

EDITORIAL


**Liebe Leserinnen,
liebe Leser,**

Der G20-Gipfel liegt hinter uns. Das politische Ergebnis ist mager, wenn auch weniger enttäuschend als befürchtet: Der Kollateralschaden in Hamburg ist jedoch erheblich: Eine Eskalation der Gewalt, die auch Pessimisten sich nicht hatten vorstellen können.

Hier ist nicht der Ort, einen Polizeieinsatz zu bewerten. Ein souveräner Rechtsstaat muss mit Augenmaß handeln und seine Bürger und ihr Eigentum schützen. Zumindest Letzteres ist nicht durchgängig gelungen. In diesen Tagen haben Polizeipräsidenten und Bundesligaschiedsrichter eines gemeinsam: Am Stammtisch weiß jeder besser, was sie hätten tun müssen. Diese selbsternannten Experten sind meinungsstark. Ob sie in der Verantwortung vor Ort eine vergleichbare Entscheidungsfreude an den Tag legen würden, darf bezweifelt werden.

Hier ist nicht der Ort, einen Polizeieinsatz zu bewerten. Ein souveräner Rechtsstaat muss mit Augenmaß handeln und seine Bürger und ihr Eigentum schützen. Zumindest Letzteres ist nicht durchgängig gelungen. In diesen Tagen haben Polizeipräsidenten und Bundesligaschiedsrichter eines gemeinsam: Am Stammtisch weiß jeder besser, was sie hätten tun müssen. Diese selbsternannten Experten sind meinungsstark. Ob sie in der Verantwortung vor Ort eine vergleichbare Entscheidungsfreude an den Tag legen würden, darf bezweifelt werden.

Wer Verantwortung übernimmt, muss damit leben, dass seine Entscheidungen sich rückblickend als falsch erweisen können. Das ist nicht immer vorwerfbar. Vorwerfbar wäre es, aus Angst vor der Verantwortung nicht zu entscheiden oder Fakten zu ignorieren, die in die Entscheidungsfindung einfließen müssen. In diesem Sinne hoffen wir, dass die Lektüre dieser Ausgabe der ZENK-News Ihnen bei der einen oder anderen Entscheidung hilft.

Herzlichst Ihr

Dr. Oliver Nowoczyn

INHALT

Privates Baurecht

Zur Kostentragung bei witterungsbedingter Bauunterbrechung

[mehr dazu...](#)

**Architekten- und Ingenieurrecht-
Haftungsfälle Bauüberwachung**

[mehr dazu...](#)

Mietrecht

Vorsicht bei Konkurrenzschutzklauseln

[mehr dazu...](#)

Arbeitsrecht

Vorsicht bei der "Prozessbeschäftigung"

[mehr dazu...](#)

Neues zum Schutz von Know-how und Geschäftsgeheimnissen

[mehr dazu...](#)

Insolvenzrecht

Gesetzliche Reform der Insolvenzanfechtung

[mehr dazu...](#)

Vergaberecht

Bewertung qualitativer Zuschlagskriterien nach Schulnotensystem

[mehr dazu...](#)

Umweltrecht

Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz erneut geändert

[mehr dazu...](#)

Erschließungsbeitragsrecht

Anwendbarkeit des § 242 Abs. 9 BauGB auf eine Teilstrecke einer Anlage

[mehr dazu...](#)

Beamtenrecht

Achtung bei dienstlichen Beurteilungen

[mehr dazu...](#)

In eigener Sache

Sommerkonzert 2017 am Gendarmenmarkt in Berlin

[mehr dazu...](#)

ZENK TALK | Arbeitsrecht

[mehr dazu...](#)

Neu am Standort Hamburg

[mehr dazu...](#)

IMPRESSUM

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

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

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



FLORIAN WERNER
Dipl.-Ing (FH)



MICHAEL BENEDIKT KROLL

ZENK

ZUR KOSTENTRAGUNG FÜR EINE BAUUNTERBRECHUNG AUFGRUND AUßERGEWÖHNLICH UNGÜNSTIGER WITTERUNGS- EINFLÜSSE

■ **Muss der Auftraggeber dem Auftragnehmer eine Unterbrechung der Bauarbeiten aufgrund außergewöhnlich ungünstiger Witterungseinflüsse bezahlen? Oder anders gewendet: Kann der Auftraggeber wegen außergewöhnlich ungünstiger Witterungseinflüsse in Annahmeverzug geraten? Diese Frage wurde kontrovers diskutiert. Jetzt hat der Bundesgerichtshof entschieden (Urteil vom 20. April 2017; Az.: VII ZR 194/13).**

Ausgangslage:

Unter Einbeziehung der VOB/B schlossen Auftraggeber (AG) und Auftragnehmer (AN) im September 2009 einen Werkvertrag zur Errichtung einer Autobahnbrücke. Als spätesten Fertigstellungstermin vereinbarten die Parteien den 15. Mai 2010. Aufgrund einer ungewöhnlich langen Frostperiode, die dazu führte, dass der AN zwischen Januar und März die Bauarbeiten für fast zwei Monate – immerhin rund ein Viertel der vertraglich geregelten Bauzeit – unterbrechen musste, verlängerte der AG zwar die Ausführungsfrist um einen der Unterbrechung entsprechenden Zeitraum zuzüglich einer Anlaufphase für die Wiederaufnahme der Bauarbeiten, die vom AN geltend gemachten Mehrkosten für die Unterbrechung lehnte der AG hingegen ab.

Entscheidung:

Der Bundesgerichtshof hat diese wiederholt diskutierte Rechtsfrage nun geklärt und einen Anspruch des AN auf eine finanzielle Kompensation verneint. Ein Mehrvergütungsanspruch für die Verlängerung der Bauausführung aufgrund außergewöhnlich ungünstiger Witterungseinflüsse ergebe sich weder aus dem Vertrag noch – mangels Anordnung des AG – aus § 2 Abs. 5 oder 6 VOB/B. Auch ein Anspruch des AN auf angemessene Entschädigung aus § 642 BGB bestehe mangels einer dem AG obliegenden erforderlichen Mitwirkungshandlung nicht:

"Es ist vorbehaltlich abweichender Vereinbarungen keine dem Auftraggeber obliegende erforderliche Mitwirkungshandlung im Sinne des § 642 BGB, während der Dauer des Herstellungsprozesses außergewöhnlich ungünstige Witterungseinflüsse auf das Baugrundstück in Form von Frost, Eis und Schnee, mit denen nicht gerechnet werden musste, abzuwehren."

(amtlicher Leitsatz)

>>

>>

Der Bundesgerichtshof stellt ferner klar, dass es auch keine darüber hinausgehende allgemeine Risikozuweisung zulasten des AG für ungünstige Witterungseinflüsse gibt, mit denen nicht gerechnet werden musste.

Wenn der AN eine finanzielle Kompensation für außergewöhnliche Wetterereignisse wünscht, dann müssen die Parteien eine entsprechende Regelung in den Bauvertrag aufnehmen.

Andernfalls gilt: Der AN hat keinen Anspruch auf eine finanzielle Kompensation. Er kann aber eine entsprechende Bauzeitverlängerung beanspruchen. Aus diesem Grund schuldet er dem AG bei Überschreitung eines ursprünglichen, vertraglich vereinbarten Fertigstellungstermins weder eine Vertragsstrafe noch den Ersatz eines sonstigen Verzugsschadens. Denn diese Ansprüche des AG setzen ein schuldhaftes Verhalten des AN voraus.

FLORIAN WERNER • werner@zenk.com

MICHAEL BENEDIKT KROLL • kroll@zenk.com



VORSICHT BEI DER BAUÜBERWACHUNG – GEFAHRTRÄCHTIGE ARBEITEN BEDÜRFTEN BESONDERS SORGFÄLTIGER ÜBERWACHUNG UND PROTOKOLLIERUNG!

■ Gegenstand von Haftungsprozessen ist immer wieder die Frage, welche Überwachungstätigkeiten der mit der Bauüberwachung beauftragte Architekt oder Ingenieur erbringen muss. Wir nehmen an dieser Stelle zwei aktuelle Urteile des OLG Düsseldorf vom 19. April 2016 (Az.: 21 U 102/15) und des OLG Brandenburg vom 30. März 2017 (Az.: 12 U 71/16) zum Anlass, nochmals auf die gesteigerten Kontroll- und Prüfpflichten bei gefahrträchtigen Arbeiten hinzuweisen.

Beiden Entscheidungen lag (vereinfacht) folgender Sachverhalt zugrunde:

Der Architekt schloss mit dem Auftraggeber einen Architektenvertrag, welcher sowohl Leistungen der Planung als auch der Bauüberwachung beinhaltete. Wegen Mängeln u. a. an der Abdichtung der Balkonböden nahm der Auftraggeber neben dem bauausführenden Unternehmer auch den Architekten in Anspruch und verlangte Schadensersatz in Höhe der Mängelbeseitigungskosten. Das Landgericht verurteilte den Architekten antragsgemäß, da er die ihm aufgrund des Architektenvertrages obliegenden Bauüberwachungspflichten verletzt habe. Dagegen wandte sich der Architekt mit der Berufung zum Oberlandesgericht.

Allerdings ohne Erfolg! Auch die Oberlandesgerichte sprachen den Auftraggebern die eingeklagten Schadensersatzansprüche hinsichtlich der **mangelhaften Abdichtungsarbeiten** uneingeschränkt zu, da vorliegend der – vom Architekten nicht erschütterte – **Beweis des ersten Anscheins für eine mangelhafte Bauüberwachung** des Architekten spreche:

*"Grundsätzlich muss zwar der Auftraggeber die Darlegung und den Beweis für eine unzureichende Bauüberwachung führen, jedoch kommen ihm Darlegungs- und Beweiserleichterungen zugute. Liegen Mängel vor, die typischerweise im Hinblick auf Art, Schwere und Erkennbarkeit entdeckt werden mussten, so spricht der **Anscheinsbeweis für eine Bauaufsichtspflichtverletzung** des Architekten."*

(OLG Düsseldorf)

>>

>>

*"Bei Abdichtungs- und Entwässerungsarbeiten handelt es sich um besonders gefährtrachtige Arbeiten, die in besonderer, gesteigerter Weise vom Architekten beobachtet und überprüft werden müssen. Kommt es bei derartigen Arbeiten zu Ausführungsmängeln, spricht bereits der **Beweis des ersten Anscheins** dafür, **dass** der Architekt seine **Bauüberwachungspflicht verletzt** hat. In einem solchen Fall ist es Sache des Architekten, den Beweis des ersten Anscheins dadurch auszuräumen, dass er seinerseits darlegt, was er oder sein Erfüllungsgehilfe an Überwachungsmaßnahmen geleistet hat. Der Architekt, dem eine Verletzung seiner Überwachungspflicht vorgeworfen wird, hat demnach substantiiert darzulegen, welche Überwachungstätigkeit er durchgeführt hat, dass er in genügendem Maße seiner Pflicht zur Bauüberwachung nachgekommen ist und diesbezüglich ausreichende Überwachungsmaßnahmen geleistet hat."*

(vgl. OLG Brandenburg, Leitsätze 1. bis 3.)

Fazit: Die beiden Urteile liegen voll und ganz auf der Linie des BGH, welcher die Architekten ebenfalls in der Pflicht sieht, im Rahmen der Bauüberwachung das Augenmerk insbesondere auf schwierige oder gefahrenträchtige Arbeiten, typische Gefahrenquellen und kritische Bauabschnitte zu richten, wozu neben den hier betrachteten Abdichtungs- und Entwässerungsarbeiten u. a. auch Betonierungs-, Bewehrungs-, Ausschachtungs- und Unterfangungsarbeiten gehören (vgl. BGH, Urteil vom 6. Juli 2000 – Az.: VII ZR 82/98). Es kann dem Architekten also nur dringend geraten werden, solche Arbeiten genau zu überwachen und diese Überwachungsleistungen darüber hinaus auch bestmöglich zu protokollieren!

MICHAEL BENEDIKT KROLL* kroll@zenk.com



OLIVER EUGENIO

VORSICHT BEI KONKURRENZSCHUTZKLAUSELN

Konkurrenz belebt das Geschäft – muss aber nicht immer geduldet werden. Die Verletzung einer vertraglich vereinbarten Konkurrenzschutzklausel kann zur Mietminderung und zur Schadensersatzberechtigung führen.

Das entschied das Oberlandesgericht Dresden (Urteil vom 4. Mai 2016, 5 U 1286/09) und folgt damit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes. Dieser hatte mit seinem Urteil vom 10. Oktober 2012 (XII ZR 117/10) diese bis dahin ungewisse Rechtsfrage geklärt. Seither ist höchstrichterlich anerkannt, dass der Verstoß gegen die Konkurrenzschutzklausel einen Mietmangel im Sinne des § 536 Abs. 1 BGB darstellt.

Der Vermieter ist gemäß § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB zur Überlassung und Erhaltung der Mietsache verpflichtet. Von dieser Pflicht ist auch der von bestimmter Konkurrenz ungestörte Gebrauch der Mietsache umfasst. Ein Verstoß hiergegen führt zu einer unmittelbaren Beeinträchtigung, die Minderungsrechte und Schadensersatzansprüche auslösen kann. Liegt der Mangel in einer vertragswidrigen Konkurrenzsituation, ist maßgeblich für die Bestimmung der Höhe der Minderung, inwieweit die Gebrauchstauglichkeit der angemieteten Räume durch die andauernde Konkurrenzsituation beeinträchtigt ist. Anders als bei der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen bedarf es nicht der Auswertung der Umsatzentwicklung des betroffenen Mieters (Leitsatz der Entscheidung des Oberlandesgerichts Dresden).

In dem vom Oberlandesgericht Dresden zu entscheidenden Fall hat das Gericht dem Mieter für den Zeitraum der bestehenden Konkurrenzsituation einen Minderungsanspruch von 25 % der Warmmiete zugesprochen. Darüber hinaus musste der Vermieter auch für den entgangenen Gewinn einstehen. Für die Berechnung war eine Prognose anzustellen, wie sich die Entwicklung des Gewinns des

>>

>>

Mieters wahrscheinlich dargestellt hätte, wenn er keine Konkurrenz gehabt hätte. Nur die unter Vorbehalt geleistete Zahlung berechtigte den Mieter, die zu viel gezahlte Miete zurückzufordern. Damit der Mieter bei einem Mangel der Mietsache seine Minderungsansprüche nicht verliert, darf er seine Zahlungen nicht vorbehaltlos weiter leisten. Anderenfalls ist gemäß § 814 BGB eine Rückforderung der Überzahlung regelmäßig ausgeschlossen.

OLIVER EUGENIO • eugenio@zenk.com



VORSICHT BEI DER "PROZESSBESCHÄFTIGUNG"

■ Die Beschäftigung eines Arbeitnehmers während eines Bestandschutzstreites ist für den Arbeitgeber in mancherlei Hinsicht riskant, wie unter anderem eine aktuelle Entscheidung (LAG Berlin-Brandenburg vom 24. Januar 2017 – 7 Sa 1760/16) zeigt:

In einigen Fällen kann es sinnvoll sein, während eines Rechtsstreites über den Bestand eines Arbeitsverhältnisses, meist im Rahmen einer Kündigungsschutzklage oder einer Befristungskontrollklage, den Arbeitnehmer zunächst während des Verfahrens weiter zu beschäftigen. Der Arbeitgeber vermindert hier sein Risiko, bei negativem Ausgang des Rechtsstreites Annahmeverzugslohn zahlen zu müssen. Der Arbeitnehmer erhält auch über die Kündigungsfrist oder das Befristungsende hinaus während des laufenden Rechtsstreites zunächst weitere Vergütung für erbrachte Arbeitsleistung.

Noch häufiger als diese "Prozessbeschäftigung" kommt allerdings die Konstellation vor, dass bei erstinstanzlichem Obsiegen des Arbeitnehmers mit einer Kündigungsschutzklage oder einer Befristungskontrollklage der Arbeitgeber zugleich verurteilt wird, den Arbeitnehmer bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens weiter zu beschäftigen. Da dieser vorläufige Weiterbeschäftigungsanspruch auch im Wege der Zwangsvollstreckung – durch Zwangsgeld – durchgesetzt werden kann, wird der Arbeitgeber sich diesem Druck häufig beugen.

In beiden Fällen lauern aber Fallstricke, die im ungünstigsten Fall einen vermeintlichen Sieg in sein Gegenteil verkehren können. Ein Beispiel hierfür ist der jüngst vom Landesarbeitsgericht Berlin entschiedene Fall:

1. Vorgeschichte und erstes Klageverfahren

Der Arbeitnehmer war vom 1. Februar 2013 bis 31. Januar 2015 befristet beschäftigt. Nach Ablauf der Befristung erhebt er rechtzeitig Befristungskontrollklage und gewinnt zunächst: Das Arbeitsgericht stellt mit Urteil vom 1. Juni 2015 die Unwirksamkeit der Befristung fest und verurteilt den Arbeitgeber, den Arbeitnehmer bis zur Rechtskraft der Entscheidung weiter zu beschäftigen.

>>

>>

Am 15. Juni 2015 teilt der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer mit, er werde
*"gemäß Urteil des Arbeitsgerichts rückwirkend über den
 31. Januar 2015 hinaus bis zum rechtskräftigen Abschluss
 des Arbeitsgerichtsverfahrens zu unveränderten Bedingungen
 weiterbeschäftigt".*

Zugleich werde er

*"freigestellt und erhalte rückwirkend ab dem 1. Februar 2015
 seine Vergütung weiter".*

Der sodann bezahlt freigestellte Arbeitnehmer hat in der zweiten Instanz kein Glück. Am 21. Oktober 2015 wird auf die Berufung des Arbeitgebers hin die Entfristungsklage abgewiesen.

Der Arbeitnehmer – noch immer bezahlt freigestellt – erhebt Nichtzulassungsbeschwerde zum Bundesarbeitsgericht, die am 18. Mai 2016 zurückgewiesen wird. Daraufhin teilt der Arbeitgeber ihm mit Schreiben vom 1. Juni 2016 mit, das Arbeitsverhältnis habe nunmehr mit Ablauf des 18. Mai 2016 geendet.

2. Zweites Klageverfahren und die Fehler des Arbeitgebers

Der Arbeitnehmer erhebt sodann erneut Befristungskontrollklage. Seine Begründung lautet nun: Durch die Weiterbeschäftigung über das zweitinstanzliche Urteil des ersten Klageverfahrens hinaus sei ein unbefristetes Arbeitsverhältnis zustande gekommen. Das Arbeitsgericht weist diese Klage ab. In der Berufungsinstanz wendet sich dann aber das Glück für den Arbeitnehmer:

Das Landesarbeitsgericht stellt das Bestehen eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses fest und lässt die Revision nicht zu. Aus seiner Sicht haben die Parteien ein "Prozessarbeitsverhältnis" vereinbart, welches mangels wirksamer Befristung unbefristet besteht:

>>

>>

Hier sind zwei Fallkonstellationen zu unterscheiden:

a) Prozessarbeitsverhältnis

Fordert der Arbeitgeber einen Arbeitnehmer auf, seine Tätigkeit bis zur rechtskräftigen Entscheidung über einen Bestandsrechtsstreit fortzuführen, liegt regelmäßig die Begründung eines neuen, befristeten Arbeitsverhältnisses vor.

Es soll das Arbeitsverhältnis fortgesetzt werden, welches der Arbeitgeber als beendet ansieht, bis endgültig gerichtlich geklärt ist, ob und ggf. zu welchem Zeitpunkt eine Beendigung eingetreten ist. Dieses Prozessarbeitsverhältnis erfordert eine wirksame Befristungsabrede.

b) Beschäftigung zur Vermeidung der Zwangsvollstreckung

Nur bei gerichtlich aufgezwungener Weiterbeschäftigung – gegen den rechtsgeschäftlichen Willen des Arbeitgebers – wird kein Arbeitsverhältnis begründet oder befristet fortgesetzt.

Diese "Prozessbeschäftigung zur Vermeidung der Zwangsvollstreckung" stellt vielmehr ein faktisches Beschäftigungsverhältnis dar, welches entfällt, sobald die aufgezwungene Weiterbeschäftigungspflicht endet – etwa weil das hierzu zwingende Urteil aufgehoben wird.

3. Fazit: Der zu großzügige Arbeitgeber

Im entschiedenen Fall ging der Arbeitgeber deutlich über die aus dem ersten Urteil des Arbeitsgerichtes vom 1. Juni 2015 "erzwungene Verpflichtung" hinaus.

Es erfolgte eine Fortsetzung der Beschäftigung zum einen nicht erst ab dem Urteilsausspruch am 1. Juni 2015, sondern (mit Vergütungsnachzahlung!) seit dem 1. Februar 2015, d.h. dem ursprünglichen Befristungsende. Bereits dies zeigt, so das Landesarbeitsgericht, dass das Arbeitsverhältnis über den Zeitpunkt des Fristablaufs fortgesetzt werden sollte.

Zudem hatte der Arbeitgeber den Arbeitnehmer durchgehend bezahlt freigestellt. Eine derartige bezahlte Freistellung ist aber nur im (vertraglich begründeten) Arbeitsverhältnis denkbar, nicht im bloßen faktischen Beschäftigungsverhältnis,

>>

>>

in dem nur der tatsächliche Austausch erbrachter Leistungen erfolgt.

In jedem Fall führte aber die Weiterbeschäftigung über den Zeitpunkt der Berufungsentscheidung vom 21. Oktober 2015 hinaus zum Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses. Hier war der Arbeitgeber offenkundig nicht mehr zur Weiterbeschäftigung verpflichtet.

Hinsichtlich des spätestens hierdurch entstandenen befristeten Arbeitsverhältnisses fehlt es bereits an der schriftlichen Befristungsvereinbarung (§ 14 Abs. 4 TzBfG).

Erst durch die vermeintliche Großzügigkeit des Arbeitgebers konnte daher überhaupt ein unbefristetes Arbeitsverhältnis entstehen.

DR. MARKUS PANDER • pander@zenk.com



IMKE MEMMLER

DER SCHUTZ VON GESCHÄFTSGEHEIMNISSEN IN UNTERNEHMEN – NEUE RICHTLINIE FORDERT NACHWEISBARE UND ANGEMES- SENE GEMEINHALTUNGSMASSNAHMEN

■ **Know-how und Geschäftsgeheimnisse** – das sind Informationen, die nicht in die Hände von Wettbewerbern oder außenstehenden Dritten fallen sollen. Hierzu zählen z. B. Konstruktionszeichnungen, Kalkulationsgrundlagen, Kundenlisten, Rezepturen oder auch schlicht Ideen. Solche Informationen können Unternehmen nicht als Patent, Gebrauchs- oder Geschmacksmuster oder als Marke schützen lassen, sondern nur geheim halten und vor dem Zugriff Dritter schützen.



*EU-Richtlinie
zum Schutz
von Geschäfts-
geheimnissen*

Unternehmen ist die Wichtigkeit von Know-how in der Regel bewusst und es werden, z. B. in Arbeitsverträgen und Geheimhaltungsvereinbarungen, Sicherheitsmaßnahmen zu dessen Schutz ergriffen. In vielen Unternehmen sind diese Maßnahmen allerdings nicht zentral organisiert und gesteuert; zudem sind viele Klauseln recht allgemein gehalten und einiges geschieht auch schlicht über Vertrauen und gelebte Praxis. Es fehlt also oft an einem zentral organisierten Know-how-Management.

Dies ist bislang in der Regel kein Problem. Der gesetzliche Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen ist unter anderem in § 17 Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) geregelt. Danach wird der Verrat von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen mit Freiheitsstrafe bis zu 2 Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. Für die Anerkennung eines Geschäftsgeheimnisses ist bislang lediglich ein "subjektiver Geheimhaltungswille" erforderlich, "der sich in objektiven Umständen manifestiert". An diese "objektiven Umstände" sind nach § 17 UWG bisher keine hohen Anforderungen zu stellen. Vielmehr gilt: Derjenige, der das Geheimnis verletzt, muss im Zweifel den fehlenden Geheimhaltungswillen im Unternehmen nachweisen.

>>

>>

Seit Sommer 2016 gibt es auf EU-Ebene nun aber eine "Richtlinie (EU) 2016/943 über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung" – **Geheimnisschutz-Richtlinie**. Die Richtlinie sieht auf der einen Seite einen umfassenden Schutz gegen rechtswidrigen Erwerb, rechtswidrige Nutzung und rechtswidrige Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen vor. Das Schutzniveau für Geschäftsgeheimnisse und Know-how wird sich dadurch voraussichtlich verbessern. Auf der anderen Seite erhöhen sich durch die Geheimnisschutz-Richtlinie aber auch die Anforderungen an die **Anerkennung** eines Geschäftsgeheimnisses. Nach der Definition in Art. 2 Nr. 1 der Geheimnisschutz-Richtlinie müssen Geschäftsgeheimnisse künftig folgende Kriterien erfüllen:

- sie sind geheim, d. h. sie sind den Personen in den Kreisen, die üblicherweise mit dieser Art von Informationen umgehen, weder allgemein bekannt noch ohne Weiteres zugänglich;
- sie sind von kommerziellem Wert, weil sie geheim sind und
- sie sind Gegenstand von den **Umständen entsprechenden angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen** durch die Person, die rechtmäßig Kontrolle über die Informationen besitzt.

Der letztgenannte Punkt "angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen" wird voraussichtlich zu einer Beweislastumkehr führen: Künftig wird nicht mehr der Verletzer nachweisen müssen, dass das Unternehmen gar keinen "Geheimhaltungswillen" hatte, sondern das Unternehmen wird zunächst darlegen müssen, dass es "den Umständen entsprechende angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen" getroffen hat.

>>

>>

Die Geheimnisschutz-Richtlinie muss vom deutschen Gesetzgeber zwar erst bis spätestens zum 9. Juni 2018 in deutsches Recht umgesetzt werden. Es ist auch noch nicht klar, welche Anforderungen der Gesetzgeber bzw. die Rechtsprechung an die Angemessenheit von Geheimhaltungsmaßnahmen stellen wird. Dennoch ist Unternehmen anzuraten, schon jetzt damit zu beginnen, den Status-quo des Geheimnisschutzes im eigenen Hause zu prüfen und etwa notwendige Umstrukturierungen in die Wege zu leiten. Um später nachweisen zu können, dass "angemessene Geheimhaltungsmaßnahmen" getroffen wurden, ist es z.B. sinnvoll, Know-how des Unternehmens klarer als bisher zu identifizieren, zu organisieren und zu bewerten (z.B. mit Geheimhaltungsstufen). Des Weiteren sollten Vorkehrungen getroffen werden, um festzulegen, wer unter welchen Voraussetzungen Zugriff auf Daten erhält. Schließlich sollte all dies auch schriftlich, z.B. in Organisationsanweisungen und Geheimhaltungsvereinbarungen, festgehalten werden. Denn letztlich gilt: Nur wer ein gutes Know-how-Management betreibt, wird von den künftigen Verbesserungen des Know-how-Schutzes profitieren können.

IMKE MEMMLER • memmler@zenk.com



DANIELA SCHNELL

GESETZLICHE REFORM DER INSOLVENZANFECHTUNG

■ Die Reform des Insolvenzanfechtungsrechts ist mit dem "Gesetz zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei Anfechtungen nach der Insolvenzordnung und nach dem Anfechtungsgesetz" am 5. April 2017 in Kraft getreten. Das neue Insolvenzanfechtungsrecht gilt für alle Insolvenzverfahren, die ab diesem Tag eröffnet wurden.

Im Folgenden möchten wir Ihnen einen kompakten Überblick über die wichtigsten Änderungen aus Gläubigersicht geben:

1. Beschränkung der Vorsatzanfechtung nach § 133 Insolvenzordnung (InsO)

Die Vorsatzanfechtung wurde in den vergangenen Jahren aufgrund der anfechtungsfreundlichen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (BGH) extensiv von Insolvenzverwaltern genutzt. Die Anfechtung war möglich für alle Rechtshandlungen, die bis zu 10 Jahre vor Insolvenzantragstellung mit Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners und Kenntnis des Gläubigers davon stattgefunden hatten.

Zwar gilt die vorgenannte rückwirkende 10-Jahres-Frist grundsätzlich auch weiterhin; für die im Geschäftsleben häufig vorkommenden Fälle der Sicherung oder Befriedigung von Ansprüchen (z. B. der Bezahlung einer Lieferung oder Leistung) beträgt die Frist nunmehr jedoch gemäß § 133 Abs. 2 InsO lediglich noch vier Jahre.

Auch die bislang gesetzlich geregelten und vom BGH im Rahmen seiner ständigen Rechtsprechung ausgeweiteten Vermutungsregelungen von der Kenntnis des Gläubigerbenachteiligungsvorsatzes wurden eingeschränkt. Bislang genügte es, wenn der Gläubiger Kenntnis von einer bloß drohenden Zahlungsunfähigkeit des Schuldners hatte. Nunmehr muss der Gläubiger gemäß § 133 Abs. 3 S. 1 InsO bei Ansprüchen mit kongruenter Deckung (d. h. solchen, auf die er der Art nach und zu dem Zeitpunkt einen Anspruch hat) Kenntnis von einer bereits eingetretenen Zahlungsunfähigkeit des Schuldners haben. Eine solche Kenntnis kann gemäß § 133 Abs. 3 S. 2 InsO nicht (mehr) allein aufgrund des Umstandes angenommen werden, dass der Gläubiger mit dem Schuldner eine Zahlungsvereinbarung geschlossen oder diesem eine Zahlungserleichterung gewährt hat.

>>



Das neue Insolvenzanfechtungsrecht vom 5. April 2017

>>

Dem Insolvenzverwalter wird damit der ihm obliegende Nachweis der Voraussetzungen des § 133 InsO deutlich erschwert.

2. Weitere Privilegierung von Bargeschäften gemäß § 142 InsO

Bargeschäfte, d.h. solche Geschäfte, bei denen der Schuldner unmittelbar eine gleichwertige Gegenleistung erhält, waren auch bislang schon privilegiert. Nunmehr ist eine Anfechtung solcher Geschäfte u. a. nur noch möglich, wenn der Gläubiger wusste, dass der Schuldner "unlauter" handelte. Dies ist nur dann der Fall, wenn der Schuldner die übrigen Gläubiger gezielt benachteiligen wollte, z. B. wenn er durch die Bezahlung des einen Gläubigers vorrangig seine anderen Gläubiger schädigen wollte. Dies wäre nach den Gesetzesmaterialien zum Reformgesetz u. a. dann anzunehmen, wenn Gelder für vergängliche Luxusgüter verwandt werden, die den übrigen Gläubigern keinesfalls nutzen können.

Wir empfehlen Gläubigern nach der Gesetzesänderung zum Bargeschäft mehr denn je darauf zu achten, dass die Voraussetzungen eines Bargeschäftes im täglichen Betrieb eingehalten werden, um die potentiellen Anfechtungsrisiken zu minimieren. Wichtig ist insbesondere die Unmittelbarkeit des Leistungsaustausches, d.h. die zeitliche Nähe des Austausches der jeweils vereinbarten Leistungen.

3. Verzinsung erst ab Verzug gemäß § 143 InsO

Anfechtungsansprüche werden gemäß § 143 Abs. 1 InsO erst ab Verzugseintritt bzw. gerichtlicher Geltendmachung verzinst. Bislang entstand der Zinsanspruch – unabhängig davon, wann der Insolvenzverwalter die Anfechtung erklärt hatte – bereits mit Insolvenzeröffnung.

Auch wenn abzuwarten bleibt, wie Gerichte die neuen Regelungen anwenden werden, bestehen mit der Gesetzesreform für Unternehmen jedenfalls gute Aussichten, dass sich das Anfechtungsrisiko deutlich reduziert und die Gepflogenheiten im Geschäftsverkehr berücksichtigt werden. Bei Fragen im Einzelfall kommen Sie gern auf uns zu.

DANIELA SCHNELL • schnell@zenk.com



DR. MARTIN DÜWEL
Fachanwalt für Verwaltungsrecht



DR. JAKOB STASIK

ZENK

BUNDESGERICHTSHOF BESTÄTIGT DIE BEWERTUNG QUALITATIVER ZUSCHLAGSKRITERIEN NACH DEM SCHULNOTENSYSTEM – JEDOCH MIT EINSCHRÄNKUNGEN!

■ Will der öffentliche Auftraggeber eine ausschreibungsbedürftige Leistung ausschließlich auf Grundlage des angebotenen Preises vergeben, stellt ihn die Bewertung der Angebote regelmäßig vor keine größeren Herausforderungen. Für die Bewertung der Preise gibt es Methoden, wie etwa den sogenannten "inversen Dreisatz", die wettbewerblichen Grundsätzen genügen und deshalb von der Rechtsprechung für zulässig erachtet werden.



*Beschluss des
Bundesgerichtshofes
vom 4. April 2017
(Az. X ZB 3/17)*

Was ist aber, wenn der öffentliche Auftraggeber auch die Qualität der angebotenen Leistung bewerten will? Insbesondere bei der Vergabe geistig-schöpferischer Leistungen, wie etwa der Ausführung von Planungsleistungen durch Architekten oder Ingenieure, wird der öffentliche Auftraggeber die Qualifikation und Erfahrung des für die Ausführung des Auftrags vorgesehenen Personals und die Ästhetik und Funktionalität der angebotenen Leistung auf der Grundlage eines Lösungsvorschlages bewerten wollen. Hierfür taugen die für die Preisbewertung entwickelten Methoden nicht, weshalb öffentliche Auftraggeber für die Bewertung entsprechender Zuschlagskriterien gerne das sogenannte "Schulnotensystem" verwenden.

Danach werden die Angebote mit Schulnoten bewertet, denen zuvor Punktzahlen zugewiesen wurden. Ein sehr gutes Angebot erhält die Note eins und die volle Punktzahl; ein befriedigendes Angebot die Note drei und entsprechend weniger Punkte. Wann ein Angebot als befriedigend oder als sehr gut anzusehen ist, ergibt sich aus dem vorgegebenen Schulnotensystem jedoch in der Regel nicht oder nur sehr vage, weshalb das System in Teilen der oberlandesgerichtlichen Rechtsprechung als intransparent und damit vergaberechtswidrig beanstandet >>

>>

wurde. Teilweise haben Oberlandesgerichte das System aber auch bestätigt, weshalb es an einer einheitlichen Linie fehlte. Vorsorglich musste daher den öffentlichen Auftraggebern von der Anwendung des Systems abgeraten werden, womit sie vor dem Problem standen, wie die "weichen" Qualitätskriterien vergaberechtskonform bewertet werden können.

Kürzlich hat der Bundesgerichtshof jedoch nach einer Vorlage des Oberlandesgerichts Dresden in seinem Beschluss vom 4. April 2017 – X ZB 3/17 – das "Machtwort" gesprochen, welches die Praxis nunmehr dahingehend versteht, dass das Schulnotensystem generell zulässig sei. Dieses Verständnis greift jedoch zu kurz und übersieht die Besonderheiten des dem Bundesgerichtshof zur Entscheidung vorgelegten Einzelfalls.

Der Bundesgerichtshof hat das in dem konkreten Fall angewandte "offene Schulnotensystem" – also ohne Erläuterungen zum erwarteten Angebotsinhalt für das Erreichen einer Notenstufe – deswegen für transparent und damit zulässig erachtet, weil es sich bei den zu vergebenden Postsendedienstleistungen um standardisierte Dienstleistungen gehandelt habe, deren Abläufe zudem in den Vergabeunterlagen konkret und erschöpfend beschrieben worden seien. Damit wäre es den Bietern in der Gesamtschau möglich gewesen, nachzuvollziehen und vor Angebotsabgabe einzuschätzen, wann ein Angebot sehr gut oder nur befriedigend sei.

Ein offenes Schulnotensystem ist daher auch nach dem Bundesgerichtshof nur dann zulässig, wenn die zu vergebende Leistung derart detailliert in den Vergabeunterlagen beschrieben ist, dass sich bereits daraus ergibt, wann ein Angebot sehr gut oder befriedigend ist. Ist dies nicht möglich, bedarf es auch nach dem Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 4. April 2017 einer Konkretisierung des Schulnotensystems durch weiterführende Erläuterungen zu den einzelnen Notenstufen. Denn bei einem komplexen Auftragsgegenstand müsse der öffentliche Auftraggeber bei Verwendung eines Benotungssystems zur Vermeidung einer intransparenten Wertung seine Vorstellungen oder Präferenzen zum denkbaren Zielerreichungsgrad erläutern und damit Anhaltspunkte für eine günstige oder ungünstige Benotung vorgeben.

>>

>>

Im Ergebnis kann daher auch nach dem Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 4. April 2017 nicht davon ausgegangen werden, dass die Bewertung qualitativer Kriterien anhand des Schulnotensystems ohne transparenzschaffende Erläuterung der Notenstufen generell zulässig ist. Nach wie vor kommt es darauf an, ob sich aus den Vergabeunterlagen für die Bieter ergibt, wann ihr Angebot besser oder schlechter bewertet wird. Dies kann vertiefte Erläuterungen zu den Anforderungen für die Erreichung einer Notenstufe, eine detailliertere Leistungsbeschreibung oder gar eine andere Bewertungsmethode erforderlich machen. Das Schulnotensystem ist somit weiterhin mit Vorsicht zu genießen.

DR. MARTIN DÜWEL • duewel@zenk.com

DR. JAKOB STASIK • stasik@zenk.com



DR. MARTIN DÜWEL
Fachanwalt für Verwaltungsrecht



CLAUDIA GEHRICKE

ZENK

ERHEBUNG VON ERSCHLIESSUNGSBEITRÄGEN BEI IN DER DDR HERGESTELLTER TEILSTRECKE EINER ANLAGE



Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 22. November 2016 (Az. BVerwG 9 C 25.15)

Für Erschließungsanlagen oder Teile von Erschließungsanlagen im Gebiet der DDR, die vor dem 3. Oktober 1990 bereits hergestellt worden sind, kann nach der Übergangsregelung des § 242 Abs. 9 BauGB kein Erschließungsbeitrag erhoben werden. Das BVerwG hat dazu am 22. November 2016 in drei gleichgelagerten Fällen entschieden, dass eine Teilstrecke einer insgesamt noch nicht fertiggestellten Straße nicht in den Anwendungsbereich der Norm fällt. Denn sie stellt weder eine "bereits hergestellte Erschließungsanlage" noch einen "Teil" einer solchen im Sinne des § 242 Abs. 9 BauGB dar und wird hierzu auch nicht durch eine nach dem 3. Oktober 1990 beschlossene Abschnittsbildung. Es müssen also Erschließungsbeiträge und nicht die regelmäßig niedrigeren Straßenbaubeiträge gezahlt werden.



Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 22. November 2016 (Az. BVerwG 9 C 26.15)

In den Verfahren (– 9 C 25.15 –, – 9 C 26.15 – und – 9 C 27.15 –) hatten Grundstückseigentümer gegen die Heranziehung zu Erschließungsbeiträgen für eine Erschließungsanlage geklagt, von der eine Teilstrecke bereits vor dem DDR-Beitritt fertiggestellt worden war. Über die Teilstrecke war nach dem 3. Oktober 1990 ein Abschnittsbildungsbeschluss ergangen. Im Ergebnis wollen die Kläger erreichen, dass die jeweilige öffentliche Baumaßnahme nach den landesrechtlichen Vorschriften für Straßenbaubeiträge abgerechnet wird. Danach entfällt im Vergleich zum Erschließungsbeitragsrecht regelmäßig ein höherer Kostenanteil auf die öffentliche Hand. Die Anliegerbeiträge sind also deutlich niedriger.



Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 22. November 2016 (Az. BVerwG 9 C 27.15)

Das BVerwG urteilte – anders als die jeweilige Vorinstanz –, dass Teilstrecken einer insgesamt noch nicht fertiggestellten Erschließungsanlage nicht unter § 242 Abs. 9 BauGB fallen. Denn zunächst handele es sich bei Teillängen nicht um "Teile einer Erschließungsanlage". Damit seien nur Teileinrichtungen wie Fahrbahn, Gehwege, Beleuchtung und Entwässerung gemeint, die sich regelmäßig auf die ganze Länge der Erschließungsanlage erstrecken.

>>

>>

Auch sei eine Teilstrecke keine Erschließungsanlage im Sinne der Norm. Das ergebe sich aus den Grundsätzen zur Abschnittsbildung im Erschließungsbeitragsrecht (§§ 127 ff. BauGB). Danach kann die Gemeinde nach ihrem Ermessen mittels Beschlussfassung Abschnitte bilden, um für diese vor Fertigstellung der gesamten Anlage Beiträge zu erheben. Daneben auch "faktische Abschnitte" von Erschließungsanlagen ohne eine solche Abschnittsbildung als Erschließungsanlagen im Sinne des § 242 Abs. 9 BauGB zu werten, widerspreche diesem Grundsatz und hätte vom Gesetzgeber, sofern die Einbeziehung beabsichtigt gewesen wäre, ausdrücklich geregelt werden müssen.

Weiterhin führe ein Abschnittsbildungsbeschluss über die Teilstrecke nach dem 3. Oktober 1990 nach dem insoweit eindeutigen Wortlaut der Norm nicht zu einer Anwendbarkeit. Nur Umstände vor diesem Zeitpunkt seien zu berücksichtigen, da ansonsten entgegen der gesetzgeberischen Intention die Rechtslage rückwirkend gestaltet würde. Die Abschnittsbildung würde außerdem im Widerspruch zu ihrer Funktion als Vorfinanzierungsinstitut dazu führen, dass endgültig keine Erschließungsbeiträge erhoben werden könnten, da die Privilegierung des § 242 Abs. 9 BauGB griffe.

Die Auffassung des BVerwG stehe auch nicht im Widerspruch zur Rechtsprechung zu § 242 Abs. 1 BauGB. Auch eine "vorhandene Erschließungsanlage" im Sinne dieser Norm sei danach nur bei einer Abschnittsbildung sowie einer abrechnungsmäßigen Verselbstständigung des Abschnitts vor dem Stichtag gegeben. Dies richte sich nach dem seinerseits geltenden Landesrecht; eine abrechnungsmäßige Verselbstständigung sei nach dem Recht der DDR jedoch gar nicht möglich gewesen.

Das BVerwG hat die Merkmale der "bereits hergestellten Erschließungsanlage" und "Teile" einer solchen gemäß § 242 Abs. 9 BauGB näher konkretisiert und deren Abgrenzung im Verhältnis zur "faktischen Teilstrecke" vorgenommen. Für Letztere können daher selbst dann Erschließungsbeiträge erhoben werden, wenn diese vor dem Stichtag des 3. Oktober 1990 hergestellt und über sie nach dem Stichtag ein Abschnittsbildungsbeschluss gefasst wurde, da sie nach dem Bundesverwaltungsgericht nicht in den Anwendungsbereich von § 242 Abs. 9 BauGB fallen.

>>

>>

Bei der Prüfung des anzuwendenden Rechtsregimes, d. h. des Erschließungs- oder Straßenbaubeitragsrechts, ist also stets genau darauf zu achten, was die konkrete Anlage darstellt, wann diese hergestellt wurde und wann ein diesbezüglicher Abschnittsbildungsbeschluss gefasst wurde. Nur so kann gewährleistet werden, dass die beitragsfähige Maßnahme rechtmäßig abgerechnet wird.

DR. MARTIN DÜWEL • duewel@zenk.com

CLAUDIA GEHRICKE • gehricke@zenk.com



DR. WOLFGANG HOPP



DR. RALF HÜTING

ZENK

ERNEUTE ÄNDERUNG DES UMWELT-RECHTSBEHELFSGESETZES

■ **Am 2. Juli 2017 ist eine erneute Änderung des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes in Kraft getreten, mit der dieses Gesetz an völker- und unionsrechtliche Vorgaben angepasst werden soll.**

Der Anwendungsbereich des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes (UmwRG) ist, um dem Beschluss der 5. Vertragsstaatenkonferenz vom 2. Juli 2014 zur Aarhus-Konvention Rechnung zu tragen, in dem das deutsche Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz in seiner bisherigen Fassung in zwei Punkten als völkerrechtswidrig bezeichnet worden war, u. a. auf die Zulassung von Plänen und Programmen sowie auf öffentlich-rechtliche Verträge ausgedehnt worden (§ 1 Abs. 1 S. 1 Nrn. 4, 5 UmwRG). Darüber hinaus ist im Anwendungsbereich des Art. 9 Abs. 2 der Aarhus-Konvention, der Rechtsbehelfe der betroffenen Öffentlichkeit (d. h. betroffener privater Dritter und anerkannter Umweltvereinigungen) gegen staatliche Zulassungsentscheidungen für umweltrelevante Vorhaben betrifft, die bisherige Einschränkung der Rügebefugnis auf Vorschriften, "die dem Umweltschutz dienen", entfallen. Mit diesen Änderungen werden die Klagerechte insbesondere der Umweltvereinigungen erneut ausgeweitet – um den Preis einer weiter reduzierten Rechtssicherheit für Vorhabenträger sowie Genehmigungs und Planfeststellungsbehörden.

Aufgrund der Entscheidung des EuGH vom 15. Oktober 2015 (Rs. C-137/14), nach der die materielle Einwendungspräklusion (d. h. der Ausschluss von Einwendungen im Gerichtsverfahren, die im Verwaltungsverfahren verspätet vorgebracht worden sind) unionsrechtswidrig ist, hat der Bundesgesetzgeber die bisherige Vorschrift zur materiellen Einwendungspräklusion (§ 2 Abs. 3 UmwRG a. F.) gestrichen. Die formelle Einwendungspräklusion (d. h. der Ausschluss verspäteter Einwendungen im betreffenden Verwaltungsverfahren) bleibt hingegen erhalten. Außerdem hat der Bundesgesetzgeber von der im o. g. EuGH-Urteil genannten Möglichkeit Gebrauch gemacht, Einwendungen für unbeachtlich zu erklären, deren erstmalige Geltendmachung im Rechtsbehelfsverfahren missbräuchlich ist (§ 5 UmwRG).

>>

>>

Bei der abschließenden Beratung des Gesetzesentwurfs im Umweltausschuss des Bundestages sind durch einen Änderungsantrag der Regierungsparteien folgende Regelungen in das Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz aufgenommen worden, die eine erhebliche Praxisrelevanz erlangen dürften:

- Erstmals werden Vorschriften zur Planergänzung und zum ergänzenden Verfahren in das Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz aufgenommen. Damit können diese Instrumente nunmehr – über ihren bisherigen Anwendungsbereich des Fachplanungsrechts hinaus – auch zur Heilung von Verfahrensfehlern und materiellen Fehlern gebundener Genehmigungen (z. B. immissionsschutzrechtlicher Genehmigungen) eingesetzt werden (§ 4 Abs. 1b Satz 1 und § 7 Abs. 5 UmwRG). Dies ist zu begrüßen, weil dadurch im Interesse der Verfahrensökonomie die gerichtliche Aufhebung gebundener Genehmigungen wegen Fehlern, die durch Nachholung heilbar sind, in größerem Umfang als bisher vermieden wird.
- Neuland betritt der Gesetzgeber auch mit der – nur für Umweltvereinigungen geltenden – Einführung einer zweijährigen Anfechtungsfrist für Verwaltungsakte, die nicht bekanntgegeben worden sind: Nach § 2 Abs. 3 Satz 2 UmwRG müssen Vereinigungen, die nach dem Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz anerkannt sind, gegen einen dem Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz unterfallenden Verwaltungsakt (z. B. eine Genehmigung für ein UVP-pflichtiges Vorhaben) innerhalb von 2 Jahren nach Erlass dieses Verwaltungsakts Klage bzw. Widerspruch erheben, wenn dieser Verwaltungsakt weder der Vereinigung individuell bekanntgegeben noch öffentlich bekanntgemacht worden ist. Das in dieser Regelung zum Ausdruck kommende Bemühen des Gesetzgebers um Rechtssicherheit ist anzuerkennen. Es bleibt jedoch abzuwarten, ob sich diese Regelung in der Rechtsprechung insbesondere als mit der Aarhus-Konvention und dem verfassungsrechtlichen Gebot effektiven Rechtsschutzes vereinbar erweisen wird.

Auch vor diesem Hintergrund sind wir schon auf die nächste Novellierung des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes gespannt, über die wir ebenfalls an dieser Stelle berichten werden.

DR. WOLFGANG HOPP • hopp@zenk.com

DR. RALF HÜTING • hueting@zenk.com



DR. KOSTJA VON KEITZ
Fachanwalt für Verwaltungsrecht, Mediator



CLAUDIA GEHRICKE

ZENK

ANFORDERUNGEN AN DIE DIENSTLICHE BEURTEILUNG EINES BEAMTEN NACH DEM BVERWG

■ Das Bundesverwaltungsgericht hat mit Urteil vom 2. März 2017 (Aktenzeichen: 2 C 21.16) die für die dienstliche Beurteilung eines Beamten geltenden Anforderungen konkretisiert. Danach muss das einschlägige Beurteilungssystem sicherstellen, dass der Beurteiler, der die Leistung des Beamten nicht aus eigener Anschauung kennt, dennoch über hinreichende Kenntnisse von den für die Beurteilung wesentlichen Tatsachen verfügt. Die relevante Vergleichsgruppe besteht dabei aus Beamten und Tarifbeschäftigten, die sich in einem potentiellen Konkurrenzverhältnis zueinander um Beförderungstellen befinden.

Die Klägerin war in den Vorinstanzen erfolgreich, sodass die beklagte Bundesnetzagentur zur Neubeurteilung der Beamtin verpflichtet worden war. Auch die nunmehr eingelegte Revision der Beklagten zum Bundesverwaltungsgericht wurde zurückgewiesen. Nach der bisher veröffentlichten Pressemitteilung heißt es hierzu, dass es nach Auffassung des Gerichts einer Begründung des Gesamturteils der dienstlichen Beurteilung bedurfte, da die Leistungen der Beamtin in den Einzelmerkmalen uneinheitlich bewertet wurden. Ein Gesamturteil müsse bereits bei der Erstellung der dienstlichen Beurteilung ergehen und könne nicht im gerichtlichen Verfahren nachgeholt werden.

Die Beurteilung könne auch durch einen höheren Vorgesetzten als einzigem Beurteiler erstellt werden, wenn das Beurteilungssystem gewährleistet, dass sich der Beurteiler durch eine Einbeziehung der Fachvorgesetzten hinreichende Kenntnis über die Leistungen des zu beurteilenden Beamten verschafft hat. Sämtliche schriftliche Beurteilungsbeiträge sind dabei für eine etwaige gerichtliche Kontrolle aufzubewahren. In diesem Falle sei die Anwendung eines einheitlichen Beurteilungsmaßstabs durch einen Beurteiler gewährleistet, der einen Überblick über die gesamte Vergleichsgruppe habe.

>>

>>

Die Vergleichsgruppe bestehe dabei aus Beschäftigten, die potentiell in einer Konkurrenzsituation zueinander stehen. Dies trifft auf Beamte und Tarifbeschäftigte einer Behörde zu, die in einem potentiellen Konkurrenzverhältnis um Beförderungsstellen stehen, sodass für die Vergleichbarkeit auch Angestellte bzw. Tarifbeschäftigte in das jeweilige Beurteilungsverfahren einbezogen werden können. Dagegen sei bei Beamten aus unterschiedlichen Laufbahnen oder Laufbahngruppen keine derartige Konkurrenzsituation gegeben. Hintergrund sei, dass das im Rahmen der Beförderung zu vergebene Statusamt auch durch die Laufbahn bestimmt werde, sodass diese die jeweilige Vergleichsgruppe vorgebe.

Im Rahmen beamtenrechtlicher Beurteilungen ist daher darauf zu achten, dass der jeweilige Beurteiler über eine hinreichende Tatsachengrundlage über die Leistungen des Beamten verfügt oder sich diese verschaffen kann und außerdem die richtige Vergleichsgruppe gewählt wird. Andernfalls droht eine Verpflichtung zur dienstlichen Neubeurteilung des Beamten.

DR. KOSTJA VON KEITZ • vonkeitz@zenk.com

CLAUDIA GEHRICKE • gehricke@zenk.com



Sommerkonzert im Konzerthaus am Gendarmenmarkt Berlin

Ein prachtvoller Saal, ein begeistertes und begeisterndes Orchester aus jungen Musikerinnen und Musikern und ein herzlicher Empfang durch den Rektor der Hochschule für Musik Hanns Eisler Prof. Ehrlich prägten unsere diesjährige Mandantenveranstaltung am Berliner Standort Mitte Juni. Gemeinsam mit dem Förderverein der Hochschule konnten wir nicht nur einen positiven Beitrag für die Unterstützung junger Studierender im Rahmen des sog. Deutschlandstipendiums leisten. Genussvoll war der Abend mit symphonischen Werken von Prokofjew, Dvorak und Mozart vor allem, weil das Hochschulorchester unter der künstlerischen Leitung von Prof. Martin Spangenberg ohne Dirigent wahrlich ein musikalisches Feuerwerk entfachte. Die Teilnahme von über 100 Gästen aus dem Kreis unserer Mandanten hat uns sehr bestärkt, die Zusammenarbeit mit dem Förderverein der Hochschule ebenso wie die gemeinsamen Konzertveranstaltungen auf diesem hohen musikalischen Niveau fortzusetzen.

DR. MARTIN DÜWEL • duewel@zenk.com

ZENK TALK | Arbeitsrecht

Im Rahmen der Veranstaltungsreihe ZENK TALK | Arbeitsrecht hat am 22. Juni 2017 Herr Dr. Rolf Zeißig mit einem kurzen Vortrag zum Thema **"Arbeitnehmerhaftung"** Grundlagen und aktuelle Probleme vorgestellt. Schwerpunkt waren die Rechtsprechung zur Haftungsbegrenzung und auch Fragen der Haftung von Führungskräften und Organvertretern, die mit unseren Gästen besprochen wurden. Anschließend stellte Herr Dr. Markus Pander eine Auswahl aktueller arbeitsgerichtlicher Entscheidungen vor. Insbesondere eine möglicherweise anstehende Rechtsprechungsänderung zur Frage, ob Arbeitnehmer künftig "unbillige" Weisungen nicht mehr vorläufig befolgen müssen (vgl. Pressemitteilung Nr. 25/17 des Bundesarbeitsgerichtes vom 14. Juni 2017), wurde lebhaft diskutiert. Einen Ausklang fand die Veranstaltung bei Fingerfood und Wein mit weiteren Diskussionen und Gesprächen.

DR. MARKUS PANDER • pander@zenk.com

NEU AM STANDORT HAMBURG



Michael Benedikt Kroll

Wir freuen uns, dass Herr Rechtsanwalt Michael Benedikt Kroll seit dem 1. April 2017 das Immobiliendepartement unseres Hamburger Standortes verstärkt.

Herr Kroll ist 1987 geboren, hat in Hamburg studiert und das Referendariat u. a. in unserem Hamburger Immobiliendepartement sowie bei der Hamburgischen Architektenkammer absolviert. Neben dem Studium und dem Referendariat war Herr Kroll sechs Jahre lang als juristischer Mitarbeiter in einer internationalen Immobiliengesellschaft tätig. Seine Beratungsschwerpunkte werden vorwiegend im Bereich des privaten Bau- und Architektenrechts sowie im Mietrecht liegen.

Fremdsprache: Englisch