



Flughäfen aktuell 10/2017

Sehr geehrte Damen und Herren,

der Flughafensektor erlebt in diesen Tagen turbulente Zeiten. Dies möchten wir zum Anlass nehmen, Ihnen einen kompakten Überblick über die wichtigsten rechtlichen Entwicklungen zu geben.

In unserer aktuellen Praxisinfo Flughäfen berichten wir über folgende Themen:

- Auswirkungen des neuen BGB-Werkvertragsrechts
- BGH-Urteil: Kein Mehrvergütungsanspruch des Bauunternehmers bei außergewöhnlichen Witterungsbedingungen
- Bedeutung des neuen Wettbewerbsregisters für Flughafenunternehmen
- Privatisierung des Flughafens Frankfurt-Hahn
- Sonstige wichtige Urteile und Hinweise

Für weitergehende Fragen steht Ihnen Ihr Ansprechpartner bei Kapellmann gerne zur Verfügung.

Veranstaltungshinweis:

Am 15. November 2017 findet am Flughafen Frankfurt unser diesjähriger *Praxisworkshop Flughäfen* statt, in dem wir Sie gerne ausführlich über aktuelle rechtliche Themen rund um den Bau und Betrieb von Flughäfen informieren möchten. Die Details finden Sie unter www.kapellmann.de/akademie.

Ihr Kapellmann-Team

kapellmann.de

I Änderungen des BGB-Werkvertragsrechtes

Auswirkungen für die Planungs- und Baupraxis auf Flughäfen

Im März 2017 hat der Gesetzgeber diverse Änderungen des BGB-Werkvertragsrechtes (§§ 631 ff. BGB) beschlossen. Die neuen Regelungen gelten für **ab dem 01.01.2018** geschlossene

- 1 Bauverträge,
- 2 Verbraucherbauverträge,
- 3 Architekten- und Ingenieurverträge sowie
- 4 Bauträgerverträge.

Bei laufenden Ausschreibungen sowie Rahmen- und Stufenbeauftragungen ist im Einzelfall zu prüfen, ob und wie den ab der Jahreswende geltenden Vorschriften Rechnung zu tragen ist. Betroffen sind davon insbesondere

- 5 das Verfahren bei Abnahme, Kündigung und Geltendmachung von Werklohansprüchen,
- 6 das Nachtragsmanagement (Anordnungsrecht und Nachträge, Abwicklung von Streitigkeiten),
- 7 die Gestaltung und Abwicklung von Architekten- und Ingenieurverträgen.

Wir haben die Neuerungen nebst umfangreichen Materialien und ergänzenden Informationen auf unserem Portal

www.neues-baurecht.de

für Sie aufbereitet und erläutert. Vieles ist noch offen. Dies betrifft für die Praxis so wichtige Fragen wie die künftige Durchsetzbarkeit von Abschlagszahlungsforderungen, die Veranlassung und die wirtschaftlichen Folgen geänderter und zusätzlicher Leistungen und die Abrechnung von Architekten- und Ingenieurleistungen.

Von besonderer Bedeutung ist ferner, welche „Ausstrahlungswirkung“ das neue BGB auf die VOB/B haben wird. Durch Erlass vom 18.05.2017 hat das Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, Bau- und Reaktorsicherheit insoweit zunächst grundsätzlich klargestellt, dass bis auf weiteres an der Verwendung der VOB/B im Rahmen der Vergabepaxis des Bundes festgehalten werden soll.

Gleichwohl zeichnet sich ab, dass die Änderungen an der VOB/B nicht spurlos vorbeigehen werden. So werden in den zuständigen Gremien bereits erste Überlegungen zur Anpassung von Vertragsmustern und Vergabehandbüchern angestellt; fraglich ist in diesem Zusammenhang, welche Auswirkungen sich hinsichtlich der bisherigen Privilegierung der VOB/B durch § 310 Abs. 1 Satz 3 BGB für die jeweiligen öffentlichen Auftraggeber entwickeln könnten.

Sieht man sich das neue BGB und die VOB/B in der geltenden Fassung an, ergeben sich zwar auf der einen Seite erhebliche terminologische und strukturelle Differenzen. Andererseits spricht viel dafür, dass die VOB/B ihre Hauptfunktion als spezifisches Regelwerk für das professionelle Bauen auch in Zukunft in dem vom BGB vorgegebenen gesetzlichen Rahmen erfüllen kann und sollte.

In unserem Workshop im November 2017 wollen wir vor allem wesentliche Fragen des Claim-Managements und der vergaberechtlichen Restriktionen bei Nachträgen als wichtige Teilaspekte der jüngsten Festlegungen gemeinsam mit Vertretern verschiedener Flughäfen diskutieren. Unter der Geltung der Sektorenverordnung besteht in vertraglicher Hinsicht tendenziell eine größere Flexibilität als im Bereich „klassischer“ öffentlicher Auftraggeber wie Bund, Länder und Kommunen. Die daraus

resultierenden Chancen gilt es zu nutzen; andererseits sollte Diskussionen wegen mutmaßlicher oder tatsächlicher Verstöße gegen neue

gesetzliche Bestimmungen von vornherein offensiv entgegen getreten werden.

II Kein Mehrvergütungsanspruch des Bauunternehmers bei außergewöhnlichen Witterungsbedingungen

BGH, Urteil vom 20.04.2017, VII ZR 194/13, BauR 2017, 1361 ff.

Immer wieder reichen Bauunternehmer Nachtragsforderungen wegen „Schlechtwetters“ oder (behaupteter) außergewöhnlicher Witterungsbedingungen ein. Im Winter geht es meist um niedrige Temperaturen, Schnee und Eis, im Herbst um Beeinträchtigungen durch starke Winde oder sintflutartige Regenfälle.

Bestimmt § 6 Abs. 2 Nr. 2 VOB/B seit längerem, dass Witterungseinflüsse während der Ausführungszeit, mit denen bei Abgabe des Angebotes normalerweise gerechnet werden musste, keine Baubehinderungen darstellen und mithin keine Verlängerung von Ausführungsfristen nach sich ziehen, kommt es bei extremen Wetterbedingungen immer wieder zu Auseinandersetzungen. Jenseits der Verlängerung von Ausführungsfristen geht es dabei insbesondere um die Frage, ob und mit welchen Maßgaben der Bauunternehmer Mehrvergütungsansprüche hat.

Mit einem derartigen Sachverhalt hat sich der BGH soeben in seinem Urteil vom 20.04.2017 zum Aktenzeichen VII ZR 194/13 ausführlich befasst. In dem entschiedenen Fall ging es um eine Unterbrechung der Bauausführung wegen einer außergewöhnlich langen Periode mit Frost, Eis und Schnee in den Monaten Januar und Februar 2010; da diese Periode deutlich länger andauerte als im Durchschnitt der vorausgegangenen 30 Jahre, hatte der (öffentliche) Auftraggeber die Ausführungsfrist unter Verweis auf § 6 Nr. 2 Abs. 1 c) der damals geltenden VOB/B verlängert. Ein von dem

Bauunternehmer wegen der witterungsbedingten Verzögerung der Bauausführung eingereichtes Nachtragsangebot über Kosten für Bauhilfsmittel, Baustelleneinrichtung, Baustellengemeinkosten, Verkehrssicherung, Personal sowie Unterdeckung der Allgemeinen Geschäftskosten hatte der Auftraggeber jedoch abgelehnt.

In den Besonderen Vertragsbedingungen hatten die Parteien vereinbart, dass Maßnahmen für den Bau bei ungünstigen Witterungsverhältnissen nicht gesondert vergütet werden sollten. Der Bauunternehmer hatte dem Auftraggeber die witterungsbedingte Einstellung der Bauarbeiten förmlich angezeigt.

Bereits das Brandenburgische OLG hatte die Klage des Bauunternehmers gegen den Auftraggeber auf Zahlung der geltend gemachten Mehrvergütung wegen der witterungsbedingten Unterbrechung der Bauausführung abgewiesen. Diese Entscheidung wurde vom BGH im Ergebnis bestätigt. Zur Begründung führte der BGH zunächst aus, eine witterungsbedingte Behinderung könne nicht als „Anordnung“ des Auftraggebers im Sinne von § 2 Nr. 5 oder 6 VOB/B gewertet werden.

Auch ein Anspruch auf angemessene Entschädigung gemäß § 6 Nr. 6 Satz 2 VOB/B in Verbindung mit § 642 BGB scheidet aus. Der Auftraggeber habe keine ihm obliegende Mitwirkungshandlung unterlassen. Er habe zwar das Baugrundstück zur Verfügung stellen

müssen; dem Vertrag könne aber nicht entnommen werden, dass der Auftraggeber auch äußere Einwirkungen auf das Baugrundstück in Form von Frost, Eis und Schnee habe abwehren müssen. Dies sei weder ausdrücklich noch konkludent vereinbart worden. Frost, Eis und Schnee seien im Übrigen Umstände, die von keiner Partei beeinflusst werden könnten.

Eine darüber hinaus gehende „allgemeine Risikozuweisung“ zu Lasten des Auftraggebers betreffend außergewöhnlich ungünstige Witterungseinflüsse (in dieser Richtung etwa *Wilhelm/Götze, NZBau 2010, 721; Diehr, ZfBR 2011, 627*) ergebe sich weder aus dem Vertrag noch aus dem Gesetz. Die Entscheidung des BGH vom 21.10.1999 zum Aktenzeichen VII ZR 185/98 (*BGHZ 143, 32*) betreffe einen anderen Sachverhalt, namentlich die rechtzeitige Herstellung von Vorgewerken; auch die Entscheidung vom 20.10.2005 zum Aktenzeichen VII ZR 190/02 (*BauR 2006, 371 – „Schürmann-Bau“*) sei nicht einschlägig, sondern beziehe sich allein auf einen aufgrund unzureichender Planung und lückenhafter Ausführung defizitären vom Auftraggeber errichteten Hochwasserschutz.

Im Weiteren verneint der BGH in dem Urteil vom 20.04.2017 Mehrvergütungsansprüche im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung und wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage gemäß § 313 BGB. Soweit die Parteien über die Besonderen Vertragsbedingungen und die VOB/B eine individuelle Risikoverteilung im Hinblick auf die Problematik ungünstiger Witterungseinflüsse vereinbart hätten, könne davon

nicht abgewichen werden. Interessant ist hier, dass die dargestellte, recht allgemein gehaltene BVB-Klausel offenbar nicht für bedenklich gehalten wurde; ergänzend führt der BGH § 6 Nr. 2 Abs. 1 c), die Abrechnungsmöglichkeit nach § 6 Nr. 5, das Kündigungsrecht nach § 6 Nr. 7 und die Gefahrtragungsregelung unter § 7 Nr. 1 VOB/B in der dem Fall zugrunde liegenden Fassung von 2006 an.

Zu § 313 BGB bringt der BGH sein Urteil schließlich auf den Punkt, wenn dort ausgeführt wird, die Parteien hätten das aus einer Verlängerung der Ausführungszeit nach § 6 Nr. 2 Abs. 1 c) VOB/B resultierende finanzielle Risiko im Hinblick auf etwa entstehende Mehrkosten der Bauausführung grundsätzlich dem Auftragnehmer zugewiesen. Anhaltspunkte dafür, dass diese Zuweisung unzumutbar sei, seien „weder festgestellt noch erkennbar“.

Fazit demnach:

Auftraggeber sind gut beraten, wenn sie Mehrvergütungsansprüche von Bauunternehmern wegen üblicher oder außergewöhnlicher Witterungsbedingungen sorgfältig prüfen. Werden bei nachgewiesenen (!) extremen Witterungsbedingungen Ausführungsfristen verlängert, bedeutet dies keineswegs automatisch, dass auch eine finanzielle Kompensation erlittener Nachteile erfolgen muss. Im Gegenteil, unter der Geltung der VOB/B trägt der Auftragnehmer das Witterungsrisiko!

III Das neue Wettbewerbsregister – wichtig für Flughafenunternehmen?

Am 29.07.2017 ist das Gesetz zur Einrichtung und zum Betrieb eines Registers zum Schutz des Wettbewerbs um öffentliche Aufträge und

Konzessionen (Wettbewerbsregistergesetz – WRegG) in Kraft getreten. Das Gesetz legt die Grundlage für ein zentrales Wettbewerbsregis-

ter, das zukünftig die Prüfung erleichtern soll, ob Unternehmen Wirtschaftsdelikte oder andere Verfehlungen begangen haben, die zum Ausschluss von Vergabeverfahren gemäß den §§ 123 und 124 GWB berechtigen oder sogar verpflichten. Diese Prüfung ist auf der Grundlage landesrechtlicher Korruptionsregister und der Eintragungen im Bundeszentralregister und im Gewerbezentralregister bislang nicht effektiv möglich.

Kernstück des Gesetzes ist die bundesweite Verpflichtung der Strafverfolgungs- und Ordnungswidrigkeitsbehörden, bestimmte strafgerichtliche Verurteilungen und Bußgeldentscheidungen dem Wettbewerbsregister, das beim Bundeskartellamt geführt wird, zu melden. Die Eintragung in das Wettbewerbsregister führt allerdings nicht automatisch zu einem Ausschluss eines Unternehmens von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren. Vielmehr prüfen und entscheiden nach wie vor die Auftraggeber grundsätzlich eigenständig im Rahmen des ihnen zustehenden Beurteilungs- und Ermessensspielraums, ob ein Unternehmen in Falle einer Eintragung ausgeschlossen wird. Bindend ist allein die vorzeitige Löschung einer Eintragung aus dem Wettbewerbsregister nach Fristablauf oder wegen Selbstreinigung.

Vergabestellen sind grundsätzlich verpflichtet, vor der Vergabe eines öffentlichen Auftrages oder einer Konzession bei der Registerstelle abzufragen, ob Eintragungen zu dem Unternehmen, an das der Auftrag oder die Konzession vergeben werden soll, vorliegen. Die Abfragepflicht - und damit korrespondierend das Abfragerecht - gilt allerdings nur für Sektorauftraggeber im Sinne des § 100 Abs. 1 Nr. 1 GWB, d.h. nur für die – nichtgewerblich – handelnden öffentlichen Auftraggeber, die eine Sektorentätigkeit ausüben. Im Zuge der Anwendung des Wettbewerbsregistergesetzes könnte daher die nicht unumstrittene Frage, ob Flughafenunternehmen (auch) Sektorauftraggeber im Sinne von § 100 Abs. 1 Nr. 1 GWB sind, erneut relevant werden.

Vorerst ist das neue Wettbewerbsregister allerdings noch ein „zahnloser Tiger“. Im Jahr 2018 müssen zunächst die technischen und organisatorischen Voraussetzungen für das ausschließlich elektronisch geführte Register geschaffen werden. Sämtliche Regelungen zur Eintragung in das und zur Abfrage aus dem Wettbewerbsregister sind erst dann anzuwenden, wenn die Bundesregierung eine Rechtsverordnung u.a. zu den Voraussetzungen für die elektronische Speicherung oder Übermittlung von Daten erlassen hat. Damit wird derzeit frühestens im Jahr 2019 gerechnet.

IV Privatisierung des Flughafens Frankfurt-Hahn erfolgreich abgeschlossen

Im August 2017 wurde das seit 2015 laufende Verfahren zur Privatisierung des Flughafens Frankfurt-Hahn erfolgreich abgeschlossen. Der Regionalflyhafen ging zu Beginn der 1990er Jahre als auf Low Cost Carrier (LCC) zugeschnittenes Konversionsprojekt an den Start, entwickelte sich zu dem bedeutendsten Standpunkt von Ryanair in Deutschland und beförderte zu Hochzeiten deutlich über vier Millio-

nen Passagiere pro Jahr. Gegenwärtig sind jährlich zweieinhalb bis drei Millionen Passagiere zu verzeichnen, wobei neben Ryanair auch noch Wizz-Air als LCC eine Rolle spielt. Daneben ist Frankfurt-Hahn ein bedeutender Frachtflughafen, der zeitweilig (2011) in Deutschland auf Platz drei lag und gegenwärtig wieder Kapazitäten aufbaut.

Trotz dieser Erfolge gelang es dem Flughafen nicht nachhaltig, aus der Verlustzone zu kommen, weshalb das Land Rheinland-Pfalz als Hauptgesellschafter beschloss, seinen Anteil zu verkaufen. Hintergrund dafür waren aber auch beihilferechtliche Restriktionen. Die Europäische Kommission hatte im Oktober 2014 zwar festgestellt, dass die Förderungen, insbesondere eine umfassende Entschuldung, mit EU-Recht vereinbar waren. Zugleich machte sie aber deutlich, dass zukünftige Förderungen nach den Luftverkehrsleitlinien 2014 zu erfolgen haben, welche generell die Möglichkeiten staatlicher Förderung beschränken und den Ausgleich von Betriebsverlusten nur noch für einen Übergangszeitraum bis April 2024 vorsehen.

Nachdem der erste Privatisierungsversuch im Jahr 2016 daran scheiterte, dass der chinesische Käufer nicht hinreichend solvent war, richteten sich viele Augen auf den nunmehr zweiten Veräußerungsversuch. Das Verfahren behielt insbesondere EU-beihilferechtliche Herausforderungen. So musste zum einen sichergestellt werden, dass der Verkauf zu transparenten, wettbewerblichen und nicht-diskriminierenden Bedingungen erfolgte. Nur dann kann sichergestellt werden, dass ein Verkauf zu einem Marktpreis erfolgt und somit das Vorliegen einer Beihilfe ausgeschlossen werden kann. Nach den Vorgaben der Kommission kam es dabei maßgeblich darauf an, den möglichst besten Kaufpreis zu erzielen. Weitere Aspekte, wie z.B. die zukünftige Nutzung, die Erhaltung von Arbeitsplätzen oder sonstige strukturpolitische Erwägungen durften dabei keine Rolle spielen. Ebenso musste die mögliche zukünftige Gewährung von weiteren Beihilfen an den Flughafen Frankfurt-Hahn bei der Bewertung der Kaufpreisangebote außen vor bleiben, damit sichergestellt ist, dass nicht das zukünftige Nutzungskonzept für die Verkaufsentscheidung entscheidend ist.

Das Land Rheinland-Pfalz hat den Verkaufsprozess mit Unterstützung spezialisierter externer Berater, darunter Rechtsanwälte von Kapellmann und Partner, durchgeführt und konnte den Verkaufsvertrag am 01.03.2017 mit der HNA Airport Group GmbH abschließen. Bei der Käuferin handelt es sich um ein Unternehmen der weltweit tätigen chinesischen HNA Gruppe, die sowohl im Flugverkehr als auch im Tourismussektor tätig ist. So betreibt HNA in China selbst eine Reihe von Regionalflyflughäfen und darüber hinaus Fluglinien und Luftfrachtunternehmen.

Der Vertrag konnte gleichwohl erst vollzogen werden, als die Europäische Kommission zukünftige **Betriebsbeihilfen** für den Flughafen Frankfurt-Hahn genehmigte (Freigabebeschluss vom 31.07.2017). Damit ist bis 2024 die Zahlung von Betriebsbeihilfen i. H. v. max. 25,3 Millionen Euro möglich. Ferner sind zukünftig auch noch **Investitionsbeihilfen** in einer Höhe von maximal 22,6 Millionen Euro bis 2024 möglich. Darüber hinaus wird das Land bis Ende 2025 noch maximal 27 Millionen Euro an Erstattungen für **Sicherheitsausgaben** leisten. Hierbei handelt es sich nicht um Beihilfen im engeren Sinne, sondern um den Ausgleich von Ausgaben für hoheitliche Tätigkeiten, welche der Betreiber durchführt (insb. Brandschutz und Rettungsdienste).

Der Minderheitsanteil wird nach wie vor durch das Land **Hessen** gehalten, welches Verkaufsverhandlung noch nicht erfolgreich abschließen konnte. Hessen hat gleichwohl erklärt, auch zukünftig an einem Verkauf seines Anteils interessiert zu sein, da man kein strategisches Interesse am Flughafen Frankfurt-Hahn (mehr) habe.

V Sonstiges

1

Die von den Flughäfen vorgesehene Mindestzeit für das Umsteigen zwischen Zubringer und Anschlussflug (Minimum Connecting Time (MCT)) hat erhebliche Bedeutung. Das AG Hannover hat jetzt entschieden, dass in Fällen, in denen die MCT unterschritten wird, ein Fluggast, der infolge einer nicht eingehaltenen MCT seinen Anschlussflug verpasst, grundsätzlich eine Entschädigung verlangen kann. Die Darlegungs- und Beweislast, dass der Fluggast in der konkreten Situation den Anschlussflug hätte erreichen können, trifft in derartigen Fällen die Fluggesellschaft.

AG Hannover, Urteil vom 14.03.2017, 523 C 12833/16.

2

Das Vorgehen eines Flughafens, Bodenabfertigungsdienstleistungen an einem Flughafen zu beauftragen, ist rechtswidrig, wenn dies nicht mittels EU-weiter Ausschreibung und Veröffentlichung im EU-Amtsblatt vorbereitet wird.

OVG Münster, Urteil vom 17.06.2016, 20 T 95/13.AK.

3

§ 19b LuftVG ist als drittschützende Norm die Grundlage für Beteiligungsrechte der Luftverkehrsgesellschaften bei der Festlegung von Flughafenentgelten.

Hobe/Fremuth, NVwZ 2017, 183.

4

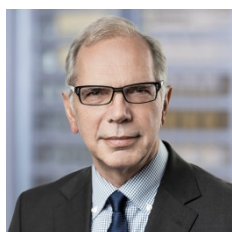
Digitale Planungsmethoden (BIM) professionell umgesetzt:

Kapellmann und Partner hat passgenaue Leistungsbilder für das Planen mit BIM für die beim Hochbau maßgeblichen Planungsdisziplinen auf der Expo Real vorgestellt. Der Leitfaden steht zum kostenfreien Download unter [> kapellmann.de/downloads](http://www.kapellmann.de/downloads) für Sie zur Verfügung.



Kompetenzteam Flughäfen

Baurecht, Vergaberecht, Finanzierung



Prof. Dr. Klaus Eschenbruch
 Fachanwalt für Steuerrecht sowie
 Bau- und Architektenrecht

Büro Düsseldorf
 Tel.: +49 211 600 500-402
klaus.eschenbruch@kapellmann.de

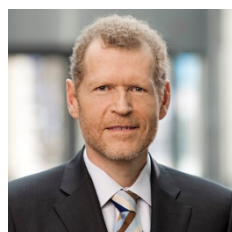
Baurecht, Vergaberecht, Contracting



Dr. Christian Bönker
 Fachanwalt für Bau- und
 Architektenrecht

Büro Berlin
 Tel.: +49 30 399 769-41
christian.boenker@kapellmann.de

Baurecht, Contracting, BADV, Entgeltrecht



Dr. Claus von Rintelen
 Fachanwalt für Bau- und
 Architektenrecht

Büro Hamburg
 Tel.: +49 40 300 91 60-42
claus.rintelen@kapellmann.de

Vergaberecht, BADV



Dr. Hendrik Röwekamp

Büro Düsseldorf
 Tel.: +49 211 600 500-415
hendrik.roewekamp@kapellmann.de

Kartellrecht, Beihilferecht, Compliance



Dr. Axel Kallmayer

Büro Mönchengladbach / Brüssel
 Tel.: +49 2161 811-614
 Tel.: +32 2 234 11 60
axel.kallmayer@kapellmann.de

Öffentliches Recht, BADV, Entgeltrecht



Dr. Stefan Pützenbacher
 Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Büro Frankfurt
 Tel.: +49 69 719 133-48
stefan.puetzenbacher@kapellmann.de

Beihilferecht, EU-Recht



**Prof. Dr. Robin van der Hout,
 LL.M.**

Büro Brüssel
 Tel.: +32 2 234 11 60
robin.vanderhout@kapellmann.de

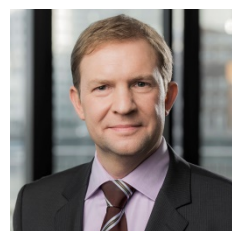
Baurecht, Vergaberecht, Immobilienrecht



Dr. Tobias Schneider
 Fachanwalt für Bau- und
 Architektenrecht

Büro München
 Tel.: +49 89 242168-45
tobias.schneider@kapellmann.de

Vergaberecht, IT-Recht



Dr. Marc Opitz

Büro Frankfurt
 Tel.: +49 69 719 133-50
marc.opitz@kapellmann.de

Impressum

Alle Texte dieser Information sind urheberrechtlich geschützt. Gerne dürfen Sie Auszüge unter Nennung der Quelle nach schriftlicher Genehmigung durch uns nutzen. Obgleich diese Information sorgfältig erstellt wurde, wird keine Haftung für die Vollständigkeit und Richtigkeit übernommen. Sie soll einen ersten Überblick der angesprochenen Themen geben und stellt keinen anwaltlichen Rechtsrat dar. Sie ersetzt keine auf den Einzelfall bezogene Beratung. Wenn Sie unsere Praxisinfo Flughäfen aktuell nicht mehr erhalten möchten, können Sie diese unter newsletter@kapellmann.de abbestellen. © Kapellmann und Partner Rechtsanwälte mbB, Oktober 2017.