

# IMMOBILIEN- WIRTSCHAFTSRECHT

Dezember 2017

# UPDATE



## Mietrecht

### Machtwort des BGH zu Schriftformheilungsklauseln

BGH, Urteil vom 27.09.2017 – XII ZR 114/16

Streitfälle im Zusammenhang mit der Frage, ob Mietverträge über Gewerberaum dem gesetzlichen Schriftformerfordernis des § 126 BGB entsprechen oder nicht, gehören in der Praxis zu den bedeutendsten Fragestellungen im gesamten Gewerberaummietrecht. Der Grund dafür liegt in der weitreichenden Konsequenz, die Schriftformmängel nach sich ziehen, da sie gemäß § 550 BGB nach Ablauf von 1 Jahr beiden Vertragsparteien die Möglichkeit eröffnen, das in aller Regel auf eine erhebliche Festlaufzeit abgeschlossene Mietverhältnis mit gesetzlicher Frist (§ 580 a Abs. 2 BGB, 6 Monate zum Quartalsende) vorzeitig zu beenden.

Seit Jahren wird versucht, diesen Risiken durch geeignete Vertragsgestaltung entgegenzuwirken, indem in Mietverträge sogenannte Schriftformheilungsklauseln eingearbeitet werden. Praktisch seit deren „Erfindung“ herrscht in Rechtsprechung und Literatur Streit darüber, ob solche Klauseln rechtlich wirksam vereinbart werden können und welche Reichweite sie ggf. im Einzelfall haben. Der BGH hatte sich in der Vergangenheit bislang nur in Einzelfällen mit der Frage befassen müssen, ob die Schriftformheilungsklausel irgendeine Wirkung gegenüber einem Grundstückserwerber, der gemäß § 566 BGB („Kauf bricht nicht Miete“) in das Mietverhältnis eingetreten ist, entfaltet und hat diese Frage schließlich verneint.

Mit einer jüngst veröffentlichten Entscheidung (BGH, Urteil vom 27.09.2017 – XII ZR 114/16) hat der BGH nun klargestellt, dass Schriftformheilungsklauseln stets unwirksam sind – also unabhängig davon, ob sie individualvertraglich vereinbart wurden oder in einem Mietvertrag, der die Qualität einer

Allgemeinen Geschäftsbedingung (AGB) hat, enthalten sind. Zur Begründung verweist der BGH darauf, dass es sich bei der Gesetzesvorschrift des § 550 BGB um sogenanntes „zwingendes Recht“ handelt, also um eine Gesetzesregelung, die nicht der Disposition durch die Vertragsparteien unterliegt. Neben diesem – eher formaljuristischen – Ansatz wird zusätzlich darauf hingewiesen, dass die Vorschrift des § 550 BGB einerseits der Beweisbarkeit getroffener Absprachen dient und andererseits die Vertragsparteien vor der unbedachten Eingehung langfristiger Bindungen schützen soll.

Zwar hat der BGH im entschiedenen Fall aufgrund einer Sonderkonstellation die auf den Schriftformmangel gestützte Kündigung für unbegründet erachtet, und zwar mit dem Argument, die Berufung auf den Schriftformmangel sei treuwidrig. Dem lag die besondere Konstellation zugrunde, dass der Schriftformmangel des Vertrages aus einer Vertragsänderung resultierte, die auf Drängen des Vermieters zustande gekommen war und die allein für diesen vorteilhaft war. In dieser solchen Konstellation hat der BGH die Berufung des Vermieters auf den Schriftformmangel als treuwidrig eingeschätzt.

#### Praxishinweis:

Für die Praxis hat die Entscheidung des BGH erhebliche Auswirkung: Sie erfordert bei der Vertragsgestaltung ein hohes Maß an Aufmerksamkeit bei der Herstellung eines schriftformgerechten Vertrages und ein hohes Maß an Sorgfalt bei der Erstellung von Ergänzungs- oder Nachtragsvereinbarungen und eröffnet in Bezug auf Bestandsverträge viel Streitpotenzial.

Darüber hinaus wird aller Voraussicht nach der Treuwidrigkeitseinwand künftig eine größere Rolle spielen als bisher, in der Sache letztlich aber nur in selten gelagerten Ausnahme-

fällen die Berufung einer Vertragspartei auf einen Schriftformmangel verhindern können.

## Mietrecht

### § 566 Abs. 1 BGB analog und die Relevanz für die Transaktionspraxis

BGH, Urteil v. 12.07.2017 – XII ZR 26/16

§ 566 Abs. 1 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) statuiert den Grundsatz „Kauf bricht nicht Miete“. Wird eine Immobilie veräußert, gehen die Mietverträge automatisch auf den Erwerber über. Allerdings gilt dies nur dann, wenn der Veräußerer auch der Vermieter ist. Es muss Personenidentität bestehen.

In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Fall beschäftigt sich der Bundesgerichtshof (BGH) nun mit der Frage, ob § 566 Abs. 1 BGB auch dann anwendbar ist, wenn Veräußerer und Vermieter nicht personenidentisch sind. Dem Urteil lag folgender Sachverhalt zu Grunde:

Der Beklagte mietete Gewerberäume von der A-GmbH. Der Mietvertrag sah eine Laufzeit von 5 Jahren nebst Verlängerungsoption vor. Eigentümerin der Immobilie war im Zeitpunkt des Abschlusses des Mietvertrages die B-GmbH. Mit notariellem Kaufvertrag und vor Ablauf des Mietvertrages erwarb die Klägerin die Immobilie von der B-GmbH. Sodann erklärte die Klägerin dem Beklagten gegenüber die ordentliche Kündigung des Mietvertrages und nahm diesen klageweise auf Räumung und Herausgabe der gemieteten Gewerberäume in Anspruch.

Das erstinstanzliche LG hat der Klage stattgegeben. Es ging dabei davon aus, dass der Mietvertrag nicht auf die Klägerin übergegangen ist, weshalb der Beklagte das Mietobjekt räumen und herausgeben müsse.

Dem ist der BGH in seiner Entscheidung nicht gefolgt. Er hat entschieden, dass die Klägerin in entsprechender Anwendung des § 566 Abs. 1 BGB in das Mietverhältnis zwischen dem Beklagten und der A-GmbH eingetreten ist.

Die Rechtsfolge des § 566 Abs. 1 BGB greife auch bei fehlender Identität zwischen Veräußerer und Vermieter, wenn die Vermietung des veräußerten Grundstücks mit Zustimmung des Eigentümers und in dessen alleinigem wirtschaftlichen Interesse erfolgt und der Vermieter kein eigenes Interesse am Fortbestand des Mietverhältnisses hat.

Dies sei jeweils im Einzelfall unter Auswertung des jeweiligen Sachverhalts und anhand von Indizien festzustellen.

Im vorliegenden Fall hatte der Geschäftsführer der B-GmbH bei seiner Vernehmung im erstinstanzlichen Verfahren vor dem LG angegeben, dass die A-GmbH nur aus „strategischen Gründen“ ins Leben gerufen worden sei. Tatsächlich sei der Mietvertrag nur auf Anweisung der B-GmbH abgeschlossen worden. Zudem hatte die B-GmbH die Gewerbeimmobilie verwaltet und die Miete eingezogen. Weiterhin befand sich in dem Mietvertrag eine Regelung, wonach sich die B-GmbH zum Eintritt in den Mietvertrag bereit erklärt, falls ihr Vertragsverhältnis zu der A-GmbH beendet wird.

Der BGH führte weiter aus, dass diese Indizien belegen würden, dass das alleinige wirtschaftliche Interesse an der Vermietung bei der B-GmbH bestehe. Der Mietvertrag würde zwischen A-GmbH und B-GmbH faktisch so behandelt werden, als sei die B-GmbH Mietvertragspartei.

Dies rechtfertige es dann auch ausnahmsweise, den Mietvertrag so zu behandeln, als habe ihn die veräußernde B-GmbH abgeschlossen, mit der Folge, dass in entsprechender Anwendung des § 566 Abs. 1 BGB der Mietvertrag mit der Veräußerung der Immobilie auf den Kläger übergegangen ist.

#### Praxishinweis:

Für die Transaktionspraxis stellt sich das Problem, dass es sich bei der BGH-Entscheidung um eine Einzelfallentscheidung handelt, in der die maßgeblichen Besonderheiten des Falles zu der rechtlichen Wertung geführt haben, dass eine analoge Anwendung des § 566 Abs. 1 BGB aufgrund der „Quasi-Personenidentität“ zwischen der A und der B-GmbH gerechtfertigt erschien. Die Entscheidung ist deshalb nicht ohne weiteres auf Fälle übertragbar, bei denen die Identität zwischen Vermieter und Verkäufer fehlt. Ist man mit einer solchen Konstellation konfrontiert, muss stets auch geprüft werden, ob durch Umstrukturierungsmaßnahmen im Vorfeld der Veräußerung der Vermieter Eigentümer der Immobilie wird oder die Mietverträge auf den Grundstückseigentümer übertragen werden. Dabei sind bei beabsichtigter Übertragung des Grundstücks grunderwerbsteuerliche Gestaltungsüberlegungen anzustellen und bei Übertragung der Mietverträge das Zustimmungserfordernis der Mieter im Auge zu behalten.

## Pachtrecht

### Unwirksamkeit einer Klausel über ein Vorpachtrecht

#### BGH: Nicht konkretisierte Vorpachtrechtsklauseln des Pächters sind AGB-unwirksam

BGH, Urteil vom 24.11.2017 – LwZR 5/16

In der für Mietverträge und Kaufverträge relevanten Entscheidung zum Landpachtrecht entschied der Bundesgerichtshof das eine Klausel mit dem Inhalt: „Dem Pächter wird für die in § 1 aufgeführten Pachtflächen ein Vorpachtrecht eingeräumt.“ AGB-unwirksam ist. In dem zugrunde liegenden Fall pachtete der Kläger im Jahre 2001 mehrere landwirtschaftliche Grundstücke von dem Beklagten. Die Parteien vereinbarten eine Laufzeit bis zum 30.9.2014. Vorgenannte Vorpachtrechtsklausel stellte der Pächter als AGB. Im Jahre 2013 entschied sich der Beklagte und Eigentümer der Grundstücke, einen Pachtvertrag mit einem Dritten abzuschließen. Der Pächter berief sich sodann auf sein Vorpachtrecht und wollte klageweise feststellen lassen, dass infolge der Vorpachtrechtsklausel ein Pachtverhältnis zwischen ihm und dem beklagten Eigentümer mit dem Inhalt zustande gekommen ist, das der beklagte Eigentümer mit dem Dritten vereinbarte. Diese Klage scheiterte vor dem Bundesgerichtshof. Der Bundesgerichtshof begründete seine Entscheidung mit dem Umstand, dass die oben zitierte Hauptpachtrechtsklausel wegen Verstoßes gegen das Transparenzgebot gemäß § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB unwirksam ist. Der Verwender Allgemeiner Geschäftsbedingungen (hier der klagende Pächter) ist verpflichtet den Regelungsgehalt einer Klausel möglichst klar und überschaubar darzustellen. Zudem verlangt das aus dem Transparenzgebot abgeleitete Bestimmtheitsgebot, dass die Klausel die wirtschaftlichen Nachteile und Belastung soweit erkennen lässt, wie dies nach den Umständen gefordert werden kann. Abzustellen ist auf die Erwartungen und

Erkenntnismöglichkeiten eines durchschnittlichen Vertragspartners des Verwenders im Zeitpunkt des Vertragsschlusses. Aus diesem Grund erachtet der Bundesgerichtshof die streitgegenständliche Klausel als intransparent, da diese vorliegend ohne jegliche Konkretisierung eingeräumt wurde und damit unklar bleibt, für wie viele Fälle das Vorpachtrecht gelten soll und auf welchen Zeitraum es sich erstreckt.

#### Praxishinweis:

Diese für das Landpachtrecht ergangene Entscheidung hat auch Auswirkungen auf das gewerbliche Mietrecht, da die hier genannten Entscheidungsgrundsätze 1:1 für die Ausgestaltung von Mietverträgen gelten. In Gewerberaummietverhältnissen finden sich grundsätzlich zwei Arten von Vormietrechten, so diese vereinbart wurden: Einerseits ein Vormietrecht für die angemieteten Flächen nach Beendigung des Mietverhältnisses durch Zeitablauf oder ein Vormietrecht für angrenzende Flächen des Mietobjektes. Sofern ein Mieter den Mietvertrag als Allgemeine Geschäftsbedingungen stellt, kommt es bei der Vereinbarung eines solchen Vormietrechtes darauf an, genau einzugrenzen, für welche Fälle und für welchen Zeitraum dieses Vormietrecht gewährt werden soll. Bei der Ausgestaltung von Mietverträgen, die ein Vorkaufsrecht beinhalten ist darauf zu achten, dass dieses konkretisiert wird (häufig in der Praxis anzutreffen: Vorkaufsrecht für alle Verkaufsfälle) und dass die Einräumung eines Vorkaufsrechts nur mit notarieller Urkunde erfolgen kann.

## Privates Baurecht

### Bundesgerichtshof fällt Entscheidung zu Ansprüchen wegen

#### Bauzeitverzögerungen mit erheblichen Auswirkungen für die Praxis

BGH, (Versäumnis)Urteil vom 26.10.2017 – VII ZR 16/17

Bei Bauprojekten treten nicht selten während der Planung und/oder Ausführung Störungen und Behinderungen auf.

Kommt es im Zuge der Bauausführung zu Ablaufstörungen aufgrund solcher Umstände, die der Risikosphäre des Auftraggebers zuzuordnen sind und entstehen dem Auftragnehmer hierdurch finanzielle Nachteile, kann dieser Ansprüche gegen den Auftraggeber geltend machen. Zum einen kann dem Auftragnehmer dann ein Anspruch auf Erstattung des

ihm entstandenen Schadens nach § 280 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) oder nach § 6 Abs. 6 Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/B) zustehen, wenn der Auftraggeber eine Vertragspflicht schuldhaft verletzt hat. Daneben besteht für den Auftragnehmer die Möglichkeit, einen Entschädigungsanspruch nach § 642 BGB geltend zu machen, wenn der Auftraggeber eine Mitwirkungshandlung nicht rechtzeitig erbracht hat und deshalb in Annahmeverzug geraten ist. Anders als der Schadensersatzanspruch ist der

Entschädigungsanspruch verschuldensunabhängig und knüpft nicht an die Verletzung einer Vertragspflicht an.

Zu dem Entschädigungsanspruch nach § 642 BGB hat der Bundesgerichtshof (BGH) am 26.10.2017 ein Urteil erlassen, das enorme Bedeutung für die Baurechtspraxis hat:

Ein öffentlicher Auftraggeber erteilte dem Auftragnehmer einen Auftrag zum Einbau einer Sprinkleranlage in einen Neubau. Die Arbeiten des 1. Bauabschnitts sollten durch den Auftragnehmer bis zum Ende der 50. KW. 2008 und die des 2. Bauabschnitts bis Ende der 40. KW 2010 fertiggestellt werden. Die Bauarbeiten gingen wegen der Insolvenz eines Rohbauunternehmers und der verzögerten Planung durch den Architekten des Auftraggebers wesentlich langsamer als vorgesehen voran. Seit Februar 2012 konnte der Auftragnehmer überhaupt keine Leistungen mehr erbringen, da der stagnierende Baufortschritt dies nicht zuließ. Zu diesem Zeitpunkt hatte der Auftragnehmer einen Leistungsstand von etwa 40% der geschuldeten Gesamtleistungen erreicht. Mit dem 2. Bauabschnitt hatte er noch nicht begonnen. Der Auftraggeber kündigte Ende November 2012 den Vertrag. Der Auftragnehmer sprach Anfang Dezember 2012 seinerseits eine Kündigung des Vertrages aus. Nach erklärter Abnahme der Leistungen durch den Auftraggeber stellte der Auftragnehmer Anfang Februar 2013 seine Schlussrechnung, die u.a. einen Betrag von 7.132,03 € brutto für einen Nachtrag 4 „Preiserhöhung aufgrund Bauzeitverlängerung für den Zeitraum 2011“ auswies. Mit diesem Nachtrag machte der Auftragnehmer gestiegene Lohn- und Materialkosten geltend, die ihm dadurch entstanden waren, dass er Teile des 1. Bauabschnitts erst im Jahr 2011 durchführen konnte. Nachdem vom Auftraggeber u.a. die mit dem vorgenannten Nachtrag berechnete Preiserhöhung aufgrund Bauzeitverlängerung nicht ausgeglichen wurde, erhob der Auftragnehmer Zahlungsklage.

In seiner Entscheidung führt der BGH aus, dass § 642 BGB dem Auftragnehmer eine angemessene Entschädigung dafür gewährt, dass er während der Dauer des Annahmeverzuges des Auftraggebers in Folge Unterlassens einer diesem obliegenden Mitwirkungshandlung Personal, Geräte und Kapital, also die Produktionsmittel zur Herstellung der Werkleistung, bereithält. Mehrkosten wie gestiegene Lohn- und Materialkosten, die zwar aufgrund des Annahmeverzuges des Auftraggebers, aber erst nach dessen Beendigung anfallen, nämlich bei Ausführung der verschobenen Werkleistung, sind vom Entschädigungsanspruch nach § 642 BGB nicht erfasst. Die

Entschädigung nach § 642 BGB umfasst nicht sämtliche dem Auftragnehmer in Folge des Annahmeverzuges des Auftraggebers entstehenden Nachteile. Dies ergibt sich unmittelbar daraus, dass der Auftragnehmer den Vertrag gemäß § 643 BGB wegen des Annahmeverzuges des Auftraggebers kündigen und damit die sich aus einer erwarteten Lohn- oder Materialpreissteigerung ergebenden Nachteile vermeiden kann.

Obwohl für den vorliegenden Fall nicht mehr entscheidungserheblich, führt der BGH zur Klarstellung weiter aus, dass die Höhe eines Entschädigungsanspruchs aus § 642 Abs. 2 BGB sich nach der Höhe der vereinbarten Vergütung bestimmt und auch die in dieser Vergütung enthaltenen Anteile für Wagnis, Gewinn und Allgemeine Geschäftskosten umfasst. Bei der Ermittlung der Entschädigungshöhe ist eine Schätzung durch das Gericht nach § 287 Abs. 1 Zivilprozessordnung möglich. Hiervon zu unterscheiden ist der nicht vom Anspruch gemäß § 642 BGB umfasste anderweitige „entgangene Gewinn“, der nur im Rahmen eines Schadensersatzanspruchs erstattet verlangt werden kann, § 252 BGB.

#### **Praxishinweis:**

Das Urteil des BGH entscheidet eine in Rechtsprechung und Schrifttum höchst streitige Rechtsfrage. Der Entschädigungsanspruch nach § 642 BGB ist danach auf diejenigen Schäden begrenzt, die während des Zeitraums des Annahmeverzuges entstehen. Finanzielle Nachteile, die dem Auftragnehmer zwar in Folge des Annahmeverzuges des Auftraggebers entstehen, die aber erst nach Beendigung des Annahmeverzuges anfallen, kann der Auftragnehmer nicht nach § 642 BGB ersetzt verlangen, sondern nur dann, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen eines Schadensersatzanspruches nach § 280 BGB bzw. nach § 6 Abs. 6 VOB/B erfüllt sind. Dies betrifft nicht nur Lohn- und Materialpreissteigerungen, sondern beispielsweise auch längere Vorhaltekosten für Personal und Material sowie Mehrkosten in Folge der Verschiebung der Ausführung in eine ungünstigere Jahreszeit. Da die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruches eine schuldhaftes Vertragspflichtverletzung des Auftraggebers voraussetzt und Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers nicht automatisch als Vertragspflichten zu qualifizieren sind, ist dem Auftragnehmer zu empfehlen, erforderliche Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers vertraglich als selbstständige (Neben-)Pflichten auszugestalten. Darüber hinaus kann es sich für den Auftragnehmer empfehlen, eine Lohn- und Materialpreisgleitklausel in den Vertrag aufzunehmen, um sich aus einer Lohn- oder Materialpreissteigerung ergebende Nachteile zu vermeiden.

## Privates Baurecht

### Anwendbarkeit von § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B bei verlängerter Vorhaltung einer überlassenen Containeranlage?

BGH: Urteil vom 11.10.2017 – VII ZR 8/17

In dem vom Bundesgerichtshof (BGH) entschiedenen Fall sanierte und erweiterte die Beklagte als kommunaler Schulträger ab Mitte 2009 ein Schulgebäude. Die Schüler sollten für den Zeitraum der Sanierung in provisorischen Klassenräumen untergebracht werden. Dafür schrieb die Beklagte die Errichtung (Vorbereitung, Antransport und Montage), die Vorhaltung während der Bauphase und den anschließenden Abtransport einer Containeranlage aus. Grundlage der Ausschreibung war u.a. ein von der Beklagten erstelltes Leistungsverzeichnis (LV), die Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB/B) sowie die Zusätzlichen Vertragsbedingungen (ZVB) der Beklagten. In dem LV war eine Grund- und Vorhaltezeit der Containeranlage von 72 Wochen vorgesehen. Für eine mögliche Verlängerung der Vorhaltung der Container über diesen Zeitraum hinaus waren in verschiedenen Titeln des LV für die unterschiedlichen Containerarten Bedarfspositionen vorgesehen, die jeweils folgenden Wortlaut haben: „4 Wochen Bedarfsposition (...) über die Grundstand- und Vorhaltezeit hinaus (bis zur Freigabe zum Abbau)“. Die Beklagte hielt sich eine weitere Verlängerung der Vorhaltezeit bis zur Erteilung der Baugenehmigung ohne einen hierfür gesondert ausgewiesenen Mietpreis vor.

Da sich die Sanierungsarbeiten erheblich verzögerten, wurde die Containeranlage über die vorgesehene Grund- und Vorhaltezeit von 72 Wochen und die vorgesehene Bedarfszeit von 4 Wochen hinaus noch weitere 57 Wochen vorgehalten. Die Klägerin setzte in ihrer Schlussrechnung für die zusätzlich 57 Verlängerungswochen jeweils den Einheitspreis an, den sie auch für die Bedarfsposition von 4 Wochen berechnete. Die Beklagte kürzte die Schlussrechnung dahingehend, dass sie über die 4 Wochen hinausgehende Verlängerung der Vorhaltezeit einen Abzug von 20% nach § 2 Abs. 3 VOB/B wegen Massenmehrung zugrunde legte.

Die Klägerin klagte den gekürzten Rechnungsbetrag ein. Der BGH gab der Klage statt.

Nach der Entscheidung des BGH ist die Vorhaltung der Container über die vorgesehene Grund- und Vorhaltezeit hinaus in dem LV unter den vorgenannten Bedarfspositionen vorgesehen, welche darauf ausgerichtet sind, die Vergütung der Vorhaltung der Container bis zur Freigabe durch die Beklagte („bis zur Freigabe zum Abbau“) zu regeln, falls es zu Verzögerungen bei den Sanierungsarbeiten an der Schule kommt und deshalb die Container über die Grundmietzeit hinaus benötigt werden.

Mit der Inanspruchnahme dieser Bedarfsposition durch die Beklagte war die Klägerin verpflichtet, die daran vorgesehenen Leistungen zu erbringen, und die Beklagte, die zusätzlichen Leistungen mit dem vereinbarten Preis zu vergüten.

Auch ein Anspruch auf Anpassung des Einheitspreises wegen Massenmehrung nach § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B stand der Beklagten nicht zu. Nach § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B ist bei einer über 10 % hinausgehenden Überschreitung des Mengensatzes im LV auf Verlangen ein neuer Preis unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten zu vereinbaren. Damit trägt sie dem in einem Bauvertrag immanenten Risiko Rechnung, dass die Mengenschätzungen im Zeitpunkt der Ausschreibung naturgemäß ungenau sein können und die tatsächlichen Gegebenheiten auf der Baustelle insofern nicht genau erfasst worden sein können. § 2 Abs. 3 VOB/B ist deshalb nur auf die Fälle anwendbar, in denen sich das Risiko einer Fehleinschätzung verwirklicht, weil im Hinblick auf die Mengen andere Verhältnisse vorgefunden wurden, als sie im Vordersatz Eingang gefunden haben.

Allerdings sieht § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B ein Preisanpassungsrecht nur für unerwartete Abweichungen der verbauten Massen von den in der Leistungsbeschreibung verbindlich vereinbarten Vordersätzen vor. Die Vergütungsregelung ist daher lediglich auf die Positionen des LV anwendbar, für die im Vertrag ein konkreter Vordersatz vereinbart worden ist. Betrifft die Mängeländerung eine sogenannte Bedarfsposition, also eine Position, bei der sich der Auftraggeber ein Wahlrecht vorbehält, ob sie ausgeführt werden soll oder nicht, kommt eine Preisanpassung nach § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B nur dann in Betracht, wenn die Parteien übereinstimmend von einer bestimmten zu erwartenden Menge ausgegangen sind. Enthält das LV entgegen insoweit keine verbindliche Mengenangabe, ist die Leistung, wenn sie vom Auftraggeber in Anspruch genommen wurde, nach dem vereinbarten Vertragspreis abzurechnen.

#### Praxishinweis:

Auch in Bauverträgen sind Vorhaltepositionen nicht ungewöhnlich. Vorliegend hat der XII. Senat ausdrücklich offengelassen, ob § 2 Nr. 3 VOB/B grundsätzlich auf solche anwendbar ist. Hier greift § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B nicht, da eine Auslegung der Klausel zu dem Ergebnis führt, dass kein Mengensatz enthalten ist, sondern die Vorhaltung „bis zur Freigabe zum Abbau“ gemeint war. Der für Bausachen zuständige VII. Senat des BGH hat beispielsweise für die verlängerte

Vorhaltung eines Gerüsts entschieden, dass § 2 Nr. 3 VOB/B für die Überschreitung des vertraglich vereinbarten Zeitraumes anwendbar sein kann.

Bei der Gestaltung und Formulierung von Vorhaltepositionen muss der Auftraggeber Vorsicht walten lassen. Er muss darauf achten, dass der Auftragnehmer tatsächlich nur solche Kosten in Vorhaltepositionen einkalkuliert, die für eine längere Vorhaltung anfallen.

## Öffentliches Baurecht „Moratorium“ für das Inkrafttreten der neuen Bauordnung NRW?

Am 15.12.2016 hat der nordrhein-westfälische Landtag bekanntermaßen eine Novelle der Bauordnung verabschiedet. Am 28.12.2016 wurden die Neuregelungen verkündet. Ein Großteil der Änderungen sollte infolge großzügiger Übergangsfristen ursprünglich am 28.12.2017 in Kraft treten. Das Inkrafttreten wird sich aller Voraussicht nach nun allerdings auf den 01.01.2019 verschieben. Ob die Novelle auch in der Sache modifiziert wird, bleibt abzuwarten, ist allerdings wahrscheinlich.

### Hintergrund:

Die bislang beschlossene Novelle erfasst inhaltlich insbesondere die Einführung von fünf Gebäudeklassen (statt der bisherigen Einteilung in Gebäude geringer Höhe, mittlerer Höhe und Hochhäuser), die Vereinfachung des Vollgeschossbegriffes unter Wegfall des Staffelgeschosses, den Wegfall der gesetzlichen Stellplatzpflicht bei gleichzeitiger Öffnung für autonome gemeindliche Satzungsregelungen sowie Detailregelungen bei den Abstandflächen. Hinzu kommen die Neuregelung der Barrierefreiheit, Änderungen der Vorschriften zum Brandschutz sowie Klarstellungen hinsichtlich der Modifikation von Geländehöhen und der Wegfall des Genehmigungsverfahren. Weitere Änderungen betreffen die Duldung illegaler baulicher Anlagen, die Erhöhung der Geltungsdauer des Vorbescheids auf drei Jahre sowie die Ersetzung des gemeindlichen Einvernehmens. Eine Vielzahl von Detailänderungen, wie z.B. im Hinblick auf Werbeanlagen und technische Einrichtungen, rundet die Novelle ab.

Diese noch unter der rot-grünen Landesregierung beschlossenen Änderungen werden nunmehr durch die neue Landes-

regierung auf den Prüfstand gestellt. Im Sinne von Entbürokratisierung und Vermeidung von Baukostensteigerungen stehen dem Vernehmen nach vor allem die Neuregelungen zur Barrierefreiheit zur Diskussion. Um diesen Diskussionsprozess zu ermöglichen, befindet sich derzeit ein Gesetzentwurf für das Aufschieben des Inkrafttretens der Novelle um rund ein Jahr im parlamentarischen Verfahren des Landtags. Es wird damit zu rechnen sein, dass der Landtag den Entwurf mit entsprechender Mehrheit beschließt. Ob und – wenn ja – welche inhaltlichen Modifikationen die bereits beschlossene Novelle im Verlauf des kommenden Jahres 2018 erfahren wird, kann nicht mit Sicherheit vorhergesagt werden. Dass zur Förderung der Bautätigkeit Änderungen erfolgen werden, sollte allerdings angenommen werden.

### Praxisinweis:

Für die am Bau Beteiligten beginnt damit eine Phase relativer Rechtsunsicherheit. Die Bauordnung NRW 2000 in ihrer aktuell gültigen Fassung ist weiter anzuwenden, wenngleich sie in wesentlichen Bestimmungen nur noch als „Auslaufmodell“ bezeichnet werden kann. Welche Bestimmungen der bereits beschlossenen und verkündeten Bauordnung NRW 2016 in eine spätere Bauordnung NRW 2018 einfließen, bleibt abzuwarten. Hier bietet es sich an, die gesetzgeberischen Aktivitäten im kommenden Jahr sehr genau zu beobachten. Darüber hinaus sollte eruiert werden, ob bereits geplante oder in Planung befindliche Vorhaben im Hinblick auf das Moratorium – wenn auch nur in Teilen – umgeplant werden müssen, oder zur Baukostenersparnis umgeplant werden sollten.

Aufgrund der Aktualität können die angesprochenen Themen nur schlagwortartig und in gedrängter Kürze dargestellt werden. Die Lektüre ersetzt also in keinem Fall eine Rechtsberatung.

## AULINGER IM IMMOBILIENWIRTSCHAFTSRECHT

Für weitere Informationen sprechen Sie uns gerne an.



**DR. MATTHIAS KOCH**  
matthias.koch@aulinger.eu



**DR. MARCO KRENZER**  
marco.krenzer@aulinger.eu



**DR. MARTIN GRIMM**  
martin.grimm@aulinger.eu



**SEBASTIAN HAUPTMANN**  
sebastian.hauptmann@aulinger.eu



**SILKE SANDFORTH**  
silke.sandforth@aulinger.eu



**ROMAN SCHEUSCHNER LL.M**  
roman.scheuschner@aulinger.eu



**JANOSCH NEUMANN**  
janosch.neumann@aulinger.eu



**SEBASTIAN ARMER**  
sebastian.armer@aulinger.eu

### AULINGER Rechtsanwälte | Notare

#### BÜRO BOCHUM

Josef-Neuberger-Straße 4  
44787 Bochum  
Telefon 0234 68779-0  
Telefax 0234 68779-993

#### BÜRO ESSEN

Frankenstraße 348  
45133 Essen  
Telefon 0201 95986-0  
Telefax 0201 95986-99

[www.aulinger.eu](http://www.aulinger.eu)