

## EDITORIAL


**Liebe Leserinnen,  
liebe Leser,**

in allen Medien werden wir in diesem Herbst daran erinnert, welche gewaltigen Umbrüche vor genau 100 Jahren in

unserer Gesellschaft begonnen haben.

Ein wichtiges Ziel war die Schaffung eines sozialen Rechtsstaates. Ein Vergleich der Rechtsordnungen von vor 100 Jahren und heute zeigt eine Entwicklung, von der die meisten Menschen damals nur geträumt hätten.

Wir dürfen aber vor dem Hintergrund des Erreichten nicht der Versuchung erliegen, unseren Rechtsstaat für selbstverständlich zu erachten. Dies zeigen die Entwicklungen in anderen Ländern, in denen die Bürgerrechte und die Rechte der Justiz zurückgefahren werden. Auch bei uns muss der Rechtsstaat verteidigt und mit Augenmaß an die modernen Herausforderungen angepasst werden.

Der Umgang mit den sozialen Medien, wie z. B. mit den dort bewusst verbreiteten „fake news“ muss einen Rechtsrahmen erhalten. Algorithmen und künstliche Intelligenz, die immer mehr Bereiche unseres Lebens erfassen, aber nur noch von sehr wenigen Menschen verstanden werden, stellen ohne einen rechtlichen Rahmen eine Gefährdung unseres Rechtsstaates dar.

Es ist viel erreicht worden seit dem Herbst 1918. Lassen Sie uns sorgsam damit umgehen.

Herzlichst Ihr

**Dr. Ralf Hüting**

## INHALT

**Privates Baurecht**

**Verjährung: Wann ist sie durch "Verhandlungen" gehemmt?**

[mehr dazu...](#)

**Wohnraummietrecht**

**Mieterhöhung oder Modernisierung? Regierungsentwurf zu neuen Spielregeln liegt vor**

[mehr dazu...](#)

**Mietverhältnis wirksam beendet trotz Schonfristzahlung**

[mehr dazu...](#)

**AGB-Recht, Maklerrecht**

**Rückerstattung der Maklerprovision nach unklarer Belehrung auf Immobilienscout 24**

[mehr dazu...](#)

**Privates Baurecht**

**VOB/B-Vertrag: Mängelbeseitigungskosten vor Abnahme nur nach ordnungsgemäßer Kündigung!**

[mehr dazu...](#)

**Insolvenzrecht**

**Achtung: Ist Ihre D&O-Versicherung ausreichend?**

[mehr dazu...](#)

**Grundstückskaufverträge der öffentlichen Hand**

**Mehrerlösabschöpfung aufgrund Allgemeiner Geschäftsbedingungen in Grundstückskaufverträgen mit der öffentlichen Hand**

[mehr dazu...](#)

**Vergaberecht**

**Ordnungsgemäße Dokumentation im Vergabeverfahren – der beste Schutz gegen Nachprüfungsverfahren!**

[mehr dazu...](#)

**Kommunalabgabenrecht**

**Beiträge ohne Grenzen?**

[mehr dazu...](#)

**Öffentliches Baurecht**

**Bundesverwaltungsgericht weitet Nachbarschutz gegen Befreiungen aus**

[mehr dazu...](#)

**"Riesenposter" als bauliche Anlage?**

[mehr dazu...](#)

**Lebensmittelrecht / Verpackungsrecht**

**Das neue Verpackungsgesetz**

[mehr dazu...](#)

**In eigener Sache**

**Wir ziehen um**

[mehr dazu...](#)

## IMPRESSUM

ZENK Rechtsanwälte Partnerschaft mbB | [www.zenk.com](http://www.zenk.com)  
Copyright © ZENK Rechtsanwälte. Weiterverbreitung der Inhalte nur unter Angabe der Quelle. Alle Rechte vorbehalten.  
Verantwortlich: Dr. Wolfgang Hopp ([hopp@zenk.com](mailto:hopp@zenk.com)),  
Kamila Fietz ([fietz@zenk.com](mailto:fietz@zenk.com))  
Layout, Anregungen: Monika Janoschka ([janoschka@zenk.com](mailto:janoschka@zenk.com))

ZENK | HAMBURG  
Hartwicusstraße 5  
22087 Hamburg  
Tel +49 40 226640  
Fax +49 40 2201805  
[hamburg@zenk.com](mailto:hamburg@zenk.com)

ZENK | BERLIN  
Reinhardtstraße 29  
10117 Berlin  
Tel +49 30 2475740  
Fax +49 30 2424555  
[berlin@zenk.com](mailto:berlin@zenk.com)



## ZU DEN ANFORDERUNGEN AN EINE VERJÄHRUNGSHEMMUNG DURCH VERHANDLUNGEN GEMÄSS § 203 BGB

■ **Alle Jahre wieder... Regelmäßig werden am Ende eines Jahres Ansprüche gerichtlich geltend gemacht, um die Verjährung durch Rechtsverfolgung gemäß § 204 BGB zu hemmen. Bei Ansprüchen wegen mangelhafter Bauleistungen beginnt (und endet) die Verjährungsfrist allerdings nicht am Jahresende, sondern richtet sich gemäß § 634a Abs. 2 BGB nach dem Zeitpunkt der Abnahme der (mangelhaften) Werkleistung. Sollte das ursprünglich errechnete Ende einer solchen Verjährungsfrist bereits verstrichen sein, kann manchmal noch § 203 BGB helfen. Danach kann eine Hemmung der Verjährung auch durch innerhalb der Verjährungsfrist geführte Verhandlungen eintreten mit der Folge, dass sich die Verjährungsfrist zunächst um diesen Zeitraum verlängert.**

Die allgemeine Wirkung einer Verjährungshemmung ist gemäß § 209 BGB nämlich, dass der Zeitraum, während dessen die Verjährung gehemmt ist, in die Verjährungsfrist nicht eingerechnet wird.

Im Falle der Hemmung durch Verhandlungen kommt gemäß § 203 Satz 2 BGB hinzu, dass die Verjährung frühestens drei Monate nach dem Ende der Hemmung, d. h. dem Ende der Verhandlungen, eintritt. Dies kann für den Anspruchsinhaber zu dem erfreulichen (und häufig unverhofften) Ergebnis führen, seinen Anspruch doch noch (zum Teil weit) nach dem ursprünglich errechneten Ende der Verjährungsfrist geltend machen zu können. Voraussetzung ist, dass während der ursprünglichen Verjährungsfrist mindestens einmal "Verhandlungen über den Anspruch oder die den Anspruch begründenden Umstände" geführt wurden. Doch was ist unter diesem Wortlaut des § 203 BGB eigentlich zu verstehen?

Mit dieser Frage hatte sich vor kurzem das Landgericht Karlsruhe (LG) zu beschäftigen und stellt in seinem Urteil vom 20. Juli 2018 (Az.: 6 O 320/17) noch einmal deutlich heraus, dass der Begriff "Verhandlungen" nach § 203 BGB weit auszulegen sei, als Mindestvoraussetzung aber ein Meinungs-austausch zwischen den Parteien stattgefunden haben müsse.

>>

&gt;&gt;

Der Entscheidung des LG lag (vereinfacht) folgender Sachverhalt zu Grunde: Eine Wohnungseigentümergeinschaft (WEG) verklagte ihren Bauträger (B) wegen diverser Mängel an Sonder- und Gemeinschaftseigentum. Die Klage wurde jedoch erst eineinhalb Monate nach dem Ablauf der Verjährungsfrist erhoben. Kurz vor Ablauf der Verjährungsfrist hatte die WEG ihre Ansprüche telefonisch gegenüber dem Rechtsanwalt des B angemeldet. Dieser teilte in dem Telefonat mit, er müsse zunächst seine Bevollmächtigung klären. Später wies er per Telefax die von der WEG angemeldeten Ansprüche gegen B zurück. Die WEG meint nun, dass die Verjährung durch ihre "Verhandlungen" mit dem Rechtsanwalt des B gehemmt sei und sie ihre Ansprüche somit noch gerichtlich geltend machen könne.

Dies sieht das LG Karlsruhe anders und weist in seiner Entscheidung die Klage der WEG wegen Verjährung ihrer möglichen Ansprüche ab. Das Telefonat der WEG mit dem Rechtsanwalt des B wertet das LG nicht als "Verhandlungen" im Sinne des § 203 BGB. Die Mitteilung des Rechtsanwalts, zunächst seine Bevollmächtigung zu klären, stelle ebenso wie das darauf folgende Fax, mit dem er lediglich die bereits zuvor schon durch B gegenüber der WEG geäußerte Rechtsauffassung wiederholte, keinen "Meinungsaustausch im Sinne eines Überprüfens" dar. Ein solcher sei aber – obwohl der Begriff "Verhandlungen" weit auszulegen sei – unabdingbar, um verjährungshemmende Verhandlungen im Sinne des § 203 BGB bejahen zu können.

MICHAEL BENEDIKT KROLL • [kroll@zenk.com](mailto:kroll@zenk.com)



## VERÄNDERUNGEN BEI MIETERHÖHUNGEN UND MODERNISIERUNGSMASSNAHMEN – DER REGIERUNGSENTWURF DES MIETRECHTSANPASSUNGSGESETZES (MIETANPG) LIEGT VOR

Die Spielregeln für Modernisierungsmaßnahmen und Mieterhöhungen sollen sich ändern. Nachdem die Modernisierungsmieterhöhung als zahnloser Tiger kritisiert wurde, waren bereits im Koalitionsvertrag eine Nachjustierung und Verbesserung des Mieterschutzes als Zielsetzung definiert.



Mietrechtsanpassungsgesetz vom 05.09.2018

Die im Koalitionsvertrag verankerten Eckpunkte wurden mit dem Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Ergänzung der Regelungen über die zulässige Miethöhe bei Mietbeginn und zur Anpassung der Regelungen über die Modernisierung der Mietsache vom 5. September 2018 nun konkretisiert:

- Vermieter sollen schon vor Abschluss des Mietvertrages darüber Auskunft erteilen müssen, wie hoch die Miete ein Jahr vor der Beendigung des Mietvertrages war und ob sich der Vermieter auf eine Ausnahme von der nach § 556d BGB zulässigen Miethöhe beruft.
- Der Umlagesatz von bisher 11 % soll auf 8 % abgesenkt werden, sofern es sich um Gebiete mit abgesenkter Kappungsgrenze handelt. Bei Inkrafttreten eines entsprechenden Gesetzes ist davon auszugehen, dass in Hamburg und Berlin künftig nur noch 8 % der Modernisierungskosten umgelegt werden können.
- Der Betrag, um den der Vermieter die Miete nach einer Modernisierung erhöhen kann, soll in jedem Fall auf 3,00 € je Quadratmeter Wohnfläche innerhalb von 6 Jahren gekappt werden.
- Für kleinere Modernisierungsmaßnahmen bis zu einem Umfang von 10.000,00 € pro Wohnung wird ein vereinfachtes Verfahren eingeführt.



Die Bundesregierung  
Aktuelles: Mehr  
Rechte für Mieter

Die vorgesehenen Änderungen können nach den im Regierungsentwurf vorgesehenen Übergangsvorschriften auch derzeit laufende Modernisierungsmaßnahmen betreffen. Dabei kommt es darauf an, ob und wenn ja, wann die Modernisierungsmaßnahmen ordnungsgemäß angekündigt wurden.

>>

>>

Ist eine ordnungsgemäße Modernisierungsankündigung dem Mieter noch unter Geltung des alten Rechtes zugegangen, dann ist die reduzierte Umlage von 8% sowie die Kappungsgrenze von 3,00 € je Quadratmeter nicht anwendbar.

Hat der Vermieter dem Mieter keine Modernisierungsankündigung zukommen lassen oder entspricht diese nicht den gesetzlichen Anforderungen, dann kommt es für das anwendbare Recht darauf an, wann die Mieterhöhungserklärung dem Mieter zugegangen ist. Ist dies noch vor dem Inkrafttreten des neuen Gesetzes geschehen, soll die bisherige Rechtslage gelten. Bei einem Zugang der Mieterhöhungserklärung nach Inkrafttreten der Gesetzesänderung soll bereits die neue Rechtslage gelten. Im Rahmen einer Mieterhöhung wird daher auch die Wirksamkeit der Modernisierungsankündigung ggfs. gerichtlich überprüft werden müssen.

Bei nun kurz bevorstehenden Modernisierungsmaßnahmen sollte daher für die Anwendbarkeit des bisher geltenden Rechtes eine den Anforderungen des §§ 555c BGB genügende, ordnungsgemäße Ankündigung der Maßnahmen mindestens 3 Monate vor Beginn gegenüber dem Mieter in Textform erfolgen.

VICTORIA-LUISE VOLLSTEDT • [vollstedt@zenk.com](mailto:vollstedt@zenk.com)



## SCHONFRISTZAHLUNGEN VERSCHONEN DEN MIETER NICHT VOR DEN WIRKUNGEN EINER ORDENTLICHEN KÜNDIGUNG

■ Gleich in zwei Fällen hatte der Bundesgerichtshof am 19. September 2018 über die Frage zu entscheiden, ob ein Wohnraummietverhältnis durch eine ordentliche Kündigung des Vermieters wegen Mietrückständen wirksam beendet werden konnte. Die Mieter hatten die Mietrückstände jeweils innerhalb der sogenannten Schonfrist ausgeglichen, sodass die ebenfalls ausgesprochenen fristlosen Kündigungen aus wichtigem Grund nachträglich unwirksam wurden.

In beiden Verfahren hatten die Vermieter Räumungsklage erhoben, nachdem sie den Mietern wegen rückständiger Mieten fristlos sowie hilfsweise fristgerecht gekündigt hatten. In beiden Fällen hatten die Mieter die Mietrückstände sofort beglichen, nachdem ihnen die Kündigungserklärungen zugegangen waren.



*Presseerklärung des  
Bundesgerichtshofs  
vom 19.09.2018 zu  
Az.: VIII ZR 231/17  
und VIII ZR 261/17*

Das Landgericht Berlin hatte die Räumungsklagen abgewiesen mit der Begründung, dass die Mietverhältnisse aufgrund der fristlosen Kündigungen sofort beendet worden seien und die ordentlichen Kündigungen somit "ins Leere" gelaufen seien. Da die Mieter die Mietrückstände jedoch im Rahmen der "Schonfrist" des § 569 Absatz 3 Nr. 2 BGB ausgeglichen hatten, seien die durch die fristlosen Kündigungen zunächst entstandenen Ansprüche auf Räumung und Herausgabe erloschen. § 569 Absatz 3 Nr. 2 BGB regelt i. V. m. § 543 Absatz 2 Satz 1 Nr. 3 BGB, dass eine fristlose Kündigung aus wichtigem Grund unwirksam wird, wenn der Vermieter spätestens bis zum Ablauf von zwei Monaten nach Eintritt der Rechtshängigkeit des Räumungsanspruchs hinsichtlich der fälligen Miete befriedigt wird oder sich eine öffentliche Stelle zur Befriedigung verpflichtet.

>>

>>

Der Ansicht des Landgerichts schloss sich der Bundesgerichtshof nicht an. In seiner Begründung stellt der BGH klar, dass die Wirkung der Schonfristzahlung gemäß § 569 Absatz 3 BGB nicht nur den Anspruch auf Räumung und Herausgabe nachträglich erlöschen lässt, sondern die Wirkung der fristlosen Kündigung rückwirkend insgesamt entfallen lässt. Insoweit greifen parallel ausgesprochene ordentliche Kündigungen entgegen der Ansicht des Landgerichts nicht ins Leere, sondern kommen im Falle der rückwirkenden Unwirksamkeit der fristlosen Kündigung hilfsweise zum Tragen, sodass sich der Vermieter gegen die Wirkung der Schonfristzahlung insoweit absichern kann.

Da die ordentliche Kündigung in einem solchen Zusammenhang auf eine schuldhaft nicht unerhebliche Pflichtverletzung der vertraglichen Pflichten des Mieters gestützt ist (gemäß § 573 Absatz 2 Nr. 1 BGB), bleibt zu prüfen, ob unter Berücksichtigung der Gesamtumstände des konkreten Einzelfalles die Berufung des Vermieters auf die ordentliche Kündigung wegen des Ausgleichs der Mietrückstände nach Erhalt der Kündigung treuwidrig erscheint.

Insgesamt bleibt für die Vermieterseite festzuhalten, dass eine fristlose Kündigung wegen Mietrückständen weiterhin immer mit einer hilfsweisen ordentlichen Kündigung verbunden werden sollte, und für die Mieterseite, dass Mietrückstände auch dann die wirksame Beendigung des Mietverhältnisses begründen können, wenn diese nach Erhalt der Kündigung ausgeglichen werden.

KAMILA FIETZ • [fietz@zenk.com](mailto:fietz@zenk.com)



## ÜBER DIE BEDEUTUNG EINER EINDEUTIGEN UND KLAREN BELEHRUNG: RÜCKERSTATTUNG DER MAKLERPROVISION NACH UNKLARER BELEHRUNG AUF IMMOBILIENSCOUT 24 ERFOLGREICH!

■ **Wird ein Vertrag außerhalb von Geschäftsräumen oder im Fernabsatz abgeschlossen, darf der Verbraucher sich von dem Vertrag mit dem Unternehmer wieder lösen. Das Widerrufsrecht aus § 312g BGB darf der Verbraucher gem. § 355 Abs. 1, Abs. 2 BGB innerhalb einer Frist von 14 Tagen ausüben – sofern er ordnungsgemäß über dieses Recht belehrt wurde.**

Bei Maklerverträgen hat dieses Widerrufsrecht eine besondere Bedeutung, weil die Leistung des Maklers in der Übersendung des Exposés und in der Benennung von Kontaktdaten besteht. Diese Informationen können als immaterielles Gut nicht verpackt und in einem praktischen Karton an den Versender retourniert werden. Im Falle eines Widerrufs besteht für den Makler die Gefahr, dass die Vermittlung eines Kauf- oder Mietobjektes erfolgreich war, ohne dass der Makler hierfür eine Provision behalten darf.

Bei der Vermittlung und dem Nachweis von Kauf- oder Mietobjekten wird in vielen Fällen auf die Unterstützung der bekannten Immobilienportale zurückgegriffen.

Das OLG Naumburg (Urteil vom 1. Juni 2018, Az.: 7 U 13/18) hatte sich in diesem Jahr mit einem über Immobilienscout24 abgeschlossenen Maklervertrag aus April 2016 zu befassen. Dieser war von den Klägern im März 2017 widerrufen worden. Den Klägern als Verbrauchern stand ein gesetzliches Widerrufsrecht des Fernabsatzvertrages aus § 312g Abs. 1 BGB zu. Die Frage war nur, ob dieses rechtzeitig ausgeübt worden war.

Die Frist für den Widerruf beträgt gemäß § 355 Abs. 2 BGB 14 Tage und beginnt bei Fernabsatzverträgen grundsätzlich mit dem Vertragsschluss. Nach § 356 Abs. 3 Satz 1 BGB fängt die Widerrufsfrist jedoch nicht an zu laufen, bevor der Unternehmer den Verbraucher nicht entsprechend des Art. 246a § 1 Abs. 2 Satz 1 Nummer 1 EGBGB über das Widerrufsrecht, die Fristen und die Ausübung ordnungsgemäß belehrt hat.

>>



*OLG Naumburg,  
Urteil vom 01.06.2018  
Az.: 7 U 13/18*



>>

In dem vom OLG Naumburg entschiedenen Fall enthielt die Bestätigungs-E-Mail von Immobilienscout24 jedoch keine solche ordnungsgemäße Belehrung. Aus ihr ergab sich nicht, ob diese Bestätigungs-E-Mail von Immobilienscout24 selbst oder dem dort tätigen Makler versandt wurde. Außerdem war nicht erkennbar, ob der Widerruf nur den Maklervertrag meinte oder sich auch auf den gegebenenfalls später abzuschließenden Miet- bzw. Kaufvertrag beziehen sollte. Daher ergebe sich für den Empfänger der E-Mail nicht hinreichend klar, dass der Maklervertrag widerruflich sei.

Ist die Belehrung – wie in dem entschiedenen Fall – nicht ordnungsgemäß, kann der Vertrag innerhalb von 12 Monaten und 14 Tagen nach Vertragsschluss widerrufen werden, § 356 Abs. 3 BGB. Daher konnte der der Entscheidung des OLG Naumburg zugrundeliegende Maklervertrag im März 2017 noch wirksam widerrufen werden.

Die Ausnahme für Dienstleistungen in § 356 Abs. 4 BGB griff hier auch nicht, da der Makler mit seiner Dienstleistung begonnen hatte, bevor der Verbraucher diesem zugestimmt und das Erlöschen des Widerrufsrechts bei vollständiger Vertragserfüllung bestätigt hatte.

Im Ergebnis musste der Makler daher die bereits erhaltene Provision an den Kläger zurückzahlen.

Das Widerrufsrecht für Fernabsatzverträge gilt, wie eingangs erwähnt, nicht nur für Maklerverträge, sondern generell für alle Verträge, die außerhalb von Geschäftsräumen oder im Wege des Fernabsatzes zwischen Unternehmern und Verbrauchern abgeschlossen werden. Daher sollten alle Widerrufsbelehrungen sorgfältig erstellt werden, um zügig Sicherheit über Bestand oder Widerruf des Vertrages zu erhalten.

VICTORIA-LUISE VOLLSTEDT • [vollstedt@zenk.com](mailto:vollstedt@zenk.com)



## WER IM VOB/B-VERTRAG VOR DER ABNAHME ERSATZ VON MÄNGELBESEITIGUNGSKOSTEN VERLANGT, MUSS DEN VERTRAG VOR DURCHFÜHRUNG DER ERSATZVORNAHME ORDNUNGSGEMÄSS KÜNDIGEN

■ Nicht nur bei größeren Bauvorhaben, sondern auch bei kleineren Modernisierungs- oder Umbauarbeiten kommt es immer wieder vor, dass dem Auftraggeber (AG) noch vor der Abnahme Mängel auffallen, welche der Auftragnehmer (AN) nicht beseitigt. In diesen Fällen liegt die Überlegung des AG nahe, die Beseitigung der Mängel durch einen anderen Unternehmer vornehmen zu lassen und die dafür erforderlichen Kosten dem AN aufzuerlegen.

Aber Vorsicht: Sollte die VOB/B Vertragsbestandteil sein, muss der AG den Vertrag zunächst nach den Vorgaben der §§ 4 Abs. 7 und 8 Abs. 3 VOB/B kündigen, um vom AN die Kosten für die Mängelbeseitigung verlangen zu können. Die vorgenannten Bestimmungen enthalten nämlich für den VOB/B-Vertrag eine abschließende Regelung der Ansprüche des AG wegen Mängeln, die sich schon vor der Vollendung bzw. Abnahme der Werkleistung gezeigt haben.

Wir nehmen eine jüngere Entscheidung des BGH (Beschluss vom 16. Mai 2018, Az.: VII ZR 53/16) zum Anlass, um noch einmal auf die in diesen Fällen unbedingt einzuhaltende Vorgehensweise gemäß § 4 Abs. 7 Satz 3 VOB/B aufmerksam zu machen. Mit dem vorgenannten Beschluss hat der BGH die Nichtzulassungsbeschwerde gegen ein Urteil des OLG Jena vom 10. Februar 2016 (Az.: 7 U 555/15) zurückgewiesen. In diesem Urteil hatte das OLG u.a. Folgendes entschieden:

1. Weist die Leistung des AN vor der Abnahme Mängel auf, setzt ein Anspruch auf Ersatz der Mängelbeseitigungskosten im VOB/B-Vertrag voraus, dass
  - a) der AG dem AN eine angemessene Frist zur Mängelbeseitigung gesetzt hat,
  - b) die Auftragsentziehung angedroht wurde und

>>

>>

- c) der AG dem AN nach fruchtlosem Fristablauf den Auftrag entzogen (gekündigt) hat.
- 2. Einer Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung bedarf es ausnahmsweise nicht, wenn der AN die vertragsgemäße Fertigstellung ernsthaft und endgültig verweigert.
- 3. Erklärt der AG die Kündigung des Bauvertrags, ohne den AN zuvor zur Mängelbeseitigung aufgefordert zu haben, ist seine Kündigungserklärung in eine sog. freie Kündigung umzudeuten.

Wird die unter der vorstehenden Ziffer 1 genannte Vorgehensweise nicht eingehalten, riskiert der AG zum einen, auf den von ihm für die Mängelbeseitigung aufgewendeten Kosten sitzenzubleiben, und zum anderen, an den AN die gesamte vereinbarte Vergütung (abzüglich ersparter Aufwendungen) zahlen zu müssen. Diese rechtliche Konsequenz zieht im Übrigen auch die Setzung einer nicht angemessenen, d. h. zu kurzen, Frist zur Mängelbeseitigung durch den AG nach sich. Gleiches gilt für den Fall, dass die Kündigung durch den AG nicht unmittelbar nach Ablauf der für die Mängelbeseitigung gesetzten Frist erklärt wird, selbst wenn diese ausreichend bemessen war.

Dem AG ist im Rahmen eines VOB/B-Vertragsverhältnisses daher bei Vorliegen von vor der Abnahme erkannten Mängeln dringend zu empfehlen, dem AN zunächst (unter Androhung der Kündigung des Vertrags!) eine ausreichend lange Frist zu deren Beseitigung zu setzen und den Vertrag nach Ablauf dieser Frist dann unverzüglich zu kündigen. Erst danach sollte ein anderer Unternehmer mit der Mängelbeseitigung beauftragt werden.

MICHAEL BENEDIKT KROLL • [kroll@zenk.com](mailto:kroll@zenk.com)



## ACHTUNG: IST IHRE D&O-VERSICHERUNG AUSREICHEND? KEIN VERSICHERUNGSSCHUTZ BEI VERZÖGERTER INSOLVENZ- ANTRAGSTELLUNG NACH § 64 GMBHG



*Kommentare zu  
OLG Düsseldorf,  
vom 20.07.2018  
Az.: I-4 U 93/16*

■ **Nunmehr haben zwei Oberlandesgerichte (OLG Celle, Beschluss vom 1. April 2016, sowie aktuell das OLG Düsseldorf, Urteil vom 20. Juli 2018, Az.: 4 U 93/16) befunden, dass Ansprüche nach § 64 Satz 1 GmbHG gegen Geschäftsführer einer insolventen Gesellschaft regelmäßig nicht vom D&O-Versicherungsschutz erfasst sind. Anders wäre dies nur dann, wenn ausdrücklich ein solcher Versicherungsschutz positiv in dem Versicherungsvertrag festgestellt werde.**

1. Ansprüche nach § 64 GmbHG entstehen, wenn Geschäftsführer nach Eintritt der (insolvenzrechtlichen) Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung einer GmbH noch Zahlungen an Dritte/Gläubiger leisten. Erfasst sind dabei auch Zahlungen, welche nach den vertraglichen Vereinbarungen mit den Gläubigern/Dritten geschuldet werden und zur Zahlung fällig sind. Ausschlaggebend für einen Anspruch nach § 64 GmbHG ist ausschließlich die reine Zahlungsunfähigkeit/Überschuldung der Gesellschaft. Damit soll verhindert werden, dass die insolvenzantragspflichtige Geschäftsführung eine Insolvenzantragstellung weiter hinauszögert oder einzelne Gläubiger noch bedient, während andere leer ausgehen.

Ausgenommen von einem Anspruch nach § 64 GmbHG sind nur solche Zahlungen, welche mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes vereinbar sind. Dies erfasst z. B. Zahlungen, nach welchen der bereits insolventen Gesellschaft unmittelbar ein Vermögenswert zufließt, der der Zahlung wertmäßig entspricht und auch bei Insolvenzeröffnung noch im Vermögen der insolventen Gesellschaft vorhanden ist.

Geltend gemacht werden Ansprüche nach § 64 GmbHG nach Insolvenzeröffnung von dem Insolvenzverwalter.

>>

>>

2. In der Vergangenheit haben D&O-Versicherungen sowohl die Kosten der Rechtsverteidigung der Geschäftsführer gegenüber dem Insolvenzverwalter übernommen als auch (innerhalb der Deckungssumme) eine Einstandspflicht hinsichtlich der Ersatzansprüche in der Außenhaftung akzeptiert.

Dies wird nun mit den beiden vorgenannten Entscheidungen des OLG Celle und des OLG Düsseldorf abgelehnt. Hintergrund der Urteile ist die Argumentation, dass § 64 GmbHG nicht die versicherte Gesellschaft, sondern ihre Gläubiger schütze. Deshalb begründe dieser Anspruch keinen Schadenersatzanspruch (welcher von der Versicherung abgedeckt wäre), sondern einen Anspruch eigener Art. Etwas anderes gelte nur dann, wenn eine Absicherung gegen Ersatzansprüche nach § 64 GmbHG ausdrücklich im Rahmen des Versicherungsvertrages vereinbart worden sei.

Dies dürfte (aufgrund der parallelen Anspruchsgrundlage) bei der Aktiengesellschaft entsprechend auch für Ansprüche nach § 92 Abs. 2 AktG gegen den Vorstand gelten.

3. Ob auch der Bundesgerichtshof die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte bestätigen würde, bleibt offen und wird wohl auch nicht so bald geklärt werden – das Urteil des OLG Düsseldorf ist nicht zur Revision zugelassen.

Demnach sind die Geschäftsführer unter Risikogesichtspunkten gehalten, die bestehende D&O-Versicherung darauf zu überprüfen, ob ein Versicherungsschutz für Ansprüche nach § 64 GmbHG besteht und ggf. mit ihrer Versicherungsgesellschaft diesbezüglich eine explizite Vereinbarung zu treffen.

Für Rückfragen stehen wir gern zur Verfügung.

DANIELA PEZZELLA • [pezzella@zenk.com](mailto:pezzella@zenk.com)



DR. MARTIN DÜWEL  
Fachanwalt für Verwaltungsrecht



DR. OLIVER NOWOCZYN

## MEHRERLÖSABSCHÖPFUNG DURCH GEMEINDE – MÖGLICH ABER RECHTFERTIGUNGSBEDÜRFTIG

— Gerade in Zeiten von Wohnraumknappheit und steigenden Grundstückspreisen nehmen Städte und Gemeinden oftmals eine sog. Mehrerlösabführungsklausel in die Grundstückskaufverträge auf, wenn sie kommunale Grundstücke zum Zweck des Wohnungsneubaus veräußern. Ziel ist es, den Grundstückserwerber bei Weiterveräußerung innerhalb eines bestimmten Zeitraumes zur Abführung eines dabei erzielten Mehrerlöses zu verpflichten. Verwendet die Kommune derartige Klauseln in mehreren Grundstückskaufverträgen, liegen Allgemeine Geschäftsbedingungen vor. Deren Wirksamkeit unterliegt einer Kontrolle nach dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen in den §§ 305 ff. BGB. Etwas anders gilt bei städtebaulichen Verträgen, weil für diese § 11 Abs. 2 des Baugesetzbuches anzuwenden ist und nicht das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen.

Im Urteil vom 16. März 2018 (Az.: V ZR 306/16) hatte der Bundesgerichtshof (BGH) Gelegenheit, umfassend zu den Wirksamkeitsvoraussetzungen einer kommunalen Mehrerlösabschöpfungsklausel Stellung zu nehmen. Im Ausgangsfall hatte eine GmbH drei unbebaute Grundstücke von einer Stadt erworben. Im Grundstückskaufvertrag war eine Mehrerlösabführung für den Fall vorgesehen, dass innerhalb von fünf Jahren die Grundstücke unbebaut weiter veräußert werden. Ein Grundstück wurde vor Ablauf der fünf Jahre unbebaut zu einem höheren Kaufpreis weiter veräußert. Die Forderung zur Mehrerlösabführung zahlte die GmbH unter Vorbehalt und forderte unter Hinweis auf die ihres Erachtens unwirksame Mehrerlösklausel den gezahlten Betrag zivilgerichtlich zurück. Die Klausel sei wegen unangemessener Beschränkung der Vertragsfreiheit des Eigentümers unwirksam. In erster Instanz bekam die GmbH Recht, das Berufungsgericht wies die Klage ab.

Der BGH hat das Berufungsurteil bestätigt, in dem die Mehrerlösklausel als wirksam eingestuft worden ist. Zwar dürfe eine Kommune nicht ohne Grund ihre eigenen wirtschaftlichen Interessen gegenüber einem Grundstückserwerber in Allgemeinen Geschäftsbedingungen durchsetzen. Dies sei nur im Einzelfall und auf der Grundlage einer individuellen Vertragsgestaltung möglich. Wolle die

>>



Bundesgerichtshof,  
Urteil vom 16.03.2018  
Az.: V ZR 306/16

&gt;&gt;

Kommune von künftigen Grundstückspreissteigerungen profitieren, müsse sie anstelle eines Grundstückskaufvertrages ein Erbbaurecht an dem Grundstück vergeben. Habe die Gemeinde hingegen ein anerkanntes und über die reine Abschöpfung eines Mehrerlöses hinausgehendes Interesse, könnten derartige Klauseln auch in Allgemeinen Geschäftsbedingungen vereinbart werden. Ein solches Interesse sei im zu entscheidenden Fall anzuerkennen, weil die Stadt eine Grundstücksveräußerung nur an bauinteressierte Erwerber bezweckt habe. Mit einer fünfjährigen Mehrerlösabführung bei Weiterveräußerung des Grundstücks in unbebautem Zustand könne zulässigerweise reinen Spekulationsinteressen entgegengewirkt werden. Maßgeblich für die Annahme einer angemessenen Vertragsgestaltung waren für den BGH die zeitliche Beschränkung auf fünf Jahre einerseits sowie die in dieser Zeit nicht erfolgte Bebauung des Grundstücks durch den Erwerber andererseits.

Das Urteil des BGH setzt Maßstäbe für die Ausgestaltung von Mehrerlösabführungsklauseln in Grundstückskaufverträgen der öffentlichen Hand auch für eine Vielzahl weiterer Fallkonstellationen. Solche Klauseln müssen zum einen durch einen "anerkanntes Grund" gerechtfertigt und zum anderen darauf bezogen angemessen ausgestaltet werden. Fehlt es daran, müssen Mehrerlösabführungsklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen nach dieser höchstrichterlichen Rechtsprechung als unwirksam qualifiziert werden.

Für eine auch insoweit rechtssichere Vertragsgestaltung stehen wir gern zur Verfügung.

DR. MARTIN DÜWEL • [duewel@zenk.com](mailto:duewel@zenk.com)

DR. OLIVER NOWOCZYN • [nowoczyn@zenk.com](mailto:nowoczyn@zenk.com)



**DR. MARTIN DÜWEL**  
Fachanwalt für Verwaltungsrecht



**DR. JAKOB STASIK**

## ORDNUNGSGEMÄSSE DOKUMENTATION IM VERGABEVERFAHREN – DER BESTE SCHUTZ GEGEN NACHPRÜFUNGSVERFAHREN!

— In § 8 Abs.1 Satz 1 VgV und dessen Pendanten in anderen vergaberechtlichen Vorschriften ist die Verpflichtung für den öffentlichen Auftraggeber festgeschrieben, das Vergabeverfahren von Beginn an fortlaufend in Textform zu dokumentieren, soweit dies für die Begründung von Entscheidungen auf jeder Stufe des Vergabeverfahrens erforderlich ist. Diese Verpflichtung wird von vielen öffentlichen Auftraggebern jedoch unterschätzt und die Dokumentation nicht hinreichend nachgehalten. Dabei kann dies gravierende Auswirkungen haben, wie zwei aktuelle Beschlüsse der Oberlandesgerichte Düsseldorf und Frankfurt (Main) belegen.



*OLG Düsseldorf,  
Beschluss vom  
28.03.2018  
Az.: VII - Verg 49/17*

### 1. Dokumentation der ermessensfehlerfreien Prognoseentscheidung über den Ausschluss eines Bieters nach § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB

Der mit Beschluss vom 28. März 2018 in dem Verfahren – Verg 49/17 – durch das OLG Düsseldorf entschiedene Fall betraf die Frage, ob ein zuvor für den öffentlichen Auftraggeber tätig gewordener Bieter nach § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB von dem Vergabeverfahren in rechtmäßiger Weise ausgeschlossen wurde, weil der Auftraggeber in der jüngeren Vergangenheit zwei Verträge mit dem Bieter wegen dessen Verzugs kündigen musste. Bei einem der Verträge entstand dem Auftraggeber ein Millionenschaden, weil er mit einem wesentlich teureren Ersatzunternehmen weiterbauen musste.



*OLG Frankfurt a.M.,  
Beschluss vom  
14.05.2018  
Az.: 11 Verg 4 / 18*

Das OLG Düsseldorf erachtete den Ausschluss nach § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB für rechtmäßig, weil sich aus der Dokumentation in der Verfahrensakte der Vergabestelle eindeutig die Gründe für die Prognoseentscheidung über die zukünftige Unzuverlässigkeit des Bieters ergaben – erhebliche Schlechterfüllung des Auftrags aufgrund einer monatelangen Verzögerung und der damit verbundenen Mehrkosten in Millionenhöhe, die zu einer vorzeitigen Beendigung geführt haben –, die unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes als für einen Ausschluss ausreichend erachtet wurden. Bei Fehlen einer derart detaillierten Dokumentation hätte die Entscheidung des OLG Düsseldorf auch umgekehrt ausfallen können. Selbst wenn nämlich im Nachprüfungsverfahren der Nachweis >>



>>

der Unzuverlässigkeit durch die Vergabestelle hätte erbracht werden können, hätte die Vergabekammer wegen nicht ordnungsgemäßer Dokumentation die Rechtmäßigkeit des Ausschlusses verneinen können.

## **2. Dokumentation des Verzichts auf eine Fachlosaufteilung nach § 97 Abs. 4 Satz 3 GWB**

In dem durch das OLG Frankfurt mit Beschluss vom 14. Mai 2018 in dem Verfahren (Az.: 11 Verg 4/18) entschiedenen Fall hat der öffentliche Auftraggeber einerseits Erhaltungsarbeiten an Kreisstraßen und andererseits deren Betrieb, Kontrolle, Wartung, Reinigung, Grünpflege und den Winterdienst ausgeschrieben, ohne diese Leistungen in Fachlose aufzuteilen. Der dagegen vorgehende Interessent, der sich aufgrund der fehlenden Losbildung an der Abgabe eines Angebots für den für ihn interessanten Auftragsteil gehindert sah, konnte jedoch mit seinem Begehren nicht durchdringen.

Auch in diesem Fall lag es an der umfassenden Dokumentation der Entscheidung nach § 97 Abs. 4 Satz 3 GWB, dass in dem konkreten Fall wirtschaftliche und technische Gründe den mit der Losbildung verfolgten widerstreitenden Belang der Mittelstandsförderung überwogen. Der öffentliche Auftraggeber hatte detailliert die Kostenvorteile einer Gesamtvergabe in Höhe von rund 21% im Vergleich zur losweisen Vergabe dargestellt und dokumentiert, dass eine ganzheitliche Infrastrukturbetreuung mit der Verknüpfung von Erneuerungsaufgaben und dem Betrieb erhebliche Vorteile zur Gewährleistung einer bestimmten Qualität der Straßeninfrastruktur bietet. Auch hier zeigt sich: Eine umfassende und detaillierte Dokumentation von Entscheidungen im Vergabeverfahren ist der beste Schutz gegen Nachprüfungsverfahren.

Gerne stehen wir Ihnen bei Rückfragen oder für eine Beratung zur Verfügung.

DR. MARTIN DÜWEL • [duewel@zenk.com](mailto:duewel@zenk.com)

DR. JAKOB STASIK • [stasik@zenk.com](mailto:stasik@zenk.com)



DR. MARTIN DÜWEL  
Fachanwalt für Verwaltungsrecht



CLAUDIA GEHRICKE

ZENK

## ERFORDERLICHKEIT EINER (ZEITLICHEN) OBERGRENZE FÜR STRASSENBAU- UND ERSCHLIESSUNGSBEITRÄGE?

— Kürzlich hatte das Bundesverwaltungsgericht über die Verfassungsmäßigkeit von Straßenbau- und Erschließungsbeiträgen und die Frage ihrer Begrenzung – sowohl der Höhe nach als auch in zeitlicher Hinsicht – zu entscheiden.

**Für Straßenbaumaßnahmen dürfen Beiträge von den Grundstückseigentümern erhoben werden, denen die Anlage eine vorteilsrelevante Inanspruchnahmemöglichkeit vermittelt. Die Verfassungsmäßigkeit solcher Beiträge hängt nach dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 21. Juni 2018 (Az.: 9 C 2.17) nicht davon ab, dass der Gesetzgeber eine generelle Obergrenze der Beitragshöhe festgelegt hat.**

Wegen der Heranziehung zu einer Vorausleistung auf einen Straßenbaubeitrag hatte ein Miteigentümer eines mit Eigentumswohnungen bebauten Grundstücks Klage erhoben. Als Begründung machte er geltend, dass die Sanierung der Straßen aus Steuermitteln finanziert werden müsse, da Straßenbaubeiträge ohne gesetzliche Obergrenze unkalkulierbare finanzielle Risiken für Straßenanlieger mit sich brächten.

Das Verwaltungsgericht Frankfurt a. M. hat die Klage mit der Begründung abgewiesen, dass der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz keine Obergrenze verlange. Außerdem sei die Erhebung einmaliger Straßenbaubeiträge durch einen grundstücksbezogenen Sondervorteil gerechtfertigt. Daraufhin hat der Kläger die vom Verwaltungsgericht zugelassene Sprungrevision zum Bundesverwaltungsgericht eingelegt. Das Bundesverwaltungsgericht kam zu dem Ergebnis, dass die Sprungrevision zwar zulässig, aber unbegründet sei. Das Verwaltungsgericht sei zu Recht davon ausgegangen, dass der auf § 11 des Hessischen Gesetzes über kommunale Abgaben (KAG HE) i. V. m. der Straßenbaubeitragsatzung der Beklagten gestützte Vorausleistungsbescheid rechtmäßig ist.

Gemäß § 11 Abs. 1 Satz 2 KAG HE sollen Gemeinden für den Ausbau und Umbau von unter anderem öffentlichen Straßen Beiträge erheben. Die Grundstückseigentümer seien beitragspflichtig, da ihnen die Inanspruchnahme der Anlage dauerhafte Vorteile biete.

>>

&gt;&gt;

Ein Straßenbaubeitrag sei dabei grundsätzlich eine nichtsteuerliche Abgabe, da er im Gegensatz zu den Steuern, die als Gemeinlast erhoben werden, als Gegenleistung einen individuellen Sondervorteil vermittele. Der Vorteil bestehe darin, dass dem Grundstückseigentümer die rechtliche und tatsächliche Möglichkeit der Zufahrt oder des Zugangs zu einer öffentlichen Verkehrsanlage geboten wird, die über die der Allgemeinheit zustehenden Straßenbenutzungsmöglichkeit dergestalt hinausgeht, dass dem Grundstück die wegemäßige Erschließung zugutekommt. Dies erhöhe regelmäßig den Gebrauchswert des betroffenen Grundstücks, wobei es auf eine konkrete Erhöhung des Verkehrswertes nicht ankomme.

Auch ohne Obergrenze begegne die Erhebung von Straßenbaubeiträgen grundsätzlich keinen verfassungsrechtlichen Bedenken, so das Bundesverwaltungsgericht. Anders als vom Kläger vorgetragen, sei eine das Eigentumsgrundrecht in Art. 14 GG verletzende, da erdrosselnde Wirkung nicht zu befürchten. Dies wäre nur dann der Fall, wenn der Grundstückseigentümer unter Berücksichtigung der sonstigen Steuer- und Abgabenlast zur Aufgabe des Grundstückseigentums gezwungen wäre. Hierzu reiche jedoch selbst eine extreme Belastung einzelner Betroffener nicht aus, vielmehr müsse dieser Effekt regelmäßig auftreten. Das Bundesverwaltungsgericht verwies dabei auf eine Stellungnahme des Hessischen Städte- und Gemeindebundes, wonach in dessen jahrzehntelanger Beratungspraxis kein einziger Fall bekannt geworden sei, in dem der Grundstückseigentümer aufgrund der Erhebung von Straßenbaubeiträgen das eigengenutzte Grundstück hätte zwangsveräußern müssen.

Grund hierfür seien auch die weitreichenden Stundungsmöglichkeiten, die die Kommunalabgabengesetze vorsehen, wonach den Beitragspflichtigen eine zinsgünstige Ratenzahlung über Jahre gewährt werden könne. In besonderen Härtefällen sehe die Abgabenordnung zudem die Möglichkeit vor, die Beitragsschuld ganz oder teilweise zu erlassen.

Auch wenn nach Abschaffung der Straßenbaubeiträge im Freistaat Bayern mit Wirkung zum 1. Januar 2018 im Zuge des Landtagswahlkampfes auch entsprechende Forderungen in anderen Bundesländern erhoben werden, bleibt bei entsprechender Erhebungspflicht in den Kommunalabgabengesetzen der Länder die Erhebung von Straßenbaubeiträgen weiterhin zulässig.

&gt;&gt;

&gt;&gt;

**Für das Erschließungsbeitragsrecht hat das Bundesverwaltungsgericht – nach der bisher lediglich veröffentlichten Pressemitteilung Nr. 62/2018 – am 6. September 2018 beschlossen, dem Bundesverfassungsgericht die Frage vorzulegen, ob die nach dem Eintritt der Vorteilslage zeitlich unbegrenzte Erhebung von Erschließungsbeiträgen mit dem Rechtsstaatsprinzip vereinbar ist.**

Der Kläger wurde 2011 als Anlieger eines 1986 begonnenen Teilstreckenausbaus einer vierspurigen Straße zu Erschließungsbeiträgen herangezogen. Die ursprünglich vorgesehene vierspurige Fortführung der Straße wurde 1999 endgültig aufgegeben, sodass spätestens zu diesem Zeitpunkt die Vorteilslage eintrat. Nach weiterem zweispurigen Ausbau in den Jahren 2003/2004 widmete die Gemeinde den gesamten Straßenzug im Jahr 2007 dem öffentlichen Verkehr und erhob noch innerhalb der vierjährigen Festsetzungsverjährungsfrist Erschließungsbeiträge.

Mit seiner hiergegen erhobenen Klage, in der er ausführte, dass 25 Jahre nach Herstellung der seine Grundstücke erschließenden Straße keine Beiträge mehr erhoben werden dürften, blieb der Kläger in den ersten beiden Instanzen erfolglos. Nach dem Oberverwaltungsgericht Koblenz seien noch keine 30 Jahre seit Eintritt der Vorteilslage vergangen und auch keine besonderen Umstände für die Bildung eines Vertrauenstatbestandes beim Kläger erkennbar, dass kein Beitrag mehr durch die Gemeinde erhoben werde.

Das Bundesverwaltungsgericht bezog sich zunächst auf die vierjährige Festsetzungsverjährung nach den Vorschriften der Kommunalabgabengesetze i. V. m. §§ 169, 170 der Abgabenordnung. Voraussetzung für den Beginn der Verjährungsfrist sei jedoch unter anderem die öffentliche Widmung der Erschließungsanlage, die auch Jahre bzw. bis zu Jahrzehnte nach der baulichen Fertigstellung erfolgen könne. Insoweit stehe der Beginn der Festsetzungsverjährungsfrist quasi im Belieben der Gemeinde. Dies verstoße gegen das rechtsstaatliche Gebot der Belastungsklarheit und Belastungsvorhersehbarkeit für öffentliche Abgaben.

&gt;&gt;

>>

Insofern dürfe es der Gesetzgeber nicht gänzlich unterlassen, eine bestimmte zeitliche Grenze für die Abgabenerhebung vorzusehen. Die vom Oberverwaltungsgericht Koblenz angenommenen 30 Jahre nach Eintritt der Vorteilslage fänden in der Rechtsordnung keine hinreichende Grundlage. Zudem entspräche die Annahme einer 30jährigen Frist nicht dem zu fordernden gerechten Ausgleich der Interessen der Allgemeinheit an der Beitragserhebung einerseits und denen der potentiellen Beitragsschuldner an einer zeitnah zu erlangenden Rechtssicherheit über eine Abgabenbelastung andererseits.

Daher hat das Bundesverwaltungsgericht das Verfahren ausgesetzt und dem Bundesverfassungsgericht die kommunalabgabengesetzliche Regelung zur unbefristeten Beitragserhebung zur Prüfung vorgelegt. Dies ist auch vor dem Hintergrund interessant, dass das Oberverwaltungsgericht Münster erst Ende 2017 entschieden hatte, dass die Erhebung eines Erschließungsbeitrages nach Ablauf von 30 Jahren seit der technischen Fertigstellung der Anlage gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstoße und sich damit ebenfalls auf die 30-jährige Verjährungsfrist entsprechend dem Gedanken der längsten Verjährungsfrist gemäß § 197 BGB gestützt hatte ([siehe hierzu ZENK-Newsletter August 2018](#)).

**Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts wird über den hiesigen Fall hinaus Auswirkungen auf die Rechtslage in anderen Bundesländern bei der Erhebung von Erschließungsbeiträgen haben und darf mit Spannung erwartet werden. Wir werden berichten!**

DR. MARTIN DÜWEL • [duewel@zenk.com](mailto:duewel@zenk.com)

CLAUDIA GEHRICKE • [gehricke@zenk.com](mailto:gehricke@zenk.com)



## BUNDESVERWALTUNGSGERICHT WEITET NACHBARSCHUTZ GEGEN PLANUNGSRECHTLICHE BEFREIUNGEN ZUM MASS DER BAULICHEN NUTZUNG AUS

Das Bundesverwaltungsgericht hat mit Urteil vom 9. August 2018 (Az.: 4 C 7.17) entschieden, dass rechtswidrige planungsrechtliche Befreiungen von Festsetzungen zum Maß der baulichen Nutzung einen planbetreffenden Nachbarn auch dann in seinen subjektiven Rechten verletzen, wenn zwar die betreffenden Festsetzungen für sich genommen nach dem Willen des Plangebers nicht nachbarschützend sind, jedoch nach der Konzeption des Plangebers "in einem wechselseitigen, die Planbetroffenen zu einer rechtlichen Schicksalsgemeinschaft verbindenden Austauschverhältnis" stehen. Durch diese höchstrichterliche Entscheidung wird der – bisher sehr eingeschränkte – Schutz von Nachbarn gegen Befreiungen von Festsetzungen zum Maß der baulichen Nutzung deutlich ausgeweitet. Dies könnte zu einer Änderung der Befreiungspraxis der Bauaufsichtsbehörden führen.



BVerwG  
Urteil vom 09.08.2018  
Az.: 4 C 7.17

Diesem Urteil liegt folgender Fall zugrunde: Ein Investor plante, ein Ufergrundstück am Großen Wannensee in Berlin, das in einem Bebauungsplan aus dem Jahr 1959 festgesetzten Sondergebiet für Segelsport und Wohnen liegt, mit einem umfangreichen Wohn- und Geschäftshaus mit 6 Geschossen zu bebauen. Für dieses Vorhaben erließ die zuständige Bauaufsichtsbehörde einen positiven Bauvorbescheid, in dem planungsrechtliche Befreiungen u.a. für die Überschreitung der zulässigen Geschosshöhe von 2 auf 6 Geschosse und der Baumassenzahl von 1,0 auf 4,3 in Aussicht gestellt wurden. Gegen diesen Vorbescheid klagte ein Segelverein, der Eigentümer eines angrenzenden Grundstücks ist – und hatte damit in allen Instanzen Erfolg!

Die mit dieser Sache befassten Gerichte sind sich darin einig, dass die für dieses Vorhaben erteilten, umfangreichen Befreiungen zum Maß der baulichen Nutzung objektiv rechtswidrig sind, weil sie die Grundkonzeption des geltenden Bebauungsplans berühren.

Die objektive Rechtswidrigkeit von Befreiungen führt jedoch allein nicht zum Erfolg der Nachbarklage, da ein Nachbar die Befreiungsvoraussetzungen nach § 31 BauGB nur gerichtlich überprüfen lassen kann, soweit von nachbarschützenden

>>

&gt;&gt;

Festsetzungen befreit wird. Festsetzungen zum Maß der baulichen Nutzung sind nach ständiger Rechtsprechung jedoch grundsätzlich nicht nachbarschützend, es sei denn, dass sich aus den Planunterlagen ein Wille des Plangebers ergibt, diesen Festsetzungen ausnahmsweise Nachbarschutz beizumessen. Ein solcher Wille ergab sich im vorliegenden Fall jedoch aus den Planunterlagen nicht.

Da das in zweiter Instanz zuständige Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg weder eine Verletzung des bauplanungsrechtlichen Rücksichtnahmegebotes zulasten des Segelvereins noch eine Verletzung seines Anspruchs auf Erhaltung der Gebietsprägung erkannte, hätte der Segelverein den Prozess auf der Basis der bisherigen Rechtsprechung mangels Verletzung subjektiver Rechte verlieren müssen. Das Oberverwaltungsgericht hat jedoch den Unterlagen zum Bebauungsplan ein planerisches Konzept entnommen, nach dem die Gesamtheit der Festsetzungen einschließlich derjenigen zum Maß der baulichen Nutzung u.a. dazu dient, das Landschaftsbild im Uferbereich und die Aussicht auf den See zu erhalten. Daher seien die im Sondergebiet liegenden Grundstücke zu einer Schicksalsgemeinschaft verbunden worden, aufgrund derer die Eigentümer dieser Grundstücke berechtigt seien, gegenseitig die Einhaltung der Festsetzungen des Bebauungsplans zu beanspruchen.

Das Bundesverwaltungsgericht hat mit dem oben zitierten Urteil vom 9. August 2018 festgestellt, dass diese Ausführungen des Oberverwaltungsgerichts mit Bundesrecht im Einklang stehen, und dementsprechend die Revision des Bauherrn zurückgewiesen.

Dieses höchstrichterliche Urteil bedeutet aus Sicht von Bauaufsichtsbehörden und Bauherren, dass das Risiko gestiegen ist, dass Nachbarn Baugenehmigungen oder Bauvorbescheide, die umfangreiche Befreiungen von Festsetzungen zum Maß der baulichen Nutzung enthalten, durch Rechtsbehelfe mit Erfolg angreifen und damit zumindest eine Umplanung und erhebliche Verzögerungen der Projektrealisierung erreichen. Damit empfiehlt es sich mehr denn je, Vorhabenplanungen in Zweifelsfällen durch Bauleitplanungen abzusichern. Außerdem könnte dieses Urteil zu einer Änderung der bisher im Hinblick auf das Maß der baulichen Nutzung zum Teil großzügigen Befreiungspraxis der Bauaufsichtsbehörden führen.

DR. WOLFGANG HOPP • [hopp@zenk.com](mailto:hopp@zenk.com)



**DR. KOSTJA VON KEITZ**  
Fachanwalt für Verwaltungsrecht, Mediator



**CLAUDIA GEHRICKE**

ZENK

## **DAS WERBEPLAKAT AM BAUGERÜST ALS BAULICHE ANLAGE**

**Das Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg hat mit Urteil vom 20. Februar 2018 (Az.: 2 N 62.15) entschieden, dass es sich bei einem für Werbezwecke an einem Baugerüst befestigten "Riesenposter" um eine eigenständige bauliche Anlage handelt, die einer Baugenehmigung bedarf.**

Ein Bauunternehmer befestigte an einem an der Giebelwand eines Gebäudes stehenden Gerüst ein großflächiges Werbeplakat ("Riesenposter"). Nach Ansicht der zuständigen Bauaufsichtsbehörde beeinträchtigte dieses das Ortsbild, weswegen sie die Beseitigung im Zuge einer Beseitigungsanordnung verlangte. Gegen diese wandte sich der Eigentümer des Gebäudes erfolglos mit Widerspruch und Anfechtungsklage zum Verwaltungsgericht.

Auch der daraufhin beim Oberverwaltungsgericht (OVG) gestellte Antrag auf Zulassung der Berufung blieb ohne Erfolg. Nach dem OVG bestünden keine Bedenken hinsichtlich der Richtigkeit des erstinstanzlichen Urteils. Der Eigentümer war der Ansicht, dass es sich bei dem "Riesenposter" nicht um eine bauliche Anlage im Sinne der Bauordnung Berlin handele und sich daher die Beseitigungsanordnung nur auf das Baugerüst beziehen könne. Außerdem argumentierte der Eigentümer, dass er für das "Riesenposter" nicht in Anspruch genommen werden könne, da nicht er, sondern der Werbekunde das Poster am Gerüst aufgehängt habe.

Gemäß § 10 Abs. 1 und 2 Satz 1 und § 2 Abs. 1 Satz 2 BauO Bln handele es sich nach Auffassung des OVG bei dem "Riesenposter" allerdings aufgrund der Größe, Beschaffenheit und der funktionalen Verbindung mit dem als bauliche Anlage geltenden Gerüst um eine eigenständige bauliche Anlage, welche eine eigene Genehmigung erfordere. Auch wenn das "Riesenposter" am Baugerüst befestigt werde, nehme dies dem "Riesenposter" nicht die Eigenschaft als eigenständige Anlage. Schließlich bestehe kein enger funktionaler Verbund mit dem Gerüst, dass beide nur gemeinsam errichtet werden können. Das "Riesenposter" könnte schließlich entfernt werden, ohne dass das Gerüst seine Funktionsfähigkeit verliere und es könnte auch auf andere Art und Weise angebracht werden, ohne auf das Gerüst angewiesen zu sein.

>>



>>

Zudem wies das OVG den Kläger darauf hin, dass selbst eine bauordnungsrechtliche Verfahrensfreiheit ihn lediglich von der Einholung der Baugenehmigung nach der Bauordnung Berlin entbinde, daraus jedoch keine Genehmigungsfreistellung für die nach anderen Rechtsvorschriften erforderlichen Genehmigungen und Erlaubnisse wie zum Beispiel dem Denkmalschutzrecht oder der Erhaltungsverordnung folge.

Schließlich sei der Kläger als Eigentümer auch der richtige Adressat der Beseitigungsverfügung, wenngleich die Werbemittel nicht in seinem, sondern im Eigentum des Auftraggebers stehen. Der Bauunternehmer sei in jedem Fall auch Betreiber der Werbeanlage und somit auch des "Riesenposters".

**Demnach ist festzuhalten, dass auch ein "Riesenposter" an einem Baugerüst den öffentlichrechtlichen Vorschriften entsprechen muss und alle hierfür notwendigen Genehmigungen eingeholt werden müssen, wofür als Betreiber der Werbeanlage auch der Bauunternehmer verantwortlich sein kann. Andernfalls droht eine Beseitigungsverfügung für die Werbeanlage.**

DR. KOSTJA VON KEITZ • [vonKeitz@zenk.com](mailto:vonKeitz@zenk.com)

CLAUDIA GEHRICKE • [gehricke@zenk.com](mailto:gehricke@zenk.com)



## DAS NEUE VERPACKUNGSGESETZ, HERAUSFORDERUNGEN FÜR HERSTELLER UND HANDEL

■ **Am 1. Januar 2019 tritt das neue Verpackungsgesetz ("Gesetz zur Fortentwicklung der haushaltsnahen Getrenntfassung von wertstoffhaltigen Abfällen") in Kraft. Es löst die bisher geltende Verpackungsverordnung ab. Insbesondere Lebensmittelhersteller und -händler sollten dieses Datum im Auge behalten und sich darauf vorbereiten. Denn mit diesem Gesetz sind weitreichende Änderungen verbunden, die nahezu jeden in der Lieferkette treffen werden.**

Neu ist unter anderem die Schaffung einer zentralen Stelle. Diese ist in Form einer Stiftung geschaffen worden (<https://www.verpackungsregister.org/>). Bei dieser zentralen Stelle hat sich ein "Hersteller systembeteiligungspflichtiger Verpackungen" zu registrieren.

- Der Begriff "Hersteller" ist dabei anders als üblich – und insbesondere anders als noch in der bisherigen Verpackungsverordnung – zu verstehen. Es kommt nicht darauf an, wer die Verpackung hergestellt hat, sondern wer sie – mit Ware befüllt – in Verkehr bringt. So ist im Regelfall nicht der Hersteller des Kartons, sondern das Unternehmen, das im Wege der Lebensmittelproduktion oder des Handels diesen Karton mit Ware befüllt und weiterveräußert, als Hersteller im Sinne des Verpackungsgesetzes anzusehen. Theoretisch kann daher auch der "Tante-Emma-Laden" oder das kleine Start-Up zum Hersteller werden. Eine Besonderheit ergibt sich nunmehr allerdings für Handelsmarkenprodukte. Bei Lohnherstellung oder Lohnabfüllung kann der Auftraggeber als Hersteller angesehen werden, wenn diese ausschließlich mit Zeichen und Marken des Auftraggebers versehen werden. Damit wird ein Urteil des Bundesverwaltungsgerichts umgesetzt.
- Systembeteiligungspflichtig ist jede Verpackung, die typischerweise beim Endverbraucher als Abfall anfällt. Dies trifft auf nahezu alle Verkaufsverpackungen, die im Lebensmitteleinzelhandel verwendet werden, zu. Es gibt allerdings Ausnahmen:

>>

&gt;&gt;

- Pfandpflichtige Einweg- sowie Mehrwegverpackungen sind hiervon nicht erfasst.
  - Das gleiche gilt für Verpackungen, die an Verbraucher im Ausland abgegeben werden sollen.
  - Im Falle von Serviceverpackungen kann die Systembeteiligungspflicht auch an Vorlieferanten delegiert werden. Serviceverpackungen sind Verpackungen, die die Übergabe von Waren an den Endverbraucher ermöglichen oder unterstützen. Als Beispiele werden hier Tragetaschen, Einwegteller oder Frischhaltefolie genannt.
- Liegt eine Systembeteiligungspflicht vor, sind folgende Pflichten durch den Hersteller zu beachten:
- Er muss sich bei der zentralen Stelle registrieren (Registrierungspflicht).
  - Er muss sich mit der Registrierungsnummer an mindestens einem System beteiligen, das eine flächendeckende Rücknahme und Verwertung dieser Verpackungen ermöglicht (Systembeteiligungspflicht).
  - Die an den Systembetreiber übermittelten Daten sind auch noch einmal an die zentrale Stelle zu übermitteln (Datenmeldepflicht).
  - Ab gewissen Mengen ist zudem die Vollständigkeitserklärungspflicht zu beachten.

Auch die Pfandpflichten für Einweggetränkeverpackungen wurden erweitert. Ausnahmen von der Pfandpflicht sind weiter eingeschränkt worden. Neu sind auch verschärfte Kennzeichnungspflichten. Am Regal muss jetzt ausdrücklich darauf hingewiesen werden, dass es sich bei den Verpackungen um Einweg- oder Mehrwegverpackungen handelt.

Diese Anforderungen sind bis zum 1. Januar 2019 zwingend umzusetzen. Andernfalls dürfen die Verpackungen und damit die vom Hersteller verpackten Produkte nicht mehr in Verkehr gebracht werden. Abmahnungen, Verkehrsverbote sowie Bußgelder könnten die Folge sein.

&gt;&gt;

>>

Zu Beginn des neuen Jahres werden wir eine Veranstaltung zum neuen Verpackungsrecht abhalten. Dort werden wir die oben angesprochenen Themen für Sie aufbereiten und vertiefen. Eine gesonderte Einladung folgt in Kürze. Interessierte können sich außerdem in Kürze auf unserer Homepage ([www.zenk.com](http://www.zenk.com)) für diese Veranstaltung anmelden.

DR. FRIEDRICH KLAPDOR • [klapdor@zenk.com](mailto:klapdor@zenk.com)

## WIR ZIEHEN UM. NACH ÜBER 40 JAHREN IN DER HARTWICUSSTRASSE GEHT EINE ÄRA ZU ENDE.

Auf der Uhlenhorst in Hamburg wurde ZENK gegründet, hier ist die Kanzlei in den letzten Jahrzehnten gewachsen. Hier ist sie in den letzten Jahren aber auch an ihre räumlichen Grenzen gestoßen, denn der Standort an der Außenalster bot leider keine Expansionsmöglichkeiten mehr. Nun ziehen wir zum Jahresende also um.

Alles neu macht der Januar. Eine neue Zeit beginnt.

Unsere neue Adresse "Neuer Wall 25 / Schleusenbrücke 1" lässt es erahnen: Zukünftig befinden wir uns im Herzen der Hansestadt. Unser neues Büro liegt direkt am Rathausmarkt im "Möhringhaus" an der Ecke Neuer Wall / Rathausmarkt.

Wir freuen uns also auf eine neue Umgebung, neue Wege, neue Aussichten, neue Mittagspausengerichte, neue Nachbarn, neue Gesichter.

Der Umzug wird federführend von den Partnern Alexander Baden, Dr. Stefanie Hartwig und Jan Dietze betreut. Dr. Hartwig: "Wir haben nach intensiver Suche wieder gleichermaßen charmante Räumlichkeiten wie in der Hartwicusstraße gefunden. Die zentrale Lage bietet unseren Mandanten und unseren Mitarbeitern künftig ein noch attraktiveres Umfeld. Vor allem aber ermöglichen uns die neuen Räumlichkeiten, weiter zu wachsen. Wir freuen uns daher sehr auf den Umzug in die Innenstadt!"

MONIKA JANOSCHKA • [janoschka@zenk.com](mailto:janoschka@zenk.com)