +49 30 52133 0
bernhardine.kleinhenz@luther-lawfirm.com

Stefan Hitter
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Düsseldorf
Telefon +49 211 5660 15037
stefan.hitter@luther-lawfirm.com

EuGH zur Bekanntmachung von Wertungskriterien

(EuGH vom 18. November 2010 (C-226/09))

Der EuGH entscheidet, dass gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz und das daraus entspringende Transparenzgebot verstößt, wer die Gewichtung von Zuschlagskriterien nach einer ersten Prüfung der Angebote ändert. Einmal mehr stellt der EuGH fest, dass Auftragsvergaben, die nicht oder nur teilweise in den Anwendungsbereich des formalen europäischen Vergaberechts fallen, sich aber an den Vorgaben des Primärrechts der EU messen lassen müssen. So sind öffentliche Auftraggeber an einmal getroffene Festlegungen aus Gründen der Gleichbehandlung und Transparenz gebunden.

Sachverhalt

In einem Vertragsverletzungsverfahren zwischen der Kommission und Irland beantragte die Kommission festzustellen, dass Irland gegen die vergaberechtlichen Grundsätze der Gleichbehandlung und der Transparenz verstoßen hat, indem es (1) nach Ablauf der Frist für die Abgabe der Angebote eine Gewichtung der Zuschlagskriterien für einen Auftrag zur Erbringung von Dolmetsch- und Übersetzungsleistungen vorgenommen und (2) diese Gewichtung nach einer ersten Prüfung der Angebote geändert hatte.

Die Vergabestelle (das irische Ministerium für Justiz, Gleichbehandlung und Rechtsreform) schrieb Dolmetsch- und Übersetzungsdienstleistungen aus. Den Zuschlag sollte das wirtschaftlich günstigste Angebot auf Grundlage von sieben Zuschlagskriterien erhalten, für die keine Gewichtung angegeben wurde. Von den zwölf fristgemäß eingereichten Angeboten hatten drei Bieter ihren Sitz außerhalb Irlands. Das Bewertungsgremium der Vergabestelle erhielt zum Ende der Angebotsfrist ein Bewertungsschema, das eine bestimmte prozentuale Gewichtung der sieben Bewertungskriterien empfahl. Nach teilweiser Prüfung der Angebote beschloss das Gremium auf Vorschlag eines Mitglieds in Abstimmung mit der Vergabestelle, das Bewertungsschema teilweise zu ändern und in dieser geänderten Form zur Grundlage der Auswertung zu machen.

Entscheidung

Der Gerichtshof stellt zunächst fest, dass die Vergabe von Dolmetsch- und Übersetzungsdienstleistungen nur teilweise in den Anwendungsbereich des Regimes der Vergabekoordinierungsrichtlinie fällt, da es sich dabei nach

Anhang II B der Richtlinie um nachrangige, nicht prioritäre Dienstleistungen handelt. Art. 21 der Richtlinie verlangt daher nur, die Vorschriften über technische Spezifikationen zu beachten und der Kommission eine Bekanntmachung der Ergebnisse des Vergabeverfahrens zu senden. Die sonstigen Regelungen der Richtlinie, insbesondere Art. 53 Abs. 2, wonach die bekannt gemachten Kriterien in absteigender Reihenfolge ihrer Bedeutung gelten, sofern keine Gewichtung angegeben wird, gelten für diese Aufträge nicht.

Der EuGH stellt allerdings klar, dass auch Aufträge über nachrangige Leistungen dem EU-Primärrecht unterliegen, insbesondere den Grundsätzen des AEU-Vertrags im Bereich des Niederlassungsrecht und der Dienstleistungsfreiheit. Danach sind die Grundsätze der Gleichbehandlung und Transparenz zu beachten, sofern ein grenzüberschreitendes Interesse am Auftrag besteht. Letzteres habe sich durch die drei Angebote der außerhalb Irlands ansässigen Bieter manifestiert.

Der Transparenzgrundsatz gebiete für Aufträge über nachrangige Dienstleistungen aber nicht die Bekanntgabe der Gewichtung von Zuschlagskriterien vor Angebotsabgabe, da Art. 53 Abs. 2 keine Anwendung finde. Die erste Rüge der Kommission war daher unbegründet. Dagegen war die zweite Rüge erfolgreich: Die Vergabestelle verletze die Gebote der Gleichbehandlung und Transparenz, wenn nach einer ersten Prüfung der Angebote die Zuschlagskriterien in ihrer Gewichtung geändert werden. Der EuGH weist darauf hin, dass zur Annahme einer Verletzung dieser Grundsätze nicht der Nachweis erforderlich sei, dass die Änderung der relativen Gewichtung eine diskriminierende Wirkung gegenüber einem der Bieter entfaltete. Es genüge dagegen, dass zu dem Zeitpunkt, zu dem die Änderung vorgenommen wurde, eine potentiell diskriminierende Wirkung nicht ausgeschlossen werden konnte. Um die Gleichbehandlung aller Bieter sicherzustellen, müsse sich die Vergabestelle vielmehr während des gesamten Vergabeverfahrens an der einmal vorgenommenen und damit transparent gewordenen Festlegung der Zuschlagskriterien und deren Gewichtung festhalten lassen.

Bewertung

Der EuGH bestätigt seine bisherige Rechtsprechung, wonach Vergaben, die nicht unter das Regime des europä-

ischen Vergaberechts fallen, gleichwohl nicht im vergaberechtsfreien Raum stattfinden. Insbesondere sind die dem Primärrecht der EU entspringenden Wettbewerbsgrundsätze zu beachten, so dass die Vergabestelle während eines Vergabeverfahrens Festlegungen grundsätzlich nicht mehr ändern darf, wenn eine diskriminierende Wirkung der Änderung nicht ausgeschlossen werden kann. In einer Konstellation wie im vorliegenden Fall wären ansonsten Manipulationen möglich, um einen Bieter zu bevorzugen. Dies soll von vornherein ausgeschlossen werden. Wenn auch zu den nachrangigen Dienstleistungen ergangen, dürfte das Urteil grundsätzlich für solche Vergaben relevant sein, die nicht oder nur teilweise in den Anwendungsbereich der VKR fallen, aber von grenzüberschreitendem Interesse sind – etwa Dienstleistungskonzessionen oder Unterschwellenvergaben: Die Gewichtung der Zuschlagskriterien muss zwar nicht vorab bekannt gemacht werden, noch gelten die Kriterien zwingend in absteigender Reihenfolge ihrer Bedeutung, wenn keine Gewichtung vorab vorgenommen wird; eine Änderung der Gewichtung ist aber nicht mehr möglich, wenn sie einmal in wettbewerbsrelevanter Weise transparent geworden ist.

Thomas Michaelis
Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Düsseldorf
Telefon +49 211 5660 16570
thomas.michaelis@luther-lawfirm.com

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.: Thomas Michaelis, Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, Graf-Adolf-Platz 15, 40213 Düsseldorf, Telefon +49 211 5660 0, Telefax +49 211 5660 110, thomas.michaelis@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.

Falls Sie künftig diesen Informationsservice der Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH nicht mehr nutzen möchten, senden Sie bitte eine E-Mail mit dem Stichwort „Newsletter Real Estate“ an unsubscribe@luther-lawfirm.com.

Haftungsausschluss

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

Unsere Büros in Deutschland

Berlin

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Friedrichstraße 140
10117 Berlin
Telefon +49 30 52133 0
berlin@luther-lawfirm.com

Dresden

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Radeberger Straße 1
01099 Dresden
Telefon +49 351 2096 0
dresden@luther-lawfirm.com

Düsseldorf

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Graf-Adolf-Platz 15
40213 Düsseldorf
Telefon +49 211 5660 0
dusseldorf@luther-lawfirm.com

Eschborn/Frankfurt a. M.

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Mergenthalerallee 10 – 12
65760 Eschborn/Frankfurt a. M.
Telefon +49 6196 592 0
frankfurt@luther-lawfirm.com

Essen

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Gildehofstraße 1
45127 Essen
Telefon +49 201 9220 0
essen@luther-lawfirm.com

Hamburg

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Gänsemarkt 45
20354 Hamburg
Telefon +49 40 18067 0
hamburg@luther-lawfirm.com

Hannover

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Sophienstraße 5
30159 Hannover
Telefon +49 511 5458 0
hanover@luther-lawfirm.com

Köln

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Anna-Schneider-Steig 22
50678 Köln
Telefon +49 221 9937 0
cologne@luther-lawfirm.com

Leipzig

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Grimmaische Straße 25
04109 Leipzig
Telefon +49 341 5299 0
leipzig@luther-lawfirm.com

Mannheim

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Theodor-Heuss-Anlage 2
68165 Mannheim
Telefon +49 621 9780 0
mannheim@luther-lawfirm.com

München

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Karlstraße 10 – 12
80333 München
Telefon +49 89 23714 0
munich@luther-lawfirm.com

Stuttgart

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Augustenstraße 7
70178 Stuttgart
Telefon +49 711 9338 0
stuttgart@luther-lawfirm.com

Unsere Auslandsbüros

Brüssel

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH
Avenue Louise 240
1050 Brüssel
Telefon +32 2 6277 760
brussels@luther-lawfirm.com

Budapest

Gobert, Fest & Partners Attorneys at Law
Roosevelt Square 7 – 8
1051 Budapest
Telefon +36 1 270 9900
budapest@luther-lawfirm.com

Istanbul

Luther Karasek Köksal Consulting A.Ş.
Sun Plaza
Bilim Sokak No. 5, Maslak-Şişli
34398 Istanbul
Telefon +90 212 276 9820
mkoksal@lkk-legal.com

Luxemburg

Luther
3, rue Goethe
1637 Luxemburg
Telefon +352 27484 1
luxembourg@luther-lawfirm.com

Shanghai

Luther Attorneys
21/F ONE LUJIAZUI
68 Yincheng Middle Road
Pudong New Area, Shanghai
Shanghai 200121
Telefon +86 21 5010 6580
shanghai@luther-lawfirm.com

Singapur

Luther LLP
4 Battery Road
#25-01 Bank of China Building
Singapur 049908
Telefon +65 6408 8000
singapore@luther-lawfirm.com

Ihren lokalen Ansprechpartner finden Sie auf unserer Homepage unter www.luther-lawfirm.com

Die Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH berät in allen Bereichen des Wirtschaftsrechts. Zu den Mandanten zählen mittelständische und große Unternehmen sowie die öffentliche Hand. Luther ist das deutsche Mitglied von Taxand, dem weltweiten Netzwerk unabhängiger Steuerpraxen.

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