

April 2019



Liebe Leserinnen und liebe Leser,

mit dem Frühlingsanfang gibt es sowohl vom BRANDI Team, als auch aus der Gesetzgebung und Rechtsprechung viel Neues zu berichten.

Wir freuen uns sehr, Ihnen unsere neue Kollegin Frau Nora Loof, sowie die neuen Kollegen Herrn Felix Paul und Herrn Malte Stakowski vorstellen zu können.

Die Kompetenzgruppe Gewerblicher Rechtsschutz & IT-Recht gewährt spannende Einblicke in das Markenrechtsmodernisierungsgesetz, erläutert, warum es sinnvoll sein kann, die Schutzrechte einer Unionsmarke und dem Gemeinschaftsgeschmacksmuster für die eigene Marke zu nutzen, wie Sie gegen negative Bewertung in Bewertungsforen vorgehen können, was es mit dem digitalen Nachlasses auf sich hat und vieles mehr.

Wie kann es zu einer Haftung eines Bauunternehmers kommen, obwohl dessen Gewerk selbst mangelfrei ist?

Stehen die Mindestpreisvereinbarungen nach HOAI vor einem möglichen Aus?

Was sind die Neuerungen in der novellierten VOB/A?

Diese und viele weitere Fragen beantworten die Kolleginnen und Kollegen aus der Kompetenzgruppe Privates Baurecht, Immobilienplanung und -errichtung.

Was regelt die am 1. Januar 2019 in Kraft getretene Bauordnung NRW?

Wie lässt sich erklären, dass zukünftig Weidetierhaltung als „Projekt“ zu definieren ist?

Was für Risiken bergen die Arbeiten an angrenzenden denkmalgeschützten Gebäuden?

Mit diesen und weiteren spannenden Themen hat sich die Kompetenzgruppe Öffentliches Recht beschäftigt.

Spannend ist auch die Entscheidung des OVG Bremen zu der Frage, ob der DFL an den Kosten für den Polizeieinsatz anlässlich des Bundesligaspiele im Jahr 2015 zwischen Bremen und dem Hamburger SV zu beteiligen ist.

Freuen Sie sich auf interessante Ausführungen. Wir wünschen Ihnen viel Vergnügen bei der Lektüre.

Herzlichst

Ihr BRANDI Team

1 Jahr Datenschutz-Grundverordnung

Nach einer langen Vorlaufzeit feiert die DSGVO im Mai 2019 ihren ersten Geburtstag.

Wir informieren in unserem monatlichen Datenschutznewsletter über die verschiedenen Einzelaspekte und aktuelle Entwicklungen. Alle Beiträge sind über unsere Mediathek unter www.brandi.net abrufbar.

Neues aus dem BRANDI Team

Nora Loof

verstärkt seit Januar 2019 unser BRANDI Team in Bielefeld in den Fachbereichen Arbeitsrecht, Urheber- und Medienrecht.

Nora Loof ist seit 2012 Fachanwältin für Urheber- und Medienrecht, seit 2013 Fachanwältin für Arbeitsrecht und seit 2015 Zertifizierter Compliance Officer.

In den Jahren 2008 bis 2015 arbeitete sie in einer Sozietät in Hamm. Von 2015 bis 2018 war sie in einer Sozietät in Bielefeld tätig.



Félix Paul

unterstützt seit Februar 2019 das BRANDI Team in Bielefeld als wissenschaftlicher Mitarbeiter im Bereich Datenschutz und IT-Recht.

Félix Paul studiert Rechtswissenschaft an der Universität Bielefeld. Parallel zum Studium beendet er aktuell den Bachelor Recht und Management.

Während des Studiums wurde er von der Stiftung Studienfonds OWL im Rahmen des Deutschlandstipendiums gefördert.

Malte Stakowski

unterstützt seit April 2019 das BRANDI Team in Bielefeld und wird als Rechtsanwalt im Bereich Datenschutz und IT-Recht tätig sein.

Er hat mit Stipendien der Studienstiftung des Deutschen Volkes und der Konrad-Adenauer-Stiftung an der Universität Osnabrück Rechtswissenschaften mit einer wirtschaftswissenschaftlichen Zusatzausbildung studiert. Anschließend absolvierte er sein Referendariat im Bezirk des OLG Oldenburg.



THOMAS HOEREN



Moderecht

HANDBUCH



Dr. Carsten Hoppmann und Rebecca Ganz haben an dem Handbuch „Moderecht“ (Herausgeber: Prof. Dr. Thomas Hoeren, Universität Münster) mitgewirkt.

Im Bereich des Moderechts ist stets die Gefahr der Reproduktion und Imitation der geschaffenen Modeerzeugnisse präsent, weshalb die Möglichkeiten zum Schutz der eigenen Arbeitsergebnisse für Designer und Produzenten von enormer Wichtigkeit sind. Unsere beiden Rechtsanwälte vom Standort Hannover haben sich mit solchen Schutzmöglichkeiten für Produkte aus der Modeindustrie befasst. Dr. Carsten Hoppmann ist in diesem Zusammenhang Verfasser der Kapitel „Markenrecht“ sowie „Patentrecht“ und Frau Ganz Verfasserin des Kapitels „Ergänzender lauterkeitsrechtlicher Leistungsschutz“.

Das Buch erscheint im Mai 2019 im C. H. Beck Verlag.

Inhalt	Seite
Neues aus dem BRANDI Team	3
Gewerblicher Rechtsschutz & IT Recht	6
Frank Schembecker	
Retten Sie Ihre Geschäftsgesheimnisse!	6
Dr. Carsten Hoppmann	
Das Markenrechtsmodernisierungsgesetz – Was hat sich zum 14.01.2019 verändert?	6
Dr. Kevin Kruse	
Neue Strategien bei der Anmeldung von Marken und Designs erforderlich?	7
Dr. Hans-Jürgen Buchmüller	
Keine Werbung mit „gekauften“ Kundenbewertungen ohne Hinweis auf Entgeltlichkeit	7
Frank Schembecker	
Abwerbeanrufe auf privatem Mobiltelefon eines Arbeitnehmers	8
Nora Loof	
Bewertungsforen	9
Dr. Sebastian Meyer	
Löschtung von Ergebnissen bei Google	10
Neue Vorgaben für Fanpages bei Facebook	11
Dr. Jörg König	
Abmahnungen von Verstößen gegen die Datenschutzgrundverordnung (DSGVO)	12
Dr. Christoph Rempe	
Die Einwilligungskrankheit im Datenschutzrecht	13
Rebecca Ganz	
Umgang mit dem digitalen Nachlass	13
Privates Baurecht, Immobilienplanung und -errichtung	15
Dr. Christian Kollmeier	
Drum prüfe, was sich ewig bindet	15
Dr. Sebastian Huck	
Der Untergang des Abendlandes ? – Unwirksame HOAI-Mindestsätze	15
Daniel Wittig	
Anspruch auf Anerkennung eines Mangels	16
Dr. Annette Mussinghoff-Siemens	
VOB/A 2019 – Wesentliche Änderungen	16

Inhalt	Seite
Öffentliches Recht	18
Charlotte Bachmaier	
Zur Auslegung des Projektbegriffs im Sinne des Art. 6 Abs. 3 der FFH-Richtlinie FFH-Verträglichkeitsprüfung für „klassische“ Weidetierhaltung und Düngung?	18
Nina Drücke	
Aktuelle Rechtsprechung des OVG NRW zur Antragsfrist im Normenkontrollverfahren bei mangelhafter Bekanntmachung eines Flächennutzungsplanes mit Ausschlusswirkung sowie „Handlungsempfehlung“ bei offensichtlicher Planunwirksamkeit	19
Dr. Nils Gronemeyer	
Bauordnung 2018 in Kraft getreten	19
Definition des Vollgeschosses abhängig vom Inkrafttreten des Bebauungsplans	20
Dr. Andreas Pieper	
Zur Begrenzung gerichtlicher Kontrolle durch den Erkenntnisstand der Fachwissenschaft – die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 23.10.2018	20
Dr. Manfred Schröder	
Neue Probleme bei der Durchführung von Genehmigungsverfahren für Schweine- und Geflügelhaltungsanlagen	21
Andreas Wiemann	
„Interdisziplinäres Baurecht“: Arbeiten neben angrenzenden (denkmalgeschützen) Gebäuden!	22
Aktuelles	24
Prof. Dr. Martin Dippel	
Luftreinhaltung, Fahrverbote und die Standortwahl für Messstationen	24
Dr. Jörg Niggemeyer	
Update: Profifußball in der „Gebührenfalle“? Bundesverwaltungsgericht hält Kostenbeteiligung der DFL grundsätzlich für möglich	25
Die Autoren	26

Gewerblicher Rechtsschutz & IT Recht

Frank Schembecker

Retten Sie Ihre Geschäftsgesheimnisse!

Der deutsche Gesetzgeber ist bereits seit letztem Jahr in Verzug mit der Umsetzung einer EU-Richtlinie, die den Schutz von Geschäftsgesheimnissen neu regelt. Kern der Neuregelung ist, dass nur noch das geschützt ist, was Gegenstand angemessener Schutzvorkehrungen ist. Eine entsprechende Voraussetzung gab es bisher nicht, sodass hier für viele Unternehmen Prüfungs- und Handlungsbedarf besteht. Die erforderlichen Schutzmaßnahmen betreffen organisatorische Vorkehrungen, die IT-Sicherheit und insbesondere vertragliche Vereinbarungen mit Arbeitnehmern und Geschäftspartnern.

Das Thema ist nunmehr ganz aktuell, nachdem der Bundestag das Gesetz am 21.03.2018 beschlossen hat. Es wird direkt am Tage nach seiner Verkündung im Bundesgesetzblatt in Kraft treten. Damit ist jetzt kurzfristig zu rechnen.

Über konkrete und speziell auf die Situation Ihres Unternehmens zugeschnittene Handlungsempfehlungen informieren wir Sie gerne.

Dr. Carsten Hoppmann

Das Markenrechtsmodernisierungsgesetz – Was hat sich zum 14.01.2019 verändert?

Das Markenrechtsmodernisierungsgesetz passt das deutsche Markenrecht noch näher an die europäischen Regelungen an. Die Modernisierung bringt viele Neuerungen mit sich, die sowohl aktuelle als auch zukünftige Markeninhaber erfreuen dürften. Es ist jedoch auch Vorsicht geboten. Denn wo viele Änderungen in Kraft treten werden diese im Detail auch schnell übersehen, sodass sich eine rechtliche Beratung mehr denn je anbietet.

Grafische Darstellbarkeit nicht mehr erforderlich

Es weht frischer Wind durch das Markenregister! Der Gesetzgeber hat das Erfordernis der grafischen Darstellbarkeit gestrichen. Es genügt nun, dass die Marke klar und eindeutig bestimmt werden kann. Zwar wird das Markenregister in Deutschland schon seit 1999 vollständig elektronisch geführt, einen inhaltlichen Mehrwert hatte dies für Markeninhaber bislang jedoch nicht. Fast 20 Jahre gingen so ins Land, doch passt sich das Markengesetz dem fortlaufenden technischen Fortschritt nun endlich an und verbessert die Rechtslage für unkonventionelle Markenformen wie akustische Klangmarken, Bilderfolgen und Hologramme sowie möglicherweise auch für Tast-, Geruchs- und haptische Marken. Diesen war der Weg in das Markenregister aufgrund der fehlenden grafischen Darstellbarkeit bislang verwehrt. Eine (kleine) Einschränkung gibt es jedoch bei der Wahl der Darstellungsmittel. Das Zeichen muss nämlich mit „allgemein zugänglicher Technologie“ dargestellt werden können. Wie sich diese neuen Voraussetzungen tatsächlich auswirken, wird sich durch die Eintragungspraxis und Rechtsprechung erst zeigen und darf gespannt verfolgt werden.

Designer aufgemerkt

Die Neufassung des Markengesetzes schließt nun auch solche Zeichen vom Markenschutz aus, die ausschließlich aus Formen

oder anderen charakteristischen Merkmalen bestehen, die durch die Art der Ware selbst bedingt sind, zur Erreichung einer technischen Wirkung erforderlich sind oder der Ware einen wesentlichen Wert verleihen. Gerade der letztgenannte Ausschließungsgrund könnte für bestimmte Designobjekte, wie etwa Bekleidungsstücke, die Erlangung des Markenschutzes in Zukunft erschweren.

Besser wird die Rechtslage hingegen für Lebensmittelproduzenten. Denn das neue Recht schließt nun auch bestimmte geografische Angaben und Ursprungsbezeichnungen von der Eintragung aus. Dies erfasst vor allem Lebensmittel, traditionelle Spezialitäten, Wein und Spirituosen, die nach nationalen oder europäischen Rechtsvorschriften geschützt sind. Anmelder können Marken, die derartige Bezeichnungen direkt oder indirekt enthalten, danach nur noch für ausdrücklich spezifikationsgemäße Waren eintragen lassen.

Der Kampf gegen die Produktpiraterie

Bislang waren Markeninhaber im Falle der Durchfuhr rechtsverletzend gekennzeichneter Waren weitgehend schutzlos gestellt. Der bloße Transit von Waren stellte nach der Rechtsprechung bislang grundsätzlich keine Markenverletzung dar. Dies galt unabhängig davon, ob die Waren in dem Drittstaat rechtmäßig oder rechtswidrig gekennzeichnet wurden, sie für einen Mitgliedsstaat oder einen Drittstaat bestimmt waren oder ob in dem Bestimmungsland Markenschutz bestand oder nicht, solange der Markeninhaber nicht darlegen konnte, dass die Waren tatsächlich im Transitstaat selbst in Verkehr gebracht werden sollten. Diese Rechtsprechung öffnete der Produktpiraterie Tür und Tor. Denn ob die gefälschte Ware tatsächlich nur auf der Durchreise war oder heimlich doch in den Verkehr gebracht wurde, war in der Regel nur schwer nachweisbar. Der neu geschaffene § 14 a MarkenG soll diesem Schutzdefizit begegnen, die Rechte der Markeninhaber stärken und somit der Eindämmung der Produktpiraterie dienen. Danach kann der Inhaber einer Marke einem Dritten untersagen, im geschäftlichen Verkehr Waren in das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland zu verbringen, ohne die Waren dort in den zollrechtlich freien Verkehr zu überführen, wenn die Waren aus Drittstaaten stammen und ohne Zustimmung des Markeninhabers ein Zeichen aufweisen, das dem Zeichen des Markeninhabers identisch oder hochgradig ähnlich ist.

Die neue Gewährleistungsmarke

Mit der nun geregelten Gewährleistungsmarke findet eine neue Markenkategorie Einzug in das Markengesetz. Diese soll anders als herkömmliche Individualmarken keinen Hinweis auf ein bestimmtes Unternehmen darstellen, sondern eine bestimmte Beschaffenheit garantieren. Der Markeninhaber muss in einer öffentlichen Gewährleistungsmarkensatzung erklären, für welche Waren und Dienstleistungen die Marke gilt, welche Eigenschaften von der Gewährleistung umfasst werden und wie er diese kontrolliert. Das Zeichen selbst muss seinen Charakter als Gewährleistungsmarke klar erkennen lassen.

Zu einer Inflation vermeintlicher Gütesiegel wird diese Neuregelung aber nicht führen. Es besteht nämlich das sogenannte Neutralitätsgebot, wonach der Inhaber der Gewährleistungsmarke selbst keine Waren oder Dienstleistungen anbieten darf, für die diese Gewährleistung besteht.

Vorsicht bei der Schutzdauer

Die Berechnung der Schutzdauer von zehn Jahren ändert sich für alle neu einzutragenden Marken. Sie endet künftig genau zehn Jahre nach dem Anmeldetag und nicht wie bisher zehn Jahre zum Ende des Monats, in welchem die Marke angemeldet worden ist. Für alle bereits eingetragenen Marken bleibt es vorerst beim Schutz bis zum jeweiligen Monatsende.

Resümee

Das Markenrecht folgt dem Lauf der Zeit. Es öffnet sich für moderne Markenformen und begegnet dem wachsenden Problem der Produktpiraterie. Und auch wenn sich die meisten Änderungen des Markengesetzes auf Europäischer Ebene in Form der Unionsmarkenverordnung bereits beweisen mussten, bleibt doch abzuwarten, wie das Deutsche Patent- und Markenamt (DPMA) diese in der Praxis anwendet. Gerne begleiten wir Sie und Ihre Marke bei diesem spannenden Prozess.

Dr. Kevin Kruse

Neue Strategien bei der Anmeldung von Marken und Designs erforderlich?

Wer seine Waren oder Dienstleistungen ausschließlich in Deutschland anbietet, braucht auch nur nationale Marken und Designs. Wer aber auch grenzüberschreitend tätig ist, sollte über die Anmeldung von Schutzrechten in anderen Ländern nachdenken. Das EU-Recht stellt dafür mit der Unionsmarke und dem Gemeinschaftsgeschmacksmuster zwei Schutzrechte zur Verfügung, die mit überschaubaren Kosten in einem relativ einfachen Verfahren angemeldet werden können und die unionsweiten Schutz genießen. Selbst wenn sich das eigene Geschäft nur auf wenige Mitgliedsstaaten der Europäischen Union beschränkt, ist es daher häufig günstiger, Unionsschutzrechte anzumelden als Marken oder Designs in einzelnen Ländern. Da auch Deutschland zur Europäischen Union gehört und die Unionsmarke und das Gemeinschaftsgeschmacksmuster somit hier denselben Schutz genießen, wie eine nationale Marke bzw. ein nationales Design, sind viele Unternehmen dazu übergegangen, ausschließlich Unionsschutzrechte anzumelden, um sich dadurch die Kosten für eine parallele nationale Anmeldung zu sparen.

Eine Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 09.11.2017 (Az. I ZR 164/16) gibt jedoch Veranlassung, diese Anmeldestrategie zu überdenken. Der Bundesgerichtshof hatte es mit der Klage aus einer Unionsmarke gegen einen italienischen Anbieter von Parfums zu tun. Die Produkte wurden auf einer deutschsprachigen Internetseite, die allerdings auf einem Server in Italien gehostet wurde, angeboten. Während es bei deutschen Schutzrechten nach der Rechtsprechung so ist, dass es bei Internetangeboten für die Zuständigkeit deutscher Gerichte darauf ankommt, ob sich diese bestimmungsmäßig (auch) an Kunden in Deutschland richten, soll dies nach Auffassung des Bundesgerichtshofes bei Unionsmarken (und somit im Ergebnis auch bei Gemeinschaftsgeschmacksmustern) nicht gelten. Hier kommt es auf den Sitz des Anbieters bzw. darauf an, wo die Angebote von ihm ins Internet gestellt werden. Das war im vorliegenden Fall Italien, weshalb die deutschen Gerichte für die Ansprüche aus der Unionsmarke nicht zulässig waren.

Diese Entscheidung hat für die Praxis eine erhebliche Bedeutung. Denn es kommt sehr häufig vor, dass die Anbieter von rechtsverletzenden Produkten im EU-Ausland sitzen und von dort aus ihre Produkte oder Dienstleistungen über das Internet in Deutschland anbieten. Indizien dafür, dass sich das Angebot an Kunden in Deutschland richtet, sind z. B. eine (Unter-)Seite in deutscher Sprache, Lieferbedingungen, die eine Versendung nach Deutschland ausdrücklich vorsehen oder der Hinweis auf die Einhaltung bestimmter Regelungen, die nur in Deutschland gelten. Wer lediglich über eine Unionsmarke verfügt, kann jedoch nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes solche Schutzrechtsverletzungen künftig nur noch am Sitz des Verletzers, also in der Regel im Ausland, geltend machen. Das ist aus verschiedenen Gründen für deutsche Schutzrechtsinhaber in der Regel nachteilig: In vielen EU-Ländern sind die Kosten für die gerichtliche Verfolgung von Schutzrechtsverletzungen deutlich höher als in Deutschland und zumeist auch nur teilweise erstattungsfähig. In einigen Ländern dauern gerichtliche Verfahren auch deutlich länger als in Deutschland. Hinzu kommt, dass ausländische Anwälte beauftragt werden müssen, mit denen die Kommunikation oft nicht einfach ist.

Für Schutzrechtsinhaber aus Deutschland ist es somit in der Regel vorteilhaft, gegen Rechtsverletzungen auch vor deutschen Gerichten vorgehen zu können. Um dies bei Internetangeboten aus dem Ausland sicherzustellen, reicht es aber nicht mehr aus, lediglich Unionsmarken bzw. Gemeinschaftsgeschmacksmuster anzumelden. Es ist vielmehr sinnvoll, daneben auch über nationale Schutzrechte zu verfügen. Das ist zwar etwas teurer, weil zusätzlich zu den Unionsschutzrechten auch noch deutsche Marken bzw. Designs angemeldet werden müssen. Im Falle einer Verletzung durch ein Internetangebot aus dem Ausland zahlt sich diese zusätzliche Investition aber aus. Es ist auf der anderen Seite auch keine Option, auf die Unionsschutzrechte vollständig zu verzichten. Denn dadurch wird die Gefahr begründet, dass Dritte im Ausland eigene Kennzeichen- oder Designrechte begründen, die dem Vertrieb des deutschen Unternehmens im EU-Ausland entgegengehalten werden könnten.

Es besteht allerdings Hoffnung, dass der Bundesgerichtshof seine Auffassung noch einmal überdenken muss. Denn der Court of Appeal für England und Wales hat dem Europäischen Gerichtshof kürzlich einen vergleichbaren Fall mit der Frage vorgelegt, welches Gericht bei transnationalen Markenverletzungen über das Internet örtlich zuständig sei. Bis der Europäische Gerichtshof diese Frage geklärt hat, sollten jedoch vorsorglich neben den Unionsschutzrechten immer auch nationale Kennzeichen und Designs angemeldet werden.

Dr. Hans-Jürgen Buchmüller

Keine Werbung mit „gekauften“ Kundenbewertungen ohne Hinweis auf Entgeltlichkeit

Internetshopping wird immer beliebter. Es hat aber Besonderheiten: Der Kunde kann die Ware nicht anfassen und prüfen. Es gibt auch keinen Verkäufer, der beraten könnte. Daher sind Produktbewertungen von Kunden, die den Artikel gekauft und ausprobiert haben, für den potentiellen Käufer üblicherweise von besonderem Interesse für seine Kaufentscheidung. Für die Verkäufer sind sie ein wichtiges Verkaufsargument. Beim Internethändler Amazon werden Produkte z. B. auf einer Skala von bis zu 5 Sternen bewertet.

Die Stiftung Warentest hat jüngst auf eine Studie der Technischen Universität Dortmund hingewiesen, die bei über 1.300 Elektronikprodukten die Bewertungen verglichen haben, die diese von der Stiftung Warentest und bei den Amazon-Rezensionen erhalten hatten. Hierbei ergab sich, dass diese Bewertungen signifikant voneinander abwichen. Gerade einmal bei knapp 1/3 der Fälle war der Testsieger der Stiftung Warentest auch das bei Amazon am besten bewertete Produkt. Häufig trügt also der durch die Bewertungssterne vermittelte Schein. Gründe dafür gibt es mehrere. Ein wesentlicher Grund ist aber jedenfalls, dass positive Bewertungen häufig manipuliert werden. Selbst Amazon-Kritiken mit dem Hinweis „Verifizierter Kauf“ müssen nicht echt sein. Häufig werden Amazon-Kunden von Herstellern dafür bezahlt, bestimmte Produkte zu kaufen und mit 5 Sternen zu bewerten.

Zu solchen gefakten Amazon-Rezensionen hat jetzt das Oberlandesgericht Frankfurt mit Urteil vom 22.02.2019 zum Aktenzeichen 6 W 9/19 entschieden. Klägerin in diesem Verfahren war Amazon selbst. Die Beklagte bot sogenannten Drittanbietern, also von Amazon unabhängigen Verkäufern, auf amazon.de die Erstellung und Veröffentlichung von Kundenrezensionen gegen Entgelt an. Die Beklagte vermittelte dem Drittanbieter auf Wunsch einen Tester, der das über amazon.de erworbene Produkt bewertete. Als Gegenleistung für dessen Rezension erhielt der Tester das getestete Produkt kostenlos oder gegen Zahlung allenfalls eines kleinen Teils des eigentlichen Preises. Die Rezension wurde dann über das Portal der Beklagten automatisiert bei amazon.de eingestellt. Amazon selbst hielt es für unlautere Werbung im Sinne des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), dass die Beklagte diese Kundenbewertungen „gegen Entgelt“ auf amazon.de veröffentlichte, ohne darauf hinzuweisen, dass der Tester hierfür einen vermögenswerten Vorteil erhalten hatte.

Dem ist das Oberlandesgericht Frankfurt gefolgt. Nach § 5a Abs. 6 UWG handelt unlauter, wer den kommerziellen Zweck einer geschäftlichen Handlung nicht kenntlich macht, sofern sich dieser nicht unmittelbar aus den Umständen ergibt, und das Nichtkenntlichmachen geeignet ist, den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er anderenfalls nicht getroffen hätte. Die Beklagte hatte den kommerziellen Zweck der eingestellten Produktbewertungen nicht kenntlich gemacht. Der Verbraucher konnte den kommerziellen Zweck auch nicht aufgrund sonstiger Umstände erkennen. Hinter jedem Bewertungsportal stehe der Gedanke, dass die Bewertenden, die Produkte aufgrund eines eigenständigen Kaufentschlusses erworben haben, Bewertungen unbeeinflusst von Dritten abgeben. Zwar könne nicht unbedingt eine objektive Bewertung erwartet werden, wohl aber eine „authentische“, eben nicht „gekaufte“ Bewertung. Da sich Verbraucher an solchen Kundenbewertungen in aller Regel orientieren, sei das Verschweigen der Entgeltlichkeit geeignet, sie zu einer Kaufentscheidung zu veranlassen, die sie andernfalls nicht getroffen hätten.

Auch weil solche gefakten Rezensionen in der Praxis weit verbreitet sein dürften, kommt die Studie der Technischen Universität Dortmund zu dem Schluss, dass sich Kundenbewertungen nicht gut eignen, um die Qualität eines Produkts einzuschätzen.

Frank Schembecker

Abwerbeanrufe auf privatem Mobiltelefon eines Arbeitnehmers

Das OLG Frankfurt hat sich aktuell mit der Frage befasst, welche Regeln für einen Abwerbeversuch bei einem Arbeitnehmer per Anruf auf dessen privatem Handy gelten.

Unter dem Aspekt einer wettbewerbswidrigen gezielten Behinderung eines Unternehmens (= des aktuellen Arbeitgebers) gibt es lediglich Einschränkungen für eine Kontaktaufnahme zu einem Arbeitnehmer an dessen Arbeitsplatz. Wird ein Arbeitnehmer dagegen privat angesprochen, beeinträchtigt dies die Betriebsabläufe seines Arbeitgebers nicht.

Das Abwerben von Mitarbeitern eines anderen Unternehmens ist als Teil des freien Wettbewerbs grundsätzlich erlaubt, auch zwischen Mitarbeitern auf demselben Absatzmarkt. Der aktuelle Arbeitgeber kann aber durch Abwerbemaßnahmen gegenüber den eigenen Arbeitnehmern unzumutbar beeinträchtigt werden, wenn die Ungestörtheit der Betriebsabläufe beeinträchtigt wird. Bei der Abwägung, ob Anrufe während der Arbeitszeit als unlauter zu beurteilen sind, sind die Interessen aller Beteiligten zu berücksichtigen (also die der beteiligten Unternehmen und auch die des Arbeitnehmers). Danach ist ein Abwerbeanruf am Arbeitsplatz des Arbeitnehmers zulässig, wenn er nur der ersten kurzen Kontaktaufnahme dient, bei der sich der Anrufer vorstellt, den Zweck seines Anrufs mitteilt, erfragt, ob der Angerufene an einer Kontaktaufnahme als solcher und zu diesem Zeitpunkt Interesse hat, (bei Interesse des Angerufenen) die offene Stelle knapp umschreibt, und, falls danach ein Interesse des Angerufenen besteht, eine Kontaktmöglichkeit außerhalb des Arbeitsbereichs verabredet. Eine wenige Minuten überschreitende Gesprächsdauer ist allerdings bereits ein Indiz dafür, dass der Anrufer die so umschriebene Grenze des Zulässigen überschritten hat. Damit ist zugleich klar, dass Folgekontakte am Arbeitsplatz unzulässig sind.

Wer einen Mitarbeiter am Arbeitsplatz telefonisch zum Zweck der Abwerbung anspricht, betreibt im Betrieb des aktuellen Arbeitgebers eine gegen diesen gerichtete Werbung zugunsten eines Wettbewerbers. Der aktuelle Arbeitgeber muss zwar als Folge des freien Wettbewerbs hinnehmen, dass Mitarbeiter abgeworben werden, sein grundgesetzlich geschütztes Recht auf wirtschaftliche Betätigungsfreiheit würde aber unzumutbar beeinträchtigt, wenn er auch unbeschränkt dulden müsste, dass zum Zweck der Abwerbung Mittel seines Betriebs in Anspruch genommen werden und der Arbeitsablauf in seinem Betrieb gestört wird. Durch den Anruf des Abwerbers wird der angesprochene Mitarbeiter während der Arbeitszeit von seiner Tätigkeit für seinen aktuellen Arbeitgeber abgehalten. Zudem bedient sich der Anrufer bei seinem Anruf im Interesse eines fremden Unternehmens der Betriebsorganisation des aktuellen Arbeitgebers, für den der Angerufene aktuell tätig ist (insbesondere der betrieblichen Telefoneinrichtung sowie gegebenenfalls der Vermittlung durch eine Telefenzentrale oder durch Kollegen des Angerufenen). Der aktuelle Arbeitgeber wird damit vom Anrufer ungewollt quasi als Helfer in Anspruch genommen. Wenn weitere Mitarbeiter von einem Abwerbeanruf erfahren, kann dies zudem Unruhe in den Betrieb des aktuellen Arbeitgebers bringen. Weiter besteht die Gefahr, dass ein Abwerbegespräch dazu benutzt wird, den Angerufenen über seinen aktuellen Arbeitgeber und die dortigen Verhältnisse auszuhorchen.

Nachdem es heute keine Besonderheit mehr ist, dass private Handys von Mitarbeitern auch am Arbeitsplatz (zu beruflichen oder privaten Zwecken) benutzt werden, ist bei einem Abwerbeanruf auf einem privaten Handy nach Auffassung des OLG Frankfurt nicht automatisch ein längeres Gespräch - über eine erste Kontaktaufnahme wie beschrieben hinaus - zulässig. Dem Anrufer ist vielmehr zuzumuten, zu Beginn des Gespräches zunächst nachzufragen, ob sich der Angerufene gerade am Arbeitsplatz bzw. bei der Arbeit befindet oder nicht. Da es hier um insgesamt sieben Anrufe am Arbeitsplatz innerhalb von fünf Tagen ging, war der Rahmen des Zulässigen klar überschritten.

Das Gericht musste sich daher nicht mit der weiteren Frage befassen, ob Anrufe in der Privatsphäre wie hier ohne ausdrückliche Einwilligung des Betroffenen (auch) nach den Regeln für Werbeanrufe ohne weiteres unzulässig sind. Nach Wettbewerbsrecht sind Werbeanrufe bei einem Verbraucher ohne dessen vorherige ausdrückliche Einwilligung ohne Wenn und Aber unzulässig. Die Situation und Interessenlage des Angerufenen ist bei einem Abwerbeanruf jedoch nicht vergleichbar mit derjenigen eines „normalen“ Werbeanrufs bei einem Verbraucher. Der Angerufene wird bei einem Abwerbeanruf nicht als Verbraucher im Sinne dieser gesetzlichen Regelung angesprochen.

Nora Loof

Bewertungsforen

Vorgehen gegen negative Bewertungen im Internet

Viele Unternehmer und Arbeitgeber ärgern sich über negative Bewertungen in Bewertungsportalen, die doch eigentlich dazu dienen sollen, neue Mitarbeiter oder Kunden zu akquirieren und dann das Gegenteil bewirken: Schlechte Bewertungen von Mitarbeitern und Bewerbern oder unzufriedenen Kunden führen dazu, dass die erwartete Bewerbungsflut auf eine ausgeschriebene Stelle ausbleibt oder Umsatzeinbußen in Kauf genommen werden müssen. Bewertungsportale im Internet haben mittlerweile eine enorme wirtschaftliche Bedeutung. Ebenso wie eine Vielzahl positiver Bewertungen zu einem sprunghaften Anstieg der Unternehmensumsätze führen kann, können negative Bewertungen - manchmal schon eine einzige - in erheblichen Umsatzeinbußen und Imageverlust eines Unternehmens resultieren.

Für den Betroffenen stellt sich in solchen Fällen die Frage, ob und wie er gegen negative Bewertungen vorgehen kann. So hat der Bundesgerichtshof im letzten Jahr einem Arzt Recht gegeben, der die Löschung seines Profils aus dem Ärztebewertungsportal Jameda verlangt hatte (Urteil v. 20.02.2018, Az. VI ZR 30/17). In dem vom BGH entschiedenen Fall kam es allerdings auf die Prüfung einer konkreten Bewertung gar nicht mehr an, da der Portalbetreiber das Profil des Betroffenen löschen musste, weil begründete Zweifel an der Neutralität der Plattform bestanden. Wenn ein solcher Fall nicht vorliegt, besteht ein Löschungsanspruch nur, wenn die Bewertung an sich die Rechte des Betroffenen verletzt.

Wann ist eine Bewertung rechtswidrig?

Wenn ein Nutzer öffentlich eine Bewertung eines Anbieters vornimmt, ist zunächst zu klären, ob es sich dabei um bloße Meinungsäußerungen bzw. Werturteile oder (auch) um Tatsachenbehauptungen handelt. Während Meinungen allein durch

Elemente der Stellungnahme oder des Dafürhaltens geprägt werden, sind Tatsachenbehauptungen nur solche Äußerungen, die beweisbar sind.

Es stehen in diesem Fall zwei Grundrechte in Streit, nämlich das Recht auf Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 GG) des Bewertenden auf der einen Seite und das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb des bewerteten Unternehmers, das Ausfluss der Eigentumsfreiheit (Art. 14 GG) ist, auf der anderen Seite, so dass eine Abwägung zwischen beiden vorzunehmen ist.

Das Recht auf Meinungsfreiheit schützt von vornherein zwei Fallgruppen nicht, nämlich die Verbreitung unwahrer Tatsachenbehauptungen und die sogenannte Schmähkritik, das sind schwere Beleidigungen.

Es ist also im ersten Schritt festzustellen, ob die zu prüfende Bewertung unwahre Tatsachenbehauptungen enthält. Hier sind zunächst Meinung und Tatsachenbehauptung voneinander abzugrenzen. Sind die verbreiteten Tatsachen unwahr, liegt eine rechtswidrige Bewertung vor. Handelt es sich hingegen tatsächlich lediglich um eine Meinungsäußerung, also um die reine Kundgabe eines Werturteils, ist in einem weiteren Schritt zu prüfen, ob es sich um Schmähkritik handelt. Schmähkritik ist eine Äußerung, bei der nicht mehr die Auseinandersetzung in der Sache, sondern die Diffamierung der Person im Vordergrund steht. Die Abgrenzung kann im Einzelfall schwierig sein, zumal auch recht harte und sogar polemische Kritik durchaus noch unterhalb der Schwelle der Schmähkritik liegen kann.

Ergibt die Prüfung, dass weder unwahre Tatsachenbehauptungen noch Schmähkritik in der Bewertung enthalten sind, ist sie nicht rechtswidrig und kann somit in der Regel nicht angegriffen werden

Gegen wen ist der Löschungsanspruch zu richten?

Ergibt die Prüfung, dass die Bewertung rechtswidrig ist, stellt sich die Frage, gegen wen die hieraus folgenden Unterlassungsansprüche geltend zu machen sind.

In Betracht kommt als Anspruchsgegner zunächst der Verfasser der Bewertung. Häufig scheitert die Durchsetzung der Ansprüche gegen diesen daran, dass seine Identität nicht bekannt ist. Nahezu jede der gängigen Bewertungsplattformen im Internet lässt nämlich eine anonyme Bewertung zu.

Als Verantwortlicher kommt daher zumeist lediglich der Betreiber der Bewertungsplattform in Betracht. Dieser verbreitet die rechtswidrige Bewertung allerdings nicht unmittelbar, sondern hält lediglich fremde Inhalte zum Abruf bereit. Er ist sogenannter Hostprovider oder auch Diensteanbieter im Sinne des § 10 Telemediengesetz (TMG). Dieser haftet zunächst nicht unmittelbar für rechtswidrige Inhalte. Die Haftung des Hostproviders tritt regelmäßig erst dann ein, wenn er spezifische Prüfungspflichten verletzt.

In aller Regel trifft den Betreiber eines Bewertungsportals keine allgemeine Prüfungspflicht im Sinne einer Vorabprüfung. Vielmehr ist er erst ab dem Zeitpunkt, in dem er Kenntnis von einer rechtswidrigen Äußerung auf seinem Bewertungsportal erhält, verpflichtet, tätig zu werden. Der Betreiber des Bewertungsportals wird daher zunächst auf die Rüge des Betroffenen

hin etwaige rechtswidrige Inhalte suchen und die Bewertung löschen, soweit diese erkennbar Schmähkritik enthält. Sodann wird der Betreiber, in der Regel in Abstimmung mit dem Bewerter, versuchen, etwaige unwahre Tatsachenbehauptungen herauszufiltern. Verweigert der Portalbetreiber die Löschung, obwohl von ihm rechtswidrige Inhalte verbreitet werden, kann er auf Unterlassung verklagt werden.

Dr. Sebastian Meyer

Lösung von Ergebnissen bei Google

Google hat im Bereich der Suchmaschinen einen Marktanteil in Deutschland von mehr als 95 %, andere relevante Anbieter gibt es neben Google also praktisch nicht. Wenn eine Internetseite von Google nicht als Treffer angezeigt wird, ist sie faktisch nur noch aufrufbar, wenn die genaue Internetadresse (URL) bekannt ist. Vor diesem Hintergrund kann es bei rechtswidrigen Veröffentlichungen im Internet eine gute Alternative sein, nicht gegen den Urheber vorzugehen, sondern einfach für eine Löschung aus der Trefferliste von Google zu sorgen. Diese Alternative ist vor allem dann interessant, wenn ein Vorgehen gegen die Urheber schwierig oder unmöglich ist, etwa weil der Urheber im Ausland sitzt oder seine Internetseite außerhalb Deutschlands gehostet wird.

Welche Verantwortung hat Google?

Google gibt bei der Suche nach bestimmten Stichworten eine Übersicht über die nach Einschätzung der Suchmaschine relevanten Ergebnisse, wobei im Rahmen der Trefferliste ein Auszug der gefundenen Internetseiten angezeigt wird (Snippets). Aus der Sicht des Internetnutzers handelt es sich dabei für Google um fremde Inhalte. Wie die Betreiber von Bewertungsportalen ist Google nicht verpflichtet, vorab ohne konkreten Anlass die gefundenen und angezeigten Seiten bzw. deren Inhalte auf ihre Rechtmäßigkeit zu prüfen (vgl. der vorstehende Beitrag von Nora Loof). Google ist aber nach dem Grundsatz der Störerhaftung verpflichtet, nach einem (berechtigten) Hinweis auf rechtswidrige Inhalte diese nicht mehr bei der Trefferliste zu berücksichtigen.

Um die Abwicklung der Löschung zu vereinfachen, hält Google ein eigenes Online-Formular vor, mit dem auf die Rechtswidrigkeit bestimmter Inhalte hingewiesen werden kann. Das Formular sieht unter anderem die Angabe der konkreten URL und eine Begründung der Rechtswidrigkeit vor. Jede Meldung wird von Google geprüft, wobei die Mehrzahl der Meldungen nicht zu einer (sofortigen) Löschung führt. Google veröffentlicht online einen Transparenzbericht, der genau ausweist, in welchem Umfang Google Inhalte löscht bzw. bei der Trefferliste nicht berücksichtigt. Die Daten für den Transparenzbericht können dabei nach verschiedenen Kriterien gefiltert und ausgewertet werden. Entspricht Google nicht dem Verlangen auf Löschung, bleibt eine gerichtliche Überprüfung möglich. Google muss dann darauf verklagt werden, es zu unterlassen, bestimmte Inhalte im Rahmen der Suche anzuzeigen. Richtiger Klagegegner ist dabei die irische Google-Gesellschaft, die für die in Europa abrufbaren Inhalte zuständig ist. Mittlerweile gibt es eine Vielzahl von Einzelentscheidungen, die sich dabei mit unterschiedlichen Einzelaspekten befassen

Reichweite der Prüfpflichten von Google

Im Rahmen der Prüfung von Ansprüchen gegen Google stellt

sich regelmäßig die Frage, ob der Antragsteller die Rechtswidrigkeit der beanstandeten Inhalte nachweisen muss oder der Hinweis auf die vermeintliche Rechtswidrigkeit schon ausreicht und Google eigenverantwortlich die Prüfung vornehmen muss. Der BGH hat sich zu der Frage in der Weise geäußert, dass in jedem Fall von Google solche Inhalte auf den bloßen Hinweis gelöscht werden müssen, wenn die Rechtsverletzung offensichtlich ist (BGH, Urt. v. 27.02.2018, Az. VI ZR 489/16). Gleichzeitig hat der BGH aber ausgeführt, dass aus der Perspektive von Google selten von einer offensichtlichen Rechtsverletzung ausgegangen werden kann. Als Beispiele für eine offensichtliche Rechtsverletzung werden aber Kinderpornografie oder der Aufruf zur Gewalt gegen Personen genannt. Im konkreten Fall, über den der BGH zu entscheiden hatte, ging es um Beleidigungen innerhalb eines Forums, bei denen die Betroffenen unter anderem als „Arschkriecher“, „Schwerstkriminelle“, „kriminelle Schufte“ und „Terroristen“ bezeichnet wurden. Trotz der deutlichen Worte ging der BGH insoweit nicht von einer offensichtlichen Rechtsverletzung aus, weil die Äußerungen im Gesamtkontext gesehen werden müssen.

Selbst wenn ein Anspruch gegen Google erfolgreich durchgesetzt wird, bezieht sich dieser immer nur auf konkrete URL. Es besteht – jedenfalls nach Auffassung der Gerichte – kein Anspruch darauf, dass Google zugleich für die Zukunft vergleichbare Inhalte auf anderen Seiten löscht bzw. ebenfalls nicht anzeigt (OLG Saarbrücken, Urt. v. 11. 4. 2018, Az. 5 U 49/17). Der Betroffene hat daher nur die Möglichkeit jede Seite einzeln zu melden und das Prüfverfahren zu durchlaufen.

Gelten die Vorgaben für negative Bewertungen auch bei Google?

Eine Bewertung von Personen, Einrichtungen und Angeboten ist nicht nur in speziellen Bewertungsportalen möglich, sondern Google zeigt eigene Nutzerbewertungen schon unmittelbar zur Suche an. Anders als bei vielen Bewertungsportalen gibt es keine klaren Kategorien für die Bewertung bei Google. Es ist insbesondere auch möglich, ohne jeden weiteren Kommentar eine positive oder negative Bewertung abzugeben.

Noch nicht abschließend geklärt ist dabei die Frage, ob die Löschung negativer Bewertungen auch dann verlangt werden kann, wenn sie nicht weiter begründet sind. Nach Auffassung des Landgerichts Lübeck kann auch eine nicht weiter kommentierte Bewertung nach den allgemeinen Kriterien überprüft werden (LG Lübeck, Urt. v. 13.06.2018, Az. 9 O 59/17). Danach soll die Bewertung sich auf die von dem Betroffenen angebotenen Leistungen beziehen, was allerdings fragwürdig erscheint. Vorzugswürdiger dürfe die Entscheidung des Landgerichts Augsburg sein, wonach eine nicht weiter kommentierte Bewertung von der Meinungsfreiheit gedeckt ist und damit hiergegen nicht mit Aussicht auf Erfolg vorgegangen werden kann (LG Augsburg, Urt. v. 13.03.2017, Az. 34 O 275/16). Eine abschließende Klärung zu diesem Punkt steht bisher noch aus. Grundsätzlich kann gegen eine rechtswidrige Bewertung bei Google aber in gleicher Weise vorgegangen werden wie gegen jeden anderen rechtswidrigen Inhalt, der von Google angezeigt wird.

Fazit

Bei rechtswidrigen Inhalten besteht grundsätzlich nicht nur ein Anspruch auf Löschung gegenüber dem Urheber, sondern bei

entsprechender Benachrichtigung muss auch Google die Inhalte überprüfen und gegebenenfalls aus der Trefferliste entfernen. Welche Inhalte genau entfernt werden müssen und wann ein Anspruch nicht besteht, ist eine Frage des Einzelfalls, wozu es umfangreiche Rechtsprechung der Gerichte gibt. Es empfiehlt sich daher immer eine genaue Prüfung der rechtlichen Optionen mit fachkundiger Unterstützung.

Eine ausführlichere Darstellung der Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Nutzung von Suchmaschinen findet sich in dem Aufsatz „Aktuelle Rechtsentwicklungen bei Suchmaschinen im Jahre 2018“ von Dr. Sebastian Meyer und Dr. Christoph Rempe in der aktuellen Ausgabe der Fachzeitschrift „Kommunikation und Recht“ (Heft 4/2019); der Aufsatz ist auch über unsere Homepage abrufbar.

Dr. Sebastian Meyer

Neue Vorgaben für Fanpages bei Facebook

Unternehmen und Einrichtungen haben die Möglichkeit, bei Facebook eine eigene Seite (sogenannte Fanpage) anzulegen, dort aktuelle Informationen zu veröffentlichen und über die Fanpage mit Kunden und anderen interessierten Facebook-Nutzern zu kommunizieren. Wenn ein Facebook-Nutzer die Fanpage „liker“ (die Funktion „Gefällt mir“ nutzt), dann erhält der Nutzer anschließend alle Informationen des Betreibers-Fanpage auch auf seiner Seite angezeigt.

Für die eigene Internetseite eines Unternehmens oder einer Einrichtung muss der jeweilige Betreiber aus Transparenzgründen ein Impressum vorhalten, in dem er die eigene Identität sowie seine Kontaktmöglichkeiten offenlegt, und außerdem im Rahmen einer Datenschutzerklärung auch über den Umfang der Verarbeitung personenbezogener Daten informieren. Die entsprechenden Verpflichtungen ergeben sich aus § 5 bzw. § 13 Telemediengesetz (TMG), da Internetseiten als Telemedien in den Anwendungsbereich des Gesetzes fallen.

Die Fanpages bei Facebook sind in gleicher Weise Telemedien, weswegen zwingend auch für jede Fanpage ein Impressum vor gehalten werden muss. Das Impressum kann entweder direkt auf der Fanpage veröffentlicht werden oder es erfolgt ein Verweis auf das Impressum der eigenen Homepage, da die Angaben insoweit identisch sind. Es muss dann nur darauf geachtet werden, dass bei einer Verlinkung das Impressum von der Fanpage aus mit maximal zwei Klicks erreichbar ist, weil es sonst an einer unmittelbaren Erreichbarkeit im Sinne von § Abs. 1 TMG fehlt.

Schwieriger sind dagegen die Anforderungen des § 13 TMG im Hinblick auf die Fanpage zu erfüllen, wonach auch über die Verarbeitung von personenbezogenen Daten im Zusammenhang mit der Nutzung von Telemedien zu informieren ist. Ein bloßer Verweis auf die Datenschutzerklärung der eigenen Homepage passt in der Regel nicht, weil für die Fanpage nicht die gleichen Datenverarbeitungsvorgänge einschlägig sind wie für die Homepage. In der Vergangenheit war es üblich, für die Fanpage auf eine eigene Datenschutzerklärung zu verzichten. Es wird dabei so argumentiert, dass eine eigene Verarbeitung der Nutzerdaten durch den Betreiber der Fanpage überhaupt nicht stattfindet und Facebook im Hinblick auf die eigene Verarbeitung von Nutzerdaten die Nutzer eigenständig informiert. Diese Abgrenzung setzt aber voraus, dass Facebook und der Betreiber der jeweiligen Fanpage getrennt voneinander nur für die eigenen Verarbeitungsa-

tivitäten verantwortlich wären, was der Europäische Gerichtshof (EuGH) aber anders sieht.

Vorgaben des EuGH zur gemeinsamen Verantwortlichkeit

Der EuGH hat zuletzt entschieden, dass Facebook und der Betreiber einer Fanpage als gemeinsame Verantwortliche für die Datenverarbeitung im Sinne von Art. 26 DSGVO anzusehen sind (EuGH, Urt. v. 05.06.2018, Az. C-210/16 – ULD ./ Wirtschaftsakademie). Die wesentliche Konsequenz der gemeinsamen Verantwortlichkeit besteht darin, dass jeder Beteiligte der Datenverarbeitung gegenüber den Betroffenen gesamtschuldnerisch für die Einhaltung der datenschutzrechtlichen Vorgaben einzustehen hat. Im Innenverhältnis muss außerdem zwingend gem. Art. 26 Abs. 1 S. 2 DSGVO per Vereinbarung die Aufgabenverteilung definiert werden.

Zur Begründung der Annahme einer gemeinsamen Verantwortlichkeit stellt der EuGH darauf ab, dass die Beteiligten die Datenverarbeitung nicht gemeinsam mit einem einheitlichen Ziel durchführen müssen, sondern nur gemeinsam Mittel und Zweck der Datenverarbeitung bestimmen müssen. Hierfür ist es auch unschädlich, wenn jeweils unterschiedliche Zwecke verfolgt werden. In diesem Sinne bilden tatsächlich der Betreiber der Fanpage und Facebook eine (Schicksals-) Gemeinschaft. Der Betreiber kann nicht ohne Facebook seine Fanpage betreiben, ohne den Betreiber würden die Nutzer aber nicht auf die Fanpage gehen und Facebook würde keine Informationen über die Nutzer erhalten.

Aufgrund der haftungsrechtlichen Konsequenzen der gemeinsamen Verantwortlichkeit wird teilweise empfohlen, zur Vermeidung von Risiken insgesamt auf Fanpages zu verzichten. Rechtlich unzulässig ist der Betrieb von Fanpages aber weiterhin nicht; es müssen letztlich nur die Risiken der gemeinsamen Verantwortlichkeit neben Facebook gegen den möglichen Nutzen einer Fanpage abgewogen werden. Soweit in formaler Hinsicht eine Vereinbarung zur gemeinsamen Verantwortlichkeit erforderlich ist, hat Facebook schon reagiert und seine Nutzungsbedingungen in der Weise ergänzt, dass diese auch Regelungen zur gemeinsamen Verantwortlichkeit einschließlich der internen Aufgabenverteilung enthalten sollen.

Praktische Umsetzung der Vorgaben des EuGH bei Facebook

In praktischer Hinsicht dürfte die Entscheidung des EuGH zur gemeinsamen Verantwortlichkeit für die Betreiber von Fanpages bedeuten, dass zukünftig neben dem Impressum auch eigene Datenschutzhinweise vorgehalten werden müssen. Es bietet sich an, den Nutzern das Konstrukt der gemeinsamen Verantwortlichkeit zu erläutern, für die Datenverarbeitung durch Facebook auf deren Datenschutzhinweise zu verweisen und zusätzlich Hinweise zur eigenen Datenverarbeitung ähnlich der Datenschutzerklärung für die eigene Homepage aufzunehmen, wobei wohl auch ein Verweis auf die eigene Datenschutzerklärung denkbar ist.

Der Verweis von der eigenen Homepage auf die parallel betriebene Fanpage bei Facebook ist dagegen weitgehend unkritisch, weil es sich nur um eine Verlinkung ohne weitergehenden Datenaustausch mit Facebook handelt. Kritisch ist dagegen die Einbindung des Like-Buttons („Gefällt mir“) auf der eigenen Homepage,

weil hierdurch unabhängig von der Nutzung des Buttons Daten an Facebook abfließen. Eine derartige Einbindung dürfte nur mit Zustimmung der Betroffenen möglich sein, weswegen einige Unternehmen und Einrichtungen hierfür auch sogenannte „Zwei-Klick-Lösungen“ verwenden. Die gleichen Anforderungen dürften auch bei der Anbindung sonstiger aktiver Inhalte von Facebook gelten.

Fazit

Wenn aus Gründen der Kundenbindung oder Außendarstellung eine Fanpage bei Facebook betrieben werden soll, ist dies unter der Maßgabe denkbar, dass eine Vereinbarung zur gemeinsamen Verantwortlichkeit mit Facebook getroffen wird, der Kunde transparent über die Abgrenzung der Verantwortlichkeiten informiert wird und der Betreiber bereit ist, neben Facebook die Verantwortung für etwaige Datenschutzverstöße zu übernehmen. In diesem Zusammenhang dürfte es dann erforderlich sein, neben dem Impressum auch eigene Datenschutzhinweise für die Fanpage zu veröffentlichen. Außerdem sollte weiterhin genau beobachtet werden, wie sich die Aufsichtsbehörden zum Betrieb von Fanpages positionieren und welche Voraussetzungen insoweit nach ihrer Auffassung beachtet werden müssen.

Dr. Sebastian Meyer vertritt aktuell die Verbraucherzentrale NRW in dem Verfahren vor dem EuGH gegen Fashion ID und Facebook über die Zulässigkeit der Nutzung der Funktion „Gefällt mir“ auf der eigenen Homepage. Die Anträge des Generalanwalts liegen bereits vor, eine Entscheidung des EuGH wird voraussichtlich in Kürze erfolgen.



Dr. Jörg König

Abmahnungen von Verstößen gegen die Datenschutzgrundverordnung (DSGVO)

Die Frage, ob Verstöße gegen die DSGVO zugleich wettbewerbsrechtlich (UWG) abgemahnt und gerichtlich verfolgt werden können, ist höchststrichterlich noch nicht geklärt. In den Instanzen gibt es unterschiedliche Auffassungen.

Bekannt sind bisher folgende Abmahnungen:

- wegen fehlender Datenschutzerklärung,
- wegen der Einbindung von Google Fonts,
- wegen fehlerhafter Einbindung von Google Analytics,
- wegen Facebook-Like- und Share-Buttons,
- wegen fehlender Verschlüsselung von Kontaktformularen.

Das Landgericht Würzburg hatte als erstes Gericht über einen DSGVO-Verstoß zu entscheiden (dort: fehlende Datenschutzerklärung und ein unverschlüsseltes Kontaktformular) und hatte die Abmahnfähigkeit bejaht. Das LG Bochum hat demgegenüber entschieden, DSGVO-Verstöße könnten jedenfalls von Wettbewerbern nicht über das UWG abgemahnt werden, denn die DSGVO enthalte zu Ansprüchen von Mitbewerbern spezielle vorrangige Regelungen. Die erste obergerichtliche Entscheidung hat das OLG Hamburg gefällt (betreffend datenschutz-konforme Gestaltung von Bestellprozessen und die Frage der korrekten Einwilligung/Pseudonymisierung bei der Übertragung von Nutzerdateien). Das Hanseatische OLG hat die Auffassung des Landgerichts Hamburg bestätigt, DSGVO-Verstöße könnten auch durch Wettbewerber abgemahnt werden und zwar immer dann, wenn es sich bei den entsprechenden Normen um sog. Marktverhaltensregeln handele. Die DSGVO enthalte kein abschließendes Sanktionsystem, so dass daneben ein Vorgehen mit Abmahnung nach dem UWG möglich bleibe.

Wenn eine datenschutzrechtliche Vorschrift zugleich eine Marktverhaltensregel sei, sei eine darauf gestützte wettbewerbsrechtliche Abmahnung möglich. Es müsse jeweils im Einzelfall geprüft werden, ob die verletzte Vorschrift eine solche Marktverhaltensregel ist (OLG Hamburg 3 U 66/17 vom 21.12.2018). Das OLG Hamburg hatte im konkreten Fall allerdings nicht zu entscheiden, ob es sich bei der verletzten Pflicht der DSGVO um eine Marktverhaltensregel handelte.

Das OLG Düsseldorf hat dem Europäischen Gerichtshof ein Vorabentscheidungsersuchen vorgelegt, ob die alte EG-Datenschutzrichtlinie wettbewerbsrechtliche Abmahnungen ausschließe. Insoweit ist damit zu rechnen, dass die Entscheidung auch einen Hinweis zur Rechtslage unter der DSGVO enthalten wird. Das Bundesjustizministerium hat am 11.09.2018 einen Referentenentwurf für ein „Gesetz zur Stärkung des fairen Wettbewerbs“ vorgelegt, das im Hinblick auf die DSGVO Vorschriften enthalten soll, die die missbräuchliche Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen und die Abmahnung wegen nur unerheblicher Zu widerhandlungen ausschließen sollen. Vorher schon hatte der Freistaat Bayern im Bundesrat einen Gesetzesentwurf eingebracht, dass im UWG klargestellt werden solle, dass § 3a keine Anwendung auf die DSGVO finde.

Man wird derzeit generell davon ausgehen müssen, dass ein datenschutzrechtswidriger Umgang mit personenbezogenen Daten zu Werbezwecken abmahnfähig ist. Damit ist im Bereich der Werbung besonders sorgfältig auf die Einholung von Einwilligungen für die Datennutzung sowie auf die Erfüllung der strengen Informationspflichten der DSGVO zu achten. Bei Unterschreitung der gesetzlichen Anforderungen besteht zumindest das Risiko einer Abmahnung. Denn insoweit regeln die Vorschrif-

ten der DSGVO zugleich das Marktverhalten. Bei jeder Abmahnung muss deshalb sorgfältig geprüft werden, ob „nur“ ein Verstoß gegen die DSGVO oder zugleich auch gegen das UWG vorliegt.

Dr. Christoph Rempe

Die Einwilligungskrankheit im Datenschutzrecht

Im Datenschutzrecht grassiert eine weit verbreitete Krankheit, die Einwilligungskrankheit. Viele Verantwortliche sind der Auffassung, die Verarbeitung personenbezogener Daten ist nur aufgrund einer Einwilligung des Betroffenen möglich. Andere glauben, die Einwilligung sei jedenfalls das beste Mittel, um Datenverarbeitungsvorgänge zu rechtfertigen. Oft finden sich daher in Verträgen oder Nutzungsbedingungen Formulierungen wie folgt:

Der Verantwortliche ist berechtigt, Daten zu verarbeiten und zu speichern. Wenn der Nutzer den Vertrag abschließt, erteilt er dadurch seine Einwilligung. [...]

Eine solche Klausel ist ebenso unnötig wie falsch und überdies ausgesprochen problematisch.

1. Häufig ist es **unnötig**, überhaupt eine Einwilligung der betroffenen Person zur Verarbeitung von deren Daten einzuholen, weil die Einwilligung nur eine Möglichkeit zur Rechtfertigung eines Datenverarbeitungsvorgangs ist. Viel sinnvoller ist es oftmals, die Datenverarbeitung über eine andere Ermächtigungsgrundlage zu rechtfertigen. In Betracht kommt z. B. oft die Rechtfertigung gem. Art. 6 Abs. 1 lit b DSGVO, wenn die Verarbeitung von personenbezogenen Daten zur Durchführung eines Vertrags mit der betroffenen Person erforderlich ist. Diese Rechtfertigungsgrundlage ist ausgesprochen weit zu verstehen und im Übrigen nicht von weiteren Bedingungen – anders als die Einwilligung – abhängig. Derjenige, der die Daten verarbeitet, muss noch nicht einmal selbst Vertragspartner der betroffenen Person sein. Es reicht, wenn er die Daten für einen anderen Vertragspartner der betroffenen Person verarbeitet, z. B. in Lieferantenverhältnissen.

Ebenso sinnvoll kann es sein, die Datenverarbeitung auf berechtigte Interessen des Verantwortlichen gem. Art. 6 Abs. 1 lit f DSGVO zu stützen. Berechtigte Interessen können alle nicht schlechterdings von der Rechtordnung missbilligten Interessen sein, solange die Interessen der betroffenen Person auf Achtung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nicht überwiegen.

2. **Falsch** ist eine solche Einwilligung oftmals außerdem. Im oben genannten Beispiel wird die Einwilligung mehr oder weniger unterstellt, wenn die betroffene Person sich nicht anderweitig erklärt. Ein solches Stillschweigen bzw. die widerspruchlose Nutzung eines Services stellt jedoch keine Einwilligung dar, weil die Einwilligung durch eine ausdrückliche Erklärung (kann z. B. auch das Anklicken eines Kästchens o. ä. sein) erklärt werden muss. Außerdem ist die Einwilligung auch formal unwirksam, da die betroffene Person im Zweifel nicht ausreichend über die Art und Weise und die Zwecke der Datenverarbeitung informiert wurde. Zumindest wurde die betroffene Person nicht über das Recht, die Einwilligung jederzeit zu widerrufen, belehrt.

3. Eine solche unnötige und falsche Einwilligung ist zudem **gefährlich**. Denn nach der Auffassung der deutschen Daten-

schutzaufsichtsbehörden (vgl. Kurzpapier der unabhängigen Datenschutzbehörden des Bundes und der Länder (Datenschutzkonferenz – DSKA) Nr. 20 – Einwilligung nach der DS-GVO) kann bei einer unwirksamen Einwilligung die Datenverarbeitung nicht mehr willkürlich zusätzlich auf eine andere Rechtsgrundlage gestützt werden. Das führt letztlich dazu, dass die Datenverarbeitung insgesamt rechtswidrig wäre. Es drohen Bußgelder.

Um dies zu vermeiden, ist es erforderlich, sich bereits im Vorfeld der Verarbeitung und spätestens bei der Ausgestaltung von Nutzungsbedingungen, Verträgen, Datenschutzerklärungen o. ä. Gedanken über die in Betracht kommende Rechtsgrundlage für die Datenverarbeitung zu machen.

Rebecca Ganz

Umgang mit dem digitalen Nachlass

Von besonderem medialen Interesse war ein im letzten Jahr ergangenes Urteil des BGH, das den Umgang mit den Nutzungsrechten eines Kontos in Sozialen Netzwerken betraf (**BGH, Urteil vom 12. Juli 2018 – 3 ZR 183/17**).

Sachverhalt und Verfahrensgang

Anlass dieses Urteils war eine von der Mutter und Erbin eines verstorbenen 15-jährigen Mädchens erhobene Klage gegen den Betreiber des Sozialen Netzwerks Facebook auf Zugang zum Benutzerkonto ihrer Tochter. Die Erblasserin war unter ungeklärten Umständen tödlich verunglückt, als sie in einem U-Bahnhof von einem einfahrenden Zug erfasst worden war. Der Account war nach deren Tod in den sog. Gedenkzustand versetzt worden. Zwar bleibt das Konto dabei an sich einschließlich der gespeicherten Inhalte bestehen, ein Zugang ist jedoch nicht mehr möglich. Die Klägerin trug vor, dass eine Kenntnisnahme von den gespeicherten Inhalten des Benutzerkontos von besonderer Wichtigkeit für sie wäre, da zum einen geprüft werden solle, ob ihre Tochter vor ihrem Tod Suizidabsichten gehegt habe. Darüber hinaus werde der Zugang benötigt, um Schadensersatzansprüche des U-Bahn Fahrers abzuwehren.

Nachdem das Landgericht Berlin in der ersten Instanz der Klage vollumfänglich stattgegeben hatte, wurde dieses Urteil nach der von Facebook eingelebten Berufung vom Kammergericht aufgehoben. Die Revision der Klägerin vor dem BGH führte im Ergebnis wiederum zur Wiederherstellung des klagezusprechenden Ersturteils.

Urteilsbegründung

Nach der Rechtsprechung des BGH muss Facebook der Mutter als Erbin ihrer Tochter den Zugang zum Benutzerkonto sowie den darin enthaltenen Inhalten gewähren. Zwischen der Verstorbenen und der Betreiberin des Sozialen Netzwerks bestand ein schuldrechtlicher Vertrag über die Einrichtung und Nutzung des Kontos. Die Gewährung des Zugangs zum Benutzerkonto ist die aus dem Vertragsverhältnis folgende Hauptpflicht von Facebook. Mit dem Tod der Nutzerin ist das Vertragsverhältnis mit sämtlichen Rechten und Pflichten auf ihre Erben, hier u.a. ihre Mutter, übergegangen, so dass diese Vertragspflicht dieser gegenüber fortbesteht.

Eine Vererbbarkeit könnte nach dem Wesen des Nutzungsvertrages auch nicht dadurch ausgeschlossen werden, dass die Vertragspflichten beider Parteien von höchstpersönlicher Natur wären. Die Verpflichtung von Facebook besteht nämlich nicht in der Übermittlung des Inhalts an eine bestimmte Person, sondern nur an ein bestimmtes Benutzerkonto. Dies resultiert daraus, dass jedermann Zugang zu dem Account erhält, der sich mit den passenden Daten einloggt. Somit trägt der Kommunikationspartner auch schon zu Lebzeiten des Erblassers das Risiko, dass Dritte Kenntnis von den übermittelten Inhalten erhalten.

Dem Anspruch der Erbin können nach der Rechtsprechung des BGH zudem weder ein Schutz aus dem Fernmeldegeheimnis, in diesem Zusammenhang insbesondere die Vorschrift des § 88 Abs. 3 TKG, noch datenschutzrechtliche Belange der Kommunikationspartner der Verstorbenen entgegengehalten werden:

Kommunikationspartner der ursprünglichen Kontoinhaberin könnten sich nicht auf den Schutz des Fernmeldegeheimnisses berufen, da dieser nur die Weitergabe an Dritte betreffen würde, d.h. eine Kenntnisnahme durch die Erben wäre nicht hiervon umfasst. Der Vergleich der erbrechtlichen Rechtslage mit analoger Briefpost oder ausgedruckten bzw. auf digitalen Medien des Erblassers gespeicherten Daten zeigt, dass auch bei diesen ein erbrechtlicher Übergang stattfindet. Eine unterschiedliche Behandlung desselben Inhalts, die vom Speichermedium oder der Verkörperung und damit letztlich von Zufällen abhängig ist, hält der BGH nicht für gerechtfertigt.

Auch datenschutzrechtliche Aspekte stehen dem Anspruch der Klägerin auf Zugang zum Facebook-Account nicht entgegen. Eine Rechtfertigung der Datenverarbeitung ergibt sich einerseits aus Art. 6 Abs. 1 lit. b) Alt. 1 DS-GVO, da diese Verarbeitung für die Erfüllung des vererbten Nutzungsanspruchs notwendig ist. Weiterhin ergibt sich eine Erforderlichkeit der Datenverarbeitung zur Wahrung der berechtigten Interessen der Erbin gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. f) DS-GVO.

Ob eine Vererbbarkeit der vertraglichen Nutzungsrechte und des daraus folgenden Kontozugangsrechts grundsätzlich in zulässiger Weise in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Betreibers ausgeschlossen werden kann, wird vom BGH nicht abschließend beantwortet. Eine unangemessene Benachteiligung im Sinne des § 307 Abs. 1, Abs. 2 BGB wäre immer dann anzunehmen, wenn das Nutzungsverhältnis zum Betreiber des Sozialen Netzwerks ausgehöhlt wird, indem den Erben der Zugang zum Nutzerkonto verwehrt wird und sie damit ihren Hauptleistungsanspruch verlieren.

Dies würde dem Grundgedanken des erbrechtlichen Übergangs sämtlicher Rechte und Pflichten widersprechen.

Konsequenzen für die Praxis

Der BGH stellt mit seinem Urteil klar, dass digitale Inhalte nach den allgemeinen Regelungen vererbt werden. Der Umgang mit Daten dieser Art ist somit Recht und Pflicht des Erben. Die Werterhaltungen aus dem Urteil des BGH dürfen auch auf andere Messenger-Dienste sowie auf sonstige für ein bestimmtes Benutzerkonto gespeicherte Daten zu übertragen sein.

Jeder Nutzer von Online-Angeboten sollte sich folglich dessen bewusst sein, dass sämtliche digital gespeicherten Inhalte nach dem eigenen Tod für die Erben zugänglich werden. Als Folge sollte somit zu Lebzeiten konkret festgelegt werden, wie das digitale Erbe verwaltet und wie mit persönlichen Daten umgegangen werden soll. Dies kann entweder durch Erstellung einer über den Tod hinausgehenden Vollmacht zu Gunsten einer bestimmten Person erfolgen. Eine weitere Möglichkeit ist eine Regelung durch Abfassen eines Testaments, wobei hier insbesondere ein Testamentsvollstrecker benannt werden könnte, der den letzten Willen des Erblassers hinsichtlich seines digitalen Nachlasses umzusetzen hat.



Privates Baurecht, Immobilienplanung und -errichtung

Dr. Christian Kollmeier

Drum prüfe, was sich ewig bindet

Untersuchungs- und Bedenkenhinweispflicht des Werkunternehmers im Hinblick auf die Leistungen von Vorgewerken

Das eigene Gewerk mangelfrei – und doch haftet der Werkunternehmer. Das kann nicht sein, oder? Doch, wie zuletzt das Urteil des Oberlandesgerichts Oldenburg vom 21.08.2018 (2 U 62/18) bestätigt hat.

Hintergrund ist die mangelhafte Leistung des Vorunternehmers. In dem vom Oberlandesgericht (OLG) zu entscheidenden Sachverhalt hatte die Beklagte im Auftrag des Kägers (Generalunternehmer) das Klinkermauerwerk ausgeführt – und zwar mangelfrei. Später zeigten sich dennoch Feuchtigkeitserscheinungen am Mauerwerk, die ihre Ursache nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme darin hatten, dass der vom Käger beauftragte Fensterbauer bei den Fenstern im Obergeschoss im Übergangsbereich der Rolladenführungsleiste und der angrenzenden Klinkerrollsicht eine offene, nicht abgedichtete Übergangsfuge hergestellt hatte. Dies war der Beklagten bei Ausführung des Klinkermauerwerks nicht aufgefallen – weshalb sie im Ergebnis dem Käger den Schaden (aufgewendete Kosten für Mangeluntersuchung, Verfahrenskosten eines selbstständigen Beweisverfahrens, etc.) zu ersetzen hat.

Sowohl das Landgericht als auch das OLG haben dies damit begründet, dass die Beklagte vor Ausführung des Klinkermauerwerks die Vorleistung des Fensterbauers nicht geprüft und keine Bedenken wegen der offenen Übergangsfuge angemeldet hatte. Die – im Übrigen völlig einwandfreie – Leistung der Beklagten ist damit unter Berücksichtigung des funktionalen Mangelbegriffs des Bundesgerichtshofes mangelhaft, da die vereinbarte bzw. von den Parteien vorausgesetzte Funktion des Klinkermauerwerks nicht vorhanden war. Dass dies auf der mangelhaften Vorleistung des Fensterbauers beruht, ändert daran nichts, da die Beklagte die Vorleistung vor Ausführung der eigenen Leistungen untersuchen, den Mangel erkennen und Bedenken hätte anmelden müssen (§ 13 Abs. 3, § 4 Abs. 3 VOB/B). Da sie dies nicht getan hat, haftet sie für die mangelhafte Leistung. Der Anspruch des Auftraggebers richtet sich dabei grds. auf Schadensersatz und nicht auf Mängelbeseitigung – da der eigentliche Mangel ja in einem fremden Gewerk liegt.

Voraussetzung ist allerdings, dass der Unternehmer über die notwendigen Fachkenntnisse verfügt, um den Mangel zu erkennen. Dem Bundesgerichtshof zufolge orientieren sich die Prüfungsanforderungen an den zu erwartenden Fachkenntnissen des Unternehmers. Dies wird bislang offensichtlich aber großzügig ausgelegt und grundsätzlich sogar unterstellt, so dass den Werkunternehmer eine umfassende Prüfungs- und Bedenkenhinweispflicht trifft. Es ist daher jedem Werkunternehmer zu empfehlen, diese Pflicht ernst zu nehmen und die Leistungen der Vorgewerke auf Mängel zu prüfen und gegebenenfalls Bedenken hiergegen beim Auftraggeber anzumelden. Ansonsten läuft der Unternehmer Gefahr, für „fremde“ Mängel zu haften.

Dr. Sebastian Huck

Der Untergang des Abendlandes? – Unwirksame HOAI-Mindestsätze

Nachdem bereits im Jahr 2009 sogenannte Beratungsleistungen wie z. B. die Bauphysik dereguliert und in unverbindliche Preisempfehlungen umgewandelt wurden, stehen die Mindest- und Höchstsätze der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI) nunmehr endgültig vor dem Aus. Die EU-Kommission hat gegen die BRD vor dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) ein Vertragsverletzungsverfahren (Az. C-377/17) geführt und in diesem moniert, dass die Mindest- und Höchstsätze der HOAI gegen Art. 15 Abs. 2 lit. g der Dienstleistungsrichtlinie (2006/123/EG) verstöße. Die BRD habe nicht nachweisen können, dass die Mindest- und Höchstpreise durch „zwingende Gründe des Allgemeinwohls“ gerechtfertigt und verhältnismäßig seien. Die HOAI hindere Architekten und Ingenieure aus anderen Mitgliedstaaten am Marktzugang, weil diese nicht die Möglichkeit hätten, den Marktzugang durch freie Preisgestaltung zu ermöglichen oder jedenfalls zu erleichtern. Der Generalanwalt beim EuGH, Maciej Szpunar, hat sich dieser Ansicht der EU-Kommission in seinen Schlussanträgen am 28.02.2019 angeschlossen. Da der EuGH den Schlussanträgen der Generalanwälte in der Regel folgt, ist zu erwarten, dass der EuGH im zweiten oder dritten Quartal 2019 die Mindest- und Höchstsätze der HOAI für europarechtswidrig erklärt.

Das zu erwartende EuGH-Urteil entfaltet nur unmittelbare Rechtswirkungen zwischen der EU-Kommission und der BRD, die binnen einer vom EuGH zu setzenden Frist, i.d.R. 1 Jahr, Maßnahmen ergreifen muss, um das Urteil umzusetzen. Dabei wird es vorliegend wohl nur darum gehen, den verbindlichen Preisrahmen der Mindest- und Höchstsätze aufzuheben. Die HOAI würde dann wohl nur noch als Auffangregelung für den Fall gelten, dass die Parteien kein Honorar formwirksam vereinbart haben.

Die Dienstleistungsrichtlinie entfaltet zwischen Privaten keine unmittelbare Wirkung, wie der EuGH in einer Grundsatzentscheidung zur Wirkung von Richtlinien im Jahr 2018 festgestellt hat. Zwar sind deutsche Gerichte verpflichtet, die HOAI entsprechend der Dienstleistungsrichtlinie richtlinienkonform auszulegen; diese Auslegung dürfte wohl aber nicht dazu führen, dass die Mindest- und Höchstsätze von Gerichten nicht mehr angewandt werden, weil eine Gesetzesauslegung entgegen dem eindeutigen Wortlaut der HOAI rechtlich nicht zulässig ist.

Es ist jedoch davon auszugehen, dass die zu erwartende Entscheidung des EuGH bei den deutschen Gerichten nicht unbeachtet bleiben und sich insbesondere im Rahmen von gerichtlichen Vergleichsvorschlägen niederschlagen wird. Dies dürfte erst recht für solche Verträge gelten, die nach dem Schlussantrag des Generalanwalts Szpunar vom 28.02.2019 abgeschlossen wurden, weil es ab diesem Zeitpunkt wohl kein schützenswertes Vertrauen mehr in den Fortbestand der Mindest- und Höchstsätze der HOAI geben kann.

Es ist ferner davon auszugehen, dass Auftraggeber als Reaktion auf das zu erwartende EuGH-Urteil vermehrt versuchen werden, einen Preiswettbewerb durchzuführen und Planerverträge mit einer Vergütung auch unterhalb der Mindestsätze abzuschließen. Ob dies zum jetzigen Zeitpunkt für Auftraggeber ratsam ist, hängt

davon ab, wie der Gesetzgeber das zu erwartende EuGH-Urteil in der HOAI umsetzen wird. Wir empfehlen Architekten und Ingenieuren, das zu erwartende EuGH-Urteil zu antizipieren und in ihre Verträge Regelungen für den Fall der Unwirksamkeit der Mindest- und Höchstsätze aufzunehmen. Für eine entsprechende Vertragsgestaltung sprechen Sie uns gerne an.

Daniel Wittig

Anspruch auf Anerkennung eines Mangels

In der baurechtlichen Praxis kommt es immer wieder zu der Situation, dass der Auftragnehmer (AN) auf ein Mängelbeseitigungsverlangen des Auftraggebers (AG) reagiert, indem er den gerügten Mangel zwar beseitigt, zuvor jedoch erklärt die Arbeiten im Wege der Kulanz und ohne Anerkennung einer Rechtspflicht durchzuführen. In dieser Situation ist fraglich, ob der AG gegen den AN einen Anspruch auf Anerkennung des Mangels besitzt.

1. Rechtlicher Hintergrund

Rechtlicher Hintergrund für die Relevanz der Anerkennung des Mangels ist die Frage des Neubeginns der Verjährung der Mängelansprüche bezüglich des gerügten Sachmangels.

Nach den Regelungen des BGB, genauer nach § 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB, beginnt die Verjährungsfrist der Mängelansprüche bezüglich des gerügten Mangels erneut, wenn der AN das Vorliegen des Mangels anerkannt hat. Ein solches Anerkenntnis ist bereits in der vorbehaltlosen und kostenlosen Reparatur des Werkes zu sehen.

OLG Karlsruhe, Urteil vom 25.11.2018, - 8 U 34/08 -

Teilt der AN dem AG vor einer Mängelbeseitigung jedoch mit, dass er den Mangel im Wege der Kulanz und ohne Anerkennung einer Rechtspflicht behebe, so steht dies einem Anerkenntnis, mithin einem Verjährungsneubeginn entgegen.

BGH, Beschluss vom 09.07.2014, - VII ZR 161/13 -

Mithin hat der AG bei Vorliegen eines Mangels nicht nur ein wesentliches Interesse an der Mängelbeseitigung, sondern auch an einer Anerkennung des Mangel seitens des AN, damit die Verjährungsfrist für den jeweils gerügten Mangel von neuem beginnt.

2. Anspruch auf Anerkennung des Mangels

Nach den Mängelrechten gemäß der §§ 633 ff. BGB hat der AG zunächst lediglich einen Anspruch auf Nacherfüllung, mithin auf Mängelbeseitigung oder Neuherstellung des Werkes. Nach dem Wortlaut der Vorschriften besitzt der AG keinen eigenständigen Anspruch auf Anerkennung des Mangels durch den AN. Derzeit ist in der Rechtswissenschaft hoch umstritten, ob ein solcher Anspruch aus dem Anspruch der Nacherfüllung herzuleiten ist. Dies lässt sich nach dem Sinn und Zweck der Vorschriften zwar vertreten, eine obergerichtliche Klärung dieser Rechtsfrage ist bisher jedoch noch nicht erfolgt. Insoweit bleibt Rechtsunsicherheit bestehen.

3. Vergleich zum VOB/B Vertrag

Im Gegensatz zum BGB hat die aufgezeigte Problematik in den Regelungen der VOB/B, zumindest für die erstmalige Mängelanzeige, bereits Berücksichtigung gefunden. Gemäß § 13 Abs. 5 Satz 3 VOB/B beginnt für den gerügten Mangel eine neue Verjährungsfrist von 2 Jahren, die jedoch nicht vor Ablauf der ursprünglichen Verjährungsfrist endet. Voraussetzung für die Verjährungsverlängerung nach VOB/B ist lediglich ein konkretes schriftliches Mängelbeseitigungsverlangen innerhalb der Verjährungsfrist. Auf ein Anerkenntnis des Mangels seitens des AN kommt es, im Gegensatz zu den Regelungen des BGB, nicht an. Somit stellt sich im Anwendungsbereich der VOB/B die zu Anfang aufgeworfene Frage, ob der AG einen Mangel-Anerkenntnisanspruch gegen den AN besitzt, nicht, soweit es sich um die erstmalige Mängelbeseitigung handelt.

4. Praxistipp

Um die derzeitige Rechtsunsicherheit bezüglich der Frage, ob der AG einen Anspruch auf Anerkennung eines Mangels gegen den AN besitzt, zu vermeiden, empfehlen wir Auftraggebern dringend diese Frage in Vertragsverhandlungen mit dem AN zu adressieren und einen entsprechenden Anspruch des AG vertraglich abzubilden. Dies sollte unabhängig davon geschehen, ob die VOB/B mit in den Vertrag einbezogen wird oder nicht. Denn auch bei Einbeziehung der VOB/B ergibt sich die aufgezeigte Problematik in dem Zeitpunkt, in dem der gleiche Mangel ein wiederholtes Mal auftritt.

Dr. Annette Mussinghoff-Siemens

VOB/A 2019 – Wesentliche Änderungen

Das Vergaberecht bleibt in Bewegung. Am 19.02.2019 ist die novellierte VOB/A im Bundesanzeiger veröffentlicht worden.

Mehr Flexibilität bei der Wahl der Verfahrensart

Die neuen Regelungen verschaffen dem öffentlichen Auftraggeber bei der Vergabe von Bauleistungen mehr Flexibilität bei der Wahl der Verfahrensart. Wie es im Bereich von Bauaufträgen oberhalb des EU-Schwellenwertes bereits seit der Neufassung der VOB/A in 2016 gilt, hat er jetzt auch bei der Vergabe von Bauleistungen unterhalb des Schwellenwertes die freie Wahl zwischen einer öffentlichen Ausschreibung und einer beschränkten Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb. Die Zulässigkeitsvoraussetzungen für eine beschränkte Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb und eine freihändige Vergabe sind im Wesentlichen unverändert geblieben. Eine Ausnahme gilt allerdings für Bauleistungen zu Wohnzwecken. Für solche Leistungen lässt die VOB/A 1. Abschnitt bis zum 31.12.2018 eine beschränkte Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb für jedes Gewerk bis zu einem Auftragswert von 1.000.000,00 € netto zu. Für Bauleistungen zu Wohnzwecken mit einem Auftragswert von 100.000,00 € netto kann bis zum 31.12.2021 sogar eine freihändige Vergabe erfolgen. Der deutsche Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen (DVA), aus dessen Feder die VOB stammt, hat demnach dem politischen Handlungsauftrag, die Beschlüsse des Wohngipfels im Bundeskanzleramt am 21.09.2018 umzusetzen, Rechnung getragen.

Neu eingeführt worden ist in die VOB/A der sog. „Direktauftrag“ bis zu einem Auftragswert von 3.000,00 € netto können Bauleistungen ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens beauftragt werden. Die Möglichkeit, Aufträge bis zu einem Wert von 10.000,00 € netto freihändig, also in einem vereinfachten Verfahren, zu vergeben, bleibt bestehen.

Erleichterungen bei der Eignungsprüfung

Die Regelungen zur Eignungsprüfung sind an die Oberschwellenfassung des 2. Abschnitts der VOB/A angepasst worden. Referenzen können nun statt für die letzten bis zu 5 abgeschlossenen Kalenderjahre verlangt werden. Sofern es für einen ausreichenden Wettbewerb erforderlich ist, können auch Referenzen berücksichtigt werden, die mehr als 5 Jahre zurückliegen.

Bis zu einem Auftragswert von 10.000,00 € kann der öffentliche Auftraggeber auf Angaben zur Eignung (mit Ausnahme der Eintragung in das Berufsregister und von Angaben zur Zuverlässigkeit) auch gänzlich verzichten. Nachweise für die Richtigkeit der Angaben der Bieter zur Eignung darf der Auftraggeber nicht mehr verlangen, wenn die den Zuschlag erteilende Stelle diese Nachweise bereits im Besitz hat. Ohnehin sind Nachweise nur noch von denjenigen Bieter bzw. Bewerbern zu verlangen, deren Angebote in die engere Wahl kommen bzw. die für den Auftrag infrage kommen. Der Auftraggeber hat nun die Möglichkeit, im Rahmen von Teilnahmeanträgen nur Eigenerklärungen zur Eignung zu verlangen und nur diejenigen Bewerber, die zur Angebotsabgabe aufgefordert werden sollen, Nachweise für die Richtigkeit der zuvor abgegebenen Eigenerklärungen vorlegen zu lassen.

Umgang mit mehreren Hauptangeboten

Neu eingeführt hat der DVA Regelungen zum Umgang mit mehreren Hauptangeboten eines Bieters. Die VOB/A erklärt mehrere Hauptangebote grundsätzlich für zulässig, eröffnet es dem Auftraggeber jedoch, die Möglichkeit der Abgabe von mehreren Hauptangeboten auszuschließen. Ebenso wie bei Nebenangeboten muss der Auftraggeber dann in der Bekanntmachung oder den Vergabeunterlagen erklären, dass mehrere Hauptangebote nicht zugelassen werden. Entschließt sich ein Bieter, mehrere Hauptangebote abzugeben, muss jedes Hauptangebot aus sich heraus zuschlagsfähig sein. Es müssen also jeweils vollständige Angebotsunterlagen eingereicht werden.

Mehr Flexibilität beim Umgang mit unvollständigen Angeboten

Mehr Flexibilität erhält der öffentliche Auftraggeber bei der Nachforderung von Unterlagen bzw. Erklärungen. Ebenso wie in der Vergangenheit unter der Geltung der VOL/A ist der Auftraggeber nun nicht mehr verpflichtet, in jedem Fall nachzufordern. Zwar sind Unterlagen (Erklärungen, Angaben oder Nachweise) grundsätzlich noch immer nachzufordern. Der Auftraggeber darf jedoch in der Auftragsbekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen festlegen, dass er keine Unterlagen oder Preisangaben nachfordern wird. Die in der Rechtsprechung und vergaberechtlichen Literatur strittige Frage, ob auch fehlende Produktangaben nachgefordert werden dürfen, hat der DVA zugunsten einer Vereinfachung des Vergaberechts entschieden. Fehlende oder unvollständige Produktangaben gehören zu den leistungsbezogenen Unterlagen, die der öffentliche Auftraggeber jetzt nach

der neuen VOB/A nachfordern muss, sofern er die Nachforderung von Unterlagen nicht generell ausdrücklich ausgeschlossen hat. Angesichts der derzeitigen Hochkonjunktur in der Baubranche dürfte die Möglichkeit, Nachforderungen gänzlich auszuschließen, kaum relevant werden. Öffentliche Auftraggeber werden das Risiko, Angebote aufgrund kleiner formaler Fehler nicht werten zu dürfen, gerade jetzt kaum in Kauf nehmen wollen.

Für die Praxis wichtig ist die im Bereich der VOB/A neue Verpflichtung des Auftraggebers, an einer zentralen Stelle der Vergabeunterlagen alle Unterlagen aufzuführen, die von den Bewerbern bzw. Bieter mit ihren Teilnahmeanträgen bzw. Angeboten vorzulegen sind. Diese abschließende Liste soll es den Beteiligten an Vergabeverfahren erleichtern, die Vollständigkeit der Teilnahmeanträge bzw. Angebote zu prüfen und festzustellen. Aufgrund fehlender Unterlagen kann ein Angebot künftig nur ausgeschlossen werden, wenn die Unterlage in der Liste aufgeführt war. Ausgenommen hiervon sind Produktangaben. Diese dürfen nach wie vor im Rahmen des Leistungsverzeichnisses abgefragt werden.

Fehlende Preisangaben dürfen künftig unter den bereits bekannten engen Voraussetzungen auch dann nachgefordert werden, wenn mehrere Preise fehlen. In der Vergangenheit war eine Nachforderung auf einen einzigen fehlenden Preis beschränkt. Die neue VOB/A lässt im 1. Abschnitt die Wahlfreiheit des öffentlichen Auftraggebers hinsichtlich der Kommunikationsform unangetastet. Der Auftraggeber ist frei, entweder ausschließlich elektronische Angebote zu akzeptieren oder aber weiterhin auch schriftliche Angebote zuzulassen; er könnte sogar ausschließlich schriftliche Angebote verlangen.

Inkrafttreten

Der geänderte 1. Abschnitt der VOB/A findet im Zuständigkeitsbereich des Bundesbauministeriums seit dem 01.03.2019 Anwendung. Die Anwendbarkeit auf andere öffentliche Auftraggeber hängt von der Ausgestaltung der Landesvergabegesetze und der Anwendungserlasse ab. Soweit diese einen dynamischen Verweis auf die jeweils gültige Fassung der VOB/A beinhalten, gilt die Neufassung bereits seit dem Tage der Veröffentlichung im Bundesanzeiger. Dies ist beispielsweise für Gemeinden und Gemeindeverbände in NRW aufgrund des dynamischen Verweises in Ziffer 4. der Kommunalen Vergabegrundsätze der Fall. Das Inkrafttreten des 2. und 3. Abschnittes der neuen VOB/A hängt von der noch ausstehenden Neufassung der VgV bzw. der VSvG ab. Diese verweisen derzeit noch auf die VOB/A 2016.

Fazit

Mit der Neufassung der VOB/A hat der DVA das Regelwerk über die Vergabe von Bauaufträgen demjenigen für Liefer- und Dienstleistungsaufträge weiter angenähert. Offen ist nach wie vor eine politische Entscheidung der Bundesregierung über die Frage, ob die Verfahrensregeln für die Vergabe öffentlicher Bauaufträge weiterhin durch den DVA in der VOB/A geregelt werden sollen oder ob das Vergaberecht für Bauaufträge sowie für Liefer- und Dienstleistungsaufträge vereinheitlicht werden soll. Ein entsprechender Prüfauftrag ist im Koalitionsvertrag enthalten. Vorerst können sich Auftraggeber und Auftragnehmer mit der Neufassung der VOB/A 2019 jedoch auf gewohntem Terrain bewegen.

Öffentliches Recht

Charlotte Bachmaier

Zur Auslegung des Projektbegriffs im Sinne des Art. 6 Abs. 3 der FFH-Richtlinie FFH-Verträglichkeitsprüfung für „klassische“ Weidetierhaltung und Düngung?

Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 07.11.2018, Az. C-293/17, C-294/17

Die landwirtschaftliche Bodennutzung steht seit jeher in einem Spannungsverhältnis zu den Zielen und Interessen des Umwelt- und Naturschutzes. Dies wird umso deutlicher, wenn man sich vor Augen führt, dass selbst durch die „klassische“ Landwirtschaft, wie beispielsweise die Weidetierhaltung und das Ausbringen von Dünger, Stickstoffe erzeugt werden, die sich in der Umwelt ablagern und diese entsprechend belasten. Vielerorts werden die ökologischen Belastungsgrenzen für die Wirkung von Stickstoffen auf die Umwelt (sog. Critical Load) überschritten.

Zur Schaffung eines gewissen Ausgleichs zwischen den widerstreitenden Interessen hat der Unionsgesetzgeber in Art. 6 Abs. 3 der Richtlinie 92/43/EWG des Rates vom 21.05.1992 zur Erhaltung der natürlichen Lebensräume sowie der wildlebenden Tiere und Pflanzen (sog. Flora-Fauna-Habitat-Richtlinie, kurz: FFH-Richtlinie) Sonderregelungen für den Umgang mit „Plänen und Projekten“ geschaffen, die in oder in der Nähe von Gebieten realisiert werden sollen, die nach der FFH-Richtlinie besonders geschützt sind (sog. Natura-2000-Gebiete). Diese Sonderregelungen verdrängen in ihrem Anwendungsbereich die allgemeinen Vorschriften zum Schutz der sog. Natura-2000-Gebiete (vgl. Art. 6 Abs. 2 der FFH-Richtlinie) und ermöglichen den Mitgliedstaaten unter bestimmten Bedingungen, „Pläne und „Projekte“ selbst um den Preis einer relevanten Beeinträchtigung von sog. Natura-2000-Gebieten zu verwirklichen. Konkret bestimmt Art. 6 Abs. 3 der FFH-Richtlinie, dass Pläne und Projekte, die nicht unmittelbar mit der Verwaltung eines besonderen Schutzgebietes in Verbindung stehen oder hierfür nicht notwendig sind, die ein solches Gebiet jedoch einzeln oder in Zusammenwirkung mit anderen Plänen und Projekten erheblich beeinträchtigen können, eine Prüfung auf Verträglichkeit mit den für dieses Gebiet festgelegten Erhaltungszielen erfordern (sog. FFH-Verträglichkeitsprüfung).

Der Europäische Gerichtshof hat sich anlässlich zweier Vorabentscheidungsersuche des Raad van State (Staatsrat, Niederlande) in seinem Urteil vom 07.11.2018, Az. C-293/17, C-294/17, einmal mehr mit der Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs des „Projekts“ befasst. Dieser zentrale Begriff kann zweifelsohne als Dreh- und Angelpunkt der konkreten Anwendbarkeit des Art. 6 Abs. 3 der FFH-Richtlinie bezeichnet werden. Eine gesetzliche Definition lässt die FFH-Richtlinie jedoch vermissen. Hintergrund der Vorabentscheidungsersuche waren niederländische Rechtsstreitigkeiten über Regelungen zur Genehmigung landwirtschaftlicher Tätigkeiten, die in sog. Natura-2000-Gebieten übermäßige Stickstoffablagerungen verursachen.

In seinem Urteil vom 07.11.2018 legt der Europäische Gerichtshof den Begriff des „Projekts“ überraschend weit aus. Art. 6 Abs. 3 der FFH-Richtlinie sei dahingehend auszulegen, dass die Tätigkeiten der Weidehaltung von Vieh und der Ausbringung von Düngemittel in der Nähe von Natura-2000-Gebieten auch dann als „Projekt“ eingestuft werden könne, wenn sie nicht zugleich auch unter den Projektbegriff der Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP)-Richtlinie fallen, da es an einem physischen Eingriff in die Natur fehle. Die bloße Tatsache, dass eine Tätigkeit nicht als Projekt im Sinne der UVP-Richtlinie einzustufen sei, reiche als solche nicht aus, um daraus den Schluss zu ziehen, dass die Tätigkeit nicht unter den Begriff des „Projekts“ der FFH-Richtlinie falle. Unter bestimmten Prämissen könnten diese Tätigkeiten als wiederkehrende Tätigkeiten von der FFH-Verträglichkeitsprüfung ausgenommen sein. Eine Regelung, die es erlaube, eine bestimmte Kategorie von Projekten – wie beispielsweise die Weidetierhaltung und/oder das Ausbringen von Düngemittel – von einer individuellen FFH-Verträglichkeitsprüfung auszunehmen, sei nur dann mit den Regelungen der FFH-Richtlinie vereinbar, wenn mit Gewissheit jede Möglichkeit einer FFH-Unverträglichkeit ausgeschlossen werden könne.

Die Subsumtion landwirtschaftlicher Weidetierhaltung oder Düngung unter den Begriff des „Projekts“ erscheint auf den ersten Blick, insbesondere mit Blick auf den allgemeinen Sprachgebrauch, zumindest befremdlich. Auf den zweiten Blick stellt sie sich jedoch als konsequente Weiterentwicklung des seit jeher vom Europäischen Gerichtshof vertretenen wirkungsbezogenen Projektbegriffs dar, wonach der Begriff „Projekt“ nicht zwingend bauliche Veränderungen voraussetzt, sondern auch bei der Ausübung sonstiger das Schutzgebiet gefährdender Tätigkeiten erfüllt sein kann.

Auf nationaler Ebene trägt § 34 des BNatSchG zur Umsetzung der Regelungsvorgaben des Art. 6 Abs. 3 der FFH-Richtlinie bei. Gemäß § 34 Abs. 1 Satz 1 BNatSchG sind Projekte vor ihrer Zulassung oder Durchführung auf ihre Verträglichkeit mit den Erhaltungszielen eines Natura-2000-Gebietes zu überprüfen, wenn sie einzeln oder im Zusammenwirken mit anderen Projekten oder Plänen geeignet sind, das Gebiet erheblich zu beeinträchtigen, und nicht unmittelbar der Verwaltung des Gebietes dienen. Anders als Art. 6 Abs. 3 der FFH-Richtlinie erteilt § 34 BNatSchG zwar keine Regelungsvorgaben für den Umgang mit Plänen und Projekten, sondern umschreibt (lediglich) die Anforderungen, die Natura-2000-Gebiete vor projektbedingten Einwirkungen schützen sollen; im Mittelpunkt der Regelung des § 34 Abs. 1 Satz 1 BNatSchG steht jedoch ebenfalls der Begriff des „Projekts“. Da sich das BNatSchG ebenso wie die FFH-Richtlinie über die Definition des Projektbegriffs ausschweigt, ist dieser europarechtskonform auszulegen. Das Bundesverwaltungsgericht wertete die bloße landwirtschaftliche Bodennutzung bislang regelmäßig nicht als „Projekt“ im Sinne des FFH-Rechts, vgl. BVerwG, Urteil vom 06.11.2012, Az. 9 A 17.11.

Praxishinweis:

Die weitere Rechtsprechungsentwicklung in Deutschland wird an der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs nicht vorbeikommen. Auch in der behördlichen Praxis wird sich bei der Beurteilung landwirtschaftlicher Tätigkeiten wohl einiges ändern. Insbesondere bleibt abzuwarten, ob das Bundesverwaltungsgericht seine bisherige Rechtsprechung angesichts der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 07.11.2018 aufgibt. Es liegt auf der Hand, dass eine derartige Rechtsprechungsänderung unweigerlich weitreichende Folgen für die landwirtschaftliche Bodennutzung hierzulande haben wird.

Aktuelle Rechtsprechung des OVG NRW zur Antragsfrist im Normenkontrollverfahren bei mangelhafter Bekanntmachung eines Flächennutzungsplanes mit Ausschlusswirkung sowie „Handlungsempfehlung“ bei offensichtlicher Planunwirksamkeit

I. Fristenlauf grundsätzlich auch bei mangelhafter Bekanntmachung eines Flächennutzungsplanes

Mit Normenkontrollurteil vom 07.03.2019 (AZ: 2 D 36/18.NE) hat das OVG NRW die ständige obergerichtliche Rechtsprechung bestätigt, wonach die Frist für einen Normenkontrollantrag gem. § 47 Abs. 2 S. 1 VwGO (Fristbeginn „nach Bekanntmachung der Rechtsvorschrift“) grundsätzlich auch dann in Gang gesetzt wird, wenn der Vorgang der Bekanntmachung nicht den Anforderungen an eine ordnungsgemäße Bekanntmachung entspricht. Ergänzend stellte das OVG NRW ausdrücklich klar, dass diese – grundsätzlich für Bebauungspläne entwickelte – Rechtsprechung ebenfalls für Flächennutzungspläne gelte, bei denen die positive Flächendarstellung (z. B. für die Windenergie oder für Abgrabungen) mit der Ausschlusswirkung gem. § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB verbunden sei, so dass bestimmte Nutzungen (wie die Windenergienutzung oder der Bodenabbau) außerhalb dieser Flächendarstellungen unzulässig sind.

Das OVG NRW erteilte damit der Argumentation des Antragstellers eine klare Absage. Dieser hatte angeführt, dass für eine fristauslösende Bekanntmachung erforderlich sei, dass sich der Plangeber zum Zeitpunkt der Bekanntmachung des Umstandes habe bewusst sein müssen, dass seine Flächennutzungsplanung mit der beabsichtigten Ausschlusswirkung Gegenstand eines Normenkontrollantrags werden könne. Bei älteren Flächennutzungsplänen sei die Frist somit nicht in Gang gesetzt worden, da erst mit Urteil des BVerwG im Jahr 2007 entschieden worden sei, dass die Normenkontrolle im Wege der Analogie auf Darstellungen des Flächennutzungsplanes mit den Ausschlusswirkungen des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB zu erstrecken sei.

Das OVG NRW wies aber darauf hin, dass als fristauslösendes Ereignis die Veröffentlichung der zur Überprüfung gestellten Vorschrift mit formellem Geltungsanspruch auch in diesem Zusammenhang ausreichend sei. Die Ausschlusswirkung sei Folge der beabsichtigten materiellen Wirkung der Planung, nicht aber Voraussetzung des Geltungsanspruchs des Flächennutzungsplanes überhaupt. Dementsprechend sei es unerheblich, ob der Plangeber die an die Ausschlusswirkung des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB anknüpfende Rechtsprechung des BVerwG habe vorhersehen können. Entscheidend bleibe allein, dass es dem Antragsteller aufgrund der ortsüblichen Bekanntmachung ohne weiteres hypothetisch möglich gewesen sei, den formellen Geltungsanspruch des Flächennutzungsplanes zu erkennen. Hierbei komme es zudem nicht darauf an, ob die Bekanntmachung den räumlichen Geltungsbereich der Rechtsnormqualität aufweisenden Darstellung hinreichend deutlich gemacht habe. Die Frist werde selbst dann ausgelöst, wenn in der Bekanntmachung der Hinweis fehle, dass bei einem Flächennutzungsplan mit Ausschlusswirkung grundsätzlich der gesamte Außenbereich einer Gemeinde erfasst sei und die Bekanntmachung daher nicht den aus rechtsstaatlichen Gründen zu stellenden inhaltlichen Anforderungen entspreche.

II. „Handlungsempfehlung“ bei offensichtlich unwirksamen Flächennutzungsplänen

Interessanterweise beließ es das OVG NRW im Rahmen seiner Entscheidungsgründe zur Verwerfung des Normenkontrollantrages dann aber nicht bei den Ausführungen zur Fristenproblematik, sondern fand darüber hinaus noch klare Worte in Richtung einer „Handlungsempfehlung“ bei offensichtlich unwirksamen Flächennutzungsplänen: So wurde ausgeführt, dass in Fällen, in denen ein Flächennutzungsplan aufgrund von Bekanntmachungsmängeln formell rechtswidrig und wegen offensichtlicher Verfehlung der Anforderung an eine schlüssige gesamträumliche Planung bei der Ausweisung von Konzentrationszonen auch materiell offensichtlich rechtswidrig und damit unwirksam sei, der Plangeber (die jeweilige Kommune) jedenfalls gehalten sein dürfe, den „Rechtsschein“ eines gültigen Flächennutzungsplanes entweder durch die Aufhebung des Plans oder durch eine rechtmäßige Neuplanung zu beseitigen. Zudem könnte diese offensichtliche Rechtswidrigkeit möglicherweise sogar – ausnahmsweise – bereits in Genehmigungsverfahren für solche Vorhaben, die mit der Konzentrationsplanung „gebändigt“ werden sollten, selbst von der zuständigen Genehmigungsbehörde berücksichtigt werden.

III. Praxishinweis

Insgesamt bleibt damit festzuhalten, dass eine direkte Überprüfungsmöglichkeit von Flächennutzungsplänen im Rahmen eines Normenkontrollverfahrens nicht mehr gegeben ist, sofern eine (wenn auch mangelhafte) Bekanntmachung des Planes erfolgt und die Antragsfrist abgelaufen ist. Obwohl die „Gefahr“ einer allgemeinverbindlichen Unwirksamkeitserklärung insbesondere bei älteren Flächennutzungsplänen mit Ausschlusswirkung somit gebannt ist, fordert das OVG NRW mit deutlichen Worten, dass es die Kommune nicht bei dieser – für sie ggfs. verfahrensrechtlichen günstigen – Position belassen soll, sondern aktiv einen rechtskräftigen, aber offensichtlich unwirksamen Flächennutzungsplan entweder durch Aufhebung oder durch Änderung zu beseitigen hat. Selbst im Rahmen von Genehmigungsverfahren ist nun Obacht geboten: Denn die zuständige Genehmigungsbehörde sollte – insbesondere vor dem Hintergrund einer möglichen Haftung bei einer rechtswidrigen Versagung des Genehmigungsbescheides – sorgfältig prüfen, ob sie dem Genehmigungsantrag planungsrechtlich eine offensichtlich unwirksame Ausschlusswirkung eines Flächennutzungsplanes entgegenhält oder ob sie den Flächennutzungsplan im Einzelfall besser unangewendet lässt.

Dr. Nils Gronemeyer

Bauordnung 2018 in Kraft getreten

Nach einem langen Gesetzgebungsverfahren (vgl. Mandantenrundbriefe Oktober 2015 und April 2018) ist zum 1. Januar 2019 die neue Bauordnung für Nordrhein-Westfalen in Kraft getreten. In dem Bestreben, die Bauordnung weitestgehend an die Musterbauordnung der Länder anzupassen, sind viele und auch zentrale Vorschriften geändert worden.

Neu eingeführt wurde die Einteilung von Gebäuden in fünf Gebäudeklassen, vom freistehenden Gebäude mit nicht mehr als zwei Nutzungseinheiten und einer Höhe bis zu 7 m bis zum Hochhaus.

Ein Vollgeschoss liegt nach der geänderten Definition vor, wenn die Raumhöhe mindestens 2,30 m beträgt und die Deckenoberkante im Mittel mehr als 1,60 m über die Geländeoberfläche hinausragt. Die Unterscheidung zwischen Dachgeschoss (mit geneigter Dachfläche) und Staffelgeschoss entfällt. Zukünftig ist ein Geschoss nur dann ein Vollgeschoss, wenn es die Höhe von 2,30 Meter über mehr als $\frac{3}{4}$ der Grundfläche des darunter liegenden Geschosses hat. Die Notwendigkeit, beim Staffelgeschoss alle Außenwände gegenüber den darunterliegenden zurückzusetzen, ist entfallen.

Auch das Abstandsflächenrecht erfährt erhebliche Änderungen. Zwar beträgt der Mindestabstand weiterhin 3 m. Die einzuhaltende Tiefe der Abstandsfläche ist aber von 0,8 H (H steht für die Wandhöhe) auf 0,4 H, in Gewerbegebieten auf 0,2 H, reduziert. Neu eingeführt wurde die Möglichkeit, für ein Wohngebäude mit Bestandsschutz, das die Abstandsflächen nicht einhält, einen Neubau an gleicher Stelle und in gleicher Größe mit den gleichen, nicht dem neuen Recht entsprechenden Abstandsflächen zu errichten.

Die Verpflichtung zur Herstellung der notwenigen Stellplätze bleibt. Den Gemeinden wird aber die Möglichkeit eröffnet, durch eine Satzung Regelungen zur Zahl und Ausstattung von Kraftfahrzeugstellplätzen und Fahrradabstellplätzen zu treffen. So kann auf die Herstellung von Stellplätzen verzichtet werden, wenn deren Notwendigkeit durch besondere Maßnahmen wie z. B. Vereinbarungen die Verpflichtung, den Arbeitnehmern Fahrkarten für den ÖPNV zur Verfügung zu stellen, kompensiert wird. Auch beim nachträglichen Ausbau von Dach- und Kellergeschossen kann auf die Herstellung von Stellplätzen verzichtet werden.

Ab sofort müssen Wohnungen in Gebäuden der Gebäudeklasse 3 bis 5 (alle mit mehr als 2 Wohnungen) so gebaut werden, dass sie barrierefrei und eingeschränkt mit dem Rollstuhl nutzbar sind. Das gilt auch für Keller- und Fahrradabstellräume. Für Mehrfamilienhäuser bedeutet dies z. B. den Einbau eines Aufzugs. Zur Definition des Begriffs der Barrierefreiheit wird auf die DIN 18040-2 verwiesen.

Das Genehmigungsfreistellungsverfahren für Wohngebäude mit bis zu 2 Wohnungen im Geltungsbereich eines Bebauungsplanes bleibt erhalten. Sollen für ein Bauvorhaben Abweichungen oder Befreiungen erteilt werden, die nachbarliche Belange berühren können, sind nunmehr die Eigentümer der angrenzenden Grundstücke zwingend zu beteiligen, sofern sie nicht bereits dem Bauherren Lagepläne und Bauzeichnungen unterschrieben oder dem Bauvorhaben auf andere Weise zugestimmt haben. Für die Genehmigung bestimmter Industrieanlagen ist zukünftig eine Öffentlichkeitsbeteiligung vorgeschrieben.

Dr. Nils Gronemeyer

Definition des Vollgeschosses abhängig vom Inkrafttreten des Bebauungsplans

Durch die zum 1. Januar 2019 in Kraft getretene neue Bauordnung für Nordrhein-Westfalen ist der Begriff des Vollgeschosses erheblich verändert worden. Ein Vollgeschoss liegt nach der geänderten Definition des § 2 Abs. 6 nur vor, wenn die Raumhöhe mindestens 2,30 m beträgt und die Deckenoberkante im Mittel mehr als 1,60 m über die Geländeoberfläche hinausragt. Die Unterscheidung zwischen Dachgeschoss (mit geneigter Dach-

fläche) und Staffelgeschoss entfällt. Zukünftig ist ein Geschoss nur dann ein Vollgeschoss, wenn es die Höhe von 2,30 m über mehr als $\frac{3}{4}$ der Grundfläche des darunter liegenden Geschosses hat. Die Notwendigkeit, beim Staffelgeschoss alle Außenwände gegenüber den darunterliegenden zurückzusetzen, ist entfallen. Eine für Bauherren sehr vorteilhafte Änderung der Bauordnung!

Dass bei der Anwendung eines Bebauungsplanes die Baunutzungsverordnung gilt, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bebauungsplanes galt, ist allgemein bekannt. Gleichzeitig war Konsens, dass unabhängig vom Inkrafttreten des Bebauungsplanes die zum Zeitpunkt der Genehmigung jeweils aktuelle Bauordnung anzuwenden ist. Für den Begriff des Vollgeschosses gilt diese Regel jedoch nicht. Nach einem Urteil des OVG Münster vom 03.05.2018 (Az. 10 A 2937/15) stellt § 20 Abs. 1 der BauNVO, wonach der Begriff des Vollgeschosses durch das Landesrecht definiert wird, eine statische und keine dynamische Verweisung auf das Bauordnungsrecht dar. Maßgeblich sei grundsätzlich die Rechtslage, die dem Satzungsbeschluss bei seiner Bekanntmachung zu Grunde liege.

Ob das Oberverwaltungsgericht damit seine Rechtsprechung geändert oder nur wieder in Erinnerung gerufen hat, kann dahinstehen. Jedenfalls halten sich die Baugenehmigungsbehörden an diese Rechtsprechung und wenden bei Bebauungsplänen, die vor 2019 in Kraft getreten sind, die jeweils gültige alte Bauordnung an. Von den „Segnungen“ des neuen Vollgeschossbegriffs werden deshalb viele Bauherren noch lange nicht profitieren.

Dr. Andreas Pieper

Zur Begrenzung gerichtlicher Kontrolle durch den Erkenntnisstand der Fachwissenschaft – die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 23.10.2018

Entscheidungsspielräume der Verwaltung können mitunter nur eingeschränkt gerichtlich überprüfbar sein. Vor allem im Naturschutz- und Wasserrrecht ist in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung anerkannt, dass der Verwaltung ein Beurteilungsspielraum (Einschätzungsprärogative) zukommt, wenn es um die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe geht. Die gerichtliche Kontrolle ist danach begrenzt, wenn die Anwendung eines Gesetzes tatsächliche Feststellungen verlangt, zu denen weder eine untergesetzliche Normierung erfolgt ist noch in Fachkreisen und Wissenschaft allgemein anerkannte Maßstäbe und Methoden existieren. Hier droht ein Konflikt mit Art. 19 Abs. 4 GG, wonach effektiver Rechtsschutz verfassungsrechtlich garantiert ist und behördliche Entscheidungen in tatsächlicher sowie rechtlicher Hinsicht vollständig überprüfbar sein müssen.

Mit der Entscheidung vom 23.10.2018 (1 BvR 2523/13 u. 1 BvR 595/14) hat nun das Bundesverfassungsgericht hierzu Stellung genommen. Dem lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Die Kläger hatten eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung für Windenergieanlagen beantragt. Diese wurde wegen Unvereinbarkeit des Vorhabens mit § 44 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG versagt. Danach ist eine Genehmigung zu versagen, wenn sich durch das Vorhaben das Tötungsrisiko für die geschützten Tiere „signifikant“ erhöht. Die Genehmigungsbehörde hatte angenommen, dass das Risiko der Kollision mit geplanten Windenergieanlagen für eine bestimmte Vogelart (Rotmilan) im Fall einer Zulassung der Anlagen signifikant erhöht sei. Die hiergegen

gerichtete Klage blieb erfolglos. Die Verwaltungsgerichte gestanden der Behörde eine gerichtlich eingeschränkt überprüfbare „naturschutzrechtliche Einschätzungsprärogative“ zu. Im konkreten Fall richtete sich die behördliche Beurteilung auf außerrechtliche (ökologische) Fragestellungen (konkret: Beurteilung des von Windenergieanlagen ausgehenden Risikos für Rotmilane), für die allgemein anerkannte fachwissenschaftliche Maßstäbe und standardisierte Erfassungsmethoden fehlen würden. Letztlich könnte der gerichtlichen Entscheidung die Einschätzung der Behörde zu den fachlichen Fragestellungen zugrunde gelegt werden.

Mit der Verfassungsbeschwerde rügten die Beschwerdeführer vor allem die Verletzung ihres Rechts auf Gewährung effektiven Rechtschutzes durch die Einräumung einer behördlichen Einschätzungsprärogative. Im Ergebnis ohne Erfolg! Das Bundesverfassungsgericht stellt klar, dass Art. 19 Abs. 4 GG das Verwaltungsgericht nicht zu weiteren Ermittlungen zwingt, wenn die gerichtliche Kontrolle nach weitestgehender Aufklärung an die Grenze des Erkenntnisstandards der ökologischen Wissenschaft und Praxis stößt. Es sei nicht Aufgabe der Verwaltungsgerichte, fachwissenschaftliche Erkenntnislücken selbstständig zu schließen. In außerrechtlichen, insbesondere in ökologischen Fragen seien Verwaltungsgerichte nicht „klüger“ als die (Fach-)Behörden.

Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts überrascht insoweit, als dass es auf die behördliche „Einschätzungsprärogative“ gar nicht ankommen soll. Die Begrenzung der Kontrolldichte folge vielmehr aus dem schlichten Umstand, „dass es insoweit am Maßstab zur sicheren Unterscheidung von richtig und falsch fehlt“.

Was folgt daraus? Das Bundesverfassungsgericht nimmt den Gesetzgeber in die Pflicht: Es obliegt dem Gesetzgeber, sofern die fachlichen Zusammenhänge weiter ungeklärt sind, für eine (unter-) gesetzliche Maßstabsbildung zu sorgen, um zumindest genauere Regeln für die behördliche Entscheidungsfindung vorzugeben. Die Rechtsanwendung in grundrechtsrelevanten Bereichen darf auf Dauer nicht von einem fachwissenschaftlichen „Erkenntnisvakuum“ abhängen, das weder Verwaltung noch Gerichte selbst auszufüllen vermögen.

Es bleibt zu hoffen, dass der Gesetzgeber hier tätig wird. Einstweilen werden die Verwaltungsgerichte weiter zu prüfen haben, ob es tatsächlich an entscheidungsrelevanter, eindeutiger wissenschaftlicher Erkenntnis fehlt. Nur dann kommt überhaupt eine Begrenzung der gerichtlichen Kontrolldichte in Betracht, wenn die Behörde – nach fachlichen Maßstäben und Methoden vertretbar – zu einer plausiblen Einschätzung gelangt ist. Für die gutachterliche, die behördliche und die anwaltliche Tätigkeit folgt daraus, dass in jedem Fall die (derzeit) zur Verfügung stehenden ökologischen Erkenntnisquellen umfassend ausgewertet werden sollten. Sofern nämlich hinreichende Erkenntnismöglichkeiten bestehen, muss das Verwaltungsgericht sie nutzen. Der gerichtlichen Entscheidung darf in diesem Fall nicht ohne weiteres die (möglicherweise falsche) Einschätzung der Behörde zugrunde gelegt werden.

Dr. Manfred Schröder

Neue Probleme bei der Durchführung von Genehmigungsverfahren für Schweine- und Geflügelhaltungsanlagen

Den Landwirten und sonstigen Betreibern von Tierhaltungsanlagen und den sie beratenden Ingenieurbüros ist seit langer Zeit vertraut, dass etwa im Bereich des Lärmschutzes oder der Beurteilung von Geruchsmissionen ein entsprechendes Gutachten mit den Bauvorlagen vorgelegt werden muss, um den Nachweis zu erbringen, dass von der geplanten neuen Anlage keine „schädlichen Umwelteinwirkungen“ im Sinne des § 5 Abs. 1 Nr. 1 Bundesimmissionsschutzgesetz (BImSchG) ausgehen. Das ist bisweilen bereits kompliziert genug, wenn in der Umgebung des geplanten Standortes bereits andere Anlagen vorhanden sind, sodass eine entsprechende Vorbelastung berücksichtigt und der Nachweis erbracht werden muss, dass mit der Zusatzbelastung durch die neuen Anlagen die Gesamtbelastung an den schutzwürdigen Orten die maßgeblichen Immissionsrichtwerte für die Zumutbarkeit nicht überschreitet.

Gegen jede Planung einer solchen Anlage wird regelmäßig aus der Nachbarschaft weiter vorgebracht, dass unzumutbare Beeinträchtigungen gerade auch durch Bioaerosole drohen. Dazu ist jüngst z. B. in Niedersachsen ein Gemeinsamer Runderlass vom 19.12.2018 (Nds. MBl. 2018 Nr. 43, S. 1503) veröffentlicht worden, mit dem zur Durchführung von immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren für zwangsbelüftete Schweinehaltungsanlagen und zwangsbelüftete Anlagen für Mastgeflügel im Hinblick auf den Einsatz von Abluftreinigungsanlagen sowie hinsichtlich der Bioaerosolproblematik Regelungen getroffen werden. Im Unterschied zu Abluftreinigungsanlagen für die Schweinehaltungsanlagen kann die wirtschaftliche Vertretbarkeit der Forderung nach einer Abluftreinigungsanlage bei zwangsbelüfteten Anlagen für die Geflügelkurzmaß noch nicht allgemein vorausgesetzt werden.

Liegt aber im Einwirkungsbereich des geplanten Anlagenstandortes ein Flora-Fauna-Habitat-Gebiet (FFH-Gebiet), ein Vogelschutzgebiet, Wald oder ein sonstiges schutzbefürftiges Biotop, dann muss zusätzlich gutachterlich untersucht werden, ob etwa Stickstoffeinträge (und auch Ammoniak) zu schädlichen Umwelteinwirkungen führen können. Mit dem Eintrag von Luftschatdstoffen in FFH-Gebiete, wie beispielsweise von Stickstoff, hat sich die Rechtsprechung in jüngerer Zeit bei Kraftwerksvorhaben und Autobahnvorhaben auseinandersetzen müssen, aber auch bei Tierhaltungsanlagen. Die Rechtsprechung hat zur Beurteilung der Schädlichkeit den Bewertungsansatz der sogenannten „Critical Loads“ anerkannt. Anhand bestimmter Werte werden die Grenzen einer noch unbedenklichen Belastung für stickstoffempfindliche Gebiete angegeben. Völlig ungelöst ist hier aber das Problem der in Deutschland generell bestehenden sehr hohen Vorbelastung an Stickstoffeinträgen. Wenn diese in vielen Fällen bereits heute die für bestimmte Biotope ermittelten Critical Loads überschreiten, könnte dies im Extremfall zu einer generellen Veränderungssperre im Umfeld empfindlicher FFH-Gebiete führen. Es wird deshalb in der einschlägigen Literatur schon heraufbeschworen, dass es zu einem faktischen Zulassungsstopp für neue Vorhaben selbst dann kommen kann, wenn sie nur geringe und sehr geringe Zusatzbelastungen verursachen.

Ein Ausweg lässt sich häufig nur finden, wenn der Nachweis gelingen kann, dass die in der Fachwelt und in der Rechtsprechung entwickelten sogenannten Bagatellschwellen (Irrelevanzschwellen) eingehalten werden. Werden diese Schwellenwerte unterschritten, dann ist im Regelfall eine Zusatzbelastung trotz hoher Vorbelastung noch hinzunehmen.

Die hier zu verzeichnende Entwicklung, gerade auch von Irrelevanzschwellen im Sinne eines unteren Abschneidekriteriums für Stickstoffeinträge in FFH-Gebiete führt noch zu zahlreichen Unsicherheiten der rechtlichen Beurteilung.

Praxishinweis:

Für die Anlagenbetreiber und die sie beratenen Ingenieurbüros wird es immer aufwändiger, vollständige und genehmigungsfähige Antragsunterlagen anzufertigen. Eine Trendwende ist hier aber derzeit überhaupt nicht zu erkennen, sodass man sich bei der Planung der entsprechenden Anlagen auf diese Rahmenbedingungen einstellen muss.

Andreas Wiemann

„Interdisziplinäres Baurecht“: Arbeiten neben angrenzenden (denkmalgeschützten) Gebäuden!

Es ist allgemein bekannt, dass bei Abriss und Neubau eines Gebäudes unmittelbar angrenzend an ein anderes Gebäude Vorsicht geboten ist. Dies gilt umso mehr, wenn es sich bei dem Nachbargebäude um ein denkmalgeschütztes Objekt handelt. Vorliegender Praxisfall gibt anschaulich wieder, welche Beteiligten von dem Eigentümer eines denkmalgeschützten Objekts grundsätzlich in Anspruch genommen werden könnten:

Unmittelbar angrenzend an ein gewerblich genutztes Baudenkmal war ein Haus abgerissen und anschließend baugenehmigt neu errichtet worden. Im Zuge der Abriss- und Neubauarbeiten war es in Folge von Erschütterungen und mechanischen Einwirkungen zu Schäden an dem denkmalgeschützten Objekt gekommen. Nachdem es außergerichtlich mit den an den Bauarbeiten Beteiligten nur zu Teillösungen gekommen ist, verfolgt der Denkmaleigentümer Schadensersatz- bzw. Entschädigungsansprüche gerichtlich.

Etschädigungsanspruch im Nachbarrechtsverhältnis

Gegenüber dem Bauherren und den Eigentümern des Baunachbargrundstücks hat er einen Entschädigungsanspruch gem. § 906 Abs. 2 S. 2 BGB (analog) in sechsstelliger Höhe geltend gemacht. Dabei handelt es sich um einen gesamtschuldnerischen verschuldenunabhängigen (!) nachbarrechtlichen Ausgleichsanspruch. Prozesskostenerhörend erfolgten in diesem zivilgerichtlichen Klageverfahren Streitverkündigungen, Architekt und Fachplaner sowie eine bauausführende Firma sind – anwaltlich vertreten – beigetreten. Neben Schäden am Objekt wurden u. a. auch vorderichtliche Kosten für Privatgutachten in erheblicher Höhe sowie Mietausfallkosten geltend gemacht. Die Klage hatte erstinstanzlich nahezu zur Hälfte Erfolg. Das Landgericht hat lediglich der Höhe nach einzelne Positionen aberkannt bzw. reduziert (LG Bielefeld - 6 O 585/15 -). Soweit der Denkmaleigentümer unterlegen ist, hat er Berufung eingelegt, über die das OLG Hamm noch nicht entschieden hat.

Amtshaftungsanspruch gegen Bau- und Denkmalbehörde

Parallel (!) zu dem vorgenannten Rechtsstreit hat der Denkmaleigentümer Amtshaftungsklage gegen die Stadt als Bauaufsichtsbehörde und Untere Denkmalschutzbehörde eingelegt. Hier macht er einen Amtshaftungsanspruch geltend (§ 839 BGB i. V. m. Art. 34 GG), ebenfalls in sechsstelliger Höhe. Der Vorwurf lautet, Mitarbeiter der Stadt hätten die denkmalschädigenden Arbeiten auf dem Nachbargrundstück unter Verstoß gegen bau- und denkmalschutzrechtliche Vorschriften genehmigt, die Ausführung nicht ausreichend überwacht, und ein erforderliches Einschreiten gegenüber dem Bauherren sei nicht erfolgt. Die Schadenspositionen sind im Wesentlichen identisch mit denen der vorgenannten Klage gegen den Bauherren und die Grundstückseigentümer. Das Landgericht Bielefeld hat die Klage (- 6 O 625/15 -) abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, der geltend gemachte Amtshaftungsanspruch scheitere bereits daran, dass nicht von dem für eine Haftung erforderlichen Vorsatz ausgegangen werden könne. Denn gemäß § 839 Abs. 1 S. 2 BGB komme ein Haftungsanspruch dem Grunde nach nur in Betracht, wenn der Geschädigte nicht auf andere Weise – hier durch Inanspruchnahme des Bauherren und der Grundstückseigentümer – Ersatz zu erlangen vermöge. Eine dahingehende vorrangige Inanspruchnahme sei auch nicht unzumutbar, solange nicht ausgeschlossen werden könne, dass etwaige anderweitige Ersatzansprüche durchsetzbar seien. Einem daneben geprüften Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff hat das Gericht eine Absage mit der Begründung erteilt, unmittelbar gegen das Eigentum gerichtete Eingriffsmaßnahmen der Stadt seien nicht ersichtlich. Mittelbare Einschränkungen genügten nicht. Soweit ein Unterlassen in Form fehlender Überwachung der Abriss- und Bauarbeiten durch die Stadt geltend gemacht werde, müsse ein qualifiziertes Unterlassen vorliegen, was nicht der Fall sei. Der Denkmaleigentümer hat auch gegen dieses Urteil Berufung eingelegt, über die das OLG Hamm ebenfalls bislang noch nicht entschieden hat.

Damit nicht genug!

Verwaltungsgerichtliche Klage gegen die Denkmalbehörde

Vor den Verwaltungsgerichten versuchte der Denkmaleigentümer die Stadt als Untere Denkmalbehörde zu verpflichten, dem Bauherren durch Bescheid aufzuerlegen, die am Baudenkmal entstandenen Schäden fachgerecht instand setzen zu lassen und hierfür eine Erlaubnis gem. § 9 Denkmalschutzgesetz NRW (DSchG NRW) zu beantragen.

Diese Klage hatte sowohl erst- als auch zweitinstanzlich keinen Erfolg (VG Minden - 1 K 1955/14 – und OVG NRW - 10 A 1284/16 -). Ungeachtet von Fragen der Zulässigkeit der Klage hat das Verwaltungsgericht zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt, es sei rechtlich fragwürdig, ob § 27 DschG NRW i. V. m. § 14 Abs. 1 OBG NRW als Anspruchsgrundlage in Betracht komme (die Klage hatte letztlich wegen Unzulässigkeit keinen Erfolg). Denn bei § 27 DschG NRW handele es sich um eine Befugnis zur Durchsetzung der in § 1 Abs. 1 DschG NRW formulierten Ziele des Denkmalschutzes, insbesondere des Erhaltungsgebotes. Die Norm sei damit auf die Sicherstellung des im öffentlichen Interesse liegenden Denkmalschutzes gerichtet. Es sei nicht ersichtlich, dass sie Ansprüche des Denkmaleigentümers eröffnen solle. Danach spreche vieles dafür, dass das DschG NRW keinen Anspruch auf das begehrte behördliche Einschreiten vermitte. Letztlich haben sowohl das Verwaltungsgericht als auch das OVG NRW diese

rechtlich interessante Frage offengelassen; in der einschlägigen Kommentarliteratur wird teilweise ein dahingehender Abwehranspruch des Denkmaleigentümers grundsätzlich in Erwägung gezogen. Unabhängig davon ist das Verwaltungsgericht zu der Auffassung gelangt, dass selbst bei Annahme eines solchen Anspruchs im entschiedenen Fall die erforderliche Ermessensreduzierung auf Null für ein zu verpflichtendes Einschreiten der Unteren Denkmalbehörde nicht vorliege.

Praxishinweis:

Der geschilderte Fall zeigt, dass nicht immer allein ein Bauherr und die Eigentümer eines Baunachbargrundstücks als potentielle Anspruchsverpflichtete bei Beschädigungen eines angrenzenden Gebäudes in Betracht kommen, sondern unter Umständen auch Städte und Kreise als Bauaufsichts- und Denkmalbehörden. Sofern Ansprüchen nicht dem Grunde nach bereits gerichtlich eine Absage erteilt wird, sind zur Ermittlung der jeweiligen Schäden regelmäßig sehr umfangreiche und kostenträchtige Sachverständigengutachten einzuholen.



Aktuelles

Prof. Dr. Martin Dippel

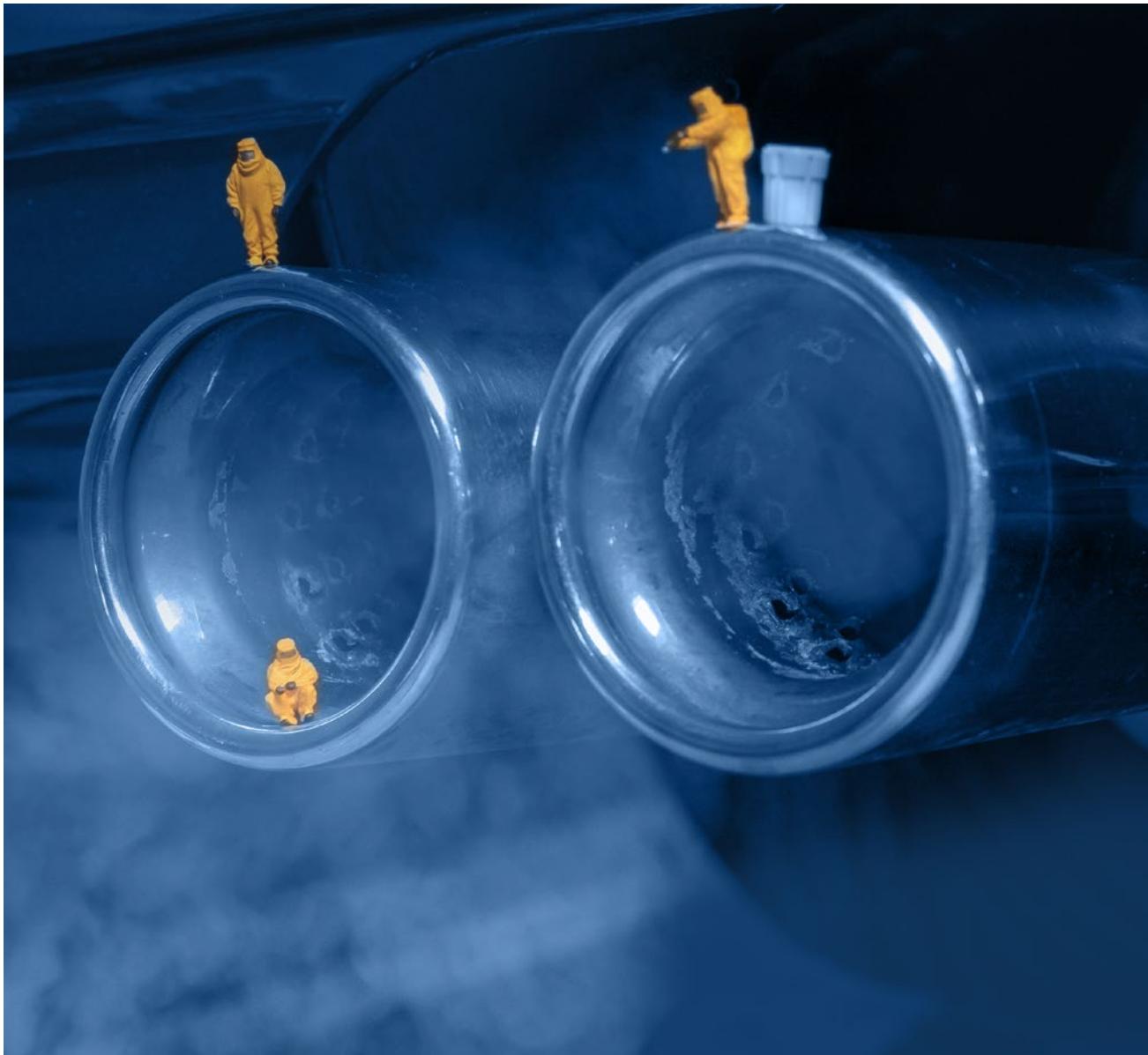
Luftreinhaltung, Fahrverbote und die Standortwahl für Messstationen

Die Autofahrernation Deutschland diskutiert schon seit einigen Jahren über Einschränkungen des Individualverkehrs in den Städten, dort wo die Luftqualität am stärksten beeinträchtigt ist. Soweit diese Diskussion den rein weltanschaulichen Rahmen verlässt und sich beispielsweise konkreten Rechtmäßigkeitsfragen zuwendet, geht es vor allem darum, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang Fahrverbote verhängt werden können und ob Einzelne darauf einen Anspruch haben. Hier hat die Rechtsprechung schon erhebliche Klarheit geschaffen, vor allem das Bundesverwaltungsgericht durch zwei Urteile vom 27.02.2018, über die wir in unserem Mandantenrundbrief vom April 2018 berichtet haben.

Fast auf den Tag genau ein Jahr später sorgt eine weitere Nachricht für Aufsehen: In einem Verfahren vor dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) geht es um die Frage, ob innerstaatliche Gerichte die Standortwahl für Luftpollutionssensoren kontrollieren

können und ferner um die Frage, ob aus den Ergebnissen verschiedener Messstationen ein Mittelwert gebildet werden darf, um die Einhaltung der Grenzwerte zu beurteilen. Die zuständige Generalanwältin hat dem EuGH am 28.02.2019 vorgeschlagen zu entscheiden, die erstgenannte Frage zu bejahen – d.h. die Standortwahl soll gerichtlich überprüfbar sein – und die zweite Frage zu verneinen – d. h. keine Mittelwertbildung aus den Messwerten mehrerer Stationen. Folgt der EuGH dieser Auffassung der zuständigen Generalanwältin (wofür eine statistische Wahrscheinlichkeit von ca. 75% und daneben auch inhaltlich Einiges spricht), so wird er in seiner Entscheidung feststellen, dass einzelne Betroffene die Standortwahl für Luftpollutionssensoren gerichtlich überprüfen lassen können und dass eine Mittelwertbildung zwischen den Ergebnissen mehrerer Stationen unzulässig ist.

Durch das EuGH-Verfahren unberührt ist die rechtliche Vorgabe des Europarechts und der in Deutschland geltenden Luftreinhaltungsverordnung (39. BlmSchV), dass für die Luftreinhaltungsplanung zwar die Bereiche mit der erwartungsgemäß höchsten Schadstoffbelastung ausgewählt werden müssen, dass innerhalb dieser Bereiche die Standorte der Messstationen jedoch so zu wählen sind, dass die Messergebnisse für den gesamten Bereich



repräsentativ sind, also nicht nur die punktuell höchste Schadstoffbelastung innerhalb eines Bereichs abbilden. Die gegenwärtig deutschlandweit durchgeführte Überprüfung der Standorte der Messstationen innerhalb der erwartungsgemäß am höchsten belasteten Bereiche kann deshalb ohne weiteres fortgeführt werden. Hier waren in der Vergangenheit an vielen Orten deutliche Mängel festzustellen, weil irrigerweise Standorte gewählt worden sind, die nur punktuelle Höchstbelastungen, aber eben keine repräsentativen Daten für einen festgelegten Bereich erbrachten. Ebenfalls nicht berührt durch das EuGH-Verfahren ist die gerade erst Gesetz gewordene Änderung des deutschen Rechts in der Weise, dass Fahrverbote in der Regel nicht angeordnet werden dürfen, wenn bestimmte Schadstoffwerte (NO₂) nur geringfügig überschritten werden. Diese Änderung des Bundesimmissionsschutzgesetzes, die die EU-Kommission bereits zuvor gebilligt hatte, hat der Bundestag am 14.03. und der Bundesrat am 15.03.2019 beschlossen.

Fazit

Die einzelnen Betroffenen werden vom EuGH voraussichtlich auch hinsichtlich der Standortwahl der Messstationen stärkere Kontrollrechte zugesprochen bekommen. An der gegenwärtig laufenden Überprüfung der Standorte der einzelnen Messstationen innerhalb der am stärksten belasteten Bereiche in Deutschland ändert das Verfahren beim EuGH jedoch nichts. Und auch weiterhin wird die Verhängung von Fahrverboten unter dem vom Bundesverwaltungsgericht betonten Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beurteilen sein.

Dr. Jörg Niggemeyer

Update: Profifußball in der „Gebührenfalle“? Bundesverwaltungsgericht hält Kostenbeteiligung der DFL grundsätzlich für möglich

In der Ausgabe April 2018 hatten wir über ein Urteil des OVG Bremen berichtet, welches das Land Bremen für berechtigt gehalten hat, die DFL (Deutsche Fußballliga GmbH) an den Kosten für den Polizeieinsatz anlässlich des Bundesligaspiele SV Weder Bremen gegen den Hamburger SV im Jahr 2015 zu beteiligen. Nun hat das Bundesverwaltungsgericht (29.03.2019) den Rechtsstreit entschieden und grundsätzlich festgehalten, dass das Land Bremen berechtigt ist, der DFL den Mehraufwand für die erhöhte Polizeipräsenz bei einem Bundesliga-Hochrisikospiel aufzuerlegen. Allerdings hat das Gericht den konkreten Kostenbescheid des Landes Bremen aufgehoben und an das OVG Bremen zur Neuverhandlung zurückverwiesen.

Mit dieser Entscheidung schreibt das Bundesverwaltungsgericht Rechtsgeschichte. Abgesehen davon, dass mit diesem Urteil eine Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts erstmals Live im Fernsehen und im Internet übertragen wurde, hat das Gericht grundsätzlich festgestellt, dass auch der „Nutznießer“ einer besonders aufwendigen polizeilichen Sicherheitsvorsorge zur Kasse gebeten werden darf. Zwar habe der bremische Gesetzgeber berücksichtigen müssen, dass die gebührenpflichtige DFL zugleich auch Steuerzahlerin sei, allerdings dürfe der zusätzliche Mehraufwand der zusätzlichen Polizeipräsenz dem Veranstalter DFL zugerechnet werden, da dieser zur reibungslosen Durchführung des Bundesligaspiele auf die zusätzliche Polizeipräsenz angewiesen und damit als Nutznießer einzuordnen sei.

Die schriftliche Urteilsbegründung liegt zwar noch nicht vor, allerdings hat es den Anschein, dass das Gericht nahezu sämtliche Einwände der DFL nicht hat gelten lassen. So sei die Gebühr insbesondere nicht unverhältnismäßig, obwohl sie eine beträchtliche Höhe erreichen könne. Denn der bremische Gesetzgeber habe ausschließlich an gewinnorientierte Veranstaltungen angeknüpft, sodass die Gebühr regelmäßig in einer angemessenen Relation zu dem wirtschaftlichen Ergebnis des Veranstalters stehe, welches dieser auch dank der Polizei erwirtschaftete. Das Bundesverwaltungsgericht positioniert sich also klar: Die Kostentragungspflicht der DFL – welche letztlich auch versuchen wird, Rückgriff bei dem mit ausrichtenden Bundesliga-Verein zu nehmen – kann durch einen entsprechenden gesetzlichen Gebührentatbestand geschaffen werden.

Weshalb also die Zurückweisung? Das Bundesverwaltungsgericht stört sich daran, dass das Vorgehen gegen einzelne „Problemfans“, also etwa zahlreiche sog. Ingewahrsamnahmen, nicht in dem Bescheid an die DFL berücksichtigt wurde. Wenn nämlich diese Personen einzeln herangezogen werden könnten und gleichzeitig eine Gebühr von der DFL verlangt werde, so könne es zu einer Doppelabrechnung kommen. Um diese zu verhindern, bedürfe es einer erneuten Befassung des OVG Bremen mit der Sache, da die Vermeidung einer Doppelabrechnung ausschließlich Sache des bremischen Landesrechts sei.

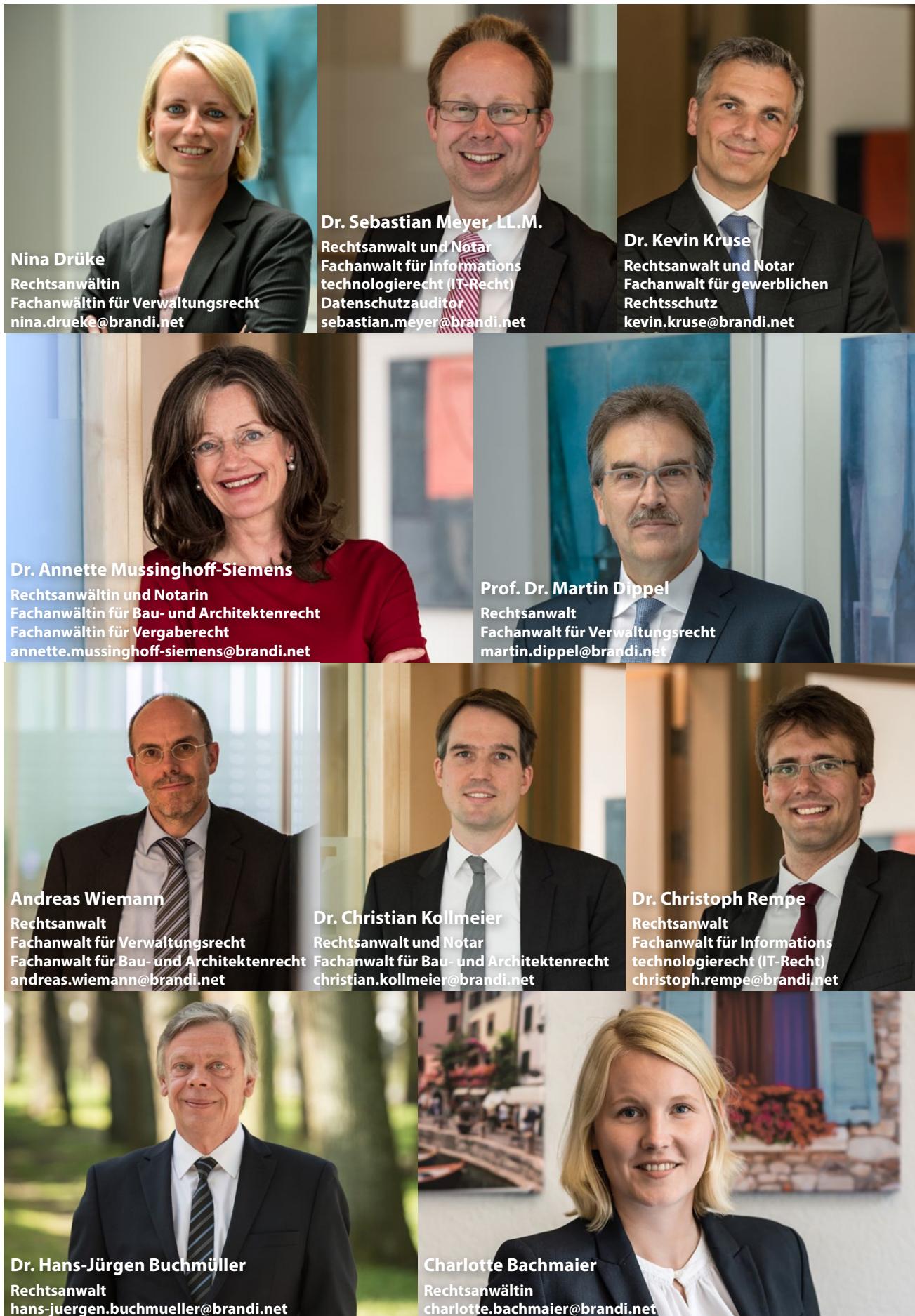
Es darf nun trefflich darüber spekuliert werden, welche Folgen diese Entscheidung haben kann. Allein die Stadt Bremen hat ihren im Streit stehenden Gebührenbescheid seitdem 6 weitere Bescheide folgen lassen. Man nimmt an, dass jede siebte Partie in der ersten und zweiten Bundesliga ein Hochrisikospiel ist. Sicherlich ist nicht jedes so brisant wie das Nordderby, andere jedoch auch noch brisanter: Beim Zweitligaspiel zwischen Hannover 96 und Eintracht Braunschweig in der Saison 2016/2017 sollen es gar 2.500 eingesetzte Beamte gewesen sein, Gesamtkosten von 1,2 Millionen Euro standen zu Buche.

Es darf erwartet werden, dass andere Bundesländer dem Beispiel Bremens folgen werden. Es haben bereits mehrere Landesinnenminister angekündigt, keine gesetzlichen Gebührentatbestände schaffen zu wollen. Es ist aber durchaus fraglich, ob und wie sich diese Haltung politisch durchhalten lässt, zumal laut Umfragen eine hohe Zustimmung der Gesamtbevölkerung für „Sondergebühren“ gegeben sein soll. Insbesondere in NRW könnte also eine der Bremer Gebührenregelung vergleichbare Vorschrift erhebliche Belastungen der Bundesligavereine nach sich ziehen. Die Dichte der Vereine in den Bundesligas ist in NRW besonders hoch, irgendein sicherheitsrelevantes Derby steht im Grunde jedes Wochenende an.

Was die möglichen Folgen dieser Entscheidung für andere Veranstaltungen angeht, so kann zumindest vorläufig Entwarnung gegeben werden. Das Bundesverwaltungsgericht hat betont, dass es sich zunächst einmal nur um eine Entscheidung für die Fußballbundesliga handele, die aus unserer Sicht möglicherweise noch die zweite Bundesliga mit einschließen kann. Deshalb ist davon auszugehen, dass die Übertragung entsprechender Gebührentatbestände auch auf andere kommerzielle Großveranstaltungen wie z. B. Rockkonzerte oder Volksfeste vorerst nicht zu erwarten ist.

Die Autoren





BRANDI

RECHTSANWÄLTE

Bielefeld

Adenauerplatz 1
33602 Bielefeld
Tel.: +49 (0) 521 / 9 65 35 - 0
Fax: +49 (0) 521 / 9 65 35 - 99
E-Mail: bielefeld@brandi.net

Detmold

Lindenweg 2
32756 Detmold
Tel.: +49 (0) 5231 / 98 57 - 0
Fax: +49 (0) 5231 / 98 57 - 50
E-Mail: detmold@brandi.net

Gütersloh

Thesings Allee 3
33332 Gütersloh
Tel.: +49 (0) 5241 / 53 58 - 0
Fax: +49 (0) 5241 / 53 58 - 40
E-Mail: guetersloh@brandi.net

Paderborn

Rathenastraße 96
33102 Paderborn
Tel.: +49 (0) 5251 / 77 35 - 0
Fax: +49 (0) 5251 / 77 35 - 99
E-Mail: paderborn@brandi.net

Minden

Königswall 47-49
32423 Minden
Tel.: +49 (0) 571 / 8 37 06 - 0
Fax: +49 (0) 571 / 8 37 06 - 66
E-Mail: minden@brandi.net

Hannover

Adenauerallee 12
30175 Hannover
Tel.: +49 (0) 511/ 89 93 79 - 0
Fax: +49 (0) 511/ 89 93 79 - 77
E-Mail: Hannover@brandi.net

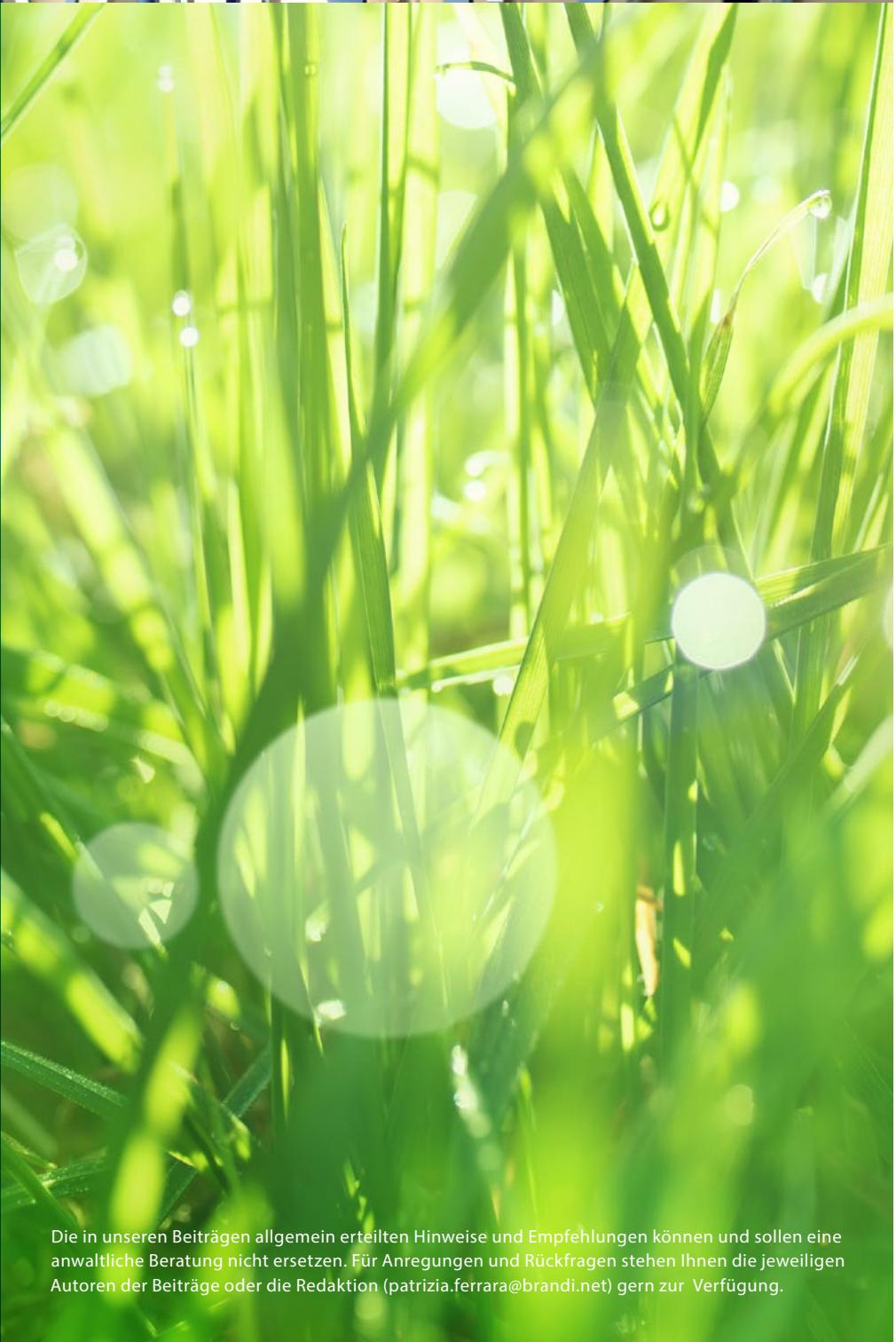
Paris

70, boulevard de Courcelles
F-75017 Paris
Tel.: 0033 / 1 42 66 89 00
Fax: 0033 / 1 42 66 89 01
E-Mail: info@wenner.eu

Beijing

Grandall Law Firm
9th Floor Taikang Financial Tower
No. 38 North Road East Third Ring
Chaoyang
Beijing (Peking) 100026
Tel.: +86 10 65 89 06 99
Fax: +86 10 58 13 77 88
E-Mail: peking@brandi.net

www.brandi.net



Die in unseren Beiträgen allgemein erteilten Hinweise und Empfehlungen können und sollen eine anwaltliche Beratung nicht ersetzen. Für Anregungen und Rückfragen stehen Ihnen die jeweiligen Autoren der Beiträge oder die Redaktion (patrizia.ferrara@brandi.net) gern zur Verfügung.