



[GGSC]

[Gaßner, Groth, Siederer & Coll.]
Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB

Bau • Newsletter

November 2018

Liebe Mandantschaft,
sehr geehrte Damen und Herren,

wir möchten Sie heute wieder über aktuelle Entwicklungen aus unserem Arbeitsfeld Planen • Bauen • Infrastruktur informieren.

In den vergangenen Monaten sind eine Reihe von Entscheidungen zum Umfang der Prüf- und Hinweispflichten von Bauunternehmen ergangen, die wir Ihnen wegen der großen praktischen Relevanz besonders ans Herz legen möchten.

Wir wünschen viel Vergnügen bei der Lektüre.

Mit freundlichen Grüßen
aus Berlin, Augsburg und Frankfurt (Oder)

Ihr [GGSC] Anwaltsteam

DIE THEMEN DIESER AUSGABE:

- [Never Ending Story: Bedenkenanzeigen – mündlich, schriftlich und wie genau?](#)
- [Schlechter Preis bleibt nicht immer schlechter Preis!](#)
- [Schluss mit fiktiven Mangelbeseitigungskosten – Was nun?](#)
- [BGH: Unwirksame Bearbeitungsgebühren in Darlehensverträgen mit Unternehmen](#)
- [Bauprodukte: Ein- und Ausbaukostenerstattung!](#)
- [OVG Berlin-Brandenburg zu Hausbooten](#)
- [Regionalplan „Havelland-Fläming 2020“ ist unwirksam](#)
- [Das verkürzte Leben der Baugenehmigung](#)
- [GGSC] auf Veranstaltungen
- [GGSC] Online



[NEVER ENDING STORY: BEDENKEN-ANZEIGEN – MÜNDLICH, SCHRIFTLICH UND WIE GENAU?]

Die Anmeldung von Bedenken ist für einen Bauunternehmer oftmals fast die einzige Möglichkeit, sich von der Mängelhaftung für die Schlechtleistung anderer Baubeteiligter zu befreien. Wie ihm das gelingen kann, wurde nun in einer Reihe neuerer Entscheidungen weiter konkretisiert.

Grundsatz

Die baurechtlichen Ausführungsvorschriften machen einem Auftragnehmer das Leben nicht leicht: Er ist gegenüber dem Auftraggeber zur mangelfreien Herstellung seines Werks verpflichtet und dabei regelmäßig auf die einwandfreie Vorleistung der Planer und anderen bauausführenden Unternehmen angewiesen. Die Schlechtleistung eines Anderen führt dann nicht selten zur Mangelhaftigkeit des eigenen Werks – und damit zur Mängelhaftung! Daher ist der Auftragnehmer verpflichtet, die vorgesehene Art der Ausführung, die vom Auftraggeber gestellten Baustoffe oder die Leistungen anderer Unternehmen schon vor Beginn seiner eigenen Arbeiten auf Fachgerechtigkeit hin zu prüfen. Müssen dabei Bedenken kommen, muss er diese unverzüglich und ausführlich gegenüber dem Auftraggeber anmelden. Versäumt er dies, so haftet er für jeden Mangel seines Werks und zwar unabhängig davon, ob die eigentliche Mangelursache aus dem Verantwortungsbereich eines anderen Unternehmens oder sogar aus dem des Auftraggebers herrührt.

Die Fallstricke auf dem Weg zur ordnungsgemäßen Bedenkenanmeldung sind vielfältig und oft folgenschwer! Wie es einem Bauunternehmen dennoch gelingt, rechtssicher Bedenken anzumelden, ist Gegenstand einer Vielzahl neuer Entscheidungen.

Reduzierte Prüfpflichten beim fachkundigen Auftraggeber – oder doch nicht?

In einem jüngst entschiedenen Fall des OLG Schleswig wurde ein Unternehmer mit der Ausführung von Putzarbeiten beauftragt. Der Auftraggeber war ein erfahrenes Bauunternehmen, das schlüsselfertige Häuser erstellt und regelmäßig auch selbst Maurerarbeiten ausführt. Es kommt zu Schäden am Putz, weil das vom Auftraggeber erstellte Mauerwerk nicht mangelfrei war.

Die Klage gegen den Auftragnehmer hat Erfolg, weil er keine Bedenkenanzeige erstattet hat. Auf eine überwiegende Fachkunde des Auftraggebers hätte sich der Bauunternehmer trotz dessen jahrelanger Bau Erfahrung nicht verlassen dürfen. Die Entscheidung zeigt einmal mehr, wie gefährlich es ist, sich auf reduzierte Prüfpflichten zu verlassen. Im Zweifel sollte ein Auftragnehmer daher auch gegenüber einem vermeintlich fachkundigem Auftraggeber Bedenken anmelden.



Schriftliche Bedenkenanzeige – Pflicht oder Kür?

In einem ebenfalls kürzlich vom OLG Schleswig entschiedenen Fall drang aufgrund einer mangelhaften Ausführungsplanung Schnee in den Dachraum eines Hauses ein. Der ausführende Dachdecker hatte den Auftraggeber unstreitig mündlich auf die Möglichkeit eines solchen Eintritts hingewiesen. Eine schriftliche Anzeige erfolgte nicht. Die Klage gegen den Auftragnehmer bleibt erfolglos:

Zwar hat er den Auftraggeber nicht schriftlich auf seine Bedenken hingewiesen – wie es die VOB/B ausdrücklich vorsieht. Dies kann nach Ansicht des OLG Schleswig jedoch dahinstehen, wenn auch der mündlich erteilte Hinweis die Interessen des Auftraggebers ausreichend wahrt. Um im Streitfall eine Anzeige auch beweisen zu können, empfiehlt es sich natürlich trotzdem, Bedenken in Textform mit einem dokumentierten Zustellnachweis anzumelden.

Wie ausführlich ist ausführlich genug und immer wieder?

In einem Fall des OLG Saarbrücken drang in einem Neubau im Bereich der Fenster Wasser ein. Der mit dem Einbau der Fensterbänke beauftragte Auftragnehmer hat den Auftraggeber vor der Ausführung seiner Leistung darauf hingewiesen, dass die Fensterabdichtung nicht umlaufend sei und im Übrigen eine enorme Faltenbildung aufweise. Die Klage des Auftraggebers hatte den-

noch Erfolg. Der Auftragnehmer habe nach Ansicht des OLG Saarbrücken nämlich nicht ausreichend deutlich auf die Konsequenzen der vom Vorunternehmer mangelhaft erfolgten Abdichtung hingewiesen. Allein aus dem Hinweis, dass die Fensterabdichtung Lücken aufweise, habe der Auftraggeber als bautechnischer Laie nicht ableiten können, dass die Gefahr eines Wassereintritts drohe. Die Entscheidung bestätigt noch einmal, dass eine Bedenkenanzeige im Prinzip nie zu ausführlich, sondern allenfalls zu knapp sein kann – selbst bei augenfälligen Mängeln.

Nicht notwendig ist es dagegen, nach einem aktuellen und vom BGH bestätigten Urteil des OLG Hamburg, eine erfolgte Bedenkenanmeldung zu wiederholen, wenn der Auftraggeber aufgrund der Bedenkenmeldung einen Sonderfachmann einschaltet und dieser sich – im Ergebnis zu Unrecht – über die Bedenken des Auftragnehmers hinwegsetzt.

Haftung trotz Bedenkenanzeige?

In einem kürzlich vom BGH entschiedenen Fall hat ein Fassadenbauer den Auftraggeber ordnungsgemäß darauf hingewiesen, dass die auftraggeberseitig gestellten Verkleidungspaneele schadhafte sind. Um den Baufortschritt nicht zu gefährden, hat der Auftragnehmer die Paneele dennoch – unter Einsatz letztlich nicht erfolgreicher Abhilfemaßnahmen – montiert. Da die Paneele im Ergebnis unbrauchbar waren, steht dem Auftragnehmer nach Ansicht des BGH trotz der Bedenkenanzeige kein Vergütungsanspruch zu. Denn der Mangel wurde in letzter



Konsequenz durch eigenes, nicht geschuldetes Verhalten des Auftragnehmers verursacht. Wäre der Auftragnehmer untätig geblieben und hätte auf neue Paneele bestanden, hätte er seine Vergütung erhalten. Weniger wäre hier mehr gewesen!

Rückfragen bei [GGSC] bitte an:



Rechtsanwalt
René Hermann
und



Rechtsanwalt
[Dr. Joachim Wrase](#)

[->zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)

[SCHLECHTER PREIS BLEIBT NICHT IMMER SCHLECHTER PREIS!]

Der Auftragnehmer erhält auch dann einen angemessenen Zuschlag zur Deckung seiner allgemeinen Geschäftskosten und seines Gewinns, wenn die kalkulierte Vergütung nicht kostendeckend gewesen wäre.

Zur Berechnung sind in erster Linie die tatsächlichen Mehr- und Minderkosten heranzuziehen. Die Urkalkulation ist nur ein Hilfsmittel. Als Mindestbetrag erhält er einen Zuschlag von 5 % (Kammergericht, Urteil vom 10.07.2018, Az. 21 U 30/17).

Der Fall

Die Parteien streiten um eine Nachtragsvergütung für verschiedene Zusatzleistungen im Wert von ca. 30.000 € aus einem Generalunternehmervertrag. Die VOB/B war in den Bauvertrag einbezogen. Nachdem das Gericht durch eine Beweisausnahme geklärt hat, dass es sich um zusätzliche Leistungen handelt, geht es nur noch um die konkrete Höhe der Nachtragsvergütung. Der Unternehmer legt dazu die Preise seiner Nachunternehmer und Materialpreise vor und kalkuliert einen GU-Zuschlag von 15 %. Eine Urkalkulation legt er nicht vor.

Die Entscheidung

Das Kammergericht verurteilt den Auftraggeber zur Zahlung von 17.000 €. Auf die Urkalkulation muss sich der Unternehmer nicht berufen, denn diese ist nur ein Hilfsmittel. Im VOB/B-Bauvertrag ist der neue Preis unter Berücksichtigung der Mehr- und Minderkosten zu vereinbaren (§ 2 Abs. 5 VOB/B). Misslingt eine Einigung, ist die Mehrvergütung gerichtlich zu ermitteln.

Ausgangspunkt sind dabei die Mehrkosten, die dem Unternehmer durch die Leistungsänderung entstehen. Diese ergeben sich aus einem Vergleich der Kosten, die bei Ausführung der ursprünglich vereinbarten Leistungen entstanden wären, mit den Kosten, die durch die Leistungsänderung entstehen. Der Unternehmer erhält also mindestens einen Ausgleich seiner tatsächlichen Mehrkosten (hier Material und Nachunternehmerpreise).



Einen GU-Zuschlag hatten die Parteien nicht vereinbart. Dennoch bekommt der Unternehmer zur Deckung seiner Allgemeinen Geschäftskosten und für Wagnis und Gewinn einen Zuschlag von 5 % zugesprochen. Nach dem Kammergericht bekommt der Unternehmer den Zuschlag dabei auch für solche Positionen, in denen sonst eine Unterdeckung eingetreten wäre.

Fazit

Ein schlechter Preis bleibt also nicht immer ein schlechter Preis. Der Unternehmer soll nicht noch dafür bestraft werden, dass er die Nachträge ausführen muss, wozu er nach dem VOB-Bauvertrag verpflichtet war.

Praxishinweis

Nach Auffassung des Kammergerichts erhält der Auftragnehmer immer mindestens 5% Zuschlag als Mindestbetrag. Das erleichtert die Nachtragskalkulation für Auftragnehmer. Aufwändige Berechnungen und Streit um die Richtigkeit der Urkalkulation gerade in Nachtragsprozessen erübrigen sich und der Sockelbetrag kann immer gefordert werden.

Das Kammergericht weist aber darauf hin, dass sich die Parteien auch weiterhin auf alternative Preisfindungsverfahren verständigen können. Solche Vereinbarungen müssen aber zweifelsfrei im Bauvertrag vereinbart werden. Die Verpflichtung des Auftragnehmers zur Vorlage einer Urkalkulation reicht dafür nicht aus.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an:



Rechtsanwalt
[Till Schwerkolt](#)
und



Rechtsanwalt
[Dr. Sebastian Schattenfroh](#)

[->zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)

[SCHLUSS MIT FIKTIVEN MANGELBESEITIGUNGSKOSTEN – WAS NUN?]

Eine Schadensbemessung auf Grundlage von fiktiven Mängelbeseitigungskosten ist nach neuer Rechtsprechung nicht mehr zulässig. Nach bisheriger Rechtsprechung des BGH war es üblich, dass der Auftraggeber, der das mangelhafte Werk behält, ohne den Mangel beseitigen zu lassen, seinen Schadensersatzanspruch auf Basis fiktiver Mängelbeseitigungskosten bemessen kann. Dieser Rechtsprechung kehrt der BGH mit seinem Urteil vom 22.02.2018 – VII ZR 46/17 den Rücken zu.

Der Fall

Der Auftragnehmer war von dem Auftraggeber mit der Verlegung von Natursteinplatten beauftragt. Nach Abnahme weisen die Platten Mängel auf, woraufhin der Auftraggeber den Auftragnehmer wegen Schadensersatz in Anspruch nimmt. Die Mängelbeseitigungskosten lässt der Auftragnehmer fik-



tiv berechnen. Eine Mängelbeseitigung erfolgt indes nicht.

Keine fiktiven Mängelbeseitigungskosten

Hatte der Auftraggeber gegen den Auftragnehmer einen Anspruch auf Schadensersatz wegen eines mangelhaften Werkes, so war er nach früherer ständiger Rechtsprechung berechtigt, den Schaden unter anderem auf Basis der fiktiven Mängelbeseitigungskosten zu bemessen. Demnach konnte der Auftraggeber entscheiden, ob er den Mangel mit dem empfangenen Geld tatsächlich beseitigen lässt oder eben nicht.

Der Anspruch war einzig dahingehend eingeschränkt, dass die Aufwendungen zur Mängelbeseitigung nicht unverhältnismäßig sein dürften. Außerdem konnte noch keine Umsatzsteuer mit geltend gemacht werden. Diese fiktive Schadensbemessung führte nach Meinung des BGH nicht selten zu einer Überkompensation und damit zu einer unerwünschten Bereicherung des Auftraggebers. Dem schiebt der BGH nun einen Riegel vor, indem ab sofort die Berechnung des Schadensersatzanspruchs nach der Höhe der fiktiven Mängelbeseitigungskosten ausscheidet.

Der Auftraggeber hat weiterhin die Wahl

Der Rechtsprechungswechsel ändert jedoch nichts daran, dass es dem Auftraggeber auch künftig freistehen soll, zu entscheiden, ob er den Mangel selbst oder überhaupt beseitigen lassen möchte. Behält er das mangelhafte Werk, ohne den Mangel zu

beseitigen, lässt sich auch weiterhin der von ihm geltend gemachte Schadensersatzanspruch nach unterschiedlichen Methoden berechnen. So kann die Höhe des Schadensersatzes nach der Differenz zwischen dem hypothetischen Wert des mangelfreien und dem tatsächlichen Wert des mangelbehafteten Werkes ermittelt werden. Alternativ dazu hat er die Möglichkeit, die Vergütung des Auftragnehmers zu mindern. Darüber hinaus hat der Auftraggeber auch weiterhin das Recht, einen Vorschuss für die Beseitigung der Mängel einzufordern, aber eben nur, wenn er den Mangel auch tatsächlich beseitigen will.

Praxisrelevanz

Die Rechtsprechungsänderung wirkt sich nicht nur auf neu geschlossene Bauverträge aus. Vielmehr beansprucht sie Geltung für Bauverträge als auch Architektenverträge, die nach dem 01.01.2002 geschlossen wurden. Betroffen sind also auch laufende Verfahren, die sich bei Klageeinreichung noch an der alten Bemessungsmethode orientiert haben. Wer nun befürchtet, dass durch die Änderung der Rechtsprechung die Klageabweisung droht, sei beruhigt. Denn auch noch im laufenden Prozess kann der Auftraggeber den Schaden neu berechnen oder vom Schadensersatz auf einen tatsächlich abrechenbaren Vorschuss umstellen, ohne dass hierin eine Klageänderung zu sehen ist. Die komfortable Berechnung nach den fiktiven Mängelbeseitigungskosten entfällt aber nun – notwendig wird eine Berechnung nach der Vermögensbilanz – also eine Schätzung des „Minderwertes“ des Werkes (= Differenz



zwischen dem hypothetischen Wert der Sache ohne Mangel und dem tatsächlichen Wert der Sache mit Mangel).

Rückfragen bei [GGSC] bitte an:



Rechtsanwältin
Stefanie Jauernik
und



Rechtsanwalt
[Dr. Benjamin Tschida](#)

[->zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)

[BGH: UNWIRKSAME BEARBEITUNGS- GEBÜHREN IN DARLEHENS- VERTRÄGEN MIT UNTERNEHMERN]

Der BGH hat formularmäßige Klauseln über pauschale bzw. laufzeitunabhängige Bearbeitungsgebühren nun auch bei Darlehensverträgen mit Unternehmern für unwirksam erklärt.

In unserem Newsletter vom [September 2014](#) haben wir auf eine Entscheidung des BGH aufmerksam gemacht, der zufolge ein im Rahmen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen vereinbartes Bearbeitungsentgelt in Verbraucherdarlehensverträgen unwirksam ist (Urteil vom 13.05.2014, XI ZR 405/12). In einer Entscheidung aus dem vergangenen Jahr, die in der Öffentlichkeit relativ wenig Beachtung fand, hat der BGH diese Rechtsprechung auch auf Darlehensverträge mit Unternehmern ausgedehnt (Urteil vom 04.07.2017, XI ZR 562/15).

Inhalt der BGH-Entscheidung

Der BGH führt aus, dass die Grundsätze, die seiner Entscheidung bei Darlehensverträgen mit Verbrauchern zu Grunde lagen, auch für Darlehensverträge zwischen Unternehmern und Banken herangezogen werden können. Mit pauschalen Bearbeitungsentgelten wälze eine Bank Kosten für Tätigkeiten auf ihre Kunden ab, zu deren Leistung sie ohnehin verpflichtet sei, oder sie erbringe diese im eigenen Interesse. So sei die Bereitstellung eines Darlehens die Hauptleistungspflicht eines Darlehensgebers. Diese werde regelmäßig mit der Zahlung des Darlehenszinses abgegolten. Eine weitere pauschale Gebühr könne dann für die Erfüllung der Hauptleistungspflicht nicht mehr verlangt werden. Insoweit sei ein Unternehmer nicht weniger schutzwürdig als ein Verbraucher.

Grundsätzlich ist eine gerichtliche Kontrolle der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die Unternehmer untereinander in Verträgen vereinbaren, inhaltlich nur eingeschränkt möglich. Ein Gericht kann Allgemeine Geschäftsbedingungen nach § 307 BGB nur dahingehend prüfen, ob die Klausel die andere Vertragspartei unangemessen benachteiligt. Im Rahmen dieser Inhaltskontrolle schlussfolgerte der BGH, dass die pauschalen Bearbeitungsgebühren eine unangemessene Benachteiligung darstellen. Auch einen üblichen Handelsbrauch konnte der BGH bei Darlehensverträgen mit Unternehmern nicht feststellen.



Tipp: Antrag auf Rückzahlung stellen!

Viele Banken waren bereits einige Zeit vor der Entscheidung des BGH dazu übergegangen, auf Gebühren zu verzichten. Dennoch vereinbarte und gezahlte Bearbeitungsgebühren werden zurzeit auf Antrag in der Regel zurückerstattet. Uns liegen jedoch auch Fälle vor, in denen Kreditinstitute argumentieren, die Klausel sei individuell ausgehandelt worden oder es handele sich um die Vergütung besonderer Leistungen. In diesen Fällen sollte der Unternehmer den Antrag auf Rückzahlung der gezahlten Bearbeitungsgebühr gut begründen bzw. ggfs. mit der Einleitung rechtlicher Schritte drohen. Der Anspruch auf Rückzahlung unterliegt der regelmäßigen Verjährungsfrist (3 Jahre); wir weisen allerdings darauf hin, dass im Einzelnen umstritten ist, ab wann die Verjährungsfrist zu laufen beginnt. Rückzahlungsansprüche für im Jahre 2015 gezahlte Bearbeitungsgebühren würden nach der herrschenden Meinung mit Ablauf des Jahres 2018 verjähren.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an:



Rechtsanwalt
[Dr. Gerrit Aschmann](#)

und



Rechtsanwalt
Laurenz Schleicher

[->zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)

[BAUPRODUKTE: EIN- UND AUS-BAUKOSTENERSTATTUNG!]

Die Abgrenzung von Werk- und Kaufvertrag war in der Vergangenheit insbesondere für Unternehmer von großer Bedeutung. Denn private Verbraucher konnten nach gängiger Rechtsprechung des BGH in Fällen eines Mangels von eingebauten Bauprodukten einen Anspruch auf Erstattung der Aus- und Einbaukosten sowie auf Kostenvorschuss im Rahmen eines Kaufvertrages ebenso wie im Rahmen eines Werkvertrags geltend machen.

Für Unternehmer kam es hingegen entscheidend auf die Abgrenzung von Werk- und Kaufrecht an. Dabei ist nach der Rechtsprechung von einem Werkvertrag auszugehen, wenn die individuellen Anforderungen des Kunden und die geschuldete Montageleistung das Gesamtbild prägen, von einem Kaufvertrag, wenn die Eigentumsübertragung im Vordergrund steht.

Diese Debatte ist mit der Novellierung des § 439 BGB nunmehr auch für Unternehmer nur noch von rein akademischer Bedeutung. Denn mit der Novellierung des § 439 BGB zum 01.01.2018 können nunmehr auch Unternehmer im Rahmen eines Kaufvertrages Ersatz für erforderliche Aufwendungen für das Entfernen der mangelhaften und den Einbau oder das Anbringen der nachgebesserten oder gelieferten mangelfreien Bauprodukte verlangen (§ 439 Abs. 3 Satz 1 BGB neu). Hier hat der Gesetzgeber eine praxisrelevante Problematik erfreulich und nachvollziehbar gelöst.



Rückfragen bei [GGSC] bitte an:



Rechtsanwalt
[Dr. Benjamin Tschida](#)
und



Rechtsanwalt
[Dr. Joachim Wrase](#)

[->zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)

[OVG BERLIN-BRANDENBURG ZU HAUSBOOTEN]

Hausboote erfreuen sich immer größerer Beliebtheit. Egal, ob eigenes oder gemietetes Hausboot – der Trend ist auf deutschen Gewässern deutlich sichtbar. Allerdings ist die Rechtslage für Hausboote nicht abschließend geregelt und in einigen Punkten unklar.

Für die Eigentümer stellt sich die Frage, ob Hausboote eine baurechtliche Genehmigung benötigen und wenn ja, welches Genehmigungsverfahren insoweit durchgeführt werden muss. In diesem Zusammenhang hat das OVG Berlin-Brandenburg am 10.07.2018 entschieden, dass ein nicht ortsfest genutztes Hausboot keiner Baugenehmigung bedarf (OVG 2 S 13/18). In der Begründung des Beschlusses wird deutlich, wie wichtig eine Einzelfallabwägung für die Beurteilung der Genehmigungsbedürftigkeit bei Hausbooten ist.

Ausgangspunkt

Grundsätzlich entscheidet sich die Frage, ob für ein konkretes Vorhaben eine Baugenehmigung erforderlich ist, nach dem Begriff der „baulichen Anlage“. Der Begriff ist in den Landesbauordnungen legal definiert, wie z. B. in § 2 BauO Bln. Nach dieser Vorschrift sind bauliche Anlagen mit dem Erdboden verbundene, aus Bauprodukten hergestellte Anlagen. Mit diesem Merkmal steht und fällt die Entscheidung, auf welche landes- und bundesrechtlichen Vorschriften und Regelwerke Bezug genommen werden muss.

Soweit ein Hausboot nicht als bauliche Anlage einzuordnen ist, unterliegt es im Wesentlichen den Vorschriften der Binnenschiffsuntersuchungsordnung (BinSchUO) sowie den jeweiligen Regelungen der Landesschiffahrtsverordnung und des Landeswassergesetzes. In diesem Fall sind die entsprechenden Genehmigungen – wie etwa eine schiffahrtspolizeiliche Erlaubnis – beim Wasserstraßen- und Schifffahrtsamt zu beantragen.

Im vorliegenden Fall stufte die Bauaufsichtsbehörde das Hausboot des Antragstellers als bauliche Anlage ein und ordnete die Beseitigung an. Das Verwaltungsgericht Potsdam lehnte den Antrag auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes ab. Das Hausboot des Antragstellers, das über eine Steganlage mit dem Erdboden verbunden ist, sei eine aus Bauprodukten hergestellte Anlage, die nach ihrem Verwendungszweck dazu bestimmt sei, überwiegend ortsfest benutzt zu werden. Der überwiegend ortsfeste Ver-



wendungszweck sei durch die geringe Motorbetriebsstundenzahl (ca. 120 Stunden seit September 2016) und der durchschnittlich jährlichen Aufenthaltsdauer an Bord von nur 45 bis 50 Tagen bestätigt. Dass in dem Hausboot weder eine Küche noch sanitäre Anlagen existieren und es eine Zulassung als Kleinfahrzeug besitze, sei unerheblich. Insoweit käme es allein darauf an, ob eine Anlage dem Schutz der bauplanungs- und bauordnungsrechtlichen Vorschriften unterliegen soll. Diese Voraussetzung sei für das vorliegende Hausboot gegeben, da etwaige von dem Hausboot ausgehende Gefahren für Leben, Gesundheit, Eigentum, Besitz und die öffentliche Reinlichkeit abgewehrt werden sollen. Hiergegen wendete sich der Antragsteller mit seiner Beschwerde an das OVG.

Inhalt der OVG-Entscheidung

Das OVG hat die erstinstanzliche Entscheidung geändert und dem Eilantrag des Bootseigentümers stattgegeben. Das Hausboot sei keine bauliche Anlage. Zur Begründung führte das OVG aus, dass andernfalls nahezu jedes Sportboot und auch „klassische“ Yachten als bauliche Anlagen im Sinne der Bauordnung qualifiziert werden müssten. Denn auch diese Boote verweilen typischerweise längere Zeit an ihrem Liegeplatz, können für längere Aufenthalte und auch Übernachtungen genutzt werden und werden nur gelegentlich entsprechend ihres eigentlichen Verwendungszwecks als Fortbewegungsgeräte genutzt. Insoweit sei die vom Verwaltungsgericht Potsdam vorgenommene Abgrenzung unzulässig: Zur Beur-

teilung der überwiegend ortsfesten Benutzung könne weder ein Vergleich zwischen Liegezeit und Fahrtzeit noch die Größe bzw. Ausstattung des Hausbootes herangezogen werden. Entscheidend bei der Abgrenzung sei vielmehr, ob die schwimmfähige Anlage unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls ihrer „Funktion“ nach an die Stelle eines üblicherweise mit dem Boden ortsfest verbundenen Vorhabens, etwa eines Wochenendhauses, treten soll. Dabei dürften seltene Ausfahrten einer solchen Einordnung nicht entgegenstehen.

Im vorliegenden Fall sprachen die überwiegenden Gründe für eine sportsboottypische Verwendungsabsicht des Hausboots. Dabei kam es dem OVG vordergründig nicht auf die Benutzungsstundenanzahl des Bootes als Fortbewegungsmittel sowie die Größe bzw. Ausstattung an. Vielmehr sei entscheidend, dass das Boot seine ursprüngliche Funktion als Fortbewegungsmittel beibehalten hat.

Folgen der OVG-Entscheidung

Im dargestellten Verfahren bleibt die Entscheidung in der Hauptsache abzuwarten. Es handelt sich um eine Einzelfallentscheidung, die nicht pauschal auf alle Hausboote übertragen werden kann. Sie schafft insoweit keine Rechtsklarheit für vergleichbare Fälle. Daher kann davon ausgegangen werden, dass insbesondere bei Hausbooten, die überwiegend festgebunden sind und selten bzw. gar nicht auf dem Wasser fahren, weiterhin als bauliche Anlagen anzusehen sind. Dies widerspricht auch nicht der Entschei-



dung des OVG: Denn entscheidend ist, ob der Schutzbereich des Baurechts eröffnet ist.

Empfehlungen

Um der Gefahr einer Beseitigungsanordnung der Baubehörde aus dem Weg zu gehen, empfiehlt es sich, frühzeitig die rechtliche Einordnung eines Hausboots zu überprüfen. Es ist davon auszugehen, dass auch in Zukunft eine Vielzahl von Hausbooten als bauliche Anlagen qualifiziert werden und daher in der Regel eine Baugenehmigung erforderlich ist. Vor dem Hintergrund der begrenzten Anzahl an Liegeplätzen auf den Gewässern sollten sich insbesondere Kaufinteressierte vor Erwerb eines eigenen Hausboots informieren, da der Standort des Bootes erhebliche Auswirkungen auf den Erhalt der Baugenehmigung haben kann.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an:



Rechtsanwältin
Gina Benkert



und
Rechtsanwalt
[Dr. Gerrit Aschmann](#)

[->zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)

[REGIONALPLAN „HAVELLAND-FLÄMING 2020“ IST UNWIRKSAM]

Das Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg hat mit Urteilen vom 05.07.2018 den Regionalplan „Havelland-Fläming 2020“ für unwirksam erklärt.

Der Plan weise Form- und Verfahrensmängel auf und leide an Abwägungsfehlern. Die Antragsteller der Normenkontrollverfahren hatten sich im Wesentlichen gegen die im Regionalplan getroffenen Festlegungen von Flächen für die Windenergienutzung und den damit einhergehenden Ausschluss aller übrigen Flächen der Region für die Windenergienutzung gewandt.

Form- und Verfahrensfehler

Der als Satzung festgesetzte Regionalplan weise insofern einen Ausfertigungsmangel auf, als die ausgefertigte und die bekanntgemachte Fassung des Plans voneinander abwichen. Nach der Genehmigung des Plans durch die Landesplanungsbehörde wäre eine weitere Beschlussfassung der Regionalversammlung über den – hinsichtlich einer Zielsetzung geänderten – Plan erforderlich gewesen. Als Folge des Ausfertigungsmangels sei – so das Oberverwaltungsgericht – auch ein Veröffentlichungsfehler zu konstatieren, da keine Identität zwischen dem Gegenstand der Beschlussfassung und der veröffentlichten Version bestanden habe. Überdies wäre in Folge der Änderung eine erneute Beteiligung der Öffentlichkeit und der Träger öffentlicher Belange erforderlich gewesen. Das OVG betonte in der mündli-



chen Verhandlung (die schriftlichen Urteilsgründe liegen noch nicht vor), dass sich die regionale Planungsgemeinschaft zur Rechtfertigung ihrer Vorgehensweise nicht auf die Richtlinie des Ministeriums für Infrastruktur und Raumordnung des Landes Brandenburg für die Aufstellung, Fortschreibung, Änderung und Ergänzung von Regionalplänen vom 03.07.2009 berufen könne, um ihre Vorgehensweise zu rechtfertigen. Dieser entfalte gegenüber der gerichtlichen Überprüfung des Verfahrens keine Bindungswirkung.

Anstoßfunktion der Auslegungsbekanntmachung

Darüber hinaus habe die Auslegungsbekanntmachung des Satzungsentwurfs nicht den Anforderungen genügt, die sich aus der sogenannten Anstoßfunktion ergibt, da der räumliche Umgriff, d. h. der Geltungsbereich der Satzung nicht ausreichend bezeichnet worden sei: der Begriff „Region Havelland-Fläming“ sei ein reines Verwaltungskonstrukt und im Bewusstsein der Bürger nicht verankert, so dass für Bürger nicht hinreichend erkennbar gewesen sei, ob ihr Grundstück bzw. ihre Gemeinde von der Planung erfasst sein würde. Damit sei die Funktion der Auslegungsbekanntmachung verfehlt worden und die Satzung zum formell fehlerhaft. Auch insoweit ließ das OVG es nicht als Rechtfertigung gelten, dass entsprechende Anforderungen nicht gesetzlich geregelt, sondern (lediglich) aus allgemeinen Rechtsprinzipien hergeleitet seien.

Schließlich hielt das OVG auch die im Rahmen der Öffentlichkeitsbeteiligung eingeräumten Einsichtnahmezeiten für zu gering: Die Einsichtnahmemöglichkeit an zwei Wochentagen für jeweils sechs Stunden verfehle das Ziel, der interessierten Öffentlichkeit, die Einsichtnahme auch dann effektiv zu ermöglichen, wenn Betroffene insbesondere aufgrund ihrer Berufstätigkeit die Einsichtnahme nicht ohne Weiteres bewerkstelligen könnten.

Inhaltliche Mängel im „Herzstück“ der Planung

Der Regionalplan leide an Abwägungsfehlern, da er insbesondere nicht das gebotene schlüssige gesamträumliche Planungskonzept aufweise. Denn – so das OVG – es fehle zum Teil an der notwendigen Differenzierung zwischen Flächen, auf denen eine Windkraftnutzung aus tatsächlichen und/oder rechtlichen Gründen nicht möglich ist, und solchen Flächen, die nach dem Willen der Regionalversammlung nicht für die Windenergie genutzt werden sollen. Die Festlegung sogenannter Potentialflächen für die Windenergie stelle, da diese gesetzlich nicht vorgesehen sei, die Zielfestlegung der Windeignungsgebiete im Übrigen in Frage. Die planerisch geregelten Ausnahmen seien insoweit zu unbestimmt und daher nicht in der gebotenen Weise letztabgewogen.



„Substantieller Raum“ für die Windenergie

Schließlich wiesen auch die einzelnen Arbeitsschritte zur Festlegung des gesamt-räumlichen Konzepts verschiedene Fehler auf. Das OVG bekräftigte zwar, dass dem Plangeber ein weites Planungsermessen eingeräumt sei. Der Plangeber müsse jedoch das Ergebnis seiner mehrschrittigen Planung nochmals einer kritischen Kontrolle unterziehen, um festzustellen, ob der Windenergie (noch) mehr Raum eingeräumt werden könne. Diese kritische Kontrolle sei durch den Plangeber zu dokumentieren. Daran fehle es im vorliegenden Fall, so dass nicht nachprüfbar sei, ob der Windenergie in gebotener Weise „substantieller Raum“ eingeräumt wurde. Das OVG erteilt dem Wunsch nach Festlegung eines fixen prozentualen Flächenanteils eine Absage und betont, dass insoweit die spezifischen Besonderheiten jeder Planungsregion zu berücksichtigen sei.

Aufgrund der Vielzahl der festgestellten Fehler hat das Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg die Revision nicht zugelassen.

[GGSC] hat Windkraftanlagenbetreiber im Verfahren vor dem OVG vertreten, deren Projekt Standorte außerhalb der letztlich als Windeignungsgebiete ausgewiesenen Flächen belegen sind. Sobald die schriftlichen Urteilsgründe vorliegen, werden wir weiter berichten.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an:



Rechtsanwältin
[Dr. Maren Wittzack](#)
und



Rechtsanwalt
[Dr. Gerrit Aschmann](#)

[-> zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)

[DAS VERKÜRZTE LEBEN DER BAUGENEHMIGUNG]

Seit dem 20.04.2018 gilt in Berlin eine geänderte Bauordnung. Mit dieser wurden vornehmlich Anpassungen an die Musterbauordnung der Länder hinsichtlich des EU-Bauproduktrechts vorgenommen. Daneben hat der Gesetzgeber jedoch fast unbemerkt noch eine Regelung aufgenommen, deren Auswirkungen in der Praxis von erheblicher Bedeutung sein dürften:

Nach der neuen Regelung des § 73 Abs. 1 Satz 1 BauO Bln erlöschen (Teil-) Baugenehmigungen, wenn innerhalb von zwei Jahren nach ihrer Erteilung mit der Ausführung des Bauvorhabens nicht begonnen wurde oder das Bauvorhaben nach Ablauf von sechs Jahren nach ihrer Erteilung nicht fertiggestellt worden ist. Die Zweijahresfrist kann dabei dreimal um jeweils bis zu einem Jahr verlängert werden. Nach Ablauf der sechs Jahre ist jedoch endgültig Schluss und die Baugenehmigung erlischt. Damit wurden die erst



zum 01.01.2017 eingeführten Gültigkeitsfristen von drei bzw. sieben Jahren weiter verkürzt. Auch für einen Bauvorbescheid gelten neue Fristen: er ist nun für zwei Jahre gültig (zuvor für drei Jahre) und die Frist kann nur noch maximal zweimal (zuvor unbegrenzt) um jeweils bis zu einem Jahr verlängert werden (§ 75 Abs. 1 Satz 2 und 3 BauO Bln).

Baugenehmigung zur Wertsteigerung

Im Vergleich: In Brandenburg gilt die Baugenehmigung und auch ein Vorbescheid sechs Jahre lang. Allerdings erlischt die Baugenehmigung nicht, wenn mit dem Bau binnen dieser Frist begonnen wird und spätestens ein Jahr nach Ablauf der Frist die Aufnahme der Nutzung angezeigt worden ist (§ 73 Abs. 1 BbgBO).

Hintergrund der weiteren Fristverkürzungen in Berlin ist der Umstand, dass Baugenehmigungen häufig nicht bzw. nicht zeitnah umgesetzt werden. Vielmehr wird die Baugenehmigung – die nicht an die Person des Bauherrn geknüpft ist, sondern aufgrund ihrer quasi-dinglichen Wirkung allein mit dem Baugrundstück verbunden ist – zur Wertsteigerung genutzt, indem sie zusammen mit dem Grundstück verkauft wird.

Durch die Änderung der Fristenregelung steigt der Druck zur Baudurchführung: Nicht nur muss das Bauvorhaben zügig begonnen werden, sondern es muss auch innerhalb der sechs Jahre fertiggestellt worden sein. Dafür genügt nicht die bloße Herstellung z.B. eines Rohbaus. Und anders als in Brandenburg

genügt nicht schon die Anzeige der Nutzungsaufnahme, sondern es müssen alle in § 83 Abs. 2 Satz 3 BauO Bln genannten Einrichtungen tatsächlich nutzbar fertiggestellt sein.

Damit schließt sich die Frage an, was geschieht, wenn ein Bau bereits weit fortgeschritten ist, sodann aber die Sechsjahresfrist abläuft. Ist der Bauherr an der Verzögerung nicht schuld, weil sie z. B. auf einem Rechtsmittel des Nachbarn beruht, kann der Fristablauf gehemmt sein. Kommt es aber tatsächlich zum Erlöschen der Baugenehmigung, handelt es sich bei dem Vorhaben um einen „Schwarzbau“. Dem Bauherrn bleibt dann nichts Anderes übrig, als eine neue Baugenehmigung zu beantragen. Soweit sich die planungsrechtlichen Grundlagen nicht verändert haben, muss das Vorhaben erneut genehmigt werden und es fällt nur – ärgerlich genug – eine weitere Verwaltungsgebühr an.

Deutlich problematischer ist es, wenn sich zwischenzeitlich die Planungsgrundlagen geändert haben und das ursprüngliche Vorhaben nun nicht mehr genehmigungsfähig ist. Oder wenn die ursprüngliche Baugenehmigung mit einer Ausnahme oder unter Befreiung von den Festsetzungen des Bebauungsplans erging. Denn dann lag der Baugenehmigung eine Ermessensentscheidung zugrunde, sodass i. d. R. kein Anspruch auf eine neue Genehmigung besteht. Lösungen müssen dann über eine verfassungsgemäße Auslegung der Fristenregelung oder den Grundsatz der Selbstbindung der Verwaltung erzielt werden.



Allerdings hat das Bundesverwaltungsgericht die Befristung von Baugenehmigungen für grundsätzlich verfassungsgemäß erklärt (Beschluss vom 22.02.1991 – 4 CB 6/91). Darüber hinaus hat es in der Entscheidung klargestellt, dass, selbst wenn innerhalb der Frist mit dem Bau begonnen wurde, die Befristungsregelung gilt und auch nicht durch das Rechtsinstitut des Bestandsschutzes ausgeschlossen wird. Allerdings hat das Gericht die Frage offengelassen, ob aufgrund des Bestandsschutzes nach Ablauf der Baugenehmigung zumindest ein Anspruch auf Abschlussarbeiten in einem „gewissen Umfang“ besteht.

Zur Vermeidung dieses Risikos kann nur empfohlen werden, die Neuregelung im Blick zu behalten und Vorhaben soweit irgend möglich innerhalb der Frist umzusetzen.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an:



Rechtsanwalt
[Dr. Jörg Beckmann](#)
und



Rechtsanwalt
Laurenz Schleicher

[->zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)

[GGSC VERÖFFENTLICHUNGEN]

Rechtsanwalt Dr. Gerrit Aschmann
Rechtsanwalt Dr. Jörg Beckmann
Rechtsanwalt Dr. Klaus-Martin Groth

Neuveröffentlichung der Leitlinie für den Abschluss städtebaulicher Verträge nach dem „Berliner Modell der kooperativen Baulandentwicklung“

Das Grundeigentum, Ausgabe 20/2018,
Recht und Praxis

Rechtsanwalt Dr. Jörg Beckmann
Ass. Jur. Maximilian Ellner

Das gemeindliche Vorkaufsrecht nach §§ 24, 25 BauGB beim Verkauf von Gesellschaftsanteilen

NVwZ, Ausgabe 16/2018, S. 1187

[GGSC AUF VERANSTALTUNGEN]

Rechtsanwalt Dr. Sebastian Schattenfroh
Das neue Werkvertragsrecht des BGB – Überblick: Auch für Landschaftsarchitekten
Brandenburgische Architektenkammer
Potsdam

15-18 Uhr

[13.11.2018 in Potsdam](#)

Rechtsanwalt Dr. Gerrit Aschmann
Bauplanungsrecht und Baugenehmigungsrecht im Überblick (AUSGEBUCHT)

Brandenburgische Architektenkammer
15-18 Uhr

[20.11.2018 in Potsdam](#)



Rechtsanwalt Dr. Sebastian Schattenfroh
Projekt Gartenschauen – Herausforderungen des Vergaberechts und Honorarrechts

bwgrün.de Förderungsgesellschaft für die Baden-Württembergischen Landesgartenschauen
Haus der Betonindustrie, 73760 Ostfildern
10-17 Uhr
[29.11.2018 in Ostfildern](#)

Rechtsanwalt Dr. Jörg Beckmann
Fragestellungen zum Vorkaufsrecht in Erhaltungsgebieten

Gemeinsames Praktiker-Seminar
„Bau- und Planungsrecht“
Humboldt-Universität zu Berlin
[12.12.2018 in Berlin](#)

Rechtsanwalt Dr. Sebastian Schattenfroh
Gewährleistung und Mängelhaftung

Brandenburgische Architektenkammer
Potsdam
15-18 Uhr
[10.01.2019 in Potsdam](#)

[HINWEIS AUF ANDERE GGSC-NEWSLETTER]

Abfall Newsletter

[September 2018](#)

Einige Themen dieser Ausgabe:

- Umsetzung des Verpackungsgesetzes: Geht es jetzt los?
- Preisanpassung wegen neuer Mautregelung?

Energie Newsletter

[Juni 2018](#)

Einige Themen dieser Ausgabe:

- DSGVO in Kraft getreten
- Optimierung der Wirtschaftlichkeit von Solaranlagen – Hinweis der Clearingstelle zur 750-kW-Grenze veröffentlicht
- Clearingstelle klärt weitere Rechtsfragen zum Mieterstromzuschlag

Vergabe Newsletter

[Juni 2018](#)

Einige Themen dieser Ausgabe:

- Interkommunale Kooperation – nicht jeder Weg führt zum Ziel
- Auslegungsbemühungen sind Bietern zumutbar – OLG Düsseldorf
- Das bisschen Landschaft macht sich von allein? VK Brandenburg und Zuschlagskriterium Qualifikation des Personals