

## Inhalt

- Aktuelles: Erfolgreicher erster Wettbewerblicher Dialog im Vergabeverfahren
- Handels- und Gesellschaftsrecht: Handelsgeschäfte – Compliance – Kapitalanlagerecht
- Arbeitsrecht: Bestimmtheit des Änderungsangebots – Reichweite eines Wettbewerbsverbots
- Immobilienrecht – Bauvertragsrecht
- Gewerbliches Mietrecht: Schriftformerfordernis – Klauselkombinationen – Bereicherungsanspruch bei Investitionen
- Öffentliches Recht: Das Ende der „Ahlhorn“-Rechtsprechung – Gescheiterte Vorgaben für die Einzelhandelsplanung NRW – Gewichtigkeit von städtebaulichen Entwicklungskonzepten



## Liebe Leser,

der dritte Mandantenbrief des Jahres 2010 berichtet über die erfolgreiche Bewährungsprobe für das Vergabeverfahren des Wettbewerblichen Dialogs bei großen und komplexen städtischen Investitionsmaßnahmen.

Vergabe- und Baurecht haben in den letzten Wochen weitere wichtige Rechtsentwicklungen durchgemacht.

Im Übrigen berichten wir aus den unternehmensnahen Arbeitsgebieten der Kanzlei, von gerichtlichen Entscheidungen aus dem Wirtschaftsrecht, dem Immobilienrecht und dem Bauplanungsrecht.

Ich wünsche Ihnen eine anregende Lektüre.

Mit freundlichen Grüßen

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Johannes Grooterhorst', written in a cursive style.

Dr. Johannes Grooterhorst  
Rechtsanwalt



## A. Aktuelles

### **Vergaberecht: Erster Erfolg für den Wettbewerblichen Dialog bei Großvorhaben**

Das erst jüngst durch das Gesetz zur Beschleunigung der Umsetzung von öffentlich-privaten Partnerschaften (ÖPP) im Jahre 2006 gesetzlich eingeführte Vergabeverfahren des Wettbewerblichen Dialogs hat in Hanau seine erste große Bewährungsprobe bestanden. Am 31.05.2010 hat die Stadtverordneten-Versammlung der Stadt Hanau auf einstimmigen Vorschlag des Magistrats im EU-Vergabeverfahren des Wettbewerblichen Dialogs nach zwei Jahren intensiver Projektarbeit den Zuschlag erteilt. Der neue Weg, den die Stadt Hanau in der Innenstadtentwicklung beschritten hat, erwies sich damit als erfolgreich.

### **Komplexes Innenstadtprojekt**

Im Sommer 2008 schrieb die Stadt Hanau ein komplexes Innenstadtprojekt europaweit aus, welches die Errichtung eines Einkaufszentrums, eines Multiplex-Kinos, eines Vier-Sterne-Hotels, die Realisierung einer Wohnbaumaßnahme in der zentralen Innenstadt sowie die Neugestaltung der öffentlichen Verkehrsräume umfasst. Hierzu wählte die Stadt Hanau die Vergabeart des Wettbewerblichen Dialogs.

### **Der Wettbewerbliche Dialog**

Ein Wettbewerblicher Dialog kann nach § 3a Abs. 4 Nr. 1 VOB/A durchgeführt werden, wenn der öffentliche Auftraggeber objektiv nicht in der Lage ist, die technischen Mittel anzugeben, mit denen seine Bedürfnisse und Ziele erfüllt werden können oder wenn er die rechtlichen oder finanziellen Bedingungen des Vorhaben nicht angeben kann. Ein solches sog. qualifiziertes Unvermögen liegt u.a. vor, wenn der Auftraggeber neue innovative Konzepte abfragen will, die sich außerhalb bestehender standardisierter Konzepte bewegen. Aus diesem Grunde sind im wettbewerblichen Dialog sog. Dialogrunden vorgesehen, in denen der Auftraggeber mit den ausgewählten Bewerbern jeweils die Möglichkeiten diskutiert, die seinen Bedürfnissen am besten entsprechen. Der Sache nach ist dies ein kooperatives Miteinander, wie es in der Privatwirtschaft mit etwa dem Bauteam- oder Prefair-Verfahren bereits ähnlich entwickelt worden ist.

### **Drei Dialog-Phasen**

Das Verfahren des Wettbewerblichen Dialogs läuft in drei Phasen ab: Dem Teilnahmewettbewerb nach europaweiter Bekanntmachung (37 Kalendertage), der Dialogphase, die in Stufen unterteilt werden kann, sowie der abschließenden Angebotsphase.

### **Teilnahmewettbewerb und Dialogrunden**

Dementsprechend machte die Stadt Hanau den Wettbewerblichen Dialog zunächst im Amtsblatt der Europäischen Union (2008/S 118-156842) bekannt und begann die Dialogrunden mit vier verschiedenen Investoren. Nach einer Entscheidung des Magistrats der Stadt Hanau vom 26.10.2009 setzte die Stadt Hanau das Vergabeverfahren mit zwei Bewerbern fort und verhandelte mit diesen beiden Bieterern nach Abschluss der Dialogrunden unterschriftsreife Angebote und Verträge, die bis zum 10.05.2010 bei der Vergabestelle eingereicht wurden.

### **Praxishinweis:**

Der Wettbewerbliche Dialog stellt ein flexibles Verfahren dar, das sowohl den Wettbewerb zwischen den Wirtschaftsteilnehmern gewährleistet als auch dem Erfordernis gerecht wird, dass der öffentliche Auftraggeber alle Aspekte des Auftrags mit

jedem Bewerber erörtern kann. Das Hanauer Verfahren hat gezeigt, dass die ersten Kinderkrankheiten dieser recht jungen Vergabeart überwunden scheinen und dieses Verfahren den Kommunen ein probates Mittel an die Hand gibt, die „beste“ Lösungsmöglichkeit zu erreichen. Bei derzeit bundesweit geplanten rund 50 innerstädtischen Shopping-Center-Projekten wird das Hanauer Verfahren wahrscheinlich kein Einzelfall bleiben.

Rechtsanwälte Grooterhorst&Partner berieten in diesem Verfahren den obsiegenden Bieter.

*Dr. Rainer Burbulla*

## B. Handels- und Gesellschaftsrecht

### **Handelsgeschäfte: Höherer Zinsanspruch für Zahlungsverzug bei einer Entgeltforderung**

I. Gemäß § 288 Abs. 2 BGB beträgt bei Rechtsgeschäften, an denen ein Verbraucher nicht beteiligt ist, der Zinssatz für Entgeltforderungen 8 Prozentpunkte über dem Basiszins. Verbraucher schulden demgegenüber Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über Basiszins. Die Frage, wann es sich um eine Entgeltforderung im Sinne des § 288 Abs. 2 BGB handelt, definiert das Gesetz nicht.

### **Begriff der Entgeltforderung**

In einem jüngst veröffentlichten Urteil hat der BGH den Begriff der Entgeltforderung näher erläutert (Urteil vom 21.04.2010 – 7 ZR 10/08).

### **§ 288 BGB als Umsetzung der Richtlinie zur Bekämpfung von Zahlungsverzug**

Zunächst stellte der Bundesgerichtshof dar, dass § 288 Abs. 2 BGB zur Umsetzung der Richtlinie 2000/35/EG zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr eingeführt wurde. Ziel der Richtlinie sei die Bekämpfung des Zahlungsverzuges im Geschäftsverkehr, der als einer der Hauptgründe für die Insolvenzen von Unternehmen angesehen werde. Die Richtlinie sei demgemäß auf die als Entgelt für Handelsgeschäfte geleisteten Zahlungen beschränkt und umfasse weder Geschäfte mit Verbrauchern noch die Zahlung von Zinsen im Zusammenhang mit anderen Zahlungen. Der Begriff des Geschäftsverkehrs im Sinne der Richtlinie bezeichne Geschäftsvorgänge zwischen Unternehmen oder zwischen Unternehmen und öffentlichen Stellen, die zu einer Lieferung von Gütern oder Erbringung von Dienstleistungen gegen Entgelt führen. Allerdings dürfte der Begriff der Dienstleistung nicht auf dem Begriff eines Dienstvertrages im Sinne des § 611 BGB beschränkt werden. So stelle beispielsweise auch die Gewährung eines Kredits eine Dienstleistung dar.

Der Bundesgerichtshof resümiert, Voraussetzung für das Vorliegen einer Entgeltforderung sei, dass die Geldforderung die Gegenleistung für eine vom Gläubiger erbrachte oder zu erbringende Leistung sei. Welche Pflichten im Gegenseitigkeitsverhältnis stehen, sei anhand des Parteiwillens unter Berücksichtigung der jeweiligen Umstände des Einzelfalls zu ermitteln.

*Ralf-Thomas Wittmann*

**Compliance: Strafbarkeit  
einer Vorteilsgewährung  
Pharmabranche**

- II. Die Rechtsprechung über Compliance-Fälle weitete sich aus (vgl. auch Mandantenbrief 2/2010): Mit Urteil vom 23.02.2010 (Az.: Ws 17/10) hat das Oberlandesgericht Braunschweig entschieden, dass die Gewährung von Vorteilen durch Apotheker, Pharmaunternehmen oder sonstige Mitglieder der Pharmabranche an niedergelassene Ärzte den Tatbestand der Bestechung bzw. Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr erfüllen kann (§ 299 StGB). Niedergelassene Ärzte werden dabei als Beauftragte des geschäftlichen Betriebs einer Krankenkasse qualifiziert.

**§ 229 StGB**

Strafbar macht sich nach § 299 StGB, wer z. B. als Beauftragter eines geschäftlichen Betriebes im geschäftlichen Verkehr einen Vorteil für sich oder einen Dritten annimmt, und zwar als Gegenleistung dafür, dass er einen Anderen bei bestimmten Entscheidungen in unlauterer Weise bevorzugt. Die Strafandrohung beträgt Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren oder Geldstrafe. Dieser Straftatbestand erstreckt die Strafandrohungen bei Vorteilsannahme und -gewährung sowie Bestechung und Bestechlichkeit von Amtsträgern auf Privatleute.

Aber auch unterhalb der Schwelle der Strafbarkeit verdienen Geschenke und Einladungen eine genauere Prüfung (z. B. bei Einladungen zu Begleitfahrten während der Kieler Woche (vgl. aktuelle Pressenotiz). Die Strafbarkeit betrifft auch bislang durchaus übliche Zusatz-„Verdienste“ vieler Mitarbeiter, überreicht vom Geschäftspartner: die Flasche Bordeaux zu Weihnachten für den Abteilungsleiter und den Segeltörn am Mittelmeer für den Geschäftsführer. Auch nicht strafbare Zuwendungen sind vor allem deswegen bedeutsam, weil sie als Instrument zur Korruption missbraucht werden können, in manchen Fällen auch ohne direkte Gegenleistung als „Einstiegsdroge“ oder zur „Anfütterung“.

**Praxishinweis:**

Unternehmensintern ist es im Rahmen eines effizienten Compliance-Systems daher sehr ratsam, die Grenze der Zulässigkeit von Zuwendungen weit niedriger anzusetzen als das Strafrecht und schon den Anfängen zu wehren. Dies zum einen, um möglichst weite Kreise der Belegschaft für das Thema zu sensibilisieren, und zum anderen, um strafrechtlich bedeutsame Korruptionsfälle im Unternehmen weitest möglich zu erschweren. Hierzu haben sich die folgenden Elemente als wirkungsvoll erwiesen:

- Eine verbindliche Vorschrift z. B. im „Code of Conduct“.
- Die Festlegung von Schwellenwerten für zulässige Zuwendungen.
- Die Festlegung und Erläuterung von nur wenigen weiteren Kriterien für die Unterscheidung zwischen zulässigen und verbotenen Zuwendungen, insbesondere „geschäftlicher Bezug“ und „Angemessenheit“ / „Sozialadäquanz“.
- Die Einführung einer Dokumentationspflicht und Kontrolle aller erhaltenen und gewährten Zuwendungen jenseits eines eigenen Schwellenwerts.
- Die Einrichtung von Meldesystemen für die Meldung von Compliance-Verstößen einschließlich unzulässiger Zuwendungen.

Die Sanktionsmöglichkeiten des Unternehmens für dennoch erfolgte unzulässige Zuwendungen reichen von disziplinarischen und sonstigen arbeitsrechtlichen Schritten bis hin zur Strafanzeige an die Staatsanwaltschaft.

*Fazit:* Geschenke und Einladungen sind ein wichtiges Compliance-Thema im Rahmen der Korruptionsbekämpfung. Wesentlich sind die Sensibilisierung der Mitarbeiter für Zuwendungen und Korruption sowie die Festlegung von verständlichen, leicht nachprüfbaren Grenzen zwischen zulässigen und unzulässigen Zuwendungen. Die eine oder andere Flasche Wein mag dann noch guten Gewissens angenommen werden, der Segeltörn eher nicht; ob die Einladung zur Kieler Woche zulässig ist, wird gerade geprüft.

*Dr. Lutz Kniprath*

**Kapitalanlagerecht:  
Keine Aufklärungspflicht  
über Provisionen für freie  
Anlageberater**

III. Art und Umfang von Aufklärungspflichten von Anlageberatern gegenüber ihren Kunden sind seit Jahren ein Dauerbrenner in der Rechtsprechung. Insbesondere die Frage, ob ein Anlageberater über ihm zufließende Provisionen aufklären muss, ist Gegenstand zahlreicher Schadensersatzklagen gegen Banken und sonstige Anlageberater.

**Aufklärungspflicht der  
Banken**

Nachdem der XI. Senat des BGH in seinem viel beachteten Urteil vom 19.12.2006 (XI ZR 56/05) die Auffassung vertreten hatte, dass eine Bank verpflichtet sei, ihre Kunden im Rahmen der Beratung zu Aktienfonds über die ihr vom Emittenten zufließenden und für den Kunden nicht erkennbaren Provisionen aufzuklären, hatte der BGH in der Folgezeit diese Grundsätze auch auf die Bankberatung über geschlossene Fonds ausgedehnt (vgl. BGH, Beschluss vom 20.01.2009 – XI ZR 510/07).

**Keine Verpflichtung für  
freie Anlageberater**

Nunmehr hat der BGH erneut, diesmal durch seinen III. Senat, ein richtungsweisendes Urteil zum Thema Rückvergütungen bei Kapitalanlagen gesprochen. So hat der BGH in seinem Urteil vom 15.04.2010 (III ZR 196/09) klargestellt, dass die vorgenannte Rechtsprechung nicht auf freie Anlageberater anwendbar ist. Nach Auffassung des BGH ist die Interessenlage bei der Beratung durch freie, nicht bankgebundene Anlageberater anders als bei der Beratung durch Kreditinstitute: Jedenfalls dann, wenn der Kunde selbst keine Provision an den Anlageberater zahlt und dieser von dritter Seite Provisionen erhält, sei eine Aufklärungspflicht des freien Beraters zu verneinen. Der BGH unterscheidet ausdrücklich zwischen auf langfristig angelegten Kundenbeziehungen, wie sie typischerweise zwischen den Banken und ihren Kunden bestehen, und solchen regelmäßig nicht dauerhaften Geschäftsbeziehungen wie zwischen einem freien Anlageberater und seinen Kunden.

**Praxishinweis:**

Das Urteil des BGH vom 15.04.2010 macht deutlich, dass die Rechtsprechung zu Rückvergütungen und Provisionen im Kapitalanlagerecht weiterhin im Fluss ist. Sog. Anlegerschützer „kämpfen“ für eine allgemeine Aufklärungspflicht. Freien Anlageberatern ist zu raten, den Fortgang der Rechtsprechung weiterhin kritisch zu verfolgen und zudem sicherzustellen, dass in den von ihnen verwendeten Anlageprospekten die Kosten für die Eigenkapitalbeschaffung der Fondsgesellschaft zutreffend ausgewiesen worden sind. Aus Sicht der Banken sollte im Einzelfall geprüft werden, ob einzelne Argumente der Entscheidung des BGH vom 15.04.2010 im Falle einer Schadensersatzklage des Kunden wegen Falschberatung nutzbar gemacht werden können.

*Johannes Pitsch*

## C. Arbeitsrecht

### Änderungskündigung – Bestimmtheit des Änderungsangebots

#### Änderungskündigungen bei Sanierungsplan

- I. Mit Urteil vom 10.09.2009 (2 AZR 822/07) hatte das Bundesarbeitsgericht über die Wirksamkeit mehrerer Änderungskündigungen zu entscheiden.

In dem zu entscheidenden Fall hatte ein Arbeitnehmer mit getrennten Schreiben fünf ordentliche Änderungskündigungen durch seinen Arbeitgeber erhalten. Jede von ihnen hatte eine der in einem vorher beschlossenen Sanierungsplan vorgesehenen Personalmaßnahmen als veränderte Vertragsbedingung zum Gegenstand. In allen Kündigungsschreiben hieß es am Ende:

„Ihre sonstigen Arbeitsvertragsbedingungen bleiben unverändert. Wir weisen an dieser Stelle allerdings darauf hin, dass sie unter heutigem Datum weitere vier Änderungskündigungen erhalten.“

#### Bestimmtes oder bestimmbares Angebot erforderlich

Das BAG entschied, dass die Kündigungen bereits deshalb unwirksam seien, weil der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer in dem Kündigungsschreiben kein hinreichend bestimmtes oder bestimmbares Änderungsangebot unterbreitet habe. Auch unter Berücksichtigung aller ihm im Kündigungszeitpunkt bekannten Umstände könne der Arbeitnehmer den fünf Kündigungsschreiben nicht hinreichend deutlich entnehmen, mit welchem Inhalt das Arbeitsverhältnis nach Ablauf der Kündigungsfrist fortbestehen solle. Es lasse sich insbesondere dem Schreiben nicht zweifelsfrei entnehmen, dass der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis nur bei Annahme sämtlicher angestrebter Änderungen fortsetzen wolle.

#### Praxishinweis:

Mit diesem Urteil hat das BAG erneut deutlich gemacht, dass das in einer Änderungskündigung enthaltene Änderungsangebot entsprechend den Voraussetzungen an ein normales Angebot zum Vertragsschluss bestimmt bzw. bestimmbar sein muss. Für den Arbeitgeber ist eine hinreichende Bestimmtheit vor allem aus dem folgenden Grund zu beachten: Fehlt es an einem hinreichend bestimmten annahmefähigen Änderungsangebot, ergibt sich jedoch andererseits aus der Erklärung des Arbeitgebers und den Umständen, dass es ihm in erster Linie um die Änderung der Arbeitsbedingungen ging und er keine von einem Änderungsangebot unabhängige Beendigung des Arbeitsverhältnisses wollte, kommt eine Umdeutung in eine Beendigungskündigung in der Regel nicht in Betracht. Das Arbeitsverhältnis würde in dem Fall zu unveränderten Konditionen fortbestehen.

*Johanna Noßke*

### Reichweite des Wettbewerbsverbots und Nebentätigkeiten

- II. Mit Urteil vom 24.03.2010 (10 AZR 66/09) hatte das Bundesarbeitsgericht über die Reichweite des Wettbewerbsverbots während des Bestehens eines Arbeitsverhältnisses zu entscheiden.

In dem zu entscheidenden Fall ging die Arbeitnehmerin einer Nebentätigkeit als Zeitungszustellerin mit einer Wochenarbeitszeit von ca. 6 Stunden und einem Bruttomonatslohn von ca. 350,00 Euro nach. Der Arbeitgeber untersagte der Arbeitnehmerin im Anschluss die Ausübung ihrer Nebentätigkeit bei einem Konkurrenten.

### Wettbewerbsverbot und Berufsfreiheit nach Art. 12 GG: Gesamtwürdigung erforderlich

Das BAG stellt im Rahmen seiner Entscheidung fest, dass bei der Bestimmung der Reichweite des grundsätzlich bestehenden Wettbewerbsverbots in jedem Fall die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsfreiheit des Arbeitnehmers Berücksichtigung finden müsse. Daher sei im Rahmen einer Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalls festzustellen, ob nach Art der Haupt- und Nebentätigkeit und der beteiligten Unternehmen überhaupt eine Gefährdung oder Beeinträchtigung der Interessen des Arbeitgebers vorliege. Bei einer bloßen Hilfstätigkeit spreche viel dafür, einen Wettbewerbsbezug nicht anzunehmen. Dies gelte insbesondere, wenn der Arbeitnehmer lediglich eine Teilzeitbeschäftigung ausübe und zur Sicherung seines Lebensunterhalts auf die Ausübung einer weiteren Erwerbstätigkeit angewiesen sei.

### Bisherige Rechtsprechung

Durch die Aufstellung dieser Grundsätze äußert der Senat Bedenken, ob an der bisherigen Rechtsprechung hinsichtlich der Beurteilung einer Konkurrenztaetigkeit festgehalten werden kann. Nach der bisherigen Rechtsprechung war es unerheblich, auf welche Art und Weise der Arbeitnehmer den auch im Tätigkeitsbereich seines Hauptarbeitgebers aktiven Konkurrenten unterstützt, sofern der Nebentätigkeit nicht ausnahmsweise von vornherein jegliche unterstützende Wirkung abgesprochen werden konnte. Ebenso wenig soll es auf die Funktion des Arbeitnehmers beim Konkurrenten ankommen; vielmehr sei dem Arbeitnehmer jedwede Dienstleistung für diesen verboten.

### Praxishinweis:

Für die Praxis hat die Entscheidung des BAG zur Konsequenz, dass der Arbeitgeber nicht mehr per se berechtigt sein dürfte, eine Nebentätigkeit seines Arbeitnehmers in einem konkurrenzgeschützten Tätigkeitsbereich zu unterbinden. Vielmehr ist der Arbeitgeber verpflichtet, im Rahmen einer Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalls feststellen, ob nach der Art der Haupt- und Nebentätigkeit und der beteiligten Unternehmen überhaupt eine Gefährdung oder Beeinträchtigung seiner Interessen vorliegt. Da es in dem vorliegenden Fall auf eine Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts nicht ankam, dürfte es weiter spannend bleiben, ob das Bundesarbeitsgericht seine in dem Urteil geäußerten Bedenken gegen die gegenwärtige Rechtsprechung über die Reichweite des Wettbewerbsverbots zukünftig verfestigen wird.

*Johanna Noßke*



## D. Immobilienrecht

### **Privates Baurecht: Stillschweigende Abnahme von Planungsleistungen**

In den seltensten Fällen erfolgt bei Planungsleistungen eine förmliche Abnahme der Leistungen des Planers. Die Abnahme ist allerdings u.a. entscheidend für die Fragen, ob dem Bauherrn noch Erfüllungsansprüche zustehen und insbesondere, wann Mängelansprüche gegenüber dem Planer verjähren. Gibt es kein förmliches Abnahmeprotokoll, so ist aus den Umständen zu erschließen, ob bzw. wann die Abnahme stattgefunden hat.

### **Konkludente Abnahme bei Zahlung und Fristablauf**

Mit Urteil vom 25.02.2010 (VII ZR 64/09) hat der BGH festgestellt, dass eine solche stillschweigende bzw. konkludente Abnahme darin liegen kann, dass der Besteller nach Fertigstellung der Leistung und Bezahlung der Rechnung mehrere Monate nach Einzug in das nahezu fertiggestellte Bauwerk keine Mängel der Planung rügt.

### **Neue Tragwerksplanung nach Änderung der Architektenplanung**

In dem der Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalt hatte der Bauherr den Statiker (AN) im Jahre 2001 mit der Erstellung der Tragwerksplanung beauftragt. Diese sollte erstellt werden auf der Grundlage der Pläne eines Architekten. Die Schlussrechnung des Statikers bezahlte der Bauherr Ende 2001. Eine Abnahme der Leistungen des Generalunternehmers fand statt, hingegen keine Gesamtabnahme der Leistung. Im Sommer 2002 zog der Bauherr in das noch nicht vollständig fertig gestellte Haus ein. Im Jahre 2003 übergab der Statiker dem Bauherrn eine statische Berechnung und mehrere Positionspläne. Hierbei handelte es sich um die vollständige Tragwerksplanung, die Grundlage der tatsächlichen Bauausführung war. Der Bauherr vertrat die Auffassung, der Statiker müsse eine komplett neue Statik einschließlich Planzeichnungen erstellen, da die dem Bauherrn übergebene Statik nicht auf der später geänderten Architektenplanung beruhe.

Diesem Begehren erteilte der Bundesgerichtshof eine Absage. Nach Auffassung des Bundesgerichtshofs hatte der Bauherr die tatsächlich erstellte Tragwerksplanung spätestens zum Ende des Jahres 2003 konkludent als im Wesentlichen vertragsgerecht abgenommen.

### **Begriff der konkludenten Abnahme**

Konkludent handelt der Auftraggeber, wenn er dem Auftragnehmer gegenüber ohne ausdrückliche Erklärung erkennen lässt, dass er dessen Werk als im Wesentlichen vertragsgemäß billigt. Erforderlich hierzu ist nach der Rechtsprechung ein tatsächliches Verhalten des Auftraggebers, das geeignet ist, seinen Abnahmewillen seinem Auftraggeber gegenüber eindeutig und schlüssig zum Ausdruck zu bringen. Beim Werk eines Statikers liegt eine konkludente Abnahme dann vor, wenn der Besteller dessen Pläne entgegennimmt und ihm gegenüber zu erkennen gibt, er wolle die Leistung als in der Hauptsache dem Vertrag entsprechend billigen. Hierfür ist allerdings eine angemessene Prüfungsfrist erforderlich. Nach Auffassung des Bundesgerichtshofs war im konkreten Falle eine Prüfungsfrist von drei Monaten angemessen. Maßgebend für den Bundesgerichtshof war hierbei, dass der Auftraggeber das Bauwerk bei Übergabe der Pläne schon längere Zeit bewohnt hatte. Mangels



Beanstandung hatte nach Auffassung des Bundesgerichtshofs der Bauherr somit die Leistung des Statikers konkludent abgenommen. Erfüllungsansprüche des Bauherrn gegen den Statiker waren daher ausgeschlossen.

**Praxishinweis:**

Eine konkludente Abnahme kann auch in der uneingeschränkten und vorbehaltenen Zahlung einer Schlussrechnung gesehen werden, worauf der BGH allerdings in seinem Urteil nicht eingegangen ist. Liegt eine konkludente Abnahme vor, sollte sich der Besteller wegen der ihm bekannten Mängel seine Rechte vorbehalten. Anderenfalls besteht für ihn die Gefahr, dass er diese Rechte verliert.

*Ralf-Thomas Wittmann*

## E. Gewerbliches Mietrecht

**Schriftform – Verlängerung der Annahmefrist – äußere Form des § 126 Abs. 2 BGB**

I. Mit Urteil vom 24.02.2010 (XII ZR 120/06) hat der BGH zu zwei für die Mietrechtsspraxis wichtigen und umstrittenen Schriftformfragen Stellung genommen und zum einen entschieden, dass die Verlängerung der Frist zur Annahme der auf den Abschluss eines langfristigen Mietvertrages gerichteten Erklärung nicht der Schriftform des § 550 BGB bedarf. Zum anderen hat der BGH festgestellt, dass es zur Wahrung der Schriftform des § 550 BGB genüge, wenn die Vertragsbedingungen eines konkludent abgeschlossenen Mietvertrages in einer der „äußeren Form“ des § 126 Abs. 2 BGB genügenden Urkunde enthalten sind.

**Schriftlich verlängerte Annahmefrist**

In dem dem Urteil zugrundeliegenden Fall schlossen die Parteien einen 15-Jahresmietvertrag über noch zu errichtende Gewerberäume. Die Mietzeit sollte mit der Übergabe der Räume zu laufen beginnen. Im Hinblick auf die Gegenzeichnung des Vertrages vereinbarten die Parteien, dass die Vertragspartei, die den Mietvertrag zuerst unterzeichnet, an das hiermit verbundene Vertragsangebot einen Monat ab Zugang bei der Gegenseite gebunden ist. Diese Frist verlängerte die erstunterzeichnende Vermieterin mit gesondertem Schreiben um zwei Wochen. Die Mieterin unterzeichnete den Mietvertrag zum Ende der verlängerten Frist, also nach 6 Wochen.

**Annahmefrist keine wesentliche Bedingung des Mietvertrages**

Der BGH bejaht im Ergebnis einen schriftformwirksamen Mietvertrag und wies die Klage der Mieterin ab, die auf die Feststellung gerichtet war, dass der Mietvertrag auf unbestimmte Zeit – und gerade nicht auf 15 Jahre – geschlossen wurde. Ausgangspunkt der Klage ist, dass bei Mietverträgen die Annahmefrist zwei bis drei Wochen beträgt (vgl. OLG Brandenburg, Urt. v. 18.03.2009 – 3 U 71/08). Diese Frist wurde nicht eingehalten. Bei der Annahmefrist und deren Einhaltung handelt es sich nach der Auffassung des BGH jedoch nicht um wesentliche Bedingungen des Vertrages, die der Schriftform unterliegen. Vielmehr betreffen sie allein das Zustandekommen des Vertrages. Dass die gewährte Verlängerung der Annahmefrist in einem vom Mietvertrag gesonderten Schreiben erfolgt ist, sah der BGH damit als unschädlich für die Schriftform an.

**Konkludente Annahme einer verspäteten Annahmeerklärung entsprechend § 126 Abs. 2 BGB ausreichend**

Unschädlich für die Schriftform ist nach der Auffassung des BGH weiterhin, dass eine unterzeichnete Mietvertragsurkunde zu spät der erstunterzeichnenden Partei zugeht. In diesem Fall sei mit der Übergabe der Mieträume eine konkludente Annahme der verspäteten Annahmeerklärung, die als neues Angebot anzusehen sei, erfolgt. Die Einhaltung der „äußeren Form“ einer verspätet zugegangenen Mietvertragsurkunde erachtet der BGH als ausreichend, um die Schriftform zu wahren.

**Praxishinweis:**

Die Entscheidung bringt eine gewisse Entschärfung für eine stark umstrittene Schriftformfrage. Der BGH hat sich der eher pragmatischen Auffassung angeschlossen, wonach die Wahrung der „äußeren Form“ einer Mietvertragsurkunde für die Einhaltung der Schriftform genügt. Der Gegenauffassung, die einen insgesamt formgerechten Vertragschluss verlangt (vgl. KG Berlin, Urt. v. 25.01.2007 – 8 U 129/06) hat der BGH eine Absage erteilt.

*Dr. Rainer Burbulla*

**Kombination von Betriebs- und Offenhaltungspflicht mit Sortimentsbindung und Ausschluss von Konkurrenz und Sortimentsschutz**

II. Mit Urteil vom 03.03.2010 (XII ZR 131/08) hat der BGH klargestellt, dass bei einer Klauselkombination von Betriebs- und Offenhaltungspflicht mit Sortimentsbindung und Ausschluss von Konkurrenz- und Sortimentsschutz der Mieter im Grundsatz nicht unangemessen benachteiligt wird. Vielmehr erachtet der BGH eine solche Klauselkombination grundsätzlich als wirksam.

In dem dem Urteil zugrunde liegenden Sachverhalt ging es um einen Lebensmittel-discounter, der in einem Einkaufszentrum lag. Nachdem im Center immer mehr Leerstand zu verzeichnen war, wollte die klagende Mieterin ihr Ladenlokal nach eigenen Vorstellungen schließen und berief sich hierzu auf die Unwirksamkeit einer Klauselkombination von Betriebs- und Offenhaltungspflicht im Mietvertrag.

**Wirtschaftliche Nutzbarkeit der Mieträume Risikosphäre der Mieterin**

Der BGH erachtet das Begehren der Mieterin als unbegründet. Die Mieterin allein trägt das Risiko dafür, dass die Mieträume wirtschaftlich gewinnbringend nutzbar sind. Insoweit kann sich die Mieterin auch nicht auf eine unangemessene Benachteiligung infolge der ihr auferlegten Betriebspflicht mit einer Sortimentsbindung kombiniert und zusätzlich mit einem Ausschluss von Konkurrenz- und Sortimentsschutz berufen (vgl. zur gegenteiligen Auffassung OLG Schleswig, Urt. v. 02.08.1999 – 4 B 24/99). Denn der Mieterin war bereits gerade keine hinreichend konkretisierte, sondern nur eine sehr vage Sortimentsbindung auferlegt worden. Dies hat zur Folge, dass ein – als Kehrseite der Sortimentsbindung vereinbarter – Sortiments- und Konkurrenzschutz für die Vermieterin zu einer unangemessenen Benachteiligung führen würde. Denn hierdurch würde die Vermietbarkeit der übrigen Ladengeschäfte im Einkaufszentrum nachhaltig beeinträchtigt. Von daher beanstandete der BGH die Kombination der Betriebspflicht mit einer etwa vereinbarten Sortimentsbindung und dem Ausschluss jedes Sortiments- und Konkurrenzschutzes nicht.

**Bei schwacher Sortimentsbindung Konkurrenzschutz für Vermieterin unangemessen**

**Praxishinweis:**

Allein das Zusammentreffen von Betriebs- und Offenhaltungspflicht mit einer Sortimentsbindung und Ausschluss von Konkurrenz- und Sortimentsschutz stellt grundsätzlich keine unangemessene Belastung des Gewerbemieters dar. Vielmehr bedarf es im konkreten Einzelfall der Darlegung einer tatsächlichen Beeinträchtigung für den Gewerbemieter.

*Dr. Rainer Burbulla*

**Bereicherungsanspruch des Mieters wegen wertsteigernder Investitionen bei Zwangsversteigerung**

III. Tätigt der Mieter wertsteigernde Investitionen in einem Mietobjekt und beendet er dann vor Ablauf der vertraglich vorgesehenen Mietzeit das Mietverhältnis, steht ihm grundsätzlich ein Bereicherungsanspruch gegen den Vermieter zu. Denn der Vermieter gelangt vorzeitig und nicht erst mit Ablauf der vertraglich vorgesehenen Mietzeit in den Genuss der wertsteigernden Investitionen des Mieters.

**Bei Grundstücksveräußerung Anspruch gegen Vermieter-Nachfolger (Erwerber)**

Dies hat der Bundesgerichtshof bereits mit Urteil vom 05.10.2005 (XII ZR 43/02) für den Fall der Grundstücksveräußerung entschieden und klargestellt, dass der Anspruch des Mieters nicht gegen den Vermieter zu richten ist, der im Zeitpunkt der Vornahme der Investition Vermieter war, sondern gegen den Erwerber als neuem Vermieter, der die Mietsache vor Ablauf der vereinbarten Mietzeit zurückerhält und sie dadurch zu einem höheren Mietzins weitervermieten kann.

**Bereicherungsanspruch auch bei Erwerb im Zwangsversteigerungsverfahren**

Mit Urteil vom 16.09.2009 (XII ZR 71/07) setzt der Bundesgerichtshof seine bisherige Rechtsprechung konsequent fort und stellt ausdrücklich fest, dass diese Grundsätze auch bei einem Erwerb im Zwangsversteigerungsverfahren gelten sollen. Es mache keinen Unterschied, ob der Vermieterwechsel infolge einer Grundstücksveräußerung herbeigeführt werde oder Folge einer Zwangsversteigerung sei. Erforderlich sei lediglich, dass der Vermieter die Mietsache vorzeitig zurückerhalte und sie zu einem höheren Mietzins als bisher weitervermieten könne.

**Praxishinweis: Bereicherung des Vermieters entscheidend**

Der Vermieter wird durch einen Bereicherungsanspruch des Mieters wegen getätigter Investitionen nicht benachteiligt. Denn der Anspruch des Mieters besteht nur dann, wenn der Vermieter nachweislich einen Mehrerlös erzielen kann. Kann der Vermieter aber nicht mehr Erlösen, als er nach dem bisherigen Vertrag erhalten hat, so ist er auch nicht bereichert. Ein Anspruch gegen ihn kommt dann nicht in Betracht. Vermieter sollten im Falle eines gegen sie gerichteten Bereicherungsanspruchs wegen getätigter Investitionen also zunächst prüfen, ob aufgrund der (wertsteigernden) Investitionen des Mieters tatsächlich eine höhere Miete erzielt werden konnte.

*Johanna NoBke*

## F. Öffentliches Recht

### Vergaberecht: Kommunale Grundstücksverkäufe doch vergaberechtsfrei – das Ende der „Ahlhorn“-Rechtsprechung

#### Der Ausgangsfall

I. Seit der sog. „Ahlhorn“-Entscheidung des OLG Düsseldorf (Beschl. v. 13.06.2007, VII Verg 2/07; vgl. hierzu unseren Mandantenbrief Nr. 3/2007, Seite 4) wurden Grundstücksverkäufe durch Bund, Länder und Kommunen, die mit einer (auch nur mittelbaren) Bauverpflichtung verbunden sind, als ausschreibungspflichtig betrachtet. Diese Rechtsprechung hat viele Unsicherheiten sowohl auf Seiten der Kommunen als auch auf Seiten von Projektentwicklern und Investoren hervorgerufen.

#### Eingriff des Gesetzgebers

Im Rahmen der Reform des Vergaberechts im Jahre 2009 führten diese Unsicherheiten zur Neudefinition des öffentlichen Bauauftrags (§ 99 Abs.3 GWB) und der Baukonzession (§ 99 Abs.6 GWB). Hierdurch sollte der „Ahlhorn“-Rechtsprechung der Boden entzogen werden.

#### Der Vorlagebeschluss des OLG Düsseldorf

Vor Inkrafttreten des reformierten Vergaberechts (GWB 2009) am 24.04.2009 legte das OLG Düsseldorf in seinem Vorlageverfahren Helmut Müller ./ Bundesanstalt für Immobilienaufgaben (Rs.C-451/08) dem EuGH einen Katalog an Fragen bezüglich der Ausschreibungspflicht von Grundstücksverträgen zwischen Kommunen und privaten Bauinvestoren vor und stellte damit letztlich die Gesetzesänderungen des GWB 2009 auf den Prüfstand des europäischen Gemeinschaftsrechts.

#### Ablehnung durch den EuGH

Mit Urteil vom 25.03.2010 hat der EuGH zu diesen Vorlagefragen Stellung genommen und die strenge Rechtsprechung des OLG Düsseldorf zur Ausschreibungspflicht von Grundstücksverträgen mit der öffentlichen Hand verworfen. Im Ergebnis hat sich der EuGH damit zugleich dafür ausgesprochen, dass die Novellierungen des GWB 2009 zu § 99 Abs. 3 und 6 europarechtskonform sind. Denn auch der EuGH stellt in seinem Urteil darauf ab, dass eine europaweite Ausschreibung zwar nicht nur in einer gegenständlichen oder körperlichen Beschaffung begründet liegen könne. Erforderlich sei jedoch, dass die Bauleistung dem Auftraggeber „unmittelbar wirtschaftlich zugutekommt“, wie es in § 99 Abs.3 GWB angelegt ist. Vor diesem Hintergrund differenziert der EuGH in seiner Betrachtung zwischen verschiedenen Fallgruppen.

#### Ausschreibung nur bei unmittelbarem wirtschaftlichem Vorteil

#### Nicht bloßer Verkauf

Ausdrücklich klargestellt hat der EuGH, dass der (bloße) Verkauf eines unbebauten oder bebauten Grundstücks durch eine öffentliche Stelle an ein Unternehmen keinen öffentlichen ausschreibungspflichtigen Bauauftrag darstellt. Voraussetzung für einen öffentlichen Bauauftrag sei, dass die öffentliche Stelle als „Erwerber und nicht als Verkäufer“ auftritt und ein solcher Auftrag die Ausführung von Bauleistungen zum Gegenstand hat, woran es bei reinen Grundstücksverkäufen fehlt.

**Unmittelbares wirtschaftliches Interesse**

Weiterhin stellt der EuGH ausdrücklich klar, dass der öffentliche Auftraggeber ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse an der Bauleistung, also einen Beschaffungszweck verfolgen muss. Ein solches wirtschaftliches Interesse liegt vor, wenn der öffentliche Auftraggeber Eigentümer der Bauleistung oder des Bauwerks wird oder wenn ihm die Möglichkeit eingeräumt wird, über das Bauwerk zu verfügen. Das wirtschaftliche Interesse kann ferner in wirtschaftlichen Vorteilen bestehen, die der öffentliche Auftraggeber aus der zukünftigen Nutzung oder Veräußerung des Bauwerks ziehen kann. Die bloße Ausübung von städtebaulichen Regelungszuständigkeiten im Hinblick auf die Verwirklichung eines im allgemeinen Interesse liegenden öffentlichen Zieles wie etwa die städtebauliche Entwicklung oder die Kohärenz eines kommunalen Ortsteils, genügt hierzu jedenfalls nicht.

**Bauverpflichtung erforderlich**

Eindeutig bejaht hat der EuGH auch die auf die „Ahlhorn“-Rechtsprechung zurückzuführende streitige Frage, ob der Begriff des öffentlichen Bauauftrages eine ausdrückliche Bauverpflichtung voraussetzt. Ein öffentlicher Bauauftrag liegt damit nicht (mehr) vor, wenn der Auftragnehmer nicht direkt oder indirekt zur Erbringung von Bauleistungen verpflichtet wird. Zudem muss diese Verpflichtung einklagbar sein.

**Begriff der Baukonzession**

Nicht zuletzt hat sich der EuGH entsprechend der Neuregelung in § 99 Abs. 6 GWB mit dem Begriff der Baukonzession auseinandergesetzt und klargestellt, dass es sich bei der Baukonzession (nur) um ein befristetes Nutzungsrecht handelt. Eine Baukonzession kann damit nicht in der Übertragung des Grundstückseigentums und dem darin enthaltenen Recht zur Nutzung der Immobilie durch den Käufer liegen. Vielmehr kann ein öffentlicher Auftraggeber ein „Recht auf Nutzung“ eines Bauwerks nur übertragen, wenn er selbst über die Nutzung verfügen kann. Daran fehlt es grundsätzlich, wenn das Nutzungsrecht allein im Eigentumsrecht des Grundstückskäufers begründet liegt. Eine unbefristete Erteilung von Nutzungen hat der EuGH damit im Grundsatz ausdrücklich abgelehnt.

**Praxishinweis:**

Mit seiner Entscheidung hat der EuGH eine Vielzahl von Fragen geklärt und die zum Teil uferlos erscheinende Anwendung des Vergaberechts auf einen Kernbereich zurückgeführt. Hierdurch erhalten Kommunen Spielräume bei der Anwendung des Vergaberechts im Hinblick auf die Verfolgung städtebaulicher Ziele, da eine Vielzahl von Grundstücksveräußerungen nicht (mehr) dem Vergaberecht unterliegen. Nicht abschließend geklärt dürfte hingegen die Frage sein, wann ein „unmittelbares wirtschaftliches Interesse“ der öffentlichen Hand an den Bauleistungen vorliegt. Die weitere vergaberechtliche Entwicklung in Reaktion auf die EuGH-Entscheidung dürfte damit spannend bleiben. Jedenfalls machte das OLG Düsseldorf, welches vor drei Jahren mit seinem „Ahlhorn“-Urteil für große Verunsicherung gesorgt hat, jüngst eine Kehrtwende und stellte im aktuellen Urteil vom 11.06.2010 (VII Verg 9/10) klar, dass bei Grundstücksgeschäften zwischen öffentlicher Hand und privaten Investoren nur dann eine europaweite Ausschreibungspflicht besteht, wenn der öffentliche Auftraggeber ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse an der zu beschaffenden Bauleistung hat.

*Dr. Rainer Burbulla*

**Endgültiges Ende für Vorgaben zur Einzelhandelsplanung in NRW – Erweiterte Planungsspielräume für Gemeinden**

II. Das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) hat durch Beschluss vom 14.04.2010 (4 B 78/09) das Urteil des Oberverwaltungsgerichts Münster vom 30.09.2009 (vgl. Mandantenbrief 4/2009) (Az.: 10 A 1676/08) bestätigt, wonach die Regelung des Landes Nordrhein-Westfalen zur Steuerung des großflächigen Einzelhandels (§ 24 a Landesentwicklungsprogramm (LEPro) NRW) keine verbindlichen Vorgaben für die Gemeinden (sogenannte Ziele der Raumordnung) enthält. Angesichts der bestehenden Gesetzeslücke ergeben sich für die Gemeinden erweiterte Planungsspielräume.

**Mögliche Bauleitplanung trotz Gesetzeslücke**

Zunächst ist anzumerken, dass das Fehlen einer verbindlichen Regelung der Landesplanung zum großflächigen Einzelhandel die Kompetenz der Gemeinden für die Planung solcher Vorhaben unberührt lässt. Die Gemeinden sind also nicht gehalten, zunächst abzuwarten, bis der Landesgesetzgeber eine neue Regelung erlassen hat, sondern können ihre Bauleitplanung ungeachtet der Gesetzeslücke vorantreiben (zuletzt: BVerwG, Urt. v. 29.04.2010 – 4 CN 3.08). Nachdem § 24 a LEPro NRW keine strikten Vorgaben für die Bauleitplanung enthält, steht den Gemeinden in Nordrhein-Westfalen also ein erweiterter Planungsspielraum zur Verfügung.

**Schranken der Bauleitplanung**

Der Planungsspielraum der Gemeinde ist jedoch nicht unbeschränkt. Es gelten weiterhin die allgemeinen Schranken der Bauleitplanung, namentlich § 2 Abs. 2 BauGB, wonach die Bauleitplanung auf gewichtige städtebauliche Belange von Nachbargemeinden abzustimmen ist. Zudem ist weiterhin auch die Landesplanung zu berücksichtigen. Neben verbindlichen Zielen der Raumordnung gibt es sog. Grundsätze der Raumordnung, die weniger konkrete Plansätze enthalten. Solche Grundsätze der Raumordnung enthalten zwar keine strikten Planungsschranken für die Gemeinden. Sie sind aber als Planungsbelange abzuwägen und können so das Planungsergebnis beeinflussen.

**Frage der Umdeutung in Grundsatz der Raumordnung**

Nicht abschließend geklärt ist bislang, ob § 24 a LEPro NRW in einen solchen Grundsatz der Raumordnung umgedeutet werden kann. Dies erscheint zweifelhaft, weil das Oberverwaltungsgericht Münster in seinem Urteil vom 30.09.2009 die Tendenz geäußert hat, dass § 24 a Abs. 1 LEPro keine raumordnungsrechtliche Materie regelt und deshalb infolge eines Verfassungsverstoßes nichtig ist.

Der Landesgesetzgeber wird voraussichtlich noch im Laufe dieses Jahres eine Ergänzung der Landesplanung in Angriff nehmen, um die Gesetzeslücke zu schließen. Wann eine neue verbindliche Regelung zu Stande kommt und welchen Inhalt eine solche Regelung haben wird, ist derzeit noch nicht absehbar.

Sobald ein hinreichend konkreter Entwurf einer neuen Regelung vorliegt, kann dieser als sogenanntes „in Aufstellung befindliches Ziel der Raumordnung“ schwebende Planverfahren maßgeblich beeinflussen. In Aufstellung befindliche Ziele der Raumordnung sind bei der Abwägung der Bauleitplanung zu berücksichtigen und können in besonderen Fällen eine ähnliche Wirkung wie eine Veränderungssperre und damit bereits verbindliche Vorwirkungen entfalten.

**Praxishinweis:**

Mit dem Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts ist höchstrichterlich geklärt, dass verbindliche Vorgaben der Landesplanung sich nicht auf zentrale Versorgungsbereiche stützen dürfen, die von den Gemeinden definiert wurden. Das stellt bundesweit alle Ziele der Raumordnung in Frage, die, wie § 24 a LEPro, zentrale Versorgungsbereiche in Bezug nehmen und eine nachgeordnete Definition dieser Bereiche durch die Gemeinden zulassen.

Eine ähnliche Regelung wie in NRW findet sich beispielsweise im rheinland-pfälzischen Landesentwicklungsprogramm. Die Verbindlichkeit dieser Regelung erscheint nach dem Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts fraglich, soweit auf die zentralen Versorgungsbereiche abgestellt wird.

*Niklas Langguth*

**Verwässerung von Planungsleitlinien bei wiederholter Durchbrechung des städtebaulichen Konzeptes**

III. Mit Urteil vom 29.01.2009 (4 C 16/07), das erst am 19.04.2010 veröffentlicht worden ist, hat das Bundesverwaltungsgericht Aussagen über die Gewichtigkeit von städtebaulichen Entwicklungskonzepten im Einzelfall getroffen.

**Entwicklungskonzept gem. § 1 Abs. 6 Nr. 11 BauGB als abwägungsbeachtlicher Belang**

Die Ergebnisse eines von der Gemeinde beschlossenen städtebaulichen Entwicklungskonzeptes sind gemäß § 1 Abs. 6 Nr. 11 BauGB als abwägungsbeachtlicher Belang bei der Aufstellung von Bebauungsplänen zu berücksichtigen. Zwar können auch die Aussagen von städtebaulichen Konzepten mangels Funktion als bindende Vorentscheidungen im Rahmen der Abwägung sämtlicher städtebaulich erheblicher Belange zurückgestellt werden. Ein Bebauungsplan, der das Zentrenkonzept einer Gemeinde umsetzt, ist mithin nicht schon dann abwägungsfehlerhaft, wenn die Gemeinde von dem Konzept in anderen Fällen zuvor abgewichen ist.

**Abweichungen vom Entwicklungskonzept durch Genehmigung von Flächen nach § 1 Abs. 6 Nr. 11 BauGB geringer gewichtig entsprechend der Häufigkeit und Nachhaltigkeit von Durchbrechungen**

In dem entschiedenen Fall hatte die Gemeinde vor der entscheidungsrelevanten Abwägung abweichend von ihren Entwicklungskonzepten Pläne zur Ansiedlung eines großflächigen Verbrauchermarktes mit 4.000 m<sup>2</sup> Verkaufsfläche sowie eines Lebensmitteldiscounters gefördert, ohne diese Entwicklungen im Rahmen der Abwägung zum verfahrensgegenständlichen Bebauungsplan zu berücksichtigen. Hierzu wäre die Gemeinde nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts jedoch aufgefordert gewesen: Das Ausmaß der Durchbrechungen eines städtebaulichen Konzeptes bestimmt nämlich unabhängig von ihrer jeweiligen städtebaulichen Rechtfertigung das Gewicht, das dem Konzept in der Abwägung zukommt. Das Gewicht des städtebaulichen Konzeptes als abwägungsbeachtlicher Belang im Sinne von § 1 Abs. 6 Nr. 11 BauGB ist umso geringer, je häufiger und nachhaltiger das Konzept bereits durchbrochen worden ist, wie das Bundesverwaltungsgericht festgehalten hat.

**Praxishinweis:**

Städte und Gemeinden sind gut beraten, setzen sie ihr beschlossenes Stadtentwicklungskonzept konsequent um: Ansonsten besteht die Gefahr, die Zielsetzung dieser Planungsleitlinien nach und nach zu verwässern.

*Isabel Gundlach*



## Veranstaltungen – Aktuelles

1. 30.10. – 03.11.2010 in Istanbul (Türkei)  
**UIA (Union International des Avocats) Congress – Istanbul (Türkei)**  
Beitrag Dr. Johannes Grooterhorst, Grooterhorst & Partner Rechtsanwälte
2. 24.10.2010 in Hannover, Nord/LB Forum, Friedrichswall 10, 30159 Hannover  
**Heuer Dialog GmbH: Handels Dialog**  
Einzelhandelsimmobilien:  
**Einzelhandelsvorhaben** – Mehr Spielraum oder Einengung durch die aktuelle Rechtsprechung?  
Dozent: Dr. Johannes Grooterhorst, Grooterhorst & Partner Rechtsanwälte
3. 04.11.2010 in Düsseldorf, Industrieclub, Elberfelder Straße 6, 40213 Düsseldorf  
**German Council of Shopping Centers**  
Forum Recht und Beratung  
Moderation: Dr. Johannes Grooterhorst, Grooterhorst & Partner Rechtsanwälte
4. 09.11. – 10.11.2010 in Frankfurt  
**Crenet Deutschland e.V., Herbstkonferenz**

Sollten Sie Interesse haben, an einer der Veranstaltungen teilzunehmen, sprechen Sie die Referenten an:  
[www.grooterhorst.de](http://www.grooterhorst.de)

---

### Impressum

#### Herausgeber

Grooterhorst & Partner  
Rechtsanwälte  
Königsallee 53–55  
40212 Düsseldorf  
Tel. +49/211/864 67-0  
Fax +49/211/13 13 42  
info@grooterhorst.de  
www.grooterhorst.de

#### Konzeption und Gestaltung

Ufer und Compagnie  
Werbeagentur GmbH  
Darmstädter Landstraße 184  
60598 Frankfurt am Main  
Tel. +49/69/96 87 20-0  
Fax +49/69/96 87 20-30  
www.uferundcie.de

#### Druck

Krautstein & Hampf  
Druck GmbH  
Kappeler Str. 39  
40597 Düsseldorf  
Tel. +49/211/99 60 10  
Fax +49/211/996 01 44