

Liebe Leserinnen und liebe Leser,

das Transparenzregister wird zum Vollregister. Wer ist davon betroffen? Lesen Sie genaueres dazu unter Aktuelles.

Unsere Kompetenzgruppe Öffentliches Recht beschäftigt sich u. a. mit dem Thema: Emissionsreduzierung oder Schadenersatz? Welche Folgen ergeben sich aus dem „Klima-Beschluss“ für Unternehmen in Deutschland? – Der Wohnungsbau soll spürbar angekurbelt werden. Die KG stellt die wichtigsten Änderungen durch das Baulandmobilisierungsgesetz vor.

Im Themenkomplex der Kompetenzgruppe Privates Baurecht, Immobilienplanung und -errichtung wird erläutert, dass ein Verbrauchervertrag auch bei der Vergabe einzelner Gewerke vorliegen kann. – Sie erhalten wichtige Hinweise zum Verkauf von Immobilien, an denen auch die Kommune Interesse haben könnte. – Aktuell drohen Bauvorhaben für Unternehmer aufgrund

von Lieferengpässen unrentabel zu werden. Wie sieht es da mit dem Recht des Unternehmers auf Preisanpassung aus?

Ob und wie Auftraggeber mündliche Ausführungen der Bieter im Rahmen Ihres Vortrags bewerten und dokumentieren sollen, erläutert die Kompetenzgruppe Vergaberecht. – Ein aktuelles Urteil des EuGHs zu den Rahmenvereinbarungen für spätere, flexibel abrufbare Einzelaufträge wird vorgestellt. – Damit Sie als Bieter Konflikte über die Form des abgegebenen Angebots vermeiden können, erhalten Sie einen Überblick zur Rechtsprechung bei der Nutzung der E-Vergabe.

Der 14. Vergaberechtstag findet online am 29.10.2021 statt.

Wir wünschen Ihnen eine schöne Herbstzeit.
Ihr BRANDI Team

NEUES AUS DEM BRANDI TEAM



Vanessa Kipp

studierte Rechtswissenschaft an der Westfälischen Wilhelms Universität Münster.

Ihr Referendariat absolvierte sie im Bezirk des OLG Hamm und ihre Anwalts- und Wahlstation bei BRANDI Rechtsanwälte in Minden. Seit August 2021 unterstützt Frau Kipp unser BRANDI Team in Minden im Bereich des Öffentlichen Rechts.

Herr Dr. Nils Gronemeyer ist jetzt auch als Fachanwalt für Agrarrecht am Standort

Dr. Nils Gronemeyer

Paderborn für Sie tätig.



Dr. Andreas Pieper

Als weiterer Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht steht Ihnen Herr Dr. Andreas Pieper am Standort in Minden zur Verfügung.

Herr Dr. Steffen Kurth ist jetzt als Fachberater für Unternehmensnachfolge (DStV e.V.) bei BRANDI Bielefeld für Sie da.

Dr. Steffen Kurth, LL.M.



Neues aus dem BRANDI Team	2
Aktuelles	4
Fragen an Greta Brakemeier	6
Öffentliches Recht	7
Prof. Dr. Martin Dippel Der Klimaschutz vor den Gerichten – praktische Folgen für Unternehmen in Deutschland	7
Nachhaltigkeit – nicht nur ein Handlungsprinzip, sondern auch ein Rechtsbegriff	10
Dr. Manfred Schröder Darlegungs- und Beweislast zum Bestandsschutz bei baulichen Anlagen	11
Dr. Nils Gronemeyer Änderungen des Baugesetzbuches durch das Baulandmobilisierungsgesetz	12
Änderung der Bauordnung NRW 2018	13
Felicia Deppe Der Umweltinformationsanspruch im dreiseitigen Rechtsverhältnis – Grundlagen, Verfahren und Rechtsschutz	14
Prof. Dr. Martin Dippel VGH München: Aktuelles zur Verwertung gefährlicher Abfälle aus Gewerbe und Industrie	15
Privates Baurecht, Immobilienplanung und -errichtung	17
Dr. Christian Kollmeier Neues zum Verbraucherbauvertrag	17
Dr. Sebastian Huck Ergänzende Honoraransprüche für Architekten und Ingenieure bei Bauzeitenverlängerungen – Recht des Unternehmers auf Preisanpassung bei Materialkostensteigerungen	18
Dr. Annette Mussinghoff-Siemens und Jana Michna Pandemiebedingte Lieferengpässe – der Umgang mit Bauzeitverzögerungen	19
Greta Brakemeier Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH – Generalanwalt hält verbindliches Preisrecht der HOAI a. F. im Rechtsstreit zwischen Privaten für nicht anwendbar	22
Inka Casper und Dr. Sven Hasenstab Ende der Share-Deals bei Immobilientransaktionen? – Gestaltungsmöglichkeiten im Hinblick auf Grunderwerbsteuer und Vorkaufsrechte	23
Vergaberecht	25
Dr. Christoph Jahn Bieterpräsentationen und Dokumentation im Vergabeverfahren	25
Update zu Rahmenvereinbarungen: EuGH verpflichtet zur Angabe des Auftragswertes oder Auftragsvolumens	26
Greta Brakemeier Aktuelle Rechtsprechung zur Nutzung der E-Vergabe – Ein Überblick	27
Veranstaltungshinweis	30
Fragen an Prof. Dr. Martin Dippel	31

AKTUELLES

TRANSPARENZREGISTER: EINTRAGUNG IM HANDELSREGISTER REICHT NICHT MEHR AUS – WIRTSCHAFTLICH BERECHTIGTE MÜSSEN IMMER GEMELDET WERDEN

Das Geldwäschegesetz hat sich zum 1. August 2021 geändert. Bislang war das Transparenzregister ein Auffangregister, jetzt wird es zum Vollregister. Das bedeutet, dass ab sofort bei Neugründungen von juristischen Personen des Privatrechts sowie eingetragenen Personengesellschaften die Angaben zu dem oder den wirtschaftlich Berechtigten dem Transparenzregister mitzuteilen sind. Die bisherige Regelung, dass die Eintragung im Handelsregister für viele Fälle, wie z. B. bei einer GmbH, von der Mitteilung an das Transparenzregister befreit hat, ist weggefallen.



Davon betroffen sind insbesondere folgende Rechtsformen: Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH), Unternehmergesellschaften (UG), Aktiengesellschaften (AG), Europäische Gesellschaften (SE), Genossenschaften (eG), Kommanditgesellschaften auf Aktien (KGaA), offene Handelsgesellschaften (oHG), Kommanditgesellschaften (KG – auch GmbH & Co. KG), Partnerschaftsgesellschaften (PartG), eingetragene Vereine (e. V.).

All diese Gesellschaften müssen neben der Handelsregistereintragung eine zusätzliche Mitteilung zur Eintragung beim Transparenzregister machen. Nur bei eingetragenen Vereinen übernimmt die Mitteilung an das Transparenzregister das Vereinsregister automatisch.

Für Gesellschaften, die vor dem 1. August 2021 gegründet worden sind, gibt es Übergangsfristen zur Mitteilung des wirtschaftlich Berechtigten an das Transparenzregister, und zwar wie folgt:

AG, SE, KGaA:	31. März 2022
GmbH, eG, Europäische Genossenschaft, PartG:	30. Juni 2022
In allen anderen Fällen (z. B. oHG, KG, Stiftungen):	31. Dezember 2022

Die Mitteilungen an das Transparenzregister können elektronisch über www.transparenzregister.de vorgenommen werden. Die Angaben müssen stets auf dem aktuellen Stand gehalten werden.

Falls Sie zu der Mitteilung an das Transparenzregister weitere Fragen haben oder Unterstützung benötigen, helfen wir gern. Bitte wenden Sie sich an Ihre Ansprechpartner(innen) in unserem Haus.

FRAGEN AN GRETA BRAKEMEIER

WARUM BRANDI?

Ich war schon als Referendarin in der Anwalts- und Wahlstation bei BRANDI tätig und habe anschließend direkt als Anwältin in unserem Bielefelder Büro angefangen. Vor allen Dingen die Kollegialität und den Teamgeist bei BRANDI habe ich bereits früh kennen und schätzen gelernt und mich deshalb nach dem Referendariat für einen Berufseinstieg bei BRANDI entschieden. Nach gut einem Jahr beruflicher Tätigkeit kann ich sagen, dass es für mich die richtige Wahl war.

WAS TREIBT MICH AN?

Mir persönlich bereitet besonders die unmittelbare Mandatsbearbeitung Freude, in dem Bestreben, für den Mandanten das bestmögliche Ergebnis herauszuholen. Gerade die Lösung komplexer Rechtsprobleme kann einen dabei gelegentlich vor Herausforderungen stellen, ist aber auch gleichzeitig ein großer Ansporn für mich. Vielfach zeigt sich die bestmögliche Lösung des Problems erst, nachdem man dieses von allen Seiten – auch und gerade im Austausch mit den Kollegen – beleuchtet hat.

Insbesondere die Mandatsbearbeitung im privaten Bau- und Vergaberecht bietet hierzu zahlreiche Gelegenheiten.

AUSSER DEM JOB GIBT ES NOCH...?

Ich verbringe gerne viel Zeit mit Freunden und der Familie. Dank der drei Familienhunde bieten sich dabei ausreichend Möglichkeiten für ausgedehnte Spaziergänge in der Natur.

Im Urlaub zieht es mich neben dem Meer vor allen Dingen in die Berge zum Wandern oder Ski fahren.

HIGHLIGHTS AUS MEINER HEIMAT?

Als Rückkehrerin nach dem Studium in meine Heimat Ostwestfalen-Lippe sind mir einige Highlights hier besonders ans Herz gewachsen. Zu nennen wären da die Burg Sternberg im Extertal und der nahegelegene Skilift, welcher bei ausreichender Schneelage beste Ski- und Rodelmöglichkeiten bietet. Beides liegt sozusagen direkt bei meinem Elternhaus vor der Tür. Auch die zahlreichen Wanderwege, wie etwa der Patensteig, sind eine tolle Möglichkeit zur Erkundung der Natur. Für mich ist außerdem die Lemgoer Innenstadt mit den dortigen Sehenswürdigkeiten und Geschäften immer einen Besuch wert.



Greta Brakemeier
Rechtsanwältin
greta.brakemeier@brandi.net

Prof. Dr. Martin Dippel

Der Klimaschutz vor den Gerichten – praktische Folgen für Unternehmen in Deutschland

Der Klimaschutz ist ein weltumspannendes, drängendes Thema, das in der öffentlichen Diskussion auch in Deutschland weit oben steht. Längst hat der Klimaschutz auch die Gerichte erreicht. Sehr öffentlichkeitswirksam waren in 2021 vor allem der „Klima-Beschluss“ des Bundesverfassungsgerichts vom 24.03.2021 und aus den Niederlanden das Urteil des Gerichtshofes in Den Haag – eines erstinstanzlichen Zivilgerichts – vom 26.05.2021, mit dem die Shell-Gruppe zur Reduzierung ihrer CO₂-Emissionen in die Atmosphäre verpflichtet wurde. Diese und andere „Klima-Verfahren“ vor den Gerichten lassen sich dahingehend unterscheiden, ob sie sich gegen den Staat oder gegen private Unternehmen richten, aber auch im Hinblick auf ihr Klageziel (Emissionsreduzierung oder Schadenersatz?).

1. „Klimaverfahren“ gegen den Staat

1.1 Verfassungsbeschwerden wegen des Klimaschutzgesetzes

In die Kategorie der Verfahren gegen den Staat gehört aus der jüngsten Zeit vor allem das Verfassungsbeschwerdeverfahren wegen des Bundes-Klimaschutzgesetzes (KSG) und das Unterlassen weiterer Maßnahmen zur Reduktion von Treibhausgasemissionen. Während die Verfassungsbeschwerden zweier Umweltverbände, die dem Gesetzgeber vorwarfen, keine geeigneten Maßnahmen zur Begrenzung des Klimawandels ergriffen und hierdurch verbindliche europarechtliche Vorgaben zum Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen missachtet zu haben, als unzulässig verworfen wurden, waren die Verfassungsbeschwerden mehrerer natürlicher Personen zulässig.

Sie waren zum Teil nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts auch begründet. Das Klimaschutzziel als solches, welches der Gesetzgeber mit § 1 KSG dahingehend bestimmt hat, dass „der Anstieg der globalen Durchschnittstemperatur auf deutlich unter 2 Grad Celsius und möglichst auf 1,5 Grad Celsius gegenüber dem vorindustriellen Niveau zu begrenzen ist“, hält das Bundesverfassungsgericht für jedoch zulässig. Inhaltlich rügt das Bundesverfassungsgericht in der Begründung des „Klima-Beschlusses“ (vom 24.03.2021 – 1 BvR 2656/18 u. a. –, BeckRS 2021, 8946) vor allem, der Gesetzgeber habe keine ausreichenden Vorkehrungen getroffen, die wegen der bis 2030 gesetzlich zugelassenen Jahresemissionsmengen in den darauffolgenden Jahren möglicherweise sehr hohen Emissionsminderungspflichten grundrechtsschonend zu bewältigen. Das Gericht betont damit den „Grundrechtsschutz von morgen“, der einer einseitigen Verlagerung des im Staatsziel Umweltschutz (Art. 20a GG) enthaltenen Klimaschutzgebots aufgegebenen Treibhausgasminderungslast auf spätere Generationen entgegenstehe. Wie der Gesetzgeber die Erreichung des Klimaschutzziels über 2030 hinaus konkretisiert, gibt das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung nicht vor. Es fordert auch keinen unbedingten Vorrang des Klimaschutzziels vor anderen Belangen, sondern betont, dass das Klimaschutzziel im Konfliktfall in einen Ausgleich mit anderen Verfassungsrechtsgütern und Verfassungsprinzipien zu bringen sei. Allerdings nehme das relative Gewicht des Klimaschutzgebots in der Abwägung bei fortschreitendem Klimawandel weiter zu. Ein „Grundrecht auf intakte Umwelt“ postuliert das Bundesverfassungsgericht nicht.

Das Urteil hat aus umweltökonomischer Perspektive auch deutliche Kritik erfahren (G. Wagner, NJW 2021, 2256 ff.). Denn bei „öffentlichen Gütern“ wie der Erdatmosphäre führt die Zurückhaltung Einzelner bei deren Inanspruchnahme (Emission von Treibhausgasen) typischerweise nicht zu einem Nutzen für das öffentliche Gut, sondern eher zur vermehrten Inanspruchnahme durch Dritte, die sich diese Zurückhaltung nicht auferlegen – oder nicht an die Gerichtsentscheidung gebunden sind. Allein der Verweis des Bundesverfassungsgerichts darauf, dass sich unser Staat seiner Verantwortung nicht durch den Hinweis auf Treibhausgasemissionen in anderen Staaten entziehen könne, hat zwar in der rechtlichen Logik einiges für sich, überzeugt aber umweltökonomisch nicht.

Welche Folgen ergeben sich nun aus dem „Klima-Beschluss“ für die Unternehmen in Deutschland? Mittelbare Folgen wird zunächst das Klimaschutzgesetz mit den jetzt in der Folge des „Klima-Beschlusses“ des Bundesverfassungsgerichts verschärften Klimaschutzzielen haben. Das bestehende nationale Klimaschutzziel für das Jahr 2030 wurde auf „mindestens 65 %“ Minderung der Treibhausgasemissionen erhöht (Vergleichsmaßstab ist das Jahr 1990). Für 2040 gilt ein nationales Klimaschutzziel von „mindestens 88 %“. In 2045 soll „Netto-Treibhausgasneutralität“ erreicht werden, nach 2050 sollen sogar negative Treibhausgasemissionen erreicht werden. Die Minderungsziele werden in Sektoren unterteilt. Die sektorübergreifenden jährlichen Minderungsziele bilden den Rahmen für die darauf beruhende Festlegung der sektorscharfen Jahresemissionsmengen durch Rechtsverordnungen in den Jahren 2024 (für 2031 bis 2040) und 2034 (für 2041 bis 2045). Die in Deutschland tätigen Unternehmen z. B. in den Sektoren Industrie, Energiewirtschaft, Gebäude oder Abfallwirtschaft können daraus entnehmen, welche Forderungen an sie als Gesamtheit gestellt werden und können (müssen) ihre unternehmerische Strategie daran ausrichten.

Über diese sektorbezogenen Anforderungen hinaus ist zu erwarten, dass der „Klima-Beschluss“ vom 24.03.2021 auch Auswirkungen auf das gesamte Umwelt- und Planungsrecht hat. Die dem Staat aufgebene Pflicht zur Herstellung von Klimaneutralität ist nämlich künftig für die Unternehmen auch bei Einzelfallentscheidungen ganz unmittelbar von Bedeutung. Hier werden die Gewichte bei Einzelfallentscheidungen zugunsten des Klimaschutzes verschoben. Das gilt insbesondere bei solchen Entscheidungen, bei denen den Behörden Gestaltungs-, Abwägungs- und Beurteilungsspielräume zukommen, ferner bei Investitionsentscheidungen der Öffentlichen Hand. Ausdrücklich ergibt sich dies auch aus § 13 Abs. 1 S. 1 KSG, wonach die Träger öffentlicher Aufgaben verpflichtet sind, bei ihren Planungen und Entscheidungen den Gesetzeszweck des Klimaschutzgesetzes und die zu seiner Erfüllung festgelegten Ziele zu berücksichtigen.

1.2 Klimaklage gegen die Bundesrepublik auf Erreichung des Klimaschutzziels 2020

Ein weiteres „Klima-Verfahren“, welches allerdings in der öffentlichen Aufmerksamkeit deutlich weniger Raum eingenommen hat als das beim Bundesverfassungsgericht geführte Verfahren, wurde im Oktober 2019 vom VG Berlin entschieden (Urteil vom 31.10.2019 – 10 K 412/18 –, NVwZ 2020, 1289). Die Kläger dieses Verfahrens – drei Familien von Landwirten und ihren Kindern, die in Deutschland ökologische Landwirtschaft betreiben – wollten erreichen, dass die Bundesregierung dazu verurteilt wird, zusätzliche Maßnahmen zu ergreifen, um das selbstgesteckte

Klimaschutzziel 2020 (seinerzeit beruhend auf einem Kabinettsbeschluss der Bundesregierung vom 03.12.2014) zu erreichen und europarechtliche Reduzierungspflichten zu erfüllen.

Die Klage hatte keinen Erfolg, weil die Kläger nicht klagebefugt waren. Das VG Berlin führt aus, bei dem Beschluss des Bundeskabinetts vom 03.12.2014 (Aktionsprogramm Klimaschutz 2020) handele es sich um eine politische Absichtserklärung, aber nicht um eine rechtsverbindliche Regelung mit Außenwirkung. Auch aus einer Beeinträchtigung ihrer Grundrechte durch einen faktischen Eingriff des Staates könnten die Kläger – so das VG Berlin – keinen Anspruch auf zusätzliche Klimaschutzmaßnahmen ableiten. Das gelte auch für Schutzpflichten des Staates, die sich aus den Grundrechten ergeben. Das VG Berlin führt dazu aus, dass nicht ausreichend erläutert worden sei, warum der Staat das verfassungsrechtlich notwendige Mindestmaß am Klimaschutz unterschritten haben könnte.

Es fällt auf, dass die Entscheidung des VG Berlin durch den „Klima-Beschluss“ des Bundesverfassungsgerichts und durch das Klimaschutzgesetz inhaltlich „eingeholt“ wurde. Im Ergebnis dürfte die Entscheidung allerdings heute noch nicht anders ausfallen, denn auch das Bundesverfassungsgericht hat daran festgehalten, dass dem aus Art. 20a GG abzuleitenden Klimaschutzgebot keine subjektiven Rechte Einzelner zu entnehmen sind.

2. Klagen gegen private Unternehmen

2.1 Klage gegen Royal Dutch Shell

Als ein „Paukenschlag“ wurde das Urteil des Gerichtshofs Den Haag – eines erstinstanzlichen niederländischen Zivilgerichts – vom 26.05.2021 wahrgenommen (Urteil vom 26.05.2021 – C/09/571932/HA ZA 19-379, BeckRS 2021, 15559). Kläger waren sieben Umweltorganisationen sowie mehr als 17.000 Bürger. Die Klage richtete sich gegen Royal Dutch Shell. Das Gericht erklärte die Klagen eines Umweltverbandes und sämtlicher Einzelkläger für unzulässig, verpflichtete jedoch Royal Dutch Shell auf die Kla-

gen der übrigen Umweltverbände dazu, die aus der Geschäftstätigkeit des Shell-Konzerns resultierenden CO₂-Emissionen in die Atmosphäre so begrenzen oder reduzieren zu lassen, dass diese Menge bis Ende 2030 um mindestens 45 % gegenüber dem Niveau des Jahres 2019 reduziert wird.

Dieses Urteil wurde als „historisch“ und „Signal für den Klimaschutz“ verstanden. In der Süddeutschen Zeitung vom 30.05.2021 war gar zu lesen, es sehe nun so aus, als würden Gerichte die Klimakrise selbst in die Hand nehmen („Die Ära der Klimaschutzurteile“). Kritik gab es aber auch, und das mit Recht: Die Entscheidung geht nämlich am parlamentarischen Gesetzgeber vorbei, der nach deutschem Rechtsverständnis solche Entscheidungen im Zusammenhang mit dem Klimaschutz selbst zu treffen hat und hierbei auch für eine gerechte Lastenverteilung zu sorgen hat. Insofern wurde zu Recht argumentiert, das Gericht habe ja das Unternehmen nicht wegen einer Überschreitung des Gesetzes verurteilt, sondern für die Zukunft verpflichtet, Emissionen zu verringern. Damit übernehme es parlamentarische Aufgaben, die ihm nicht zukämen. Etwas salopp könnte man dies auch als einen Versuch der „Weltrettung per Gerichtsbeschluss“ bezeichnen.

In Deutschland ist eine solche Gerichtsentscheidung, bei der private Kläger – auch NGOs – vor einem Zivilgericht gegen ein beliebiges Unternehmen mit dem Ziel der Reduzierung seiner klimarelevanten Emissionen vorgehen, nicht zu erwarten. Das Niederländische Urteil beruht auf der dortigen Besonderheit, dass das Völkerrecht – so z. B. das Pariser Klimaabkommen – im nationalen Recht direkte Anwendung findet. Für Klagen, die auf die Durchsetzung internationaler Verpflichtungen gegenüber privaten Unternehmen gerichtet sind, eignet sich dieses System also besonders. Das ist in Deutschland nicht der Fall. Es ist nicht zu verkennen, dass solche Verfahren nicht geeignet sind, zu einer übergreifenden Problemlösung im Hinblick auf den Klimaschutz beizutragen. Das kann nur gelingen, wenn „der Staat“ in der Pflicht steht, mit seinen Handlungsinstrumenten berechen-



bare, alle relevanten Unternehmen gleichmäßig betreffende Rahmenbedingungen zu setzen, nicht aber dadurch, dass mehr oder weniger „willkürlich“ einzelne Unternehmen von privaten Klägern ausgewählt werden, um dann auf dem Weg über die Zivilgerichtsbarkeit zu Maßnahmen gezwungen zu werden, die andere Unternehmen mit vielleicht ähnlichen geschäftlichen Aktivitäten nicht treffen. Dieses strukturelle Defizit steht auch Forderungen entgegen, den Umweltrechtsschutz auch in Deutschland immer weiter auszuweiten. Das Niederländische Urteil in Sachen Klimaschutz wird also in Deutschland zumindest nach geltender Rechtslage keine Entsprechung finden. Dennoch entfaltet das Urteil allein durch seine Existenz und die öffentliche Diskussion eine erhebliche faktische Wirkung, die dem Thema Klimaschutz weitere Aufmerksamkeit sichert und die z. B. auch das Unternehmen Shell dazu veranlasst hat, eine Verschärfung der eigenen Klimaziele bereits anzukündigen (Handelsblatt vom 09.06.2021), obwohl Shell das Den Haager Urteil mit der Berufung angreift.

2.2 OLG Hamm: Peruanischer Hauseigentümer gegen RWE

Auch in der deutschen Zivilgerichtsbarkeit, genauer beim OLG Hamm, ist gegenwärtig ein Verfahren mit internationalem Klimaschutzbezug anhängig. Hier wird nicht die Reduktion von CO₂-Emissionen eingeklagt. Ein Hauseigentümer aus den peruanischen Anden macht vielmehr die Feststellung der Verpflichtung von RWE zum anteiligen Ersatz von Aufwendungen für durchgeführte Schutzmaßnahmen zugunsten seines Eigentums geltend.

Der peruanische Kläger bewohnt ein Haus in den Anden unterhalb einer durch eine natürliche Moräne aufgestauten Lagune, in der sich Schmelzwasser des darüber liegenden Gletschers und Niederschlagswasser sammelt, welches auf natürlichem Weg nur bedingt abfließen kann. Diese Lagune fasste Ende der 1930er Jahre ein Wasservolumen von ca. 10 bis 12 Mio. m³. Im Februar 2016 wurde schon ein Wasservolumen von 17,4 Mio. m³ gemessen. Bei einer Flutwelle würde aller Voraussicht nach auch das Haus des Klägers überschwemmt werden. Der Kläger führt dies auf den Klimawandel, die ansteigenden Temperaturen und das Abschmelzen des Gletschers zurück. Er macht das Unternehmen RWE, das zu 0,47 % zum weltweiten Aufkommen von Treibhausgasen beitrage, für diesen Zustand anteilig verantwortlich. Er meint, der Verursachungsbeitrag von RWE am Klimawandel sei anhand wissenschaftlicher Modelle errechenbar. Insofern sieht der Kläger eine rechtliche Kausalität zwischen der Flutgefahr und den Treibhausgasemissionen von RWE.

Während das Landgericht Essen in erster Instanz die Klage noch abgewiesen hat (Urteil vom 15.12.2016 – 2 O 285/15 –, ZUR 2017, 370), weil sich bei der Freisetzung von Treibhausgasen durch zahllose Groß- und Kleinemittenten eine auch nur annähernd lineare Verursachungskette von einer bestimmten Emissionsquelle zu einem bestimmten Schaden nicht mehr ausmachen lasse, sieht das OLG Hamm in der Berufungsinstanz die Sache möglicherweise anders und hat einen Beweisbeschluss erlassen (Beschluss vom 30.11.2017 – I-5 U 15/17 –, ZUR 2018, 118). Zur Begründung weist das OLG darauf hin, dass hinsichtlich der Zulässigkeit und Schlüssigkeit des Klagebegehrens nach Auffassung des Gerichts keine Bedenken bestehen. Das Klagebegehren passe durchaus in die Systematik des deutschen Rechtssystems. Dieser gesetzlichen Systematik entspreche es, dass auch derjenige, der rechtmäßig handele, für von ihm verursachte Eigentumsbeeinträchtigungen haften müsse (vgl. z. B.

§ 14 S. 2 BImSchG und § 906 Abs. 2 S. 2 BGB). Mit dem Beweisbeschluss soll zum einen das Gefahrenpotenzial der Lagune durch eine Überflutung und/oder eine Schlammlawine und zum anderen die Klimarelevanz von CO₂-Emissionen speziell auch mit Blick auf das Abschmelzen des Gletschers in Peru aufgeklärt und die Mess- und Berechenbarkeit des Mitverursachungsanteils von RWE bestimmt werden. Dazu sind Sachverständigengutachten eingeholt worden. Die Berufungsentscheidung des OLG bleibt noch abzuwarten.

Auch in Deutschland ist also in der Zivilgerichtsbarkeit durchaus mit „Klima-Verfahren“ – auch mit internationalen Bezügen – zu rechnen, wenngleich sie auch nicht auf die Verpflichtung zur CO₂-Reduktion gerichtet sein können, sondern „nur“ Schadensersatz- bzw. Aufwendungsersatzansprüche beinhalten können.

3. Praxishinweise

Der oben beschriebene Überblick über den „Klimaschutz vor Gericht“ befasst sich ganz spezifisch mit der Emission klimarelevanter Gase. Nicht Gegenstand dieser Darstellung sind sonstige, auf nicht klimarelevante Luftschadstoffe bezogene „Luftreinhaltungsverfahren“, wie sie etwa im Hinblick auf die Luftreinhaltungsplanung in den Städten und die Diskussion um Verkehrsverbote etc. geführt werden (vgl. BVerwG, Urteil vom 27.02.2020 – 7 C 3/19 –). Darüber haben wir zuletzt im BRANDI Report April 2019 berichtet. Im Hinblick auf die Rechtsprechung zu klimarelevanten CO₂-Emissionen lässt sich für in Deutschland tätige Unternehmen aber Folgendes in Kurzfassung festhalten:

Dass ein in Deutschland tätiges Unternehmen vor einem deutschen Zivilgericht von privaten Klägern (dazu gehören auch Umweltschutzorganisationen) zur Reduktion der durch seine geschäftliche Tätigkeit anfallenden CO₂-Emissionen gezwungen wird, ist nach derzeitigem Rechtsstand nicht vorstellbar.

Für „Großemittenten“ grundsätzlich vorstellbar wäre aber möglicherweise die Verpflichtung zum Schadensersatz durch Kläger im In- oder Ausland, wenn der Mitverursachungsanteil des Unternehmens an den gesamten CO₂-Emissionen mess- und berechenbar ist. Insofern bleibt aber die weitere Entwicklung in der Rechtsprechung abzuwarten. Das OLG Hamm wird den Rechtsstreit zwischen dem peruanischen Hauseigentümer und RWE sicher nicht in letzter Instanz entscheiden. Ob sich dann der BGH der Auffassung des OLG Hamm oder der Auffassung des LG Essen anschließen wird, bleibt abzuwarten. Auch die Auffassung des LG Essen, wonach die von zahllosen Groß- und Kleinemittenten weltweit freigesetzten Treibhausgase, die letztlich über einen hochkomplexen Prozess eine Klimaänderung hervorrufen, keiner bestimmten Emissionsquelle linear zugeordnet werden können, hat einiges für sich. Wie auch immer: Ein Zwang zur Reduktion der CO₂-Emissionen einzelner Unternehmen geht von einer solchen Rechtsprechung nicht unmittelbar aus. Sie könnte aber (mittelbar) als Anreiz wirken, zur Vermeidung von Schadensersatzpflichten die eigenen CO₂-Emissionen des Unternehmens zu reduzieren.

Eine sehr große Bedeutung für unternehmerische Strategien hat der „Klima-Beschluss“ des Bundesverfassungsgerichts. Dadurch werden zwar einzelne Unternehmen nicht unmittel-

bar verpflichtet. Die Verpflichtung zum Klimaschutz richtet sich an den Staat. Die gesetzgeberische Tätigkeit des Staates ist durch den „Klima-Beschluss“ des Bundesverfassungsgerichts jedoch erneut angestoßen bzw. verstärkt worden. Das kommt im gerade verschärften Klimaschutzgesetz zum Ausdruck. Die darin formulierten Klimaschutzziele lassen sich nur unter Mitwirkung der Industrie erreichen. Insofern tun die Unternehmen, die in relevantem Maße CO₂-Emissionen verursachen, gut daran, ihre eigene Strategie darauf einzustellen.

Schon für die nähere Zukunft ist mit Sicherheit zu erwarten, dass auch in konkreten Verwaltungsentscheidungen, bei denen es um die Zulassung oder Einschränkung von Anlagen mit klimarelevanten Emissionen geht, der Klimaschutz eine stärkere Bedeutung bekommen wird. Ermessens- oder Beurteilungsspielräume werden künftig stärker im Sinne des Klimaschutzes von den einzelnen zuständigen Behörden angewandt werden. Im klassischen Recht der Zulassung von Industrieanlagen, dem BImSchG, wird es allerdings hierbei voraussichtlich auch künftig immer um Grenzwerte für klimarelevante Emissionen gehen, welche von allen Behörden gleichmäßig angewandt werden müssen. Werden diese Grenzwerte eingehalten, wird weiterhin ein Genehmigungsanspruch bestehen bzw. kein Anlass, im Einzelfall noch weiter verschärfte Anforderungen an einzelne Anlagen zu stellen. Die allgemein geltenden Grenzwerte selbst werden sich für klimarelevante Emissionen allerdings absehbar verschärfen.

Prof. Dr. Martin Dippel

Nachhaltigkeit – nicht nur ein Handlungsprinzip, sondern auch ein Rechtsbegriff

Nachhaltigkeit ist in aller Munde. Folgt man Wikipedia, ist Nachhaltigkeit ein Handlungsprinzip zur Ressourcennutzung, bei dem eine dauerhafte Bedürfnisbefriedigung durch die Bewahrung der natürlichen Regenerationsfähigkeit der beteiligten Systeme gewährleistet werden soll. Die beteiligten Systeme können also ein bestimmtes Maß an Ressourcennutzung dauerhaft aushalten, ohne Schaden zu nehmen.

Nachhaltigkeit – Handlungsprinzip oder „Business Bullshit“?

Im Sinne eines langfristig angelegten, verantwortungsbewussten Umgangs mit einer Ressource ist dieses Handlungsprinzip erstmals im forstwirtschaftlichen Zusammenhang beschrieben worden, nämlich in dem Werk „Sylvicultura oeconomica“ von Hans Carl von Carlowitz (1713). Während der Begriff ursprünglich durchaus schon eine gewisse „umweltbezogene“ Bedeutung hatte, wird er heute zumindest in der Wirtschaft übergreifender verstanden. Der Begriff wird nicht mehr nur als Synonym für Klima- und Umweltschutz verwendet. Nach der im Frühjahr 2021 erschienenen Commerzbank-Mittelstandsstudie versteht die große Mehrzahl der befragten Wirtschaftsvertreter unter Nachhaltigkeit vielmehr einen Dreiklang aus Ökologie, Ökonomie und sozialer Verantwortung. Zunehmend lässt sich aber auch feststellen, dass der Begriff durch inhaltlich beliebigen Gebrauch in Politik und Wirtschaft und durch seine Verwendung in zahllosen Werbekampagnen, z. B. für Möbel aus nachhaltigem Holz, für Lebensmittel ohne Plastikverpackung oder für langlebige Kleidung, bis zu völliger Unschärfe zur Sprechblase abgenutzt

wird. Selbst ein bekannter Rüstungskonzern nimmt für sich in Anspruch, dass die Nachhaltigkeit „zentraler Bestandteil der Unternehmensführung“ sei. Solchermaßen inhaltlich aufgelöst, ist der Begriff in jeder Hinsicht kommunikationstauglich: Jeder kann ihn benutzen, niemand legt sich damit fest. Der stellvertretende Chefredakteur des Wirtschaftsmagazins „brand eins“, Jens Bergmann, hat den Begriff aus diesen Gründen in sein jüngst im Duden-Verlag erschienenenes Buch über „Business Bullshit: Managerdeutsch in 100 Phrasen und Blasen“ aufgenommen. Das muss ein Begriff erst einmal schaffen.

Nachhaltigkeit als Rechtsbegriff

Aber Nachhaltigkeit ist auch ein Rechtsbegriff. Gibt man in das Informationsportal Juris bei der Vorschriftensuche den Begriff „Nachhaltigkeit“ ein, so erhält man weit mehr als 36.000 Treffer angezeigt. Das lässt ganz vorsichtig darauf schließen, dass der Begriff der Nachhaltigkeit auch als Rechtsbegriff inhaltlich eher beliebig ist. Es gibt ihn z. B. im Glücksspielrecht, im Infektionsschutzrecht, im Gefahrstoffrecht oder im Subventionsrecht. Auch im Kriegswaffenkontrollrecht kommt er vor. Noch relativ neu ist der Begriff im Rahmen der Nachhaltigkeitsberichterstattung. Dazu gibt es auf europäischer Ebene den Kommissionsentwurf einer CSR-Richtlinie (corporate sustainability reporting) vom 21.04.2021, die zukünftig alle großen Kapitalgesellschaften und haftungsbeschränkten Personengesellschaften zur nicht finanziellen Berichterstattung verpflichten soll. Auch alle kleinen und mittelgroßen kapitalmarktorientierten Gesellschaften sollen zur Nachhaltigkeitsberichterstattung verpflichtet sein.

Nachhaltigkeit im Umweltrecht

Konzentriert man sich beim Rechtsbegriff der Nachhaltigkeit auf das Umweltrecht, so stellt man fest, dass der Begriff der Nachhaltigkeit in den vergangenen Jahrzehnten ebenfalls vermehrt Eingang in Gesetze gefunden hat. Er findet sich bspw. im Naturschutzrecht (§ 1 Abs. 1 BNatSchG), im Bodenschutzrecht (§ 1 S. 1 BBodSchG), im Recht der Erneuerbaren Energien (§ 1 Abs. 1 EEG) oder auch im Raumordnungsrecht (§ 1 Abs. 2 ROG). Vor dem Hintergrund der oben geschilderten, durchaus unterschiedlichen Nachhaltigkeitsbegriffe (nur ökologisch oder ökologisch/ökonomisch/sozial?) ist es schwer, eine umfassende und zugleich präzise Definition des Nachhaltigkeitsbegriffs für die verschiedenen Rechtsbereiche, in denen er angewendet wird, zu finden. Für den Bereich des Umweltrechts wird eine gesetzliche Bestimmung, die den Begriff „nachhaltig“ verwendet, regelmäßig zum Ziel haben, unter besonderer Berücksichtigung der langfristigen Sicherung der natürlichen Lebensgrundlagen möglichst schonend mit den natürlichen Ressourcen umzugehen. In diesem Sinne ist der Begriff der Nachhaltigkeit zwar immer noch recht unbestimmt, aber er ist für das Verständnis des jeweiligen Gesetzes ausreichend fassbar. Dieses Verständnis der Nachhaltigkeit ist allerdings mit dem Begriff „sustainable development“, den man mit „nachhaltiger Entwicklung“ übersetzen kann, nicht gleichzusetzen. „Sustainable development“ meint nämlich nicht nur die Ressourcenökonomie, sondern soll erreichen, dass sich auch die ökonomischen und sozialen Aspekte mehr als bisher an den Erfordernissen des Umweltschutzes orientieren.

„Nachhaltigkeit“ im Umweltrecht und ihre praktischen Folgen

Was leitet sich aus diesen Entwicklungen für die Praxis des Umweltrechts ab: Das Umweltrecht „lebt“ davon, dass sich

Vorhaben an naturwissenschaftlich-technisch geprägten Vorschriften und Regelwerken messen lassen müssen. Werden diese z. T. sehr detaillierten Vorschriften eingehalten, kann (oder muss sogar) eine Genehmigung erteilt werden. Solange sich der Begriff der Nachhaltigkeit als Rechtsbegriff lediglich in allgemeinen Zielbestimmungen oder in Programmsätzen der Gesetze findet, wird man ihn deshalb für die Anwendung des Rechts in Einzelentscheidungen kaum in Anspruch nehmen müssen. In der Praxis lässt sich aber schon beobachten, dass der Begriff der Nachhaltigkeit bei Einzelentscheidungen, die den Behörden noch Beurteilungs- oder Ermessensspielräume lassen, zuweilen als Einfallstor für einzelfallbezogene behördliche Optimierungsversuche genutzt wird. Verstärkt zu beobachten ist das in solchen Genehmigungsverfahren, die eine Beteiligung der Öffentlichkeit beinhalten. Dadurch kann es folglich für Unternehmen schwerer werden, Genehmigungen zu erhalten, deren Ausnutzung Umweltgüter in Anspruch nimmt, sei es z. B. im Bereich der Gewässerbenutzung oder der Inanspruchnahme von Natur und Landschaft durch Planungs- und Bauaktivitäten. Unternehmen tun heute gut daran, sich bei ihren Planungen auf solche Diskussionen einzurichten – was nicht selten darauf hinausläuft, dass die Planung mehr als nur das gesetzliche „Soll“ erfüllen muss.



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

Dr. Manfred Schröder

Darlegungs- und Beweislast zum Bestandsschutz bei baulichen Anlagen

Beim Kauf einer Immobilie wird oftmals nicht besonders gründlich geprüft, ob die vorhandenen baulichen Anlagen und ihre Nutzungen tatsächlich von einer Baugenehmigung abgedeckt sind. Daneben wird oftmals auch versäumt, darauf zu achten, dass die zu der Immobilie vorhandenen Dokumente vollständig an den neuen Eigentümer übergeben werden. Dies kann dann in der Folgezeit zu erheblichen Problemen führen.

Ist z. B. für ein Gebäude und seine heutige Nutzung eine Baugenehmigung – aus welchen Gründen auch immer – im Archiv der Baubehörde nicht aufzufinden, dann kommt es darauf an, ob der Grundstückseigentümer den Genehmigungsbestand nachweisen kann. So ist ein Gebäude nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zulässigerweise errichtet im Sinne von § 35 Abs. 4 BauGB, wenn es in Übereinstimmung mit dem materiellen Bebauungsrecht errichtet oder wenn – trotz

materieller Illegalität – eine Baugenehmigung erteilt worden ist (Bundesverwaltungsgericht, Urteil v. 03.08.2016 – 4 C 3/15 –). Dazu hat aber z. B. das Verwaltungsgericht in Hannover in jüngster Zeit entschieden, dass eine nur materielle Legalität nach dem niedersächsischen Landesrecht (§ 79 Abs. 1 S. 1 NBauO und § 85 Abs. 1 NBauO) keinen Bestandschutz dergestalt vermittelt, dass eine Durchsetzung von Änderungen des Baurechts von vornherein ausgeschlossen wäre (VG Hannover, Urteil v. 03.05.2021 – 12 A 462/18 –). Nach dieser Rechtsprechung verlangt § 85 Abs. 1 NBauO für einen bauordnungsrechtlichen Bestandsschutz die formelle und materielle Rechtmäßigkeit. Nur eine Baugenehmigung kann insoweit vor erheblichen nachteiligen Entwicklungen schützen.

Für die Erteilung der im Regelfall erforderlichen Baugenehmigung trägt der Grundstückseigentümer die volle Beweislast. Erweist sich im Einzelfall als unaufklärbar, ob eine Baugenehmigung in der Vergangenheit erteilt worden ist bzw. ob Bestandsschutz besteht, so geht das zu Lasten dessen, der dieses Recht für sich in Anspruch nimmt, in dem vom Verwaltungsgericht Hannover entschiedenen Fall also zu Lasten des Grundstückseigentümers. Auch in Anbetracht der Tatsache, dass im konkreten Streitfall das Gebäude vor mehr als 100 Jahren errichtet worden war, sollen nach dieser Rechtsprechung weder Beweiserleichterungen noch Vermutungsregeln eingreifen, aufgrund derer das Gericht zugunsten des Grundstückseigentümers von dem Vorliegen einer Baugenehmigung ausgehen könnte.

Demgegenüber war die Rechtsprechung ganz überwiegend bis in die jüngste Zeit hinein der Rechtsprechung des Preußischen Oberverwaltungsgerichts gefolgt, dass bereits 1915 dahingehend entschieden hatte, es sei „stets davon ausgegangen, dass eine wohlbegründete Vermutung dafür (spreche), dass Einrichtungen, insbesondere solche baulicher Natur die seit unvordenklichen Zeiten unter den Augen der Behörden bestanden haben und von diesen fortdauernd als zu Recht bestehend behandelt worden (seien), seinerzeit auch ordnungsgemäß und in Übereinstimmung mit den bestehenden Gesetzen zustande gekommen (seien)“ (Preußisches OVG, Urteil v. 04.05.1915 – PROVGE 68, 369). Da diese Vermutungsregel in jüngster Zeit immer mehr in Frage gestellt wird, sollte bei dem Erwerb bebauter Grundstücke der größte Wert darauf gelegt werden, dass der Genehmigungsbestand nachgewiesen wird und ordnungsgemäße Genehmigungsdokumente an den neuen Eigentümer übergeben werden.



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

Dr. Nils Gronemeyer

Änderungen des Baugesetzbuches durch das Baulandmobilisierungsgesetz

Am 22.06.2021 ist das Gesetz zur Mobilisierung von Bauland in Kraft getreten. Es enthält im Wesentlichen Änderungen des BauGB und der BauNVO, durch die die Kommunen bei der Aktivierung von Bauland und bei der Sicherung von bezahlbarem Wohnraum unterstützt werden sollen. Bereits im Koalitionsvertrag vom 12.03.2018 hatten die Regierungsparteien eine entsprechende Zielsetzung vereinbart. Zur Vorbereitung des Gesetzentwurfes wurde eine Expertenkommission zu strategischen Fragen der Bodenpolitik und Baulandmobilisierung eingerichtet. Das nunmehr beschlossene Baulandmobilisierungsgesetz folgt im Wesentlichen den Handlungsempfehlungen der Kommission. Die wichtigsten Änderungen im Überblick:

§ 9 Abs. 2a und 2b BauGB eröffnet schon bisher den Gemeinden die Möglichkeit, durch einen sogenannten sektoralen Bebauungsplan die Zulässigkeit von Einzelhandelsbetrieben und Vergnügungsstätten im nicht beplanten Innenbereich (§ 34 BauGB) zu steuern, ohne einen umfassenden Bebauungsplan aufstellen zu müssen. Eine solche sektorale Steuerungsmöglichkeit steht den Gemeinden jetzt auch zur Verfügung, um im unbeplanten Innenbereich Flächen zu definieren, auf denen nur Sozialwohnungen errichtet werden dürfen oder Wohnungen, bei denen besondere Miet- und Belegungsbindungen einzuhalten sind.

Die Möglichkeit der Gemeinde, unter Anwendung des Verfahrens für Bebauungspläne der Innenentwicklung nach § 13a BauGB Wohnbauflächen auch in den Außenbereich hinein zu planen, ist bis zum 31.12.2024 verlängert worden.

Die Gemeinde kann zukünftig nicht nur ihr Vorkaufsrecht nach § 24 Abs. 1 Nr. 6 BauGB bei gänzlich unbebauten Grundstücken ausüben, sondern auch dann, wenn diese lediglich mit einer Einfriedung oder zu erkennbar vorläufigen Zwecken bebaut sind. Außerdem hat der Gesetzgeber ein Vorkaufsrecht für sogenannte „Schrottimmobilien“ eingeführt (§ 24 Abs. 1 Nr. 8 BauGB), wenn die Grundstücke erhebliche nachteilige Auswirkungen auf das soziale oder städtebauliche Umfeld aufweisen. Voraussetzung für die Ausübung des gemeindlichen Vorkaufsrechts ist nach § 24 Abs. 3 BauGB immer die Rechtfertigung durch das Wohl der Allgemeinheit. § 24 Abs. 3 Satz 2 BauGB stellt nun klar, dass insbesondere die Deckung eines Wohnbedarfs in der Gemeinde dem Wohl der Allgemeinheit dient und damit die Ausübung des Vorkaufsrechts rechtfertigt.

Die Frist, innerhalb derer die Gemeinde das Vorkaufsrecht ausüben muss, ist von zwei Monaten auf drei Monate verlängert worden.

Auch für die Erteilung von Befreiungen von den Festsetzungen des Bebauungsplanes ist nunmehr in § 31 Abs. 2 Nr. 1 BauGB klargestellt, dass die Befriedigung der Wohnbedürfnisse der Bevölkerung ein Grund des Wohls der Allgemeinheit darstellt und deshalb eine Befreiung rechtfertigen kann.

Im unbeplanten Innenbereich (§ 34 BauGB) ist ein Vorhaben grundsätzlich nur zulässig, wenn es sich nach Art und Maß der baulichen Nutzung, der Bauweise und der Grundstücksfläche, die überbaut werden soll, in die Umgebungsbebauung einfügt, sich also an den Rahmen, der durch die vorhandene Bebauung gesetzt wird, hält. Schon bisher hatte der Gesetzgeber durch § 34 Abs. 3a BauGB die Möglichkeit eröffnet, im Einzelfall auch Vorhaben zu genehmigen, die sich nicht in die Eigenart der näheren Umgebung einfügen, wenn die Bebauung städtebaulich vertretbar ist. Die Anwendbarkeit dieser Vorschrift war jedoch auf den „Einzelfall“ beschränkt. Nunmehr kann für die Erweiterung, Änderung oder Erneuerung eines zulässigerweise errichteten und Wohnzwecken dienenden Gebäudes auch in mehreren Fällen vom Gebot des Sich-Einfügens abgewichen werden. Für den vollständigen Neubau eines Wohnhauses ist diese Vorschrift jedoch nach wie vor nicht anwendbar.

Die Nutzungsänderung eines im Außenbereich gelegenen, landwirtschaftlich genutzten Gebäudes (Stall, Scheune, Betriebsleiterwohnhaus) zu einem nicht der Landwirtschaft dienenden Zweck war nach § 35 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 BauGB bislang nur einmal zulässig. Zukünftig können auch mehrere Nutzungsänderungen nacheinander genehmigungsfähig sein, solange das Gebäude ursprünglich einmal zu landwirtschaftlichen Zwecken genehmigt bzw. gebaut wurde.

Mit einem neu eingefügten § 201a BauGB ermächtigt der Gesetzgeber die Landesregierungen, durch Rechtsverordnung „Gebiete mit einem angespannten Wohnungsmarkt“ zu bestimmen. Ein solches Gebiet liegt vor, wenn die ausreichende Versorgung der Bevölkerung mit Mietwohnungen in einer Gemeinde oder einem Teil einer Gemeinde zu angemessenen Bedingungen besonders gefährdet ist. Das Gesetz nennt zur Bestimmung solcher Gebiete einzelne Kriterien.

Für solche Gebiete können von den Festsetzungen des Bebauungsplanes zu Gunsten des Wohnungsbaus sogar auch dann Befreiungen erteilt werden, wenn hierdurch die Grundzüge der Planung berührt werden. Da eine solche Befreiung letztendlich einer Änderung des Bebauungsplanes gleichkommt, ist sie nur mit Zustimmung der Gemeinde zulässig. Die Zustimmung gilt durch den Verweis auf § 36 Abs. 2 Satz 2 BauGB als erteilt, wenn die Gemeinde länger als zwei Monate schweigt. Sie kann aber – anders als das gemeindliche Einvernehmen – nicht durch die Genehmigungsbehörde ersetzt werden.

Nach § 176 Abs. 1 Nr. 3 BauGB kann nunmehr die Gemeinde auch in Gebieten mit einem „angespannten Wohnungsmarkt“ ein Baugebot aussprechen und damit den Grundstückseigentümer zwingen, sein bisher unbebautes Grundstück mit Wohneinheiten zu bebauen. Allerdings kann sich der Grundstückseigentümer dem Baugebot entziehen, wenn er glaubhaft macht, dass er das Grundstück für eine spätere Nutzung seiner Familie (Ehegatte oder in gerader Linie verwandte Personen) benötigt. Außerdem kann er von der Gemeinde die Übernahme des Grundstücks verlangen, wenn er glaubhaft machen kann, dass er die finanziellen Mittel zur Errichtung eines Gebäudes nicht hat. In diesem Fall muss die Gemeinde

das Grundstück zu Gunsten einer Kommunalwohnungsbau-gesellschaft übernehmen, die es dann auch innerhalb einer angemessenen Frist bebauen muss. Angesichts des „Familienvprivilegs“ und des möglicherweise auf die Gemeinde zukommenden Übernahmeanspruchs wird das Baugebot voraussichtlich auch zukünftig nur wenig Anwendung finden.

Ferner ist in Gebieten mit einem „angespannten Wohnungsmarkt“ im Sinne des § 201a BauGB zukünftig die Bildung von Wohnungseigentum genehmigungspflichtig. Mit dieser Regelung will der Gesetzgeber verhindern, dass Miethäuser in Wohnungseigentum umgewandelt werden, um die Wohnungen dann nach möglicherweise aufwertender Modernisierung an Einzelerwerber zu veräußern. An der wohnungs- und sozialpolitischen Sinnhaftigkeit der Neuregelung wurden bereits im Gesetzgebungsverfahren Zweifel geäußert, denn mit dieser Regelung wird das Ziel, selbst genutztes Wohnungseigentum gerade in teuren Ballungsgebieten zu fördern, konterkariert.

In der Baunutzungsverordnung ist mit § 5a das „dörfliche Wohngebiet“ als neuer Gebietstyp eingeführt worden. Während im Dorfgebiet nach § 5 BauNVO Wirtschaftsstellen land- und forstwirtschaftlicher Betriebe gleichwertig neben dem Wohnen und nicht wesentlich störenden Gewerbebetrieben zulässig sind, dient das dörfliche Wohngebiet in erster Linie dem Wohnen und darüber hinaus der Unterbringung von land- und forstwirtschaftlichen Nebenerwerbsstellen sowie nicht wesentlich störenden Gewerbebetrieben. Ausdrücklich klargestellt wird, dass die Nutzungsmischung nicht gleichgewichtig sein muss. Der Gesetzgeber will mit diesem Gebietstyp dem Wandel des Dorfes Rechnung tragen. Landwirtschaftliche Haupteinwerbsbetriebe sind im dörflichen Wohngebiet nur ausnahmsweise zulässig. Noch nicht geklärt ist, welche Immissionswerte, insbesondere im Hinblick auf Geruchsmissionen, im dörflichen Wohngebiet gelten.

Mit dem Ziel, eine weitere Verdichtung der Bebauung zu ermöglichen, hat der Ordnungsgeber schließlich die Obergrenzen für das Maß der baulichen Nutzung in den einzelnen Baugebieten in § 17 BauNVO zu Orientierungswerten herabgestuft und damit die planerische Gestaltungshöhe der Gemeinde erhöht. Unverändert bleibt jedoch die Grenze, die durch die allgemeinen Anforderungen an gesunde Wohn- und Arbeitsverhältnisse oder gewichtige nachteilige Auswirkungen auf die Umwelt gebildet wird.

Inwieweit die zahlreichen Änderungen und Aufweichungen der gesetzlichen Bestimmungen tatsächlich dazu beitragen können, den Wohnungsbau spürbar anzukurbeln, bleibt abzuwarten, denn Anreize zur Investition in Mehrfamilienhäuser und Möglichkeiten zur Kosteneinsparung bei deren Errichtung sind mit den neuen Vorschriften nicht verbunden.

Dr. Nils Gronemeyer

Änderung der Bauordnung NRW 2018

Dass die zum 01.01.2019 in Kraft getretene neue Bauordnung für das Land Nordrhein-Westfalen (BauO NRW 2018) noch einmal überarbeitet werden muss, stand schon bei Bekanntmachung des Gesetzes fest. Ein namhafter juristischer Fachverlag hat des-

halb den neuen Gesetzestext der BauO erst gar nicht gedruckt. Dass die Überarbeitung der neuen BauO noch einmal 2,5 Jahre dauern würde, hat jedoch niemand erwartet.

Zum 02.07.2021 ist nun das Gesetz zur Änderung der Landesbauordnung NRW 2018 in Kraft getreten. Wesentliche Änderungen oder Neuerungen enthält das Gesetz nicht. Es besteht vielmehr aus einer Vielzahl von redaktionellen Änderungen und Klarstellungen. So heißen die genehmigungsfreien Bauvorhaben nach § 62 BauO NRW nun verfahrensfreie Bauvorhaben, um sie besser von der Genehmigungsfreistellung nach § 63 BauO NRW unterscheiden zu können. In § 42 Abs. 7 BauO NRW werden die Worte „Bezirksschornsteinfegermeisterin“ und „Bezirksschornsteinfegermeister“ durch „Bezirksschornsteinfegerin“ und „Bezirksschornsteinfeger“ ersetzt, um die Begrifflichkeiten an das Schornsteinfeger-Handwerksgesetz anzupassen – nur um zwei Beispiele zu nennen. Einige inhaltliche Änderungen seien wie folgt aufgezeigt:

In § 6 BauO NRW werden weitere Maßnahmen zur Energieeinsparung, wie z. B. die zusätzliche Aufbringung einer Dämmschicht auf Dächern, abstandsflächenrechtlich privilegiert.

Nach § 7 BauO NRW unterlag bislang nur die Teilung von bebauten Grundstücken einer Genehmigungspflicht. Diese ist nun ausgeweitet auf Grundstücke, die zwar noch unbebaut sind, deren Bebauung aber genehmigt ist oder die auf Grund einer Genehmigungsfreistellung bebaut werden dürfen. Hierdurch soll die Baugenehmigungsbehörde in die Lage versetzt werden, Verstöße gegen das Bauplanungsrecht und das Bauordnungsrecht frühzeitig zu erkennen und zu vermeiden.

§ 48 BauO NRW verlagert die Regelungsbefugnis zur Stellplatzpflicht weiter auf die Gemeinden. In § 48 Abs. 1 BauO NRW wird nur noch allgemein bestimmt, dass die notwendigen Stellplätze und Garagen auf dem Baugrundstück oder einem benachbarten Grundstück herzustellen sind. Wie viele Stellplätze notwendig sind, sollen die Gemeinden durch eine entsprechende Stellplatzsatzung bestimmen. Diese Satzungen müssen auch Regelungen über die Ablösung von Stellplätzen und die Verwendung der Ablösebeträge enthalten. Nur wenn es keine gemeindliche Stellplatzsatzung gibt, soll zur Bestimmung der Anzahl der notwendigen Stellplätze eine Rechtsverordnung des Landes herangezogen werden, die aber immer noch nicht vorliegt.

Um kurzfristigen Leerständen, die sich insbesondere im durch Corona geprägten letzten Jahr ergeben haben, besser begegnen zu können, sind nach § 64 Abs. 2 BauO NRW Nutzungsänderungen von Anlagen für die Dauer von bis zu 12 Monaten nicht mehr genehmigungs-, sondern nur noch anzeigespflichtig. Die Anzeige muss mindestens einen Monat vor Aufnahme der geänderten Nutzung bei der Gemeinde eingehen. Die Nutzung darf aufgenommen werden, wenn sich die Gemeinde nicht innerhalb von vier Wochen gegen- teilig äußert.

§ 69 BauO NRW stellt unter anderem nun ausdrücklich klar, dass Vorhaben zur Deckung dringenden Wohnbedarfs, Vorhaben zur Berücksichtigung der Belange des Klimaschutzes

und der Klimaanpassung oder Vorhaben aus Gründen der Stadtentwicklung Gründe des allgemeinen Wohls sind, die eine Abweichung rechtfertigen.

Es bleibt zu hoffen, dass die nordrhein-westfälische Bauordnung in der jetzt geltenden Fassung länger Bestand haben wird, damit sich die damit beschäftigten Gesetzesanwender mit den zwar geringfügigen, aber zahlreichen Änderungen seit Anfang 2019 weiter vertraut machen können.



Dr. Nils Gronemeyer
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Verwaltungsrecht
Fachanwalt für Agrarrecht
nils.gronemeyer@brandi.net

Felicia Deppe

Der Umweltinformationsanspruch im dreiseitigen Rechtsverhältnis – Grundlagen, Verfahren und Rechtsschutz

Mit dem steigenden Umweltbewusstsein der Bevölkerung nimmt auch die Geltendmachung von Umweltinformationsansprüchen zu. Solchen Informationsansprüchen sehen sich vielfach Unternehmen ausgesetzt, die industrielle Anlagen, Entsorgungsanlagen oder Energieanlagen betreiben. Umweltinformationsansprüche finden ihre Rechtsgrundlage in den Umweltinformationsgesetzen des Bundes und der Länder. Da die landesrechtlichen Bestimmungen in der Regel auf das Umweltinformationsgesetz des Bundes (UIG) verweisen oder im Wesentlichen inhaltsgleiche Bestimmungen aufweisen, wird im Folgenden das UIG des Bundes zugrunde gelegt.

Gemäß § 3 Abs. 1 S. 1 UIG hat jede Person nach Maßgabe dieses Gesetzes Anspruch auf freien Zugang zu Umweltinformationen, über die eine informationspflichtige Stelle im Sinne des § 2 Abs. 1 UIG verfügt, ohne ein rechtliches Interesse darlegen zu müssen. Der Anspruch ist daher grundsätzlich an keine rechtlichen Voraussetzungen gebunden. Dennoch wird dieser nicht schrankenlos gewährt. So sind in den §§ 8, 9 UIG Ausnahmetatbestände geregelt, die verschiedene Schutzzwecke verfolgen und einer Auskunftserteilung als Ablehnungsgrund entgegenstehen können.

Häufig handelt es sich im Zusammenhang mit dem Zugang zu Umweltinformationen nicht nur um eine bilaterale Rechtsbeziehung zwischen dem Anspruchsteller und der informationspflichtigen Stelle, sondern vielmehr um ein dreiseitiges Rechtsverhältnis.

Denn nicht selten tritt die Konstellation auf, dass die gewünschten Informationen einen Drittbezug aufweisen, also zum Beispiel eine immissionsschutzrechtlich genehmigte Anlage eines privaten Unternehmens betreffen, die eine gewisse Umwelrelevanz aufweist.

In einer derartigen Situation darf die Auskunftserteilung seitens der informationspflichtigen Stelle nicht ohne Weiteres erfolgen. Vielmehr ist der betroffene Dritte, das heißt beispielsweise das private Unternehmen als Betreiber der immissionsschutzrechtlichen Anlage, vor der Entscheidung über die Offenbarung der Informationen anzuhören (§ 9 Abs. 1 S. 3 UIG). In diesem Kontext entfalten insbesondere die Ablehnungsgründe des § 9 Abs. 1 S. 1, Nr. 1–3, Abs. 2 UIG Relevanz. So ist der Antrag unter anderem abzulehnen, soweit durch das Bekanntgeben der Informationen personenbezogene Daten offenbart, Rechte am geistigen Eigentum verletzt oder Betriebs- bzw. Geschäftsgeheimnisse zugänglich gemacht würden, es sei denn, die Betroffenen haben zugestimmt oder das öffentliche Interesse an der Bekanntgabe überwiegt. Auch Umweltinformationen, die private Dritte einer informationspflichtigen Stelle übermittelt haben, können unter bestimmten Voraussetzungen Schutz vor ihrer Herausgabe genießen.

Widerspricht der betroffene Dritte der Informationserteilung an den Antragsteller und beruft sich auf einen Ablehnungsgrund, sieht sich die informationsrechtliche Stelle zwei widerstreitenden Positionen gegenüber: der Geltendmachung des Anspruchs durch den Antragsteller einerseits und der ablehnenden Haltung des betroffenen Dritten (z. B. des Unternehmens als Anlagenbetreiber) andererseits. Das UIG enthält keine explizite Vorgabe dazu, wie die informationspflichtige Stelle hiermit in verfahrensrechtlicher Hinsicht umzugehen hat.

Nach einer prominent vertretenen Auffassung zum Umweltinformationsrecht ist die Entscheidung, sofern es sich bei der informationspflichtigen Stelle um eine Behörde handelt, in Form eines Verwaltungsakts i. S. d. § 35 S. 1 VwVfG zu treffen (vgl. Reidt/Schiller, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, § 6 UIG, Rn. 18 m. w. N.). Die Behörde muss also zunächst einen Bescheid erlassen, mit dem über den Auskunftsanspruch entschieden wird. Dieser Bescheid weist in solchen Fällen eine sogenannte Doppelwirkung auf, fällt also zugunsten des einen Beteiligten und zulasten des anderen Beteiligten aus (vgl. Reidt/Schiller, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, § 5 UIG, Rn. 23 m. w. N.). Eine derartige Vorgehensweise entspricht im Übrigen auch ganz überwiegend verbreiteter Verwaltungspraxis, wenn im „dreipoligen Verwaltungsrechtsverhältnis“ – den einen begünstigend, den anderen belastend – über einen Auskunftsanspruch zu entscheiden ist (vgl. OVG Magdeburg, Beschluss vom 08.11.2019 – 2 M 101/19 –, juris, Rn. 5).

Für den Fall, dass die Behörde dem Antrag stattgibt, hat der betroffene Dritte (z. B. der Anlagenbetreiber, über dessen Anlage Auskünfte preisgegeben werden sollen) sodann die Möglichkeit, innerhalb der Rechtsbehelfsfrist gegen den ihn belastenden Verwaltungsakt vorzugehen und Rechtsschutz in Anspruch zu nehmen. Der eingelegte Rechtsbehelf entfaltet grundsätzlich aufschiebende Wirkung, was bedeutet, dass die Behörde während des laufenden Rechtsbehelfsverfahrens nicht befugt ist, die begehrten Informationen an den Anspruchsteller herauszugeben.

Etwas anderes gilt nur dann, wenn in dem entsprechenden Verwaltungsakt zugleich die sogenannte sofortige Vollziehung angeordnet wurde. Diese ermächtigt die Behörde, die Grundverfügung – ungeachtet einer etwaigen Anfechtung – unmittelbar durchsetzen zu können, also die gewünschten Auskünfte zu erteilen. Die Anforderungen an eine rechtmäßige Anordnung der sofortigen Vollziehung sind jedoch recht hoch. Das OVG Magdeburg führt in diesem Zusammenhang sehr prägnant aus, hierfür sei in der Regel erforderlich, „dass dem Antragsteller ohne den die Hauptsache vorwegnehmenden vorzeitigen Informationszugang schwere und irreparable Nachteile unter Berücksichtigung des Gesetzeszwecks drohen; allein die Rechtmäßigkeit der Verfügung genügt nicht“ (OVG Magdeburg, Beschluss vom 08.11.2019 – 2 M 101/19 –, juris, Rn. 11). Im Übrigen kann der betroffene Dritte auch hiergegen (gerichtlichen) Eilrechtsschutz ergreifen und beantragen, dass die aufschiebende Wirkung seines Rechtsbehelfs gegen den Bescheid über die Informationsgewährung wiederhergestellt wird.

Praxishinweis:

Ein Unternehmen, das sich in dieser Konstellation mit Auskunftsansprüchen von Nachbarn, Bürgerinitiativen oder Umweltverbänden konfrontiert sieht, ist demnach nicht schutzlos gestellt. Insbesondere muss es nicht befürchten, dass vor Abschluss des Rechtsbehelfsverfahrens zu seinen Lasten vollendete Tatsachen geschaffen werden, indem der Informationssuchende die begehrten Informationen unmittelbar im Anschluss an die Entscheidung der Behörde erhält. Vielmehr kann das Unternehmen die Rechtmäßigkeit einer behördlichen Entscheidung über den Auskunftsanspruch – ggfs. nach Durchführung eines vorgeschalteten Widerspruchsverfahrens – zunächst verwaltungsgerichtlich klären lassen.



Felicia Deppe
Rechtsanwältin
felicia.deppe@brandi.net

Prof. Dr. Martin Dippel

VGH München: Aktuelles zur Verwertung gefährlicher Abfälle aus Gewerbe und Industrie

Der Entsorgungsmarkt für Abfälle ist in Deutschland im Grundsatz zweigeteilt. Für Abfälle aus privaten Haushaltungen sind die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger (Kommunen, Kreise, evtl. Zweckverbände) zuständig. Die Abfallentsorgung aus Gewerbe und Industrie folgt einem anderen Prinzip. Abfälle aus diesen Herkunftsbereichen, die lediglich beseitigt (vor allem deponiert) werden, sind ebenfalls zumeist überlassungspflichtig

an den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger. Abfälle aus Gewerbe und Industrie, die verwertet werden (sog. Abfälle zur Verwertung), sind jedoch nicht überlassungspflichtig. Auch sie müssen ordnungsgemäß und schadlos verwertet werden, dies geschieht aber außerhalb der öffentlichen Entsorgung über die private Entsorgungswirtschaft.

Abfälle zur Verwertung vs. Abfälle zur Beseitigung

Die Abgrenzung zwischen Abfällen zur Beseitigung und solchen zur Verwertung ist eine der für die Entsorgungspraxis zentralen Fragen des Abfallrechts. Sie ist von hoher wirtschaftlicher Bedeutung, sowohl für die Abfallerzeuger als auch für die Entsorger. Zu den Abfällen aus Gewerbe und Industrie zählen z. B. auch Abfälle aus Pflegeeinrichtungen und Krankenhäusern. Solche Abfälle können auch gefährliche Eigenschaften haben. Ist das der Fall, werden sie nach abfallrechtlichen Kriterien als gefährliche Abfälle eingestuft. Sie bekommen dann eine Abfallschlüsselnummer (ASN), die mit einem Sternchen versehen ist (hier: 180103*) und die die Gefährlichkeit der Abfälle kennzeichnet.

Streitig ist immer wieder, inwieweit auch gefährliche Abfälle solche zur Verwertung sein können und damit durch gewerbliche Entsorger verwertet werden dürfen. Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof (VGH München) hatte jüngst über einen solchen Fall zu entscheiden. Es ging um infektiöse Krankenhausabfälle (ASN 180103*), die außerhalb der öffentlichen Entsorgung verwertet werden sollten (VGH München, Beschluss vom 12.08.2021 – 12 ZB 20.1855 u. a.). Das zuständige Bayerische Staatsministerium für Umwelt hatte ein gewerbliches Entsorgungsunternehmen darum „gebeten“, die Abfälle der in Bayern für die öffentliche Entsorgung gefährlicher Abfälle zur Beseitigung zuständigen Sonderabfallgesellschaft zu überlassen. Im Rahmen einer Feststellungsklage des Entsorgungsunternehmens war zu entscheiden, ob es sich um (nicht überlassungspflichtige) Abfälle zur Verwertung oder um (überlassungspflichtige) Abfälle zur Beseitigung handelte.

Gefährliche Abfälle zur Verwertung

Der VGH München hat sich für die Einordnung als Abfälle zur Verwertung entschieden, die nicht überlassungspflichtig sind. Er hat damit die vorangehende Entscheidung des VG Augsburg bestätigt. Der VGH hebt zunächst hervor, dass die Gefährlichkeit oder Ungefährlichkeit von Abfällen nicht entscheidungserheblich für die Frage ist, ob ein Entsorgungsverfahren als Verwertung oder als Beseitigung einzuordnen ist. Dazu kann sich der VGH u. a. auf eine gefestigte Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und des Bundesverwaltungsgerichts stützen. „Gefährliche Abfälle“ sind mithin nicht automatisch gleichzusetzen mit „Abfällen zur Beseitigung“ – ein Fehler, der in der behördlichen Praxis allerdings immer wieder anzutreffen ist. Das im konkreten Fall vorgesehene Verfahren war dadurch gekennzeichnet, dass die infektiösen Krankenhausabfälle zunächst in einem Autoklaven desinfiziert werden, wodurch sie ihre gefährlichen Eigenschaften verlieren und zu nicht gefährlichen Abfällen (ASN 180104) werden. Danach sollten sie zu Granulat zerkleinert und schließlich in der Wirbelschichtfeuerung eines Kraftwerks mit Energieüberschuss als Brennstoff zur Strom- und Dampferzeugung genutzt werden. Das hat der VGH als Verwertungsverfahren angesehen; die Einordnung als bloße Beseitigung hat der VGH verworfen. In seiner Entscheidung übt der VGH München auch zurückhaltende Kritik an der Vollzugshilfe der Bund-Länder-Arbeitsgemeinschaft

Abfall (LAGA) Nr. 18 zur Abfallentsorgung aus Einrichtungen des Gesundheitsdienstes: Diese könne zur Qualifizierung der Vorbehandlung der Abfälle in der Desinfektionsanlage nichts beitragen. Damit steht abschließend fest, dass es sich bei der streitigen Entsorgung der infektiösen Krankenhausabfälle im konkreten Fall um ein Verwertungsverfahren handelte, so dass keine Pflicht zur Überlassung an den Träger der öffentlichen Entsorgung bestand.

Praxishinweis:

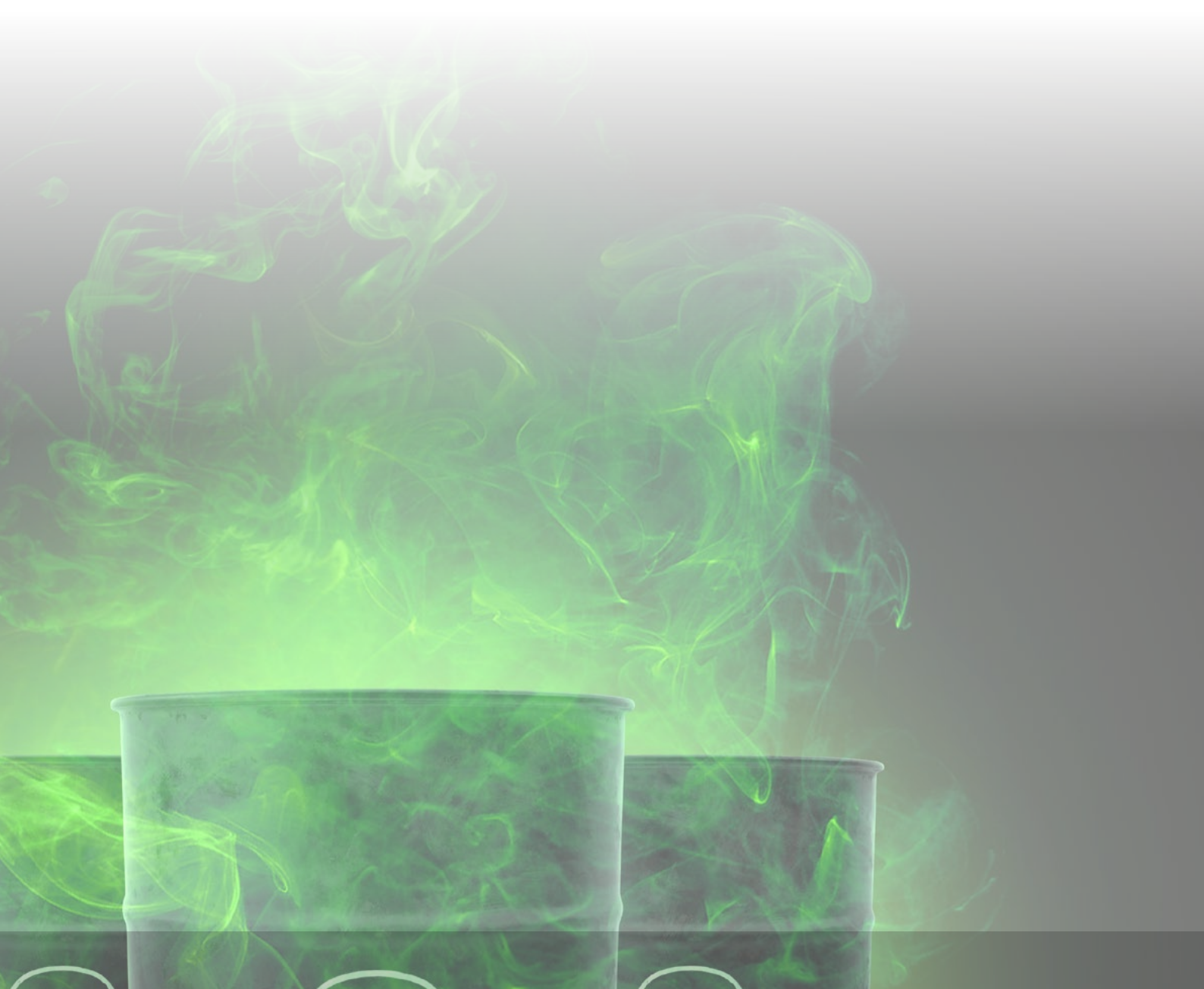
Bei Entsorgungsvorgängen, die sich auf gefährliche Abfälle beziehen, ist immer wieder streitig, ob diese Abfälle verwertet werden dürfen oder beseitigt werden müssen. Dafür enthält die durchaus verallgemeinerungsfähige Entscheidung des VGH München vom 12.08.2021 wichtige Anhaltspunkte für die praktische Handhabung nach aktuellem Stand der Rechtsprechung:

Auch gefährliche Abfälle können, dürfen und (wegen des gesetzlichen Verwertungsvorrangs) müssen grundsätzlich verwertet werden. Das gilt sogar für Abfälle, die mit einem „Reizbegriff“ wie die streitigen infektiösen Krankenhausabfälle bezeichnet werden. Selbst die (rechtlich fehlerhafte) Bezeichnung solcher gefährlichen Abfälle als Abfälle zur

Beseitigung im Formularwesen des Nachweisverfahrens hindert nicht die spätere Einordnung und Handhabung als Abfälle zur Verwertung. Denn im Nachweisverfahren ist nicht über die Einstufung einer Entsorgungsmaßnahme als Verwertung oder Beseitigung zu befinden. Darauf weist der VGH München ausdrücklich hin.

Die Abgrenzung zwischen Verwertung und Beseitigung richtet sich auch bei gefährlichen Abfällen nach den für nicht gefährliche Abfälle geltenden Regeln. Sollen sie im Hauptergebnis dazu verwendet werden, andere Stoffe (z. B. Primärenergieträger oder sonstige Primärrohstoffe) zu ersetzen, handelt es sich nach § 3 Abs. 23 KrWG um Verwertung. Es besteht dann keine Überlassungspflicht in die öffentliche Entsorgung.

Insofern lohnt sich für gewerbliche und industrielle Abfallerzeuger eine genaue Prüfung, wie sie die Entsorgung ihrer gefährlichen Abfälle organisieren. Eine Verwertung gefährlicher Abfälle stößt aber an rechtliche Zulässigkeitsgrenzen, wenn ihre Verwertung z. B. aus gefahrstoffrechtlichen Gründen (vgl. z. B. § 16 GefStoffV) verboten ist. Dann kommt nur eine Beseitigung in Betracht.



Dr. Christian Kollmeier

Neues zum Verbraucherbaupertrag

(Anmerkung zu OLG Hamm, Urteil vom 24.04.2021 – 24 U 198/20)

Kann ein Verbraucherbaupertrag gemäß § 650i BGB auch vorliegen, wenn Gegenstand des Vertrages allein die Ausführung einzelner Gewerke, nicht aber die Errichtung eines neuen Gebäudes insgesamt ist? Zu dieser Frage hat das OLG Hamm – soweit ersichtlich als erstes Obergericht – in einem Urteil aus April diesen Jahres seine Rechtsauffassung geäußert. Es hat sich dabei der Auffassung angeschlossen, dass ein Verbraucherbaupertrag auch bei der Vergabe einzelner Gewerke vorliegen kann.

I.

Dem Urteil lag ein Sachverhalt zugrunde, der durchaus nicht selten vorkommen dürfte. Die Bauherrin hatte die Auftragnehmerin auf einem ihr gehörenden Grundstück mit der Errichtung einer Mehrzweck-Industriehalle beauftragt. Das Fundament für die Halle wurde im Auftrag der Bauherrin von einem Dritten errichtet. Nach Fertigstellung der Halle vermietete die Bauherrin diese an ein Unternehmen, dessen Geschäftsführer der Ehemann der Bauherrin ist. Da die Bauherrin die Schlussrechnung der Auftragnehmerin kürzte und keine Einigung gefunden werden konnte, verlangte die Auftragnehmerin von der Bauherrin eine Bauhandwerkersicherheit für den strittigen Restwerklohn.

II.

Das Landgericht Münster hat die Klage mit Teilurteil (da von der Auftragnehmerin noch ein Hilfsantrag auf Zahlung des Restwerklohns gestellt worden war) hinsichtlich des Anspruchs auf Stellung einer Bauhandwerkersicherheit abgewiesen. Hiergegen legte die Auftragnehmerin Berufung ein.

Das OLG Hamm führt in seinem Urteil zunächst ausführlich aus, dass das landgerichtliche Urteil schon deshalb aufzuheben und an das Landgericht zurückzuweisen sei, da der Erlass eines Teilurteils vorliegend unzulässig sei wegen der Gefahr sich widersprechender Entscheidungen bei Fortsetzung des Rechtsstreits allein über den Hilfsantrag der Auftragnehmerin. Damit wären weitere Ausführungen des OLG Hamm zur Sache eigentlich nicht erforderlich gewesen.

III.

Das OLG Hamm hat die Entscheidung aber zum Anlass genommen, seine Auffassung zu der umstrittenen Frage darzulegen, ob ein Verbraucherbaupertrag bei der Errichtung eines neuen Gebäudes nur dann gegeben ist, wenn der Unternehmer sich in einem Vertrag zur Errichtung des gesamten Gebäudes verpflichtet. Dies wird von einer Auffassung in der Literatur (u. a. Werner/Pastor, der Bauprozess, 17. Aufl. 2020, Rn. 1167; Retzlaff in Palandt, BGB, 80. Aufl. 2021, § 650i BGB Rn. 3 und in Kniffka, Bauvertragsrecht, 3. Aufl. 2018, § 650i Rn. 8; Busche in Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 650i BGB Rn. 6) vertreten unter Hinweis auf den Wortlaut des § 650i Abs. 1 BGB, da bei einem Einzelgewerk der Auftragnehmer nicht „zum Bau eines neuen Gebäudes“ verpflichtet werde. Die Gegenauffassung (u. a. Koeble in Kniffka/Koeble/Jurgeleit/Sacher, Kompendium des Baurechts, 5. Aufl. 2020, Teil 9 Rn. 121; Vogel, BauR 2020, 388ff.; Lenkeit in Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 3. Auflage 2018, § 650i BGB Rn. 24) meint demgegenüber, dass der Wortlaut weit auszulegen sei, da der

Gesetzgeber beabsichtigt habe, den Anwendungsbereich der Regelungen zum Verbraucherbaupertrag an die Vorgaben der Verbraucherrechtlicherichtlinie (RL 2011/83/EU) anzuschließen.

Der letztgenannten Auffassung hat sich das OLG Hamm angeschlossen mit dem Hinweis, dass kein sachlicher Grund dafür erkennbar sei, dass ein Verbraucher bei gewerkeweiser Errichtung eines neuen Gebäudes weniger schutzwürdig sei als derjenige, der das Gebäude „aus einer Hand“ errichten lasse. Dies gelte jedenfalls dann, wenn die jeweilige Beauftragung in einem engen zeitlichen Zusammenhang mit der Errichtung eines neuen Gebäudes erfolge, die Erstellung eines neuen Gebäudes für den Unternehmer ersichtlich sei und die Gewerke zum Bau des Gebäudes beitragen würden. Demnach sei in dem zu entscheidenden Sachverhalt ein Verbraucherbaupertrag geschlossen worden mit der Konsequenz, dass die Auftragnehmerin eine Bauhandwerkersicherheit gemäß § 650f Abs. 6 S. 1 Nr. 2 BGB nicht verlangen könne.

IV.

Das OLG Hamm hat die Revision zum BGH nicht zugelassen, da die Ausführungen zum Verbraucherbaupertrag wegen der Unzulässigkeit des Teilurteils nicht entscheidungserheblich waren. Eine Entscheidung des Bundesgerichtshofes zu der weiterhin umstrittenen Frage wird daher weiter auf sich warten lassen. Es ist aber davon auszugehen, dass vergleichbare Sachverhalte in nächster Zeit auch bei anderen Obergerichten zur Entscheidung anstehen, so dass man gespannt sein darf, ob sich andere Obergerichte und insbesondere der Bundesgerichtshof der Auffassung des OLG Hamm anschließen werden.

Bis zu einer klärenden Entscheidung des Bundesgerichtshofes ist dringend zu empfehlen, auch bei der Beauftragung einzelner Gewerke die besonderen Bestimmungen zum Verbraucherbaupertrag (z. B. das Formerfordernis gemäß § 650i Abs. 2 BGB, das Widerrufsrecht gemäß § 650j BGB, die Regelungen zur Vertragserfüllungssicherheit gemäß § 650m Abs. 2 BGB und die 90 %-Grenze bei Abschlagsrechnungen gemäß § 650m Abs. 1 BGB) zu beachten, wenn die auszuführenden Leistungen im zeitlichen Zusammenhang mit der Errichtung eines neuen Gebäudes stehen und hierzu beitragen. Offen gelassen hat das OLG Hamm, ob ein Verbraucherbaupertrag auch bei Arbeiten, die für die Errichtung des Gebäudes selbst eher von untergeordneter Bedeutung sind (in der Literatur wird diese Frage z. B. diskutiert für Bodenbelagsarbeiten oder Malerarbeiten in innenliegenden Räumen), in Betracht kommt. Davon sollte – bis zu einer etwaigen anderslautenden Entscheidung des Bundesgerichtshofes – vorsorglich ausgegangen werden, zumal den Ausführungen des OLG Hamm insoweit keine Einschränkung zu entnehmen ist.

Ergänzend hat das OLG Hamm in dem Urteil außerdem klargestellt, dass die Tatsache, dass vorliegend eine Mehrzweck-Industriehalle errichtet, die anschließend an ein gewerbliches Unternehmen, dessen Geschäftsführer der Ehemann der Bauherrin ist, vermietet werden sollte, nicht dazu führt, dass die Bauherrin nicht als Verbraucherin anzusehen ist. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes stellt die Verwaltung eigenen Vermögens – unabhängig von dessen Höhe – im Grundsatz keine gewerbliche Tätigkeit dar. Insbesondere die Vermietung eines Objekts an eine geringe Anzahl von Personen oder an

eine juristische Person hält sich grundsätzlich im Rahmen der privaten Vermögensverwaltung. Eine unternehmerische Tätigkeit liegt erst dann vor, wenn die Vermietung ein solches Ausmaß annimmt, dass die mit ihr verbundenen Geschäfte einen planmäßigen Geschäftsbetrieb erfordern.



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

Dr. Sebastian Huck

Ergänzende Honoraransprüche für Architekten und Ingenieure bei Bauzeitenverlängerungen – Recht des Unternehmers auf Preisanpassung bei Materialkostensteigerungen

Etlche Baumaterialien sind zur Zeit aufgrund von Lieferengpässen nur unter erheblichen Lieferverzögerungen und Kostensteigerungen zu erlangen. Dies hat zur Folge, dass Bauvorhaben länger dauern und für Unternehmer unrentabel werden, wenn sie an die angebotenen Preise gebunden sind. Vorliegend soll daher betrachtet werden, ob Architekten und Ingenieure bzw. Bauüberwacher bei einer Verlängerung der Bauzeit einen Honorarergänzungsanspruch geltend machen können. Sodann wird erörtert, ob und wie Werkunternehmer eine Preisanpassung in Folge von Materialkostensteigerungen verlangen können.

1. Verlängerung der Bauzeit - Honorarergänzungsansprüche

Für die am Bauvorhaben beteiligten Architekten und Ingenieure ergibt sich bei einer Verlängerung der Bauzeit ein teils deutlich erhöhter Aufwand im Rahmen der Objektüberwachung. Um diesen erhöhten Aufwand vergütet zu bekommen, ist eine vertragliche Abrede erforderlich, da die Hürden für einen zusätzlichen Vergütungsanspruch nach den gesetzlichen Regelungen hoch sind. Im Einzelnen:

a. Vertragliche Abreden, die ein zusätzliches Honorar bei vom Architekten/Ingenieur nicht zu vertretenen Bauzeitenverlängerungen vorsehen, etablieren sich zunehmend in der Praxis und sind vom Bundesgerichtshof in Grenzen seit vielen Jahren akzeptiert (vgl. bspw. BGH NJW 2007, 3712). Die Ausgestaltungsmöglichkeiten einer entsprechenden vertraglichen Abrede sind vielfältig. So kann eine entsprechende Abrede bspw. vorsehen, dass für jede Woche der Überschreitung der vertraglichen Bauzeit ein zusätzliches, pauschaliertes Honorar zu zahlen ist. Es sind aber auch deutlich komplexere Abreden denkbar, die bspw. die vereinbarte Bauzeit zum vereinbarten Honorar be-

trachten und dann in Relation zu der tatsächlichen Bauzeit und dem vereinbarten Honorar setzen. Immanent ist allen Regelungen, dass der Ingenieur/Architekt die Bauzeitenverzögerung nicht vertreten darf, da er sonst aus seinem eigenen Verschulden einen Vorteil ziehen würde.

b. Treffen die Parteien keine Honorarabrede für eine längere Bauzeit, bleiben den Ingenieuren und Architekten bei unverschuldeten Bauzeitverzögerungen lediglich die gesetzlichen Ansprüche.

Die HOAI sieht bei einem Mehraufwand aufgrund von Bauzeitverlängerungen keinen ergänzenden Honoraranspruch vor, da die HOAI-Regelungen grundsätzlich aufwandsunabhängig ausgestaltet sind. Ein Honoraranspruch wegen Bauzeitverlängerungen kann nach den gesetzlichen Regelungen allenfalls bestehen, wenn eine sog. Störung der Geschäftsgrundlage gemäß § 313 Abs. 1 BGB vorliegt. Dafür müssten sich Umstände, welche zur (unausgesprochenen) Grundlage des Vertrags geworden sind, nachträglich schwerwiegend verändert haben, was für die Parteien nicht vorhersehbar war.

(1.) Eine Geschäftsgrundlage kann dabei nichts sein, was bereits Vertragsinhalt geworden ist. Soweit Vereinbarungen zur Bauzeit im Vertrag getroffen wurden, scheidet ein Anspruch aus § 313 Abs. 1 BGB daher von vorneherein aus.

Bei pandemiebedingten Bauzeitverlängerungen erweist sich die Voraussetzung der Unvorhersehbarkeit zudem oftmals als schwierig. Sollte der Vertrag nämlich in Kenntnis der pandemischen Lage geschlossen worden sein, ist es nur noch schwer vertretbar, dass diese pandemische Lage mit möglichen Lieferschwierigkeiten und Bauzeitverzögerungen für die Vertragsparteien nicht vorhersehbar war. Als Stichtag ist dabei wohl der 22.03.2020 anzusetzen, weil an diesem Datum von Bund und Ländern umfangreiche Kontaktbeschränkungen beschlossen wurden.

Ferner wäre bei der Ermittlung einer schwerwiegenden Veränderung der Umstände stets der gesamte Vertrag zu betrachten. Erst wenn die Durchführung des unangepassten Vertrags für den Architekten/den Ingenieur eine Zumutbarkeitsgrenze übersteigt, was ein Architekt/Ingenieur zudem darlegen und beweisen muss, kommt, bei Vorliegen der weiteren, vorstehend aufgeführten Voraussetzungen, ein Anspruch auf Honorarpassung in Betracht.

Da die Voraussetzungen eng und die Darlegungs- und Beweislast bei Architekten/Ingenieuren liegt, rekurren Honorarergänzungsansprüche in der Praxis nahezu ausschließlich auf vertraglichen Abreden zu Bauzeitverlängerungen und nicht auf § 313 Abs. 1 BGB.

2. Materialkostensteigerung – Möglichkeiten der Preisanpassung

Grundsätzlich, d. h. ohne vertragliche Abrede, trägt der Auftragnehmer ab Angebotsabgabe das Risiko einer Preiserhöhung, so wie er nach Angebotsabgabe auch von sinkenden Preisen profitieren würde. Vereinbart der Werkunternehmer mit seinem Auftraggeber keine Preisanpassungsklausel, bleibt ihm wiederum nur, sich – wenig erfolgversprechend – auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage zu berufen.

a. Soweit Werkunternehmer für Ihre Werksleistung Materialien benötigen, deren Preise stark schwanken können, empfiehlt sich stets die Aufnahme einer Preisanpassungsklausel in einen Mustervertrag. Eine solche muss hinreichend bestimmt und klar formuliert sein, um eine rechtliche Unwirksamkeit zu verhindern. Im Angebot, das Vertragsgrundlage wird, müssen zudem die einzelnen Materialien samt deren Preise zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe aufgeführt sein.

Im Rahmen von Vergabeverfahren der öffentlichen Hand wird derzeit regelmäßig das Formblatt 225 aus dem Vergabehandbuch des Bundes verwendet, welches eine Stoffpreisgleitklausel beinhaltet. Sollte der öffentliche Auftraggeber dieses nicht ohnehin verwenden, kann ein Bieter auch im bereits laufenden Verfahren eine Anfrage auf Einbeziehung des Formblattes stellen.

b. Treffen die Parteien keine Preisanpassungsklausel, bleibt letztlich nur der Weg über die engen Voraussetzungen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage gem. § 313 BGB. Problematisch erscheint dabei erneut zunächst der Begriff der Geschäftsgrundlage. Es muss für die Vertragsparteien erkennbar geworden sein, dass die Beschaffung des Materials nicht bereits unmittelbar nach Vertragsschluss vorgenommen wird. Denn ansonsten stellt der Zeitpunkt der Beschaffung des Materials eine von dem Vertrag unabhängige Entscheidung des Unternehmers dar, sodass Materialkostensteigerungen nicht zur Geschäftsgrundlage werden können. Doch selbst wenn die Angebotspreise eine Geschäftsgrundlage darstellen sollten, ist eine Störung der Geschäftsgrundlage erst erreicht, wenn der Unternehmer ohne die Vertragsanpassung erhebliche Verluste erfahren würde.

Problematisch ist weiter die Unvorhersehbarkeit der Umstände, die man seit dem 22.03.2020 nicht mehr ohne weiteres annehmen kann.

Zuletzt darf die Störung der Geschäftsgrundlage nicht in den Risikobereich des Unternehmers fallen. Die Materialbeschaffung und damit auch die Preissteigerungen liegen allerdings regelmäßig vollständig in der Risikosphäre des Werkunternehmers. Etwas anderes gilt nur bei höherer Gewalt, wobei das Ereignis – der pandemiebedingte Preisanstieg – für den Werkunternehmer nicht abwendbar sein dürfte. Vor einer Abwendbarkeit dürfte jedoch auszugehen sein, wenn der Unternehmer das für die Vertragsdurchführung benötigte Material nicht unmittelbar nach Vertragsschluss einkauft.

3. Fazit

Wer ohne vertragliche Abrede als Unternehmer pandemiebedingte Kostensteigerungen weitergeben oder als Architekt/Ingenieur bei überlangen Bauzeiten ein höheres Honorar verlangen möchte, wird es schwer haben, einen entsprechenden Anspruch auf Basis der gesetzlichen Regelungen durchzusetzen. Besser fährt, wer sich individuell beraten und eine passende vertragliche Regelung für sich entwerfen lässt.

Dr. Annette Mussinghoff-Siemens und Jana Michna

Pandemiebedingte Lieferengpässe – der Umgang mit Bauzeitverzögerungen

Die aktuelle Covid-19-Pandemie stellt die Wirtschaft vor enorme Herausforderungen. Insbesondere Baumaterialien sind derzeit aufgrund von Lieferengpässen vielfach nur unter erheblichen Verzögerungen und Kostensteigerungen zu erlangen. Dies wirkt sich unmittelbar auf die Beteiligten eines Bauvorhabens aus, welche sich nun neuen tatsächlichen und rechtlichen Problemen stellen müssen. Wir behandeln in diesem BRANDI Report sowohl die preislichen als auch die terminlichen Auswirkungen dieser Problematik.

Im Fokus dieses Artikels stehen die Auswirkungen von Materialengpässen auf vertraglich bereits vereinbarte oder im Rahmen von Vertragsanbahnung noch zu vereinbarende Ausführungsfristen und deren finanzielle Folgen. Wir behandeln zunächst die Vertragsabwicklungsphase. Sodann erörtern wir Lösungsansätze für neu abzuschließende Verträge.

I. Lieferverzögerungen im Rahmen der Vertragsabwicklung

Lieferverzögerungen bei Baumaterialien führen in aller Regel unweigerlich zu Verzögerungen des gesamten Bauprojektes, sodass vereinbarte Fristen nicht mehr eingehalten werden können. Dies kann für beide Vertragspartner – den Auftraggeber und den Werkunternehmer – erhebliche finanzielle Konsequenzen nach sich ziehen.

1. Lieferverzögerungen im Bereich des eigenen Gewerks des Werkunternehmers – Materialknappheit als Fall „höherer Gewalt“?

a) Verlängerung der Ausführungsfrist

Haben die Vertragsparteien die VOB/B in ihren Vertrag einbezogen und gemäß § 5 Abs. 1 VOB/B verbindliche Ausführungsfristen vereinbart, ist der Werkunternehmer an diese Fristen gebunden. Für Fristverlängerungen ist er grundsätzlich auf das Einverständnis des Auftraggebers angewiesen. Änderungen der Ausführungsfrist ohne Zustimmung des Auftraggebers sieht die Rechtsordnung nur in den engen Ausnahmefällen des § 6 VOB/B vor.

Für pandemiebedingte Lieferengpässe kommt eine automatische Verlängerung der Ausführungsfrist nach § 6 Abs. 2 Nr. 1c, Abs. 4 VOB/B in Betracht. Voraussetzung ist, dass der Lieferengpass als Behinderung durch „höhere Gewalt“ oder „andere“ für den Werkunternehmer „unabwendbare Umstände“ qualifiziert werden kann. Dass die Corona-Pandemie grundsätzlich geeignet ist, einen Fall höherer Gewalt darzustellen, ist inzwischen allgemein anerkannt. Angesichts der aktuellen Lieferengpässe diverser Baustoffe hat selbst das Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat, das grundsätzlich auf die Einhaltung bestehender



Verträge pocht, in dem Erlass „Lieferengpässe und Stoffpreisänderungen diverser Baustoffe“ BW I 7 – 70437/9#3 vom 21.5.2021 festgestellt, dass die tatsächliche Unmöglichkeit eines Bauunternehmers, selbst bei Zahlung höherer Einkaufspreise Baustoffe zu beschaffen, insbesondere infolge der COVID-19-Pandemie oder eines anderen, vom Auftragnehmer nicht abwendbaren Ereignisses, einen Fall der höheren Gewalt begründen kann. Die Betonung liegt allerdings auf dem Wort „kann“. Seitens des letztlich darlegungs- und beweispflichtigen Werkunternehmers ist nachzuweisen, dass die konkreten Behinderungen pandemiebedingt eingetreten sind.

Insoweit kommt dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses maßgebliche Bedeutung zu. Denn sollte der Vertrag in Kenntnis der pandemischen Lage geschlossen worden sein, kann die Pandemie selbst für die Vertragsparteien nicht mehr unvorhersehbar sein. Problematisch ist, dass durch Bund und Länder bereits am 22.03.2020 umfangreiche Kontaktbeschränkungen beschlossen wurden. Dass es infolgedessen auch zu Lieferschwierigkeiten und Bauzeitverzögerungen kommen kann, mussten Vertragsparteien ab diesem Zeitpunkt zumindest erahnen. Aus welchen Gründen eine aktuelle Unmöglichkeit, Baumaterialien rechtzeitig zu beschaffen, noch als ein pandemiebedingter Fall höherer Gewalt im Sinne des § 6 Abs. 2 Nr. 1c VOB/B anzusehen sein soll, obwohl sich der Werkunternehmer in Kenntnis der Pandemie auf feste Ausführungsfristen eingelassen hat, dürfte in der Praxis schwerlich nachzuweisen sein. Da im Ergebnis vielfach einvernehmliche Lösungen gesucht werden, kann eine Behinderungsanzeige nach § 6 Abs. 1 S. 1 VOB/B dennoch zielführend sein. In dieser sollte allerdings nicht pauschal auf die Pandemie verwiesen, sondern detailliert dargelegt werden, dass eine rechtzeitige Beschaffung der Baumaterialien schlicht unmöglich ist, und welche (vergeblichen) Vorkehrungen getroffen worden sind, um trotz der Pandemie – auch unter Inkaufnahme höherer Einkaufspreise – leistungsfähig zu bleiben.

b) Ersatz des Verzugschadens

Besteht kein Anspruch auf Verlängerung der Ausführungsfristen und entsteht dem Bauherrn infolge des Verzuges des Werkunternehmers ein Schaden, haftet der Werkunternehmer gemäß §§ 280, 286 BGB bzw. § 6 Abs. 6 VOB/B auf Schadensersatz. Dieser Schadensersatzanspruch setzt allerdings nicht nur voraus, dass sich der Unternehmer mit einer fälligen Leistung in Verzug befindet, sondern er besteht nur in Höhe des nachweislich auf diesen Verzug zurückzuführenden Schadens. Der Kausalitätsnachweis ist Sache des Bauherrn und ist angesichts des komplexen Baugeschehens mit einer Vielzahl von Beteiligten problematisch. Die Rechtsprechung stellt hohe Anforderungen an den Nachweis eines Schadens infolge von Bauzeitverzögerungen. Daher empfiehlt sich sowohl für den Bauherrn, der erwägt, Schadensersatzansprüche geltend zu machen, als auch den Werkunternehmer, der solche befürchtet, eine sorgfältige Dokumentation des Baugeschehens ggfs. unter Einschaltung von Sachverständigen.

c) Kündigung

Nicht unerwähnt bleiben soll das Risiko einer außerordentlichen Kündigung des Werkvertrages durch den Auftraggeber gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B i.V.m. § 5 Abs. 4 VOB/B für den Fall des Verzuges des Werkunternehmers. An vertraglich vereinbarte Ausführungsfristen ist der Werkunternehmer grundsätzlich gebunden. Lässt sich die Unmöglichkeit, die benötigten Baustoffe

fristgerecht zu beschaffen, nicht nachweisen, riskiert der Werkunternehmer eine Kündigung durch den Auftraggeber. Sollte es dem Auftraggeber gelingen, einen anderen Unternehmer zu finden, der die aktuell benötigten Materialien schneller liefern kann als sein aktueller Vertragspartner und kündigt er infolge dessen den bestehenden Vertrag, vergrößert sich der Schadensersatzanspruch des Auftraggebers in Höhe der Mehrkosten der Einschaltung des neuen Vertragspartners.

2. Lieferverzögerungen im Bereich der Vorgewerke

a) Verlängerung der Ausführungsfrist

Eine weitere Möglichkeit, eine vertraglich vereinbarte Frist zugunsten des Werkunternehmers zu verlängern, sieht § 6 Abs. 2 Nr. 1a VOB/B für den Fall vor, dass ein Umstand aus dem Risikobereich des Auftraggebers eine Behinderung des Werkunternehmers verursacht. In Auslegung des § 4 Abs. 1 Nr. 1 S. 1 VOB/B hat der Auftraggeber dafür zu sorgen, dass Vorleistungen, welche für die Leistung des Werkunternehmers erforderlich sind, bis zur geplanten Vertragsausführung rechtzeitig und vollständig erbracht sind. Das können Leistungen eines anderen Werkunternehmers sein, aber auch sonstige für den Bau maßgebliche Tatsachen, wie z. B. das Vorliegen der Baugenehmigung.

Ist die Vorleistung nicht erbracht und hat der Werkunternehmer diese Behinderung gemäß § 6 Abs. 1 VOB/B ordnungsgemäß angezeigt, verlängert sich die Ausführungsfrist gemäß § 6 Abs. 4 VOB/B ohne sein weiteres Zutun um die Dauer der Behinderung zuzüglich eines Zuschlags für die Wiederaufnahme der Arbeit bzw. wegen der Verschiebung in eine ungünstigere Jahreszeit.

b) Behinderungskosten

Ist die Bauzeitverzögerung durch Vorgewerke begründet, entstehen den am Bauvorhaben beteiligten Werkunternehmern, die von der Bauzeitverzögerung betroffen sind, häufig Aufwendungen für zusätzliche Personal-, Material- und Gerätekosten. Sofern sie aber grundsätzlich imstande sind, ihre eigene Leistung zu den vertraglichen Bedingungen zu erbringen, kommt ein Anspruch gegen den Auftraggeber auf Entschädigung wegen Annahmeverzugs gemäß § 642 BGB in Betracht.

Zu den Obliegenheiten des Bauherrn gehört die Sicherstellung ordnungsgemäßer Vorleistungen. Die Regelung des § 642 BGB eröffnet dem Werkunternehmer einen Anspruch auf Entschädigung dafür, dass er Arbeitskräfte und Materialien während der vereinbarten Ausführungsfristen bereit hält. Kann der Auftraggeber die ihm angebotene Leistung nicht binnen der vertraglich vereinbarten Ausführungsfristen annehmen, z. B. weil Vorunternehmer wegen der Corona-Pandemie (oder aus sonstigen Gründen) notwendige Vorleistungen nicht erbracht haben, haftet er gegenüber dem von der Verzögerung betroffenen Folgeunternehmer auf Entschädigung. Auf ein Verschulden des Auftraggebers kommt es insoweit nicht an. Maßgeblich ist, dass die Bauunterbrechung der Risikosphäre des Auftraggebers zuzuordnen ist.

Die Berechnung des Anspruchs orientiert sich an der von dem Bauherrn geschuldeten Vergütung, die bereits eine Kalkulation des Wagnisses, Gewinns und der allgemeinen Geschäftskosten beinhaltet. Die Rechtsprechung begrenzt den Schadensersatzanspruch allerdings seit der grundlegenden Entscheidung des BGH vom 26.10.2017, Az.: VII ZR 16/17 eng auf solche Kosten,

die während des Annahmeverzuges des Auftraggebers eingetreten sind. Dazu können Lohn- und Materialmehrkosten während dieses Zeitraums gehören. Kostensteigerungen, die allerdings erst nach Ende des Annahmeverzuges entstehen, sind aber auch dann nicht von dem Entschädigungsanspruch des § 642 BGB umfasst, wenn sie ohne die Bauzeitverzögerung vermieden worden wären. Einen vollen Schadensersatz einschließlich entgangenen Gewinns schuldet der Auftraggeber nach § 6 Abs. 6 VOB/B nur für den Fall, dass ihm mindestens grobe Fahrlässigkeit anzulasten ist.

c) Kündigung

Liegen die Ursachen für die Bauzeitverzögerung im Verantwortungsbereich des Auftraggebers, kommt für den Werkunternehmer ein Kündigungsrecht gemäß § 643 BGB nach vorheriger Setzung einer angemessenen Frist zur Nachholung der Mitwirkungshandlung in Betracht. Der Vertrag gilt als aufgehoben, sofern der Auftraggeber die Mitwirkungshandlung nicht binnen der gesetzten Frist nachkommt. Diese Vorgehensweise mag für einen Werkunternehmer interessant sein, der befürchtet, infolge von z. B. pandemiebedingten Lieferengpässen selbst künftig Liefereschwierigkeiten zu bekommen oder sich erheblichen Kostensteigerungen ausgesetzt sieht.

Ein Sonderkündigungsrecht des Werkunternehmers kommt auch gemäß § 6 Abs. 7 VOB/B für den Fall einer länger als drei Monate dauernden Unterbrechung der Bauausführung in Betracht, sofern diese in den Verantwortungsbereich des Auftraggebers fällt. Diese Voraussetzungen gilt es sorgfältig zu prüfen.

II. Lieferverzögerungen im Rahmen der Vertragsanbahnung

Den vorstehend aufgezeigten Schwierigkeiten können Unternehmen vor Vertragsabschluss insbesondere im Rahmen der aktuell angespannten Marktlage noch recht gut begegnen. Dazu bieten sich im Wesentlichen folgende Maßnahmen an:

1. „Freibleibende“ Angebote

Gestaltet sich die Angebotskalkulation besonders schwierig, kann der rechtswirksame Vertragsabschluss dadurch zeitlich nach hinten verschoben werden, indem der Werkunternehmer zunächst ein „freibleibendes“, also unverbindliches Angebot abgibt. Ein solches Angebot ist im Rechtssinne nur als eine Aufforderung an den Auftraggeber, seinerseits ein Angebot abzugeben anzusehen, das der Auftragnehmer dann entweder annehmen oder eben – nach erneuter Prüfung der Konditionen seiner Lieferanten – auch ablehnen kann.

2. Befristung von Angeboten

Alternativ zur Unverbindlichkeit des Angebotes kann ein Angebot mit einer so kurzen Bindefrist versehen werden, dass diese möglichst mit einer entsprechenden Bindung der Lieferanten an die mitgeteilten Preise zuzüglich einer Frist für die notwendigen Bestellungen gleichläuft.

Die vorstehenden Ausführungen zeigen, wie problematisch es für Werkunternehmer ist, sich von vertraglich vereinbarten Ausführungsfristen wieder zu lösen, wenn sie bei der Abwicklung bestehender Verträge Probleme bekommen, die geschuldeten Leistungen zu erbringen. Umso wichtiger ist es, dieser Situation bei dem Neuabschluss von Verträgen vorzubeugen.

3. Selbstbelieferungsklauseln

Um dem Eintritt eines Verzuges mit der Ausführung entgegenzuwirken kommt die Vereinbarung einer Selbstbelieferungsklausel in Bauverträgen in Betracht. Eine solche Regelung kann vorsehen, dass die Einhaltung einer bestimmten Ausführungsfrist unter dem Vorbehalt steht, dass der Werkunternehmer selbst von seinem Vorlieferanten rechtzeitig und vollständig beliefert wird. In Betracht gezogen werden solche Klauseln allerdings nur, wenn sich auch tatsächlich nachweisen lässt, dass bestimmte Materialien essentiell für die rechtzeitige Ausführung der Bauleistungen sind und diese auch tatsächlich rechtzeitig bestellt und dennoch vom Lieferanten nicht binnen vereinbarter Fristen geliefert werden.

4. Vermeidung von Vertragsstrafen

Ausführungsfristen sollten aus Sicht des Werkunternehmers möglichst flexibel gehandhabt und auf die Vertragsstrafen sollte ganz verzichtet werden.

5. Beteiligung an Ausschreibungen der öffentlichen Hand

Will sich ein Werkunternehmer an Ausschreibungen öffentlicher Auftraggeber beteiligen, kommen die Maßnahmen gemäß Ziffern II. 1 - 3 nicht in Betracht. Den Angeboten sind die Vorgaben des öffentlichen Auftraggebers in aller Regel unverändert zugrunde zu legen. Soweit allerdings Ausführungsfristen und das Absehen von Vertragsstrafen betroffen sind, sind öffentliche Auftraggeber gehalten, den Bietern entgegenzukommen. So betont das Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat in dem Vorstehend unter I.1.a) bereits angesprochenen Erlass vom 21.5.2021, dass Vertragsfristen der aktuellen Situation angepasst zu vereinbaren sind, soweit es die Terminalsituation der Baumaßnahme zulässt und Vertragsstrafen nur im Ausnahmefall zu vereinbaren sind.

III. Fazit

Die vorstehenden Ausführungen zeigen die erheblichen Probleme auf, im Rahmen bestehender Verträge Änderungen einmal vereinbarter Ausführungsfristen durchzusetzen. Verlängerungen von Ausführungsfristen sind trotz der aktuell anerkanntermaßen bestehenden Lieferengpässe in der Praxis verlässlich nur einvernehmlich zu erreichen. Umso bedeutender ist es, im Zuge des Neuabschlusses von Verträgen durch geeignete Maßnahmen sicherzustellen, dass die benötigten Materialien zu den kalkulierten Preisen rechtzeitig zur Verfügung stehen und Ausführungsfristen zu vereinbaren, die den Interessen beider Parteien Rechnung tragen.



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

Greta Brakemeier

Vorabentscheidungsverfahren vor dem EuGH – Generalanwalt hält verbindliches Preisrecht der HOAI a. F. im Rechtsstreit zwischen Privaten für nicht anwendbar

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) entschied in einem Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland mit seinem Urteil vom 04.07.2019, dass das verbindliche Preisrecht der HOAI a. F. durch die Festlegung verbindlicher Mindest- und Höchstsätze gegen die Dienstleistungsrichtlinie und damit gegen Unionsrecht verstößt. Diese Entscheidung ebnete den Weg für die HOAI-Reform 2021 und den Wegfall des verbindlichen Preisrechts für neu abgeschlossene Architekten- und Ingenieurverträge ab dem 01.01.2021.

Rechtlich umstritten ist in diesem Zusammenhang die Frage, welche Auswirkungen die Entscheidung des EuGHs auf die Behandlung von Altverträgen, also vor dem 01.01.2021 geschlossene Architekten- und Ingenieurverträge, hat. Hier stellt sich die Frage, ob das verbindliche Preisrecht des § 7 HOAI a. F., welches als unionsrechtswidrig eingestuft wurde, auch in einem Rechtsstreit zwischen Privaten nicht mehr angewendet werden darf.

Diese Frage ist seit der EuGH-Entscheidung aus Juli 2019 bisher noch höchstrichterlich ungeklärt. Insbesondere in der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte herrscht Uneinigkeit zu der Behandlung von Altverträgen. Teilweise wird in der dortigen Rechtsprechung die Auffassung vertreten, die Entscheidung des EuGHs richte sich ausschließlich und unmittelbar an die Bundesrepublik Deutschland und verpflichte diese, das nationale Recht entsprechend der Entscheidung des EuGHs innerhalb der gesetzten Umsetzungsfrist zu ändern. Im privaten Rechtsverkehr sei das Preisrecht des § 7 HOAI a. F. weiterhin anzuwenden, da von dem EuGH-Urteil keine Rechtswirkung für den einzelnen Unionsbürger ausgehe (vgl. OLG Hamm, Urteil v. 23.7.2019 – 21 U 24/18).

Andere Gerichte halten das verbindliche Preisrecht der HOAI a. F. auch im Privatrechtsverkehr nicht mehr für anwendbar. Die nationalen Gerichte seien wegen des Anwendungsvorbehalts des Unionsrechts vor dem nationalen Recht dazu angehalten, die unionsrechtswidrigen Preisvorgaben der HOAI a. F. nicht mehr anzuwenden (vgl. OLG Celle, Urte. v. 17.7.2019 – 14 U 188/18).

Aufgrund dieser divergierenden Rechtsauffassungen legte der Bundesgerichtshof dem EuGH schließlich im Wege eines Vorabentscheidungsverfahrens die Frage vor, ob in einem laufenden Gerichtsverfahren zwischen Privatpersonen die der Dienstleistungsrichtlinie entgegenstehende Regelungen der verbindlichen Mindestsätze aus § 7 HOAI a. F. nicht mehr anzuwenden sind.

Zur Vorbereitung einer Entscheidung des EuGHs in dieser Sache, hat nun der Generalanwalt des Gerichtshofes in seinem Schlussantrag vom 15.07.2021 zu der vorgelegten Frage Stellung genommen. Dieser Stellungnahme lässt sich entnehmen, dass der Generalanwalt das verbindliche Preisrecht der HOAI a. F. in einem Rechtsstreit zwischen Privaten nicht mehr für anwendbar hält. Nationale Gerichte hätten die Regelungen der Mindestsätze, welche gegen die Dienstleistungsrichtlinie verstoßen, unangewendet gelassen. Diese Verpflichtung der nationalen Gerichte ergäbe sich unmittelbar aus der Dienstleistungsrichtlinie selbst sowie aus Art. 16 der Charta der Grundrechte der Europäischen

Union. Ein gesetzlicher Mindestpreis greife nach Ansicht des Generalanwalts des EuGHs unzulässiger Weise in die Vertragsfreiheit der Vertragsparteien ein, da diesen das Recht genommen werde, den Preis für die vertragliche Leistung frei zu vereinbaren.

Zwar ist diese Stellungnahme des Generalanwaltes für den EuGH nicht bindend, sondern lediglich ein Vorschlag an diesen zur Beantwortung der vorgelegten Frage. Von der Stellungnahme des Generalanwalts geht dennoch eine hohe Indizwirkung aus. Die Vergangenheit hat gezeigt, dass sich der EuGH in seinen Entscheidungen in der Regel diesen Stellungnahmen anschließt, so dass es auch in diesem Fall nicht unwahrscheinlich ist, dass der EuGH die ihm vorgelegte Frage entsprechend der Stellungnahme des Generalanwalts beantworten wird.

Im Ergebnis würde dies bedeuten, dass sich Honorarvereinbarungen in Altverträgen nicht innerhalb der Mindest- und Höchstsätze der HOAI a. F. bewegen müssen, also insbesondere vergangene Vereinbarungen von Honoraren unterhalb des Mindestsatzes wirksam sein können. Gleichzeitig würde eine solche Entscheidung des EuGHs Aufstockungsklagen von Planern auf den Mindestsatz mit der Begründung, das vereinbarte Honorar unterschreite die Mindestsätze der HOAI a. F., den Wind aus den Segeln nehmen. Nationale Gerichte dürften künftig das verbindliche Preisrecht aus § 7 HOAI a. F. auch im Privatrechtsverkehr nicht mehr anwenden, weshalb Aufstockungsklagen wohl keine Aussicht auf Erfolg hätten.

Ob der EuGH dem Vorschlag des Generalanwalts tatsächlich folgt, bleibt abzuwarten. Architekten- und Ingenieure, welche aktuell eine Aufstockungsklage anstreben, kann auch mit Blick auf die lange Verfahrensdauer eines Gerichtsverfahrens wohl nur geraten werden, eine solche Klage bis zur anstehenden Entscheidung des EuGHs zurückzustellen. Sollte der EuGH nämlich seiner weitgehend etablierten Praxis folgen und sich der Stellungnahme des Generalanwalts anschließen, müssten nationale Gerichte Aufstockungsklagen aus Altverträgen künftig als unbegründet abweisen.



Greta Brakemeier
Rechtsanwältin
greta.brakemeier@brandi.net

Inka Casper und Dr. Sven Hasenstab

Ende der Share-Deals bei Immobilientransaktionen? – Gestaltungsmöglichkeiten im Hinblick auf Grunderwerbsteuer und Vorkaufsrechte

1. Grunderwerbsteuer

Sog. „Share-Deals“ waren über Jahre ein bei Immobilientransaktionen gängiges Steuersparmodell zur Vermeidung (u. a.) der Grunderwerbsteuer. Anstatt eine Immobilie regulär als Sachwert („Asset-Deal“) zu erwerben, wurden Geschäftsanteile („Shares“) an eine Immobilienbesitzgesellschaft veräußert, in der sich (ausschließlich) die in Rede stehende Immobilie befand. Der Erwerb erfolgte entweder so, dass der Käufer zunächst nur weniger als 94,9 % der Anteile erwarb oder zwei Käufer auftraten, von denen einer maximal 94,9 % der Anteile erwarb. Hintergrund war, dass die für die Grunderwerbsteuer auslösende Grenze bei einem Erwerb von mehr als 95 % des Anteilsbesitzes lag. Unterhalb dieser Grenze war der Erwerb Grunderwerbsteuerfrei. Nach einer Karenzzeit von fünf Jahren war es sodann – wieder Grunderwerbsteuerfrei – möglich, dass auch die Anteile des Minderheitsgesellschafters angekauft wurden und sich somit 100 % in einer Hand vereinigten. Dem Staat sind durch diese Gestaltung, die insbesondere bei hochpreisigen Immobilien wie größeren Gewerbeobjekten oder Mehrfamilienhäusern, genutzt wurde, hohe Steuereinnahmen entgangen. Das Modell wurde in den Medien sehr stark kritisiert, weil es eine Ungleichbehandlung zum klassischen Immobilienkauf durch Privatpersonen darstellte, wo die Grunderwerbsteuer anfällt.

2. Neuregelung seit 1. Juli 2021

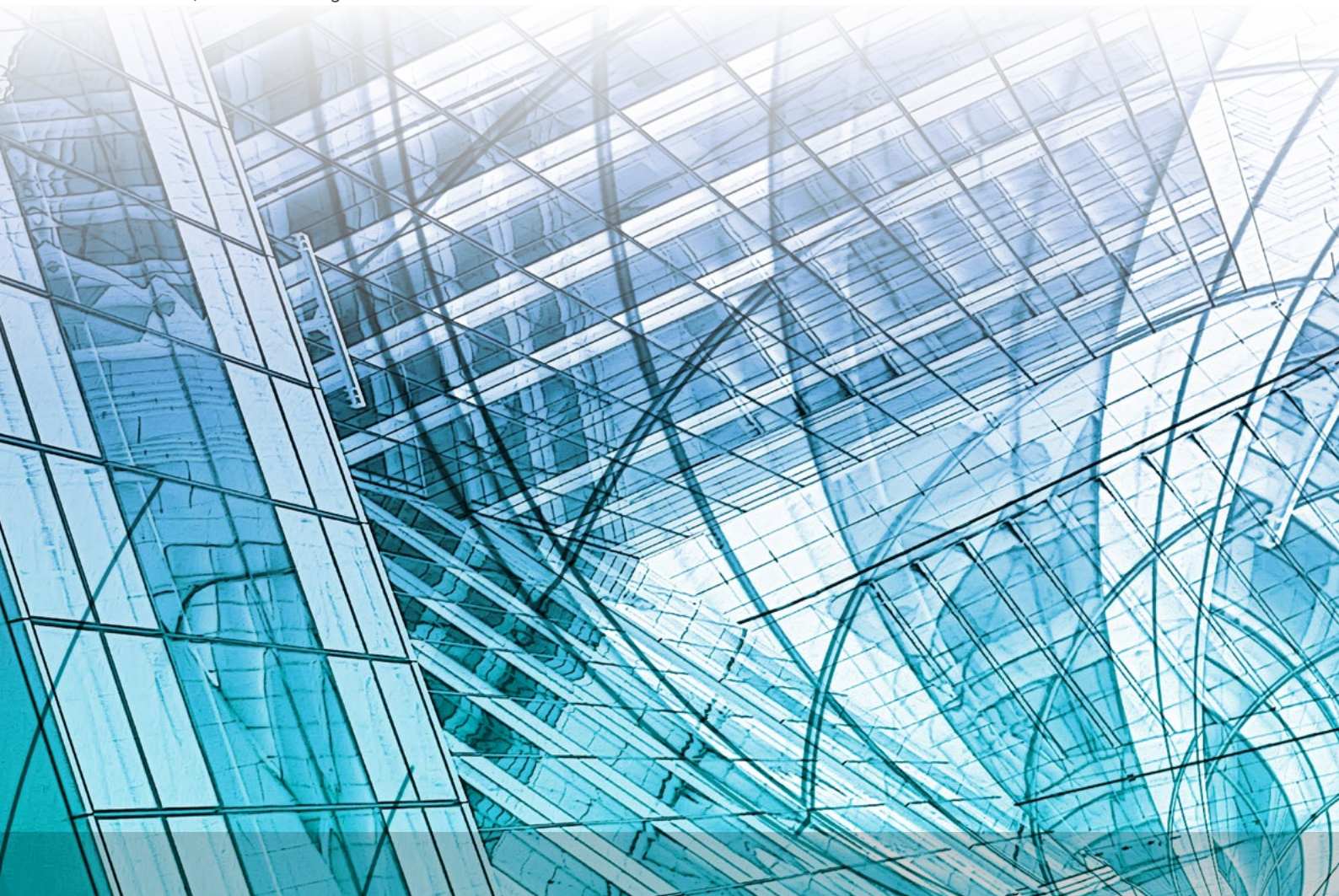
Durch das Gesetz vom 7. Mai 2021, welches zum 1. Juli 2021 in Kraft trat, hat der Gesetzgeber zunächst die steuerauslösende

Grenze beim Erwerb von Immobilien von 95 auf 90 Prozent abgesenkt. Weiterhin wurde geregelt, dass der Minderheitsgesellschafter, der in dieser Gestaltung mindestens 10,1 % der Anteile behalten muss, seinen Anteil nunmehr zehn Jahre halten muss. Veräußert er seinen Anteil (an wen auch immer) innerhalb dieser Frist, fällt nachträglich Grunderwerbsteuer an, da dann mehr als 90 Prozent der Anteile an einer Immobilien-Gesellschaft den Eigentümer wechseln.

Mit dieser Neuregelung ist die Vermeidung von Grunderwerbsteuer durch eine Gestaltung als Share-Deal de facto nicht mehr möglich. Ein Immobilienkäufer wird den Verkäufer nicht über einen Zeitraum von mehr als zehn Jahren mit mehr als zehn Prozent an (s)einer Immobilie beteiligen wollen, nur um Grunderwerbsteuer zu sparen. Insbesondere wird er sich nicht selbst dahingehend binden wollen, die Immobilie erst nach zehn Jahren veräußern zu können und auch den Verkäufer an weiteren Wertsteigerungen sowie an den Erlösen aus der Vermietung beteiligen zu müssen. Der Verkäufer wird andererseits wenig Interesse haben, weitere zehn Jahre in einer Immobilie investiert zu bleiben, die er doch eigentlich veräußern will. Etwaige Abreden, die den Verkäufer wirtschaftlich so behandeln, als ob er kein Gesellschafter mehr ist, dürften als Umgehungsgeschäft und damit als unzulässige Gestaltung zu qualifizieren sein, mit allen steuer- und strafrechtlichen Folgen für die Beteiligten.

3. Aktuelle Gestaltungsziele

Ungeachtet dessen dürften Share-Deals – zumindest einstweilen – weiter Bedeutung in der Gestaltungspraxis haben. Hintergrund ist, dass gesetzliche Vorkaufsrechte, etwa von Gemeinden oder Mietern, in dieser Gestaltung nicht ausgelöst werden.



Im Anwendungsbereich des gesetzlichen Vorkaufsrechts hat der Notar den Kauf bei der Gemeinde und, sofern einschlägig, auch gegenüber Mietern anzuzeigen. Die Vorkaufsberechtigten haben sodann mitzuteilen, ob sie ihr Vorkaufsrecht ausüben oder nicht.

Beim Share-Deal besteht kein gesetzliches Vorkaufsrecht. Entsprechend trifft den Notar, etwa bei der Beurkundung eines Kauf- und Abtretungsvertrags von GmbH-Geschäftsanteilen keine Anzeigepflicht gegenüber Gemeinde oder Mietern. Insbesondere in deutschen Großstädten, wo im Bereich von vermieteten Wohnimmobilien Vorkaufsrechte zunehmend durch die Stadt oder von Mietern ausgeübt werden, ist dies für Verkäufer oder Käufer von erheblichem Vorteil.

Auch hier gilt es jedoch zu beachten, dass die Gestaltung als Share-Deal nachvollziehbar sein muss, d. h. es muss nachvollziehbare Erwägungen jenseits von Vorkaufsrechten geben, aus denen heraus die Gestaltung gewählt wurde. Im Idealfall sollten diese Erwägungen auch in dem Vertrag festgehalten sein.

Wie sich nämlich jüngst an einem Beispiel aus Berlin zeigt, prüfen vorkaufsberechtigte Städte und Gemeinden zunehmend auch Share-Deals, wenn sie erfahren, dass ein Grundstück auf diese Weise an einen anderen wirtschaftlich Berechtigten veräußert wurde. Die Möglichkeiten, dass die Stadt von derartigen Veräußerungen erfährt, sind vielfältig. Wie das Verwaltungsgericht Berlin und ihm folgend auch das Oberverwaltungsgericht Berlin kürzlich entschieden hat, müssen die Parteien eines Share-Deals der Stadt auf Nachfrage den Kauf- und Abtretungsvertrag bei Share-Deals offen legen, damit die Stadt prüfen kann, ob ein Umgehungsgeschäft, also ein Gestaltungsmissbrauch vorliegt, oder nicht. Liegt ein Gestaltungsmissbrauch im konkreten Fall vor, kann ein Vorkaufsrecht dennoch in Betracht kommen. Dies ist insofern besonders misslich, als dass sich die sonst üblichen Klauseln zu dessen Abwehr (z. B. ein beiderseitiges Rücktrittsrecht bei Ausübung) in solchen Verträgen nicht finden werden. Das Vorkaufsrecht wurde sodann auch ausgeübt. Ob es tatsächlich besteht, müssen nun wieder die Gerichte prüfen.

4. Weitere gesetzliche Initiativen

Ohnehin ist fraglich, wie lange die aktuelle Rechtslage, nach der es ein Vorkaufsrecht bei Share-Deals nicht gibt, noch bestehen

bleibt. Das politische Klima lässt hier Änderungen insbesondere zugunsten ankaufwilliger Städte und Gemeinden erwarten.

Der Berliner Senat hat bereits in den Bundesrat einen Gesetzesentwurf eingebracht, mit dem das Vorkaufsrecht für Städte und Gemeinden auch auf solche „vertraglichen Gestaltungen“ ausgeweitet werden soll, die „bei wirtschaftlicher Betrachtung dem Verkauf eines Grundstücks entsprechen“, also dem Verkauf von Anteilen an einer Gesellschaft, die ein Grundstück hält. Damit ist faktisch ein Vorkaufsrecht bei Share-Deals in Planung. Allenfalls die Veräußerung von Gesellschaften, die mehrere Grundstücke im Eigentum haben, könnte noch ohne Vorkaufsrecht möglich sein. Korrespondierend sollen Meldepflichten für die Notare ausgeweitet werden, um die Städte und Gemeinden auch in Kenntnis des geplanten Geschäfts zu setzen und die Möglichkeit zur Ausübung des Vorkaufsrechts zu schaffen. Die Gesetzesinitiative möchte zusätzlich, dass der Share-Deal in der Rechtsfolge für die Gemeinde kein solcher mehr sein soll, sondern die Gemeinde das Grundstück als Asset-Deal erwirbt. Mit Gesellschaftsanteilen und den damit einhergehenden (insbesondere steuerrechtlichen) Haftungsrisiken soll sich die öffentliche Hand nach dem Entwurf nicht belasten müssen. Die Ausübungsfrist soll von zwei auf vier Monate verlängert werden, damit die Stadt oder die Gemeinde mit der Prüfung der oft komplexen Kaufverträge und Anlagen und Datenräume nachkommt.

5. Fazit

Für Immobilieninvestoren sind die Entwicklungen um Share-Deals keine guten Aussichten. Transaktionen würden erheblich länger dauern und der Erfolg des Geschäfts hinge über Monate in der Schwebe, ohne dass es einen auskömmlichen Auslagenersatz für die teilweise umfangreiche Arbeit im Rahmen von Due Diligence Prüfungen geben würde, die man bei Ausübung des Vorkaufsrechts letztlich zugunsten der ankaufenden öffentlichen Hand gemacht hätte. Der Gesetzesantrag des Berliner Senats war bereits im März zur Beratung terminiert. Diese Beratung wurde jedoch zunächst vertagt und bislang nicht neu angesetzt. Wie weit es diese Gesetzesinitiative insbesondere nach der nächsten Bundestagswahl schafft, bleibt abzuwarten. Wer den Verkauf von Immobilien plant, an denen auch die Kommune ein Interesse haben könnte, sollte im Zweifel nicht zu lange damit warten.



Inka Casper
Rechtsanwältin
inka.casper@brandi.net

Dr. Sven Hasenstab
Rechtsanwalt und Notar mit Amtssitz in Hannover
Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht
sven.hasenstab@brandi.net

Dr. Christoph Jahn

Bieterpräsentationen und Dokumentation im Vergabeverfahren

Bieterpräsentationen gehören zum Alltag von Ausschreibungen für Planungsleistungen oder für andere „höhere“ Dienstleistungen. Die damit verbundenen Rechtsfragen haben in der Praxis des Vergaberechts und in der vergaberechtlichen Spruchpraxis aber bisher fast nur am Rande anderer Themen Beachtung gefunden. Das OLG Düsseldorf hatte nun zu entscheiden, ob und wie Auftraggeber die mündlichen Ausführungen der Bieter im Rahmen ihres Vortrags bewerten dürfen und wie die Bewertung zu dokumentieren ist (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 24.3.2021 – VII Verg 34/20).

1. Weichenstellungen im Vergabeverfahren

Die Vergabestelle hatte in einem Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb Planungsleistungen für eine Deponieerweiterung europaweit ausgeschrieben. Zuschlagskriterien waren der Preis und die Qualität, die jeweils mit 50 % gewichtet wurden. Das Kriterium Qualität war in die Unterkriterien Projektteam und Leistungskonzept (Gewichtung jeweils 25 %) unterteilt. Das mit dem Angebot einzureichende Leistungskonzept sollte von dem Projektteam der Bieter in einer Präsentation mündlich vorgestellt und es sollte dabei ein Fachgespräch über vorbereitete Fragen des Auftraggebers geführt werden. Das war den Bietern in den Vergabeunterlagen mitgeteilt worden, nicht aber die Gewichtung dieser Unter-Unterkriterien.

Das Projektteam wollte der Auftraggeber anhand des persönlichen Werdegangs der Teammitglieder, ihrer Fort- und Weiterbildung sowie persönlicher Referenzen („Qualifikation und Erfahrung“) bewerten. So war es der Bekanntmachung zu entnehmen.

Im Anschluss an die jeweilige Vorstellung des Leistungskonzepts trugen die Mitglieder des Bewertungsgremiums ihre Wertungspunkte in einen Bewertungsbogen ein, der den Bietern nicht zur Kenntnis gegeben wurde. Beides ist weithin üblich. Dieser Bogen sah nun allerdings vor, dass das schriftliche Leistungskonzept mit 6 %, das mündlich präsentierte Kurzkonzept mit 30 % und das Fachgespräch mit 64 % bewertet werden. Zudem wurden die Antworten, die die Bieter im Rahmen der Fachgespräche gaben, nicht protokolliert – ebenso wenig die Begründungen der Gremiumsmitglieder für die vergebenen Wertungspunkte.

2. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung des OLG Düsseldorf

Die Antragstellerin hatte zwar nicht das günstigste Honorarangebot abgegeben, wurde aber in beiden qualitativen Wertungskriterien mit der Höchstpunktzahl bewertet. Dennoch sollte der Zuschlag nicht auf ihr Angebot erteilt werden. Sie hielt die Angebotsbewertung für intransparent und stellte einen Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer Westfalen. Damit hatte sie zunächst keinen Erfolg.

Erst die sofortige Beschwerde führte dazu, dass der Vergabesenat des OLG Düsseldorf das Verfahren zurückversetzte und die Vergabestelle verpflichtete, die Bieter erneut zur Angebotsabgabe aufzufordern und die Bietergespräche mit der anschließenden Wertung der qualitativen Kriterien zu wiederholen. Das

kann überraschen, weil die Antragstellerin in diesen Kriterien die optimale Bewertung erreicht hatte und die geltend gemachten Vergaberechtsverstöße deshalb keinen Schaden verursachen konnten. So hatte die Vergabekammer die Abweisung begründet.

Das OLG legt einen anderen Maßstab an und stellt damit Anforderungen an die Wertung von Bietergesprächen, die höchst praxisrelevant sind: Die Wertung des Leistungskonzeptes sei schon nicht vergaberechtskonform, weil die Vergabestelle die Gewichtung der Unter-Unterkriterien für das Leistungskonzept nicht bekannt gegeben habe. Und auch die Bewertung des Projektteams auf Grundlage des Bewertungsbogens anstelle der bekannt gegebenen Merkmale für die „Qualifikation und Erfahrung“ sei als Verstoß gegen den Transparenzgrundsatz vergaberechtswidrig gewesen. Durch diese Verstöße sei der Antragstellerin jedoch kein Schaden entstanden, weil sie in beiden Kriterien jeweils die Höchstbewertung erhalten habe.

Die Wende zugunsten der Antragstellerin nimmt das Beschwerdeverfahren wegen der unzureichenden Dokumentation der Wertungsvorgänge. Weder aus dem Wertungsbogen selbst noch aus den handschriftlichen Aufzeichnungen ergab sich, aus welchem Grund die einzelnen Gremiumsmitglieder welche Punkte vergeben hatten. Darüber hinaus sei auch nicht dokumentiert, welche konkreten Antworten die Bieter auf die im Vortrag gestellten Fragen gegeben hatten. Der Senat stellt klar: Wenn die Antworten unbekannt bleiben, kann nicht überprüft werden, ob die Bewertung der Antworten nachvollziehbar sei. Daher sei nicht auszuschließen, dass die Wertung der qualitativen Kriterien die Rechtsstellung der Antragstellerin verschlechtert habe. Das Vergabeverfahren müsse mit der Aufforderung zur Angebotsabgabe und allen folgenden Schritten wiederholt werden.

3. Auswirkungen für die Praxis

Der Entscheidung ist implizit eine gute Nachricht zu entnehmen: Mündliche Ausführungen der Bieter im Rahmen der Präsentation ihres Leistungskonzepts dürfen bei der Angebotsbewertung berücksichtigt werden, obwohl sie die für Angebote geltende Formanforderung nicht erfüllen. Die VK Südbayern hatte dies anders gesehen (Beschl. v. 02.04.2019 – Z3-3-3194-1-43-11/18). Vergabeentscheidungen für Planungsleistungen oder für andere „höhere“ Dienstleistungen sind darauf angewiesen, dass persönliche Eindrücke berücksichtigt werden können.

Jedoch muss die Bewertung der mündlichen Ausführungen detailliert dokumentiert werden. Dadurch muss nachvollziehbar sein, aus welchem Grund welche Note vergeben wird. Jedes Mitglied des Bewertungsgremiums hat demnach bei jedem Unterkriterium zu einer konkreten Punktvergabe eine konkrete Begründung zu schreiben, so dass ersichtlich ist, warum wie viele Punkte vergeben wurden. Der damit verbundene Aufwand ist höher als viele Auftraggeber es annehmen. Vielfach werden Risiken in Kauf genommen, die bei einem höheren Arbeitseinsatz für die Dokumentation vermeidbar sind. Denn die getroffenen Wertungen sind inhaltlich oftmals richtig.

Genau deshalb hat der Vergabesenat hier die richtigen Klarstellungen zu einem „falschen“ Sachverhalt getroffen. Denn die unzureichend dokumentierten Wertungsvorgänge hätten auch bei besserer Dokumentation nicht zu einer verbesserten Rechtsstellung der Antragstellerin führen können. Den Zuschlag hätte

sie also nicht erreichen können. Dass sie hierfür durch die Entscheidung eine neue Chance erhält, ist nur erklärbar, indem die unzureichende Dokumentation nach den Grundsätzen der Beweislastverteilung behandelt wird. Sie führt dann dazu, dass der damit belastete Auftraggeber nicht darlegen und beweisen kann, dass eine Zuschlagsentscheidung trotz eines Vergabefehlers richtig ist. Das muss in jedem Verfahren ein durchschlagendes Argument für eine gute Dokumentation sein.

Dr. Christoph Jahn

Update zu Rahmenvereinbarungen: EuGH verpflichtet zur Angabe des Auftragswertes oder Auftragsvolumens

Der Regelfall eines Vergabeverfahrens ist die Ausschreibung einzelner, genau bestimmter Leistungen. In der Praxis besteht jedoch insbesondere bei wiederkehrenden Lieferungen oder Dienstleistungen das Bedürfnis, Vereinbarungen über die Bedingungen zukünftiger Aufträge zu treffen, die im Laufe eines bestimmten Zeitraumes vergeben werden sollen. Diesem Bedürfnis nach Flexibilität kommt der Abschluss von Rahmenvereinbarungen entgegen. Sie ermöglichen es dem Auftraggeber, in einer generellen Vereinbarung mit einem oder sogar mehreren Unternehmen die Bedingungen für spätere, flexibel abrufbare Einzelaufträge festzulegen.

Mit Urteil vom 19.12.2018 (Rechtssache C-216/17) hatte der EuGH noch auf Grundlage der alten Rechtslage (Richtlinie 2004/18/EG) entschieden, dass bei dem Abschluss von Rahmenvereinbarungen die Angabe einer Höchstmenge der zu beschaffenden Leistungen erforderlich ist. Von Beginn an war indes höchst umstritten, ob diese Entscheidung auf Vergabeverfahren übertragbar ist, die seit dem Inkrafttreten der neugefassten Richtlinie 2014/24/EU oder spätestens seit der Umsetzung dieser Richtlinie im deutschen Vergaberecht im Juni 2016 eingeleitet wurden. Diese Frage und die Rechtsfolgen von Vergaberechtsverstößen der Auftraggeber hat der EuGH nun mit dem Urteil vom 17.06.2021 geklärt (Rechtssache C-23/20).

1. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

In einem dänischen Vergabeverfahren schrieben zwei öffentliche Auftraggeber eine Rahmenvereinbarung über den Erwerb von medizinischer Ausrüstung aus. Die Auftragsbekanntmachung enthielt weder Angaben zu dem geschätzten Auftragswert und/oder der -menge noch zum Höchstwert und/oder zur Höchstmenge. Gegen den beabsichtigten Zuschlag legte ein unterlegener Bieter Beschwerde ein. Der dänische Beschwerdeausschuss legte dem EuGH zunächst die Frage vor, ob der Gleichbehandlungs- und der Transparenzgrundsatz (Art. 18 Abs. 1 und Art. 49 der Richtlinie 2014/24) dahin auszulegen sei, dass die Auftragsbekanntmachung diese Angaben enthalten müsse. Weitere Vorlagenfragen betrafen die Rechtsfolgen, die eine Nichtbeachtung dieser Verpflichtung für die Rahmenvereinbarung hat. Konkret ging es darum, ob dies zur Unwirksamkeit einer Rahmenvereinbarung führt.

Zunächst stellte der EuGH fest, dass der Wortlaut der Bestimmungen der Richtlinie 2014/24 keinen eindeutigen Schluss im Hinblick auf die Beantwortung der Vorlagefrage zulasse. Denn danach habe eine Rahmenvereinbarung den Zweck, die Bedingungen für die in einem bestimmten Zeitraum zu vergebenen Aufträge festzulegen, insbesondere im Hinblick auf den Preis und

„gegebenenfalls“ für die in Aussicht genommene Menge (siehe Art. 33 Abs. 1 der Richtlinie 2014/24/EU). Aber aus den Grundsätzen der Gleichbehandlung und der Transparenz folge, dass in der Bekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen sowohl die Schätzmenge und/oder der Schätzwert als auch die Höchstmenge und/oder ein Höchstwert anzugeben seien. Das berücksichtige auch Anhang II des Bekanntmachungsformulars, in dem der Auftraggeber aufgefordert wird, den maximalen Gesamtwert anzugeben (dort unter II.1.5) „Geschätzter Gesamtwert“). Eine detaillierte Kennzeichnung der zu liefernden Waren bzw. Leistungen nach Auftraggebern sei hingegen nicht notwendig. Der EuGH ergänzt seine Begründung um den Hinweis, dass Auftragnehmer ohne solche Angaben vertraglich unbegrenzten Leistungspflichten und bei Nichterfüllung Schadensersatzansprüchen ausgesetzt sein könnten.

Der EuGH stellt sodann klar, dass die Rechtsfolge eines Verstoßes gegen diese Pflichten zur Angabe des Höchst- oder Schätzwerts von Rahmenvereinbarungen nicht die Unwirksamkeit des bereits geschlossenen Vertrags ist, soweit eine Auftragsbekanntmachung im Amtsblatt der EU erfolgte. Der Vergaberechtsverstoß sei dann nicht so schwerwiegend, dass er den de-facto-Vergaben gleichgestellt werden könne, die ohne jedes wettbewerbliche Verfahren zur Auftragsvergabe führen (§ 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB). Diese Rechtsfolge hält der EuGH für unverhältnismäßig.

Aber eine Rahmenvereinbarung verliert nach Auffassung des EuGH ihre Wirkung, nachdem die mitgeteilten Höchstmengen oder der Höchstwert erreicht sind. Denn eine weitergehende Vertragspflicht könne die Rahmenvereinbarung nicht begründen. Diese Klarstellung steht im Zusammenhang mit dem Risiko, das der EuGH bei unbegrenzten Vereinbarungen zu Lasten von Auftragnehmern sieht, die dann weder belastbar Preise kalkulieren noch Ressourcen planen und bereitstellen könnten und daher nicht Schadensersatzansprüchen ausgesetzt sein sollen.

2. Bewertung und Auswirkungen für die Praxis

Die Entscheidung des EuGH führt bei Ausschreibungen von Rahmenvereinbarungen zu einer besseren Risikoverteilung zwischen Auftraggebern und Bieter. Denn die Vorteile dieses Vertragstyps liegen ohnehin bei den Auftraggebern. Diese erreichen eine große Flexibilität, ob und wann sie Leistungen abrufen, bei gleichzeitig planbaren Konditionen. Bieter sollen nach dieser Entscheidung des EuGH immerhin Klarheit haben im Hinblick auf die zu erwartenden Maximalgrößen oder -werte des Auftrags.

Auftraggebern ist insofern zu raten, Angaben zur Schätzmenge/zum Schätzwert und zur Höchstmenge/zum Höchstwert in die Bekanntmachung oder die Vergabeunterlagen aufzunehmen. Diese Angaben sollten „auf der sicheren Seite“ liegen, weil eine Rahmenvereinbarung ihre Wirkung verliert, sobald die Menge oder der Wert der Einzelaufträge die festgelegten Höchstmengen bzw. den bekanntgemachten Höchstwert erreicht. Auftraggeber sollten etwaige Unwägbarkeiten bereits bei der Ermittlung des Höchstwerts bzw. der Höchstmenge mit ausreichenden Margen berücksichtigen. Ein solches Vorgehen wäre vergaberechtlich nicht zu beanstanden, solange die jeweilige Angabe nicht allein in der Motivation erfolgt, Ausschreibungspflichten zu umgehen und es somit zu Fantasiezahlen kommt.

Die durch den EuGH eingeforderten Angaben zu den Grenzen von Rahmenvereinbarungen sind zwar direkt von Vorteil für die Bieter in einem Vergabeverfahren und für den Auftragnehmer. Gleichzeitig profitiert auch der Auftraggeber davon, weil Bieter mit Angaben zu Maximalwerten oder -mengen ihre Leistungsfähigkeit zur Erfüllung der Verpflichtungen aus der Rahmenvereinbarung besser beurteilen und Angebotspreise besser kalkulieren können. Risikozuschläge, die bisher eingepreist wurden, können entfallen. Die Leistungsbeschaffung wird dadurch wirtschaftlicher.



Dr. Christoph Jahn
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Verwaltungsrecht
Fachanwalt für Vergaberecht
christoph.jahn@brandi.net

Greta Brakemeier

Aktuelle Rechtsprechung zur Nutzung der E-Vergabe – Ein Überblick

Die Abwicklung eines Vergabeverfahrens mit elektronischen Mitteln ist seit der Vergaberechtsreform 2016 fester Bestandteil der Vergabe öffentlicher Aufträge. § 97 Abs. 5 GWB sieht für die Vergabe von Aufträgen oberhalb der Schwellenwerte seitdem vor, dass für das Senden, Empfangen, Speichern und Weiterleiten von Daten durch Auftraggeber und Unternehmen grundsätzlich elektronische Mittel verwendet werden sollen. Die elektronische Kommunikation betrifft insbesondere das Erstellen und die Veröffentlichung der Bekanntmachung und der Vergabeunterlagen, die elektronische Angebotsabgabe sowie auch die Vorbereitung des Zuschlags.

Sowohl öffentliche Auftraggeber als auch die beteiligten Bieter, sparen sich durch die Verwendung elektronischer Mittel die häufig umständliche Kommunikation auf dem Postweg.

Die Einführung elektronischer Mittel bringt allerdings nicht ausschließlich Erleichterungen bei der Abwicklung von Vergabeverfahren mit sich, sondern stellt Auftraggeber und Bieter gleichermaßen vor Herausforderungen, insbesondere rechtlicher Art. Folge sind zahlreiche Urteile von Vergabekammern und Oberlandesgerichten, die die Anwendung und Nutzung elektronischer Mittel im Vergabeverfahren mehr und mehr konkretisieren.

In diesem Artikel sollen einige aktuelle Entscheidungen zur E-Vergabe und deren Auswirkungen auf die Praxis dargestellt und erläutert werden.

I. Versenden der Vorabinformationen nach § 134 Abs. 1 GWB über das Vergabeportal – Beschluss der VK Saarland

Die Vergabekammer Saarland hatte sich mit der Frage auseinandersetzen, unter welchen Umständen das Versenden der Vorabinformationen über die geplante Zuschlagserteilung an die bei dem Zuschlag nicht berücksichtigten Bieter die Frist des § 134 Abs. 2 GWB wirksam auslöst. Gemäß § 134 Abs. 1 GWB haben Auftraggeber die Bieter, deren Angebote bei der Zuschlagserteilung nicht berücksichtigt werden sollen, über die geplante Zuschlagserteilung unter Benennung des Namens des begünstigten Bieters, den frühestmöglichen Zeitpunkt des Vertragschlusses sowie über die Gründe für die Nichtberücksichtigung ihrer Angebote zu informieren. Der Zuschlag darf gemäß § 134 Abs. 2 GWB erst 15 Tage nach Absendung dieser Informationen erteilt werden, wobei sich die Frist bei einem elektronischen Versand der Vorabinformation oder einem Versand der Information per Fax auf zehn Kalendertage verkürzt.

In der dem Beschluss zugrunde liegenden Angelegenheit schrieb der Auftraggeber Reinigungsleistungen europaweit öffentlich aus und wickelte das Verfahren über eine elektronische Vergabeplattform ab. Nach der Wertung der Angebote versandte der Auftraggeber die Vorabinformationen nach § 134 Abs. 1 GWB über die Kommunikationsfunktion des Vergabeportals. Mittels dieser Kommunikationsfunktion geht den Bietern die Information unmittelbar in ein eigenes Postfach zu, auf welches nur der jeweilige Bieter Zugriff hat. Parallel versandte der Auftraggeber die Information an die Bieter auch auf dem Postweg.

Nach Ablauf einer Frist von zehn Kalendertagen erteilte der Auftraggeber dem begünstigten Bieter an dem Tag den Zuschlag, welcher in der elektronisch über das Vergabeportal versandten Vorabinformation als Tag des frühestmöglichen Vertragsschlusses benannt war.

Gegen die Zuschlagserteilung wandte sich ein nicht berücksichtigter Bieter mit der Argumentation, der Auftraggeber habe die Wartefrist von 15 Kalendertagen nach § 134 Abs. 2 GWB nicht eingehalten, da er den Zuschlag bereits mit dem Ablauf von zehn Kalendertagen nach Absenden der Vorabinformation erteilte. Der Bieter hält die Zuschlagserteilung gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 1 GWB wegen Verstoßes gegen die Vorgaben von § 134 GWB für unwirksam.

Die Rüge des Bieters vor der Vergabekammer Saarland blieb ohne Erfolg. Die Vergabekammer entschied mit ihrem Beschluss vom 22.03.2021 (1 VK 06/2020), dass die Zuschlagserteilung an den begünstigten Bieter nicht gegen die Vorgaben des § 134 GWB und die dort normierte Wartepflicht vor der Zuschlagserteilung verstößt. Das Absenden der Vorabinformation über die beabsichtigte Zuschlagserteilung an die nicht berücksichtigten Bieter über das Kommunikationsmodul des Vergabeportals, setzte nach Auffassung der Vergabekammer die verkürzte zehntägige Wartefrist gemäß § 134 Abs. 2 GWB in Gang. Die Zuschlagserteilung an den begünstigten Bieter nach Ablauf dieser zehntägigen Wartefrist brachte den Vertrag somit wirksam zu Stande.

Die Vergabekammer betonte dabei, dass die Übermittlung der Vorabinformation über das Vergabeportal ein Mittel der elektronischen Übermittlung darstelle, weshalb die verkürzte zehntägige Frist des § 134 Abs. 2 S. 2 GWB Anwendung finde. Der Begriff

der elektronischen Übermittlung sei technikoffen und schließe daher, neben dem E-Mail-Versand und der Übermittlung per Fax, auch das Versenden über eine Vergabeplattform mit ein. Voraussetzung hierfür sei jedoch, dass die Informationsnachricht den Bietern in Textform über eine gesicherte Kommunikationsfunktion in ein Postfach zugehe, auf welches ausschließlich der Bieter Zugriff habe. Für den Beginn des Fristlaufs komme es dabei nicht etwa auf den Zugang der Nachricht bei den Bietern oder gar die tatsächliche Kenntnisnahme von der Nachricht an, sondern ausschließlich auf das Absenden der Nachricht über das Vergabeportal, wenn ohne weiteres Zutun des öffentlichen Auftraggebers unter normalen Umständen mit der Übermittlung der Nachricht an den Bieter gerechnet werden könne. Entscheidend sei, dass die Informationsnachricht den Machtbereich des Absenders verlasse und so auf den Weg gebracht werde, dass sie unter normalen Umständen in den Machtbereich des Empfängers gelange, ohne dass die Information einseitig durch den Absender gelöscht oder verändert werden könne.

Diese Vorgaben halte das Übersenden der Vorabinformationen über die Kommunikationsfunktion eines Vergabeportals – wie es der Auftraggeber in dem zugrunde liegenden Vergabeverfahren tat – ein.

Bestätigt wird diese Entscheidung durch die Vergabekammer Sachsen, welche in ihrem Beschluss vom 28.07.2021 dieselben Grundsätze auf das Versenden der Vorabinformation nach § 134 Abs. 1 GWB anwandte. Anders sieht es die Vergabekammer Südbayern, welche in einer Entscheidung aus dem Jahr 2019 noch die Auffassung vertrat, dass die Vorabinformation nach § 134 GWB nicht wirksam über eine Vergabeplattform versendet werden könne.

Die Rechtsprechung ist auf Vergabekammerebene also keineswegs eindeutig. Der öffentliche Auftraggeber ist daher gut

beraten, sich nicht kurzerhand auf die Entscheidung der Vergabekammer Saarland zu verlassen und die Vorabinformation ausschließlich über ein Vergabeportal zu versenden, um dann den Zuschlag bereits nach der verkürzten zehntägigen Wartefrist zu erteilen. Für die Praxis empfiehlt es sich, die Vorabinformation an die nicht berücksichtigten Bieter mit einem zusätzlichen elektronischen Kommunikationsmittel, etwa per Fax oder per E-Mail, parallel zur Übermittlung über die Vergabeplattform, zu versenden und die Versendung zu dokumentieren. Dies scheint vorerst, bis zu einer etwaigen höchstrichterlichen Entscheidung in dieser Sache, die sicherste Möglichkeit für einen Auftraggeber zu sein, die Zuschlagsentscheidung rechtssicher vorzubereiten und den Zuschlag zu erteilen.

II. Nutzung eines fremden Benutzerkontos ist kein Ausschlussgrund – OLG Düsseldorf

Aus Bietersicht interessant dürfte die Entscheidung des OLG Düsseldorf zur Nutzung eines fremden Benutzerkontos auf einem Vergabeportal sein. In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt schrieb der Auftraggeber eine Dienstleistung im offenen Verfahren nach den Vorgaben der VgV aus. In den Vergabeunterlagen verlangte er, dass die Bieter ihre Angebote in Textform über ein durch den Auftraggeber benanntes Vergabeportal abgeben und diese dort über ein Benutzerkonto hochladen sollten, welches auf sie registriert ist. Angebote von Bietergemeinschaften sollten nach den Vorgaben des Auftraggebers nur berücksichtigt werden, wenn diese durch einen Bevollmächtigten der Bietergemeinschaft hochgeladen werden.

Eine interessierte Bietergemeinschaft ließ ihr Angebot durch einen Bevollmächtigten auf dem Vergabeportal hochladen. Dieser nutzte zum Hochladen jedoch nicht das eigene Benutzerkonto, sondern das Konto der Muttergesellschaft. Nachdem der Auftraggeber die Bietergemeinschaft nach der Angebotswertung zunächst darüber informiert hatte, dass beabsichtigt sei ihr den



Zuschlag zu erteilen, revidierte er diese Entscheidung später und schloss das Angebot der Bietergemeinschaft mit der Begründung aus, es sei nicht form- und fristgerecht eingegangen. Der Auftraggeber begründete seine Entscheidung damit, das Angebot sei nicht – entgegen der Vorgaben in den Vergabeunterlagen – von dem Bevollmächtigten der Bietergemeinschaft hochgeladen worden und die Muttergesellschaft sei kein Mitglied der Bietergemeinschaft.

Gegen diese Entscheidung wandte sich die Bietergemeinschaft zunächst mit einer Rüge und anschließend mit einem Nachprüfungsantrag an die Vergabekammer. Gegen die ablehnende Entscheidung der Vergabekammer legte die Bietergemeinschaft schließlich eine sofortige Beschwerde vor dem OLG Düsseldorf ein.

Die sofortige Beschwerde der Bietergemeinschaft hatte Erfolg. Anders als noch die Vergabekammer, geht das OLG Düsseldorf in seinem Beschluss vom 08.07.2020 (Verg 6/20) nicht davon aus, dass die Voraussetzungen zum Ausschluss der Bietergemeinschaft nach § 57 VgV vorlagen. Insbesondere sei das Angebot nicht nach § 57 Abs. 1 Nr. 1 VgV wegen nicht form- und fristgerechten Eingangs von dem Verfahren auszuschließen. Das Gericht hielt die Tatsache, dass das Angebot nicht von dem eigenen Benutzerkonto des Bevollmächtigten übersandt wurde zwar für einen Verstoß gegen die aufgestellten Sicherheitsvorgaben des Auftraggebers, § 10 VgV; dieser Verstoß führe aber nicht automatisch zum Eingreifen eines zwingenden Ausschlussgrundes nach § 57 VgV. Die Formerfordernisse, welche § 53 VgV an die Übermittlung von Angeboten stelle, seien eingehalten.

Die Ausschlussgründe des GWB und auch der VgV hätten aufgrund ihrer Endgültigkeit einen abschließenden Charakter. Öffentlichen Auftraggebern sei es daher ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage nicht gestattet, durch zusätzliche Anforderungen an

die Übermittlung von Angeboten weitere Ausschlussgründe für Angebote zu schaffen. Eine erweiternde Auslegung der Formvorschriften des § 53 VgV bzw. § 10 VgV komme nicht in Betracht. Es verbiete sich bereits aus Wettbewerbsgründen, die Anzahl der Angebote wegen nicht gravierender Formmängel unnötig zu reduzieren.

Die Entscheidung steht zwar im Gegensatz zu einer früheren Entscheidung der Vergabekammer des Bundes, es lässt sich jedoch in der Urteilsbegründung eine Tendenz dahingehend erkennen, dass nicht gravierende formale Mängel bei der Angebotsabgabe nicht zwingend zu einem Ausschluss des Angebotes führen müssen. Insbesondere ein Abweichen von den Vergabeunterlagen ist damit wohl nicht verbunden.

Nichtsdestotrotz sollten Bieter bei der Angebotsabgabe die in den Vergabeunterlagen und der Bekanntmachung durch den Auftraggeber gemachten Formvorgaben beachten, um Konflikte über die Form des abgegebenen Angebotes zu vermeiden.

Die Nutzung der E-Vergabe wird Vergabekammern und Gerichte wohl auch künftig weiter beschäftigen. Zwar sind die gängigen Vergabeportale fortgehend bemüht die Funktionen ihrer Plattformen an die aktuelle Rechtsprechung anzupassen, um so die gesamte Abwicklung des Vergabeverfahrens möglichst rechtssicher zu gestalten, Auftraggeber und Bieter sollten sich trotzdem eigenständig über die korrekte Nutzung der E-Vergabe informieren und sich in Zweifelsfällen entsprechend beraten lassen.



VERANSTALTUNGSHINWEIS

14. VERGABERECHTSTAG – 29. OKTOBER 2021

Am 29. Oktober 2021 findet von 9.30 Uhr bis 12:30 Uhr unser 14. Vergaberechtstag als Online-Veranstaltung statt. Wir haben interessante Impulsvorträge zu einigen besonders aktuellen Themen mit anschließenden Gesprächsrunden für Sie vorbereitet.

Bitte melden Sie sich bis zum 27. Oktober 2021 online unter Veranstaltungen an. Den Link zur Teilnahme erhalten Sie zeitnah vor Beginn der Veranstaltung.

Programm

09:30 Uhr Begrüßung

09:35 Uhr Außergewöhnliche Materialpreissteigerungen bei öffentlichen Aufträgen – was tun?

Greta Brakemeier

09:55 Uhr Schadensersatzansprüche nach Aufhebung? – Aktuelle Rechtsprechung

Dr. Annette Mussinghoff-Siemens

Gesprächsrunde mit Dr. Christoph Jahn und unserem Gast Herrn Mathias Steinbild (Handwerkskammer OWL, Leiter Wirtschaftsrecht, stv. Leiter des Geschäftsbereichs Wirtschaftsförderung und Recht)

10:50 Uhr Pause

11:00 Uhr Die Eignungsprüfung – wie gelingt die Prognose?

Dr. Christoph Jahn

Gesprächsrunde mit Dr. Christoph Worms und unserem Gast Herrn Stefan Hoppe, M.Sc., DU Diederichs Projektmanagement AG & Co. KG, Kompetenzzenteroberleiter Vergabe, DVP-ZERT® Projektmanager Professional, Qualifizierter Vergabeberater IK-Bau NRW

11:50 Uhr Bieterfragen – neue Anforderungen und taktische Überlegungen

Prof. Dr. Martin Dippel

Gesprächsrunde mit Dr. Annette Mussinghoff-Siemens und unserem Gast Herrn J. Leutnant (Vergabepflichtstelle des Kreises Paderborn)

12:30 Uhr Schlusswort

Referenten

Greta Brakemeier
Rechtsanwältin

Prof. Dr. Martin Dippel
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Dr. Christoph Jahn
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Verwaltungsrecht
Fachanwalt für Vergaberecht

Dr. Annette Mussinghoff-Siemens
Rechtsanwältin und Notarin mit Amtssitz in Bielefeld
Fachanwältin für Bau- und Architektenrecht
Fachanwältin für Vergaberecht

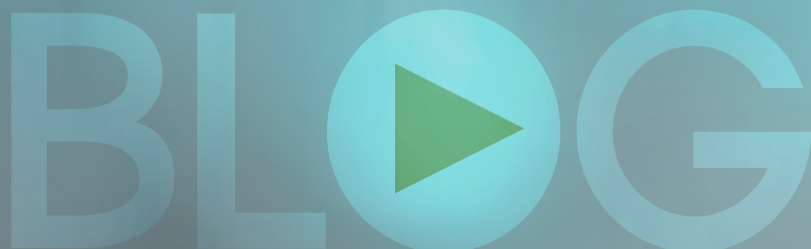
Dr. Christoph Worms
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

PODCAST

Regelmäßig veröffentlichen wir neue Beiträge auf unserer Homepage unter „News“.

BRANDI BLOG

Auf unserer Homepage bloggt BRANDI zu aktuellen und interessanten Themen.



FRAGEN AN PROF. DR. MARTIN DIPPEL

WARUM BRANDI?

Wenn man eigentlich schon „immer“ dieser Sozietät angehört hat – von meinen 32 Berufsjahren sind es 27 BRANDI-Jahre – ist diese Frage nicht ganz einfach zu beantworten. Aber ich hätte „unterwegs“ für mich längst eine andere Entscheidung getroffen, wenn ich von BRANDI nicht überzeugt wäre. Mir gefällt das Konzept einer insgesamt breit aufgestellten, mittelständisch orientierten Sozietät, die dennoch mit ihren ungefähr 100 Berufsträgern groß genug für eine ausgeprägte Spezialisierung ist. Mir gefällt auch der überörtliche Erfahrungsaustausch in unseren Kompetenzgruppen und die kollegiale örtliche und überörtliche Zusammenarbeit in zahlreichen Mandaten, in denen unterschiedliche Expertise gefragt ist – und dies alles, ohne in einer überörtlichen Anonymität zu versinken.

WAS TREIBT MICH AN?

Diese Frage lässt sich mit § 3 Abs. 1 der Bundesrechtsanwaltsordnung beantworten: „Der Rechtsanwalt ist der berufene unabhängige Berater und Vertreter in allen Rechtsangelegenheiten“. Vor allem die Unabhängigkeit reizt mich sehr. Und anders als Richter, die ja auch unabhängig sind, kann man im Laufe der Zeit auch noch selbst sein Tätigkeitsfeld abstecken. Ich habe einen meiner Schwerpunkte im Umweltrecht, dort vor allem für Industrieunternehmen, aber auch für die Öffentliche Hand. Es ist in diesem Bereich immer wieder erfreulich, ein Industrie- oder Infrastrukturprojekt durch ein komplexes Genehmigungsverfahren erfolgreich zu begleiten und dann zu sehen, wie die eigene Tätigkeit dazu beiträgt, das Projekt ans Laufen zu bringen. Solche Erfolge, die sich über die Jahre angesammelt haben, motivieren mich sehr für die weitere Tätigkeit.

AUSSER DEM JOB GIBT ES NOCH...?

... die Familie und einen großen Freundes- und Bekanntenkreis, der immer wieder schöne Begegnungen ermöglicht. Es gibt auch die sportliche Betätigung beim Laufen, heute allerdings in bescheidenerem Rahmen und mit bescheideneren Ergebnissen als während meiner Polizeidienstzeit oder im Studium – an Marathonzeiten unter drei Stunden ist lange nicht mehr zu denken. Aber der Hermannslauf von Detmold nach Bielefeld steht noch jährlich auf dem Programm. Wenn alles klappt, nehme ich in 2022 zum 40. Mal teil. Ja, und dann ist da noch das Motorradfahren, einzeln oder in der Gruppe. Schwarzwald, Elsass, frz. Westalpen, Schottland und die Dolomiten waren nur einige meiner Ziele, an denen viele Kurven und Spitzkehren zu finden sind – Schräglage!

HIGHLIGHTS AUS MEINER HEIMAT?

Ostwestfalen-Lippe ist nicht nur eine ungewöhnlich starke Wirtschaftsregion mit vielen „großen Namen“ und etlichen Hidden Champions, sondern auch eine landschaftlich und kulturell reizvolle Gegend. Die Welt verdankt uns viele Burgen und Schlösser, bedeutende kirchliche Bauten wie das Kloster Corvey, Denkmäler wie das Hermannsdenkmal oder das Kaiser-Wilhelm-Denkmal, technische Bauwerke wie das Wasserstraßenkreuz in Minden, den Altenbekener Viadukt oder die Ravensberger Spinnerei in Bielefeld, Museen wie das Heinz-Nixdorf-Forum (weltgrößtes Computermuseum) in Paderborn, das Westfälische Freilichtmuseum in Detmold oder das Designmuseum MARTa in Herford, Theater- und Konzerthallen. Neben diesen kulturellen Highlights gibt es auch – wie man hier sagt – „lecker Essen“. Regionaltypisch sind z. B. Grünkohl mit Mettwurst, Wurstebrei oder Pickert mit Leberwurst. Hauptsache Wurst. Wenn das keine Highlights sind ...



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

Rathenaustraße 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 Elyées
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
Choayang
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.