

## Herausgebernotiz

### BGH zur Pandemiemiete oder: „Weites Land!“

Als ich im März vergangenen Jahres in dieser Zeitschrift („Stemmen der Pandemiemiete: Wirklich aus dem Sparschwein?“, NZM-info Heft 5/2021, V) die erste „Hotel-Entscheidung“ zur pandemiebedingten Mietanpassung und auch schon das jetzt vom *XII. Zivilsenat* des *BGH* (*BGH*, NZM 2022, 99 mit Anm. *Kappus*, NZM 2022, 103 [beide in diesem Heft]) aufgehobene Urteil des *OLG Dresden* besprach, bestand noch die begründete Hoffnung, die Pandemie werde durch einen schnellen Impferfolg im Lauf des Jahres 2021 in eine endemische Phase übergehen. Diese Hoffnung hat sich leider nicht erfüllt. Umso größere Bedeutung kommt daher der Entscheidung des *BGH* vom 12. Januar dieses Jahres zu.

Wie nicht anders zu erwarten, hat sich der *BGH* der Ansicht unter anderen von *Häublein/Müller* (NZM 2020, 481 [486]; s. auch *Häublein*, NZM-info Heft 7/2020, V) und aller Oberlandesgerichte (einschließlich des *KG*), die hierzu bisher entschieden haben, angeschlossen. Der *BGH* bejaht die Anwendbarkeit von § 313 I BGB auch schon vor dem zeitlichen Anwendungsbereich des seit dem 31.12.2021 geltenden Art. 240 § 7 EGBGB, nach welcher Vorschrift das Vorliegen des *realen Elements* von § 313 I BGB vermutet wird (hierzu *Brinkmann/Thüsing*, NZM 2021, 5). Denn bei

„Maßnahmen zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie wie Geschäftsschließungen, Kontakt- und Zugangs-

beschränkungen und der damit verbundenen massiven Auswirkungen auf das gesellschaftliche und wirtschaftliche Leben in Deutschland während des ersten Lockdowns im Frühjahr 2020“. (*BGH* Rn. 45)

sei die so genannte *große Geschäftsgrundlage* betroffen und in diesen Fällen das *reale Element* des § 313 I BGB unproblematisch erfüllt (*BGH* Rn. 48). Die Vermutungswirkung von Art. 240 § 7 EGBGB greift auch,

wenn vermietete Grundstücke oder vermietete Räume ... infolge staatlicher Maßnahmen zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie für den Betrieb des Mieters nicht oder nur mit erheblicher Einschränkung verwendbar sind (*BGH* Rn. 46; Hervorhebung d. *Verf.*).

Damit dürften vor allem Fälle des faktischen Lockdown gemeint sein wie etwa in der Hotelserie zu Zeiten, in denen nur noch einzelne Geschäftsreisende beherbergt werden durften (*KG*, NZM 2021, 403).



Dr. Michael Schultz

Der Entscheidung des *BGH* lag ein Sachverhalt zugrunde, in dem die zeitliche Dauer der Betriebschließung – während der ersten Lockdown-Phase März/April 2020 – anhand der damals noch überschaubaren Landesverordnungen zum Infektionsschutz ohne Weiteres zu ermitteln war

(19.3.–19.4.2020). In Fällen allerdings, in denen es nicht oder nicht nur um Betriebsschließungen, sondern auch um andere erhebliche pandemiebedingte Einschränkungen geht, ist Geschäftsraummieter zu raten, diese Beeinträchtigungen unter (penibler) Angabe der jeweiligen landesrechtlichen Corona-Schutzverordnungen, die zudem teils mehrfach monatlich(!) geändert wurden, darzulegen.

Der *BGH* hat einige für die Praxis wichtige Fragen geklärt. So ist das *hypothetische Element* in § 313 I BGB, das von der zuvor beschriebenen Vermutungswirkung in Art. 240 § 7 EGBGB nicht erfasst wird, „mangels entgegenstehender Anhaltspunkte“ zu bejahen; es könne davon ausgegangen werden,

„dass die Parteien den Mietvertrag mit einem anderen Inhalt abgeschlossen hätten, wenn sie bei Vertragsschluss im Jahr 2013 die Möglichkeit einer Pandemie und die damit verbundene Gefahr einer hoheitlich angeordneten Betriebsschließung“ – oder erheblicher Einschränkungen (s. Art. 240 § 7 EGBGB und dazu Rn. 46 unter Hinweis auf die Ausführungen von *Klose*, NZM 2021, 832 [835]) – „vorausgesehen und bedacht“ und „als redliche Mietvertragsparteien für diesen Fall das damit verbundene wirtschaftliche Risiko nicht einseitig zulasten des Mieters geregelt, sondern in dem Vertrag für diesen Fall eine Möglichkeit zur Mietanpassung vorgesehen hätten.“ (*BGH*, NZM 2022, 99 Rn. 52)

In der Literatur wird demgegenüber darauf verwiesen, dass Vermieter von Räumen in wenig gesuchten Lagen oft nur mit einigem Ködern – zB über mietfreie oder -reduzierte (Anlauf-)Zeiten (dazu und mit Jahre später entstehendem Pandemiebezug *LG München II*, NZM-info Heft 6/2021, VI = BeckRS 2021, 2996 Rn. 25) – überhaupt vertragsab-

schlussbereite Mieter finden und das je vorhergesehene Pandemieausfallrisiko einseitig zu übernehmen dann „nur eine weitere Kröte“ schlucken zu müssen bedeutet hätte (so in Anmerkung zu *OLG Dresden – Vorinstanz zur BGH-Entscheidung – Herrlein COVuR 2021, 218*).

Kam es ab Beginn der Pandemie, also ab dem 8.3.2020 (arg. aus der „Moratorium“-Vorschrift in Art. 240 § 1 I 1 EGBGB) zu Nachträgen im Mietverhältnis, ohne dass eine Mietanpassung vereinbart wurde, können daraus entsprechende Rückschlüsse auf den Vertragsgestaltungswillen gezogen werden, und zwar mangels abweichend vorgetragener Anhaltspunkte auch mit Blick auf das Verhalten der Vertragsparteien im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses selbst.

Dem Grund nach bejaht der *BGH* bei erheblichen pandemiebedingten Einschränkungen auch das *normative* Element in § 313 BGB. Die wirtschaftlichen Nachteile, die ein gewerblicher Mieter infolge pandemiebedingter Einschränkungen erleidet, sind

„Folge der umfangreichen staatlichen Eingriffe in das wirtschaftliche und gesellschaftliche Leben zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie, für die keine der beiden Mietvertragsparteien verantwortlich gemacht werden kann. Das mit dieser Systemkrise verbundene Risiko kann regelmäßig keiner Vertragspartei allein zugewiesen werden.“ (*BGH*, *NZM 2022, 99 Rn. 55*)

Trotz des sich in der Praxis dadurch ergebenden Mehraufwands bei Gericht und Anwälten wendet sich der *BGH* gegen eine schematische Lösung nach dem fifty-fifty-Prinzip, wie es die Oberlandesgerichte *Dresden* (*COVuR 2021, 212 Rn. 41*; s. auch den

Hinweis in dieser Sache, abgedruckt in *NZM 2021, 231*), *Köln* (*NZM 2021, 860*) und das *KG* (*COVuR 2021, 409*) entschieden hatten. Vielmehr sollen sämtliche Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen sein. Überraschend ist daher die Vorgabe des *BGH*, wonach bezüglich des Umsatzrückgangs und der Verluste nur auf das konkrete Mietobjekt und nicht auf den möglichen Konzernumsatz abzustellen ist (*BGH Rn. 58*). Warum sollte ein Konzern, der trotz der Pandemie weltweit Milliarden-Gewinne realisiert, eine Mietanpassung verlangen können, nur weil an einem bestimmten Standort der Umsatz wegen pandemiebedingter Beeinträchtigungen eingebrochen ist? Wenn der *BGH* zutreffend einen Mangel der Mietsache verneint und eine Mietanpassung nur über § 313 BGB zulässt, so gehört zu den Umständen des Einzelfalls auch die finanzielle Situation des Mieters. Dies ist eben gerade der Unterschied zwischen Sachmängelhaftung nach § 536 I BGB – hier kommt es auf die finanzielle Lage des Mieters nicht an – und Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 I BGB – hier kommt es auf die Umstände des Einzelfalls an.

Dass eine klare Trennung von objektbezogenem Umsatz und Konzernumsatz nicht durchgängig möglich sein wird, zeigt folgendes

**Fallbeispiel zum „Konzernverbund“-Ansatz des BGH: Ein Geschäftsraummieter, der insgesamt drei verschiedene Standorte betreibt, vermag die stationären Umsatzrückgänge durch Online-Handel, den er nur von einem der Standorte aus organisiert, nicht nur ausgleichen, sondern er kann seinen Umsatz insgesamt sogar noch steigern.**

Bei strikter Berücksichtigung des vom *BGH* gewählten Ansatzes hätte dies zur Konsequenz, dass die dem Mieter gelungene Kompensation nur für den einen, nicht aber für die beiden anderen Standorte zu beachten wäre.

Dem Mieter ist zu raten, sowohl die objektbezogenen Umsatzrückgänge als auch die objektbezogenen betriebswirtschaftlichen Gewinneinbußen bzw. Verluste darzulegen, und zwar monatlich und sinnvollerweise im Vergleich zum Vorjahresmonat (jedenfalls bis Februar 2021). Der *BGH* lässt offen, welches der maßgebliche Betrachtungszeitraum ist. *Häublein/Müller* weisen zu Recht darauf hin, dass die Betrachtung eines einzelnen Monats oder weniger Monate kaum angemessen erscheint, weil es so, etwa abhängig vom Eingang etwaiger staatlicher Hilfszahlungen, zu Verzerrungen kommen kann (*Häublein/Müller*, *NZM 2020, 481 [489]*). Die für die Zumutbarkeit erforderliche abschließende Betrachtung der wirtschaftlichen Auswirkungen kann daher regelmäßig erst ex post erfolgen (*Häublein/Müller*, *NZM 2020, 481 [489]*) und dann sinnvollerweise für den gesamten Zeitraum der pandemiebedingten Einschränkungen.

Trägt der Mieter substantiiert die Verluste vor, obliegt es dem Vermieter darzulegen und ggf. zu beweisen, dass diese Verluste nicht pandemiebedingt sind (*BGH Rn. 61 aE*)! Da es nach Ansicht des *BGH* nicht auf den Konzernumsatz des Mieters ankommt, ist auch eine Existenzgefährdung keine Voraussetzung für eine Vertragsanpassung (*BGH Rn. 59* ohne weitere Begründung unter Hinweis auf die

Entscheidungen des *KG* (COVuR 2021, 409) und des *OLG Frankfurt a.M.* (NZM 2021, 395). Konsequenterweise dürfte dann entgegen der Ansicht des *OLG Karlsruhe* (NZM 2021, 224 Rn. 22) auch nicht mehr verlangt werden, dass das wirtschaftliche Fortkommen des Mieters schwer beeinträchtigt sein muss.

Auch zur Berücksichtigung staatlicher Hilfen gibt der *BGH* die Darlegungs- und Beweislast vor. Gelingt es dem Mieter nicht darzulegen und zu beweisen, dass er sich vergeblich um mögliche Hilfeleistungen bemüht hat, sei er so zu behandeln, als habe er sie erhalten (*BGH* Rn. 61 unter Hinweis auf *Häublein/Müller*, NZM 2020, 481 [489]); nur staatliche Unterstützungsmaßnahmen, die auf der Basis eines Darlehens gewährt wurden, bleiben bei der Vertragsanpassung unberücksichtigt (*BGH* Rn. 59). Da die staatlichen Hilfen in der Regel konzernbezogen bewilligt werden, obliegt es dem Mieter, diese anhand eines geeigneten Maßstabs dem konkreten Mietobjekt zuzuordnen.

Einige Fragen sind noch offen, nämlich insbesondere, inwieweit die „Interessen des Vermieters“ (*BGH* Rn. 60) zu berücksichtigen sind und ob bzw. in welchem Umfang eine Mietanpassung auch in den Zwischen-Lockdown-Phasen in Betracht kommt. Das *OLG Frankfurt a.M.* (NZM 2021, 395 Rn. 41) hat zu Recht auch auf

„die nachfolgenden weiteren Einschränkungen, aber auch durch das pandemiebedingt geänderte Verhalten potenzieller Kunden, die in der maßgebenden Zeit von ansonsten getätigten

Käufen bei der Bekl. abgesehen haben,“

abgestellt (zum Ausbleiben von „Laufkundschaft“ auch s. *LG München II*, NZM-info Heft 6/2021, VI = BeckRS 2021, 2996). Nur wenn man die massiven Umsatzrückgänge auch in den Zwischen-Lockdown-Phasen berücksichtigt, wird man bei der Vertragsanpassung der Situation gerade in Gastronomie und Hotellerie gerecht.

Dennoch hat der *BGH* die Weichen gestellt, die nun Grundlage für außergerichtliche Verhandlungen/Einigungen und, soweit diese nicht gelingen, für die weiteren gerichtlichen Verfahren sein werden. Auch wenn der *BGH* eine schematische hälftige Mietreduzierung ablehnt, ist es nicht ausgeschlossen, dass es nach umfassender Würdigung aller Einzelfallumstände in nicht wenigen Fällen – jedenfalls in den Lockdown-Phasen – wiederum zu eben jenem Ergebnis kommen wird/kann.

*Rechtsanwalt und Notar  
Dr. Michael Schultz, namensgebender Partner in der Sozietät  
Müller, Radack, Schultz, Berlin*

## Rechtsprechung

**Die COVID-19-frustrierte Restaurant-Geburtstagsfeier: Mit wem geht der Ausfall nach Hause?**

Das *KG* (Beschl. v. 6.8.2021 – 21 U 19/21, BeckRS 2021, 40563) hat entschieden:

**1. Verpflichtet sich ein Restaurantbetreiber, die Gäste einer privaten Feier in seinem Lokal zu bewirten, handelt**

**es sich im Zweifel um einen Werkvertrag über gastronomische Leistungen.**

**2. Ein solcher Vertrag fällt nicht unter Art. 240 § 5 EGBGB („Gutschein für Freizeitveranstaltungen und Freizeiteinrichtungen“, da der Besteller nicht zum „Inhaber“ einer Eintrittskarte oder sonstigen Teilnahme- oder Nutzungsberechtigung wird.**

**3. Der Besteller kann einen solchen Vertrag jedenfalls dann aus wichtigem Grund kündigen, wenn er vor dem 8.3.2020 abgeschlossen wurde und im Zeitpunkt der Kündigung die Undurchführbarkeit der Veranstaltung aufgrund der Corona-Pandemie hinreichend wahrscheinlich war.**

**4. Der dem Unternehmer durch diese Absage entstehende Schaden kann aus dem Gesichtspunkt der Störung der Geschäftsgrundlage hälftig zwischen den Parteien zu teilen sein. Bemessungsgrundlage für diese hälftige Teilung sind aber die beim Unternehmer angefallenen und von ihm darzulegenden Kosten, nicht die ihm entgangene Vergütung.**

*Ihre NZM dokumentiert aus den Entscheidungsgründen:*

**31** Wenn die Störung der Geschäftsgrundlage des streitgegenständlichen Vertrags dazu führt, dass die Klägerin nicht nur die Anpassung des Vertrags beanspruchen, sondern ihn kündigen kann, ist dies der Beklagten auch zumutbar.

**32** Zwar soll die außerordentliche Kündigung eines Vertrags aufgrund der Störung seiner Geschäftsgrundlage grundsätzlich die ultima ratio sein. Im Grundsatz ist es angezeigt, die negativen Folgen einer solchen Störung nach Möglichkeit zwischen den Parteien hälftig zu teilen (*BGHZ* 109, 224 = *NJW* 1990, 572; *KG*, COVuR 2021, 409). Die Annahme eines außerordentlichen Kündigungsrechts für eine Ver-

tragspartei kann eine deutliche Abweichung von dem Ziel solch einer hälftigen Risikoaufteilung bedeuten. Im vorliegenden Fall hält der *Senat* sie aber dennoch für geboten und jedenfalls vorzugswürdig gegenüber einer Absenkung des Vergütungsanspruchs der Beklagten, etwa auf 50% der vereinbarten Vergütung.

**33** Bei der Störung der Geschäftsgrundlage für einen Mietvertrag über Geschäftsräume mag während einer staatlich angeordneten Geschäftsschließung die Herabsetzung der Miete auf die Hälfte dem Ziel der gleichmäßigen Risikoteilung nahekommen (vgl. *KG*, COVuR 2021, 409; *OLG Dresden*, COVuR 2021, 212; abweichend *OLG Karlsruhe*, NZM 2021, 224; *Römermann*, NJW 2021, 265), denn auch wenn die Umsätze des Mieters dadurch eingebrochen sein mögen, konnte er die Räumlichkeiten in dieser Zeit immerhin weiter nutzen.

**34** Bei einem Vertrag über die Durchführung einer Veranstaltung, die coronabedingt abgesagt werden muss, verhält es sich anders. Hier kommt der Auftraggeber nicht, auch nicht teilweise, in den Genuss von Leistungen des Unternehmers, während dieser aber durch das Einsparen von Aufwendungen, die ihm bei Durchführung der Veranstaltung entstanden wären – etwa für Wareneinkauf oder Arbeitskräfte – die negativen Auswirkungen des Ausfalls verringern kann. Wenn es somit angezeigt sein sollte, die negativen Konsequenzen des coronabedingten Ausfalls einer Veranstaltung hälftig zu teilen, dann ist es sachgerecht, zur Erreichung dieses Ziels nicht auf den Umsatz abzustellen, den der Leistungser-

bringer bei Durchführung der abgesagten Veranstaltung hätte erzielen können, sondern auf die Kosten, die ihm durch die Absage tatsächlich entstanden sind. Nur diese sind hälftig zu teilen, wenn sie denn bekannt sind. Dies führt im Ergebnis zu einem geringeren Zahlungsanspruch des Veranstalters. Die Angemessenheit dieses Ansatzes wird aber auch durch Art. 240 § 5 EGBGB belegt, der in ähnlichen Fällen für den Veranstalter nur eine vorübergehende Stundung der Entgeltrückzahlung und im Ergebnis überhaupt keinen Zahlungsanspruch vorsieht.

**35** Für den vorliegenden Fall folgt aus diesen Überlegungen, dass eine Abmilderung der vergütungslosen Kündigung des Veranstaltungsvertrags nicht in Betracht kommt. Denn maßgeblicher Ausgangspunkt für die hälftige Teilung der nachteiligen Folgen des coronabedingten Ausfalls der Veranstaltung können nur die Kosten sein, die der Beklagten hierdurch entstanden sind und die nicht durch staatliche Unterstützungsleistungen – etwa Kurzarbeitergeld – oder die Minderung der Miete des Restaurants aufgefangen worden sind. Aus dem Vorbringen der Beklagten sind derartige Kosten aber nicht zu entnehmen.

**36** Auch nachdem der *Senat* mit seinem Beschluss vom 25.6.2021 auf diesen Punkt hingewiesen hat, trägt die Beklagte nur zu den Aufwendungen vor, die sie infolge der Absage der Veranstaltung erspart hat, die aber nicht maßgeblich sind.

**37** Bei einer Gesamtbewertung aller Umstände ist der Beklagten die außerordentliche Kündigung

des Veranstaltungsvertrags auch deshalb zumutbar, weil als alternative Maßnahme hierzu insbesondere die Verschiebung in Betracht gekommen wäre, deren Scheitern aber im Wesentlichen auf das eigene Verhalten der Beklagten zurückzuführen ist. Zwar bot sie der Klägerin am 12.3.2020 die Verschiebung der Feierlichkeit auf einen Tag im dritten oder vierten Quartal des Jahres 2020 an, dies aber ultimativ unter der Bedingung, dass sich die Klägerin innerhalb von vier Tagen auf das Datum festlegt. Diese Vorgabe war zu unflexibel. Sachgerecht hingegen war das Gegenangebot des Ehemanns der Klägerin, das Datum mit einem Vorlauf von zwei Monaten festzulegen. Indem die Beklagte hierauf nicht einging, ist sie selbst maßgeblich dafür verantwortlich, dass es nicht zu der Verschiebung der Veranstaltung kam.

**38** Auch nach der Stellungnahme der Beklagten vom 2.8.2021 hält der *Senat* an dieser Einschätzung fest. Sicherlich war die Beklagte ab der zweiten Märzhälfte 2020 mit zahlreichen coronabedingten Absagen konfrontiert bzw. hatte die Verschiebung geplanter Veranstaltungen zu koordinieren. Gerade dann war es aber interessengerecht, das von der Klägerin gebuchte Essen zunächst auf ein unbestimmtes Datum zu verschieben und den neuen Termin bei wieder erhöhter Planungssicherheit mit einem gewissen Vorlauf festzulegen.

Dieses von der Klägerin angebotene Vorgehen lehnte die Beklagte aber ab.

*(Mitgeteilt von Vors. Richter am KG B. Retzlaff, Berlin)*

**Anm. d. Schriftltg.:** Die bei Rn. 33 zitierte Entscheidung des *OLG Dresden*, COVuR 2021, 212 mit Anm. *Herrlein* hat der *BGH* mit Urteil vom 12.1.2022 (NZM 2022, 99 mit Anm. *Kappus* [in diesem Heft]) aufgehoben und die Sache an das *OLG* zurückverwiesen, weil der *XII. Zivilsenat* unter § 313 BGB keinen Risikoteilungsgrundsatz anerkennt, sondern auf ein umfassendes Abwägen aller Einzelfallumstände abstellt.

## EuGH zur Honorarvereinbarung unterhalb der HOAI-Mindestsätze

Der *EuGH* hat auf von ihm teils für unzulässig gehaltene Vorlage des *BGH* (NJW 2020, 2328; vorgehend *OLG Hamm*, NJW 2020, 247) – weil der Unionsbezug der entsprechenden Vorlagefrage nicht hinreichend kenntlich gemacht worden sei – mit Urteil vom 18.1.2022 (C-261/20, BeckRS 2022, 00212) entschieden:

**1. Eine Richtlinie wird allein an die Mitgliedstaaten adressiert und damit zugleich an alle mitgliedstaatlichen Stellen, nicht aber an Private.**

**2. Deshalb braucht der für einen Rechtsstreit zwischen Privaten zuständige Inlandsrichter eine inländische Norm nicht allein deshalb unangewendet zu lassen, weil sie gegen Unionsrecht in Gestalt einer Richtlinie verstößt, selbst wenn der EuGH den betreffenden Mitgliedstaat – hier die Bundesrepublik Deutschland – wegen eines einschlägigen richtlinienwidrigen Verhaltens bereits verurteilt hat, der Mitgliedstaat es aber in der Folge versäumt, dem festgestellten Unionsrechtsverstoß durch eine Änderung des Inlandsrechts abzuwehren.**

**3. Kann der Inlandsrichter, dem das Unionsrecht keine Verpflichtung auferlegt, „contra legem“ zu entscheiden, von einer Anwendbarkeit richtlinienwidrig beibehaltenen Inlandsrechts nicht mit den ihm zu Gebote stehenden Mitteln des innerstaatlichen Rechts absehen, ist ein aus dieser Rechtsanwendung geschädigter Privater dar-**

**auf verwiesen, den Mitgliedstaat auf der Grundlage der unionsrechtlich geprägten Staatshaftung auf Ersatz in Anspruch zu nehmen. (Leitsätze der Redaktion)**

Im Ausgangsfall verlangt der klagende Architekt von seiner Auftraggeberin nach seiner Kündigung des Architektenvertrags weitere Vergütung. Er rechnete, vereinbart war ein Pauschalhonorar von gut 55.000 Euro, mit Honorarschlussrechnung auf Grundlage der in § 7 HOAI genannten Mindestsätze ab und erhob zu diesem Zweck – unter Berücksichtigung von Zahlungen der Auftraggeberin – Zahlungsklage beim *LG Essen* über gut 102.000 Euro.

*Ihre NZM dokumentiert aus den Entscheidungsgründen:*

**28** Der Grundsatz der unionsrechtskonformen Auslegung des nationalen Rechts unterliegt jedoch bestimmten Schranken. So findet die Verpflichtung des nationalen Richters, bei der Auslegung und Anwendung der einschlägigen Vorschriften des innerstaatlichen Rechts den Inhalt einer Richtlinie heranzuziehen, in den allgemeinen Rechtsgrundsätzen ihre Schranken und darf nicht als Grundlage für eine Auslegung *contra legem* des nationalen Rechts dienen.

**29** Im vorliegenden Fall ist das vorliegende Gericht der Ansicht, dass eine den Anforderungen von Art. 15 Richtlinie 2006/123/EG entsprechende Auslegung der im Ausgangsverfahren fraglichen nationalen Regelung – wie sie sich aus § 7 HOAI ergebe – *contra legem* wäre.

**30** Zweitens verlangt der Grundsatz des Vorrangs des Unionsrechts, dass das nationale Gericht, das im Rahmen seiner Zuständigkeit die Bestimmungen des Unionsrechts anzuwenden hat, dann, wenn es eine nationale Regelung nicht den Anforderungen dieses Rechts entsprechend auslegen kann, für die volle

Wirksamkeit der Bestimmungen des Unionsrechts Sorge zu tragen hat, indem es erforderlichenfalls jede – auch spätere – entgegenstehende Bestimmung des nationalen Rechts aus eigener Entscheidungsbefugnis unangewendet lässt, ohne dass es die vorherige Beseitigung dieser Bestimmung auf gesetzgeberischem Weg oder durch irgendein anderes verfassungsrechtliches Verfahren beantragen oder abwarten müsste.

**31** Allerdings sind auch die anderen wesentlichen Merkmale des Unionsrechts, insbesondere die Natur und die Rechtswirkungen der Richtlinien, zu berücksichtigen.

**32** So kann eine Richtlinie nicht selbst Verpflichtungen für einen Einzelnen begründen, so dass ihm gegenüber eine Berufung auf die Richtlinie als solche vor dem nationalen Gericht nicht möglich ist. Gem. Art. 288 III AEUV besteht nämlich die Verbindlichkeit einer Richtlinie, aufgrund deren eine Berufung auf sie möglich ist, nur in Bezug auf „jeden Mitgliedstaat, an den sie gerichtet wird“. Die Union ist nur dort befugt, mit unmittelbarer Wirkung allgemein und abstrakt Verpflichtungen zulasten der Einzelnen anzuordnen, wo ihr die Befugnis zum Erlass von Verordnungen zugewiesen ist. Daher gestattet eine Bestimmung einer Richtlinie, selbst wenn sie klar, genau und unbedingt ist, es dem nationalen Gericht nicht, eine dieser Bestimmung entgegenstehende Bestimmung seines innerstaatlichen Rechts auszuschließen, wenn aufgrund dessen einem Privaten eine zusätzliche Verpflichtung auferlegt würde.

**33** Daraus folgt, dass ein nationales Gericht nicht allein aufgrund des Unionsrechts verpflichtet ist, eine Bestimmung seines nationalen Rechts, die mit einer Bestimmung des Unionsrechts in Widerspruch steht, unangewendet zu lassen, wenn die letztgenannte Bestimmung keine unmittelbare Wirkung hat. Davon unbeschadet kann dieses Gericht sowie jede zuständige nationale Verwaltungsbehörde die Anwendung jeder Bestimmung des nationalen Rechts, die gegen eine Bestimmung des Unionsrechts ohne unmittelbare Wirkung verstößt, aufgrund des innerstaatlichen Rechts ausschließen.

**34** Im vorliegenden Fall hat der *Gerichtshof* zwar bereits entschieden, dass Art. 15 I Richtlinie 2006/123/EG insoweit eine unmittelbare Wirkung entfalten kann, als er in Satz 2 den Mitgliedstaaten die unbedingte, hinreichend präzise Verpflichtung auferlegt, ihre Rechts- und Verwaltungsvorschriften zu ändern, um sie den in Abs. 3 genannten Bedingungen anzupassen.

**35** Diese Bestimmung als solche wird jedoch im vorliegenden Fall in einem Rechtsstreit zwischen Privaten angeführt, um die Anwendung einer gegen sie verstößenden nationalen Regelung auszuschließen.

**36** Würde Art. 15 I, II Buchst. g, III Richtlinie 2006/123/EG im Rahmen des Ausgangsrechtsstreits angewendet, würde (dem Architekten) nach dieser Bestimmung sein auf § 7 HOAI gestütztes Recht genommen, die dort vorgesehenen Sätze einzufordern, und er wäre daher verpflichtet, den Satz zu akzeptie-

ren, der in dem im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Vertrag festgelegt worden ist. Die in den Rn. 32 und 33 des vorliegenden Urteils angeführte Rechtsprechung schließt allerdings aus, dass dieser Bestimmung eine solche Wirkung allein auf der Grundlage des Unionsrechts zuerkannt werden kann.

**37** Das vorliegende Gericht ist daher nicht allein aufgrund des Unionsrechts verpflichtet, § 7 HOAI unangewendet zu lassen, auch wenn diese Regelung gegen Art. 15 I, II Buchst. g, III Richtlinie 2006/123/EG verstößt.

**38** Diese Erwägungen können auch nicht durch das Urteil vom 4.7.2019 (*EuGH*, NJW 2019, 2529 – Kommission/Deutschland), infrage gestellt werden, mit dem der *Gerichtshof* entschieden hat, dass die Bundesrepublik Deutschland dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus Art. 15 I, II Buchst. g, III Richtlinie 2006/123/EG verstoßen hat, dass sie die in § 7 HOAI vorgesehenen verbindlichen Honorare für die Planungsleistungen von Architekten und Ingenieuren beibehalten hat.

**39** Zwar hat gem. Art. 260 I AEUV, wenn der *Gerichtshof* feststellt, dass ein Mitgliedstaat gegen eine Verpflichtung aus den Verträgen verstoßen hat, dieser Mitgliedstaat die Maßnahmen zu ergreifen, die sich aus dem Urteil des *Gerichtshofs* ergeben. Ferner sind die zuständigen nationalen Gerichte und Verwaltungsbehörden nach ständiger Rechtsprechung verpflichtet, alle Bestimmungen zu erlassen, um die volle Geltung des Unionsrechts zu erleichtern und so ggf. eine gegen das Unionsrecht verstößende na-

tionale Bestimmung unangewendet zu lassen.

**40** Der *Gerichtshof* hat jedoch bereits entschieden, dass die gem. Art. 258 bis Art. 260 AEUV erlassenen Urteile vor allem die Festlegung der Aufgaben der Mitgliedstaaten im Fall der Verletzung ihrer Pflichten zum Gegenstand haben und nicht die Verleihung von Rechten an Einzelne. Diese Rechte ergeben sich nicht aus den genannten Urteilen, sondern aus den Bestimmungen des Unionsrechts selbst. Folglich sind die zuständigen nationalen Gerichte und Verwaltungsbehörden nicht allein aufgrund solcher Urteile verpflichtet, im Rahmen eines Rechtsstreits zwischen Privaten eine nationale Regelung, die gegen die Bestimmung einer Richtlinie verstößt, unangewendet zu lassen.

**41** Nach dieser Feststellung ist drittens darauf hinzuweisen, dass die durch die Unvereinbarkeit des nationalen Rechts mit dem Unionsrecht geschädigte Partei sich auf die mit dem Urteil vom 19.11.1991 (*EuGH*, NJW 1992, 165 – Francovich ua) begründete Rechtsprechung berufen kann, um ggf. Ersatz des entstandenen Schadens zu erlangen.

**Anm. d. Schriftlgt.:** Wenn der *EuGH* im Tenor/Leitsatz und an anderen Stellen von „Privatpersonen“ spricht, dürfte es sich, weil teils auch, wie richtig, der Begriff „Private“ verwendet wird, um ein – Verfahrenssprache war Deutsch – redaktionelles Versehen handeln: In der französischen bzw. englischen Sprachfassung heißt es „des particuliers“ bzw. „private individuals“. – Zu § 4 Nr. 13 UStG bei Wärmelieferung in der Wohnungseigentümergeinschaft s. weiter die Herausgebernotiz Drasdo in NZM-info Heft 1-2/2021, V zum *EuGH*-Verfahren „Tevesstraße“ (NZM-info Heft 1-2/2021, VI = ZWE 2021, 86); dazu auch *Schmidt*, ZWE 2021, 113; *Pickelmann*, MwStR 2021, 155.