



Liebe Leserinnen, liebe Leser,

eine Vorschrift im BauGB ist nicht mit Unionsrecht vereinbar! Was bedeutet das für neue Planverfahren? Es dürfte negative Auswirkungen für den Wohnungsbau, aber einen Vorteil für das Klima haben.

Was ist bei der Installation von Wärmepumpen in NRW und Niedersachsen zu Abstandsflächen und Lärmimmissionen zu berücksichtigen?

In dieser Ausgabe des BRANDI Reports möchten wir uns aus rechtlicher Perspektive mit einem Thema auseinandersetzen, welches brisanter nicht sein könnte: Klimaschutz und erneuerbare Energien, insbesondere Photovoltaikanlagen, Wärmepumpen und die Komplexität der Versorgung eines denkmalgeschützten Gebäudes mit eben Solchen.

Darüber hinaus dürfen Sie sich über Ausführungen unserer Expert\*innen zu interessanten vergabe-, bau- und arbeitsrechtli-

chen Themen freuen. Zudem haben wir über den Sommer hinaus neue Kolleg\*innen in unserem Team willkommen heißen dürfen und freuen uns, Ihnen Jule Marie Goesmann, Dr. Linda Schäfer, Pegaah Amini und Dr. Jean-Marcel Krausen vorstellen zu können.

Außerdem können Sie in dieser Ausgabe Frau Dr. Linda Schäfer und Herrn Dr. Christian Kollmeier außerhalb der Kanzlei und ganz privat kennenlernen.

Vor 50 Jahren wurde der Grundstein für unser Büro in Detmold gelegt. Wir freuen uns besonders über dieses Jubiläum.

Wir wünschen Ihnen eine interessante Lektüre und einen schönen Herbst.

Herzlichst Ihr BRANDI Team



<b>Dr. Christian Kollmeier privat</b>	4
<b>Neues aus dem BRANDI Team</b>	5
<b>Öffentliches Recht</b>	6
Prof. Dr. Martin Dippel Verbesserung des Klimaschutzes und Beschleunigung von Anlagengenehmigungen – (weitere) Bewegung im Immissionsschutzrecht!	6
Vanessa Ladendorff Die Errichtung von Wärmepumpen im Nahbereich der Nachbargrenze	8
Felicia Deppe-Hietel Lichtblicke für PV-Anlagen – Rechtliche Grundlagen für die Nutzung von Solarenergie	9
Nina Drüke § 13b BauGB mit Unionsrecht unvereinbar: Nachteil für den Wohnungsbau- Vorteil für das Klima!	10
Dr. Manfred Schröder Photovoltaikanlage auf dem Dach eines Baudenkmals	11
Dr. Christoph Worms Cybersicherheit im Mittelstand – Neuer Aufwand für die Unternehmen durch die Umsetzung der NIS-2-Richtlinie	11
<b>Wir gratulieren zum Jubiläum!</b>	13
<b>Vergaberecht</b>	14
Dr. Christoph Jahn Formstrenge – leicht gemacht	14
Greta Brakemeier Neuerung in der Auftragswertberechnung – Die Streichung von § 3 Abs. 7 S. 2 VgV	15
Dr. Annette Mussinghoff-Siemens Leistungsverzug und Nichtteilnahme an Jour-Fix-Terminen: Ausschluss vom nachfolgenden Vergabeverfahren	17
<b>Privates Baurecht, Immobilienplanung und -errichtung</b>	19
Dr. Christian Kollmeier Tatsächliche Kosten als maßgebliches Kriterium für die Nachtragsvergütung	19
Andreas Wiemann Änderung der Rechtsprechung des BGH: Nunmehr einheitliche Hemmung der Verjährung durch selbstständiges Beweisverfahren	20
<b>Arbeitsrecht</b>	22
Dr. Sören Kramer Die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung: Nicht in Marmor gemeißelt!	22
<b>Dr. Linda Schäfer privat</b>	23



# DR. CHRISTIAN KOLLMEIER PRIVAT

## WARUM BRANDI?

Als ich Ende 2007 in Hamburg mein Referendariat beendet hatte, stand bei mir als gebürtigem Bielefelder die Entscheidung an, ob ich in Hamburg bleibe oder aber zurückgehe in die ostwestfälische Heimat. Aus familiären Gründen lag damals die Rückkehr nach Bielefeld nahe, sodass ich nur noch die geeignete Kanzlei in Bielefeld finden musste. Glücklicherweise wurde zu dieser Zeit bei BRANDI in Bielefeld Verstärkung im Bereich des privaten Bau- und Architektenrechts gesucht. Da fiel die Entscheidung nicht wirklich schwer.

Das von Beginn an eigenständige Arbeiten, der tägliche Kontakt mit Mandanten sowie der persönliche, sehr nette und fachlich zudem hochqualifizierte Austausch mit meinen Kolleginnen und Kollegen bestätigt mir jeden Tag, dass es die richtige Entscheidung war, bei BRANDI meine Laufbahn als Rechtsanwalt zu bestreiten. Auch die hier stets bestehenden Möglichkeiten der fachlichen Fort- und Weiterbildung schätze ich sehr. Bei mir hat das z. B. dazu geführt, dass ich seit 2015 auch als Notar tätig sein darf.

## WAS TREIBT MICH AN?

Mein Antrieb ist, für unsere Mandanten tagtäglich die bestmögliche Beratung zu erbringen. In diesem Zusammenhang gefällt mir besonders der hier bei BRANDI bestehende Fokus auf die fachliche Spezialisierung der einzelnen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Gerade dadurch sind wir in der Lage, unsere Mandanten in den jeweiligen Bereichen hochqualifiziert zu beraten. Diese Spezialisierung fortzuführen und immer wieder junge Kolleginnen und Kollegen hierfür und für unser Team zu begeistern, ist ein weiterer hoher Motivationsfaktor für mich. Nicht zuletzt treibt mich schließlich das sehr gute und vertrauensvolle Miteinander bei Brandi an – und zwar nicht nur unter den Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten, sondern auch und insbesondere mit unseren Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern.

## AUSSER DEM JOB GIBT ES NOCH?

Mein größtes Hobby und die „Felsen in der Brandung“ sind für mich meine beiden Töchter. Ich liebe es, mit beiden so viel Zeit wie möglich zu verbringen, Unternehmungen zu machen und miterleben zu dürfen, wie sie ihren Weg gehen. Das hilft mir auch mal stressigere Zeiten im Büro schnell hinter mir zu lassen. Daneben darf ich eine Vespa Sei Giorni (278 cm³) mein Eigen nennen und mache so oft es geht mit einem alten Jugendfreund im Umland von Bielefeld Motorrad-/Vespa-Touren. Dabei stelle ich immer wieder fest, wie schön Ostwestfalen-Lippe landschaftlich ist.



**Dr. Christian Kollmeier**  
Rechtsanwalt und Notar mit Amtssitz in Bielefeld  
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht  
[christian.kollmeier@brandi.net](mailto:christian.kollmeier@brandi.net)

## HIGHLIGHTS AUS MEINER HEIMAT?

Nachdem ich Ende der achtziger Jahre zusammen mit meinem Vater das erste Mal auf der Bielefelder Alm war (Aufstiegsrunde aus der Oberliga Westfalen), bin ich seit der Gründung der Regionalliga West/Südwest in der Saison 1994/1995 Arminia Bielefeld treu und bin stolz darauf, dass auch BRANDI als Sponsor Arminia unterstützt. Das ist immer wieder mit sportlichen Rückschlägen, aber auch positiven Ereignissen verbunden – auch wenn die Rückschläge zuletzt deutlich in der Überzahl waren. Mit solchen Rückschlägen umzugehen und möglichst gestärkt aus ihnen hervorzugehen, ist das, was man auf der Bielefelder Alm lernen kann (und muss).

Daneben empfinde ich die Gastronomie- und Kneipenkultur in Bielefeld und Umgebung als Highlight. Insoweit haben sich Stadt und Umgebung – wie ich finde – in den letzten 20 Jahren sehr positiv entwickelt.

# NEUES AUS DEM BRANDI TEAM



## **Dr. Linda Schäfer**

begann ihre juristische Laufbahn mit dem Studium der Rechtswissenschaften an der Leibniz Universität Hannover. Seit Juli 2015 ist sie als Rechtsanwältin zugelassen und startete ihre berufliche Tätigkeit in einer mittelständischen Kanzlei in Minden. Dort war sie langjährig als Fachanwältin im Bereich Bau- und Architektenrecht mit besonderer Spezialisierung im Bauträgerrecht tätig.

Frau Dr. Schäfer verstärkt seit dem 01.08.2023 unser Team am Standort Bielefeld im Bereich Immobilienrecht, insbesondere privates Bau- und Architektenrecht, Bauträger- und WEG-Recht. Neben der Beratung von Auftraggebern und Erwerbern einerseits und Bauträgern sowie Bauunternehmen andererseits, gehören auch Vertragsgestaltungen und -prüfungen z. B. von Bauverträgen sowie die gerichtliche und außergerichtliche Vertretung bei Streitigkeiten zu ihrem Fachbereich.

## **Jule Marie Goesmann**

studierte an der Leibniz Universität Hannover mit dem Schwerpunktstudium Anwaltliche Rechtsberatung und Anwaltsrecht. Ihre Stationen während des Referendariats im Oberlandesgerichtsbezirk Braunschweig absolvierte sie u. a. bei BRANDI in Hannover.

Sie verstärkt das Dezernat Immobilienrecht in Hannover seit Februar 2023 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.



## **Pegaah Amini**

studierte an der Georg-August-Universität Göttingen mit dem Schwerpunktstudium Kriminalwissenschaften.

Frau Amini verstärkt das Team Wirtschafts- und Steuerstrafrecht in Hannover seit Juli 2023, insbesondere bei der Verteidigung von Beschuldigten und Unternehmen in verschiedensten Bereichen des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts und der Vertretung der Mandanten in wirtschaftsstrafrechtlichen Parallelverfahren.

## **Dr. Jean-Marcel Krausen**

Er studierte an der Westfälischen Wilhelms-Universität in Münster. Neben dem Studium der Rechtswissenschaft hat er den Studiengang „Fachspezifische Fremdsprachenausbildung: Common Law“ absolviert. Nach dem Studium war er am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Recht der Digitalisierung und Innovation (Prof. Dr. Paul T. Schrader) an der Universität Bielefeld als wissenschaftlicher Mitarbeiter tätig und verfasste seine Dissertationsschrift zu einem patentrechtlichen Thema. Die Dissertation von Herrn Dr. Krausen ist mit dem Dissertationspreis 2022 der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR) für eine besonders herausragende Dissertation auf dem Gebiet des Patent- und Gebrauchsmusterrechts sowie mit dem Dissertationspreis 2022 der Universitätsgesellschaft Bielefeld (UgBI) ausgezeichnet worden.

Das Referendariat im Bezirk des Oberlandesgerichts Hamm absolvierte Herr Dr. Krausen u. a. bei der Miele & Cie. KG in Gütersloh sowie bei BRANDI. Herr Dr. Krausen verstärkt das Dezernat Gewerblicher Rechtsschutz und Wettbewerbsrecht in Bielefeld seit August 2023.



## **Inka Casper**

steht Ihnen seit September 2023 an unserem Standort in Hannover nun auch als Fachanwältin für Miet- und Wohnungseigentumsrecht mit Rat und Tat zur Seite.



Prof. Dr. Martin Dippel

### **Verbesserung des Klimaschutzes und Beschleunigung von Anlagengenehmigungen – (weitere) Bewegung im Immissionsschutzrecht!**

Der Deutsche Bundestag hat am 06.07.2023 über den von der Bundesregierung eingebrachten Gesetzentwurf „zur Verbesserung des Klimaschutzes beim Immissionsschutz, zur Beschleunigung immissionsschutzrechtlicher Genehmigungsverfahren und zur Umsetzung von EU-Recht“ vom 28.06.2023 in erster Lesung beraten. Die Debatte wurde an die Ausschüsse überwiesen – der Umweltausschuss soll dazu eine Sachverständigenanhörung durchführen.

Ziel des Gesetzentwurfs ist es (erneut), das Verfahren für immissionsschutzrechtlich genehmigungspflichtige Anlagen deutlich zu beschleunigen. Im Vordergrund stehen dabei zwar Anlagen zur Erzeugung Erneuerbarer Energien, es gibt aber auch zahlreiche Regelungen, die allen nach dem BImSchG genehmigungspflichtigen Anlagen zugutekommen, also auch den „klassischen“ industriellen Produktionsanlagen. Durch die besonderen Regelungen, die nur für Erneuerbare-Energie-Anlagen gelten sollen, sollen nicht nur deren Genehmigungsverfahren beschleunigt, sondern soll im Ergebnis auch die Erreichung der im Klimaschutzgesetz des Bundes festgelegten Klimaneutralität begünstigt werden. Wir hatten bereits in unserem BRANDI Report vom Oktober 2022 auf Neuregelungen im Immissionsschutzrecht aufmerksam gemacht (Gasmangellage, Brennstoffwechsel und Verfahrenserleichterungen). Auch mit dem neuen Gesetzentwurf ist absehbar, dass das Immissionsschutzrecht als Genehmigungsrecht für Energieanlagen, industrielle Produktionsanlagen und Entsorgungsanlagen weiter „in Bewegung bleibt“. Natürlich spielt dabei auch der Klimaschutz eine große Rolle.

Folgende beabsichtigte Gesetzesänderungen mit Bedeutung für industrielle Genehmigungsverfahren sind besonders hervorzuheben:

#### **Schutzgut Klimaschutz**

Das BImSchG bezweckt zwar bereits jetzt den Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen durch anthropogen verursachte Veränderungen des Klimas. Um dies jedoch ausdrücklich klarzustellen und zu betonen, soll das Schutzgut „Klima“ in § 1 BImSchG ausdrücklich aufgenommen werden. Es ist allein deshalb schon zu erwarten, dass der Klimaschutz in aktuell laufenden und künftigen Genehmigungsverfahren nach dem BImSchG stärker mit der Genehmigungsbehörde und eventuellen Einwendern diskutiert werden muss. Unmittelbare Änderungen des behördlichen Entscheidungsprogramms im Genehmigungsverfahren sind damit jedoch noch nicht verbunden. Diese werden erst durch Rechtsverordnungen herbeigeführt, mit denen die Betreiberpflichten des BImSchG ggf. „klimabezogen“ konkretisiert werden.

Nach gegenwärtiger Rechtslage können die im Klimaschutzgesetz des Bundes nach den unterschiedlichen Sektoren festgelegten Klimaschutzziele zur Minderung der Treibhausgasemissionen nicht im Genehmigungsverfahren für einzelne Anlagen als Maßstab genommen werden, wonach zum Beispiel der Straßenverkehr, die Energiewirtschaft, die Industrie oder die Abfallwirtschaft als Sektoren bestimmte Minderungsziele bei den Treibhausgasemissionen zu erfüllen haben. Das hat die Rechtsprechung in letz-

ter Zeit mehrfach betont (z. B. für eine Straßenplanung BVerwG, Urteil vom 04.05.2022 – 9 A 7/21 und VGH Mannheim, Urteil vom 04.05.2023 – 5 S 1941/22). Zu den Umweltauswirkungen eines Energieleitungsvorhabens gehören auch nicht die Auswirkungen solcher Tätigkeiten, die mit der fortgeleiteten Energie andernorts durchgeführt werden (BVerwG, Beschluss vom 18.02.2021 – 4 B 25/20). Die sektorbezogenen Klimaziele sind insofern nicht zu verwechseln oder zu vermischen mit den Genehmigungsvoraussetzungen einzelner Anlagen. Das wird sich auch durch die ausdrückliche Benennung des Klimas als Schutzgut des BImSchG nicht ändern, weil es sich beim Genehmigungsverfahren nach dem BImSchG immer noch um ein auf einzelne Anlagen bezogenes Verfahren ohne Abwägungsspielraum der Behörde handelt. Allerdings deutet die jüngere Rechtsprechung darauf hin, dass die Aspekte des globalen Klimaschutzes und der Klimaverträglichkeit einzelner bei planungsrechtlichen Abwägungen in Planfeststellungen (also nicht in BImSchG-Genehmigungen) bereits mit zu berücksichtigen sind – ohne allerdings ein Abwägungsergebnis vorwegzunehmen (BVerwG, Urteil vom 04.05.2022 – 9 A 7/21).

#### **Verfahrensregelungen für alle BImSchG-Anlagen**

Künftig soll die Genehmigungsbehörde verpflichtet werden, eingegangene Stellungnahmen beteiligter Behörden „unverzüglich an den Antragsteller weiterzuleiten“. Dies entspricht nach unserer Beobachtung bereits jetzt der weitgehenden Verfahrenspraxis, wird aber nicht durchweg eingehalten. Künftig wird dies verpflichtend sein. Diese Regelung ist sinnvoll, bedeutet aber keinen „Sprung nach vorn“ bei der Verfahrensbeschleunigung.

Interessant (aber wohl wirkungslos) ist die im Gesetzentwurf vorgesehene Möglichkeit der Genehmigungsbehörde, „zulasten der zu beteiligenden Behörde“ zur Prüfung der Genehmigungsvoraussetzungen ein Sachverständigengutachten einzuholen. Da aber die Einholung eines Sachverständigengutachtens entsprechend freie Sachverständigenkapazitäten voraussetzt und die Einholung von Sachverständigengutachten durch die Genehmigungsbehörde möglicherweise ein vergaberechtsrelevanter Vorgang ist und da die zu beteiligende Behörde ihre Stellungnahme schließlich auch nach Fristablauf noch nachreichen kann, handelt es sich bei dieser vorgesehenen Neuregelung möglicherweise eher um einen „Papiertiger“, der in der Praxis allenfalls ein gewisses Drohpotenzial an die zu beteiligenden Behörden entfalten mag, dass die Stellungnahmen bitte fristgemäß abzugeben seien.

Die Frist zur Entscheidung über einen Genehmigungsantrag, die gegenwärtig sieben Monate für förmliche Verfahren bzw. sechs Monate bei Änderungsverfahren im förmlichen Verfahren beträgt, soll künftig nur noch „einmalig um bis zu“ drei Monate verlängert werden können. Weitere Verlängerungen sollen nur zulässig sein, wenn der Antragsteller zustimmt. Ihm gegenüber muss die Verlängerung begründet werden. Bisher ist es zulässig, die Frist zur Entscheidung über den Genehmigungsantrag um jeweils drei Monate zu verlängern, wenn dies wegen der Schwierigkeit der Prüfung oder aus Gründen, die dem Antragsteller zuzurechnen sind, erforderlich ist. Diese Fristverlängerung muss bisher nicht, sondern „soll“ nur gegenüber dem Antragsteller begründet werden.

In der Praxis kommt es bei diesen Fristen sehr darauf an, wann die Unterlagen vollständig sind, weil die Verfahrensfrist mit der

Vollständigkeit der Antragsunterlagen zu laufen beginnt (§ 10 Abs. 6a BImSchG). Die Prüfung der Vollständigkeit der Antragsunterlagen (§ 7 der 9. BImSchV) kann daher für die Behörde ein Instrument sein, den Beginn der Frist für das Genehmigungsverfahren hinauszuzögern und damit ihre eigene Bearbeitungszeit zu verlängern. Dies wird in der Praxis nach unserer Beobachtung durchaus von manchen Behörden so gehandhabt, zum Teil auch sehr ausgreifend. Das wird künftig so einfach nicht mehr möglich sein, denn die 9. BImSchV wird in § 7 hinsichtlich der Prüfung der Vollständigkeit der Unterlagen geändert. Danach sind „Unterlagen [...] vollständig, wenn die Unterlagen in einer Weise prüffähig sind, dass sie sich zu allen rechtlich relevanten Aspekten des Vorhabens verhalten und die Behörde in die Lage versetzen, den Antrag unter Berücksichtigung dieser Vorgaben näher zu prüfen. Fachliche Einwände und Nachfragen stehen der Vollständigkeit nicht entgegen, sofern die betreffende Unterlage eine fachliche Prüfung überhaupt ermöglicht“. Damit greift der Vorschriftengeber die geltende Rechtsprechung auf (BVerwG, Urteil vom 25.06.2020 – 4 C 3/19). Dass es sich bei der Vollständigkeitsprüfung auch bisher schon um eine bloß formale Prüfung handelt und nicht um die endgültige Prüfung der Genehmigungsfähigkeit eines Vorhabens, wird in der behördlichen Praxis bisher aber oft nicht beachtet.

Damit im Zusammenhang steht die vorgesehene Regelung in § 7 der 9. BImSchV, dass die Behörde künftig zulassen kann, dass der Antragsteller Unterlagen nachreichen kann, „die für die Beurteilung der Genehmigungsfähigkeit der Anlage als solcher nicht unmittelbar von Bedeutung sind“.

Neu wird die Regelung hinsichtlich der Einschaltung eines Projektmanagers in das BImSchG-Genehmigungsverfahren sein (§ 2b der 9. BImSchV). Danach soll die Genehmigungsbehörde in jeder Verfahrensstufe einen Dritten als Projektmanager, der als Verwaltungshelfer beschäftigt werden kann, auf Antrag oder mit Zustimmung des Vorhabenträgers und auf dessen Kosten mit der Vorbereitung und Durchführung von Verfahrensschritten beauftragen. Zu diesen Verfahrensschritten gehört zum Beispiel die Erstellung von Verfahrensleitplänen, die Fristenkontrolle, die Koordinierung von Sachverständigengutachten, aber auch die erste Auswertung eingereichter Stellungnahmen und die organisatorische Vorbereitung eines Erörterungstermins. Sogar die Leitung des Erörterungstermins soll dazu gehören, die bisher einem Behördenmitarbeiter vorbehalten war. Da der Projektmanager als Verwaltungshelfer eingeschaltet wird, kann er künftig auch den Erörterungstermin leiten. Ferner kann ihm der Entwurf der Niederschrift und der Entwurf einer Entscheidung über den Genehmigungsantrag (die Entscheidung trifft dann allerdings allein die Genehmigungsbehörde) aufgetragen werden. Diese Neuregelung wird in der Praxis wohl keine durchschlagende Wirkung entfalten können. Der Bundesrat hat in seiner Stellungnahme zum Gesetzentwurf der Bundesregierung schon darauf hingewiesen, dass in Anbetracht der mit hohem Verwaltungsaufwand verbundenen Vergabeanforderungen (also ähnlich wie bei Sachverständigengutachten, die die Behörde in Auftrag gibt) sowie der begrenzt verfügbaren und fachlich geeigneten Projektmanager das Verfahren durch die Einschaltung eines Projektmanagers sogar verzögert werden kann. Aus der Sicht der Verfahrenspraxis ist dieser Einwand richtig. Die Einschaltung eines Projektmanagers im BImSchG-Verfahren lohnt sich nach unserer Beobachtung allenfalls dann, wenn es sich um wirklich überdurchschnittlich

komplexe Genehmigungsverfahren – noch deutlich oberhalb der Komplexität auch großer Genehmigungsverfahren – handelt.

### Neuerungen für Windenergie und grüne Wasserstoff-Elektrolyseure

Neben diesen für alle BImSchG-Anlagen geltenden Regelungen sieht der Gesetzentwurf verschiedene Regelungen zur schnelleren Genehmigung von Anlagen vor, die der Nutzung Erneuerbarer Energien dienen. Regelungen, die bisher lediglich den Windenergieanlagen vorbehalten waren, sollen künftig auf die Genehmigung von Elektrolyseuren angewandt werden, die Wasserstoff aus Erneuerbaren Energien herstellen. Hierbei geht es darum, dass die Genehmigungsbehörde selbst dann über einen Antrag zu entscheiden hat, wenn sich die zu beteiligende Behörde nicht innerhalb einer Frist von einem Monat geäußert hat (Zustimmungsfiktion), um den grundsätzlichen Entfall des Erörterungstermins (§ 16 Abs. 1 BImSchG), der für diese Anlagen nur auf Antrag des Antragstellers durchgeführt werden soll und um eine erhebliche Änderung des Rechtsschutzes. Eventuell erhobene Widersprüche gegen BImSchG-Genehmigungen für derartige Anlagen sind innerhalb eines Monats nach ihrer Erhebung zu begründen (§ 63 Abs. 1 BImSchG n. F.) und Anträge auf Eilrechtsschutz können künftig nur innerhalb eines Monats nach Zustellung der Genehmigung gestellt und begründet werden, worauf in der Rechtsbehelfsbelehrung hinzuweisen ist.

Diese Regelung ist durchaus umstritten. Hierzu hat der Bundesrat in seiner Stellungnahme zum Gesetzentwurf bereits angemerkt, dass die Erschwerung des Eilrechtsschutzes durchaus auch nachteilig sein kann, denn die gerichtliche Klärung der voraussichtlichen Rechtmäßigkeit einer Genehmigung im Eilverfahren ist für Projektträger gelegentlich hilfreich, um die Finanzierung ihrer Windenergieanlagen durch Dritte sicherzustellen. Wird also wegen eines Kostenrisikos kein Eilrechtsantrag von dritter Seite (Nachbarn, Umweltverbände, Gemeinde) erhoben, kann dies auch ein Grund dafür sein, dass Projekte keine ausreichende Finanzierung erhalten, sodass sie nicht realisiert werden, wenn bis zum Eintritt der „Planungssicherheit“ erst ein Klageverfahren abgewartet werden muss, welches sich dann gelegentlich über mehrere Jahre hinzieht.

### Praxishinweis

Die Neuregelungen für das Genehmigungsverfahren können insgesamt sicher an der einen oder anderen Stelle nützlich sein. Das Grundübel der Genehmigungsverfahren, dass die materiellen Standards an der einen oder anderen Stelle möglicherweise überzogen sind, und die Verzagtheit mancher Behörde im Umgang mit größeren Genehmigungsverfahren können sie nicht beseitigen. Sie regeln eher gewisse Verfahrenserleichterungen „in kleiner Münze“. Wie bei vielen anderen Beschleunigungsbemühungen des Gesetzgebers im Bereich des Verfahrensrechts ist deshalb leider die Prognose nicht allzu gewagt, dass es auch mit den jetzigen geplanten Neuregelungen nicht zu einer erheblichen Vereinfachung der Genehmigungsverfahren nach dem BImSchG kommen wird. Dennoch ist den Antragstellern anzuraten, die vorgesehenen Neuregelungen im Blick zu behalten, die Genehmigungsbehörden aus Anlass von Antragstellungen auf diese Regelungen notfalls auch hinzuweisen und auf deren Einhaltung zu drängen.



Prof. Dr. Martin Dippel  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Verwaltungsrecht  
martin.dippel@brandi.net

Vanessa Ladendorff

### Die Errichtung von Wärmepumpen im Nahbereich der Nachbargrenze

Die Energiewende bringt mit sich, dass die meisten neu errichteten Häuser mit einer Luftwärmepumpe beheizt werden. Aber auch immer mehr Bestandsgebäude werden nachgerüstet. Hierbei sind schon bei der Planung einige Punkte zu berücksichtigen. So kann die Wahl des Aufstellungsortes der Außeneinheit der Luftwärmepumpe zu Konflikten mit den Nachbarn, aber auch mit den Bauaufsichtsbehörden führen. Diese Konflikte führten zu einer langen Serie von Rechtsprechung zur Einordnung von Luftwärmepumpen nach den Landesbauordnungen.

#### Abstandsflächenrecht in NRW

Das Verwaltungsgericht Aachen hat noch mit Beschluss vom 09.03.2023 (Az.: 3 K 312/20) entschieden, dass nach der Landesbauordnung NRW 2018 Luftwärmepumpen im Ergebnis der Außenwand des Wohngebäudes hinzuzurechnen sind. Das bedeutet, dass die Außeneinheiten von Wärmepumpen mindestens drei Meter Abstand zu Nachbargrenzen einhalten müssen. Damit folgt das Verwaltungsgericht Aachen der Rechtsprechung, die das Oberverwaltungsgericht NRW bereits 2016 vertreten hat. Es schließt sich auch der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts Köln und des Verwaltungsgerichts Düsseldorf an.

Die Entscheidung fiel trotz eines diesbezüglichen Runderlasses der Landesregierung von Nordrhein-Westfalen vom 16.12.2022. Mit diesem hat die Landesregierung festgehalten, dass bei Außengeräten von Wärmepumpen für Ein- und Zweifamilienhäuser regelmäßig die Voraussetzungen für die Erteilung einer Abweichung nach § 69 BauO NRW 2018 vorliegen. Zur Begründung wird angeführt, dass die Außengeräte von Wärmepumpen regelmäßig keine gebäudegleiche Wirkung aufweisen. Das Abstandsflächenrecht soll gerade die ausreichende Belichtung und Belüftung sicherstellen. Diese werden durch die Außengeräte von Wärmepumpen nicht gefährdet. Dem gegenüber stehen die Ziele des Klimaschutzes und zur Einsparung von Energie, welchen ein hohes Gewicht beizumessen ist. Dennoch kann das Außengerät nicht einfach in der Abstandsfläche errichtet werden, sondern es muss zunächst die Abweichung von der Bauaufsichtsbehörde zugelassen werden.

#### Abstandsflächenrecht in Niedersachsen

In Niedersachsen geht die Rechtsprechung davon aus, dass das Außengerät einer Wärmepumpe auch in der Abstandsfläche zur Nachbargrenze errichtet werden darf.

Das Verwaltungsgericht Hannover hat mit Urteil vom 14.10.2022 (Az.: 12 A 2675/20) festgehalten, dass die Außeneinheit einer Wärmepumpe keine Abstandsflächen auslöst. Das macht das Verwaltungsgericht im Einklang mit dem ministeriellen Erlass in NRW daran fest, dass von der Außeneinheit der Wärmepumpe keine „gebäudegleiche Wirkung“ ausgehe. Etwaige Lärmprobleme, die durch die Geräusche der Außeneinheit verursacht werden, könnten nicht durch das Abstandsflächenrecht gelöst werden.

#### Lärmimmissionen

Wie das Verwaltungsgericht Hannover hat auch die Landesregierung in NRW erkannt, dass oft nicht das Gerät an sich der Grund für Konflikte mit den Nachbarn ist, sondern die Geräusche, die von der Außeneinheit der Wärmepumpe ausgehen. In dem ministeriellen Erlass wird deshalb darauf hingewiesen, dass trotz möglicher Abweichungen vom Erfordernis des Grenzabstandes die weiteren Vorgaben, insbesondere zu Lärmimmissionen, einzuhalten sind. Wenn die Geräusche der Außeneinheit der Wärmepumpe die Richtwerte der TA Lärm überschreiten, kann dies zu einem Verstoß gegen das bauordnungsrechtliche Gebot der Rücksichtnahme verstoßen und einen Anspruch des Nachbarn auf Einschreiten der Bauaufsichtsbehörde begründen.

#### Ausblick

Die Landesregierung in NRW hat auf die Rechtsprechung reagiert und neben dem Erlass auch die Änderung der Bauordnung geplant, die zum 01.01.2024 in Kraft treten soll. Diese sieht die Ergänzung des § 6 Abs. 8 Nr. 6 BauO NRW vor, wonach in den Abstandsflächen eines Gebäudes sowie ohne eigene Abstandsflächen Wärmepumpen und Einhausungen mit einer Höhe bis zu zwei Meter und einer Gesamtlänge je Grundstücksgrenze von drei Meter zulässig sind. Dadurch müssen Bauherren dann keinen Antrag auf Zulassung einer Abweichung mehr stellen. Die Lärmfrage bleibt dabei aber ungeklärt.



Vanessa Ladendorff  
Rechtsanwältin  
vanessa.ladendorff@brandi.net



Felicia Deppe-Hietel

**Lichtblicke für PV-Anlagen – Rechtliche Grundlagen für die Nutzung von Solarenergie**

Die im Bundesklimaschutzgesetz niedergelegten Klimaschutzziele sind ambitioniert: nach einer stufenweisen Verringerung der Treibhausgas-Emissionen soll Deutschland bis zum Jahr 2045 klimaneutral sein. Der Weg dorthin führt u. a. über eine flächendeckende Energieversorgung mittels erneuerbarer Energien, deren Ausbau jedoch erheblich beschleunigt und intensiviert werden muss, um die gesetzgeberischen Vorgaben fristgerecht erfüllen zu können. Nachdem die Windenergie und ihre Nutzung in der jüngeren Vergangenheit sowohl rechtlich als auch tatsächlich eine rasante Entwicklung erfahren hat, rückt nun die Solarenergie als weiterer wichtiger Stromerzeuger verstärkt in den Fokus des Gesetzgebers. Auch in diesem Zusammenhang werden ehrgeizige Zielsetzungen formuliert: Nach dem EEG 2023 ist eine sukzessive Steigerung der installierten Leistung von Solaranlagen vorgesehen. Noch im Jahr 2023 soll diese 9 Gigawatt (GW) betragen. Ab dem Jahr 2026 soll der Ausbau von PV-Anlagen auf 22 Gigawatt erhöht werden. Dabei wird eine hälftige Aufteilung auf Dach- und Freiflächenanlagen angestrebt.

Zur Umsetzung dieser Strategie sind bereits auf verschiedenen Ebenen gesetzgeberische Maßnahmen getroffen worden.

Eine zentrale Regelung in diesem Zusammenhang findet sich zunächst in § 2 EEG. In dessen Satz 1 wird bestimmt, dass die Errichtung und der Betrieb von Anlagen sowie den dazugehörigen Nebenanlagen im überragenden öffentlichen Interesse liegen und der öffentlichen Sicherheit dienen. Hierdurch erlangen die erneuerbaren Energien den Stellenwert eines vorrangigen Belangs, der im Rahmen von Abwägungsentscheidungen nur ausnahmsweise und zugunsten ebensolcher überragenden Schutzgüter überwunden werden kann (BT-Drs. 20/1630, S. 159).

Mit der BauGB Novelle zum 01.01.2023 (Gesetz zur sofortigen Verbesserung der Rahmenbedingungen für die erneuerbaren Energien im Städtebaurecht vom 04.01.2023, BGBl. 2023 I Nr. 6 vom 11.01.2023) ist den Vorhabenträgern und Genehmigungsbehörden jedenfalls in Bezug auf die Errichtung von Freiflächenanlagen ein wichtiges bauplanungsrechtliches Instrument an die Hand gegeben worden, indem der Privilegierungstatbestand des § 35 Abs. 1 Nr. 8 BauGB erweitert worden ist.

Danach ist ein Vorhaben, welches der Nutzung solarer Strahlungsenergie dient, nicht nur in, an und auf Dach- und Außenwandflächen von zulässigerweise genutzten Gebäuden, sondern auch auf einer Fläche längs von Autobahnen oder Schienenwegen und in einer Entfernung zu diesen von bis zu 200 Metern, gemessen vom äußeren Rand der Fahrbahn, zulässig.

Begründet wird dies damit, dass „die Flächen entlang von Autobahnen und Schienenwegen [...] ohnehin durch optische und akustische Belastungen vorgeprägt [sind], sodass eine Belegung mit PV-Anlagen auch ohne vorherige Durchführung eines Planverfahrens ermöglicht werden soll“ (BT-Drs. 20/4704, S. 17).

Durch die erweiterte Zulässigkeit derartiger Vorhaben im Außenbereich werden in nicht unerheblichem Umfang neue Potentiale für Freiflächenanlagen aktiviert.

Auch auf der Ebene des Bauordnungsrechts wird der Ausbau der Solarenergie zum Teil weiter vorangetrieben. So enthalten einige Bauordnungen bereits eine Pflicht zur Installation von PV-Anlagen bei dem Neubau eines Parkplatzes. Auf diese Weise können Flächen, die ohnehin versiegelt werden, einer doppelten Nutzung zugeführt werden und dabei dem Klimaschutz dienen. Die Vorschrift wird in den entsprechenden Bundesländern in Planungs- und Genehmigungsverfahren zu berücksichtigen sein. Da sie in ihren Einzelheiten verschiedene Anwendungs- und Auslegungsfragen aufwirft, wird sich eine rechtssichere Handhabung erst nach und nach, insbesondere mit der Entwicklung einschlägiger Rechtsprechung zu dieser Thematik, einstellen.

Auch die nächsten Schritte zur Zielerreichung sind bereits in Vorbereitung. So besteht durchaus weiterer gesetzlicher Anpassungsbedarf, der in zwei aufeinanderfolgenden Gesetzespaketen – Solarpaket I und II – umgesetzt werden soll.

Das Solarpaket I ist bereits am 16.08.2023 im Kabinett beschlossen worden. Es weist ein umfassendes Maßnahmenpaket mit Änderungen des EEG, des EnWG, der Marktstammdatenregisterverordnung (MaStRV), des Messstellenbetriebsgesetzes (MsbG), der KWK-Ausschreibungsverordnung (KWKAusV) und des Energiefinanzierungsgesetzes (EnFG) aus. Die wesentlichen Inhalte zählt der Gesetzesentwurf selbst auf: So soll die Förderung für besondere Solaranlagen einer Neuregelung zugeführt werden. Zudem ist eine Erleichterung des PV-Zubaus auf Dachflächen und die Nutzung von Stecksolargeräten beabsichtigt. Auch der Mieterstrom soll vereinfacht und eine gemeinschaftliche Gebäudeversorgung ermöglicht werden. Schließlich wird angestrebt, den Netzausbau zu beschleunigen und bisherigen Rechtsgrundlagen zu Systemstabilitätsfragen an die neuen technischen Rahmenbedingungen, die mit dem Umbau des Stromsystems verbunden sind, anzupassen (vgl. zum Vorstehenden BR-Drs. 383/23, S. 1 ff., S. 49 ff.). Durch die neuen Bestimmungen soll die Energiewende im Bereich Photovoltaik weiter forciert und diesbezügliche – insbesondere bürokratische – Hürden abgebaut werden.

Das Solarpaket II soll nach Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens zum Solarpaket I in kurzem zeitlichen Abstand folgen und u. a. die Optimierung baulicher und technischer Anforderungen an Photovoltaik-Anlagen auf Dächern, die Vereinfachung von Genehmigungsverfahren und des Zugangs zur Direktvermarktung sowie ggfs. Anpassungen in dem Spannungsverhältnis zwischen Denkmalschutz und PV-Anlagen zum Gegenstand haben. Auch das Solarpaket II ist daher auf weitere Erleichterungen im Zusammenhang mit der Nutzung von Solarenergie ausgerichtet.

Mit Blick hierauf kündigt sich demnach – parallel zum Ausbau der Windenergie – ein schneller und inhaltlich durchaus tiefgreifender Wandel mit sowohl materiell-rechtlichen als auch verfahrensrechtlichen Ansätzen an, welcher die Errichtung von PV-Anlagen und eine effiziente Inanspruchnahme dieser regenerativen Energiequelle auf verschiedenen Ebenen weiter begünstigen wird. Es ist zu erwarten, dass die zahlreichen Neuerungen in ihrer Handhabung mit einigen rechtlichen Herausforderungen verbunden sein werden, aber insgesamt einen wichtigen Beitrag zu einer erfolgreichen Energiewende leisten können.

**Felicia Deppe-Hietel**  
Rechtsanwältin  
felicia.deppe@brandi.net

Nina Drücke

### **§ 13b BauGB mit Unionsrecht unvereinbar: Nachteil für den Wohnungsbau- Vorteil für das Klima!**

Mit Urteil vom 18. Juli 2023 hat das BVerwG einen Bebauungsplan, der ein 3 ha großes Gebiet am Ortsrand einer Gemeinde im planungsrechtlichen Außenbereich mit einem allgemeinen Wohngebiet überplant hat, für unwirksam erklärt. Der Bebauungsplan wurde im beschleunigten Verfahren auf der Grundlage des § 13b BauGB ohne Umweltprüfung aufgestellt. Zur Begründung der Entscheidung führte das BVerwG aus, dass § 13b BauGB mit Unionsrecht unvereinbar sei. Eine Entscheidung mit weitreichenden Folgen!

#### **Zweck des § 13b BauGB**

Ursprünglich wurde § 13b mit der Bauplanungsrechtsnovelle im Mai 2017 in das BauGB eingefügt. Auf dieser planungsrechtlichen Grundlage konnten Bebauungspläne im beschleunigten Verfahren – also ohne Durchführung einer Umweltprüfung und dem Erfordernis von Ausgleichsmaßnahmen für den Naturschutz – aufgestellt werden, wenn durch den Plan am Ortsrand Wohnbebauung auf einer Grundfläche von weniger als 10.000 Quadratmetern ermöglicht werden sollte. Diese Novellierung beruhte auf einer Empfehlung der Baulandkommission und kam dem Wunsch vieler Gemeinden aus dem ländlichen Raum nach, vereinfacht Wohnbebauung ausweisen zu können. Der zeitliche Anwendungsbereich der Vorschrift wurde mehrfach verlängert, zuletzt durch das Baulandmobilisierungsgesetz im Jahr 2021 bis zum 31.12.2024.

#### **Kritik im Gesetzgebungsverfahren**

Doch schon im Gesetzgebungsverfahren wurde die Vorschrift vehement kritisiert. § 13b BauGB sei nicht mit den Zielen der deutschen Nachhaltigkeitsstrategie vereinbar, insbesondere würden durch die zusätzliche Flächeninanspruchnahme in den Außenbereich hinein Maßnahmen des Klimaschutzes und der Klimawandelanpassung konterkariert werden. Durch den erhöhten Flächenverbrauch falle unbebauter Boden als CO<sub>2</sub>-Speicher weg, versiegelte Flächen würden sich stärker aufheizen und das dort anfallende Regenwasser würde oberirdisch abgeleitet anstatt einzusickern. Ein Beitrag dieser Flächen zur Abkühlung der Luft könne daher nicht mehr geleistet werden. Zudem würde eine Beeinträchtigung von Tierarten und ihrer Lebensräume erfolgen. Neben der mangelnden Kompensation dieser naturschutzrecht-

lichen Eingriffe sei auch die Rechtmäßigkeit der Aussetzung der Pflicht zur Umweltverträglichkeitsprüfung mit dem Unionsrecht ungeklärt.

#### **Entscheidung des BVerwG**

Diesen kritischen Stimmen ist nun durch die Entscheidung des BVerwG Rechnung getragen worden: § 13b BauGB verstoße gegen die Vorgaben der europäischen Richtlinie über die Prüfung der Umweltauswirkungen bestimmter Pläne und Programme, die eine Umweltprüfung für alle Pläne mit voraussichtlich erheblichen Umweltauswirkungen verlange. Ob dies der Fall sei, sei durch die Mitgliedstaaten z. B. durch eine Einzelfallprüfung oder Artfestlegung zu entscheiden. Der deutsche Gesetzgeber habe sich in § 13b BauGB für eine Artfestlegung entschieden. Diese müsse gewährleisten, dass erhebliche Umweltauswirkungen in jedem Fall von vornherein ausgeschlossen seien. Diesem strengen Maßstab werde sie aber nicht gerecht, da § 13b BauGB gerade die Überplanung von Außenbereichsflächen im Anschluss an einen im Zusammenhang bebauten Ortsteil erlaube. Erhebliche Umwelteinwirkungen könnten hier nicht in jedem Fall von vornherein ausgeschlossen werden; dies gelte schon wegen der ganz unterschiedlichen bisherigen Nutzung der potenziell betroffenen Flächen und der Bandbreite ihrer ökologischen Wertigkeit.

#### **Was nun?**

Aufgrund dieser Entscheidung darf § 13b BauGB wegen des Vorrangs des Unionsrechts nicht mehr für neue Planverfahren angewendet werden! Aber was gilt für bereits abgeschlossene Planverfahren und Baugenehmigungsverfahren, die auf dieser Grundlage planungsrechtlich zu beurteilen sind? Wie hiermit umzugehen ist, ist derzeit noch unklar. Auch die „Vorläufigen Handlungsempfehlungen des Bundesministeriums für Wohnen, Stadtentwicklung und Bauwesen“ vom 01.09.2023 verhalten sich hierzu nicht. Da die Urteilsgründe noch nicht im Volltext vorliegen, könne eine abschließende Auswertung der Auswirkungen der Entscheidung des BVerwG noch nicht erfolgen.

Fest steht aber, dass Bebauungspläne, die auf der Grundlage des § 13b BauGB aufgestellt worden sind, aufgrund der Präjudizwirkung der Entscheidung des BVerwG als unwirksam zu beurteilen sind. Ob diese Pläne daher als materiell-rechtliche Planungsgrundlage für die Beurteilung von Baugenehmigungsverfahren überhaupt anzuwenden sind, ist zweifelhaft. Es liegt nahe, dass – sofern diese Flächen für die Wohnbebauung beibehalten werden sollen – entsprechend neu überplant werden muss. Bei einer solchen Planung ist dann aber zwingend eine Umweltprüfung durchzuführen und somit den Belangen des Natur- und insbesondere auch des Klimaschutzes Rechnung zu tragen!

**Nina Drücke**  
Rechtsanwältin  
Fachanwältin für Verwaltungsrecht  
nina.druecke@brandi.net

Dr. Manfred Schröder

**Photovoltaikanlage auf dem Dach eines Baudenkmals**

In der Vergangenheit sind in der ganz überwiegenden Zahl der Fälle Regelungen von den Verwaltungsgerichten akzeptiert worden, die Photovoltaikanlagen (PV-Anlagen) auf Dächern ausgeschlossen haben, mit dem Ziel eine schutzwürdige Dachlandschaft eines historischen Stadt- und Ortskerns zu schützen. Nunmehr ist aber mit Wirkung vom 29.07.2022, das Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG) durch Art. 1 des Gesetzes zu Sofortmaßnahmen für einen beschleunigten Ausbau der Erneuerbaren Energien und weitere Maßnahmen im Stromsektor vom 20.07.2022 geändert worden. Gem. § 2 Satz 1 EEG liegen die Errichtung und der Betrieb von Anlagen – hierzu gehören gem. der Begriffsbestimmung in § 3 Nr. 1 EEG auch Solaranlagen/PV-Anlagen – sowie den dazugehörigen Nebenanlagen im überragenden öffentlichen Interesse und dienen der öffentlichen Sicherheit. Es zeichnet sich vor diesem Hintergrund ab, dass in zahlreichen Fällen die Frage der Zulässigkeit einer PV-Anlage auf dem Dach eines Denkmals neu bewertet werden muss.

Ein aufschlussreiches Beispiel findet man in der Rechtsprechung in Niedersachsen zu einer PV-Anlage, die ein Grundstückseigentümer ohne Einholung der erforderlichen denkmalrechtlichen Genehmigung auf dem Dach seines Hauses installiert hatte, das Teil des UNESCO-Weltkulturerbes „Bergwerk Rammelsberg Goslar/Harz“ ist. Das Verwaltungsgericht Braunschweig kam zu dem Ergebnis, dass die denkmalrechtliche Anordnung zum Rückbau der PV-Anlage rechtswidrig wäre, weil eine nachträgliche Genehmigung erteilt werden müsse. Die Genehmigungsfähigkeit liege auf der Hand, denn die Anlage diene der energetischen Verbesserung des Kulturdenkmals und im Übrigen überwiege das öffentliche Interesse an der Errichtung von Anlagen zur Nutzung von erneuerbaren Energien das Interesse an der unveränderten Erhaltung des Kulturdenkmals (vgl. VG Braunschweig, Beschluss vom 27.01.2023, 2 B 290/22). Dieser Argumentation ist das Niedersächsische Obergerverwaltungsgericht in Lüneburg nicht gefolgt und hat darauf verwiesen, die Annahme der offensichtlichen Genehmigungsfähigkeit komme nur in seltenen Ausnahmefällen in Betracht. Mit der Neufassung der Regelungen in § 7 Abs. 2 NDSchG beabsichtige der Gesetzgeber, dass auch die denkmalgeschützten Gebäude ihren Beitrag zum Erreichen der ambitionierten Klimaziele leisten sollten. Dabei habe er explizit die Anlagen zur Erzeugung erneuerbarer Energien auf denkmalgeschützten Dächern in den Blick und die insoweit bislang sehr restriktive Genehmigungspraxis zum Anlass genommen, das öffentliche Interesse an der Erzeugung erneuerbarer Energien zu betonen, ohne jedoch die Möglichkeit einer Abwägung zwischen dem öffentlichen Interesse an der Errichtung von Anlagen zur Nutzung von erneuerbaren Energien und dem öffentlichen Interesse an der unveränderten Erhaltung des Kulturdenkmals ganz aufzugeben. Im Ergebnis bedarf es nach dieser Rechtsprechung einer abwägenden Betrachtung der Vorteile und der Nachteile für das Denkmal.

In dem Fall in Goslar kam das Obergerverwaltungsgericht zu dem Ergebnis, dass die für den Denkmalschutz zuständige Behörde mit überzeugenden Argumenten dargelegt habe, dass eine Beeinträchtigungswirkung von der PV-Anlage ausgehe. Der nach Art. 20 a Grundgesetz mit Verfassungsrang ausgestaltete Umweltschutz stellt kein den ebenfalls verfassungsrechtlich ver-

ankerten Denkmalschutz überwiegendes öffentliches Interesse dar. Auch soweit nach dem jeweiligen Landesrecht die besondere Bedeutung der Anlagen für erneuerbaren Energien neu hervorgehoben wird, bedarf es jeweils einer gründlichen Abwägung im Einzelfall.

**Dr. Manfred Schröder**

Rechtsanwalt  
Magister der Verwaltungswissenschaften  
Fachanwalt für Verwaltungsrecht  
manfred.schroeder@brandi.net

Dr. Christoph Worms

**Cybersicherheit im Mittelstand – Neuer Aufwand für die Unternehmen durch die Umsetzung der NIS-2-Richtlinie**

Die deutsche Wirtschaft leidet derzeit gleich unter mehreren Entwicklungen: Da sind die äußeren Einflüsse wie Kriege, wegbrechende Rohstoffmärkte usw. sowie solche, die sich, wie einbrechende Konjunkturen in China und anderswo, auf die Exportnation Deutschland besonders negativ auswirken. Hinzu kommen hausgemachte Schwierigkeiten wie Investitionsstau, stockende Wirtschaftsreformen, blockierte Gesetzgebung und einiges mehr. Zur Unzeit kommen nun weitere und ganz erhebliche zusätzliche Anforderungen in Bezug auf Cybersicherheit auch auf den Mittelstand zu: Durch den Referentenentwurf vom 03.07.2023 hat das Bundesministerium des Inneren mit dem NIS-2-Umsetzungs- und Cybersicherheitsstärkungsgesetz NIS-2-UmzuCG das Umsetzungsgesetz zu der sogenannten NIS-2-Richtlinie vorgelegt.

**I. Entstehung**

Durch die Richtlinie des europäischen Parlaments (EU) 2022/2555 vom 14.12.2022 über Maßnahmen für ein hohes gemeinsames Cybersicherheitsniveau in der Union wurde den Mitgliedstaaten aufgegeben, nationale Regelungen für die Gewährleistung der Cybersicherheit in der Wirtschaft zu schaffen. Die Notwendigkeit der Stärkung der Cybersicherheit auch in der Wirtschaft wird nicht zuletzt dadurch als besonders hervorgehobenes Ziel erkannt, weil aktuell durch den russischen Angriffskrieg auf die Ukraine und durch andere internationale Entwicklungen die Gefahr für die Integrität und Sicherheit deutscher Netzwerke als erhöht angesehen wird. Die Stärkung und der Ausbau der Sicherheitsarchitektur soll sich dabei vor allem auf diejenigen Wirtschaftsbereiche beziehen, die zur wichtigen oder gar kritischen Infrastruktur zählen. Der Adressatenkreis wurde allerdings zunehmend ausgeweitet, sodass mittlerweile nahezu jeder Lebensbereich betroffen ist. Mit dem Ziel der Umsetzung zum Jahr 2024 will der Bund die



Vorgaben aus der NIS-2-Richtlinie in deutsches Recht umsetzen und legt mit dem Gesetz Kriterien vor, die dazu führen, dass die Unternehmen Deutschlands signifikant Aufwand betreiben müssen, einmalig und dauerhaft, um die Vorgaben aus dem Gesetz umsetzen zu können. Um eine entsprechende Umsetzung zu garantieren, wird gleichzeitig auch die Haftung, insbesondere der Geschäftsführung der Unternehmen verstärkt in den Blick genommen.

## II. Der Mittelstand rückt in den Fokus

Bereits durch die NIS-2-Richtlinie selbst wurden die Anforderungen an die Gewährleistung der Cybersicherheit in Bezug auf die betroffenen Branchen und Unternehmen erheblich ausgeweitet. Die Anforderungen beziehen sich, wenngleich in abgestufter Form, sowohl auf größere Unternehmen mit über 250 Mitarbeitern und über 50 Millionen € Jahresumsatz bzw. 43 Millionen € Bilanzsumme als auch auf mittelständische Unternehmen bestimmter Herkunft und Branchenzugehörigkeit. So werden nicht nur, wenn auch in besonderer Weise, größere Unternehmen aus dem Bereich der Energieversorgung, des Transportes, der Abwasserentsorgung u. a. adressiert, sondern als sog. wichtige Einrichtungen auch Unternehmen des Mittelstandes beispielsweise aus den Bereichen der Herstellung von Medizinprodukten, des Maschinenbaus, des Fahrzeugbaus und der Abfallwirtschaft.

## III. Maßnahmen zur Cybersicherheit

Der Referentenentwurf selbst geht davon aus, dass für die deutsche Wirtschaft ein Erfüllungsaufwand in Höhe von jährlich 1,65 Milliarden € entsteht sowie ein einmaliger Aufwand für die deutsche Wirtschaft i. H. v. 1,37 Milliarden €. Im Kern nimmt sich der Referentenentwurf in Umsetzung der NIS-2-Richtlinie vor, folgende Aspekte zu regeln:

Ausweitung der Vorgaben zur Cybersicherheit auf erhebliche Teile der deutschen Wirtschaft,

Festlegung der Mindestsicherheitsanforderungen,

Regelung der Meldepflichten für Cybersicherheitsvorfälle,

Stärkung der Aufsichtsrechte des Bundesamtes für Sicherheit in der Informationstechnik (BSI),

Formulierung der Anforderungen an ein Informationssicherheitsmanagement, Stärkung der Sanktionsinstrumente.

Die Unternehmen sollen beispielsweise verpflichtet werden, ein unternehmensinternes sowie ein auf die Lieferketten bezogenes Risikoanalyse- und Informationssicherheitskonzept zu erarbeiten. Es müssen Maßstäbe und Vorgaben zur hinreichenden Gewährleistung der Cybersicherheit in Bezug auf die unternehmerische Tätigkeit selbst entwickelt werden. Die verwendete Sicherheitsarchitektur im Unternehmen muss dem aktuellen Stand der Sicherheit entsprechen und es muss Teil des Sicherheitskonzeptes sein, dies dauerhaft zu gewährleisten. Es muss in den Unternehmen außerdem gewährleistet werden, dass Cybersicherheitsvorfälle entdeckt, aufgeklärt und gemeldet werden.

## IV. Massive Sanktionen

Bei Verstößen gegen diese Verpflichtungen, beispielsweise gegen die Verpflichtung zur unverzüglichen Meldung bei der Aufsichts-

behörde, drohen erhebliche Bußgelder. Vorgesehen sind Bußgelder in Höhe von bis zu 7 Millionen € oder 1,4 % des weltweiten Jahresumsatzes. Vieles hiervon zeigt Parallelen zur Umsetzung der Datenschutzgrundverordnung. Sowohl die Bußgeldmöglichkeiten wie auch die verschärften Aufsichtsbefugnisse sowie die Etablierungsvoraussetzungen für ein Meldesystem, ein Sicherheitssystem usw. sind den Strukturen der Datenschutzgrundverordnung nachgebildet. Insofern scheint sich hier im Bereich der Etablierung von Sicherheitsanforderungen an Unternehmen ein systemischer und gesetzgeberischer Standard herauszubilden.

## V. Haftung der Geschäftsleitung

Neu und anders ist im Zusammenhang mit der Umsetzung der NIS-2-Richtlinie, dass die Geschäftsleitung ausdrücklich als Verantwortliche benannt ist. Die Geschäftsleitung haftet nicht nur für Verletzungen ihrer Verpflichtungen gegenüber der Gesellschaft, wie dies ohnehin bereits rechtlicher Standard ist. Zu den potentiellen Schäden, für welche die Geschäftsleitung der Gesellschaft gegenüber haftet, zählen nunmehr auch die Bußgelder, die gegebenenfalls gegenüber der Gesellschaft verhängt werden. Angesichts der erheblichen Höhe der drohenden Bußgelder, ist diese Ausweitung der Haftung gravierend. Vorgesehen ist dabei ebenso, dass zwischen der Gesellschaft und der Geschäftsleitung keine Vereinbarungen getroffen werden dürfen, die die Verantwortlichkeit und Haftung der Geschäftsleitung herabsetzen oder ausschließen. In dem Referentenentwurf heißt es insofern ausdrücklich, dass ein Verzicht des Unternehmens auf Ersatzansprüche oder auch ein Vergleich über diese Ansprüche unwirksam ist. Anders als im Rahmen der Datenschutzgrundverordnung ist die Übertragung der Verpflichtungen der Geschäftsleitung auf externe Dritte nicht zulässig.

## VI. Fazit

Mit der Umsetzung der NIS-2-Richtlinie wird erheblicher Erfüllungsaufwand auf den deutschen Mittelstand zukommen. Das bezieht sich auch auf Unternehmen des Mittelstandes. Bemerkenswert ist dabei, dass nicht nur hohe Anforderungen an die Umsetzung der Cybersicherheit gestellt werden, sondern in welchem Maße die Geschäftsleitung in die Verantwortung genommen wird. Das erhöht neben den Risiken für die Unternehmen auch das ganz persönliche Haftungsrisiko der Geschäftsleitung.



**Dr. Christoph Worms**  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Verwaltungsrecht  
christoph.worms@brandi.net

WIR GRATULIEREN ZUM JUBILÄUM!

# FÜNFZIG JAHRE

Die Detmolder Kolleginnen und Kollegen von BRANDI Rechtsanwälte freuen sich in diesen Tagen über ein besonderes Jubiläum:

Vor 50 Jahren gründete Dr. Helmut Dröge die Kanzlei Deppe Dröge & Partner in Detmold mit und legte damit den Grundstein für das heutige Detmolder Büro von BRANDI Rechtsanwälte.

Der Zusammenschluss eines Anwalts mit einem Wirtschaftsprüfer und Steuerberater bildete die erste interprofessionelle Sozietät dieser Art in Ostwestfalen-Lippe. Von Beginn an war die Kanzlei auf die Beratung und Vertretung mittelständischer Unternehmen und deren Inhaber ausgerichtet. Die Sozietät verstand sich von Anfang an als „externe Rechtsabteilung mittelständischer Unternehmen“ mit Dienstleistungen in allen juristischen Bereichen, die in solchen Unternehmen anfallen können.

Zu Beginn der 1990er Jahre erfolgte dann der Zusammenschluss mit ähnlich ausgerichteten Sozietäten in Ostwestfalen-Lippe, später auch in Hannover, woraus heute überörtlich BRANDI Rechtsanwälte entstanden ist. Als eine der größten Sozietäten in Ostwestfalen arbeiten wir hoch spezialisiert und sind mit dem von uns mit gegründeten internationalen Netzwerk Pangea auch ein Begleiter mittelständischer Unternehmen in Fragen des grenzüberschreitenden und internationalen Rechts.

Herrn Dr. Helmut Dröge danken wir für seine unternehmerische Initiative und die Aufbauarbeit vor 50 Jahren, sein langjähriges Engagement für die Mandanten und unsere Sozietät und für die bis heute andauernde freundschaftlich-kollegiale Zusammenarbeit.

Wir danken den zahlreichen Mandanten unserer Sozietät, die uns in den zurückliegenden Jahrzehnten die Treue gehalten haben. Einige unserer Mandanten waren von Anfang an dabei, sie arbeiten bis heute mit uns zusammen. Das ist uns Ansporn, dieser Tradition auch in Zukunft gerecht zu werden: durch kompetente juristische Beratung und unternehmerisches Grundverständnis, das auch im stets wachsenden juristischen „Dickicht“ praxisorientierte Lösungen für mittelständische Unternehmen findet.



Dr. Christoph Jahn

**Formstrenge – leicht gemacht**

Man sagt, das Vergaberecht sei ein formstrenge Verfahrensrecht. Über viele Jahre durfte der Zuschlag auf die wirtschaftlichsten Angebote nicht erteilt werden, wenn Anforderungen nicht vollständig erfüllt wurden – selbst wenn diese nicht die ausgeschriebenen Leistungen, sondern begleitende Erklärungen zur Eignung betrafen. Erst mit der GWB-Novelle im Jahr 2016 hat der Gesetzgeber Möglichkeiten zur „Reparatur“ von Angeboten geschaffen, indem Nachforderungen gestellt werden dürfen.

Noch immer beansprucht die Formstrenge aber eine große Bedeutung, wenn es um die Art und Weise der Angebotsabgabe und Angebotsübermittlung an den öffentlichen Auftraggeber geht. Die Vergabekammer Westfalen hat jüngst über einen Sachverhalt entschieden, in dem sich die Vergabestelle einer Krankenhausesellschaft in verschiedenen und in sich widersprüchlichen Anforderungen an die Angebotsform verheddert hat (Beschluss vom 07.08.2023 – VK 1-22/23). Von formaler Strenge blieb nach der Entscheidung nicht viel übrig. Das wirtschaftlichste Angebot, welches nur die formal geringste Hürde genommen und elektronisch in „schlichter“ Textform übermittelt wurde, musste gewertet werden – aus folgenden Gründen:

**Der Dschungel formaler Vorgaben**

In einer Ausschreibung von Bauleistungen für den Landschaftsgartenbau hatten die Bieter ein Leistungsverzeichnis zu bepreisen und unterschiedliche Formblätter zu verwenden. Diese waren dem Vergabe- und Vertragshandbuch für Baumaßnahmen des Bundes entnommen. Dazu zählte das Angebotsschreiben (Formblatt 213 EU). Der Auftraggeber hatte zur Abgabe von Angeboten mit dem Formblatt 211 EU aufgefordert und hatte ein Verzeichnis der im Vergabeverfahren vorzulegenden Unterlagen bereitgestellt (Formblatt 216 EU). In diesem Verzeichnis war zu lesen, dass der Bieter das Angebotsschreiben in Gestalt des Formblatts 213 EU einzureichen habe.

In der Aufforderung zur Angebotsabgabe hieß es, dass Angebote „elektronisch“ und „in Textform“ erfolgen sollen. Fehlende Unterlagen würden nachgefordert, gab die Vergabestelle in der Aufforderung an (Ziffern 8 und 3.3 im Formblatt 211 EU).

Des Weiteren war dem Verzeichnis der vorzulegenden Unterlagen (Formblatt 216 EU) zu entnehmen, dass neben dem bepreisten Leistungsverzeichnis ein „Angebotsschreiben“ einzureichen sei, welches jedoch nicht näher bezeichnet wurde. Auf das Formblatt 213 EU wurde jedenfalls nicht Bezug genommen. Zu erwähnen ist zuletzt, dass das Formblatt 213 EU als Vordruck für ein Angebotsschreiben mit einem Unterschriftsfeld endete und dem Hinweis, dass das Angebot ausgeschlossen werden müsse, wenn

bei einem elektronisch übermittelten Angebot in Textform der Bieter nicht erkennbar sein sollte,

ein schriftliches Angebot an dieser Stelle nicht unterschrieben sein sollte, oder

ein elektronisches Angebot, das signiert/ mit elektronischem Siegel versehen werden muss, nicht wie vorgegeben signiert/ mit elektronischem Siegel versehen sein sollte.

**Die formale Minimallösung des Bieters**

Mit Blick auf diesen formalen Dschungel wählte ein Bieter die Minimallösung und reichte weder den Vordruck für ein Angebotsschreiben des Formblatts 213 EU noch ein formfreies, von ihm selbst aufgesetztes Angebotsschreiben ein. Lediglich das bepreiste Leistungsverzeichnis wurde eingereicht, in Verbindung mit einer sogenannten Abgabebestätigung. Das Leistungsverzeichnis zeigte auf Seite 1 den Briefkopf der Bieterin und nannte auf jeder Seite den Geschäftsführer der Bieterin als Ansprechpartner. Abschließend war auf dem Leistungsverzeichnis die Wort- und Bildmarke der Bieterin abgedruckt.

Auf der Abgabebestätigung war durch die Vergabestelle vorformuliert die Baumaßnahme konkret bezeichnet, durch den Bieter war sodann deren Anschrift sowie der im Leistungsverzeichnis eingetragene Endpreis, ferner erneut der Name des Geschäftsführers und der Abgabezeitpunkt eingetragen worden. Desweiteren hatte der Geschäftsführer auf der Abgabebestätigung seine Unterschrift elektronisch hinzugefügt.

Dieses Angebot wurde von der Vergabestelle von der Wertung ausgeschlossen, weil der Bieter kein Angebotsformular verwendet hatte. Deswegen fehle es an einer Erklärung, mit der der Inhalt des Angebots und der Vergabeunterlagen als rechtsverbindlich anerkannt wurde. Auch die geforderte Textform liege nicht vor, weil das Leistungsverzeichnis nicht durch die Namensunterschrift oder eine andere Erklärung abgeschlossen wurde. Zudem könne ein fehlendes Angebotsschreiben in diesem Fall nicht nachgefordert werden. Diese Möglichkeit setze voraus, dass ein wertbares Angebot vorliege. Das sei aber nicht der Fall, so die Vergabestelle.

**Eine klare Schneise aus dem Formaldschungel**

Die Vergabekammer Westfalen war dagegen der Auffassung, dass das Angebot der Form entsprochen hatte, die die Vergabestelle festgelegt hatte. Dafür reicht es aus, wenn das Angebot elektronisch in Textform abgegeben wurde. Sodann legte die Vergabekammer die verschiedenen Formalanforderungen dahingehend aus, dass das Formblatt 213 EU nicht wirksam gefordert wurde und deswegen durch die Bieter auch nicht verwendet werden musste. Dabei wird der Rechtssatz der ständigen Rechtsprechung wiederholt, dass Unklarheiten oder Widersprüche bei der Auslegung stets zulasten des öffentlichen Auftraggebers gehen. Und es war widersprüchlich, wenn einerseits in der Aufforderung zur Angebotsabgabe (Formblatt 211 EU) die Verwendung eines Angebotsschreibens in Gestalt des Vordrucks im Formblatt 213 EU, andererseits in dem Verzeichnis der einzureichenden Unterlagen, dem Formblatt 216 EU, ein nicht näher bezeichnetes Angebotschreiben gefordert wurde. Dann reicht die Formalvorgabe der elektronischen Erklärung in Textform aus.

Dieses Formerfordernis verlangt gemäß § 126b BGB, dass die Person des Erklärenden erkennbar und die Erklärung abgeschlossen ist. Danach spielt es keine Rolle, so die Vergabekammer Westfalen, wo in einem Angebotsschreiben der Name des Erklärenden genannt wird. Das könne der Briefkopf sein oder eine Faksimile-Unterschrift. Ferner reiche es für die Abgeschlossenheit einer Angebotserklärung aus, dass am Textende ein Name genannt sei, dass ein Faksimile aufgebracht sei, eine eingescannte Unterschrift, eine Datierung oder eine Grußformel verwendet werde.



In dem dargestellten Sachverhalt konnte die Angebotserklärung dem Geschäftsführer des Bieters zugerechnet werden, weil dieser auf jeder Seite des Leistungsverzeichnisses als Ansprechpartner genannt wurde. Das Leistungsverzeichnis als Angebotserklärung wurde mit der Wort-/Bildmarke und einer Erklärung abgeschlossen, die lautete: „Das Original-LV wird anerkannt!“ Das reichte der Vergabekammer aus.

Obwohl es für die tragende Begründung der Entscheidung nicht mehr darauf ankam, stellte die Vergabekammer ergänzend klar, dass auch eine Abgabebestätigung, die mit dem Upload eines Angebots auf ein Vergabeportal abgegeben wird, die Anforderungen an eine elektronische Erklärung in Textform erfüllen könne. Die Abgabebestätigung beschränke sich nicht darauf, die Datenintegrität und Vertraulichkeit zu gewährleisten, Manipulation zu vermeiden und Betriebs-/Geschäftsgeheimnisse zu schützen. Sie ermögliche auch, eine mit ihr verbundene Datei, die Angebotsinhalte abbildet (wie das bepreiste Leistungsverzeichnis), einer Person zuzuordnen und daraus den rechtsgeschäftlichen Bindungswillen eines Bieters abzuleiten.

Sodann nimmt die Vergabekammer noch zu dem weiteren Ausschlussgrund Stellung, dass ein Angebotsformular fehlte, aber durch die Vergabestelle nicht nachgefordert wurde. Es wird klargestellt, dass ein Angebot nur dann ausgeschlossen werden kann, wenn ein Nachforderungsversuch erfolglos geblieben ist – jedenfalls wenn der öffentliche Auftraggeber sich in der Aufforderung zur Angebotsabgabe verpflichtet hatte, von der Möglichkeit einer Nachforderung Gebrauch zu machen. Auf eine Nachforderung könne dann nur verzichtet werden, wenn ein Angebot bereits aus einem anderem Grund auszuschließen ist oder für den Zuschlag nicht in Betracht kommt. Das war hier nicht der Fall.

#### Was von der Formstrenge übrig bleibt

Formblätter, die beispielsweise dem Vergabe- und Vertragshandbuch für die Baumaßnahmen des Bundes entnommen werden, bestimmen die Praxis öffentlicher Ausschreibungen. Auftraggeber sind gut beraten, diese Formblätter nicht redundant einzusetzen, durch eigene Ergänzungen abzuändern oder vermeintliche Klarstellungen aufzunehmen. Denn das Ergebnis sind oft keine klaren Formvorgaben, sondern Widersprüche und Unklarheiten. Diese wirken sich zum Nachteil des Auftraggebers aus und führen meist zurück auf das einfache Formerfordernis für elektronische Angebote: die Textform im Sinne des § 126b BGB.

Dieses Formerfordernis ist gar nicht mehr sehr formstrenge, sondern kann auf verschiedene Weise erfüllt werden. Die Verwendung eines Formblatts ist dazu nicht erforderlich. Auch ein Leistungsverzeichnis reicht aus, um ein wertungsfähiges Angebot abzugeben, wenn aufgrund irgendeiner Angabe im Briefkopf, in einer Wortbildmarke, einer Faksimile-Unterschrift oder aus einer begleitenden Abgabebestätigung der Name einer Person erkennbar wird, der das Angebot zuzurechnen ist. Diese formale Hürde ist nicht allzu hoch.



Greta Brakemeier

#### Neuerung in der Auftragswertberechnung – Die Streichung von § 3 Abs. 7 S. 2 VgV

Die Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen erfährt eine Neuerung im Bereich der Auftragswertberechnung. Der Bundesrat stimmte mit Beschluss vom 16.06.2023 der „Verordnung zur Anpassung des Vergaberechts an die Einführung neuer elektronischer Standardformulare für EU-Bekanntmachungen und an weitere europarechtliche Anforderungen“ zu. Neben Regelungen zu der Durchführung elektronischer Vergabeverfahren, insbesondere hinsichtlich des Datenaustauschstandards eForms, regelt die Verordnung die Streichung von § 3 Abs. 7 S. 2 VgV und ihrer korrespondierenden Vorschriften in der SektVO und der VSVgV. Die Verordnung trat bereits am Tag nach der Verkündung in Kraft.

Die entfallene Regelung des § 3 Abs. 7 S. 2 VgV enthielt eine Sonderregelung für die Schätzung des Auftragswertes zu vergebender Architekten- und Ingenieurleistungen von öffentlichen Auftraggebern. Gemäß § 3 Abs. 7 S. 1 VgV ist unter anderem bei einem Dienstleistungsauftrag, der in mehreren Losen vergeben wird, bei der Ermittlung des Auftragswerts der geschätzte Gesamtwert aller Lose zugrunde zu legen. Bei Planungsleistungen galt dies nach der Ausnahmeregelung des § 3 Abs. 7 S. 2 VgV a. F. nur für Lose über gleichartige Leistungen.

In der Vergabepraxis bildete sich aufgrund dieser Regelung bei der öffentlichen Auftragsvergabe von Planungsleistungen die Tendenz heraus, bei der Auftragswertermittlung lediglich die Auftragswerte der Planungsleistungen innerhalb eines Leistungsbildes der HOAI zu addieren. Konsequenz dieser Art der Auftragswertschätzung war, dass auf ein Bauvorhaben bezogene Planungsleistungen, etwa die Objektplanung Gebäude und Innenräume, die Fachplanung Technische Ausrüstung oder die Tragwerksplanung, getrennt voneinander betrachtet und daher vielfach national ausgeschrieben wurden, sofern sie nicht isoliert den EU-Schwellenwert für Dienstleistungen in Höhe von 215.000,00 Euro netto überschritten.

Die Sonderregelung für die Auftragswertschätzung bei Planungsleistungen löste in der vergaberechtlichen Rechtsprechung und Praxis kontroverse Diskussionen aus. Unter anderem die Vergabekammer Westfalen vertrat in einer Entscheidung aus dem Jahr 2019 die Auffassung, der Wortlaut von § 3 Abs. 7 S. 2 VgV sei nicht mit dem EU-Recht vereinbar (VK Westfalen v. 18.12.2019 – VK 1-34/19). Die EU-Kommission initiierte mit ähnlicher Argumentation ein Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland. Die Kommission sieht in der Sonderregelung für Planungsleistungen einen Verstoß gegen Art. 5 Abs. 8 der Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe (2014/24/EU). Danach ist grundsätzlich der geschätzte Gesamtauftragswert aller Lose zu addieren. Für eine davon abweichende Sonderregelung bei der Vergabe von Planungsleistungen biete das EU-Recht keine Grundlage.

Kritik an dieser Sichtweise äußerten kommunale Spitzenverbände und Vereinigungen, unter ihnen auch die Bundesarchitektenkammer. In einer gemeinsamen Resolution appellierten die Verbände an die Bundesregierung, sich nicht dem Druck des Vertragsverletzungsverfahrens zu beugen und eine Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes herbeizuführen. Befürchtet wurde neben der ohnehin schwierigen wirtschaftlichen Lage im Planungs- und Bausektor eine deutliche Mehrbelastung durch erhöhte Bürokratie und Folgekosten europaweiter Vergabeverfahren. Bereits ab Baukosten in Höhe von rund 1 Mio. Euro netto seien die Planungsleistungen aller Fachgebiete für ein Bauvorhaben europaweit auszuschreiben. Vorhaben in dieser Größenordnung richteten sich an kleinere Planungsbüros und würden bereits aus diesem Grund keine Binnenmarktrelevanz entfalten.

Mit der Streichung des § 3 Abs. 7 S. 2 VgV lenkte der Bund in der Auseinandersetzung mit der EU-Kommission ein. Der Wegfall der Sondervorschrift schafft Rechtsklarheit bei der Vergabe von Planungsleistungen. Diese genießen nun keine Privilegierung mehr, sondern sind bei der Auftragswertschätzung den übrigen Dienstleistungen gleichgestellt. Öffentliche Auftraggeber müssen sich bei der Vergabe von Planungsleistungen nun nicht mehr mit einer möglichen Europarechtswidrigkeit der Vorschrift und damit der eigenen Auftragswertschätzung auseinandersetzen. Auch Unsicherheiten bezüglich der Frage, welche Leistungen „gleichartig“ im Sinne von § 3 Abs. 7 Abs. 2 VgV sind, gehören nun der Vergangenheit an.

Öffentliche Auftraggeber sollten sich nach der Streichung des § 3 Abs. 7 S. 2 VgV darauf einstellen, Planungsleistungen künftig häufiger europaweit auszuschreiben. Sofern sie aus Gründen der Rechtssicherheit, insbesondere aufgrund des Erhalts von Zuwendungen öffentlicher Fördermittelgeber, nicht bereits in der Vergangenheit den rechtssichereren Weg der leistungsübergreifenden Addition der Einzelauftragswerte bei der Auftragswertermittlung gewählt haben, dürfte diese Änderung in der Auftragswertschätzung nun dazu führen, dass bereits Planungsleistungen von Kleinstprojekten europaweit auszuschreiben sind.

Dass bei der Durchführung eines europaweiten Vergabeverfahrens zur Vergabe von Planungsleistungen aufgrund der Vorgaben der VgV und des GWB ein bürokratischer Aufwand anfällt, trifft zu, dürfte jedoch nicht ins Gewicht fallen. Auch bei Vergaben im Unterschwellenbereich, insbesondere im Anwendungsbereich der UVgO, sind die Vergabeverfahren nach den vergaberechtlichen

Verfahrensvorschriften durchzuführen, Fristen einzuhalten, das Verfahren zu dokumentieren und die allgemeinen Vergabegrundsätze zu berücksichtigen.

Zudem ist Auftraggebern zu raten, von den ihnen zustehenden vergaberechtlichen Möglichkeiten zur Verkürzung und Vereinfachung eines Vergabeverfahrens Gebrauch zu machen. Sofern die zu vergebende Planungsleistung erschöpfend beschrieben werden kann, kann etwa von der Durchführung eines mehrstufigen und zeitintensiven Verhandlungsverfahrens mit Teilnahmewettbewerb abgesehen und die Leistung im einstufigen Offenen Verfahren vergeben werden. Bleibt dem Auftraggeber nur die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens mit Teilnahmewettbewerb, kann bei Vorliegen einer hinreichend begründeten Dringlichkeit die Teilnahmefrist der Bewerber auf mindestens 15 Kalendertage verkürzt werden, vgl. § 17 Abs. 3 VgV. Oftmals empfiehlt es sich für den öffentlichen Auftraggeber auch, sich in der Auftragsbekanntmachung und den Vergabeunterlagen vorzubehalten, auf die Durchführung von Vergabeverhandlungen zu verzichten und den Zuschlag auf ein Erstangebot zu erteilen. Der Auftraggeber kann so nach dem Erhalt der Erstangebote entscheiden, ob zeitintensive Vergabeverhandlungen mit mehreren Bietern überhaupt erforderlich sind.

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz gab als Reaktion auf die Streichung von § 3 Abs. 7 S. 2 VgV klarstellende Erläuterungen zur Auftragswertberechnung vor der Vergabe von Planungs- und Bauleistungen heraus. Dieses an die Bundesresorts, die Länder und kommunale Spitzenverbände gerichtete Papier vom 23.08.2023 soll einer rechtssicheren und unionsrechtskonformen Anwendung der maßgeblichen Vorschriften zur Auftragswertschätzung dienen.

Künftig sind öffentliche Auftraggeber dazu angehalten, die Auftragswertschätzung bei der Vergabe von Planungsleistungen in gleicher Weise vorzunehmen, wie bei anderen Dienstleistungsaufträgen. Dabei ist zunächst zu prüfen, inwieweit ein einheitlicher Auftrag vorliegt, also Teilleistungen betroffen sind, die in wirtschaftlicher und technischer Hinsicht eine innere Kohärenz und einen funktionellen Zusammenhang aufweisen. Einheitliche Leistungen dürfen nicht dergestalt unterteilt werden, dass diese nicht mehr den EU-Schwellenwert übersteigen, § 3 Abs. 2 S. 2 VgV. Auftraggeber, die diesen Weg wählen, müssen sich den Vorwurf der Umgehung vergaberechtlicher Vorschriften gefallen lassen.

Um nicht sämtliche Planungsleistungen in europaweiten Vergabeverfahren ausschreiben zu müssen, können Auftraggeber zudem auf die Bildung eines 20 %-Kontingents zurückgreifen. Gemäß § 3 Abs. 9 VgV kann der Auftraggeber bei der Vergabe einzelner Lose von den Vorgaben des Kartellvergaberechts abweichen und diese Leistungen national vergeben, wenn die Dienstleistung einen Auftragswert in Höhe von 80.000,00 Euro netto und der Gesamtwert dieser Lose 20 % des Gesamtauftragswertes aller Planungsleistungen nicht übersteigt. Insbesondere Planungsleistungen von geringerem Umfang können so national vergeben werden, ohne dass es einer europaweiten Ausschreibung bedarf.

Die Streichung von § 3 Abs. 7 S. 2 VgV bietet öffentlichen Auftraggebern letztlich Rechtssicherheit in Bezug auf die Vorgehensweise bei der Auftragswertschätzung. Für eine Vielzahl

der öffentlichen Auftraggeber, insbesondere den Empfängern von Zuwendungen, dürfte die Auftragswertschätzung im Wege der Gesamtberechnung aller Lose eines einheitlichen Auftrags, bereits in der Vergangenheit gängige Praxis gewesen sein. Für diese Auftraggeber ergeben sich durch den Wegfall der Sondervorschrift keine Änderungen.



**Greta Brakemeier**  
Rechtsanwältin  
greta.brakemeier@brandi.net

Dr. Annette Mussinghoff-Siemens

### **Leistungsverzug und Nichtteilnahme an Jour-Fix-Terminen: Ausschluss vom nachfolgenden Vergabeverfahren**

#### **Anmerkung zu Vergabekammer Bund, Beschluss vom 17.08.2023 – VK 2-56/23 –**

Die Notwendigkeit, mehr oder weniger anspruchsvolle öffentliche Aufträge auszuschreiben ist vielfach mit dem Vorurteil belegt, man müsse „den Billigsten“ nehmen. Das Vergaberecht steht in dem Ruf, die Qualität der zu erwartenden Leistung ebenso zu vernachlässigen wie die erforderliche Leistungsbereitschaft und Leistungsfähigkeit der anbietenden Unternehmen. Diese Annahmen greifen jedoch zu kurz.

Unabhängig davon, dass das Vergaberecht gerade nicht die Beauftragung des preisgünstigsten, sondern des wirtschaftlichsten Angebotes verlangt, stehen auch die Leistungsbereitschaft und die Leistungsfähigkeit eines Bieters im Fokus der Prüfung. Zum einen lässt das Vergaberecht öffentlichen Auftraggebern erhebliche Gestaltungsspielräume, um angemessene (Mindest-) Anforderungen an die Eignung des für die Ausführung des auszuschreibenden Auftrags in Betracht kommenden Unternehmens aufzustellen. Die Leistungsfähigkeit und Leistungsbereitschaft eines Bieters kann aber auch bei der Prüfung von Ausschlussgründen relevant werden. Die Regelungen des § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB sowie des § 6 e) EU Abs. 6 Nr. 7 VOB/A ermöglichen es dem öffentlichen Auftraggeber, ein Unternehmen vom Vergabeverfahren auszuschließen, das eine wesentliche Anforderung bei der Ausführung eines früheren öffentlichen Auftrags erheblich oder fortdauernd mangelhaft erfüllt hat, sofern dies zu einer vorzeitigen Beendigung, zu Schadenersatz oder zu einer vergleichbaren Rechtsfolge geführt hat. Insoweit steht dem öffentlichen Auftraggeber ein Ermessen zu.

Die Vergabenachprüfungsinstanzen hatten seit Inkrafttreten mit der Vergaberechtsreform 2016 wiederholt Gelegenheit, diese Bestimmung auszulegen. Eine weitere Ausgestaltung der Tatbestandsvoraussetzungen dieser Bestimmung ist kürzlich mit dem Beschluss der Vergabekammer des Bundes vom 17.08.2023 – VK 2-56/23 – erfolgt.

#### **I. Dem Beschluss zugrunde liegender Sachverhalt**

Die VK Bund hatte über die Vergabe eines Auftrags von Wärmedämmarbeiten an mehreren Wohngebäuden zu entscheiden, die im Rahmen eines europaweiten offenen Verfahrens ausgeschrieben worden waren. Der Antragsteller des Nachprüfungsverfahrens (künftig: „Unternehmer“) hatte das preisgünstigste Angebot abgegeben. Das Angebot war von dem öffentlichen Auftraggeber (künftig: „Bauherr“ bzw. „Auftraggeber“) von der Wertung ausgeschlossen worden, weil der Unternehmer zweimal aufeinanderfolgend in den dem Vergabeverfahren vorausgegangen Vertragsverhältnissen so schlecht geleistet habe, dass die Aufträge gekündigt werden mussten. Der antragstellende Unternehmer hatte in zwei der streitgegenständlichen Ausschreibungen vorausgegangen separaten Vergabeverfahren jeweils den Auftrag erhalten. Beide Verträge über Arbeiten an einem Wärmedämmverbundsystem und Innenputzarbeiten waren von dem Auftraggeber gekündigt worden. Der Unternehmer hatte den Kündigungen jeweils widersprochen.

Der zu den Kündigungen führende Sachverhalt liest sich wie ein Musterbeispiel einer Auseinandersetzung zwischen einem Bauherrn und einem Unternehmer, die den koordinierten Gesamttablauf der gewerkeweise vergebenen Bauarbeiten ganz erheblich aus der Bahn wirft und zu deutlichen Verzögerungen und Mehrkosten im Projekt führt: Es gibt von Beginn an Schwierigkeiten. Der Unternehmer nimmt die Arbeiten – flankiert mit Bedenkenhinweisen und Behinderungsanzeigen – zunächst gar nicht erst in Angriff. Nachdem der Bauherr den Bedenken- und Behinderungsanzeigen widersprochen hat, werden die Leistungen zwar begonnen, jedoch nicht zu Ende geführt. Wegen der Auseinandersetzungen über die Berechtigung der Bedenkenanzeigen und notwendige Planungsänderungen werden auch Leistungen, die von diesen Fragen gänzlich unberührt sind, trotz entsprechender bauherrenseitiger Aufforderungen nicht ausgeführt. Außerdem erscheint der Unternehmer auch zu den wöchentlichen Baustellenbesprechungen (Jour-Fix-Terminen) nicht, obwohl er gemäß der Besonderen Vertragsbedingungen verpflichtet gewesen wäre, zu diesen Besprechungen einen geeigneten Vertreter zu entsenden. Von insgesamt 31 Jour-Fix-Terminen hatte das Unternehmen nur an 9 Terminen teilgenommen und das Fernbleiben bei den anderen Terminen im Wesentlichen mit Betriebsferien oder damit begründet, Arbeiten auf der Baustelle seien ohnehin nicht möglich gewesen. Man werde an den Besprechungen teilnehmen, sobald dies angebracht sei. Der Auftraggeber hatte schließlich beide, der aktuellen Ausschreibung vorausgehende Vertragsverhältnisse gekündigt. An der nachfolgenden Neuausschreibung hatte sich der Unternehmer beteiligt und wiederum das günstigste Angebot abgegeben.

#### **II. Entscheidungsgründe**

Die Vergabekammer Bund hat in dem Nachprüfungsverfahren zugunsten des öffentlichen Auftraggebers entschieden. Obgleich die Wirksamkeit der außerordentlichen Kündigungen des Auftraggebers zwischen den Parteien hoch streitig waren, hat die Ver-



gabekammer den Ausschluss des Angebotes des Antragstellers von dem im Nachgang zu den Kündigungen neu initiierten Vergabeverfahren für gerechtfertigt erklärt. Im Rahmen der Begründung dieser Entscheidung hat sich die Vergabekammer sehr intensiv mit den Argumenten des Unternehmens auseinander gesetzt, die zur Rechtfertigung der unterbliebenen Wärmedämmarbeit im Rahmen des Vorauftrags vorgebracht worden waren. Nach einer Anhörung der Parteien im Rahmen der mündlichen Verhandlung ist die Vergabekammer zu dem Ergebnis gekommen, dass ein Teil der Wärmedämmarbeiten auch dann möglich gewesen wäre, wenn die Bedenkenanzeigen der Antragstellerin zu Recht erfolgt wären. Aufgrund der fortdauernd unterbliebenen Ausführung der Wärmedämmarbeiten sei eine Hauptleistungspflicht der Ausschreibung des vorangegangenen Auftrags fortdauernd und erheblich verletzt worden. Infolge dessen sei es nicht nur zu Verzögerungen bei den unmittelbaren Dämmarbeiten gekommen, sondern es seien auch weitere Gewerke auf der Baustelle mitbetroffen gewesen. Der von dem Unternehmen verursachte Verzug der Dämmarbeiten habe zu einer späteren Bereitstellung des Wohnraums und damit auch zu verringerten Mieteinnahmen des Auftraggebers geführt. Bereits dies genügt der Vergabekammer, eine fortdauernd mangelhafte Erfüllung einer wesentlichen Anforderung eines früheren Auftrags anzunehmen, die zu einer vorzeitigen Beendigung bzw. zu Schadenersatzansprüchen des Auftraggebers im Sinne von § 6e) EU Abs. 6 Nr. 7 VOB/A geführt habe.

Die Vergabekammer begründet die Entscheidung darüber hinaus mit der unterbliebenen Teilnahme des Unternehmers an den Jour-Fix-Terminen. Die Vergabekammer stellt heraus, dass es sich auch bei der Teilnahme an den Jour-Fix-Terminen um eine wesentliche Anforderung beider Voraufträge handelt. Ausschlaggebend für das Kriterium der Wesentlichkeit des § 6 e) EU Abs. 6 Nr. 7 VOB/A sei die Bedeutung der jeweiligen Anforderung für den öffentlichen Auftraggeber. Es komme mithin darauf an, wie sich eine mangelhafte Erfüllung der Anforderung für den öffentlichen Auftraggeber auswirke. Soweit die Antragstellerin sich auf den Standpunkt gestellt habe, im Rahmen der Jour-Fix-Termine würden nur die Baustände der einzelnen Gewerke erhoben, für die Diskussion ihrer konkreten Bedenken bezüglich der Ausführung der Wärmedämmarbeiten sei keine Zeit gewesen, habe der Unternehmer vertragswidrig seine eigene Einschätzung zur Sinnhaftigkeit der Teilnahme zum Maßstab seiner Pflicht der Teilnahme an den Jour-Fix-Terminen gemacht. Der Auftraggeber habe aber nachvollziehbar ausgeführt, dass gerade auch in den kritischen Phasen, in denen der Unternehmer seiner Auffassung nach keine Arbeiten erledigen konnte, ein erhöhter Absprachebedarf bestanden habe. Die Verzögerungen bei dem Gewerk des Unternehmers habe sich ersichtlich auch auf andere Gewerke ausgewirkt. Schon aus diesem Grunde sei eine Teilnahme des Unternehmers an den Besprechungen erforderlich gewesen, um jedenfalls zu Dauer und Umfang der Verspätung Auskunft zu geben. Auch die Nichtteilnahme des Unternehmers an den Jour-Fixes ohne tragfähige Entschuldigung seien als erhebliche und fortdauernde Verletzungen wesentlicher Anforderungen der vorangegangenen Aufträge anzusehen.

Die Vergabekammer hat es für unerheblich gehalten, dass bisher keine gerichtliche Prüfung der Rechtmäßigkeit der auftraggeberseitigen Kündigungen vorlagen. Entscheidend für die Rechtfertigung des Ausschlusses des Angebotes von der Wertung sei,

dass der Auftraggeber von der vorherigen Schlechtleistung eine Gewissheit erlangt habe, die „vernünftigen Zweifeln Schweigen gebietet“ und das ihm durch § 6 e) EU Abs. 6 Nr. 7 VOB/A eingeräumte Ermessen pflichtgemäß ausgeübt habe. Dies sei vorliegend der Fall.

### III. Relevanz für die Praxis

Die Entscheidung der VK Bund vom 17.08.2023 – VI 2-56/23 zeigt erneut auf, dass nicht nur die fortlaufende erhebliche Verletzung von direkt den Vertragsgegenstand betreffenden Pflichten zum Ausschluss von nachfolgenden Vergabeverfahren führen kann. Diese Konsequenz kann sich auch bei fortlaufenden und erheblichen Verletzungen des kaufmännischen Teils eines öffentlichen Auftrags – hier der Pflicht zur Teilnahme an Baubesprechungen – ergeben. Der EuGH (Urteil vom 03.10.2019 – Rs. C-267/18) und das OLG Frankfurt a. M. (Beschluss vom 03.05.2018, 11 Verg 5/18) hatten insoweit bereits festgestellt, dass ein ungenehmigter Nachunternehmereinsatz einen, den Ausschluss von einem Vergabeverfahren rechtfertigenden, erheblichen oder dauerhaften Mangel bei der Erfüllung einer wesentlichen Anforderung eines früheren öffentlichen Auftrags begründen kann. Der nun ergangene Beschluss des VK Bund reiht sich in diese Entscheidungen ein. Der Beschluss zeigt außerdem anschaulich die Anforderungen der Vergabenachprüfungsinstanzen an die Dokumentation der Ermessensausübung. Der Sachverhalt, der der Ausschlussentscheidung zugrunde liegt, ist vollständig zu ermitteln. Auf Basis des Sachverhalts muss sich prognostizieren lassen, dass es dem Unternehmen auch hinsichtlich der mangel- bzw. verzögerungsfreien Leistung im Rahmen des ausgeschriebenen Auftrags an der erforderlichen Zuverlässigkeit fehlen wird. Lässt sich auf Basis des Sachverhalts feststellen, dass keine Gewähr für ein kooperatives Zusammenarbeiten vorliegt, da Schlechtleistungen nebst ihrer wirtschaftlichen Auswirkungen mit hinreichender Gewissheit festgestellt werden können, kann dem öffentlichen Auftraggeber der Ausschluss eines Bieters von einem Vergabeverfahren nicht unangemessen vorgeworfen werden.



**Dr. Annette Mussinghoff-Siemens**

Rechtsanwältin und Notarin mit Amtssitz in Bielefeld  
Fachanwältin für Bau- und Architektenrecht  
Fachanwältin für Vergaberecht  
annette.mussinghoff-siemens@brandi.net

Dr. Christian Kollmeier

**Tatsächliche Kosten als maßgebliches Kriterium für die Nachtragsvergütung****Anmerkung zu OLG Hamm, Urteil vom 09.02.2023 – 24 U 77/21 (NJW 2023, 1739)**

Zum 01.01.2018 trat das neue Bauvertragsrecht des BGB (§§ 650a ff. BGB) in Kraft. Seitdem wird insbesondere in der rechtswissenschaftlichen Literatur, mittlerweile aber auch in der Rechtsprechung diskutiert, ob die neu geschaffenen Regelungen der §§ 650b und 650c BGB bzgl. angeordneter Leistungsänderungen und deren Vergütung dazu führen, dass sich auch bei Vereinbarung der VOB/B und damit von § 2 Abs. 5 und § 2 Abs. 6 VOB/B die Vergütung für geänderte oder zusätzliche Leistungen nach den tatsächlichen Kosten richtet oder ob die Urkalkulation fortzuschreiben ist (sog. vorkalkulatorische Preisfortschreibung). Das Urteil des OLG Hamm vom 09.02.2023 (24 U 77/21 – NJW 2023, 1739) – wie auch mittlerweile ergangene Urteile anderer Obergerichte – zeigt, dass die Tendenz in der obergerichtlichen Rechtsprechung eindeutig dahin geht, dass auch bei Verträgen außerhalb des Anwendungsbereichs von § 650b und § 650c BGB der dort verankerte Rechtsgedanke, dass sich die Nachtragsvergütung nach den tatsächlichen Kosten bemisst, Anwendung findet.

**Dem Urteil zugrunde liegender Sachverhalt**

Die Besonderheit des vom OLG Hamm zu entscheidenden Sachverhalts war, dass streitgegenständlich ein Werkvertrag war, der nach dem bis zum 31.12.2017 geltenden BGB zu beurteilen war. Die damals geltenden Bestimmungen im BGB sahen ausdrücklich weder ein Anordnungsrecht des Auftraggebers noch Regelungen dazu vor, wie bei Nachträgen die Vergütung richtigerweise zu ermitteln ist.

In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt hatte die Auftraggeberin den Unternehmer mit der Ausführung von Putzarbeiten an einer noch zu errichtenden Gartenmauer beauftragt. Bei der Beauftragung war vorgesehen, dass die Gartenmauer eine zu verputzende Fläche von „ca.“ 102,86 m<sup>2</sup> haben sollte. Nach Vertragsschluss änderte die Auftraggeberin die Planung für die Mauer, so dass sich die zu verputzende Fläche tatsächlich um ca. 20 % erhöhte. Da der Unternehmer den Beginn der Ausführung der Arbeiten davon abhängig machte, dass die Auftraggeberin ihm einen Vorschuss zahlen und zusagen sollte, eine Mehrvergütung für die nachträglich geänderte Leistung (größere zu verputzende Fläche) zu zahlen, und der Unternehmer mangels entsprechender Reaktion der Auftraggeberin die Leistung verweigerte, kündigte die Auftraggeberin den Werkvertrag und beauftragte einen Dritten mit der Ausführung der Arbeiten. Die ihr durch die Beauftragung des Dritten angeblich entstandenen Mehrkosten verlangte sie sodann klageweise von dem Unternehmer, erhielt vom Landgericht Münster allerdings nur einen Teilbetrag zugesprochen. Beide Parteien legten gegen das Urteil Berufung zum OLG Hamm ein.

**Vorliegend relevante Entscheidungsgründe**

Aufgrund der von dem Unternehmer eingelegten Berufung musste sich das OLG Hamm mit der Frage auseinandersetzen, ob und in welcher Höhe durch die Ausführung der Arbeiten durch den Dritten tatsächlich Mehrkosten entstanden waren. Grundlage hierfür war die zutreffende Auffassung sowohl des Landgerichts

Münster als auch des OLG Hamm, das mangels vertraglicher Vereinbarung der Unternehmer den Beginn der Ausführung der Arbeiten nicht von einem Vorschuss abhängig machen durfte, sodass die Auftraggeberin berechtigt war, den Werkvertrag aus wichtigem Grund zu kündigen.

Das OLG führt in den Entscheidungsgründen sehr ausführlich dazu aus, dass auch aus sonstigen Gründen kein Leistungsverweigerungsrecht des Unternehmers bestand. Danach durfte der Unternehmer die Aufnahme der Arbeiten u. a. nicht davon abhängig machen, dass die Auftraggeberin ihm bestätigte, die von ihm verlangte Mehrvergütung für die geänderte Fläche der Mauer zu bezahlen. Das OLG verweist in diesem Zusammenhang darauf, dass sich zwar für den Unternehmer aus § 242 BGB ein Leistungsverweigerungsrecht ergeben könne, wenn die Auftraggeberin eine tatsächlich bestehende zusätzliche Vergütungspflicht von vornherein endgültig in Abrede stelle und es daher schon vor Ausführungsbeginn absehbar sei, dass der Unternehmer die höhere Vergütung wird gerichtlich durchsetzen müssen. Allerdings habe dabei eine Abwägung der widerstreitenden Interessen gemäß der Umstände des Einzelfalls (zu erwartende Erschwernisse für den Unternehmer, Umfang der Vergütungserhöhung, wechselseitiges Verhalten der Vertragspartner unter Berücksichtigung des Kooperationsgebotes). Bei Anwendung dieser Grundsätze kommt das OLG Hamm in dem zugrunde liegenden Sachverhalt dazu, dass ein Leistungsverweigerungsrecht nicht bestand.

Um zu ermitteln, welche tatsächlichen Mehrkosten der Auftraggeberin durch die Beauftragung des Dritten entstanden sind, musste sich das OLG Hamm anschließend mit der Frage beschäftigen, welche Vergütung die Auftraggeberin an den Unternehmer hätte zahlen müssen, hätte dieser die Arbeiten ausgeführt. In diesem Zusammenhang findet sich in den Entscheidungsgründen fast beiläufig der Hinweis, dass „der Senat mit Blick auf die Entscheidung des BGH vom 8.8.2019 (BGHZ 223, 45 = NJW 2020, 337 Rn. 29 ff.; s. jetzt auch § 650 C BGB) dafür [halte], dass der höhere Vergütungsanspruch anhand der tatsächlichen Mehrkosten zuzüglich angemessener Aufschläge zu bemessen ist“. Eine weitergehende Begründung enthält das Urteil des OLG Hamm hierzu nicht. In der Folge hat das OLG die dem Unternehmer demnach bei Ausführung der geänderten Leistungen zustehende Vergütung bei der Bewertung der Mehrkosten, die der Auftraggeberin durch die Drittbeauftragung entstanden sind, berücksichtigt.

**Bedeutung für die Praxis**

Auch wenn der Bundesgerichtshof in seinem Urteil vom 08.08.2019 allein für den Fall des Einheitspreisvertrages gemäß VOB/B und der Mengenmehrung entschieden hat, dass der nach § 2 Abs. 3 VOB/B neu zu bildende Einheitspreis anhand der tatsächlichen Mehr- und Minderkosten zuzüglich angemessener Aufschläge zu berechnen ist, zeigt das Urteil des OLG Hamm, dass gleiches gelten dürfte für die Bemessung der Vergütung bei geänderten oder zusätzlichen Leistungen. Der vom OLG Hamm zu entscheidende Sachverhalt betraf dabei zwar einen ausschließlich nach dem BGB in der bis zum 31.12. 2017 geltenden Fassung zu beurteilenden Werkvertrag. Es ist aber – auch unter Berücksichtigung der weiteren hierzu ergangenen obergerichtlichen Entscheidungen (u. a. KG Berlin BauR 2019, 1931 ff.; OLG Köln BauR 2021, 973) – davon auszugehen, dass die Gerichte künftig auch bei gemäß § 2 Abs. 5 und § 2 Abs. 6 VOB/B zu beurteilenden geänderten und zusätzlichen Leistungen die Auf-

fassung vertreten werden, dass für die zutreffende Bemessung der Nachtragsvergütung die tatsächlichen Kosten zuzüglich angemessener Zuschläge maßgeblich sind. Das OLG Hamm sah sich dabei nicht einmal veranlasst, seine Rechtsauffassung näher zu erläutern, sondern hat allein auf das Urteil des BGH vom 08.08.2019 verwiesen.

Etwas anderes gilt schon nach dem Urteil des BGH vom 08.08.2019 dann, wenn sich den vertraglichen Vereinbarungen der Parteien etwas anderes entnehmen lässt. Wer also – wie bisher im Rahmen von § 2 Abs. 5 und § 2 Abs. 6 VOB/B üblich – auch weiterhin die Vergütung für geänderte oder zusätzliche Leistungen über eine Fortschreibung der Urkalkulation berechnen möchte, sollte dies künftig in Bauverträgen ausdrücklich vereinbaren.

Das Urteil des OLG Hamm ist daneben auch deshalb für die Praxis von Bedeutung, da das OLG im Einzelnen darlegt, unter welchen Voraussetzungen der Unternehmer zur Verweigerung der Leistung berechtigt sein kann. Dabei gilt es zu berücksichtigen, dass die Leistungsverweigerung als größtmögliche Konfrontation zu werten ist und daher nur in Ausnahmefällen und nach vorheriger eingehender Prüfung der Voraussetzungen und möglichen Konsequenzen von dem Unternehmer in Betracht gezogen werden sollte.



**Dr. Christian Kollmeier**  
Rechtsanwalt und Notar mit Amtssitz in Bielefeld  
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht  
christian.kollmeier@brandi.net

Andreas Wiemann

### **Änderung der Rechtsprechung des BGH: Nunmehr einheitliche Hemmung der Verjährung durch selbstständiges Beweisverfahren**

Durch die Zustellung des Antrags auf Durchführung eines selbstständigen Beweisverfahrens (§§ 485 ff. ZPO) wird gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 7 BGB die Verjährung von Mängelansprüchen gehemmt. Gemäß § 204 Abs. 2 S. 1, 2. Alt. BGB endet diese Hemmung 6 Monate nach der (anderweitigen) Beendigung des Verfahrens.

Zur Frage der Beendigung hat der für das Baurecht VII. Senat des BGH in seinem Urteil vom 25. Juni 2023 – VII ZR 881/21 – nunmehr unter Aufgabe seiner bisherigen davon abweichenden Rechtsprechung eine für die Praxis wichtige und damit relevante Entscheidung getroffen.

Zunächst hält der BGH an seiner ständigen Rechtsprechung fest, wonach eine anderweitige Beendigung im vorgenannten Sinn grundsätzlich mit der sachlichen Erledigung der beantragten Beweissicherung eintrete.

Hierzu führt er aus, dass bei einer Beweiserhebung durch ein schriftliches Sachverständigengutachten eine Beendigung mit dessen Übersendung an die Parteien eintrete, wenn das Gericht keine Frist zur Stellungnahme gesetzt habe und die Parteien innerhalb eines angemessenen Zeitraumes keine Einwendungen gegen das Gutachten oder das Gutachten betreffende Anträge oder Ergänzungsfragen dem Gericht mitgeteilt hätten. Habe das Gericht eine Frist zur Stellungnahme gesetzt, ohne dass die Parteien eine Stellungnahme im vorgenannten Sinn abgegeben hätten, so ende das Verfahren grundsätzlich mit Ablauf der gesetzten Frist.

Nach bisheriger ständiger Rechtsprechung des VII. Zivilsenats des BGH nach seinem Urteil vom 3. Dezember 1992 – VII ZR 86/92 – trug jeder Mangel ein rechtlich eigenes „Verjährungsschicksal“. Danach endete die Hemmung der Verjährung bei mehreren voneinander unabhängigen Mängeln desselben Bauvorhabens mit dem Abschluss der Beweissicherung hinsichtlich eines jeden dieser Mängel selbstständig, auch wenn die verschiedenen Mängel und Sachverständigengutachten Gegenstand nur eines, formal zusammengefassten selbstständigen Beweisverfahrens geworden waren. Die herrschende Meinung in Rechtsprechung und Literatur folgte dieser Auffassung (u.a. OLG Oldenburg, Urteil v. 20. August 2019 – 13 U 60/16 –; OLG Hamm, Urteil v. 16. Dezember 2008 – 21 U 117/08 –; Münch-KommBGB – Grothe, 9. Aufl., § 204, Rn. 103). Nach anderer Auffassung, insbesondere auch im juristischen Schrifttum, der auch in ausdrücklicher Abkehr zur bisherigen Rechtsprechung des BGH das OLG Stuttgart in der Vorinstanz gefolgt war (Urteil v. 30. November 202 – 10 U 58/21 –) ende eine Hemmung der Verjährung für alle Mängel, welche Gegenstand eines selbstständigen Beweisverfahrens sind, gleichmäßig und die Verjährungsfrist beginnt erst mit einer Gesamtbeendigung eines selbstständigen Beweisverfahrens wieder zu laufen (vgl. u.a. Kalle NZBau 2023, 215; Schweel, BauR 2022, 1564 (1565)).

Der BGH hat seinem oben genannten Urteil vom 22. Juni 2023 seine bisherige Rechtsprechung zum Ende der Verjährungshemmung nunmehr aufgegeben und sich der abweichenden Mindermeinung angeschlossen.

Danach ist für die sachliche Erledigung der beantragten Beweissicherung und damit für das Ende der Hemmung der Verjährung grundsätzlich das Ende der gesamten Beweisaufnahme rechtlich entscheidend. Dies gilt nach dem BGH unter anderem unabhängig davon, ob in einem selbstständigen Beweisverfahren die Sicherung des Beweises hinsichtlich nur eines Mangels oder mehrerer, möglicherweise auch voneinander unabhängiger, Mängel statfinde und auch rechtlich ohne Rücksicht darauf, ob die Beweissicherung durch Begutachtung durch einen oder mehrere Sachverständige erfolge.

Zur Begründung weist das Gericht darauf hin, die Rechtssicherheit gebiete es, die formale Regelung des § 204 Abs. 2 S. 1, 2. Alt. BGB eng am Wortlaut auszulegen. Das Gesetz spreche von einer anderweitigen Beendigung „des“ eingeleiteten „Verfah-



rens“. Hieraus folge, dass das selbstständige Beweisverfahren insgesamt erledigt sein müsse, sodass eine teilweise Beendigung im Hinblick auf einzelne Beweisgegenstände (Mängel) nicht ausreichen. Diese Auslegung entspreche im Übrigen auch dem Willen des Gesetzgebers. Auch der Sinn und Zweck des § 204 BGB, den Schuldner zu warnen, dass er sich auf eine Inanspruchnahme auch noch nach Ablauf der ursprünglichen Verjährungsfrist einstellen müsse, unterstütze die vorgenommene Auslegung.

Weiter betont der BGH ausdrücklich, dass insbesondere auch prozessökonomische Erwägungen für die von ihm nunmehr vertretene Auffassung sprächen. Denn es sei für die Parteien unnötig umständlich und zeitaufwändig, wenn eine Partei gezwungen wäre, Ansprüche aus einzelnen im selbstständigen Beweisverfahren abschließend begutachteten Mängeln klageabweisend geltend zu machen, nur um ein Ende der Verjährungshemmung zu verhindern, während andere Mängel noch weiter im Verfahren begutachtet würden. Hierbei könne sich dann auch rechtlich die Notwendigkeit ergeben, sukzessiv weitere Mängelansprüche nach Abschluss der jeweiligen Begutachtung durch Klageerweiterungen in den Rechtsstreit einzuführen. Dies widerspreche insbesondere den dem mit einem selbstständigen Beweisverfahren verfolgten Zweck der Vermeidung eines Rechtsstreits (Klage). Außerdem komme eine gütliche Einigung zwischen den Parteien eher zustande, wenn über alle behaupteten Mängel rechtliche Klarheit bestehe. Erst dann sei ein den gesamten Streit beendender Vergleich möglich.

Der BGH betont in seinem Urteil aber ausdrücklich, dass Ansprüche wegen mehrerer, voneinander unabhängiger Mängel grundsätzlich weiterhin selbstständig verjähren.

Für das Ende der Verjährung kommt der rechtlichen Selbstständigkeit eines Mängelanspruchs jedoch keine eigenständige rechtliche Relevanz zu. Denn bei der Bestimmung des Endes der Hemmung komme es allein auf die Beendigung des selbstständigen Beweisverfahrens an. Unabhängig von der Anzahl der verfahrensgegenständlichen Mängel bleibe es insoweit dabei, dass es sich um „ein einziges“ Verfahren handle, dessen gesamte Beendigung durch sachliche Erledigung rechtlich maßgeblich sei.

Der BGH hat mit seiner Entscheidung eine von vielen Seiten der Praxis lange erhoffte „Kehrtwendung“ vorgenommen. Insbesondere der vom VII. Senat hervorgehobene Aspekt der Prozessökonomie führt zu einer Vereinfachung der Vorgehensweise, da nunmehr rechtlich kein Zwang mehr besteht, allein aus dem Grund einer drohenden Verjährung neben einem weiter laufenden selbstständigen Beweisverfahren wegen einzelner Mängel Klage zu erheben und eine laufende Klage möglicherweise sukzessive durch weitere Mängelansprüche erweitern zu müssen.

Damit einher könnte auch das nicht selten auftretende rechtliche Problem etwas an Bedeutung verlieren, dass nach der Symptom-Rechtsprechung des BGH die Hemmung der Verjährung für alle Mängel und Mängelansprüche wirkt, die mit dem von einem Antragsteller im selbstständigen Beweisverfahren beschriebenen „äußeren Erscheinungsbild“ zusammenhängen, und sich dabei die Frage stellt, ob und wenn ja, inwieweit im Einzelfall ein solcher Zusammenhang zu bejahen ist.



**Andreas Wiemann**

Rechtsanwalt

Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

[andreas.wiemann@brandi.net](mailto:andreas.wiemann@brandi.net)

Dr. Sören Kramer

**Die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung: Nicht in Marmor gemeißelt!**

Der Grundsatz „kein Lohn ohne Arbeit“ wird in vielen Fällen durchbrochen – so etwa im Falle der Erkrankung des Arbeitnehmers. Gemäß § 3 EFZG erhält der Arbeitnehmer sein Entgelt für die Dauer von maximal sechs Wochen weitergezahlt, obwohl er seine Arbeitsleistung nicht erbringt. Der Arbeitnehmer muss aber beweisen, dass er infolge Krankheit arbeitsunfähig ist. Dies geschieht in aller Regel durch Vorlage der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung (AUB), neuerdings in den meisten Fällen in elektronischer Form.

Dass eben diese AUB jedoch nicht in jedem Fall den Beweis für das Vorliegen einer Erkrankung erbringen kann, hat das BAG bereits im Jahre 2021 festgestellt: „ernsthafte Zweifel“ an der Erkrankung des Arbeitnehmers können den Beweiswert der AUB erschüttern. Dies bedeutet: Hat der Arbeitgeber „ernsthafte Zweifel“ an der Erkrankung des Arbeitnehmers, so reicht die AUB allein nicht aus, um den Beweis zu erbringen.

Es drängt sich folgende Frage auf: Wann liegen denn „ernsthafte Zweifel“ an der Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers vor und wann nicht?

1. Das Bundesarbeitsgericht (BAG) gesteht dem Arbeitgeber „ernsthafte Zweifel“ in dem im Jahre 2021 entschiedenen Fall zu: Die Arbeitnehmerin kündigte das Arbeitsverhältnis durch Eigenkündigung am 08.02.2019 zum 22.02.2019. Zeitgleich mit der Kündigung reichte die Arbeitnehmerin zusätzlich eine auf den 08.02.2019 datierte AUB ein, aus der eine Arbeitsunfähigkeit vom 08.02.2019 bis zum 22.02.2019 hervorging.

Der entscheidende Faktor für das Vorliegen der „ernsthafte Zweifel“ ist nach dem BAG das zeitliche Zusammentreffen zwischen bescheinigter Arbeitsunfähigkeit und dem Beginn bzw. dem Ende der Kündigungsfrist.

2. Keine „ernsthafte Zweifel“ durfte der Arbeitgeber nach einer Entscheidung des LAG Niedersachsen im folgenden Fall haben: Der Arbeitnehmer legte am 02.05.2022 eine AUB für den Zeitraum vom 02.05.2022 bis zum 06.05.2022 vor. Darauf kündigte die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis zum 31.05.2022. Durch Folgebescheinigungen wurde eine Arbeitsunfähigkeit des Klägers bis zum 31.05.2022 festgestellt.

Worin liegt der kleine, aber entscheidende Unterschied zum erstgenannten Fall? Der Arbeitnehmer hat hier zuerst eine AUB vorgelegt, erst dann hat die Arbeitgeberin die Kündigung ausgesprochen. Daher konnte der Arbeitnehmer nicht erst durch eine arbeitgeberseitige Kündigung dazu motiviert worden sein, einen Arzt aufzusuchen und eine AUB ausstellen zu lassen.

3. Ebenfalls verneint hat das Landesarbeitsgericht Mecklenburg-Vorpommern das Vorliegen „ernsthafte Zweifel“ im folgenden Fall: Der Arbeitnehmer kündigte das Arbeitsverhältnis durch Eigenkündigung am 28.02.2022 zum 31.03.2022. Zunächst arbeitete der Arbeitnehmer bis zum 10.03.2022 weiter. Am 11.03.2022 (Freitag) hatte der Arbeitnehmer einen Tag Urlaub. Er ließ den Büroschlüssel und den Schlüssel zum Aktenschrank auf

dem Schreibtisch seines Büros. Private Gegenstände des Arbeitnehmers befanden sich dort nicht. Am 14.03.2022 reichte der Arbeitnehmer eine AUB ein, welche eine Arbeitsunfähigkeit bis zum 31.03.2022 bescheinigte.

Die Arbeitgeberin trug vor, die „ernsthafte Zweifel“ ergäben sich daraus, dass der Arbeitnehmer seine Schlüssel auf dem Schreibtisch gelassen hat und dass sich keine privaten Gegenstände in dem Büro befunden haben. Diese Umstände können jedoch nach Auffassung des Gerichts für sich gesehen keine „ernsthafte Zweifel“ begründen. Zum einen sei es nicht unüblich, dass Arbeitnehmer auf eine Ausstattung des Arbeitsplatzes mit persönlichen Gegenständen verzichten. Zum anderen habe der Arbeitnehmer seine Schlüssel auf dem Schreibtisch nach Überzeugung des Gerichts schlicht vergessen.

**Zusammenfassend lässt sich folgendes festhalten:**

Der Arbeitgeber hat die Möglichkeit, bei Vorliegen „ernsthafte Zweifel“ an der Erkrankung des Arbeitnehmers den Beweiswert der AUB zu erschüttern. Gelingt ihm dies, muss der Arbeitnehmer seine Erkrankung beispielsweise durch Entbindung des Arztes von der Schweigepflicht beweisen. Wann aber „ernsthafte Zweifel“ vorliegen lässt sich nicht pauschal beantworten. Vielmehr ist dies Sache des Einzelfalls. Die Hürden für das Vorliegen „ernsthafte Zweifel“ dürften jedoch hoch sein, wie die beiden letztgenannten Fallkonstellationen zeigen.



**Dr. Sören Kramer**  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Arbeitsrecht  
[soeren.kramer@brandi.net](mailto:soeren.kramer@brandi.net)



# DR. LINDA SCHÄFER PRIVAT

## WARUM BRANDI?

Bevor ich am 01.08.2023 zu BRANDI kam, war ich in einer Sozietät in Minden als Rechtsanwältin und Fachanwältin für Bau- und Architektenrecht tätig. Zur Bewerbung bei BRANDI haben mich nicht nur die breit gefächerte fachliche Expertise, die überregionale Vernetzung der Sozietät und die individuellen Entwicklungsmöglichkeiten motiviert, sondern auch die Unternehmensphilosophie, die geprägt ist durch ein Miteinander und eine offene Kommunikation unter den Kollegen. Ich freue mich sehr, nun zu diesem Team zu gehören, das diese Philosophie lebt und mir die Möglichkeit gibt, mich fachlich weiter zu spezialisieren und mit fünf Experten im Fachbereich Baurecht weiter zu wachsen.

## WAS TREIBT MICH AN?

Jeder neue Fall! Denn jeder Fall ist anders und gespickt von neuen, individuellen Fragestellungen. Gemeinsam mit dem Mandanten Lösungen zu entwickeln, seine Rechte durchzusetzen und für den Mandanten die bestmögliche Gestaltung seiner Rechtsan gelegenheit zu erreichen, ist mein Ziel und Antrieb. Besonders motivierend ist es dabei, wenn Mandanten mir immer wieder ihr Vertrauen schenken und mich in Rechtsfragen zurate ziehen, sodass sich dabei dauerhafte Mandatsbeziehungen entwickeln. Solche langjährigen Verbindungen sind das größte Lob für die eigene Tätigkeit.

## AUSSER DEM JOB GIBT ES NOCH?

In meiner Freizeit bin ich als Trainerin in einem kleinen Sportverein in Petershagen tätig und trainiere derzeit 9 Mädchen im Alter zwischen 10 und 11 Jahren im Kunstturnen. Über mehr als 15 Jahre war ich selbst aktive Turnerin. Die erworbenen Erfahrungen möchte ich gern weitergeben. Drei- bis viermal im Jahr fahre ich mit den Mädchen zu Wettkämpfen, bei denen ich als Kampf richterin die Übungen am Sprung, Stufenbarren, Schwebebalken und Boden bewerte. Es bereitet einfach nur Freude, mit den Mädchen den ein oder anderen Erfolg zu feiern und ihnen zuzusehen, wie sie immer mehr dazulernen und besser und besser werden. Meine zweite Leidenschaft ist das Snowboarden. Einmal im Jahr genieße ich die Zeit auf den Pisten in den Bergen Österreichs oder Italiens. Dabei kann ich so richtig abschalten.

## HIGHLIGHTS AUS MEINER HEIMAT?

Meine Heimat, Petershagen, ist durch Felder, kleine Seen, Wiesen und Wälder geprägt, die zahlreiche Möglichkeiten zum Rad fahren, Spaziergehen und Verweilen bieten, welche ich so oft wie möglich gern nutze. Kleinere und größere Radtouren mit den verschiedenen Einkehrmöglichkeiten, z. B. entlang der Weser, haben einen tollen Erholungswert.





**Bielefeld**

Adenauerplatz 1  
33602 Bielefeld  
T +49 521 96535 - 0  
F +49 521 96535 - 99  
E [bielefeld@brandi.net](mailto:bielefeld@brandi.net)

**Detmold**

Lindenweg 2  
32756 Detmold  
T +49 5231 9857 - 0  
F +49 5231 9857 - 50  
E [detmold@brandi.net](mailto:detmold@brandi.net)

**Gütersloh**

Thesings Allee 3  
33332 Gütersloh  
T +49 5241 5358 - 0  
F +49 5241 5358 - 40  
E [guetersloh@brandi.net](mailto:guetersloh@brandi.net)

**Paderborn**

Rathenaustraße 96  
33102 Paderborn  
T +49 5251 7735 - 0  
F +49 5251 7735 - 99  
E [paderborn@brandi.net](mailto:paderborn@brandi.net)

**Minden**

Stiftsallee 4  
32425 Minden  
T +49 571 83706 - 0  
F +49 571 83706 - 66  
E [minden@brandi.net](mailto:minden@brandi.net)

**Hannover**

Adenauerallee 12  
30175 Hannover  
T +49 511 899379 - 0  
F +49 511 899379 - 77  
E [hannover@brandi.net](mailto:hannover@brandi.net)

**Paris**

44, Avenue des Champs Elysées  
F-75008 PARIS  
T +33 1 44 95 20 00  
F +33 1 49 53 03 97  
E [info@kleinwenner.eu](mailto:info@kleinwenner.eu)

**Beijing**

Grandall Law Firm  
9th Floor Taikang Financial Tower  
No. 38 North Road East Third Ring  
Choayang  
Beijing (Peking) 100026  
T +86 10 65 89 06 99  
F +86 10 58 13 77 88  
E [peking@brandi.net](mailto: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](mailto:patrizia.ferrara@brandi.net)) gern zur Verfügung.