

EDITORIAL


**Liebe Leserinnen,
liebe Leser,**

es entspricht der allgemeinen Wahrnehmung, dass wir in unruhigen Zeiten leben. Daran haben die außenpolitischen Umstände nicht

wenig Anteil. Diese Umstände werden entweder von wenig vertrauenswürdigen Persönlichkeiten (z. B. Trump, Putin und Erdogan), von unüberschaubaren Krisen- bzw. Konfliktgebieten (z. B. Syrien, Nordkorea und Jemen) und von Irrungen und Wirrungen des Wahlvolkes (Brexit und - schon wieder oder auch immer noch - Trump) geprägt.

Umso erholsamer ist der Blick ins Inland: Wir haben wieder eine funktionsfähige Regierung und dürfen uns nunmehr auf engagierte Regierungs- und Gesetzgebungstätigkeit freuen. Gesetzgebungsvorhaben stehen insbesondere im Arbeitsrecht (Einschränkung der sachgrundlosen Befristung und Rückkehrrecht von Teilzeit zu Vollzeit), im Bereich Wohnen (Baukindergeld und Verschärfung der Mietpreisbremse) und in Bereich Bildung (Abschwächung des Kooperationsverbotes) an. Klimaschutz und das Steuerrecht bleiben demgegenüber außen vor.

Bei dieser Ausgangslage bleibt abzuwarten, ob uns ein Sommer des Vergnügens oder des Missvergnügens bevorsteht. Die Antwort hängt gesamtgesellschaftlich wahrscheinlich am ehesten vom Abschneiden "unserer Jungs" bei der Fußball-WM in Russland ab.

Herzlichst, Ihr

Dr. Rolf Zeißig

INHALT

Gesellschaftsrecht
GmbH-Gesellschafter –
Die Tücken der Liste
[mehr dazu...](#)

Geld zurück!
[mehr dazu...](#)

Kartellrecht
Selektive Vertriebssysteme:
Vertriebsverbot für Luxuswaren
über Internetplattformen Dritter
grundsätzlich zulässig
[mehr dazu...](#)

Vergaberecht
Endlich eine neue
Regierung - endlich ein
neues Vergaberecht?
[mehr dazu...](#)

Informations- und Wartepflicht
im Bereich der unterschweligen
Auftragsvergaben?
[mehr dazu...](#)

Polizeirecht
Haftet die DFL doch für die
Kosten von Polizeieinsätzen
aufgrund von Bundesliga-
spielen?!
[mehr dazu...](#)

Öffentliches Baurecht
Neues und Altes aus
dem Planungsrecht
[mehr dazu...](#)

OVG Hamburg gewährt
Rechtsschutz gegen
Busbeschleunigung
[mehr dazu...](#)

Privates Bau- u. Architektenrecht
Vorsicht bei der Formulierung
der Sicherungsabrede in Bau-
verträgen
[mehr dazu...](#)

BGH: Kein Ersatz fiktiver
Mängelbeseitigungskosten
mehr!
[mehr dazu...](#)

BGH klärt umstrittene Rechts-
frage: Trotz Bauzeitverzögerung
kein umfassender Ersatz von
Mehrkosten!
[mehr dazu...](#)

Mietrecht
Kurze Sonderverjährungsfrist
ab Rückgabe bleibt kurz
[mehr dazu...](#)

Schriftformheilungsklauseln
entfalten keine Heilkraft
[mehr dazu...](#)

In eigener Sache
ZENK in Lissabon
[mehr dazu...](#)

Neu am Standort Hamburg
[mehr dazu...](#)

Namensänderung
[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



JAN BIRKEFELD, LL.M.



STEPHAN SCHÄFER

NEUE ANFORDERUNGEN AN DIE GMBH-GESELLSCHAFTERLISTE – FALLSTRICKE UND HAFTUNGSRISIKEN FÜR GESCHÄFTSFÜHRER

■ **Der Gesetzgeber hat jüngst die Regelung zur Liste der GmbH-Gesellschafter in § 40 Abs. 1 GmbH-Gesetz neu gefasst und erweitert. Die erweiterten Pflichtangaben in der Gesellschafterliste setzen den Geschäftsführer einem erhöhten Haftungsrisiko aus.**

Die neuen Informationspflichten sollen – im Kampf gegen Geldwäsche und Terrorismus – den Transparenzgedanken stärken. Schon bislang ist es Pflicht der Geschäftsführer, die Gesellschafterliste bei Veränderungen im Gesellschafterbestand zu aktualisieren und eine neue Liste dem Handelsregister unverzüglich zu übermitteln. Verzögert der Geschäftsführer die Einreichung oder unterläuft ihm ein Fehler bei der Erstellung, so droht ihm eine Haftung aus § 40 Abs. 3 GmbH-Gesetz gegenüber benachteiligten Gesellschaftern und Gläubigern der Gesellschaft.

Dieses Haftungsrisiko aus § 40 Abs. 3 GmbH-Gesetz wird nun deutlich höher:

■ Anders als bislang muss der Geschäftsführer künftig auch Angaben zur prozentualen Beteiligung der Gesellschafter am Stammkapital machen und zwar in zweierlei Hinsicht:

- Erstens sieht die Darstellung nun vor, dass für jeden Geschäftsanteil ausgewiesen wird, welche prozentuale Beteiligung am Stammkapital damit einhergeht. Bei einer Gesellschaft mit einem Stammkapital von 25.000,00 Euro, aufgeteilt in 25.000 Geschäftsanteile mit einem Nennwert von je einem Euro, beträgt die Beteiligung pro Geschäftsanteil 0,0004 Prozent.
- Deutlich aussagekräftiger dürfte zweitens sein, dass die Gesellschafterliste nun die Gesamtbeteiligung am Stammkapital eines Gesellschafters gesondert prozentual auszuweisen hat, zweckmäßigerweise in einer eigenen Spalte.

>>



Wer mehr wissen will – Beitrag von Birkefeld/Schäfer, BB 2017, S. 2755 ff.

>>

In beiden oben genannten Fällen harren viele Detailfragen einer registerrichtlichen Klärung, so etwa, wie der Fall zu behandeln ist, dass ein Gesellschafter an mehreren Stellen in der Gesellschafterliste auftaucht. Bis dahin schultern die Geschäftsführer das Haftungsrisiko aus § 40 Abs. 3 GmbH-Gesetz für fehlerhafte Listen.

- Besonders haftungsträchtig ist schließlich eine weitere Neuregelung in § 40 Abs. 1 GmbH-Gesetz, die insbesondere auf die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) als Gesellschafterin abzielt. Sie führt für solche nicht registrierten Gesellschaften zu einer Art "Registerpublizität light". Denn sie fordert bei solchen Gesellschaften wiederum die Angabe der Gesellschafter in der Gesellschafterliste, und zwar mit Name, Vorname, Geburts- und Wohnort. Bislang konnten die tatsächlich wirtschaftlich Berechtigten hinter einer GbR verborgen bleiben. Das soll nun nicht mehr gehen.

Änderungen im Bestand einer unternehmenstragenden GbR lösen für den Geschäftsführer eine Pflicht zur Anpassung der Gesellschafterliste aus. Diese Anpassung hat unverzüglich, d. h. ohne schuldhaftes Zögern zu erfolgen. Schon die erhöhte Veränderungsgeschwindigkeit führt zu einer höheren Fehlerwahrscheinlichkeit und damit potentiell zu mehr Fällen, in denen Gesellschafter oder Gläubiger versuchen können, Schadensersatzansprüche aus § 40 Abs. 3 GmbH-Gesetz gegen den Geschäftsführer zu richten. Besonders akut ist dieses Haftungsrisiko bei Publikumsgesellschaften mit einem großen und stark fluktuierenden Mitgliederbestand.

Geschäftsführer müssen mit Blick auf die oben skizzierten Entwicklungen zumindest auf Folgendes achten:

- Die Gesellschafterliste ist beständig zu aktualisieren. Veränderungen im Gesellschafterbestand sollten selbstständig überwacht werden. Bis zu einer weiteren Klärung durch die Rechtsprechung sollte ein Geschäftsführer im festen Turnus Veränderungen im Gesellschafterbestand abfragen, insbesondere wenn eine (Publikums-)GbR mit großem und fluktuierendem Mitgliederbestand Gesellschafterin einer GmbH ist.

>>

>>

- "Altlisten", d. h. solche, die vor dem 26. Juni 2017 erstmals erstellt wurden, genießen zunächst Bestandsschutz, der allerdings nur so lange reicht, bis eine Veränderung nach § 40 Abs. 1 GmbH-Gesetz ansteht. Dann ist bei dieser Gelegenheit die gesamte Liste an die neuen gesetzlichen Vorgaben anzupassen.
- Den Geschäftsführer trifft nicht nur eine potentielle Schadensersatzpflicht; er ist zur Herstellung von Transparenz auch nach dem Geldwäschegesetz verpflichtet. Diese Pflicht ist bußgeldbewehrt. Soweit im Einzelfall nicht alle für die Aufdeckung der wirtschaftlich Berechtigten im Transparenzregister notwendigen Informationen direkt aus der Gesellschafterliste abzulesen sind – etwa bei Treuhandverhältnissen – muss der Geschäftsführer diese ggf. direkt beim Transparenzregister melden. Andernfalls drohen hohe Bußgelder.

JAN BIRKEFELD • j.birkefeld@zenk.com

STEPHAN SCHÄFER • schaefer@zenk.com



GELD ZURÜCK!

— **Wer Geld wegnimmt, das ihm nicht zusteht, muss es zurückgeben. So viel ist klar und gilt auch im Gesellschafterstreit. In einem kürzlich vom OLG München (Urteil vom 9. November 2017, 23 U 239/17) entschiedenen Fall war dies auch gar nicht so sehr die Frage.**

Die Ehefrau und Erbin des früheren Minderheitsgesellschafters hatte sich vor Liquidation der Gesellschaft aus Misstrauen gegenüber dem geschäftsführenden Mehrheitsgesellschafter von der Buchhaltung rund 700.000 USD auf ein Privatkonto überweisen lassen.

Dass gegen die Frau daher dem Grunde nach ein Rückforderungsanspruch der Gesellschaft aus ungerechtfertigter Bereicherung bestand, war offensichtlich.

Interessanter waren die Versuche der Minderheitsgesellschaftlerin, sich gegen die drohende Verurteilung zur Rückzahlung zu wehren.

Sie argumentierte unter anderem, dass die Klage gegen sie schon mangels eines gemäß § 46 Nr. 8 GmbHG notwendigen Gesellschafterbeschlusses unbegründet sei. Außerdem sei wegen angeblicher Pflichtverstöße des Geschäftsführers ihr zukünftiger Liquidationserlös gefährdet gewesen, wenn das Geld auf den Geschäftskonten verblieben wäre. Widerklagend stellte sie einen Antrag auf Auskunft gemäß § 51a GmbHG.

Das OLG München ließ nichts davon gelten und verurteilte die Gesellschaftlerin vollumfänglich zur Rückzahlung des Geldes an die Gesellschaft. Ein Gesellschafterbeschluss nach § 46 Nr. 8 GmbHG sei für die Klage gegen die Gesellschaftlerin nicht erforderlich gewesen, da der geltend gemachte Anspruch ein Bereicherungsanspruch und nicht, wie vom Gesetz vorausgesetzt, ein Schadensersatzanspruch sei. Das OLG stellte sich damit gegen eine ältere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH NJW 1986, 2250). Die angebliche Gefährdung des Liquidationserlöses stelle keine Rechtfertigung dar, da ein entsprechender Anspruch nicht bewiesen sei und außerdem Maßnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes einen hinreichenden Schutz bieten könnten.

>>

>>

Die Widerklage auf Auskunft war mangels gleicher Prozessart unzulässig, da derartige Anträge nach § 51b GmbHG im Verfahren der "Freiwilligen Gerichtsbarkeit" und damit nach den Regeln des FamFG und nicht der Zivilprozessordnung (ZPO) zu stellen sind.

Im Ergebnis dürfte die Gesellschafterin damit – wie von ihr von Anfang an auch befürchtet – leer ausgehen. Aus den Entscheidungsgründen ergibt sich weiter, dass im Laufe des Prozesses die Gesellschaft – trotz des bestehenden Rückzahlungsanspruchs – wegen Vermögenslosigkeit gelöscht wurde.

DR. JÖRG SEBASTIAN DANGER • danger@zenk.com



SELEKTIVE VERTRIEBSSYSTEME: VERTRIEBSVERBOT FÜR LUXUSWAREN ÜBER INTERNETPLATTFORMEN DRITTER GRUNDSÄTZLICH ZULÄSSIG

■ Nach dem Urteil vom 6. Dezember 2017 des EuGH (Az. C-230/16 (Coty Germany GmbH ./ Parfümerie Akzente GmbH)) dürfen im Rahmen von selektiven Vertriebssystemen Hersteller den Verkauf ihrer Luxuswaren über Drittplattformen (z. B. Ebay oder Amazon) untersagen, um dadurch das Prestige-Image ihrer Waren aufrechtzuerhalten.



Urteil des EuGH
vom 06.12.2017
Az. C-230/16

Anlass für die Entscheidung des EuGH war ein Rechtsstreit zwischen einer Kosmetik-Herstellerin, welche über ein selektives Vertriebssystem in Deutschland ihre Ware vertreibt, und einem ihrer angeschlossenen Händler. Im Jahr 2012 verlangte die Herstellerin eine Anpassung ihrer Verträge mit den Händlern im Rahmen ihres selektiven Vertriebssystems dahingehend, dass ihre Ware zwar über das Internet vertrieben werden dürfe, allerdings nur dann, wenn die Visualisierung im Internet als "elektronisches Schaufenster" des eigentlichen Ladengeschäftes fungieren würde und insbesondere das Luxusimage der Güter aufrecht erhalten bliebe. Der Verkauf der Ware über nicht gesondert autorisierte Drittplattformen war durch die Herstellerin untersagt worden. Die Beklagte in diesem Verfahren hatte sich geweigert, der Vertragsanpassung zuzustimmen. Die Klägerin hatte daraufhin versucht, den Vertrieb über Drittplattformen gerichtlich untersagen zu lassen.

Der EuGH hat in seiner vorgenannten Entscheidung festgestellt, dass das Verbot zum Vertrieb über Drittplattformen in diesem Fall nicht gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV (Verbot von Wettbewerbsbeschränkungen) verstößt, weil das Verbot in angemessenem Verhältnis zu dem Ziel der Aufrechterhaltung des Luxusimages der Kosmetikware stehe. Da der Hersteller mit den Betreibern der Drittplattform nicht in einer vertraglichen Beziehung stehe, könne er diese (anders als seine direkten Händler im selektiven Vertriebssystem) nicht dazu anhalten, Standards, was die Visualisierung der Produkte und die Gestaltung der Homepage an sich >>

>>

angeht, einzuhalten. Zudem war den Händlern im konkreten Fall gestattet worden, zumindest Werbung auf Drittplattformen zu schalten. Damit sei nach dem EuGH sichergestellt, dass der Endkunde die Angebote der Händler im Internet auffinden könne.

Im Ergebnis bleibt festzuhalten, dass das Urteil des EuGH allein für Produkte gelten kann, bei denen die luxuriöse Aufmachung und Ausstrahlung einen wesentlichen Teil des Erfolges ausmache. In der Praxis wird es eine entscheidende Rolle spielen, wann im Einzelfall eine Ware als Luxusware zu bewerten ist.

DANIELA PEZZELLA • pezzella@zenk.com



ENDLICH EINE NEUE REGIERUNG - ENDLICH EIN NEUES VERGABERECHT?

■ In dem lange verhandelten Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD finden sich Ausführungen zum Vergaberecht. Was uns allerdings die Koalitionäre mit den diesbezüglichen Ausführungen sagen wollen, ist teilweise unklar und lässt weitreichende Änderungen des gerade reformierten Vergaberechts zumindest nicht für völlig ausgeschlossen erscheinen.



Koalitionsvertrag
zwischen CDU, CSU
und SPD
19. Legislaturperiode

Von besonderer Bedeutung sind dabei die Ausführungen auf Seite 64 zu sehen. Darin wird zunächst noch harmlos auf die Selbstverständlichkeit hingewiesen, dass die öffentliche Beschaffung ein wichtiger Wirtschaftsfaktor ist. Auch noch bekannt und unproblematisch ist die Aussage, dass öffentliche Aufträge mittelstandsfreundlich ausgeschrieben werden müssen. Unmittelbar im Anschluss daran folgt allerdings das große Rätsel. Es wird wie folgt ausgeführt:

"Zur weiteren Vereinheitlichung des Vergaberechts prüfen wir die Zusammenführung von Verfahrensregeln für die Vergabe von Liefer- und Dienstleistungen einerseits und von Bauleistungen andererseits in einer einheitlichen Vergabeverordnung."

Ist damit tatsächlich gemeint, dass sich die mit Ausschreibungen beschäftigenden Unternehmen und Behörden nach der grundlegenden Reform des Vergaberechts im Jahre 2016, mit der die betroffenen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter noch immer mit der Umsetzung beschäftigt sind, sich schon wieder auf grundlegend neue Regelungen, nämlich einer einheitlichen, alle Leistungen zusammenfassenden Vergabeverordnung unter Aufgabe der VOB einrichten müssen? Diese Frage ist unter den Auguren umstritten. Die Auffassungen gehen von "Ist nicht so ernst zu nehmen" bis hin zu einer "Befürchtung des Schlimmsten". Die Auslegungen gehen dabei von der Erwartung eines unveränderten Beibehaltes des jetzigen Vergaberechts bis zur Erwartung der Schaffung einer einheitlichen Vergabeverordnung ohne VOB. Dazu gibt es eine vermittelnde Interpretation, wonach gemeint sein könnte, dass die VOB/A in die Vergabeverordnung bzw. in die Unterschwellenvergabeordnung integriert wird und die VOB/B sowie die VOB/C beibehalten werden. Eines ist jedenfalls sicher, dass hier seitens der Koalitionäre – bewusst oder unbewusst – Unklarheit gesät wurde, die aufzulösen ist.

>>

>>

Vollends nebulös wird es, wenn auf Seite 115 auf den Bereich der Bauleistungen wie folgt eingegangen wird:

"Die öffentlichen Bauleistungen sind ein wichtiger Wirtschaftsfaktor. Sie fördern insbesondere den Mittelstand. Die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistung (VOB) als faire, wettbewerbsneutrale und von allen Bauverbänden getragene Verfahrensregelung garantiert gute Bauleistungen. Sie ist zu sichern und anwenderorientiert weiterzuentwickeln."

Diese Äußerungen wiederum scheinen in einem Widerspruch zu der oben zitierten Ankündigung einer einheitlichen Vergabeverordnung zu stehen. Entweder man schafft, wie auf Seite 64 des Koalitionsvertrages angekündigt, eine einheitliche Vergabeverordnung unter Einschluss der VOB oder – wie auf Seite 115 des Vertrages prophezeit – eine Sicherung der VOB. Man kann sich des Eindruckes nicht erwehren, dass die Beiträge des Koalitionsvertrages zum Vergaberecht nicht unter den Beteiligten abgestimmt worden sind, was keine erfreuliche Vorstellung ist.

Die weiteren Bezugnahmen des Koalitionsvertrages auf das Vergaberecht sind weniger spektakulär:

So wird auf Seite 79 des Vertrages eine Anpassung der gesetzlichen Regelung zum Vergaberecht angekündigt, mit dem die Landkreise und Kommunen die Weiterbeschäftigung der bisherigen Beschäftigten beim Leistungsübergang im ÖPNV auf andere Betreiber zu den bestehenden Arbeits- und Sozialbedingungen vorschreiben können.

Weitere Ausführungen zum Vergaberecht finden sich auf Seite 74 des Vertrages zu den öffentlich-privaten Partnerschaften im Verkehrswegebau und auf Seite 159 zur Wehrbeschaffung.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Ausführungen zum Vergaberecht im Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD wenig Neues oder Aussagekräftiges bringen. Dies gilt allerdings nicht für die im Koalitionsvertrag aufgeworfene Frage, ob es grundlegend neue Regelungen zur Beschaffung von Bauleistungen

>>

>>

geben wird. In den hierzu dargestellten Ausführungen im Koalitionsvertrag steckt erhebliche Brisanz und Diskussionspotential. Die von den Koalitionären aufgeworfene Frage zur Zukunft der VOB sollte von diesen möglichst in absehbarer Zeit beantwortet werden. Darüber werden wir dann zeitnah berichten.

DR. RALF HÜTING • hueting@zenk.com



DR. MARTIN DÜWEL
Fachanwalt für Verwaltungsrecht



DR. JAKOB STASIK

ZENK

OLG DÜSSELDORF - INFORMATIONS- UND WARTEPFLICHT JETZT AUCH IM BEREICH DER AUFTRAGSVERGABEN UNTERHALB DER EU-SCHWELLENWERTE?

■ Bisher galt, dass bei öffentlichen Auftragsvergaben unterhalb der sog. "EU-Schwellenwerte" (unterschwellige Auftragsvergaben) der Auftraggeber die unterliegenden Bieter nicht vor Zuschlagserteilung informieren und einen gewissen Zeitraum zur Inanspruchnahme von Rechtsschutz einräumen musste. Diese konnten meist erst nach Ablauf der Zuschlagsfrist aus der fehlenden Zuschlagsnachricht darauf schließen, dass sie erfolglos waren.

Da ein Rechtsschutz zur Verhinderung des Zuschlags voraussetzt, dass der Bieter über die beabsichtigte Zuschlagserteilung informiert ist, die Gründe dafür kennt und ausreichend Zeit hat, diesen in Anspruch zu nehmen, waren die Bieter bisher auf Schadensersatzansprüche nach Zuschlagserteilung beschränkt. Durch ein aktuelles Urteil des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 13. Dezember 2017 I-27 U 25/17 – könnte dies aber nunmehr Vergangenheit sein.



Urteil des OLG
Düsseldorf vom
13.12.2017
Az. I-27 U 25/17

Das Oberlandesgericht Düsseldorf beschäftigte sich in diesem Urteil mit der Frage, ob ein ohne Einhaltung einer im Bereich der unterschwelligen Auftragsvergaben nicht gesetzlich vorgeschriebenen Informations- und Wartepflicht geschlossener Vertrag wegen des Verstoßes gegen ein ungeschriebenes Gesetz nichtig ist. Hierfür hat das Oberlandesgericht zunächst auf Grundlage der Rechtsprechung des Gerichts der Europäischen Union eine Informations- und Wartepflicht für Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich auch dann hergeleitet, wenn eine entsprechende Verpflichtung nicht ausdrücklich – in den Landesvergabegeetzen – kodifiziert ist. Die gemeinsamen Verfassungen der Mitgliedsstaaten und die Konventionen zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten forderten einen effektiven und vollständigen Schutz gegen Willkür des öffentlichen Auftraggebers. Dieser vollständige Rechtsschutz verlange zum einen, sämtliche Bieter vor Erteilung des Zuschlages zu unterrichten, zum anderen, dass zwischen der Unterrichtung abgelehnter Bieter und der Unterzeichnung des Vertrages eine angemessene Frist liege, damit dem unterlegenen Bieter Rechtsschutz gewährt werden kann. Insoweit setzt sich das Oberlandesgericht Düsseldorf in direkten Widerspruch zu einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem >>

>>

Jahr 2006 und dem gegenteiligen Willen des nationalen Verordnungsgebers, der im Fehlen einer dem § 62 Abs. 1 Satz 1 der Vergabeverordnung vergleichbaren Regelung in der neuen Unterschwellenvergabeordnung vom 2. Februar 2017 zum Ausdruck kommt.

Das Bundesverfassungsgericht erörterte in seinem Beschluss vom 13. Juni 2006 – 1 BvR 1160/03 – hinsichtlich einer Informations- und Wartepflicht im Unterschwellenbereich, ob eine Informations- und Wartepflicht im Unterschwellenbereich nicht aus dem allgemeinen Justizgewährungsanspruch abzuleiten sei. Nach einer Abwägung der öffentlichen und privaten Belange kam es zu der Ansicht, dass aus dem Verfassungsrecht gerade keine solche Pflicht folge. Vielmehr sei es verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn der Gesetzgeber das Interesse des öffentlichen Auftraggebers an einer raschen Vergabeentscheidung und damit an der Möglichkeit einer sofortigen Ausführung der Maßnahme für gewichtiger als das Rechtsschutzinteresse des erfolglosen Bieters gehalten hat. Zudem dürfe der Gesetzgeber gerade den Rechtsschutz unterhalb des Schwellenwertes anders gestalten als bei Vergabeentscheidungen mit Auftragssummen oberhalb des Schwellenwertes. Insoweit obliege es dem Gesetzgeber und nicht den Gerichten, eine Informations- und Wartepflicht im Unterschwellenbereich zu begründen.

Vor diesem Hintergrund stellt das Urteil des OLG Düsseldorf die Betroffenen vor zahlreiche Fragen: Die öffentlichen Auftraggeber müssen entscheiden, ob nunmehr auch im Bereich der unterschwelligen Auftragsvergaben, wenn (auch) das einschlägige Landesvergabegesetz keine Informations- und Wartepflicht kodifiziert, doch eine Information vor der beabsichtigten Zuschlagserteilung erfolgt und eine bestimmte Wartefrist eingehalten wird, damit der Vertrag später nicht für nichtig befunden wird. Die unterlegenen Bieter müssen abwägen, ob im Hinblick auf den Widerspruch zum Bundesverfassungsgericht und den gegenteiligen Willen des Verordnungsgebers ein Vorgehen gegen ohne eine Benachrichtigung abgeschlossene Verträge unter Berufung auf das OLG Düsseldorf sinnvoll ist.

In jedem Fall gilt es jetzt die Resonanz in der Rechtsprechung anderer Gerichte zu beobachten. Wir halten Sie hierzu auch an dieser Stelle informiert.

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

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



DR. KOSTJA VON KEITZ
 Fachanwalt für Verwaltungsrecht, Mediator



DR. JAKOB STASIK



HAFTET DIE DFL DOCH FÜR DIE KOSTEN VON POLIZEIEINSÄTZEN AUFGRUND VON BUNDESLIGASPIELEN?!

— **Zur Gewährleistung der Sicherheit vor, während und nach dem Hochrisikospiele der ersten Fußballbundesliga zwischen dem SV Werder Bremen und dem Hamburger SV am 18. April 2015 im Bremer Weserstadion musste die Bremer Polizei mit knapp 1.000 Polizeikräften tätig werden.**



Pressemitteilung zu dem Urteil des OVG Bremen vom 01.02.2018



Urteil des VG Bremen vom 17.05.2017 Az. 2 K 1191/16

Im Hinblick auf diese außergewöhnliche Belastung der Sicherheitskräfte erließ die Polizei Bremen am 18. August 2015 auf Grundlage von § 4 Abs. 4 des Bremischen Gebühren- und Beitragsgesetzes (BremGebBeitrG) einen Gebührenbescheid gegenüber der Deutschen Fußball Liga (DFL) in Höhe von 425.718,11 €. Die DFL wurde als Mitveranstalterin des Spieles in Anspruch genommen. Den dagegen eingelegten Widerspruch wies der Senator des Inneren mit Bescheid vom 30. März 2016 zurück, woraufhin die DFL klagte. Mit Erfolg! Denn das VG Bremen gab der Klage mit Urteil vom 17. Mai 2017 – 2 K 1191/16 – statt und hob den Bescheid auf. Zwar sei die DFL zu Recht als Veranstalterin des Fußballspiels im Sinne des § 4 Abs. 4 BremGebBeitrG qualifiziert worden, weil sie bestimmenden Einfluss auf die Veranstaltung der Spiele und deren Vermarktung habe sowie aus dem Spielbetrieb einen eigenen finanziellen Vorteil ziehe. Der Gebührenerhebung liege jedoch keine rechtmäßige Kostenvorschrift zugrunde, weshalb der Bescheid aufzuheben sei. Der Gebührentatbestand sei nicht hinreichend bestimmt, weil es den Gebührenschuldern nicht möglich sei, die Höhe der zu erwartenden Gebührenlast hinreichend bestimmt zu kalkulieren. Die in Ziff. 120.60 der Kostenordnung für die innere Verwaltung vorgesehene Abrechnung nach den infolge des Mehraufwandes tatsächlich anfallenden Kosten enthalte keine Angaben zu den Bemessungsfaktoren (z.B. Kosten pro Einsatzstunde eines Bremer Polizisten oder eines aus einem anderen Bundesland hinzugezogenen Polizisten sowie Anreise- oder Übernachtungskosten).

Auf die Berufung der Freien Hansestadt Bremen (Stadt Bremen) hat das OVG Bremen das Urteil des VG Bremen nunmehr aufgehoben und der Stadt Bremen Recht gegeben. In seinem Urteil vom 1. Februar 2018 – 2 LV 139/17 – führt das OVG Bremen zur Begründung seiner Entscheidung Folgendes aus:

>>

>>

§ 4 Abs. 4 BremGebBeitrG sei verfassungsgemäß. Zwar erfolge nach der Finanzverfassung des Grundgesetzes die Finanzierung der Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit durch den Staat in erster Linie aus Steuern. Allerdings habe der Gesetzgeber einen weiten Entscheidungs- und Gestaltungsspielraum, für welche Leistungen er Gebühren erheben will, wenn diese individuell zurechenbar sind. Die Erhebung einer Gebühr für den Einsatz zusätzlicher Polizeikräfte in § 4 Abs. 4 BremGebBeitrG knüpfe in zulässiger Weise an die besondere Verantwortlichkeit der DFL als Veranstalterin an. Denn bei derartigen Großveranstaltungen kämen die Leistungen eher dem Veranstalter als der Allgemeinheit zugute, da dieser insbesondere auch die finanziellen Vorteile aus der Veranstaltung ziehe. § 4 Abs. 4 BremGebBeitrG sei schließlich auch mit dem Bestimmtheitsgebot aus Art. 20 Abs. 3 GG vereinbar. Denn die Gebührenhöhe könne bei entsprechenden Großveranstaltungen im Vorhinein nicht beziffert werden, weil sie maßgeblich von der im Einzelfall erforderlichen Zahl der eingesetzten Polizeibeamten abhängen. Zu den durch das VG Bremen als fehlend beanstandeten Bemessungsfaktoren hat sich das OVG Bremen indes ausweislich der Pressemitteilung nicht geäußert.

Das Urteil des OVG Bremen regt nicht nur erneut die Debatte über die Einführung entsprechender Gebührentatbestände auch in anderen Bundesländern an, sondern stellt auch die Fußballwelt vor Fragen: Muss der Profi-Fußball in Deutschland aufgrund im Ergebnis geringerer Einnahmen um seine Konkurrenzfähigkeit mit Clubs aus anderen Ländern bangen? Müssen auch die Landesverbände bzw. Vereine in niedrigeren Spielklassen mit zusätzlichen Kosten rechnen? Schließlich greift die Bremer Vorschrift bereits bei Veranstaltungen ab 5.000 Teilnehmern. Womöglich bleiben die Kosten letztendlich – über höhere Ticketpreise – an den (friedfertigen) Fans hängen? Ist dies gerechter als die Kostentragung der Allgemeinheit?

Oder, kommt es doch noch anders? Denn das OVG Bremen hat die Revision gegen das Urteil zum Bundesverwaltungsgericht ausdrücklich zugelassen und die DFL diese bereits angekündigt. Wir halten Sie über den Fortgang informiert und stehen Ihnen bei allen Fragen gerne zur Verfügung.

DR. KOSTJA VON KEITZ • vonKeitz@zenk.com

DR. JAKOB STASIK • stasik@zenk.com



NEUES UND ALTES AUS DEM PLANUNGSRECHT

— Wir wollen Sie auf drei aktuelle obergerichtliche Entscheidungen zum Bauplanungsrecht hinweisen:

Nicht neu, aber in der Praxis mitunter vergessen sind die **Formalitäten bei der Ausfertigung von Bebauungsplänen**. Dabei ist zum einen wichtig, dass mit der Ausfertigung die Satzung, in deren Gestalt der Bebauungsplan ergeht, als Originalurkunde hergestellt und sichergestellt wird, dass der textliche und der zeichnerische Gegenstand der Satzung mit dem Willen des Rates im Zeitpunkt seiner Beschlussfassung übereinstimmen. Verlangt ist, dass bei der Ausfertigung eine Originalurkunde geschaffen wird, auf welcher der Bürgermeister als Vorsitzender des Rates zeitlich nach dem Ratsbeschluss und vor der Verkündung der Satzung schriftlich bestätigt, dass der Rat an einem näher bezeichneten Tag diesen Bebauungsplan als Satzung beschlossen hat; erforderlich sind insoweit Unterschrift des Bürgermeisters mit Unterschriftsdatum. In diesem Zusammenhang hat das **Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen** mit Urteil vom 11. Oktober 2017 – 7 D 94/15.NE – für den Fall, dass die Satzung aus mehreren Teilen besteht, die nicht auf einem Blatt zusammengefasst sind, sondern aus mehreren Blättern bestehen, entschieden, dass es grundsätzlich erforderlich ist, dass entweder jedes Blatt mit einem Ausfertigungsvermerk versehen oder durch körperliche Verbindung eine (Gesamt-) Urkunde hergestellt wird, die einen Ausfertigungsvermerk trägt. Bedeutsam ist dieser Fall bei Bebauungsplänen etwa dann, wenn sich die textlichen und die zeichnerischen Festsetzungen nicht auf einem Blatt befinden. Fehler, die hier gemacht werden, sind stets beachtlich und führen zur Unwirksamkeit des Bebauungsplans.

Mit Urteil vom 25. Oktober 2017 – 3 S 642/16 – hat der **Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg** zur inzwischen nicht mehr geltenden Regelung des § 47 Abs. 2 a VwGO entschieden. Nach **§ 47 Abs. 2 a VwGO a. F.** war der Antrag einer natürlichen Person, der einen Bebauungsplan zum Gegenstand hat, unzulässig, wenn die den Antrag stellende Person nur Einwendungen geltend
>>

>>

gemacht hat, die sie im Rahmen der öffentlichen Auslegung nach § 3 Abs. 2 BauGB nicht oder verspätet geltend gemacht hat, aber hätte geltend machen können, und wenn auf diese Rechtsfolge im Rahmen der Öffentlichkeitsbeteiligung hingewiesen worden war. Diese Regelung ist durch das Gesetz zur Anpassung des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes und anderer Vorschriften an europa- und völkerrechtliche Vorgaben vom 29. Mai 2017 entfallen, und zwar mit Wirkung vom 2. Juni 2017. Ein bis zu diesem Zeitpunkt gestellter Normenkontrollantrag, der wegen des damals noch geltenden § 47 Abs. 2 a VwGO unzulässig gewesen ist, wird nach Auffassung des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg mit Aufhebung von § 47 Abs. 2 a VwGO zum 2. Juni 2017 nicht zulässig; insoweit bleibt der Normenkontrollantrag auch nach Aufhebung von § 47 Abs. 2 a VwGO unzulässig, obgleich zum Zeitpunkt der Gerichtsentscheidung die Regelung des § 47 Abs. 2 a VwGO nicht mehr gilt. Der guten Ordnung halber ist darauf hinzuweisen, dass dies nicht für Bebauungspläne gilt, die die Zulassung von Vorhaben begründen, die einer Umweltverträglichkeitsprüfung bedürfen (Art. 11 der RL 2011/92) und für Bebauungspläne, die die Zulässigkeit "umweltverschmutzender" Vorhaben begründen (RL 2010/75); dagegen gerichtete Normenkontrollanträge sind und bleiben zulässig, egal ob der Antragsteller sich im Rahmen der öffentlichen Auslegung nach § 3 Abs. 2 BauGB mit den nun im gerichtlichen Verfahren vorgetragenen Einwendungen geäußert hatte.

Mit Blick auf den Grundsatz von Treu und Glauben hat der **Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg** mit Urteil vom 10. Oktober 2017 – 3 S 153/17 – entschieden, dass sich der Vorhabenträger nicht auf die Nichtigkeit eines auf sein Bestreben und in Abstimmung mit der plangebenden Gemeinde erlassenen **vorhabenbezogenen Bebauungsplans** berufen kann, wenn er auf der Grundlage dieses Bebauungsplans eine Baugenehmigung erhalten und von der Genehmigung inzwischen auch Gebrauch gemacht hat.

DR. KOSTJA VON KEITZ • vonKeitz@zenk.com



RECHTSSCHUTZ GEGEN BUSBESCHLEUNIGUNG – VG UND OVG HAMBURG GEWÄHREN EINSTWEILIGEN RECHTSSCHUTZ GEGEN DIE VERLEGUNG EINER BUSHALTESTELLE

Das VG und OVG Hamburg haben Anwohnern einer Hauptverkehrsstraße einstweiligen Rechtsschutz gegen die Verlegung einer Bushaltestelle vor ihr Wohnhaus gewährt. Da diese Eilentscheidungen damit begründet werden, dass auch bei nicht förmlichen Straßenplanungen betroffene Dritte einen Anspruch auf angemessene Abwägung ihrer Belange haben, sind diese Gerichtsentscheidungen über den Einzelfall hinaus bedeutsam.

Zwei Wohnungseigentümer und ein Mieter eines an einer vierspurigen Durchgangsstraße gelegenen Wohnhauses hatten vor dem VG und OVG Hamburg mit einem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung aufgrund von § 123 VwGO gegen die Verlegung einer Bushaltestelle vor das von ihnen bewohnte Haus Erfolg, mit der im Rahmen des Busbeschleunigungsprogrammes eine Fahrzeitverkürzung um ca. 50 Sekunden erreicht werden soll. Die Eilantragsteller monierten vor allem, dass die Stadt Hamburg im Rahmen der nicht förmlichen Straßenplanung zur Verlegung der Bushaltestelle keine Lärmuntersuchung vorgenommen habe.

Das VG Hamburg gab den Eilantragstellern mit Beschluss vom 19. Mai 2017 (Az.: 6 E 7145/16) Recht. Diese seien antragsbefugt. Sie könnten sich aufgrund einer befürchteten verkehrsbedingten Lärmbeeinträchtigung bereits unmittelbar gegen die bauliche Herstellung der Straße und der Haltestelle wenden.

Der Eilantrag sei auch begründet. Ein Anordnungsgrund liege vor, weil es den Antragstellern nicht zumutbar sei, die Entscheidung in der Hauptsache abzuwarten. Darüber hinaus sei ein Anordnungsanspruch in Form eines öffentlich-rechtlichen Unterlassungsanspruchs gegen die Verlegung der Bushaltestelle glaubhaft gemacht. Dazu betont das VG Hamburg, dass die Antragsteller auch in einem nicht förmlichen Straßenplanungsverfahren einen Anspruch darauf haben, dass ihre rechtlich geschützten Belange angemessen berücksichtigt werden, weil >>

>>

auch eine nicht förmliche Straßenplanung den rechtsstaatlichen Mindestanforderungen an Planungsentscheidungen entsprechen müsse. Insoweit sei den Verwaltungsgerichten eine Vertretbarkeitskontrolle eröffnet. Die formlose Straßenplanung der Stadt Hamburg für die Verlegung der Bushaltestelle sei nicht vertretbar, weil dabei die drittschützende Vorschrift des § 41 BImSchG nicht berücksichtigt worden sei, nach der bei wesentlichen Änderungen öffentlicher Straßen Anspruch auf Lärmschutz besteht, soweit die Immissionsgrenzwerte der Verkehrslärmschutzverordnung (16. BImSchV) überschritten sind. Dies sei gegeben, weil schon die Lärmvorbelastung nicht nur über den Grenzwerten der 16. BImSchV liege, sondern mit einer Dauerschallbelastung von mehr als 70 dB(A) am Tage und mehr als 60 dB(A) in der Nacht sogar gesundheitsgefährdend sei. Da die geplante Verlegung der Bushaltestelle zu einer weiteren Erhöhung der Lärmbelastung um bis zu ca. 2,5 dB führe, bestehe ein Anspruch der Eilantragsteller auf passiven Schallschutz. Die Stadt Hamburg habe hingegen unter Hinweis auf die hohe Lärmvorbelastung im Planungsverfahren von jeglichen schalltechnischen Untersuchungen abgesehen und selbst im Eilverfahren keine substantiierten Überlegungen zur Wirksamkeit passiver Schallschutzmaßnahmen angestellt.

Darüber hinaus hat das VG Hamburg einen Anordnungsanspruch der Eilantragsteller in Bezug auf die straßenverkehrsbehördliche Anordnung für die Errichtung der Bushaltestelle bejaht. Diese sei ermessensfehlerhaft, weil sie nicht auf dem letzten Stand der Planung beruhe und die Interessen der Antragsteller an einem Schutz vor unzumutbaren Immissionen nicht angemessen berücksichtigt worden seien.

Die gegen den Beschluss des VG Hamburg vom 19. Mai 2017 gerichtete Beschwerde der Stadt Hamburg wurde vom OVG Hamburg mit Beschluss vom 2. November 2017 (Az.: 4 Bs 115/17) zurückgewiesen. Von der Beschwerde sei die tragende Begründung des Verwaltungsgerichts nicht erschüttert worden, dass die nicht förmliche Straßenplanung fehlerhaft sei, weil die Stadt Hamburg nicht berücksichtigt habe, ob und wie Schallschutzmaßnahmen zu einer hin-

>>

>>

reichenden Absenkung der Lärmbelastung der Eilantragsteller führen könnten. Außerdem ziehe die Stadt Hamburg mit ihrer Beschwerdebegründung die weitere selbstständig tragende Begründung des Verwaltungsgerichts nicht in Zweifel, dass die straßenverkehrsbehördliche Standortentscheidung zur Errichtung der neuen Haltestelle ermessensfehlerhaft sei.

Diese Eilentscheidungen verdeutlichen, dass Städte und Gemeinden im Bereich der Straßenplanung auch dann an die Anforderungen des Abwägungsgebotes gebunden bleiben, wenn sie Planungen außerhalb förmlicher Planungsverfahren (z. B. Planfeststellungsverfahren oder Bauleitplanverfahren) betreiben. Da dies einen erheblichen Teil der Straßenplanungen betrifft, kommt diesen Entscheidungen erhebliche praktische Bedeutung zu.

DR. WOLFGANG HOPP • hopp@zenk.com



FLORIAN WERNER, Dipl.-Ing. (FH)
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht



MICHAEL BENEDIKT KROLL

ZENK

EINSCHRÄNKUNG DER MÖGLICHKEIT ZUR ABLÖSUNG DES GEWÄHRLEISTUNGSEINBEHALTS: SICHERUNGSABREDE UNWIRKSAM!

■ Bei Streitigkeiten über die einzelnen Rechte und Pflichten aus einem Bauvertrag stehen immer wieder auch die vertraglichen Abreden zu Vertragserfüllungs- und Gewährleistungssicherheiten (sog. "Sicherungsabreden") auf dem gerichtlichen Prüfstand.

Wenn das Bauvertragsmuster – wie üblich – vom Auftraggeber (AG) vorgegeben wurde, stellt sich regelmäßig die Frage, ob diese Klauseln einer Überprüfung nach den Regeln für Allgemeine Geschäftsbedingungen (§§ 305 ff. BGB) standhalten. Vertragsklauseln sind nach ständiger Rechtsprechung stets unwirksam, wenn sie den Auftragnehmer (AN) als Vertragspartner unangemessen benachteiligen, da seine Interessen nicht hinreichend berücksichtigt werden (§ 307 BGB). Ist die Sicherungsabrede danach unwirksam, so schuldet der AN – trotz gegenteiliger Vertragsklausel – keine Sicherheit und bereits geleistete Sicherheiten können ohne weiteres zurückverlangt werden.

Die Rechtsprechung zu Sicherungsabreden aus Bauverträgen ist überaus umfangreich und vielschichtig. Hinsichtlich der Abreden zu Gewährleistungssicherheiten tauchen immer wieder folgende Streitpunkte auf:

- Höhe der Sicherheit,
- Dauer der Sicherheitsstellung und
- angemessene Berücksichtigung der Interessen des AN im Zusammenhang mit der Stellung einer Sicherheit.

In die letztgenannte Gruppe fällt u. a. folgende Fallkonstellation: Vertragsklauseln sehen regelmäßig vor, dass der AG für die Dauer der langjährigen Gewährleistungszeit von der Vergütung des AN 5% als Sicherheit für Mängelansprüche einbehalten darf. Diese Vorenthaltung eines nicht nur unerheblichen Teils der Vergütung setzt nach ständiger Rechtsprechung aber voraus, dass der AN das Recht bekommt, den Bareinbehalt durch Stellung einer anderen Sicherheit – regelmäßig einer Bürgschaft – abzulösen. Denn nur durch diesen Ausgleich werden die Interessen des AN hinreichend gewahrt.

>>

>>

Bei der Gestaltung von Musterverträgen wird nun jedoch immer wieder versucht, die Möglichkeit der Ablösung zulasten des AN einzuschränken. Wir nehmen eine jüngere Entscheidung des Bundesgerichtshofs (BGH) vom 30. März 2017 (Az.: VII ZR 170/16) zum Anlass, um die Problematik und die sich daraus ergebenden Risiken bei der Formulierung von Sicherungsabreden näher zu beleuchten:

Ausgangslage:

Der AN verlangt vom AG Restwerklohn für Rohbauarbeiten. Der AG meint, er könne wegen bestehender Mängel u. a. 5 % der Brutto-Abrechnungssumme einbehalten, da es im Bauvertrag heißt:

"Die Parteien vereinbaren – unabhängig von einer Ausführungsbürgschaft – den Einbehalt einer unverzinslichen Sicherheitsleistung durch den AG in Höhe von 5 % der Brutto-Abrechnungssumme für die Sicherstellung der Gewährleistung einschließlich Schadensersatz und die Erstattung von Überzahlungen.

Der AN ist berechtigt, den Sicherheitseinbehalt gegen Vorlage einer unbefristeten selbstschuldnerischen und unwiderruflichen Bürgschaft einer deutschen Großbank oder Versicherung abzulösen, **frühestens jedoch nach vollständiger Beseitigung der im Abnahmeprotokoll festgestellten Mängel oder fehlenden Leistungen.**"

Entscheidung:

Nachdem das Landgericht und auch das Oberlandesgericht dem AG noch eine Sicherheitsleistung zuerkannt hatten, hob der BGH die Urteile auf und entschied, dass der AG keinen Anspruch auf die einbehaltenen 5 % der Brutto-Abrechnungssumme hat, da die vorzitierte Sicherungsklausel unwirksam ist.

Begründung:

Die Klausel benachteiligt den AN unangemessen (§ 307 Abs. 1 Satz 1 BGB). Nach § 641 Abs. 1 Satz 1 BGB gilt, dass der AN seine Vergütung ab der Abnahme regelmäßig verdient hat – und zwar in voller Höhe. Der AG hat dagegen ein berechtigtes Interesse, eine Sicherheit für Mängelansprüche zu erhalten, da fast

>>

>>

bei jedem Bauvorhaben früher oder später Mängel auftreten. Wenn Vertragsklauseln den AG berechtigen, von der verdienten Vergütung 5 % einzubehalten, dann muss der AN für den langen Zeitraum der Gewährleistung auf einen nicht unerheblichen Teil seiner Vergütung zinslos verzichten und trägt obendrein das Risiko einer Insolvenz des AG. Diese weitverbreitete Art der Gewährleistungssicherheit bedarf einer angemessenen Kompensationsmöglichkeit unter Berücksichtigung der Interessen des AN. Ein solcher Ausgleich kann nach ständiger Rechtsprechung dadurch geschaffen werden, dass der AN den Bareinbehalt durch eine selbstschuldnerische unbefristete Bürgschaft ablösen kann.

Die erforderliche Ablösemöglichkeit sieht die hier betrachtete Klausel zwar noch vor. Eine unzulässige Einschränkung ergibt sich nach dem BGH jedoch daraus, dass die Ablösung erst möglich ist, wenn die im Abnahmeprotokoll festgestellten Mängel vollständig beseitigt sind. Wann dieser Punkt erreicht ist, kann Gegenstand langjähriger Kontroversen zwischen den Vertragsparteien sein, die sogar nicht selten über die Dauer der Gewährleistungszeit hinaus andauern können. Jeder Streit über die Mängel kann zu einer Blockade der Ablösemöglichkeit führen, so dass der AN weiterhin die o. g. Nachteile (Liquiditätseinschränkung, Bonitätsrisiko etc.) zu tragen hat.

Fazit:

Bei der Vertragsgestaltung durch den AG ist darauf zu achten, dass die einzelnen Regelungen die Interessen des AN nicht "gänzlich aus den Augen verlieren". Ansonsten läuft der AG Gefahr, dass die einzelnen Klauseln unwirksam sind. Bei unwirksamen Sicherheitsabreden hat dies zur Folge, dass der AG gar keine Sicherheiten mehr verlangen kann bzw. eine erhaltene Sicherheit an den AN zurückgeben muss. Neben Sicherungs- und Abnahmeklauseln sind regelmäßig auch Vertragsstrafenklauseln Gegenstand gerichtlicher Überprüfungen. Daher sollten Auftraggeber einerseits ihre Vertragsmuster regelmäßig mit der jeweils aktuellen Rechtsprechung abgleichen lassen. Andererseits sollten Auftragnehmer bei geschlossenen Bauverträgen die Wirksamkeit der Klauseln prüfen. Selbstverständlich unterstützen wir Sie dabei gerne.

FLORIAN WERNER • werner@zenk.com

MICHAEL BENEDIKT KROLL • kroll@zenk.com



DR. KAI BAHNSEN
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht



MICHAEL BENEDIKT KROLL

ZENK

RECHTSPRECHUNGSÄNDERUNG DES BGH: WER MÄNGEL NICHT BESEITIGEN LÄSST, BEKOMMT AUCH KEINE (FIKTIVEN) MÄNGELBESEITIGUNGSKOSTEN ERSETZT!

■ Nach der bisherigen Rechtsprechung des für Bau- und Architektensachen zuständigen VII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs (BGH) hatte der Bauherr, der einen Mangel am Bauwerk nicht beseitigen ließ, die Möglichkeit, die fiktiven Mängelbeseitigungskosten (ohne Umsatzsteuer) als Schaden geltend zu machen. Dieser Möglichkeit hat der VII. Zivilsenat des BGH nun einen Riegel vorgeschoben (Urteil vom 22. Februar 2018 – Az. VII ZR 46/17).



Urteil des BGH vom
22.02.2018
Az. VII ZR 46/17

Hintergrund: Vermeidung von Überkompensationen auf Bauherrenseite

Der BGH hält es zur Vermeidung des häufig auftretenden Phänomens der Überkompensation auf Bauherrenseite für notwendig, den Anspruch des Bauherrn auf Schadensersatz wegen Mängeln stärker daran auszurichten, welche Dispositionen der Bauherr wegen der Mängel tatsächlich trifft. Danach müsse der Ersatz fiktiver Kosten für nicht getroffene Dispositionen ausscheiden. Das Vermögen des Bauherrn sei nämlich nicht um einen Betrag in Höhe solcher lediglich fiktiven Aufwendungen vermindert.

Möglichkeiten des Bauherrn zur Bemessung seines Schadens

Der Bauherr, der einen Mangel nicht beseitigen lässt, kann nach dem Urteil des BGH seinen Schaden nur noch wie folgt berechnen: Entweder nach der Differenz zwischen dem hypothetischen Wert des Bauwerks ohne Mangel und dem tatsächlichen Wert des Bauwerks mit Mangel ("Vermögensbilanz") oder (ähnlich einer Minderung) im Wege einer Schätzung des Minderwerts des mangelhaften Bauwerks im Vergleich zur vereinbarten Vergütung. Wurde das Bauwerk bereits (mit dem Mangel) veräußert, kann der Schaden auch nach dem konkreten, mangelbedingten Mindererlös bemessen werden.

>>

>>

Die Dispositionsfreiheit des Bauherrn bleibt bestehen

Die Änderung der Rechtsprechung beeinträchtigt den Bauherrn nicht in seiner Dispositionsfreiheit. Der BGH stellt klar, dass es einem Bauherrn, der den Unternehmer auf der Grundlage der bisherigen BGH-Rechtsprechung auf Schadensersatz in Höhe der fiktiven Mängelbeseitigungskosten in Anspruch genommen hat, im laufenden Rechtsstreit möglich ist, eine andere Form der Schadensbemessung (nach der neuen BGH-Rechtsprechung) zu wählen und gegebenenfalls sogar auf den Vorschussanspruch zurückzukommen. Zudem steht es dem Bauherrn frei, die Mängel im laufenden Rechtsstreit zu beseitigen und sodann die tatsächlich angefallenen Mängelbeseitigungskosten (inkl. Umsatzsteuer) geltend zu machen.

Auch der Architekt/Ingenieur schuldet keine fiktiven Mängelbeseitigungskosten

Auch im Verhältnis zum Architekten/Ingenieur scheidet nach dem Urteil des BGH ein Anspruch des Bauherrn in Höhe der fiktiven Mängelbeseitigungskosten aufgrund vom Architekten/Ingenieur zu vertretender Planungs- und Überwachungsfehler, die sich im Bauwerk verwirklicht haben, aus. Für die Bemessung der durch Planungs-/Bauüberwachungsmängel eingetretenen Schäden kommt es ebenfalls darauf an, welche Dispositionen der Bauherr zur Schadensbeseitigung trifft. Insofern gelten die oben dargestellten Grundsätze. Auch gegenüber Architekten/Ingenieuren gilt also: Ohne Beseitigung des infolge eines Planungs-/Bauüberwachungsmangels eingetretenen Schadens kein Anspruch auf Schadensersatz in Höhe der fiktiven Mängelbeseitigungskosten.

DR. KAI BAHNSEN • bahnsen@zenk.com

MICHAEL BENEDIKT KROLL • kroll@zenk.com



ENTSCHÄDIGUNGSANSPRUCH GEM. § 642 BGB IST ZEITLICH BEGRENZT – KEIN ANSPRUCH AUF AUSGLEICH VON GESTIEGENEN LOHN- UND MATERIALKOSTEN BEI VERSCHOBENER LEISTUNG

Der BGH klärte mit seinem Urteil vom 26. Oktober 2017 eine bislang in Rechtsprechung und Fachliteratur umstrittene Rechtsfrage: Entschädigungsansprüche bei Bauzeitverzögerung gemäß § 642 BGB sind zeitlich begrenzt. Da der § 642 BGB mit der Baurechtsreform ab 1. Januar 2018 unverändert blieb, hat die Entscheidung auch für die Zukunft in der Baurechtspraxis enorme Relevanz.



Urteil des BGH
vom 26.10.2017
Az. VII ZR 16/17

Geklagt hatte ein Hersteller von Brandschutzsystemen, der von einem öffentlichen Auftraggeber im Rahmen des Umbaus zweier Bestandsgebäude beauftragt wurde. Der Einbau des Brandschutzsystems sollte in zwei Bauabschnitten erfolgen. Aufgrund der Insolvenz des Rohbauunternehmers und Planungsverzögerung durch beteiligte Architekten konnte der zweite Bauabschnitt vom Kläger nicht wie geplant in 2010, sondern erst 2012 realisiert werden. Aufgrund der verschobenen Bauzeit musste der Kläger seinen Mitarbeitern höhere Löhne zahlen, die er nun gerichtlich vom Auftraggeber ersetzt verlangte.

Genau diese Mehrkosten können nach dem Urteil des BGH nicht gemäß § 642 BGB vom Auftraggeber gefordert werden. Während die Vorinstanz (Kammergericht) dem Kläger im Einklang mit der instanzgerichtlichen Rechtsprechung Ersatz der Preiserhöhungen aufgrund der Bauzeitverlängerung zusprach, verneinte der BGH diesen Anspruch und wies die Klage des Bauunternehmers vollumfänglich ab.

Begründet wird diese Entscheidung mit dem Wortlaut und dem Sinn und Zweck des § 642 BGB. Denn dem Bauunternehmer ist eine "angemessene Entschädigung" dafür zu zahlen, dass er während des Annahmeverzugs des Auftraggebers infolge Unterlassen einer diesem obliegenden Mitwirkungshandlung Personal, Geräte und Kapital bereithält. Nicht ersetzen muss der Auftraggeber hingegen jeden erdenklichen Nachteil, der durch die Verzögerung entsteht. Auch die Klarstellung in § 642 Abs. 2 BGB lässt keine andere Wertung zu: Bei der Berechnung der Entschädigung ist auf die Dauer des Verzugs des Auftraggebers abzustellen und nicht auf dessen Auswirkung auf den weiteren Bauablauf insgesamt.

>>

>>

Der BGH selbst stellt in seinem Urteil Lösungsansätze für den Bauunternehmer dar: Zum einen hätten im Vorfeld in den Bauvertrag Lohn- und Stoffpreisgleitklauseln vereinbart werden können. Zum anderen bleibt zu prüfen, ob dem Bauunternehmer Schadensersatzansprüche (u. a. gemäß § 6 Abs. 6 VOB/B oder §§ 280 Abs. 1, 286 BGB) zustehen, die gerade die Nachteile ausgleichen, die § 642 BGB nach der Rechtsprechung des BGH nicht erfasst.

Um künftige Auseinandersetzungen zu meiden, ist die Vertragsgestaltung wie so oft ein wichtiger Meilenstein - sprechen Sie uns daher schon frühzeitig an, um Risiken zu minimieren.

ANNE VOGEL • vogel@zenk.com



NACH SECHS MONATEN IST SCHLUSS! VERLÄNGERUNG DER KURZEN VERJÄHRUNGSFRIST AUS § 548 ABS. 2 BGB IN AGB UNWIRKSAM

— "Ersatzansprüche des Vermieters wegen Veränderungen oder Verschlechterungen der Mietsache und Ansprüche des Mieters auf Ersatz von Aufwendungen oder Gestattung der Wegnahme einer Einrichtung verjähren in zwölf Monaten nach Beendigung des Mietverhältnisses." So oder so ähnlich sind die Klauseln formuliert, mit denen mietvertraglich die mit sechs Monaten sehr kurze gesetzliche Sonderverjährungsfrist verlängert werden soll.



Urteil des BGH
vom 08.11.2017
Az. VIII ZR 13/17

Diese Praxis der Mietvertragsgestaltung ist nicht unüblich und nach der neuen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, Urteil vom 8. November 2017, Az.: VIII ZR 13/17, in Formularverträgen unwirksam. In dem entschiedenen Fall hatte ein Vermieter im Vertrauen auf die Wirksamkeit der oben zitierten Verjährungsfristverlängerung erst neun Monate nach Auszug die Mieterin auf Zahlung von Reparaturkosten für eine unsachgemäß genutzte Dusche verklagt. Die Mieterin berief sich auf die Unwirksamkeit der Klausel und erhob die Einrede der Verjährung. Mit vollem Erfolg!

Der Bundesgerichtshof teilte die Auffassung der Mieterin und entschied, dass die in Rede stehende Klausel die Mieterin entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteilige. Die Klausel sei mit dem wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung des § 548 BGB, von der abgewichen werden soll, nicht zu vereinbaren und daher gemäß §§ 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam.



Pressemitteilung
des BGH zum Urteil
vom 08.11.2017
Az. VIII ZR 13/17

Den Vorschriften über die Verjährung komme ein besonderer Gerechtigkeitsgehalt zu. Es diene dem Rechtsfrieden, wenn die Beteiligten ihre Ansprüche möglichst zeitnah geltend machen und klären müssten. Nach Beendigung eines Mietverhältnisses habe der Gesetzgeber eine besonders schnelle Klärung der bestehenden Ansprüche im Zusammenhang mit dem Zustand der Mietsache gewollt. Diese Intention werde bei einer Verdopplung der gesetzlichen Frist infrage gestellt und es gebe auch keine sachlichen Gründe, die eine derartige Verlängerung rechtfertigen würden. Eine Kompensation des Mieters finde auch nicht dadurch statt, dass die – erfahrungsgemäß deutlich selteneren – Mieteransprüche auf Aufwendungsersatz und Wegnahme spiegelbildlich verlängert würden.

>>

>>

Unabhängig davon sei die Klausel auch unwirksam, weil der Zeitpunkt für den Beginn der Verjährungsfrist zulasten des Mieters verändert worden sei. Während das Gesetz für den Fristbeginn an die tatsächliche Rückgabe anknüpft, stelle die vereinbarte Klausel auf die rechtliche Beendigung des Mietverhältnisses ab. Der Vermieter könne jedoch bereits ab Rückgabe der Schlüssel den Mietgegenstand untersuchen und seine etwaigen Schadensersatzansprüche prüfen. Der Mieter habe jedoch mit der Rückgabe keinen Zugriff mehr auf die Sache und könne daher regelmäßig auch keine beweissichernden Maßnahmen mehr treffen. Vor diesem Hintergrund sei es für eine möglichst schnelle Klärung der Vermieteransprüche erforderlich, dass die Verjährung ab der Rückgabe zu laufen beginne.

Auch wenn diese Entscheidung des Bundesgerichtshofes zum Wohnraummietrecht ergangen ist, ist die Interessenlage im Gewerbemietverhältnis vergleichbar. Die formularvertragliche Verlängerung der sechsmonatigen Verjährungsfrist wird daher generell unwirksam sein.

Sofern also keine individuelle Vereinbarung mit dem Mieter getroffen wird, bleibt dem Vermieter nur, zügig nach der Rückgabe den Zustand der Mietsache zu prüfen und etwaige Ansprüche innerhalb der sechsmonatigen Frist verjährungshemmend geltend zu machen.

VICTORIA-LUISE VOLLSTEDT • vollstedt@zenk.com



SCHRIFTFORMHEILUNGSKLAUSELN LAUFEN DEM SCHUTZZWECK DES § 550 BGB ZUWIDER UND SIND DAHER UNWIRKSAM

— **Sogenannte Schriftformheilungsklauseln sind mit dem Schutzzweck des nicht abdingbaren § 550 BGB unvereinbar und daher unwirksam. Der Bundesgerichtshof hat mit Urteil vom 27. September 2017 zum Az. XII ZR 114/16 einer gängigen Praxis im Gewerbemietrecht den Garaus gemacht.**

Mietverträge, die für länger als ein Jahr geschlossen werden, bedürfen der Schriftform, da sie andernfalls gemäß § 550 BGB für unbestimmte Zeit gelten und somit unter Einhaltung der gesetzlichen Fristen ordentlich gekündigt werden können.

In auf längere Zeit fest abgeschlossenen gewerblichen Mietverträgen werden daher üblicherweise Schriftformheilungsklauseln verwendet, wonach sich die Parteien in Kenntnis des Schriftformerfordernisses verpflichten, den Mietvertrag nicht unter Berufung auf die Nichteinhaltung der Schriftform vorzeitig zu kündigen, ohne zuvor alle erforderlichen Handlungen vorgenommen zu haben, um dem Schriftformerfordernis Genüge zu tun.

In seiner Entscheidung vom 27. September 2017 hat sich der BGH zur Beurteilung dieser Schriftformheilungsklauseln ausführlich mit dem Sinn und Zweck der Regelung des § 550 BGB auseinandergesetzt:

So soll § 550 BGB zum einen den Erwerber einer Mietsache schützen. Die Regelung des § 550 BGB soll es ihm ermöglichen, die Bedingungen des Mietvertrages, in den er eintritt, im Wesentlichen aus der Mietvertragsurkunde zu erkennen. Der BGH hatte insoweit bereits in zwei Urteilen aus dem Jahr 2014 (BGH NJW 2014, 1087 Rn. 24 ff. und BGH NJW 2014, 2102 Rn. 28 ff.) entschieden, dass es mit § 550 BGB nicht vereinbar sei, einen Erwerber aufgrund einer Heilungsklausel als verpflichtet anzusehen, von einer ordentlichen Kündigung wegen eines nicht aus seiner Vertragszeit stammenden Schriftformmangels Abstand zu nehmen.

Seither wurde in Schriftformheilungsklauseln üblicherweise darauf hingewiesen, dass ein in den Vertrag bei Veräußerung der Mietsache auf Vermieterseite eintretender Dritter an die Vereinbarung nicht gebunden sei.

>>



Urteil des BGH
vom 27.09.2017
Az. XII ZR 114/16

>>

Nun hat der BGH jedoch in seinem Urteil vom 27. September 2017 unter Verweis auf vorherige Senatsurteile einen weiteren Schutzzweck des § 550 BGB ins Visier genommen. So soll § 550 BGB auch die Beweisbarkeit langfristiger Abreden zwischen den ursprünglichen Vertragsparteien gewährleisten und diese durch die Hürde der Schriftform vor der unbedachten Eingehung langfristiger Bindungen schützen.

Mit Blick auf diesen Schutzzweck seien Schriftformheilungsklauseln generell mit dem nicht abdingbaren § 550 BGB unvereinbar. Denn die Klauseln hätten entgegen § 550 BGB das Ziel, die Vertragsparteien an eine nicht schriftliche Vereinbarung für die volle Vertragslaufzeit zu binden, wodurch der mit der Vorschrift jedenfalls auch beabsichtigte Übereilungsschutz ausgehöhlt und die wichtige Warnfunktion der Bestimmung weitgehend leerlaufen würde.

Schriftformheilungsklauseln heilen somit Verstöße gegen die Schriftform nicht bzw. hindern die Parteien nicht, unter Verweis auf den Verstoß den Vertrag zu kündigen. Eine vorzeitige Kündigung kann nur dann ausnahmsweise nicht auf einen Schriftformverstoß gestützt werden, wenn eine solche Kündigung in der Gesamtbetrachtung des Einzelfalls gegen Treu und Glauben verstößt.

KAMILA FIETZ • fietz@zenk.com

ZENK ALS GASTGEBER DES DEUTSCHEN SIDE EVENTS DER WELTWEIT GRÖSSTEN STARTUP-KONFERENZ IN LISSABON

Bits | Bites & Beats – ZENK @ WebSummit 2017

Anlässlich des Web Summit 2017 lud ZENK zu einem exklusiven Event in Lissabon ein. Dort brachten wir wichtige Akteure des Startup-Ökosystems mit Mittelständlern, Investoren, Industrievertretern und institutionellen Partnern zusammen.



*bits bites & beats –
webSummit 2017
Video*

ZENK sponserte die Veranstaltung gemeinsam mit weiteren namhaften Partnern, wie Mercedes, XING und Germany Trade and Invest. Politisch unterstützt wurde die Veranstaltung auch vom Bundeswirtschaftsministerium, der Deutschen Botschaft Lissabon und der Deutsch-Portugiesischen Außenhandelskammer.

Über 500 Teilnehmer – darunter viele Entscheider – freuten sich über ein dichtes Programm voller Pitches, Workshops und inspirierender Vorträge. Eiskalt wurde es einem bei den Schilderungen des Big Wave Surfers Garrett McNamara, was es heißt, wenn die Riesenwelle über einem bricht.

Die ZENK-Anwälte Jan Birkefeld, LL.M., Stephan Schäfer und Dr. Bastian Schmidt-Vollmer, LL.M. steuerten Rechtstipps – "legal hacks" – für Startups bei. Eines zeigte sich dabei: Das Interesse ausländischer Startups am deutschen Wirtschaftssystem ist groß, der Wunsch nach Kooperationen mit dem deutschen Mittelstand gewaltig, die regulatorischen Hürden hoch – seien sie arbeits-, gesellschafts- oder vergaberechtlicher Natur.

JAN BIRKEFELD • j.birkefeld@zenk.com

STEPHAN SCHÄFER • schaefer@zenk.com

NEU AM STANDORT HAMBURG



Katharina Fischer

Frau Fischer ist 1985 in Bad Pyrmont geboren und studierte Jura in Hamburg mit dem Schwerpunkt Steuerrecht. Nach dem 1. Staatsexamen erfolgte eine juristische Mitarbeit in einer international ausgerichteten Wirtschaftskanzlei. Das Referendariat absolvierte sie in Hamburg und Buenos Aires. Im Anschluss an das Referendariat arbeitete Frau Fischer in der Rechtsabteilung eines Unternehmens. Seit 2018 ist sie als Rechtsanwältin zugelassen. Ihre Beratungsschwerpunkte bei ZENK liegen im Steuer- und Gesellschaftsrecht. Fremdsprachen: Englisch

NAMENSÄNDERUNG



Daniela Pezzella

Wir gratulieren: Frau Daniela Pezzella, geb. Schnell, hat im März diesen Jahres geheiratet und den Namen ihres Ehemannes angenommen.

Neben der großen privaten Veränderung für Frau Rechtsanwältin Pezzella ergibt sich daraus eine kleine berufliche - die neue E-Mail-Adresse lautet: pezzella@zenk.com Ansonsten bleibt alles wie gewohnt - Frau Pezzella berät in den Bereichen Gesellschaftsrecht, M&A, Sanierung und Insolvenz sowie bei Fragen rund um wirtschaftsrechtliche Verträge.