

**BRANDI**  
RECHTSANWÄLTE



Oktober 2022

Liebe Leserinnen und liebe Leser,

warum wir im Herbst noch über das „Osterpaket“ sprechen, erfahren Sie in dieser Ausgabe unseres BRANDI Reports.

Unsere Kompetenzgruppe Öffentliches Recht hat am Puls der Zeit für Sie einmal auf die Gasmangellage und auf die Bewegung im Emissionsschutzrecht geschaut.

In welchem Fall Standorte für Windenergieanlagen frei gewählt werden können und welche Voraussetzungen dazu vorliegen müssen, werden erläutert. Wilhelm Busch kommt zu Wort, wenn es um eine Terminverlegung im Zusammenhang mit einer Unwetterwarnung geht.

Die Kolleginnen und Kollegen aus der Kompetenzgruppe Privates Baurecht, Immobilienplanung und -errichtung schauen u. a. auf eine spannende Entscheidung des BGH zum Thema der kurzen Verjährungsfrist für Erfüllungsansprüche aus dem Bauvertrag,

unter welchen Voraussetzungen eine Schiedsgutachtenabrede einem selbstständigen Beweisverfahren den Weg versperrt und viele andere spannende Themen.

Weiterhin finden Sie praktische Hinweise, ob Ihre Immobilie aufgrund der Veränderung des Klimas im Hinblick auf Überschwemmung und Tornados ausreichend versichert ist.

Wir freuen uns sehr, Ihnen unsere Kollegin Frau Vanessa Kipp und unseren Kollegen Herrn Salvatore Figuccio näher vorzustellen.

Wir wünschen Ihnen viel Vergnügen bei der Lektüre und eine schöne Herbstzeit.

Ihr BRANDI Team



# NEUES AUS DEM BRANDI TEAM



## Bianca Funcke

studierte Rechtswissenschaft an der Universität Bielefeld mit dem Schwerpunkt „Private Rechtsgestaltung und Prozessführung“ und absolvierte 2022 ihr erstes Staatsexamen. Während des Studiums war sie als studentische Hilfskraft am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Verfahrens- und Unternehmensrecht tätig.

Frau Funcke verstärkt seit April 2022 das BRANDI Team in Gütersloh als wissenschaftliche Mitarbeiterin im Bereich des Notariats.



## Dr. Sonja Dieckmann

studierte an der Universität Bielefeld und promovierte dort. Ihre Stationen während des Referendariats im Oberlandesgerichtsbezirk Hamm absolvierte sie u. a. bei BRANDI in Bielefeld. Sie ist weiterhin an der Universität Bielefeld wissenschaftlich tätig.

Dr. Sonja Dieckmann verstärkt das Dezernat Gesellschaftsrecht in Bielefeld seit Juli 2022.



## Mia Labasch

studierte an der Universität Bielefeld und hat im Mai 2022 ihr erstes Staatsexamen abgeschlossen. Sie belegte das Schwerpunktstudium „Europäisches sowie Internationales Zivil- und Verfahrensrecht“ und arbeitete während ihres Studiums als studentische Hilfskraft am Lehrstuhl von Prof. Dr. Markus Artz.

Frau Labasch ist seit Mai 2022 für uns als wissenschaftliche Mitarbeiterin tätig und verstärkt das Dezernat Vergaberecht in Bielefeld insbesondere bei der Durchführung von Vergabeverfahren.



## Frank Modrow

studierte an der Universität Bielefeld mit dem Schwerpunktstudium Private Rechtsgestaltung und Prozessführung. Seine Stationen während des Referendariats am Landgericht Bielefeld absolvierte er u. a. bei Froebel Australia in Sydney und bei BRANDI in Bielefeld.

Vor seiner jetzigen Tätigkeit bei BRANDI war Herr Modrow mehrere Jahre in Hamburg bei einer Verbraucherschutzorganisation tätig und verantwortete dort u. a. Verbandsklageverfahren im Versicherungsrecht. Er verstärkt seit September 2022 das Notariat in Bielefeld insbesondere im Bereich der Urkundenerstellung im Immobilienrecht.

<b>Neues aus dem BRANDI Team</b>	<b>3</b>
<b>Fragen an Vanessa Kipp</b>	<b>6</b>
<b>Öffentliches Recht</b>	<b>7</b>
Prof. Dr. Martin Dippel Gasmangellage, Brennstoffwechsel und Verfahrenserleichterungen – Bewegung im Immissionsschutzrecht!	7
Nina Drücke und Dr. Christoph Jahn Weg frei für die Windenergie?	8
Felicia Deppe Aufwind für das Repowering – Die Neuerungen des § 45c BNatSchG	10
Salvatore Figuccio Windparks nur noch mit finanzieller Bürgerbeteiligung?	11
<b>Update Gesellschaftsrecht – Aktuelles und Ausblick</b>	<b>12</b>
Dr. Manfred Schröder Standortsicherung für Unternehmen in Gemengelagen	13
Dr. Nils Gronemeyer Neue Regeln zur Beurteilung von Geruchsimmissionen Notwendige Stellplätze nach der neuen Bauordnung	13 14
Salvatore Figuccio Die Öffentlichkeit der Ratssitzung und die (Un-)Wirksamkeit von Ratsbeschlüssen	14
Vanessa Kipp Zur Kalkulation von Schmutz- und Niederschlagswassergebühren in NRW (Rechtsprechungsänderung des OVG NRW)	15
Prof. Dr. Martin Dippel Der Klimawandel, die Unwetterwarnung und der Gerichtstermin	16

**Privates Baurecht, Immobilienplanung und -errichtung**

18

Dr. Annette Mussinghoff-Siemens

Kurze Verjährungsfrist für Erfüllungsansprüche aus Bauvertrag?

18

Andreas Wiemann

Schiedsgutachtenabrede vs. selbstständiges Beweisverfahren

19

Dr. Christian Kollmeier

Kein Sachmangel bei fehlender CE-Kennzeichnung?

20

Dr. Siegfried Friesen

Überschwemmungen und Tornados – nun auch bei uns

21

Greta Brakemeier

Update: Mindestsätze der HOAI 2013 bleiben im Rechtsstreit zwischen Privaten anwendbar

22

Dr. Sebastian Huck, LL.M.

Materialpreisseigerungen und mögliche vertragliche Reaktionen hierauf

23

**Vergaberecht**

25

Dr. Annette Mussinghoff-Siemens

Prüfung von Vertragsklauseln in vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren – nun doch?

25

**Fragen an Salvatore Figuccio**

27

# FRAGEN AN VANESSA KIPP

## WARUM BRANDI?

In Minden geboren und aufgewachsen kam ich seit meiner Kindheit schon oft am Kanzleischild vorbei. Daher war BRANDI mir schon immer ein Begriff. Als es im Referendariat um die Frage ging, in welcher Kanzlei ich die 9-monatige Anwaltsstation absolvieren werde, war für mich deshalb schnell klar, dass BRANDI meine erste Wahl sein wird. In der Anwaltsstation hat mich dann insbesondere die gute Atmosphäre in der Kanzlei und auch der direkte Kontakt zum Mandanten von Anfang an begeistert. Daher habe ich auch die Wahlstation im Referendariat bei BRANDI gemacht und dann unmittelbar nach dem Examen als Anwältin im Mindener Büro angefangen. Nach etwas mehr als einem Jahr als Anwältin hat sich gezeigt, dass das für mich genau die richtige Entscheidung war.

## WAS TREIBT MICH AN?

Meine Motivation ist es, für den Mandanten eine passende Lösung zu finden. Dabei begeistert mich der enge Kontakt mit den Mandanten, aber auch der Austausch mit den Kollegen bei komplexen Rechtsfragen sehr. Im Bereich des Verwaltungsrechts steht dabei auch der Austausch mit den Behörden im Vordergrund. Hier ist besonders interessant, dass das Verwaltungsrecht so viele Facetten hat. Die Mandate erstrecken sich vom Beamtenrecht, über das öffentliche Baurecht, zum Kommunalabgabenrecht und vieles mehr. Dadurch steht man immer vor neuen Fragestellungen, die es zu beantworten gilt.

## AUSSER DEM JOB GIBT ES NOCH?

Den Urlaub verbringe ich besonders gerne in den Bergen zum Wandern. Aber auch sonst bin ich gerne viel in der Natur. Wichtig ist mir auch, viel Zeit mit meiner Familie und meinen Freunden zu verbringen.

## HIGHLIGHTS AUS MEINER HEIMAT?

An Minden schätze ich, dass man viel unternehmen kann. Man kann im Wiehengebirge wandern, an der Weser entspannen, im Hiller Moor spazieren oder in den Kneipen der Innenstadt den Abend ausklingen lassen. Mit seinen rund 82.000 Einwohnern schafft es Minden aber auch große Konzerte mit 40.000 Besuchern auf die Beine zu stellen.



**Vanessa Kipp**  
Rechtsanwältin  
[vanessa.kipp@brandi.net](mailto:vanessa.kipp@brandi.net)

Prof. Dr. Martin Dippel

## Gasmangellage, Brennstoffwechsel und Verfahrens- erleichterungen – Bewegung im Immissionsschutzrecht!

Seit dem 24.02.2022 führt Russland seinen Angriffskrieg gegen die Ukraine. Daraus ist eine äußerst angespannte Lage am Gasmarkt entstanden. Das macht sich auch in den Aktivitäten des Gesetzgebers bemerkbar, u. a. im Immissionsschutzrecht als dem Zulassungsrecht der Industrie- und Energieanlagen. Bereits seit Juli 2022 gelten die §§ 31a bis 31d des Bundesimmissionsschutzgesetzes (BlmSchG), die sich mit Erleichterungen beim Brennstoffwechsel (fuel switch) bei Großfeuerungsanlagen und mittelgroßen Feuerungsanlagen befassen. Die zuständige Behörde kann nach diesen Regelungen jeweils befristet höhere Immissionsgrenzwerte zulassen. Dabei handelt es sich um Abweichungen von den Vorgaben der EU-Industriemissionsrichtlinie (Richtlinie 2010/75/EU). Abgesehen davon, dass diese schon geltenden Erleichterungen nur Feuerungsanlagen und nicht Produktionsanlagen zugutekommen, enthalten die seit Juli geltenden Regelungen der §§ 31a bis 31d BlmSchG keine eindeutigen Vorgaben zur Vereinfachung von Genehmigungsverfahren.

Der Gesetzgeber will nun „nachlegen“. Das Bundeskabinett hat Ende August 2022 eine „Formulierungshilfe für die Koalitionsfraktionen für einen aus der Mitte des Deutschen Bundestages einzubringenden Gesetzentwurf“ beschlossen, mit dem eine weitere Änderung des BlmSchG bewirkt werden soll. Mit solchen „Formulierungshilfen“ wird das Gesetzgebungsverfahren verkürzt (ähnliche Vorgehensweisen sind z. B. im Zusammenhang mit der Corona-Pandemie bekannt). Die Bundesregierung arbeitet einen Gesetzentwurf aus und stimmt ihn im Ressortkreis ab, bringt ihn aber nicht selbst in den Bundestag ein, sondern überlässt dies dem Parlament. Gegenstand des Kabinettsbeschlusses ist dann ausdrücklich nicht ein Gesetzentwurf, sondern eben eine solche „Formulierungshilfe“, in diesem Fall für die Fraktionen der „Ampel-Koalition“.

**Erleichterungen im Genehmigungsverfahren nach dem BlmSchG**  
 Gegenstand dieser Formulierungshilfe für die Koalitionsfraktionen sind Sonderregelungen zur Beteiligung der Öffentlichkeit im Rahmen bestimmter Genehmigungsverfahren nach dem BlmSchG sowie weitere Verfahrenserleichterungen. Sie gelten (nur) dann, wenn das entsprechende Verfahren in einem spezifischen, näher beschriebenen Zusammenhang mit einer ernsten oder erheblichen Gasmangellage durchzuführen ist. Wann eine solche Gasmangellage vorliegt, wird im Regelfall behördlicherseits nicht gesondert geprüft. Vielmehr knüpft dieses Tatbestandsmerkmal an die Ausrufung der Alarmstufe des Notfallplans Gas an und muss vom Anlagenbetreiber nicht erneut nachgewiesen werden. Die Geltungsdauer der Regelungen wird auf zwei Jahre ab dem Inkrafttreten befristet sein, die Übergangsregelungen sollen auf vier Jahre ab dem Inkrafttreten der Gesetzesänderung befristet sein. Die Regelungen sind recht weitreichend:

### Zulassung vorzeitigen Beginns

Das BlmSchG kennt seit langem eine Regelung über die Zulassung vorzeitigen Beginns (§ 8a BlmSchG). Danach kann bereits während eines laufenden Verfahrens zugelassen werden, dass der Anlagenbetreiber/Antragsteller Errichtungsmaßnahmen für seine Anlage oder Anlagenänderung oder auch den Probetrieb der Anlage durchführt. Diese schon jetzt sehr praxiswirksame

Regelung soll nun in einer Gasmangellage durch § 31e BlmSchG (neu) erheblich erweitert werden: so kann die Zulassung vorzeitigen Beginns schon vor dem Vorliegen vollständiger Antragsunterlagen erfolgen. Sie soll auf entsprechenden Antrag auch bereits vor Beteiligung der Öffentlichkeit und nicht erst währenddessen oder danach erfolgen. Das Gesetz wird, wenn die Ampel-Koalition der Formulierungshilfe folgt, zugleich auch gesetzlich festlegen, dass in Fällen einer Gasmangellage ein öffentliches Interesse oder ein berechtigtes Interesse des Antragstellers an dem vorzeitigen Beginn vorliegt; bisher musste dies – jedenfalls kurz – in jedem Einzelfall begründet werden. Der Gesetzentwurf geht hier auch noch weiter, indem nämlich – anders als bisher – unter Umständen sogar der Dauerbetrieb einer Produktionsanlage vorläufig zugelassen werden kann. Das war bisher nicht möglich, maximal konnte ein Probetrieb vorläufig zugelassen werden.

Zum Teil stellt das Gesetz hier nur klar, was ohnehin gilt. So kann z. B. auch ohne die Änderung bereits vor Beteiligung der Öffentlichkeit der vorzeitige Beginn zugelassen werden. Dies war z. B. der Fall bei der „Giga-Factory“ von Tesla in Brandenburg. Das dortige Oberverwaltungsgericht hat diese Praxis gebilligt. Zweifelsohne schafft die ausdrückliche gesetzliche Regelung aber auf behördlicher Seite auch Rechtssicherheit, denn erfahrungsgemäß tun sich Behörden mit der Zulassung vorzeitigen Beginns bisher zumal im Frühstadium eines Genehmigungsverfahrens häufig etwas schwer, besonders wenn weitreichende Baumaßnahmen schon vor Abschluss des Genehmigungsverfahrens zugelassen werden sollen.

### Beteiligung der Öffentlichkeit im Genehmigungsverfahren

Abweichend vom regulären Procedere bei der Öffentlichkeitsbeteiligung kann die Auslegung eines Genehmigungsantrags und der vorgelegten Antragsunterlagen auf eine Woche nach der Bekanntmachung der Auslegung verkürzt werden. Der Erörterungstermin mit der Öffentlichkeit, der in vielen Verfahren einen sehr hohen Aufwand auf Seiten der Behörden und des antragstellenden Unternehmens für die Vorbereitung und Durchführung auslöst, ist nach dem BlmSchG schon jetzt ohnehin fakultativ. Ob die Behörde ihn also durchführt oder nicht, liegt in ihrem Verfahrensermessen, sie kann folglich darauf verzichten. Nach der Neuregelung in Fällen der ernsten oder erheblichen Gasmangellage soll die Behörde auf die Durchführung des Erörterungstermins sogar verzichten.

Auch das ist eine Erleichterung, die von praktischer Relevanz ist und die den Unternehmen, die von einer solchen Gasmangellage betroffen sind, eine schnellere Reaktion auf die verschlechterten Rahmenbedingungen bei der Energieversorgung ermöglicht. Das von den Behörden oft bemühte Narrativ für die Durchführung eines Erörterungstermins, wonach dieser der Befriedung und der Gewinnung zusätzlicher Erkenntnisse diene, wird durch die Praxis ohnehin sehr häufig nicht bestätigt. Denn wenn ein Vorhaben umstritten ist, so bleibt es auch im und nach dem Erörterungstermin umstritten, und zur Prüfung der Genehmigungsvoraussetzungen trägt der Termin regelmäßig nicht viel bei.

### Entbehrllichkeit einer Änderungsanzeige oder Änderungs- genehmigung

Im Fall eines Brennstoffwechsels bei einer ernsten oder erheblichen Gasmangellage, oder wenn notwendige Betriebsmittel für Abgaseinrichtungen nicht ausreichend zur Verfügung stehen,

kann nach § 31e BImSchG in der Entwurfsfassung der „Formulierungshilfe“ eine Änderungsanzeige oder Änderungsgenehmigung entbehrlich werden. Dies gilt nicht nur bei Großfeuerungsanlagen oder mittelgroßen Feuerungsanlagen, sondern soll auch gelten bei Anlagen zur Verbrennung oder Mitverbrennung von Abfällen, aber auch bei Anlagen zur biologischen Behandlung von Abfällen. Auch bei der Festsetzung weniger strenger Emissionswerte kann der Anlagenbetreiber im Fall einer ernsten oder erheblichen Gasmangellage in den Genuss der Entbehrlichkeit einer Änderungsanzeige oder Änderungsgenehmigung kommen, wenn der Deutsche Bundestag der Formulierungshilfe der Bundesregierung folgt.

### Abweichungen von der TA-Luft und TA-Lärm

Die §§ 31i und 31j der „Formulierungshilfe“ lassen unter bestimmten Voraussetzungen Abweichungen von den technischen oder betrieblichen Anforderungen der anlagenbezogenen Regelungen der TA-Luft oder von den Geräuschimmissionsrichtwerten der TA-Lärm zu. Voraussetzung ist jeweils, dass Abweichungen bzw. Überschreitungen im Zusammenhang mit einer ernsten oder erheblichen Gasmangellage stehen. In solchen Fällen bedarf es nach dem Gesetzentwurf weder einer Anzeige nach § 15 BImSchG noch einer Änderungsgenehmigung nach § 16 BImSchG.

### Gesamtbewertung und Praxishinweis

Die vorgesehenen weiteren Änderungen des BImSchG zeigen, dass sich der Gesetzgeber durchaus – auch im Einklang mit europarechtlichen Vorgaben – als Reaktion auf die durch den russischen Angriffskrieg verursachte besondere Situation „bewegt“. Die für eine befristete Geltungsdauer vorgesehenen Regelungen sind dabei teils geeignet, als wirkliche verfahrensrechtliche Neuerungen echte Erleichterungen für die Unternehmen zu schaffen, teils schreiben sie aber auch nur gesetzlich fest, was z. B. aufgrund der Rechtsprechung zum BImSchG ohnehin schon gilt. Und zu einem gewissen Teil werden sie möglicherweise dann doch keine praktische Relevanz haben (welcher Anlagenbetreiber ist schon so „kurzsichtig“, eine umweltrelevante Anlage in der Gasmangellage mit einem Minderstandard zu bauen, obwohl er damit rechnen muss, nach dem Ende der Gasmangellage dann doch unter Mitnahme von Verteuerungen den von der TA Luft vorgeschriebenen üblichen Standard einhalten zu müssen?). Man wird sehen, inwieweit sich die Regelungen in der Praxis bewähren und ob es einige Regelungen schaffen, sogar dauerhaft in das BImSchG übernommen zu werden.

Von einer ernsten oder erheblichen Gasmangellage betroffene Unternehmen, die auf diese Situation schnell reagieren müssen, sollten prüfen, welche der schon in Kraft getretenen oder noch vorgesehenen Änderungen des BImSchG für sie fruchtbar gemacht werden können. Die Sonderregelungen zur Bewältigung einer Gasmangellage, sowohl für Energieanlagen als auch für Produktionsanlagen, können sich dabei als geeignetes Instrumentarium erweisen, in der Industrie bei der Bewältigung der durch den russischen Angriffskrieg ausgelösten Versorgungskrise bei Gas entgegenzuwirken.



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

Nina Drüke und Dr. Christoph Jahn

### Weg frei für die Windenergie?

Die deutsche Klima- und Energiepolitik ist auf den 1,5 Grad-Klimaschutz-Pfad ausgerichtet, zu dem sich die Europäische Union im Klimaschutzabkommen von Paris verpflichtet hat. Das Klimaschutzgesetz sieht eine Treibhausgasneutralität bis zum Jahr 2045 vor. Die Erreichung dieser Ziele war bislang schon sehr ambitioniert und ist auch wegen der komplexen und zeitintensiven Genehmigungsverfahren für Windenergieanlagen als wichtigster erneuerbarer Energieerzeuger kaum umsetzbar. Die Klimakrise hat sich zudem aufgrund des russischen Angriffskrieges auf die Ukraine erheblich verschärft. Es besteht eine hohe Dringlichkeit, den Ausbau der erneuerbaren Energien – insbesondere den der Windenergie an Land – voranzutreiben.

Vor diesem Hintergrund wurden mit dem sog. „Osterpaket“ Änderungen des BNatSchG sowie der Entwurf eines „Gesetzes zur Erhöhung und Beschleunigung des Ausbaus von Windenergieanlagen an Land“ auf den Weg gebracht. Beide Gesetze hat der Deutsche Bundestag am 07.07.2022 verabschiedet, sie sind am 28.07.2022 im Bundesgesetzblatt verkündet worden. Mit Inkrafttreten der geänderten Rechtslage soll dem Ausbau der Windenergie an Land ein deutlicher Impuls gegeben werden:

#### 1. Ausweitung verfügbarer Flächen

Zur Erreichung der EEG-Ausbauziele müssen alle Bundesländer zukünftig ca. 2 % der Fläche für die Windenergie an Land ausweisen. Derzeit werden planerisch nur 0,8 % der Bundesfläche für die Windenergie zur Verfügung gestellt. Darüber hinaus sind die ausgewiesenen Flächen im Bundesgebiet sehr ungleich verteilt. Das liegt auch daran, dass die Rechtsprechung für die Ausweitung von Windenergiegebieten ein schlüssiges, gesamträumliches Planungskonzept verlangt, wenn damit alle übrigen Gebiete des Planungsträgers für die Windenergie gesperrt werden sollen. Die Gebietsausweisung ist aufgrund der hohen Anforderungen der Rechtsprechung extrem fehleranfällig. In der Vergangenheit wurden zahlreiche Bauleitpläne für unwirksam erklärt, oftmals scheiterten die Pläne an dem Erfordernis, dass der Windenergie in „substantieller Weise Raum verschafft“ werden muss. Was das konkret bedeutete, war in der Planungspraxis unklar.

Durch das neue Gesetz werden den einzelnen Ländern zukünftig verbindliche Flächenziele (sog. Flächenbeitragswerte) vorgegeben, die sich aus den EEG-Ausbauzielen ableiten und die zu den im Gesetz genannten Stichtagen (31.12.2027/2032) durch eine (rein positive) Flächenausweisung erreicht sein müssen. Hierdurch soll sichergestellt werden, dass die komplexen methodischen Anforderungen an die planerische Ausweisung von Windenergiegebieten aufgehoben und die für den Windenergieausbau erforderlichen Flächen endlich planerisch zur Verfügung gestellt werden. Eine wichtige gesetzliche Änderung tritt bei einer Zielverfehlung an den genannten Stichtagen ein: Windenergieanlagen werden dann im gesamten, von der Zielverfehlung betroffenen Planungsraum privilegiert zulässig, die Beschränkungen der Windenergie auf die ausgewiesenen Standorte und festgelegte Mindestabstandsregelungen zu Wohnnutzungen treten außer Kraft. Standorte für Windenergieanlagen können in diesem Fall frei gewählt werden!

Erst wenn festgestellt wird, dass der Ausbau der Windenergie an Land so weit vorangeschritten ist, dass die jeweiligen Länder ihre Flächenziele erreicht haben, fällt die generelle Privilegierung wieder weg. Mit dieser Feststellung lebt aber nicht die Beschränkung der Windenergieanlagen auf ausgewiesene Standorte auf: Außerhalb der Gebiete besteht nur eine planungsrechtliche Zulässigkeit als „sonstiges Vorhaben“ gem. § 35 Abs. 2 BauGB.

Durch die verbindliche Vorgabe der Flächenziele besteht die Hoffnung, dass die jeweiligen Planungsträger ihre Planungen zügig vorantreiben und ausreichend Flächen für die Windenergie schaffen. Mit Inkrafttreten dieser Pläne würde bezüglich der Standortwahl endlich Rechtssicherheit für die Genehmigungsverfahren für Windenergieanlagen geschaffen. Jedoch werden diese Planverfahren trotz der Vereinfachung noch immer einen gewissen Zeitraum in Anspruch nehmen. Begrüßenswert sind in diesem Zusammenhang daher die Darlegungen im Zukunftsvertrag für Nordrhein-Westfalen (Koalitionsvereinbarung von CDU und GRÜNEN), wonach die Planungen der Windenergiegebiete sofort und parallelisiert auf Landes- und Regionalplanebene angegangen werden, sodass eine NRW-weite Ausweisung der Gebiete deutlich vor dem vom Bund gesetzten Fristen umgesetzt sein soll.

## 2. Erleichterung der Anforderungen des Artenschutzes

Das zweite konflikträchtige Thema in Genehmigungsverfahren ist der Umgang mit dem Artenschutz. Dieses Hindernis soll mit der Änderung des BNatSchG gelöst werden. Bisher waren in den Genehmigungsverfahren umfangreiche Artenschutztachten gefordert, deren Anfertigung aufgrund der hierfür erforderlichen Vor-Ort-Untersuchungen erhebliche Zeiträume in Anspruch nahm. Auch die Art und Weise der Durchführung der Untersuchungen sowie die aufgrund der gewonnenen Tatsachen ermittelten fachlichen Wertungen waren regelmäßig Konfliktstoff in den Genehmigungsverfahren. Dies wurde zusätzlich durch unterschiedliche Leitfäden und Verwaltungsvorschriften verkompliziert. Im Mittelpunkt stand dabei immer die Frage, ob das von der Rechtsprechung geforderte „signifikant erhöhte Tötungs- und Verletzungsrisiko“ für windenergiesensible Vogelarten aufgrund der Untersuchungen prognostiziert werden konnte und ob durch Schutzmaßnahmen dieses Risiko vermindert werden könnte.

Der neu eingeführte § 45b BNatSchG fokussiert sich nun auf diese Signifikanzprüfung und legt abschließend für bestimmte Brutvogelarten drei räumlich abgegrenzte Prüfbereiche um einen geplanten Standort fest. Das Risiko ist danach zu bestimmen, in welchem Bereich ein Brutvogel angetroffen wird. So ist z. B. bei einem Rotmilanhorst im Nahbereich von bis zu 500 m zur Windenergieanlage von Gesetzes wegen von einem signifikant erhöhten Tötungs- und Verletzungsrisiko für den Rotmilan auszugehen. Liegt ein Horst hingegen in einem Abstand, der größer als der Nahbereich und geringer als der zentrale Prüfbereich von 1.200 m ist, so bestehen in der Regel Anhaltspunkte dafür, dass das Tötungs- und Verletzungsrisiko signifikant erhöht ist.

Eine gutachterliche Analyse ist nur erforderlich, wenn diese Regelannahme widerlegt werden soll. Des Weiteren ermöglicht die neue Rechtslage es, Risiken durch Schutzmaßnahmen zu mindern, die aufgrund der Prüfbereiche anzunehmen sind. Hierbei handelt es sich u. a. um Antikollisionssysteme, die Abschaltung der Windenergieanlagen bei landwirtschaftlichen Bewirtschaftungseignissen oder der Anlage von attraktiven Ausweichnahmehabitaten.

Mit diesen Festlegungen von Prüfbereichen für bestimmte Brutvogelarten und den daran anknüpfenden schematischen Schlussfolgerungen, ob ein Tötungs- und Verletzungsrisiko anzunehmen ist, werden die bisher erforderlichen zahllosen Gutachten und Einzelkonflikte weitestgehend vermieden. Auch das streitige Thema der Wirksamkeit von Schutzmaßnahmen entfällt. Beides wird zur Beschleunigung der Genehmigungsverfahren beitragen. Festzuhalten ist allerdings, dass diese Gesetzesänderung auf massive Kritik aus naturschutzfachlicher Sicht gestoßen ist. Es wird befürchtet, dass das Spannungsverhältnis zwischen Klima- und Artenschutz allein zulasten Letzterem gelöst wird.

## 3. Aufhebung des Bauverbotes in Landschaftsschutzgebieten

Eine weitere Neuerung, die durch die Änderung des BNatSchG eingeführt wird und damit einhergehend eine größere Flächenverfügbarkeit schafft, ist das Thema der Bauverbote in Landschaftsschutzgebieten. In § 26 Abs. 3 BNatSchG ist ein 2-Stufen-Konzept verankert worden, wonach in der ersten Stufe die Errichtung und der Betrieb von Windenergieanlagen in Landschaftsschutzgebieten keiner Ausnahme oder Befreiung bedürfen. Dies gilt zum einen dann, wenn sie sich in einem „Windenergiegebiet“ i. S. d. § 2 Nr. 1 WindBG befinden, wobei hiermit alle Festsetzungen und Darstellungen von Flächen für die Windenergie gleich welcher Planungsebene erfasst werden. Zum anderen gilt dies selbst dann, wenn sich Windenergieanlagen außerhalb von planerisch für die Windenergie ausgewiesenen Gebieten befinden. Voraussetzung hierfür ist aber, dass der jeweils maßgebliche Flächenbeitragswert noch nicht erreicht worden ist. Wird diese Feststellung durch den zuständigen Planungsträger getroffen, bedürfen die Errichtung und der Betrieb von Windenergieanlagen in Landschaftsschutzgebieten aber auch dann keiner Ausnahme oder Befreiung, wenn sich die Standorte in einem Windenergiegebiet befinden (2. Stufe).

Vor dem Hintergrund, dass erhebliche Teile der Landesfläche von NRW als Landschaftsschutzgebiete ausgewiesen sind (3.270 Gebiete!), wird diese Änderung hier zu erheblichen Erleichterungen bei der Standortwahl in NRW führen.

#### 4. Fazit

Mit dem Osterpaket wurden wichtige gesetzliche Änderungen auf den Weg gebracht, die insbesondere im Bereich des Arten- und Landschaftsschutzes zu einer Beschleunigung und Vereinfachung der Genehmigungsverfahren für die Windenergie führen dürften. Der engste Flaschenhals aber, die fehlende Ausweisung ausreichender Windenergieflächen, wird sich erst weiten, wenn die regionalen und kommunalen Plangeber tätig werden. Der Gesetzgeber hat ihnen dafür (zu ?) viele Jahre Zeit gegeben, bis zum 31.12.2027. Erst wenn dieser Zeitraum nicht genutzt wird, um die ersten Flächenziele zu erreichen, gilt deutlich erleichtertes Planungsrecht für Windenergieanlagen an Land. Es gibt die Hoffnung, dass sich die Plangeber nun auf den Weg machen, um das zu vermeiden und um die Standortentwicklung der Anlagen selbst zu steuern.



**Dr. Christoph Jahn**

Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Verwaltungsrecht  
Fachanwalt für Vergaberecht  
christoph.jahn@brandi.net

**Nina Drücke**

Rechtsanwältin  
Fachanwältin für Verwaltungsrecht  
nina.drücke@brandi.net

Felicia Deppe

#### Aufwind für das Repowering – Die Neuerungen des § 45c BNatSchG

Auch das Repowering kann im Rahmen der Energiewende eine hohe Relevanz entfalten. Unter dem Begriff Repowering wird die Modernisierung älterer, leistungsschwächerer Windenergieanlagen (WEA) durch den vollständigen oder teilweisen Austausch von Anlagen oder Betriebssystemen und -geräten zur Steigerung der Effizienz oder der Kapazität der Anlage zusammengefasst.

Die rechtlichen Grundlagen für das Repowering sind in § 16b BImSchG geregelt. Zur Durchführung des Vorhabens ist eine Änderungsgenehmigung erforderlich. Der Prüfungsumfang des zugrundeliegenden Verfahrens ist jedoch auf die Untersuchung beschränkt, ob durch das Repowering im Verhältnis zum gegenwärtigen Zustand unter Berücksichtigung der auszutauschenden Anlage nachteilige Auswirkungen hervorgerufen werden und diese für die Prüfung nach § 6 BImSchG erheblich sein können. Unter bestimmten, in § 16b Abs. 3 BImSchG näher bezeichneten, Voraussetzungen ist sogar eine Überschreitung der Immissionsrichtwerte der Technischen Anleitung Lärm (TA Lärm) zulässig. Weiterhin besteht die Möglichkeit, im Genehmigungsverfahren auf einen Erörterungstermin zu verzichten. In vielen Fällen kann die Genehmigungserteilung sogar im vereinfachten Ver-

fahren erfolgen. Lediglich der vollständige Austausch von Anlagen ist darüberhinausgehend an weitergehende Anforderungen geknüpft, die in § 16b Abs. 2 BImSchG aufgeführt werden.

Das Repowering genießt daher im Hinblick auf den Immissionschutz sowohl in verfahrensrechtlicher als auch in materiell-rechtlicher Hinsicht verschiedene Erleichterungen und Privilegien. Hiervon nicht erfasst ist jedoch die Prüfung anderer öffentlich-rechtlicher Vorschriften, die nach den allgemeingültigen Maßstäben vorgenommen werden muss. So haben sich in der Vergangenheit vor allem Artenschutzfragen als genehmigungsrechtliches Hindernis erwiesen, an dem ein erfolgreiches Repowering nicht selten gescheitert ist.

Diesbezüglich will der Gesetzgeber mit der Einführung des neuen § 45c BNatSchG Abhilfe schaffen. Die Vorschrift soll dazu dienen, die Bewältigung artenschutzbezogener Konflikte zu erleichtern (BT-Drs. 20/2354, 1 f.).

Zwar wird gemäß § 45c Abs. 2 Satz 1 BNatSchG der Umfang der artenschutzrechtlichen Prüfung durch das Änderungsgenehmigungsverfahren nach § 16b Abs. 1 BImSchG nicht berührt. Zudem müssen die Auswirkungen der zu ersetzenen Bestandsanlagen bei der artenschutzrechtlichen Prüfung als Vorbelastung berücksichtigt werden.

Jedoch enthält § 45c Abs. 2 Satz 4 BNatSchG eine Begründung dahingehend, dass die Signifikanzschwelle in der Regel nicht überschritten ist, soweit die Auswirkungen der Neuanlagen unter Berücksichtigung der gebotenen, fachlich anerkannten Schutzmaßnahmen geringer als oder gleich sind wie die der Bestandsanlagen.

Darüber hinaus werden in § 45c Abs. 4 BNatSchG die Anforderungen an die Erteilung einer Ausnahme von den Verboten des § 44 BNatSchG entschärft, indem dort geregelt wird, dass Standortalternativen in der Regel nicht zumutbar sind.

Die beiden vorgenannten Bestimmungen bzw. Vermutungen greifen jeweils dann nicht ein, wenn besonders sensible Gebiete, wie ein Natura 2000-Gebiet mit kollisionsgefährdeten oder störungsempfindlichen Vogel- oder Fledermausarten, betroffen sind.

Auch im Zusammenhang mit der Kompensation (Eingriffsausgleich) wird das Repowering schließlich privilegiert: Bei der Festsetzung derselben aufgrund einer Beeinträchtigung des Landschaftsbildes ist gemäß § 45c Abs. 3 BNatSchG die Kompensation abzuziehen, die für die zu ersetzende Bestandsanlage bereits geleistet worden ist.

Ausweislich der Gesetzesbegründung ist geplant, die Vorschrift durch einen Leitfaden des zuständigen Bundesministeriums zu konkretisieren, der die Prüfungsmodalitäten auf planerischer Ebene im Zuge der Standortwahl und im Hinblick auf Naturschutzaspekte im Genehmigungsverfahren näher bestimmen soll, wie z. B. den Umgang mit Gebiets- und Artenschutzaspekten sowie Kompensationsverpflichtungen aus der naturschutzrechtlichen Eingriffsregelung, die Anrechnung bereits erfolgter Kompensation sowie Vollzug und Effizienz von Naturschutzauflagen und -maßnahmen (BT-Drs. 20/2354, 29).

Insgesamt ist somit zu erwarten, dass sich § 45c BNatSchG als praxistaugliches Instrument erweisen wird, welches zur adäquaten Lösung artenschutzbezogener Konflikte beiträgt und so den gewünschten Aufwind für ein erfolgreiches Repowering mit sich bringt.



**Felicia Deppe**

Rechtsanwältin

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

Salvatore Figuccio

### Windparks nur noch mit finanzieller Bürgerbeteiligung?

Die Windenergie hat ein Akzeptanzproblem. Dies wird vielerorts durch aufgeehrende Bürgerinitiativen deutlich und führt in nicht wenigen Fällen zu leidlich langen gerichtlichen Auseinandersetzungen. Das Land Mecklenburg-Vorpommern hat sich 2016 dieses Problems angenommen und eine Lösung im Bürger- und Gemeindenbeteiligungsgesetz (BüGembeteilG MV) erblickt. Auf die Verfassungsbeschwerde eines Betreiberunternehmens hin hat das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) in seinem Beschluss vom 23.03.2022 (1 BvR 1187/17) die darin enthaltenen gesetzlichen Regelungen nicht nur für überwiegend verfassungskonform erachtet, sondern sie als „*Modell für vergleichbare Regelungen zur Sicherung einer akzeptanzsteigernden bürgerschaftlichen und kommunalen Beteiligung am Ausbau der Windenergie*“ bezeichnet. Diese Entscheidung gilt unmittelbar zwar nur für das nordöstlichste Bundesland, doch lohnt sich ein Blick auf die gebilligte Regelung schon deshalb, da sie Blaupause für ähnliche Regelungen sein kann.

#### 1. Das BüGembeteilG MV

Der Hauptinhalt des BüGembeteilG MV liegt darin, dass Windparkbetreiber dazu verpflichtet werden, bei der Realisierung eines neuen Windparks on shore eine Projektgesellschaft zu gründen (§ 3 BüGembeteilG MV).

Mindestens 20 % der Anteile an dieser Projektgesellschaft muss der Betreiber sog. Kaufberechtigten (Personen, die im Umkreis von 5 Kilometern leben und Gemeinden, auf deren Gebiet sich die Anlage befindet oder die im Umkreis von 5 Kilometern liegen) zu einem Preis von höchstens 500 € je Anteil zum Kauf anbieten (§§ 4 und 5 BüGembeteilG MV). Alternativ kann der Betreiber eine jährliche Ausgleichsabgabe an die Gemeinden entrichten und den Anlagennachbarn ein Sparprodukt (etwa eine Festgeldanlage) anbieten (§ 10 BüGembeteilG MV).

Sinn und Zweck dieser Regelung wird – jedenfalls vom Landesgesetzgeber und nun wohl auch vom BVerfG – darin gesehen,

den Widerstand gegen Windkraftanlagen durch eine Beteiligung der Betroffenen an der Wertschöpfung der Anlage zu verringern.

#### 2. Die Entscheidung des BVerfG

Der Erste Senat des BVerfG sah keine Verletzung der Berufsfreiheit des klagenden Betreiberunternehmens (Art. 12 GG) durch die gesetzliche Verpflichtung zur finanziellen Beteiligung von Bürgern und Bürgern sowie von Kommunen.

In ihrer juristisch sehr klar strukturierten Prüfung haben die Karlsruher Richterinnen und Richter zwar einen erheblichen Eingriff in die Berufsfreiheit konstatiert, diesem aber den Klimaschutz und die Grundrechte vor den nachteiligen Folgen des Klimawandels und der Sicherung der Stromversorgung als überwiegend gegenübergestellt. Insoweit liegt die Entscheidung auf einer Linie mit der Klimaschutzenscheidung des BVerfG aus dem vergangenen Jahr (Beschluss vom 24.3.2021 - 1 BvR 2656/18 u. a.). Das BVerfG hat festgestellt, dass es zu vernachlässigen sei, wenn einzelne Maßnahmen sich isoliert betrachtet nur geringfügig auswirken, weil dem Klimawandel nur durch eine Vielzahl von Maßnahmen begegnet werden könne. Dies sei umso mehr bei „Pilotprojekten“ der Fall, da diesen Vorbildcharakter zukäme. Die Pflicht zur Abgabe von mindestens 20 % der Anteile sei zudem auf einen Umfang begrenzt, der noch keine Sperrminorität vermitteln könne. Außerdem könne Privatpersonen alternativ ein Sparprodukt angeboten werden, um sich etwaiger Belastungen aus der Gesellschafterstellung von Einwohnerinnen und Einwohnern zu entziehen.

Eine Schmälerung der Rendite auf Seiten der Betreiber ist nach Auffassung des BVerfG dabei hinzunehmen, da eine Akzeptanzsteigerung sich mit dem eigenen Interesse der Windkraftbetreiber an einer Ausweitung der nutzbaren Flächen decke.

#### 3. Bewertung

Das BVerfG hat mit seinem Beschluss noch einmal seine Linie bekräftigt, dem Klimaschutz eine besonders große Bedeutung beizumessen. Für den Gesetzgeber bedeutet dies, dass er Grundrechtsbeeinträchtigungen auf einer guten verfassungsrechtlichen Grundlage mit Klimaschutzerwägungen rechtfertigen kann.

Eine gesetzliche Regelung, die dem BüGembeteilG MV entspricht, gibt es bislang weder auf Bundesebene, noch in einem anderen Bundesland. § 6 EEG 2021 sieht lediglich eine freiwillige Möglichkeit zur Beteiligung von Gemeinden vor. Mit der Entscheidung des BVerfG wird dem Bundes- und den Landesgesetzgebern ein weiteres Instrument an die Hand gegeben, dessen verfassungsrechtlicher Zulässigkeit sie sich sicher sein können. Ob sich die Vorausschau des BVerfG bewahrheiten wird, oder ob es bei einem „Pilotprojekt“ bleibt, ist abzuwarten.



**Salvatore Figuccio**

Rechtsanwalt

[salvatore.figuccio@brandi.net](mailto:salvatore.figuccio@brandi.net)

# UPDATE GESELLSCHAFTSRECHT – AKTUELLES UND AUSBLICK

## Einladung zur Online-Veranstaltung am 03.11.2022

Wir freuen uns sehr, Sie zur Online-Veranstaltung unserer Kompetenzgruppe Gesellschaftsrecht/M&A einladen zu dürfen. Unter der Überschrift „Update Gesellschaftsrecht – Aktuelles und Ausblick: Videobeurkundung, Transparenzregister, Reform Personengesellschaftsrecht“ wollen wir Sie – neben den zahlreichen Themen, die Sie und Ihr Tagesgeschäft derzeit beschäftigen – über aktuelle Neuerungen im Gesellschaftsrecht informieren.

Am 1.8.2022 ist das „Gesetz zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie“ (DiRUG) in Kraft getreten, das erstmalig im deutschen Recht die Möglichkeit einer notariellen Beurkundung auf digitalem Weg ermöglicht. Um diesen digitalen Weg beschreiten zu können, hat die Bundesnotarkammer für Online-Gründungen ein eigenständiges System entwickelt. Wir erläutern den Ablauf und berichten von ersten Erfahrungen aus der Praxis.

Mit dem Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG) kommt zum 1. Januar 2024 die größte Reform des Personengesellschaftsrechts seit Jahrzehnten. Der Gesetzgeber hat damit auf Rechtsprechung und die Praxis reagiert und nähert die Personengesellschaften stärker den Kapitalgesellschaften an. Daneben wird das Beschlussmängelrecht für Personenhandelsgesellschaften umfassend rechtssicher gestaltet. Die Personenhandelsgesellschaften werden zudem für die Zusammenarbeit der Freien Berufe geöffnet.

Bekanntlich wurde das Geldwäschegegesetz (GwG) mit Wirkung zum 26.6.2017 in wesentlichen Punkten geändert. Die Änderungen dienen der fristgerechten Umsetzung der unter anderem durch die sog. Panama Papers beeinflussten EU-Geldwäsche-Richtlinie. In den §§18 ff. GwG wurden Regelungen zur Einführung eines elektronischen Transparenzregisters eingeführt, in dem seit dem 1.10.2017 sog. wirtschaftlich Berechtigte zwingend einzutragen sind. Seitdem hat sich einiges getan – wir bringen Sie auf den aktuellen Stand.

### Unser Programm

15:00 Uhr	Begrüßung / Einleitung Dr. Carsten Christophery
15:05 Uhr	Erfahrungsberichte zur Online-Beurkundung im Gesellschaftsrecht Dr. Sven Hasenstab
15:30 Uhr	Die Reform des Personengesellschaftsrechts – Neuerungen durch das MoPeG Dr. Carsten Hoppmann
15:55 Uhr	Das Transparenzregister in der Praxis – Status Quo und Quo Vadis? Ute Lienenlüke
16:20 Uhr	Verabschiedung Dr. Carsten Christophery
16:30 Uhr	Ende der Veranstaltung

Wir freuen uns auf Sie!

Ihre Kompetenzgruppe Gesellschaftsrecht/M&A

Genauere Informationen zu der Veranstaltung entnehmen Sie bitte unserer Homepage. Unter dem Menüpunkt „Veranstaltungen“ wird das Programm und die Möglichkeit zur Anmeldung zeitnah eingestellt.

Dr. Manfred Schröder

**Standortsicherung für Unternehmen in Gemengelagen**

In Ostwestfalen-Lippe sind aus unterschiedlichsten Gründen in der historischen Entwicklung bauliche Situationen entstanden, die eigentlich nicht den heutigen bauplanungsrechtlichen Vorstellungen entsprechen. Von einer „Gemengelage“ spricht man bauplanungsrechtlich dann, wenn eine Bebauung keinem der Baugebiete entspricht, wie sie in der Verordnung über die bauliche Nutzung der Grundstücke (Baunutzungsverordnung - BauNVO) geregelt sind. Dort sind beispielhaft vorgesehen: Reine Wohngebiete, Allgemeine Wohngebiete, Dorfgebiete, Mischgebiete, Kerngebiete, Gewerbegebiete und Industriegebiete. Häufig findet man aber vor Ort eine bunte Mischung unterschiedlichster Nutzungsformen vor, sodass die vorhandene Bebauung keinem dieser Gebiete entspricht. Dann handelt es sich, bauplanungsrechtlich betrachtet, um eine Gemengelage.

Dasselbe gilt auch dann, wenn etwa ein Wohngebiet unvermittelt an ein Gewerbe- oder Industriegebiet angrenzt. Dann spricht man auch an einer solchen „Nahtstelle“ von einer großräumigen Gemengelage.

Geht es an solchen Standorten darum, die Entwicklungschancen ansässiger Betriebe einschätzen zu können, stellen sich häufig schwierige Fragen, insbesondere im Bereich Lärmschutz. Zwar sieht die TA-Lärm in ihrer Nr. 6.7 eine ausdrückliche Regelung für Gemengelagen vor, die im Kern besagt, dass hinsichtlich der Immissionsrichtwerte geeignete Zwischenwerte ermittelt werden sollen. Die Immissionsrichtwerte für Kern-, Dorf- und Mischgebiete von 60 dB(A) tagsüber und 45 dB(A) nachts sollen dabei nicht überschritten werden. Die Festlegung der Schutzziele für die an einem Betriebsstandort am nächstgelegenen Wohnhäusern ist eines der Kernprobleme in solchen Situationen. In manchen Fällen können die Betriebe ein Lärmschutzkonzept entwickeln, das es ihnen ermöglicht, an den nächstgelegenen Wohnhäusern ein hohes Schutzniveau, nämlich dasjenige eines Allgemeinen Wohngebietes mit 55 dB(A) tagsüber und 40 dB(A) nachts, einzuhalten. Dann sind die Probleme überschaubar und entsprechende Festschreibungen können etwa auch erfolgen im Zusammenhang mit der Aufstellung eines Bebauungsplanes für einen solchen Gewerbestandort (vgl. zur Aufstellung eines Bebauungsplanes mit der Ausweisung eines Sondergebietes „Metallwerk“ [Gießerei]: OVG NRW, Urteil v. 01.02.2022 - 2 D 5/20.NE).

In vielen Fällen ist es aber den vorhandenen Betrieben, insbesondere wenn diese modernisiert und erweitert werden sollen, nicht möglich, ein solches Schutzziel zu erreichen. Dann müssen die Grenzen der Mittelwertbildung ausgeschöpft werden mit den Immissionsrichtwerten für Kern-, Dorf- und Mischgebiete. Der Unterschied ist ganz erheblich, weil in diesen Gebieten – anders als in Wohngebieten – keine Zuschläge in Ansatz zu bringen sind für die Tageszeiten mit erhöhter Empfindlichkeit (vgl. TA-Lärm Nr. 6.5). Die Zwischenwertbildung kann also unter Berücksichtigung der dafür maßgeblichen Kriterien, insbesondere der historischen Entwicklung und der konkreten Schutzbedürftigkeit des betroffenen Gebietes, es rechtfertigen, diese Grenzen auszuschöpfen, um so den Betrieben einen gewissen Spielraum hinsichtlich der Betriebsentwicklung zu vermitteln (vgl. VGH München, Urteil v. 03.05.2022 - 22 B 20.2178 - zur Zwischenwertbildung bei einer Eisenmetallgießerei in einer solchen Gemengelage).

**Praxishinweis**

Um nicht in einem konkreten Genehmigungsverfahren nach Baurecht oder nach dem Immissionsschutzrecht in komplizierte Verfahrensabschnitte zu geraten, kann es sich empfehlen, für den betrieblichen Standort einen Bebauungsplan aufzustellen, um auf diese Weise die Lärmschutzziele und sonstige Rahmenbedingungen für die zukünftige Betriebsentwicklung zu klären. Es gibt aber auch Fälle, wo die historisch gewachsene Gemengelage auch durch eine Bauleitplanung nicht mehr verändert, insbesondere nicht verbessert werden kann. Dann vermag auch ein Bebauungsplan die Situation nicht wirklich zu verbessern. Werden für die Zukunft Veränderungen des bisherigen Lärmschutzkonzeptes zwingend benötigt, bleibt dann gegebenenfalls nur der Weg über einen Genehmigungsantrag oder einen Antrag auf Erteilung eines Vorbescheides, um zu klären, ob die Immissionsrichtwerte bezüglich der in der Nachbarschaft gelegenen Wohnhäuser gegenüber früheren Zeiten heraufgesetzt werden können, um die Erweiterung eines Betriebes mit der damit verbundenen Schaffung von Arbeitsplätzen und der Erhaltung des Unternehmens an seinem Standort erreichen zu können.

Die Entstehung neuer, schwieriger Gemengelagen sollte in jedem Falle vermieden werden. Manchmal ist es deshalb notwendig, dass Betriebe sich zur Wehr setzen gegen ein Heranrücken einer störenden Wohnnutzung an den Betriebsstandort. Dazu besteht praktisch auch in gewissem Umfang eine rechtliche Verpflichtung, weil andernfalls den Inhabern der Betriebe später bei der Mittelwertbildung vorgehalten wird, sie hätten sich gegen das Heranrücken der Wohnbebauung nicht zur Wehr gesetzt und müssten deshalb nun die Konsequenzen aus der entstandenen Gemengelage auch zu ihren Lasten hinnehmen. Vor diesem Hintergrund lässt es sich in manchen Fällen nicht vermeiden, gegen entsprechende Bebauungspläne oder einzelne Baugenehmigungen vorgehen zu müssen, um Nachteile von einem Betriebsstandort abzuwenden.



**Dr. Manfred Schröder**  
**Rechtsanwalt**  
**Magister der Verwaltungswissenschaften**  
**Fachanwalt für Verwaltungsrecht**  
**manfred.schroeder@brandi.net**

Dr. Nils Gronemeyer

**Neue Regeln zur Beurteilung von Geruchsimmissionen**

Die Beurteilung von Geruchsimmissionen wurde in den vergangenen Jahrzehnten nach der Geruchsimmissionsrichtlinie (GIRL), zuletzt in der Fassung aus dem Jahre 2008 vorgenommen. Mit der Überarbeitung und Neufassung der TA Luft zum 01.12.2001 sind die Regelungen zur Beurteilung von Gerüchen in die TA Luft integriert worden und finden sich dort im Anhang 7.

Am System der Ermittlung und Bewertung von Geruchsimmissionen hat sich nichts geändert. Auch die Orientierungswerte von 10 % der Jahresgeruchsstunden für Wohn- und Mischgebiete und 15 % der Jahresgeruchsstunden für Gewerbe- und Industriegebiete sind gleich geblieben. Neu geregelt wurde der Orientierungswert für Dorfgebiete mit ebenfalls 15 % der Jahresgeruchsstunden.

Gegenstand vieler gerichtlicher Verfahren war und ist die Frage, welche Geruchsimmissionen im Außenbereich von landwirtschaftlichen Tierhaltungsbetrieben hingenommen werden müssen. Schon recht früh hatte die Rechtsprechung unter Rückgriff auf das gegenseitige Rücksichtnahmegerichtsverfahren entschieden, dass an Wohngebäuden im Außenbereich, insbesondere wenn dort auch Tierhaltung betrieben wird oder betrieben wurde, 20 % der Jahresgeruchsstunden hinzunehmen sind. In letzter Zeit haben die Gerichte in Einzelfällen auch 25 % der Jahresgeruchsstunden für hinnehmbar gehalten (so z. B. OVG Lüneburg, Urteil vom 10.02.2022 - 1 LB 20/19 -). Begründet wird dieses mit der Siedlungsstruktur und der Ortsüblichkeit von landwirtschaftlichen Gerüchen. Diese Rechtsprechung hat nun auch Eingang in den Anhang 7 der TA Luft gefunden, wonach es bei Vorliegen der entsprechenden Randbedingungen im Einzelfall möglich ist, Werte von 20 % der Jahresgeruchsstunden und in begründeten Ausnahmefällen Ausnahmen bis 25 % der Jahresgeruchsstunden für Tierhaltungsgerüche zu tolerieren. Der Wert von 25 % der Jahresgeruchsstunden markiert die Schwelle, ab der Geruchsimmissionen als schädliche Umwelteinwirkungen anzusehen sind.

Dr. Nils Gronemeyer

### Notwendige Stellplätze nach der neuen Bauordnung

1. Die zum 01.01.2019 in Kraft getretene neue Bauordnung schreibt in § 48 BauO NRW nur noch vor, dass „die notwendigen Stellplätze und Garagen sowie Fahrradabstellplätze... auf dem Baugrundstück oder in zumutbarer Entfernung davon auf einem geeigneten Grundstück herzustellen“ sind. Wie viele Stellplätze notwendig sind und wie dies zu ermitteln ist, regelt die Vorschrift – anders als die Vorgängerregelung – nicht mehr. Hierzu ist zum 01.07.2022 die Verordnung über notwendige Stellplätze für Kraftfahrzeuge und Fahrräder (StellplatzVO NRW) vom 14.03.2022 in Kraft getreten. Diese Verordnung enthält in ihrer Anlage wieder eine Tabelle mit Richtzahlen zur Ermittlung der Anzahl der notwendigen Stellplätze und Fahrradabstellplätze. Dabei hat sich die Anzahl der für notwendig erachteten Stellplätze gegenüber der früher geltenden Verwaltungsvorschrift kaum verändert. Allerdings haben viele Gemeinden vom Erlass einer Stellplatzsatzung Gebrauch gemacht (und machen dies weiterhin), in der dann zumeist höhere – und häufig auch realistischere – Stellplatzzahlen gefordert werden, so z. B. nicht nur ein Stellplatz pro Wohneinheit, sondern 1,5 oder gar zwei Stellplätze bei Einfamilienhäusern.

Nach wie vor kann die Anzahl der notwendigen Stellplätze verringert werden, wenn das Baugrundstück durch den öffentlichen Personennahverkehr erschlossen ist. Die Anzahl von Stellplätzen an Arbeitsstätten kann auch verringert werden, wenn ein betriebliches Mobilitätskonzept zur Umsetzung kommt, in dem der Arbeitgeber z. B. die Nutzung von Jobtickets anbietet. Bei Theater-, Konzert- oder Sportveranstaltungen

gen kann die Anzahl der notwendigen Stellplätze verringert werden, wenn die Eintrittskarte gleichzeitig auch als Fahrkarte zur kostenlosen Nutzung des ÖPNV gilt (sogenanntes Combi-Ticket).

2. Nahezu unbemerkt ist ab dem 01.01.2022 § 8 Abs. 2 BauO NRW in das Gesetz eingefügt worden. Nach dieser Vorschrift muss auf bzw. über offenen Parkplätzen, die einem Nicht-Wohngebäude dienen, über geeigneten Stellplatzflächen eine Photovoltaikanlage installiert werden, wenn der Parkplatz insgesamt mehr als 35 Stellplätze umfasst. Vorhandene Stellplätze sind von dieser Verpflichtung nicht betroffen.



Dr. Nils Gronemeyer

Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Verwaltungsrecht  
Fachanwalt für Agrarrecht  
nils.gronemeyer@brandi.net

Salvatore Figuccio

### Die Öffentlichkeit der Ratssitzung und die (Un-)Wirksamkeit von Ratsbeschlüssen

Was mit einem Blick in die gesetzlichen Bestimmungen über die Öffentlichkeit von Ratssitzungen (bspw. § 48 Abs. 2 GO NRW, § 64 NKomVG) zunächst wenig problemanfällig scheint, führt in der kommunalrechtlichen Praxis immer wieder zu verwaltungsgerichtlichen Streitigkeiten. Verstöße gegen den Öffentlichkeitsgrundsatz bergen die Gefahr, dass Ratsbeschlüsse und damit ggf. auch Satzungen unwirksam sind. Wann genau dies der Fall ist, hat jüngst das BVerwG in einer Grundsatzentscheidung (Urteil vom 27.09.2021 - 8 C 31/20, NVwZ 2022, 1067) klargestellt.

#### 1. Der Fall

Zu entscheiden hatte das BVerwG einen Fall, der 2015 in Gladbeck im nördlichen Ruhrgebiet spielte. Der dortige Stadtrat hatte ausweislich seiner Tagesordnung über den möglichen Ausbau der Bundesstraße 224 zur Bundesautobahn 52 zu entscheiden. Was nicht unbedingt nach ausgelassener Abendunterhaltung klingt, zog doch die Erwartung eines Zuschaueransturms nach sich. Um diesem Herr zu werden, verteilte die Verwaltung Eintrittskarten für die 73 zur Verfügung stehenden Plätze: 8 Karten erhielt die Presse, 9 Karten erhielten verschiedene Funktionsträger, über 7 Karten konnte der Bürgermeister verfügen und 25 Karten wurden auf die Ratsfraktionen im Verhältnis zu ihrem Stimmenanteil bei der letzten Kommunalwahl verteilt. Die übrigen Karten wurden nach dem Windhund-Prinzip an die allgemeine Öffentlichkeit vergeben.

Der Gladbecker Rat sprach sich für den Ausbau aus. Daraufhin kam es, wie es kommen musste: Eine unterlegene Ratsfraktion sah einen Verstoß gegen den Öffentlichkeitsgrundsatz und brachte das Verfahren bis nach Leipzig.

## 2. Die Entscheidung

Das BVerwG bestätigte die Auffassung des OVG Münster (Urteil vom 07.10.2020 - 15 A 2750/18), das zwar einen Verstoß gegen den Öffentlichkeitsgrundsatz festgestellt hat, anders als das VG Gelsenkirchen (Urteil vom 12.07.2018 - 15 K 5404/15) daraus aber nicht die Unwirksamkeit des Ratsbeschlusses ableitete. Es ist zu differenzieren zwischen der Wahrung des Öffentlichkeitsgrundsatzes und den Folgen eines Verstoßes.

### a) Öffentlichkeitsgrundsatz

Nach § 48 Abs. 2 Satz 1 GO NRW muss eine chancengleiche Zugangsmöglichkeit für Jedermann ohne Ansehen der Person im Rahmen verfügbarer Kapazitäten bestehen. Dabei verfügt der oder die Ratsvorsitzende über ein Vergabeermessen, das durch das Willkürverbot begrenzt wird. Die Vergabeentscheidung muss auf sachlichen Gründen beruhen. Zudem wird aus dem Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG), das auch für Gemeinden gilt (Art. 28 Abs. 1 und 2 GG), hergeleitet, dass eine relevante Anzahl an allgemein zugänglichen Plätzen verbleiben muss.

Diese Grundsätze sind nach dem BVerwG bspw. dann verletzt, wenn etwa nur Mitglieder einer von zwei mit dem streitigen Thema befassten Bürgerinitiativen Eintrittskarten zugeteilt bekommen, oder aber bewusst ausgewählten Einzelpersonen der Zutritt gewährt werde.

Fehlerfrei hingegen sei die auf dem Prioritätsprinzip beruhende Vergabe an Bürgerinnen und Bürger und die besondere Berücksichtigung der Presse, die ihre Rechtfertigung in der Pressefreiheit finde (Art. 5 Abs. 1 GG).

### b) Folgen eines Verstoßes

An einen Verstoß gegen den Öffentlichkeitsgrundsatz knüpft das BVerwG allerdings keineswegs in allen Fällen eine Unwirksamkeit des Ratsbeschlusses. Die Nichtigkeit trete nur bei einem schwerwiegenden Verstoß ein, d. h. etwa bei einem unrechtmäßigen Ausschluss der gesamten Öffentlichkeit.

Anders liege die Sache, wenn zwar ein begrenzter Teil der verfügbaren Plätze fehlerhaft vergeben werde, die anderen Plätze aber chancengleich zugänglich seien. Zur Begründung stellt das BVerwG auf den Grundsatz der Rechtssicherheit ab, der es erlaube, nur bei schweren Verstößen gegen den Öffentlichkeitsgrundsatz an diese eine Nichtigkeitsfolge zu knüpfen. Selbst wenn die Auswahl einiger Plätze durch bewusste politische Einflussnahme erfolgt sei, wäre das unschädlich, solange eine Information der Allgemeinheit, die Transparenz der Sitzung und die demokratische Kontrollfunktion der Öffentlichkeit gewährleistet seien.

## 3. Bewertung

Für die Kommunalpraxis wird das Risiko einer Unwirksamkeit von Beschlüssen durch die Entscheidung des BVerwG limitiert. Gleichwohl ist der Begriff des „schwerwiegenden Verstoßes“ gegen den Öffentlichkeitsgrundsatz nur wenig griffig. Es erscheint daher ratsam, ein objektives Vergabeverfahren zu wählen, neben dem

man die Presse gesondert berücksichtigt. Dagegen sollte nicht die Schlussfolgerung gezogen werden, nun könne man folgenlos gegen den Öffentlichkeitsgrundsatz verstößen, solange der Verstoß geringfügig bleibt.

Vanessa Kipp

## Zur Kalkulation von Schmutz- und Niederschlagswassergebühren in NRW (Rechtsprechungsänderung des OVG NRW)

Das Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen hat mit seinem Urteil vom 17.05.2022 (Az. 9 A 1019/20) seine bisherige Rechtsprechung zur Kalkulation von Schmutz- und Niederschlagswassergebühren aufgegeben, wodurch ein Großteil der Abwassergebührenbescheide in NRW mit einem Schlag rechtswidrig geworden sein könnten.

### Der Ausgangsfall

Ein Grundstückseigentümer aus Oer-Erkenschwick klagte gegen einen ihm gegenüber erlassenen Grundbesitzabgabenbescheid. In dem Bescheid wurden u. a. Schmutz- und Niederschlagswassergebühren in Höhe von 599,85 € festgesetzt. Die zugrundeliegende Abwassersatzung basierte auf einer Kalkulation, bei der die Stadt eine kalkulatorische Verzinsung des Anlagevermögens mit einem Nominalzinssatz von 6,52 % ansetzte, welcher u. a. durch einen pauschalen Aufschlag von 0,5 Prozentpunkten entstand. Zudem stellte die Stadt kalkulatorische Abschreibungen nach den jeweiligen Wiederbeschaffungszeitwerten der Anlagegüter in die Gebührenkalkulation ein. Der Grundstückseigentümer er hob nach erfolglosem Widerspruchsverfahren Klage. Das Verwaltungsgericht Gelsenkirchen wies die Klage unter Verweis auf die ständige Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts ab, aber ließ die Berufung wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Sache zu.

### Die Entscheidung des OVG

Das Oberverwaltungsgericht hob den Gebührenbescheid mit der Begründung auf, dass die zugrundeliegende Satzung unwirksam sei, da sie auf einer fehlerhaften Gebührenkalkulation beruhe.

Bei der Gebührenkalkulation seien zwei wesentliche Fehler gemacht worden. Zunächst sei der gleichzeitige Ansatz einer Abschreibung der Entwässerungsanlagen mit dem Wiederbeschaffungszeitwert und einer kalkulatorischen Verzinsung des Anlagevermögens mit dem Nominalzinssatz unzulässig. Damit hat das Oberverwaltungsgericht seine nunmehr seit 28 Jahren bestehende Rechtsprechung aufgegeben. Zwar würden betriebswirtschaftliche Grundsätze eingehalten, aber der Zweck der Gebührenkalkulation verbiete den gleichzeitigen Ansatz. Denn nach den §§ 75 Abs. 1 S. 1, 77 Abs. 2 S. 2 Gemeindeordnung NRW sollen die Benutzungsgebühren nur die dauerhafte Betriebsfähigkeit der öffentlichen Einrichtung der Abwasserbe seitigung sicherstellen und nicht mehr. Der gleichzeitige Ansatz führe aber zu einem unzulässigen doppelten Inflationsausgleich. Die Betriebsfähigkeit werde auch bei einem einfachen Inflationsausgleich gesichert. Bei einem gleichzeitigen Ansatz von kalkulatorischen Abschreibungen und Nominalzinsen können und müssen die Gemeinden daher zwischen den Betriebserhaltungs konzeptionen der realen Kapitalerhaltung oder der reproduktiven Nettosubstanzerhaltung wählen.

Der andere wesentliche Fehler ist der angesetzte Zinssatz. Bei der Ermittlung eines einheitlichen Nominalzinssatzes für Fremd- und Eigenkapital darf nicht mehr der fünfzigjährige Durchschnitt der Emissionsrenditen für festverzinsliche Wertpapiere inländischer öffentlicher Emittenten zugrunde gelegt werden, sondern nur noch der zehnjährige Durchschnitt bis zum Vorvorjahr des Veranlagungsjahres. Es sei nicht auf die Nutzungsdauer langlebiger Anlagen abzustellen, sondern allein auf die Anlagedauer, die die Gemeinde bei alternativer Anlage des Eigenkapitals am Kapitalmarkt typischerweise gewählt hätte. Auch ein pauschaler Zuschlag von 0,5 % sei nicht mehr anzuerkennen, da dieser zu einer Entkoppelung von den tatsächlichen Verhältnissen am Kapitalmarkt führe.

### **Bedeutung der Entscheidung für die Gemeinden und öffentlich-rechtlich organisierten Abwasserentsorger in NRW und für die Gebührenpflichtigen**

Zwar hat die Entscheidung zunächst nur Wirkung für den entschiedenen Einzelfall. Allerdings dürften viele Abwassergebührensatzungen auf der langjährigen Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts basieren, die nunmehr aufgegeben wurde. Die Abwassergebührensatzungen sollten daher auf ihre Übereinstimmung mit der nunmehr geltenden Rechtsprechung überprüft werden.

Die beklagte Stadt hat gegen die Nicht-Zulassung der Revision Beschwerde eingelegt, sodass die Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts NRW noch nicht rechtskräftig ist. Ob die Revision vom BVerwG zugelassen wird und ggf. sogar erfolgreich ist, bleibt abzuwarten. Dies bedeutet jedoch, dass neu erlassene Abwassergebührenbescheide mit einer Rechtsunsicherheit behaftet sind. Dem könnte begegnet werden, indem diese nach § 12 Abs. 1 Nr. 4 lit. b KAG NRW i. V. m. § 164 Abgabenordnung unter dem Vorbehalt der Nachprüfung erlassen werden.

Auch die Adressaten von Abwassergebührenbescheiden sollten prüfen, ob sie tätig werden sollten. Immerhin hat das Oberverwaltungsgericht im konkreten Fall eine insgesamt um rund 18 % zu hohe Gebühr festgestellt. Für Privathaushalte, aber auch gerade für industrielle und gewerbliche Abwassererzeuger kann es sich daher lohnen, rechtzeitig tätig zu werden. So kann es sich empfehlen, fristwährend Widerspruch einzulegen und die zugrundeliegende Gebührenkalkulation zu überprüfen.



**Vanessa Kipp**  
Rechtsanwältin  
vanessa.kipp@brandi.net

Prof. Dr. Martin Dippel

### **Der Klimawandel, die Unwetterwarnung und der Gerichtstermin**

Von Wilhelm Busch stammt der Ausspruch: „Der Weise äußert sich vorsichtig, der Narr mit Bestimmtheit über das kommende Wetter.“ Der Ausspruch ist nach wie vor aktuell. Zwar sind Unwetterlagen, die besonderen Anlass zu Äußerungen über das Wetter geben, auch in Deutschland grundsätzlich nichts Neues. Mit dem fortschreitenden Klimawandel nimmt aber die Wahrscheinlichkeit zu, dass Unwetter gerade zu Zeiten und an Orten auftreten, an denen auch gerichtliche Termine angesetzt sind. Immer wieder befasst sich die Rechtsprechung auch mit der Frage, ob eine Naturkatastrophe wie zum Beispiel ein schwerer Sturm ein erheblicher Grund für eine Terminverlegung sein kann, wenn ein solcher Sturm das Erscheinen eines Beteiligten verhindert oder unzumutbar erschwert. Dann entscheidet sich auch, wer sich mit Bestimmtheit (nach Wilhelm Buschs Worten eben der Narr) oder wer sich vorsichtig (der Weise) über das Wetter äußert.

Mit einem Terminverlegungsantrag aufgrund einer Unwetterwarnung hatte sich jüngst auch das Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen zu befassen (OVG Münster, Beschluss vom 08.03.2022 - 18 A 486/22). Es ging um einen Termin in der Vorinstanz in einem verwaltungsgerichtlichen Verfahren beim VG Düsseldorf. Der Prozessbevollmächtigte des Klägers hatte von Köln nach Düsseldorf anzureisen und hatte am Tage der mündlichen Verhandlung einen Antrag auf Terminverlegung gestellt und diesen mit der bestehenden Unwettergefahr begründet. Der Deutsche Wetterdienst hatte vor schweren Sturmböen mit bis zu 100 km/h und sogar mit einzelnen orkanartigen Böen und Orkanböen bis 120 km/h gewarnt und darauf hingewiesen, dass bei derartigen Unwettern auch größere Bäume entwurzelt, Dächer beschädigt und Gegenstände umhergewirbelt werden können. Reisen seien nach Möglichkeit zu vermeiden. Angesichts dessen war dem Prozessbevollmächtigten des Klägers in dem beim VG Düsseldorf zu verhandelnden Verwaltungsverfahren die Anreise von Köln nach Düsseldorf nicht geheuer.

Das VG Düsseldorf hatte hierfür allerdings nur wenig Verständnis und führte in seinem die Terminverlegung ablehnenden Beschluss aus, „die Zuwegungen zur Gerichtsstelle sind frei, der Weg dorthin ist – wie das an Gerichtsstelle anwesende Gericht aus eigener Anschauung weiß – gefahrlos möglich“. Die mündliche Verhandlung wurde ohne den Prozessbevollmächtigten des Klägers durchgeführt. Angesichts dieser Ausführungen denkt man unwillkürlich zunächst daran, dass hier ein Düsseldorfer Gericht über die Nöte eines Kölner Prozessbevollmächtigten zu entscheiden hatte – vielleicht könnte allein dieser Umstand das Entscheidungsergebnis erklären. Legt man aber derart abseitige Gedanken einmal beiseite, stellt sich die ernste Frage, inwieweit in einem solchen Fall dem Terminverlegungsantrag nicht hätte stattgegeben werden müssen.

Das OVG Münster war genau dieser Auffassung und hat das VG Düsseldorf in deutlicher Weise korrigiert. Nach § 227 Abs. 1 ZPO, der für den Verwaltungsprozess gemäß § 173 Satz 1 VwGO entsprechend anwendbar ist, kann das Gericht aus erheblichen Gründen einen Termin aufheben oder verlegen sowie eine Verhandlung vertagen. Dabei hat das Gericht nach pflichtgemäßem

Ermessen zu entscheiden und nicht nur das Gebot der Verfahrensbeschleunigung, sondern auch den Anspruch der Beteiligten auf Gewährung rechtlichen Gehörs zu berücksichtigen. Vor diesem Hintergrund hat das OVG Münster darauf hingewiesen, dass nach ständiger Rechtsprechung Naturkatastrophen, wie schwere Stürme, ein erheblicher Grund für die Terminverlegung sein können, wenn sie das Erscheinen eines Beteiligten verhindern oder unzumutbar erschweren. Einen solchen Fall sah das OVG Münster angesichts der deutlichen Unwetterwarnung des DWD als gegeben an und ließ in dem betreffenden Verfahren die Berufung gegen das ohne die Teilnahme des Kölner Rechtsanwalts an der mündlichen Verhandlung zustande gekommene Urteil des VG Düsseldorf zu, weil das VG Düsseldorf mit der Ablehnung der Terminverlegung einen Verfahrensfehler gemacht habe (Versagung rechtlichen Gehörs, Zulassungsgrund gemäß § 124 Abs. 2 Nr. 5 VwGO).

Die Vorsicht bei Äußerungen über das Wetter und damit die Weisheit im Sinne Wilhelm Buschs lag hier eindeutig auf Seiten des OVG Münster.

**Praxishinweis:**

In Zukunft wird es sicherlich mehr als früher Situationen geben, in denen Unwetterwarnungen Anlass für Terminverlegungsanträge bei Gericht bieten. Wie die Entscheidung des OVG Münster zeigt, sind diese nicht aussichtslos, selbst wenn der Weg zu Gericht nicht allzu lang ist. Das gilt auch dann, wenn ein Terminverlegungsantrag infolge einer Unwetterwarnung sehr kurzfristig gestellt wird, weil sich entsprechende Wetterlagen ja ebenso kurzfristig entwickeln. Lehnt das Gericht einen mit einer Unwetterwarnung begründeten Terminverlegungsantrag ab, kann darin ein Verfahrensfehler liegen.

Dr. Annette Mussinghoff-Siemens

### Kurze Verjährungsfrist für Erfüllungsansprüche aus Bauvertrag?

#### Anmerkung zu BGH vom 19.05.2022, Az. VII ZR 149/21

Die Frage der Verjährung von Erfüllungsansprüchen aus Bauverträgen ist immer wieder Gegenstand gerichtlicher Auseinandersetzungen. Nachdem der Bundesgerichtshof mit Urteil vom 19.01.2017 - VII ZR 301/13 entschieden hat, dass Mängelrechte aus § 634 BGB mit einer fünfjährigen Verjährungsfrist bei Bauleistungen grundsätzlich erst nach der Abnahme entstehen, ist die Frage, zu welchem Zeitpunkt die vor der Abnahme bestehenden Erfüllungsansprüche des Bestellers verjährten, höchststrichterlich weiter ungeklärt. Vertragliche Erfüllungsansprüche verjährten grundsätzlich binnen der gesetzlichen Regelfrist von 3 Jahren. Gilt dies aber auch für den Anspruch auf eine abnahmereife Herstellung eines Werks? Verjährt der Anspruch des Bestellers, die Beseitigung von wesentlichen Mängeln zu verlangen, die während der Bauphase aufgetreten sind und die Abnahme verhindern bereits binnen 3 Jahren nach Fälligkeit und Kenntnis des Bestellers von den anspruchsbegründenden Umständen? Dann wäre die Verjährungsfrist für diesen vertraglichen Erfüllungsanspruch womöglich kürzer als die 5-jährige Verjährungsfrist für den Nacherfüllungsanspruch, den Anspruch des Bestellers auf Mängelbeseitigung nach der Abnahme.

Klarheit hatte man sich insoweit von der Entscheidung des BGH über eine Revision zu einem Urteil des OLG Rostock vom 02.02.2021, Az. 4 U 70/19, erhofft, das im Widerspruch zu der Rechtsprechung des OLG Hamm zu diesem Thema steht.

Das OLG Hamm hat mit Urteil vom 30.04.2019, Az. 24 U 14/18, entschieden, der bauvertragliche Erfüllungsanspruch des Bestellers verjähre zwar binnen der gesetzlichen Regelfrist von 3 Jahren, keinesfalls aber früher als der Anspruch auf Nacherfüllung aus § 635 BGB. Das OLG Hamm vertritt – im Einklang mit der Rechtsprechung weiterer Oberlandesgerichte und eines Teils der baurechtlichen Literatur – die Auffassung, der vertragliche Erfüllungsanspruch wandele sich mit erklärter Abnahme in einen Nacherfüllungsanspruch aus § 635 BGB um. Könne der Besteller die Mängelbeseitigung wegen der Verjährung des Erfüllungsanspruchs nicht mehr verlangen, wäre der Anspruch nach erklärter Abnahme als Nacherfüllungsanspruch also wieder durchsetzbar. Da es dem Besteller aber nicht zumutbar sei, die Abnahme eines mangelhaften Werkes zu erklären, nur um den entsprechenden Nacherfüllungsanspruch zu realisieren, dessen Verjährung erst mit der Abnahme beginnt, müsse auch für die Verjährung des Erfüllungsanspruchs wegen Schlechtleistung die 5-Jahres-Frist aus § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB gelten, welche vor erklärter Abnahme nicht zu laufen beginnt. Die Verjährung von Erfüllungsansprüchen wegen Schlechtleistung sei an den Lauf der Verjährungsfrist für Nacherfüllungsansprüche gekoppelt.

Das OLG Rostock hat mit Urteil vom 02.02.2021, Az. 4 U 70/19, die gegenteilige Auffassung vertreten.

Das OLG Rostock hatte über einen Fall zu entscheiden, in dem sich ein Unternehmer verpflichtet hatte, ein Einfamilienhaus bis September 2008 fertigzustellen. Zur fristgerechten Fertigstellung des Hauses kam es infolge einer Auseinandersetzung zwischen Besteller und Unternehmer nicht, weil die Leistungen des Unter-

nehmers nach Auffassung des Bestellers zahlreiche Mängel aufwiesen. Wegen dieser Mängel verweigerte der Besteller weitere Abschlagszahlungen. Infolge der unterbliebenen Abschlagszahlungen stellte der Unternehmer seine Bauleistungen ein. Nachdem sich die Parteien in der Folgezeit gerichtlich über den Ausgleich offener Abschlagsrechnungen gestritten hatten erklärte der Besteller erst in 2013 – nachdem gerichtlich geklärt war, dass tatsächlich wesentliche Mängel vorlagen – den Rücktritt vom Werkvertrag. Er ließ das nicht fertiggestellte Einfamilienhaus teilweise abreißen und durch einen anderen Unternehmer fertigstellen. Erst in 2017 erhob der Besteller gegen seinen ehemaligen Vertragspartner Klage auf Schadenersatz sowie Zahlung einer Vertragsstrafe wegen des Verzuges mit der Fertigstellung des Einfamilienhauses. Nacherfüllungsansprüche waren zu diesem Zeitpunkt noch nicht verjährt.

Die Klage wurde in zweiter Instanz von dem OLG Rostock wegen Verjährung abgewiesen. Das OLG Rostock hatte sich in der sehr ausführlich begründeten Entscheidung umfassend mit der Frage der Verjährung von Erfüllungsansprüchen vor der Verjährung von Nacherfüllungsansprüchen und der Rechtsprechung des OLG Hamm auseinandergesetzt, denn der Verzug des Unternehmers mit der Fertigstellung des Einfamilienhauses beruhte auf der Auseinandersetzung der Vertragsparteien wegen Mängeln.

Das OLG Rostock lehnt die Auffassung des OLG Hamm ab, wonach sich der Erfüllungsanspruch mit erklärter Abnahme in einen Nacherfüllungsanspruch wandelt. Beide Ansprüche seien zwar auf dasselbe Ziel gerichtet, jedoch nicht deckungsgleich. Auch die Einschätzung des OLG Hamm, der Besteller müsse bei Vorliegen einer die Abnahmeverweigerung rechtfertigenden Schlechtleistung besonders geschützt werden, teilt das OLG Rostock nicht. Dem Besteller bleibt nach Auffassung des OLG Rostock binnen der Verjährungsfrist von 3 Jahren nach Fälligkeit und Kenntnis von den anspruchsbegründenden Umständen genügend Zeit, um die Verjährung notfalls durch gerichtliche Maßnahmen zu hemmen. In Betracht komme insbesondere eine Feststellungsklage.

Wegen der von der Rechtsprechung des OLG Hamm abweichenden Auffassung, Erfüllungsansprüche wegen Schlechtleistung könnten sehr wohl vor Nacherfüllungsansprüchen verjähren, hatte das OLG Rostock die Revision zum BGH zugelassen.

Die Entscheidung des BGH über die Revision gegen das Urteil des OLG Rostock war auch wegen der großen Praxisrelevanz mit Spannung erwartet worden.

Das Urteil des BGH über die Revision vom 19.05.2022, Az. VII ZR 149/21, ist zwischenzeitlich veröffentlicht worden. Der BGH hat das Urteil des OLG Rostock bestätigt. Bedauerlicherweise ist durch dieses Urteil aber weiterhin keine Klärung der umstrittenen Frage der Verjährung von Erfüllungsansprüchen, die sich auf eine Schlechtleistung des Unternehmers beziehen, erfolgt.

Der BGH ist zu dem Ergebnis gekommen, auf diese Thematik nicht eingehen zu müssen, da der Unternehmer mit seinen Bauleistungen zweifelsfrei in Verzug geraten war. Das Bauvorhaben war nicht fertiggestellt worden. Infolge dessen stand dem Besteller ein Verzugsschadenersatzanspruch aus einem Schuldrecht

gemäß §§ 280, 286 Abs. 1 BGB zu. Dieser Verzugsschadensatzanspruch unterliegt der regelmäßigen Verjährungsfrist von 3 Jahren nach Fälligkeit des Anspruchs und Kenntnis des Bestellers von den anspruchsbegründenden Tatsachen. Der BGH hat die Frage dahinstehen lassen, wann der Besteller positive Kenntnis davon hatte, dass seine Mängelrügen berechtigt waren und er daher auch zu Recht weitere Abschlagszahlungen verweigert hatte. Für den Beginn des Laufes der Verjährungsfrist genügte es nach Auffassung des BGH, dass dem Besteller die verzögerte Fertigstellung des Einfamilienhauses und ein infolge der Verzögerung entstandener Schaden bekannt waren.

Das Argument des Bestellers, dass während der Folgejahre fortlaufend weitere Verzugsschäden entstanden waren, ließ der BGH ebenfalls nicht gelten. Der BGH betont den Grundsatz der Schadenseinheit. Ein Schadenersatzanspruch entsteht nach der Rechtsprechung des BGH einheitlich auch für zukünftige, durch den Verzug verursachte voraussehbare Nachteile, sobald ein Teilschaden entstanden ist und gerichtlich geltend gemacht werden kann. Der gesamte Schaden, der auf einem bestimmten einheitlichen Verhalten beruht, ist nach dieser Rechtsprechung bereits mit der ersten Vermögensentwertung eingetreten, sofern mit den einzelnen Schadensfolgen bereits beim Auftreten des ersten Schadens gerechnet werden konnte. Kann der Gesamtschaden zum Zeitpunkt des Entstehens des ersten Schadens noch nicht bezieft werden, können dennoch bereits verjährungshemmende Maßnahmen getroffen werden. Der BGH mutet es dem Geschädigten in aller Regel zu, bereits aufgrund der Kenntnis der haftungsbegründenden Erstsäden durch Erhebung einer Feststellungsklage die Verjährung der erst später eintretenden weiteren Schäden zu hemmen.

Auch wenn der Meinungsstreit hinsichtlich der Verjährung von mangelbedingten Erfüllungsansprüchen weiterhin offengeblieben ist, verdeutlicht das Urteil des BGH vom 19.05.2022 erneut die Relevanz der detaillierten Prüfung von Ansprüchen aus einem Bauvertrag auch bereits vor der Abnahme. Bleibt ein Bauvertrag im Erfüllungsanspruch stecken, muss der Besteller das Vorliegen sämtlicher Erfüllungsansprüche prüfen und ggf. rechtzeitig die Einleitung verjährungshemmender Maßnahmen im Blick behalten. Sowohl Ansprüche wegen Nichteinfüllung als auch Ansprüche wegen Schlechterfüllung sollten vorsorglich binnen der kurzen Regel-Verjährungsfrist von 3 Jahren gerichtlich geltend gemacht werden.



**Dr. Annette Müssinghoff-Siemens**

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

Andreas Wiemann

### Schiedsgutachtenabrede vs. selbstständiges Beweisverfahren

In der Rechtsprechung und Literatur war und ist umstritten, ob und wenn ja, unter welchen Voraussetzungen eine Schiedsgutachtenabrede die Einleitung eines selbstständigen Beweisverfahrens unmöglich macht.

Der Bundesgerichtshof hat hierzu einige wichtige Punkte in seinem Beschluss vom 26.1.2022 - VII ZB 19/21 - geklärt.

In dem der Entscheidung zugrundeliegenden Fall war zwischen den Vertragsparteien eines Bauvorhabens eine Schiedsgutachtervereinbarung nach § 18 IV VOB/B getroffen worden. Nachdem es zwischen den Parteien bzgl. gefertigter Stahlbauteile zum Streit gekommen war, verlangte der Auftragnehmer von der öffentlichen Auftraggeberin eine Schiedsuntersuchung mit einer Prüfung durch eine staatliche anerkannte Prüfstelle und teilte dies der Auftraggeberin mit. Wenige Tage nach Eingang dieser Mitteilung beantragte die Auftraggeberin bei dem zuständigen Gericht die Einleitung eines selbstständigen Beweisverfahrens und berief sich insoweit auf § 485 Abs. 1 Alt. 2 (Besorgnis des Beweismittelverlusts/der Erschwernis der Benutzung des Beweismittels) und auf § 485 Abs. 2 ZPO. Der Auftragnehmer hielt den Antrag wegen der voreilichen Schiedsgutachtervereinbarung für unzulässig. Sowohl das erstinstanzliche Landgericht als auch das im Rechtsmittelverfahren zuständige OLG Köln wiesen den Antrag auf Einleitung eines selbstständigen Beweisverfahrens als unzulässig zurück. Der Bundesgerichtshof hat in seiner oben genannten Entscheidung die Vorinstanzen im zugelassenen Rechtsbeschwerdeverfahren bestätigt und hierzu im Wesentlichen folgendes ausgeführt:

Bei Abschluss einer Schiedsgutachtervereinbarung trafen die Parteien damit gleichzeitig die Abrede, dass die gegenständlich erfassten Tatsachenfragen grundsätzlich bindend durch den Schiedsgutachter festgestellt werden sollen. Die Feststellung des Schiedsgutachters seien dann nur noch eingeschränkt nach Maßgabe der §§ 317 ff. BGB gerichtlich überprüfbar. Dies ergebe sich maßgeblich aus dem Grundsatz der Privatautonomie, wonach es der vertraglichen Disposition der Parteien unterliege, ob sie bei Auseinandersetzungen über tatsächliche Fragen ein gerichtliches selbstständiges Beweisverfahren anstreben wollen oder nicht.

Eine Schiedsgutachtervereinbarung entfalte demnach grundsätzlich eine Sperrwirkung, sodass es am rechtlichen Interesse für eine vorherige oder parallele Durchführung eines selbstständigen Beweisverfahrens nach § 485 Abs. 2 ZPO fehle, wenn sich das Beweisthema eines selbstständigen Beweisverfahrens mit dem einer Schiedsgutachtenabrede deckt.

Der Bundesgerichtshof hat die Zulässigkeit des selbstständigen Beweisverfahrens nach § 485 Abs. 1 Alt. 2 ZPO für grundsätzlich möglich erachtet, sofern die hierfür erforderlichen Voraussetzungen erfüllt sind. Diese waren in dem zur Entscheidung vorliegenden Sachverhalt nicht gegeben.

Zusammenfassend ist zu sagen, dass der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung einige für die Praxis sehr wichtige Rechts-

fragen zur Klärung des Meinungsstreits in Rechtsprechung und Literatur entschieden hat.

Allerdings hat das Gericht auch einige weitere Fragen, die im entschiedenen Fall nicht entscheidungserheblich waren, ausdrücklich offengelassen.

Nicht entschieden ist, ob ein auf § 485 Abs. 2 ZPO gestütztes selbstständiges Beweisverfahren zulässig bleibt, wenn sich der Antragsgegner in einem solchen Verfahren nicht auf die Schiedsgutachtervereinbarung beruft.

Nicht entscheidungserheblich war auch die Frage, ob ein auf § 485 Abs. 2 ZPO gestütztes selbstständiges Beweisverfahren ggf. dann zulässig ist, wenn es dazu dient, das Schiedsgutachten auf offensichtliche Unbilligkeit gem. § 319 Abs. 1 BGB analog zu überprüfen. Der Bundesgerichtshof hat die Zulässigkeit nur im seinerzeit maßgeblichen Fall verneint, dass zum Zeitpunkt der Entscheidung über den Antrag auf Einleitung eines selbstständigen Beweisverfahrens das Schiedsgutachten noch gar nicht vorliegt.

In der Fallkonstellation des § 485 Abs. 1 Alt. 2 ZPO hat der Bundesgerichtshof ausdrücklich offengelassen, ob ein Antrag auf Einleitung eines selbstständigen Beweisverfahrens auch deshalb unzulässig sei, wenn ein Schiedsgutachter bereits in die Thematik eingearbeitet sei und ein selbstständiges Beweisverfahren daher keinen zeitlichen Vorfall gegenüber einem Schiedsgutachtenverfahren habe.

Abschließend ist noch zu beachten, dass bekanntlich die Einleitung eines Begutachtungsverfahrens im Rahmen einer Schiedsgutachtenabrede die Verjährung ebenso wie die Zustellung des Antrags auf Durchführung eines selbstständigen Beweisverfahrens hemmt (§ 204 Abs. 1 Nr. 8 BGB). Demgegenüber entfällt bei einer „Sperre“ durch eine Schiedsgutachtenabrede über die Möglichkeit einer (verjährungshemmenden) Streitverkündung im selbstständigen Beweisverfahren. Ferner ist nicht zu vergessen, dass es sich bei einem Schiedsgutachten „nur“ um ein Privatgutachten handelt, währenddessen das Gutachten in einem selbstständigen Beweisverfahren ein gerichtlich eingeholtes Sachverständigengutachten beinhaltet, das auch in anderen Rechtsstreitigkeiten gem. § 411 a ZPO eingesetzt werden kann.

Dr. Christian Kollmeier

### Kein Sachmangel bei fehlender CE-Kennzeichnung?

#### Anmerkung zu LG Flensburg, Urteil vom 11.03.2022 - 20 244/19

Gerade bei Streitigkeiten bzgl. der Mängelhaftigkeit von Fenstern und Türen kommt immer wieder die Frage nach dem CE-Kennzeichen auf. Wenn es vom Unternehmer nicht vorgelegt wird bzw. werden kann, stellt sich die Frage, ob sich bereits daraus ein Mangel des betreffenden Bauteils ergibt. Das Landgericht Flensburg hat dem mit seinem Urteil aus März diesen Jahres eine Absage erteilt – und liegt damit auf einer Linie mit dem OLG Oldenburg (Urteil vom 04.09.2018 - 2 U 58/18) und dem OLG Düsseldorf (Urteil vom 16.04.2020 - 5 U 131/18), die sich hierzu in den letzten Jahren entsprechend geäußert haben.

#### I.

In dem vom LG Flensburg zu entscheidenden Fall ging es um die fehlende CE-Kennzeichnung von Fenstern und Türen. Die Besonderheit des Sachverhaltes lag darin, dass die bestehenden technischen Mängel (insbes. fehlende Schlagregendichtheit) keine Rolle spielten, da der Auftraggeber sich nach der Insolvenz des ausführenden Unternehmens mit dem bauleitenden Architekten stritt. Das LG kam dabei zu dem Ergebnis, dass der Mangel der fehlenden Schlagregendichtheit dem Architekten nicht anzulasten sei, da dieser Mangel tatsächlich nach Einbau festgestellt und von dem Architekten gegenüber dem Unternehmer auch gerügt worden war. Es kam daher entscheidend auf die Frage an, ob die tatsächlich fehlende CE-Kennzeichnung, was dem Architekten unmittelbar bei Anlieferung der Elemente auf der Baustelle und somit vor Einbau hätte auffallen müssen, allein genügt, um einen Gewährleistungsmangel zu begründen.

Das LG Flensburg hat in seinem Urteil ausgeführt, dass allein eine fehlende CE-Kennzeichnung deshalb keinen Mangel des betreffenden Produkts begründe, da die CE-Kennzeichnung selbst keine Aussage dazu treffe, ob das Produkt den allgemein anerkannten Regeln der Technik entspreche. Sie solle den Handel mit Bauprodukten auf dem europäischen Markt erleichtern, stelle aber keine Qualitätsanforderungen an die Produkte selbst, sondern lege allein einen einheitlichen Prüfstandard fest.

#### II.

Die Ausführungen des LG Flensburg – wie auch schon zuvor diejenigen des OLG Oldenburg und des OLG Düsseldorf – sind insoweit zutreffend, als dass sich allein aus einer fehlenden CE-Kennzeichnung nicht erkennen lässt, ob das betreffende Bauprodukt den allgemein anerkannten Regeln der Technik und/oder sonstigen nach dem Vertrag vereinbarten Beschaffenheiten entspricht oder nicht. Denn die CE-Kennzeichnung ist allein eine Selbsterklärung des Herstellers des Produkts, in der er bestätigt, dass sein Produkt mit den Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft übereinstimmt.

Allerdings ist jeweils im Einzelfall zu prüfen, ob sich ggfs. aus öffentlich-rechtlichen Vorschriften eine Verpflichtung zur ausschließlichen Verwendung von Bauprodukten mit CE-Kennzeichnung ergibt. Dann wird man die Verwendung von Bauprodukten ohne entsprechende Kennzeichnung als mangelhaft anzusehen haben. Gleches gilt, sofern die Auslegung ergibt, dass die Verwendung des Bauprodukts mit CE-Kennzeichnung der üblichen Erwartungshaltung entspricht. Dann liegt ein Mangel im Sinne



**Andreas Wiemann**  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Verwaltungsrecht  
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht  
andreas.wiemann@brandi.net

von § 633 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BGB vor. Dies dürfte nicht selten der Fall sein, da die Einhaltung europäischer Richtlinien üblicherweise mindestens erwartet wird.

Das Urteil des LG Flensburg – wie auch die vorherigen Entscheidungen des OLG Oldenburg und des OLG Düsseldorf – zeigen allerdings, dass ein Auftraggeber, der Wert auf die Verwendung von Bauprodukten mit CE-Kennzeichnung legt, besonderes Augenmerk auf die Leistungsbeschreibung bzw. die Erstellung des Leistungsverzeichnisses legen sollte. Wird dort als Beschaffenheit ausdrücklich eine CE-Kennzeichnung festgelegt, stellt das Fehlen der CE-Kennzeichnung einen Mangel dar.



**Dr. Christian Kollmeier**

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

Dr. Siegfried Friesen

### Überschwemmungen und Tornados – nun auch bei uns

#### Ist Ihre Immobilie versichert?

In jüngerer Vergangenheit war festzustellen, dass sich nicht zuletzt aufgrund veränderter Klimabedingungen vermehrt Naturereignisse zeigten, die in unseren „Breitengraden“ bislang eher selten wahrzunehmen waren. Namentlich handelte es sich hierbei um Überschwemmungen und Tornados. Gemeinsam haben diese beiden Geschehnisse die Eigenschaft, dass sie enorme Gebäudeschäden verursachen, die oftmals ein existenzbedrohendes Ausmaß annehmen.

Nicht nur gelegentlich wähnen sich viele Versicherungsnehmer in Sicherheit und meinen, ihre Immobilie wäre gegen alle erdenklichen Gefahren geschützt. Die Erkenntnis eines fehlenden Versicherungsschutzes offenbart sich im Zweifel jedoch spätestens dann, wenn der Versicherer die Regulierung infolge fehlender Absicherung ablehnt. Nachfolgend sollen unter Berücksichtigung der vorbezeichneten Naturgefahren der sachliche sowie der örtlich-gegenständliche Aspekt des Versicherungsschutzes näher thematisiert werden. Denn sie definieren mit weiteren Regelungen grundlegend den Versicherungsumfang.

Vorweg bleibt hervorzuheben, dass es nicht „die“ Gebäudeversicherung gibt, da jeder Versicherer seine eigenen Versicherungsbedingungen verwendet. Die nachfolgenden Ausführungen stützen sich daher auf die Musterbedingungen des GDV, des Gesamtverbandes der Versicherer.

#### 1. Sachlicher Versicherungsschutz

In sachlicher Hinsicht sind nachfolgend die versicherten Gefahren einer Gebäudeversicherung zu verstehen. Hierzu zählen Feuer, Leitungswasser, Rohrbruch, Frostschäden, Sturm und Hagel. Ein Sturm ist nach den Bedingungen des GDV eine wetterbedingte Luftbewegung mit einer Windgeschwindigkeit von mindestens 62 km/h. Als Luftwirbel mit annähernd senkrechter Drehachse erfüllt ein Tornado regelmäßig diese Prämisse, sodass der Versicherungsschutz auf ihn zurückzuführende Schäden regelmäßig mitumfasst.

Neben den oben aufgeführten Risiken bestehen noch sog. Elementargefahren. Sie umfassen Überschwemmungen, Rückstau, Erdbeben, Erdsenkungen, Erdrutsch, Schneedruck, Lawinen und Vulkanausbrüche. Die Besonderheit bei ihnen besteht darin, dass der übliche Schutz einer Gebäudeversicherung sie nicht mitumfasst, da es sich um eine zusätzliche Absicherungsmöglichkeit handelt. Eine sachliche Ausdehnung des Versicherungsschutzes hinsichtlich einer Überschwemmung erfordert damit eine gesonderte Abstimmung mit dem Versicherer. Eine Deckungslücke droht folglich bereits dann, wenn eine dahingehende Ausweitung des Versicherungsschutzes unterblieb.

Ist sie hingegen erfolgt, stellt nicht jedes umgangssprachlich als „Überschwemmung“ bezeichnete Ereignis zugleich auch ein solches im Sinne der Versicherungsbedingungen dar. Denn nach den Bedingungen des GDV ist hierunter eine Überflutung von Grund und Boden des Versicherungsgrundstücks mit erheblichen Mengen von Oberflächenwasser zu verstehen. Dieser Umstand muss wiederum auf eine Ausuferung von oberirdischen (stehenden oder fließenden) Gewässern, Witterungsniederschläge oder auf einen Austritt von Grundwasser an die Oberfläche, als Folge einer der beiden zuvor genannten Umstände, zurückzuführen sein. Zu der vom Versicherungsvertrag vorausgesetzten Wasseranstaubung bzw. -sammlung muss es kommen, da auf normale Weise das (Niederschlags-) Wasser nicht versickern/abfließen kann. Hervorzuheben bleibt, dass es einer Überschwemmung der Geländeoberfläche bzw. des Grund und Bodens des Versicherungsgrundstücks bedarf. Es genügt damit nicht, wenn andere Flächen (Flachdach, Balkon, Lichtschacht, etc.) hiervon betroffen sind, ebenso wenig, wenn und soweit Wasser das höher gelegene Nachbargrundstück überflutet und von dort aus etwa der Niederschlag in das eigene Gebäude eindringt.

Festzuhalten bleibt, dass die Absicherung gegen Überschwemmungen – anders als für einen Sturm/Tornado – eine Vertragsergänzung erfordert, die den sachlichen Versicherungsschutz auf sogenannte Elementargefahren ausdehnt. Ob es sich im konkreten Einzelfall dann auch um eine versicherte Überschwemmung handelt, ist gesondert zu prüfen.

#### 2. Örtlich-gegenständlicher Versicherungsschutz

Hinsichtlich der konkreten Absicherung ist auch der sog. Versicherungsort von erheblicher Bedeutung. Der Versicherungsort bezeichnet insoweit das Grundstück, welches versichert ist und auf welchem das versicherte Gebäude steht. Das/die regelmäßig im Versicherungsschein ausdrücklich genannte(n) Gebäude ist/sind damit gegen die im Versicherungsvertrag bzw. -schein genannten Gefahren abgesichert.

Während namentlich genannte Gebäude und deren Bestandteile (in Gebäude fest eingefügte Sachen) automatisch vom Versicherungsschutz umfasst sind – gleiches gilt für Zubehör (bewegliche Sachen, die sich im Gebäude befinden oder außerhalb von diesem angebracht sind und bestimmten Zwecken dienen) – verhält es sich bei Grundstücksbestandteilen ein Stück weit anders.

Als Grundstücksbestandteile gelten die mit dem Grund und Boden des Versicherungsgrundstücks fest verbundenen Sachen. Die Besonderheit bei ihnen ist, dass sie nicht automatisch vom Versicherungsschutz umfasst sind. Auch an dieser Stelle bedarf es nämlich einer ausdrücklichen Einbeziehung und damit einer Vereinbarung mit dem Versicherer. Das Risiko einer Versicherungslücke kann sich daher insbesondere bei bereits länger existierenden Gebäudeversicherungen stellen, wenn mit den Jahren „Bauten“ zwar auf dem Versicherungsort errichtet wurden, eine Absprache zur Einbeziehung dieser in den existenten Versicherungsschutz jedoch unterblieb.

### 3. Fazit

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass versicherungsrechtliche Möglichkeiten bestehen, auch die Risiken von Überschwemmungen und Tornados abzudecken. Schwächen der Absicherung in eben diesen Segmenten in sachlicher und/oder örtlich-gegenständlicher Hinsicht vermögen jedoch dazu führen, dass ein Versicherungsschutz bereits im Ausgangspunkt nicht gegeben ist. Nicht zuletzt aufgrund der jüngeren Ereignisse bleibt nach alledem anzuraten, den bestehenden Versicherungsschutz auf seine „Aktualität“ hin zu überprüfen.



**Dr. Siegfried Friesen**  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Versicherungsrecht  
siegfried.friesen@brandi.net

Greta Brakemeier

### Update: Mindestsätze der HOAI 2013 bleiben im Rechtsstreit zwischen Privaten anwendbar

Der Bundesgerichtshof (BGH) entschied mit Urteil vom 02.06.2022 (VII ZR 174/19) über die Anwendbarkeit der Mindestsätze der HOAI 2013 in einem Rechtsstreit zwischen Privaten. Das Gericht stellt in seiner Entscheidung klar, dass die in § 7 HOAI 2013 festgelegten unionsrechtswidrigen Mindestsätze in einem Rechtsstreit, an dem ausschließlich Private beteiligt sind, weiterhin Anwendung finden.

Mit seiner Entscheidung knüpft das Gericht dabei unmittelbar an die Rechtsauffassung des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) an. Dieser entschied bereits im Januar 2022 auf ein entsprechendes Vorabentscheidungsgesuch des deutschen Gerichtes, dass nationale Gerichte nicht aufgrund der Existenz des Unionsrechts dazu verpflichtet sind, eine nationale Regelung nicht anzuwenden, die gegen das Unionsrecht verstößt.

Der Entscheidung des BGH liegt die Aufstockungsklage eines Ingenieurs zugrunde. Die Parteien vereinbarten in dem zu entscheidenden Fall im Jahr 2016 eine Pauschalpreisvereinbarung unterhalb der Mindestsätze der HOAI über die Erbringung von Ingenieurleistungen. Nach internen Unstimmigkeiten kündigte der Ingenieur schließlich den Vertrag und verlangte von seinem Auftraggeber das restliche Honorar auf Basis der Mindestsätze der HOAI 2013.

Unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des EuGHs, bestätigte der BGH nun die Entscheidung der Vorinstanz und sprach dem Ingenieur einen Honoraranspruch in Höhe der Mindestsätze der HOAI 2013 zu. Die zwischen den Parteien ursprünglich getroffene Pauschalpreisvereinbarung verstößt wegen Unterschreitung der Mindestsätze gegen die nationale Vorschrift des § 7 Abs. 1 HOAI 2013. Der Ingenieur könne daher von seinem Auftraggeber das Honorar der Mindestsätze abzüglich der bereits geleisteten Zahlungen verlangen.

Die Geltendmachung dieses Anspruchs ist aus Sicht des Gerichts nicht wegen eines Verstoßes gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB) ausgeschlossen, weil die nationale Vorschrift, auf die sich der Anspruch stützt, gegen das Unionsrecht verstößt. Es könne einer Partei nicht verwehrt werden sich auf eine nationale Vorschrift zu berufen, solange diese weiterhin gültig sei. Die Anwendung der nationalen Vorschrift des § 7 Abs. 1 HOAI 2013 führe in diesem Fall auch nicht zu einem für eine Partei unzumutbaren Ergebnis.

Daneben komme unter Berücksichtigung der Entscheidung des EuGHs auch keine richtlinienkonforme Auslegung des § 7 Abs. 1 HOAI 2013, das heißt, eine Auslegung der Vorschrift im Lichte des Unionsrechts, in Betracht. Die Regelung des § 7 Abs. 1 HOAI 2013 lasse keine Auslegung zu, die dazu führe, dass eine willentliche Unterschreitung des verbindlichen Preirechts der HOAI 2013 wirksam ist. Dies sei mit dem Wortlaut von § 7 Abs. 1 HOAI 2013 nicht vereinbar.

Es folge aus dem Unionsrecht zudem keine Pflicht und auch kein Recht eines nationalen Gerichtes, eine bestehende nationale Regelung unangewendet zu lassen. Die nationale Regelung bleibe deshalb im Verhältnis zwischen Privaten trotz ihrer Unionsrechtswidrigkeit anwendbar.

Schließlich sieht der BGH unter Verweis auf die vorausgegangene EuGH-Entscheidung durch die Anwendung unionsrechtswidrigen nationalen Rechtes auch keinen Verstoß gegen die Niederlassungs- oder Dienstleistungsfreiheit sowie den freien Kapitalverkehr. Diese Grundfreiheiten des Unionsrechts seien auf den zu entscheidenden Fall bereits nicht anwendbar, da dieser ein rein nationales Rechtsverhältnis in der Bundesrepublik Deutschland zwischen Privaten betreffe und es insoweit an einem grenzüberschreitenden Sachverhalt fehle.

Im Ergebnis folgt der BGH mit seiner Entscheidung der Rechtsauffassung des EuGHs und hält die Anwendung des unionsrechtswidrigen Preisrechts der HOAI 2013 im privaten Rechtsverkehr für zulässig. Architekten und Ingenieuren ist es daher nicht bereits wegen des Unionsrechtsverstoßes von § 7 HOAI 2013 verwehrt, sich auf die festgelegten Mindestsätze der HOAI 2013 zu berufen. Laufenden Aufstockungsklagen von Planern aus Altverträgen, das heißt, vor dem 01.01.2021 geschlossenen Verträgen, sind unter Berücksichtigung dieser Entscheidung daher wohl gute Erfolgssichten zuzuschreiben.

Mit seiner Entscheidung nimmt der BGH, wie auch der EuGH, im Ergebnis in Kauf, dass eine nationale Entscheidung ergeht, die aufgrund der Anwendung einer unionsrechtswidrigen Vorschrift letztlich gegen Unionsrecht verstößt. Dies müsste das Unionsrecht nach Auffassung der Gerichte jedoch hinnehmen, da private Teilnehmer am Rechtsverkehr auf die Wirksamkeit der nationalen Vorschrift vertrauen können müssen und sie selbst keinen Einfluss auf die nationale Umsetzung des geltenden Unionsrechts haben.



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

Dr. Sebastian Huck, LL.M.

### Materialpreisseigerungen und mögliche vertragliche Reaktionen hierauf

Bauverträge sind anders als viele andere Vertragsarten, weil sie für einen längeren Zeitraum abgeschlossen werden und damit auch die vereinbarten Preise für einen längeren Zeitraum fixiert werden. Dies führt bei Materialpreisseigerungen, wie wir sie im letzten und diesem Jahr gesehen haben, zu erheblichen Problemen bei der Vertragsabwicklung, wenn ein Werkvertrag keinerlei Preisanpassungsmechanismen enthält. Der vorliegende Beitrag beleuchtet gesetzliche Preisanpassungsregelungen (siehe hierzu 1.) und vertragliche Preisanpassungsmechanismen (siehe hierzu 2.).

- Bei erheblichen Preisseigerungen nach Vertragsschluss ist regelmäßig zu prüfen, ob diese Preisseigerungen eine sogenannte Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB darstellen und deshalb die Vertragspreise anzupassen sind.

Geschäftsgrundlage i.S.d. § 313 BGB sind nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs die bei Vertragschluss bestehenden gemeinsamen Vorstellungen der Parteien; maßgeblich ist damit nicht, was die Parteien vereinbart haben, sondern was sie beide ihrem Vertrag (ungeschrieben) zugrunde gelegt haben. Eine solche gemeinsame Vorstellung über den Angebotspreis besteht in der Regel nicht, weil die Preisbildung regelmäßig nur im Hause des Auftragnehmers erfolgt. Die Auskömmlichkeit der Preise fällt damit regelmäßig in das Risiko des Auftragnehmers, letztendlich spiegelbildlich zu den Chancen von sinkenden Preisen, die auch beim Auftragnehmer liegen. Regelmäßig lehnt der Bundesgerichtshof es daher ab, bei erheblichen Preisseigerungen den § 313 BGB anzuwenden, um vertraglich vereinbarte Preise anzupassen. Erst wenn besondere Umstände hinzutreten, aus denen sich ableiten lässt, dass die angewandten Preise eine gemeinsame Grundlage des Vertrages darstellen sollten und diese sich nach Vertragsschluss geändert haben, wäre eine entsprechende Preisanpassung über § 313 BGB denkbar. Da dies jedoch nur absolute Ausnahmefälle sind und insbesondere keine Verträge betrifft, die erst deutlich nach Ausbruch des Ukrainekrieges abgeschlossen wurden, kommt § 313 BGB nur selten zum Tragen.

- Besteht also kein gesetzlicher Anspruch auf eine Preisanpassung bzw. will der Auftragnehmer sich nicht hierauf verlassen, muss der Auftragnehmer, so er eine Preisanpassung herbeiführen möchte, diese entweder vor Vertragsschluss mittels einer sogenannten Preisanpassungsklausel (siehe hierzu nachfolgend unter a) oder einvernehmlich nach Vertragschluss mit seinem Vertragspartner im Wege einer Änderungsvereinbarung vereinbaren (siehe hierzu b):

#### a) Preisanpassungsklausel

Eine vielfach diskutierte und in der Praxis bereits angewandte Möglichkeit, erheblichen Preissteigerungen nach Vertragsschluss entgegenzuwirken, sind sogenannte Preisgleitklauseln. Bei diesen wird entweder der Vertragspreis selbst oder einzelne Kostenarten, oftmals Lohn- und Materialkosten, bspw. an Preisindizes des statistischen Bundesamtes gekoppelt. Verändert sich dann der Index, passt sich der Preis automatisch an die Indexveränderung an.

Soll eine solche Klausel zwischen Vertragsparteien vereinbart werden, ist zu beachten, dass diese einer strengen Inhaltskontrolle der Gerichte unterliegen und deshalb bei der Gestaltung der Klausel Zurückhaltung geboten ist, soll keine Unwirksamkeit der Klausel riskiert werden. Im Idealfall und zur Vermeidung etwaiger AGB-rechtlicher Risiken sollte eine Preisanpassungsklausel zwischen den Parteien individualvertraglich verhandelt und damit der gerichtlichen AGB-Kontrolle entzogen werden.

#### b) Einvernehmliche Anpassung des Vertrages

Es steht den Vertragsparteien jederzeit offen, Vertragspreise neu zu verhandeln und dabei eingetretene Preisseigerungen zu berücksichtigen. Grundlage einer solchen Verhandlung dürfte dabei sein, dass der Auftragnehmer darlegt, wie er die von ihm angebotenen Preise kalkuliert und welche Preisseigerungen er seit dieser Preiskalkulation erfahren hat. Auf dieser Basis lässt sich dann versuchen, mit dem Auftraggeber

eine entsprechende (Material-)Preiserhöhung zu vereinbaren. Eine Verpflichtung des Auftraggebers, hierauf einzugehen, besteht jedoch nur, soweit der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag hierfür Anknüpfungspunkte enthält oder ausnahmsweise ein Fall des § 313 BGB vorliegt.



**Dr. Sebastian Huck, LL.M. (Bristol)**  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht  
[sebastian.huck@brandi.net](mailto:sebastian.huck@brandi.net)

Dr. Annette Mussinghoff-Siemens

## Prüfung von Vertragsklauseln in vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren – nun doch?

**Beschluss der VK Südbayern vom 14.02.2022 - 3194.Z3-3\_01-21-44**

### I.

Im Rahmen von Nachprüfungsverfahren spielen die von öffentlichen Auftraggebern in Vergabeunterlagen vorgegebenen Vertragsbedingungen bisher kaum eine Rolle. Vergabekammern und Vergabesenate der Oberlandesgerichte haben sich in der Regel mit von Unternehmen gerügten Verstößen gegen Bestimmungen zur Ausgestaltung von Verfahren zur Auftragsvergabe, Fragen der Eignungsprüfung und der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes auseinanderzusetzen. Soweit sich die Nachprüfungsinstanzen mit den Inhalten der Vertragsunterlagen des ausgeschriebenen Auftrags befassen müssen, betreffen die Rügen in der Regel die Ausgestaltung der Leistungsbeschreibung, bezüglich derer insbesondere hinsichtlich der Vergabe von Bauleistungen detaillierte Anforderungen gelten.

Die Ausgestaltung der Vertragsbedingungen steht kaum im Fokus der Bieter, obwohl öffentliche Auftraggeber auch insoweit vergaberechtliche Vorgaben zu beachten haben. Bei der Ausschreibung von Liefer- und Dienstleistungen ist gemäß § 29 Abs. 2 VgV, § 21 Abs. 2 UVgO in der Regel Teil B der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen (VOB/B) in den Vertrag einzubeziehen. Eine Ausnahme gilt nur für freiberufliche Leistungen und dies auch nur dann, wenn Gegenstand der Ausschreibung Aufgaben sind, deren Lösung vorab nicht eindeutig und erschöpfend beschrieben werden können. Bei der Vergabe von Bauleistungen gibt § 8a EU VOB/A bzw. – unterhalb der EU-Schwellenwerte – § 8a VOB/A ausnahmslos vor, die Allgemeinen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen (VOB/B) und die Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen für Bauleistungen (VOB/C) in den Vertrag einzubeziehen. Abweichungen von den Regelungen der VOB/B und Regelungen, welche die VOB/B ergänzen, sind nur bei Vorliegen besonderer Voraussetzungen zulässig.

### II.

Diese vergaberechtlichen Vorgaben werden in der Praxis regelmäßig missachtet. Die Bereitschaft von Unternehmen, dies hinzunehmen, mag darauf zurückzuführen sein, dass die Nachprüfungsinstanzen bisher nur im Ausnahmefall eine Verletzung von Bieterrechten festgestellt haben, wenn Vertragsbedingungen von vergaberechtlichen Vorgaben abweichen. So hat die Vergabekammer Sachsen mit Beschluss vom 13.12.2013, Az. 1/SVK/038-13, im Rahmen der Prüfung eines Verfahrens für die Erbringung von Dienstleistungen der Notfallrettung und des Krankentransportes den Ausschluss der VOL/B nicht zum Anlass genommen, einen Vergaberechtsverstoß anzunehmen und sich auch nicht dazu befugt gesehen, eine detaillierte Prüfung einzelner Vertragsklauseln des abzuschließenden Vertrages im Sinne einer zivilrechtlichen Inhaltskontrolle durchzuführen. Die VK Sachsen schloss aus § 97 Abs. 7 GWB a.F. (jetzt § 97 Abs. 6 GWB), wonach Unternehmen einen Anspruch auf Einhaltung der Bestimmungen über das Vergabeverfahren haben, die Überprüfung durch die Nachprüfungsinstanzen dürfe nur Verfahrensregelungen zum Inhalt haben. Dazu zählten Regelungen, welche die Durchführung der öffentlichen Aufträge betreffen, nicht. Anlass für eine Nachprüfung von Vertragsbedingungen sah die VK Sachsen – ebenso die VK

Arnsberg, Beschluss vom 06.02.2013 - VK 21/12 - erst dann, wenn durch die vertraglichen Regelungen die vertraglichen Risiken des abzuschließenden Vertrages in unangemessener Weise auf den Bieter verlagert werden, denn dann sei das aus § 97 Abs. 2 GWB folgende Gebot der Gleichbehandlung und Transparenz und des fairen Wettbewerbs verletzt. Bislang galten hohe Hürden für eine ausnahmsweise erfolgreiche Überprüfung einzelner Vertragsklauseln durch die Vergabenachprüfungsinstanzen.

### III.

Vor diesem Hintergrund bemerkenswert ist der Beschluss der VK Südbayern vom 14.02.2022 Az. 3194.Z3-3\_01-21-44, der die Vergabe von Bauleistungen betrifft. Die Auseinandersetzung betraf die Ausschreibung des Neubaus eines Feuerwehrgerätehauses. Gegenstand der Leistungsbeschreibung waren umfassende Regelungen und Vertragsbedingungen zur Bauausführung, die in vielerlei Hinsicht von der VOB/B abwichen und sich teilweise am Bauvertragsrecht des BGB (§§ 650a ff. BGB) orientierten. Die Vergabekammer hielt diese Vorgehensweise für vergaberechtswidrig und untersagte dem öffentlichen Auftraggeber die Zuschlagserteilung.

Die VK Südbayern hat die Hürde für die Annahme eines Bieterschutzes nach § 97 Abs. 6 GWB mit dieser Entscheidung deutlich gesenkt. Anders als die VK Sachsen nimmt die VK Südbayern einen Verstoß gegen Bieterrechte bereits dann an, wenn die Vertragsbedingungen eindeutig gegen § 8a EU VOB/A verstößen.

Die Vergabekammer Südbayern betont, Zweck des § 8a EU VOB/A sei es, dafür zu sorgen, dass die VOB/B „als Ganzes“ Anwendung findet und damit einzelne Bestimmungen der VOB/B einer gesonderten gerichtlichen Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB entzogen sind. Abweichungen von den Vorgaben des § 8a EU VOB/A könnten dem Verbot des § 7 EU Abs. 1 Nr. 3 VOB/A widersprechen, dem Bieter ungewöhnliche Wagnisse aufzuerlegen, denn – so die VK Südbayern – die unveränderte Vereinbarung der VOB/B „als Ganzes“ trage dem Interesse des Bieters Rechnung, unabhängig von Unsicherheiten über die Geltung der Regelungen der VOB/B und einer etwaigen Inhaltskontrolle der AGB des öffentlichen Auftraggebers sein Angebot kalkulieren zu können. Die Vergabekammer betont die große Praxisrelevanz der VOB/B. Deren Inhalte seien allen Beteiligten am Bau aufgrund langjähriger Übung in den Grundzügen bekannt, sodass Bieter ihre Angebote auch ohne juristische Beratung kalkulieren könnten. Dies sei bei von Auftraggebern selbst zusammengestellten Bauverträgen auch dann, wenn sie sich am Leitbild des Bauvertragsrechts des BGB orientierten und keine die Auftragnehmer unangemessen beeinträchtigende Regelungen enthielten, anders. Solche Regelungen müssten von den Bieter im Einzelfall aufwendig kalkulatorisch bewertet werden. Dies solle § 8a EU VOB/A vermeiden.

### IV.

Schaut man sich die Vorgaben des § 8a EU VOB/A im Detail an, so dürfte es in der Praxis eine Vielzahl von Vergabeunterlagen für die Ausführung von Bauleistungen geben, die dem strengen Maßstab der Vergabekammer Südbayern nicht standhalten.

Zwar verwenden öffentliche Auftraggeber bei der Ausschreibung von Bauleistungen in aller Regel Formulare aus dem Vergabehandbuch des Bundes (VHB), die eine Einbeziehung der VOB/B in den abzuschließenden Vertrag vorsehen. Die Formu-

Iare tragen auch dem Umstand Rechnung, dass § 8a Abs. 2 Nr. 1 EU VOB/A die Aufnahme von zusätzlichen Vertragsbedingungen nur insoweit zulässt, als diese der VOB/B nicht widersprechen. Die Formulare des VHB beschränken Abweichungen von der VOB/B im Einklang mit § 8a Abs. 2 EU VOB/A außerdem auf Fälle, in denen die VOB/B besondere Vereinbarungen ausdrücklich vorsieht, also Öffnungsklauseln vorhanden sind. Zulässig sind in Besonderen Vertragsbedingungen Vereinbarungen, bezüglich derer die VOB/B eine gesonderte Abrede zwischen den Parteien voraussetzt, z. B. Regelungen zu Ausführungsfristen, zu Vertragsstrafen und zu Sicherheitsleistungen, soweit dies im Einzelfall erforderlich ist.

In der Praxis werden diese Formulare indes häufig um Inhalte ergänzt, die von der VOB/B abweichen. Änderungen der VOB/B und auch der VOB/C finden sich zudem vielfach in den Leistungs-

beschreibungen, vor allem in sogenannten „Vorbemerkungen“ zu den eigentlichen inhaltlichen Beschreibungen der Bauleistungen.

Es bleibt abzuwarten, ob die noch recht junge Entscheidung der Vergabekammer Südbayern künftig zu einer vermehrten Befassung der Nachprüfungsinstanzen mit Vertragsbedingungen vor allem in Bauausschreibungen führen wird. Öffentlichen Auftraggebern ist vor dem Hintergrund dieser Entscheidung anzuraten, ihre Vertragsbedingungen – auch solche, die sich in Leistungsbeschreibungen beauftragter Architekten und Fachingenieure „verstecken“ – sowohl stärker auf die Vereinbarkeit mit § 8a EU VOB/A, § 8a VOB/A zu prüfen sowie die Notwendigkeit etwaiger Ergänzungen in zusätzlichen Vertragsbedingungen im Vergabevermerk zu begründen.

# FRAGEN AN SALVATORE FIGUCCIO

## WARUM BRANDI?

Ich habe BRANDI schon als Referendar in der Anwaltsstation in unserem Paderborner Büro kennengelernt und konnte – was man zunächst nur in Metropolen vermutet – feststellen, dass hier Öffentliches Recht in nahezu allen Facetten bearbeitet wird. Das deckte sich hervorragend mit meinem juristischen Hauptinteressensgebiet, das schon seit den ersten Tagen meiner juristischen Ausbildung erst im Staats- und später im Verwaltungsrecht lag. Hinzu kommen Kolleginnen und Kollegen, die mich schon als Referendar herzlich aufgenommen haben. Warum also BRANDI? Weil ich hier auf einem hervorragenden fachlichen Niveau in einem tollen Team arbeiten kann, wie man es nur sehr selten finden wird.

## WAS TREIBT MICH AN?

Für unsere Mandantinnen und Mandanten die bestmögliche Lösung zu finden und diese auch gegen Widerstände durchzusetzen. Dabei wird häufig übersehen, dass Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte unabhängiges Organ der Rechtspflege sind (§§ 1 und 3 Abs. 1 der Bundesrechtsanwaltsordnung). Neben Richterinnen und Staatsanwälten nehmen wir eine eigenständige Funktion im „Kampf um das Recht“ (Rudolf von Jhering) wahr, indem wir Rechtsuchenden rechtliches Gehör vermitteln. In diesem Sinne einen Beitrag zu unserer rechtsstaatlich verfassten Gesellschaft zu leisten, ist ein Motiv, das ich mir immer wieder vor Augen führe.

## AUSSER DEM JOB GIBT ES NOCH?

Meine Ehefrau, Familie und Freunde. Mit ihnen Zeit zu verbringen lohnt sich immer, egal ob man nur bei einem guten Essen zusammensitzt, die Natur beim Wandern erkundet oder die Welt auf gemeinsamen Reisen entdeckt.

## HIGHLIGHTS AUS MEINER HEIMAT?

Meine Heimat ist das niedersächsische Braunschweig. Eine auch in Ostwestfalen häufig unterschätzte Stadt, die mit vielen Parks, hervorragenden Museen, dem Magniviertel (in dem ich meine Schulzeit verbracht habe) und einer besonderen Forschungs- und Entwicklungsstärke viel zu bieten hat.

Naturhighlights in der Region finden sich im Nationalpark Harz, der vor der Haustür liegt und mit dem Brocken immerhin den höchsten Berg Norddeutschlands beheimatet. Der Aufstieg von Torfhaus über den Goethe-Weg wird traditionell mit einer heißen Erbsensuppe aus der Gulaschkanone belohnt. Wenn das nicht eine Reise wert ist...



**Salvatore Figuccio**  
Rechtsanwalt  
[salvatore.figuccio@brandi.net](mailto:salvatore.figuccio@brandi.net)

**Bielefeld**

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

**Detmold**

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

**Gütersloh**

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

**Paderborn**

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

**Minden**

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

**Hannover**

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

**Paris**

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

**Beijing**

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

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