

Inhalt

- Aktuelles: Grooterhorst & Partner Rechtsanwälte siegt für Stadt Ochtrup vor dem Verfassungsgerichtshof NRW
- AGB: Unwirksamkeit von Preisanpassungsklauseln
- Arbeitsrecht: Gegenläufige betriebliche Übung
- Öffentliches Recht: Kein „Windhundrennen“ von Investoren



Liebe Leser,

der letzte Mandantenbrief des Jahres 2009 beschäftigt sich mit zwei brisanten Entscheidungen aus Nordrhein-Westfalen zur Ansiedlung großflächiger Einzelhandelsvorhaben und einer EU-Initiative zu diesem Thema.

Im Übrigen berichten wir über eine breite Palette von Themen aus dem Handels- und Gesellschaftsrecht, dem Arbeitsrecht sowie dem Immobilien- und öffentlichen Recht.

Ich wünsche Ihnen eine anregende Lektüre.

Mit freundlichen Grüßen

A handwritten signature in black ink, which appears to read "Johannes Grooterhorst". The signature is fluid and cursive.

Dr. Johannes Grooterhorst
Rechtsanwalt



A. Aktuelles

Verfassungsgerichtshof NRW – Gesetz über Factory Outlet Center (§ 24a Abs. 1 Satz 4 LEPro NRW) verfassungswidrig

- I. Die nordrhein-westfälische Gemeinde Ochtrup konnte sich mit einer Kommunalverfassungsbeschwerde gegen die Landesplanung durchsetzen, die ihr die Planung eines Factory Outlet Centers untersagte. Die Gemeinde wurde vor dem Verfassungsgerichtshof in Münster durch Grooterhorst & Partner Rechtsanwälte vertreten.

Gemäß § 24a Abs. 1 Satz 4 LEPro NRW durften in Nordrhein-Westfalen Gemeinden mit weniger als 100.000 Einwohnern keine Factory Outlet Center mit mehr als 5.000 m² Verkaufsfläche planen.

Mit Urteil vom 26.08.2009 (VerfGH 18/08) hat der Verfassungsgerichtshof für das Land Nordrhein-Westfalen festgestellt, dass § 24a Abs. 1 Satz 4 LEPro nichtig ist, weil die Regelung willkürlich in das kommunale Selbstverwaltungsrecht eingreift.

Keine Begründung für Schwellenwerte

Wie der Verfassungsgerichtshof urteilte, fehlt es bereits an einer nachvollziehbaren Begründung für die Schwellenwerte von 100.000 Einwohnern und 5.000 m² Verkaufsfläche. Auch wurde der Eingriff in die kommunale Planungshoheit nicht ordnungsgemäß abgewogen. Zudem sei die Norm auch deshalb willkürlich, weil der Gesetzgeber die besonderen Bedürfnisse ländlicher Räume außer Acht gelassen hatte.

Die Entscheidung markiert einen Wendepunkt in der planungsrechtlichen Rechtsprechung und stellt deutschlandweit eine Vielzahl planungsrechtlicher Normen auf den Prüfstand.

Erheblicher Eingriff in die kommunale Planungshoheit

Die Einschränkung der kommunalen Planungsmöglichkeiten für großflächigen Einzelhandel durch die Landesplanung stellt nach Ansicht des Verfassungsgerichtshofs einen erheblichen Eingriff in die kommunale Planungshoheit dar. Demgegenüber hatte das Bundesverwaltungsgericht (zuletzt in dem parallel gelagerten Fall des FOC Soltau) nur einen geringfügigen Eingriff sehen wollen, weil den Gemeinden nur spezifische Planungsmöglichkeiten genommen würden und ausreichend substantielle Planungsmöglichkeiten verblieben.

Aus der erhöhten Eingriffsintensität folgt nunmehr aber ein erhöhter Begründungs- und Rechtfertigungsbedarf, dem nicht alle bestehenden planungsrechtlichen Normen standhalten werden. Der Eingriff muss durch überörtliche Interessen von höherem Gewicht gerechtfertigt sein und die Rechtfertigung muss nachvollziehbar aus der Begründung der planungsrechtlichen Normen hervorgehen. Je schwerwiegender der Eingriff ist und je weniger Ausnahmen die planungsrechtliche Norm zulässt, desto höher liegen die Hürden für die Begründung der Regelung.

Fragliche Verfassungsmäßigkeit der übrigen Regelungen des § 24a LEPro NRW

Höchst fraglich ist vor diesem Hintergrund insbesondere auch die Verfassungsmäßigkeit der verbliebenen nordrhein-westfälischen Regelung über den großflächigen Einzelhandel. Denn Teile der Begründung des Urteils des Verfassungsgerichtshofs lassen sich auch auf die übrigen Regelungen des § 24a LEPro NRW übertragen.

**Oberverwaltungsgericht
NRW: Gesetz über Ansied-
lung großflächigen Einzel-
handels (§ 24a LEPro NRW)
insgesamt ohne Bindungs-
wirkung**

- II. Zu § 24a LEPro NRW hat sich nunmehr auch das Oberverwaltungsgericht Münster in einem Parallelverfahren geäußert. Auch in diesem verwaltungsgerichtlichen Verfahren haben Grooterhorst & Partner Rechtsanwälte die planende Gemeinde vertreten. Das Oberverwaltungsgericht Münster hat mit Urteil vom 30.09.2009 (Az.: 10 A 1676/08) die Rechtsauffassung geäußert, dass § 24a Abs. 1 Satz 4 LEPro NRW insgesamt verfassungswidrig sei. Die Verfassungsfrage war aber durch das Oberverwaltungsgericht nicht abschließend zu entscheiden.

Das OVG hat der Vorschrift des § 24a LEPro insgesamt ihre Bindewirkung genommen. Diese Vorschrift stellte bisher das zentrale Steuerungsmittel des Landes zur Ansiedlung großflächiger Einzelhandelsvorhaben dar. Das Oberverwaltungsgericht hat festgestellt, dass die Vorschrift keine bindende Wirkung gegenüber den Gemeinden entfaltet. Wir werden über diese weitreichende Entscheidung in der nächsten Ausgabe noch einmal ausführlich berichten und verweisen einstweilen auf unsere Darstellung auf unserer Website unter „Aktuelles“.

**EU-Recht: Mögliche Ver-
stöße der Landesplanung
NRW und anderer Länder
gegen Europarecht**

Weitere Bedenken gegenüber der Landesplanung in Nordrhein-Westfalen und anderen Bundesländern bestehen im Hinblick auf einen möglichen Verstoß gegen das Europarecht. Die EU-Kommission hat verschiedene Regelungen im Rahmen eines Mahnschreibens beanstandet. Der Verfassungsgerichtshof und das Oberverwaltungsgericht mussten sich mit diesen europarechtlichen Frage allerdings (noch) nicht auseinander setzen.

Niklas Langguth

B. Handels- und Gesellschaftsrecht

**Unwirksamkeit eines in
Allgemeinen Geschäftsbe-
dingungen vorgesehenen
Preisänderungsrechts**

- I. Nicht selten ist in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen von langfristigen Dauerschuldverhältnissen eine Regelung vorgesehen, wonach der Verwender berechtigt ist, die durch den Kunden regelmäßig zu zahlenden Beträge zu erhöhen, wenn sich die eigenen Kosten des Verwenders erhöhen (sog. Kostenelementeklausel).

Der Bundesgerichtshof hat in mehreren Entscheidungen – am Beispiel der Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Pay-TV-Senders bzw. der Sparkassen (BGH, Urt. v. 15.11.2007 – III ZR 247/06; BGH, Urt. v. 21.04.2009 – XI ZR 78/08) – entschieden, dass solche Kostenelementeklauseln unwirksam sind. Unwirksam seien solche Klauseln jedenfalls dann, wenn sie es dem Verwender ermöglichen, über die Abwälzung konkreter Kostensteigerungen hinaus den zunächst vereinbarten Preis ohne Begrenzung anzuheben und somit nicht nur eine Gewinnschmälerung zu vermeiden, sondern einen zusätzlichen Gewinn zu erzielen. Kostenelementeklauseln seien daher nur zulässig, wenn die Befugnis des Verwenders zu Preisanhebungen von echten Kostenerhöhungen abhängig gemacht und die einzelnen Kostenelemente sowie deren Gewichtung bei der Kalkulation des Gesamtpreises offengelegt würden, und zwar schon bei Vertragsschluss. Ferner sei das einseitige Preisänderungsrecht unangemessen, wenn die Regelung keine eindeutige Pflicht des Verwenders zur Herabsetzung der Entgelte bei sinkenden Kosten enthalte.

An der Unangemessenheit der Klausel ändere auch der Umstand nichts, dass dem Kunden bei Preissteigerungen regelmäßig ein Kündigungsrecht eingeräumt werde. Denn ein Recht des Kunden zur Lösung vom Vertrag vermag nicht stets zu einem angemessenen Interessenausgleich zu führen. Im Ergebnis kann sich ein solches Kündigungsrecht sogar zugunsten des Verwenders auswirken: Der Verwender könnte sich durch unangemessene Preisänderungen und anschließende Kündigung des Kunden von einem wirtschaftlich nachteiligen Vertrag lösen.

Ralf-Thomas Wittmann

**Änderung des
Ausgleichsanspruchs des
Handelsvertreters gem.
§ 89 b HGB n. F.**

- II. § 89 b Abs. 1 Satz 1 HGB a. F. zur Regelung des Ausgleichsanspruchs des Handelsvertreters enthielt bisher drei Voraussetzungen: Fortbestehende Vorteile des Unternehmers aus der Geschäftsbeziehung mit durch den Handelsvertreter geworbenen Kunden, einen Provisionsverlust des Handelsvertreters und die Billigkeit des Ausgleichsanspruchs. Diese drei Voraussetzungen waren nach dem Gesetzeswortlaut und ständiger Rechtsprechung kumulativ, so dass der niedrigste der sich aus den einzelnen Voraussetzungen ergebende Betrag den Ausgleich nach oben begrenzte.

Der Europäische Gerichtshof entschied mit Urteil vom 26.03.2009 (Rechtssache C-348/07) hingegen, dass nach der Bestimmung der EU-Handelsvertreter-Richtlinie (Art. 17 Abs. 2 a) Provisionsverluste nur einen von mehreren Gesichtspunkten im Rahmen der Billigkeitsprüfung darstellen, aber kein eigenständige Tatbestandsvoraussetzung sind.

Mit Wirkung ab dem 05.08.2009 hat der deutsche Gesetzgeber daraufhin § 89 b Abs. 1 Satz 1 HGB an den Text der EU-Richtlinie zum Handelsvertreterrecht angepasst. Danach gibt es zukünftig statt bisher drei nur noch zwei Anspruchsvoraussetzungen für den Ausgleich. Die Provisionsverluste sind als eigenständige Anspruchsvoraussetzung gestrichen worden und spielen zukünftig nur noch im Rahmen der Billigkeitsprüfung eine Rolle.

Ralf-Thomas Wittmann

**D&O-Versicherung:
Auch nach neuem Recht i.
d. R. kein Direktanspruch
gegen die Versicherung**

- III. Anders als weithin angenommen steht dem Geschädigten kein direkter Anspruch auf Schadensersatz gegen die Haftpflichtversicherung des Schädigers zu. Der Grund für diese unrichtige landläufige Meinung ist ein besonderer Ausnahmefall im Versicherungsrecht für die nach absoluten Zahlen wohl häufigsten Haftpflichtfälle: Die Kfz-Haftpflichtversicherung, die einen entsprechenden Direktanspruch des Geschädigten gesetzlich vorsieht.

VVG vom 01.01.09

Von diesem Grundsatz rückt auch das neue Versicherungsvertragsgesetz (VVG) vom 01.01.2009 nicht ab, benennt allerdings einige Ausnahmefälle, in denen ein solcher Direktanspruch gleichwohl bestehen soll.

Nach § 115 Abs. 1 des neuen VVG besteht ein direkter Anspruch des Geschädigten gegen den Versicherer in zu den folgenden Fällen:

Fälle des Direktanspruchs

- Die Haftpflichtversicherung ist zur Erfüllung einer nach dem Pflichtversicherungsgesetz bestehenden Versicherungspflicht geschlossen worden (wie schon bisher bei der Kfz-Haftpflichtversicherung).
- Über das Vermögen des Versicherungsnehmers ist das Insolvenzverfahren eröffnet, die Eröffnung mangels Masse abgelehnt oder es ist ein vorläufiger Insolvenzverwalter bestellt worden.
- Der Aufenthalt des Versicherungsnehmers ist nicht bekannt.

Diese Sonderfälle helfen bei der oft komplizierten Abwicklung von Schadensfällen gerade im Bereich der D&O-Versicherung leider oft nur wenig. Es bleibt also auch bei der D&O-Versicherung grundsätzlich beim „Trennungsprinzip“: Es ist zunächst eine Haftungsklage gegen das Organ zu führen.

Frage des Dreiecks- verhältnisses Versicherer – Organmitglied – Versicherungsnehmer

Bei der D&O-Versicherung kommt eine weitere Besonderheit hinzu: Der Versicherungsnehmer – die Gesellschaft – und die versicherte Person – das Organ – fallen auseinander. Es besteht also ein Dreiecksverhältnis zwischen Versicherer, Versicherungsnehmer und versichertem Organmitglied. Dabei schuldet der Versicherungsnehmer die Versicherungsprämie und der Versicherer den Schutz des versicherten Organs.

Problematisch ist diese Konstellation vor allem deshalb, weil der Geschädigte „Dritte“ anders als sonst in Haftpflichtfällen kein Außenstehender ist, sondern der Versicherungsnehmer selbst. Macht der Versicherungsnehmer – die Gesellschaft – Schadensersatzansprüche gegen das Organmitglied geltend, wird die Durchsetzung seiner Ansprüche oft dadurch erheblich erschwert, dass der D&O-Versicherer das Organ unterstützt und so im Ergebnis den Interessen der Gesellschaft zuwider handelt.

Der Versicherer ist verständlicherweise grundsätzlich daran interessiert, im Schadensfall möglichst nicht beziehungsweise möglichst spät und wenig zahlen zu müssen. Der Versicherungsnehmer – die Gesellschaft – hat das genaue entgegengesetzte Interesse, nämlich möglichst schnell entschädigt zu werden. Diese Interessenkollision führt nicht selten zu langen gerichtlichen Auseinandersetzungen.

Beschleunigung der Regressabwicklung?

Die Einführung eines weitergehenden gesetzlichen Direktanspruchs bei der D&O-Versicherung könnte zu einer Beschleunigung der Regressabwicklung und nicht zuletzt auch zu einer Entlastung der Gerichte führen, da über die Haftung des Organs und die Eintrittspflicht der Versicherung in einem einheitlichen Prozess entschieden würde. In diesem einheitlichen Prozess gegen den Versicherer könnte insbesondere auch über Einwände aus dem Versicherungsvertrag entschieden werden.

Johanna Noßke

Europarecht: Neue Gesellschaftsformen SPE

- IV. EU-Kommission und Parlament der Europäischen Union (Beschluss vom 10. März 2009) haben den Weg für die europäische Privatgesellschaft, die Societas Privata Europaea (SPE) geöffnet. Sie soll nach Zustimmung des EU-Ministerrates ab dem 01. Juli 2010 den Kreis der Gesellschaften für Unternehmen erweitern.

Die EU-Kommission will mit diesem Verordnungsvorschlag insbesondere kleinere und mittlere Unternehmen unterstützen, um ihnen den Zugang zum Binnenmarkt zu erleichtern.

Dr. Detlef Brümmer

Insolvenzrecht: Keine Tilgungswirkung nach Leistung durch Scheckzahlung, wenn der Leistende die Verfahrenseröffnung im Zeitpunkt des Leistungserfolges kannte – Organisationspflicht der Unternehmen

- V. Der Bundesgerichtshof hat sich mit Urteil vom 16.07.2009 (IX ZR 118/08) mit der häufig vorkommenden Frage befasst, wann der Insolvenzverwalter Zahlungen eines Schuldners an den Gemeinschuldner „in letzter Minute“ hinnehmen muss.

In dem Fall ging es um die Klage eines Insolvenzverwalters gegen die Versicherungsgesellschaft des Gemeinschuldners auf – erneute – Zahlung einer Schadensregulierung. Das Insolvenzverfahren war am 10.02. des betreffenden Jahres eröffnet und die Eröffnung am 11.02. im Internet sowie am 23.02. im Bundesanzeiger veröffentlicht worden. Die Schuldnerin zahlte am 25.02. per Scheck. Der Insolvenzverwalter hatte am 28.02. die Eröffnung des Insolvenzverfahrens mit einem Schreiben mitgeteilt, das spätestens am 03.03. bei der Schuldnerin einging. Die Einlösung des Schecks erfolgt am 08.03., der Insolvenzverwalter erhielt die Zahlung nicht.

Konkurrenz § 407 BGB – § 82 InsO

Im Mittelpunkt der Entscheidung steht die Frage, ob es bei Scheckzahlungen in Insolvenzverfahren auf die Leistungshandlung (entsprechend § 407 BGB) oder den Leistungserfolg ankommt. Dabei ist insbesondere die Vorschrift des § 82 InsO zu beachten. Danach wird der Leistende in seinem Vertrauen auf die Empfangszuständigkeit eines Gläubigers nur geschützt, wenn ihm die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über dessen Vermögen solange unbekannt geblieben ist, wie er den Leistungserfolg noch zu verhindern vermag. Diese Vorschrift (Gutglaubensschutz aus Billigkeitsgründen) gewährt nach Sinn und Zweck der Vorschrift kein Mindestmaß an Sicherheit (wie bei § 407 BGB), sondern ist nach Auffassung des BGH eine besondere Vergünstigung und dient zugleich dem öffentlichen Interesse an einem effektiven Insolvenzverfahren. Diesem Regelungsziel entspreche es, wenn dem Leistenden weitergehende Obliegenheiten auferlegt würden und darauf abzustellen sei, ob der Drittschuldner seine Leistungen noch zurückrufen könne. Danach könnte die Versicherung nur dann von der Verpflichtung zur erneuten Leistung frei werden, wenn sie zu dem Zeitpunkt, bis zu dem sie die Einlösung des Schecks noch durch dessen Sperrung verhindern konnte, keine Kenntnis von der Eröffnung des Insolvenzverfahrens hatte.

Frage der Kenntnis

Die Einlösung des Schecks erfolgte nach Insolvenzeröffnung. Daher kam es darauf an, von welchem Zeitpunkt an Kenntnis von der Eröffnung des Verfahrens bei dem Schuldner (Versicherung) vorausgesetzt werden musste. Dazu hat der BGH ausgeführt, dass sich Entscheidungsträger so behandeln lassen müssen, als hätten sie das Wissen einzelner Mitarbeiter nach geringer Zeitspanne gehabt. Dies gelte nicht

nur für den Bankenbereich, sondern für alle Unternehmen. Die Entscheidungsträger müssten sich so behandeln lassen, als hätten sie das Wissen zu dem Zeitpunkt gehabt, der bei Bestehen eines effizienten internen Informationssystems benötigt wird. Diese Zeitspanne sei angesichts des Standes der modernen Büro- und Kommunikationstechnik als gering zu veranschlagen (die beklagte Versicherung wollte acht Tage als „branchenüblich und sachgerecht“ für erforderlich halten). Damit hat sie nach Auffassung des BGH nicht vorgetragen, eine Organisationsstruktur geschaffen zu haben, die eine kurzfristige Kenntnisnahme des Inhaltes eilbedürftiger Schreiben durch die Entscheidungsträger ermöglicht hätte.

Praxishinweis

Unternehmen werden ihre „üblichen“ Bearbeitungslaufzeiten jedenfalls in Insolvenzfällen daraufhin zu überprüfen haben, ob sie die schnelle Information eines Entscheidungsträgers sicherstellen. Der Hinweis des BGH auf einen möglichen „Blick auf den Bildschirm“ zeigt, dass diese Frist ein bis zwei Tage kaum überschreiten dürfte.

Dr. Detlef Brümmer

C. Arbeitsrecht

Keine gegenläufige betriebliche Übung bei stillschweigender Hinnahme eines Freiwilligkeitsvorbehaltes für Sonderzahlungen

- I. Mit Urteil vom 18.03.2009 (Az. 10 AZR 281/08) hat das Bundesarbeitsgericht seine bisherige Rechtsprechung zur sog. gegenläufigen betrieblichen Übung bei der Gewährung von freiwilligen Sonderzahlungen aufgegeben.

Nach ständiger Rechtsprechung des BAG ändern die Vertragsparteien den Arbeitsvertrag durch betriebliche Übung, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer mehrmals freiwillige Leistungen gewährt (z. B. Bonuszahlungen, Urlaubsgeld oder Weihnachtsgratifikationen) und der Arbeitnehmer das damit verbundene Angebot zur Änderung des Arbeitsvertrages durch Annahme der Sonderzahlung stillschweigend annimmt. Der Arbeitnehmer hat damit für die Zukunft einen vertraglichen, einklagbaren Anspruch auf die Sonderzahlung. Der Arbeitgeber kann einen solchen Anspruch aus betriebliche Übung nur dadurch verhindern, dass er bei Gewährung der Sonderzahlung ausdrücklich mitteilt, die Zahlung erfolge ohne Rechtsanspruch, d. h. freiwillig.

Ist eine betriebliche Übung ohne einen solchen Freiwilligkeitsvorbehalt entstanden, ging das BAG bislang davon aus, dass der Anspruch auf die Sonderzahlung seinerseits wieder durch eine sog. gegenläufige betriebliche Übung entfallen konnte, indem der Arbeitgeber die Sonderzahlung künftig mehrmals nur unter Freiwilligkeitsvorbehalt auszahlte und der Arbeitnehmer dem nicht ausdrücklich widersprach.

**Auswirkungen der
Regelung über Allgemeine
Geschäftsbedingungen auf
Arbeitsverträge**

Diese gegenläufige betriebliche Übung ist dem Arbeitgeber nach Ansicht des BAG verwehrt, seitdem mit der Schuldrechtmodernisierung die Regeln über die Allgemeinen Geschäftsbedingungen grundsätzlich auch auf Arbeitsverträge anwendbar sind. Da es sich bei der gegenteiligen betrieblichen Übung um ein für den Arbeitnehmer nachteiliges Geschäft handele, komme eine stillschweigende Änderung des Arbeitsvertrages nicht mehr in Betracht. Die Regeln über die Allgemeinen Geschäftsbedingungen sollen nämlich den Arbeitnehmer vor solchen „fingierten“ Erklärungen schützen.

Das BAG hat Arbeitgebern damit de facto die Möglichkeit abgeschnitten, in wirtschaftlich schlechten Zeiten die Zahlung von freiwilligen Leistungen ohne ausdrückliche Änderung des Arbeitsvertrages zu begrenzen.

Tobias Törnig

**Unterbliebene Ziel-
vereinbarung: Schadens-
ersatzanspruch des
Arbeitnehmers**

- II. Häufig installiert der Arbeitgeber zur Förderung der Motivation seiner Arbeitnehmer ein Zielbonussystem. Der Arbeitgeber verspricht dem Arbeitnehmer dabei in der Regel ein variables Gehalt für den Fall, dass der Arbeitnehmer die gemeinsam festgelegten Jahresziele erreicht. In der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung war bislang nicht abschließend geklärt, wie mit solchen variablen Gehaltsbestandteilen umzugehen ist, wenn keine Jahresziele vereinbart werden.

Das BAG hat mit Urteil vom 10.12.2008 (Az. 10 AZR 889/07) nunmehr entschieden, dass dem Arbeitnehmer grundsätzlich ein Anspruch auf Schadensersatz gegen den Arbeitgeber zusteht, wenn der Arbeitgeber schuldhaft das Zustandekommen der jährlichen Zielvereinbarung vereitelt. Dies kann z. B. dann der Fall sein, wenn der Arbeitgeber trotz Aufforderung des Arbeitnehmers nicht über die Zielvereinbarung sprechen will oder die Vereinbarung einer Zielvereinbarung an nicht geschuldete Forderungen knüpft (z. B. eine Änderung des Arbeitsvertrages in anderen Punkten).

Der dem Arbeitnehmer zustehende Schadensersatzanspruch entspricht regelmäßig dem variablen Gehalt, das sich aus einer Zielvereinbarung ergeben hätte, die nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge vereinbart worden wäre. Gleichzeitig wird zugunsten des Arbeitnehmers unterstellt, dass der Arbeitnehmer die mit dieser „fiktiven“ Zielvereinbarung vorgegebenen Ziele auch erreicht hätte, falls der Arbeitgeber nicht ganz besondere andere Umstände vortragen und beweisen kann.

Tobias Törnig

D. Immobilienrecht

Wirksame Vertragserfüllungsbürgschaft trotz unwirksamen Verzichts des Bürgen auf die Einreden des Hauptschuldners

- I. Mit Urteil vom 12.02.2009 (Az.: VII ZR 39/08) hat der BGH entschieden, dass die formularmäßige Verpflichtung eines Bauunternehmers, dem Besteller eine selbstschuldnerische, unbefristete Vertragserfüllungsbürgschaft nach einem zum Vertrag gehörenden Muster zu stellen, und der in diesem Bürgschaftsmuster erklärte Verzicht des Bürgen auf die Einreden des Hauptschuldners (§ 768 BGB) trennbare Teile der Sicherungsabrede sind. Die Unwirksamkeit eines solchen Teiles der Sicherungsabrede berührt die Wirksamkeit der Sicherungsabrede im Übrigen grundsätzlich nicht und steht der Inanspruchnahme des Bürgen aus der Bürgschaft nicht entgegen.

In dem der Entscheidung des BGH zugrundeliegenden Sachverhalt hatte der Bürge (Bank) dem Auftraggeber (Bauherrn) auf Veranlassung des Hauptschuldners (Bauunternehmer) eine selbstschuldnerische und unbefristete Höchstbetragsbürgschaft gestellt. Zugleich verzichtete der Bürge in der Bürgschaft – wie vom Bauherrn in seinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen gefordert – teilweise auf die Einreden, die dem Bauherrn aus dem Bauvertrag zustehen (§ 768 BGB). Der Bauunternehmer wurde insolvent und stellte die geschuldeten Werkleistungen nicht fertig. Der Bauherr ließ die Arbeiten im Wege der Ersatzvornahme durchführen und nahm den Bürgen wegen der ihm hierdurch entstandenen Kosten in Anspruch. Der Bürge beruft sich darauf, dass der Ausschluss von § 768 BGB unwirksam sei und zur Unwirksamkeit der Sicherungsabrede (im Ganzen) führe.

Unwirksamer formularmäßiger Einredeverzicht

Nach der Auffassung des BGH ist der formularmäßige Ausschluss der Rechte des Bürgen aus § 768 BGB, also der Verzicht auf die Erhebung von Einreden des Hauptschuldners, in vom Bauherrn gestellten Allgemeinen Geschäftsbedingungen grundsätzlich unwirksam. Die Bürgschaft näherte sich ansonsten einer garantiemäßigen Haftung an, die für den Sicherungsgeber noch nachteiliger sein könne, als eine Bürgschaft auf erstes Anfordern.

Selbst wenn aber der Verzicht des Bürgen auf die Geltendmachung von Einreden unwirksam ist, die dem Bauunternehmer aus dem Bauvertrag zustehen (§ 768 BGB), werde hierdurch die Wirksamkeit der Sicherungsabrede nach Ansicht des BGH im Übrigen nicht berührt. Die Sicherungsabrede verpflichtet nämlich den Bauunternehmer vorliegend grundsätzlich zur Stellung einer selbstschuldnerischen und unbefristeten Vertragserfüllungsbürgschaft. Diese Pflicht und der gleichzeitig erklärte Verzicht auf die Einreden des § 768 BGB seien aber inhaltlich voneinander trennbar.

Dr. Rainer Burbulla

E. Öffentliches Recht

Öffentliches Planungsrecht: BverwG: Keine Verkaufs- flächenobergrenzen in Bebauungsplänen (kein „Windhundrennen“)

- I. Im Mandantenbrief 3/08 haben wir bereits über die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 03.04.2008 (Az: 4 CN 3.07) berichtet, nach der es mangels Rechtsgrundlage unzulässig ist, zur Steuerung des Einzelhandels in einem Bebauungsplan ein Sondergebiet mit einer rein baugebietsbezogenen, vorhabenunabhängigen Verkaufsflächenobergrenze festzusetzen. Eine solche Kontingentierung öffne nach Ansicht der Rechtsprechung das Tor für sog. „Windhundrennen“ potenzieller Investoren und Bauantragsteller mit der Möglichkeit, dass Grundeigentümer im Fall der Erschöpfung des Kontingents von der kontingentierten Nutzung ganz oder auch teilweise ausgeschlossen wären.

VGH Mannheim: Wirksam- keitsvoraussetzungen für Verkaufsflächenbegrenzung

Im Lichte dieser Vorgaben des Bundesverwaltungsgerichts ist am 08.07.2009 ein Urteil des VGH Mannheim (3 S 1432/07) ergangen:

Auch in dem vom VGH Mannheim entschiedenen Fall hatte die Gemeinde ein Sondergebiet mit Verkaufsflächenkontingentierung bei reiner baugebietsbezogener Anknüpfung ohne den erforderlichen Vorhabenbezug festgesetzt. Der VGH Mannheim hat noch einmal herausgestellt, dass es den Gemeinden nicht gestattet ist, betriebsunabhängig Verkaufsflächenobergrenzen für alle im Sondergebiet ansässigen oder zulässigen Einzelhandelsbetriebe festzusetzen. Hiermit werde das System der vorhabenbezogenen Typisierung der BauNVO unzulässigerweise verlassen.

Baugebietswirksame, vorhabenbezogene Verkaufsflächenbegrenzung in Sondergebieten oder in Teilen sind dann zulässig, wenn jeweils nur ein einzelner Einzelhandelsbetrieb festgesetzt wird. Dieser kann bezüglich Verkaufsflächen und Sortimenten dann in einem zweiten Schritt in Teilflächen untergliedert werden. Wird die Zulässigkeit mehrerer (großflächiger) Einzelhandelsbetriebe angestrebt, so kommt in Betracht, das Sondergebiet in Teilbereiche zu untergliedern, in denen jeweils einzelne unterschiedliche Betriebe für zulässig erklärt werden (etwa – jeweils mit Verkaufsflächenobergrenzen – ein SB-Warenhaus im SO 1, ein Bau- oder Möbelmarkt im SO 2 etc.). Wie der VGH Mannheim herausstellt, kann mit diesem aufgezeigten Instrumentarium sogar eine gewachsene Agglomeration großflächiger Einzelhandelsbetriebe im Einklang mit raumordnerischen und städtebaulichen Zielen überplant werden.

Dem „Windhundrennen potenzieller Investoren“ ist damit erneut ein Riegel vorgeschoben worden.

Isabel Gundlach

**Vergaberecht:
BGH: Kein Anspruch
auf Mehrvergütung
nach einem verzögerten
Vergabeverfahren ohne
Änderung der Ausführ-
ungsfristen**

- II. Mit Urteil vom 10.09.2009 (Az.: VII ZR 82/08) hat der BGH entschieden, dass ein Bieter nach einem verzögerten Vergabeverfahren keinen Anspruch auf Mehrvergütung hat, wenn es nicht zu einer Verschiebung der Ausführungsfristen, sondern nur zu einer Verschiebung des vorgesehenen Zuschlagtermins gekommen ist.

In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt ist nach Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens der Zuschlag nicht zu dem ursprünglich vorgesehenen, sondern zu einem verspäteten Termin erteilt worden. Die Vergabestelle forderte die Bieter deshalb vorzeitig auf, die Bindefrist für die abgegebenen Angebote zu verlängern. Ein Bieter machte daraufhin einen Mehrvergütungsanspruch geltend, weil sich in der Zeit zwischen dem ursprünglichen und dem tatsächlichen Zuschlagstermin seine Preiskalkulation aufgrund gestiegener Energiepreise geändert hätte.

Der BGH lehnt einen Anspruch auf Mehrvergütung in diesem Fall ab, anders als im Fall der Mehrvergütung nach verzögerten Vergabeverfahren (Urteil vom 11.05.2009 – Az.: VII ZR 82/08, vgl. hierzu unseren Mandanten-Brief Nr. 3/2009, Seite 7). Denn die Verschiebung des Zuschlagtermins habe anders als in diesem bisher entschiedenen Fall nicht zu einer Änderung der vertraglichen Ausführungsfristen geführt. Auch eine Anpassung des Preises nach den Grundsätzen des Wegfalls oder der Änderung der Geschäftsgrundlage lehnt der BGH ab. Die auf dem ursprünglich preiswerten Angebot eines Stromlieferanten beruhende Kalkulation des Bieters werde selbst dann nicht Geschäftsgrundlage des Vertrages, wenn der Bieter den Auftraggeber darüber informiert, dass er Mehrkosten infolge der Verschiebung des Zuschlags haben könnte, gleichwohl aber der Verlängerung der Bindung an sein ursprüngliches Preisangebot zustimmt. Mit der Verlängerung der Bindefrist für sein Angebot übernimmt der Bieter die Verantwortung dafür, dass er seinen Preis unverändert weiter anbiete.

Praxishinweis:

Ist für einen Bieter absehbar, dass es infolge eines Vergabenachprüfungsverfahrens zu einem verspäteten Zuschlag kommt und sich infolge Preissteigerungen die ursprünglichen Preiskalkulationen verändern, darf der Bieter der Verlängerung der Bindefrist nicht zustimmen und muss aus dem Vergabeverfahren ausscheiden. Anderenfalls ist er an sein ursprüngliches Preisangebot gebunden.

Dr. Rainer Burbulla

Veranstaltungen – Aktuelles

Sollten Sie Interesse haben, an einer der Veranstaltungen teilzunehmen, sprechen Sie den jeweiligen Referenten an: www.grooterhorst.de

1. 15.10.2009 in Düsseldorf, Wirtschaftsclub
Haftung und Versicherung von Führungskräften und mittlerem Management
Referenten: Rechtsanwalt Tobias Törnig
Ass. jur. Otmar Vosswinkel (Victoria Versicherung)
2. 27.10. bis 31.10.2009 in Sevilla
Union Internationale des Avocats – 53. Kongress
Der Anwaltsberuf und die globale Wirtschaftskrise: Möglichkeiten und Fallstricke
Referent: Rechtsanwalt Dr. Johannes Grooterhorst (28.10.2009)
3. 30.10.2009 in Wiesbaden, Dorint Hotel
Erster Deutscher Fachmarkt-Immobilienkongress 2009
Fachmärkte und Immobilienwirtschaft – Partner in schwierigen Zeiten! Wo liegen noch Potenziale für neues Wachstum?
Rechtsanwalt Dr. Johannes Grooterhorst referiert zu folgendem Thema:
Vergaberecht und Einzelhandelskonzepte
4. 3.11/4.11.2009, Schlosshotel Monrepos Ludwigsburg
Crenet Herbstkonferenz
Heuer Dialog GmbH
Starker Mittelstand, Vom Immobilienkümmerer zum Immobilienkönner
Co-Sponsor: Grooterhorst & Partner Rechtsanwälte
Referent: Rechtsanwalt Dr. Johannes Grooterhorst
5. 05.11.2009 in Düsseldorf, Industrie-Club
German Council of Shopping Centers
Forum Recht und Beratung
Einzelhandel und Einzelhandelsimmobilien in der Krise Szenarien, Strategien, Handlungsoptionen
Moderation: Rechtsanwalt Dr. Johannes Grooterhorst
Referenten: Detlev Schauwecker und Dr. Klaus P. Röttig, Düsseldorf/München
Rechtsanwalt Dr. Biner Bähr, Düsseldorf
Rechtsanwalt Dr. Niko Schultz-Süchting, Hamburg
Rechtsanwalt Martin Günther, München
6. **Buchvorankündigung** (November 2009)
Rechtshandbuch Immobilien-Asset-Management Potenziale und Strategien für Investoren und Eigentümer
Hrsg. Dr. Johannes Grooterhorst, Udo Becker, Rolf-Ulrich Dreyer, Tobias Törnig
Unsere Autoren: Dr. Johannes Grooterhorst, Dr. Ursula Grooterhorst, Tobias Törnig, Dr. Rainer Burbulla, Niklas Langguth

Impressum

Herausgeber
Grooterhorst & Partner
Rechtsanwälte
Königsallee 53–55
D-40212 Düsseldorf
Tel. +49/211/864 67-0
Fax +49/211/13 13 42
info@grooterhorst.de
www.grooterhorst.de

Konzeption und Gestaltung
Ufer und Compagnie
Werbeagentur GmbH
Darmstädter Landstraße 184
60598 Frankfurt am Main
Tel. +49/69/96 87 20-0
Fax +49/69/96 87 20-30
www.uferundcie.de

Druck
Krautstein & Hampf
Druck GmbH
Kappeler Str. 39
40597 Düsseldorf
Tel. +49/211/99 60 10
Fax +49/211/996 01 44