

EDITORIAL


**Liebe Leserinnen,
liebe Leser,**

haben Sie es schon gemerkt? Die neue Unübersichtlichkeit erfasst immer weitere Lebensbereiche. Bei Handytarifen und Fahrkarten der Deutschen Bundesbahn haben wir uns ja daran gewöhnt. Von größerer Bedeutung ist die neue, wesentlich kompliziertere Koalitionsarithmetik im Deutschen Bundestag und der vielfältige und auseinanderdriftende Stimmenkanon innerhalb der Mitgliedsstaaten der Europäischen Union (vom Brexit einmal völlig abgesehen). Derartige Phänomene erfassen leider auch immer weitere Teile der Gesetzgebung. Hier geht es nicht mehr allein um die Steuergesetzgebung, deren Zustand auch von Fachleuten schon länger beklagt wird - nein, ebenso entstehen bei den aktuellen Regelungen zum Geldwäschegesetz oder dem Kapitalanlagegesetzbuch auch bei dem geneigten Rechtsanwender gewisse Fragezeichen. Es beschleicht einen das Gefühl, dass diese Regelungen von einem politischen Impetus getrieben werden (Terrorbekämpfung, Verbraucherschutz), ihre präzise gesetzgeberische Umsetzung jedoch auf Schwierigkeiten stößt. Abgesehen von einem erheblichen Bürokratieaufwand, den diese neuen Regelungen - trotz des allgemeinen Bekenntnisses zum Bürokratieabbau - für die Wirtschaftsbeteiligten verursachen, fördern unklare Regelungen die Rechtsunsicherheit. Steigende Rechtsunsicherheit bei steigender Regelungsdichte. Das darf eigentlich nicht sein. Trotz all dem: Die sich daraus ergebenden Herausforderungen möchten wir gern mit Ihnen gemeinsam bewältigen.

Herzlichst Ihr

Jan Dietze

INHALT

Baurecht

Neues Bau- und Architekten-/Ingenieurrecht im BGB

[mehr dazu...](#)

**Mietrecht/Wohnraummietrecht/Modernisierung
im Bestand**

**Modernisierungsmaßnahmen verweigert:
Schadensersatz?**

[mehr dazu...](#)

Mietrecht/Betriebskostenrecht

**Zusammengefasste Positionen in der Betriebskosten-
abrechnung**

[mehr dazu...](#)

Vergaberecht

Vergaberechtsrisiken bei Rechtsnachfolge

[mehr dazu...](#)

Hamburg war am schnellsten

[mehr dazu...](#)

Umweltrecht

**Geplante HBauO-Novelle soll Wohnungsbau
erleichtern**

[mehr dazu...](#)

Beamtenrecht

Entlassung wegen vorgetäuschter Dienstunfähigkeit

[mehr dazu...](#)

Insolvenzrecht

**Vorrangigkeit von Gesellschaftersicherheiten zur
Rückführung eines Darlehens im Insolvenzfall**

[mehr dazu...](#)

In eigener Sache

ZENK TALK | Arbeitsrecht für Unternehmer

[mehr dazu...](#)

Neu am Standort Berlin

[mehr dazu...](#)

IMPRESSUM

ZENK Rechtsanwälte Partnerschaft mbB | www.zenk.com
Copyright © ZENK Rechtsanwälte. Weiterverbreitung der
Inhalte nur unter Angabe der Quelle. Alle Rechte vorbehalten.
Verantwortlich: Dr. Wolfgang Hopp (hopp@zenk.com),
Dr. Kai Bahnsen (bahnsen@zenk.com),
Bettina Lange: Layout. Anregungen: (lange@zenk.com)

ZENK | HAMBURG
Hartwicusstraße 5
22087 Hamburg
Tel +49 40 226640
Fax +49 40 2201805
hamburg@zenk.com

ZENK | BERLIN
Reinhardtstraße 29
10117 Berlin
Tel +49 30 2475740
Fax +49 30 2424555
berlin@zenk.com



FLORIAN WERNER
Dipl.-Ing (FH)



MICHAEL BENEDIKT KROLL

NEUES BAU- UND ARCHITEKTEN-/INGENIEURRECHT IM BGB

Das neue BGB-Werkvertragsrecht tritt am 1. Januar 2018 in Kraft und gilt für Verträge, die im Geltungszeitraum geschlossen werden. Es birgt für Bauherren, Unternehmer, Architekten und Ingenieure einige Änderungen. Hier ein erster Überblick:

1. Allgemeine Vorschriften

In Kapitel 1 des neuen Werkvertragsrechts sind die bekannten allgemeinen Vorschriften zusammengefasst. Hier möchten wir auf folgende Neuerungen hinweisen:

- a) Die teilweise Neufassung des § 632 a erleichtert die Geltendmachung von Abschlagszahlungen in Fällen, in denen weder die VOB/B noch ein Zahlungsplan vereinbart wurde. Der Besteller kann bei Vorliegen von wesentlichen Mängeln nicht mehr die gesamte **Abschlagszahlung** verweigern, sondern nur noch einen angemessenen Betrag zurückhalten.
- b) Auch die in § 640 normierte **fiktive Abnahme** wird zugunsten des Unternehmers neu geregelt. Sie tritt bereits dann ein, wenn dem Besteller nach Fertigstellung (nicht Abnahmereife) eine Frist zur Abnahme gesetzt wurde und dieser die Abnahme nicht fristgerecht und unter Angabe mindestens eines Mangels verweigert.
- c) Im neuen § 648 a ist erstmals die **Kündigung aus wichtigem Grund** normiert worden. Möglich ist auch eine **Teilkündigung** bezüglich eines abgrenzbaren Teils des Werks (Absatz 2). Zudem kann jede Vertragspartei nach der Kündigung eine gemeinsame **Leistungsstandfeststellung** fordern (Absatz 4). Wirkt eine Partei nicht mit, so trifft sie im Streitfall die Beweislast für den Leistungsstand zum Zeitpunkt der Kündigung.

2. Bauvertrag

Kern der Gesetzesänderung ist die Einführung eines neuen Bauvertragsrechts in Kapitel 2. Für diesen Vertragstyp ist in § 650 b nun erstmals auch im BGB das in ähnlicher Ausprägung aus der VOB/B bekannte Recht des Bestellers zur **Anordnung von Änderungen** des vereinbarten Werkerfolgs geregelt. Wünscht

>>

>>

der Besteller eine Änderung, so haben die Parteien 30 Tage Zeit, sich über die Anpassung der Vergütung zu verständigen. Der Unternehmer ist (grundsätzlich) verpflichtet, ein Angebot über die Mehr- oder Mindervergütung zu erstellen. Scheitert eine fristgerechte Einigung, so kann der Besteller seinen Änderungswunsch einseitig anordnen. Der Unternehmer darf die Befolgung nur bei Unzumutbarkeit verweigern. Die Änderungsvergütung wird nach § 650 c berechnet. Bei Streitigkeiten über die vorgenannten Punkte ermöglicht § 650 d einen Eilrechtsschutz in Form einer **einstweiligen Verfügung**. Hier wird es interessant sein zu sehen, wie die Gerichte mit diesem – im Baurecht neuen – Verfahren in der praktischen Umsetzung zurechtkommen.

In den §§ 650 e (derzeit § 648) und 650 f (derzeit § 648 a) sind sodann die bereits bekannten **Sicherheiten** (Sicherheitshypothek und Bauhandwerker-sicherung) geregelt.

Der § 650 g knüpft an die bereits erwähnte Abnahmefiktion des neuen § 640 Absatz 2 an und regelt im Wesentlichen zwei Dinge: Erstens die Pflicht des Bestellers zu einer gemeinsamen **Zustandfeststellung im Falle der mangelbedingten Abnahmeverweigerung** und zweitens die Übergabe einer **Schlussrechnung** als **Fälligkeitvoraussetzung für den Werklohnanspruch**. Schließlich schreibt § 650 h für die **Kündigung eines Bauvertrags** die **Schriftform** vor.

3. Verbraucherbauverträge

Ebenfalls neu ist der in Kapitel 3 normierte Verbraucherschutz. Ein Bauvertrag mit einem Verbraucher bedarf zunächst mindestens der **Textform** (§ 650 i Absatz 2). Zudem muss der Verbraucher mittels einer **Baubeschreibung** (§ 650 j), welche ebenso wie die **Dauer der Bauausführung** grundsätzlich zum **Vertragsinhalt** wird (§ 650 k), über die zu erbringende Leistung aufgeklärt werden. Die Aufklärungspflicht des Unternehmers gilt auch für das dem Verbraucher nach § 650 l zustehende **Widerrufsrecht**. Paragraph 650 m regelt dann, dass die **Summe der Abschlagszahlungen des Verbrauchers maximal 90 % der vereinbarten Gesamtvergütung** betragen darf und diesem

>>

>>

zusätzlich eine Vertragserfüllungssicherheit in Höhe von 5 % der vereinbarten Gesamtvergütung zusteht. In § 650 n ist die Pflicht des Unternehmers zur Erstellung und **Herausgabe bestimmter Unterlagen** geregelt, in § 650 o schließlich die **Unabdingbarkeit der Verbraucherschützenden Vorschriften**.

4. Architekten- und Ingenieurverträge

In Kapitel 4 werden erstmals spezielle Regelungen für Architekten- und Ingenieurverträge ins BGB aufgenommen. Kern dieser Verträge ist die Erreichung vereinbarter **Planungs- und Überwachungsziele** (§ 650 p Absatz 1). Soweit wesentliche der vorgenannten Ziele noch nicht vereinbart sind, hat der Unternehmer (Planer) dem Besteller zunächst eine Planungsgrundlage vorzulegen (§ 650 p Absatz 2). Nach Vorlage der Planungsgrundlage besteht gemäß § 650 r ein **befristetes Sonderkündigungsrecht des Bestellers**. Paragraph 650 q erklärt sämtliche allgemeinen werkvertraglichen und die meisten der bauvertraglichen Regelungen für anwendbar, nicht jedoch den vereinfachten Erlass einer einstweiligen Verfügung gemäß § 650 d. In § 650 s wird dem Planer ein **Anspruch auf Teilabnahme** eingeräumt, und zwar ab der Abnahme der letzten Leistung der/des bauausführenden Unternehmer(s). Von besonderer Bedeutung ist schließlich die Regelung des § 650 t, nach welcher der Planer wegen **Überwachungsfehlern** erst in Anspruch genommen werden kann, wenn dem gesamtschuldnerisch haftenden bauausführenden Unternehmer erfolglos eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt wurde.

5. Bauträgervertrag

In § 650 u wird nun auch der Bauträgervertrag im BGB definiert und teilweise das vorgenannte Werkvertrags-, teilweise das Kaufvertragsrecht für anwendbar erklärt.

Wie immer bei grundlegenden Gesetzesänderungen fördert erst die Anwendung in der Praxis die "versteckten" rechtlichen Probleme zutage. Wir werden Sie hierüber natürlich unterrichtet halten. Sollten Sie Fragen zum neuen BGB-Werkvertragsrecht haben, sprechen Sie uns gerne an.

FLORIAN WERNER • werner@zenk.com

MICHAEL BENEDIKT KROLL • kroll@zenk.com



SCHADENSERSATZ BEI VERWEIGERTER DULDUNG VON MODERNISIERUNGSMASSNAHMEN

— **Modernisierungsmaßnahmen in Zinshäusern stoßen immer wieder auf Widerstand der Mieter. Sei es, dass diese die Baumaßnahmen als solche verhindern oder eine daraus resultierende Mieterhöhung abwenden wollen. Vermieter sind trotz gegebenenfalls erheblicher Verzögerungen gehalten, die gesetzlichen Vorgaben einzuhalten. Ein unkoordiniertes oder überstürztes Vorgehen führt leider selten zum Erfolg.**

Ist der Mieter mit den ordnungsgemäß angekündigten Modernisierungsmaßnahmen nicht einverstanden, so kann er seine Verpflichtung zur Duldung der Maßnahmen bestreiten und seine Rechte wahren, ohne sich schadensersatzpflichtig zu machen. Die erforderliche Durchführung einer Klage auf Duldung der Modernisierungsmaßnahmen bleibt trotz der für den Vermieter gegebenenfalls erheblichen Bauverzögerung für den Mieter grundsätzlich folgenlos.

Ist der Mieter jedoch bereits rechtskräftig zur Duldung von Modernisierungsmaßnahmen verurteilt, dann kann eine weitere Verweigerungshaltung zu einer Schadensersatzpflicht des Mieters aus § 280 Abs. 1 BGB i.V.m. § 555d Abs. 1 BGB führen.

In dem vom Landgericht Berlin (Urteil vom 13. September 2016 – Aktenzeichen 63 S2 136/15) entschiedenen Fall hatte der Vermieter nach Vorliegen eines rechtskräftigen Urteils über einen Austausch der Fenster die Termine für die Ausführung angekündigt und seine Monteure losgeschickt. Die Monteure blieben, wie vom Mieter angekündigt, vor verschlossenen Türen stehen und lagerten daraufhin die Fenster ein.

Die vom Vermieter geltend gemachten Kosten für den erfolglosen Einbauversuch sowie die Lagerung der Fenster seien grundsätzlich als Schadensersatz erstattungsfähig.

>>

>>

Hinsichtlich der Einlagerungskosten durfte der Vermieter auch angesichts der bekannten Verweigerungshaltung der Mieter die Fenster für das gesamte Haus einheitlich bestellen. Die Einlagerungskosten seien eine direkte Folge der Pflichtverletzung und daher mieterseitig zu ersetzen.

Aufgrund der von den Mietern vorab mitgeteilten Zutrittsverweigerung seien die Kosten des Einbauversuchs für den Vermieter erkennbar vermeidbar gewesen. Er habe mit der Beauftragung des von vornherein aussichtslosen Einbauversuchs gegen seine Schadensminderungspflicht aus § 254 BGB verstoßen und müsse daher die Kosten selbst tragen.

Die selbstständige Umsetzung zu duldender Maßnahmen kann daher vermiete-terseitig mit weiteren Kosten und ggf. dem Aufwand für die gerichtliche Durchsetzung der Schadensersatzansprüche verbunden sein. Zur Vermeidung dessen kann einer fortdauernden Verweigerungshaltung der Mieter mit der Einleitung von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen begegnet werden.

VICTORIA-LUISE VOLLSTEDT • vollstedt@zenk.com



BETRIEBSKOSTENABRECHNUNG BEI ZUSAMMENFASSUNG VON EINZELPOSITIONEN FORMELL ORDNUNGSGEMÄSS

■ **Betriebskostenabrechnungen sind immer wieder Anlass für Streitigkeiten zwischen Vermietern und Mietern. Gerade dann, wenn die Vorauszahlungen für ein Abrechnungsjahr nicht ausgereicht haben, wird häufig einmal genauer hingeschaut.**

Bei der Überprüfung von Betriebskostenabrechnungen ist zu unterscheiden zwischen formellen und materiellen Mängeln der Abrechnung. Materielle Mängel sind inhaltliche Mängel, die auch nach der Abrechnung noch korrigiert werden können. Formelle Mängel sind so gravierende Fehler, dass die Abrechnung in Teilen oder sogar insgesamt unwirksam ist.



*Urteil des
Bundesgerichtshofes
vom 19. Juli 2017
(Az. VIII ZR 3/17)*

In dem vom Bundesgerichtshof mit Urteil vom 19. Juli 2017 – VIII ZR 3/17 entschiedenen Verfahren stritten die Parteien über die formelle Ordnungsmäßigkeit einer Betriebskostenabrechnung. Der Vermieter hatte eine mehrseitige Betriebskostenabrechnung verschickt. Auf der ersten Seite waren 15 Kostenpositionen für das Gesamtgrundstück aufgelistet, auf der zweiten Seite wurden die vier Umlageschlüssel angegeben und den Kostenpositionen der ersten Seite zugeordnet. Schließlich wurden die auf den Mieter entfallenden Gesamtkosten für jeden der vier Umlageschlüssel angegeben. Mit diesen "Sammelpositionen" war der Mieter nicht einverstanden. Seiner Ansicht nach fehlte die Angabe dazu, welcher konkrete Betrag von den auf der ersten Seite angegebenen 15 Kostenpositionen jeweils auf ihn umgelegt wurde.

Während das Berufungsgericht der Auffassung des Mieters noch gefolgt war, sah der Bundesgerichtshof dies anders:

>>

>>

Für die formelle Ordnungsmäßigkeit einer Betriebskostenabrechnung sei entscheidend, dass sie den allgemeinen Anforderungen des § 259 BGB entspricht, also eine geordnete Zusammenstellung der Einnahmen und Ausgaben enthält. Allzu strenge Anforderungen seien daran nicht zu stellen. Maßgeblich sei, dass die gemachten Angaben dem Mieter ermöglichten, die zur Verteilung anstehenden Kostenpositionen zu erkennen und den auf ihn entfallenden Anteil zu prüfen. Hierzu seien für die Abrechnung als Mindestangaben regelmäßig die Zusammenstellung der Gesamtkosten, die Angabe und – soweit erforderlich – die Erläuterung der zugrunde gelegten Verteilerschlüssel, die Berechnung des Anteils des Mieters und der Abzug der geleisteten Vorauszahlungen erforderlich. Diese Grundsätze der bisherigen Rechtsprechung wurden vom Bundesgerichtshof ausdrücklich bestätigt.

Diesen Grundsätzen entsprachen die vom Vermieter gebildeten Sammelpositionen je Umlageschlüssel. Diese Positionen ließen sich vom Mieter ohne Weiteres anhand der mehrseitigen Betriebskostenabrechnung auf die einzelnen Kostenpositionen rechnerisch aufteilen. Es sei nicht zu beanstanden, dass der Mieter für die Prüfung der Kostenanteile zwischen den einzelnen Seiten hin und her blättern und die dort enthaltenen Angaben gedanklich zusammenführen müsse. Damit ist höchstrichterlich entschieden: Der Mieter sollte rechnen können.

Formelle Mängel dürften nach der wiederholt bestätigten ständigen Rechtsprechung inzwischen nur noch anzunehmen sein, wenn die Abrechnung auch mit größerer Mühe rechnerisch und inhaltlich absolut nicht nachvollziehbar ist. Auch wenn es damit kaum noch unwirksame Abrechnungen geben dürfte, sollten Vermieter zur Vermeidung von Diskussionen und langwierigen Auseinandersetzungen dennoch auf eine klare und nachvollziehbare sowie inhaltlich zutreffende Betriebskostenabrechnung achten.

VICTORIA-LUISE VOLLSTEDT • vollstedt@zenk.com



DR. MARTIN DÜWEL
Fachanwalt für Verwaltungsrecht



DR. JAKOB STASIK

ZUR ZURECHNUNG DER LEISTUNGEN EINES RECHTSVORGÄNGERS BEI DER ANGEBOTSWERTUNG

■ Wenn ein Bieter nach dem Kauf eines anderen Unternehmens oder im Wege einer Vertragsübernahme als Rechtsnachfolger vollumfänglich in die Rechte und Pflichten des Rechtsvorgängers eintritt, können die Erfolge und die Qualität der Leistung des Rechtsvorgängers in die Wertung des Angebots des Bieters einfließen. So entschied die Vergabekammer des Bundes (Beschluss vom 8. August 2017 – VK 2-76/17 –).

Der Sachverhalt:

Hintergrund der Entscheidung ist die Vergabe eines Auftrags im Bildungsbereich. Die Bewertungsmatrix enthielt unter anderem einen Wertungsbereich "Bisherige Erfolge und Qualität der Leistung". Danach sollten Punkte nach dem Quotienten der erfolgreichen und erfolglosen Abschlüsse in vergleichbaren Bildungsmaßnahmen des Bieters vergeben werden. Für die Bieterin wurde nur eine einzige Bildungsmaßnahme als Referenz gewertet, die sie kurz zuvor von einem anderen Bildungsträger im Wege einer Vertragsübernahme übernommen hatte. Die Bieterin erhielt für vier der fünf Kriterien im Wertungsbereich VI null Punkte und wurde daraufhin bei der Vergabe nicht berücksichtigt.

Die Entscheidung:

Die Vergabekammer hielt den Nachprüfungsantrag für unbegründet. Der Misserfolg des Rechtsvorgängers sei bei der Angebotswertung des Rechtsnachfolgers zu berücksichtigen. Der Argumentation der Bieterin, dass ihr die Maßnahme im Wertungsbereich VI nicht zugerechnet werden könne, da die Ergebnisse in einem Zeitraum erzielt worden seien, in dem der Rechtsvorgänger und nicht sie selbst die Maßnahme durchgeführt habe, wurde nicht gefolgt.

Die Bieterin sei Rechtsnachfolgerin hinsichtlich der zugerechneten Maßnahme und trete in alle Rechte und Pflichten ein. Die berücksichtigte Maßnahme sei nach dem Kaufvertrag an die Bieterin übertragen und von dieser übernommen worden. Weil hierzu die Zustimmung des ursprünglichen Auftraggebers der Maßnahme erforderlich war, sei hierin eine Schuldübernahme im Sinne des

>>



Beschluss des
Bundeskartellamtes
vom 8. August 2017
(Az. VK2-76/17)

>>

§ 415 BGB zu sehen. Die Bieterin sei daher in die Rechtsstellung der Vorgängerin eingetreten. Allein durch diese rechtliche Beurteilung werde verhindert, dass Bietern die Möglichkeit eröffnet wird, sich durch die Übertragung schlecht ausgeführter Aufträge auf ein anderes Unternehmen dieses Makels zu entledigen und eine Bewertung auf deren Grundlage zu verhindern.

Die Bieterin konnte sich auch nicht damit entschuldigen, seit der Übernahme eine Vielzahl an Veränderungen im Bereich der Aufgabenerledigung des durch den Kaufvertrag übernommenen Geschäftsbereiches eingeführt zu haben, die eine Verbesserung ihrer Ergebnisse erwarten ließen. Veränderungen, welche die Ergebnisse verbessern sollen, seien erst dann zu berücksichtigen, wenn diese tatsächlich zu einer Verbesserung geführt haben. Die Rechtsnachfolgerin müsse sich insofern an demselben Maßstab messen lassen wie ursprünglich auch die Rechtsvorgängerin.

Offen bleibt, ob auch ältere, zur Zeit der Angebotsabgabe bereits abgeschlossene Referenzmaßnahmen berücksichtigt werden könnten. Dagegen spricht das Wesen einer Schuldübernahme. Denn nur bei einer laufenden Maßnahme ist die Schuld noch nicht erfüllt und ein Eintritt des Schuldners in die Rechte und Pflichten kommt in Betracht. Der Sinn und Zweck, zu verhindern, dass negative Bewertungen ausgegliedert werden, spricht hingegen dafür.

Ausblick:

Beim Kauf von Geschäftsbereichen anderer Unternehmen wie auch sonstigen Rechtsgeschäften, in deren Folge ein Rechtsnachfolgetatbestand begründet wird, sollte auch vergaberechtlich das umfassende "Zurechnungsrisiko" beachtet und ggf. im Vertrag bzw. beim Kaufpreis bewertet werden. Andernfalls könnte eine unangenehme Überraschung drohen. Gegen den Beschluss der Vergabekammer wurde sofortige Beschwerde eingelegt; ob der Beschluss der VK Bund vom Beschwerdegericht (OLG Düsseldorf, dortiges Aktenzeichen – VII Verg 41/17 –) aufrechterhalten wird, bleibt abzuwarten.

DR. MARTIN DÜWEL • duewel@zenk.com

DR. JAKOB STASIK • stasik@zenk.com



HAMBURG WAR AM SCHNELLSTEN

■ Die Freie und Hansestadt Hamburg (FHH) hat als erstes Bundesland die Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) in ihr Landesrecht übernommen. Die FHH hat die Umsetzung der Unterschwellenvergabeordnung im Dritten Gesetz zur Änderung des Hamburgischen Vergabegesetzes vom 18. Juli 2017, veröffentlicht im Hamburgischen Gesetz- und Verordnungsblatt vom 28. Juli 2017 (HambGVBl Nr. 23, Seite 222 ff.), vorgenommen. Das neue Hamburgische Vergabegesetz ist am 1. Oktober 2017 in Kraft getreten.

Die Vorschrift zur Übernahme der Unterschwellenvergabeordnung findet sich in § 2 a Abs. 1 Satz 1 Hamburgisches Vergabegesetz, in dem bestimmt wird, dass bei der Vergabe von öffentlichen Liefer- und Dienstleistungsaufträgen unterhalb der EU Schwellenwerte die Unterschwellenvergabeordnung in der Fassung vom 2. Februar 2017 in der jeweils geltenden Fassung anzuwenden ist.

Die Unterschwellenvergabeordnung ersetzt die bisher anzuwendende VOL/A.

Mit dem neuen § 2 a Abs. 1 erhält die Unterschwellenvergabeordnung in Hamburg Gesetzesrang.

Mit dem Verweis auf die Unterschwellenvergabeordnung ergeben sich weitere Verpflichtungen. So sind beispielsweise gem. § 21 Abs. 2 UVgO die allgemeinen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Leistungen auszuwenden.

Gleichzeitig wird allerdings auch die Anwendung der Unterschwellenvergabeordnung eingeschränkt. Dies gilt insbesondere für die §§ 38 - 40 UVgO mit den dort enthaltenen Regelungen zur elektronischen Kommunikation, der sog. E-Vergabe, zur Aufbewahrung und Öffnung von Teilnahmeanträgen und Angeboten. Da diese Vorgaben nach Auffassung der FHH einen zu großen Verwaltungsaufwand mit sich bringen, werden für die Anwendung dieser Regelungen bestimmte Wertgrenzen durch die für Grundsatzangelegenheiten des Vergaberechts zuständige Behörde angekündigt.

>>

>>

Die Regelungen der Sektorenverordnung sollen im Unterschwellenbereich nur soweit Anwendung finden, wie sie sinnvoll übertragbar sind. Diese Vorgabe wird von der FHH für erforderlich gehalten, weil die Unterschwellenvergabeverordnung teilweise restriktiver als die Sektorenverordnung sei.

Um eine Schlechterstellung von Sektorenauftraggebern nach § 100 GWB im Unterschwellenbereich zu vermeiden, können diese im Übrigen unterhalb der Schwellenwerte Bestimmungen der VOB/A (für den Baubereich) oder der Unterschwellenvergabeverordnung (für den Liefer- und Leistungsbereich) anwenden, soweit diese Bestimmungen für sie weniger einschränkende Regelungen im Vergleich zur Sektorenverordnung enthalten. Nach den Ausführungen der FHH in der Gesetzesbegründung gilt dies beispielsweise in Bezug auf von Auftraggebern einzuhaltende Fristen bei Vergabeverfahren, Anforderungen an Bekanntmachungen sowie hinsichtlich der Möglichkeit als Vergabeart eine beschränkte Ausschreibung ohne einen vorgeschalteten Teilnahmewettbewerb zu wählen.

In dem neuen § 2 a Abs. 2 Hamburgisches Vergabegesetz wird klargestellt, dass Konzessionen im Unterschwellenbereich nicht unter das Hamburgische Vergabegesetz fallen.

Neben der Umsetzung der Unterschwellenvergabeverordnung enthält das Gesetz zur Änderung des Hamburgischen Vergabegesetzes als weiteren zentralen Punkt die Anpassung des § 3 HmbVgG an die Rechtsprechung des EuGH zum Mindestlohn bei Einsatz von Nachunternehmern mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat. Nach § 3 Abs. 2 gilt die Pflicht zur Zahlung eines Mindestlohns gem. Mindestlohngesetz nunmehr nur noch dann, wenn die Leistung im Hoheitsgebiet der Bundesrepublik Deutschland erbracht wird. Diese Regelung setzt das Urteil des EuGH vom 18. September 2014 (C 549/13) um, in dem der EuGH entschieden hat, dass der vergaberechtliche Mindestlohn nicht auf Arbeitnehmer eines Nachunternehmers mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat erstreckt werden darf, wenn diese Arbeitnehmer den betreffenden Auftrag ausschließlich in diesem Staat ausführen.

>>

>>

Ebenfalls in § 3 des Hamburgischen Vergabegesetzes ist der alte Absatz 4 gestrichen worden. Dieser enthielt die Verpflichtung, bereits bei der Abgabe des Angebots die Art der tariflichen Bindung sowie die gezahlte Höhe des Stundenlohns anzugeben. Die FHH hat festgestellt, dass sich diese Regelung wegen der geforderten Detailtiefe der Nachweise als hohe bürokratische Hürde für potenzielle Auftragnehmer erwiesen habe. Die FHH stellt allerdings gleichzeitig klar, dass die Streichung der Regelung nicht zu einer materiellen Veränderung führt, weil die Bieter weiterhin zur Abgabe der Tariftreue- und Mindestlohnklärung verpflichtet sind.

Schließlich nennt die FHH als weiteren zentralen Punkt des Änderungsgesetzes die Verpflichtung zur vorrangigen Beschaffung fair gehandelter Produkte in besonderen Warengruppen gem. § 3 a Abs. 4 HmbVgG.

Die Regelung gibt dem öffentlichen Auftraggeber auf, fair gehandelte Produkte den Vorzug zu geben, sofern hierfür ein entsprechender Markt vorhanden und dies wirtschaftlich vertretbar ist. Ein Markt liegt dann vor, wenn mindestens zwei Unternehmen vergleichbare Produkte anbieten. Dagegen wird ein Markt verneint, wenn Produkte erstmals von einem einzigen Anbieter als fair gehandelt angeboten werden. Das Kriterium der wirtschaftlichen Vertretbarkeit entspringt dem übergreifenden Prinzip des Haushaltsvergaberechts und begrenzt die Vorgabe, fair gehandelten Produkten den Vorzug bei der Beschaffung zu geben. Sie ist nach Ausführung der FHH als Aufforderung an die öffentlichen Auftraggeber zu verstehen zu prüfen, ob trotz des zu erwartenden Mehrpreises für faire Produkte das sozialpolitische Ziel der Förderung des sozialen Handels im konkreten Einzelfall mit den haushaltsrechtlichen Erfordernissen in Einklang zu bringen ist.

Nachweise zum fairen Handel können insbesondere durch ein entsprechendes Gütezeichen erbracht werden, wobei daneben von der FHH auch Zertifizierungen, Eigenerklärungen u. ä. als mögliche Nachweise genannt werden. Die für Grundsatzangelegenheiten des Vergaberechts zuständige Behörde hat in diesem Zusammenhang die Möglichkeit, entsprechende Vorgaben festzulegen.

>>

>>

Im Übrigen enthält das dritte Gesetz zur Änderung des Hamburgischen Vergabegesetzes weitere redaktionelle Änderungen, Klarstellungen und Straffungen, auf die an dieser Stelle aus Platzgründen nicht eingegangen werden soll.

Die teilweise sehr unbestimmten Rechtsbegriffe, die in den Änderungen des Hamburgischen Vergabegesetzes enthalten sind, müssen in der Praxis noch mit konkretem Inhalt ausgefüllt werden. Bis dahin besteht noch eine gewisse Rechtsunsicherheit hinsichtlich der neuen Regelungen.

Für Erläuterungen und Beratungen stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.

DR. RALF HÜTING • hueting@zenk.com



GEPLANTE NOVELLE DER HAMBURGISCHEN BAUORDNUNG ZUR ERLEICHTERUNG DES WOHNUNGSBAUS UND ZUR UMSETZUNG EUROPA-RECHTLICHER VORGABEN

■ Mit der geplanten Novelle der Hamburgischen Bauordnung (HBauO) soll der Wohnungsbau erleichtert werden, z. B. durch geringere Anforderungen an Aufstockungen. Außerdem soll die HBauO an EU-rechtliche Vorgaben angepasst werden, z. B. durch die Einführung einer Öffentlichkeitsbeteiligung im Baugenehmigungsverfahren für Vorhaben, die in der Nähe von Störfallbetrieben geplant sind.

Genehmigungserleichterungen

Um im Interesse der Nachverdichtung Aufstockungen zu erleichtern, soll die Pflicht, bei Gebäuden mit einer Höhe von mehr als 13 m Aufzüge einzubauen (§ 37 Abs. 4 HBauO), entfallen, soweit bei bestehenden Gebäuden zusätzlicher Wohnraum durch Änderung des Dachgeschosses oder durch die Errichtung zusätzlicher Geschosse geschaffen wird.

Darüber hinaus plant der Landesgesetzgeber u. a. zur Erleichterung von Aufstockungen, den Einsatz von Holz als Baustoff zu erleichtern. Zukünftig werden Holzbauten in Hamburg bis zur Hochhausgrenze von 22 m Höhe zulässig sein.

Darüber hinaus sollen durch eine Ergänzung des § 69 HBauO Abweichungen von bauordnungsrechtlichen Vorschriften dann zulässig sein, wenn bei bestehenden Gebäuden zusätzlicher Wohnraum durch die Änderung des Dachgeschosses oder durch die Errichtung zusätzlicher Geschosse geschaffen wird und das Vorhaben ansonsten nicht oder nur mit unzumutbarem Aufwand verwirklicht werden kann und keine Sicherheitsbedenken, insbesondere hinsichtlich des Brandschutzes, bestehen. Inwieweit durch diese Regelung tatsächlich Dachausbauten und Aufstockungen erleichtert werden, bleibt abzuwarten, da bisher derartige Vorhaben oft gerade daran scheitern, dass die Brandschutzbestimmungen z. B. im Hinblick auf die Rettungswegsituation nicht eingehalten werden können.

>>

>>

Umsetzung der Seveso III-Richtlinie

Nach dem Urteil des EuGH vom 15. September 2011 – Rs. C-53/10 – sind die nach der Störfallrichtlinie erforderlichen angemessenen Sicherheitsabstände zwischen Störfallbetrieben und schutzbedürftigen Nutzungen (z. B. Wohnnutzungen) in vorhabenbezogenen Genehmigungsverfahren (z. B. Baugenehmigungsverfahren) zu prüfen, wenn die Störfallbelange nicht in einer Bauleitplanung berücksichtigt worden sind. Außerdem ist nach der Seveso III-Richtlinie die Öffentlichkeit an Genehmigungsverfahren für störfallrelevante Vorhaben zu beteiligen. Dementsprechend beabsichtigt der Landesgesetzgeber, erstmals eine Öffentlichkeitsbeteiligung im Baugenehmigungsverfahren einzuführen, und zwar u. a. für die Errichtung, Änderung oder Nutzungsänderung von Wohngebäuden mit einer Größe von insgesamt mehr als 5.000 m² Bruttogrundfläche oder der Errichtung bestimmter Sonderbauten (z. B. Krankenhäuser), sofern sich die betroffene Anlage innerhalb des angemessenen Sicherheitsabstandes eines Betriebsbereichs eines Störfallbetriebes (z. B. einer Fabrik oder eines Kraftwerks) befindet.

Novellierung des Bauproduktenrechts

Bisher haben die Bundesländer durch sog. Bauregellisten zusätzliche inhaltliche Anforderungen an den Marktzugang und die Verwendung von Bauprodukten gestellt, die mit der CE-Kennzeichnung versehen sind. Da dies nach dem Urteil des EuGH vom 16. Oktober 2014 – Rs. C-100/13 – unionsrechtswidrig ist, soll das Bauproduktenrecht der HBauO so geändert werden, dass künftig jedes Bauprodukt, das die CE-Kennzeichnung trägt, verwendet werden darf, wenn die erklärten Leistungen den in diesem Gesetz oder aufgrund dieses Gesetzes festgelegten bauwerksseitigen Anforderungen für diese Verwendung entsprechen.

Weitere Änderungen

Aufgrund der teilweise negativen Erfahrungen mit dem sehr beschränkten Prüfprogramm des vereinfachten Baugenehmigungsverfahrens (§ 61 HBauO) haben die Bauaufsichtsbehörden künftig u. a. in diesen Verfahren auch zu prüfen, ob das Baugrundstück i. S. d. HBauO ordnungsgemäß erschlossen ist. Außerdem werden künftig Baumfällgenehmigungen, die für Bauvorhaben erforderlich sind, auch im Rahmen vereinfachter Baugenehmigungsverfahren erteilt, müssen also nicht mehr vom Bauherrn gesondert beantragt werden.

>>

>>

Umgekehrt soll das Prüfprogramm der Bauaufsichtsbehörden im Baugenehmigungsverfahren mit Konzentrationswirkung (§ 62 HBauO) reduziert werden. So sollen künftig alle behördlichen Zulassungen zur Einrichtung der Baustelle (z. B. Erlaubnisse für Baustellenzufahrten) erst nach Erteilung der Baugenehmigung beantragt werden müssen. Damit wird der Erfahrung Rechnung getragen, dass die notwendigen Informationen zur Beantragung dieser Erlaubnisse im Zeitpunkt der Erteilung der Baugenehmigung oft noch nicht vorliegen.

Im Gesetzgebungsverfahren wird zudem eine Verkürzung der Geltungsdauer von Baugenehmigungen von drei auf zwei Jahren diskutiert, mit der das Bauen beschleunigt werden soll. Seitens der Immobilienbranche wird diese erwogene Änderung kritisiert, und zwar insbesondere unter Hinweis darauf, dass Verzögerungen in der Umsetzung von Bauvorhaben in der Regel auf Schwierigkeiten bei der Projektfinanzierung oder der Erlangung weiterer für das Projekt erforderlicher Genehmigungen beruhen und damit auf Hindernissen, die durch die Verkürzung der Genehmigungsfrist nicht beseitigt werden.

Eher symbolische Bedeutung dürfte hingegen die geplante Einführung einer grundsätzlich dreimonatigen Verfahrensfrist für das Bauvorbescheidsverfahren in § 63 HBauO haben.

Insgesamt ist die geplante HBauO-Novelle positiv zu bewerten, da damit Genehmigungshindernisse reduziert und damit insbesondere die Schaffung nach wie vor dringend benötigten zusätzlichen Wohnraums in gut erschlossenen Lagen erleichtert würde.

Die Novelle wird voraussichtlich Anfang 2018 in Kraft treten.

DR. WOLFGANG HOPP • hopp@zenk.com



ENTLASSUNG AUS PROBEBEAMTENVERHÄLTNIS – "WER KRANK IST, IST KRANK"

■ Der Verdacht des sogenannten "Krankfeierns" - wenn ein Arbeitnehmer sich trotz Krankschreibung "eine schöne Zeit macht" - kann im Einzelfall einen wichtigen Grund für eine fristlose Kündigung gemäß § 626 BGB darstellen, insbesondere wenn die Erkrankung lediglich vorgetäuscht ist. Dass Gleiches auch im Beamtenverhältnis auf Probe gilt und die sofortige Vollziehbarkeit einer Entlassung rechtfertigen kann, hat das Verwaltungsgericht Cottbus kürzlich in einem Eilverfahren entschieden (vgl. Beschluss vom 23. Juni 2017, Az. 4 L 110/17).

Sowohl nach dem Bundesbeamtengesetz (BBG) als auch dem Beamtenstatusgesetz (BeamtStG) können Beamte auf Probe entlassen werden, wenn sie sich in der Probezeit nicht in vollem Umfang bewährt haben. Die Entscheidung über die Bewährung bezieht sich auf die Eignung, Befähigung und fachliche Leistung und erfolgt anhand eines strengen Maßstabs.

Der in dem vorliegenden Fall entlassene Polizist nahm an einem 16 Kilometer langen Hindernislauf teil. Dieser führte über Sandkuhlen, durch Tunnel, über natürliche Hindernisse, Stolperfallen, Strohbällen, Schlammgräben und weitere Unannehmlichkeiten. Die Teilnahme war insofern bedenklich, als sich der Polizist zuvor unter Vorlage eines ärztlichen Attestes wegen einer Fußverletzung krankgemeldet hatte. Durch das Verhalten des Polizisten sei nicht nur dessen Arbeitsunfähigkeit offenkundig widerlegt worden, dieser Missbrauch der Krankschreibung habe darüber hinaus ein außergewöhnliches Ausmaß erreicht, so das Verwaltungsgericht. Sowohl der Dienstherr als auch das Verwaltungsgericht Cottbus waren sich einig, dass ein solches Fehlverhalten Zweifel an der charakterlichen Eignung des Probebeamten begründe. Obwohl bislang keine Verstöße gegen die dienstliche und außerdienstliche Wohlverhaltenspflicht seitens des Polizeibeamten vorlagen, werde das Vertrauensverhältnis durch das Fehlverhalten derart gestört, dass ein Verbleib im Beamtenverhältnis auf Probe nicht mehr möglich sei.

>>

>>

Erschwerend kam hinzu, dass sich der Polizist in den sozialen Medien unter Angabe seines Berufs mit seinem sportlichen Erfolg rühmte. Dadurch habe er in untragbarer Weise das Ansehen der Beamtenschaft in auch noch veröffentlichter Weise geschädigt. Die Schwere der Verfehlung rechtfertige die sofortige Vollziehbarkeit der Entlassung.

Im Probebeamtenverhältnis kommt mithin die Entlassung des Probebeamten nicht erst dann in Betracht, wenn disziplinarisch gegen ihn wegen Vortäuschung der Dienstunfähigkeit durch den Dienstherrn vorgegangen wird, sondern schon mit Blick darauf, dass dieses Verhalten Rückschlüsse auf das Fehlen der charakterlichen Eignung des Probebeamten zulässt und damit zur Folge hat, dass er mangels Bewährung nicht zum Lebenszeitbeamten ernannt werden kann, sondern vielmehr aus dem (Probe-)Beamtenverhältnis entlassen wird.

CLAUDIA GEHRICKE • gehricke@zenk.com



VORRANGIGKEIT VON GESELLSCHAFTERSICHERHEITEN ZUR RÜCKFÜHRUNG EINES DARLEHENS IM INSOLVENZFALL

— Mit Urteil vom 13. Juli 2017 (Az.: IX ZR 173/16) hat der Bundesgerichtshof (BGH) entschieden, dass Gesellschaftersicherheiten, welche ein Darlehen absichern, das von einem Dritten an die Gesellschaft gewährt wird, vorrangig zur Rückführung des Darlehens vor etwaigen Sicherheiten, welche die Gesellschaft selbst gewährt hat, heranzuziehen sind. Anderenfalls ist die durch Mittel der Gesellschaft erfolgte Darlehensrückführung gegenüber dem Gesellschafter im Insolvenzfall anfechtbar nach § 135 Abs. 2 Insolvenzordnung (InsO) und führt zu dessen Zahlungspflicht.



Urteil des
Bundesgerichtshofes
vom 13. Juli 2017
(Az. IX ZR 173/16)

Der Hintergrund der Entscheidung des BGH war eine Kreditlinie, welche eine Bank einer Kommanditgesellschaft gewährt hatte. Zur Absicherung der Kreditlinie hatten sowohl die Kommanditgesellschaft selbst als auch der alleinige Kommanditist, der zugleich Alleingesellschafter und Geschäftsführer der Komplementärin war, Sicherheiten gewährt. Die Kommanditgesellschaft hatte zu diesem Zweck ihre Kundenforderungen abgetreten. Der Gesellschafter hatte eine Höchstbetragsbürgschaft gewährt. Kurz vor Insolvenzantragstellung über das Vermögen der Kommanditgesellschaft wurde die Kreditlinie bei der Bank mittels der abgetretenen Kundenforderungen vollständig zurückgeführt. Der Insolvenzverwalter der Kommanditgesellschaft hat nach Insolvenzeröffnung unmittelbar den Gesellschafter auf Zahlung gemäß §§ 135 Abs. 2, 143 InsO in Höhe der Rückführung des Darlehens in Anspruch genommen. Der BGH hat in letzter Instanz dieser Klage stattgegeben.

Maßgeblich war hier, dass durch die Kreditrückführung eine Gläubigerbenachteiligung im Sinne von §§ 129, 135 Abs. 1 und 2 InsO stattgefunden hatte, da Vermögen der Kommanditgesellschaft (und zwar deren Forderungen gegen Kunden) zur Tilgung verwertet wurde, obwohl der Gesellschafter aufgrund der übernommenen Höchstbetragsbürgschaft im Verhältnis zur Kommanditgesellschaft vorrangig zur Befriedigung des Kredites verpflichtet war.

>>

>>

Anfechtungsgegner ist in solchen Fällen nicht etwa die Bank, welche im Falle insolvenzfester Kreditsicherheiten wählen kann, welche Sicherheiten sie verwertet. Es handelt sich vielmehr um einen Direktanfechtungsanspruch gegen den Gesellschafter. Dieser ist in dem Umfang zur Zahlung an die Insolvenzmasse verpflichtet, in welchem er durch die Verwertung der Sicherheit aus dem Vermögen der Gesellschaft von seiner eigenen Sicherheitsverpflichtung freigeworden ist – die von ihm gewährte Sicherheit lebt damit quasi wieder auf.

Im Ergebnis sollten sich Gesellschafter des Risikos bewusst sein, dass sie trotz Doppelbesicherung von Darlehen stets vorrangig in Anspruch genommen werden könnten. Zu berücksichtigen ist dabei auch, dass die Frist des § 135 Abs. 2 InsO die Anfechtung von Darlehensrückführungen, bei denen Gesellschafter von Sicherheiten-Verbindlichkeiten befreit wurden, die bis zu einem Jahr vor einer Insolvenzantragstellung stattgefunden haben, möglich macht.

Für Fragen im Zusammenhang mit der Thematik der Insolvenzanfechtung stehen wir Ihnen gern zur Verfügung.

DANIELA SCHNELL • schnell@zenk.com

ZENK TALK | Arbeitsrecht für Unternehmer

"Haftungsbegrenzung für Arbeitnehmer – gilt die auch für Führungskräfte?"

Im September 2017 fand erneut ein arbeitsrechtlicher "ZENK TALK für Unternehmer" statt. Interessierte Unternehmer und Führungspersönlichkeiten konnten sich ein Bild zur Frage verschaffen, ob die Haftungserleichterungen für Arbeitnehmer auch für Führungskräfte gelten. Diese Fragestellung beschäftigt zurzeit auch die Gerichte. Nach einem informativen und kurzweiligen Vortrag unserer Arbeitsrechtlerin Frau Dr. Voggenreiter zu den Grundsätzen dieser Haftung rundete ein reger Austausch der Anwesenden bei Fingerfood und Wein dann den Abend ab.

DR. CLAUDIA VOGGENREITER • voggenreiter@zenk.com

NEU AM STANDORT BERLIN**Kamila Fietz, LL.M.**

Wir freuen uns, dass Frau Rechtsanwältin Kamila Fietz seit Juli 2017 das Team des Immobiliendepartements an unserem Berliner Standort verstärkt.

Frau Fietz ist in Prag geboren und hat in Berlin und San Francisco studiert. Nach dem 1. Staatsexamen erfolgte eine wissenschaftliche Mitarbeit an der Humboldt Universität zu Berlin im allgemeinen Zivilrecht mit anschließendem Masterstudium in International Transactions and Comparative Law an der University of San Francisco, School of Law. Das Referendariat absolvierte sie in Berlin mit dem Schwerpunkt Immobilienrecht. Nach ihrer Zulassung als Rechtsanwältin in 2015 arbeitete Frau Fietz in einer ausschließlich auf Immobilienrecht spezialisierten Kanzlei in Berlin Charlottenburg. Ihre Beratungsschwerpunkte bei ZENK Rechtsanwälte liegen im gewerblichen Mietrecht, Bau- und Architektenrecht.

Fremdsprachen: Englisch, Tschechisch