

# LUTZ | ABEL

RECHT AKTUELL

01/2016

# RECHT AKTUELL 01/2016

Sehr geehrte Leserinnen und Leser,

heute halten Sie die druckfrische Ausgabe der Recht Aktuell 1/2016 in Händen, mit der Sie wie immer über Neues aus Rechtsprechung und Gesetzgebung sowie aus unserer Kanzlei informieren.

LUTZ | ABEL wächst weiter – und so dürfen wir Ihnen wieder einige neue und hochqualifizierte Kollegen vorstellen. Seit Jahresbeginn verstärkt Dr. Alexander Henne M.Jur. (Oxford) als Partner im Gesellschaftsrecht den Standort Stuttgart. Er kommt von einer renommierten Stuttgarter Gesellschaftsrechts-Boutique und war von 2010 bis 2013 bei Hengeler Mueller im Gesellschaftsrecht tätig. Gemeinsam mit Dr. Christoph Lichtenberg verantwortet er den weiteren Aufbau des Stuttgarter Büros. Darüber hinaus wird das Gesellschaftsrechts-Team um Dr. Reinhard Lutz seit April von dem Berufseinsteiger Bernd Fluck unterstützt.

Ebenfalls zu Jahresbeginn hat sich LUTZ | ABEL in den Bereichen Immobilienwirtschaftsrecht und Öffentliches Recht mit zwei Quereinsteigern von KNH Rechtsanwälte verstärkt. Die Münchner Immobilien- und Verwaltungsrechtsspezialisten Dr. Matthias von Oppen und Dr. Michael Bihler haben sich der Kanzlei als Partner angeschlossen. Sie hatten zuletzt den neu gegründeten Münchner Standort von KNH Rechtsanwälte verantwortet. Zuvor waren beide Partner bei Wendler Tremml Rechtsanwälte, Dr. Michael Bihler bereits seit der Gründung und Dr. Matthias von Oppen, der von Gibson Dunn kam, seit dem Jahr 2009.

Wir freuen uns sehr, unseren geschätzten Kollegen Dr. Kilian K. Eßwein wieder in unserem Team begrüßen zu können. Herr Dr. Eßwein ist seit April im Bereich Real Estate tätig und berät weiterhin zu Fragen der Managerhaftung, Corporate Governance und Compliance.

Nun laden wir Sie ein, auf den folgenden Seiten tiefer in ausgewählte Themen der von uns betreuten Rechtsgebiete einzusteigen. Bitte beachten Sie auch die zahlreichen Veranstaltungshinweise. Wir würden uns sehr freuen, Sie und Ihre interessierten Kollegen persönlich zu dem ein oder anderen Termin begrüßen zu dürfen.

Für Fragen stehen wir gerne zur Verfügung.

Beste Grüße

Ihre LUTZ | ABEL Rechtsanwalts GmbH

# VERANSTALTUNGEN

## ARBEITSRECHT

### Arbeitsrecht im Baugewerbe

LUTZ | ABEL Frühstück

Kathrin Fetsch,  
Sebastian Schreiber LL.M.

15.06.2016 in München  
24.06.2016 in Hamburg  
30.06.2016 in Stuttgart

### Mitarbeiterkontrollen - Probleme und Praxis in Datenschutz und Arbeitsrecht

BECK Seminar

Dr. Philipp Byers

7. Oktober 2016 in Köln

Weitere Informationen finden Sie unter [www.beck-seminare.de](http://www.beck-seminare.de)

### Der leitende Angestellte

Seminar – FORUM Institut für Management GmbH

Dr. Paul Melot de Beauregard,  
McDermott Will & Emery,  
Dr. Philipp Byers

25. Oktober 2016 in Frankfurt am Main

## GESELLSCHAFTSRECHT

### Gesellschafterstreit – Typische Konfliktfelder

BECK Seminar

Dr. Reinhard Lutz,  
Dr. Christian Dittert

24. November 2016 in Köln

### Gesellschafterstreit im Prozess

BECK Seminar

Dr. Reinhard Lutz,  
Dr. Christian Dittert

25. November 2016 in Köln

Weitere Informationen finden Sie unter [www.beck-seminare.de](http://www.beck-seminare.de)

## GEWERBLICHER RECHTSSCHUTZ

### Seminar: Aktuelle Entwicklung im Gewerblichen Rechtsschutz

Fortbildung für Juristen, Universität Augsburg

Birgit Maneth LL.M.

17. Juni 2016 in Augsburg

Weitere Informationen finden Sie unter [www.zww.uni-augsburg.de](http://www.zww.uni-augsburg.de)

## IT-RECHT

### IT-Sicherheit für den Mittelstand

LUTZ | ABEL Frühstück

Thomas Elsasser, Bayerisches  
Landesamt für Verfassungsschutz,  
Birgit Maneth LL.M.

22. Juni 2016 in München

## VENTURE CAPITAL/M&A

### Der erfolgreiche Exit - Rechtliche Aspekte der Vertragsgestaltung

LUTZ | ABEL Frühstück

Dr. Bernhard Noreisch LL.M.,  
Björn Weidehaas

9. Juni 2016 in Stuttgart

### Grundlagenseminar: How to be a Business Angel

BAND Akademie

14. Juni 2016 in Hamburg

### [Zwischen-]Finanzierungen über Wandeldarlehen

BAND Akademie

15. September 2016 in Stuttgart

Weitere Informationen finden Sie unter [www.business-angels.de](http://www.business-angels.de)

## VERGABERECHT

### 4. Vergabetag Bayern

ABZ Auftragsberatungszentrum Bayern e.V.

Dr. Mathias Mantler u.a.

6. Juli 2016 in München

Podiumsdiskussion im Rahmen der Veranstaltung:  
Wie gehen Anwender des neuen Vergaberechts mit Rechtsunsicherheiten um?

Weitere Informationen finden Sie unter [www.abz-bayern.de](http://www.abz-bayern.de)

## KONTAKT

Für Fragen zu den Veranstaltungen und zur Anmeldung stehen Ihnen die Referenten sowie Mareike Müller (Telefon: +49 89 544147-0, E-Mail: [mueller@lutzabel.com](mailto:mueller@lutzabel.com)) gerne zur Verfügung.

Weitere Informationen finden Sie darüber hinaus auf unserer Internetseite unter [www.lutzabel.com/aktuelles/veranstaltungen](http://www.lutzabel.com/aktuelles/veranstaltungen).

# INHALTSVERZEICHNIS

<b>Arbeitsrecht</b>		
7	Der Selbstverleih von Geschäftsführern	Manuela Kerscher
9	Abmahnung eines Betriebsratsmitglieds – Zulässigkeit und Rechtsschutz	Dr. Susanne Rücker
<b>Gesellschaftsrecht</b>		
12	Beschlussmängelkategorien, Satzungsänderungen von Zustimmungsvorbehalten und Fristbeginn im Beschlussmängelrecht der GmbH	Bernd Fluck
<b>IT-Recht</b>		
15	Neue Regeln zum transatlantischen Datenaustausch	Birgit Maneth LL.M., Eva Gofferjé
<b>Privates Bau- und Architektenrecht</b>		
19	Ausschluss der AGB-Kontrolle bei Verhandlungsbereitschaft?	Katharina Bold
21	VOB/B: Ausschluss des Preisanpassungsverlangens nach § 2 Abs. 3 VOB/B nur eingeschränkt möglich	Dr. Michael T. Stoll
23	Zur Rechtslage von allgemeinen bauaufsichtlichen Zulassungen für Bauprodukte im Geltungsbereich harmonisierter Vorschriften	Dr. Carolin Klein
<b>Mietrecht</b>		
25	Einhaltung der Schriftform bei Änderungen der Miete	Nikolaus Thielen
<b>Öffentliches Recht</b>		
27	Zweckverband für interkommunales Gewerbegebiet	Dr. Christian Braun
29	Abstandsflächenrecht und behördliches Prüfprogramm im vereinfachten Baugenehmigungsverfahren	Sebastian Vorwalter
<b>Vergaberecht</b>		
32	OLG Düsseldorf ändert Rechtsprechung zur Bestimmtheit und Transparenz von Bewertungsmaßstäben: Schulnoten allein reichen nicht (mehr) aus!	Christoph Richter
34	Merkblätter ersetzen keine Rechtsprüfung – Kanalreinigung ist keine Bauleistung	Dr. Christian Kokew

# ARBEITSRECHT

## Der Selbstverleih von Geschäftsführern

RAin Manuela Kerscher | kerscher@lutzabel.com

### 1. Aktuelles

Das Thema „Leiharbeit“ bzw. „Arbeitnehmerüberlassung“ befindet sich seit Jahren regelmäßig und aus den verschiedensten Gründen im Mittelpunkt der öffentlichen Diskussion. Derzeit liegt dies vor allem daran, dass aufgrund des Referentenentwurfs des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales („BMAS“) zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes („AÜG“) und weiterer Gesetze erneut eine Debatte zum Thema Leiharbeit entbrannt ist. Nach den arbeitsrechtlichen Reformpaketen beispielsweise zum Mindestlohn oder zur Tarifeinheit stellte das BMAS am 16.11.2015 seinen Diskussionsentwurf zur Neuordnung des Themas „Leiharbeit“ vor.

Der Referentenentwurf des BMAS zur AÜG-Reform ist in der Wirtschaft und bei Arbeitgeberverbänden auf heftige Kritik gestoßen, da die enthaltenen Regulierungen – wie die Festlegung einer Überlassungshöchstdauer – zu weitreichend seien. Das BMAS hat daraufhin am 17.02.2016 einen neuen, überarbeiteten Entwurf vorgelegt.

Der Referentenentwurf sieht unter anderem eine arbeitnehmerbezogene Überlassungshöchstdauer von 18 Monaten vor. Während im ersten Entwurf vom 16.11.2015 nur die Möglichkeit für tarifgebundene Unternehmen enthalten war, von dieser Überlassungshöchstdauer durch Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung abzuweichen, soll diese Ausnahme nun – mit Einschränkungen – auch nicht tarifgebundenen Unternehmen offen stehen. Leiharbeitnehmer sollen künftig nach neun Monaten mit der Belegschaft des Entleihers gleich gestellt werden, insbesondere was das Arbeitsentgelt betrifft (sog. „Equal Pay“). Abweichungen sollen nur noch äußerst eingeschränkt möglich sein. Der neue Entwurf enthält zudem eine Erleichterung für die praktische Umsetzung des sog. „Equal-Pay-Grundsatzes“.

Wie die geplante AÜG-Reform im Ergebnis aussehen wird, ist derzeit noch unklar. Unternehmen sollten daher die weiteren Entwicklungen beobachten. Mit einem Inkrafttreten dieses Reformpakets ist frühestens 2017 zu rechnen. Aus diesem Grund lohnt es sich für Arbeitgeber, zunächst die aktuelle Gesetzeslage sowie die aktuelle Rechtsprechung zum AÜG weiter im Blick zu behalten.

### 2. Die Entscheidung

Das Landesarbeitsgericht (LAG) Schleswig-Holstein hatte kürzlich einen nach seiner Ansicht im Ergebnis „missglückten“ Versuch, den Einsatz von Fremdpersonal auszugestalten, ohne eine dauerhafte arbeitsrechtliche Bindung eingehen zu müssen, zu beurteilen.

#### a) Zum Hintergrund

Eine Arbeitnehmerüberlassung i.S.d. § 1 AÜG liegt vor, wenn ein Arbeitgeber (Verleiher) einem Dritten (Entleiher) aufgrund einer zumindest konkludent getroffenen Vereinbarung (Arbeitnehmerüberlassungsvertrag) vorübergehend geeignete, bei ihm angestellte Arbeitskräfte (Leiharbeitnehmer) zur Verfügung stellt. Die Arbeitnehmerüberlassung zeichnet sich somit durch das Dreiecksverhältnis „Verleiher – Leiharbeitnehmer – Entleiher“ aus. Es besteht im Gegensatz zum herkömmlichen Arbeitsvertrag zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Besonderheit, dass der Leiharbeitnehmer in den Betrieb des Entleihers eingegliedert wird und somit für den Entleiher und nicht allein für seinen Arbeitgeber – den Verleiher – tätig wird. Besitzt der Verleiher jedoch nicht die erforderliche Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis, sind sowohl der Arbeitnehmerüberlassungsvertrag als auch der Arbeitsvertrag zwischen Verleiher und Leiharbeitnehmer unwirksam. Als Folge dieser Unwirksamkeit gilt ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Entleiher und dem Leiharbeitnehmer als zustande gekommen. Diese gesetzliche Fiktion eines Arbeitsverhältnisses zwischen Leiharbeitnehmer

mer und Entleiher hat in der Vergangenheit zu unerwünschten Ergebnissen bei den entleihenden Unternehmen geführt:

Viele Unternehmen haben ein Interesse daran, externe Mitarbeiter neben den eigenen Beschäftigten einzusetzen. Mit dem Einsatz externer Mitarbeiter mag u.a. die Erwartung einhergehen, dass Personalkosten gesenkt, der Personaleinsatz flexibler gestaltet, Spezialisierungsvorteile genutzt oder dauerhafte arbeitsrechtliche Bindungen vermieden werden können. Diese Erwartungen erwiesen sich jedoch nicht selten als trügerisch. Vor dem Hintergrund, dass Leiharbeiter nach dem AÜG beispielsweise aufgrund des „Equal-Pay-Grundsatzes“ in Bezug auf Arbeitszeit, Arbeitsentgelt, Urlaub etc. den Arbeitnehmern des Entleihers gleichzustellen sind, rückte der Fremdpersonaleinsatz auf Basis von Werk- oder Dienstverträgen mehr in den Vordergrund. Die Vergabe von Werk- oder Dienstverträgen unterfällt grundsätzlich nicht dem Anwendungsbereich des AÜG. Handelt es sich aber trotz des Abschlusses eines Werk- oder Dienstvertrages aufgrund der tatsächlichen Durchführung um eine Arbeitnehmerüberlassung, treten nach der Rechtsprechung auch in diesen Fällen die Rechtsfolgen einer erlaubten bzw. unerlaubten Arbeitnehmerüberlassung ein.

#### b) Sachverhalt

Der Entscheidung des LAG Schleswig-Holstein vom 01.12.2015 (Az.: 1 Sa 439 b/14) lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Der Kläger war seit den 1990er Jahren als freier Kameraassistent und Kameramann für verschiedene Auftraggeber tätig, u.a. für die beklagte Rundfunkanstalt des öffentlichen Rechts. Bei der Rundfunkanstalt erfolgte eine Beschäftigung eines jeden freien Mitarbeiters nach internen Vorgaben nur für maximal 60 Tage pro Jahr. Aus diesem Grund wies der Produktionschef der Beklagten den Kläger darauf hin, dass eine umfangreichere Beschäftigung des Klägers möglich sei, wenn er über einen Verleiher, der über eine Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis verfügt, ausgeliehen werden könne. Der Kläger gründete daraufhin eine GmbH, deren alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer er war, erwarb in dieser Eigenschaft eine Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis und verlieh in den folgenden Jahren sich und in geringem Umfang zwei bis drei weitere Mitarbeiter an die beklagte Rundfunkanstalt. Der Kläger war in der Folge nahezu ausschließlich für die Beklagte tätig und dabei überwiegend mit Dreharbeiten für zwei regi-

onale Nachrichtensendungen der Rundfunkanstalt beschäftigt. Im Jahr 2014 machte der Kläger die Unwirksamkeit der durchgeführten Arbeitnehmerüberlassung geltend und begehrte die Feststellung, dass zwischen ihm und der Beklagten ein Vollzeitbeschäftigungsverhältnis bestehe.

#### c) Begründung

Im Gegensatz zum Arbeitsgericht Kiel gab das LAG der Klage statt und stellte fest, dass zwischen den Parteien ein Arbeitsverhältnis zustande gekommen ist.

Dem Arbeitsverhältnis zwischen Kläger und der Rundfunkanstalt stehe dabei nicht entgegen, dass der Kläger offiziell im Wege der Arbeitnehmerüberlassung bei der Rundfunkanstalt eingesetzt war und somit nach den Regelungen des AÜG Arbeitnehmer der eigens gegründeten Arbeitnehmerüberlassungsgesellschaft und gerade nicht der Rundfunkanstalt gewesen sei. Die Arbeitnehmerüberlassung setzt ihrer Natur nach ein dreiseitiges Rechtsverhältnis voraus. Nach dem AÜG müsse daher die zur Arbeitsleistung überlassene Person Arbeitnehmer des Verleihers sein. Der Kläger war demgegenüber aber Geschäftsführer seines Verleihunternehmens und konnte nach Ansicht des LAG somit nicht als Arbeitnehmer an die Rundfunkanstalt überlassen werden. Nach gefestigter Rechtsprechung ist der Gesellschafter-Geschäftsführer nicht als Arbeitnehmer anzusehen. Ein Selbstverleih eines Geschäftsführers kann demnach schon begrifflich keine Arbeitnehmerüberlassung darstellen.

Anhand der allgemeinen Kriterien für die Abgrenzung einer selbstständigen Tätigkeit von der Arbeitnehmereigenschaft kommt das LAG zu dem Ergebnis, dass zwischen den Parteien ein Arbeitsverhältnis besteht. Maßgeblich für diese Entscheidung waren u.a. die Art der geschuldeten Arbeit (die wenig Raum für eigene, programmgestaltende Tätigkeit ließ und weisungsgebunden ausgeübt wurde), der Umfang und die Dauerhaftigkeit der Einsätze des Klägers für die Beklagte oder die tatsächliche Einbindung des Klägers in die Arbeitsorganisation der Beklagten.

Nach Ansicht des LAG handelte der Kläger zudem nicht treuwidrig, indem er sich auf die Unwirksamkeit seiner eigenen Überlassung berief. Die Vertragsgestaltung sei eigens darauf ausgelegt gewesen, die arbeitsrechtlichen Schutzvorschriften zu Lasten des Klägers zu umgehen. Der Kläger wollte nach der Einschätzung des LAG über den Weg seiner eigenen Verleihfirma durch vermehrte Einsätze bei der Beklag-

ten seinen Lebensunterhalt bestreiten. Weiter sei den Mitarbeitern der Beklagten bekannt gewesen, dass der Kläger selbst Geschäftsführer des verleihenden Unternehmens war.

#### d) Fazit

Der Geschäftsführer einer Gesellschaft kann sich im Wege der Arbeitnehmerüberlassung nicht wirksam selbst verleihen, da der Anwendungsbereich des AÜG mangels des eine Arbeitnehmerüberlassung kennzeichnenden Dreiecksverhältnisses nicht eröffnet ist.

Das LAG hat die Revision zum Bundesarbeitsgericht wegen grundsätzlicher Bedeutung zugelassen. Es bleibt demzufolge abzuwarten, ob das BAG den vorliegenden Sachverhalt ebenso beurteilt.

Letztendlich ermahnt aber auch diese Entscheidung, den Einsatz von Fremdpersonal und dessen vertragliche Grundlagen regelmäßig einer sorgfältigen Über-

prüfung zu unterziehen. Die Regelung des Einsatzes von Fremdpersonal ist aufgrund vieler schwieriger Abgrenzungsfragen anspruchsvoll. Eine fehlerhafte Einordnung und Durchführung des Fremdpersonaleinsatzes kann für das betroffene Unternehmen mit einer Reihe von arbeits-, sozialversicherungs- und strafrechtlichen Risiken verbunden sein und zu nachteiligen Rechtsfolgen führen.



**Manuela Kerscher**

\_Rechtsanwältin

kerscher@lutzabel.com

## Abmahnung eines Betriebsratsmitglieds – Zulässigkeit und Rechtsschutz

RAin Dr. Susanne Rücker | ruecker@lutzabel.com

### 1. Ausgangslage

Arbeitnehmer können in entsprechender Anwendung von §§ 242, 1004 Abs. 1 S. 1 BGB die Entfernung einer zu Unrecht erteilten Abmahnung aus ihrer Personalakte verlangen. Der Anspruch besteht, wenn die Abmahnung entweder inhaltlich unbestimmt ist, unrichtige Tatsachenbehauptungen enthält, auf einer unzutreffenden rechtlichen Bewertung des Verhaltens des Arbeitnehmers beruht oder den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verletzt, und auch dann, wenn selbst bei einer zu Recht erteilten Abmahnung kein schutzwürdiges Interesse des Arbeitgebers besteht. Dies gilt grundsätzlich auch für Betriebsratsmitglieder. Was gilt jedoch, wenn das gerügte Fehlverhalten nur eine Amtspflichtverletzung war? Das Bundesarbeitsgericht (BAG) geht in seiner Entscheidung vom 09.09.2015 (Az.: 7 ABR 69/13) auf einige in diesem Zu-

sammenhang bestehende Problempunkte wie Zulässigkeit einer solchen Abmahnung, Rechtsschutz im Beschluss- oder Urteilsverfahren, Antragsbefugnis des Betriebsrats als Gremium und Zulässigkeit eines Feststellungsantrags ein.

### 2. Entscheidung

Die beteiligte Arbeitgeberin erteilte dem Vorsitzenden ihres Betriebsrats eine Abmahnung, weil er eine Betriebsvereinbarung über den Einsatz von Leiharbeitnehmern in einer E-Mail an alle Arbeitnehmer des Konzerns versandt hatte. Die Abmahnung war überschrieben mit „Abmahnung als Betriebsrat“ und wurde zur Personalakte genommen. Der Versand dieser E-Mail an alle Mitarbeiter des Konzerns wurde darin als Verstoß gegen die vertrauensvolle Zusammenarbeit gewertet und ein Ausschlussverfahren als Betriebsratsmitglied angedroht sowie zugleich eine

Kündigung des Arbeitsverhältnisses im Wiederholungsfalle in Aussicht gestellt. Sowohl der Betriebsratsvorsitzende als auch der Betriebsrat als Gremium leiteten ein Beschlussverfahren beim Arbeitsgericht gegen die Abmahnung ein. Der Betriebsrat stellte einen Feststellungs- und Abmahnungsentfernungsantrag, der Betriebsratsvorsitzende lediglich einen Abmahnungsentfernungsantrag. Sie brachten gegen die Abmahnung vor, dass sie dadurch in unzulässiger Weise im Sinne von § 78 Abs. 1 BetrVG in ihrer Arbeit behindert werden. Weiterhin stellten sie darauf ab, dass eine betriebsverfassungsrechtliche Abmahnung grundsätzlich nicht zulässig sei. Ein Verstoß gegen betriebsverfassungsrechtliche Pflichten sei nicht zugleich eine Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten, weshalb allein die Kündigungsandrohung in der Abmahnung zu deren Unwirksamkeit führe.

Das BAG hat im Rahmen der Rechtsbeschwerde die stattgebende Entscheidung der Vorinstanzen im Hinblick auf den Betriebsrat aufgehoben und die Anträge des Betriebsrats als Gremium als unzulässig bzw. unbegründet abgewiesen. Dem Abmahnungsentfernungsantrag des Betriebsratsvorsitzenden hat es hingegen stattgegeben und die Rechtsbeschwerde der Arbeitgeberin demgemäß als unbegründet angesehen.

Den Feststellungsantrag des Betriebsrats sah das BAG bereits als unzulässig an. Die Feststellung, dass die Abmahnung unwirksam sei, betrifft nach Ansicht des BAG kein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis. Der Betriebsrat strebe der Sache nach mit dem Antrag nur die rechtliche Begutachtung einer Vorfrage für einen Anspruch auf Entfernung der Abmahnung an. Der zugleich gestellte Abmahnungsentfernungsantrag des Betriebsrats ist unbegründet, da es keinen Anspruch des Betriebsrats auf Entfernung der Abmahnung aus der Personalakte eines seiner Mitglieder aus § 78 S. 1 BetrVG gebe. Hierbei handelt es sich lediglich um ein höchstpersönliches Recht des betroffenen Betriebsratsmitglieds, das einem dritten Gremium nicht zusteht. Der Betriebsrat hat kein kollektiv begründetes Recht, hinter dem die Individualrechte des Betriebsratsmitglieds zurückzutreten hätten.

Zum Abmahnungsentfernungsantrag des Betriebsratsvorsitzenden stellte das BAG zunächst fest, dass dieser in zulässiger Weise im Rahmen des vorliegenden Beschlussverfahrens geltend gemacht wurde. Dem steht nicht entgegen, dass neben der kollektivrechtlichen Rechtsposition als Betriebsratsvorsit-

zender auch seine individualrechtliche Rechtsposition als Arbeitnehmer von der Abmahnung betroffen ist. Nach § 48 Abs. 1 ArbGG, § 17 Abs. 2 S. 1 GVG entscheidet das Gericht des zulässigen Rechtswegs den Rechtsstreit unter allen in Betracht kommenden rechtlichen Gesichtspunkten, kann also im Rahmen des Beschlussverfahrens auch individualrechtliche Rechtspositionen prüfen, soweit es sich um einen prozessualen Anspruch handelt. Hiervon ging das BAG aus, da aus seiner Sicht als Anspruchsgrundlage sowohl kollektiv- als auch individualrechtliche Regelungen in Frage kommen, also lediglich Anspruchskonkurrenz, nicht aber eine Mehrheit von Streitgegenständen vorliege. Für die Antragsbefugnis nach § 81 Abs. 1 ArbGG reichte es dem BAG aus, dass sich der Betriebsratsvorsitzende auf § 78 S. 1 BetrVG beruft und dies nicht von vornherein ausgeschlossen erscheint.

Das BAG sah den Entfernungsantrag im Weiteren auch in entsprechender Anwendung von §§ 242, 1004 Abs. 1 S. 1 BGB als begründet an. Der Anspruch auf Entfernung der Abmahnung aus der Personalakte besteht dann, wenn die Abmahnung entweder inhaltlich unbestimmt ist, unrichtige Tatsachenbehauptungen enthält, auf einer unzutreffenden rechtlichen Bewertung des Verhaltens des Arbeitnehmers beruht oder den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verletzt, und auch dann, wenn selbst bei einer zu Recht erteilten Abmahnung kein schutzwürdiges Interesse des Arbeitgebers mehr an deren Verbleib in der Personalakte besteht. Das BAG hat dahinstehen lassen, ob der Betriebsratsvorsitzende durch das Versenden der E-Mail gegen betriebsverfassungsrechtliche Pflichten verstoßen hat. Ein Entfernungsanspruch bestehe bereits deswegen, weil die Arbeitgeberin den Vorwurf einer Amtspflichtverletzung mit der Androhung einer Kündigung des Arbeitsverhältnisses sanktioniert habe. Da mit der Abmahnung eine Verletzung einer arbeitsvertraglichen Pflicht nicht gerügt wurde, liegt in der Kündigungsandrohung eine unzutreffende rechtliche Bewertung des Verhaltens des Betriebsratsvorsitzenden durch die Arbeitgeberin. Bei einer reinen Verletzung betriebsverfassungsrechtlicher Amtspflichten sind vertragsrechtliche Sanktionen (wie der Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung oder einer individualrechtlichen Abmahnung, mit der kündigungrechtliche Konsequenzen in Aussicht gestellt werden) ausgeschlossen. Die Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten, die ggf. eine Kündigungsandrohung rechtfertigen würde, wurde im Rahmen der Abmahnung nicht gerügt.

### 3. Fazit

Mit dieser Entscheidung des BAG wurden nochmals mehrere Problempunkte im Bereich der Abmahnung eines Betriebsratsmitglieds geklärt. Zum einen wurde bekräftigt, dass eine Abmahnung nur zulässig ist, wenn zumindest zugleich eine arbeitsvertragliche Pflichtverletzung vorliegt. Eine rein betriebsverfassungsrechtliche Amtspflichtverletzung reicht nicht aus und kann nicht mit einer Abmahnung sanktioniert werden. Die Verknüpfung einer betriebsverfassungsrechtlichen Amtspflichtverletzung mit einer Kündigungsandrohung in der Abmahnung ist nicht zulässig. Ferner wurde vom BAG klargestellt, dass der Betriebsrat als Gremium keinen Rechtsanspruch auf Entfernung der Abmahnung aus der Personalakte eines Mitglieds hat. Nur das Betriebsratsmitglied selbst hat als ein höchstpersönliches Recht einen Entfernungsanspruch nach §§ 242, 1004 Abs. 1 S. 1 BGB. Das Betriebsratsmitglied kann aber diesen Anspruch auf Entfernung sowohl im Urteilsverfahren

als auch im Rahmen eines Beschlussverfahrens, bei dem der Grundsatz der Amtsermittlung gilt und auch keine Kostenentscheidung ergeht, geltend machen, was dem Arbeitnehmer ohne Betriebsratsamt verwehrt ist. Letzterer muss seinen individualrechtlichen Entfernungsanspruch immer im Rahmen eines Urteilsverfahrens einklagen. Diese Wahlmöglichkeit ist neu und in der Literatur nicht unumstritten. Sie ist aber aufgrund dieser BAG-Entscheidung in der Welt.



**Dr. Susanne Rücker**

\_Rechtsanwältin, Partnerin

ruecker@lutzabel.com

# GESELLSCHAFTSRECHT

## Beschlussmängelkategorien, Satzungsänderungen von Zustimmungsvorbehalten und Fristbeginn im Beschlussmängelrecht der GmbH

RA Bernd Fluck | fluck@lutzabel.com

### 1. Einführung

Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung finden auf fehlerhafte Beschlüsse der Gesellschafterversammlungen einer GmbH die aktienrechtlichen Beschlussmängelvorschriften (§§ 241 ff. AktG) im Wege einer Analogie weitgehend Anwendung (vgl. nur BGH, Urteil vom 11.02.2008, Az.: II ZR 187/06). Im Einklang dazu wird die im Aktienrecht gesetzlich vorgenommene Differenzierung der Beschlussmängelfolgen, namentlich in Form der Nichtigkeit (vgl. § 241 AktG) und der Anfechtbarkeit (vgl. § 243 AktG), in das GmbH-Recht übertragen. Jenseits der Nichtigkeit und der Anfechtbarkeit wird eine dritte Kategorie von Beschlüssen relevant: diejenige des (schwebend) unwirksamen Beschlusses. Darunter fallen Beschlüsse, denen (noch) ein bestimmtes Wirksamkeitserfordernis fehlt, bis sie ihre volle Wirkung entfalten.

Im Aktienrecht müssen anfechtbare Beschlüsse der Hauptversammlung binnen eines Monats gerichtlich angefochten werden (§ 246 Abs. 1 AktG), andernfalls wird der Beschluss bestandskräftig. Die Frist beginnt mit der Beschlussfassung. Auf den ersten Blick weniger streng im Vergleich zum aktienrechtlichen Beschlussmängelrecht ist die GmbH-rechtliche Rechtsprechung hinsichtlich der prozessualen Anfechtungsfrist. Die in § 246 Abs. 1 AktG festgelegte strenge Monatsfrist ist nach höchstrichterlicher Rechtsprechung nicht direkt in das GmbH-Recht zu übertragen. Indessen spricht der BGH dieser Frist für die Geltendmachung von Beschlussmängeln einer GmbH gleichwohl eine „Leitbildfunktion“ zu, welche praktisch nur in Ausnahmefällen überschritten werden darf.

In einem jüngeren Urteil vom 21.12.2015 (Az.: 8 U 67/15) hatte das OLG Hamm nunmehr die Gelegenheit, zu den beiden oben angesprochenen Problemkrei-

sen Stellung zu nehmen. Namentlich ging es in der Entscheidung unter anderem um die Anforderungen an eine Änderung von Satzungsbestimmungen einer GmbH, welche Zustimmungsvorbehalte zugunsten der Gesellschafter zu bestimmten Maßnahmen der Geschäftsführung aufstellten. Zudem befasste sich das Gericht mit der Frage des Fristbeginns bezüglich der Anfechtung mangelhafter Gesellschafterbeschlüsse.

### 2. Sachverhalt

Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zu Grunde: Die Klägerin war gemeinsam mit den Herren H und L Gesellschafterin der beklagten GmbH, wobei die beiden letztgenannten Herren zugleich Geschäftsführer der Beklagten waren. Die Beklagte hielt am 30.12.2013 eine Gesellschafterversammlung ab. Die Klägerin erschien zu dieser Gesellschafterversammlung nicht, sie hatte indes im Vorfeld Herrn H und vorsorglich zudem Herrn L eine Stimmrechtsvollmacht zusammen mit der Weisung erteilt, hinsichtlich sämtlicher Beschlussanträge mit Nein zu stimmen. Die Herren H und L fassten auf der Gesellschafterversammlung drei Beschlüsse, wovon zwei hier von Interesse sind, namentlich ein Beschluss, der § 5d der Satzung der Beklagten ändern sollte, sowie ein weiterer Beschluss, der auf Genehmigung der durch die Geschäftsführer abgeschlossenen Arbeitsverträge gerichtet war. Die gefassten Beschlüsse waren im Vorfeld der Versammlung inhaltsgleich im Wege der Ladung mitgeteilt worden.

§ 5d der Satzung der Beklagten enthielt die folgende Regelung:

„Im Innenverhältnis wird vereinbart, daß die Geschäftsführer in jedem Fall zum Abschluß der

nachfolgend bezeichneten Rechtsgeschäfte die vorherige Zustimmung aller Gesellschafter einzuholen haben:

...

bb) Abschluß und Kündigung von Anstellungsverträgen mit einem Jahresbruttogehalt von mehr als 30.000,- DM.“

Die Klägerin erhob gegen diese Beschlüsse Klage und begehrte die Feststellung deren Nichtigkeit. Die Klage ging am 04.03.2014 bei Gericht ein. Bis zuletzt blieb zwischen den Parteien umstritten, ob der Klägerin das Versammlungsprotokoll am 09.02.2014 oder am 31.01.2014 zugegangen war. Die Klägerin rügte vor allem, dass die Beschlüsse – entgegen der Satzung – nicht mit den Stimmen aller Gesellschafter gefasst worden seien.

### 3. Entscheidung

Das Gericht erachtete die Klage hinsichtlich des Beschlusses zur Änderung des § 5d der Satzung für begründet.

Für die Satzungsänderung bedürfe es grundsätzlich einer Mehrheit von  $\frac{3}{4}$  der abgegebenen Stimmen (vgl. § 53 Abs. 2 S. 1 Hs. 2 GmbHG). Vorliegend sei hingegen im Hinblick auf die konkrete Satzungsregelung in § 5d die Zustimmung aller Gesellschafter für die Satzungsänderung erforderlich. Denn wenn eine Satzungsregelung besondere Zustimmungserfordernisse bezüglich der Gesellschafter aufstelle, könne diese Satzungsregelung nur unter Wahrung dieser Zustimmungserfordernisse geändert werden. Eine solche Satzungsregelung gewähre ein individuelles Sonderrecht für jeden Gesellschafter, welches nicht durch Mehrheitsentscheidung beseitigt werden könne. Diese Anforderung sei indessen nicht als Erfordernis einer einstimmigen Beschlussfassung zu verstehen. Vielmehr könnten die zur Versammlung nicht erschienenen Gesellschafter der Beschlussfassung auch vorher oder nachträglich zustimmen. Die Klägerin habe bereits im Vorfeld der Versammlung kundgetan, dass sie mit der Satzungsänderung nicht einverstanden sei. Damit sei der Beschluss unwirksam. Ferner habe die Klägerin die Unwirksamkeit in der gebotenen Weise, namentlich in Form der allgemeinen Feststellungsklage, geltend gemacht. Damit könne dahinstehen, ob die Klage fristgerecht erhoben worden sei. Wie die Nichtigkeitsklage sei die „Unwirksamkeitsfeststellungsklage“ nicht fristgebunden, was daraus folge, dass unwirksame Beschlüsse, wie nichtige Beschlüsse, grundsätzlich keine Rechtswirkungen entfalteten.

Im Hinblick auf den Beschluss, der auf die Genehmigung der durch die Geschäftsführer abgeschlossenen Arbeitsverträge abzielte, wies das Gericht die Klage als unbegründet ab. Zum einen sei schon kein Anfechtungsgrund erkennbar, da die Klägerin nicht dargelegt habe, dass die in Frage stehenden Arbeitsverträge dem Anwendungsbereich des § 5d der Satzung der Beklagten unterfielen. Zudem habe die Klägerin nicht die Anfechtungsfrist gewahrt. Dabei sei umstritten, auf welchen Zeitpunkt für den Beginn der Anfechtungsfrist abzustellen sei. Diesbezüglich werde zum Teil angenommen, dass die Frist mit der Beschlussfassung beginne, wobei eine spätere Kenntnisnahmemöglichkeit des jeweiligen Gesellschafters zu berücksichtigen sei. Teilweise werde wiederum darauf abgestellt, ob der Gesellschafter Kenntnis von der Beschlussfassung gehabt habe, wofür es allerdings ausreiche, dass der Gesellschafter Kenntnis von der Tagesordnung gehabt habe und der Beschluss in der Tagesordnung enthalten gewesen sei. Dann treffe den Gesellschafter eine Erkundigungspflicht hinsichtlich des konkret gefassten Beschlusses.

Das OLG ließ im vorliegenden Fall offen, welcher Meinung zu folgen war, da die Anfechtungsfrist zur Zeit der Klageerhebung Anfang März 2014 nach beiden Ansichten abgelaufen gewesen sei. Die Frist habe nach der ersten Ansicht bereits am 30.12.2013 mit der Beschlussfassung bzw. nach der zweiten Ansicht spätestens Mitte Januar 2014, nach Ablauf einer Erkundigungsfrist von ca. zwei Wochen zu laufen begonnen. Dabei hielt das Gericht es für unerheblich, ob der Klägerin bis zu diesem Zeitpunkt das Versammlungsprotokoll zugesandt worden wäre, wenn sie sich früher bei der Gesellschaft danach erkundigt hätte. Zwar werde es häufig für den Beginn der Anfechtungsfrist erforderlich sein, dass dem Gesellschafter ein Versammlungsprotokoll zugesandt werde, indessen seien im konkreten Fall nur wenige Beschlüsse gefasst worden, die den in der Tagesordnung aufgeführten entsprochen hätten. Daher sei ein Übersenden des Versammlungsprotokolls nicht erforderlich gewesen.

### 4. Stellungnahme und Praxishinweis

Die Entscheidung verdient im ersten – hier besprochenen – Punkt jedenfalls im Ergebnis Zustimmung. Zweifelhaft ist allenfalls in Teilen die Begründung des OLG Hamm, wonach das Zustimmungsrecht aller Gesellschafter ein individuelles Sonderrecht der Gesellschafter darstelle. Eine gesetzliche Regelung



für ein solches Sonderrecht findet sich in § 35 BGB, der auch für die GmbH gilt. Darin ist die Rede von Sonderrechten „eines Mitglieds“. Vorliegend geht es hingegen um Zustimmungsrechte aller Gesellschafter. Vor diesem Hintergrund hat das OLG Hamm hingegen zutreffend erkannt, dass für die Änderung von Satzungsbestimmungen, welche einen Zustimmungsvorbehalt aller Gesellschafter für bestimmte Geschäfte der Geschäftsführer aufstellen, ebenfalls die Zustimmung aller Gesellschafter vorliegen muss. Andernfalls könnten die Zustimmungsvorbehalte zu leicht ausgehöhlt werden und verlieren ihre Schutzfunktion. Bei diesem Zustimmungselement handelt es sich nicht um ein bestimmtes Mehrheitserfordernis hinsichtlich der Beschlussfassung, sondern um eine Anforderung an den Beschluss, die außerhalb der Beschlussfassung selbst liegt. Ist der satzungserändernde Beschluss mit der erforderlichen Mehrheit zustande gekommen, aber fehlt es an einer erforderlichen Zustimmung der Gesellschafter, ist dies nicht ein Mangel, der während der Beschlussfassung zur Satzungsänderung auftritt. Damit führt die fehlende Zustimmung nicht zur Anfechtbarkeit oder Nichtigkeit des Beschlusses sondern zu dessen (schwebender) Unwirksamkeit. Um einen solchen Beschluss zu beseitigen, ist nicht eine fristgebundene Anfechtungsklage, sondern eine fristungebundene allgemeine Feststellungsklage zu erheben.

Die Ausführungen des Gerichts zur Frage des Fristbeginns für die Anfechtungsklage im Beschlussmängelrecht der GmbH sind demgegenüber nicht gänzlich zielführend. In diesem Zusammenhang stellte das Gericht zwei Meinungen dar. Nach der ersten Ansicht soll auf den Zeitpunkt der Beschlussfassung abgestellt werden, wobei die spätere Möglichkeit des Gesellschafters, von den Beschlüssen Kenntnis zu erlangen, Berücksichtigung finden soll. Das OLG Hamm hat hierbei für den Fristbeginn direkt auf den Zeitpunkt der Beschlussfassung abgestellt. Das überzeugt nicht. Es kann bei Abwesenheit des Gesellschafters von der Versammlung nicht ohne weiteres

davon ausgegangen werden, dass er am Versammlungstag von der Beschlussfassung Kenntnis erhält oder er sich nach den Beschlüssen erkundigen kann. Daher wäre auch nach dieser Ansicht auf den Zeitpunkt abzustellen gewesen, zu welchem das Mitglied billigerweise von den Beschlüssen Kenntnis erlangen konnte (Zeitpunkt der Kenntnisnahmemöglichkeit). Offen bleibt dann die Frage, ob sich der Gesellschafter bei der Gesellschaft nach den auf der Versammlung gefassten Beschlüssen erkundigen muss, oder ob er das Zusenden des Protokolls abwarten darf. Im Hinblick auf die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht wird jedenfalls in kleiner strukturierten Gesellschaften und dann, wenn keine umfangreiche Beschlussfassung zu erwarten war, von den bei der Versammlung fehlenden Gesellschaftern zu verlangen sein, dass sie sich zeitnah nach der Versammlung bei der Gesellschaft nach den auf der Versammlung gefassten Beschlüssen erkundigen. Dies entspricht im Wesentlichen der vom Gericht dargelegten zweiten Ansicht. Unter Berücksichtigung des Gebotes des sichersten Weges, ist es gleichwohl empfehlenswert, jedenfalls in den genannten Fällen (kleine GmbH, wenig umfangreiche Beschlussfassung zu erwarten) für Anfechtungsklagen tunlichst eine Monatsfrist ab dem Zeitpunkt der Beschlussfassung bzw. spätestens ab dem Ende einer Zwei-Wochen-Frist nach der Beschlussfassung einzuhalten. Nur dann kann der den Beschluss anfechtende Gesellschafter sicherstellen, dass seine Klage nicht verfristet ist.



**Bernd Fluck**

\_Rechtsanwalt

fluck@lutzabel.com

## IT-RECHT

### Neue Regeln zum transatlantischen Datenaustausch

RAin Birgit Maneth, LL.M. | maneth@lutzabel.com  
Eva Gofferjé | gofferje@lutzabel.com

Im Rahmen verschiedener Unternehmensabläufe kommt es immer wieder zu einem Austausch personenbezogener Daten europäischer Bürger mit den USA oder sonstigen Drittstaaten. Diese Datenübermittlung ist jedoch nur dann rechtmäßig, wenn für die übermittelten Daten im Zielland ein dem europäischen Datenschutzniveau vergleichbarer angemessener Schutz gewährt wird. Da dies im Hinblick auf die USA sehr zweifelhaft ist, hatten die USA und die EU das sog. „Safe-Harbor-Abkommen“ geschlossen. Durch ein Urteil des EuGH vom 06.10.2015 (Az. C-362/14 – Maximilian Schrems / Data Protection Commissioner) wurde dieses Abkommen jedoch für unwirksam erklärt. Nachfolgemodell ist das „Privacy-Shield-Abkommen“.

#### 1. Rückblick: Safe-Harbor-Abkommen

Durch das Safe-Harbor-Abkommen wurden Grundsätze festgelegt, die bei einer Datenübermittlung in die USA einzuhalten sind (Safe Harbor, Entsch. der Kommission v. 26.07.2000, 2000/520/EG, ABl. EG L 215 v. 25.08.2000, S. 7). Auf diese Weise sollte ein angemessenes Datenschutzniveau sichergestellt werden. Teilnehmende US-Unternehmen mussten sich dabei zur Einhaltung bestimmter Vorgaben (safe harbor principles) zum Schutz europäischer personenbezogener Daten verpflichten. Beispielsweise wurden Regelungen zur Weitergabe von personenbezogenen Daten an Dritte durch das Unternehmen (onward transfer) getroffen. Eine staatliche Kontrolle bezüglich der Einhaltung dieser Regelungen war im Safe-Harbor-Abkommen jedoch nicht vorgesehen, weshalb das Abkommen heftiger Kritik ausgesetzt war.

#### 2. Entscheidung des EuGH

Dieser Kritik schloss sich der EuGH mit seiner Entscheidung vom 06.10.2015 (Az. C-362/14 – Maximilian Schrems / Data Protection Commissioner) letztlich

an und erklärte das Safe-Harbor-Abkommen für ungültig. Folglich ist die Übermittlung personenbezogener Daten an US-Unternehmen auf der Grundlage dieses Abkommens künftig unzulässig.

In dem zugrunde liegenden Rechtsstreit zwischen Herrn Schrems und dem Data Protection Commissioner ging Herr Schrems gegen die Weigerung des Data Protection Commissioner vor, eine von ihm eingelegte Beschwerde zu prüfen, die sich dagegen richtete, dass die F. Ireland Ltd. personenbezogene Daten ihrer Nutzer in die USA übermittelte und auf dort befindlichen Servern speicherte. Herr Schrems ist ein österreichischer Staatsangehöriger, der seit 2008 das soziale Netzwerk F. nutzte. Für die Nutzung von F. ist eine Anmeldung erforderlich, durch die zugleich ein Vertrag mit F. Ireland abgeschlossen wird, einer Tochtergesellschaft des in den USA ansässigen Unternehmens F. Die personenbezogenen Daten der Nutzer werden ganz oder teilweise an Server der F. in den Vereinigten Staaten übermittelt und dort verarbeitet. Herr Schrems machte geltend, dass das Recht sowie die Praxis der Vereinigten Staaten keinen hinreichenden Schutz der in diesem Land gespeicherten personenbezogenen Daten vor den Überwachungsaktivitäten der dortigen Behörden gewährleistet.

Der EuGH erklärte das Abkommen in erster Linie aufgrund formeller Mängel für ungültig. Es wurde beanstandet, dass die Kommission durch das Abkommen keine hinreichenden Feststellungen getroffen hat, dass die Vereinigten Staaten ein angemessenes Datenschutzniveau gewährleisten. Überdies fehle es an Befunden, ob Grundrechtseingriffe durch amerikanische Behörden begrenzt sind.

Auf materieller Ebene legte der EuGH Anforderungen fest, die ein Abkommen erfüllen muss, um ein angemessenes Datenschutzniveau zu gewährleisten und die Zulässigkeit von Datenexporten in Drittstaaten zu

ermöglichen. Demnach müsse es bei einem Selbstzertifizierungssystem wie „Safe Harbor“ Mechanismen geben, die Verstöße gegen dieses System ermitteln und ahnden. Zudem forderte der EuGH, dass es Rechtsschutzmöglichkeiten für die Betroffenen gibt, d.h. ein wirksamer gerichtlicher Rechtsschutz bei einem Verstoß in Anspruch genommen werden kann.

Der EuGH bemängelte insbesondere, dass das Safe-Harbor-Abkommen nur dem Rechtsschutz der Unternehmer, nicht aber des von der Datenweitergabe betroffenen Bürgers dient. Weiterhin sei nicht sichergestellt, dass das „angemessene Schutzniveau“ für die Daten überhaupt in den USA gewährleistet sei. Schon aus diesem Grunde sei von der Unwirksamkeit des Abkommens auszugehen, ohne dass eine weitergehende inhaltliche Prüfung vorzunehmen sei.

Schließlich räumte das Urteil den Unternehmen bis Ende Januar 2016 eine sog. „Schonfrist“ ein, um auf die Entscheidung des EuGH zu reagieren und ihren Datentransfer bzw. die Datenverarbeitung in Drittstaaten anzupassen.

### 3. Ausblick: Privacy-Shield-Abkommen und Alternativen

Mit Ablauf dieser Übergangsfrist entstand eine Regelungslücke, mit der eine erhebliche Rechtsunsicherheit einherging. Zum 02.02.2016 beschlossen nun die EU und die USA das Nachfolgekonzert Privacy Shield, in dem sie sich bezüglich des Datenaustauschs personenbezogener Daten auf Kernpunkte einigten. Hierzu wurden am 29.02.2016 von der EU-Kommission Dokumente veröffentlicht, die den Datenaustausch von Firmen zwischen den USA und der EU regeln sollen. Das Konzept soll auf der einen Seite die Grundrechte der EU-Bürger schützen, auf der anderen Seite den Unternehmen Rechtssicherheit gewähren und zugleich die Vorgaben des EuGH erfüllen.

#### a) Inhaltliche Aspekte

Das neue Abkommen folgt dem System der Selbstzertifizierung, d.h. Unternehmen können Daten nur dann zulässig in die USA übermitteln und dort verarbeiten, wenn sie zuvor versprechen, sich an die Privacy-Shields-Principles zu halten. Diese Selbstzertifizierung ist jährlich zu wiederholen, und die Einhaltung der Vorgaben wird durch die US Federal Trade Commission überwacht. Zusätzlich haben die teilnehmenden Unternehmen für ihr Unternehmen eigene Datenschutz-Richtlinien aufzustellen und zu veröffentlichen. Verstößt ein US-Unternehmen gegen

seine Richtlinien, kann es bestraft und unter Umständen vom Privacy Shield ausgeschlossen werden. Das US-Handelsministerium führt eine Liste mit allen teilnehmenden Einrichtungen sowie eine weitere Liste mit Einrichtungen, die vom Abkommen ausgeschlossen wurden. Weiterhin sind die US-Unternehmen bei der Datenverarbeitung europäischer Daten dazu verpflichtet, die Vorgaben der europäischen Datenschutzbehörden zu beachten und umzusetzen.

Im Hinblick auf den Grundrechtsschutz der EU-Bürger sollen US-Unternehmen dazu verpflichtet sein, innerhalb einer Frist von 45 Tagen auf die Beschwerden der EU-Bürger zu reagieren. Außerdem besteht die Möglichkeit, diese Beschwerden vom Europäischen Beauftragten für Datenschutz unmittelbar an das amerikanische Handelsministerium und die nationale Handelskommission zu richten. Ferner soll dem einzelnen EU-Bürger zum effektiveren Schutz vor einer unberechtigten Datenweitergabe die Möglichkeit eines kostenfreien alternativen Schiedsverfahrens offen stehen. Zusätzlich soll ein unabhängiger Ombudsmann für Beschwerden gegen Zugriffe durch nationale Sicherheitsbehörden eingerichtet werden.

Ausnahmen vom Verbot der flächendeckenden Datenüberwachung werden in sechs Fällen zugelassen. Diese sind zum einen das Erkennen und die Abwehr von Spionage, die Terrorismusbekämpfung sowie die Verhinderung der Verbreitung von Massenvernichtungswaffen, die Verfolgung international krimineller Bedrohungen sowie Bedrohungen der US-Streitkräfte und Alliierten.

Das Abkommen ist einmal jährlich einer Funktionsprüfung durch Datenschutz- und Geheimdienstexperten zu unterziehen. Vor seiner Umsetzung ist das Abkommen zunächst noch den Mitgliedstaaten sowie der Art-29-Datenschutzgruppe zuzuleiten. Nur wenn alle Mitgliedstaaten der europäischen Union jetzt und jedes Jahr erneut dem Abkommen zustimmen, kann es in Kraft treten und dauerhaft gültig bleiben.

#### b) Kritik

Schon bevor eine Umsetzung des Privacy-Shield-Abkommens überhaupt erfolgt ist, wird Kritik am Abkommen laut. Es wird beanstandet, dass es kein rechtsstaatliches Kontrollverfahren für einen hinreichenden Schutz der Privatsphäre der EU-Bürger gibt. Beispielsweise sei der Vorschlag eines Ombudsmanns für Beschwerden über geheimdienstliche Überwachung rechtlich nicht sinnvoll.

Zudem wird gefordert, dass der Betroffene einer Datenweitergabe in die USA zuvor informiert werden müsse und die Datenverarbeitung nur unter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zulässig erfolgen dürfe. Hierzu bedarf es einer Überwachung durch einen unabhängigen Dritten.

Zuletzt sehen einige Kritiker keine Verbesserung zum Safe-Harbor-Abkommen, da auch beim Privacy-Shield-Abkommen sechs Ausnahmen vom Verbot der Massenüberwachung zugelassen werden.

### 4. Alternativen – Möglichkeiten des Datentransfers in die USA

Es ist derzeit unklar, ob neben diesem neuen Konzept auch die bislang bestehenden Möglichkeiten zum Datenaustausch mit den USA in Kraft bleiben. Dies sind vor allem die sog. EU-Standardvertragsklauseln sowie Binding Corporate Rules, vor allem aber die Möglichkeit der Einholung der Einwilligung des Betroffenen.

#### a) EU-Standardvertragsklauseln

Bei EU-Standardvertragsklauseln handelt es sich um Vorgaben der Kommission für eine Vereinbarung zur Übermittlung von personenbezogenen Daten in die USA bzw. Drittstaaten. Auch durch diese Klauseln soll ein angemessenes Datenschutzniveau jenseits des Atlantiks gewährleistet werden. Allerdings besteht bei Verwendung dieser Klauseln ebenso wie beim alten Safe-Harbor-Abkommen kein Schutz vor möglichen staatlichen Zugriffen auf diese Daten. Auch inhaltlich entsprechen die Standardvertragsklauseln den Vorgaben des Safe-Harbor-Abkommens, so dass die Kritik des EuGH insoweit auch auf die Standardvertragsklauseln übertragbar ist. Denn auch hier fehlen die vom EuGH verlangten Feststellungen zum Datenschutzniveau sowie eine Begrenzung des Zugriffs der US-Geheimdienste.

Es besteht damit das Risiko, dass auch die EU-Standardvertragsklauseln nicht mehr lange als Grundlage für eine Datenübermittlung in die USA verwendet werden können.

#### b) Binding Corporate Rules (BCR)

Bei BCR handelt es sich um verbindliche Unternehmensregeln, die den konzerninternen Datenverkehr regeln. Diese Unternehmensregeln müssen allerdings, um verbindlich zu sein, von der Datenschutz-Aufsichtsbehörde genehmigt werden – ein relativ langwieriger und aufwändiger Prozess. Durch die BCR können zwischen konzernmäßig verbundene

Unternehmen einheitliche Datenschutzstandards geschaffen werden, und zugleich werden den betroffenen EU-Bürgern Rechte, wie z.B. ein Auskunftsrecht, zugesprochen. Weiterhin ist ein Verfahren vorzusehen, durch welches der Betroffene seine Beschwerde geltend machen kann.

Ein Vorteil dieser BCR im Vergleich zum Safe-Harbor-Abkommen ist die Genehmigung durch eine Datenschutz-Aufsichtsbehörde, da so sichergestellt werden kann, dass keine Schutzlücken bestehen und bereits bewährte Regelungen getroffen werden. Außerdem machen diese Regelungen dem betroffenen EU-Bürger deutlich, dass das Unternehmen um den Datenschutz bemüht ist.

Ein deutlicher Nachteil der BCR ist jedoch das langwierige Genehmigungsverfahren. Es kann häufig über 12 Monate dauern, bis die BCR eines Unternehmens von der EU-Aufsichtsbehörde genehmigt werden. Dies liegt daran, dass die EU-Datenschutzbehörde mit allen betroffenen Datenschutzbehörden eine Abstimmung über die BCR vornehmen muss. Zudem stellen sich die BCR teilweise als unflexibel für die Unternehmen dar, da es eine große Zahl an Vorgaben zu beachten gilt.

Zuletzt ist bei den BCR nicht außer Acht zu lassen, dass es auch hier zu Problemen mit der Datenpreisgabe kommen kann, da die Behörden prüfen müssen, ob durch die selbst auferlegten Regeln ein angemessenes Datenschutzniveau im Konzern gewährleistet ist.

#### c) Einwilligung

In Betracht kommt zuletzt, eine individuelle Einwilligung gem. § 4c Abs. 1 Nr. 1 BDSG zum Datenaustausch personenbezogener Daten von den Betroffenen einzuholen. Dazu ist erforderlich, dass dem Betroffenen die Tragweite, also auch die Risiken, seiner Einwilligung bewusst ist. Dieses Bewusstsein scheint aber schon deshalb fraglich, da die Datennutzung durch die US-Geheimdienste immer noch intransparent ist. Eine pauschale Einwilligung in einen Datentransfer, der zu einer umfassenden staatlichen Überwachung durch den Drittstaat führt, zugleich verbunden mit einem Verzicht auf Rechtsschutz und das Auskunftsrecht in Bezug auf die eigenen Daten, welches nach EU-Recht unabdingbar ist, ist jedoch unwirksam. Dem Betroffenen muss eine echte Wahlmöglichkeit zu dieser Einwilligung zustehen.

Die Einwilligung hat darüber hinaus stets freiwillig zu erfolgen. Auch dies ist – vor allem bei Personalda-

ten im Arbeitsverhältnis – nicht immer gewährleistet. Folglich kann nicht sichergestellt werden, dass der Betroffene tatsächlich freiwillig handelt.

Zuletzt bleibt zu beachten, dass eine Einwilligung jederzeit verweigert und widerrufen werden kann. Somit bleibt für die Einwilligung in den personenbezogenen Datentransfer in Drittstaaten wohl nur in Einzelfällen Raum.

## 5. Fazit

Die Zulässigkeit des Datentransfers personenbezogener Daten europäischer Bürger in die USA bzw. Drittstaaten bleibt weiterhin ein schwieriges Thema für die unternehmerische Praxis.

Bislang ist das Privacy-Shield-Abkommen noch nicht einmal umgesetzt, es wurde lediglich das Schreiben der Kommission vom 29.02.2016 den Mitgliedstaaten und der Art-29-Datenschutzgruppe zur Stellungnahme zugeleitet. Es stellt also noch keine verbindliche Rechtsgrundlage dar. Es bleibt damit abzuwarten, wie die konkrete inhaltliche Umsetzung des Abkommens aussehen wird. Außerdem ist zu erwarten, dass auch dieses Abkommen gerichtlich angefochten wird. Die daneben bestehenden Alternativen, zum einen EU-Standardvertragsklauseln, zum anderen Binding Corporate Rules sind ebenfalls kritisch zu betrachten. Da sich insbesondere bei den EU-Standardvertragsklauseln keine inhaltlichen Abweichungen zum Safe-Harbor-Abkommen ergeben, lässt sich die Rechtsprechung des EuGH auch auf diese übertragen, so dass ihre Zulässigkeit für die Zukunft nicht gewährleistet ist. Ebenso stellt sich eine individuelle Einwilligung in den Datentransfer gem. § 4c Abs. 1

Nr. 1 BDSG in der Praxis als schwierig dar und wird nur in Einzelfällen in Betracht kommen. Denn dem Betroffenen ist vor Erteilung seiner Einwilligung die genaue Tragweite seiner Einwilligung offenzulegen, und eine pauschale Einwilligung ist unzulässig.

Aufgrund dieser noch sehr undurchsichtigen Rechtslage erscheint es in der Praxis am sichersten, einen Datentransfer in die USA und sonstige unsichere Drittstaaten soweit wie möglich zu vermeiden. Ist dies nicht möglich, so ist im Einzelfall genau zu prüfen, welcher der vorgenannten Wege im konkreten Fall der erfolgversprechendste ist.



**Birgit Maneth**

\_ Rechtsanwältin, Partnerin  
\_ LL.M.  
\_ Fachanwältin für Informations-  
technologierecht  
\_ Fachanwältin für Gewerblichen  
Rechtsschutz

maneth@lutzabel.com



**Eva Gofferjé**

\_ Wissenschaftliche Mitarbeiterin

gofferje@lutzabel.com

# PRIVATES BAU- UND ARCHITEKTENRECHT

## Ausschluss der AGB-Kontrolle bei Verhandlungsbereitschaft?

RAin Katharina Bold | bold@lutzabel.com

### 1. Einführung

AGB-rechtliche Fragen stellen vor allem auch im Zusammenhang mit Bauverträgen ein alltägliches Geschäft in der anwaltlichen Beratungspraxis dar. Ob es sich dabei um die Prüfung von Bauträgerverträgen oder Werkverträgen handelt, in den meisten Fällen liegen die juristischen Fallstricke in der Prüfung der Wirksamkeit einzelner, in diesen Verträgen enthaltener Klauseln, z.B. zur Gewährleistung oder zu einer etwaigen Vertragsstrafe. Bei diesem Prüfungsschritt handelt es sich um die sog. Inhaltskontrolle. Wenig juristisches Augenmerk liegt oftmals auf dem Einfallstor zur AGB-rechtlichen Prüfung, nämlich der Frage, ob es sich bei dem zu prüfenden Vertragstext denn überhaupt um Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) im Sinne des § 305 BGB handelt. Grund hierfür ist, dass diese Frage in den überwiegenden Fällen ohne Probleme zu bejahen ist.

Dennoch kann es, wie die nachstehende Entscheidung des Bundesgerichtshofs (BGH) zeigt, doch einmal auf die Frage ankommen, ob es sich überhaupt um Allgemeine Geschäftsbedingungen handelt. Denn nur, wenn dies der Fall ist, sind der Vertrag und seine Klauseln an dem AGB-rechtlichen Maßstab der unangemessenen Benachteiligung zu messen.

### 2. Entscheidung des Gerichts

In seinem Urteil vom 20.01.2016 (Az.: VIII ZR 26/15) hatte sich der BGH insbesondere mit der Frage auseinanderzusetzen, ob Vertragsbedingungen gestellt wurden. Zwar liegt dieser Entscheidung kein bauvertraglicher Sachverhalt zu Grunde. Dennoch gilt es, die darin aufgestellten Grundsätze auch in der baurechtlichen Beratungspraxis zu berücksichtigen. Diese Entscheidung des BGH wird dabei zum Anlass genommen, noch einmal die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit der AGB-rechtlichen Vorschriften in Erinnerung zu rufen.

Der Entscheidung des BGH lag folgender Sachverhalt zu Grunde:

Zwischen den Parteien bestand ein Vertrag über die Lieferung von Arzneimitteln vom 1./11. September 2006. Auf eine Darstellung des Inhalts des Vertrages wird verzichtet, da sich hieraus für die nachfolgende Fragestellung keine relevanten Informationen ergeben.

Vor Abschluss des Vertrages wurde der Beklagten von der Klägerin mitgeteilt: „Anbei erhalten Sie den Vertrag in zweifacher Ausfertigung. Wenn Sie mit dem Inhalt einverstanden sind, bitten wir Sie, beide Exemplare zu unterschreiben und an uns zurückzusenden. Wir kümmern uns dann um die Gegenzeichnung. Falls Sie Anmerkungen oder Änderungswünsche haben, lassen Sie uns dies bitte wissen.“

Auf der Grundlage des unverändert abgeschlossenen Vertrages belieferte die Klägerin sodann die Beklagte bis September 2010 mit Arzneimitteln. Die Klägerin verlangte nun von der Beklagten Zahlung einer ausbedungenen Vertragsstrafe in Höhe von insgesamt 250.000,00 EUR, da die Beklagte die allein für humanitäre Hilfslieferungen bestimmten Medikamente entgegen den vertraglichen Vereinbarungen kommerziell weiterveräußert hatte.

Auf die Berufung der Beklagten hin sprach das OLG Köln der Klägerin mit Urteil vom 20.01.2015 (Az.: 15 U 142/14) die Vertragsstrafe mit der Begründung zu, dass es auf eine AGB-rechtliche Wirksamkeit der ausbedungenen Vertragsstrafenklausel nicht ankomme, da es sich nicht um AGB handele. Die Vertragsbedingungen seien von der Klägerin nämlich nicht gestellt worden. Ihre Einbeziehung sei das Ergebnis einer freien Entscheidung der Beklagten. Sie habe durch das Schreiben der Klägerin die Gelegenheit erhalten, alternativ eigene Textvorschläge mit der effektiven Möglichkeit ihrer Durchsetzung in die

Verhandlungen einzubringen, und hätte die ihr eingeräumte Möglichkeit der Einflussnahme durch Äußerung konkreter Änderungswünsche beanspruchen müssen. Die Beklagte dürfe nicht bloß schweigen und sich im Streitfall dann auf das Vorliegen von AGB berufen.

Der BGH sieht dies anders und weist die Klage unter Aufhebung der Berufungsentscheidung ab.

Unstreitig war zunächst, dass es sich bei dem zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag um für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen gemäß § 305 Abs. 1 BGB gehandelt hat

Anmerkung: „Vorformuliert“ sind Vertragsbedingungen dann, wenn sie zeitlich vor dem Vertragsabschluss fertig formuliert vorliegen, um in künftige Verträge einbezogen zu werden. Das Merkmal „für eine Vielzahl“ ist erfüllt, wenn der Verwender im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses die Absicht gehabt hat, die Vertragsbedingungen mehrfach zu verwenden. Eine Ausnahme hiervon gibt es bei Verbraucherverträgen gemäß § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB, wonach auch die einmalige Verwendung genügen kann.

Auch unstreitig war in diesem Fall, dass die Vertragsbedingungen zwischen den Parteien nicht ausgehandelt wurden im Sinne des § 305 Abs. 1 S. 3 BGB.

Anmerkung: Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, vgl. u.a. das Urteil vom 22.11.2012 (Az.: VII ZR 222/12), erfordert ein „Aushandeln“ i. S. d. § 305 Abs. 1 S. 3 BGB mehr als ein Verhandeln. Von einem Aushandeln in diesem Sinne kann nur dann gesprochen werden, wenn der Verwender zunächst den in seinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltenen gesetzesfremden Kerngehalt inhaltlich ernsthaft zur Disposition stellt und dem Verhandlungspartner Gestaltungsfreiheit zur Wahrung eigener Interessen einräumt mit zumindest der realen Möglichkeit, die inhaltliche Ausgestaltung der Vertragsbedingungen zu beeinflussen. In aller Regel schlägt sich eine solche Bereitschaft auch in erkennbaren Änderungen des vorformulierten Textes nieder. Allenfalls unter besonderen Umständen kann eine Vertragsklausel auch dann als Ergebnis eines Aushandelns gewertet werden, wenn es schließlich nach gründlicher Erörterung bei dem gestellten Entwurf verbleibt.

Streitig war in dem zu entscheidenden Fall daher einzig und allein die Frage, wer die AGB gestellt hatte oder – mit anderen Worten – wer Verwender der AGB

ist. Die Frage, ob die Vertragsbedingungen ausgehandelt wurden, ist hiervon strikt zu trennen. Denn auch vorformulierte Klauseln des Verwenders können im Einzelfall Gegenstand und Ergebnis von Individualabreden sein.

Das wesentliche Charakteristikum von Allgemeinen Geschäftsbedingungen sei, so der BGH, in der Einseitigkeit ihrer Auferlegung sowie in dem Umstand zu sehen, dass der andere Vertragsteil für gewöhnlich auf ihre Ausgestaltung keinen Einfluss mehr nehmen kann. Das Merkmal des „Stellens“ sei damit erfüllt, wenn die Formularbestimmungen auf Initiative einer Partei in die Verhandlungen eingebracht und ihre Verwendung zum Vertragsschluss verlangt werden kann.

An einem Stellen von Vertragsbedingungen fehle es hingegen, wenn deren Einbeziehung sich als Ergebnis einer freien Entscheidung desjenigen darstellt, der mit dem Verwendungsvorschlag konfrontiert wird. Erforderlich hierfür sei, dass diese Vertragspartei in der Auswahl der in Betracht kommenden Vertragstexte frei sei und insbesondere Gelegenheit erhalte, alternativ eigene Textvorschläge mit der effektiven Möglichkeit ihrer Durchsetzung in die Verhandlungen einzubringen. Vorliegend bestehe kein Zweifel, dass der Vertragstext auf Veranlassung und Initiative der Klägerin in die Vertragsverhandlungen eingebracht worden sei, die somit seine Verwendung zum Vertragsschluss verlangt habe.

Insbesondere sei durch das Schweigen der Beklagten auf die Bitte der Klägerin, „Anmerkungen und Änderungswünsche“ mitzuteilen, die „Verwender-eigenschaft“ der Klägerin nicht entfallen. Eine bloße Ermöglichung, Änderungswünsche zu äußern, biete für sich genommen noch keine effektive Möglichkeit zur Durchsetzung eigener Textvorschläge. Allenfalls habe die Klägerin mit der Offerte eine gewisse Verhandlungsbereitschaft signalisiert – dies führe jedoch nicht dazu, dass die AGB nicht mehr „gestellt“ sind. Eine tatsächliche Gelegenheit zur Durchsetzung eigener Textvorschläge oder Abänderungen habe daher nicht bestanden.

### 3. Fazit

Dem Vertragspartner zu signalisieren, dass auch er Änderungen und/oder Ergänzungen an dem Vertragstext vornehmen kann, führt noch nicht dazu, dass die Vertragsklauseln automatisch nicht mehr anhand der AGB-rechtlichen Vorschriften auf ihre Wirksamkeit

hin zu überprüfen sind. Dies ist auch sachgerecht. Denn neben der Missbrauchsgefahr durch den Verwender würde so auch der vorvertragliche Kontakt in vielen Fällen völlig verstummen. Dies kann nicht gewollt sein.



**Katharina Bold**  
\_ Rechtsanwältin  
bold@lutzabel.com

## VOB/B: Ausschluss des Preisanpassungsverlangens nach § 2 Abs. 3 VOB/B nur eingeschränkt möglich

RA Dr. Michael T. Stoll | stoll@lutzabel.com

### 1. Sachverhalt

Bei der VOB/B handelt es sich bekanntlich um Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB). Damit die Regelungen der VOB/B Geltung im Bauvertrag erlangen, müssen sie daher auch in den Vertrag einbezogen werden.

Wird dementsprechend ein Einheitspreisvertrag unter Einbeziehung der VOB/B abgeschlossen, so bestehen nach § 2 Abs. 3 VOB/B in den Fällen erheblicher Massenüber- als auch -unterschreitungen Möglichkeiten, eine Anpassung des Einheitspreises zu verlangen:

- Wird der vertraglich vereinbarte Mengenansatz um mehr als 10 % überschritten, so kann sowohl der Auftraggeber als auch der Auftragnehmer eine Anpassung des Einheitspreises für die über 110 % hinausgehenden Massen verlangen, § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B.
- Wird der vertraglich vereinbarte Mengenansatz um mehr als 10 % unterschritten, kann der Auftragnehmer eine Erhöhung des Einheitspreises für die tatsächlich ausgeführten Mengen verlangen, § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B.

In letzter Zeit hat sich mehr und mehr durchgesetzt, dass Regelungen zum Verlangen einer Einheitspreisänderung durch die weiteren vertraglichen Bedingungen, sei es in Besonderen Vertragsbedingungen

(BVB), den Zusätzlichen Vertragsbedingungen (ZVB) oder an anderer Stelle in den Vertragsbedingungen ausgeschlossen wurden. Begründet wurde dies damit, dass das gesetzliche Werkvertragsrecht des BGB einen solchen Anspruch auf Änderung der Einheitspreise nicht kenne. Daher begegne auch ein Ausschluss des Preisanpassungsverlangens nach § 2 Abs. 3 VOB/B keinen Wirksamkeitsbedenken des AGB-Rechts.

In der Praxis häufig anzutreffende Formulierungen in diesem Zusammenhang sind z.B.:

„Anpassungen der Einheitspreise sind auch bei Massenänderungen von mehr als 10 % ausgeschlossen“ oder

„Massenänderungen – auch über 10 % – sind vorbehalten und berechtigen nicht zur Preiskorrektur“.

### 2. Entscheidung

Die zuletzt wiedergegebene Klausel war nunmehr Gegenstand eines Verfahrens, das vor dem Bundesgerichtshof (BGH) geführt wurde (Az.: VII ZR 282/14). Während die Vorinstanzen einem Nachtrag des Auftragnehmers, der sich – entgegen der vertraglichen Vereinbarung – auf Massenänderungen von mehr als 10 % bezog, die Abfuhr erteilte, vertrat der BGH eine andere Auffassung. Zwar konnte er in der Sache noch nicht selbst entscheiden, da noch eine Beweisaufnah-

me erforderlich war. Der BGH wies jedoch darauf hin, dass, sollte es sich bei der gegenständlichen Klausel, die eine Preisanpassung bei Massenänderungen von mehr als 10 % ausschließt, um eine Allgemeine Geschäftsbedingung handeln, diese Klausel wegen unangemessener Benachteiligung des Auftragnehmers unwirksam wäre (BGH, Beschluss vom 04.11.2015, Az.: VII ZR 282/14). Dies begründet der BGH damit, dass bei der gebotenen kundenfeindlichsten Auslegung nicht nur eine Preisanpassung nach § 2 Abs. 3 VOB/B, sondern auch wegen Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB ausgeschlossen wird.

### 3. Praxistipp

Bei der Prüfung, ob eine Regelung nach dem Recht der AGB wirksam oder unwirksam ist, gilt die kundenfeindlichste Auslegung, also diejenige, die den Kunden im Zweifel am meisten in seinen Rechten beschneidet. Ergibt sich bei dieser Auslegung eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners des Verwenders der AGB, so ist die Regelung unwirksam.

Unter diesem Aspekt kann es nur als richtig angesehen werden, dass der BGH die gegenständliche Klausel als unwirksam erachtet hat. Denn in der Tat würden dem Vertragspartner des Verwenders der AGB bei der kundenfeindlichsten Auslegung der Klausel auch Ansprüche aus Störung oder Änderung der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB abgeschnitten werden. § 313 BGB kennzeichnet jedoch Fälle von Treu und Glauben. Demnach kann sich ein Anspruch auf Vertragsanpassung ergeben, wenn sich eine Geschäftsgrundlage, die beide Parteien dem Vertrag zu Grunde gelegt haben, sich aus Gründen, für die die betroffene Partei nicht das Risiko übernommen hat, so grundlegend ändert, dass der betroffenen Partei ein Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann. Diese gesetzlich geregelte Möglichkeit zur Anpassung des Vertrages kann durch Allgemeine Geschäftsbedingungen niemals ausgeschlossen werden.

Lässt man etwaige Ansprüche nach § 313 BGB jedoch von dem Ausschluss des Preisanpassungsverlangens unberührt, so dürfte es ohne Weiteres möglich sein, die Möglichkeit zur Preisanpassung nach § 2 Abs. 3 VOB/B auszuschließen.

Letzteres macht auch durchaus Sinn. § 2 Abs. 3 VOB/B und § 313 BGB haben nämlich durchaus unterschiedliche Ansatzpunkte. Während § 2 Abs. 3 VOB/B Massenänderungen von mehr als 10 % erfasst, greift § 313 BGB erst bei gravierenden Störungen und Änderungen der Geschäftsgrundlage ein. Mit anderen Worten: Alleine dass § 2 Abs. 3 VOB/B einschlägig ist, bedeutet noch lange nicht, dass eine Störung der Geschäftsgrundlage gegeben ist. Im Bereich von Massenänderungen setzt eine Störung der Geschäftsgrundlage wesentlich größere Massenänderungen als von „nur“ 10 % voraus.

Wird der Ausschluss von § 2 Abs. 3 VOB/B so gestaltet, dass Ansprüche wegen Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB unberührt bleiben, so bestehen gegen eine Wirksamkeit des Ausschlusses des Preisanpassungsverlangens keine Bedenken. Hierzu könnte z.B. die folgende Formulierung verwendet werden:

„§ 2 Abs. 3 VOB/B findet keine Anwendung. Es wird klargestellt, dass § 313 BGB hiervon unberührt bleibt“.

Abschließend zu § 2 Abs. 3 VOB/B der Hinweis, dass diese Regelungen nur auf Massenänderungen anwendbar ist, denen keine Anordnung des Auftraggebers zu Grunde liegt. In der Regel ist dies bei Fehleinschätzungen der Massen im Zuge der Ausschreibung der Fall. Sind die Massenänderungen jedoch auf die Anordnung zusätzlicher oder geänderter Leistungen zurückzuführen, findet § 2 Abs. 3 VOB/B keine Anwendung. Die Auswirkungen der Vergütung bestimmen sich dann nach §§ 2 Abs. 5, 6 VOB/B und bleiben von einem Ausschluss des § 2 Abs. 3 VOB/B ohnehin unberührt.



**Dr. Michael T. Stoll**  
 \_ Rechtsanwalt, Partner  
 \_ Fachanwalt für Bau- und  
 Architektenrecht  
 stoll@lutzabel.com

## Zur Rechtslage von allgemeinen bauaufsichtlichen Zulassungen für Bauprodukte im Geltungsbereich harmonisierter Vorschriften

RAin Dr. Carolin Klein | klein@lutzabel.com

Nach nationalen Vorgaben stellen die sog. (von den Landesbauordnungen in Bezug genommenen) „Bauregellisten“ zusätzliche Anforderungen für den wirksamen Marktzugang und die Verwendung von Bauprodukten in Deutschland. Konkret fordern die Bauregellisten in ihrer geltenden Fassung für bestimmte Bauprodukte eine nationale Zulassung bzw. die Verwendung einer „Ü-Kennzeichnung“ – und dies ggf. auch dann, wenn die betroffenen Bauprodukte bereits von nach europäischem Recht harmonisierten Regularien erfasst werden und mit der CE-Kennzeichnung versehen sind. Damit haben Hersteller (je nach Bauprodukt) somit ggf. sowohl europäische als auch zusätzliche nationale Zulassungserfordernisse zu beachten.

Diese Sachlage begegnet aus europarechtlicher Sicht erheblichen Bedenken. Mit Urteil vom 16.10.2014 (Az.: C-100/13) hat der Europäische Gerichtshof (EuGH) daher die in Deutschland erhobene Forderung aus den Bauregellisten nach einer zusätzlichen nationalen Zulassung als Verstoß gegen den freien Warenverkehr erachtet.

Zahlreiche Anfragen aus dem Kreis der Antragsteller und deren Verbänden belegen, dass erhebliche Unsicherheit bei den Betroffenen besteht. Insbesondere wird angefragt, ob eine allgemeine bauaufsichtliche Zulassung auch weiterhin erforderlich ist und erteilt werden darf.

### 1. Hintergrund: Das Urteil des EuGH vom 16.10.2014

Der EuGH hat in seinem Urteil vom 16.10.2014 (Az.: C-100/13) die Feststellung getroffen, dass Regelungen eines Mitgliedstaates, nach der bestimmte Bauprodukte, die bereits europäisch harmonisierten Vorgaben unterliegen bzw. damit in der Regel mit der Konformitätskennzeichnung „CE“ versehen sind, zusätzlichen nationalen Anforderungen entsprechen müssen, gegen den freien Warenverkehr verstoßen.

Hintergrund ist, dass EU-weit harmonisierte Bestimmungen den Warenverkehr innerhalb der EU erleich-

tern sollen. Dieser Gedanke würde durch national abweichende bzw. zusätzliche Zulassungsverfahren erschwert. In Deutschland sehen die Landesbauordnungen (vgl. Art. 15 ff. BayBO) durch Verweis auf sog. Bauregellisten (A, B, C, erlassen durch das Deutsche Institut für Bautechnik) neben der CE-Kennzeichnung für bestimmte Produktgruppen teilweise jedoch genau eine solche zusätzliche Zulassung (u.a. in Form einer allgemeinen bauaufsichtlichen Zulassung) vor. Gerechtfertigt wird das erweiterte Zulassungserfordernis auf nationaler Ebene mit der Aussage, dass die nationale Zulassung weitergehende Gesundheits- bzw. Sicherheitskriterien für das jeweilige Bauprodukt aufstelle, als dies durch die europäische Zertifizierung gefordert würde.

Explizit für drei streitgegenständliche Produktgruppen („Rohrleitungsdichtungen aus thermoplastischem Elastomer“, „Dämmstoffe aus Mineralwolle“ und „Tore, Fenster und Außentüren“) hat der EuGH daher am 16.10.2014 festgestellt, dass diese zusätzlichen, nationalen Zulassungen europarechtswidrig sind. Dem Einwand nicht hinreichender Sicherheitsvorgaben für Bauprodukte auf europäischer Ebene begegnete der EuGH mit dem Hinweis, dass für den Fall etwaiger Zweifel an den europäischen Vorgaben ein spezielles Verfahren auf europäischer Ebene offen stehe. Dieses könne durch jeden Mitgliedstaat eingeleitet werden, um so die Anforderungen an einzelne Produktgruppen zu überprüfen. Durch diesen Weg solle der Schaffung eigenständiger (Zusatz-) Vorgaben an Bauprodukte in den verschiedenen Mitgliedstaaten gerade vorgebeugt werden.

In Anbetracht der durchaus vergleichbaren Sachlage ist davon auszugehen, dass das Urteil uneingeschränkt jedenfalls auf alle harmonisierten Bauprodukte, die der Bauprodukteverordnung unterfallen, grundsätzlich übertragbar ist (Fälle der Bauregelliste B Teil 1). Damit wäre für diese Bauprodukte die Forderung nach einer zusätzlichen, nationalen Zulassung (neben der CE-Kennzeichnung) grundsätzlich europarechtswidrig.

Ergänzend hierzu noch folgender Hinweis: Das Urteil erging zur alten Rechtslage, also zur Geltung der Bauprodukte-Richtlinie (RL 89/106/EWG). Diese ist zum 01.07.2013 außer Kraft getreten bzw. durch die neue Bauprodukteverordnung (VO (EU) Nr. 305/2011) abgelöst worden. Trotz einiger Unterschiede in den beiden Rechtsakten wird jedoch davon auszugehen sein, dass die Inhalte der Entscheidung vom 16.10.2014 auch auf aktuell geltendes Recht Anwendung finden.

## 2. Die Position des Deutschen Instituts für Bautechnik (DIBt)

Zuständig für die Erteilung der allgemeinen bauaufsichtlichen Zulassung ist das Deutsche Institut für Bautechnik (DIBt), welches die hier streitgegenständlichen Bauregellisten entworfen hat und in der Regel auch im Halbjahresrhythmus aktualisiert.

Anlässlich des EuGH-Urteils und der Verunsicherung zahlreicher Hersteller und Verbände hat das DIBt verschiedene Stellungnahmen erlassen. In der letzten Stellungnahme vom 17.12.2015 wurde nun mitgeteilt, dass die Gremien der Bauministerkonferenz derzeit eine Novellierung der Musterbauordnungen vorbereiten. Nach diesem Entwurf seien von der Bauaufsicht für Bauprodukte mit CE-Kennzeichnung nach Bauprodukteverordnung keine nationalen Verwendbarkeits- und Übereinstimmungsnachweise mehr einforderbar. Demgemäß werde zukünftig

bei allgemeinen bauaufsichtlichen Zulassungen für Bauprodukte mit CE-Kennzeichnung nach der Bauprodukteverordnung voraussichtlich die Funktion als Verwendbarkeitsnachweis im Sinne der Landesbauordnungen entfallen und die Verwendung des Ü-Zeichens nicht mehr zulässig sein. Diese Änderungen würden voraussichtlich zeitgleich mit der vollständigen Aufhebung der Bauregelliste B Teil 1 und sonstiger Zusatzanforderungen an harmonisierte Bauprodukte in anderen Regelwerken zum 15.10.2016 erfolgen. Zeitgleich würden dann auch – nach Durchführung des landesrechtlich vorgesehenen Gesetzgebungsverfahrens – die novellierten Landesbauordnungen in Kraft treten.

Darüber hinaus gibt das DIBt den Hinweis, dass anerkannte Stellen auch weiterhin – über den 15.10.2016 hinaus – für die in den Zulassungen vorgesehene Überwachung zur Verfügung stehen werden.



**Dr. Carolin Klein**

\_Rechtsanwältin

klein@lutzabel.com

# MIETRECHT

## Einhaltung der Schriftform bei Änderungen der Miete

RA Nikolaus Thielen | thielen@lutzabel.com

Nach einer aktuellen Entscheidung des Bundesgerichtshofs (BGH, Urteil vom 25.11.2015, Az.: XII ZR 114/14) ist eine dauerhafte Änderung der Miethöhe als wesentliche Vertragsänderung stets nach §§ 550 S. 1, 126 BGB schriftlich zu vereinbaren. Die Entscheidung zeigt, dass das Schriftformerfordernis bei langfristigen Mietverträgen weiterhin eine entscheidende Rolle spielt und daher unbedingt zu beachten ist. Bei Verstößen gegen die gesetzlich vorgeschriebene Schriftform ist der Vertrag vorzeitig kündbar und eine etwa vereinbarte Festlaufzeit damit im Ergebnis hinfällig.

### 1. Zum Schriftformerfordernis

Mietverträge, die für längere Zeit als für ein Jahr abgeschlossen werden, bedürfen gemäß § 550 BGB der Schriftform. Nach ständiger Rechtsprechung des BGH ist die Schriftform nur dann gewahrt, wenn sich die für den Abschluss des Vertrages notwendige Einigung über alle wesentlichen Vertragsbedingungen, insbesondere über den Mietgegenstand, die Miete sowie die Dauer und die Parteien des Mietverhältnisses aus einer von beiden Parteien unterzeichneten Urkunde ergibt. Lediglich Abreden, die für den Inhalt des Mietvertrages von nur nebensächlicher Bedeutung sind, bedürfen nicht der Schriftform. Diese Grundsätze gelten auch für Vertragsänderungen.

Das Schriftformerfordernis soll in erster Linie potentielle Erwerber des Mietgegenstandes schützen. Für sie soll sich der Vertragsinhalt vollständig aus den Vertragsunterlagen ergeben. Daneben dient die Schriftform aber auch dem Schutz der Vertragsparteien selbst.

Im Ergebnis kann ein an sich langfristig abgeschlossener Mietvertrag also vorläufig gekündigt werden, wenn die Schriftform beim Hauptvertrag oder bei späteren Nachtragsvereinbarungen nicht beachtet wird.

### 2. Änderungen der Miethöhe

Bisher nicht höchstrichterlich geklärt war die Frage, ob eine nachträgliche, dauerhafte Änderung der Miete stets und unabhängig von ihrer Höhe wesentlich ist oder es der Überschreitung einer Erheblichkeitsgrenze bedarf, um dem Schriftformerfordernis zu unterfallen.

Während die wohl überwiegende Meinung in Rechtsprechung und Literatur davon ausgeht, dass nur unerhebliche Mietänderungen nicht dem Formzwang des § 550 BGB unterfallen, wird von der Gegenauffassung vertreten, eine dauerhafte Änderung der Miethöhe sei immer vertragswesentlich und daher stets nach § 550 BGB schriftlich zu vereinbaren.

Nachdem eine höchstrichterliche Entscheidung hierzu bisher ausstand, hat sich der BGH nunmehr der letztgenannten Auffassung angeschlossen. Demnach stellt eine Änderung der Miethöhe stets eine wesentliche und – jedenfalls soweit sie für mehr als ein Jahr erfolgt und nicht jederzeit vom Vermieter widerrufen werden kann – dem Formzwang des § 550 S. 1 BGB unterfallende Vertragsänderung dar. Wird die Schriftform nicht eingehalten, ist der Mietvertrag ordentlich kündbar.

Dabei stützt sich das Gericht auf folgende Erwägungen:

- Die Miete stellt per se einen vertragswesentlichen Punkt dar, der für einen potentiellen Grundstückserwerber von besonderem Interesse ist.
- Der Festlegung einer Erheblichkeitsgrenze steht schon das Gebot der Rechtssicherheit entgegen. Angesichts der Vielgestaltigkeit von Mietverhältnissen wäre es kaum möglich, eine bestimmte Prozentgrenze festzulegen, bis zu der eine Mietänderung als nicht wesentlich gilt und damit formfrei vereinbart werden kann.

- Die Schriftform soll nicht nur den Grundstückserwerber, sondern auch die Vertragsparteien schützen. Ohne Bedeutung für die Formbedürftigkeit nach § 550 S. 1 BGB ist daher, ob die Mietänderung ausschließlich zu einer für den Vermieter und damit auch den potentiellen Grundstückserwerber günstigen Erhöhung geführt hat. Letztendlich würde dem Erwerber eine ihm grundsätzlich günstige Vertragsänderung ohnehin nichts nützen, wenn er mangels Beurkundung keine Kenntnis davon erlangen kann.

Klargestellt hat der BGH im Rahmen seiner Entscheidung, dass eine vorzeitige Kündigung des Vertragsverhältnisses, gestützt auf die Nichteinhaltung der Schriftform, nur ausnahmsweise gemäß § 242 BGB rechtsmissbräuchlich sein kann. Insbesondere bei vorsätzlicher Vereitelung der Schriftform, bei besonders schweren Treupflichtverletzungen oder wenn bei Formnichtigkeit die Existenz der anderen Vertragspartei bedroht wäre, scheidet eine Kündigung unter Berufung auf die fehlende Schriftform aus.

### 3. Weitere Feststellungen

Ebenfalls im Hinblick auf die Einhaltung der Schriftform hat der BGH in seinem Urteil Folgendes klargestellt:

- Nicht der Schriftform bedarf der Eintritt eines Erben in den Mietvertrag anstelle des Vermieters bzw. Mieters. Insoweit vollzieht sich der Parteiwechsel nämlich im Wege der Universalsukzession kraft Gesetzes gemäß §§ 1922, 1967 BGB und beruht nicht auf einer vertraglichen Abrede. Das Schriftformerfordernis gilt jedoch ausschließlich für vertragliche Vereinbarungen.
- Eine Vertragsänderung unter Einhaltung der Schriftform ist auch durch eine Änderung des Vertragstextes ohne erneute Unterschrift möglich, wenn die Vertragsparteien sich über die Änderung einig sind und es ihrem Willen entspricht, dass die Unterschriften für den veränderten Vertragsinhalt Gültigkeit behalten sollen. In diesem Zusammenhang genügt es also nicht, wenn lediglich eine Par-

tei ohne Wissen der anderen auf einem Vertragsexemplar eine Änderung vornimmt.

- Auch Um- und Ausbauarbeiten können dem Schriftformerfordernis unterliegen. Insoweit kommt es nicht darauf an, ob mit dem Um- oder Ausbau eine Flächenvergrößerung oder ein verlorener Baukostenzuschuss einhergeht. Ebenso wenig kommt es darauf an, ob die Umbaumaßnahmen in unmittelbarem zeitlichem Zusammenhang mit dem Vertragsschluss durchgeführt werden sollen oder nicht. So kann z.B. ein verlorener Baukostenzuschuss auch nach Jahren noch dazu führen, dass bei vorzeitiger Vertragsbeendigung wegen der noch nicht vollständig amortisierten Aufwendungen ein Bereicherungsanspruch des Mieters besteht. Um den potentiellen Grundstückserwerber in diesem Fall zu schützen, muss diese Information durch die Schriftform manifestiert werden.

### 4. Fazit

Die Entscheidung zeigt, dass die Rechtsprechung zum Schriftformerfordernis bei langfristigen Mietverträgen gemäß § 550 BGB nach wie vor im Fluss ist. Sowohl bei der Gestaltung solcher Mietverträge als auch bei entsprechenden Nachtragsvereinbarungen sollte daher unbedingt ein Augenmerk auf die Einhaltung der gesetzlichen Schriftform unter Beachtung der aktuellen Rechtsprechung gelegt werden. Liegen bereits Verstöße gegen die gesetzliche Schriftform vor, können diese unter Beachtung bestimmter Voraussetzungen durch Nachtragsvereinbarungen geheilt werden.



Nikolaus Thielen

\_ Rechtsanwalt

thielen@lutzabel.com

# ÖFFENTLICHES RECHT

## Zweckverband für interkommunales Gewerbegebiet

RA Dr. Christian Braun | braun@lutzabel.com

### 1. Aspekte für ein interkommunales Gewerbegebiet

Der Begriff „interkommunales Gewerbegebiet“ bezeichnet die Zusammenarbeit mehrerer Kommunen bei der Planung, Realisierung und Vermarktung von Gewerbegebieten. Dabei kommt sowohl ein Gewerbegebiet in Betracht, das sich faktisch über zwei oder mehrere Gemeindegebiete hinweg erstreckt, als auch ein Gewerbegebiet, das lediglich auf dem Gemeindegebiet einer Gemeinde liegt, auf Grundlage von entsprechenden Vereinbarungen von den beteiligten Gemeinden aber „gemeinschaftlich betrieben“ wird.

Hintergrund für die Schaffung interkommunaler Gewerbegebiete sind zum einen fehlende räumliche Ressourcen im Gemeindegebiet zumindest einer der beteiligten Gemeinden. Einziger sinnvoller Ausweg ist dann die Suche nach Partnergemeinden für ein gemeinsames Gewerbegebiet. Weiter kommt es vor, dass ein Gewerbegebiet von einer Gemeinde alleine nur mit unverhältnismäßig großem wirtschaftlichem Aufwand geschaffen werden kann. Auch dann bietet sich die Suche nach Partnergemeinden für ein interkommunales Gewerbegebiet an.

### 2. Rechtsformen für interkommunale Gewerbegebiete

Als Rechtsform für interkommunale Gewerbegebiete kommen grundsätzlich sowohl öffentlich-rechtliche als auch privatrechtliche Formen in Betracht. Eine öffentlich-rechtlich ausgestaltete Zusammenarbeit ist zum einen in Form von Arbeitsgemeinschaften und Zweckvereinbarungen möglich, für die jeweils nur der Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages erforderlich ist. Weiter kann auch ein Zweckverband oder ein gemeinsames Kommunalunternehmen geschaffen werden, wodurch jeweils eine neue Körperschaft des öffentlichen Rechts entsteht. Neben den vorgenannten öffentlich-rechtlichen Formen besteht weiter auch die Möglichkeit, auf Grundlage

privatrechtlicher Gesellschaftsformen zusammenzuarbeiten. Sobald auch Private beteiligt werden sollen, bleibt als mögliche Rechtsform sogar nur noch eine privatrechtliche Form des Gesellschaftsrechts.

### 3. Problemstellungen

Wesentliche Herausforderung für gemeinsame Gewerbegebiete sind stets Fragen der Erschließung (Straßen, Müllentsorgung, Wasser und Abwasser) und die Verteilung der anfallenden Einnahmen (aus Grundstücksverkäufen, der Grundsteuer und der Gewerbesteuer). Hinsichtlich der Einnahmen werden als Verteilungsmaßstäbe die eingebrachten Flächenanteile der Gemeinden, die Einwohner oder Beschäftigungszahlen der Gemeinden sowie die Relationen der Gewerbesteuereinnahmen der Gemeinden herangezogen. Besondere Probleme ergeben sich weiter bei Gewerbegebieten, wenn sie sich über mehrere Gemeindegebiete erstrecken und in den betroffenen Gemeinden jeweils unterschiedliche Gewerbesteuerhebesätze gelten. Ähnliche Probleme treten bei unterschiedlichen Gebührensätzen für die Infrastruktureinrichtungen auf. Hier bedarf es umfangreicher Regelungen, die den Interessen aller Beteiligten gerecht werden.

Weiter stellt sich häufig das Problem, dass zunächst städtebauliche Entwicklungsmaßnahmen erforderlich sind, um das gewünschte Gewerbegebiet überhaupt ausweisen zu können. Dies insbesondere, soweit die beteiligten Gemeinden nicht über die notwendigen Flächen verfügen können und sich diese erst noch durch Erwerb oder notfalls Enteignung verschaffen müssen. Die von einer Enteignung betroffenen Grundstückseigentümer werden die Wirksamkeit der Enteignung und die damit im Zusammenhang stehende interkommunale Zusammenarbeit im Zweifel einer umfassenden gerichtlichen Kontrolle unterziehen, um ihre Interessen zu wahren. Hierzu wird im Folgenden auf zwei aktuelle Problemstellungen

gen hingewiesen, die die Handlungsspielräume für eine interkommunale Zusammenarbeit ganz erheblich einschränken.

#### 4. Zweckverband und städtebauliche Entwicklungsmaßnahmen

Für die Umsetzung von städtebaulichen Entwicklungsmaßnahmen für ein die Gemeindegrenzen überschreitendes Gewerbegebiet ist es erforderlich, die Planungshoheit, die Berechtigung zur Übertragung des Grunderwerbs und die Möglichkeit, Enteignungen vorzunehmen, zu übertragen. Die für die städtebaulichen Entwicklungsmaßnahmen zu übertragenden Aufgaben sind originär hoheitlich. Hoheitliche Aufgaben können nur an eine öffentlich-rechtliche Körperschaft übertragen werden (vgl. etwa § 205 BauGB). Nur ein Zweckverband (oder ein gemeinsames Kommunalunternehmen) kann daher die Durchführung der städtebaulichen Entwicklungsmaßnahmen übernehmen.

Nach Art. 17 ff. BayKommZG können sich Gemeinden, Landkreise und Bezirke, zu einem Zweckverband zusammenschließen und dem Zweckverband Aufgaben zur gemeinsamen Erledigung übertragen. In der Vergangenheit wurden auch für interkommunale Gewerbegebiete Zweckverbände gegründet, an denen sich neben den teilnehmenden Gemeinden zusätzlich Landkreise beteiligt haben. Dies wurde damit begründet, dass die Landkreise Träger der Regionalplanung sind und sich interkommunale Gewerbegebiete grundsätzlich auf die Regionalplanung auswirken können. Die Beteiligung der Landkreise führt in solchen Fällen nach der einschlägigen Rechtsprechung (vgl. OVG Lüneburg, Urteil vom 08.04.2014, Az.: 1 KN 102/11) aber grundsätzlich zur Unwirksamkeit der Zweckverbandsgründung. Danach ist es erforderlich, dass jedes Zweckverbandsmitglied für die wesentlichen dem Zweckverband übertragenen Aufgaben gleichermaßen verantwortlich ist. Eine solche gemeinsame Aufgabe liegt nicht bereits vor, wenn die Aufgabe lediglich im gemeinsamen ideellen Interesse besteht. Es wird vielmehr eine darüber hinausgehende in der Regel gesetzlich begründete gemeinsame Aufgabe gefordert. Eine entsprechende Zweckverbandsatzung darf daher für interkommunale Gewerbegebiete, die städtebauliche Entwicklungsmaßnahmen erfordern, nur durch die gleichermaßen zuständigen Gemeinden als Mitglieder beschlossen werden. Denn jedenfalls die Aufgabe der Bauleitplanung obliegt im Einklang mit Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG ausschließlich den Gemeinden,

nicht aber den Landkreisen. Die für die Landkreise angeführte Regionalplanung stellt keine gemeinsame Aufgabe von Gemeinden und Landkreisen dar. Eine abweichende Beurteilung der Wirksamkeit der Zweckverbandsgründung kommt allenfalls in Betracht, soweit den beteiligten Landkreisen im Rahmen der Verbandsversammlung (Hauptorgan des Zweckverbandes) keine Stimmrechte im Bereich der Bauleitplanung zukommen. Die unbeschränkte Mitgliedschaft von Landkreisen führt dagegen dazu, dass der Errichtungsakt in Gestalt der Verbandssatzung nichtig ist. Sämtliche Rechtshandlungen des unwirksam begründeten Zweckverbandes sind dann ebenfalls unwirksam.

#### 5. Vergaberecht

Die Gründung eines Zweckverbandes zum Zwecke der Errichtung eines interkommunalen Gewerbegebietes könnte außerdem vergaberechtliche Probleme nach sich ziehen. Nach der bisherigen Rechtsprechung der deutschen Gerichte zum Vergaberecht wurde zwar angenommen, dass die hoheitliche Übertragung von Aufgaben im Wege der Zweckverbandsgründung grundsätzlich nicht dem Vergaberecht unterliegt. Diese Frage wurde jedoch zwischenzeitlich vom OLG Celle (vgl. Beschluss vom 17.12.2014, Az.: 13 Verg 3/13) anders beurteilt, und es erfolgte eine entsprechende Vorlage an den Europäischen Gerichtshof, die bisher nicht verbeschieden worden ist. Soweit die Zweckverbandsgründung nach den §§ 97 ff. GWB vergeben werden muss, könnte ein potentiell betroffener Wettbewerber dies innerhalb von 30 Tagen ab Kenntnis, spätestens aber bis Ablauf von 6 Monaten nach Zweckverbandsgründung im Wege eines Nachprüfungsverfahrens angreifen. Die dafür zuständige Vergabekammer bzw. die nachfolgenden Oberlandesgerichte können dann im Falle der Bejahung eines Vergabeverstoßes die Unwirksamkeit der Zweckverbandsgründung feststellen.



Dr. Christian Braun

— Rechtsanwalt  
— Fachanwalt für Verwaltungsrecht

braun@lutzabel.com

## Abstandsflächenrecht und behördliches Prüfprogramm im vereinfachten Baugenehmigungsverfahren

RA Sebastian Vorwalter | vorwalter@lutzabel.com

### 1. Einführung

Kaum eine andere bauordnungsrechtliche Thematik birgt ein so hohes Konfliktpotenzial wie das Abstandsflächenrecht. In Bayern gibt Art. 6 BayBO vor, ob und in welchem Umfang Abstandsflächen vor den Außenwänden von Gebäuden freizuhalten sind. Neben öffentlichen Interessen sollen dadurch vor allem nachbarrechtliche Interessen und Belange geschützt werden. Der Eigentümer eines Grundstücks darf durch bauliche Anlagen auf dem Nachbargrundstück im Hinblick auf die Belichtung, Belüftung oder Besonnung nicht unverhältnismäßig stark beeinträchtigt werden. Die drittschützende Wirkung der abstandsflächenrechtlichen Regelung des Art. 6 BayBO wird daher ganz überwiegend anerkannt.

Daraus darf allerdings nicht der Schluss gezogen werden, dass eine erteilte Baugenehmigung wegen eines Abstandsflächenverstöße von einem Nachbarn stets mit Erfolg gerichtlich angefochten werden kann, selbst wenn die Verletzung zu Lasten des Nachbarn zweifelsfrei feststeht. Geschuldet ist dies vor allem dem beschränkten Prüfungsumfang der Bauaufsichtsbehörde im vereinfachten Genehmigungsverfahren.

Im Rahmen einer nachbarrechtlichen Drittanfechtungsklage hatte der Bayerische Verwaltungsgerichtshof (BayVGH) unlängst abermals die Gelegenheit, das Spannungsverhältnis zwischen dem drittschützenden Abstandsflächenrecht und dem gesetzlich festgelegten Prüfungsumfang der Bauaufsichtsbehörde im vereinfachten Baugenehmigungsverfahren näher zu beleuchten und seine Rechtsprechung diesbezüglich weiter zu konkretisieren (BayVGH, Urteil vom 15.10.2015, Az.: 2 B 15.1431).

### 2. Sachverhalt und erstinstanzliche Entscheidung

Die Kläger wenden sich erstinstanzlich gegen eine der Beigeladenen zu 1) erteilte Baugenehmigung, durch welche die Errichtung eines dreigeschossigen Wohngebäudes im rückwärtigen Bereich des Grund-

stücks der Beigeladenen zu 1) genehmigt wurde. Die Grundstücke der Beigeladenen zu 1) und der Kläger grenzen unmittelbar aneinander. Die klägerischen Grundstücke liegen nördlich des Grundstücks der Beigeladenen zu 1). Das streitgegenständliche Rückgebäude soll grenzständig zu den Grundstücken der Kläger errichtet werden.

Im Baugenehmigungsbescheid wurden Abweichungen vom Abstandsflächenrecht nur bezüglich des Verhältnisses zum Vordergebäude auf dem Baugrundstück und bezüglich der gegenüberliegenden Gebäudeteile des Rückgebäudes auf dem Baugrundstück erteilt. Sonstige Abweichungen – insbesondere in Bezug auf die klägerischen Grundstücke – wurden von der Beigeladenen zu 1) nicht beantragt und insofern auch nicht erteilt.

Die Kläger erhoben gegen die Baugenehmigung Anfechtungsklage zum Verwaltungsgericht München (VG München). Sie sahen sich durch einen Verstoß gegen das geltende Abstandsflächenrecht in ihren Rechten verletzt. Das VG München hob die Baugenehmigung auf und befand die Baugenehmigung für rechtswidrig, weil die Genehmigung zu Lasten der Kläger gegen die im Verfahren nach Art. 59 BayBO zu prüfenden nachbarschützenden Vorschriften des Abstandsflächenrechts verstöße, soweit mit ihr nach Norden hin eine Grenzbebauung zugelassen wurde. Wegen der Zulassung von Abweichungen von den Anforderungen des Abstandsflächenrechts sei die Prüfung der Bauaufsichtsbehörde nicht auf die beantragte, südliche Gebäudeseite beschränkt gewesen. Vielmehr seien sämtliche Abstandsflächen vom behördlichen Prüfprogramm umfasst gewesen.

### 3. Berufungsentscheidung des BayVGH

Der Entscheidung des VG München schließt sich der BayVGH indes nicht an. Er ist vielmehr der Ansicht, dass die Kläger durch die angefochtene Baugenehmigung nicht in ihren Rechten verletzt sind. Zu Recht stellt der Zweite Senat dabei fest, dass im Rahmen eines vereinfachten Genehmigungsverfahrens nach



Art. 59 BayBO die abstandsflächenrechtlichen Anforderungen nach Art. 6 BayBO nur dann von der Bauaufsichtsbehörde geprüft werden müssen, sofern sie tatsächlich beantragt worden sind. Liegt dagegen kein Abweichungsantrag vor, ist es der Genehmigungsbehörde versagt, den Prüfungsumfang von Amts wegen zu erweitern (vgl. BayVGH, Urteil vom 15.10.2015, Az.: 2 B 15.1431).

Zur Begründung kann zum einen auf den Wortlaut der maßgeblichen Bestimmungen abgestellt werden. Nach Art. 59 S. 1 Nr. 2 BayBO sind vom Prüfungsumfang lediglich „beantragte Abweichungen“ erfasst. Ferner spricht auch Art. 63 Abs. 2 S. 1 BayBO, wonach die „Zulassung von Abweichungen [...] schriftlich zu beantragen“ ist, für die Annahme eines beschränkten Prüfungsumfangs.

Eine uneingeschränkte Prüfpflicht der abstandsflächenrechtlichen Anforderungen würde zum anderen der Intention des Gesetzgebers widersprechen. Der bayerische Gesetzgeber hat sich ausdrücklich dafür entschieden, die Übereinstimmung des Vorhabens mit materiellem Bauordnungsrecht im vereinfachten Baugenehmigungsverfahren nicht prüfen zu lassen (dazu etwa schon BayVGH, Urteil vom 19.01.2009, Az.: 2 BV 08.2567; Urteil vom 01.07.2009, Az.: 2 BV 08.2465). Der gesetzgeberische Wille kommt durch die Differenzierung in Art. 59 S. 1 Nr. 2 BayBO und Art. 60 S. 1 Nr. 2 BayBO auch deutlich zum Ausdruck. Während im vereinfachten Baugenehmigungsverfahren ausschließlich beantragte Abweichungen vom Prüfungsumfang erfasst sein sollen, sind bei Sonderbauten stattdessen sämtliche Anforderungen nach den Vorschriften der BayBO zu prüfen.

Etwaige Abweichungen müssen deshalb für jede Außenwand gesondert beantragt, geprüft und erteilt werden. Ferner kommt eine subjektive Rechtsverletzung wegen einer rechtswidrigen Abstandsflächentiefe von vornherein lediglich bei demjenigen Nachbarn in Betracht, dessen Grundstück der betreffenden Außenwand gegenüberliegt. Zwar hat der Nachbar keinen Anspruch darauf, dass Abweichungen in Bezug auf die Abstandsflächentiefe geprüft werden, die nicht nach Art. 59 S. 1 Nr. 2, 63 Abs. 2 S. 2 BayBO beantragt worden sind (BayVGH, Urteil vom 15.10.2015, Az.: 2 B 15.1431). Die Bauaufsichtsbehörde ist dadurch aber nicht daran gehindert, die Baugenehmigung nach Art. 68 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 BayBO zu versagen, wenn im Rahmen des Baugenehmigungsverfahrens die fehlende Vereinbarkeit des Bauvorhabens mit bauordnungsrechtlichen Anforderungen

festgestellt wird. Ein Anspruch des Nachbarn darauf, dass die Behörde dementsprechend tätig wird, wird vom BayVGH gleichwohl verneint (siehe etwa BayVGH, Beschluss vom 17.07.2013, Az.: 14 ZB 12.1153; Beschluss vom 28.09.2010, Az.: 2 CS 10.1760).

Da die Beigeladene zu 1) hinsichtlich der nördlich liegenden Abstandsflächentiefe des Rückgebäudes keine Abweichung beantragt hatte, war die Frage nach deren Zulässigkeit vorliegend auch nicht vom Prüfungsumfang des Art. 59 S. 1 Nr. 2 BayBO umfasst, die Entscheidung des VG München mithin fehlerhaft.

Diesem Befund steht auch Art. 63 Abs. 1 S. 1 BayBO nicht entgegen, wie der BayVGH zu Recht ausführt. Die Behörde trifft danach eine (intendierte) Ermessensentscheidung, in deren Rahmen eine Ablehnung der beantragten Abweichung nur in atypischen Fällen möglich erscheint. Diesbezüglich hat sie den Sachverhalt zwar vollumfänglich zu ermitteln und sich bei etwaigen Abweichungen ein Gesamtbild von dem Vorhaben zu verschaffen. Dadurch wird der Prüfungsumfang aber nicht erweitert. Die behördliche Pflicht zur Sachverhaltsermittlung beschränkt sich auf die tatsächlich beantragten Abweichungen im Sinn von Art. 63 Abs. 2 S. 2 BayBO. Auch hieraus kann gefolgert werden, dass die Nichteinhaltung von Abstandsflächen durch den Nachbarn nur mit Erfolg gerügt werden kann, wenn eine Abweichung erteilt worden ist (vgl. BayVGH, Urteil vom 15.10.2015, Az.: 2 B 15.1431).

Schließlich ist auch eine aus Art. 65 BayBO folgende Prüfpflicht abzulehnen. Die Vorschrift stellt als Verfahrensvorschrift lediglich formelle Vorgaben zur Behandlung des Bauantrags auf und betrifft überdies ausschließlich den Bauherrn. Art. 65 Abs. 2 BayBO kann deshalb weder eine nachbarschützende Wirkung zugeschrieben werden noch ist die Bestimmung geeignet, den (materiellen) Prüfungsmaßstab der Bauaufsichtsbehörde zu erweitern (vgl. BayVGH, Urteil vom 15.10.2015, Az.: 2 B 15.1431).

#### 4. Fazit

Der BayVGH legt mit überzeugender Begründung dar, dass der behördliche Prüfungsumfang im vereinfachten Verfahren nach Art. 59 S. 1 Nr. 2, 68 Abs. 1 BayBO auf solche Abweichungen beschränkt ist, die tatsächlich beantragt worden sind. Eine andere Auslegung scheint kaum möglich zu sein.

Für den Nachbarn stellt sich die Situation gleichwohl als äußerst unbefriedigend dar: Wird auf einem

Nachbargrundstück ein vereinfachtes Baugenehmigungsverfahren durchgeführt und ist die Einhaltung der Abstandsflächen deshalb nicht zu prüfen, ist der Nachbar darauf angewiesen, dass die Behörde einen etwaigen Verstoß zufällig entdeckt und die Baugenehmigung deshalb wegen des fehlenden Sachbescheidungsinteresses versagt. Geschieht dies nicht, sind dem Nachbarn weitere präventive Maßnahmen gegen die rechtswidrige Baugenehmigung versperrt. Insbesondere eine Drittanfechtungsklage scheidet regelmäßig aus. Dem Nachbarn verbleibt einzig die Möglichkeit, die Bauaufsichtsbehörde zu einer repressiven bauaufsichtlichen Maßnahme zu veranlas-

sen. Dieses Vorgehen ist regelmäßig aber nur dann erfolgversprechend, wenn das Ermessen der Behörde auf null reduziert ist.



**Sebastian Vorwalter**

\_ Rechtsanwalt

vorwalter@lutzabel.com

# VERGABERECHT

## OLG Düsseldorf ändert Rechtsprechung zur Bestimmtheit und Transparenz von Bewertungsmaßstäben: Schulnoten allein reichen nicht (mehr) aus!

RA Christoph Richter | richter@lutzabel.com

Das OLG Düsseldorf hat seine Rechtsprechung zur Transparenz und Bestimmtheit von Bewertungssystemen geändert: Hiernach sind solche Bewertungsmaßstäbe vergaberechtlich unzulässig, bei denen die Voraussetzungen für das Erreichen einer bestimmten Punktzahl lediglich abstrakt beschrieben werden, ohne dass die Bieter vorab anhand zuverlässiger und kalkulierbarer Informationen bestimmen können, welchen „Erfüllungsgrad (Zielerreichungsgrad)“ die Angebote auf der Grundlage konkreter Kriterien aufweisen müssen, um mit den festgelegten Punkten bewertet zu werden. Derartige Wertungssysteme lassen nach Ansicht des Gerichts objektiv Raum für Manipulationen und Willkür bei der Bewertung der Angebote. Bieter müssten daher im Vorhinein erkennen können, auf welche konkreten Leistungen die Vergabestelle besonderen und gegebenenfalls unverzichtbaren Wert legt, damit sie ihre Angebote qualitativ optimal daran ausrichten können (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16.12.2015, Az.: VII-Verg 25/15; Beschluss vom 21. Oktober 2015, Az.: VII-Verg 28/14).

Nach einem ausdrücklichen Hinweis im Beschluss vom 16.12.2015 (OLG Düsseldorf, a.a.O.) dürfte dies auch für einen Bewertungsmaßstab gelten, der sich ausschließlich (ohne weitere Differenzierung) an einem (bisher ebenfalls weithin als statthaft angesehenen) Schulnotensystem orientiert.

Wenngleich das OLG Düsseldorf offen gelassen hat, welcher Grad der Konkretisierung vergaberechtlich ausreichend ist, sind öffentliche Auftraggeber gut beraten, ihre Bewertungssysteme anzupassen, indem sie den Konkretisierungsgrad erhöhen. Ein bis in alle Details ausdifferenziertes Wertungssystem dürfte hierbei allerdings auch weiterhin nicht erforderlich sein (vgl. Ziff. 3).

### 1. Sachverhalt

In den Vergabeverfahren, welche dem jüngst veröffentlichten Beschluss vom 16.12.2015 (OLG Düsseldorf, a.a.O.) zu Grunde lagen, hatte der Auftraggeber für 42 Dienststellen Briefdienstleistungen u.a. für die Verwaltungsstellen des sog. Internen Services ausgeschrieben. Im Rahmen der Angebotswertung wurde u.a. das von den Bietern vorzulegende Logistikkonzept bewertet. Hierzu waren in den Vergabeunterlagen sieben Unterkriterien angegeben worden, auf welche die Bieter im Angebot insbesondere einzugehen hatten.

Nach dem bekannt gegebenen Wertungssystem konnten bei den Wertungskriterien jeweils null bis drei Punkte erzielt werden. Der Bewertungsmaßstab wurde in den Vergabeunterlagen wie folgt erläutert:

- Null Punkte, wenn es (das Angebot) nicht den sich aus den Ausschreibungsbedingungen ergebenden Anforderungen genügt,
- ein Punkt, wenn es mit Einschränkungen den sich aus dem Ausschreibungsgegenstand ergebenden Anforderungen genügt,
- zwei Punkte, wenn es vollumfänglich den sich aus dem Ausschreibungsgegenstand ergebenden Anforderungen genügt,
- drei Punkte, wenn es den sich aus dem Ausschreibungsgegenstand ergebenden Anforderungen besonders dienlich ist.

Das Angebot eines Bieters war letztendlich ausgeschlossen worden, weil bei dem Kriterium „Logistikkonzept“ nach der Wertung des Auftraggebers die vorgegebene Mindestpunktzahl verfehlt worden sei (ein Punkt, statt geforderter zwei Punkte).

### 2. Würdigung des OLG Düsseldorf

Der gewählte Bewertungsmaßstab ist nach der Auffassung des OLG Düsseldorf intransparent. Er lasse in Verbindung mit den aufgestellten Unterkriterien nicht zu, im Vorhinein zu bestimmen, welchen Erfüllungsgrad (Zielerreichungsgrad) die Angebote bei den Unterkriterien zum Logistikkonzept aufweisen müssten, um mit den festgelegten Punktwerten bewertet zu werden. Für Bieterunternehmen sei nicht zu erkennen gewesen, unter welchen Voraussetzungen konkret das Kriterium Logistikkonzept als nicht den Anforderungen genügend (null Punkte), als mit Einschränkungen den Anforderungen genügend (ein Punkt) oder als den Anforderungen besonders dienlich (drei Punkte) gewertet wird. Auch bei der für das Erreichen der Mindestpunktzahl wichtigen mittleren Bewertung mit zwei Punkten (den Anforderungen vollumfänglich genügend) bleibe offen, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen kleinere Einschränkungen gegebenenfalls noch das Testat vollumfänglich genügend rechtfertigen können.

Bieterunternehmen hätten deswegen nicht im Vorhinein beurteilen können, auf welche konkreten Leistungen die Antragsgegnerin besonderen und gegebenenfalls unverzichtbaren Wert gelegt hat, und sie hätten ihre Angebote nicht daran ausrichten können. So sei Bieterunternehmen aufgrund des bekanntgegebenen Wertungsmaßstabs auch verschlossen geblieben, welche Angebotsdefizite bei welchen Unterkriterien einen Abzug von einem oder von zwei Punkten veranlassen – ein im Streitfall für das Erreichen der Mindestpunktzahl (zwei Punkte) ganz wesentlicher Umstand.

Die Anwendung des an Einschränkungen im Vergleich zu den bekanntgegebenen Anforderungen orientierten Bewertungsmaßstabs sei infolgedessen einem ungebundenen, völlig freien Ermessen der Vergabestelle überantwortet worden. Dies gestatte objektiv willkürliche Bewertungen und erzeuge die Gefahr von Manipulationen, vor denen der Wettbewerb als solcher sowie – mit drittschützender Wirkung – Bieterunternehmen vom öffentlichen Auftraggeber durch Festlegung und Bekanntgabe transparenter Bewertungsmaßstäbe zu schützen seien.

Der Vergabesenat des OLG Düsseldorf hat im Übrigen ausdrücklich darauf hingewiesen, dass der Streitfall Parallelen zu solchen Fallgestaltungen aufweise, in denen der Auftraggeber den Bewertungsmaßstab ausschließlich (ohne weitere Differenzie-

rung) an einem sog. Schulnotensystem ausgerichtet hat. Auch derartige Bewertungssysteme dürften zu unbestimmt und intransparent sein.

### 3. Bewertung und Handlungsempfehlung

Das OLG Düsseldorf hat leider (in beiden Entscheidungen) weitgehend offen gelassen, welcher Grad der Konkretisierung ausreichend ist. Es ist zu hoffen, dass der Vergabesenat nicht ein bis in alle Details ausdifferenziertes Wertungssystem vor Augen hat. Zum einen wäre ein solches System völlig unpraktikabel, und zum anderen müsste die Vergabestelle dann die qualitativ zu bewertenden Konzepte der Bieter antizipieren und detaillierte Musterkonzepte vorgeben. In diesem Fall wäre die Abfrage von Konzepten jedoch sinnlos, zumal damit ja gerade bei den Bietern vorhandenes Know-how und Innovationspotential ermittelt werden soll. Überdies würden die Bieter die Musterkonzepte schlichtweg weitestgehend kopieren, um die volle Punktzahl zu erreichen. Es bleibt insofern abzuwarten, ob und wie die geänderte Rechtsprechung des OLG Düsseldorf weiter konkretisiert wird und ob sich diese durchzusetzen vermag.

Öffentliche Auftraggeber sollten die geänderte Rechtsprechung des OLG Düsseldorf jedenfalls zum Anlass nehmen, ihre Bewertungsmaßstäbe entsprechend anzupassen, indem der Konkretisierungsgrad erhöht wird. Hierbei dürfte die „goldene Mitte“ der richtige Weg sein: Für die Bieter muss hinreichend genau erkennbar sein, unter welchen konkreten Voraussetzungen ein Kriterium als nicht, nur mit Einschränkungen oder in vollem Umfang genügend gewertet wird oder andersherum, welche Angebotsdefizite bei welchen Kriterien zu welchen Punktabzügen führen. Die Vorgabe eines Musterkonzepts und ein bis in alle Details ausdifferenziertes Wertungssystem dürften hingegen nicht erforderlich sein.



**Christoph Richter**

Rechtsanwalt

richter@lutzabel.com

## Merkblätter ersetzen keine Rechtsprüfung – Kanalreinigung ist keine Bauleistung

RA Dr. Christian Kokew | kokew@lutzabel.com

Regelmäßig greifen öffentliche Auftraggeber bei der Vorbereitung und Strukturierung von Vergabeverfahren auf im Handel erhältliche „Merkblätter“ mit angeblich hilfreichen vergaberechtlichen Hinweisen zurück. Nachprüfungsinstanzen haben wiederholt die Vergaberechtswidrigkeit einzelner in solchen Merkblättern wiedergegebener Rechtsansichten festgestellt. Die Vergabekammer („VK“) Westfalen musste in ihrem Beschluss vom 05.08.2015 (Az. VK 2-16/15) die Frage beantworten, ob die im Merkblatt DWA-M 197 der Deutschen Vereinigung für Wasserwirtschaft, Abwasser und Abfall e.V. vertretene Einschätzung, nach der die Kanalreinigung eine Maßnahme zur Instandhaltung von Abwasseranlagen darstellt und als Bauleistung im Sinne von § 1 VOB/A nach den Regelungen der VOB/A auszuschreiben ist, rechtmäßig ist.

### 1. Sachverhalt

Ein öffentlicher Auftraggeber (AG) schreibt einen Auftrag über Kanalreinigung, Kanaluntersuchung und -dokumentation nach dem 1. Abschnitt der VOB/A national aus. Er schätzt den Wert des zu vergebenden Auftrags auf einen Betrag, der unter dem für die Vergabe von Bauleistungen maßgeblichen Schwellenwert von (damals) EUR 5.186.000 und über dem für die Vergabe von Dienstleistungen maßgeblichen Schwellenwert von (damals) EUR 207.000 liegt.

Der AG sieht eine Vergabe nach den §§ 97 ff. GWB für nicht erforderlich an, da nach seiner Auffassung der hier maßgebliche Schwellenwert für Bauleistungen von (damals) EUR 5.186.000 nicht erreicht oder überschritten sei. Grund hierfür ist, dass nach dem von ihm für die Einordnung des Auftrags herangezogenen DWA-Regelwerk Merkblatt DWA-M 197 „Ausschreibung von Kanalreinigungsleistungen mit Hochdruckspülverfahren“ die Kanalreinigung eine Maßnahme zur Instandhaltung von Abwasseranlagen darstellt, als Bauleistung im Sinne von § 1 VOB/A zu bezeichnen und als solche nach den Regelungen der VOB/A auszuschreiben ist.

Der Antragsteller (AST) gibt fristgemäß ein Angebot

für den ausgeschriebenen Auftrag ab. Der AG schließt das Angebot des AST vom Vergabeverfahren mit der Begründung aus, der von ihm in der Verpflichtungserklärung zum TVgG-NRW angegebene Mindestlohn unterschreite den nach der 9. BauArbbV vorgegebenen Mindestlohn. Er erteilt schließlich den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen, ohne zuvor ein Informationsschreiben nach § 101 a GWB versendet zu haben.

Der AST rügt den erfolgten Ausschluss seines Angebots als vergaberechtswidrig. Er trägt zudem vor, dass es sich bei dem vergebenen Auftrag um einen Dienstleistungsauftrag handele, der gemäß §§ 97 ff. GWB europaweit hätte ausgeschrieben werden müssen, weil der maßgebliche Schwellenwert von (damals) EUR 207.000 überschritten sei. Aus diesem Grunde wäre der AG verpflichtet gewesen, vor Zuschlagserteilung ein Informationsschreiben nach § 101 a GWB zu versenden. Da er dies unterlassen habe, sei der Vertrag wegen Verstoßes gegen § 101 b Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 GWB unwirksam.

Der AG weist die Rüge insbesondere unter Bezugnahme auf die Einschätzung des DWA-Regelwerksblatts DWA-M 197 zurück, wonach die Kanalreinigung eine Maßnahme zur Instandhaltung von Abwasseranlagen darstelle und daher als Bauleistung im Sinne von § 1 VOB/A zu bezeichnen sei.

Der AST leitet daraufhin ein Nachprüfungsverfahren ein und beantragt die Feststellung, dass der zwischen dem AG und der Beigeladenen zustande gekommene Vertrag gem. 101 b Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 GWB unwirksam ist.

### 2. Entscheidung

Der Antrag hat Erfolg. Die VK Westfalen stellt die Unwirksamkeit des zwischen dem AG und der Beigeladenen geschlossenen Vertrages fest. Nach Auffassung der VK Westfalen ist der zwischen dem AG und der Beigeladenen geschlossene Vertrag gem. § 101 b Abs. 1 Nr. 1 GWB unwirksam, weil der AG vor

Zuschlagserteilung kein Informationsschreiben gem. § 101 a GWB versendet und den AST zu Unrecht ausgeschlossen hat. Nach § 101 b Abs. 1 Nr. 1 GWB ist ein Vertrag von Anfang an unwirksam, wenn der Auftraggeber gegen § 101 a GWB verstoßen hat. § 101 a GWB sieht vor, dass der Auftraggeber die betroffenen Bieter, deren Angebote nicht berücksichtigt werden sollen, über den Namen des Unternehmens, dessen Angebot angenommen werden soll, über die Gründe der vorgesehenen Nichtberücksichtigung ihres Angebots und über den frühesten Zeitpunkt des Vertragsschlusses unverzüglich in Textform zu informieren hat.

Nach Auffassung der VK Westfalen war der AG hier verpflichtet, ein Informationsschreiben gem. § 101 a GWB zu versenden, weil der Auftrag – entgegen der Rechtsauffassung des AG – nach den §§ 97 ff. GWB zu vergeben war. Ein Auftrag ist nach den §§ 97 ff. GWB zu vergeben, wenn ein öffentlicher Auftraggeber i.S.v. § 98 GWB (was beim AG der Fall ist) einen öffentlichen Auftrag i.S.v. § 99 GWB vergibt und der jeweils maßgebliche Schwellenwert überschritten ist (eine Ausnahme vom Anwendungsbereich des Vergaberechts, vgl. §§ 100 Abs. 2 ff. GWB, kam hier offensichtlich nicht in Betracht).

Die Vergabekammer stellt fest, dass sämtliche der vorgenannten Voraussetzungen vorliegen. Sie weist zunächst darauf hin, dass der vergebene Auftrag über die zu erbringende Kanalreinigung, Kanaluntersuchung und -dokumentation – entgegen der Ansicht des AG – gemäß § 99 Abs. 10 S. 2 GWB als Dienstleistungsauftrag i.S.v. § 99 Abs. 4 GWB zu bewerten ist. Gem. § 99 Abs. 10 S. 2 GWB richtet sich der Charakter eines Vertrages, der neben Dienstleistungen auch Bauleistungen umfasst, nach dem Hauptgegenstand des Auftrags. Nach Ansicht der Vergabekammer liegt ein Auftrag vor, der sowohl Bau- als auch Dienstleistungen umfasst und dessen Hauptgegenstand Dienstleistungen sind, weil im Rahmen der schwerpunktmäßig zu erbringenden Reinigungsarbeiten im wesentlichen Saug- und Spülmaßnahmen mit speziellen Fahrzeugen durchzuführen sind. Auch die auftragsgegenständlichen Kanaluntersuchungen und deren Dokumentation stellen Dienstleistungen dar.

Die Vergabekammer stellt weiter fest, dass der für Dienstleistungsaufträge maßgebliche Schwellenwert in Höhe von EUR 207.000 hier bereits nach der Auftragswertschätzung des AG überschritten ist.

Die Vergabekammer stellt weiter fest, dass der AG das Angebot des AST zu Unrecht ausgeschlossen hat,

weil entgegen der Ansicht des AG für die Beurteilung der richtigen Höhe des anzugebenden Mindestlohns hier nicht der nach der 9. BauArbbV vorgegebene Mindestlohn maßgeblich ist. Grund hierfür ist, dass es sich vorliegend um keinen Bauauftrag, sondern um einen Dienstleistungsauftrag handelt und für diesen Auftrag der Mindestlohn nach der 6. AbfallArbbV maßgeblich ist und der vom AST erklärte Mindestlohn diesen Wert überschreitet.

### 3. Praxishinweis

Öffentlichen Auftraggebern ist vor dem Hintergrund der vorliegend besprochenen Entscheidung dringend zu empfehlen, den in zahlreichen Merkblättern wiedergegebenen Rechtsauffassungen nicht ungeprüft zu folgen, sondern jeweils im Einzelfall sorgfältig zu prüfen, wie der jeweils zu vergebende Auftrag vergaberechtlich konkret einzuordnen ist.

Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass der Auftrag vorliegend auch nach § 101 b Abs. 1 Nr. 2 GWB unwirksam gewesen ist. Nach § 101 b Abs. 1 Nr. 2 GWB ist ein Vertrag von Anfang an unwirksam, wenn der Auftraggeber einen öffentlichen Auftrag unmittelbar an ein Unternehmen erteilt, ohne andere Unternehmen am Vergabeverfahren zu beteiligen und ohne dass dies aufgrund des GWB gestattet ist und dieser Verstoß in einem Nachprüfungsverfahren nach § 101 b Abs. 2 GWB festgestellt worden ist. Die Rechtsprechung hat wiederholt festgestellt, dass der Fall des § 101 b Abs. 1 Nr. 2 GWB auch dann vorliegt, wenn der Auftraggeber zwar ein nationales Vergabeverfahren durchgeführt hat, er aber gem. § 97 GWB zur Durchführung eines europaweiten Vergabeverfahrens verpflichtet gewesen wäre (vgl. OLG Rostock, Beschluss vom 06.11.2015 – 17 Verg 2/15; VK Westfalen, Beschluss vom 05.08.2015 – VK 2-16/15). Vergabeverfahren i.S.d. § 101 b Abs. 2 GWB ist daher allein das nach den §§ 97 ff. GWB durchzuführende Vergabeverfahren.



Dr. Christian Kokew

Rechtsanwalt

kokew@lutzabel.com

## **Fragen, Anmerkungen und Wünsche zu Recht Aktuell?**

Wir freuen uns über Ihre Fragen, Anmerkungen und Wünsche bezüglich unserer Informationsschrift Recht Aktuell. Sie können uns gerne eine E-Mail zusenden an [kanzlei@lutzabel.com](mailto:kanzlei@lutzabel.com).

## **Verantwortlicher Redakteur**

RA Dr. Christian Dittert  
LUTZ | ABEL Rechtsanwalts GmbH  
Brienner Straße 29 · 80333 München

## **LUTZ | ABEL Rechtsanwalts GmbH**

### **München**

Brienner Straße 29 · 80333 München  
Telefon +49 89 544147-0  
Telefax +49 89 544147-99  
[muenchen@lutzabel.com](mailto:muenchen@lutzabel.com)

### **Hamburg**

Caffamacherreihe 8 · 20355 Hamburg  
Telefon +49 40 3006996-0  
Telefax +49 40 3006996-99  
[hamburg@lutzabel.com](mailto:hamburg@lutzabel.com)

### **Stuttgart**

Heilbronner Straße 72 · 70191 Stuttgart  
Telefon +49 711 252890-0  
Telefax +49 711 252890-7799  
[stuttgart@lutzabel.com](mailto:stuttgart@lutzabel.com)

### **Augsburg**

Depotstraße 5 ½ · 86199 Augsburg  
Telefon +49 999 828-0  
Telefax +49 999 828-7999  
[augsburg@lutzabel.com](mailto:augsburg@lutzabel.com)

### **Brüssel**

Rond Point Schuman 9/9 · 1040 Brüssel  
Belgien  
Telefon +32 2 2868593  
Telefax +32 2 2301416  
[bruessel@lutzabel.com](mailto:bruessel@lutzabel.com)

[www.lutzabel.com](http://www.lutzabel.com)

