

EDITORIAL


**Liebe Leserinnen,
liebe Leser,**

das Fazit des Abschneidens unseres Landes bei der WM 2018 fällt bescheiden aus:

Ausscheiden in der Vorrunde und vor, während und nach den Spielen viel Zwist, Schuldzuweisungen und schlechte Stimmung. Passt ganz gut in den Zeitgeist, der sich wohl am besten mit „Jeder gegen jeden!“ beschreiben lässt. Schwesterparteien in offener Konfrontation, die USA gegen Europa, Kanada und China, Russland – je nach Tagesform des Präsidenten –, Großbritannien gegen die EU, von den beträchtlichen Unstimmigkeiten innerhalb der EU ganz zu schweigen. Frankreich ist Fußballweltmeister 2018. Vielleicht ein Zeichen? Ein Land, welches ohne Zweifel auch mit erheblichen innen- und sozialpolitischen Problemen zu kämpfen hat. Aber seit einem guten Jahr regiert dort ein Präsident, der es mit natürlich auch inszenierter Aufbruchsstimmung und Gemeinschaftsgefühl geschafft hat, Mehrheiten in seinem Land zu überzeugen. Einer aktuellen Umfrage der Zeitung „Die Welt“ zu Folge, wünscht sich auch eine Mehrheit der Deutschen eine solche Führungspersönlichkeit. In diesem Sinne brauchen wir wohl ein Mehr an Miteinander, Elan und positiver Stimmung. Fangen wir damit im Kleinen an.

Herzlichst Ihr

Dr. Martin Düwel

INHALT

Vergaberecht

Unterschwellenvergabeordnung im Land Brandenburg

[mehr dazu...](#)

Öffentliches Baurecht

Neben- oder Hauptanlage?

[mehr dazu...](#)

Kommunalabgabenrecht

Treuwidriger Erschließungsbeitrag

[mehr dazu...](#)

Vergaberecht

Präklusion im Zivilprozess bei öffentlich ausgeschriebenen Verträgen?

[mehr dazu...](#)

Zivilrecht

Die Musterfeststellungsklage kommt!

[mehr dazu...](#)

Privates Baurecht

Vorsicht bei der Vereinbarung eines Fertigstellungstermins

[mehr dazu...](#)

Mietrecht

Ersatz von Schäden der Mietsache – Fristsetzung?

[mehr dazu...](#)

Keine Betriebskostennachzahlung ohne Belegeinsicht

[mehr dazu...](#)

In eigener Sache

Neu am Standort Hamburg

[mehr dazu...](#)

Personalia

[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



DR. MARTIN DÜWEL
Fachanwalt für Verwaltungsrecht



DR. JAKOB STASIK

UNTERSCHWELLENVERGABEORDNUNG IN BRANDENBURG

■ Nachdem der Bund, Hamburg und Bremen schon im Jahr 2017 die **Unterschwel­lenvergabeordnung (UVgO)** für anwendbar erklärt haben, folgten in 2018 am 1. Januar Bayern, am 1. März das Saarland und am 9. Juni 2018 Nordrhein-Westfalen. Seit Inkrafttreten der Änderungsverordnung zu § 30 der Kommunalen Haushalts- und Kassenverordnung (KomHKV) am 1. Mai 2018 ist die UVgO auch im Land Brandenburg anzuwenden.



Dritte Verordnung zur Änderung der Kommunalen Haushalts- und Kassenverordnung vom 15.02.2018

Der Landesverordnungsgeber hat für Ausschreibungen von Liefer- und Dienstleistungen unterhalb der sog. „EU-Schwellenwerte“ in § 30 Abs. 3 Satz 1 KomHKV nunmehr einen Anwendungsbefehl für die UVgO aufgenommen, womit der erste Abschnitt des Teils A der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen (VOL/A) insoweit nicht mehr anzuwenden ist. Bauleistungen unterhalb der EU-Schwellenwerte sind dagegen nach § 30 Abs. 2 Satz 1 KomHKV weiterhin nach dem ersten Abschnitt des Teils A der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A) – jedoch nunmehr in der Fassung vom 1. Juli 2016 – auszuschreiben.

Die wesentlichen Neuerungen, die die UVgO mit sich bringt, hatten wir anlässlich des Inkrafttretens in der Freien und Hansestadt Hamburg bereits in den ZENK News vom Dezember 2017 dargestellt. An dieser Stelle möchten wir auf die brandenburgischen Besonderheiten hinweisen. Denn nach § 30 KomHKV gilt die UVgO in Brandenburg mit einigen Einschränkungen, die es zu beachten gilt:

- Ähnlich wie Hamburg hat auch Brandenburg gemäß § 30 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 Satz 1 KomHKV darauf verzichtet, eine verpflichtende Einführung des elektronischen Vergabeverfahrens zu normieren. Begründet wurde dies damit, dass nicht bei allen Auftraggebern die nötige Infrastruktur vorhanden sei. Dem Auftraggeber steht es nach § 30 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 Satz 1 KomHKV frei zu entscheiden, ob er das Vergabeverfahren elektronisch durchführt oder nicht. Entscheidet er sich allerdings für ein elektronisches oder teilweise elektronisches Vergabeverfahren, sind nach § 30 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 Satz 2 KomHKV die entsprechenden Vorgaben aus der UVgO anzuwenden.

>>



Unterschwel­lenvergabeordnung (UVgO) vom 02.02.2017

>>

- Nach § 30 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 KomHKV ist es dem öffentlichen Auftraggeber freigestellt, ob er gemäß § 22 Abs. 2 Satz 2 UVgO die objektiven und nichtdiskriminierenden Kriterien in den Vergabeunterlagen angibt, die er bei der Vergabe von Losen anzuwenden beabsichtigt, wenn die Anwendung der Zuschlagskriterien dazu führen würde, dass ein einzelner Bieter den Zuschlag für eine größere Zahl von Losen als die Höchstzahl erhält. Mit dieser Einschränkung überlässt der Verordnungsgeber den Auftraggebern die Entscheidung, ob Sie den mit den wesentlich höheren Transparenzanforderungen einhergehenden erhöhten Verwaltungsaufwand betreiben wollen oder nicht.

- Nach § 30 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 KomHKV können die öffentlichen Auftraggeber ferner entscheiden, ob sie § 30 UVgO anwenden. Danach hat der Auftraggeber nach Durchführung einer Beschränkten Ausschreibung oder einer Verhandlungsvergabe (jeweils) ohne Teilnahmewettbewerb über einen Auftrag ab einem Wert von 25.000,00 Euro netto die Pflicht zur nachträglichen Bekanntmachung der Vergabe auf seinen Internetseiten.

- Nach § 30 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 KomHKV gilt die Pflicht zum Ausschluss eines Angebots nach § 42 Abs. 1 Nr. 3 UVgO aufgrund von nicht zweifelsfreien Änderungen des Bieters an seinen Eintragungen mit der Maßgabe, dass zunächst der Versuch unternommen werden soll, den Zweifel im Aufklärungswege aufzulösen.

- Weiterhin wird es dem Auftraggeber nach § 30 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 KomHKV freigestellt, ob er nach § 46 Abs. 1 Satz 1 UVgO die Bewerber und Bieter unverzüglich über den Abschluss einer Rahmenvereinbarung oder die erfolgte Zuschlagserteilung unterrichtet.

>>

>>

- Schließlich modifiziert § 30 Abs. 3 Satz 1 Nr. 6 KomHKV die für die Vergabe von freiberuflichen Leistungen geltende Sonderregelung in § 50 Satz 2 UVgO. Nach § 50 Satz 1 UVgO sind freiberufliche Leistungen im Wettbewerb zu vergeben. Dabei ist nach § 50 Satz 2 UVgO so viel Wettbewerb zu schaffen, wie dies nach der Natur des Geschäfts oder nach den besonderen Umständen möglich ist. § 30 Abs. 3 Satz 1 Nr. 6 KomHKV bestimmt hierfür, dass bis zu einem geschätzten Auftragswert von 100.000,00 Euro dem Wettbewerbsgrundsatz nach § 50 Satz 1 UVgO bereits Genüge getan ist, wenn der öffentliche Auftraggeber mehrere, in der Regel drei Unternehmen zur Abgabe eines Angebots aufgefordert hat.

Unter Hinweis auf die geplanten Inkraftsetzungen der UVgO in Schleswig-Holstein – geplant zum 1. Juli 2018, jedoch zum Zeitpunkt des Redaktionsschlusses am 1. August 2018 noch nicht erfolgt – und in Berlin zum 18. Oktober 2018 stehen wir Ihnen für Beratungen und Erläuterungen gerne zur Verfügung.

[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



CLAUDIA GEHRICKE

ZENK

ABGRENZUNG VON NEBENANLAGE ZU TEILEN DER HAUPTANLAGE

■ Nebenanlagen können nur Anlagen sein, die nicht Bestandteil eines Hauptgebäudes sind. Zur Abgrenzung von Nebenanlagen zu Hauptanlagen können funktionelle und räumliche Gesichtspunkte herangezogen werden, so das BVerwG in seinem Urteil vom 14. Dezember 2017 – 4 C 9.16 –. Von dieser Abgrenzung zu unterscheiden ist die Frage, ob eine Nebenanlage untergeordnet ist.

Der Kläger beehrte eine Baugenehmigung für eine gebaute Dachterrasse, die sich auf einem Anbau vom Haupthaus befindet, sowie für einen über der Dachterrasse errichteten Balkon. Auf dem betreffenden Grundstück befindet sich ein dreigeschossiges Mehrfamilienhaus. Die umliegenden Grundstücke sind mit Wohnhäusern bebaut. Ein Bebauungsplan ist nicht vorhanden. Der Anbau ist ein zum Garten hin ausgerichteter, 15 m² großer Raum, welcher über einen Zugang vom Wohnzimmer sowie eine Tür und ein Fenster zum Garten hin verfügt. Der Anbau wurde im Mai 2011 als Abstellraum genehmigt.

Die Klage vor dem VG Köln hatte keinen Erfolg. Auch die Berufung blieb erfolglos. Nach Auffassung des Oberverwaltungsgerichts Münster fügt sich das Vorhaben gemäß § 34 Abs. 1 Satz 1 BauGB nach der überbaubaren Grundstücksfläche nicht in die Eigenart der näheren Umgebung ein. Die hierfür maßgebliche Bebauung weise zum Garten hin eine faktische Baugrenze auf, welche durch die Dachterrasse und den Balkon deutlich überschritten werde. Der genehmigte Abstellraum könne dabei ebenfalls nicht für eine Baugenehmigung sprechen, da er nur eine nicht prägende Nebenanlage zum Haupthaus sei, so das OVG.

Die dagegen gerichtete Revision begründete der Kläger damit, dass das Vorhaben innerhalb der überbaubaren Grundstücksfläche liege, da der Anbau Teil des Hauptgebäudes sei und somit Dachterrasse und Balkon über einer schon bebauten Fläche liegen.

Das Bundesverwaltungsgericht sah die Revision als begründet an, denn das angegriffene Urteil verstößt gegen Bundesrecht. Der Anbau ist keine Nebenanlage, sondern Teil der Hauptanlage. Nebenanlagen können nur Anlagen sein, die nicht Bestandteil eines Hauptgebäudes sind, so das BVerwG bereits im Beschluss

>>

>>

vom 14. Februar 1994 – 4 B 18.94 –. Zur Abgrenzung können dabei funktionelle und räumliche Aspekte dienen.

Das Oberverwaltungsgericht hatte nach räumlichen Aspekten angenommen, dass der Anbau eher wie ein Anhängsel zum Wohnhaus wirke, denn er sei nur eingeschossig und nicht unterkellert. Allerdings beantworten diese optischen Kriterien nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts nicht die Frage, ob eine Nebenanlage gegeben ist. Denn für das Vorliegen einer Nebenanlage ist entscheidend, dass sie sowohl in ihrer Funktion als auch in ihrer räumlich-gegenständlichen Nutzung dem Hauptgebäude untergeordnet ist.

Für die Frage, ob eine Anlage keine Nebenanlage ist, weil sie zur Hauptanlage gehört, ist in räumlicher Hinsicht entscheidend, ob diese ein selbstständiges Gebäude darstellt, in das Hauptgebäude integriert oder mit ihm verbunden ist. Regelmäßig wird eine Nebenanlage baulich selbstständig sein, wohingegen ein Anbau an der Hauptanlage eher dessen Erweiterung und damit keine Nebenanlage darstellen dürfte.

Dadurch, dass der Anbau vorliegend mit der Hauptanlage verbunden ist, nahtlos an diese anschließt und von der Hauptanlage aus betreten werden kann, gilt er aus räumlicher Sicht als Teil der Hauptanlage. Dies ergibt auch die funktionelle Einordnung, denn die Funktion als Nebenanlage findet vorliegend in der baulichen Gestaltung keinen Ausdruck. Der Anbau wirke nach seiner planerischen Gestaltung vielmehr als Aufenthaltsraum, er kann vom Wohnzimmer aus betreten werden und vergrößere die Wohnung um einen Raum. Auch die Genehmigungsunterlagen sahen zunächst eine Planung als „Allzweckraum“ vor.

Das BVerwG hat die Frage der Erteilung der begehrten Baugenehmigung offengelassen und die Sache an das OVG zurückverwiesen. Nun hat das OVG die Frage des Sich-Einfügens hinsichtlich der überbauten Grundfläche zu beantworten und insbesondere, ob sich die überbaute Fläche als unbeachtlicher „Ausreißer“ über die Baugrenze erweist oder ob andere Gesichtspunkte einer Baugenehmigung entgegenstehen.

DR. KOSTJA VON KEITZ • vonkeitz@zenk.com

CLAUDIA GEHRICKE • gehricke@zenk.com



DR. MARTIN DÜWEL
Fachanwalt für Verwaltungsrecht



CLAUDIA GEHRICKE

ZENK

ERHEBUNG VON ERSCHLIESSUNGSBEITRÄGEN NACH 30 JAHREN VERSTÖßT GEGEN TREU UND GLAUBEN

— Das OVG Münster – 15 A 1812/16 – hat in seinem Urteil vom 24. November 2017 entschieden, dass die Erhebung eines Erschließungsbeitrages nach Ablauf von 30 Jahren seit der technischen Fertigstellung der Anlage gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstößt.

Die Kommune errichtete 1983 eine Straßenbeleuchtung. Im darauffolgenden Jahr wurde die Straße mit einer Fahrbahndecke aus Asphaltbeton und Randeinfassungen, Gehwegen sowie einer Straßentwässerung ausgebaut. Die letzte Baumaßnahme wurde am 16. Mai 1984 abgenommen. Zu dieser Zeit fehlte es allerdings noch am Eigentum der Stadt bzgl. der Randeinfassungen sowie an einzelnen Gehwegflächen.



*Oberverwaltungs-
gericht Münster
- 15 A 1812/16 -
Urteil vom 24.11.2017*

2011 wurde daher eine Abweichungssatzung beschlossen, nach der die Erschließungsanlage als endgültig hergestellt gelten sollte. Daraufhin wurden im August 2014 Erschließungsbeiträge erhoben.

Das OVG urteilte, dass die Erhebung des Erschließungsbeitrages gegen den Grundsatz von Treu und Glauben, der auch im Abgabenrecht Berücksichtigung findet, verstößt und damit rechtswidrig ist. Das verfassungsrechtliche Gebot der Belastungsklarheit und -vorhersehbarkeit schütze davor, dass lange zurückliegende, in tatsächlicher Hinsicht abgeschlossene Vorgänge unbegrenzt zur Anknüpfung neuer Lasten herangezogen werden können. Der Senat verwies hierzu auf eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, nach der Einzelne gegenüber dem Staat erwarten könnten, nicht mehr einer Abgabeforderung ausgesetzt zu sein, wenn über einen längeren Zeitraum die entsprechende Befugnis nicht wahrgenommen wurde. Der Bürger müsse in zumutbarer Zeit Klarheit darüber gewinnen können, ob und in welchem Maß er seine erlangten Vorteile begleichen muss.

Daher sei die Erhebung eines Erschließungsbeitrages rechtswidrig, wenn seit dem Eintritt der tatsächlichen Vorteilslage in Form der technischen Fertigstellung der Straße mehr als 30 Jahre vergangen sind.

>>

>>

Die für den Beginn dieses Zeitraums maßgebliche Vorteilslage sei anzunehmen – so das OVG Münster –, wenn die Erschließungsanlage, für den Beitragspflichtigen erkennbar, den technischen Anforderungen entspreche. Auf die rechtlichen Voraussetzungen für das Entstehen der Beitragspflicht komme es insoweit nicht an. In dem vorliegenden Fall waren die technischen Voraussetzungen gegeben, denn im Zeitpunkt der Abnahme im Mai 1984 verfügte die Erschließungsanlage über die satzungsgemäßen Teileinrichtungen; Beleuchtung und Entwässerung, die Fahrbahn sowie die Gehwege entsprachen dem Bauprogramm.

Für die Bestimmung des Zeitraumes, der nach Eintritt der tatsächlichen Vorteilslage verstrichen sein müsse, um von einer Treuwidrigkeit auszugehen, sei gemäß § 53 des Verwaltungsverfahrensgesetzes auf die allgemeinen Verjährungsvorschriften zurückzugreifen. Insoweit belaufe sich die längste Verjährungsfrist nach § 197 BGB auf 30 Jahre. Zum Zeitpunkt der Beitragserhebung im August 2014 waren seit der Abnahme der letzten Bauleistung am 16. Mai 1984 und somit seit dem Vorliegen der technischen Voraussetzungen mehr als 30 Jahre vergangen.

Das OVG Münster bestätigte damit zwei Entscheidungen des VG Düsseldorf aus dem Vorjahr – 12 K 6288/14 und 12 K 6462/14 – und steht auch im Einklang mit der Rechtsprechung anderer Oberverwaltungsgerichte.

In der Praxis werden Erschließungsmaßnahmen regelmäßig erst nach einigen Jahren beendet, auch weil in den jeweiligen Erschließungsbeitragssatzungen der meisten Städte und Gemeinden der Grunderwerb als Herstellungsmerkmal vorgesehen ist. In Zukunft müssen sich die Kommunen daher neben der Beachtung der vierjährigen Festsetzungsverjährungsfrist darauf einstellen, dass Erschließungsbeiträge jedenfalls 30 Jahre nach der technischen Herstellung der Anlage – unabhängig vom Vorliegen der rechtlichen Voraussetzungen – nicht mehr erhoben werden können.

DR. MARTIN DÜWEL • duewel@zenk.com

CLAUDIA GEHRICKE • gehricke@zenk.com



DR. MARTIN DÜWEL
Fachanwalt für Verwaltungsrecht



DR. JAKOB STASIK

ZUM AUSSCHLUSS VON MEHRVERGÜTUNGSANSPRÜCHEN IM ZIVILPROZESS AUFGRUND UNTERLASSENER DURCHFÜHRUNG EINES NACHPRÜFUNGSVERFAHRENS

■ Werden allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) zu einem öffentlich ausgeschriebenen Dienstleistungsvertrag nicht in einem Nachprüfungsverfahren vor Vertragsabschluss gerügt, kann sich nach Ansicht des OLG Celle (Urteil vom 18. Januar 2018 – 11 U 121/17 –) das als bester Bieter beauftragte Unternehmen in einem späteren Zivilprozess nicht auf deren Unwirksamkeit berufen: So lautet die Kernaussage der hier vorzustellenden Entscheidung.



Oberlandesgericht
Celle - 11 U 121/17 –
Urteil vom 18.01.2018

Im entschiedenen Fall schlossen die Parteien im Ergebnis eines europaweiten Ausschreibungsverfahrens einen Dienstleistungsvertrag über die Schülerbeförderung für mehrere Jahre ab. Dort wurde geregelt, unter welchen Voraussetzungen eine Anpassung der vereinbarten Netto-Pauschalpreise erfolgen kann. Nach den in den Vergabeunterlagen beigefügten AGB des öffentlichen Auftraggebers war eine Preisanpassung bei der Änderung der Beschaffenheit der Leistung ausgeschlossen. Da nach Vertragsabschluss die Beschaffenheit der Leistung durch den Auftraggeber geändert wurde, klagte das Unternehmen beim LG Hildesheim erfolgreich einen Anspruch auf Preisanpassung nach § 2 Nr. 3 VOL/B ein. Das Landgericht hielt den Ausschluss einer Preisanpassung in den AGB wegen eines Verstoßes gegen § 307 BGB für unwirksam.

Auf die Berufung des Auftraggebers hin entschied das OLG Celle, der Kläger könne sich nicht auf die Unwirksamkeit berufen, da er dies in einem Nachprüfungsverfahren während des Vergabeverfahrens hätte prüfen lassen müssen. Verletzungen durch die Nichtbeachtung von Vergabevorschriften seien gemäß § 160 GWB im Nachprüfungsverfahren geltend zu machen. Dem OLG Celle zufolge handele es sich bei AGB um solche Vergabevorschriften, wenn sie in den der Vergabe zugrundeliegenden Verträgen verwendet werden. Denn Vergabevorschriften seien die „materiell-rechtlichen Regelungen, welche die Vergabestelle >>

>>

zum Inhalt ihrer Ausschreibung macht“. Zwar hatte das Unternehmen zunächst ein Nachprüfungsverfahren eingeleitet, in dem es die Unwirksamkeit der AGB rügte. Dann nahm es den Nachprüfungsantrag jedoch zurück, bevor die Vergabekammer eine Entscheidung treffen konnte. Dies genügt nach Ansicht des OLG Celle nicht, um nach Abschluss des Vergabeverfahrens eine Präklusion zu verhindern. Denn ansonsten könne ein Bieter, der fehlerhafte Vertragsklauseln erkennt, im Wissen um deren (mögliche) Unwirksamkeit und eine spätere Anpassung der Preise, bereits in seinem Angebot unwirtschaftlich kalkulieren. Dadurch würde das vergaberechtliche Gebot der Chancengleichheit verletzt. Ob die Rücknahme des Antrages nach einem Hinweis über dessen Unbegründetheit die Präklusion im Zivilprozess verhindert hätte, wurde offengelassen.

Sollte sich das OLG Celle mit dieser Ansicht durchsetzen, würden Bieter und Vergabekammern zukünftig vor große Probleme gestellt. Zum einen müssten Vergabekammern Vertragsklauseln einer AGB-Kontrolle unterziehen, was eigentlich „Kernkompetenz“ der Zivilgerichte ist. Zum anderen wäre der den Zuschlag erhaltende Bieter gezwungen, unverzüglich nach Erhalt des Informationsschreibens unwirksame AGB als Bestandteil der Vergabeunterlagen zum Gegenstand einer Rüge und ggf. eines anschließenden Nachprüfungsverfahrens zu machen. Die künftigen Vertragsparteien würden also noch vor Beginn der Vertragsabwicklung in einen Rechtsstreit geführt, obwohl zu diesem Zeitpunkt gar nicht absehbar ist, ob es auf die AGB überhaupt ankommt.

Diese Rechtsprechung erfährt deshalb zu Recht erhebliche Kritik. Das OLG Celle dehnt den Begriff „Vergabevorschriften“ in Bezug auf AGB zu weit aus. Vergabevorschriften sind zunächst nur die Bestimmungen des Vergabeverfahrens (GWB, VgV, etc.) sowie die vergaberechtlichen Gebote (Transparenz, Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung). Zwar sind Vertragsentwürfe im Nachprüfungsverfahren überprüfbar, wenn sie Teil von Vergabeunterlagen werden (VK Münster, Beschluss vom 2. Oktober 2014 – VK 13/14 –). Aber Vergabekammern müssen einzelne Vertragsklauseln gerade nicht auf ihre zivilrechtliche Wirksamkeit hin prüfen, es sei denn, durch die vertraglichen Regelungen würden die Risiken in unangemessener Weise auf den Bieter verlagert (VK Sachsen, Beschluss vom 21. April 2015 – 1/SVK/010-15 –).

>>

>>

Die weitere Rechtsprechung zur Notwendigkeit von Nachprüfungsverfahren für Ansprüche in der Vertragsabwicklungsphase bleibt abzuwarten. Die Notwendigkeit solcher Nachprüfungsverfahren wurde bereits anders beurteilt: Ein Bieter könne einen Anspruch auf Schadensersatz auch ohne vorherige Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens geltend machen, wenn er unter Verletzung von Vergabevorschriften vom Verfahren ausgeschlossen wurde (OLG Koblenz, Beschluss vom 6. Juni 2013 – 2 U 522/12 –, JurionRS 2013, 45834; OLG Köln, Urteil vom 21. Dezember 2016 – 17 U 42/15 –, JurionRS 2016, 34523, Jurion). Jedenfalls sind in öffentlichen Ausschreibungsverfahren anbietende Unternehmen gut beraten, wenn sie künftig sämtliche Vertragsunterlagen während eines Vergabeverfahrens genau prüfen, um nicht späterer Ansprüche verlustig zu gehen.

DR. MARTIN DÜWEL • duewel@zenk.com

DR. JAKOB STASIK • stasik@zenk.com



DIE MUSTERFESTSTELLUNGSKLAGE KOMMT!

Die Musterfeststellungsklage ist beschlossene Sache – nach dem Bundestag hat nunmehr auch der Bundesrat am 6. Juli 2018 der Einführung der Musterfeststellungsklage zugestimmt. Die Regelungen sollen zum 1. November 2018 in Kraft treten. Damit wäre es noch vor Eintritt der teilweise drohenden Verjährung Ende des Jahres 2018 möglich, eine entsprechende Musterfeststellungsklage, bezogen auf Ansprüche der im Abgas-Skandal betroffenen Fahrzeugkäufer, gegen den Hersteller zu erheben.

Im Folgenden möchten wir Ihnen einen kurzen Überblick über die Vorschriften zur Musterfeststellungsklage geben, welche zukünftig in den §§ 606 ff. ZPO geregelt sein werden.



Gesetzesentwurf
Musterfeststellungsklage

1. Gegen wen wird geklagt und um was geht es?

Die Musterfeststellungsklage kann ausschließlich gegen Unternehmen erhoben werden. Sie dient der verbindlichen Feststellung von Rechtsverhältnissen oder Anspruchsvoraussetzungen für eine Vielzahl von Verbrauchern gegenüber dem beklagten Unternehmen wegen einer bestimmten Rechtsverletzung.

2. Wer darf klagen?

Bestimmte Verbraucherverbände (sogenannte „qualifizierte Einrichtungen“ i. S. d. UKIG) können ab dem 1. November 2018 in einem gerichtlichen Prozess Rechtsverhältnisse oder Anspruchsvoraussetzungen für eine Vielzahl von betroffenen Verbrauchern gegenüber einem Unternehmen verbindlich feststellen lassen.

Die Verbände müssen dabei

- bereits seit mindestens 4 Jahren bestehen,
- nicht mehr als 5 % ihrer Zuwendungen von Unternehmen beziehen,
- mindestens 350 natürliche Personen oder mindestens 10 Verbände als Mitglieder haben und
- mit den Klagen keine Gewinnerzielungsabsicht verfolgen.

>>

>>

3. Weitere Voraussetzungen für die Klagebefugnis

Der klagende Verbraucherverband muss bei Klageerhebung bereits mindestens zehn Verbraucher benennen, deren Ansprüche von den mit der Klage verfolgten Feststellungszielen abhängen. Sodann müssen innerhalb von zwei Monaten ab Klageerhebung insgesamt mindestens 50 betroffene Verbraucher ihre Ansprüche im Klageregister anmelden. Das Klageregister ist ein vom Bundesjustizministerium zukünftig eigens zu diesem Zweck geführtes elektronisches Register.

4. Rechtswirkung der Musterfeststellungsklage

Auch wenn das Verfahren ausschließlich zwischen dem klagenden Verbraucherverband und dem beklagten Unternehmen geführt wird, entfaltet dieses Rechtswirkungen für die betroffenen Verbraucher:

Für diejenigen Verbraucher, die sich im Klageregister registriert haben, hat die Klageerhebung verjährungshemmende Wirkung für die jeweiligen individuellen Ansprüche gegen das beklagte Unternehmen.

Im Rahmen der Musterfeststellungsklage wird jedoch nur über das Vorliegen oder das Nichtvorliegen zentraler Voraussetzungen für das Bestehen bzw. Nichtbestehen von Ansprüchen oder Rechtsverhältnissen der Verbraucher gegenüber dem beklagten Unternehmen entschieden.

Es können nicht unmittelbar Zahlungstitel von den Verbrauchern erwirkt werden – diese müssen einzeln in anschließenden Folgeprozessen erstritten werden. Jedoch ist das Gericht im sich anschließenden Prozess an die Feststellung des Musterfeststellungsurteils gebunden.

>>

>>

5. Wer trägt die Kosten?

Die Kosten der Musterfeststellungsklage muss der jeweils klagende Verband tragen. Damit eine solche Klage nicht bereits aufgrund der unkalkulierbaren Kostenlast für einen Verbraucherverband ausgeschlossen ist, wurden 250.000,00 Euro als Wertobergrenze für den Streitwert in einem solchen Verfahren angesetzt. Eine Finanzierung der klageberechtigten Verbände durch Unternehmen (die ggf. zu einem potenziellen Beklagten im Wettbewerb stehen) darf nur im begrenzten Umfang erfolgen. Verbände, die sich zu mehr als 5 % durch Zuwendungen von Unternehmen finanzieren, sind nicht klageberechtigt.

6. Ausblick

In der Praxis wird sich zunächst zeigen müssen, ob nicht schon die vorgesehene elektronische Registrierung im Klageregister durch jeden einzelnen Verbraucher eine zu hohe Hürde darstellt, zumal hier die jeweiligen Ansprüche bereits konkret beziffert werden müssen.

Im Ergebnis ist fraglich, ob die von der Bundesregierung erhoffte Stärkung der individuellen Verbraucherrechte im Rahmen einer derartigen Musterfeststellungsklage tatsächlich erfolgen kann: Da die Musterfeststellungsklage nicht in einem rechtskräftigen Zahlungstitel für die betroffenen Verbraucher endet, wird ein sich jeweils anschließender zweiter Prozess durch jeden einzelnen Geschädigten weiter unerlässlich bleiben.

Es ist eher davon auszugehen, dass Verbraucherverbände ggf. aus Popularitätsgründen gegenüber großen Unternehmen vorgehen werden. Ob die betroffenen Verbraucher – gerade bei geringen Streitwerten – anschließend bereit sein werden, selbst vor Gericht einen Zahlungstitel zu erwirken, bleibt abzuwarten.

DANIELA PEZZELLA • pezella@zenk.com



RÜCKTRITT VOM BAUTRÄGERVERTRAG OHNE NACHFRIST-SETZUNG BEI ÜBERSCHREITEN DES VEREINBARTEN FERTIGSTELLUNGSTERMINS?

■ In unseren ZENK News Dezember 2017 hatten wir einen ersten Überblick über das neue BGB-Werkvertragsrecht gegeben, welches auf seit dem 1. Januar 2018 geschlossene Werkverträge Anwendung findet. Eine der Neuerungen ist die Pflicht zur verbindlichen Angabe der Dauer der Bauausführung beim Verbraucherbauvertrag (§ 650k Abs. 3 Satz 1 BGB). Diese Verpflichtung gilt gemäß der Verweisungsnorm des § 650u BGB auch beim Bauträgervertrag.



Neues Bau- und Architekten- / Ingenieurrecht im BGB (ZENK News Dezember 2017)

Wir nehmen eine jüngere Entscheidung des BGH (Beschluss vom 24. Januar 2018 – VII ZR 241/15 –) – obwohl noch aufgrund der alten Rechtslage ergangen – zum Anlass, um auf die Risiken hinzuweisen, welche die Zusage eines allzu optimistischen Fertigstellungstermins (Variante 1 des § 650k Abs. 3 Satz 1 BGB) oder die zu knappe Berechnung der Dauer der Bauausführung (Variante 2 des § 650k Abs. 3 Satz 1 BGB) mit sich bringen können.

Mit dem vorgenannten Beschluss hat der BGH die Nichtzulassungsbeschwerde gegen ein Urteil des OLG Naumburg vom 24. September 2015 – 9 U 82/14 – zurückgewiesen. In diesem Urteil hatte das OLG entschieden, dass ein Erwerber im Falle der Überschreitung des vereinbarten Fertigstellungstermins vom Bauträgervertrag zurücktreten kann, ohne dass er dem Bauträger zunächst eine Nachfrist setzen muss. Die Entscheidung des OLG beruhte auf dem nachfolgend (vereinfacht) dargestellten Sachverhalt:

Bauträger und Erwerber schlossen einen Vertrag zur Errichtung einer Eigentumswohnung sowie zur Übertragung des Eigentums an derselben (Bauträgervertrag). In diesem Vertrag verpflichtete sich der Bauträger – was nach dem „alten“ BGB-Werkvertragsrecht im Gegensatz zum „neuen“ nicht zwingend gewesen wäre – zur Einhaltung einer bestimmten Ausführungsfrist („Fertigstellung des Objekts innerhalb von 9 Monaten nach Erteilung der Baugenehmigung“).

>>

>>

Ca. 14 Monate nach Erteilung der (laut OLG maßgeblichen) Teilbaugenehmigung hatte der Bauträger immer noch nicht die zweite Kaufpreisrate abgerufen. Voraussetzung für die zweite Rate war die Fertigstellung des Rohbaus. Der Erwerber erklärte daraufhin ohne vorherige Nachfristsetzung den Rücktritt vom Bauträgervertrag und verlangte die Rückzahlung der bereits geleisteten ersten Kaufpreisrate (Zug um Zug gegen Abgabe der Löschungsbewilligung).

In seiner Entscheidung folgte das OLG dem Antrag des Erwerbers! Dieser durfte ohne Nachfristsetzung von dem Bauträgervertrag zurücktreten, da es sich dabei um ein „relatives Fixgeschäft“ im Sinne des § 323 Abs. 2 Nr. 2 BGB gehandelt habe. Ein solches Fixgeschäft erfordert neben der Vereinbarung einer genauen Lieferfrist auch die Einigkeit der Parteien darüber, dass der Vertrag mit der (Nicht-)Einhaltung dieser Frist „stehen und fallen“ soll. Da der Bauträger in dem Vertrag für die als Anlageobjekt gedachte Wohnung einen Generalmietvertrag über 25 Jahre garantiert hatte, legte das OLG den Bauträgervertrag so aus, dass dieser mit der Einhaltung der zugesagten Ausführungsfrist „stehen und fallen“ sollte.

Auch wenn es sich bei dem vorstehenden Urteil um eine Einzelfallentscheidung handelt, lässt sich als Tipp für die Praxis festhalten, dass sich der Bauträger – welcher nach dem „neuen“ BGB-Werkvertragsrecht im Gegensatz zum „alten“ Recht ja zu einer verbindlichen Angabe der Bauzeit verpflichtet ist – gut überlegen sollte, ob er dem Erwerber vertraglich einen absoluten Fertigstellungstermin zusichern möchte (§ 650k Abs. 3 Satz 1 Variante 1 BGB) oder doch nur die Dauer der Bauausführung (§ 650k Abs. 3 Satz 1 Variante 2 BGB) ab Erteilung der (Teil-)Baugenehmigung. In jedem Fall sollte man bei der Berechnung der Bauzeit von einem Worst-Case-Szenario ausgehen, um einen ausreichenden zeitlichen Puffer für die Fertigstellung zu haben. Denn auch wenn kein relatives Fixgeschäft vorliegt, kann der Erwerber bei Überschreitung der vereinbarten Bauzeit u. U. vom Bauträger Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung verlangen (§§ 280, 286 BGB), den Vertrag aus wichtigem Grund kündigen (§ 648a BGB) oder nach Ablauf einer angemessenen Nachfrist vom Vertrag zurücktreten.

>>

>>

Und auch Folgendes sollte der Bauträger beachten: Falls im Vertrag (aus welchen Gründen auch immer) weder ein Fertigstellungstermin noch die Dauer der Bauausführung vereinbart wurde, gelten gemäß § 650k Abs. 3 Satz 2 BGB für den Zeitpunkt der Fertigstellung des Werks oder die Dauer der Bauausführung die in der Baubeschreibung nach § 650j BGB übermittelten Angaben (zum Inhalt einer solchen Baubeschreibung siehe Art. 249 § 2 EGBGB). Diese zeitlichen Angaben lassen sich in vielen Fällen allerdings nicht mehr einhalten, u. a. da zwischen der Erstellung der Baubeschreibung und dem Vertragsschluss einige Zeit verstreichen kann.

MICHAEL BENEDIKT KROLL • kroll@zenk.com



SCHADENSERSATZ DES VERMIETERS WEGEN BESCHÄDIGUNG DER MIETWOHNUNG SOFORT UND OHNE VORHERIGE FRISTSETZUNG MÖGLICH

■ Bei Beendigung des Mietverhältnisses befindet sich die Wohnung des Mieters nicht immer in einem erfreulichen Zustand. Der ausgezogene Mieter ist nicht immer gewillt, einen zur Weitervermietung geeigneten, frisch renovierten Zustand herzustellen. Fristsetzung oder keine Fristsetzung – das war hier die Frage!

Bisher weit verbreitet war die Auffassung, dass der Vermieter immer eine Frist gem. § 281 BGB setzen müsse. Erst nach erfolglosem Ablauf könne Schadensersatz statt der Leistung in Form der Kosten für die Beseitigung der vorhandenen Schäden verlangt werden. Die Schäden seien nicht vertragsgemäß und der Mieter aus § 546 Abs. 1 BGB nicht nur zur Rückgabe, sondern auch zur Rückgabe in ordnungsgemäßem Zustand verpflichtet. Dieser Auffassung wurde jetzt eine Absage erteilt.



Pressemitteilung
des BGH zum Urteil
- VIII ZR 157/17 -
vom 28.02.2018

Der Bundesgerichtshof entschied mit Urteil vom 28. Februar 2018 – VIII ZR 157/17 –, dass der Vermieter wegen Schäden der Mietsache und dem so genannten Schadensersatz neben der Leistung gem. §§ 535, 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB keine Frist zur Beseitigung der Schäden setzen müsse, um vom Mieter Schadensersatz verlangen zu können. Neben den vertraglichen Ansprüchen bestehe ohne Fristsetzung außerdem ein Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB.

Das Erfordernis einer Fristsetzung aus § 281 BGB betreffe jeweils Leistungspflichten, die zumeist auf einer Veränderung der Güterlage des Gläubigers beruhen und bei denen der Schadensersatz das Surrogat für die Leistung bildet. Bei der Verpflichtung des Mieters, die ihm überlassenen Mieträume in einem vertragsgemäßen und normaler Abnutzung entsprechenden Zustand nach Maßgabe von § 538 BGB zu erhalten, schonend und pfleglich zu behandeln und alles zu unterlassen, was zu einer hiervon nicht mehr gedeckten Verschlechterung
>>

>>

führen könne, sei eine nicht leistungsbezogene Nebenpflicht. Deren Verletzung führe allein nach den in § 280 Abs. 1 BGB geregelten Voraussetzungen zu einer Schadensersatzpflicht und § 280 Abs. 1 BGB sehe keine Fristsetzung vor.

Der Vermieter kann also bei Schäden der Mietsache auch ohne vorherige Fristsetzung nach seiner Wahl entweder Beseitigung gemäß § 249 Abs. 1 BGB oder unmittelbar Schadensersatz in Geld nach § 249 Abs. 2 Satz 1 BGB verlangen. Daneben ist auch ein Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 1 BGB wegen Beschädigung des Eigentums gegeben.

Für Mieter und Vermieter kommt damit einer rechtzeitigen Abstimmung über die zu beseitigenden Schäden eine größere Bedeutung zu, um Schadensersatz und Streitigkeiten zu vermeiden, die aufgrund der 6-monatigen Sonderverjährungsfrist aus § 548 BGB regelmäßig vor Gericht auszutragen sein werden.

VICTORIA-LUISE VOLLSTEDT • vollstedt@zenk.com



KEINE NACHZAHLUNG DES MIETERS BEI VERWEIGERTER EINSICHT IN DIE BELEGE DER BETRIEBSKOSTENABRECHNUNG

— Üblicherweise wird in Wohnraummietverträgen vereinbart, dass der Mieter die Betriebskosten trägt und monatliche Vorauszahlungen leistet. Jährlich ist über diese Vorauszahlungen abzurechnen, wobei gerade hohe Nachzahlungen der Mieter häufig zu Unverständnis führen und genauestens überprüft werden.



Pressemitteilung
des BGH zum Urteil
- VIII ZR 189/17 -
vom 07.02.2018

So gelangte die Heizkostenabrechnung für eine Dreizimmerwohnung in einem Mehrfamilienhaus mit einer Nachforderung von mehr als 5.000,00 Euro für die Jahre 2013 und 2014 zum Bundesgerichtshof. Der Bundesgerichtshof hat seine Entscheidung vom 7. Februar 2018 – VIII 189/17 – dazu genutzt, neben prozessualen Grundsätzen auch die Verpflichtungen des Vermieters auf Gewährung einer Belegeinsicht zu vertiefen.

Eine Betriebskostenabrechnung müsse den allgemeinen Anforderungen des § 259 Abs. 1 BGB entsprechen, also eine aus sich heraus verständliche, geordnete Zusammenstellung der zu den konkret umzulegenden Betriebskosten im Abrechnungsjahr getätigten Einnahmen und Ausgaben sein.

Darin erschöpfe sich die Abrechnung jedoch nicht, weil nach § 259 Abs. 1 BGB Belege, soweit sie erteilt zu werden pflegen, vorzulegen sind. Dementsprechend gehöre zu den Verpflichtungen des Vermieters, die Einsichtnahme in die Abrechnungsunterlagen zu ermöglichen, soweit dies zur sachgerechten Überprüfung durch den Mieter erforderlich sei.

Davon sei auch erfasst, dass der Mieter die Einsicht in die vom Vermieter erhobenen Einzelverbrauchsdaten anderer Nutzer eines gemeinsam versorgten Mietobjektes hinsichtlich der Heizkosten beanspruchen könne, um sich Klarheit zu verschaffen, ob Bedenken gegen die Richtigkeit der Kostenverteilung bestehen. Eines zusätzlichen, besonderen Interesses bedürfe es dafür nicht, das allgemeine Kontrollinteresse sei ausreichend.

>>

>>

Verweigert der Vermieter, wie in dem zu entscheidenden Sachverhalt, die Einsicht der Einzelbelege, sei der Nachzahlungssaldo gemäß § 271 Abs. 1 BGB sofort fällig. Der Mieter könne gegenüber einer Nachforderung des Vermieters jedoch ein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 Abs. 1 BGB geltend machen, bis der Vermieter ihm die Überprüfung der Abrechnung und die Einsicht in die Belege ermöglicht hat.

Soweit entsprach die Entscheidung der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes. Bisher ungeklärt war die Frage, ob die verweigerte Belegeinsicht zu einer Verurteilung des Mieters (zur Nachzahlung Zug-um-Zug gegen Belegeinsicht) oder auch zur vollständigen Klageabweisung führt. Der Bundesgerichtshof hat nun geklärt, dass eine Verurteilung zur Nachzahlung des Mieters den Sinn und Zweck der Belegeinsicht konterkarieren würde. Es sei sittenwidrig, wenn der Mieter, der die Abrechnung erst noch prüfen möchte, zur Zahlung des ungeprüften Betrages verurteilt werden könnte. Es sei gerade Sinn und Zweck der Belegeinsicht, die Abrechnung zu überprüfen, damit sich der Mieter gegen eine unberechtigte Inanspruchnahme wirksam wehren könne. Das Zahlungsverlangen des Vermieters stelle sich als eine gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB) verstoßende, unzulässige Rechtsausübung dar, wenn der Vermieter zugleich die Einsicht in die Belege verweigere.

Für beide Parteien ist es daher ratsam, Belege einzusehen und die Belege einsehen zu lassen, um noch möglichst außergerichtlich alle Unklarheiten aus einer Betriebskostenabrechnung zu beseitigen.

VICTORIA-LUISE VOLLSTEDT • vollstedt@zenk.com

NEU AM STANDORT HAMBURG



Olga Ostrovskaja

Wir freuen uns über zweifache Verstärkung im Team Bau- und Immobilienwirtschaftsrecht:

Olga Ostrovskaja ist in Moskau geboren und hat in Bremen, Oldenburg und Le Havre (Frankreich) studiert. Nach Abschluss des Bachelorstudiums "Comparative and European Law" studierte sie Rechtswissenschaften an der Universität Bremen mit dem Schwerpunkt Wirtschaftsrecht. Das Referendariat absolvierte sie beim Hanseatischen Oberlandesgericht in Bremen u.a. mit Station in der Rechtsabteilung eines internationalen Unternehmens für Isoliertechnik. Ihre Beratungsschwerpunkte liegen im Baurecht sowie Architekten- und Ingenieurrecht.

Fremdsprachen: Englisch, Französisch, Russisch, Niederländisch



Birgitta Wehrich

Birgitta Wehrich ist in Hamburg geboren und hat in Hamburg studiert. Neben dem Studium war sie als persönliche Referentin für einen Bürgerschaftsabgeordneten tätig. Nach Stationen in Brüssel und Speyer war sie seit ihrer Zulassung als Rechtsanwältin im Jahr 1992 lange Zeit als Justitiarin einer Hamburger Versicherung und danach viele Jahre als Rechtsanwältin in einer der größten deutschen multidisziplinären Wirtschaftskanzleien im Bereich Commercial, mit Schwerpunkt Vertrags- und Baurecht, tätig. Frau Wehrich hat im Rahmen ihrer Tätigkeit umfangreiche Kenntnisse auf den Gebieten des Versicherungs-, Gesellschafts-, Handelsvertreter- und Vertragshändlerrechts sowie im Bereich Datenschutz und Litigation erworben. Ihre Beratungsschwerpunkte liegen im Immobilienwirtschafts-, Miet- sowie privaten Baurecht.

Fremdsprache: Englisch



Anne Vogel, LL.M.

Frau Anne Vogel hat erfolgreich die Qualifikation zur Fachanwältin erworben. Seit Juli 2018 ist Frau Vogel berechtigt, den Titel "Fachanwältin für Bau- und Architektenrecht" zu führen.

Die Kanzlei ZENK Rechtsanwälte setzt damit weiter auf die Spezialisierung ihrer Rechtsanwälte. Der Schwerpunkt der Tätigkeit von Frau Vogel liegt nach wie vor im privaten Bau- und Architektenrecht.