

HUNDERT  
FÜNFUND  
ZWANZIG

Liebe Leserinnen, liebe Leser,

BRANDI Rechtsanwälte feiert in diesem Jahr 125 Jahre Rechtsberatung! In dieser Ausgabe möchten wir Sie daher dazu einladen, mit uns ein wenig auf unsere Geschichte zurückzublicken.

Als am 11. Juli 1895 Dr. Otto Cramer seine Anwaltskanzlei in Bielefeld eröffnete, ahnte niemand, dass er damit den Grundstein zu einer der führenden mittelständischen Wirtschaftssozietäten des Landes legte. Im selben Jahr entdeckte Wilhelm Conrad Röntgen die später nach ihm benannte Strahlung und die erste benzinbetriebene Omnibuslinie nahm ihren Betrieb auf. Deutschland war geprägt von Familienunternehmen, die zum Teil bereits eine bedeutende Rolle im Welthandel spielten. Der Aufstieg Ostwestfalen-Lippes zu einer der wirtschaftlichen Herzkammern des Landes hatte gerade erst begonnen – ein spannendes Umfeld für den Aufbau einer Wirtschaftskanzlei.

Seit 1991 eine der bundesweit ersten überörtlichen Sozietäten, ist unsere Kanzlei heute – mit sechs Büros in Deutschland, Kooperationsbüros in Paris und Peking sowie der Einbindung in ein internationales Netzwerk – eine der führenden Kanzleien, wenn es um die umfassende Beratung mittelständischer Unternehmen vom lokalen Betrieb bis hin zum Global Player geht.

BRANDI berät mit über 90 Anwälten umfassend und auf höchstem Niveau in allen Bereichen des privaten und öffentlichen Rechts sowie im Wirtschaftsstrafrecht und begleitet seine Mandanten weltweit bei internationalen Projekten. Zudem stehen unseren Mandanten an allen sechs Standorten in OWL und Hannover insgesamt 23 Notarinnen und Notare zur Verfügung. Dass BRANDI eine der ältesten Anwaltssozietäten Westfalens ist, ist kein Zufall, sondern Ausdruck von Werten, denen wir uns bis heute verpflichtet fühlen: Verlässlichkeit, Beharrlichkeit und Weitsicht – so wollen wir auch die nächsten 125 Jahre in Angriff nehmen!

Zu unserem Jubiläum haben wir ein REBRANDING vorgenommen und freuen uns, Ihnen dieses im vorliegenden Report sowie auf unserer Homepage zeigen zu können.

Lesen Sie außerdem die neuesten Informationen aus dem Team sowie aus den Kompetenzgruppen Öffentliches Recht, Privates Baurecht und Vergaberecht.

Herzlichst  
Ihr BRANDI Team

#### Inka Casper

studierte an der Universität Bayreuth und der Leibniz Universität Hannover mit dem Schwerpunktstudium Handel, Wirtschaft, Unternehmen. Ihre Stationen während des Referendariats im Oberlandesgerichtsbezirk Celle absolvierte sie u. a. bei der Kanzlei Göhmann Rechtsanwälte und bei BRANDI in Hannover.

Inka Casper verstärkt das Dezernat Immobilienrecht in Hannover seit März 2020 insbesondere bei der Beratung und Verhandlung von Immobilientransaktionen, einschließlich der rechtlichen Due Diligence sowie im Bereich Gewerbemietrecht und Finanzierung durch Banken oder Mezzanine-Kapitalgeber. Darüber hinaus begleitet sie Mandanten auch bei Streitigkeiten in den vorgenannten Bereichen.



#### Meike Potthast

studierte an der Universität Leipzig mit dem Schwerpunktstudium im Arbeitsrecht. Sie absolvierte ihr Referendariat am Landgericht Paderborn.

Meike Potthast unterstützt das BRANDI Team in Paderborn seit Juni 2020 als Rechtsanwältin im Bereich Arbeitsrecht.



#### Dr. Benjamin Karras

studierte an der Universität Münster und absolvierte eine fachspezifische Fremdsprachenausbildung im englischen Recht. Nach seinem Referendariat am Landgericht Münster, einer internationalen Großkanzlei und dem BVerfG promovierte er zum Dr. jur. und wurde Richter in der Verwaltungsgerichtsbarkeit NRW. Anschließend folgte seine Abordnung an das Ministerium der Justiz NRW (Landesjustizprüfungsamt).

Dr. Benjamin Karras unterstützt das BRANDI Team in Bielefeld seit August 2020 im Bereich Arbeitsrecht.



<b>125 Jahre BRANDI Rechtsanwälte</b>	<b>4</b>
<b>Brandi Kanzleihistorie</b>	<b>6</b>
<b>Öffentliches Recht</b>	<b>10</b>
Prof. Dr. Martin Dippel Öffentlichkeitsbeteiligung in Planungs- und Genehmigungsverfahren während der Covid-19-Pandemie	10
Dr. Christoph Worms Konfusion in Zeiten der Pandemie	10
Dr. Manfred Schröder Abgrabungen/Anschüttungen/Stützmauern	11
Felizia Deppe Der Referentenentwurf des Baulandmobilisierungsgesetzes – Erreicht das zulässige Nutzungsmaß neue Dimensionen?	12
<b>Privates Baurecht, Immobilienplanung und -errichtung</b>	<b>13</b>
Andreas Wiemann Anknüpfungspunkte für die abgesenkten Umsatzsteuersätze in der Baubranche	13
Dr. Christian Kollmeier Kommen die „fiktiven Mängelbeseitigungskosten“ zurück?	13
Dr. Annette Mussinghoff-Siemens Neues zur Bemessung der Entschädigung bei Annahmeverzug	14
Dr. Sebastian Huck Der Referentenentwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie	16
<b>Vergaberecht</b>	<b>18</b>
Dr. Annette Mussinghoff-Siemens Angebotswertung auf Basis mündlicher Präsentationen im Rahmen von Vergabeverfahren unzulässig?	18
Dr. Christoph Jahn Neues zum Nachunternehmereinsatz Angebotsabgabe per E-Mail – verfahrenseffizient oder Garantie für Angebotsausschluss? Neue Meldepflichten an das Statistische Bundesamt	19 21 22
Prof. Dr. Martin Dippel Das Leistungsbestimmungsrecht des öffentlichen Auftraggebers bei der Vergabe von Entsorgungsleistungen – Eingrenzung durch das Kreislaufwirtschaftsrecht Interkommunale Zusammenarbeit – wann ist sie „vergaberechtsfrei“?	23 25
<b>Autoren</b>	<b>26</b>

# 125 JAHRE BRANDI RECHTSANWÄLTE

Dr. Jana Grosbüsch und Dr. Axel Brandi sind zusammen so alt wie unsere Sozietät: 125 Jahre. Welche Erlebnisse verbinden sie mit BRANDI? Wir haben nachgefragt.

<< Erinnern Sie sich an den Anfang der Zusammenarbeit bei BRANDI? >>

**Dr. Axel Brandi:** Meine Tätigkeit im heutigen BRANDI Team begann am 1. November 1967. Seinerzeit wohnte ich noch in Dortmund und nahm am folgenden Samstag an dem wöchentlichen Fußballspiel von Dortmunder Juristen und Ärzten teil. Ich verletzte mich am Ellenbogen und lag zwei Wochen im Krankenhaus. Reaktion unseres damaligen Seniors, Dr. Rudolf Nierhoff: „Wenn unser neuer Kollege einem solchen Proletensport frönt, soll er doch gleich im dafür geeigneteren Ruhrpott verbleiben.“ Als ich 12 Jahre später zum Rechtsanwalt beim Bundesgerichtshof gewählt worden war, bedauerte er meinen damals bevorstehenden, dann aber nicht vollzogenen Abschied, sehr.

**Dr. Jana Grosbüsch:** Ich kam 2011 von KPMG zu BRANDI. Zunächst hatte ich ein wenig Hemmungen, mich bei BRANDI zu bewerben. Aber die Stelle passte perfekt zu mir. Von Anfang an arbeitete ich spezialisiert im Gesellschaftsrecht, durfte in direkten Kontakt mit den Mandanten treten und eigenständig die Mandate bearbeiten. Das Vertrauen in uns Jungjuristen hat mich schnell überzeugt.

<< Sie sind zusammen 125 Jahre... Was verbindet Sie? >>

**Dr. Axel Brandi:** Die Anteile an den 125 Jahren sind unausgewogen. Es geht praktisch um die Gemeinsamkeiten zwischen einem Großvater und seiner Enkelin. Die Bezugspunkte halten sich naturgemäß in Grenzen. Aber sicherlich verbindet uns die Leidenschaft, gesellschaftsrechtliche Fragestellungen zu bearbeiten und gestaltend tätig zu sein...

**Dr. Jana Grosbüsch:** Und dazu kommt der Stolz auf die Kanzlei. Die Anerkennung ist hier in Ostwestfalen überall spürbar, bei den Mandanten, aber auch im privaten Umfeld.

<< An welche Highlights ihrer Zusammenarbeit erinnern Sie sich gern? >>

**Dr. Axel Brandi:** Unmittelbar nach Aufnahme ihrer Tätigkeit bat ich Jana, mich als Urkundsnotar zur Protokollierung einer höchststreitigen Aktionärsversammlung zu begleiten. Zwar bin ich als Notar gerade auch in Hauptversammlungen von Aktiengesellschaften zu strikter Neutralität verpflichtet. Gleichwohl wurde ich von unzufriedenen Aktionären häufig angesprochen oder besser angegangen: „Bitte nehmen Sie sofort zu Protokoll: Der voreingenommene Versammlungsleiter lehnt völlig zu Unrecht meinen Antrag ...“. Mit ihrem angeborenen Charme verstand es Jana in hervorragender Weise, wutschnaubende Aktionäre von solch unsinnigem und unerlaubtem Protokollierungsverlangen abzubringen.





<< Gibt es auch etwas Humorvolles, was Sie verbindet? >>

**Dr. Axel Brandi:** Ich erinnere mich stets gerne an besondere Momente mit dem Bielefelder BRANDI-Team. Da sind zunächst einmal die alljährlichen Weihnachtsfeiern, die schon in den 70er und 80er Jahren ihren Höhepunkt in relativ wilden Tänzen zu später Stunde fanden. Einmal wurde ich von drei nicht mehr ganz nüchternen Azubis in einen Teppich eingerollt und in eine Ecke des Lokals gestellt. Sie können sich vorstellen, wie mein Outfit nach dem anschließenden „Ausrollen“ aussah...

**Dr. Jana Grosbüsch:** Auf der jährlichen Weihnachtsfeier führen die „Neuen“ stets etwas auf, „Dinner for one“ oder ein Märchen, einmal wurde eine Gerichtsverhandlung über den Weihnachtsmann abgehalten.

<< Hatten Sie ein besonderes Erlebnis mit Ihren Mandanten? >>

**Dr. Axel Brandi:** Ja. Unvergessliches spielte sich in der damaligen Volksrepublik Bulgarien ab. Der Vertriebschef eines Mandanten war in Sofia verhaftet worden. Die Unternehmensleitung in Bielefeld erhielt nur eine Telefonnummer, unter der sich ein Abgesandter nach Ankunft in Sofia melden sollte. Mir schwante, dass es um Geld gehen könnte. Man stattete mich mit Glück- und Segenswünschen aus und übergab mir eine stattliche Summe in bar. Noch aus dem Flughafengebäude in Sofia wählte ich die angegebene Telefonnummer. Am anderen Ende der Leitung ertönte eine Stimme in lupenreinem Deutsch mit den Worten: „Mein Name ist Nikolov. Guten Tag, Herr Dr. Brandi, ich schicke Ihnen sofort meinen Wagen.“ Man eröffnete mir, dass der Mandant dem bulgarischen Staat mit übererteuerten Produkten einen gewaltigen Schaden zugefügt habe. Die Verhandlungen dauerten viele Wochen. Am Ende einigten wir uns auf 150.000,00 DM, die ganz offiziell von Bielefeld nach Sofia überwiesen wurden. So hat sich Bulgarien damals dringend benötigte Devisen beschafft...

<< Wir beraten Unternehmen bereits seit dem Jahr 1895. Was hat sich in Ihrer Zeit verändert? >>

**Dr. Jana Grosbüsch:** Zunächst traf ich als Beraterin überwiegend auf männliche Mandanten. Mittlerweile sind aber auch einige Frauen in Führungspositionen anzutreffen. Auch werden unsere Mandanten immer jünger. Dies liegt nicht nur daran, dass ich älter werde, sondern an vielen Jungunternehmern und Start Ups. Tatsächlich ist hier die Beratung anders – oftmals digitaler und mit einem stärkeren amerikanischen Einschlag.

# BRANDI KANZLEIHISTORIE

## DR. OTTO CRAMER

Am 11. Juli 1895 eröffnete Dr. Otto Cramer nach dem Studium an der Berliner Friedrich-Wilhelm-Universität eine Anwaltspraxis in Bielefeld.

## CRAMER GROMANN

1946 kam der Rechtsanwalt Hans Gromann hinzu. Die Sozietät hieß jetzt „Cramer Gromann“.

## WEITERE PARTNER

Im Mai 1967 kam Dr. Henning Heuer als junger Rechtsanwalt in die Kanzlei. Im November 1967 trat Dr. Axel Brandi, der heutige Namensgeber, in die Kanzlei ein.

1895

1918

1946

1951

1967

1980

## WEITERE PARTNER

1918 nahm Justizrat Cramer den Rechtsanwalt Dr. Hans David als Sozius in seine Kanzlei auf. Zehn Jahre später trat Cramers Sohn Otto Cramer jun. ein.

## NIERHOFF GROMANN VON ZITZEWITZ

Gromann schloss sich 1951 mit der 1925 gegründeten Einzelpraxis des Rechtsanwalts und Notars Dr. Rudolf Nierhoff zusammen. Kurz nach ihrem Zusammenschluss nahmen Gromann und Nierhoff als dritten Kollegen Claus von Zitzewitz in die Kanzlei auf.

## BRANDI HEUER & PARTNER

1980 wurde der Name der Sozietät für kurze Zeit „Brandi Heuer & Partner“, bevor wenige Jahre später die Bezeichnung „Brandi Heuer Siemens“ gewählt und bis zum überörtlichen Zusammenschluss beibehalten wurde.

## KOOPERATIONSBÜRO IN PARIS

Im November 1990, nach Heuers Zulassung zum Avocat a la Cour de Paris, gründete die Sozietät ein Kooperationsbüro in der französischen Hauptstadt. Heute werden die Mandanten in Paris gemeinsam mit Partnern der Sozietät Wenner betreut.

## STANDORT PEKING

2007 wird der Auslandsstandort in Peking gegründet, der Gütersloher Partner Dr. Nils Wigginghaus betreut diese Repräsentanz.

## STANDORT HANNOVER

Mit dem Standort Hannover erhält BRANDI im Jahr 2011 neben den Standorten in NRW eine neue Präsenz in Niedersachsen.

1990

1991

2007

2009

2011

2020

## ÜBERÖRTLICHE SOZIETÄT

1991 wird eine der ersten überörtlichen Anwaltssozietäten in Deutschland gegründet „Brandi Dröge Piltz & Heuer“, ein Zusammenschluss der Standorte Bielefeld, Detmold und Gütersloh.

Im Jahr 1995, nach der Fusion der Standorte Bielefeld, Detmold, Gütersloh und Paderborn, ist der neue Name der Sozietät „Brandi Dröge Piltz Heuer & Gronemeyer“, BDPHG.

## BRANDI RECHTSANWÄLTE

Der Standort Minden tritt der Sozietät als fünftes Mitglied bei.

Die Partner der überörtlichen Sozietät Brandi Dröge Piltz Suderow & Gronemeyer beschließen, den Namen der Partnerschaft ab 01.01.2009 in „BRANDI Rechtsanwälte“ abzuändern.

BRANDI ist eines der Gründungsmitglieder des Netzwerkes „Pangea Net“, ein Zusammenschluss von unabhängigen Rechtsanwaltskanzleien aus über 25 Ländern.

## 125 JAHRE BRANDI RECHTSANWÄLTE

BRANDI Rechtsanwälte gehört heute mit seinen sechs deutschen Standorten zu den führenden Kanzleien in den Regionen Ostwestfalen-Lippe und Hannover. Durch unsere Kooperationsbüros in Frankreich und China, sowie unsere Partnerkanzleien in über 25 Ländern weltweit, betreuen wir unsere Mandanten auch international.

Über 90 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte, die 16 verschiedene Fachanwaltschaften abdecken, bieten eine hochspezialisierte Rechtsberatung. An allen deutschen Standorten unserer Sozietät stehen insgesamt 23 Notarinnen und Notare zur Verfügung.

# JENS FEUERHAKE

Am 5. Oktober 2020 verstarb unser Kollege Rechtsanwalt Jens Feuerhake kurz vor Vollendung seines 32. Lebensjahres.



Geboren und aufgewachsen in Hannover studierte Jens Feuerhake nach seinem Abitur am Kaiser-Wilhelm- und Ratsgymnasium Hannover Rechtswissenschaften an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg sowie an der westfälischen Wilhelms-Universität Münster. Sodann kehrte er nach seinem Ersten Staatsexamen im Jahre 2014 zum Referendariat in seine Heimatstadt zurück.

Nach dem Zweiten Staatsexamen im Jahre 2017 ließ er sich als Rechtsanwalt zu und nahm seine Tätigkeit in unserem Büro in Hannover auf, wo er im Bereich Prozessführung mit Schwerpunkt im Immobilien- und Gesellschaftsrecht tätig war. Er war mit Herzblut Rechtsanwalt und verstand, durch sein hohes Fachwissen, seinen Humor und seine offene Art, Menschen für sich einzunehmen.

Jens Feuerhake hat in bewundernswerter Weise gegen seine schwere Erkrankung gekämpft. Nach erfolgreichen Etappensiegen war die Krankheit am Ende leider stärker.

WIR WERDEN IHN SCHMERZLICH VERMISSEN. UNSERE GEDANKEN SIND BEI SEINER FRAU UND SEINER FAMILIE.

# WOLFGANG DIEWITZ

Am 23. Juli 2020 verstarb, im 80. Lebensjahr stehend, völlig unerwartet unser früherer Partner, Rechtsanwalt und Notar a. D. Wolfgang E. J. Diewitz.

In Pommern geboren, gelangte Wolfgang Diewitz mit seiner Familie in der unmittelbaren Nachkriegszeit als Schüler nach Bielefeld. Nach dem zu Beginn der 60er Jahre am altsprachlichen Ratsgymnasium abgelegten Abitur beabsichtigte er zunächst, Theaterwissenschaften und Kunstgeschichte zu studieren. Sehr bald wechselte er jedoch zur Jurisprudenz. Sein Berufsziel stand damit ebenfalls fest. Er wollte sich als freiberuflicher Rechtsanwalt in seiner Heimatstadt Bielefeld niederlassen. Die Anwaltstätigkeit übte er zunächst mehrere Jahrzehnte mit dem Schwerpunkt Arbeitsrecht in einer anderen Bielefelder Sozietät aus.

2003 trat er in unsere Sozietät ein, um die damals vakante Position eines „hauptamtlichen“ Notars zu übernehmen, der vollzeitlich für Beurkundungen zur Verfügung stand.

Angesichts seines weiten, internationalen beruflichen Horizonts, seiner Herzlichkeit und seines beispielhaften Engagements erreichte die Zahl der notariellen Beurkundungen im Bielefelder Büro eine seit Jahrzehnten nicht mehr erlebte Höhe. Er verstand es wie kaum ein anderer, bisweilen zwischen den Urkundsbeteiligten aufkommende uferlose Diskussionen durch allen Beteiligten dienende konstruktive Kompromissvorschläge zu beenden. Mit Wolfgang Diewitz haben wir einen empathischen und großzügigen, bei Mitarbeitern/innen und Kollegen/innen außerordentlich beliebten Menschen verloren, der uns fehlen wird.



DIE SOZIETÄT VERDANKT WOLFGANG DIEWITZ ERHEBLICHE BEITRÄGE ZUR ENTWICKLUNG DER SOZIETÄT. SIE WIRD IHM EIN EHRENDES GEDENKEN BEWAHREN.

Prof. Dr. Martin Dippel

## Öffentlichkeitsbeteiligung in Planungs- und Genehmigungsverfahren während der Covid-19-Pandemie

Im Zuge der COVID-19-Pandemie gelten bundesweit einheitliche oder mit regionalen Unterschieden verfügte Kontaktbeschränkungen. Dass dadurch auch Kontakte erschwert werden, die durch das Genehmigungsverfahrensrecht vorgesehen sind, liegt auf der Hand. Deshalb haben sowohl Länder als auch Unternehmen und Unternehmensverbände auf praktische Schwierigkeiten bei der Durchführung von Verwaltungsverfahren hingewiesen. Mit dem **Planungssicherstellungsgesetz** vom 20.05.2020 soll nun gewährleistet werden, dass Planungs- und Genehmigungsverfahren sowie besondere Entscheidungsverfahren mit Öffentlichkeitsbeteiligung auch unter den erschwerten Bedingungen während der COVID-19-Pandemie ordnungsgemäß durchgeführt werden können. Die wesentlichen Neuerungen des Gesetzes werden hier in gebotener Kürze aufgezeigt und eingeordnet.

Mit dem **Planungssicherstellungsgesetz** vom 20.05.2020 sollen laut Gesetzgeber **formwahrende Alternativen für Verfahrensschritte** in Planungs- und Genehmigungsverfahren sowie in besonderen Entscheidungsverfahren zur Verfügung gestellt werden, bei denen sonst die Verfahrensberechtigten zur Wahrnehmung ihrer Beteiligungsrechte **physisch anwesend** sein und sich zum Teil in großer Zahl zusammenfinden müssten. Soweit es um die Bekanntmachung oder Auslegung von Unterlagen und anderen Informationen geht, sollen diese insbesondere über das Internet zugänglich gemacht werden (§§ 2, 3 PlanSiG). Als Ersatz für zwingend durchzuführende Erörterungstermine, mündliche Verhandlungen oder Antragskonferenzen wird das Instrument einer Online-Konsultation eingeführt (§ 5 Abs. 4 PlanSiG). Auch eine Telefon- oder Videokonferenz kann durchgeführt werden (§ 5 Abs. 5 PlanSiG).

Probleme entstehen diesbezüglich etwa bei der Öffentlichkeitsbeteiligung derjenigen Bevölkerungsgruppen, die zum einen aufgrund ihres Alters zu den Risikogruppen der Pandemie gehören, zum anderen mit Hard- und Software nicht hinreichend vertraut sind und daher digitale Angebote nicht oder nur unter erheblichem Aufwand nutzen können. Bei einigen Regelungen des Planungssicherstellungsgesetzes bedarf es demnach einer europa- und verfassungsrechtskonformen Auslegung, um so eine hinreichende Öffentlichkeitsbeteiligung aller potenziell Beteiligten sicherzustellen. So sollte etwa eine beantragte Übersendung der maßgeblichen Unterlagen nur bei erkennbarer Rechtsmissbräuchlichkeit ausgeschlossen sein (vgl. § 3 Abs. 2 Satz 2 PlanSiG).

Erfreulich ist jedoch, dass der Gesetzgeber relativ zügig eine Handlungsgrundlage für die zuständigen Behörden geschaffen hat. Außerdem verspricht die zunächst befristete „Digitalisierung“ der Planungs- und Genehmigungsverfahren auch für die Zukunft Chancen und Vorteile.

### Praxishinweis:

Die ersten Erfahrungen mit der behördlichen Herangehensweise zeigen: mit der „gewonnenen Freiheit“ tun sich die Behörden schwer. Generell folgt man eher der liebgewordenen, aber durch die Verfahrenspraxis nicht recht gestützten Devise, dass ein „physischer“ Erörterungstermin dem Erkenntnisgewinn der

Genehmigungsbehörde oder wenigstens der Befriedung diene und insofern durch Online-Konsultationen nicht zu ersetzen sei. Einige Regelungen sind auch wenig praxisgerecht bzw. setzen Erfahrungen mit digitalen Formaten voraus, die sicher derzeit noch nicht allgemein vorhanden sind. Soweit die Gesetze – wie z. B. § 10 Abs. 6 BlmSchG für das klassische Genehmigungsrecht der Industrieanlagen – ohnehin bereits unbefristet vorsehen, auf (fakultative) Erörterungstermine gänzlich zu verzichten, so sollte diese Möglichkeit daher um der Beschleunigung willen vor allem bei Maßnahmen privater Vorhabenträger, die oft auch im internationalen Wettbewerb stehen, verstärkt genutzt werden.

Dr. Christoph Worms

## Konfusion in Zeiten der Pandemie

Wieder steigende Infektionszahlen fordern die staatlichen Stellen zu Reaktionen auf. Ein zweiter Lockdown soll vermieden werden; Infektionsgeschehen sollen gezielt bekämpft werden. Eine Herausforderung auch für Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung, der die Akteure leider nicht immer ganz widerspruchsfrei gerecht werden.

### 1. Einleitung

Eines sei vorweggeschickt: Sicherlich sind auch die staatlichen Stellen und Gerichte gegenwärtig nicht zu beneiden. Nach dem Lockdown ist Differenzierung bei der Pandemiebekämpfung das Motto der Stunde. Differenzierung ist kompliziert. Es klingt paradox: Sie produziert zum Teil erst gleichheitsrechtliche Probleme statt sie zu lösen. Wo schnell und gleichzeitig differenziert reagiert werden muss, ist die Fehleranfälligkeit besonders hoch.

### 2. Das Problem mit der Differenzierung

Seit einiger Zeit ist immer wieder von sogenannten „Superspreading Events“ die Rede. Diese sollen aktiv und isoliert bekämpft werden, um den Anderen ihre Freiheiten zu erhalten. Diese Form der Differenzierung nach Branchen und Tätigkeiten abhängig von einer prognostizierten Gefahrneigung ist dem Grunde nach richtig und rechtsstaatlich sogar erforderlich.

Die Differenzierung hat dabei nach sachlichen Kriterien, vor allem nach den wissenschaftlichen Erkenntnissen, zu erfolgen. Das ist nicht nur eine rechtsformale Anforderung; das ist in der Corona-Pandemie von besonderer Bedeutung. Denn die Bekämpfung eines Ausbruchsgeschehens kann überhaupt nur dann effektiv gelingen, wenn die Adressaten die Einschränkungen auch befolgen. Befolgen werden sie diese Einschränkungen aber nur, wenn sie Vertrauen haben, dass die Beschränkungen erforderlich sind. Wenn der Eindruck entsteht, dass willkürlich und ohne sachliche Rechtfertigung einzelne Beschränkungen erlassen werden, schwindet Vertrauen und damit auch die Bereitschaft, Einschränkungen zu befolgen.

### 3. Das Beispiel der fleischverarbeitenden Betriebe

Dieses Dilemma zeigt sich gegenwärtig in besonders krasser Weise am Beispiel der fleischverarbeitenden Industrie.

Im Rahmen einer Allgemeinverfügung hat das Land NRW auf das Infektionsgeschehen in Schlacht- und Zerlegebetrieben reagieren wollen. Durch Allgemeinverfügung hat das Land NRW angeordnet, dass im Produktionsbereich dieser Betriebe 2x am Tag Mitarbeiter getestet werden müssen. Die Kosten für diese

Testungen haben dabei die Unternehmen zu tragen. So weit so verständlich.

Anders als beispielsweise Baden-Württemberg oder Niedersachsen hat das Land NRW nicht nur Schlacht- und Zerlegebetriebe sondern sämtliche fleischverarbeitenden Betriebe in den Anwendungsbereich dieser Anforderungen einbezogen. Dies führte dann erwartungsgemäß zu Streit. Die Verwaltungsgerichte hatten sich mit der Frage auseinanderzusetzen, ob es sachgerecht ist, sämtliche fleischverarbeitenden Betriebe zu adressieren. Innerhalb weniger Tage haben dann unterschiedliche Gerichte zu dieser Frage Stellung bezogen. Das Verwaltungsgericht Münster hat einem, von uns initiierten, Antrag stattgegeben und in einer, insbesondere für ein Eilverfahren, eingehend begründeten Entscheidung festgestellt, dass das Land NRW verpflichtet gewesen wäre, Ausnahmeregelungen aufzunehmen, um atypischen Fällen gerecht zu werden. Es hätten weiter sachliche Anknüpfungspunkte angeführt werden müssen, warum alle fleischverarbeitenden Betriebe gleichermaßen adressiert werden. Denn, so das Gericht, nicht die Verarbeitung von Fleisch an sich ist problematisch, sondern bestimmte Bedingungen der Klimatisierung, der Lüftung usw. vor Ort. Diese Bedingungen würden sich aber typischerweise in Schlacht- und Zerlegebetrieben zeigen und in anderen nicht fleischverarbeitenden, bspw. fischverarbeitenden Betrieben, ebenso.

Das Verwaltungsgericht Minden hat diese Umstände genau anders entschieden. In der – wirklich nur schwer nachvollziehbaren – Begründung wird im Ergebnis die Auffassung vertreten, dass das Land NRW durchaus sämtliche fleischverarbeitenden Betriebe gleichermaßen mit Beschränkungen belegen könne, da die Ursachen für die Verbreitung des Virus nicht abschließend geklärt seien.

Das Verwaltungsgericht setzt sich mit den sehr unterschiedlichen Arbeits- und Produktionsbedingungen in fleischverarbeitenden Betrieben gar nicht auseinander. Dabei müssen schon aus Rechtsgründen bei der Schlachtung, Zerlegung und Herstellung von sogenannten Fleischzubereitungen (Döner, Hackfleisch usw.) andere Bedingungen eingehalten werden als bspw. bei der Wurstherstellung. Das Gericht hält eine Differenzierung aber offenbar nicht für geboten. Das Gericht verteidigt auch nachdrücklich den Umstand, dass das Land NRW durch Verfügung und nicht durch Verordnung gehandelt hat. Dieser formale Aspekt sei hier erwähnt, weil die weitere Entwicklung dem Verwaltungsgericht Minden zu denken geben dürfte:

Das Land NRW selbst hat offenbar die Entscheidung des Verwaltungsgerichts für nicht gerade überzeugend gehalten. Die in Rede stehende Verfügung wurde vom Land aufgehoben und eine Rechtsverordnung erlassen, die im Kern sämtliche Kritikpunkte aufgenommen und umgesetzt hat, die das Gericht in Münster vorgebracht hatte. Nunmehr finden sich ausdrücklich Ausnahmebestimmungen für Betriebe mit bestimmten Produktionsbedingungen. Das Gericht in Minden dürfte sich ziemlich verschaukelt vorkommen. Nimmt man nämlich dessen Entscheidung ernst, müsste es die nun vorliegende Verordnung für rechtswidrig halten! Ein abstruses Ergebnis.

#### **4. Vertrauen geht verloren**

Leider entsteht hier der fatale Eindruck, dass Entscheidungen

von Gerichten rechtlich kaum noch nachvollziehbar begründet werden und gleichzeitig für Unternehmen, die nur wenige Kilometer voneinander entfernt auf demselben Markt tätig sind, unterschiedlich ausfallen.

Schon auf Ebene der Normgebung bzw. bei den zuständigen Behörden muss daher die Bereitschaft eingefordert werden, sich in hinreichender Tiefe mit den Bedingungen und Umständen einer Branche auseinanderzusetzen, bevor diese Adressatin von Beschränkungen wird. Ansonsten droht der Verlust von Vertrauen in staatliche Maßnahmen der Coronabekämpfung; ohne Vertrauen aber wird die Bekämpfung der Pandemie nicht gelingen.

Dr. Manfred Schröder

#### **Abgrabungen/Anschüttungen/Stützmauern**

##### **Rechtliche und tatsächliche Probleme beim Bauen im hängigen Gelände**

Wird in einem Baugebiet Wohnungsbau in hängigem Gelände entwickelt, dann kommt es leider immer wieder zu Fehleinschätzungen und zur Verletzung nachbarlicher Rechte. Mit den wichtigsten bauordnungsrechtlichen Rechtsvorschriften sollten sich die Bauherren und ihre Architekten deshalb frühzeitig vertraut machen.

In Nordrhein-Westfalen sind Stützmauern und geschlossene Einfriedungen bis zu einer Höhe von 2 m ohne Abstandsfläche zulässig (§ 6 Abs. 8 Nr. 3 BauO NRW 2018). Zudem ist in § 62 Abs. 1 Nr. 7a BauO NRW geregelt, dass Mauern einschließlich Stützmauern und Einfriedungen mit einer Höhe bis zu 2 m in allen Baugebieten (außer im Außenbereich) genehmigungsfrei errichtet werden dürfen. Stützmauer in diesem Sinne ist aber nur die hangaufwärts zu errichtende Mauer, die dem Erhalt der natürlichen Geländeoberfläche dient. Stützmauern zur Erhöhung oder Absenkung der Geländeoberfläche des gesamten Grundstücks oder großer Teile desselben sind nicht baugenehmigungsfrei, da sie mit der Anschüttung und Abgrabung in funktionaler Verbindung stehen.

In den Bauvorlagen muss deshalb die Anschüttung im Regelfall genau dargestellt werden und auch die Stützmauer. Sonst sind die Bauvorlagen unzureichend und eine daraufhin erteilte Baugenehmigung rechtswidrig, weil sie in entscheidenden Punkten zu unbestimmt ist. Dies nötigt dann häufig die Nachbarn dazu, innerhalb der gesetzlichen Frist eine Klage gegen die erteilte Baugenehmigung zu erheben, um rechtlich unzulässige Nachteile für das eigene Grundstück zu vermeiden.

Wird eine Stützmauer errichtet um Boden anfüllen zu können, ist regelmäßig nicht nur ein Genehmigungsverfahren erforderlich, sondern es ist auch eine Abstandsfläche einzuhalten. Gemäß § 6 Abs. 1 Nr. 2 BauO NRW 2018 sind Abstandsflächen einzuhalten, wenn eine Aufschüttung an einer Stelle auf dem Baugrundstück höher als 1 m über der Geländeoberfläche ausgeführt werden soll. Rechtmäßig ist eine gewünschte Geländemodellierung nur, wenn die Abstandsfläche von 3 m völlig unberührt bleibt. Es ist nicht zulässig, die Böschung bis in die Abstandsfläche und bis an die Grenze des Nachbarn zu führen. Hier trifft man häufig auf fehlerhafte Vorstellungen, weil die Bauherren und ihre Architekten sich die Meinung gebildet haben, es reiche aus

in der Abstandsfläche von 3 m die Höhe von 1 m nicht zu überschreiten. Richtig ist demgegenüber, dass immer dann, wenn die Anschüttung auch nur an einer Stelle auf dem Grundstück höher als 1 m ist, die gesamte Anlage den Abstand wahren muss. In § 6 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 ist insoweit geregelt, dass eine Anlage (wie etwa eine Bodenanfüllung) Abstandsflächen einhalten muss, soweit sie höher als 1 m über der Geländeoberfläche liegt und dazu geeignet ist, von Menschen betreten zu werden. Das ist nicht nur bei Sitzecken der Fall, sondern auch bei den ganz normalen Gartenanlagen.

Etwas anders wird die Rechtslage augenscheinlich in Niedersachsen beurteilt. Die abstandsfreie Höhe von Stützmauern, Aufschüttungen und Einfriedungen beträgt gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 1 NBauO 2 m. In den dortigen Baugebieten kann man beobachten, welche Schwierigkeiten es für einen Nachbarn als Unterlieger mit sich bringt, wenn an seiner Grenze eine Mauer mit einer Höhe von 2 m errichtet und dahinter das Nachbargrundstück aufgefüllt wird. Dann muss regelmäßig, um eine Absturzsicherheit herzustellen, noch eine Einfriedung berücksichtigt werden, sodass der Gesamteindruck der kombinierten Anlage aus Stützmauer und Einfriedung durchaus sehr nachteilig wirken kann.

Im Sinne der Herstellung guter nachbarlicher Beziehungen empfiehlt es sich auf jeden Fall, die betroffenen Nachbarn frühzeitig über die eigenen Bauabsichten zu informieren und nach Möglichkeit ein Einvernehmen herbeizuführen über die konkrete Gestaltung. Sonst sind Streitigkeiten vorprogrammiert, die oftmals auf Dauer das Nachbarschaftsverhältnis belasten.

Felicia Deppe

### **Der Referentenentwurf des Baulandmobilisierungsgesetzes – Erreicht das zulässige Nutzungsmaß neue Dimensionen?**

Die Baulandmobilisierung ist seit Jahren ein zentrales städtebauliches Anliegen, welches mit dem wachsenden Grad der Urbanisierung weiter an Aktualität gewinnt und die Kommunen vor planerische Herausforderungen stellt. Mit dem Entwurf des Gesetzes zur Mobilisierung von Bauland (Baulandmobilisierungsgesetz) – Referentenentwurf des Bundesministeriums des Innern, für Bau und Heimat vom 09.06.2020 – will der Gesetzgeber nun Abhilfe schaffen, indem neue rechtliche (Handlungs-) Möglichkeiten für die Gemeinden eröffnet werden.

Ausweislich des Referentenentwurfs soll neben der Novellierung des Baugesetzbuchs (BauGB) auch die Baunutzungsverordnung (BauNVO) verschiedene Änderungen erfahren. Dies betrifft unter anderem § 17 BauNVO. In der aktuell geltenden Fassung dieser Vorschrift werden in Absatz 1 die Obergrenzen für die verschiedenen Maßbestimmungsfaktoren Grundflächenzahl, Geschossflächenzahl und Baumassenzahl in Bezug auf das jeweilige Baugebiet normiert, welche die maximal zulässige bauliche Ausnutzung eines Grundstücks verbindlich festlegen. Absatz 2 bestimmt als Ausnahmeregelung die Option der Überschreitung der Obergrenzen und deren tatbestandliche Anforderungen, die kumulativ vorliegen müssen. Dem zulässigen Nutzungsmaß wird demnach gegenwärtig ein recht enger Rahmen gesetzt.

Entsprechend des Referentenentwurfs ist nunmehr vorgesehen, § 17 BauNVO dahingehend zu ändern, dass die Obergren-

zen nur noch als Orientierungswerte ausgestaltet sein sollen, die jedoch in Wochenendhaus- und in Ferienhausgebieten nicht überschritten werden dürfen. Zur Begründung wird ausgeführt, dass hierdurch eine erhöhte planerische Flexibilität eintreten und insbesondere die Nachverdichtung begünstigt werden soll.

Nicht nur auf den ersten Blick handelt es sich dabei um eine grundlegende und bedeutende Novellierung. Denn der Gesetzgeber vollzieht hier erstmalig eine Abkehr von dem sehr strikten Regime der BauNVO, welches dem planerischen Spielraum der Gemeinden grundsätzlich recht enge Grenzen setzt. Die geplante „Entsagung“ von der Bindungswirkung der Obergrenzen kann den Planungsträgern hinsichtlich des Nutzungsmaßes neue Dimensionen eröffnen und einen wesentlichen Beitrag zur städtebaulichen Verdichtung leisten. So wären die Gemeinden befähigt, unter Berücksichtigung der städtebaulichen Anforderungen individuell und bedarfsgerecht ein erhöhtes Nutzungsmaß zuzulassen, welches sich sowohl auf Neuvorhaben als auch auf bereits bebaute Grundstücke beziehen kann. Hierdurch vermag in nicht zu unterschätzendem Maße Bauland aktiviert und erhebliches Ressourcenpotential für neuen Wohnraum geschaffen zu werden.

Die seitens des Gesetzgebers intendierte Zweckerreichung ist jedoch allein mit der Einführung der geplanten Neufassung des § 17 BauNVO nicht gewährleistet. Denn die Inanspruchnahme der damit verbundenen rechtlichen Möglichkeiten obliegt den Kommunen und hängt von einem entsprechenden Planungswillen ab. Um die beabsichtigte Stadtentwicklung effektiv umzusetzen, bedürfte es daher einer gemeindlichen Mitwirkung in Form einer aktiven Bauleitplanung, die insbesondere auch die Anpassung bereits bestehender Bebauungspläne an die neuen rechtlichen Grundlagen umfasst. Eine erfolgreiche Baulandmobilisierung kann unter diesen Voraussetzungen durchaus gelingen.

Ob der Referentenentwurf hinsichtlich des § 17 BauNVO tatsächlich in dieser Form übernommen wird und sich daraufhin auch in der Planungspraxis zu etablieren vermag, bleibt abzuwarten. Im Interesse einer modernen und bedarfsgerechten städtebaulichen Entwicklung unter Beachtung der eingangs genannten Zielsetzung wäre dies – als erster Schritt in die richtige Richtung – zu begrüßen.

Andreas Wiemann

## Anknüpfungspunkte für die abgesenkten Umsatzsteuersätze in der Baubranche

Im Zweiten Corona-Steuerhilfegesetz wurde eine Absenkung der Umsatzsteuersätze auf 16 % beschlossen.

Dieser Beitrag befasst sich damit, inwieweit für laufende Bau- und Architekten-/Ingenieurverträge die abgesenkten Umsatzsteuersätze Anwendung finden. Dabei können an dieser Stelle nur einige Fragestellungen aufgegriffen werden.

Der Erlass des Bundesministeriums der Finanzen vom 30. Juni 2020 an die Obersten Finanzbehörden der Länder will hierzu unter Ziffer 3.2. Hilfestellungen geben:

Danach sollen Werklieferungen oder Werkleistungen insgesamt dem reduzierten Steuerbetrag unterliegen, wenn sie nach dem 30. Juni 2020 und vor dem 1. Januar 2021 ausgeführt werden.

Eine andere umsatzsteuerrechtliche Behandlung komme nur in Betracht, soweit Werkleistungen und Werklieferungen „wirtschaftlich teilbar“ seien und in Teilleistungen erbracht würden. Nach der Definition des Erlasses sind Teilleistungen wirtschaftlich abgrenzbare Teile einheitlicher Leistungen, für die das Entgelt gesondert vereinbart wird und die demnach statt der einheitlichen Gesamtleistung geschuldet werden.

Maßgeblich ist danach für die Festlegung des Umsatzsteuersatzes wohl grundsätzlich der Zeitpunkt der Abnahme. Insoweit zielt der Erlass, aus baurechtlicher Sicht nicht recht nachvollziehbar, auf den Zeitpunkt der Abnahme der Werklieferung und der Vollendung bzw. Beendigung der Werkleistung jeweils nach dem 30. Juni 2020 und bis zum 31. Dezember 2020 ab.

Entscheidend ist demnach insbesondere nicht der Zeitpunkt einer Rechnungsstellung.

Wirtschaftlich teilbare Leistungen (Teilleistungen), die im 2. Halbjahr 2020 erbracht worden sind, können dem reduzierten Umsatzsteuersatz unterfallen. Soweit ersichtlich, muss bei „Altverträgen“ wohl – u. a. neben einer gesonderten Abrechnung der Teilleistung – vertraglich bis zum 30. Juni 2020 eine gesonderte Vergütung von Teilleistungen vereinbart worden sein.

Neben der Frage, was der Erlass unter Vollendung eines Teils einer Werkleistung in Abgrenzung zur Beendigung eines Teils der Werkleistung versteht, ist insbesondere die Frage der Abnahme in den Blick zu nehmen.

Diese muss sich auf eine Teilleistung beziehen.

Vor „vorschnellen“ Teilabnahmen allein aus steuerrechtlichen Gründen ist zu warnen. Mit der Abnahme geht nämlich die Gefahrtragung auf den Besteller über. Damit trägt er unter anderem auch das Risiko einer Beschädigung bei einem fortlaufenden Bauvorhaben.

Auch aus zeitlichen Gründen macht es regelmäßig aus Sicht eines Bestellers keinen Sinn, vor Ablauf des Jahres 2020 auf eine Abnahme zu drängen. Denn Bau- und Architekten- / Ingenieurleistungen unter Zeitdruck gehen nicht selten zu Lasten der Qualität.

Problematisch ist nach dem Wortlaut des Erlasses auch, was gelten soll, wenn beispielsweise eine Abnahme vor Ablauf des Jahres 2020 nicht erfolgt, sich aber anschließend herausstellt, dass gleichwohl (schon) vor dem 1. Januar 2021 ein abnahmefähiges Werk (Abnahmereife) vorlag.

Unklar ist weiter, wie Konstellationen zu würdigen sind, in denen eine „eindeutige“ (formelle) Abnahme nicht vorliegt oder streitig ist, beispielsweise in Fällen der konkludenten Abnahme.

Hier stellt sich insbesondere auch die Frage, welcher Aufwand gegenüber der Finanzverwaltung betrieben werden müsste, um eine „umsatzsteuerfreundliche“ Abnahme erfolgreich darzulegen.

Soweit ersichtlich, dürfte es bislang zu den vorgenannten Fragestellungen wohl noch keine gerichtlichen Entscheidungen geben. In Einzelfällen befragte Finanzämter zeigten sich mit einer Beantwortung – zumindest bislang – mehr oder weniger „überfordert“. Gegebenenfalls ergibt sich eine teilweise „Entspannung“, wenn die Befristung der Absenkung der Umsatzsteuersätze über den Ablauf des Jahres 2020 hinaus verlängert wird.

Dr. Christian Kollmeier

## Kommen die „fiktiven Mängelbeseitigungskosten“ zurück?

**Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 13.03.2020 – V ZR 33/19**

### I.

Im Februar 2018 sorgte der für das Werkvertragsrecht zuständige VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs (BGH) für Aufsehen, als er seine langjährige, ständige Rechtsprechung zum Schadensersatz bei Mängeln der Werkleistung geändert hat (BGH BauR 2018, 815 ff.) – ohne sich hierzu vorher mit den anderen Zivilsenaten des BGH abzustimmen. Bis dahin konnte der Besteller bei Vorliegen eines Mangels vom Werkunternehmer nach Ablauf der Nacherfüllungsfrist Schadensersatz in Höhe der fiktiven Mängelbeseitigungskosten verlangen. Dies ist seit dem Urteil des VII. Zivilsenates des BGH vorbei. Vielmehr muss der Besteller jetzt Kostenvorschuss für die Mängelbeseitigung fordern oder den Minderwert der Werkleistung wegen des Mangels geltend machen.

Es ist allerdings durchaus fraglich, ob diese geänderte Rechtsprechung auch zukünftig Bestand hat.

### II.

Hintergrund ist der Beschluss des für das Kaufrecht zuständigen V. Zivilsenats des BGH vom 13.03.2020 (BGH BauR 2020, 1315), in dem er hat erkennen lassen, dass er der Rechtsprechung des VII. Zivilsenates für den Bereich des Kaufrechts nicht folgen (also die Abrechnung nach den fiktiven Mängelbeseitigungskosten weiterhin ermöglichen) möchte. Deshalb hat er beim VII. Zivilsenat angefragt, ob dieser bei seiner 2018 geäußerten Rechtsauffassung bleibt.

Dazu sah sich der V. Zivilsenat (zu Recht) veranlasst, da die einzelnen Zivilsenate untereinander zur Abstimmung verpflichtet sind, für den Fall, dass ein Zivilsenat von einer Rechtsprechung eines anderen Zivilsenates abweichen möchte. Kann eine Einstellung nicht erreicht werden, entscheidet der Große Senat für Zivilsachen des BGH (§ 132 Abs. 2 GVG).

Der VII. Zivilsenat hatte die unterlassene Abstimmung mit den übrigen Zivilsenaten damit begründet, dass die Änderung seiner Rechtsprechung die anderen Senate und deren Kompetenzen nicht berühre, da die Änderung auf den Besonderheiten des Werkvertragsrechts beruhen würde. So gebe es im Werkvertragsrecht mit § 637 BGB gerade eine Norm, die es dem Besteller ermögliche, die Mängel selbst zu beseitigen und die hierfür voraussichtlich erforderlichen Kosten vorher vom Unternehmer zu verlangen. Einen entsprechenden Anspruch gebe es im Kaufrecht nicht. Zudem bestehe im Bereich des Werkvertragsrechts besonders die Gefahr, dass die Abrechnung aufgrund fiktiver Mängelbeseitigungskosten zu einer „erheblichen Überkompensation“ führe. Dies sei z. B. im Kaufrecht anders.

### III.

Der Weg, den der V. Zivilsenat mit seiner Anfrage beschreitet, ist richtig und notwendig. Denn die Ausführungen des VII. Zivilsenates dazu, dass seine Abkehr vom fiktiven Schadensersatz allein den Bereich des Werkvertragsrechts betreffe, dürften nicht zutreffend sein. Insbesondere die angeführten „Besonderheiten des Werkvertragsrechts“ sind nicht erkennbar.

Der Gesetzgeber hat mit der Schuldrechtsreform ausdrücklich einen Gleichlauf des Sachmängelgewährleistungsrechts und damit auch der Schadensersatzansprüche wegen Mängeln vorgesehen. So verweisen sowohl § 437 BGB für das Kaufrecht als auch § 634 BGB für das Werkvertragsrecht bzgl. etwaiger Schadensersatzansprüche auf die §§ 280, 281 BGB. Auch der Vorschussanspruch gemäß § 637 BGB, den der VII. Zivilsenat als Besonderheit des Werkvertragsrechts ausmacht, steht dem nicht entgegen, da es gewichtige Ausnahmen des Anwendungsbereichs dieser Regelung gibt. Z. B. findet sie keine Anwendung bei einem Architekten, der wegen Planungsfehlern haftet, die sich bereits im Bauwerk realisiert haben. Auch darf man bezweifeln, ob die Aussage des VII. Zivilsenats zutrifft, dass im Werkvertragsrecht grundsätzlich eine größere Gefahr für eine erhebliche Überkompensation besteht als im Kaufrecht. Nachvollziehbar erscheint das nicht, zumal die Übergänge zwischen Kauf- und Werkvertrag teilweise fließend sind.

### IV.

Es ist davon auszugehen, dass der VII. Zivilsenat an seiner gerade erst geänderten Rechtsprechung festhalten wird, so dass der Große Senat für Zivilsachen entscheiden muss. Und ob dann die Aufgabe der fiktiven Mängelbeseitigungskosten für den Bereich des Werkvertragsrechts Bestand haben wird, erscheint durchaus fraglich. Denn der Änderung einer gefestigten Rechtsprechung des BGH sind Grenzen gesetzt. Einer solchen steht insbesondere das Bedürfnis der Allgemeinheit nach Rechtssicherheit und auf Vertrauenschutz entgegen. Es bedarf daher deutlich überwiegender oder schlechthin zwingender Gründe für eine Änderung einer gefestigten Rechtsprechung.

Ob solche überwiegenden oder sogar zwingenden Gründe für die Abkehr von der Schadensbemessung anhand fiktiver Mängelbeseitigungskosten sprechen, darf bezweifelt werden. Denn Grundlage des Schadensersatzes in den betreffenden Fällen ist der (nicht erfüllte) Nacherfüllungsanspruch des Käufers bzw. Bestellers. Dieser Anspruch geht auf Herstellung der Mängelfreiheit durch Nachbesserung oder Ersatzlieferung. Wenn dies aber ausbleibt, erscheint es zutreffend, den Schadensersatz anhand der hierfür eigentlich aufzuwendenden Kosten zu bemessen. Zwar ist richtig, dass bei der Abrechnung fiktiver Mängelbeseitigungskosten durchaus die Gefahr der Überkompensation besteht. Diese trifft aber den zweimalig vertragswidrig handelnden Verkäufer bzw. Werkunternehmer, der zum einen eine mängelhafte Sache liefert bzw. Leistung erbracht und anschließend den Mangel auch nicht beseitigt hat. Der Verkäufer bzw. Werkunternehmer hätte es also selbst in der Hand gehabt, eine Überkompensation zu vermeiden. Nutzt er diese Gelegenheit im Rahmen der Nachbesserung nicht, erscheint er erheblich weniger schutzwürdig als der Käufer oder der Besteller.

Eine Rückkehr zu den „fiktiven Mängelbeseitigungskosten“ im Werkvertragsrecht erscheint also durchaus nicht abwegig. Daraus ergibt sich die Notwendigkeit, künftig bei entsprechenden Sachverhalten zu prüfen, ob erforderliche Maßnahmen, wie z. B. die Einleitung verjährungshemmender Maßnahmen bzgl. eines solchen Schadensersatzanspruchs, zu veranlassen sind.

Dr. Annette Mussinghoff-Siemens

### **Neues zur Bemessung der Entschädigung bei Annahmeverzug**

In den vergangenen Jahren hat der BGH durch seine Rechtsprechung der Bestimmung des § 642 BGB, der einem Werkunternehmer im Falle des Annahmeverzugs des Bestellers einen Entschädigungsanspruch verschafft, nach und nach mehr Kontur gegeben. Mit der vom BGH im Januar dieses Jahres verkündeten Entscheidung zur Schätzung der Entschädigung, deren Grundsätze nun erstmals in einem soeben veröffentlichten Urteil des OLG Karlsruhe aus August 2020 umgesetzt worden sind, werden die zu treffenden Abwägungen nun für die Praxis verdeutlicht.

#### I.

Zur Einführung: Unterlässt ein Besteller eine ihm bei der Herstellung eines Werks erforderliche Mitwirkungshandlung, kann er aufgrund Annahmeverzugs zur Entschädigung des Unternehmers verpflichtet sein. Maßgebliche Bedeutung in der Praxis hat die Regelung des § 642 BGB vor allem mit der Änderung der Rechtsprechung des BGH mit Urteil vom 21.10.1999, VII ZR 185/98, erlangt. Mit dieser Entscheidung hatte der BGH seine Rechtsprechung aufgegeben, wonach dem Besteller – im entschiedenen Fall dem Bauherrn – Fehler eines Vorunternehmers im Verhältnis zum Nachfolgeunternehmen regelmäßig nicht zugerechnet werden können, weil der Vorunternehmer nicht Erfüllungsgehilfe des Auftraggebers ist. Soweit Entschädigungsansprüche nach § 642 BGB betroffen sind, haftet der Besteller dem Folgeunternehmer durchaus für Verzögerungen durch Vorunternehmer. Welche Voraussetzungen für das Entstehen eines Entschädigungsanspruchs erfüllt sein müssen und welche Folge des Annahmeverzugs von dem Entschädigungsanspruch erfasst werden, war seither stark umstritten.

**II.**

Aus der Formulierung in § 642 Abs. 1 BGB, der Besteller könne wegen des Annahmeverzugs eine „angemessene Entschädigung“ verlangen, leitete der BGH sodann in dem Urteil vom 24.01.2008, VII ZR 280/05, ab, dass es sich bei diesem Anspruch nicht um einen umfassenden Schadensersatzanspruch handelt, sondern um einen verschuldensunabhängigen Anspruch sui generis, auf den die Vorschriften der §§ 249 ff. BGB zur Berechnung von Schadensersatz nicht anwendbar sind. Aus der Formulierung des § 642 BGB („Entschädigung“ und nicht Schadensersatz) ergebe sich, dass den Besonderheiten der verschuldensunabhängigen Haftung Rechnung zu tragen sei. Da die Ursachen für die unterbliebene Mitwirkung zwar in die Sphäre des Bestellers fallen müssen, der Anspruch auf Entschädigung aber nicht von einem Verschulden des Bestellers abhängt, kann der Unternehmer aus diesem Anspruch also keinen vollständigen Ersatz des ihm etwa entstandenen Verzugsschadens ableiten.

**III.**

Der Erwartung der Unternehmer, infolge eines Annahmeverzugs eines Bestellers entstandene Mehrkosten, wie gestiegene Lohn- und Materialkosten, die bei der Ausführung der infolge des Annahmeverzugs verschobenen Werkleistung anfallen, über den Entschädigungsanspruch nach § 642 BGB erstattet zu bekommen, erteilte der BGH mit dem Urteil vom 26.10.2017, VII ZR 16/17, eine Absage. Der BGH stellte klar, dass § 642 BGB dem Unternehmer eine angemessene Entschädigung nur dafür gewährt, dass der Unternehmer während der Dauer des Annahmeverzugs des Bestellers infolge des Unterlassens einer Mitwirkungshandlung Personal, Geräte und Kapital, also die Produktionsmittel zur Herstellung der Werkleistung, bereithält. Mehrkosten, die zwar infolge des Annahmeverzugs, aber erst nach dessen Beendigung anfallen, sind von dem Entschädigungsanspruch nach § 642 BGB nicht erfasst. In der vorgenannten Entscheidung aus Oktober 2017 wies der BGH ferner darauf hin, dass bei der Bemessung der Entschädigung gem. § 642 Abs. 2 BGB nach dem Wortlaut des Gesetzes die Dauer des Verzuges und die Höhe der vertraglich vereinbarten Vergütung zu berücksichtigen ist, also auch die in dieser Vergütung etwa enthaltenen Anteile für Gewinn, Wagnis und allgemeine Geschäftskosten eingeschlossen sein können.

**IV.**

Wie der Entschädigungsanspruch zu bemessen ist, hatte der BGH bislang allerdings nicht geklärt. Hierzu hat er sich erstmals mit Urteil vom 30.01.2020, VII ZR 33/19, geäußert.

Nach dieser Entscheidung erfordert § 642 BGB eine richterliche Abwägung auf der Grundlage der in § 642 Abs. 2 BGB genannten Kriterien. Im Ausgangspunkt hat sich das Gericht an den Anteilen der vertraglich vereinbarten Vergütung zu orientieren, die auf während des Annahmeverzugs unproduktiv bereitgehaltene Produktionsmittel entfallen, zuzüglich der Vergütungsanteile für allgemeine Geschäftskosten sowie für Wagnis und Gewinn. Zu prüfen ist nach der Rechtsprechung des BGH, ob während des Annahmeverzugs des Bestellers tatsächlich Produktionsmittel (Personal, Geräte und Kapital) unproduktiv bereitgehalten wurden und welche Anteile für diese Produktionsmittel in die vertraglich vereinbarte Vergütung eingeflossen sind. Der BGH spricht dem Unternehmer also nicht (nur) die tatsächlichen Kosten für die Bereithaltung der Produktionsmittel, sondern die in der vereinbarten Vergütung enthaltenen, kalkulierten Anteile dieser Kosten

zuzüglich eines Zuschlags für Gewinn, Wagnis und allgemeine Geschäftskosten zu.

Bei der Bemessung der Entschädigung zu berücksichtigen sind gem. § 642 Abs. 2 BGB zudem die Aufwendungen, die der Unternehmer infolge des Annahmeverzugs des Bestellers erspart und der anderweitige Erwerb, den der Unternehmer während des Annahmeverzugs des Bestellers erzielen kann. Eine ähnliche Formulierung findet sich in § 648 BGB bezüglich der Bestimmung des Vergütungsanspruchs des Unternehmers bei einer freien Kündigung eines Werkvertrages durch den Besteller. Im Falle einer freien Kündigung muss sich der Unternehmer nur solchen anderweitigen Erwerb auf den Vergütungsanspruch anrechnen lassen, den er gerade wegen der Kündigung des Werkvertrages angenommen hat, also nur solchen Erwerb, der aus einem sogenannten „echten Füllauftrag“ resultiert. Die Interessenlage der Vertragsparteien bei einem lediglich vorübergehenden Annahmeverzug des Auftraggebers unterscheidet sich jedoch von derjenigen, die bei einer freien Kündigung des Auftraggebers entsteht. Bei einem Annahmeverzug wird dem Auftragnehmer die Erwirtschaftung der Vergütung anders als bei einer Kündigung nur vorübergehend und nicht dauerhaft unmöglich gemacht. Daher spielt für die Bemessung des Entschädigungsanspruchs die Möglichkeit, Produktionsmittel anderweitig produktiv einzusetzen, unabhängig davon eine Rolle, ob diese Möglichkeit aus einem „echten Füllauftrag“ oder sonstigen Umständen beruht. Auch diese zuvor strittige Frage hat der BGH mit dem Urteil vom 30.01.2020 geklärt. Auf dieser Grundlage hat das Gericht die angemessene Entschädigung zu bestimmen. Dabei hat es einen Ermessensspielraum, der die Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls ermöglicht.

**V.**

Erstmals umgesetzt wurde die aktuelle Rechtsprechung des BGH zur Bemessung des Entschädigungsanspruchs mit dem jetzt veröffentlichten Urteil des OLG Karlsruhe vom 27.08.2020, 8 U 49/19. In dem entschiedenen Fall hatte sich die Ausführung von Parkettarbeiten erheblich verzögert, weil der als Vorleistung durch einen anderen Unternehmer eingebrachte Estrich nicht belegereif war. Die Arbeiten, die ursprünglich in der Zeit vom 09.05. bis zum 08.07.2016 erbracht werden sollten, konnten erst nach Ablauf der vereinbarten Ausführungszeit, ab dem 13.09.2016, ausgeführt werden. Das OLG hat dem Auftragnehmer eine Entschädigung nach § 642 BGB in Höhe von 42.588,28 € (bei einer Gesamtauftragssumme von 178.912,08 €!) zugesprochen.

Nach umfassender Beweisaufnahme durch Zeugenbefragung hat das OLG Karlsruhe der Klägerin einen Entschädigungsanspruch für die während des Annahmeverzugs unproduktiv bereitgehaltenen Produktionsmittel zuerkannt. Da unstreitig war, dass Parkettarbeiten während des gesamten vertraglich vorgesehenen Ausführungszeitraums wegen der Restfeuchte des Estrichs nicht möglich waren, bedurfte es keiner bauablaufbezogenen Darstellung der konkreten Tätigkeit auf der Baustelle – eine große Erleichterung im Vergleich zu den Anforderungen der Rechtsprechung bei der Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen wegen Bauzeitverzögerung! Ebenfalls zugunsten des Auftragnehmers hat das Gericht sich bei der Berechnung der Höhe der Entschädigung nicht nach der vertraglich vereinbarten Ausführungszeit, sondern – im Einklang mit dem Wortlaut des § 642 Abs. 2 BGB – an der Dauer des Annahmeverzugs orientiert

und dem Auftragnehmer eine Entschädigung für die produktionslos vorgehaltenen Mitarbeiter, auch über den vertraglich vorgesehenen Fertigstellungstermin hinaus, zugestanden.

Nachdem durch Zeugenvernehmung festgestellt worden war, in welchem Umfang die für die Baumaßnahme vorgesehenen Mitarbeiter der Klägerin unproduktiv vorgehalten worden waren, hat das Gericht, ausgehend von der Preiskalkulation des Auftragnehmers, die kalkulierten Anteile für die Personalkosten der vorgesehenen Arbeitnehmer (Mittelohn, Sozialkosten) im Umfang der gesetzlich und tariflich geschuldeten Wochenarbeitszeit zuzüglich Zuschläge für Wagnis, Gewinn und allgemeine Geschäftskosten ermittelt. Von den unproduktiven Arbeitsstunden abgezogen hat das Gericht Zeiten, in denen die Mitarbeiter mit innerbetrieblichen Aufgaben beschäftigt werden konnten, die im Interesse des Unternehmers liegen. Definiert hat das OLG Karlsruhe solche Arbeiten als Tätigkeiten, die unabhängig von dem Annahmeverzug des Bestellers erledigt werden müssen und zu deren Erledigung entweder eigene Mitarbeiter oder fremde Arbeitskräfte hinzugezogen werden müssen. Die Höhe dieses Aufwandes hat das Gericht nach Beweisaufnahme geschätzt.

Soweit die Geräte und Materialien betroffen waren, war es für den Entschädigungsanspruch ausreichend, dass diese an einem speziell markierten, dem Bauvorhaben konkret zugeordneten Abstellplatz vor Baubeginn verbracht und während der gesamten Zeit gelagert wurden, um bei ausreichender Trocknung des Estrichs jederzeit einsetzbar zu sein. Auch im Interesse des Auftraggebers hat das Gericht es nicht für erforderlich erachtet, die Produktionsmittel auf der Baustelle zu lagern. Dies verursache lediglich unnötigen Aufwand, sei nicht praktikabel und stehe auch dem im Interesse des Auftraggebers liegenden Bemühen des Auftragnehmers entgegen, die (zunächst) unproduktiv bereithaltenen Produktionsmittel anderweitig produktiv einzusetzen, um die geschuldete Entschädigung möglichst gering zu halten.

Im Rahmen der Entscheidung hat das OLG Karlsruhe auch die strittige Frage geklärt, ob bei der Bemessung der Entschädigung auf die Angebotssumme oder die Schlussrechnungssumme abzustellen sei und sich zugunsten der Angebotssumme entschieden. Begründet hat das Gericht dies mit dem Bedürfnis nach einer einheitlichen Berechnungspraxis vor dem Hintergrund möglicher Änderungen des tatsächlich ausgeführten Leistungsumfangs und der Notwendigkeit für den Unternehmer, die Entscheidung über den Umfang der vorzuhaltenden Produktionsmittel an dem bei Vertragsschluss vorausgesetzten Leistungsumfang zu orientieren.

Mit dem Urteil des OLG Karlsruhe liegt nun erstmals eine Entscheidung zur konkreten Bemessung eines Entschädigungsanspruchs eines Unternehmers für den Fall des Annahmeverzugs des Bestellers nach der weiteren Konkretisierung der Ansprüche durch den BGH im Januar dieses Jahres vor, die künftig als Maßstab für vergleichbare Fälle dienen und zu mehr Rechtssicherheit bei der Bemessung von Entschädigungsansprüchen führen dürfte.

Dr. Sebastian Huck

### Der Referentenentwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie

In seinem Urteil vom 04.07.2019 hat der Europäische Gerichtshof (EuGH) entschieden, dass die in der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI) verbindlich festgelegten Mindest- und Höchsthonorarsätze wegen eines Verstoßes gegen die EU-Dienstleistungsrichtlinie europarechtswidrig sind. Die Bundesrepublik Deutschland ist seitdem in der Pflicht, diese Entscheidung umzusetzen und die HOAI zu ändern. Der aktuelle Referentenentwurf, der in den folgenden Monaten viel diskutiert und wahrscheinlich in dem einen oder anderen Punkt auch noch einmal verändert wird, sieht vor, dass die Regelungen der HOAI nach wie vor Grundlage der Honorarberechnung für Architekten und Ingenieure sind. In Abweichung zu der bisherigen, aktuell geltenden HOAI-Fassung sieht der Referentenentwurf jedoch vor, dass die Honorarhöhe durch die HOAI nicht mehr verbindlich festgelegt wird. Vielmehr sollen die Honorare in Zukunft frei vereinbar sein, d. h. auch unterhalb der Mindest- und oberhalb der Höchstsätze. Die bisher genutzten Parameter und Kriterien der Honorarberechnung, welche sich aus der HOAI ergeben, sollen dabei weiterhin als Orientierungshilfe herangezogen werden können.

Der Entwurf sieht weiterhin eine Auffangregelung für den Fall vor, dass die Vertragsparteien keine Honorarhöhe vereinbaren. In diesem Fall soll ein bestimmter Satz der Honorartafeln in Bezug auf die Grundleistungen als vereinbart angesehen werden. Dies ist in etwa vergleichbar mit der bisherigen Mindestsatzfiktion des § 7 Abs. 5 HOAI und dient der Vermeidung von Streitigkeiten über die Honorarhöhe.

Ziel des Referentenentwurfs ist die Möglichkeit einer transparenten Honorarkalkulation ohne ein verbindliches Preisrecht, um der Rechtsauffassung des EuGHs Rechnung zu tragen. Dabei sollen die weiteren Regelungen der HOAI in ihrer bisherigen Fassung weitgehend erhalten bleiben. Ob dieser Referentenentwurf in seiner jetzigen Fassung zur Anwendung kommt, bleibt jedoch zunächst abzuwarten.



Dr. Annette Mussinghoff-Siemens

### Angebotswertung auf Basis mündlicher Präsentationen im Rahmen von Vergabeverfahren unzulässig?

Die Vergabe komplexer Dienstleistungen – namentlich Architekten-/Ingenieurleistungen sowie Projektsteuerungsleistungen im Zusammenhang mit großen Baumaßnahmen – sind nach § 74 VGV in der Regel im Verhandlungsverfahren mit Teilnahme- wettbewerb oder im wettbewerblichen Dialog zu vergeben. Auch anspruchsvolle Beratungsleistungen zu Aufgaben, deren Lösung vorab nicht eindeutig und erschöpfend beschrieben werden kann, werden in der Regel im Verhandlungsverfahren vergeben. In der Praxis gehen diese Verfahren meistens mit Verhandlungsgesprächen einher, in denen die Bieter ihre Angebote und das vorgesehene Projektteam einem mehr oder weniger großen Gremium des öffentlichen Auftraggebers präsentieren, das sodann eine Bewertung (auch) der Präsentationen vornimmt. Die Auswahl des Angebotes des Bieters, der die beste Leistung erwarten lässt unter Einbeziehung der Ergebnisse solcher Präsentationen war bis zum Bekanntwerden des Beschlusses der VK Südbayern vom 02.04.2019 (Az: Z 3-3-3194-1-43-11/18) weit verbreitet, absolut üblich und wurde von der obergerichtlichen Rechtsprechung mitgetragen.

Mit dem v. g. Beschluss vom 02.04.2019 hat die VK Südbayern die Praxis der Vergabe von Planungsleistungen hinsichtlich gleich mehrerer Aspekte grundlegend hinterfragt und verändert. Dies gilt für die Notwendigkeit einer Losbildung zwischen den sogenannten kreativen Bestandteilen von Planungsleistungen – den Leistungsphasen 1 bis 5 – und den eher administrativen Leistungsphasen 6 bis 9, für ein etwaiges Doppelverwertungsverbot von Referenzen im Rahmen von Eignungs- und Zuschlagskriterien, die Einschränkung der Freiheit öffentlicher Auftraggeber bzgl. der Wahl von Zuschlagskriterien und auch für die Grenzen der Bewertung von Angebotsbestandteilen. Die Entscheidung ist hinsichtlich aller zuvor angesprochenen Aspekte lesenswert. Im Rahmen dieses Kurzbeitrags wird allerdings nur die Einschätzung der VK Südbayern zur Zulässigkeit der Wertung mündlich vorgetragener Angebotsbestandteile dargestellt und hinterfragt. In dem entschiedenen Fall beabsichtigte der öffentliche Auftraggeber neben der Höhe des Honorarangebotes für die ausgeschriebenen Ingenieurleistungen auch qualitative Kriterien bei der Entscheidung über den Zuschlag zu berücksichtigen, so zum Beispiel die vorgesehene personelle Besetzung, fachtechnische Lösungsansätze, die strukturelle Herangehensweise an die Projektaufgabe und die Gestaltung der Präsentation. Der Auftraggeber hatte die Bieter aufgefordert, zu diesen Aspekten im Rahmen der Verhandlungsgespräche vorzutragen. Die Entscheidung über den Zuschlag hatte der Auftraggeber auf Basis der mündlichen Angaben der Bieter im Präsentationstermin getroffen. Schriftliche Angaben der Bieter lagen jedenfalls zu einem Teil der Zuschlagskriterien nicht vor.

Die Vergabekammer hat diese Vorgehensweise für vergaberechtlich nicht zulässig erachtet. Angaben zu den qualitativen Zuschlagskriterien gehörten zum Angebot, sodass die formalen Vorgaben der §§ 53 bis 55 VgV zu beachten seien. Zur Vermeidung einer vorzeitigen Kenntnisnahme von den Angebotsinhalten und zur Verhinderung von Manipulation dürfe gerade keine Differenzierung zwischen preislichen und nichtpreislichen Angaben der Bieter zu Zuschlagskriterien vorgenommen werden.

Alle Angaben müssten sowohl in der vom Auftraggeber für das Angebot festgelegten Form und als auch in zeitlicher Hinsicht bis zum Ablauf der Angebotsfrist vorgelegt werden. Außerdem sei eine mündliche Kommunikation in einem Vergabeverfahren über Angebote gem. § 9 Abs. 2 VgV auch dann unzulässig, wenn sie ausreichend dokumentiert werde. Auch in einem Verhandlungsverfahren sei jedenfalls nach der seit der Vergaberechtsreform 2016 geltenden Rechtslage stets sicherzustellen, dass die für die Bewertung maßgeblichen Angebotsinhalte bereits zum Ablauf der Angebotsfrist mindestens in Textform vorliegen.

Die Vergabekammer Rheinland hat sich dieser Rechtsprechung mit Beschluss vom 19.11.2019 (Az: VK 40/19) bzgl. eines Auftrags für technische Facility Management Leistungen angeschlossen. Die VK Rheinland hat unter Bezugnahme auf die Entscheidung der VK Südbayern festgestellt, auch im Verhandlungsverfahren müssen Angebote in Textform vorliegen, da § 9 Abs. 2 VgV und § 53 Abs. 1 VgV für alle Arten von Vergabeverfahren zu beachten seien. Die Textform gelte auch für Konzepte zur Auftragsdurchführung, die Gegenstand der Angebotsbewertung sind. Eine Angebotsbewertung allein auf Grundlage mündlicher Ausführungen der Bieter in einem Präsentationstermin sei unzulässig. Zudem müssten auftragsbezogene Qualitätsmerkmale, die für die Zuschlagsentscheidung maßgeblich seien, zwingend Vertragsbestandteil werden. Nur auf diese Weise sei zu verhindern, dass ein Bieter in seinem Angebot Angaben macht, die im Vergabeverfahren zu seinen Gunsten bewertet werden, an die er sich später bei der Auftragsdurchführung aber nicht mehr halten muss.

Diese Rechtsprechung, die sich auf die nach der Vergaberechtsreform 2016 neu in Kraft getretenen formalen Vorgaben zur Einreichung von Angeboten und zur elektronischen Kommunikation in Vergabeverfahren stützt, ist nicht nur in der vergaberechtlichen Literatur auf Widerspruch gestoßen. Auch die Vergabekammern entscheiden nicht einheitlich. Mit Beschluss vom 22.11.2019 (Az: VK 1-83/19) hat sich die VK Bund auf den Standpunkt gestellt, dass eine Bewertung einer mündlichen Präsentation im Vergabeverfahren sehr wohl zulässig ist. Ausdrücklich gegen die Auffassung der VK Südbayern legt die VK Bund § 9 Abs. 2 VgV unter Berücksichtigung des in der Gesetzesbegründung zum Ausdruck gekommenen Willens des Gesetzgebers dahingehend aus, dass eine Wertung mündlicher Angebotsbestandteile möglich sei, wenn diese Angebotsbestandteile und die hierauf gegründete Wertungsentscheidung hinreichend dokumentiert werde. Die Vergabekammer Bund legt § 9 Abs. 2 VgV damit entgegen dem Wortlaut aus.

Die Rechtsprechung der VK Bund trägt die Anforderungen der Praxis bei der Durchführung von Vergabeverfahren sehr viel mehr Rechnung, als die eher formalistische Rechtsprechung der VK Südbayern und VK Rheinland. Gerade bei der Vergabe komplexer Dienstleistungen lässt sich die Qualität eines Angebotes nicht allein aus den in Textform vorgelegten Angebotsunterlagen bewerten. Nicht ohne Grund hat der Gesetzgeber in § 58 Abs. 2 Nr. 2 VgV die Bewertung des für die Auftragsausführung vorgesehenen Personals zugelassen, wenn die Qualität des eingesetzten Personals erheblichen Einfluss auf das Niveau der Auftragsausführung haben kann. Ist dies der Fall, so lässt sich die Qualität der betreffenden Personen zwar auch anhand der Berufsausbildung und der Erfahrung mit vergleichbaren Aufgabenstellungen

bewerten. Persönliche Eigenschaften wie beispielsweise die Kommunikationsfähigkeit, Durchsetzungsstärke, aber auch der Umgang mit kritischen Rückfragen, lassen sich in schriftlichen Angebotsunterlagen indes nicht abbilden, können jedoch von entscheidender Bedeutung für die erfolgreiche Umsetzung der ausgeschriebenen Dienstleistung sein. Relevante Bieteraussagen zu Angeboten, die nicht in Textform gefasst werden können, können sich außerdem auch bei Dienst- oder Lieferleistungen ergeben, so beispielsweise bei der Beschaffung komplexer IT-Dienstleistungen. Auch diese Vergaben, die im Rahmen von offenen oder nichtoffenen Verfahren abgewickelt werden, können es erfordern, Teile des Angebotes zu präsentieren, um beispielsweise die Benutzerfreundlichkeit testen zu können.

Die aktuelle divergierende Rechtsprechung der Vergabekammern zur Zulässigkeit der Bewertung mündlicher Präsentationen erschwert die Durchführung von Vergabeverfahren, weil sie zu erheblicher Rechtsunsicherheit führt. Öffentlichen Auftraggebern und Bieter kann derzeit nur empfohlen werden, darauf zu achten, dass die für die Bewertung von Angeboten anhand der festgesetzten Zuschlagskriterien maßgeblichen Angebotsbestandteile jedenfalls in ihren Grundlagen in Textform niedergelegt und zum Ablauf der Angebotsfrist vorgelegt werden. Ist es dann erforderlich, die qualitativen, nicht preislichen Angebotsbestandteile im Rahmen einer Präsentation näher zu erläutern bzw. zu hinterfragen, liegt wenigstens eine Grundlage hierfür in Textform vor. Dies dürfte auch den Anforderungen der strengerer Rechtsprechung der Vergabekammern in Bayern sowie der VK Rheinland genügen.

Dr. Christoph Jahn

## Neues zum Nachunternehmereinsatz

Nachunternehmen in die Vertragsabwicklung einzubeziehen, ist für Bieter eine gute Möglichkeit, um die Qualität spezialisierter Teilleistungen zu erhöhen und selbst flexibel zu bleiben. In Vergabeverfahren übernimmt der Bieter damit allerdings verschiedene Risiken. Die vergaberechtliche Rechtsprechung hat in letzter Zeit einige Klarstellungen hervorgebracht, die den Einsatz von Nachunternehmen betreffen. Insgesamt begünstigen sie den Einsatz von Nachunternehmen. Das soll im Folgenden mit drei neueren Entscheidungen belegt werden. Zunächst sollen die Rahmenbedingungen für den Nachunternehmereinsatz mit einigen Eckpunkten in Erinnerung gerufen werden:

1. Bieter sind in Vergabeverfahren nicht verpflichtet, die ausgeschriebenen Leistungen selbst auszuführen. Der EuGH hat eine pauschale Eigenleistungsquote wiederholt für unzulässig erklärt und das sogenannte Selbstausführungsgebot für einen Verstoß gegen die EU-Vergaberichtlinien gehalten (schon Urteil vom 18.03.2004 – C-314/01 „Siemens/ARGE Telekom“). Dennoch können öffentliche Auftraggeber einige Eckpfeiler des Selbstausführungsgebotes aufrechterhalten. Bei Dienstleistungs- und Bauaufträgen gilt das für „bestimmte kritische Aufgaben“, bei Lieferaufträgen für „kritische Verlege- und Installationsarbeiten“. Diese muss der Bieter mit dem eigenen Unternehmen erfüllen bzw. erbringen, wenn es (zu Recht) verlangt wird. In der Praxis werden solche Eckpfeiler allerdings zu weitreichenden Gebäudeteilen ausgebaut und das Selbstausführungsgebot lebt auf.

Auf der anderen Seite bedarf es einer Abgrenzung von Nachunternehmerleistungen gegenüber Teilleistungen, die sich auf reine Hilfsfunktionen beschränken. Jedes Bieterunternehmen greift auf logistische Hilfsleistungen oder auf Materiallieferungen zurück, ohne dass die jeweiligen Lieferanten als Nachunternehmen einzuordnen wären. Dazu zählen erst solche Teilleistungen, die quantitativ oder von ihrer Bedeutung und Funktion für die ausgeschriebene Gesamtleistung nicht nur völlig untergeordnet ist.

Bieter können verpflichtet werden, sich bereits mit dem Angebot festzulegen, ob und ggf. für welche Teile des Auftrags sie Nachunternehmen beauftragen wollen. Die Namen der Nachunternehmen müssen hingegen mit dem Angebot im Grundsatz noch nicht benannt werden. Nur ausnahmsweise können öffentliche Auftraggeber auch dies verlangen, wenn sie dafür besondere eigene Interessen anführen können und wenn die frühzeitige Auswahl und Benennung den Bieter zumutbar ist. In der Regel wird dies jedoch erst nach Angebotsabgabe von denjenigen Bieter verlangt, deren Angebote in die engere Wahl kommen. Dann ist regelmäßig auch eine Verpflichtungserklärung der benannten Nachunternehmen beizubringen.

Anders ist es, wenn die Übertragung von Teilleistungen an Nachunternehmen mit einer Eignungsleihe verbunden ist. Dann müssen „Ross und Reiter“ immer schon mit der Angebotsabgabe genannt und es muss eine Verpflichtungserklärung vorgelegt werden. Die Eignungsleihe dient dem Bieter dazu, Lücken zu schließen, die sich in der eigenen Leistungsfähigkeit auftun. In der Leistungserbringung unterscheidet sich der Fall einer Eignungsleihe oft nicht erkennbar von einer „bloßen“ Nachunternehmerbeauftragung. Unter Umständen werden entliehene Ressourcen stärker in das eigene Bieterunternehmen integriert, sodass sie aus Sicht des Auftraggebers Bestandteil deren eigener Personal- oder Materialressourcen sind.

2. Vor diesem Hintergrund hat der Vergabesenat des OLG Düsseldorf ein Angebot mit einer erstaunlichen Auslegung „gerettet“ und dem Auftraggeber den Zuschlag erhalten (Beschluss vom 01.04.2020 – Verg 30/19). Denn der Bieter hatte in seinem Angebot das Kästchen nicht angekreuzt, mit dem die Erklärung verbunden war, Nachunternehmer für Teilleistungen zu beauftragen. Damit war (im Umkehrschluss) die eindeutige Erklärung verbunden, alle Leistungen im eigenen Betrieb auszuführen. Es ging um Kanalbauarbeiten. Erst in einem auf andere Angebotsinhalte bezogene Aufklärungsgespräch stellte sich heraus, dass der unterirdische Rohrvortrieb nicht im Unternehmen des Bieters selbst, sondern durch eines von bundesweit nur 3 bis 4 Spezialunternehmen übernommen werden sollte. Der Vergabesenat war der Auffassung, dass der Auftragsgeber berechtigt war, die nach dem Wortlaut zunächst eindeutig erscheinende Erklärung zum Nachunternehmereinsatz dennoch als unklar und aufklärungsbedürftig einzuordnen. Denn nach den begleitenden Umständen, die die Vergabestelle nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssätze und ihre Kenntnisse der Marktgegebenheiten auszulegen hatte, wäre es lebensfremd gewesen anzunehmen, dass der Rohrvortrieb ohne eine Beauftragung der Spezialunternehmen erfolgen könnte. Und tatsächlich kannte die Vergabestelle, die selbst laufend Kanalbaumaßnahmen ausschrieb, die Spezialisierung nur weniger Unternehmen am Markt und wusste, dass die Bieterin

nicht eines dieser Unternehmen war. Die Vergabestelle dürfte deshalb eine Aufklärung betreiben und die als fehlend bzw. unvollständig erkannte Erklärung nachfordern.

Damit sind die Möglichkeiten für eine Angebotsauslegung, die über den Wortlaut hinaus auch begleitende Umstände einbezieht, sowohl zu Gunsten des öffentlichen Auftraggebers als auch des Bieters erweitert worden. Da es aber einer aktiven Mitwirkung der Vergabestelle bedarf, um diesen Spielraum zu Gunsten eines Bieters zu nutzen, kann es nur ein „Notfallplan“ sein, sich auf diese Möglichkeit zu berufen. Die bessere Empfehlung ist immer, geforderte Angaben zu Nachunternehmern vollständig zu berücksichtigen – auch solche, die allen Beteiligten bekannt sein müssten.

3. In einer weiteren Entscheidung ist ein Angebot durch ein Nachprüfungsverfahren für den Zuschlag „gerettet“ worden, dass vom Ausschluss bedroht war. Der Bieter hatte im Leistungsverzeichnis in dem auf den „Nachunternehmereinsatz“ bezeichneten Abschnitt einige Positionsziiffern wiedergegeben und hier Firmennamen abgekürzt eingetragen. Als er sodann nach der Angebotsabgabe unter anderem aufgefordert wurde, die Nachunternehmen konkret zu benennen und deren Verpflichtungs-erklärungen vorzulegen, wich der Bieter in mehrfacher Hinsicht von seinen Eintragungen im Angebot ab: Einige der Leistungspositionen erwähnte er überhaupt nicht mehr, für eine weitere Leistungsposition benannte er ein anderes Nachunternehmen und legte dessen Verpflichtungserklärung vor, und eine zusätzliche, zuvor im Angebot nicht genannte Leistungsposition wurde als Nachunternehmerleistung erstmals angegeben, mit der entsprechenden Angabe eines Nachunternehmens und dessen Verpflichtungserklärung. Der Auftraggeber schloss das Angebot insgesamt von der Wertung aus und begründete dies damit, dass das abgegebene verbindliche Angebot unzulässig geändert worden sei. Im Übrigen machte er auch geltend, der Bieter sei unzuverlässig, weil er widersprüchliche Angaben gemacht habe.

Die Vergabekammer Nordbayern hat den Angebotsausschluss aufgehoben, sodass der Zuschlag im Ergebnis auf dieses Angebot erteilt werden konnte, weil es das wirtschaftlichste Angebot im Wettbewerb war (Beschluss vom 28.07.2020 – RMF-SG21-3194-5-15). Zur Begründung verwies die Vergabekammer auf einen Zusatz im Kleingedrucktem des Leistungsverzeichnisses, dort in Abschnitt „Nachunternehmereinsatz“. Der Auftraggeber hatte vor dem üblichen Textbaustein, mit dem die Bieter aufgefordert wurden, diejenigen Teilleistungen mit Positionsziiffern anzugeben, die sie an Nachunternehmen übertragen wollten und diese namentlich zu bezeichnen, folgenden Zusatz vorangestellt: „u. U. an Nachunternehmen zu übertragen“. Dieser Zusatz widerspreche der Auslegung des Leistungsverzeichnisses als eine Aufforderung, abschließend und bindend zu erklären, welche Teilleistungen an welchen namentlich zu benennenden Nachunternehmer übertragen werden sollten. Vielmehr sei es den Bieter nicht vorzuwerfen, wenn sie den Zusatz in dem Sinne verstanden hatten, dass sie mit dem Angebot zunächst eine Art Absichtserklärung zum Stand der Ausführungsplanung bei Angebotsabgabe angeben sollten. Dann sei ein Bieter aber auch berechtigt, von solchen vorläufigen Mitteilungen zu späterem Zeitpunkt abzuweichen, wenn er als einer der in die engere Wahl kommenden Bieter

aufgefordert werde, die entsprechenden Angaben endgültig mitzuteilen. Unklarheiten in den Vergabeunterlagen gingen stets zu Lasten der öffentlichen Auftraggeber, die diese verfasst haben.

Auch mit dieser Entscheidung sind die Auslegungsspielräume erweitert worden, um Angebote zuschlagsfähig zu erhalten, mit denen Nachunternehmerleistungen berücksichtigt werden sollten. Aber in diesem Fall musste der Auslegungsspielraum gegen den Willen der Vergabestelle durchgesetzt werden. Dieses Nachprüfungsverfahren haben BRANDI Rechtsanwälte erfolgreich geführt.

4. Bieter können von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren ausgeschlossen werden, wenn ihr Verhalten die Tatbestände zwingender oder fakultativer Ausschlussgründe erfüllt. Das Verhalten der Nachunternehmen, die in die Auftragserfüllung einbezogen werden sollen, spielt dabei für sich genommen keine Rolle. Es fehlt schlicht eine gesetzliche Grundlage, um schwere Verfehlungen von Nachunternehmen, beispielsweise nachweisliche Verstöße gegen umwelt-, sozial- oder arbeitsrechtliche Verpflichtungen, dem Bieter zuzurechnen. Möglich ist nur die Zurechnung individuellen Fehlverhaltens nach einer rechtskräftigen Verurteilung von Personen, die in der Leitung des Unternehmens verantwortlich waren – und dies begrenzt auf die zwingenden Ausschlussgründe und einen einzigen fakultativen Ausschlussgrund (nämlich für eine schwere Verfehlung, durch die die Integrität des Unternehmens in Frage gestellt wird, nicht aber für Verstöße gegen umwelt-, sozial- oder arbeitsrechtliche Verpflichtungen).

Das OLG Celle hat in einer jüngeren Entscheidung klargestellt, dass Pflichtverstöße eines Nachunternehmens auf Bieter zurückfallen können, wenn dieser nachweislich gegen gesetzliche Kontrollpflichten verstoßen hat (Beschluss vom 13.05.2019 – 13 Verg 2/19). Dafür reicht es aber nicht aus, wenn ein strafrechtliches Ermittlungsverfahren gemäß § 153a StPO gegen Auflagen eingestellt wird. Dann reicht es auch nicht aus, wenn der öffentliche Auftraggeber der Geschäftsführung des Bieterunternehmens vorwirft, dass die verantwortlichen Personen Kenntnis von den Pflichtverstößen des Nachunternehmens gehabt haben müssen, weil diese über Jahre hinweg stattfanden und beide Unternehmen zahlreiche Geschäftskontakte hatten. Denn das Bieterunternehmen hatte diese Vorhaltungen stets bestritten und eigene Kenntnis der Vorgänge verneint. Um den für einen Verfahrensausschluss gesetzlich geforderten Nachweis der Rechtsverstöße zu führen, hätte der öffentliche Auftraggeber außerhalb des eingestellten strafrechtlichen Verfahrens eigene Feststellungen treffen müssen. Daran fehlte es, sodass der Ausschlussgrund auf eine Verletzung von Kontrollpflichten nicht gestützt werden konnte.

Die dargestellten Entscheidungen zeigen, dass die Übertragung von Teilleistungen an Nachunternehmen ein wichtiges Instrument ist, um am Markt flexibel agieren und kostengünstig kalkulieren zu können. Das Vergaberecht stellt dafür die erforderlichen Spielräume zur Verfügung. Die Rechtsprechung verteidigt diese gegen allzu restriktive Auslegungen.

Dr. Christoph Jahn

## Angebotsabgabe per E-Mail – verfahrenseffizient oder Garantie für Angebotsausschluss?

Weit verbreitet ist die Annahme, dass Teilnahmeanträge und Angebote in Vergabeverfahren per E-Mail an den öffentlichen Auftraggeber übermittelt und von ihm entgegengenommen werden dürfen. Denn die E-Mail ist ein technisch optimal handhabbares Kommunikationsmittel und wird deshalb gegenüber (qualifiziert) elektronischen Signaturen und Verschlüsselungstechniken bevorzugt. Die E-Mail ist deshalb sicherlich verfahrenseffizient.

Aber ein näherer Blick zeigt, dass die Verwendung von E-Mails für Teilnahmeanträge und Angebote fast immer auch ein sicherer Ausschlussgrund ist. Denn diese Kommunikationsform erfüllt die vergaberechtlichen Anforderungen an eine elektronische Datenübermittlung in Ausschreibungen nicht. Das soll knapp erläutert werden.

1. Zunächst ist es ja richtig, dass die Vergabeverordnung bestimmt, dass Unternehmen ihre Teilnahmeanträge und Angebote „in Textform nach § 126b des Bürgerlichen Gesetzbuches“ übermitteln. Das gilt gleichermaßen für Liefer- und Dienstleistungen wie für Bauleistungen und sowohl oberhalb der EU-Schwellenwerte als auch im sogenannten Unterschwellenbereich. Die E-Mail erfüllt die Anforderungen an die Textform, weil ihr Inhalt „zur dauerhaften Wiedergabe in Schriftzeichen“ abgegeben wird und die Person des Erklärenden genannt wird. Die E-Mail wird auch dauerhaft auf der Festplatte oder einem Server des Adressaten gesichert.

In der Praxis stellen Vergabestellen Unterlagen zur Verfügung, in denen sich Hinweise finden, dass die eigenhändige Unterzeichnung der Formularerklärungen nicht notwendig ist, weil diese bereits mit der elektronischen Übermittlung in Textform Bindungswirkung entfalten. Dabei wird schon einmal überlesen, dass die Kommunikation und die Einreichung von Angeboten ausschließlich über eine elektronische Vergabeplattform abgewickelt wird. Bieter kommen dann zu dem Schluss, dass die E-Mail ein vergaberechtlich zulässiges Kommunikationsmittel sei.

2. Diese Annahme erweist sich aber recht schnell als ein gefährlicher Irrtum, weil ergänzende Formvorschriften zu beachten sind, denen die Kommunikation per E-Mail nicht genügt. Denn die E-Mail als Kommunikationsmittel kann den zentralen Grundsatz aller Vergabeverfahren nicht erfüllen, dass die gesamte Kommunikation und ausdrücklich die Teilnahmeanträge und Angebote einschließlich aller Anlagen vertraulich zu behandeln sind. Dieser Grundsatz gilt für alle Auftragsarten und unabhängig vom Auftragswert für EU-weite Vergabeverfahren ebenso wie im Unterschwellenbereich.

Es bleibt aber nicht bei dem allgemeinen Apell, die Vertraulichkeit zu wahren. Vielmehr werden öffentliche Auftraggeber konkret verpflichtet, elektronisch übermittelte Teilnahmeanträge und Angebote

verschlüsselt zu speichern,

sicherzustellen, dass niemand vor Ablauf gesetzter Fristen auf die empfangenen Daten zugreifen kann und

dass nur die berechtigten Personen der Vergabestelle auf die empfangenen Daten zugreifen können.

Hinzu kommt, dass es möglich sein muss, Verstöße (auch versuchte Verstöße!) gegen diese technischen Anforderungen festzustellen. Diese konkreten Anforderungen sollen verhindern, dass Kommunikationsinhalte verändert oder unverändert an einzelne Teilnehmer eines Vergabeverfahrens weitergebracht werden. Nur so kann der Wettbewerb insgesamt und können einzelne Verfahrensteilnehmer vor Diskriminierung geschützt werden. Die Digitalisierung von Vergabeverfahren hat einen Quantensprung bewirkt, um diese Verfahrensgrundsätze praxistauglich umzusetzen.

Die Anforderungen an elektronische Kommunikationsmittel gelten auch für Verhandlungsvergaben im Unterschwellenbereich. Sie werden für diese Vergabeart nicht gelockert. Das ist konsequent, weil auch in Verhandlungsvergaben alle Daten vertraulich zu behandeln sind, das Diskriminierungsverbot gilt und es sich um einen Geheimwettbewerb handelt.

Die E-Mail als Kommunikationsmittel könnte diese Anforderungen an elektronische Mittel nur mit zusätzlichen technischen Vorkehrungen erfüllen. Dazu wäre mindestens eine Ende-zu-Ende-Verschlüsselung für den Sendevorgang und eine verschlüsselte Aufbewahrung bei der Vergabestelle als Adressaten bis zum Ablauf der gesetzten Fristen für die Abgabe von Teilnahmeanträgen oder Angeboten nötig. Das sehen die Verfahrens- und Formbedingungen öffentlicher Auftraggeber in der Praxis selten vor. Auch die Formblätter der Vergabehandbücher, die als Archiv für Vergabeunterlagen meist herangezogen werden, berücksichtigen diese zusätzlichen technischen Anforderungen nicht.

Und noch ein Hinweis: Öffentliche Auftraggeber müssen in den Vergabeunterlagen nicht ausdrücklich darauf hinweisen, dass Teilnahmeanträge oder Angebote verschlüsselt zu übermitteln sind. Eine Verpflichtung hierzu trifft nach der Rechtsprechung einiger Vergabesenate jeden Bieter unmittelbar aufgrund der Vergabeverordnung, der VOB/A und der Unterschwellenvergabeverordnung.

3. Ein kleiner Anwendungsbereich für die „einfache“ E-Mail als Kommunikationsmittel bleibt – jedenfalls nach der Erlasslage des Landes NRW: In Vergabeverfahren mit einem Auftragswert von weniger als 25.000,00 € (geschätzt, ohne Umsatzsteuer) gelten die dargestellten Anforderungen an elektronische Mittel nicht. Insbesondere die verschlüsselte Speicherung empfangener Daten und Vorkehrungen kann deshalb entfallen, ein „vorfristiger Zugriff auf die empfangenen Daten“ und ein Zugriff unberechtigter Personen auf Daten nach Ablauf gesetzter Fristen müssen nicht verhindert und Verstöße gegen diese Anforderungen müssen nicht festgestellt werden können.

Wenn aber im Einzelfall ein Verstoß gegen die Vertraulichkeit im Vergabeverfahren oder gegen das Diskriminierungsverbot

technisch dadurch ermöglicht wird, dass eine einfache E-Mail als Kommunikationsmittel verwendet und entsprechend der Erlasslage akzeptiert wurde, ist das von den betroffenen Bietern keinesfalls hinzunehmen. Der Vertraulichkeitsgrundsatz und das Diskriminierungsverbot können durch einen Erlass der Ministerialverwaltung nicht außer Kraft gesetzt werden, auch nicht in Verfahren mit geringen Auftragswerten. Öffentliche Auftraggeber müssen eben auf geeignete Weise sicherstellen, dass sie diese Verfahrensgrundsätze gewährleisten.

Oder sie sollten von vornherein darauf verzichten, die erleichterten Anforderungen an elektronische Mittel zu nutzen und eine „einfache“ E-Mail nicht als Kommunikationsmittel vorschreiben oder akzeptieren. Unternehmen sollten als Bewerber und Bieter in Vergabeverfahren auch dann keine „einfache“ E-Mail als Kommunikationsmittel verwenden, insbesondere nicht für Teilnahmeanträge und Angebote, wenn der Auftraggeber dies zulässt. Nur wenn tatsächlich eine „einfache“ E-Mail als Kommunikationsmittel bindend vorgeschrieben wird, kann dem ohne Rechtsnachteile gefolgt werden. Denn es ist dem Auftraggeber dann verwehrt, einen Bewerber oder Bieter vom Verfahren auszuschließen.

4. Anfang dieses Jahres hat der Vergabesrat des OLG Frankfurt mit einer überzeugenden Entscheidung klargestellt, dass ein formwirksam über eine Kommunikationsplattform abgegebenes Angebot nicht deswegen ausgeschlossen werden darf, weil derselbe Bieter das identische Angebot zuvor mit „einfacher“ E-Mail übermittelt hatte. In dieser Fallkonstellation besteht zwar die latente Gefahr einer Beeinträchtigung des Wettbewerbs. Sofern es aber keine konkreten Anhaltspunkte dafür gibt, dass diese Gefahr sich tatsächlich zugunsten eines Wettbewerbers realisiert hat, der von den Inhalten des unverschlüsselt zuvor eingereichten Angebots Kenntnis erhalten hat, setzt sich der Grundsatz durch, dass Vergabeverfahren im Wettbewerb mehrerer Unternehmen stattfinden sollen. Ausschlussentscheidungen aus formalen Gründen sollen nach Möglichkeit nicht getroffen werden. Deshalb nahm der Vergabesrat nach der Interessenabwägung an, dass das per „einfacher“ E-Mail abgegebene Angebot das später formwirksam abgegebene Angebot nicht „infiziere“.

So ist es dann leider: Die „einfache“ unverschlüsselte E-Mail ist zwar ein verfahrenseffizientes und einfach handhabbares Kommunikationsmittel. Jedoch können damit die vergaberechtlichen Grundwerte nicht sichergestellt werden. Öffentliche Auftraggeber können nicht gewährleisten, dass die Vertraulichkeit empfänger Daten gewahrt bleibt und können dann auch nicht gewährleisten, dass das Vergabeverfahren als Geheimwettbewerb ohne Diskriminierungen stattfindet. Diese Bewertung gilt letztlich auch für den Bereich unterschwelliger Vergabeverfahren mit Auftragswerten von weniger als 25.000,00 €, für die ein Ministerialerlass in Nordrhein-Westfalen die sonst immer geltenden Anforderungen an elektronische Mittel aufhebt. Öffentliche Auftraggeber sollten dieses „Privileg“ nach Möglichkeit nicht nutzen, und Bewerber sowie Bieter im Vergabeverfahren sollten „einfache“ unverschlüsselte E-Mails nur dann verwenden, wenn sie vorgeschrieben sind, nicht aber, wenn sie nur zugelassen werden.

Dr. Christoph Jahn

### **Neue Meldepflichten an das Statistische Bundesamt**

Öffentliche Aufträge und Konzessionen haben eine immense volkswirtschaftliche Bedeutung. Bisher existiert allerdings bundesweit keine valide Datenbasis über die Beschaffungsvolumina öffentlicher Auftraggeber in der Bundesrepublik Deutschland. Das ändert sich kurzfristig: Ab dem 01.10.2020 gelten neue Meldepflichten gegenüber dem Statistischen Bundesamt. Folgendes ist zu beachten:

1. Die neue Vergabestatistikverordnung gilt für alle öffentlichen Auftraggeber, für Sektorenauftraggeber und für Konzessionsgeber. Damit erfasst sie nicht nur Gebietskörperschaften und deren Verbände, sondern auch juristische Personen des öffentlichen und privaten Rechts, die aufgrund ihrer Organisation oder Finanzierungsstruktur öffentliche Auftraggeber sind (im Sinne von § 99 GWB).
2. Die Meldepflicht betrifft alle Aufträge mit einem Wert von mehr als 25.000,00 € (netto). Dabei sind Optionen und Verlängerungen einzurechnen und Auftragswerte mehrerer Lose zu addieren; es sei denn, diese werden in getrennten Ausschreibungen vergeben. Darüber hinaus können Auftraggeber freiwillig auch Meldungen für Aufträge mit einem Wert von mindestens 1.000,00 € - 25.000,00 € abgeben.
3. Die meldepflichtigen Auftraggeber bestimmen eine sogenannte Berichtsstelle, die die Informationen über vergebene Aufträge und Konzessionen übermitteln. Dazu kommen folgende Konstellationen in Betracht:

Berichtsstelle kann die Vergabestelle des Auftraggebers sein, die organisationsrechtlich unselbstständig ist und alle Meldepflichten aus allen Fachbereichen und deren Beschaffungen für den Auftraggeber übernimmt.

Ein Auftraggeber kann mehrere Berichtsstellen bestimmen, die jeweils für einen Fachbereich gesondert alle Meldungen übernehmen.

Des Weiteren können mehrere Auftraggeber eine gemeinsame Berichtsstelle bestimmen, die sinnvollerweise bei demjenigen Auftraggeber eingerichtet wird, dessen Vergaben den größeren Anteil an den gesamten Beschaffungen haben.

Mehrere Auftraggeber können eine außerhalb ihrer eigenen Organisationsstruktur eingerichtete Zentrale Vergabestelle als Berichtsstelle bestimmen, die Meldungen im Namen der Auftraggeber abgibt.

Ein Auftraggeber kann ein Vergabeverfahren zur Durchführung einer Rechtsanwaltskanzlei übertragen und diese als Berichtsstelle bestimmen.

Es ist zu empfehlen, die Zahl der Berichtsstellen möglichst gering zu halten. Dadurch können uneinheitliche Meldungen oder Doppelmeldungen derselben Vergabeergebnisse besser vermieden werden.

4. Die benannte Berichtsstelle muss sich beim Statistischen Bundesamt registrieren. Die darauf bezogenen Vorgaben finden sich in den jeweiligen Abschnitten 2 der Anlagen 1 bis 8 zur Vergabestatistikverordnung. Die Registrierung als Berichtsstelle erfolgt über das Online-IDEV-Registrierungsformular unter: [www.vergabestatistik.org/registrierung](http://www.vergabestatistik.org/registrierung)

Die Registrierung ist seit dem 01.07.2020 freiwillig möglich und ab dem 01.10.2020 für alle danach erteilten Zuschläge verpflichtend. Nach erfolgreicher Registrierung erhält die Berichtsstelle eine Kennung und ein Passwort für das IDEV-Meldeverfahren und eine Berichtseinheit-ID für das COR-Meldeverfahren.

Das Statistische Bundesamt hat drei Meldewege für die Übermittlung der Informationen eröffnet:

Der erste Meldeweg ist das Online-Meldeverfahren IDEV. Informationen zu den Funktionalitäten und Formularen finden sich unter: [www-idev.destatis.de/idev/doc/hilfe9\\_2.html](http://www-idev.destatis.de/idev/doc/hilfe9_2.html)

Der zweite Meldeweg besteht in einer automatisierten Datenübermittlung durch IT-Systeme oder Fachverfahren. Die aktuellsten Versionen der von Vergabemanagementsystemen eingesetzten Software enthalten Schnittstellen für diese Datenübermittlung über eSTATISTIK.COR. Eine Liste der Anbieter findet sich unter: [www.vergabestatistik.org/ListeSoftwareanbieter](http://www.vergabestatistik.org/ListeSoftwareanbieter).

Der dritte Meldeweg besteht darin, über .CORWeb eine CSV Datei zu erstellen. Informationen hierzu sind abrufbar unter [erhebungsportal.estatistik.de/Erhebungsportal/#Bg6ah0dTcHIqrWOP/online-meldeverfahren/melden-ueber-core/core-webanwendung](http://erhebungsportal.estatistik.de/Erhebungsportal/#Bg6ah0dTcHIqrWOP/online-meldeverfahren/melden-ueber-core/core-webanwendung)

Es empfiehlt sich, rechtzeitig vor dem 01.10.2020 die Registrierung als Berichtsstelle durchzuführen und den bevorzugten Meldeweg einzurichten und zu testen. In der Regel wird es praktikabel sein, die Meldungen nach elektronisch durchgeföhrten Vergabeverfahren über dasselbe Vergabeportal abzuwickeln und dazu den vorgenannten zweiten Meldeweg zu nutzen.

5. Welche Daten zu melden sind, ergibt sich aus den Anlagen 1 bis 7 zur Vergabestatistikverordnung, wenn der Auftragswert die EU-Schwellenwerte erreicht oder überschreitet. Die Angaben betreffen den Auftraggeber, den Auftragsgegenstand, das durchgeföhrte Verfahren und die abgegebenen Angebote. Für Vergaben mit geringeren Auftragswerten sind die zu übermittelnden Daten in Anlage 8 zur Vergabestatistikverordnung aufgeführt. Größere Unterschiede in der Struktur und den Inhalten gibt es nicht.

Das Statistische Bundesamt hat den Auftrag, die erhaltenen Daten statistisch aufzubereiten und daraus eine Vergabestatistik zu erstellen. Wir werden berichten, ob sich daraus neue Erkenntnisse über die volkswirtschaftliche Bedeutung der öffentlichen Auftragsvergaben ergeben.

Prof. Dr. Martin Dippel

### **Das Leistungsbestimmungsrecht des öffentlichen Auftraggebers bei der Vergabe von Entsorgungsleistungen – Eingrenzung durch das Kreislaufwirtschaftsrecht**

Der öffentliche Auftraggeber bestimmt, was er beschafft. Dieser Satz ist nicht nur eine Abwandlung des Sprichworts „Wer zahlt, bestimmt die Musik“, sondern ist ein wesentlicher Grundsatz des Vergaberechts. Denn der öffentliche Auftraggeber bestimmt selbst seinen Beschaffungsbedarf. Er darf grundsätzlich entscheiden, ob und was beschafft werden soll (sog. Beschaffungsautonomie). Das Vergaberecht regelt nämlich nicht, was der öffentliche Auftraggeber beschafft, sondern regelt nur die Art und Weise der Beschaffung. Das ergibt sich aus der Vertragsfreiheit.

Dieser Grundsatz gilt aber – wie jeder Grundsatz – nicht ausnahmslos. Voraussetzung ist, dass die Bestimmung des Auftragsgegenstands sachlich gerechtfertigt ist, dass es dafür objektive und auftragsbezogene Gründe gibt, dass die Festlegung des Auftragsgegenstands willkür- und diskriminierungsfrei erfolgt und dass letztlich die Bestimmung des Auftragsgegenstands auf einer vollständigen, von sachwidrigen Erwägungen freien Gewichtung im Rahmen gesetzlich evtl. vorgegebener Maßstäbe beruht. Diese Voraussetzungen hat bereits der Vergabesenate des OLG Düsseldorf im Jahre 2012 herausgearbeitet (Beschluss vom 01.08.2012 – VII Verg 10/12, Rn. 41). In jüngster Zeit gab es für die Vergabesenate mehrfach Anlass, darauf hinzuweisen, dass das Kreislaufwirtschaftsrecht solche Maßstäbe enthält, die sich auf das Leistungsbestimmungsrecht des öffentlichen Auftraggebers bei der Beschaffung von Entsorgungsdienstleistungen auswirken und ihm Grenzen setzen, die nicht folgenlos überschritten werden können:

#### **„Straßenaufrübruch“**

Das OLG München hatte bereits in 2018 einen solchen Fall aus der Entsorgungswirtschaft zu beurteilen. Ausgeschrieben war die „thermische Verwertung von teer- und pechhaltigem Straßenaufrübruch“ aus Straßenbaumaßnahmen dreier Staatlicher Straßenbauämter in Bayern. Die Vergabestelle hatte von vornherein ausschließlich die „thermische Verwertung“ in Betracht gezogen und hatte andere zulässige Entsorgungsarten, die nach kreislaufwirtschaftlichen Maßstäben evtl. in Betracht gekommen wären, ohne jegliche darauf bezogene Überlegungen ausgeschlossen. Die Vergabekammer hatte das noch gebilligt und auf das Leistungsbestimmungsrecht des öffentlichen Auftraggebers hingewiesen. Der Vergabesenate des OLG München ist dem nicht gefolgt. Er wies darauf hin, dass das Kreislaufwirtschaftsrecht mit § 6 KrWG eine komplexe Prüfung und Abwägung unterschiedlicher Entsorgungsvarianten vorsehe, um die bestmögliche Entsorgung zu gewährleisten. Für die Vergabestelle bedeutet das, dass ggf. mit sachverständiger Beratung und einer umfassenden „Ökobilanz“ (gemeint sein dürfte hier keine Ökobilanz nach DIN EN ISO 14044, sondern eine Art ökologischer Folgenvergleich) nach entsprechender Abwägung die Entscheidung für eine bestimmte Vorgabe an die auszuschreibende Entsorgungsvariante hätte erfolgen müssen. Die zentralen Aspekte für oder gegen eine evtl. beabsichtigte Festlegung einer bestimmten Entsorgungsvariante hätten einander gegenübergestellt und nachvollziehbar sowie diskriminierungsfrei bewertet werden müssen (OLG München, Beschluss vom 09.03.2018 – Verg 10/17, Rn. 46 ff.). Dem genügte die Ausschreibung in diesem Fall nicht, sodass die Vergabestelle

bei fortbestehender Beschaffungsabsicht erneut über die Vorgaben an die Entsorgungsmaßnahme entscheiden musste.

### „Straßenaufbruch 2“

In diese Kerbe – aber mit einem glücklicheren Ausgang für die Vergabestelle – schlägt nun auch eine ganz neue Entscheidung des OLG Frankfurt/Main vom 21.07.2020. Auch in diesem Fall ging es um die Ausschreibung einer Entsorgungsmaßnahme, und zwar ebenfalls bezogen auf schadstoffhaltigen Straßenaufbruch. Die Vergabestelle hatte hier aber im Vorfeld der Ausschreibung einen ökologischen Vergleich verschiedener Entsorgungsvarianten auf der Basis wissenschaftlicher Beratung durchgeführt und hatte sich auf dieser Basis zu der Vorgabe entschieden, für 80% der Mengen der einzelnen Lose die thermische Behandlung/Verwertung mit dem Ziel der vollständigen Zerstörung der gefährlichen Schadstoffe zu fordern, während 20% der Mengen der einzelnen Lose „in alleiniger Verantwortung des Auftragnehmers der Verwertung zu deponiebautechnischen Zwecken zugeführt“ werden könnten. Das hatte schon vor der Vergabekammer Bestand, und auch der Vergabesenat des OLG Frankfurt/Main hat die Ausschreibung mit einer sehr ausführlichen Begründung nicht beanstandet (Beschluss vom 21.07.2020 – 11 Verg 9/19, Rn. 112 ff.). Ausgehend von der mittlerweile gesicherten Erkenntnis, dass die kreislaufwirtschaftlichen Vorgaben an Entsorgungsmaßnahmen, wenn sie auch „nicht unmittelbar zu den Normen des Vergaberechts“ gehören, anerkanntermaßen aufgrund der „Brückennorm“ des § 97 Abs. 6 GWB im Nachprüfungsverfahren Gegenstand der Prüfung sind, geht das OLG auf die kreislaufwirtschaftlichen Vorgaben ein, insbesondere auf § 6 KrWG. Von diesen Maßstäben ausgehend, hatte die Vergabestelle in diesem Fall nach Auffassung des OLG alles richtig gemacht: Sie hat den Sachverhalt richtig und vollständig ermittelt, hat ihr Ermessen richtig ausgeübt, und ihre Vorgabe an die ausgeschriebene Entsorgungsmaßnahme war auf dieser Basis auch – rein an ökologischen Kriterien orientiert – frei von Willkür und Diskrimi-

nierung. Auch die Quotierung 80% (thermische Behandlung) zu 20% (Deponiebau) ist nach Einschätzung des OLG nicht vergaberechtswidrig, weil ein gewisser Bedarf an Deponiebaustoffen (auch an teer- bzw. pechhaltigem Straßenaufbruch) nachvollziehbar dargelegt war.

### Praxishinweis:

Beide Entscheidungen wiederholen die Erkenntnis, dass bei der Vergabe von Entsorgungsdienstleistungen auch die kreislaufwirtschaftlichen Vorschriften, denen die ausgeschriebenen Entsorgungsdienstleistungen genügen müssen, Gegenstand der Überprüfung im vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren sind. Die Entscheidungen zeigen aber in ihrem jeweils unterschiedlichen Ausgang aus Sicht der Vergabestelle, wie wichtig es ist, dass das Leistungsbestimmungsrecht des öffentlichen Auftraggebers bei der Vergabe von Entsorgungsdienstleistungen auf der Basis nachvollziehbarer und willkürfreier kreislaufwirtschaftlicher Überlegungen beruht. Eine einfache, möglicherweise „politisch“ motivierte Vorgabe ohne entsprechende ökologische Folgenbewertung, wonach man sich für den vermeintlich „höchsten“ Umweltstandard entscheidet, genügt nicht. Der Vergabestelle ist also zu empfehlen, im Vorfeld entsprechender Ausschreibungen ein Höchstmaß an Sorgfalt auf entsprechende Beratung, auf entsprechende Überlegungen und auf deren sorgfältige Dokumentation (Vergabevermerk!) zu verwenden. Spiegelbildlich ist möglichen Antragstellern im Zuge der Vorbereitung eines Nachprüfungsantrags in solchen Fällen zu empfehlen, die möglichen Gründe, aus denen heraus sich die Vergabestelle für detaillierte Vorgaben an eine Entsorgungsleistung entscheidet und dafür ihr Leistungsbestimmungsrecht in Anspruch nimmt, genau zu prüfen. Genügen die Gründe den von den Vergabesenateuren München und Frankfurt/Main mit Bezug auf Entsorgungsmaßnahmen dargestellten Vorgaben, wird ein Nachprüfungsantrag keine Aussichten auf Erfolg haben.



Prof. Dr. Martin Dippel

### **Interkommunale Zusammenarbeit – wann ist sie „vergaberechtsfrei“?**

Der EuGH hatte am 04.06.2020 auf Vorlage des OLG Koblenz über die Auslegung der Richtlinie 2014/24/EU über die **öffentliche Auftragsvergabe** bei der **Zusammenarbeit mehrerer öffentlicher Auftraggeber** auf dem Gebiet der Abfallentsorgung zu entscheiden (Urteil vom 04.06.2020 – C-429/19).

Die Stadt Koblenz und zwei Nachbarkreise in Rheinland-Pfalz hatten durch eine sog. **Zweckvereinbarung** nach dem Recht der kommunalen Gemeinschaftsarbeit einem von ihnen gemeinsam kontrollierten Zweckverband die Erfüllung der ihnen jeweils obliegenden Aufgabe der Abfallentsorgung in ihren Gebieten übertragen. Die Abfälle sollten durch den Zweckverband – der dies seinerseits durch von ihm beauftragte Privatunternehmen ausführen ließ – vorbehandelt werden. Der Entsorgung des danach verbleibenden Rests von etwa 20% der Gesamtabfallmenge wiederum war vom Zweckverband auf einen weiteren Kreis übertragen, der über eine dazu geeignete Anlage verfügt. Dafür war die Zahlung eines Entgelts durch den Zweckverband an diesen Kreis vorgesehen. Umstritten war, ob die so ausgestaltete Zusammenarbeit auf der Basis einer sog. Zweckvereinbarung nach dem Recht der kommunalen Gemeinschaftsarbeit „vergaberechtsfrei“ war, ob also die „Vergabe“ ohne eine Ausschreibung hätte erfolgen dürfen. Für den konkreten Fall hält der EuGH das Vergaberecht für anwendbar.

Die Zweckvereinbarung nach dem Recht der kommunalen Gemeinschaftsarbeit ist zwar ein öffentlich-rechtlicher Vertrag. Dass aber öffentlich-rechtliche Verträge dem Anwendungsbereich des Vergaberechts nicht von vornherein entzogen sind, ist seit langem vergaberechtliches Gemeingut. Es steht der Anwendung des Vergaberechts auch nicht entgegen, wenn sowohl der Dienstleistungserbringer als auch der Dienstleistungsempfänger Körperschaften des öffentlichen Rechts sind.

„Vergaberechtsfrei“ ist die öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit jedoch dann, wenn die Voraussetzungen des Ausnahmetatbestands nach Art. 12 Abs. 4 der Richtlinie 2014/24/EU bzw. nach § 108 Abs. 6 GWB kumulativ vorliegen. Umstritten war dabei in jüngster Zeit allerdings, wie der Begriff der **Zusammenarbeit** iSd § 108 Abs. 6 GWB auszulegen ist. Dies hat der EuGH mit seinem Urteil vom 04.06.2020 nun entschieden und hat damit seine bisherige Rechtsprechung (vgl. Urteil vom 09.06.2009 – C-480/06, Städtereinigung Hamburg) stärker konturiert: Nach Auffassung des EuGH muss die Zusammenarbeit auf einem **kooperativen Konzept** beruhen. Daraus folgt, dass ein echtes Zusammenwirken aller Parteien der Kooperationsvereinbarung für die Gewährleistung der von ihnen zu erbringenden öffentlichen Dienstleistungen unerlässlich ist und dass diese Voraussetzung nicht als erfüllt angesehen werden kann, wenn sich der einzige Beitrag bestimmter Vertragspartner auf eine bloße Erstattung von Kosten beschränkt. Eine Zusammenarbeit zwischen Einrichtungen des öffentlichen Sektors beruht mithin auf einer gemeinsamen Strategie der Partner dieser Zusammenarbeit und setzt voraus, dass die öffentlichen Auftraggeber ihre Anstrengungen zur Erbringung von öffentlichen Dienstleistungen bündeln.

Konstellationen, bei denen die öffentlich-öffentliche Vereinbarung ausschließlich den Erwerb einer Leistung gegen Zahlung eines Entgelts zum Gegenstand hat, erfüllen mithin nicht den Ausnahmetatbestand nach § 108 Abs. 6 GWB und sind folglich **nicht vergaberechtsfrei**.

#### **Praxishinweis:**

Bei der Gestaltung vergleichbarer Konzepte für eine interkommunale Zusammenarbeit ist nach nun „angespitzter“ Rechtsprechung des EuGH vorrangig auf kooperative Elemente zu achten. Mit den Worten des EuGH: „Der Aufbau einer Zusammenarbeit zwischen Einrichtungen des öffentlichen Sektors hat nämlich eine ihrem Wesen nach kollaborative Dimension“. Die Beteiligten müssen also vorab ihren **wechselseitigen** Bedarf und die Lösungen dafür definieren, während die Bedarfsprüfung bei der Vergabe eines „normalen“ öffentlichen Auftrags dagegen einseitig erfolgt. Unternehmen der privaten Entsorgungswirtschaft, die sich mit solchen Vorgängen konfrontiert sehen, werden spiegelbildlich zu prüfen haben, ob in dem Konzept der interkommunalen Kooperation eine „kollaborative Dimension“ enthalten ist. Fehlt sie, kann unter den sonstigen rechtlichen Voraussetzungen mit Aussicht auf Erfolg ein Nachprüfungsantrag gestellt werden.



**Dr. Annette Mussinghoff-Siemens**

Rechtsanwältin und Notarin  
Fachanwältin für Bau- und Architektenrecht  
Fachanwältin für Vergaberecht  
[annette.mussinghoff-siemens@brandi.net](mailto:annette.mussinghoff-siemens@brandi.net)



**Prof. Dr. Martin Dippel**

Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Verwaltungsrecht  
[martin.dippel@brandi.net](mailto:martin.dippel@brandi.net)



**Andreas Wiemann**

Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Verwaltungsrecht  
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht  
[andreas.wiemann@brandi.net](mailto:andreas.wiemann@brandi.net)



**Dr. Sebastian Huck, LL.M. (Bristol)**

Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht  
[sebastian.huck@brandi.net](mailto:sebastian.huck@brandi.net)



**Felicia Deppe**

Rechtsanwältin

[felicia.deppe@brandi.net](mailto:felicia.deppe@brandi.net)



**Dr. Christoph Worms**

Rechtsanwalt

Fachanwalt für Verwaltungsrecht

[christoph.worms@brandi.net](mailto:christoph.worms@brandi.net)



**Dr. Christian Kollmeier**

Rechtsanwalt und Notar

Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

[christian.kollmeier@brandi.net](mailto:christian.kollmeier@brandi.net)



**Dr. Manfred Schröder**

Rechtsanwalt

Magister der Verwaltungswissenschaften

Fachanwalt für Verwaltungsrecht

[manfred.schroeder@brandi.net](mailto:manfred.schroeder@brandi.net)

**Bielefeld**  
Adenauerplatz 1  
33602 Bielefeld  
T +49 521 96535 - 0  
F +49 521 96535 - 99  
E bielefeld@brandi.net

**Detmold**  
Lindenweg 2  
32756 Detmold  
T +49 5231 9857 - 0  
F +49 5231 9857 - 50  
E detmold@brandi.net

**Gütersloh**  
Thesings Allee 3  
33332 Gütersloh  
T +49 5241 5358 - 0  
F +49 5241 5358 - 40  
E guetersloh@brandi.net

**Paderborn**  
Rathenastraße 96  
33102 Paderborn  
T +49 5251 7735 - 0  
F +49 5251 7735 - 99  
E paderborn@brandi.net

**Minden**  
Königswall 47-49  
32423 Minden  
T +49 571 83706 - 0  
F +49 571 83706 - 66  
E minden@brandi.net

**Hannover**  
Adenauerallee 12  
30175 Hannover  
T +49 511 899379 - 0  
F +49 511 899379 - 77  
E hannover@brandi.net

**Paris**  
70, boulevard de Courcelles  
F-75017 Paris  
T +33 1 42 66 89 00  
F +33 1 42 66 89 01  
E info@wenner.eu

**Beijing**  
Grandall Law Firm  
9th Floor Taikang Financial Tower  
No. 38 North Road East Third Ring  
Chaoyang  
Beijing (Peking) 100026  
T +86 10 65 89 06 99  
F +86 10 58 13 77 88  
E peking@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.