



GREEN LEGAL SOLUTIONS

Rechtsberatung für umweltorientierte Technologien
und nachhaltige Infrastruktur

Green Legal Solutions

**Rechtsberatung für umweltorientierte
Technologien und nachhaltige Infrastruktur**

Impressum

Green Legal Solutions

Rechtsberatung für umweltorientierte Technologien und nachhaltige Infrastruktur

1. Auflage

Copyright 2011 • Redaktionelle Verantwortung:

HFK RECHTSANWÄLTE LLP

Gestaltung und Satz: appelt mediaservice, Berlin

Druck: FATA MORGANA Verlag, Schwenzer & Partner GbR

Vorwort

Rechtliche Beratung ist nur dann zielführend, wenn sie die Veränderungen der Gesellschaft wahrnimmt und berücksichtigt. HFK Rechtsanwälte LLP hat sich daher entschlossen, mit dem Programm „Green Legal Solutions – Rechtsberatung für umweltorientierte Technologien und nachhaltige Infrastruktur“ die wichtigste Entwicklung der letzten Jahrzehnte konsequent und leidenschaftlich mitzugestalten.

Aus unserer täglichen Praxis wissen wir: Auf die Umwelt kommt es an! Es gibt mittlerweile nur noch wenig Sachverhalte im Bereich der Infrastruktur, die keine „grünen Aspekte“ aufweisen: Beschaffungsvorgänge, Bauvorhaben, Entwicklung neuer Technologien und Energiegewinnung sind geprägt von der Idee der Nachhaltigkeit, der Rücksichtnahme auf ökologische Belange und dem Ziel, diese mit ökonomischen und sozialen Aspekten in Einklang zu bringen.

In der vorliegenden Broschüre geben wir Ihnen einen Überblick über Themen, die uns in der Praxis beschäftigen und für die wir „Green Legal Solutions“ entwickeln. Unsere Experten berichten aus den Bereichen

- Energieeffizientes Bauen
- Mobilität und Umwelt
- Zukunftsfähige Energieerzeugung
- Grüne Produkte: Öffentliche Beschaffung und Anforderungen

„Green Legal Solutions“ wird sich – ebenso wie die Herausforderungen an den Schutz unserer Umwelt – weiterentwickeln. Wir freuen uns darauf, gemeinsam mit Ihnen Bewährtes umzusetzen und Neues zu schaffen. Lassen Sie uns diskutieren!

Dr. Thomas Mösinger, Rechtsanwalt

Dr. Jens Nusser, LL.M., Rechtsanwalt

Dr. Alexander Arndt, Rechtsanwalt

Dr. Peer Feldhahn, Rechtsanwalt

Henrik Baumann, Rechtsanwalt

Dr. Rainer Kohlhammer, Rechtsanwalt

Dr. Christina Behrendt, LL.M., Rechtsanwältin

Jonas Kollwe, Rechtsanwalt

Dr. Corinna Contag, LL.M., Rechtsanwältin

Wolfgang A. Münchow, Rechtsanwalt

Daniel G. Dullenkopf, Rechtsanwalt

Sigrid Roskosny, Rechtsanwältin

Inhalt	Seite
Vorwort	3
Abkürzungsverzeichnis	9
Energieeffizientes Bauen	13
Planen im Passivhausstandard am Beispiel eines Krankenhausneubaus	14
1. Ausgangslage und Intention des Auftraggebers	14
2. „Dealbreaker“ erkennen und vermeiden	16
2.1 Technische Besonderheiten	16
2.2 Auswahl der Projektbeteiligten	17
2.3 Gestaltung der Architekten- und Ingenieurverträge	19
3. Beratungsangebot der HFK Rechtsanwälte LLP	21
Energieeffiziente TGA – Auf dem Weg zum Smart Home	22
1. Einleitung	22
2. Rechtliche Grundlagen	22
2.1 Rolle der TGA bei der Erreichung der Klimaziele	22
2.2 Unmittelbare Anforderungen an Energieeffizienz und sonstige Umweltbelange	23
2.3 Förderung und Hemmnisse	28
2.4 Ausblick	33
3. Beratungsangebot der HFK Rechtsanwälte LLP	34
Klimaschutz im BauGB	36
1. Einleitung	36
2. Klimaschutz in der Bauleitplanung	37
2.1 Vorbereitende Planung klimarelevanter Belange (Flächennutzungsplan)	37
2.2 Rechtsverbindliche Bauleitplanung (Bebauungsplan)	40
2.3 Klimaschutz in städtebaulichen Verträgen	44
2.4 Klimaschutz bei der Stadterneuerung	45
3. Beratungsangebot der HFK Rechtsanwälte LLP	47

Mobilität und Umwelt	49
Moderne Beschaffung im öffentlichen Personennahverkehr (ÖPNV)	50
1. Ausgangslage	50
2. Einzelne Felder des Einkaufs von Leistungen im ÖPNV	50
2.1 Klassische Verkehrsinfrastrukturvorhaben	51
2.2 IT-Ausrüstung	51
2.3 Beschaffung von Fahrzeugen	52
2.4 Verkehrsdienstleistungen auf Straße und Schiene	53
2.5 Chancen für den Einkauf nach Aspekten der Umwelt und Nachhaltigkeit	54
3. Beratungsangebot der HFK Rechtsanwälte LLP	59
Kommunale Elektroflotten:	
Initialzündung für die Elektromobilität in Deutschland	60
1. Elektromobilität – eine revolutionäre Technologie	60
2. Wirtschaftliche und rechtliche Rahmenbedingungen	61
2.1 Der Maßnahmenplan der Bundesregierung	61
2.2 Kommunale Elektroflotten	61
2.3 Rechtliche Rahmenbedingungen	62
3. Beratungsangebot der HFK Rechtsanwälte LLP	65
3.1 Vergabe- und Vertragsrecht	65
3.2 Initiative Kommunale Elektroflotte	66
Erneuerung der Straßenbeleuchtung – Pflicht und Chance!	68
1. Öffentliche Beleuchtung als Aufgabe der kommunalen Daseinsvorsorge	68
2. Rechtliche Rahmenbedingungen und vertragliche Möglichkeiten	69
2.1 Regulativer Rahmen	69
2.2 Vorgaben zur Beschaffung	70
2.3 Vertragliche Organisationsmodelle	72
3. Beratungsangebot der HFK Rechtsanwälte LLP	74

Zukunftsfähige Energieerzeugung	77
Sicherung von Flächen zur Projektierung von Windparks und Biogasanlagen	78
1. Die Bedeutung der Sicherung von Grundstücken für die Projektierung	78
1.1 Flächenbedarf	78
1.2 Relevanz der Flächensicherung	79
1.3 Verschiedene Flächen und Vertragspartner	79
2. Probleme und Lösungsansätze bei der Sicherung der benötigten Flächen	81
2.1 Materiell-rechtliche Vertragsgestaltung	81
2.2 Dingliche Sicherung	86
3. Beratungsangebot der HFK Rechtsanwälte LLP	89
Vertragsrechtliche Problemstellungen bei der Errichtung von Offshore-Windparks	90
1. Einführung/Überblick	90
2. Rechtliche Würdigung	92
2.1 Rechtsnatur eines Projektvertrages zur Errichtung eines Windparks	92
2.2 Schnittstellenproblematik	93
2.3 Mangelbeseitigung	93
2.4 Back-to-Back-Verträge	94
2.5 Fertigstellungsfristen und Vertragsstrafen	95
2.6 Dispute Resolution	95
2.7 Mitwirkungspflichten des Bauherrn/Risikoverteilung	96
2.8 Gesamtwürdigung	99
3. Beratungsangebot der HFK Rechtsanwälte LLP	100

Finanzierung von Anlagen zur Erzeugung erneuerbarer Energien am Beispiel von Onshore-Windenergieparks	102
1. Einführung	102
2. Rechtliche Probleme und Gestaltungsmöglichkeiten	103
2.1 Übersicht über das Sicherheitenpaket	104
2.2 Einzelprobleme	107
3. Beratungsangebot der HFK Rechtsanwälte LLP	110
Rechtliche Rahmenbedingungen für Solardachanlagen	112
1. Einleitung	112
2. Einstufung des Vertrages als Kaufvertrag mit Montageverpflichtung oder als Werkvertrag und die Folgen hieraus	113
2.1 Abgrenzungskriterien	113
2.2 Wesentliche Unterschiede und Folgen	115
3. Beratungsangebot der HFK Rechtsanwälte LLP	120
Fallstricke im Photovoltaik-Anlagenvertrag	122
1. Aktuelle Marktentwicklungen	122
2. Abgrenzung Verantwortungsbereiche Auftraggeber-Auftragnehmer	122
2.1 Sicherstellung des Fertigstellungstermins	124
2.2 Haftung für Folgeschäden	125
2.3 Gewährleistungsfristen	126
2.4 Sicherheiten	128
2.5 Wartung/Technische Betriebsführung	129
3. Beratungsangebot der HFK Rechtsanwälte LLP	129
Annex: Besonderheiten in Bezug auf den Anlagenbauvertrag einer Biogasanlage	132
1. Die Inbetriebnahme nebst Probebetrieb der Biogasanlage	132
2. Wartung/Technische Betriebsführung	134
3. Beratungsangebot der HFK Rechtsanwälte LLP	135

Grüne Produkte: Öffentliche Beschaffung und Anforderungen	137
Buying Green: Umweltfreundliche Beschaffung der öffentlichen Hand	138
1. Buying Green	138
1.1 Was ist umweltfreundliche Beschaffung?	138
1.2 Muss Beschaffung denn umweltfreundlich sein?	139
2. Wie wird eine Beschaffung umweltfreundlich?	140
2.1 Bedarfsanalyse	141
2.2 Erstellung der Leistungsbeschreibung	142
2.3 Gestaltung der Zuschlagskriterien	144
3. Beratungsangebot der HFK Rechtsanwälte LLP	145
Umweltgerechte Gestaltung und Kennzeichnung von ITK- und CE-Produkten	146
1. Einleitung	146
2. Rechtliche Fragestellungen	146
2.1 Umweltgerechtes Produktdesign	146
2.2 Produktkennzeichnung	152
2.3 Marktüberwachung und Schnittstellen zum Zivilvertrags- und Wettbewerbsrecht	155
2.4 Ausblick	157
3. Beratungsangebot der HFK Rechtsanwälte LLP	158

Abkürzungsverzeichnis

AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
ARRL	Abfall-Rahmen-Richtlinie
BattG	Batteriegesetz
BattV	Batterie-Verordnung
BauGB	Baugesetzbuch
BerAVG	Berliner Ausschreibungs- und Vergabegesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BHKW	Blockheizkraftwerke
BImSchV	Bundes-Immissionsschutzverordnung
BMU	Bundesumweltministerium
CSTB	Komplexe Set-Top-Boxen
DGNB	Deutsche Gesellschaft für Nachhaltiges Bauen
DVO	Durchführungsverordnung
EBPG	Energiebetriebene-Produkte-Gesetz
ECHA	Europäische Chemikalienagentur
EDL-RL	Energieeffizienzdienstleistungs-Richtlinie
EEG	Erneuerbare-Energien-Gesetz
EEWärmeG	Erneuerbare-Energien-Wärme-Gesetz
EG	Europäische Gemeinschaft
ElektroG	Elektronikgerätegesetz
EMVG	Gesetz zur Vermeidung elektromagnetischer Störungen
EnEG	Energieeinspargesetz
EnEV	Energieeinsparverordnung
EnWG	Energiewirtschaftsgesetz
EPBD	Energy Performance of Buildings Directive
ErP	Energieverbrauchsrelevante Produkte
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EVK	Energieverbrauchskennzeichnung
EVB-IT	Ergänzende Vertragsbedingungen für die Beschaffung von IT-Leistungen
EVK-RL	Energieverbrauchskennzeichnungs-Richtlinie
FIDIC	International Federation of Consulting Engineers

Abkürzungsverzeichnis

FSC	Forest Stewardship Council
FTEG	Fernmelde- und Telekommunikationsendeeinrichtungsgesetz
Gebäude-RL	Gebäude-Richtlinie
GG	Grundgesetz
GPP	Umweltorientiertes öffentliches Beschaffungswesen
GPSG	Geräte- und Produktsicherheitsgesetz
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HGB	Handelsgesetzbuch
INGE	Innerstädtische Geschäftsquartiere
KrW-/AbfG	Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz
k-Wert	Wärmedurchgangskoeffizient
KWKG	Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz
KWp	Kilowatt-Peak
LCA	Life Cycle Assessment
LG	Landgericht
NZBau	Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht
Ökodesign-RL	Ökodesign-Richtlinie
OLG	Oberlandesgericht
PBefG	Personenbeförderungsgesetz
PV	Photovoltaik
RAPEX	Europäisches Schnellmeldesystem
REACH	Registration, Evaluation, Authorisation and Restriction of Chemicals
RL	Richtlinie
RoHS	Restriction of Hazardous Substances
SDLWindV	Systemdienstleistungsverordnung
SektVO	Sektorenverordnung
TGA	Technische Gebäudeausrüstung
UfAB	Unterlage für Ausschreibung und Bewertung von IT-Leistungen
UBA	Umweltbundesamt
VerpackV	Verpackungsverordnung
VgV	Vergabeverordnung
VO	Verordnung
VOB/A	Allgemeine Bestimmungen für die Vergabe von Bauleistungen
VOB/B	Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen

Abkürzungsverzeichnis

VOF	Vergabeordnung für freiberufliche Leistungen
VOL/A	Allgemeine Bestimmungen für die Vergabe von Leistungen
VOL/A-EG	Bestimmungen für die Vergabe von Leistungen im Anwendungsbereich der Richtlinie 2004/18/EG
WEEE	Waste Electrical and Electronic Equipment



Energieeffizientes Bauen

Planen im Passivhausstandard am Beispiel eines Krankenhausneubaus

Besonderheiten bei der Vergabe- und Vertragsgestaltung

1. Ausgangslage und Intention des Auftraggebers

In Zeiten vielfältiger Diskussionen um steigende Energiepreise, die Endlichkeit fossiler Brennstoffe und Möglichkeiten zur Reduktion von Schadstoffemissionen wird als entscheidender Ansatzpunkt für die Lösung dieser Probleme die Reduzierung des Energieverbrauchs gesehen. Dies stellt sich auch im Baubereich nicht anders dar, auch hier werden stets Mittel und Wege gesucht, die Energiebilanz von Gebäuden positiv zu verändern. Aktuell werden immer mehr Bauwerke im Passivhausstandard errichtet. Während vor einigen Jahren nur Einfamilienhäuser und verhältnismäßig einfache Bauwerke als Passivhaus gebaut wurden, findet hier gerade ein Wandel statt. So wurde mit dem Schiestlhaus in 2154 Metern Höhe die erste hochalpine Schutzhütte im Passivhausstandard eröffnet. Zudem wird auch bei immer mehr Neubauprojekten mit hoch anspruchsvollen Nutzungszwecken über die Errichtung in Passivhausbauweise nachgedacht. Zentraler und namensgebender Ansatzpunkt ist es dabei, den überwiegenden Teil des Wärmebedarfs eines Gebäudes aus „passiven“ Quellen, wie der Sonneneinstrahlung oder der Abwärme von Personen und technischen Geräten, zu decken. Idealziel ist es, sogar den kompletten Wärme- und auch Kühlungsbedarf eines Bauwerks ohne Inanspruchnahme primärer Energiequellen zu decken. Dabei werden verschiedene Angriffspunkte genutzt, um abweichend von der konventionellen Bauweise das energetische Potential eines Gebäudes zu optimieren. Entscheidend sind vor allem Maßnahmen, die die Wärmedämmung sowie Heizungs- und Lüftungssysteme betreffen. Die reinen Baukosten liegen bei Passivhäusern zwar noch immer leicht über denen konventionell errichteter Bauwerke, auch wenn diese Differenz durch technologische Fortschritte und eine zunehmende industrielle Standardisierung stetig kleiner wird. Betrachtet man jedoch in einer ökonomischen Gesamtbilanz die Kosten, die während der Nutzungsdauer eines Bauwerks von zumeist deutlich über 30 Jahren insgesamt anfallen, so wird man sehen, dass durch den reduzierten Primärenergieverbrauch Einsparungen nicht nur möglich, sondern angesichts rapide steigender Energiekosten sogar fast sicher zu erwarten sind. Die Zeitspanne bis zur vollständigen Amortisation der mit der

Errichtung in Passivhausbauweise verbundenen zusätzlichen Kosten hängt dabei unmittelbar von der Entwicklung der Preise für Strom und Heizung ab. Unter diesem Gesichtspunkt sind insbesondere Bauwerke, die im laufenden Betrieb einen extrem hohen Energiebedarf aufweisen, für die Errichtung nach dem Passivhausstandard prädestiniert. Da hier die Betriebskosten im Verhältnis zu den Errichtungskosten deutlich höher sind als beispielsweise bei normalen Wohnbauten, ist eine noch schnellere Amortisation zu erwarten. Ohne die erfolgreiche Realisierung von ersten vergleichbar anspruchsvollen Referenzvorhaben wird sich eine solche Technik jedoch nicht am Markt durchsetzen können. Rechtliche und technische Schwierigkeiten sowie mangelnde Erfahrungen mit dem Erfolg vergleichbarer Bauvorhaben werden noch immer häufig als Argument herangezogen, um an den konventionellen Realisierungsweisen „kleben“ zu bleiben.

Im Folgenden werden die vergabe- und vertragsrechtlichen Besonderheiten, die sich im Zusammenhang mit der Planung eines solchen Vorhabens ergeben, exemplarisch am Neubau eines Krankenhauses der Maximalversorgung skizziert.

Ausgangspunkt der Überlegungen wird es hier sein, im Ergebnis ein den Anforderungen des späteren Nutzers entsprechendes Bauwerk zu erhalten, das als Passivhaus zertifiziert ist. Bei ambitionierten und großvolumigen Vorhaben werden die wesentlichen Weichenstellungen bereits in der Phase der Projektstrukturierung und Planung vorgenommen. Nicht anders ist dies auch bei der Planung eines neuartigen Passivhausvorhabens. Werden bei der Auswahl und der vertraglichen Bindung des Projektsteuerers sowie der Gebäude- und Fachplaner Fehler gemacht, lassen sich diese regelmäßig entweder gar nicht oder nur mit übermäßigem finanziellen Aufwand beheben. Ein ganz besonderes Augenmerk ist daher im Zuge der Vertragsgestaltung auf die Festlegung der Vertragsziele und die Instrumentarien zur Sicherstellung des Erreichens der gewünschten Zertifizierung zu legen.

Ein ganz wesentliches Problem liegt dabei im Pioniercharakter solcher Vorhaben, die ein Zurückgreifen auf Erfahrungswerte und -berichte nicht erlauben. Daher ist – noch stärker als üblich – darauf zu achten, dass möglichst viele Eventualitäten bereits bei der Auswahl der Planer berücksichtigt und durchdacht werden. All dies kann dazu beitragen, auch hochambitionierte Vorhaben unter Wahrung von größtmöglicher Kostensicherheit und Erreichung der gesteckten Ziele erfolgreich zu verwirklichen.

2. „Dealbreaker“ erkennen und vermeiden

2.1 Technische Besonderheiten

Gerade bei Gebäuden mit einem sehr hohen Energiebedarf – wie etwa Krankenhäusern – ist das vorhandene Einsparpotential besonders hoch. Allerdings bedürfen die besonderen Anforderungen solcher Bauwerke einer entsprechenden Berücksichtigung. So ist bei Krankenhäusern zum einen die Medizintechnik regelmäßig sehr energieintensiv, zum anderen bestehen hier besondere – beispielsweise hygienische – Anforderungen, die die Verwirklichung der üblichen Einsparmöglichkeiten nicht oder nur teilweise zulassen. Insofern bedarf es bei der Planung einer innovativen Herangehensweise. Dafür unerlässlich sind Planer, die entsprechende Planungen entwickeln und realisieren können. Krankenhäuser zeichnen sich nicht zuletzt auch durch eine Vielzahl rechtlicher Anforderungen an deren Gestaltung als ohnehin besondere Bauwerke aus, selbst in konventioneller Bauweise sind hier absolute Spezialisten in der Planung – beispielsweise der Medizintechnik – gefragt. Kombiniert man dies mit den Anforderungen einer besonderen Bauweise wie eben dem Passivhausstandard, potenziert man damit zugleich die planerischen Besonderheiten, die es zu berücksichtigen gilt.

Ganz zentraler Punkt des Passivhausgedankens ist unter anderem die Reduzierung des Primärenergiebedarfs. Allein die typischerweise im Passivhausbau verwendeten technischen Möglichkeiten reichen hier nicht aus, um den Leistungsbedarf sehr energieintensiver Bereiche auszugleichen. Ein Ansatzpunkt zur Realisierung zusätzlicher Einsparpotentiale kann hier die Gebäudeplanung sein. Durch Optimierungen beim Flächenbedarf, die Verortung von technischen Anlagen im Bauwerk und ähnliche Ansätze können so Defizite ausgeglichen werden.

Ein weiterer Punkt sind die Zertifizierungskriterien, die – insbesondere beim Passivhausstandard – regelmäßig nicht auf besondere Bauvorhaben wie Krankenhäuser angepasst sind. Ein möglicher – unbedingt empfehlenswerter – Ansatzpunkt, um solche Probleme zu minimieren, ist die frühzeitige und enge Zusammenarbeit mit den zertifizierenden Stellen. Dazu zählt in Deutschland vor allem das Passivhausinstitut in Darmstadt (www.passiv.de). Durch eine rechtzeitige Zusammenarbeit können die genauen technischen Anforderungen an derartige Projekte frühzeitig im Dialog erörtert und präzisiert und die Planung an diesen ausgerichtet werden.

Praxishinweis: Durch die frühzeitige Einbindung der zertifizierenden Stelle lassen sich böse Überraschungen vermeiden.

2.2 Auswahl der Projektbeteiligten

Öffentliche Auftraggeber – und solche sind nicht selten die Ersten, die derart ambitionierte Vorhaben verwirklichen – sind an die Einhaltung der vergaberechtlichen Vorschriften gebunden. Bei Vorhaben in einer Größenordnung wie der eines Krankenhauses der Maximalversorgung sind die Honorarvolumina auch so hoch, dass die relevanten Planer- und Projektsteuerungsleistungen im Zuge eines europaweiten Vergabeverfahrens nach der VOF vergeben werden müssen. Diese Vergabeverfahren finden zweistufig statt. Im ersten Schritt, dem sogenannten Teilnahmewettbewerb, wird die Eignung der Bewerber geprüft und unter den grundsätzlich geeigneten Bewerbern werden diejenigen ermittelt, die für die Teilnahme an den Verhandlungen am geeignetsten erscheinen. Wesentlicher Grundsatz des europäischen und nationalen Vergaberechts ist das Transparenzgebot, das die Bekanntgabe der Auswahlkriterien und der einzureichenden Unterlagen im Vorfeld erforderlich macht. Dieser vergaberechtliche Formalismus wirft bei Leuchtturmprojekten immer wieder die Frage auf, mit welchen Eignungsnachweisen sichergestellt werden kann, dass die ausgewählten Bewerber auch tatsächlich in der Lage sind, die Leistungen wie gefordert erbringen zu können. Neben den wirtschaftlichen Kennzahlen zu Umsatz und Mitarbeitern, die eine grundsätzliche Einschätzung bezüglich der Frage ermöglichen, ob ein Bewerber bzw. eine Bewerbergemeinschaft überhaupt in der Lage ist, ein solches Projekt stemmen zu können, werden ganz regelmäßig Referenzen angefordert, um festzustellen, ob auch das für die Projektrealisierung notwendige fachtechnische know-how vorhanden ist. Das Aufstellen derartiger Referenzangaben ist jedoch bei der Realisierung eines solch innovativen Vorhabens mit großen Schwierigkeiten verbunden, da es keine vergleichbaren Projekte gibt. Es wäre daher nicht nur widersinnig, sondern vergaberechtlich sogar unzulässig, Referenzleistungen abzufragen, die von den Marktteilnehmern unmöglich geliefert werden können. Es ist jedoch – auch um den Anforderungen des Vergaberechts zu genügen – zwingend geboten, Planer zu finden, die in der Lage sind, ein entsprechendes Vorhaben auch tatsächlich realisieren zu können. Ein Ansatzpunkt für die Lösung dieses Problems kann die Aufteilung von Referenzen sein. Sollten, wie vorliegend, keine Referenzprojekte auf dem Markt verfügbar sein, die dem Vorhaben in der Form gleichen, dass sie einen großen Teil der insgesamt notwendigen Planungsleistungen abdecken, so ist zu prüfen, ob durch eine

gute Aufteilung der Referenzforderungen sichergestellt werden kann, dass die Bewerber geeignet sind. So kann der Bewerber jedenfalls den Nachweis darüber erbringen, dass er bezüglich aller notwendigen Teilaspekte der Planung über einschlägige Erfahrungen verfügt. Auch dabei ist zum einen technisch zu schauen, mit welchen Anforderungen die Einhaltung der vom Auftraggeber gesetzten Ziele gewährleistet werden kann. Zum anderen sind aber auch stets die vergaberechtlichen Zulässigkeiten im Auge zu behalten. Diese können bei einer Fehleinschätzung zu massiv negativen finanziellen und zeitlichen Auswirkungen für das Vorhaben führen. Denkbar scheint es beispielsweise, Referenzen für sonstige Bauwerke in Passivhausbauweise abzufragen, wenn dadurch sichergestellt wird, dass die jeweiligen Planer somit ein hinreichendes technisches Fachwissen vorweisen können. Gleichzeitig können Referenzen für die Planung „konventioneller“ Krankenhäuser der Maximalversorgung abgefragt werden. Die geschickte Kombination dieser Forderungen wird im Ergebnis dazu führen, dass Bewerber – bzw. bei derartigen Vorhaben regelmäßig Bergergemeinschaften – gefunden werden, die technisch in der Lage sind, solch innovative Vorhaben in allen Aspekten zu realisieren.

Praxishinweis: Die Formulierung der Eignungsprüfung enthält zahlreiche vergaberechtliche Fallstricke, die es zu umgehen gilt. Eine kompetente Beratung ist an dieser Stelle für ein erfolgreiches Projekt unausweichlich.

Darüber hinaus muss dem Auftraggeber klar sein, dass der Teilnahmewettbewerb seine einzige Chance darstellt, die Eignung seiner Bewerber zu prüfen und zu bewerten. Denn auch in Verfahren nach der VOF muss entsprechend aktueller vergaberechtlicher Entscheidungen eine Trennung zwischen Eignungs- und Zuschlagskriterien vorgenommen werden. Im Ergebnis bedeutet dies, dass der Auftraggeber bei der Bewertung der Angebote Kriterien wie „Erfahrungen des Personals bei der Planung von Passivhäusern“ oder ähnliches nicht mehr bewerten darf.

Auch der Loszuschnitt der einzelnen Planungsleistungen ist ein entscheidender Punkt widerstreitender – rechtlicher und tatsächlicher – Interessen. Zum einen hat der Auftraggeber den Mittelstandsschutz des GWB zu berücksichtigen. Danach ist eine größtmögliche Aufteilung in Fach- und Teillose geboten. Davon darf nur mit einer stichhaltigen Begründung abgewichen werden. Insofern wird eine Generalplanerbeauftragung regelmäßig unzulässig sein. Auf der anderen Seite stehen die tatsächlichen (technischen) Interessen. Gerade bei einer Technik wie der Passivhausbauweise gibt es kaum einen Planungsbereich, den man völlig losgelöst

sehen kann, ohne die gewünschte Zertifizierung zu gefährden. So können zwei unabhängig voneinander geplante, isoliert betrachtet jeweils optimierte Maßnahmen durch Probleme an der gemeinsamen Schnittstelle letztlich sogar eine negative Energiebilanz bedingen. Bei einer übermäßigen Zerstückelung oder der Herauslösung einzelner Planungsbereiche droht daher die Gefahr, dass die einzelnen Teilplanungen zwar energetisch optimiert wurden, sie in ihrer Gesamtheit aber gegenseitige Interdependenzen aufweisen, die letztlich zu einer Verschlechterung des energetischen Potentials des Bauwerks führen. Es ist also Aufgabe des Auftraggebers sowie seiner technischen und juristischen Berater, einen Loszuschnitt zu finden, der noch den Anforderungen des GWB entspricht, zum anderen aber abwägt, welche Planungsbereiche den geringsten Einfluss auf die Passivhausplanung haben. Beispielsweise kann so regelmäßig auf die Freianlagenplanung oder Ähnliches in der Form verzichtet werden, als dass diese – ohne Gefährdung des Projekterfolges – gesondert vergeben werden kann. Dabei ist im Besonderen auf die Pflicht zur Dokumentation aller relevanten Vergabeentscheidungen im sogenannten „Vergabevermerk“ zu achten, denn die beste Abwägung ist im Sinne des Rechtsschutzes wertlos, wenn diese nicht nachvollziehbar dokumentiert wurde. Zudem sind die Planer später vertraglich zu umfangreicher Kooperation, insbesondere bezüglich der Planung der Schnittstellen, zu verpflichten.

Bei all diesen Schritten ist der Auftraggeber regelmäßig auf eine enge Zusammenarbeit mit seinen technischen (regelmäßig dem Projektsteuerer) und juristischen Beratern angewiesen.

2.3 Gestaltung der Architekten- und Ingenieurverträge

Ist der bzw. sind die geeigneten Architekten und Ingenieure erst einmal gefunden, so stellt die Gestaltung der Verträge mit diesen die nächste Klippe dar, die es in einem solchen Vorhaben erfolgreich zu umschiffen gilt. Besonderes Augenmerk ist dabei auf die Vereinbarung der Projektziele, die Vergütungsregelung, insbesondere eine eventuelle Bonus-Malus-Regelung, sowie auf die Implementierung der gewünschten Zertifizierung zu legen. Dabei muss wie immer beachtet werden, dass nicht unüberlegt das Leistungsbild mit allen denkbaren Besonderen Leistungen überfrachtet wird. Im Ergebnis würde dies den Auftraggeber kaum weiterbringen, ihn finanziell aber sehr schlecht stellen.

Ziel eines jeden Auftraggebers, der sein Bauwerk in Passivhausbauweise errichten lassen möchte, ist auch die abschließende Zertifizierung des Gebäudes. Dieses Zertifikat ist unabhängig von den energetischen Gesichtspunkten auch hinsichtlich seiner Medienwirksamkeit

und positiver Einflüsse auf die Außendarstellung nicht zu unterschätzen. Daher bedarf es einer vertraglichen Regelung, die bereits den Planer in die Pflicht nimmt, dieses Ziel zu erreichen. Für den Auftraggeber mag die Zertifizierung sogar derart wichtig sein, dass ihr Nichterreichen sich für ihn nicht von einem gravierenden Mangel der Planungsleistungen unterscheidet. Der Vertrag muss diesem Umstand daher auch hinreichend Bedeutung schenken. Dabei ist zu beachten, dass sich eine fehlende Zertifizierung meist im Nachhinein nicht mehr erreichen lässt, wenn grundlegende Ansätze in der Planung falsch angegangen wurden. Etwaige Schadenersatzansprüche werden den Auftraggeber daher nur bedingt weiterbringen, wenn sein Wunsch nach Zertifizierung – aus den unterschiedlichsten Gründen – derart stark ausgeprägt ist. Der Planer wiederum wird – und dies unterscheidet ihn nicht von anderen Teilnehmern des Wirtschaftslebens – immer dann eine über das normale Maß hinausgehende Motivation zur Erreichung von Zielen haben, wenn sich dies monetär unmittelbar positiv für ihn auswirkt. Insofern bietet sich besonders die Implementierung von Bonus-Malus-Regelungen an. Durch eine solche kann man die Zertifizierung in einem gesteigerten Maße zu einem ureigenen Ziel des Planers selbst machen.

Der Tatsache, dass für besondere Bauwerke wie Krankenhäuser noch keine besonderen Zertifizierungsgrundsätze vorliegen und deshalb gegebenenfalls die Zertifizierung des Vorhabens von vornherein zu scheitern droht, gilt es auch hier diesem durch vertragliche Vorsorge und die Pflege eines engen Kontakts zur Zertifizierungsstelle zu begegnen. So können Lösungen, die zumindest eine Teilrealisierung der gesteckten Ziele gewährleisten, beispielsweise darin liegen, dass auch die Zertifizierung von Gebäudeteilen oder Ähnlichem als „kleine“ Lösung vereinbart wird. Gerade bei Bauwerken wie Krankenhäusern, die aus einzelnen Baugruppen, oftmals sogar einer Vielzahl von Gebäuden bestehen, bietet sich in aller Regel die Möglichkeit an, einzelne Bereiche zu identifizieren, die aufgrund ihrer hohen energetischen oder hygienischen Anforderungen derart konträr zum Passivhausgedanken stehen, dass eine Zertifizierung dieser Bereiche schon von vornherein unmöglich erscheint.

Ein Punkt, der üblicherweise in Planerverträgen keiner Regelung bedarf, bei einem Passivhaus jedoch virulent wird, ist die Tatsache, dass eine Zertifizierung nur ex-post, sprich nach Fertigstellung des gesamten Bauwerks, verliehen wird. Zu diesem Zeitpunkt ist der Planer jedoch schon längst nicht mehr in dem Projekt tätig. Jegliche Vergütungs- bzw. Bonus-Malus-Regelungen müssen deshalb so gestaltet werden, dass sie mit den Interessen von Auftraggeber und Auftragnehmer in ein gangbares Verhältnis gesetzt werden.

3. Beratungsangebot der HFK Rechtsanwälte LLP

Die Realisierung von hochinnovativen Vorhaben wie einem Krankenhaus in Passivhausbauweise hängt somit entscheidend von „der Planung der Planung“ ab. Nur wenn der Auftraggeber in diese genügend und intensive Vorbereitungszeit investiert, wird er in der Lage sein, seine hehren Ziele auch zu erreichen. Regelmäßig wird er dabei jedoch nicht ohne die technische und juristische Unterstützung von hochspezialisierten Beratern auskommen.

Die Innovationsgeschwindigkeit nimmt in diesem Bereich jedoch nicht ab, in einigen Jahren wird der Passivhausgedanke Standard sein, längst werden erste Null-Energiehäuser oder sogar Bauwerke mit einer insgesamt positiven Energiebilanz („Plusenergiehaus“) geplant. Schon aufgrund rein wirtschaftlicher Zwänge ist zu erwarten, dass auch die Passivhausbauweise den Sprung von kleinen, verhältnismäßig einfachen Bauwerken zu immer größeren und anspruchsvolleren Projekten schaffen wird. Für den Auftraggeber werden sich dadurch die Problempunkte jedoch nicht grundsätzlich verändern. Auch bei diesen Vorhaben gilt es, mittels kreativer Ideen technisch und juristisch Machbares in einer Art und Weise zu vereinen, die es schafft, einen echten Fortschritt darzustellen.

HFK Rechtsanwälte LLP ist in der Lage, Sie bei solch innovativen Vorhaben ganzheitlich juristisch zu begleiten und kann Ihnen dabei durch die in verschiedenen Projekten gesammelten Erfahrungen helfen, kreative und zielführende Lösungen zur Verwirklichung ihres Projekts zu finden.

Energieeffiziente TGA – Auf dem Weg zum Smart Home

1. Einleitung

Die Begriffe smart home, smart grids und smart appliances sind wie die Begriffe Passivhaus, Niedrig-Energiehaus oder Energie-Plus-Haus in aller Munde. Im Europäischen Recht finden sich diese Begriffe auch zunehmend in Rechtsvorschriften wieder, ohne jedoch definiert zu werden. So verwendet die Erneuerbare-Energien-Richtlinie die Begriffe Passiv-, Niedrigenergie- und Nullenergiehäuser, während die Gebäude-Richtlinie neuerdings die Errichtung von „Niedrigstenergiehäusern“ fordert. Diese Begriffe können durch verschiedene technische Lösungen zum Leben erweckt und umgesetzt werden; in all diesen Konzepten kommt der Gebäudetechnik entscheidende Bedeutung zu. Auch existiert eine Vielzahl von gesetzlichen Vorschriften, die auf diesen Bereich Einfluss nehmen. Von einem einheitlichen Rechtsrahmen kann jedoch (noch) nicht gesprochen werden. Im Folgenden soll ein Überblick über die bestehenden Rechtsgrundlagen mit Bezug auf Produkte und Systeme der technischen Gebäudeausstattung gegeben werden.

2. Rechtliche Grundlagen

2.1 Rolle der TGA bei der Erreichung der Klimaziele

Die Preise für fossile Energieträger sind in den letzten 20 Jahren massiv gestiegen. Aufgrund ihrer Endlichkeit und ihrer nachteiligen Umweltbilanz dürfte auch bei vorsichtiger Einschätzung ein weiterer Preisanstieg für Energie aus diesen Energiequellen in den nächsten Jahrzehnten bevorstehen. Insofern ist nicht nur vor dem klimapolitischen Hintergrund, sondern insbesondere auch zur Förderung der Ziele des Erreichens von Versorgungssicherheit und der Steigerung der Wettbewerbsfähigkeit der deutschen Wirtschaft der Ausbau Erneuerbarer Energien voranzutreiben sowie die Einsparung von Energie zu fördern. Verstärkt wird dieses Erfordernis durch die „Atomkatastrophe“ im Frühjahr 2011 in Japan, die – zumindest in Deutschland – einen beschleunigten Ausstieg aus der atomaren Energieerzeugung zur Folge haben wird.

Die Staats- und Regierungschefs der Mitgliedstaaten der EU haben als Ausdruck dieses

politischen Konsenses auf ihrem Frühjahrsgipfel im Jahr 2007 den sogenannten „3x20 bis 2020 Beschluss“ gefasst. Danach geht die EU die „Verpflichtung“ ein, die CO₂ Emissionen bis 2020 um mindestens 20% gegenüber 1990 zu reduzieren. Um dieses Ziel zu erreichen, soll der Anteil an erneuerbaren Energien bis 2020 auf 20% am Gesamtenergiebedarf ausgebaut werden; schließlich soll durch eine Steigerung der Energieeffizienz der Gesamtprimärenergieverbrauch bis 2020 um 20% unter dem für 2020 prognostizierten Energieverbrauch bleiben. Ein entscheidender Anteil am Gesamtenergieverbrauch in Deutschland kommt dem Gebäudesektor zu. Rund 30% der Primärenergie wird in diesem Bereich verbraucht. Während im Industriebereich, gerade bei energieintensiven Industrien bereits aufgrund des hohen Kostendrucks vielfach höchsteffiziente Anlagentechnik zum Einsatz kommt, ist dies im Bereich von Wohn- und Verwaltungsgebäuden oft noch nicht der Fall; insofern besteht hier ein besonders hohes Einsparpotential. Als Bausteine eines nachhaltigen Energie- und Klimakonzepts in Bezug auf die Errichtung und Nutzung von Gebäuden ist dabei, neben den Anforderungen an die Gebäudehülle und deren Dämmung, insbesondere der Einsatz energieeffizienter Gebäudeausstattung bzw. eines energieeffizienten Gebäudesystems von Belang.

2.2 Unmittelbare Anforderungen an Energieeffizienz und sonstige Umweltbelange

Das größte Potential für mehr Energieeffizienz im Gebäudebereich liegt beim Heizen und bei der Warmwasserversorgung. Fast 90% des Energieverbrauchs eines privaten Haushalts werden in Deutschland – abgesehen von Benzin und Diesel für Fahrzeuge – für diese Bereiche verwendet (Quelle: BMU, Juli 2009). Den deutlich überwiegenden Teil macht mit rund 75% des Energieverbrauchs die Raumwärme aus, von der bisher ein Großteil durch schlecht oder gar nicht gedämmte Wände, Fenster, Dächer, Türen oder den Fußboden verloren geht. Hinzu kommen ineffiziente, veraltete und überdimensionierte Heizungssysteme sowie ein oftmals geradezu verschwenderisches Nutzerverhalten, weswegen einige Regelungen des Energieeffizienzrechts auch auf eine bessere Information des Verbrauchers abzielen. Die restlichen 25% des Energieverbrauchs in einem privaten Haushalt fallen zu etwa gleichen Teilen auf die Warmwasserversorgung und den Einsatz von Elektrogeräten, inklusive der Beleuchtung. Anzumerken ist jedoch, dass diese Zahlen den Gebäudebestand im Auge haben. Im Neubaubereich kommt dem Wärme- und Kältebedarf nicht mehr eine solch gewichtige Bedeutung zu; gerade bei Neubauten mit hohem energetischen Standard rückt vielmehr die dezentrale Energieerzeugung auch in Form von Strom in den Vordergrund.

Unmittelbare Anforderungen an die Energieeffizienz von TGA, die Endnutzerinformation sowie den Einsatz Erneuerbarer Energien werden durch die Ökodesign-Richtlinie und die Energieverbrauchskennzeichnungs-Richtlinie (vgl. 2.2.1 und 2.2.2.), die Gebäude-Richtlinie bzw. deren nationale Umsetzung durch die Energieeinsparverordnung (EnEV), vgl. unter Ziffer 2.2.3 und 2.2.4. sowie die 1. BImSchV, vgl. unter Ziffer 2.2.5, festgelegt.

2.2.1 Ökodesign-Richtlinie 2009/125/EU

Während die Gebäude-Richtlinie zum Ziel hat, den Gesamtenergieverbrauch eines Gebäudes zu reduzieren, setzt die Ökodesign-Richtlinie 2009/125/EG bei der Energieeffizienz einzelner Produkte, u. a. Produkten der technischen Gebäudeausstattung an. Die Ökodesign-Richtlinie wird durch das Gesetz über die umweltgerechte Gestaltung energiebetriebener Produkte (EBPG) in deutsches Recht umgesetzt. Konkrete Anforderungen an das Ökodesign bzw. die Energieeffizienz enthalten weder die Ökodesign-RL noch das EBPG; in diesen Vorschriften ist vielmehr lediglich der Rechtsrahmen geregelt, innerhalb dessen sich die Marktteilnehmer und Überwachungsbehörden bewegen. Zur Konkretisierung dieser Vorschriften erlässt die Europäische Kommission im Wege des Komitologieverfahrens Durchführungsmaßnahmen für einzelne Produktgruppen, zumeist im Wege Europäischer Verordnungen nach Art. 288 Abs. 2 AEUV. Produktgruppen, die zur technischen Gebäudeausstattung zählen und für die Durchführungsverordnungen bestehen bzw. vorbereitet werden, sind:

- Heizung und Warmwasserbereiter;
- Bürobeleuchtung;
- Klima- und Lüftungstechnik im Haushalt;
- Klima- und Lüftungsanlagen;
- Heizungsumwälzpumpen;
- Kleine Feuerungsanlagen für feste Brennstoffe;
- Warmluft-Zentralheizungen (ohne KWK).

Durchführungsverordnungen, die bindende Energieeffizienzanforderungen enthalten, bestehen bislang für die Produktgruppen „Bürobeleuchtung“ (VO 245/2009/EG), Heizungsumwälzpumpen (VO 641/2009/EG) und Ventilatoren (VO 327/2011/EG). Für die unter Energieeffizienzgesichtspunkten besonders relevante Produktgruppe „Heizungsanlagen“ hat die Kommission im März 2011 einen Verordnungsentwurf vorgelegt, mit dessen Erlass bis Ende 2011 zu rechnen ist. Für diese Produktgruppe besteht ein besonders hohes Einsparpotential.

Nach Berechnungen des Umweltbundesamtes (UBA) ließen sich bis zum Jahr 2020 die Treibhausgas-Emissionen von Heizungsanlagen und Warmwasserbereitern in der EU in Höhe von 38% gegenüber 2005 reduzieren, was 325 Millionen Tonnen Kohlendioxid entspricht. Allein diese Maßnahmen würden so die gesamten Treibhausgas-Emissionen in der EU um fünf Prozent reduzieren. Verbraucherinnen und Verbraucher mussten in der EU-27 im Jahr 2005 etwa 200 Milliarden Euro für Wärme ausgeben; die geplanten Maßnahmen würden unter Berücksichtigung des prognostizierten Preisanstiegs für Energie bei ca. 44 Milliarden Euro Ersparnis liegen (Quelle: UBA, „Umweltgerechte Gestaltung energiebetriebener Produkte“, 21/2009).

Die in den Durchführungsverordnungen festgesetzten Energieeffizienzanforderungen sind primär vom Hersteller im Sinne des tatsächlichen Produzenten der Geräte zu erfüllen, nachrangig vom Importeur bzw. vom Bevollmächtigten des Herstellers. Hinsichtlich der wesentlichen Rechtspflichten und der Möglichkeiten zur Marktüberwachung unter dem Regelungsregime der Ökodesign-Richtlinie wird auf den Beitrag „Umweltgerechte Gestaltung und Kennzeichnung von ITK- und CE-Produkten“ verwiesen. Weitere Ausführungen zur Ökodesign-Richtlinie finden sich in der HFK-Broschüre Green Building/Nachhaltiges Bauen.

2.2.2 Energieverbrauchskennzeichnungs-Richtlinie 2010/30/EU

Die Festsetzung von Mindestanforderungen an die Energieeffizienz mittels Durchführungsverordnungen zur Ökodesign-Richtlinie wird durch die im Juni 2010 neu gefasste Energieverbrauchskennzeichnungs-Richtlinie (EVK-RL) flankiert. Gleichzeitig mit dem Entwurf der Durchführungsverordnung zur Energieeffizienz für Heizungsanlagen, insbesondere Heizkessel, hat die Kommission im März 2011 auch einen Verordnungsentwurf für die Energieverbrauchskennzeichnung der Produkte dieser Produktgruppe vorgelegt. Definiert werden die Verbrauchsklassen „G“ bis „A+++“. Die Kennzeichnung soll für Geräte in haushaltsüblicher Größe – d. h. bis zu kleinen Mehrfamilienhäusern – verpflichtend sein. Hierdurch sollen Kaufentscheidungen von Verbrauchern, aufgrund besserer Informationsbasis, hin zur Anschaffung besonders effizienter Geräte gesteuert werden, ein Ansatz, der insbesondere im Bereich der weißen Ware in den letzten 20 Jahren höchst erfolgreich war.

2.2.3 EU-Gebäude-Richtlinie und EnEV

Die Gesamtenergieeffizienz von Gebäuden wird durch die Gebäude-Richtlinie (EPBD =

Energy Performance of Buildings Directive) in einen rechtlichen Rahmen gegossen. Die EPBD wurde am 19. Mai 2010 (2010/31/EU) neu gefasst. Sie wird auf nationaler Ebene durch das Energieeinspargesetz (EnEG) und die Energieeinsparverordnung (EnEV) umgesetzt. In ihrer aktuellen Version gilt die EnEV noch als EnEV 2009, bis Mitte 2012 ist jedoch die Umsetzung der Richtlinie durch die EnEV 2012 geplant. Neben Anforderungen an zu errichtende Gebäude und die Änderung, Erweiterung und den Ausbau von Bestandsgebäuden setzt § 10 EnEV 2009 Anforderungen an die Nachrüstung bestehender Gebäude und Anlagen der Heizungs-, Kühl- und Raumluftechnik fest.

Diese Nachrüstungspflichten treffen den jeweiligen Eigentümer des Gebäudes. Nach § 10 Abs. 1 EnEV dürfen z. B. Heizkessel, die mit flüssigen oder gasförmigen Brennstoffen beschickt werden und vor dem 01.10.1978 eingebaut oder aufgestellt worden sind, nicht mehr betrieben werden, falls es sich nicht um Niedertemperatur-Heizkessel oder Brennwertkessel oder heizungstechnische Anlagen handelt, deren Nennleistung weniger als vier Kilowatt oder mehr als 400 Kilowatt beträgt; weitere Ausnahmen ergeben sich aus § 10 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. § 13 Abs. 3 Nr. 2 bis 4 EnEV. Der Eigentümer wird durch dieses gesetzliche Verbot faktisch dazu gezwungen, andere heizungstechnische Anlagen zu betreiben. Ob die Anforderungen des § 10 Abs. 1 EnEV vom Eigentümer befolgt wurden, wird nach § 26b EnEV durch den Bezirksschornsteinfegermeister als Beliehenen im Rahmen der Feuerstättenschau überprüft. Bei Nichterfüllung weist er den Eigentümer schriftlich auf diese Pflichten hin und setzt eine angemessene Pflicht zur Nacherfüllung. Werden die Pflichten auch dann nicht innerhalb der gesetzten Frist erfüllt, unterrichtet er die nach jeweiligem Landesrecht zuständige Behörde, die ihrerseits im Wege der Verwaltungsvollstreckung die Pflicht durchsetzen kann. So sinnvoll sich dieses Konzept aufgrund der möglichen flächendeckenden Kontrollen durch die Bezirksschornsteinfegermeister präsentiert, so wenig wird es in der Praxis allerdings gelebt.

Darüber hinaus ist durch die Bestimmung des § 10a EnEV die stufenweise Außerbetriebnahme von Nachtstromspeicherheizungen vorgesehen. In Wohngebäuden mit mehr als fünf Wohneinheiten dürfen Eigentümer elektrische Speicherheizsysteme, wenn die Raumwärme in den Gebäuden ausschließlich durch diese Systeme erzeugt wird, nach folgender zeitlicher Staffelung nicht mehr betreiben:

- Vor dem 01.01.1990 eingebaute oder aufgestellte elektrische Speicherheizsysteme dürfen nach dem 31.12.2019 nicht mehr betrieben werden.

-
- Nach dem 31.12.1989 eingebaute oder aufgestellte Speicherheizsysteme dürfen 30 Jahre nach Einbau oder Aufstellung nicht mehr betrieben werden.
 - Wurden die elektrischen Speicherheizsysteme nach dem 31.12.1989 in wesentlichen Bauteilen erneuert, dürfen sie nach Ablauf von 30 Jahren nach der Erneuerung nicht mehr betrieben werden.

Die Erarbeitung der EnEV 2012 wird von TGA-Herstellern einerseits mit großer Hoffnung, andererseits auch mit einer gewissen Skepsis verfolgt. Denn bislang lag der Schwerpunkt der Regelungen der EnEV auf der Dämmung der Gebäudehülle, nicht jedoch auf der Modernisierung ineffizienter Anlagentechnik; der Verordnungsgeber scheut sich hier – auch aus verfassungsrechtlichen Gründen –, die Gebäudeeigentümer mit kostspieligen Pflichten zur Anschaffung effizienter Heizungssysteme zu belasten. Andererseits dürften weitere Verschärfungen an die Dämmung alsbald ihren Grenznutzen erreichen, zumal sich in jüngster Zeit die Fälle massiv häufen, in denen sanierte Gebäude aufgrund unzureichender Lüftung bzw. fehlender Lüftungssysteme mit verstärktem Schimmelbefall zu kämpfen haben.

2.2.4 Schnittstellen zwischen Ökodesign- und Gebäuderichtlinie

Die Regulierung der Energieeffizienz von Produkten der technischen Gebäudeausstattung ist in der Praxis alles andere als einfach. Zunächst besteht das Problem, dass viele dieser Produkte in Gebäuden miteinander kombiniert werden und daher teilweise sinnvoll nur als System betrachtet werden könnten, was die Handhabbarkeit und Durchsetzbarkeit der einzelnen Regelungen jedoch deutlich verkomplizieren würde. So kommt es unweigerlich zu Überschneidungen innerhalb der einzelnen Produktgruppen, die von der Kommission beim Erlass von Durchführungsmaßnahmen soweit wie möglich zu berücksichtigen sind.

Darüber hinaus bereitet die Abstimmung der einzelnen Durchführungsmaßnahmen mit den Regelungen der Gebäude-RL bzw. dem EnEG und der EnEV auf nationaler Ebene Schwierigkeiten. Denn während sich die novellierte Gebäude-RL 2010/31/EG an der Systemoptimierung des gesamten Gebäudes bzgl. seiner Energieeffizienz orientiert, setzt die Ökodesign-RL 2009/125/EG bei einzelnen „Produkten“ der Gebäudetechnik an. Wesentliche Problempunkte hinsichtlich des Zusammenspiels beider Regelungsbereiche sind:

- Möglichkeit der Vereinheitlichung der zugrunde liegenden technischen Normen und Berechnungsverfahren bei den verschiedenen Produktgruppen der Ökodesign-RL und der

Gebäude-RL;

- Unterschiedliche methodische Vorgehensweise bei den einzelnen Produktgruppen innerhalb der Ökodesign-RL;
- Auswirkungen und Umsetzung der Richtlinien auf den Verbraucher und die Frage, wer für die Gebäudesystemoptimierung letztlich wie verantwortlich sein sollte;
- Zeitliche Abstimmung der Anforderungen aus den unterschiedlichen Regelwerken;
- Das Verhältnis zur Bauprodukten-Verordnung sowie zur Produktsicherheits-Richtlinie, das weitgehend ungeklärt ist.

2.2.5 Verordnung über kleine und mittlere Feuerungsanlagen (1. BImSchV)

Die novellierte 1. BImSchV ist am 22.03.2010 in Kraft getreten. Unter ihren Anwendungsbereich fallen ca. 30 Millionen Feuerungsanlagen deutschlandweit; ihr kommt damit weitreichende Bedeutung zu. Die 1. BImSchV sieht anspruchsvolle Emissionsgrenzwerte für Feinstaub vor. Kleine und mittlere Feuerungsanlagen, die nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz keiner Genehmigungspflicht unterliegen, sollen so an den Stand der Technik angeglichen werden. Die festgesetzten Grenzwerte können von neuen Feuerungsanlagen, die üblicherweise im häuslichen Bereich eingesetzt werden, wie Heizungen bzw. Heizkessel, Kaminöfen oder Kachelofeneinsätzen regelmäßig auch ohne Staubfilter erreicht werden. Die Festlegung von fortschrittlichen Emissionsgrenzwerten für Kohlenmonoxid führt zum Einsatz verbesserter Verbrennungstechniken, die im Ergebnis zudem die Geruchsbelästigungen in der jeweiligen Nachbarschaft reduzieren. Auch für bestehende Anlagen werden in den §§ 25 ff. Grenzwerte festgelegt. Sofern für diese Anlagen mit Hilfe einer Herstellerbescheinigung oder durch eine Vor-Ort-Messung die Einhaltung der Grenzwerte nachgewiesen werden kann, ist ein zeitlich unbegrenzter Betrieb möglich. Erst wenn dies nicht möglich ist, kommt zwischen den Jahren 2014 und 2024 ein nach Alter der Anlagen zeitlich abgestuftes Sanierungsprogramm zum Tragen.

2.3 Förderung und Hemmnisse

Neben den unter Ziffer 2.2 beschriebenen unmittelbaren Anforderungen, insbesondere an die Energieeffizienz von TGA, bestehen weitere Vorschriften, die den Einsatz effizienter TGA fördern (vgl. unter 2.3.1); allerdings bestehen auch rechtliche Hemmnisse, aufgrund derer die erforderliche energetische Sanierung noch nicht die Dynamik besitzt, die erforderlich ist, damit die Bundesregierung ihre eigenen ambitionierten Klimaschutzziele erreichen kann.

2.3.1 Gesetzliche Förderungssysteme

Moderne dezentrale Energieversorgung verlangt den Einsatz effizienter Anlagentechnik. Aufgrund der vorhandenen vielfältigen finanziellen Förderung ist der Einsatz erneuerbarer Energieträger bzw. die Strom- und Wärmeerzeugung mittels Kraft-Wärme-Kopplung (KWK) von besonderem Interesse.

2.3.1.1 Rahmen für den Einsatz Erneuerbarer Energien im Gebäudebereich

Das Erneuerbare-Energien-Wärme-Gesetz (EEWärmeG) sieht in § 3 vor, dass Eigentümer von Gebäuden, die neu errichtet werden, deren Wärmeenergiebedarf durch die anteilige Nutzung von Erneuerbaren Energien zu decken haben. Diese Pflicht wurde durch das im Mai 2011 in Kraft getretene EEWärmeG 2011 auf Bestandsgebäude der öffentlichen Hand ausgedehnt, vgl. § 3 Abs. 2 EEWärmeG. Die Höhe des prozentualen Anteils variiert gemäß § 5 EEWärmeG je nach Energieträger. Erfüllt werden kann die Pflicht nach § 3 EEWärmeG auch durch sogenannte Ersatzmaßnahmen, die in § 7 EEWärmeG normiert sind. So gilt § 3 EEWärmeG z. B. auch dann als erfüllt, wenn der Verpflichtete Maßnahmen zur Einsparung von Energie trifft, durch die bei der Errichtung des Gebäudes der jeweilige Höchstwert des Jahres-Primärenergiebedarfs und die für das Gebäude zu erfüllenden Anforderungen an die Wärmedämmung der Gebäudehülle nach der EnEV in der jeweils geltenden Fassung um mindestens 15% unterschritten wird. Auch die Deckung des Wärmeenergiebedarfs zu mindestens 50%, unmittelbar aus Kraft-Wärme-Kopplungs-Anlagen ist als Ersatzmaßnahme ausreichend. Manche Länder, z. B. Baden-Württemberg, haben bereits eigene Wärmegesetze erlassen, welche die durch Bundesrecht gesetzten Anforderungen verschärfen und teilweise auch auf den Gebäudebestand ausdehnen.

Flankiert wird diese ordnungsrechtliche Verpflichtung durch verschiedene Rechtsvorschriften, die finanzielle Anreize für den Einsatz von Energie aus Erneuerbaren Energiequellen setzen. Die wichtigste Rolle spielen hierbei das Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG) und das Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz (KWKG). Beide Gesetze stärken die Wirtschaftlichkeit der klimaschonenden Energieversorgung im Objekt, die ihrerseits wiederum nur mittels moderner Anlagentechnik umgesetzt werden kann. KWK-Anlagen, im Gebäudebereich kleine und kleinste Blockheizkraftwerke (BHKW) sind klimaschonend, weil bei der gekoppelten Erzeugung von Strom und Wärme die eingesetzte Primärenergie wesentlich effizienter genutzt und damit im Ergebnis CO₂ eingespart werden kann. Allerdings sind regenerative

Erzeugungsformen von Strom und Wärme für sich genommen häufig noch nicht wirtschaftlich. Deshalb fördert der Gesetzgeber im EEG und KWKG entsprechende Anlagen durch Zuschläge und Vergütungen für die Stromeinspeisung. Der Gesetzgeber regelt hierfür in § 4 Abs. 1 KWKG eine generelle Anschlusspflicht der Netzbetreiber, die KWK-Anlagen an ihr Netz anzuschließen und den in diesen Anlagen erzeugten Strom vorrangig abzunehmen haben; vergleichbare Verpflichtungen enthalten die §§ 5, 8 EEG, wobei die Höhe der Vergütung nach dem EEG brennstoffabhängig und nicht wie im KWKG technikabhängig ist.

Aufgrund der höheren Stromeinspeisetarife nach dem Erneuerbaren-Energien-Gesetz (EEG) sind mit nachwachsenden Rohstoffen betriebene BHKW regelmäßig stromgeführt, da es in diesen Fällen sehr häufig gewinnbringender ist, ein Maximum an Elektrizität zu produzieren. Solcher KWK-Strom, der nach dem EEG vergütet wird, fällt nicht unter den Anwendungsbereich des KWKG, womit eine Doppelvergütung ausgeschlossen wird.

2.3.1.2 Smart Metering

Smart Metering wird als Oberbegriff für Effizienzsteigerungen und Energieeinsparungen mittels digitaler Stromzähler und dadurch ermöglichter Energiedienstleistungen verwendet. Der Smart Meter (intelligente Zähler) ist eine kommunikationsfähige elektronische Messeinrichtung, die es dem Verbraucher grundsätzlich ermöglicht, zeitnah Informationen darüber zu erhalten, wann er wie viel Energie verbraucht. Smart Meter gibt es dabei für unterschiedliche Energieträger, etwa Strom, Erdgas oder Fernwärme, aber auch für andere Ressourcen wie etwa Wasser. Zusätzlich können Smart Meter mit technischen Funktionen ausgestattet sein, die dem Verbraucher helfen, seinen Energieverbrauch zu analysieren, gezielt Energie zu sparen oder seinen Energieverbrauch auf Zeiträume zu verlagern, in denen Energie günstig ist, was jedoch entsprechende Angebote von Energiedienstleistern voraussetzt; zudem können sie automatisch Geräte oder Anlage, soweit diese ebenfalls entsprechend ausgerüstet sind – smart appliances -, einschalten bzw. abschalten. Solche fortschrittlichen Technologien könnten in Zukunft u.a. dazu beitragen, Spitzenlasten zu verlagern oder effizienter verfügbare Energie aus erneuerbaren Energiequellen abzunehmen.

Die Energieeffizienzdienstleistungs-Richtlinie (EDL-RL) 2006/32/EG fordert in Art. 13 Abs. 1 EDL-RL, dass die Mitgliedstaaten sicherzustellen haben, dass alle Endkunden Zähler erhalten, die den tatsächlichen Energieverbrauch und die tatsächliche Nutzungszeit des Endkunden widerspiegeln. Diese Verpflichtung, die unter dem Vorbehalt technischer Machbarkeit und

finanzieller Vertretbarkeit steht, schreibt grundsätzlich die flächendeckende Einführung von Smart Metering vor. Allerdings muss der Einsatz intelligenter Zähler im Vergleich zu den potentiellen Energieeinsparungen angemessen sein, was Raum für vielfältige Argumentationsansätze lässt. Dies gilt jedoch nach Art. 13 Abs. 1 Satz 3 EDL-RL nicht für Zähler die in neue oder umfangreich renovierte Gebäude eingebaut werden. Hier haben die Mitgliedstaaten zwingend sicherzustellen, dass Smart Meter installiert werden. Art. 13 Abs. 2 EDL-RL enthält des Weiteren Vorgaben hinsichtlich der Art und Häufigkeit der Abrechnungen, während schließlich die Mitgliedstaaten nach Abs. 3 sicherzustellen haben, dass den Endkunden in oder zusammen mit den Abrechnungen oder Verträgen umfangreiche Informationen auf klare und verständliche Weise zur Verfügung gestellt werden.

Die Vorgaben des Art. 13 EDL-RL wurden mit Novellierung des Energiewirtschaftsgesetzes (EnWG) im Jahre 2008 – zumindest teilweise – in deutsches Recht umgesetzt. Gemäß § 21b Abs. 3a EnWG sind Messstellenbetreiber seit dem 01.01.2010 zum Einbau von Messeinrichtungen, die dem jeweiligen Anschlussnutzer den tatsächlichen Energieverbrauch und die tatsächliche Nutzungszeit widerspiegeln, in Neubauten und in Gebäuden, in denen große Renovierungen durchgeführt wurden, verpflichtet. Ebenfalls seit dem 01.01.2010 haben Messstellenbetreiber nach § 21b Abs. 3b EnWG bei bestehenden Messeinrichtungen, neue Messeinrichtungen, die über diese technischen Eigenschaften verfügen, anzubieten, was bedeutet, dass seitens der Messstellenbetreiber Smart Meter zum Austausch bestehender Zähler vorgehalten werden müssten. Beide Regelungen stehen jedoch ausdrücklich unter dem Vorbehalt der technischen Machbarkeit und wirtschaftlichen Zumutbarkeit, was hinsichtlich der Umsetzung der in Art. 13 Abs. 1 Satz 3 EDL-RL enthaltenen Pflicht, Neubauten und umfänglich renovierten Gebäuden mit intelligenten Zählern auszustatten Bedenken dahingehend auslöst, ob die Regelung des § 21b Abs. 3a EnWG gegen Gemeinschaftsrecht verstößt.

Daneben ist die Öffnung des Zähl- und Messwesens durch das Gesetz zur Öffnung des Messwesens bei Strom und Gas für Wettbewerb und die Messzugangsverordnung ein wichtiger Baustein für das Ziel eines flächendeckenden Einsatzes von Smart Metering. In Bezug auf Strom- und Gasrechnungen sowie die Tarifgestaltung ist schließlich § 40 EnWG von Bedeutung, wonach Energieversorgungsunternehmen spätestens zum 30.12.2010, soweit dies technisch machbar und wirtschaftlich zumutbar ist, einen lastvariablen, tageszeitabhängigen oder einen sonstigen Stromtarif anbieten mussten, der einen Anreiz zu Energieeinsparung oder Steuerung des Energieverbrauchs setzt.

2.3.2 Hemmnisse

Das größte Einsparpotential im Gebäudebereich besteht im Bestand und hier insbesondere in der Modernisierung bzw. dem Austausch ineffizienter Anlagentechnik. Die Förderung freiwilliger energetischer Sanierungen ist daher erklärtes Ziel der Bundesregierung und wird durch eine Vielzahl finanzieller Anreizprogramme, etwa Krediten der KfW-Bank unterstützt.

2.3.2.1 Eigentumseingriff bei Maßnahmen im Bestand

Sobald der Gesetzgeber jedoch im Wege des Ordnungsrechts, Eigentümer bestehender Gebäude verpflichtet, Erneuerungs- und Sanierungsmaßnahmen durchzuführen, handelt es sich um einen Eingriff in eine grundrechtlich geschützte Eigentumsposition. Damit ein solcher Grundrechtseingriff verfassungsgemäß ist, muss er gerechtfertigt sein. Aus diesem Grund hat die Bundesregierung bei Erarbeitung der EnEV 2007 und 2009 stets betont, dass die Aufwendungen zur Umsetzung von Maßnahmen im Bestand durch die eintretenden Einsparungen innerhalb angemessener Fristen erwirtschaftet werden können müssen, vgl. auch § 4 Abs. 3 Satz 2 EnEG. Leicht abweichend hiervon regelt § 5 Abs. 1 Satz 1 EnEG, dass Anforderungen der EnEV nach dem Stand der Technik erfüllbar und für Gebäude gleicher Art und Nutzung wirtschaftlich vertretbar sein müssen. Nach Satz 2 gelten Anforderungen als wirtschaftlich vertretbar, wenn generell die erforderlichen Aufwendungen innerhalb der üblichen Nutzungsdauer durch die eintretenden Einsparungen erwirtschaftet werden können. Bei bestehenden Gebäuden ist die noch zu erwartende Nutzungsdauer zu berücksichtigen. Kriterien, wie die angemessenen Frist bzw. die noch zu erwartende Nutzungsdauer und die darauf aufbauende Wirtschaftlichkeitsbetrachtung zu konkretisieren sind, enthalten EnEG und EnEV jedoch nicht. So bleibt beispielsweise offen, ob Kapitalkosten für ein aufgenommenes Darlehen in die Wirtschaftlichkeitsbetrachtung einfließen oder ob zukünftig zu erwartende Preisentwicklung verschiedener Energieträger zu berücksichtigen ist. Eine gerichtliche Klärung dieser Fragen steht noch aus.

2.3.2.2 Mietrecht als Hemmnis energetischer Sanierungen

Das deutsche Mietrecht ist ein über Jahrzehnte gewachsene relativ statische Regelungsmaterie. Politik und Gerichte vertreten seit jeher Positionen, die primär die sozialen Belange der Mieter in den Blick nehmen. Dem gegenüber steht ein sich extrem dynamisch entwickelndes gebäudebezogener Energierecht mit ökologischem Fokus. Zwischen den beiden

Regelungsmaterien klafft inzwischen eine solch große Lücke, dass die Bundesregierung aktuell die drängendsten Probleme im Rahmen einer Mietrechtsnovelle in Angriff genommen hat; mit welchem Ergebnis wird sich im Laufe des Jahres 2011, spätestens 2012 noch zeigen. Ob es tatsächlich zu substantiellen Veränderungen hin zu einem ökologischen Mietrecht kommt, muss bereits aus rein politischen Gründen bezweifelt werden. Im Ergebnis vermindern insbesondere drei Problempunkte die Bereitschaft, von privaten wie institutionellen Vermietern, energetische Sanierungen des Wohnungsbestands entschlossener voranzutreiben. Bremsend wirken vor allem unausgewogene Regelungen zu den Duldungspflichten bei Modernisierungsmaßnahmen, die Möglichkeit der Mieter während der Sanierungsarbeiten die Miete zu mindern und die teilweise ungenügende Möglichkeit des Vermieters die Mieter nach erfolgter energetischer Sanierung an deren Kosten angemessen zu beteiligen. Nach § 554 Abs. 2 BGB muss der Mieter etwa eine energetische Sanierung dann nicht dulden, wenn die Maßnahme für ihn eine Härte bedeuten würde, die auch unter Würdigung der berechtigten Interessen des Vermieters nicht zu rechtfertigen ist. Beim letztgenannten Punkt sind vor allem auch die zu erwartenden Mieterhöhungen zu berücksichtigen. Nach erfolgreicher Sanierung ist der Vermieter darauf angewiesen, die Investitionskosten auf den Mieter umzulegen, hat hierfür jedoch nur eingeschränkte Möglichkeiten. Einerseits unterliegen allgemeinen Mieterhöhungen nach § 558 BGB einer Kappungsgrenze von 20 % binnen drei Jahren und der Beschränkung durch die ortsübliche Vergleichsmiete. Andererseits ist die Modernisierungumlage nach § 559 BGB auf eine Erhöhung der jährlichen Miete um 11 % der aufgewendeten Sanierungskosten beschränkt und wird zudem innerhalb weniger Jahre vollständig auf die Vergleichsmiete angerechnet.

2.4 Ausblick

Energieeffizienter TGA steht in den nächsten Jahrzehnten ein Siegeszug bevor. Da die Anforderungen an die Dämmung von Gebäuden auch unter Wirtschaftlichkeitsgesichtspunkten derzeit kaum noch sinnvoll optimiert werden können, werden weitere Energieeinsparungen nur durch einen erneuten Technologiesprung im Bereich der Anlagentechnik realisiert werden. Diese Entwicklung wird einerseits auf europäischer wie nationaler Ebene bereits durch eine Vielzahl rechtlicher Vorschriften gefördert. Andererseits wird gerade die bevorstehende Erarbeitung der EnEV 2012 zeigen, welchen Weg Deutschland bei der Erreichung der europäischen und nationalen Klimaschutzziele beschreiten will; denn ohne weitergehende Regelungen zur Modernisierung veralteter TGA, insbesondere veralteter Heizungssysteme im Gebäudebestand, werden sich diese Ziele nicht erreichen lassen. Inwieweit die derzeitige

Novellierung des Mietrechts daneben bestehende Hemmnisse für energetische Sanierungen abbauen wird, bleibt abzuwarten. Sehr wahrscheinlich ist schließlich, dass die Entwicklung im Bereich des Smart Metering zügig voranschreiten wird. Hierbei wird jedoch (auch) von gesetzgeberischer Seite Augenmerk darauf zu richten sein, inwieweit die Vernetzungs- und Steuerungssysteme im Gebäudebereich ihrerseits energieeffizient sind bzw. welchen Energieverbrauch die sich im Bereitschaftszustand oder „Sleep-Modus“ befindenden, miteinander verbundenen Geräte haben.

3. Beratungsangebot der HFK Rechtsanwälte LLP

HFK Rechtsanwälte LLP sind Marktführer im Beratungsbereich Green Building/Nachhaltiges Bauen, innerhalb dessen die Technische Gebäudeausstattung einen wichtigen, zukunftsweisenden Baustein bildet. HFK-Rechtsanwälte beraten Hersteller und Importeure von TGA-Produkten zu allen produktrechtlichen, produkthaftungsrechtlichen und abfallrechtlichen Fragestellungen. Darüber hinaus beraten wir Bauherrn wie auch TGA-Planer in den Bereichen Gebäudeenergieeffizienz und der Erfüllung der rechtlichen Anforderungen an den Einsatz Erneuerbarer Energien im Wärmebereich. Wir begleiten u. a. große Wohnungsbaugesellschaften bei der energetischen Sanierung ihres Bestands sowie zu Fragen des Energie-Contractings.

Klimaschutz im BauGB

1. Einleitung

Klimaschutz im Baugesetzbuch (BauGB) betrifft den Klimaschutz in der Stadtentwicklung. Die Aufgaben des Klimaschutzes werden – im Neubau und maßgeblich auch im Bestand – das Baugeschehen der nächsten Jahre prägen. Nach § 1 Abs. 5 BauGB sollen dabei Bauleitpläne dazu beitragen, „eine menschenwürdige Umwelt zu sichern und die natürlichen Lebensgrundlagen zu schützen und entwickeln, auch in Verantwortung für den **allgemeinen Klimaschutz** ...“. Der Bundesgesetzgeber plant dabei für die laufende Legislaturperiode noch eine Fortentwicklung des Klimaschutzes im BauGB. Nach dem Koalitionsvertrag von CDU/CSU und FDP ist es erklärter Wille, dass eine nachhaltige Stadtentwicklungspolitik auch die Ziele des Klimaschutzes verfolgen soll (vgl. Koalitionsvertrag Wachstum. Bildung. Zusammenhalt, Seite 42, <http://www.cdu.de/doc/pdfc/091026-Koalitionsvertrag-cducsu-fdp.pdf>).

Der Bundesgesetzgeber muss dabei auch die Frage beantworten, in welchen Punkten der Klimaschutz fortentwickelt werden soll. Hier kann auf die Prognosen für die **Klimaentwicklung** zurückgegriffen werden: Der Erwärmungstrend hält an. Im Winter nehmen die Niederschläge um bis zu 30% zu, im Sommer bis zu 30% ab. Die jährlichen Gesamtniederschläge und insbesondere die starken Niederschlagsereignisse nehmen zu. Im Sommer wird durch eine Steigerung der Hitzetage die thermische Belastung vor allem in Ballungsräumen ansteigen. Zudem steigt die Wahrscheinlichkeit von Extremwetterereignissen, wie Sturm und Starkregen (vgl. z. B. für NRW: www.lanuv.nrw.de/klima/pdf/Klimawandel_Anpassungsstrategie.pdf).

Vor diesem Hintergrund muss es Ziel der Stadtentwicklung sein, zum einen **Vorsorge** gegen Extremwetterereignisse zu treffen, insbesondere Schutz gegen Überschwemmungen und Hochwasser, kompakt-grüne Siedlungsstrukturen zu fördern, eine Stadt der kurzen Wege und zum anderen maßgeblich durch den Einsatz erneuerbarer Energien die **Einsparung von CO₂** voranzutreiben (vgl. Praxisbeispiel: Einsparung von knapp 100 Tonnen CO₂ pro Jahr mit innovativem Energiekonzept: "monastere – Das neue Wohnresort in Düsseldorf", Gentes-Gruppe, mit Geothermie, Klimawand mit Solar-Absorber zur Warmwassererzeugung und Aquiferwärmespeicher).

Der nachfolgende Beitrag skizziert den Ist-Zustand an Klimaschutzmöglichkeiten nach dem BauGB. Er stellt einen Grundriss zusammen, welche Maßnahmen zum Klimaschutz bereits jetzt nach dem BauGB möglich sind. Denn die frühzeitige Berücksichtigung des Belanges Klimaschutz sowie die umfassende Berücksichtigung von einhergehenden Interessenkonflikten (z. B. Eigentumsinteressen: Förderung von regenerativen Energien „aber nicht im Vorgarten der Oberbürgermeisterin“ vgl. www.faz.net/-01qz64 vom 30.03.2011) ist notwendig, um eine akzeptierte und nachhaltige Stadtentwicklung zu ermöglichen.

2. Klimaschutz in der Bauleitplanung

Nachfolgend werden die Möglichkeiten des Klimaschutzes in der Bauleitplanung, d. h. im Rahmen des Flächennutzungsplanes (Punkt 2.1) und des Bebauungsplanes (Punkt 2.2) aufgezeigt. Flächennutzungspläne betreffen die sogenannte vorbereitende Bauleitplanung, Bebauungspläne die sogenannte verbindliche Stadtplanung für die zukünftige Entwicklung in der Gemeinde.

2.1 Vorbereitende Planung klimarelevanter Belange (Flächennutzungsplan)

Darstellungen im Flächennutzungsplan nach § 5 Abs. 2 BauGB sind unmittelbar oder mittelbar klimaschutzrelevant. Sparsamer Flächenverbrauch, verkehrsreduzierende und ressourcenschonende Siedlungsstrukturen, Förderung der Innenentwicklung der Städte, eine Stadt der kurzen Wege, sind Aspekte, die vorausschauend zu planen sind. So können z. B. mit Freiflächenkonzepten im Flächennutzungsplan die Grundlagen geschaffen werden, dass Frischluftschneisen und Sicherungen von Kaltluftbildungen strukturell angelegt werden.

2.1.1 Sonderflächen, Versorgungsanlagen, Grünflächen

Nach § 5 Abs. 2 Nr. 1 BauGB können Standorte für **Windkraft-** oder **Biogasanlagen** als Sondergebiete dargestellt werden. Der Darstellungskatalog nach § 5 Abs. 2 BauGB eröffnet sowohl mit der Nummer 1 die Darstellung von Bauflächen und Baugebieten als auch – überlagernd mit den anderen Alternativen der Nr. 5 ff. – die Möglichkeiten eines Ausgleichs für Eingriffe in Natur und Landschaft. Insbesondere mit der Zuordnung von zukünftig zu bebauenden Flächen und Flächen der Freiraumentwicklung besteht die Möglichkeit, **kompakte Siedlungsstrukturen** zu planen.

In einem Flächennutzungsplan können des weiteren Flächen für Versorgungsanlagen (§ 5 Abs. 2 Nr. 4 BauGB) dargestellt werden. Das sind Flächen für die Versorgung der Bevölkerung mit **Elektrizität, Gas, Wasser** und **Wärme**. Dabei ist Voraussetzung, dass die Anlage zumindest einem abgegrenzten Personenkreis dient, etwa den Bewohnern einer Siedlung bei einem sogenannten Blockheizkraftwerk. Bei **Blockheizkraftwerken** handelt es sich um modular aufgebaute Anlagen zur Gewinnung elektrischer Energie und Wärme, die vorzugsweise am Ort des Wärmeverbrauchs betrieben werden. Sie setzen das Prinzip der Kraft-Wärme-Kopplung ein. Der höhere Gesamtnutzungsgrad resultiert daraus, dass Abwärme der Stromerzeugung direkt am Ort der Entstehung genutzt wird. Der Wirkungsgrad der Stromerzeugung liegt dabei – abhängig von der Anlagengröße – zwischen etwa 25% und 50%. Durch die ortsnahe Nutzung der Abwärme wird die eingesetzte Primärenergie zu 80% bis 90% genutzt.

Grünflächen, Parkanlagen, Zelt- und Badeplätze sowie **Dauerkleingärten** (§ 5 Abs. 2 Nr. 5 BauGB) stellen eine der unmittelbarsten Form von grüner Städtebaupolitik dar. Grünflächen meint dabei Flächen, die in bebaute Gebiete eingegliedert sind und somit unmittelbar städtebauliche Bedeutung haben. Grünflächen sind unmittelbar für die Verbesserung des Kleinklimas relevant. Wenn dabei – über die Verbesserung des **Kleinklimas** hinaus – eine überörtliche Bedeutung für das überregionale Klima festgestellt werden kann, ist dies positiv, jedoch nicht Voraussetzung für eine Grünflächendarstellung im Flächennutzungsplan.

2.1.2 Schädliche Umwelteinwirkungen, Wasserflächen, Wald

Das Klima vor Ort kann unmittelbar durch sogenannte Flächen für Nutzungsbeschränkungen oder sogenannte Flächen für Vorkehrungen zum Schutz gegen schädliche Umwelteinflüsse verbessert werden (§ 5 Abs. 2 Nr. 6 BauGB). Sogenannte Flächen für Nutzungsbeschränkungen meint dabei z. B. die **Beschränkung** von **emittierenden Anlagen** bei gegenseitig beeinträchtigenden Nutzungsarten, wie Gewerbe- und Wohngebiet oder bei gewerblichen Tierhaltungsanlagen.

Flächen für Vorkehrungen zum Schutz gegen schädliche Umwelteinwirkungen betrifft **Lärmschutzvorkehrungen**. Das gleiche betrifft die **Luftreinhaltung**, wonach Vorkehrungen gegen Emissionen getroffen werden können, zum Teil auch mit detaillierten Schwellenwerten zur Begrenzung von **Geruchsemissionen**.

Unmittelbar klimaschutzrelevant ist aus dem Darstellungskatalog des BauGB die Möglichkeit, **Wasserflächen, Häfen** und die für die Wasserwirtschaft vorgesehenen Flächen (§ 5 Abs. 2 Nr. 7 BauGB) auszuweisen. Des Weiteren sind hier die Flächen zu nennen, die im Interesse des **Hochwasserschutzes** und der Regelung des Wasserabflusses freizuhalten sind. Danach können **Seen** und **Teiche**, natürliche und künstliche **Wasserstraßen**, dem Hochwasserschutz dienende **Deiche** und **Dämme**, dem Abwasserabfluss dienende **Kanäle** und Wasserflächen als Flächen zum **Ausgleich** von Eingriffen in die **Natur und Landschaft** dargestellt werden.

Landwirtschafts- und Waldflächen können nach § 5 Abs. 2 Nr. 9 BauGB dargestellt werden. Darstellungen für die **Landwirtschaft** sind dabei keine originär klimaschützenden Ausweisungen. Denn Landwirtschaft meint zunächst (nur) Ackerbau, Weidewirtschaft, Erwerbsobstbau bzw. Weinanbau. Diese Darstellungsmöglichkeiten sind zwar von besonderer Bedeutung für die Erhaltung und Sicherung der natürlichen Lebensgrundlage der Bevölkerung. Sie stellen jedoch nicht per se Ausgleichsflächen für Eingriffe in Natur und Landschaft dar. Erforderlich hierfür wäre die Anhebung ihrer ökologischen Wertigkeit. Dem gegenüber handelt es sich bei Flächendarstellungen für **Wald** um eine unmittelbare und zentrale klimaschutzbezogene Darstellung. Wald kann als solcher dargestellt werden, wenn er primär **Erholungszwecken** oder der **Klimaregulierung** dient.

2.1.3 Natur- und Landschaftsschutz, Hochwasserschutz

Darstellungen zum Schutz, zur Pflege und zur Entwicklung von **Boden, Natur** und **Landschaft** sind nach § 5 Abs. 2 Nr. 10 BauGB möglich. Diese Darstellungsmöglichkeiten können **nicht** in **allgemeinen Erwägungen** des **Naturschutzes** ihre Rechtfertigung finden. Die Regelung kann daher nicht Flächen mit dem alleinigen Ziel legitimieren, **wildwachsende** oder **lebende Pflanzen** und **Tiere** zu schützen, sondern die Darstellungen sind auf einen **inneren Rechtfertigungszusammenhang** mit anderen Flächendarstellungen angewiesen, so z. B. dem Ausgleich anderweitiger Eingriffe oder besonderer Belastungen des Klimas, der Luft und des Bodens. So muss beim Bodenschutz die Gemeinde stets prüfen, inwieweit es unausweichlich ist, neue Flächen für Siedlungsstrukturen zu beanspruchen und wie eine sparsame Ausweitung von Flächen erfolgen kann. Der Erhalt natürlicher und klimawirksamer Bodennutzung, d. h. auch das Freihalten von intensiver Bodennutzung als Ausgleich für geplante Eingriffe, ist hier anzusiedeln.

Klimaschutz meint zudem maßgeblich Schutz vor Überschwemmungen und Hochwasser. Nach § 5 Abs. 4 und Abs. 4 a BauGB sollen die – nach anderen Gesetzen – festgesetzten Planungen und Nutzungsregelungen übernommen werden. Das betrifft vor allem Nutzungsregelungen nach dem **Wasserhaushaltsgesetz**. Hintergrund ist, dass die Funktion des Flächennutzungsplanes maßgeblich darin besteht, für das gesamte Gemeindegebiet die geplante Bodennutzung darzustellen, unabhängig davon, auf welchen Gesetzen sie beruht. Danach sind festgesetzte **Überschwemmungsgebiete** nachrichtlich zu übernehmen. **Überschwemmungsgefährdete Gebiete** sollen vermerkt werden. In derartigen Überschwemmungsgebieten besteht ein **Planungsverbot für Baugebiete**. Hochwasserschutz hat Vorrang vor baulicher Nutzung und entspricht der Vorsorge gegen extreme Niederschläge und Extremwetterereignisse. Die vorstehenden Ausführungen gelten auch für den Bebauungsplan und dort für Hochwasserschutz festgesetzte **Überschwemmungsgebiete** bzw. **überschwemmungsgefährdete Gebiete** entsprechend (§ 9 Abs. Nr. 6 a BauGB).

2.1.4 Erneuerbare Energien

Windenergieanlagen sowie **Anlagen der erneuerbaren Energien** im Außenbereich können als Darstellung im Flächennutzungsplan über den Planvorbehalt (§ 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB) hinsichtlich ihres **Standortes** gesteuert werden. Insbesondere die Windenergieanlagen als ein besonders streitbefangenes Rechtsgebiet können in sogenannten Vorbehaltszonen hinsichtlich ihres Standortes festgelegt werden. Danach besteht für die Gemeinde die Möglichkeit, privilegierte Vorhaben, zu denen insbesondere Wind-, Wasserenergie- oder Biomasseanlagen zählen, durch Darstellungen im Flächennutzungsplan auszuweisen. Ziel dieser (positiven) Standortzuweisung ist es, die übrigen Planbereiche von derartigen Anlagen freizuhalten.

2.2 Rechtsverbindliche Bauleitplanung (Bebauungsplan)

Neben dem Flächennutzungsplan stellt die verbindliche Bauleitplanung (Bebauungsplan) einen wichtigen Schritt zur Umsetzung des Klimaschutzes in baulichen Strukturen dar. Der Bebauungsplan regelt die Art und Weise der möglichen Bebauung von Grundstücken. Nachfolgend werden die klimaschutzrelevanten Festsetzungsmöglichkeiten im Rahmen der verbindlichen Bauleitplanung aufgezeigt.

2.2.1 Allgemeiner Klimaschutz als „städtebaulicher“ Grund?

Im Rahmen der verbindlichen Bauleitplanung und unmittelbaren Unterwerfung des einzelnen Eigentümers unter die Festsetzungen eines Bebauungsplans stellte sich in der Vergangenheit wiederholt die Frage, inwieweit allgemeine (welt-)klimaschützenden Belange als „städtebauliche“ Gründe anzusehen sind. Unstreitig ist, dass klimaschutz- und energieeinsparungsbezogene Festsetzungen auf städtebauliche Rechtfertigungsgründe zurückgeführt werden müssen. Bis zur Aufnahme des „allgemeinen Klimaschutzes“ in § 1 Abs. 5 S. 2 BauGB war maßgeblich streitig, inwieweit Ziele des allgemeinen Klimaschutzes als „städtebaulicher“ Grund herangezogen werden können. Es ist durchaus begründungsbedürftig, wieso der (private) Eigentümer aus allgemeinen klimaschutzpolitischen Erwägungen heraus Bebauungsbeschränkungen unterworfen sein soll, die eine erhebliche Eigentumsbeschränkung darstellen können.

Nachdem der Gesetzgeber im Jahr 2004 in § 1 Abs. 5 Satz 2 BauGB den „allgemeinen Klimaschutz“ als Planungsbelang explizit aufgenommen hat, sind die Zweifel hierzu geringer geworden. Zwar ist ein städtebaulicher Bezug in jedem Fall weiterhin erforderlich, jedoch ist das bauleitplanerische Oberziel Klimaschutz geklärt. Der in § 1 Abs. 5 Satz 2 BauGB genannte allgemeine Klimaschutz gilt als Konkretisierung des Leitbegriffs einer **nachhaltigen städtebaulichen Entwicklung**. Das Baugesetzbuch betrachtet danach den Klimaschutz als eine allgemeine Aufgabe, die sich als Leitlinie der Bauleitplanung und damit des Städtebaus darstellt.

2.2.2 Art und Maß der baulichen Nutzung, freizuhaltende Flächen, Heizkraftwerke

Bei der Festsetzung von „Art und Maß“ der baulichen Nutzung einschließlich der „Stellung“ der baulichen Anlagen bis hin zum „abweichenden Maß der Tiefe der Abstandsflächen“ (§ 9 Abs. 1 Nr. 1 – 3 BauGB) handelt es sich um (nur) mittelbar klimaschutzrelevante Festsetzungsmöglichkeiten. So besteht z. B. durch die Festsetzung der Höhe der baulichen Anlagen die Möglichkeit, zur **Begrenzung** der **Bodenversiegelung** beizutragen.

Die auf die Wärmedämmung abstellenden Anforderungen der Energieeinsparverordnung (EnEV) können im Rahmen des Städtebaurechtes für die Errichtung von Gebäuden mittelbar über die Festsetzungsmöglichkeiten der § 9 Abs. 1 Nr. 1 – 3 BauGB beeinflusst werden, beispielsweise um auf die **Kubatur** des Gebäudes Einfluss zu nehmen. Mit der

Anordnung der Stellung der baulichen Anlagen und eines abweichenden Maßes der Tiefe der Abstandsflächen (§ 9 Abs. 1 Nr. 2a BauGB) kann das **Kleinklima** durch eine verbesserte **Besonnung** und **Belüftung** günstig beeinflusst werden.

Flächen, die von einer Bebauung freizuhalten sind, können z. B. zur Sicherung einer (kleinklimatisch notwendigen) **Kaltluftschneise** dienen. Im Einzelfall werden hierzu stets gewichtige Gründe vorliegen müssen, um eine Inhalts- und Eigentumsbeschränkung des Einzelnen zu rechtfertigen.

Heizkraftwerke, Windenergieanlagen, Blockheizkraftwerke können auf der Grundlage von sogenannten Versorgungsflächen (§ 9 Abs. 1 Nr. 12 BauGB) festgesetzt werden. Diese Festsetzungsmöglichkeit korrespondiert mit der entsprechenden Darlegungsmöglichkeit im Flächennutzungsplan, auf die verwiesen werden kann. Insbesondere **Blockheizkraftwerke**, die bis zu 40% Primärenergie einsparen, können auf der Grundlage von § 9 Abs. 1 Nr. 12 BauGB festgesetzt werden.

2.2.3 Grünflächen, Wasserflächen, Landwirtschaft

Die Festsetzung von **Grünflächen** im Bebauungsplan ist ebenso wie die Darstellung im Flächennutzungsplan unmittelbar relevant für klimaschützende Belange. **Parkanlagen, Dauerkleingärten, Hausgärten** oder Flächen zur Schaffung eines **Fuß- und Radwegenetzes** sind legitime Festsetzungsmöglichkeiten auf dieser Grundlage. Bei einer Festsetzung von (öffentlichen) Grünflächen auf (privaten) Grundstücken ist allerdings im besonderen Maße die Bestandsgarantie des Eigentums nach Art. 14 GG zu beachten.

Die Festsetzungsmöglichkeit von **Wasserflächen** sowie die **Flächen für die Wasserwirtschaft**, für **Hochwasserschutzanlagen** und für die **Regelung des Wasserabflusses** im Bebauungsplan nach § 9 Abs. 1 Nr. 16 BauGB korrespondiert mit der Darstellungsmöglichkeit im Flächennutzungsplan gemäß § 5 Abs. 2 Nr. 7 BauGB.

Landwirtschaft und **Wald** können nach § 9 Abs. 1 Nr. 18 BauGB festgesetzt werden. Die Erforderlichkeit einer Festsetzung für **Wald** kann sich z. B. aus dessen Funktion für die **Klimaverbesserung** oder als Naherholungsgebiet ergeben. Schlichte Freihaltungs- und Verhinderungsplanungen hinsichtlich einer Bebauung seitens der Gemeinden sind indes unzulässig.

2.2.4 Boden und Natur

Das Baugesetzbuch gestattet des Weiteren Festsetzungen von Flächen oder Maßnahmen zum Schutz, zur Pflege und zur Entwicklung von Boden, **Natur** und **Landschaft**. Derartige Maßnahmen bezwecken vor allem die Integration von sogenannten Landschaftsplänen. Das sind Pläne für das gesamte Gemeindegebiet gemäß den Zielen und Grundsätzen des **Naturschutzes** und der **Landschaftspflege (§ 1 und 2 Bundesnaturschutzgesetz)** als ökologische Grundlage der Bauleitplanung im Sinne eines Ressourcenmanagements. Festsetzungen von Maßnahmen zum Schutz des Bodens betreffen darüber hinaus z. B. Festsetzungen zur **Art** der Versiegelung von **Stellplätzen**, etwa durch die Verwendung von **wasserdurchlässigen Oberflächen**.

2.2.5 Heizstoffverbote und Erneuerbare Energien

Eine der fühlbarsten klimaschutzbezogenen Festsetzungsmöglichkeiten bildet die Regelung der Heizstoffverbote (§ 9 Abs. 1 Nr. 23a BauGB). Luftverunreinigende Stoffe, kurz **Rauch, Ruß, Staub, Gase, Aerosole, Dämpfe** können danach durch Heizstoffverbote minimiert oder untersagt werden. Das Heizen z. B. mit Braunkohlebriketts, wie es in veralteten Wohngebieten der neuen Bundesländer noch in den 90er Jahren üblich war, kann so Schritt für Schritt reduziert werden. Denn die Festsetzungsmöglichkeit besteht nicht nur für neue Baugebiete, sondern kann auch zur schrittweisen Verbesserung für bereits bebaute Gebiete herangezogen werden. Voraussetzung ist allerdings, dass die Versorgung mit anderen – als den verbotenen – Brennstoffen zu zumutbaren Bedingungen und gleicher Versorgungssicherheit ermöglicht wird. **Heizstoffverbote** müssen zugleich **städtebaulich** motiviert sein („**saubere Stadt**“). Unzulässig wäre die Festsetzung von Heizstoffverboten beispielsweise um die Absatzmöglichkeiten eines gemeindeeigenen Versorgungsunternehmens zu verbessern.

Solarenergie, Erdwärme, Windenergie und Biogas können als erneuerbare Energien mit der Festsetzung der hierfür erforderlichen „baulichen Maßnahmen“ in bestimmten Gebieten gefördert werden. Seit 2004 ermöglicht der (neu geschaffene) § 9 Abs. 1 Nr. 23b BauGB, dass eine Gemeinde Gebiete festsetzen kann, in denen bei Neubauten bestimmte bauliche Maßnahmen für den Einsatz erneuerbarer Energien getroffen werden müssen. Als derartige bauliche Maßnahmen gelten z. B. **Dachneigungen, Dachformen, höher belastbare Dächer** für **Solaranlagen**. Die Vorschrift begründet keine Betreuungspflichten bzw.

Anwendungsgebote für derartige Anlagen. Im Ergebnis wird die Vorschrift als Appell angesehen, dass sich eine Gemeinde um eine den **Nachhaltigkeitsaspekten** gerecht werdende **Energiepolitik** bemüht.

2.2.6 Bäume, Sträucher, Bepflanzungen, Hochwasserschutz

Bäume, Sträucher und sonstige **Bepflanzungen** (z. B. Gras oder Hanggewächse für Dach- oder Fassadenbegrünungen) sind mit Festsetzungen nach § 9 Abs. 1 Nr. 25 BauGB regelbar. Als „Urgedanke“ nachhaltiger und grüner Städtebaupolitik erlaubt die Regelung Festsetzungen sowohl für das Anpflanzen von Bäumen und Sträuchern als auch deren Erhalt. Erforderlich sind städtebauliche Gründe, z. B. Stadtklima oder als Ausgleichsgrund für Eingriffe in Natur und Landschaft. Die Durchsetzung der Festsetzung mit einem sogenannten Pflanzgebot, etwa in der Baugenehmigung, bildet dabei eine der am häufigsten angeordneten und ggf. mit Zwangsmitteln durchgesetzten Planverwirklichungsgebote. In der Abfolge Bepflanzungsfestsetzung – Pflanzgebot – Zwangsmittel spiegelt sich hier die klassische Handlungsform der Verwaltung wieder, im Gegensatz zu kooperativeren Handlungsformen (Private Initiativen, Städtebauliche Verträge). Wenn in der Praxis jedoch selbst z. B. Gemeinden (als Bauherren) von Grünanlagen aus kommunaler Geldnot ihre (eigenen) Bepflanzungsfestsetzungen (als Plangeber) nicht realisieren, zeigt sich das Dilemma bloßer Festsetzungsmöglichkeit.

2.3 Klimaschutz in städtebaulichen Verträgen

Klimaschutz bedarf in verstärktem Maße kooperativer Handlungsformen und eines Miteinander in Kooperationsverhältnissen. Mit den städtebaulichen Verträgen nach § 11 BauGB sind dabei vielfältige Handlungsmöglichkeiten eröffnet. Unmittelbar klimaschützend motiviert ist dabei die in § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 BauGB vorgesehene Möglichkeit, die Nutzung von Netzen und Anlagen der **Kraft-Wärme-Kopplung** sowie von **Solaranlagen** für die Wärme-, Kälte- und Elektrizitätsversorgung zu regeln. Damit wird den Gemeinden ein Instrument für ihre Verantwortung für den **Klimaschutz** und für die **sparsame und effiziente Nutzung von Energie** an die Hand gegeben. Löhr in Battis/Krautzberger/Löhr BauGB, 11. Aufl., weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass „gerade in Zeiten großer Unsicherheiten in der Verfügbarkeit von Öl“ sowie der „noch größeren Sicherheitsrisiken von Kernenergie“ dieser Vorschrift besondere Bedeutung zukommt.

Die gesetzliche Vorschrift soll die Aufwertung der Belange des allgemeinen Klimaschutzes sowie der Luftreinhaltung verfolgen. Soweit § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 lediglich zwei Formen der Wärme-, Kälte- und Elektrizitätsversorgung erwähnt, nämlich die Nutzung der Kraft-Wärme-Kopplung sowie der Solaranlagen, so schließt die Regelung nicht aus, dass der Vorhabenträger auch zu anderen Maßnahmen verpflichtet werden kann, die der Einhaltung der bestmöglichen Luftqualität und/oder dem Klimaschutz dienen. Als vereinbarungsfähig gilt z. B., dass aus Gründen der Luftreinhaltung bei den **Wärmedurchgangskoeffizienten (k-Wert)** der Gebäudehülle bestimmte Mindestanforderungen einzuhalten sind, die über die Anforderungen der Wärmeschutzverordnung hinausgehen.

2.4 Klimaschutz bei der Stadterneuerung

Klimaschutzbezogene Anforderungen in der Stadterneuerung dürften einen maßgeblicher Teil beim Klimaschutz ausmachen. Denn „**Bauen im Bestand**“ nimmt in der Praxis zwischenzeitlich einen höheren Anteil ein als Neubauten. Stadterneuerung meint dabei die Behebung städtebaulicher Missstände, die Bewältigung des demographischen Wandels der Bevölkerung sowie das Entgegenwirken der Verödung von Innenstadtbereichen.

2.4.1 Sanierung überalterter Baugebiete (Sanierung §§ 136 ff. BauGB)

Das Sanierungsrecht ist Sonderrecht für besonders schwerwiegende städtebauliche Problemstellungen. Die Sanierung überalterter Baugebiete (§ 136 ff. BauGB) greift zur Behebung städtebaulicher Missstände ein. Dabei besteht in der Fachliteratur die Tendenz, auch solche Gebiete als physisch oder funktional mit Missständen behaftet anzusehen, wenn eine maßgebliche Anzahl von Gebäuden im Hinblick auf die **Wärmedämmung nicht mehr** den **energetischen Anforderungen** eines nachhaltigen Klimaschutzes entspricht.

Unabhängig von dieser sehr progressiven Ansicht dürfte es unbedingt zweckmäßig sein, im Rahmen des Sanierungsrechtes einen Beitrag zum **Klimaschutz** zu leisten. Denn in jedem Fall ist es sinnvoll, die Siedlungsstrukturen zugleich den Erfordernissen des Umweltschutzes anzupassen. Die Behebung von städtebaulichen Missständen muss dabei keine sogenannte Total- oder Flächensanierung bedeuten. Eine Sanierung kann z. B. auch in einer Umwidmung **bisher baulich genutzter Flächen** aufgrund zurückgehenden Siedlungsflächenbedarfs, die **Wiederaufbereitung alter Industrie- und Gewerbegebiete** („Altlasten“) oder die Umnutzung **bisher militärisch genutzter Flächen** bedeuten. Insbesondere in letz-

terem Bereich ist die Schwerpunktsetzung des Gesetzgebers zu beachten, wonach nach § 164b Abs. 2 BauGB **Finanzhilfen des Bundes** insbesondere für die in Innenstädten brachliegenden **Eisenbahnflächen** zur Errichtung von **Wohn- und Arbeitsstätten** unter Berücksichtigung von **umweltschonenden Bauweisen** gewährt werden (Praxisbeispiel: Sanierungsgebiet <http://www.heidelberg-bahnstadt.de>).

2.4.2 Strukturwandel (Stadtumbau §§ 171a BauGB)

Ein Stadtumbau hat nach dem Willen des BauGB-Gesetzgebers **kompakt, urban** und **grün** zu erfolgen. Stadtumbau meint die durch die demographischen und wirtschaftlichen Strukturveränderungen erforderlichen Umbauten einer Stadt. Hintergrund für den in § 171a BauGB geregelten Stadtumbau ist maßgeblich die demographische Entwicklung. Betroffen sind Gebiete, die durch einen sogenannten erheblichen städtebaulichen Funktionsverlust gekennzeichnet sind. Das betrifft z. B. ein **Überangebot** an **baulichen Anlagen**, insbesondere für **Wohnzwecke**, wie er durch die Schrumpfung der Bevölkerung ausgelöst wird (Stichwort: **Wohnungsleerstände**). Das Stadtumbaukonzept ist im Kern ein Rückbauthema (vgl. § 171c BauGB), d. h. Abriss, wonach Verträge **insbesondere** für die Durchführung des Rückbaus baulicher Anlagen vorgesehen werden.

Auf Anregung des Bundesministers für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen, wurde z. B. im Februar 2000 die Kommission „*Wohnungswirtschaftlicher Strukturwandel in den neuen Bundesländern*“ ins Leben gerufen. Der Ende 2000 vorgelegte Bericht stellte einen Leerstand von etwa einer Million Wohnungen in Ostdeutschland fest, was einer Quote von 13% entspricht. Ein auf dieser Grundlage empfohlenes Abrissprogramm sah den Abriss von **300.000** bis **400.000 leer stehender Wohnungen** innerhalb von 10 Jahren vor.

Diese Ausgangslage ist zwar kein originär klimaschützendes Motiv. Im Zusammenhang mit einem Umbau soll jedoch die Chance ergriffen werden, die Schrumpfung und den Rückbau im Sinne einer Re-Strukturierung der verbleibenden städtebaulichen Stadtteile **klimafreundlich** und **ökologisch** zu gestalten. Urbane und kompakte Siedlungsstrukturen bieten förderliche Bedingungen für Energieeinsparungen und den Einsatz erneuerbarer Energien, denn über die Minimierung von Transportwegen leisten städtische Strukturen einen wesentlichen Beitrag zur Energie- und Ressourceneffizienz.

2.4.3 Private Initiativen zur Stadtentwicklung (§ 171f BauGB)

Private Initiativen zur Stadtentwicklung sind von ihrem Ausgangspunkt ebenfalls keine typisch Klimaschutzbezogenen Initiativen. Bei Privaten Initiativen zur Stadtentwicklung geht es vorrangig um die Stärkung **innenstädtischer, geschäfts- und standortschützender** Faktoren, d. h. die Festlegung von Gebieten, die in privater Verantwortung standortbezogene Maßnahmen durchführen. In der Praxis finden sich solche Gebiete als sogenannte BID, HID oder NID (Business, Housing, Neighbourhood Improvement Districts). Hintergrund dieser Entwicklung ist der Umstand, dass ohne **bürgerschaftliches Engagement** und **private Initiativen** öffentliche Projekte und Maßnahmen der **Stadtentwicklung** Gefahr drohen, leer zu laufen.

Danach stellt das BauGB klar, dass durch **Landesrecht** private Initiativen zur Stadtentwicklung herangezogen werden können. So ist zum Beispiel in Hessen ein **Gesetz zur Stärkung von innerstädtischen Geschäftsquartieren** (INGE) erlassen worden. Ausgangspunkt für die privaten Initiativen sind Gebietsfestlegungen, die auf der Grundlage **eines** mit den **städtebaulichen Zielen der Gemeinde** abgestimmten Konzepts zur Stärkung und Entwicklung von Bereichen der Innenstädte, Stadtteilzentren und Wohnquartiere dienen. Private Initiativen in Form von Housing Improvement Districts (HID's) gelten dabei als für **klimaschutzbezogene Anforderungen** heranziehbar. Denkbar wären **quartierbezogene Maßnahmen**, zum Beispiel Blockheizkraftwerke oder klimaschutzbezogene Erneuerungen der Energieinfrastruktur.

3. Beratungsangebot der HFK Rechtsanwälte LLP

Klimaschutzbezogene Stadtentwicklung kann zu Interessenkonflikten (Eigentum, Energieversorgung, Naturschutz, Lärmschutz, Landschaftsverunstaltung, Unklarheiten im Genehmigungsverfahren) führen. Daher ist die frühzeitige Einbeziehung von qualifizierten Planern und Beratern unabdingbar. HFK Rechtsanwälte LLP bietet eine umfassende Rechtsberatung sämtlicher Beteiligten an, sowohl bei der Aufstellung von Flächennutzungsplänen und Bebauungsplänen, bei der Betreuung von städtebaulichen Verträgen als auch bei der Begleitung von Sanierungen und Stadtumbauten.



Mobilität und Umwelt

Moderne Beschaffung im öffentlichen Personennahverkehr (ÖPNV)

1. Ausgangslage

Der öffentliche Personennahverkehr (ÖPNV) zur Sicherstellung der Mobilität der Bürger ist essentieller Bestandteil der Daseinsvorsorge. Moderne Beschaffungsmaßnahmen im Bereich des ÖPNV verfolgen nicht nur rein wirtschaftliche, sondern auch soziale, technologische und ökologische Ziele. So spielen aus sozialer Sicht etwa die Berücksichtigung spezieller Interessen der Kunden (z. B. Familien, Kinder, Senioren) und die Beschäftigungsbedingungen im ÖPNV eine wesentliche Rolle. Mit der technologischen und verkehrstechnischen Qualität des Verkehrsangebotes und der Fahrgastsicherheit ist die Attraktivität des ÖPNV eng verknüpft. Wirtschaftlich und insbesondere ökologisch werden als Vorteile des ÖPNV gegenüber dem Individualverkehr dessen höhere Kapazitäten und sein geringerer Flächenverbrauch angesehen. Aus rechtlicher Sicht gewinnt die Förderung sauberer und energieeffizienter Straßenfahrzeuge aufgrund jüngster Rechtsentwicklungen zusehends an Bedeutung. Die Qualität des ÖPNV insgesamt wird maßgeblich geprägt vom konkreten Erschließungs-, Verbindungs- und Beförderungsangebot.

Die vorskizzierten Rahmenbedingungen bestimmen die Projekt- und Beschaffungsziele in den unterschiedlichsten Bereichen des ÖPNV. Der Beschaffungsbedarf bei ÖPNV-Projekten erstreckt sich von den klassischen Verkehrsinfrastrukturvorhaben (Bau, Neubau, Sanierung von Straße, Schiene, Bahnhöfen und Spezialbauwerken) über die IT-Ausrüstung und die Fahrzeugbeschaffung (Busse, Schienenfahrzeuge) bis hin zur Verkehrsdienstleistung.

Die Vereinbarkeit des Beschaffungsbedarfs beim einzelnen Projekt mit den übergeordneten Zielen des ÖPNV insgesamt hängt maßgeblich von den im Rahmen des Einkaufs von Leistungen geltenden Normen ab. Diese zum Teil ganz aktuell novellierten Normen eröffnen neue Chancen für eine moderne Beschaffung im ÖPNV unter besonderer Berücksichtigung ökologischer Technologien und nachhaltiger Infrastruktur.

2. Einzelne Felder des Einkaufs von Leistungen im ÖPNV

Der Beschaffungsbedarf im ÖPNV reicht über nahezu alle Wirtschaftsbereiche.

2.1 Klassische Verkehrsinfrastrukturvorhaben

Klassische Verkehrsinfrastrukturvorhaben prägen das jeweilige Erschließungs- und Verbindungsangebot des ÖPNV entscheidend mit. Sie sind tragende Säule der Qualität des ÖPNV insgesamt. Bei jedem Verkehrsinfrastrukturvorhaben werden – unabhängig von der Größe des einzelnen Projekts – Planungs- und Bauleistungen unterschiedlichsten Umfangs vergeben. Von der Grundlagenermittlung über mögliche (Planungs-)Wettbewerbe geht es im Bereich der Architekten und Ingenieure bis hin zu General- und Fachplanerleistungen im Zusammenhang mit dem Neubau, Ergänzungsbau oder der Sanierung von Straßen- und Schienenstrecken sowie Bahnhöfen und Spezialbauwerken. In Kombination oder getrennt von den Planungsleistungen werden Bauvergaben für die Bauleistungen durchgeführt. Dabei geht es auch um die Errichtung barrierefreier und behindertengerechter Zugangsstellen zu den Beförderungsmitteln, die ausreichende sicherheitstechnische Ausrüstung, Vandalismus minimierendes Planen und Bauen und die Herstellung einer sachgerechten Verbindung der verschiedenen Verkehrsarten.

Bedarfsträger sind hier nicht nur die klassischen Gebietskörperschaften, sondern auch die mit entsprechenden Leistungen im Verkehrsbereich betrauten Aufgabenträger und Unternehmen. Für öffentliche Auftraggeber sind die Vergabeordnungen für Bauleistungen (VOB/A), für Leistungen (VOL/A) und für freiberufliche Leistungen (VOF) sowie im Bereich der Sektorauftraggeber – insbesondere im Bereich des Verkehrs – die Sektorenverordnung (SektVO) zu beachten. Für den Bereich Straßenbau existieren zum Zwecke eines einheitlichen Handlings in der Verwaltung verschiedene Vergabehandbücher (Handbuch für die Vergabe und Ausführung von Leistungen im Straßen- und Brückenbau [HVA F-StB, HVA B-StB, HVA L-StB]). Die Vergabehandbücher liefern einen Grundstock für eine Vielzahl von Vergaben im Bereich des Straßen- und Brückenbaus, ersetzen jedoch nicht den individuellen Zuschnitt der Vergabekonzeption und Vergabeunterlagen für das konkrete Projekt im Einzelfall.

2.2 IT-Ausrüstung

Die ständig fortschreitende Entwicklung im Bereich der Informationstechnologie (IT) spielt im Bereich des ÖPNV eine maßgebende Rolle. Gerade die wachsenden Ansprüche des Marktes und der Kunden machen die Gewährleistung und Steigerung von Attraktivität und Qualität des ÖPNV durch die IT erforderlich. IT-basierte Fahrplan- und Preisauskunftsmodelle sorgen

für eine wenig aufwendige und schnelle Darstellung des Beförderungsangebots für die Fahrgäste. Die Entwicklung der Fahrgelderhebung zeigt in die Richtung eines bargeldlosen Geschäftsverkehrs, etwa mittels Fahrtickets über Mobiltelefone oder Transponderkarten.

Zwar bestehen aktuell bei der vollständig IT-gesteuerten Fahrgelderhebung noch technischer Entwicklungsbedarf und insbesondere datenschutzrechtliche Hindernisse. Dennoch führt kein Weg an der Feststellung vorbei, dass IT-Beschaffungen generell und die diesbezüglichen Ausschreibungsinhalte den jeweiligen Standard des ÖPNV-Angebotes für die Kunden erheblich beeinflussen. Bedienungsstandards und Anwenderfreundlichkeit haben klaren Einfluss auf die Attraktivität des ÖPNV. Vergaben erfolgen im IT-Bereich gerichtet auf die Beschaffung von Hard- und Software sowie zugehörigen Beratungs- und Serviceleistungen. Inhalte der Beschaffungsgegenstände (Spezialanfertigungen und Individualsoftware, Standardhard- und -software, Mischformen) sind dabei ebenso divers wie die jeweilige vertragliche Ausgestaltung und Vergabekonzeption (Kauf, Miete, Leasing, Mischformen).

Der Bedarf an IT-Leistungen erstreckt sich auf die jeweils zuständigen öffentlichen Auftraggeber. Die Unterlage für Ausschreibung und Bewertung von IT-Leistungen (UfAB) und die Ergänzenden Vertragsbedingungen für die Beschaffung von IT-Leistungen (EVB-IT) bieten den Beteiligten an IT-Vergaben einen nützlichen rechtlichen Grundstein für eine Vielzahl von Vergaben, wobei auch hier die vorgefertigten Muster den maßgeschneiderten Zuschnitt der Vergabe- und Vertragskonzepte für den Einzelfall nicht vollständig ersetzen können.

2.3 Beschaffung von Fahrzeugen

Die Beschaffung von Fahrzeugen für den Personennahverkehr auf Straße und Schiene steht besonders im Fokus jüngster technologischer und ökologischer Diskussionen. Für den Einkauf von Straßenverkehrsfahrzeugen wurde aktuell die Richtlinie 2009/33/EG in nationales Recht umgesetzt. Die Richtlinie und ihre Umsetzung dienen der Förderung sauberer und energieeffizienter Fahrzeuge durch Berücksichtigung von Umweltstandards bei der Vergabe und eröffnen neue Chancen für die Gestaltung von Vergabeprozessen. Entsprechende Instrumente für die Bewertung von Umweltstandards werden in den aktuell in Kraft getretenen Neufassungen der Vergabeverordnung (VgV) und der SektVO in Anlagen geregelt. Die neuen Vorschriften richten sich sowohl an die klassischen öffentlichen Auftraggeber als auch an die einschlägigen Sektorauftraggeber.

Auch bei den Fahrzeugen besteht das Interesse an vandalismussicherer Herstellung und Lieferung. Besonders in Großstädten und Ballungsräumen bedarf es darüber hinaus flexibler Kapazitätsanpassungsmöglichkeiten, weshalb im Busverkehr unterschiedlichste Arten von Bussen (z. B. Gelenkbusse, Doppeldecker), auf der Schiene in der Länge anpassungsfähige Züge beschafft und eingesetzt werden. Im Bereich der U-Bahn tritt der vollautomatische und unbemannte Betrieb der Fahrzeuge mehr und mehr hervor. Die Beschaffung von Fahrzeugen muss sich – insbesondere vertragsrechtlich und finanziell – insgesamt in die Vergabekonzepte des ÖPNV einfügen.

2.4 Verkehrsdienstleistungen auf Straße und Schiene

Einen Spezialbereich bildet die Beschaffung von öffentlichen Personenverkehrsdienstleistungen selbst. Die hierzu auf europäischer Ebene erlassene und Ende 2009 in Kraft getretene Verordnung (EG) 1370/2007 gilt im nationalen Recht unmittelbar. Die Anwendbarkeit der Verordnung ist im Einzelfall zu prüfen und von verschiedenen Voraussetzungen abhängig. Die Verordnung grenzt insoweit Vergaben, die nach der Verordnung selbst erfolgen, und Vergaben, die nach den Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG durchzuführen sind, sehr ausdifferenziert ab. Die Verordnung unterscheidet dabei zwischen öffentlichen Dienstleistungsaufträgen im Sinne der Verordnung einerseits und im Sinne der Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG andererseits. Grundsätzlich gilt, dass Personenverkehrsdienstleistungen mit Ausnahme von Bussen und Straßenbahnen sowie sämtliche Dienstleistungskonzessionen im Personenverkehrsbereich nach der Verordnung zu vergeben sind. Nach einem jüngeren Beschluss des Vergabesenats beim Oberlandesgericht Düsseldorf sind auch die sogenannten „In-House-Vergaben“ im Sinne der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) nach den Vorschriften der Verordnung zu vergeben. Die Verordnung regelt innerhalb ihres Anwendungsbereichs die Vergabe von Personenverkehrsdienstleistungen durch die „zuständigen Behörden“, in Deutschland also grundsätzlich die nach insbesondere landesrechtlichen Normen zuständigen Stellen.

Mit dem Inkrafttreten der Verordnung ergeben sich grundlegende Reformfragen für das nationale Recht. Hiervon betroffen sind insbesondere die Regelungen des Personenbeförderungsgesetzes (PBefG) und das dort vorgesehene System für die Genehmigung von Personenbeförderung sowie die Frage des Bieterrechtsschutzes im Anwendungsbereich der Verordnung. Für letzteren sieht der Vergabesenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf den Weg zu den Nachprüfungsinstanzen eröffnet. Auch für das Allgemeine Eisenbahngesetz

(AEG) ergibt sich Reformbedarf, der sich neben der Verordnung ggf. auch aus der jüngsten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (BGH) ergibt. Nach dem BGH ist die Erbringung gemeinwirtschaftlicher Leistungen durch Eisenbahnverkehrsunternehmen nämlich nach geltendem nationalen, gemeinschaftskonformen Recht nicht vom Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts ausgenommen.

Das in der Verordnung vorgesehene sogenannte „wettbewerbliche Verfahren“ ermöglicht breiten Wettbewerb, da es allen Betreibern offen stehen, fair sein und den Grundsätzen der Transparenz und der Nichtdiskriminierung genügen muss. Die Verordnung regelt daneben die Voraussetzungen für eine Ausnahme vom wettbewerblichen Verfahren, etwa die Vergabe an „interne Betreiber“, die Direktvergabe von „Bagatellaufträgen“ und „Notmaßnahmen“. Die nach der Verordnung vorgesehene Ausnahme für Personenverkehrsdienste im Eisenbahnverkehr kann nach der jüngsten BGH-Rechtsprechung aufgrund derzeitiger anderweitiger Regelung im nationalen Recht keine Anwendung in der Bundesrepublik Deutschland finden. Für die Vergabe von Personenverkehrsdienstleistungen im Eisenbahnverkehr verbleiben daher nur die bestehenden „privilegierenden“ Vorschriften über die Ausschreibungspflicht, insbesondere die des § 4 Abs. 3 VgV.

Die Vergabe von Personenverkehrsdiensten wird rechtlich allerdings nicht nur durch die Frage des darauf anwendbaren Rechts oder der damit verbundenen grundlegenden Frage bestehender Ausschreibungspflichten geprägt. Vielmehr ergeben sich auch hier aufgrund aktueller technischer, sozialer und ökologischer Diskussionen und Rechtsentwicklungen neue Spielräume für die Gestaltung der Beschaffungsvorgänge. Neue landesgesetzliche Regelungen, etwa in Berlin und Bremen und voraussichtlich in Kürze in Brandenburg, sehen ausdrücklich die Sicherung der Entlohnung der Arbeitskräfte nach den jeweils im ÖPNV geltenden Entgelttarifen vor.

2.5 Chancen für den Einkauf nach Aspekten der Umwelt und Nachhaltigkeit

Für alle Wirtschaftsbereiche, auf die sich der Beschaffungsbedarf im ÖPNV erstreckt, werden aktuell nicht nur zunehmend vertiefte Diskussionen über umweltorientierte Technologien und nachhaltige Infrastruktur geführt. Vielmehr ergeben sich aus der jüngsten Vergangenheit zahlreiche neue Rechtsentwicklungen, die Chancen für die Beschaffung nach umweltbezogenen und nachhaltigen Aspekten eröffnen bzw. deutlich erweitern.

2.5.1 Auswahl qualifizierter Dienstleister und Auftragnehmer

Ziel jeder Beschaffung ist die Auswahl des perfekten Projektpartners mit der optimalen wirtschaftlichen Lösung. Der Weg zu diesem Ziel wird auf drei Ebenen maßgeblich geprägt:

- die Bedarfsfeststellung, Leistungsbeschreibung und Aufgabenstellung,
- die Anforderungen an die für die Leistungserbringung in Betracht kommenden Unternehmen und
- die Bewertung der Wirtschaftlichkeit der Leistungserbringung im Hinblick auf Kosten, Nachhaltigkeit und Umweltverträglichkeit.

2.5.2 Sicherung eines Qualitätsstandards durch Vorgabe klarer Mindestanforderungen

Die Definition und Beschreibung des konkreten Beschaffungsbedarfs bestimmt den qualitativen Mindeststandard der gewünschten Leistung. Egal ob es sich um eine Planungs- und Bauleistung, etwa für den Ausbau einer innerstädtischen U-Bahn-Strecke handelt, um die Ausrüstung eines Verkehrsunternehmens mit einem neuen mobil abrufbaren Fahrplansystem, um die Lieferung von Bussen oder Schienenfahrzeugen oder um den Abschluss eines Vertrages über Personenverkehrsdienstleistungen: Die gewünschten (sicherheits-)technischen, ökologischen, sozialen und weiteren Qualitätsmindeststandards hat der Auftraggeber eindeutig und verbindlich in den Vergabeunterlagen festzulegen.

Das Kartellvergaberecht lässt dabei ebenso wie das Sondervergaberecht des ÖPNV die Aufstellung von sozialen, umwelt-, sicherheits- oder energieeffizienzbezogenen Anforderungen grundsätzlich zu. Begrenzt werden die hierbei bestehenden weiten Gestaltungsspielräume stets durch die Grundsätze der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung, des Wettbewerbs und der Transparenz. Die aufgestellten Anforderungen müssen durch die konkreten Inhalte der ausgeschriebenen Leistung sachlich gerechtfertigt sein.

Für die Beschaffung von Straßenfahrzeugen sehen die jüngst aktualisierten Fassungen der VgV für die klassischen öffentlichen Auftraggeber und der SektVO für die Sektoren-auftraggeber die ausdrückliche Pflicht zur Berücksichtigung von Energieverbrauch und Umweltauswirkungen vor. Bezogen auf die Lebensdauer des Straßenfahrzeugs müssen min-

destens folgende Faktoren beachtet werden: Energieverbrauch, Kohlendioxid-Emissionen, Emissionen von Stickoxiden, Emissionen von Nichtmethan-Kohlenwasserstoffen und partikel-förmige Abgasbestandteile. Die Auftraggeber haben nach der vorgesehenen weiteren Änderung der VgV grundsätzlich sowohl entsprechende Vorgaben zu Energieverbrauch und Umweltauswirkungen in der Leistungsbeschreibung bzw. den technischen Spezifikationen zu machen als auch Energieverbrauch und Umweltauswirkungen der angebotenen Straßenfahrzeuge als Zuschlagskriterien zu berücksichtigen. Bei Letzterem werden Energieverbrauch und Umweltauswirkungen ganz oder zumindest teilweise in den Wettbewerb gestellt und neben weiteren Kriterien, die der Bewertung der Wirtschaftlichkeit der Angebote dienen (z. B. Angebotspreis), bei der Angebotsprüfung und -wertung bieter- und angebotsindividuell betrachtet. Diese Vorgaben regelt die vorgesehene weitere Änderung der VgV – die der Umsetzung der Richtlinie 2010/30/EU dient – entsprechend auch für Beschaffungen, die wesentlich von energieverbrauchsrelevanten Waren, technischen Geräten oder Ausrüstungen geprägt sind.

Für sogenannte „Einsatzfahrzeuge“ gilt eine Bereichsausnahme, d. h. für die ausdrücklich ausgenommen Bereiche von Fahrzeugen gelten die vorstehenden Neuregelungen nur eingeschränkt.

In den neuen Anlagen zur VgV und SektVO werden Daten und Methoden definiert, die der Umsetzung der Berücksichtigung von Energieverbrauch und Umweltauswirkungen von Straßenfahrzeugen dienen. So sind zum einen Daten zur Berechnung der über die Lebensdauer von Straßenfahrzeugen anfallenden externen Kosten und zum anderen Methoden zur Berechnung der über die Lebensdauer von Straßenfahrzeugen anfallenden Betriebskosten in den Anlagen festgelegt. Bereits im Verordnungsgebungsprozess hat der Bundesrat hierzu gefordert, die Verfahren für die Berechnung der Emissionen nachzubessern und Lärmemissionen von Fahrzeugen als Umweltauswirkung in die Verordnungen mit aufzunehmen.

Auf europäischer Ebene hat die EU-Kommission in ihrem Green Public Procurement GPP-Schulungs-Toolkit – Modul 3: Beschaffungsempfehlungen das „Produktblatt Transport – Umweltorientiertes öffentliches Beschaffungswesen (GPP)“ herausgegeben. Das Produktblatt definiert und empfiehlt Kriterien und Verfahren für die Beschaffung von Bussen und von öffentlichen Verkehrsdienstleistungen, die bereits bei der Aufstellung der zwingenden Leistungs- und Qualitätsmindeststandards in der Leistungsbeschreibung eines umweltorientierten und nachhaltigen Projekts berücksichtigt werden können.

Im Ergebnis sichert die Vorgabe von eindeutigen und verbindlichen Anforderungen an die Leistungserbringung den sich daraus ergebenden gewünschten qualitativen Mindeststandard. Abweichungen von diesem Mindeststandard in Angeboten von Unternehmen können bzw. müssen – abhängig von der gewählten Vergabeart – zur Nichtberücksichtigung solcher Angebote führen.

2.5.3 Unternehmensbezogene Anforderungen

Die Aufstellung der Anforderungen an die für die Leistungserbringung in Betracht kommenden Unternehmen sichert unternehmensbezogene Mindeststandards. Auch insoweit ist sicherzustellen, dass die aufgestellten Anforderungen durch den konkreten Inhalt der ausgeschriebenen Leistung sachlich gerechtfertigt sind.

Gerade für den Bereich der Vergaben von Personenverkehrsdienstleistungen sehen jüngst in Kraft getretene (Berlin und Bremen) bzw. vor der Verabschiedung stehende (Brandenburg) landesgesetzliche Regelungen als sozialen Aspekt die Abgabe einer Erklärung der sich an der Vergabe beteiligenden Unternehmen vor, dass diese den für die Erbringung der Personenverkehrsdienstleistung eingesetzten Arbeitskräften die geltenden Entgelttarife zahlen.

Grundsätzlich gilt für die Aufstellung von unternehmensbezogenen Anforderungen (sogenannte Eignungskriterien), dass diese vergaberechtlich und verfahrenstechnisch streng zu trennen sind von auftragsausführungsbezogenen Anforderungen und Kriterien (sogenannte Zuschlagskriterien). Dieser Grundsatz findet nicht nur Anwendung auf Vergaben von Personenverkehrsdienstleistungen selbst, sondern grundsätzlich auf die Vergabe von Bau-, Liefer- und Dienstleistungen generell, d. h. insbesondere auch für die Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen, etwa für Planungsaufgaben bei Infrastrukturvorhaben.

2.5.4 Umwelt und Nachhaltigkeit als Kriterien der Wirtschaftlichkeit?

Der durch konkrete Bedarfsfeststellung, Leistungsbeschreibung und Aufgabenstellung einerseits und die Aufstellung unternehmensbezogener Anforderungen andererseits vorgezeichnete und definierte Rahmen für den Ausschreibungswettbewerb wird unter den danach verbliebenen Anbietern über die vom Auftraggeber aufgestellten Zuschlagskriterien entschieden. Auf umweltorientierte Technologien und nachhaltige Infrastruktur ausgerich-

tete Vergaben zeichnen sich durch die Aufstellung entsprechender Zuschlagskriterien und gezielt darauf ausgerichtete Wertungssysteme, -kataloge oder -matrizen aus. Die neuen Vergabeordnungen sehen in ihren Beispielkatalogen von Zuschlagskriterien ausdrücklich auch „Umwelteigenschaften“, „Betriebs- und Lebenszykluskosten“ vor.

Bei der Beschaffung von Straßenfahrzeugen sieht die vorgesehene weitere Änderung der VgV vor, dass der Auftraggeber grundsätzlich Energieverbrauch und Umweltauswirkungen der angebotenen Straßenfahrzeuge als Zuschlagskriterien zu berücksichtigen hat. Um dies sachgerecht „mit Leben zu füllen“, liefert das „Produktblatt Transport – Umweltorientiertes öffentliches Beschaffungswesen (GPP)“ der EU-Kommission Beispiele konkreter umweltorientierter Kriterien. Unter die darin definierten „Kernkriterien“ für die Beschaffung von Bussen fallen die wichtigsten ökologischen und gesundheitlichen Aspekte, namentlich Abgase und Geräuschemissionen. Die sogenannten „umfassenden Kriterien“ berücksichtigen weitere Anforderungen, die zur Reduzierung weiterer Umweltbelastungen beitragen. Bei der Beschaffung von Busdienstleistungen tritt unter den „Kernkriterien“ zusätzlich die Schulung der Busfahrer in kraftstoffsparendem Fahrverhalten hinzu, bei den „umfassenden Kriterien“ etwa weitergehende Maßnahmen zur Reduzierung des Kraftstoffverbrauchs. Das Produktblatt liefert sowohl für die Beschaffung von Bussen als auch von Busdienstleistungen jeweils Checklisten für umweltorientierte Vergaben nach den vorgenannten GPP-Kriterien. Die Checklisten unterscheiden dabei anschaulich zwischen vom Auftraggeber vorgegebenen technischen Spezifikationen einerseits und Zuschlagskriterien andererseits und nennen die von den Unternehmen hierfür zu liefernden Nachweise.

Auch bei der Beschaffung von Bauleistungen bei Infrastrukturvorhaben sind mit der Leistungsbeschreibung im Rahmen der technischen Spezifikationen von den Unternehmen Angaben zum Energieverbrauch der technischen Geräte und Ausrüstungen, deren Lieferung Bestandteil der Bauleistung ist, zu fordern. Etwas anderes gilt nur dann, wenn die auf dem Markt angebotenen Geräte und Ausrüstungen sich im rechtlich zulässigen Energieverbrauch nur geringfügig unterscheiden. In geeigneten Fällen ist eine Analyse minimierter Lebenszykluskosten oder eine vergleichbare Methode zur Gewährleistung der Wirtschaftlichkeit von den Unternehmen im Vergabeverfahren zu fordern. Die Energieeffizienz von technischen Geräten und Ausrüstungen, deren Lieferung Bestandteil der Bauleistung ist, ist nach der vorgesehenen weiteren Änderung der VgV auch als Zuschlagskriterium bei der Wertung der Angebote zu berücksichtigen.

Diese Regelungen gelten entsprechend bei Beschaffungen, die wesentlich von energieverbrauchsrelevanten Waren, technischen Geräten oder Ausrüstungen geprägt sind – also insbesondere beim Einkauf von IT-gebundenen Leistungen.

3. Beratungsangebot der HFK Rechtsanwälte LLP

Der rechtliche Rahmen für die moderne Beschaffung im ÖPNV ist breit und komplex. Auf der Grundlage ihrer speziellen Kompetenz und Erfahrung auf dem Gebiet des Vergabe- und Vertragsrechts sowie des öffentlichen Rechts bieten HFK Rechtsanwälte in allen Segmenten der Beschaffung im ÖPNV ein breites Beratungsspektrum. Dieses erstreckt sich über sämtliche insoweit betroffenen Bereiche: von Bau- und Sanierungsvorhaben für die notwendige Infrastruktur über die erforderlichen technischen Liefer- und Dienstleistungen, insbesondere der Fahrzeugbeschaffung und der IT-Ausrüstung bis hin zu den Verkehrsdienstleistungen selbst.

Sowohl für die Nachfrage- als auch für die Bieterseite entwickeln HFK Rechtsanwälte individuelle maßgeschneiderte Lösungen zur Gewährleistung maximaler Rechtssicherheit bei Projekten im ÖPNV. Das Beratungsangebot umfasst nicht nur die Prüfung einzelner Rechtsfragen, etwa in Form von Rechtsgutachten. Vielmehr bieten HFK Rechtsanwälte einen ganzheitlichen Beratungsansatz und die Entwicklung von Konzepten für eine erfolgreiche Projektrealisierung unter bestmöglicher Nutzung rechtlicher Gestaltungsspielräume, insbesondere um die Ziele umweltorientierter Technologien und nachhaltiger Infrastruktur zu erreichen.

Kommunale Elektroflotten: Initialzündung für die Elektromobilität in Deutschland

1. Elektromobilität – eine revolutionäre Technologie

Die Bundesregierung und die Industrie haben in überraschender Deutlichkeit ein gemeinsames Ziel formuliert: Bis zum Jahr 2020 sollen mindestens eine Million Elektrofahrzeuge auf Deutschlands Straßen fahren. Durch innovative Technologien und Lösungskonzepte einerseits und den geeigneten gesetzlichen Rahmenbedingungen andererseits soll die Förderung der Elektromobilität zum Motor für Wirtschaftswachstum, nachhaltige Mobilität und Klimaschutz werden. Dabei dürfte letztgenannter Aspekt zunehmend bedeutsam werden und bald nur noch wenige Alternativen zur Elektromobilität in den Innenstädten erlauben. Anfang August ist die neue EU-Luftqualitätsrichtlinie in deutsches Recht umgesetzt worden, mit der erstmals Luftqualitätswerte für die besonders gesundheitsschädlichen kleinen Feinstäube festgesetzt werden. Eine wichtige Maßnahme zur Einhaltung der Grenzwerte kann die Einrichtung von Umweltzonen mit Einfahrverboten für schadstoffreiche Kraftfahrzeuge sein. Die Bundesländer haben bereits mehr als 40 solcher Umweltzonen in Kraft gesetzt. Diese Entwicklung führt dazu, dass innerhalb der Zonen die Zahl von Fahrzeugen mit Elektroantrieb, die weder CO₂-Emissionen noch Luftschadstoffe verursachen, sprunghaft steigen wird.

Und in der Tat: Die Argumente für deutlich mehr Elektromobilität in Deutschland sind aus wirtschafts- und umweltpolitischer Sicht bestechend. Zudem ist die Technologie mittlerweile so ausgereift, dass der Einsatz unter realen Bedingungen ohne weiteres möglich ist. Dem wiederkehrenden Einwand der geringen Reichweite der in den Elektrofahrzeugen verwendeten Lithium-Ionen-Batterie ist entgegenzuhalten, dass 90% aller Autofahrten weniger als 80 Kilometer betragen. Aber es gibt dennoch erhebliche Hürden, die die E-Mobility noch nehmen muss, um die herkömmlich angetriebenen Fahrzeuge zu überholen. Neben dem Kostenfaktor ist dies die noch dünne Lade- und Netzinfrastruktur sowie insbesondere die bisher fehlende Standardisierung der Technik. Während einige notwendige Schritte in dieser Richtung bereits gegangen wurden – z. B. durch die mittlerweile erfolgte Festlegung auf die zumindest deutschlandweit zu verwendenden Stecker – sind andere Standards

noch völlig offen. Dies betrifft etwa die Frage, ob das Ladegerät im Auto oder an der Ladestation integriert sein sollte.

2. Wirtschaftliche und rechtliche Rahmenbedingungen

2.1 Der Maßnahmenplan der Bundesregierung

Zur Erreichung der gemeinsam gesteckten Ziele haben Bundesregierung und Wirtschaft die Nationale Plattform Elektromobilität gegründet und Maßnahmen festgelegt, die zur Zielerreichung beitragen sollen. Unter anderem ist vereinbart, dass die Bundesregierung im Rahmen der verfügbaren Haushaltsmittel für Fuhrparks in ihrem Zuständigkeitsbereich den Start einer Beschaffungsinitiative für Fahrzeuge mit einem CO₂-Ausstoß von weniger als 50 g/km prüft. Gleichzeitig sollen Gespräche mit Ländern und Kommunen sowie privaten Flottenbetreibern geführt werden, in gleicher Weise aktiv zu werden.

2.2 Kommunale Elektroflotten

Neben den anderen Maßnahmen ist der Ansatz der staatlichen bzw. kommunalen Elektroflotte aus unserer Sicht besonders erfolgsversprechend: Die staatliche Nachfrage nach Elektromobilität schafft die dringend benötigten technischen Standardisierungen. Sind diese einmal durch die öffentlichen Fahrzeugflotten etabliert, können private Nutzer den Einstieg deutlich risikoloser wagen als es derzeit aufgrund der Unsicherheit hinsichtlich zukünftiger Leittechnologien der Fall ist. Darüber hinaus führen großvolumige Bestellungen öffentlicher Bedarfsträger zu deutlichen Kostensenkungen. Diese Überlegungen unter dem Aspekt der gebündelten Nachfrage greifen auch bei den derzeit praktizierten Modellversuchen, bei denen elektronische Fahrzeugflotten der Bevölkerung, teilweise kostenlos, teilweise gegen Miete zur Verfügung gestellt werden. Ein entscheidender Unterschied kommt bei den Elektroflotten für den kommunalen oder staatlichen Bedarf aber noch hinzu: Die beim Privatnutzer vorhandenen Berührungängste vor Alternativen zu herkömmlichen Fortbewegungsmitteln kann der Staat wirkungsvoll durch eine erfolgreiche Deckung seines eigenen Bedarfs abbauen – und zwar effektiver als durch jede andere Form staatlicher Förderung. Denn nichts ist überzeugender als Überzeugung selbst.

2.3 Rechtliche Rahmenbedingungen

2.3.1 EG-Richtlinie zur Förderung sauberer und energieeffizienter Straßenfahrzeuge

Mit Inkrafttreten der EU-Richtlinie zur Förderung sauberer und energieeffizienter Fahrzeuge am 4. Juni 2009 wurde eine Beschaffungsrichtlinie verabschiedet, die die Auftraggeber und bestimmte Betreiber dazu verpflichtet, beim Kauf von Straßenfahrzeugen die Energie- und Umweltauswirkungen einschließlich des Energieverbrauchs, der CO₂-Emissionen und bestimmter Schadstoffemissionen während der gesamten Lebensdauer zu berücksichtigen. Dadurch wird der Markt für saubere und energieeffiziente Fahrzeuge gefördert und belebt und der Beitrag des Verkehrssektors zur Umwelt-, Klima- und Energiepolitik der Europäischen Union verbessert. Die Mitgliedstaaten sind verpflichtet, diese Richtlinie in nationales Recht umzusetzen. In Deutschland erfolgte dies im Mai 2011 mit der Neufassung des § 4 Abs. 7 bis 10 VgV und der Anlage 2 zur VgV für den Bereich der VOL/A sowie für Sektorauftraggeber mit der Neufassung des § 7 Abs. 5 und 6, § 29 Abs. 2 SektVO und Anhang 4 zur SektVO.

Inhaltlich soll die Markteinführung sauberer und energieeffizienter Straßenverkehrsfahrzeuge gefördert werden, indem öffentliche Auftraggeber und Unternehmen (Betreiber öffentlicher Personenverkehrsdienste im Sinne der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 vom 23.10.2007) bei der Beschaffung von Straßenverkehrsfahrzeugen den über deren gesamte Lebensdauer anfallenden Energieverbrauch und die Umweltauswirkungen (zumindest Energieverbrauch, Kohlendioxid-Emissionen und Emissionen von Stickoxiden, Nichtmethan-Kohlenwasserstoffen und partikelförmigen Abgasbestandteilen) berücksichtigen. Dies kann entweder durch entsprechende Vorgaben in der Leistungsbeschreibung oder den technischen Spezifikationen oder durch die Berücksichtigung des Energieverbrauchs und der Umweltauswirkungen als Zuschlagskriterien erfolgen. Sollen bei Nutzung der zweiten Option der Energieverbrauch und die Umweltauswirkungen finanziell bewertet werden, ist eine in Art. 6 der Richtlinie 2009/33/EG vorgegebene Berechnungsmethode anzuwenden. Neben dieser als Anlage zur Richtlinie (und entsprechend auch zur VgV bzw. SektVO) veröffentlichten Methode zur Berechnung der über die Lebensdauer von Straßenverkehrsfahrzeugen anfallenden Betriebskosten werden in einer weiteren Anlage Daten zur Berechnung der über die Lebensdauer von Straßenverkehrsfahrzeugen anfallenden externen Kosten zur Verfügung gestellt. Diese betreffen den Energiegehalt von

Kraftstoffen, Emissionskosten im Straßenverkehr und die Gesamtkilometerleistung von Straßenverkehrsfahrzeugen. Damit werden öffentliche Auftraggeber in die Lage versetzt, unterschiedliche Angebote objektiv miteinander zu vergleichen und unter ökologischen Gesichtspunkten zu bewerten.

In der vorgesehenen weiteren Änderung der VgV ist bei der Beschaffung von Straßenfahrzeugen als besondere Produktgruppe künftig das Kriterium des Energieverbrauchs und der Umweltauswirkungen sowohl bei der Leistungsbeschreibung als auch bei der Auswahl des Angebots (als hoch gewichtetes Kriterium) zu berücksichtigen.

2.3.2 Öffentliches Auftragswesen

Neben diesen Neuerungen aufgrund der Richtlinie 2009/33/EG gibt es zahlreiche weitere Herausforderungen aus vergaberechtlicher Sicht, die bei der Beschaffung einer Elektroflotte besonders beachtet werden müssen. Da es sich um einen längerfristigen Dienstleistungs- bzw. Liefervertrag handelt, sind jedenfalls die Regelungen der VOL/A-EG oder der SektVO einschlägig. Fraglich ist etwa, ob ein Verzicht auf eine Fachlosaufteilung und stattdessen eine Gesamtvergabe etwa von Lieferung der Fahrzeuge, Wartungsverträgen für Fahrzeuge und Ladestationen und möglicherweise Stromlieferungsverträge zulässig ist.

Es gibt erste konkrete Lösungskonzepte, wie ein entsprechendes europaweites Vergabeverfahren zur Beschaffung von Elektrofahrzeugen optimal ausgestaltet werden kann. Bedeutsam sind hierbei nicht zuletzt der Einsatz von technisch angemessenen, aber dennoch rechtskonformen Eignungs- und Wertungskriterien. Auch die Antipoden Standardisierung und Wettbewerb sind unter Einhaltung des europäischen Vergaberechts unter einen Hut zu bringen. Dies ist insbesondere unter dem Grundsatz der produktneutralen Leistungsbeschreibung besonders kritisch. Wenn sich die Elektromobilität flächendeckend durchsetzen soll, dann dürfte es erforderlich sein, dass beispielsweise die Stadt A etwa bei den Ladesäulen keine anderen Standards verwendet wie die benachbarte Stadt B. Andernfalls wäre die systembedingte Einschränkung der Mobilität ein sicher nicht zu überwindender Hemmschuh in der Marktdurchdringung der Elektromobilität. Vergaberechtlich ist genau dies aber nicht einfach: Der öffentlicher Auftraggeber muss produktbezogene Leistungsbeschreibungen verwenden und setzt sich damit zumindest grundsätzlich in Widerspruch zu den Vorgaben der VOL/A bzw. der SektVO. Hier sind Lösungswege zu entwickeln, die einer zu erwartenden Nachprüfung durch die vergaberechtlichen Instanzen standhalten.

Relevant ist zudem die Frage der Zulässigkeit interkommunaler Kooperationen. Das Feld der Elektromobilität ist auf kommunaler Ebene auch durch die Stadtwerke geprägt. Deren Einschaltung durch die eigene, beschaffende Kommune dürfte in aller Regel unter Einhaltung der durch den Europäischen Gerichtshof entwickelten Inhouse-Grundsätze auch ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens zulässig sein. Inwieweit auch dritte öffentliche Auftraggeber die Stadtwerke einer fremden Stadt ohne Vergabeverfahren beauftragen können, bleibt zu klären. Die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs aus dem Juni 2009 (EuGH, Urteil vom 09.06.2009, C-480/06) liefert hier nur Ansätze für mögliche Lösungswege und bedarf einer sorgfältigen Analyse des Einzelfalls.

2.3.3 Vertragsrecht und Partnerschaftsmodelle

Weiterhin sind unterschiedliche vertragliche Gestaltungen einer Zusammenarbeit zwischen dem Anbieter von Elektroflotten und der nachfragenden öffentlichen Hand denkbar. Besonders interessant sind hierbei Lebenszyklusmodelle, die den privaten Vertragspartner über die gesamte Lebensdauer der Flotte samt Ladeinfrastruktur (beim derzeitigen Stand der Technik etwa 10 bis maximal 15 Jahre) in die Verantwortung einbinden. Die vertraglichen Regelwerke können den Anbieter verpflichten, für die Instandhaltung der Fahrzeuge als auch der Ladeinfrastruktur Sorge zu tragen. Spezielle Risiken, etwa das Langzeitverhalten der nachladbaren Batterien, müssen vertraglich verankert und einer für beide Seiten annehmbaren Regelung unterworfen werden. Die nachhaltige Verantwortlichkeit des Auftragnehmers kann darüber hinaus mit Energielieferungsverträgen bzw. Energie-Contracting kombiniert werden, so dass der Kommune über die gesamte Vertragslaufzeit günstige Stromkonditionen gesichert sind. In diesem Zusammenhang ist ebenfalls sowohl vertrags- als auch vergaberechtlich zu prüfen, inwieweit der Vertragspartner verpflichtet werden kann, ausschließlich „grünen Strom“, also Energie aus regenerativen Quellen, anzubieten – für viele Marktbeobachter eine zwingende Voraussetzung für die Durchsetzung der E-Mobility.

Um der Idee gerecht zu werden, durch staatliche Bedarfsdeckung der Elektromobilität zum breiten Durchbruch zu verhelfen, sollten die Vertragsmodelle vorsehen, dass auch private Nutzer die Zapfsäulen nutzen können, die durch die öffentliche Hand zur Aufladung ihrer Elektroflotte beschafft werden. Darüber hinaus kann der Private hierdurch Zusatzeinnahmen generieren, die sich positiv auf die Gesamtbilanz des Projektes auswirken. Während dies

von technischer Seite her vergleichsweise unproblematisch ist, sofern der Private sich auf die von öffentlicher Seite gewählten Standards einlässt, stellt es aus rechtlicher und wirtschaftlicher Sicht eine Herausforderung dar. Da die Nutzungsintensität durch Dritte nicht verlässlich prognostizierbar ist, stellt dieser Aspekt ein nur schwer kalkulierbares Risiko für den Auftragnehmer dar. Entscheidend sind neben einem vergaberechtskonformen Leistungsverzeichnis ausgewogene Vertragswerke, die die technischen Besonderheiten einerseits und die juristischen Erfahrungen aus langfristigen Kooperationsmodellen andererseits einfließen lassen. Der kontinuierliche Dialog zwischen Nachfragern und der gesamten Wertschöpfungskette auf Anbieterseite ist erforderlich, um hier geeignete rechtliche und wirtschaftliche Rahmenbedingungen für die Elektromobilität zu schaffen.

Praxishinweis: Die Refinanzierung durch private Nutzer kann dazu führen, dass es sich bei dem Auftrag um eine Dienstleistungskonzession handelt. In diesem Fall gelten besondere vergaberechtliche Anforderungen, da die EU-Vergaberichtlinien keine Anwendung finden.

3. Beratungsangebot der HFK Rechtsanwälte LLP

3.1 Vergabe- und Vertragsrecht

HFK Rechtsanwälte beraten in allen Bereichen, die für die Elektromobilität relevant sind. Wir sind ausgewiesene Experten im Bereich des Vergaberechts, so dass wir sowohl die Flottennutzer als öffentliche Auftraggeber als auch Bieter und Bieterkonsortien umfassend unterstützen können. Von der Erstellung der europaweiten oder nationalen Bekanntmachung über die Festlegung rechtmäßiger Eignungs- und Zuschlagskriterien und die Angebotswertung bis hin zur Zuschlagserteilung und Verfahrensdokumentation begleiten wir öffentliche Auftraggeber. Bietern helfen wir bei der rechtlichen Bewertung von Vergabeunterlagen, Bieterfragen und Rügen sowie erforderlichenfalls beim Führen von Nachprüfungsverfahren.

In vertragsrechtliche Sicht kann HFK Rechtsanwälte LLP auf eine breite Erfahrung im Bereich der Öffentlich-Privaten Partnerschaften zurückgreifen. Die Vertragsmodelle für Kooperationen in Bereich der Elektromobilität erfordern umfassende Kenntnisse der risikoverteilenden Vertragsgestaltung, der Etablierung von Service-Level-Agreements und Bonussystemen.

3.2 Initiative Kommunale Elektroflotte

Dabei verstehen wir Rechtsberatung nicht nur als rein juristische Arbeit. Wir haben den Anspruch, die Projekte sowohl technisch als auch betriebswirtschaftlich zu verstehen und – sofern erforderlich – auch zu hinterfragen.

Zur Förderung dieser neuen Technologie im öffentlichen Fahrzeugbestand ist die Initiative Kommunale Elektroflotte gegründet worden. Vertreter aller Interessensgruppen entwickeln im Bereich der Elektromobilität Modelle für eine nachhaltige Zusammenarbeit zwischen öffentlicher Hand und der Industrie. HFK Rechtsanwälte erarbeiten im Dialog mit Branchenvertretern Partnerschaftsmodelle, die technisch, wirtschaftlich und rechtlich sinnvoll sind und die unterschiedlichen Interessen ausgewogen widerspiegeln.

Die Initiative Kommunale Elektroflotte hat sich interdisziplinäres Forum für den Ideen- und Erfahrungsaustausch im Bereich Elektromobilität etabliert. Gerne lassen wir Sie an unserem Erfahrungsschatz und Knowhow teilhaben.



Initiative Kommunale Elektroflotte

eingetragenes Markenrecht des Deutschen Patent- und Markenamts
Markeninhaberin: HFK Rechtsanwälte LLP

Erneuerung der Straßenbeleuchtung – Pflicht und Chance!

1. Öffentliche Beleuchtung als Aufgabe der kommunalen Daseinsvorsorge

Die Beleuchtung von Straßen gehört zu den Pflichtaufgaben von Deutschlands Kommunen. Eine ausreichende Straßenbeleuchtung ist Voraussetzung für die Verkehrssicherheit sowie die Prävention von Straftaten und Ähnlichem. Der Zustand der Beleuchtungsanlagen in Deutschland weist indes erhebliche Mängel auf, die vor allem auf das Alter und die vielfach unterbliebenen Wartungsleistungen in der Vergangenheit zurückzuführen sind. Veraltete Lichtanlagen zeichnen sich durch einen hohen Verbrauch an Energie sowie CO₂-Emissionen aus. Das Ergebnis sind wachsende Betriebskosten einerseits sowie steigende Umweltbelastungen andererseits.

Stellt man diesen Tatsachen die bis zu 4 Milliarden kWh Strom gegenüber, die in Deutschland jedes Jahr für die Beleuchtung von Straßen, Wegen und öffentlichen Plätzen verbraucht werden und die 900 Millionen Euro, die hierfür jährlich aufzuwenden sind, wird schnell klar, dass Investitionen in diesem Bereich sowohl unter dem Gesichtspunkt des Umweltschutzes als auch des Kostenfaktors für Städte und Gemeinden dringend erforderlich sind. Allerdings ist eine Erneuerung der rund 9 Millionen Leuchten in Deutschland mit einem enormen Investitionsaufwand verbunden. Gerade diese hohen Anfangsinvestitionen erweisen sich in den meisten Kommunen als Hemmschuh, der dazu führt, dass offensichtliche Einsparungen über den Lebenszyklus einer Beleuchtungsanlage, die sich allerdings erst im Verlauf der Jahre bemerkbar machen, schlichtweg unterbleiben. Damit wächst der Investitionsstau und die Situation verschlimmert sich.

Auf der anderen Seite bieten neue Technologien, wie etwa der Einsatz von LED-Leuchtdioden enorme Möglichkeiten, um in den Bereichen Energieverbrauchsmengen, Wartungs- und Instandhaltungskosten vehemente Einsparungen zu erzielen. Theoretisch bis zu 80% Energieeinsparung sind durch den Einsatz dieser neuartigen Leuchtmittel möglich. Daneben bilden moderne Beleuchtungen ein effektives Mittel zur Steigerung der Attraktivität des Straßenbildes, was nicht nur in touristisch geprägten Orten vielfältige gestalterische Spielräume eröffnet.

Der Einsatz macht sich vergleichsweise schnell bezahlt: Die hohen Investitionen amortisieren sich aufgrund der erheblichen Betriebskostenreduzierung schnell. So hat etwa die niedersächsische Stadt Springe in den Jahren 2006 bis 2008 für insgesamt etwas mehr als 500.000,00 EUR alte Straßenbeleuchtungssysteme gegen Energiesparsysteme ausgetauscht. Sie spart deshalb nun 130.000,00 EUR pro Jahr an Betriebs- und Wartungskosten, so dass mit einer Amortisation spätestens 2012 gerechnet werden kann.

2. Rechtliche Rahmenbedingungen und vertragliche Möglichkeiten

2.1 Regulativer Rahmen

Im November 2009 trat die Rahmenrichtlinie 2009/125/EG der EU in Kraft, eine verschärfte Neufassung der Ökodesign-Richtlinie. Während die erste Ökodesign-Richtlinie 2005/32/EG auf mehr Effizienz für energiebetriebene Produkte abzielte, müssen nun generell energieverbrauchsrelevante Produkte berücksichtigt werden. Hintergrund sind die Klimaschutzziele von Kyoto 1997 und der von der EU angestrebte Abbau des CO₂-Ausstoßes um 20% bis zum Jahr 2020. Im Bereich der sogenannten professionellen Beleuchtung (Industrie und öffentliche Beleuchtung) sollen knapp 20 Millionen Tonnen CO₂ eingespart werden.

Zur Durchführung der Richtlinie gilt seit April 2010 die 1. Stufe der EU-Verordnung 347/2010 (in Ergänzung zur Verordnung 245/2009), die auch im Straßenbeleuchtungsbereich Anwendung findet. Schrittweise werden damit veraltete Leuchtstofflampen und Hochdruckentladungslampen sowie ineffiziente Vorschaltgeräte vom Markt genommen. 2015 folgen Quecksilberdampflampen, die nach wie vor in zahlreichen veralteten Straßenleuchten eingesetzt werden. Dies bedeutet, dass lichtschwache Leuchtstofflampen, stromintensive Quecksilberdampflampen und andere nicht effiziente Lichtspender im öffentlichen Raum faktisch gesetzlich abgeschafft werden. Kommunen sollten daher eine systematische Bestandsaufnahme alter Leuchtmittel vornehmen und bei der Neubeschaffung energieeffiziente Lampen zwingend einsetzen.

Die Umsetzung der Ökodesignrichtlinien erfolgt in Deutschland durch das Energiebetriebene-Produkte-Gesetz (EBPG). Nach dem EBPG dürfen energiebetriebene Produkte, die von einer Durchführungsmaßnahme umfasst sind, in Deutschland nur in Verkehr gebracht bzw. in Betrieb genommen werden, wenn die festgelegten Energieeffizienzkriterien eingehalten werden.

2.2 Vorgaben zur Beschaffung

2.2.1 Haushaltsrecht

Die Haushaltsgrundsätze der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit, zu deren Einhaltung die Kommunen verpflichtet sind, unterstützen die Erneuerung veralteter Beleuchtungsanlagen ebenfalls. Die öffentliche Hand ist bei ihrer gesamten Verwaltungstätigkeit durch das Haushaltsrecht zu einem möglichst schonenden und wirtschaftlichen Handeln mit den ihr anvertrauten Ressourcen – den Steuermitteln – verpflichtet. Die Gebote der Wirtschaftlichkeit und der Sparsamkeit stellen elementare Grundsätze des Haushaltsrechts dar, aus denen sich eine besondere, treuhänderische Verantwortung zum sorgfältigen Umgang mit den Steuergeldern ergibt.

Die Notwendigkeit der Betrachtung der Kosten einer Beschaffung über den gesamten Lebenszyklus des Investitionsgutes spiegelt sich auch in der gemeindlichen „Buchführung“ und ihrer Abkehr von der Kameralistik hin zur so genannten Doppik wider, auf die die kommunale Buchführung nach dem Beschluss der ständigen Innenministerkonferenz der Länder vom 21.11.2003 bis spätestens 2012 umgestellt werden soll. Erklärtes Ziel und Anlass der Einführung der Doppik ist es, im Wege der Vorgabe spezieller Buchführungsregeln sicherzustellen, dass die Kommunen nicht zu Lasten nachfolgender Generationen wirtschaften können, sondern künftige Auswirkungen ihres gegenwärtigen Handelns in ihre wirtschaftlichen Erwägungen einbeziehen und transparent nachprüfbar in ihrer Buchführung abbilden müssen. Die Doppik ermöglicht also – im Gegensatz zur kameralistischen Buchführung – nicht nur die Abbildung der Geldflüsse, sondern auch die des Ressourcenverbrauchs und der Abschreibung sowie von Pensionsrückstellungen. Im Gegenzug nötigt die doppische Buchführung die öffentliche Hand zu einer frühzeitigen, transparenten und vor allem vorausschauenden Auseinandersetzung mit den langfristigen wirtschaftlichen Folgen ihres Handelns. So müssen etwa vorab Rückstellungen für künftig zu erwartende Folgekosten einer Beschaffung gebildet und in die Bilanz eingestellt werden. Zugleich macht dieses Vorgehen die Lebenszykluskosten eines Investitionsgutes sichtbar.

2.2.2 Vergaberecht

Ganz grundsätzlich ist davon auszugehen, dass eine Vielzahl von Altverträgen nicht ohne weiteres verlängert werden darf, sondern eine Neuausschreibung im Rahmen eines euro-

paweiten Vergabeverfahrens erforderlich ist. Nach den vom EuGH in der Rechtssache „Presstext Austria“ (Urteil vom 19.06.2008 – Rs. C-454/06) aufgestellten Kriterien, wann eine Neuausschreibung bei Veränderung bestehender Verträge zu erfolgen hat, ist jedenfalls eine Verlängerung, die nicht im ursprünglichen Vertrag als Option vorgesehen war und weitere Umsätze für den Auftragnehmer verspricht, ein Vorgang, der eindeutig dem Vergaberecht unterfällt. Die steigende Aufmerksamkeit der Europäischen Kommission hinsichtlich derartiger Vorgehensweisen in Deutschland sowie die Möglichkeit konkurrierender Unternehmen, hiergegen mittels Nachprüfungsverfahren vorzugehen, sorgt für eine wachsende Berücksichtigung der vergaberechtlichen Pflichten im Bereich der öffentlichen Beleuchtung.

Mit der VgV 2010 wurden Regelungen eingefügt, die der Umsetzung der Richtlinie vom 05.04.2006 über Energieeffizienz und Energiedienstleistungen (RL 2006/32/EG) dienen: Danach sind öffentliche Auftraggeber künftig verpflichtet, in der Leistungsbeschreibung bei der Beschaffung technischer Geräte oder Ausrüstungen Angaben zur Energieeffizienz und – falls geeignet – eine Analyse minimierter Lebenszykluskosten abzufragen (vgl. §§ 4 Abs. 6 Nr. 1, 6 Abs. 2 Nr. 2 VgV; ebenso: § 7 Abs. 4 SektVO). Zudem kann der Energieverbrauch von technischen Geräten und Ausrüstungen als Wertungskriterium berücksichtigt werden. Zur verstärkten Förderung von Umweltaspekten und der Reduzierung des Energieverbrauchs sind unter dem Aspekt der Nachhaltigkeit bei der Wirtschaftlichkeitsbetrachtung daher nicht nur der Angebotspreis, sondern die Kosten einer Beschaffung über die gesamte Lebensdauer entscheidend. Parallel hierzu fanden die Lebenszykluskosten auch Eingang in die VOL/A. Nach § 16 Abs. 8 VOL/A bzw. § 19 Abs. 9 VOL/A EG zählen Lebenszykluskosten zu den Kriterien, die bei der Angebotswertung berücksichtigt werden können.

In der vorgesehenen weiteren Änderung der VgV wird die Energieeffizienz noch stärker gewichtet werden. Künftig sollen bereits im Rahmen der Leistungsbeschreibung die höchsten Leistungsniveaus und Effizienzklassen gefordert werden. Außerdem muss das Kriterium der Energieeffizienz künftig bei der Auswahl des wirtschaftlichsten Angebotes im Rahmen des Beschaffungsvorgangs entsprechend hoch gewichtet werden.

Die Beschaffung von Beleuchtungsanlagen sind für eine Berücksichtigung des Lebenszyklusansatzes besonders geeignet, da es sich um langlebige Produkte mit zunächst höheren Anschaffungskosten handelt, deren Erwerb sich jedoch anhand einer solchen Analyse im Hinblick auf geringere Lebenszeit-Energiekosten als wirtschaftlich sinnvoll

erweisen kann. Für die Auftragsvergabe selbst sind die praktischen Auswirkungen vielfältig: Lebenszykluskosten können zunächst Gegenstand der Leistungsbeschreibung sein. Nur diejenigen Angebote, die die aufgestellten Anforderungen erfüllen, kommen überhaupt für den Zuschlag in Betracht. Alternativ könnten die Lebenszykluskosten als Zuschlagskriterium Berücksichtigung finden. In diesem Fall kann der Auftraggeber durch die Gewichtung des Wertungskriteriums „Lebenszykluskosten“ weitgehend frei festlegen, wie wichtig ihm optimierte Lebenszykluskosten im Vergleich zu anderen Faktoren der Wirtschaftlichkeit sind. Beide Ansätze können in der Praxis grundsätzlich kombiniert werden. So ist es möglich, über die im Leistungsverzeichnis angelegten Mindestanforderungen hinausgehende zusätzliche Qualitäten bei der Wertung positiv zu berücksichtigen.

2.3 Vertragliche Organisationsmodelle

2.3.1 Langfristige Verantwortungsteilung

Die Besonderheiten der Beleuchtungsanlagen, die sich durch eine hohe Anfangsinvestition kombiniert mit großem Einsparpotenzial über die Betriebsdauer auszeichnen, lassen sich durch Vertragswerke so nutzen, dass sowohl die Kommunen als öffentliche Aufgabenträger, als auch Unternehmen profitieren können. Durch vertragliche Partnerschaftsmodelle, die den Lebenszyklusansatz, eine optimale Risikoverteilung und lange Vertragslaufzeiten kombinieren, ist es möglich, dem Investitionsstau in diesem Bereich effektiv zu begegnen. Der Auftragnehmer übernimmt bei dieser Form der Zusammenarbeit nicht nur die Herstellung bzw. Lieferung der Beleuchtungsanlagen, sondern ist darüber hinaus auch für deren langfristigen Betrieb zuständig. Und auch die Finanzierung kann dem Auftragnehmer dabei übertragen werden und so einem eventuellen Investitionsstau aufgrund knapper öffentlicher Mittel wirksam begegnen. Die betrieblichen Leistungen können neben der Instandhaltung (Inspektion, Wartung, Instandsetzung) auch das Betriebsmanagement, also insbesondere die betriebswirtschaftliche Abrechnung, Verfolgung von Schadensersatzansprüchen, die Betriebssteuerung sowie eine Systemoptimierung umfassen.

Außerdem ist denkbar, dass auch die Energieversorgung in das betriebliche Leistungssoll des Auftragnehmers übertragen wird. Wenngleich in vielen Altverträgen die Verantwortlichkeit für die Beleuchtungsanlagen an die Energieversorger übertragen wurde, ist diese Kopplung einerseits wegen des Grundsatzes der Losvergabe (§ 97 Abs. 3 GWB) vergaberechtlich nicht unproblematisch, andererseits auch wirtschaftlich nicht mehr automatisch vorteilhaft. Zudem

ist bei einer Entkopplung der Stromlieferung vom Aufgabenbereich des Auftragnehmers gewährleistet, dass dieser ein Interesse an Energieeinsparungen hat. Darüber hinaus behält der Auftraggeber gegenüber dem Stromlieferanten Verhandlungsmöglichkeiten – trotz der langfristigen Bindung an den Auftragnehmer. Eine Einbindung der Energieversorgung in das Leistungssoll des privaten Dienstleisters dürfte daher im Regelfall keine Vorteile bringen.

Inhaltlich steht hinter einer solchen „Paketvergabe“ der folgende Gedanke: Die öffentliche Hand überträgt dadurch die Verantwortung für die Lebenszykluskosten auf den Auftragnehmer. In diesem Fall muss sie selbst keine Prognosen über die Entwicklung von Betriebs- und Folgekosten anstellen. Sie vergleicht stattdessen die Angebotspreise der Bieter, die eine solche Kostenprognose in ihre Kalkulation einrechnen. Damit ist eine Berücksichtigung der Lebenszykluskosten sozusagen Leistungsbestandteil des Vertrages. Bestandteil der Angebote in derartigen Ausschreibungen sind damit neben den Anschaffungskosten auch sämtliche Folge- und Betriebskosten. Diese werden in die Preisbildung einkalkuliert, da sie vom Auftragnehmer zu tragen sind.

2.3.2 Vertragliche Regelungen im Einzelnen

Das Eigentum an den Lichtsignalanlagen sollte nicht zuletzt aufgrund einiger kommunal- und straßenverkehrsrechtlicher Vorgaben auf Seiten der Stadt verbleiben. Dies trifft sowohl auf neu zu erstellende als auch auf Altanlagen zu, die langfristig vom Auftragnehmer unterhalten werden müssen.

Der Auftragnehmer erhält über eine Vertragslaufzeit von 15 oder 20 Jahren eine monatliche Vergütung, die sich an der Anzahl der Beleuchtungspunkte orientiert, die in seinen Verantwortungsbereich fallen. Einheitspreise für Erneuerungsleistungen sorgen für eine hohe Planungssicherheit des Auftraggebers. Das Entgelt wird durch Energie-, Material- und Personalkostenindizes jährlich angepasst. Vertragliche Regelungen sorgen dafür, dass Schlechtleistungen in der Betriebsphase durch eine Reduzierung des Entgelts wirksam bestraft werden. Hierfür kann je nach Schwere der Schlechtleistung sowohl hinsichtlich der geforderten Reaktionszeit als auch in Bezug auf die Höhe des Entgeltabzugs differenziert werden.

Um eine erfolgreiche langfristige Partnerschaft zwischen kommunalen Aufgabenträger und privatem Unternehmen begründen zu können, ist es von entscheidender Bedeutung,

dass die Bestands- und Betriebsdaten vollständig spätestens mit der Aufforderung zur Angebotsabgabe übergeben werden. Voraussetzung hierfür ist eine detaillierte Bestandsaufnahme im Vorfeld, die neben einer quantitativen Typenauflistung auch das Alter und den jeweiligen Zustand sämtlicher Komponenten der Beleuchtungsanlage (einschließlich Kabelanlagen) aufführt. Die Praxis zeigt, dass oftmals große Unklarheit hinsichtlich des aktuellen Zustands der Beleuchtungsanlagen auf Seiten der Aufgabenträger herrscht. Darüber hinaus ist eine Dokumentation der betrieblichen Erfordernisse und der technischen Anforderungen den Bietern (und dem späteren Auftragnehmer) zur Verfügung zu stellen.

Das Risiko der Zerstörung durch Verkehrsteilnehmer, höhere Gewalt oder Vandalismus ist ebenfalls übertragbar. Hierbei kommt es auf eine interessensgerechte Vertragsgestaltung an, die insbesondere den Auftragnehmer nicht zu sehr überfordert, da sich dies – oftmals unnötigerweise – in einer Erhöhung der Angebotspreise niederschlägt.

Praxishinweis: Um herauszufinden, welche Risikoübertragungen von den Anbietern zu welchen Konditionen akzeptiert werden, ist es möglich, eine sogenannte Marktansprache durchzuführen. Deren Ergebnisse finden Eingang in die späteren Vergabeunterlagen. Allerdings sind die vergaberechtlichen Implikationen (Stichwort "Projektantenproblematik") hierbei sorgfältig zu berücksichtigen.

3. Beratungsangebot der HFK Rechtsanwälte LLP

HFK Rechtsanwälte unterstützt sowohl Kommunen als auch private Anbieter im Bereich der öffentlichen Stadtbeleuchtung. Durch unsere langjährige Erfahrung bei der Erstellung und Vergabe von Kooperationsverträgen auf dem Infrastruktursektor sowie unsere ausgewiesene Expertise bei der Begleitung von Auftraggebern ebenso wie Bietern bei europaweiten Vergabeverfahren sind wir Ihr Partner für die rechtliche Beratung bei Beleuchtungsprojekten. HFK Rechtsanwälte verfügen zudem über ein enges Netzwerk zu technischen und betriebswirtschaftlichen Spezialisten aus diesem Gebiet. Wir sind daher in der Lage, Sie umfassend zu unterstützen.



Zukunftsfähige Energieerzeugung

Sicherung von Flächen zur Projektierung von Windparks und Biogasanlagen

1. Die Bedeutung der Sicherung von Grundstücken für die Projektierung

1.1 Flächenbedarf

Flächen zur Projektierung von Windparks oder Biogasanlagen sind rar. In den meisten Bundesländern sind in den Raumordnungsplänen Flächen für Windenergie nur in sehr geringem Umfang ausgewiesen. Dabei sind aus wirtschaftlicher Sicht bei weitem nicht alle dieser Flächen zum Betrieb geeignet. Darüber hinaus ist die Ausweisung der Fläche im Raumordnungsplan zwar eine der Genehmigungsvoraussetzungen, es treten aber eine Fülle weiterer Voraussetzungen hinzu, die die tatsächlich zur Verfügung stehenden Flächen weiter begrenzen. Auch Biogasanlagen können nicht an beliebigen Standorten realisiert werden. Auch hier sorgen zum Teil sehr restriktiv gehandhabte Genehmigungsvoraussetzungen für eine drastische Verringerung der potentiellen Flächen. Bei Biogasanlagen sind die Flächen zum Betrieb insbesondere auch durch wirtschaftliche Rahmenbedingungen stark begrenzt. Der erfolgreiche Betrieb einer Biogasanlage hängt von dem Rohstoffbezug und dem Absatzmarkt vor allem für die erzeugte Wärme ab. Nur wenn beides optimiert ist, kann eine Biogasanlage wirtschaftlich arbeiten – dies ist aber nur an sehr begrenzten Standorten möglich.

Demgegenüber ist der Flächenbedarf zum Betrieb eines Windparks immens. Ein durchschnittlicher Windpark besteht aus ca. 10 Windenergieanlagen mit jeweils einer Nennleistung von ca. 2,0 bis 2,5 MW. Die einzelne Windenergieanlage hat eine Nabenhöhe von über 100 m und einen Rotordurchmesser von ebenfalls über 50 m (damit beträgt die Gesamthöhe über 150 m; zum Vergleich: Der Kölner Dom ist ebenfalls 157 m hoch). Berücksichtigt man nun, dass zur Vermeidung von Abschattungsverlusten zwischen den einzelnen Anlagen mehrere 100 m Abstand gehalten werden müssen, so ergibt sich leicht ein Flächenbedarf für den gesamten Windpark von mehreren 10.000 m².

Hinzu kommt eine oft kilometerlange Kabeltrasse bis zur nächst möglichen Einspeisegelegenheit. Zusätzlich muss für die Wartung und aus feuerpolizeilichen Gründen eine Zuwegung zu sämtlichen Anlagen geschaffen werden.

Aber auch der Flächenbedarf einer Biogasanlage ist nicht zu unterschätzen. Eine Anlage mit einer Nennleistung von ca. 5 MW benötigt mehrere 1000 m² Grundfläche. Auch bei Biogasanlagen kommen lange Leitungswege hinzu. Strom und Wärme müssen an die Abnehmer geliefert werden. Zuwegungen zum Antransport des Rohstoffes sind selbstverständlich ebenfalls erforderlich.

1.2 Relevanz der Flächensicherung

Eine Projektierung eines Windparks oder einer Biogasanlage ist nur mit einer frühzeitigen Sicherung der benötigten Flächen möglich. Nur wenn die benötigten Flächen für die Zeit der Projektierung und selbstverständlich für die nachfolgende Zeit des Betriebes der Anlage gesichert sind, können die weiteren Schritte angegangen werden. Die Finanzierung solcher Projekte, die bei einem Windpark der oben beschriebenen Größe ca. 25 Millionen EUR und bei einer Biogasanlage ebenfalls mehrere Millionen Euro beträgt, kann nur nach Sicherung der Flächen mit Erfolg beantragt werden. Für Banken oder andere Kapitalgeber hat die Sicherung der Flächen oberste Priorität.

Damit wird aber der Baustein Flächensicherung für die Projektierung zu einem erheblichen und unabwendbaren Kosten- und Risikofaktor. Oftmals erfolgt die Flächensicherung in der Weise, dass bereits in der Projektierungsphase – also wenn noch gar nicht sicher ist, dass später gebaut wird – Gelder an Grundstückseigentümer fließen (müssen). Teilweise sehen sich Projektierer auch gezwungen, wichtige Grundstücke in der Projektierungsphase zu erwerben. Dabei entspricht der zu bezahlende Preis sicherlich nicht dem Wert des Grundstücks, der bei einem Wiederverkauf bei einer gescheiterten Projektierung erzielt werden kann.

1.3 Verschiedene Flächen und Vertragspartner

Die zu sichernden Flächen sind nicht nur mit den einzelnen Standorten gleichzusetzen. Ein Windpark benötigt neben den eigentlichen Standorten, die aufgrund der Fundamente von ca. 20 x 20 m bereits 400 m² betragen, zahlreiche weitere Flächen. In den erforderlichen bau- oder immissionsrechtlichen Genehmigungen und in den Kaufverträgen der Windenergieanlagen ist meist festgeschrieben, dass neben der Windenergieanlage ein Kranstellplatz errichtet und vorgehalten werden muss. Dieser ist für Reparaturarbeiten oder im Brandfall unbedingt erforderlich.

Wie bereits oben erwähnt, ist selbstverständlich auch die ständige Erreichbarkeit der Anlagen zu gewährleisten. Dafür wird ein weitläufiges Wegenetz benötigt. Für die Abführung des erzeugten Stroms (aber auch für den Bezug von Strom) werden Kabeltrassen benötigt. Je nach Standort und Infrastruktur in der unmittelbaren Umgebung kann eine solche Kabeltrasse auch bis zu 20 km betragen. Selbstverständlich müssen auch dafür die entsprechenden Flächen gesichert werden. Nicht selten müssen am anderen Ende der Kabeltrasse Umspannwerke zur Einspeisung des erzeugten Stromes dann auch noch selber errichtet werden.

Ein wichtiger und großer Flächenbedarf besteht aber auch darin, Konkurrenz zu vermeiden. Windenergieanlagen reagieren sehr empfindlich auf andere Anlagen in der näheren Umgebung. Es muss deshalb gewährleistet sein, dass innerhalb eines Windparks und in den angrenzenden Flächen keine Konkurrenzanlagen gebaut werden. Dies bedeutet, dass der Windparkprojektierer sich die gesamten Flächen des Parks und dessen Randzonen sichern muss. Hinzu kommt, dass für die Erteilung der Genehmigung häufig Baulasten auf Nachbargrundstücken eingetragen werden müssen. Die Baulasten sichern ordnungsrechtlich, dass in einem bestimmten Umkreis nicht gebaut werden darf. In der Regel (abhängig von den einzelnen Bundesländern) muss die Baulastfläche einem Kreis mit einem Radius der Gesamthöhe der Anlage entsprechen. Auch wenn eine solche Baulast auf der grünen Wiese für den Grundstückseigentümer selbstverständlich keine Belastung darstellt, müssen die Flächen (monetär) in dieser Form gesichert werden.

Fallen bei einer Biogasanlage die Problematik der Konkurrenz und der Baulasten weg, so bleibt der enorme Flächenbedarf für den Standort selbst sowie für die Kabeltrasse und den Wärmeabtransport.

Danach ergeben sich aus der Verschiedenheit der Inanspruchnahme folgende Flächen, die gesichert werden müssen:

- Standorte und zugehörige Kranstellflächen
- Flächen zur Einhaltung der Baulasten und zur Vermeidung von Konkurrenz
- Zuwegungen und Kabeltrassen bzw. Trassen zur Abfuhr von Wärme
- Ggf. Umspannwerke und Flächen für Ausgleichsmaßnahmen

So verschiedenartig die benötigten Flächen sind, so unterschiedlich sind auch die Vertragspartner, die regelmäßig bei der Projektierung auftreten. In der Regel handelt es

sich zunächst um die (landwirtschaftlichen) Grundstückseigentümer. Aus dem gesamten Grundstück fällt die Fläche des Fundamentes und des Kranstellplatzes heraus, so dass auch Gestattungsverträge mit den Pächtern und den tatsächlichen Bewirtschaftern dieser Flächen geschlossen werden müssen. Einen ganz wichtigen Faktor spielen Verträge mit den Gemeinden auf deren Gemarkung, die Projekte errichtet werden sollen. Meist sind diese Gemeinden auch Eigentümer eines oder mehrerer Standortgrundstücke und insbesondere die Wegeflächen werden von den Gemeinden vertraglich zur Verfügung gestellt. Dieser Vertragsmix tritt sowohl bei Windparks als auch Biogasanlagen auf.

2. Probleme und Lösungsansätze bei der Sicherung der benötigten Flächen

So vielschichtig die Problematiken bei der Sicherung der benötigten Flächen sind, so umfassend sind auch die Lösungsansätze, mit denen in der Praxis vorgegangen wird. Sämtlichen Gestaltungen der vertraglichen Regelungen sind aber gemein, dass zum einen eine materiell-rechtliche Lösung (also der Vertrag an sich) gefunden werden muss und darüber hinaus eine dingliche Sicherung (also ein Recht an einem Grundstück, das ins Grundbuch eingetragen wird) erfolgen muss.

2.1 Materiell-rechtliche Vertragsgestaltung

Die meisten oben bereits angesprochenen möglichen Vertragsbeziehungen haben die folgenden Problematiken gemein:

2.1.1 Zeitpunkt der Sicherung

Aus Sicht des Projektierers ist es unerlässlich, die benötigten Flächen frühzeitig zu sichern. Wie bereits oben ausgeführt, ist für den Erhalt einer Finanzierungszusage zwingende Voraussetzung, die Standortgrundstücke und zentrale Grundstücke der Kabel- und Wegetrasse frühzeitig zu sichern. Sowohl die Windpark- als auch Biogasprojektierung kann sich über mehrere Jahre hinziehen. Alleine das Genehmigungsverfahren, ggf. mit einer Umweltverträglichkeitsprüfung, kann Jahre dauern. Zwischen der Sicherung des Grundstücks und der Inbetriebnahme der Anlage können somit durchaus fünf oder mehr Jahre liegen.

Dadurch wird eindrücklich deutlich, dass es auf Seiten der Projektierer und der Grundstückseigentümer zwangsläufig zu widerstreitenden Interessen kommt. Der Projektierer

möchte eine Vergütung so spät wie möglich entrichten, nämlich erst wenn seine Anlage tatsächlich auch ans Netz geht. Dem gegenüber möchte der Grundstückseigentümer für die Zeit der Projektierung sein Grundstück nicht unentgeltlich dem Projektierer zur Verfügung stellen und dadurch für andere Projektierer verschließen.

Eine Lösung dieses Konfliktes ist wie fast immer nur mit einem beiderseitigen Nachgeben bei der Vertragsgestaltung zu erreichen. Dies kann z. B. darin bestehen, dass dem Grundstückseigentümer nach einem gewissen Zeitraum der Zurverfügungstellung (z. B. drei Jahre) ein Kündigungsrecht eingeräumt wird. Hat der Grundstückseigentümer nach diesem Zeitraum die Sorge, dass der Projektierer die Realisierung nicht erreichen wird, so wird der Grundstückseigentümer wieder frei und kann mit einem weiteren Projektierer kontrahieren. Mit diesem Ansatz korrespondiert die Möglichkeit, dass der Projektierer nach dem zunächst zugestandenem Zeitraum sich weiter die Fläche sichern kann – dann aber eben nur gegen Vergütung.

2.1.2 Art und Umfang der Nutzungseinräumung

Die rechtliche Einordnung des Vertrages zwischen Projektierer und Grundstückseigentümer bzw. Gemeinde bzgl. der Bereitstellung von Flächen soll gegenständlich nicht bis ins Letzte diskutiert werden. Richtigerweise dürfte es sich dabei um einen Mietvertrag bezüglich dieser Flächen handeln.

Wichtig ist bei jeder Vertragsgestaltung, dass dem Projektierer möglichst weitgehende Rechte zur Nutzung des Grundstücks eingeräumt und diese umfassend beschrieben werden. Sowohl bei dem Standortgrundstück einer Windenergieanlage als auch bei einer Biogasanlage muss dem Projektierer das Recht eingeräumt werden, die Anlage errichten und betreiben sowie sämtliche erforderlichen Wege und Kabeltrassen anlegen zu dürfen. Aus Konkurrenzschutzgründen kommt bei Windenergieanlagen häufig die Verpflichtung des Grundstückseigentümers hinzu, auf angrenzenden Grundstücken (z. B. in der Entfernung bis zu 500 m) keine Windenergieanlagen von anderen Projektierern/Betreibern errichten zu lassen.

2.1.3 Dauer der Verpflichtung

Ein zentrales Thema für die Sicherung der Flächen bildet die Dauer der vertraglichen Verpflichtung zur Bereitstellung des Grundstücks. Dies hat vor allem bei Windenergieanlagen den rechtlichen Hintergrund, dass der Projektierer/Betreiber der Anlagen verhindern möchte,

dass die Anlage ein „wesentlicher Bestandteil des Grundstücks“ wird. Wesentliche Bestandteile eines Grundstücks gehen nämlich gesetzlich in das Eigentum des Grundstückseigentümers über. Dies kann vertraglich auch nicht ausgeschlossen werden. Dies ist im Hinblick auf die Finanzierung aber sehr problematisch. Der Projektierer/Betreiber solcher Anlagen übereignet regelmäßig zur Sicherheit das Eigentum an der Anlage an den Kapitalgeber. Sollte nun allerdings der Grundstückseigentümer allein aufgrund der Verbindung der Anlage mit Grund und Boden originäres Eigentum erwerben, so führt dies zwangsläufig zu einem unlösbaren Konflikt.

Ohne allzu weit in die Tiefe zu gehen, wird darauf verwiesen, dass diese Fragestellung in Rechtsprechung und Literatur höchst umstritten ist. Ein Lösungsansatz wird darin gesehen, dass der Nutzungszeitraum nicht unbegrenzt vereinbart wird. Werden „lediglich“ 20 bis 30 Jahre für die Nutzungsmöglichkeit bestimmt, so soll daraus deutlich werden, dass die Anlage nicht dauerhaft mit dem Grundstück verbunden ist. Sie wird deshalb nicht als wesentlicher Bestandteil des Grundstücks angesehen und bleibt im Eigentum des Projektierers/Betreibers (oder der Bank als Kapitalgeber).

2.1.4 Formen der materiell-rechtlichen Sicherung

Auf den ersten Blick scheint der Kauf die einfachste Form zu sein, sich das Nutzungsrecht an einem Grundstück zu sichern. Allerdings begegnet diese Sicherungsform hinsichtlich der Wirtschaftlichkeit und dem damit verbundenen Liquiditätsverlust gravierenden Bedenken. Diese Art der Flächensicherung wird somit nur in Ausnahmefällen und bei strategisch außerordentlich wichtigen Standorten gewählt. Häufiger werden dabei sicherlich Kaufoptionen oder ähnliche Varianten angedacht. Diese begegnen aber denselben zeitlichen Problematiken wie sie oben bereits beim Zeitpunkt des Vertragsschlusses angesprochen wurden. Darüber hinaus muss bei Kaufverträgen auch bereits beim Abschluss an das Ende der Betriebszeit gedacht werden. Regelmäßig möchten Projektierer das Grundstück nicht länger als die vorgesehene Nutzungsdauer gesichert haben. In diesem Fall muss bereits heute an einen Rückkauf oder ähnliche Vorgehensweisen gedacht werden.

Deshalb ist ein umfassender Nutzungsvertrag in Form eines Mietvertrages die am meisten praktizierte Variante. Diese räumt dem Projektierer/Betreiber für eine definierte Dauer (meist 20 bis 30 Jahre, ggf. mit einer einseitigen Verlängerungsoption) das umfassende Recht zur Nutzung des Grundstücks ein.

Wie bereits ebenfalls angedeutet, wird darüber hinaus mit dem Pächter bzw. dem tatsächlichen Bewirtschafter (der im Falle einer Unterpacht vom Pächter abweichen kann) eine Vereinbarung getroffen. Es leuchtet ein, dass ein Grundstückseigentümer nicht mit zwei Nutzungsberechtigten gleichzeitig (nämlich dem Projektierer und dem Pächter) vertragliche Vereinbarungen über die selbe Flächen treffen kann. Dafür, dass dem Pächter ein gewisser Umfang seines Rechtes genommen wird, muss er auch einen Ausgleich erhalten.

Die schwierigste und umfassendste vertragliche Vereinbarung besteht aber häufig mit Gemeinden, auf deren Gemarkungen eine Projektierung erfolgen soll. Nicht nur, dass Gemeinden häufig selbst als Grundstückseigentümer eines Standortes oder von Flächen für Kabeltrassen auftreten, auch aus anderen Gründen ist die Gemeinde ein wichtiger Vertragspartner. Insbesondere das Wegenetz, das von der Gemeinde zur Verfügung gestellt wird, ist für den Betreiber einer Anlage außerordentlich wichtig. Die Vereinbarung mit Gemeinden betrifft aber meist auch ganz andere Probleme. Selbstverständlich haben Gemeinden ein großes Interesse daran, dass Gewerbesteuer der Projektgesellschaften in ihrem Gemeindegebiet verbleiben. Dies ist rechtlich aber häufig problematisch, da die Gewerbesteuer in der Regel dort anfällt, wo das Personal der Betreibergesellschaft sitzt. Dies ist sowohl bei Windparks als auch bei Biogasanlagen häufig nicht der Standort der Anlage selbst. Die Anlagen werden weitgehend ohne Personal vor Ort betrieben und so fällt die Gewerbesteuer an dem Sitz der Betreibergesellschaft an. Durch Vereinbarungen zwischen den Gemeinden der Betreibergesellschaft und der Standorte können allerdings Gewerbesteuerverlagerungen erzielt werden. Und schließlich ist die Bindung der Gemeinde als verlässlicher Vertragspartner schon deshalb geboten, da sie erhebliche Mitwirkungsrechte im Genehmigungsverfahren hat.

2.1.5 Die Vergütungsseite der vertraglichen Vereinbarung

Von zentraler Bedeutung für den Vertragspartner des Projektierers ist selbstverständlich die Vergütung, die er für die Zurverfügungstellung seines Grundstückes erhält. Aber auch für den Projektierer/Betreiber der Anlagen ist dies als einer der wesentlichen Kostenfaktoren während des Betriebszeitraumes von immenser Wichtigkeit.

Dabei kommt es wiederum zwangsläufig zu widerstreitenden Interessenlagen. Nicht nur der oben bereits angesprochene Beginn der Vergütung ist problematisch, auch ist dem Grundstückseigentümer daran gelegen, unabhängig vom tatsächlichen Ertrag der Anlage

ein Nutzungsentgelt zu erhalten. Dem gegenüber versucht der Projektierer/Betreiber, die zu entrichtende Vergütung erstens soweit wie möglich nach hinten hinauszuschieben und zweitens vom tatsächlichen Ertrag der Anlage abhängig zu machen. Dabei sind den Formen der vertraglichen Vereinbarung kaum Grenzen gesetzt und unzählige Varianten möglich. Häufig werden natürlich Mischformen gewählt, bei denen der Grundstückseigentümer eine Grundvergütung bekommt und an überdurchschnittlich guten Erträgen profitiert. Bei einer Laufzeit von 20 bis 30 Jahren ist es auch häufig der Fall, dass die Parteien eine automatische Erhöhung der (Grund-) Vergütung vereinbaren. Dies soll nicht nur eine Inflation ausgleichen, sondern auch der natürlichen Entwicklung Rechnung tragen, dass Anlagen in den letzten Jahren ihres Betriebes außerordentlich wirtschaftlich sind. Zu diesen späten Zeitpunkten sind die Abschreibungen und Tilgungen als wesentliche Kostenfaktoren abgeschlossen und somit hat der Betreiber der Anlage auch einfach mehr zu verteilen.

2.1.6 Sonderproblem der dreiseitigen Vereinbarung

Sämtliche Nutzungsverträge haben die Besonderheit, dass sie dreiseitig ausgestaltet sein müssen. Die Übertragbarkeit der Verträge ist unabdingbare Voraussetzung. Zum einen bereitet der Projektierer häufig nur den Betrieb einer Anlage vor. Dann ist es aber erforderlich, dass das gesamte Vertragswerk auf den späteren Betreiber einer Anlage übertragen werden kann. Zum anderen besteht jeder Kapitalgeber darauf, dass er ein Eintrittsrecht im Fall der Notleidung des Kredits erhält.

Selbstverständlich muss im Gegenzug zu diesen berechtigten Interessen des Projektierers für den Grundstückseigentümer sicher gestellt werden, dass er durch einen eventuellen Eintritt einer anderen Gesellschaft in den Vertrag keinen Nachteil erleidet. Es darf ihm nicht wahllos ein neuer Vertragspartner aufgedrängt werden und dieser Dritte muss verpflichtet sein, sämtliche Rechte und Pflichten aus dem bestehenden Vertrag inhaltsgleich zu übernehmen.

Die Dreiseitigkeit der Verträge zieht sich durch die gesamte vertragliche Beziehung. Insbesondere bei Kündigungsrechten des Grundstückseigentümers muss gewährleistet sein, dass vor Ausübung der Kündigung dem Dritten ein Eintrittsrecht eingeräumt wird, wenn er die Kündigungsrechte beseitigt (z. B. ausstehende Zahlungen nachholt). Die Übertragbarkeit der vertraglichen Beziehung spiegelt sich natürlich auch in der unten abzuhandelnden dinglichen Sicherheit wider.

2.1.7 Sonderproblem Rückbauverpflichtung

Sowohl bei dem Betrieb einer Windenergieanlage als auch einer Biogasanlage besteht zum Ende der Betriebszeit ein erhebliches Problem, dem bereits zu Beginn der vertraglichen Vereinbarung Rechnung getragen werden muss. Die Anlagen müssen zurück gebaut werden.

Dabei drängen Genehmigungsbehörden häufig bereits bei der Erteilung der Genehmigung darauf, dass dies in irgendeiner Form (vertraglich) gesichert ist. Viele Genehmigungsbehörden erteilen nur noch Genehmigungen, wenn z. B. über eine Bürgschaft die Kosten eines Rückbaus abgesichert sind. Dabei muss berücksichtigt werden, dass es für diese Rückbauverpflichtung ein Stufenverhältnis gibt:

Zunächst ist selbstverständlich der Betreiber als Genehmigungsadressat bzw. Eigentümer der Anlage durch entsprechende Auflagen zum Rückbau verpflichtet. Allerdings haftet bei einem Ausfall des Betreibers der Grundstückseigentümer subsidiär für die Rückbauverpflichtung. Der Grundstückseigentümer hat somit als erstes ein Interesse daran, dass ihm gegenüber gesichert ist, dass die Kosten für einen Rückbau von einem Dritten übernommen werden. Sollte allerdings auch der Grundstückseigentümer als Rückbauverpflichteter ausfallen, so ist die Gemeinde verpflichtet, die Anlage zurückzubauen. Somit hat auch sie ein Interesse daran, dass ihr gegenüber diese Kosten abgesichert sind. Auch dies fließt meistens in die umfangreichen vertraglichen Beziehungen mit Gemeinden ein.

Die Absicherung erfolgt in der Regel durch eine Bürgschaft. Dabei muss eine Lösung gefunden werden, dass der Projektierer nicht verpflichtet ist, drei Bürgschaften (gegenüber dem Grundstückseigentümer, der Gemeinde und der Genehmigungsbehörde) zu stellen.

Praxishinweis: Aufgrund der Vielzahl abzuschließender Nutzungsverträge sind dies meist Allgemeine Geschäftsbedingungen und unterliegen somit den Einschränkungen der §§ 305ff BGB. Aufgrund der Art des Vertragsabschlusses als Haustürgeschäft sind besondere Belehrungen vorzunehmen und Widerrufsrechte einzuräumen.

2.2 Dingliche Sicherung

Eine dingliche Sicherung der Rechte des Projektierers bedeutet (vereinfacht gesagt) ein Recht an einem Grundstück, das im Grundbuch eingetragen wird. Auch wenn die zuvor

dargestellte materiell-rechtliche Vereinbarung dem Projektierer bereits das Recht gibt, das Grundstück zu nutzen, so ist der Schutz dieses Rechts durch die Öffentlichkeit der Grundbücher bei einer Eintragung nochmals gesteigert. Der Kapitalgeber eines Projektes ist nur bereit zu investieren, wenn ihm diese zusätzliche Sicherheit in Form einer dinglichen Sicherung gewährt wird.

2.2.1 Arten der dinglichen Sicherung

Für das Recht des Projektierers/Betreibers, das Grundstück in der erforderlichen Art zu nutzen, gibt es mehrere grundsätzlich mögliche dingliche Sicherungsrechte. Als praktikables Mittel dazu hat sich die beschränkte persönliche Dienstbarkeit herausgestellt. Nach § 1090 Abs. 1 BGB beinhaltet diese:

Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, dass derjenige, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, berechtigt ist, das Grundstück in einzelnen Beziehungen zu benutzen, oder dass ihm eine sonstige Befugnis zusteht, die den Inhalt einer Grunddienstbarkeit bilden kann (beschränkte persönliche Dienstbarkeit).

Wesentliches Element dieser beschränkten persönlichen Dienstbarkeit ist, dass einer konkreten Person Rechte gewährt werden. Bei anderen Sicherungsmitteln werden Rechte zugunsten eines anderen Grundstücks eingetragen. Da aber häufig der Projektierer/Betreiber nicht Eigentümer dieses (herrschenden) Grundstücks ist, ist die beschränkte persönliche Dienstbarkeit das probatere Mittel.

2.2.2 Inhalt und Ausgestaltung der dinglichen Sicherung

Wichtig ist bei der Gestaltung der dinglichen Sicherung insbesondere, dass sie das zu sichernde Nutzungsrecht des Projektierers/Betreibers umfassend beschreibt. Dazu müssen auch Lagepläne der Eintragung beigefügt werden, aus denen z. B. der genaue Standort oder der genaue Trassenverlauf hervor gehen.

Als Folge der oben beschriebenen Dreiseitigkeit der Vereinbarungen muss auch bereits von Beginn an eine dingliche Sicherung des Kapitalgebers erreicht werden. Zu diesem Zweck wird häufig bereits von Anfang an eine zweite beschränkte persönliche Dienstbarkeit eingetragen. Diese ist aufschiebend bedingt für den Fall, dass der Kapitalgeber den Betrieb der Anlage

übernimmt. Es können auch Vormerkungen für die Eintragung einer neuen beschränkten persönlichen Dienstbarkeit in das Grundbuch eingetragen werden.

Für Dienstbarkeiten sollte bereits zum Zeitpunkt der Eintragung an die spätere Löschung gedacht werden. Damit diese unproblematisch nach Ende des Betriebes möglich ist, sollte die beschränkte persönliche Dienstbarkeit auflösend bedingt (z. B. durch Zeitablauf) sein und die Erklärungen zur Löschung bereits bei der Bewilligung erfolgen.

2.2.3 Aufwand und Probleme bei der dinglichen Sicherung

Problematisch ist oftmals hinsichtlich der dinglichen Sicherung, dass diese im ersten Rang in der Abteilung II des Grundbuches eingetragen werden muss. Finanzierende Kreditinstitute (und auch die Projektierer/Betreiber) lassen es nicht zu, dass Rechte anderer im Rang vorgehen.

Bei anderen Rechten in der zweiten Abteilung des Grundbuches (also insbesondere bei anderen beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten) ist dies meist kein Problem. Diese beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten bestehen oft zu Gunsten von Netzbetreibern. Denen ist der Rang ihrer Sicherheit häufig gleichgültig und sie verzichten unproblematisch auf ihren Rang.

Problematischer ist das Verhältnis der beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten zu Eintragungen in der Abteilung III des Grundbuches. Dort werden z. B. Grundschulden und Hypotheken eingetragen, die zu einer zwangsweisen Verwertung des Grundstücks führen können. Wenn diese im Rang vor der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit eingetragen sind, kann dieser Umstand zum Verlust des Rechtes aus der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit führen. Es ist einleuchtend, dass dies weder der Betreiber/Projektierer noch die finanzierende Bank riskieren kann. Somit muss mit dem Berechtigten der Grundschuld/Hypothek eine Rangverhältnisbestimmung getroffen werden. Danach sollte die beschränkte persönliche Dienstbarkeit den Rechten aus Abteilung III des Grundbuches vorgehen. Dies muss allerdings auch im Grundbuch vermerkt werden, was wiederum eine weitere Eintragung (und weitere Kosten und vor allem viel Zeit) verursacht.

Generell kann zu den Kosten für eine dingliche Sicherung gesagt werden, dass diese nicht exorbitant hoch sind. Dingliche Sicherungen und ihre Vereinbarung müssen notariell beglau-

bigt werden. Selbstverständlich erhält ein Notar dafür Gebühren, die sich an dem Wert der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit orientieren. Diese Gebühren und die Gebühren, die das Grundbuchamt für die Eintragung erhält, sind allerdings in einem überschaubaren Rahmen.

Problematischer für den Grundstückseigentümer ist häufig, dass die notarielle Beglaubigung nur in seiner Anwesenheit erfolgen kann. Eine Vertretung ist nur möglich, wenn der Vertreter aufgrund einer ebenfalls notariell beglaubigten Vollmacht auftritt. Im Ergebnis kommt der Grundstückseigentümer nicht umher, zumindest einen Termin beim Notar wahrzunehmen.

3. Beratungsangebot der HFK Rechtsanwälte LLP

Bei den oben dargestellten Problemen und Lösungsansätzen steht Ihnen ein breit gefächertes Beratungsteam der HFK Rechtsanwälte LLP zur Verfügung.

Ob beim Grundstückskauf oder der materiell-rechtlichen Sicherung durch einen Nutzungsvertrag sowie bei umfassenden Verträgen mit den Gemeinden können wir Sie nachhaltig unterstützen. Gleichgültig, ob Sie als Projektierer/Betreiber oder als Grundstückseigentümer oder als Gemeinde zu uns kommen, Sie können immer auf ein erfahrenes und kompetentes Beratungsteam zurückgreifen.

Dies betrifft auch jedes Stadium einer Projektierung. Wir sind bei der Erstellung eines Konzeptes ebenso behilflich wie vor Abschluss der Verträge. Gerne unterstützen wir Sie bei Verhandlungen und schließlich beim Vertragsabschluss. Und schließlich beraten wir Sie selbstverständlich bei der Durchführung der vertraglichen Vereinbarung, deren Beendigung und – falls tatsächlich erforderlich – bei nachvertraglichen Streitigkeiten.

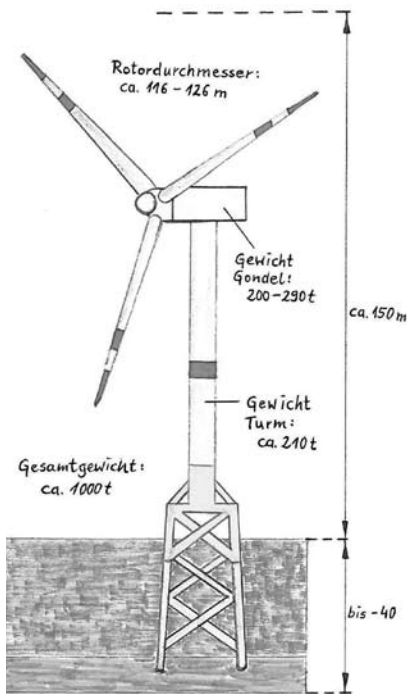
Vertragsrechtliche Problemstellungen bei der Errichtung von Offshore-Windparks

1. Einführung/Überblick

Gerade im Hinblick auf die jüngsten Ereignisse in Japan steht die Gewinnung von Strom aus Offshore-Windenergieanlagen so sehr im (politischen) Fokus wie nie. Für die Klima- und Energiepolitik sind Offshore-Windparks nicht mehr wegzudenken. Die durchschnittlich hohen Windgeschwindigkeiten auf dem Meer versprechen enorme Energiepotentiale (www.offshore-wind.de).

Mit der Entwicklung eines Offshore-Windparks gehen viele Besonderheiten einher, denen man auf dem Festland nicht begegnet. So gibt es eine Reihe von Risiken wie das Fertigstellungsrisiko, die onshore entweder gar nicht bestehen, oder aber viel leichter zu beherrschen sind. Dies hängt zum einen damit zusammen, dass die Abhängigkeit von den Witterungsverhältnissen außergewöhnlich hoch ist. Für die Projektarbeiten bleiben lediglich kurze Zeitfenster, in welchen die verschiedenen Gewerke zudem noch miteinander koordiniert werden müssen. Folglich haben bereits kleinste Verzögerungen ein viel größeres Ausmaß auf See als an Land.

Insofern bedarf es einer hervorragenden Planung und Logistik sowie einer detaillierten ständigen Abstimmung der beteiligten Parteien untereinander. Bei der Vertragsgestaltung kommt es entscheidend darauf an, dass die Risiken angemessen verteilt werden (www.hdt-essen.de).



Das sogenannte Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG) regelt die Vergütung des erzeugten Stroms mit einer Garantie von 20 Jahren. Offshore-Windparks, die in den nächsten 5 Jahren ans Netz gehen, erhalten eine erhöhte Anfangsvergütung von 0,15 EUR/kwh. Später wird die erzeugte Energie mit 0,035 EUR/kwh vergütet (www.offshore-wind.de).

Offshore-Windenergieanlagen weisen eine Gesamthöhe (Meeresboden bis Rotorblattspitze) von über 170 Metern auf. Zum Vergleich, der Kölner Dom hat eine Höhe von 157 Metern. Ein Rotor einer Turbine weist eine Spannweite von bis zu 126 Metern auf.

Bis zum Jahr 2030 soll auf dem Gebiet der Bundesrepublik Deutschland eine installierte Energiewertschöpfung von 25.000 Megawatt erreicht werden. So würde der Energieanteil des durch Offshore-Windparks gewonnenen Stroms sich auf ca. 15% belaufen.

Der erste deutsche Offshore-Windpark (Testfeld Alpha Ventus in der Nordsee) umfasst zwölf Energieanlagen der Klasse 5 Megawatt und wurde Anfang 2010 in Betrieb genommen. Es wird die Auslastung von 3.800 sogenannten Volllaststunden pro Jahr erwartet, so dass der Stromverbrauch von ca. 50.000 4-Personen-Haushalten (entspricht ca. 4.500 Kilowattstunden pro Jahr) hiermit abgegolten werden kann, und dies gänzlich ohne CO₂-Emissionen.

Aber auch der Offshore-Windpark der Gruppe SylWin kann sich sehen lassen, so hat Siemens den westlich von der Insel Sylt liegenden Windpark DanTysk mit 80 Windenergieanlagen und einer Gesamtleistung von 288 Megawatt kürzlich ans Netz angebunden. Durch diesen Windpark werden bis zu 500.000 deutsche Haushalte mit grünem Strom versorgt. Das gesamte SylWin-Cluster wird eine Leistung von 864 Megawatt übertragen, d. h. bis zu 1,5 Millionen Haushalte mit Windenergie versorgen. Dies ist derzeit die leistungsstärkste

Offshore-Anbindung, die bisher vergeben wurde. Mit einer Länge von 160 km wird die Sammelverbindung über das längste Seekabel für die Anbindung eines Offshore-Windparks verfügen. Weitere 45 km Kabel werden über Land verlegt.

Ein durchschnittlicher Windpark mit einer Gesamtleistung von 400 Megawatt, Kostenpunkt ca. 1 Milliarde Euro, erzeugt im Regelfall 1.520 GWh (Gigawattstunde) sauberen Strom per anno. Zum Vergleich: Für die Gewinnung einer entsprechenden Strommenge in einem Kohlekraftwerk würden 6,8 Millionen CO₂-Emissionen (CO₂ – Äquivalenzwert) und in einem Gaskraftwerk 3,75 Millionen erzeugt werden.

Unabhängig von dem Umweltschutzaspekt würde Deutschland durch die weitere Ausbaueung von Offshore-Windenergieanlagen deutlich unabhängiger hinsichtlich des Imports von Rohstoffen gegenüber Drittländern werden.

2. Rechtliche Würdigung

2.1 Rechtsnatur eines Projektvertrages zur Errichtung eines Windparks

Ein Teil der Verträge reduziert sich auf die reine Herstellung, ein Teil auf die reine Lieferung von Anlagenkomponenten. Hier findet entsprechend Werk- bzw. Kaufvertragsrecht Anwendung.

Regelmäßig aber wird der Hersteller beispielsweise von Turbinen auch bei der Montage und Inbetriebnahme mit einbezogen werden, so dass über § 651 BGB Kaufrecht Anwendung finden kann. Entscheidend für die Auslegung, ob Kauf- oder Werkvertragsrecht anwendbar ist, ist der Schwerpunkt des Vertrags. Befasst er sich insoweit hauptsächlich mit der Übertragung von Eigentum und Besitz, findet klassisches Kaufrecht Anwendung, möchte der Kunde jedoch individuelle Anforderungen stellen können und verlangt er die prägende Montageverpflichtung, so ist Werkvertragsrecht anwendbar. Das heißt, bei reinen Lieferverträgen findet grundsätzlich Kaufrecht Anwendung, bei Montageverpflichtungen Werkvertragsrecht. Bei den Komponentenverträgen von Offshore-Anlagen ist dies im Wege der Einzelfallbetrachtung zu bewerten (LG Hannover, Urteil vom 22.01.2010 – 2 O 302/07).

Aufgrund der teilweise nicht ganz klaren Abgrenzung zwischen Kauf- und Werkvertrag ist der Vertrag entsprechend der Wünsche der Vertragsparteien auszugestalten und zu verhandeln.

2.2 Schnittstellenproblematik

Offshore-Windparks werden im Rahmen von Projektfinanzierungen abgewickelt und die Finanzierer verlangen aufgrund des immensen Investitionsvolumens regelmäßig den Abschluss von Generalunternehmerverträgen, um eine 1:1-Übertragung der Fertigstellungsrisiken auf den Auftragnehmer gewährleisten zu können (häufig im Rahmen sogenannter Back-to-Back-Verträge).

Aufgrund der verschiedenen Einzelkomponenten (Fundament, Turbinen, Kabellage), die zusammengeführt einen Offshore-Windpark darstellen, besteht für den Bauherrn ein besonderes Risiko bei der Koordination der Schnittstellen (vgl. Palandt/Sprau, BGB, 70. Aufl, § 642 Rn. 4). Die daraus folgenden technischen und organisatorischen Risiken trägt im Rahmen des Multi Contracting grundsätzlich der Bauherr, da eine vollständige Abwälzung auf die beteiligten Unternehmer nicht darstellbar ist. Auch steht er vor dem Problem, dass bei Verspätungen seiner Subunternehmer im Verhältnis zu anderen Subunternehmern er für deren Schäden aufzukommen hat. Das Risiko kann indes dadurch gemindert werden, dass klare Verantwortlichkeiten der einzelnen Vertragsabschnitte geregelt und in den jeweiligen Einzelverträgen die Risiken für den Bauherrn minimiert werden. Zum Beispiel wird das von einem Subunternehmer gelieferte und hergestellte Seekabel von einem weiteren Subunternehmer, der es wiederum verlegen wird, untersucht. Mithin wäre diese Schnittstelle vom Bauherrn losgelöst.

Man kann zwar versuchen, weitestgehend die Schnittstellen vertraglich zu regeln, indem sie von einem Subunternehmer zu dem anderen nahtlos übergehen, dies wird indes nicht immer gelingen. Eine Möglichkeit, Schnittstellenproblematiken zu verringern, wäre daher, Terminpläne in einem Detaillierungsgrad und einer Form vorzulegen, die es ermöglicht, sie in einen Gesamtterminplan zu integrieren.

2.3 Mangelbeseitigung

Es ist nicht unüblich, dass Mängel nicht eindeutig einem Subunternehmer zugeordnet werden können oder aber ihr Verursacher wegen der üblichen Haftungsbeschränkungen nur eingeschränkt haftet. Insofern sollte vertraglich geregelt werden, dass zunächst die Mängelbeseitigung im Vordergrund steht und dann erst abschließend die Verantwortlichkeiten geklärt werden. Die genannten gesetzlichen Haftungsbeschränkungen werden weitest-

gehend bei Back-to-Back-Verträgen versucht zu vermeiden, indem das Risiko, wie der Name bereits vermuten lässt, 1:1 durchgereicht wird.

2.4 Back-to-Back-Verträge

„Back-to-Back“-Klauseln werden gern in Subunternehmerverträgen verwendet und bezwecken, den Hauptvertrag bzw. Teile des Vertrages durch Verweisung als integrierte Bestandteile in den Subunternehmervertrag einzubeziehen. Die Idee ist in der Theorie einleuchtend: Wenn das dem eigenen Auftraggeber Geschuldete vertraglich dem Subunternehmer auferlegt wird, dann kann der Unterschied zwischen dem bezahlten und dem geschuldeten Preis als Gewinn verbucht werden. In der Praxis geht die Gleichung jedoch nicht immer auf.

Werden „Back-to-Back“-Klauseln beispielsweise zur Beschreibung des vertraglichen Leistungsgegenstandes oder anderer zentraler Vertragsbedingungen, wie z. B. das Abnahmeverfahren, die Gewährleistungspflichten oder die Folgen einer verspäteten Leistung benutzt, ist häufig eine 1:1-Übertragung bereits inhaltlich nicht möglich. Der Verleger der Seekabel kann gar nicht das Vertragsziel des Generalunternehmers (schlüsselfertige Netzanbindung) liefern.

In jedem Fall ist daher eine Einzelfall-Wertung vorzunehmen, um eine inhaltlich logische Übertragung der Vertragsziele vorzunehmen, die auch die zeitlichen Faktoren berücksichtigt, da nicht jeder Subunternehmer in dem gleichen kritischen Maße an der fristgemäßen Fertigstellung (Zeitfaktoren) beteiligt ist (www.bjl-legal.com).

Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass der Generalunternehmer die Nachunternehmer-Verträge mit ihren Back-to-Back-Klauseln diversen seiner Subunternehmer zur Unterschrift vorlegen wird, wodurch sie aber zu allgemeinen Geschäftsbedingungen werden (wiederholte Verwendung führt zu allgemeinen Geschäftsbedingungen, welche der Inhaltskontrolle gemäß §§ 305 BGB ff. unterliegen), was wiederum die Gefahr von unverhältnismäßigen und damit unwirksamen Regelungen birgt. So etwa, wenn die Haftungsrisiken des Unternehmers 1:1 auf den Subunternehmer übergeleitet werden und damit die zulässigen Haftungshöhen überschritten werden. Insofern ist es nicht nur aus tatsächlicher sondern auch aus rechtlicher Hinsicht nicht unbedenklich, durch zu pauschal gestaltete Back-to-Back-Klauseln vom Subunternehmer mehr zu verlangen als ihm tat-

sächlich möglich und zumutbar ist. So ist der Anlagenbauer durch die Anwendung einer Komplettheitsklausel in der Pflicht, sämtliche Leistungen zu erbringen, die zur funktionalen Errichtung des Offshore-Windparks erforderlich sind, selbst wenn sie nicht konkret in dem Leistungsverzeichnis aufgeführt worden sind. Dazu ist der Subunternehmer regelmäßig nicht in der Lage.

Der Anlagenbauer muss mithin aufpassen, dass durchgereichte Gewährleistungs- oder Haftungsklauseln einer Inhaltskontrolle ggf. nicht standhalten, obwohl die Klauseln im Verhältnis zu seinem Auftraggeber wirksam wären, da hier möglicherweise (aufgrund der Individualvereinbarung) keine Inhaltskontrolle erfolgt.

2.5 Fertigstellungsfristen und Vertragsstrafen

Aufgrund des Miteinanderverbundenseins der einzelnen Subunternehmer und der Anschlussarbeiten, können schon geringfügige Verzögerungen erhebliche Auswirkungen für die Gesamtfertigstellung hervorrufen. Insofern kommt bei Offshore-Projekten der individuellen Termintreue eine tragende Bedeutung zu. So muss die Termineinhaltung durch Vertragsstrafen gesichert werden. Die möglichen Pönalen belaufen sich hier auf rund 15% der Auftragssumme. Die Vertragsstrafen werden seitens des Generalunternehmers insoweit so formuliert, dass sie auch bei Terminverzögerungen greifen, die der jeweilige Subunternehmer nicht zu vertreten hat, indem dem Subunternehmer diverse Hinweispflichten gegenüber dem Auftraggeber aufkrotyiert werden.

Wird jedoch durch einzelne Verschiebungen bzw. Nichteinhaltung von Terminen durch Drittunternehmen die Einhaltung der Ausführungsfrist nicht mehr möglich, ist insofern der Bauherr verpflichtet, neue Zwischenfertigstellungstermine zu setzen.

2.6 Dispute Resolution

Aufgrund der vielen Protagonisten, die zum Erfolg eines Offshore-Projekts beitragen, ist es notwendig, im Falle von Streitigkeiten zügige und ökonomische Lösungen herbeizuführen. Nur so kann gewährleistet werden, dass die Arbeiten sich nicht übermäßig verzögern, d. h. die Parteien sollen bereits während der Bauphase schlichtend tätig werden. Insofern müssen Entscheidungen ergehen, die für die diversen Beteiligten bindend sind. Zu denken ist in diesem Rahmen an Schiedsgerichtsbarkeiten. Problematisch ist es indes, wenn einschlägige

Verträge aus unterschiedlichen Rechtskreisen stammen. Insofern könnte der Rückgriff auf ein sogenanntes Dispute Resolution Board verbleiben, das international anerkannt ist.

Ein Dispute Resolution Board wird in den sogenannten Fidic-Verträgen normiert. Die Fidic (International Federation Of Consulting Engineers) ist der wichtigste internationale Dachverband von nationalen Verbänden beratender Ingenieure im Bauwesen. Ziel dieser Vereinigung ist es, beratende Ingenieure bzw. Ingenieurgesellschaften international zu vertreten, Berufsregeln aufzustellen, usw. In diesem Rahmen wurden auch die Fidic-Bauverträge als standardisierte Musterverträge für internationale Bauvorhaben entwickelt. Diese Vertragsmuster haben international eine ähnliche Bedeutung wie im deutschen Markt die VOB/B (www1.fidic.org).

2.7 Mitwirkungspflichten des Bauherrn/Risikoverteilung

2.7.1 Baugrundrisiko

Bei Offshore-Windparks ist das Baugrundrisiko von besonderer Bedeutung, da einerseits die Spezialkräne zur Errichtung der einzelnen Windkraftträder eines besonders sicheren Stands bedürfen und andererseits der Meeresgrund in der Lage sein muss, den Windpark dauerhaft zu halten. Das Baugrundrisiko ist insoweit dem Auftraggeber zugewiesen, da er im Sinne von § 645 BGB sozusagen den „Stoff“ zur Verfügung stellt. Zwar versucht der Auftraggeber, regelmäßig die durchaus zulässige Übertragung des Risikos auf den Unternehmer vertraglich abzuwälzen, dies wird aus praktischen Gründen jedoch meist daran scheitern, dass der Unternehmer in der notwendigen Zeit nicht in der Lage sein wird, derartige Risiken (Meerbodendichte etc.) zu prüfen.

2.7.2 Methodenrisiko

Ein den Offshore-Windparks immanentes Risiko ist das sogenannte Methodenrisiko. Dieses besteht darin, dass trotz ordnungsgemäßer Erstellung des Windparks ein Mangel auftreten kann, der auf die Wechselwirkung zwischen Meeresboden (Baugrund) und Herstellungsverfahren zurückzuführen ist. Bislang ist umstritten, wer dieses Risiko trägt. Der Auftraggeber, da es sich bei der Wechselwirkung um einen unbeherrschbaren Faktor handelt oder aber der Unternehmer, der den Erfolg, nämlich die ordnungsgemäße Herstellung des Werks schuldet. Helfen kann und muss hier eine klare vertragliche Regelung.

2.7.3 Witterung

Zwar ist die Witterung bei jedem Bauvorhaben von Bedeutung, bei Offshore-Projekten indes von erheblicher, so dass entsprechend die maßgeblichen Risiken detailliert vertraglich festgehalten werden sollten. So werden regelmäßig im Rahmen von Regelungen höherer Gewalt Wetterdiagramme beigefügt, in denen die Parteien Faktoren wie Sichtverhältnisse, Windgeschwindigkeit und Wellenhöhe festlegen. Durch sie wird bestimmt, bei welchem Wetter die Arbeiten gerade noch durchgeführt werden können. Oft ist bereits die Erreichbarkeit der Baustelle nicht möglich, da ein sicherer Zugang zu den Anlagen ab einer Wellenhöhe von 1,5 bis 2,5 Metern grundsätzlich nicht mehr gewährleistet ist.

2.7.4 (Absehbare) Verzögerungen

Den überdimensional großen Offshore-Windparks stehen meist nur beschränkte Produktions- und Hafenskapazitäten gegenüber. Dies bereitet häufig Probleme in der Abwicklung und in dem reibungslosen Ablauf des Bauplans, indem Zwischenfertigstellungstermine gefährdet werden. Dem Bauherrn bzw. Generalunternehmer sollte daher im Bauvertrag die Möglichkeit gegeben sein, Beschleunigungsmaßnahmen anzuordnen und ggf. im Wege der Selbstvornahme durchgreifen zu können. Zudem sind Regelungen hinsichtlich der Qualitätssicherung aufzunehmen, so dass ein Lieferant bei Engpässen nicht auf irgendeinen Nachunternehmer zurückgreifen kann, sondern die geforderte Qualität geschützt wird. Bei der Qualitätssicherung ist der Bauherr im Rahmen von Überwachungsmöglichkeiten mit einzubeziehen; auch hier sollten Pönalen mit aufgenommen werden.

2.7.5 Abnahme

Ein Offshore-Vertrag ist wie bereits dargestellt kein reiner Werkvertrag, so dass von einer Abnahme im herkömmlichen Sinn nicht gesprochen werden kann bzw. eine solche nicht ausreichend wäre, da sie beispielsweise auf die enthaltenen Liefervertragsanteile des Bauvertrags nicht angewendet werden könnte. Für den Bauherrn ist es jedoch unabdingbar, dass sogenannte Probelaufe durchgeführt werden, bei denen gewisse Parameter technischer Art erfüllt sein müssen, bevor das Werk als fertiggestellt betrachtet werden kann. Insofern muss insoweit der Abnahmebegriff neu definiert werden, da man es mit einem mehrstufigen Prozess zu tun hat. So muss die Inbetriebnahme, der Probelauf und die finale Kontrolle als Abnahme betrachtet werden.

In zeitlicher Hinsicht ist dieses Procedere nicht ganz einfach zu regeln, da einzelne Komponenten oftmals schon weit vor der eigentlichen Fertigstellung geliefert wurden und deren Funktionsfähigkeit erst mit der Verkabelung der Turbinen überprüft werden können. Andererseits geht mit Übergabe der Komponenten die Untergangsfahr auf den Bauherrn über, so dass er doppelt belastet ist. Insofern sollte eine Qualitätskontrolle der Komponenten weitestgehend noch an Land, d. h. vor Übergabe stattfinden.

So würde sich bei der Abnahme von Turbinen folgender Ablauf anbieten: Nachdem die Turbinen vollständig montiert worden sind, werden sie in Betrieb genommen. Diese Inbetriebnahme ist zu unterscheiden von dem sogenannten Probetrieb, der diesem zeitlich nachfolgt. Hier wird die Betriebstüchtigkeit der Turbinen und die Umsetzung der zugesagten Leistungsparameter nachgewiesen. In der Regel müssen Turbinen ca. 240 Stunden ohne wesentliche Störungen gelaufen sein, um als erfolgreich in Betrieb genommen zu gelten. Eventuell wird noch ein Sachverständiger zur sogenannten Endkontrolle herangezogen. Die typischen Rechtsfolgen einer Abnahme, wie die Gefahrübertragung und die Umkehr der Beweislast, sind entsprechend auf die Inbetriebnahme zu übertragen.

Eine weitere Frage, die bereits im Voraus geregelt werden sollte, ist, dass die Durchführung des Probetriebs nur vorgenommen werden kann, wenn das Kommunikations- und Netzanschlusssystem bereits funktioniert. Fraglich ist insoweit, inwieweit sich Unterbrechungen auswirken, d. h. zu wessen Lasten der verlängerte Probetrieb geht und wer die Kosten trägt.

2.7.6 Beseitigung von Mängeln

Aufgrund der Lage der Anlagen auf See ist zu berücksichtigen, dass die zur Mängelbeseitigung gesetzten Fristen angemessen sein müssen. Zwar ist dies bereits durch § 637 Abs. 1 BGB normiert, bei Offshore-Anlagen ist die erschwerte Erreichbarkeit jedoch besonders zu berücksichtigen. Weiter ist zu beachten, dass je nach Jahreszeit und Wetterlage Nachbesserungen nur mit erheblichem Aufwand möglich sein können. Insofern sollte vertraglich geregelt sein, bis zu welchen Wetterlagen eine Nachbesserung verlangt werden kann und wessen Risiko es zuzuordnen ist, sollte es aufgrund von unzulänglichen Wetterlagen zu schadensauslösenden Verzögerungen/Behinderungen kommen.

2.7.7 Zusammenfassung – Risikoverteilung

Selbstverständlich hat auch der Bauherr im Rahmen seiner Mitwirkungspflichten Risiken zu tragen. Zur Vermeidung von Unklarheiten sollten die Mitwirkungspflichten klar, individuell und nicht generalklauselartig geregelt werden.

Die typischen Risiken, die ein Bauherr im Rahmen der Neuerrichtung von Offshore-Windparks trägt, sind in der Regel die folgenden (NZBau 2011, 1 ff., Busch):

- Er ist für die Erwirkung von Genehmigungen seitens der Behörden zuständig.
- Er hat, soweit nicht vertraglich auf den Auftragnehmer abgewälzt (unwahrscheinlich), die Eignung des Standorts zu verantworten und trägt entsprechend das Baugrundrisiko. Ihm obliegt zudem die Aufgabe der Koordination der Schnittstellen zwischen den einzelnen Subunternehmen und vor allem das Risiko der Funktionsfähigkeit der Gesamtanlage.
- Gegenüber den Subunternehmern könnte das Risiko des Bauherrn vertraglich abgemildert werden, indem er dem Hersteller der Turbinen zwar die Windparkkoordinaten übermittelt, der Hersteller aber selbst verpflichtet ist, diese zu prüfen und auf Gefahren der Ermüdung bei den Turbinen oder sonstiger ungewöhnlicher Belastungen hinweisen muss.
- Gegenüber dem Subunternehmer, der für die Verlegung von Seekabeln verantwortlich ist, sollte dieser für den Transport und die spezielle Ausrüstung auf See verantwortlich sein.
- Ebenso gesondert sind die Demontearbeiten in den Risikobereich des Nachunternehmers zu verlagern, jedenfalls soweit, als die Montageschäden nicht von dem Hersteller verursacht bzw. hervorgerufen worden sind.

2.8 Gesamtwürdigung

- Zum Großteil bestehen Übereinstimmungen mit Verträgen für Onshore-Projekte sowie für den sonstigen Anlagenbau.
- Einzelfallentscheidung ob Kaufrecht, Werkvertragsrecht oder Mischung der Bestimmungen Anwendung finden.
- Zentrale Bedeutung der Schnittstellenvereinbarungen, die die einzelnen Verträge zusammenführen.

-
- Angemessene Risikoverteilung, insbesondere im Hinblick auf die schwere/ingeschränkte Erreichbarkeit (Witterung) der Offshore-Projekte. Back-to-Back-Verträge sind möglichst als Individualvereinbarungen auszugestalten.

3. Beratungsangebot der HFK Rechtsanwälte LLP

Die Komplexität der Errichtung von Offshore-Windparks bedarf nicht nur in technischer, sondern auch in rechtlicher Hinsicht strukturierter und sicherer Vertragsgestaltungen. So hilft die Risikoerfassung bereits zum Zeitpunkt des Vertragsentwurfes, unliebsame Überraschungen zu vermeiden und einen reibungslosen Ablauf zu gewähren. Da HFK auch mit den technischen Rahmenbedingungen im Anlagenbau vertraut ist, werden die vertraglichen Bestimmungen an den tatsächlichen Anforderungen ausgerichtet.

Durch die langjährige Erfahrung kann HFK sowohl im Rahmen allgemeiner Geschäftsbedingungen als auch im Rahmen von Individualvereinbarungen die Vertragsverhandlungen zielgerecht führen und vertraglich umsetzen.



Finanzierung von Anlagen zur Erzeugung erneuerbarer Energien am Beispiel von Onshore-Windenergieparks

1. Einführung

Vor dem Hintergrund schwindender Ressourcen sind erneuerbare Energien immer mehr im Kommen. In Deutschland nehmen hierbei Windenergieanlagen eine wichtige und weltweit anzahlmäßig einmalige Stelle ein. Ein Grund für den Erfolg der Windenergie in Deutschland ist die Förderung durch das Gesetz für den Vorrang erneuerbarer Energien (EEG) und die damit verbundenen kalkulierbaren Erträge.

Die Erträge der Anlage sind durch die feste Einspeisevergütung gem. dem EEG relativ sicher. Für so genannte Onshore Windenergieanlagen beträgt die Vergütung gem. § 29 Abs. 1 EEG grundsätzlich 5,02 Cent pro kWh. Abweichend hiervon wird in den ersten fünf Jahren ab Inbetriebnahme der Anlage gem. § 29 Abs. 2 EEG eine Einspeisevergütung von 9,20 Cent pro kWh gezahlt. Abhängig vom Ertrag der Anlage verlängert sich ggf. der Fünfjahreszeitraum für die Anfangsvergütung. Wird die Anlage vor dem 01.01.2014 in Betrieb genommen, erhöht sich die Anfangsvergütung um 0,5 Cent pro kWh, wenn die Anlage die Anforderungen der Systemdienstleistungsverordnung (SDLWindV) ab dem Zeitpunkt der Inbetriebnahme nachweislich erfüllt.

Wenn mit der Windenergieanlage eine andere in demselben oder einem angrenzenden Landkreis gelegene Anlage ersetzt wird (sogenannte Repowering-Anlage) und die Repowering-Anlage mindestens zehn Jahre nach der ersetzten Anlage in Betrieb genommen wird und die Leistung der Repowering-Anlage mindestens das Doppelte und höchstens das Fünffache der ersetzten Anlage beträgt, erhöht sich die Anfangsvergütung um weitere 0,5 Cent pro kWh.

Für Offshore-Anlagen beträgt die Einspeisevergütung 3,5 Cent pro kWh, in den ersten 12 Jahren 13 Cent pro kWh. Wird die Anlage vor dem 01.01.2016 in Betrieb genommen, erhöht sich diese Anfangsvergütung um weitere 2 Cent pro kWh. Befindet sich die Anlage in einer Entfernung von mindestens zwölf Seemeilen und einer Wassertiefe von mindestens 20 m, wird die Zwölfjahresfrist für jede weitere volle Seemeile Entfernung um einen halben Monat und für jeden zusätzlichen vollen Meter Wassertiefe um 1,7 Monate verlängert. Diese

hohen Einspeisevergütungen gelten nicht für Offshore-Anlagen, deren Errichtung nach dem 31.12.2004 in einem Gebiet genehmigt wurde, das zu einem geschützten Teil von Natur und Landschaft erklärt worden ist.

Damit können Windenergieanlagen einigermaßen gesicherte Erträge erwirtschaften, die nicht von Konjunkturschwankungen abhängig sind. Die Erträge sind freilich abhängig von den Windverhältnissen am Standort der Anlage. Es existieren jedoch Erfahrungswerte für die Windverhältnisse, aufgrund derer die Energie, die in das Netz eingespeist werden soll, einigermaßen prognostiziert werden kann. Schwankungen, auch größeren Ausmaßes, können selbstverständlich nicht ausgeschlossen werden.

Dem steht allerdings ein gewaltiges Finanzierungsvolumen gegenüber, welches bei größeren Anlagen schnell dreistellige Millionenbeträge erfordert. Eine solche Investition kann in aller Regel nur durch eine Fremdfinanzierung realisiert werden.

Diese kann unterschiedlich gestaltet werden. Eine Möglichkeit wäre die Finanzierung durch einen klassischen Unternehmenskredit, der allerdings die Kreditlinie des Betreibers belastet. Eine solche Finanzierung wird von Betreibern in aller Regel nicht gewünscht und wäre bei einem Volumen von bis zu über 100 Millionen EUR auch nicht leicht zu realisieren.

Der Windpark wird zudem meist durch eine Objektgesellschaft betrieben, die selbst nicht über die notwendige Kreditwürdigkeit für ein solches Darlehen verfügt. Mit der Auslagerung auf die Projektgesellschaft möchte der hinter der Projektgesellschaft stehende Betreiber/ Investor in aller Regel auch vermeiden, mit seinem sonstigen Vermögen für die Schulden der Objektgesellschaft zu haften. Eine solche, sogenannte non recourse-Finanzierung kann bei entsprechendem Finanzierungsvolumen und einigermaßen vorhersehbaren Erträgen als Projektfinanzierung realisiert werden. Zins und Tilgung einer Projektfinanzierung werden grundsätzlich ausschließlich aus den Erträgen der Anlage bedient. Ein Rückgriff kommt allenfalls in besonderen Fällen in Betracht (limited recourse).

2. Rechtliche Probleme und Gestaltungsmöglichkeiten

Der Umstand, dass die Fremdfinanzierung grundsätzlich allein aus den Erträgen der Anlage bedient wird, hat maßgeblichen Einfluss auf die Finanzierungsverträge, insbesondere die Kreditsicherheiten: Eine Verwertung der Sicherheiten im Wege der Einzelverwertung durch

Zerschlagung des Parks als Ganzes ist in aller Regel unsinnig und kommt nur als letztes Mittel in Betracht. Ziel ist vielmehr, dass auch im Verwertungsfall die Anlage als Ganzes erhalten bleibt.

Aus diesem Grund ist insbesondere das Sicherheitenpaket sorgfältig zu schnüren.

2.1 Übersicht über das Sicherheitenpaket

Üblicherweise besteht das Sicherheitenpaket aus den folgenden Sicherheiten:

- Verpfändung der Anteile an der Objektgesellschaft,
- Sicherungsabtretung der Rechte unter den Projektverträgen,
- Sicherungsübereignung der beweglichen Gegenstände,
- Grundschulden,
- Dienstbarkeiten und
- Verpfändung von Bankkonten.

2.1.1 Verpfändung der Anteile an der Objektgesellschaft

Der einfachste Weg, wie auch im Verwertungsfall die Anlage als Ganzes erhalten bleiben und weiterbetrieben werden kann, geht über einen Zugriff auf die Objektgesellschaft. Die Objektgesellschaft ist (im Idealfall) Eigentümer der Anlagen, Inhaber der Nutzungsrechte an den benötigten Grundstücken, Inhaber von Ansprüchen unter den Projektverträgen und Gläubiger der Einspeisevergütung. Im Verwertungsfall ist es damit das Einfachste, wenn die finanzierenden Banken oder ein erwerbsbereiter Dritter die Objektgesellschaft übernimmt und mit dieser den Windpark weiter betreibt. Um den finanzierenden Banken diese Möglichkeit zu geben, muss der hinter der Objektgesellschaft stehende Betreiber/Investor die Gesellschaftsanteile an der Objektgesellschaft an die finanzierenden Banken verpfänden.

2.1.2 Sicherungsabtretung der Rechte unter den Projektverträgen

Die Objektgesellschaft hat mit verschiedenen Parteien die so genannten Projektverträge abgeschlossen. Je nach Sachverhalt kommen dafür die Verträge über

- den Bau des Windparks,

-
- den Kauf des Windparks vom Entwickler,
 - den Kauf der Windturbinen,
 - die alleinige oder gemeinsame Nutzung von Umspannstationen,
 - die Einspeisung von elektrischer Energie in das öffentliche Netz,
 - die Wartung der Anlagen und
 - die Nutzung von Grundstücken für den Bau und Betrieb des Windparks und die notwendige Infrastruktur einschließlich aller Zubehörteile, insbesondere elektrische Leitungen von den Windturbinen zu den Verbindungspunkten mit dem öffentlichen Netz und den Umspannstationen

in Betracht.

Neben der Abtretung sämtlicher Rechte der Objektgesellschaft unter diesen Projektverträgen erwarten die Banken in aller Regel auch, dass die Objektgesellschaft den Banken oder einer von den Banken nominierten Person anbietet, sämtliche Rechte und Pflichten der Objektgesellschaft unter den Projektverträgen zu übernehmen. Auf diese Weise erhalten die Banken die Möglichkeit, jederzeit den Betrieb des Windparks zu übernehmen oder übernehmen zu lassen.

Nach dem Sicherungsabtretungsvertrag bleibt die Objektgesellschaft bis zum Eintritt des Verwertungsfalles berechtigt, alle Rechte unter den Projektverträgen im eigenen Namen gegenüber dem jeweiligen Vertragspartner auszuüben. Die finanzierenden Banken legen jedoch Wert darauf, dass sie auch in dieser Phase die Ausübung dieser Rechte steuern können. Deshalb lassen sie sich von der Objektgesellschaft das Recht einräumen, die Objektgesellschaft im Einzelfall anzuweisen wie sie die Rechte unter den Projektverträgen auszuüben hat. Häufig ist diese Bestimmung auch in einem separaten Vertrag, genannt Direct Agreement, zu finden.

2.1.3 Sicherungsübereignung

Weiterhin erwarten die Banken in aller Regel, dass die Objektgesellschaft ihnen das Eigentum an sämtlichen beweglichen Gegenständen zur Sicherheit überträgt. Besondere Bedeutung kommt in diesem Zusammenhang der Frage zu, ob die unter der Erde verlegten Kabel und die errichteten Windräder kraft Gesetzes Eigentum der jeweiligen Grundstückseigentümer werden oder im Eigentum der Objektgesellschaft verbleiben.

2.1.4 Grundschulden

Soweit die Objektgesellschaft selbst Eigentümer von Grundstücken ist, auf denen sich Teile des Windparks befinden, sind an diesen Grundstücken Grundschulden zugunsten der finanzierenden Banken zu bestellen.

Alternativ zum Grundstückseigentum kommt auch ein Erbbaurecht als Belastungsgegenstand für eine Grundschuld in Betracht. Erbbaurechte sind – kurz gesagt – das Recht, auf fremdem Grund und Boden ein eigenes Bauwerk zu errichten und damit mit dem im deutschen Recht nicht vorgesehenen separaten Gebäudeeigentum annähernd vergleichbar. Rechtlich sind Erbbaurechte im Grundsatz Grundstücken gleichgestellt und können daher ebenso belastet werden.

2.1.5 Sicherung der Nutzungsrechte durch Dienstbarkeiten

Da der Wert des Windenergieparks und damit die Werthaltigkeit der Kreditsicherheiten entscheidend davon abhängt, dass die Objektgesellschaft berechtigt ist, die Windparkgrundstücke für den Betrieb des Windparks zu nutzen, muss dieses Recht gesichert sein. Ein Mietvertrag allein reicht hierzu nicht aus, da dieser unter Umständen gekündigt werden kann. So z. B. im Fall der Zwangsversteigerung des Grundstückes oder der Insolvenz des Grundstückseigentümers.

Zur grundbuchlichen Sicherung des Nutzungsrechts verlangen die finanzierenden Banken deshalb die Bestellung von entsprechenden Dienstbarkeiten, die im Grundbuch eingetragen werden.

2.1.6 Kontenverpfändung

Um die Zahlung von Zins und Tilgung aus den Erträgen des Windparks zu gewährleisten, benötigen die finanzierenden Banken den Zugriff auf diese Geldflüsse. Zu diesem Zweck lassen die Banken sich ein Pfandrecht an den Konten der Objektgesellschaft bestellen.

2.2 Einzelprobleme

2.2.1 Eigentum an Windrädern und unterirdischen Kabeln

Eine entscheidende Vorfrage für die Gestaltung der Sicherheitenverträge ist, wer Eigentümer der Windräder und der unterirdisch verlegten Kabel ist. Das liegt darin begründet, dass nach § 94 Abs. 1 BGB mit dem Grundstück fest verbundene Gegenstände, insbesondere Gebäude, wesentliche Bestandteile des Grundstückes sind und damit automatisch im Zeitpunkt der festen Verbindung in das Eigentum des Grundstückseigentümers übergehen. Eine Ausnahme gilt nach § 95 Abs. 1 BGB für Gegenstände, auch die nur zu einem vorübergehenden Zweck mit dem Grund und Boden verbunden sind. Teilweise wird vertreten, dass jedenfalls das Windrad samt Turm, nicht aber das Fundament, nur vorübergehend mit dem Grund und Boden verbunden ist, weil es jederzeit mit verhältnismäßig geringem Aufwand abmontiert und an anderer Stelle wieder errichtet werden kann. Rechtlich sicher ist diese Beurteilung jedoch nicht, da es auch Stimmen gibt, die die Lebensdauer der Anlage im Verhältnis zur Laufzeit des Mietvertrages in die Beurteilung der Frage der vorübergehenden Verbindung einbeziehen und dabei je nach Lage des Falles zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen. Die finanzierenden Banken werden sich daher nicht allein auf das Kriterium der vorübergehenden Verbindung verlassen.

Die Einordnung der Anlage als wesentlicher Bestandteil gilt ferner dann nicht, wenn sie in Ausübung eines Rechts an einem fremden Grundstück von dem Berechtigten mit dem Grundstück verbunden wird (§ 95 Abs. 1 Satz 2 BGB). Auch aus diesem Grund ist es erforderlich, dass die Objektgesellschaft Inhaber eines dinglichen Nutzungsrechts an den betreffenden Grundstücken ist. Jedenfalls dann, wenn das dingliche Nutzungsrecht, in der Regel eine Dienstbarkeit, im Grundbuch eingetragen ist, bevor die Windkraftanlage auf dem Grundstück errichtet wird, ist die Anlage in Ausübung des dinglichen Rechts mit dem Grundstück verbunden worden und bleibt damit im Eigentum der Objektgesellschaft.

Grundsätzlich die gleichen Erwägungen gelten in Bezug auf die unterirdisch verlegten Kabel sowie auch Transformatorstationen und dergleichen.

2.2.2 Dingliche Nutzungsrechte an Grundstücken

Sowohl zur Vermeidung der Einordnung der Windkraftanlagen, unterirdischen Kabel und Transformatorstationen etc. als wesentliche Bestandteile der fremden Grundstücke (vgl. oben Abschnitt 2.2.1) als auch zur Absicherung des Nutzungsrechts an den fremden Grundstücken benötigt die Objektgesellschaft zwingend dingliche Rechte an diesen Grundstücken, die im Grundbuch eingetragen werden und damit auch gegenüber dem Erwerber eines Grundstücks Bestand haben.

Die in Betracht kommenden dinglichen Rechte sind Dienstbarkeiten und Erbbaurechte. Während Erbbaurechte als grundstücksgleiche Rechte sehr weitgehende Befugnisse dem Berechtigten einräumen und – ggf. abhängig von der Zustimmung des Grundstückseigentümers – auch frei übertragbar sind, gestatten Dienstbarkeiten den Berechtigten lediglich die Nutzung des belasteten Grundstückes (dienendes Grundstück) in einzelnen Beziehungen. Typischer Inhalt einer solchen Dienstbarkeit ist z. B. das Recht, auf dem dienenden Grundstück eine Windkraftanlage oder eine Transformatorstation zu errichten, zu betreiben und zu unterhalten oder unter der Erdoberfläche entsprechende Stromkabel zu verlegen, zu unterhalten und zu nutzen, sowie in jedem Fall auch das Recht, die dienenden Grundstücke für Betriebs- und Wartungszwecke zu betreten und zu befahren.

Dienstbarkeiten können als Grunddienstbarkeiten und als beschränkt persönliche Dienstbarkeiten bestellt werden. Während Grunddienstbarkeiten stets zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines anderen Grundstückes (herrschendes Grundstück) bestellt werden, stehen beschränkte persönliche Dienstbarkeiten stets einer bestimmten Person zu. Dienstbarkeiten sind grundsätzlich nicht übertragbar. Lediglich ihre Ausübung kann auch einem Dritten überlassen werden. Für die finanzierenden Banken ist unter Umständen eine Grunddienstbarkeit vorteilhafter, weil die Berechtigung dem Eigentum am herrschenden Grundstück folgt. Dies setzt jedoch voraus, dass die Objektgesellschaft Eigentümer zumindest eines, wenn auch kleinen Grundstückes im Windparkgelände ist. Weiterhin ist erforderlich, dass die Dienstbarkeit gerade dem herrschenden Grundstück einen gewissen Vorteil bietet. Fehlt ein solcher Vorteil von Anfang an, ist die Bestellung der Dienstbarkeit nichtig, fällt er später weg, erlischt sie. Das Recht muss für die Benutzung des herrschenden Grundstückes einen objektiven Nutzen bringen. Deshalb nützt es nichts, wenn die Objektgesellschaft irgendein Grundstück erwirbt und zugunsten des jeweiligen Eigentümers dieses Grundstückes Grunddienstbarkeiten an allen anderen

Windparkgrundstücken bestellen lässt. Es muss sich vielmehr um ein Grundstück handeln, dem die Benutzung der dienenden Grundstücke einen objektiven Nutzen bringt. In Betracht kommt insoweit eigentlich nur das Grundstück, auf dem sich die Umspannstation oder eine ähnliche zentrale Einrichtung befindet und selbst in diesem Fall ist die Erfüllung keineswegs gesichert.

Deshalb sichert sich die Objektgesellschaft in aller Regel über beschränkte persönliche Dienstbarkeiten ab. Für die Objektgesellschaft ist dies völlig ausreichend. Es muss freilich beachtet werden, dass die Dienstbarkeit so bestellt wird, dass Sonderkündigungsrechte im Fall der Zwangsversteigerung oder Insolvenz weitestgehend vermieden werden. Auch sollte die Dienstbarkeit unbedingt so bestellt werden, dass ihre Ausübung einem Dritten überlassen werden kann.

Für die finanzierenden Banken stellt die Nichtübertragbarkeit der Dienstbarkeit jedoch ein erhebliches Problem dar. Wenn im Verwertungsfall nicht das Pfandrecht an den Geschäftsanteilen der Objektgesellschaft, sondern die Sicherungsrechte an den Vermögensgegenständen der Objektgesellschaft gezogen werden, und die Banken oder ein von ihnen benannter Dritter in die Projektverträge eintritt, stünde dieser ohne Dienstbarkeiten dar. Um dies zu verhindern, wird oftmals mit dem Grundstückseigentümer vereinbart, dass der Objektgesellschaft der Anspruch eingeräumt wird, die Bestellung einer gleichlautenden und gleichrangigen beschränkten persönlichen Dienstbarkeit zugunsten der finanzierenden Banken oder einem von diesen benannten Dritten zu verlangen und dieser Anspruch durch Vormerkung im Grundbuch gesichert wird.

2.2.3 Übertragung der Projektverträge

Die von den Banken verlangte und zur Fortführung des Windparks durch die Banken selbst oder einen von diesen benannten Dritten erforderliche Übertragung der Projektverträge, führt zum Austausch einer Vertragspartei, nämlich der Objektgesellschaft. Ein solcher Austausch ist rechtlich nur möglich, wenn der jeweilige Vertragspartner dem Austausch zustimmt. Die Banken lassen sich naturgemäß nicht darauf ein, dass erst im Verwertungsfall die Zustimmung der Vertragspartner eingeholt wird, da dann natürlich das Risiko besteht, dass ein Vertragspartner seine Zustimmung verweigert oder von Zugeständnissen abhängig macht. Spätestens vor Auszahlung des Kredites muss deshalb die Zustimmung der Vertragspartner zur Übertragung der Projektverträge vorliegen. Für eine sorgfältig geplante

Parkentwicklung ist die entsprechende Zustimmung bereits vorab im Rahmen des jeweiligen Projektvertrages einzuholen.

2.2.4 Probleme akzessorischer Sicherungsrechte

Die Verpfändung begründet nur ein so genanntes akzessorisches Sicherungsrecht für die Banken. Nur derjenige, der tatsächlich Gläubiger einer Forderung ist, kann auch tatsächlich Inhaber des Pfandrechtes sein. Problematisch wird dies bei syndizierten Krediten, die bei Größenordnungen von zwei- bis dreistelliger Millionenhöhe regelmäßig anzutreffen sind.

Um zu vermeiden, dass – im Extremfall – das Pfandrecht zugunsten von über 100 Banken bestellt werden muss, soll das Pfandrecht zur einfacheren Handhabung in der Regel einem Sicherheitentreuhänder (Collateral Agent) bestellt werden. Der Collateral Agent selbst ist jedoch nur zu einem Teil Inhaber der Darlehensforderung. Mitunter werden die Forderungen sogar verbrieft und am Kapitalmarkt gehandelt, so dass bei jedem in Betracht kommenden Gläubiger der Forderungsstand täglichen Schwankungen unterliegen kann.

Insbesondere ist der Collateral Agent zu keinem Zeitpunkt Gläubiger der Gesamtforderung. Um hier einerseits die Praktikabilität zu erhalten, in dem nicht alle, ggf. täglich wechselnden, Gläubiger Inhaber des Pfandrechtes werden, sondern nur der Collateral Agent, andererseits aber auch dem Sicherheitsbedürfnis der Banken gerecht zu werden, wird im Kreditvertrag oder in den Verpfändungsverträgen in der Regel eine so genannte Parallelverbindlichkeit gegenüber dem Collateral Agent begründet, die in ihrer Höhe stets dem Gesamtbetrag der offenen Darlehensforderungen entspricht. Diese Parallelverbindlichkeit wird in den Verpfändungsverträgen in die gesicherten Verbindlichkeiten aufgenommen. Das Pfandrecht sichert damit sowohl die eigene Darlehensforderung des Collateral Agent, als auch die Parallelverbindlichkeit. Im Innenverhältnis zwischen den Banken ist der Collateral Agent verpflichtet, etwaige Erlöse aus der Verwertung des Pfandrechtes anteilig an die weiteren Banken weiter zu leiten.

3. Beratungsangebot der HFK Rechtsanwälte LLP

HFK Rechtsanwälte LLP können Entwickler und Erwerber von Windenergieparks optimal beraten. Neben der Expertise im privaten und öffentlichen Baurecht, im Immobilienrecht und im Bereich Projektentwicklung verfügen wir auch über das erforderliche Know-

how und die Erfahrung im Hinblick auf die Finanzierung des Windparks. Bereits bei der Entwicklung des Parks gilt es, die Weichen im Hinblick auf die Finanzierung richtig zu stellen. Schon im Vorfeld der Entwicklung beraten wir zur Gestaltung der Vertragsstruktur. Eine klare Struktur und bereits mit Blick auf die Finanzierung gestaltete Verträge können Finanzierungskosten mindern und eine ausufernde Due Diligence-Prüfung der Banken vermeiden. Schließlich stehen wir Betreibern und Investoren bei der Verhandlung der Kredit- und Kreditsicherungsverträge mit den finanzierenden Banken zur Seite, um deren Interessen gegenüber diesen zu wahren.

Rechtliche Rahmenbedingungen für Solardachanlagen

1. Einleitung

Solardachanlagen sind nach wie vor im Trend. Nach einer im Januar 2011 veröffentlichten gemeinsamen Marktstatistik des „Bundesverbandes Solarwirtschaft“ und des „Bundesindustrieverbandes Deutschland Haus-, Energie- und Umwelttechnik“ ist im Jahre 2010 eine Solarkollektorfläche von rund 1,15 Millionen m² auf deutschen Dächern neu installiert worden. Damit wird laut der Statistik eine Leistung von ca. 800 Megawatt erzielt. Auch wenn die Zahlen gegenüber 2009 rückläufig sind, rechnet die Branche mit einer erneuten Wiederbelebung in 2011.

In der Praxis sind Solardachanlagen also schon seit längerem recht häufig anzutreffen. Trotzdem gibt es zu der damit zusammenhängenden Rechtsthematik nur wenig veröffentlichte Urteile und auch nur wenig juristische Literatur. Vor allem kann bezüglich einiger Grundsatzfragen (noch) nicht auf eine gesicherte Rechtsprechung zurückgegriffen werden. Dies erschwert die Vertragsgestaltung, zumal Problemstellungen zu berücksichtigen sind, die bei Hoch- oder Tiefbauprojekten kaum eine Rolle spielen.

Nun gibt es bei der Errichtung einer Solardachanlage eine Vielzahl von denkbaren juristischen Problemfeldern, die alle eine besondere Berücksichtigung im Vertrag erfordern. Ein Teil der Fragestellungen wird im nachfolgenden Beitrag behandelt, während sich dieser Beitrag allein auf die Thematik beschränkt, wie der Vertrag über die Montage einer Solardachanlage rechtlich einzustufen ist. Denn je nach Vertragsinhalt kann es sich sowohl um einen Werkvertrag als auch um einen Kaufvertrag mit Montageverpflichtung handeln. Die Einstufung des Vertragstyps führt nicht nur zu beträchtlichen Unterschieden im Hinblick auf die Vertragsstruktur und die Anforderungen an Betreiber sowie Projektverantwortliche, sondern kann bei einem Vertrag unter Kaufleuten sogar die Mängelrechte ganz erheblich einschränken. In der Praxis ist festzustellen, dass die Thematik immer häufiger relevant wird, aber selten im Vertrag berücksichtigt wurde.

Dieser Beitrag möchte denkbare juristischen Konsequenzen aus der skizzierten Situation darstellen und gleichzeitig Möglichkeiten aufzeigen, wie man hiermit schon im Vorfeld ver-

traglich umgehen kann. Dabei kann natürlich nicht jede Besonderheit berücksichtigt werden, schon weil jede Baumaßnahme anders ist. Die genannten Lösungsansätze sind als generelle Vorschläge anzusehen, die eine Vertragsprüfung und -anpassung für die jeweilige konkrete Maßnahme nicht ersetzen können.

2. Einstufung des Vertrages als Kaufvertrag mit Montageverpflichtung oder als Werkvertrag und die Folgen hieraus

Inhaltlich geht es bei der Errichtung einer Solardachanlage fast immer darum, dass eine serienmäßig hergestellte Anlage montiert wird. Dies mag zunächst einmal banal klingen. Ihre rechtliche Brisanz gewinnt die Aussage dadurch, dass als Vertragstyp für solche Leistungspflichten sowohl ein Werkvertrag als auch ein Kaufvertrag in Frage kommen.

2.1 Abgrenzungskriterien

Was sind die grundlegenden Unterschiede zwischen den beiden Vertragstypen und wie grenzt man sie voneinander ab?

Schließen die Parteien einen Kaufvertrag mit Montageverpflichtung, so muss der Verkäufer dem Käufer das Eigentum am Kaufgegenstand verschaffen. Die Montage ist dann regelmäßig „nur“ eine Nebenpflicht oder eine zugehörige Serviceleistung. Ist hingegen eine bewegliche Sache herzustellen und zu liefern, handelt es sich um einen Werklieferungsvertrag; das Gesetz verweist dann darauf, dass – mit einigen Ausnahmen, die hier nicht weiter vertieft werden sollen – Kaufrecht anzuwenden ist. Demgegenüber hat der Unternehmer eines Werkvertrages ein individuelles Werk herzustellen und dieses dem Besteller zu verschaffen.

Schon diese generellen Definitionen zeigen, dass die Grenzen fließend sind und es immer auf den Einzelfall ankommt. Zur Abgrenzung können die folgenden Kriterien angewendet werden, die bisher von der Rechtsprechung entwickelt wurden:

Als allgemeine Faustformel ist der Schwerpunkt des Vertrages zu bestimmen. Es ist also die Frage zu stellen, ob es in erster Linie um die Lieferung der Anlage oder um deren Montage geht, also welche der beiden Vertragspflichten den Vertrag insgesamt dominiert.

Nun könnte man natürlich mit Fug und Recht auf die Idee kommen, dass bei einer

Solardachanlage der Schwerpunkt regelmäßig auf der Montage liegt, schon weil nicht jede Anlage auf jedes Dach passt und immer eine Ausrichtung nach den örtlichen Besonderheiten erfolgen muss. Allerdings kommt es auf alle Umstände des Vertrages an, und der Bundesgerichtshof hat wiederholt betont, dass u. a.

- die Art des zu liefernden Gegenstandes,
- das Wertverhältnis von Lieferung und Montage,
- die Gewichtigkeit der Montageleistung und
- die Besonderheiten des geschuldeten Ergebnisses

zu berücksichtigen sind. Verkürzt gesagt ist der Vertrag also umso eher ein Werkvertrag, je mehr es auf die speziellen Anforderungen des Kunden ankommt und je mehr eine individuelle Einpassung der Anlage statt der Standardmontage eines Serienmodells erforderlich ist. Speziell für die Lieferung und Montage einer Solarkleinanlage, die aus serienmäßig hergestellten und typmäßig bezeichneten Teilen nebst Zubehör bestand, hat der Bundesgerichtshof im Jahre 2004 (Urteil vom 03.03.2004, Az. VIII ZR 76/03) entschieden, dass ein Kaufvertrag vorliegt; dies wurde u.a. damit begründet, dass der Preis der kompletten Montage lediglich etwa 23% der Gesamtleistung ausgemacht habe, sodass auch bei einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise die Lieferung und nicht die Montage im Vordergrund stehe.

Gegen die Anwendung von Kaufrecht spricht es nicht, wenn die Gesamtleistung geradezu zwingend eine Planung erfordert. Der BGH begründet dies in einer anderen Entscheidung (Urteil vom 09.02.2010, Az. X ZR 82/07) damit, dass der Herstellung von zu liefernden Sachen sogar typischerweise gewisse Planungsleistungen vorausgingen und die gesetzliche Verweisung für Werklieferungen auf das Kaufrecht ansonsten praktisch keinen Anwendungsbereich mehr hätte. Steht die Lieferung im Mittelpunkt und sind die Planungs- bzw. Konstruktionsleistungen eine bloße Vorstufe, so gilt danach Kaufrecht.

Auch die Tendenz der Obergerichte geht gerade in jüngerer Zeit dahin, generell im Anlagenbau eher einen Kaufvertrag als einen Werkvertrag zu bejahen, wenn serienmäßig hergestellte Bauteile zusammengesetzt und montiert werden. So hat das OLG Naumburg (Urteil vom 25.06.2009, Az. 1 U 14/06) einen Kaufvertrag angenommen, obwohl in Zusammenhang mit der Montage einer Anlage nicht vollkommen untergeordnete Planungsleistungen ausgeführt werden mussten. Liege der reine Lieferanteil bei mehr als 50% des Gesamtwertes der Leistungen, handele es sich nicht um einen Werkvertrag.

Derartige Prozentsätze geben zwar Anhaltspunkte, sollten aber nicht verallgemeinert werden, zumal andere Gerichte auf abstraktere Gesichtspunkte abstellen. Das OLG Schleswig (Urteil vom 07.09.2007, Az. 4 U 156/06) hat z. B. für eine Windkraftanlage danach unterschieden, ob der Warenumsatz im Vordergrund stehe (dann Kaufvertrag) oder ob der Vertrag von der Wertschöpfung durch Arbeitseinsatz geprägt sei (dann Werkvertrag). Auch in diesem Fall kam das Gericht zur Anwendung von Kaufrecht, u. a. weil die Montage in nur einem Tag erfolgen sollte und daher eine völlig untergeordnete Rolle gespielt habe.

Hieran wird eines deutlich: Die Gerichte neigen zur Anwendung von Kaufrecht, wenn Konstruktion und Montage wenig aufwändig sind und hierfür im Vergleich zu den Gesamtkosten eine eher geringere Vergütung verlangt wird.

Möchten die Parteien den Vertrag bewusst als Werk- oder als Kaufvertrag verstanden wissen, stellt sich die Frage nach den vertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten. Die Parteien selbst können nur unter sehr engen Voraussetzungen entscheiden, wie ein Vertrag eingeordnet wird. Eine möglichst sichere Einstufung des Vertrages erfordert stattdessen ein besonderes Augenmerk auf Leistungsbeschreibung und Gewichtung der Montageleistung. Sinnvoll kann es also sein, den genauen Umfang der Montage- und Planungsleistungen sowie die Aufteilung der Vergütung auf die Leistungsschritte vertraglich festzuhalten. Spielen Montage und Planung tatsächlich keine prägende Rolle, wird man um die generelle Einstufung als Kaufvertrag kaum herumkommen und den Vertrag im Lichte des Kaufrechts ausarbeiten müssen.

2.2 Wesentliche Unterschiede und Folgen

Nachdem man die Hürde genommen und den Vertrag als Kauf- oder als Werkvertrag eingestuft hat, stellt sich die Folgefrage nach den Konsequenzen dieser Einordnung. Ist den Vertragsschließenden die Thematik nicht bewusst, fehlt es regelmäßig an vertraglichen Regelungen, sodass die gesetzlichen Vorschriften eben des Kauf- oder des Werkvertrages Anwendung finden, die in einigen Punkten wesentlich voneinander abweichen.

2.2.1 Abnahme vs. Übergabe/Ablieferung

Ein erheblicher Unterschied besteht darin, dass bei einem Werkvertrag die Abnahme einen Dreh- und Angelpunkt darstellt. Mit der Abnahme erklärt der Besteller, dass er das Werk als

im Wesentlichen ordnungsgemäß akzeptiert. Es ist also eine Erklärung des Bestellers notwendig, die auch stillschweigend oder konkludent erfolgen kann.

Nach dem Gesetz sind vielfältige Folgen mit dem Zeitpunkt der Abnahme verbunden. Generell ist das Erfüllungsstadium beendet. Als Konsequenz geht die Gefahr des zufälligen Untergangs vom Unternehmer auf den Besteller über, und dem Besteller stehen keine Erfüllungs-, sondern „nur noch“ Mängelansprüche zu. Ferner beginnt die Verjährung für Mängelansprüche, der Werklohn des Unternehmers wird fällig usw.

Demgegenüber kennt der gesetzliche Kaufvertrag kein Abnahmeprocédere, sodass auch keine Erklärung des Käufers über die Akzeptanz der erbrachten Leistungen vorgesehen ist. Stattdessen werden die dargestellten Rechtsfolgen an andere Zeitpunkte und daher eher objektive Gegebenheiten geknüpft. So geht die Gefahr beim Kaufvertrag regelmäßig mit Übergabe des Kaufgegenstandes vom Verkäufer auf den Käufer über. Dies wird spätestens der Fall sein, wenn die Anlage komplett installiert ist, aber es sind durchaus Szenarien vorstellbar, in denen die Gefahr früher übergeht (etwa bei Teillieferungen). Ähnlich verhält es sich bei den Mängelrechten. Diese entstehen grundsätzlich mit der Ablieferung, so dass auch die Verjährung in diesem Zeitpunkt beginnt. Eine Ablieferung ist nicht zwingend identisch mit der Übergabe, auch wenn oftmals der gleiche Zeitpunkt maßgebend sein wird.

Allein diese kurzen Beispiele zeigen, dass bei Vorliegen eines Kaufvertrages ganz anderes Argumentationspotential besteht, wenn sich ein Vertragspartner auf Mängelrechte oder deren Verjährung berufen will. Da der Käufer ohne vertragliche Regelung keinen Einfluss darauf nehmen kann, wann eine Übergabe oder eine Ablieferung vorliegen, wird er den entsprechenden Zeitpunkt häufig nicht bemerken und dementsprechend auch nicht dokumentieren (können). Es ist leicht vorstellbar, wie schwierig es dann nach Jahren wird, einen Nachweis für das exakte Datum der Übergabe bzw. Ablieferung zu führen.

2.2.2 Mängelrechte

Ein weiterer Unterschied besteht beim Inhalt der Mängelansprüche. Haben die Parteien einen Kaufvertrag geschlossen, so hat der Käufer bei Mängeln im ersten Schritt immer Nacherfüllung zu verlangen und hierfür eine angemessene Frist zu setzen. Dabei steht dem Käufer das Recht zu, zwischen Beseitigung des Mangels (also einer Reparatur) und Lieferung einer mangelfreien Sache (also einem Umtausch) zu wählen. Macht der Käufer

von diesem Wahlrecht Gebrauch, so kann der Verkäufer unter Umständen die gewählte Art der Nacherfüllung verweigern. Zu nennen sind die Fälle, in denen etwa eine vom Käufer gewählte Neulieferung mit unverhältnismäßigen Kosten verbunden wäre oder auf Seiten des Verkäufers zu einem unzumutbaren Aufwand führen würde.

Ist der Verkäufer zu einer Nacherfüllung verpflichtet und kommt dem Verlangen des Käufers nicht oder nicht rechtzeitig nach, so kann der Käufer zwischen weiteren Rechten wählen. Er kann entscheiden, ob er vom Vertrag zurücktritt, den Kaufpreis mindert oder Schadensersatz geltend macht. Für die jeweiligen Ansprüche sind weitere Besonderheiten zu beachten. Ein Rücktritt erfordert z. B. eine „erhebliche Pflichtwidrigkeit“, Schadensersatzansprüche stehen dem Käufer nur zu, wenn den Verkäufer ein Verschulden trifft und Ähnliches.

Ist ein Werkvertrag geschlossen worden, so gilt auch hier im ersten Schritt, dass der Besteller den Unternehmer unter Fristsetzung zur Nacherfüllung auffordern kann – und zur Erlangung anderer Ansprüche auch muss. Anders als im Kaufrecht kann der Besteller aber keine bestimmte Art der Nacherfüllung vorschreiben; vielmehr ist es nach gefestigter Rechtsprechung – und seit einigen Jahren auch gesetzlich verankert – allein Sache des Unternehmers, wie er einen Mangel beseitigt. Er kann selbst entscheiden, ob er das Werk neu herstellt oder ob und wie er es repariert. Im Rahmen eines Werkvertrages ist dem Besteller davon abzuraten, eine bestimmte Art der Nacherfüllung zu verlangen, schon weil ihm ein solches Wahlrecht nicht zusteht.

Wurde eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt und ist sie erfolglos abgelaufen, kann der Besteller wie der Käufer Ansprüche auf Rücktritt, Minderung oder Schadensersatz geltend machen. Zusätzlich steht ihm bei Abschluss eines Werkvertrages auch das Recht zu, den Mangel auf Kosten des Unternehmers selbst zu beseitigen (Selbstvornahme). Für diesen Anspruch ist es nicht notwendig, dass den Unternehmer ein Verschulden trifft. Da der Kaufvertrag ein solches Recht zur Selbstvornahme nicht kennt, können Reparaturkosten allenfalls als Bestandteil eines – dann verschuldensabhängigen – Schadensersatzanspruches verlangt werden.

2.2.3 Verlust von Mängelrechten nach den Vorschriften des BGB

Ein weiterer Unterschied besteht im Hinblick auf einen möglichen Anspruchsverlust für Mängelansprüche. Bei einem Kaufvertrag schließt das Bürgerliche Gesetzbuch den Käufer

mit Ansprüchen für diejenigen Mängel aus, die er bei Vertragsabschluss kennt. Hierzu muss der Käufer nicht nur das äußere Erscheinungsbild des Mangels erkannt, sondern es zumindest in groben Zügen als Mangel identifiziert haben. Schon dies verdeutlicht, dass die Hürde eher hoch als niedrig liegt. Darüber hinaus sind Mängelansprüche des Käufers grundsätzlich ausgeschlossen, wenn die Mängel dem Käufer wegen grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben sind. In der Praxis kommt dies beim Erwerb neuer Waren ebenfalls eher selten vor, schon weil der Käufer in der Regel nicht verpflichtet ist, den Kaufgegenstand schon bei Vertragsschluss zu untersuchen.

Auch bei Abschluss eines Werkvertrages sind Mängelrechte ausgeschlossen, wenn der Besteller den Mangel kennt. Da bei einem Werkvertrag das Werk erst noch herzustellen ist, wird nicht auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses abgestellt, sondern auf die Abnahme; der Besteller verliert Mängelansprüche, wenn er positive Kenntnis von Mängeln hat und bei der Abnahme keinen Vorbehalt erklärt. Dabei muss der Besteller das Werk nicht prüfen; er ist nicht einmal gehindert, die Abnahme zu erklären, ohne sich jemals mit dem Werk befasst zu haben. Grob fahrlässige Unkenntnis reicht hier in der Regel nicht aus.

Ein weiterer Unterschied besteht hinsichtlich der Folgen; denn anders als beim Kaufvertrag verliert der Besteller nicht alle Mängelansprüche, sondern der (verschuldensabhängige) Anspruch auf Schadensersatz bleibt ihm erhalten.

2.2.4 Verlust von Mängelrechten im kaufmännischen Verkehr

Auch wenn der Besteller das Werk bei der Abnahme nicht untersuchen muss, wird er dies schon im eigenen Interesse fast immer tun. Daher könnte man meinen, dass der Besteller bis zur Abnahme viel eher einen Mangel erkennt und damit auch schneller seine Mängelansprüche verliert, indem er etwa den Vorbehalt bei der Abnahme schlicht vergisst.

Zumindest im kaufmännischen Verkehr ist diese Hoffnung unbegründet. Denn das Handelsgesetzbuch enthält spezielle Vorschriften für den sogenannten Handelskauf, die dem Käufer spezielle Pflichten aufbürden, nämlich Untersuchungs- und Rügepflichten (§ 377 HGB):

Die Vorschrift gilt für Kaufleute und damit für nahezu alle Unternehmen. Sie ist nur auf den (beiderseitigen) Handelskauf anwendbar und kommt damit bei Abschluss eines

Werkvertrages nicht zum Tragen. Sie hat immense Folgen, nämlich einen vollständigen Anspruchsverlust.

Inhaltlich geht es darum, dass der Käufer die gelieferte Ware unverzüglich nach der Lieferung untersuchen und prüfen muss. Erkennt er einen Mangel, muss er diesen dem Verkäufer unverzüglich anzeigen. „Unverzüglich“ im Sinne des Gesetzes meint „ohne schuldhaftes Zögern“, was in der Praxis bedeutet, dass nur ein sehr kleines Zeitfenster zur Verfügung steht. Damit sind mehrere Szenarien möglich, die zu einem Anspruchsverlust führen:

- der Käufer untersucht die Kaufsache zu spät (etwa erst mehrere Wochen nach Lieferung),
- der Käufer führt die Prüfung zwar rechtzeitig, aber nicht ordnungsgemäß durch und übersieht dadurch einen an sich erkennbaren Mangel,
- der Käufer führt die Untersuchung ordnungsgemäß und rechtzeitig durch, spricht aber die Rüge gegenüber dem Verkäufer zu spät aus.

Insgesamt kommt ein Anspruchsverlust im Rahmen eines Handelskaufs damit deutlich häufiger vor als bei Vorliegen eines Werkvertrages.

2.2.5 Vertragliche Gestaltungsmöglichkeiten

Die unter Kaufleuten bestehenden Untersuchungs- und Rügepflichten können in Musterverträgen zwar nicht komplett ausgeschlossen werden. Trotzdem sind Vertragsgestaltungen möglich, die einen Ausschluss weniger wahrscheinlich machen und für mehr Klarheit sorgen können:

Bei offen erkennbaren Mängeln können die Pflichten des Käufers vertraglich kaum eingeschränkt werden. Erfolgen Teillieferungen, wird man jede Lieferung zumindest einer sofortigen Sichtkontrolle unterziehen und erkannte Mängel umgehend rügen müssen. Vor diesem Hintergrund kann es sinnvoll sein, das Recht zu einer Anlieferung von einzelnen Bauteilen auszuschließen.

Für erst im Rahmen einer Untersuchung erkennbare Mängel empfiehlt sich eine Vereinbarung, die den Zeitpunkt dieser Untersuchung festlegt. Meist ist die Fertigstellung der Gesamtanlage sinnvoll, um nicht während der Montage einzelne Teilschritte prüfen zu müssen. Dabei bietet

es sich an, in Anlehnung an die Werkvertragsvorschriften die Übergabe als eine Art formalisiertes Abnahmeprocédere zu gestalten, in dessen Verlauf die Untersuchungspflichten des Käufers eingebettet werden können. Damit ist auch die Dokumentation des Zeitpunktes von Ablieferung und Übergabe leichter zu bewältigen.

Ferner kann die Art der Untersuchung vereinbart werden. Haben sich die Parteien auf ein bestimmtes Vorgehen geeinigt und handelt es sich nicht um ein vollkommen atypisches Verfahren, so ist auch dem Argument weiterer Boden entzogen, dass die Untersuchung nicht ausreichend war.

Nicht zu vergessen ist die Rügepflicht. In engen Grenzen kann in Musterverträgen vereinbart werden, wann dem Verkäufer eine Rüge über offen erkennbare Mängel zugehen muss, sodass zumindest etwas mehr Klarheit erzielt werden kann. Großzügiger ist die Rechtsprechung bei Mängeln, die erst im Rahmen einer genaueren Untersuchung erkannt werden können oder die sich erst im späteren Verlauf zeigen; hier kann die Verlängerung der Rügefrist üppiger gestaltet werden.

3. Beratungsangebot der HFK Rechtsanwälte LLP

Wie immer hängt die Wirksamkeit von vertraglichen Regelungen stark vom jeweiligen Einzelfall ab. HFK ist sowohl mit den technischen Rahmenbedingungen im Anlagenbau als auch mit den rechtlichen Hürden für Allgemeine Geschäftsbedingungen vertraut und kann daher Muster entwickeln sowie auf die Projekte abstimmen. Dies kann helfen, die Risiken fühlbar zu begrenzen und Abläufe zu etablieren, die auch eine Argumentation im Nachhinein erleichtern können.

Im Rahmen einer Individualvereinbarung sind die Parteien deutlich freier, sodass ganz andere Vereinbarungen getroffen werden können. Allerdings sind die Anforderungen, die die Rechtsprechung an das Aushandeln einer Klausel stellt, sehr hoch. HFK verfügt in diesem Bereich ebenfalls über umfassende Erfahrungen und kann daher sowohl die Verhandlungen begleiten als auch Vereinbarungen entwerfen, die ein Aushandeln der Regelungen möglichst deutlich zu erkennen geben.



Fallstricke im Photovoltaik-Anlagenvertrag

1. Aktuelle Marktentwicklungen

Die bis vor wenigen Jahren noch geradezu paradiesischen Förderbedingungen durch die festgelegte Einspeisevergütung des Erneuerbare Energien Gesetzes (EEG) im Deutschen Markt werden stetig weiter verschärft. Für Photovoltaik-Freiflächenanlagen ist ohnehin seit dem 01.07.2010 bzw. 31.12.2010 (sofern vor dem 25.03.2010 ein Vorhabenbezogener Bebauungsplan vorlag) jegliche Förderung entfallen. Investoren von Großanlagen konzentrieren sich deshalb auf die weiterhin geförderten versiegelten Konversionsflächen (stillgelegte Flughäfen, Kasernen, Industrieanlagen etc.). Im vergangenen Jahr war hier eine regelrechte Erwerbsrallye zu beobachten, wobei der geschätzte Gesamtumfang der in Deutschland verfügbaren Konversionsflächen von etwa 350.000 ha bislang noch nicht vollständig verteilt ist. Unabhängig hiervon bleiben aber auch Dachflächen nicht nur für Eigenverbraucher, sondern auch für Investoren rentabel. Dies gilt insbesondere für Dachflächen von Großmärkten sowie Lager- und Fabrikhallen, auf denen nicht selten Photovoltaikanlagen mit einem Leistungsvolumen von 500 KWp und mehr installiert werden können.

Wenngleich die Förderung für Photovoltaik-Anlagen auf Konversionsflächen und für Dachanlagen in 2011 sowie in den kommenden Jahren voraussichtlich weiter zurückgeführt wird, steht zumindest eine marktbedrohende Deckelung auf einen jährlichen Gesamtförderbetrag entsprechend den Negativbeispielen im Südeuropäischen Raum oder gar eine vollständige Förderungsstreichung wie bei den Freiflächenanlagen in absehbarer Zeit nicht zu erwarten. Unablässige Bedingung, um die somit durchaus verbleibenden Renditespielräume im Deutschen Markt zu nutzen, ist jedoch eine rechtssichere Verhandlung der Photovoltaik-Anlagenverträge unter genauer und eindeutiger Zuordnung der jeweiligen Verantwortlichkeiten des Investors und des Anlagenerrichters.

2. Abgrenzung Verantwortungsbereiche Auftraggeber-Auftragnehmer

Die Einhaltung des Fertigstellungstermins ist bei Photovoltaik-Anlagen im Hinblick auf die Erzielung der jeweils geltenden Einspeise-Vergütung angesichts der stetig abnehmenden Vergütungssätze des Erneuerbare-Energien-Gesetzes (EEG) von gravierender Bedeutung. Daher ist unbedingt eine genaue Abgrenzung der wechselseitigen Verantwortungsbereiche

des Investors und des Anlagenerrichters zu empfehlen, um im Falle einer verspäteten Inbetriebnahme der Anlage streitige Auseinandersetzungen über die jeweilige Haftung zu reduzieren.

Dem Auftragnehmer obliegt nach dem Anlagenbauvertrag regelmäßig die schlüsselfertige Errichtung für den Anschluss und den Betrieb der Photovoltaik-Anlage gemäß den Vorgaben des zuständigen Netzbetreibers. Dabei handelt es sich nicht nur um einen reinen Bauvertrag, der Auftragnehmer übernimmt vielmehr auch die erforderlichen Planungsleistungen einschließlich der Erstellung einer Prüfstatik für die Errichtungskonstruktion. Zu den wesentlichen Pflichten des Auftragnehmers zählen natürlich die Lieferung und der Einbau der Photovoltaik-Module sowie der erforderlichen Auflagerungen und Wechselrichter nebst entsprechender Stromleitungen und Zwischenanschlüsse. Zusätzlich empfiehlt es sich, den Auftragnehmer zur Einholung von Ertragsprognosen bzw. Ertragsgutachten zu verpflichten, welche für den Investor von ausschlaggebender Bedeutung sind und aus Auftraggebersicht idealerweise die Grundlage einer Ertragsgarantie, mindestens aber einer entsprechenden Ertragsversicherung bilden. Im Übrigen übernimmt der Anlagenerrichter häufig die Anmeldung der Photovoltaik-Anlage entsprechend den Regelungen des EEG sowie alle sonstigen dem Auftragnehmer üblicherweise im Rahmen der Bauausführung obliegenden Pflichten wie die Stellung eines verantwortlichen Bauleiters, eines Sicherheits- und Gesundheitskoordinators nach der Baustellenverordnung, die Beschaffung von Baustrom, die Sicherung und Übernahme der Verkehrssicherungspflichten der Baustelle, die Koordination von Subunternehmen sowie die Endreinigung nach der Fertigstellung der Bauleistungen.

Demgegenüber hat der Auftraggeber insbesondere das Grundstück bzw. die Dachflächen zur Verfügung zu stellen und während der Anlagenerrichtung einen freien Zugang sicherzustellen, welcher auf die erforderlichen Achslasten eingerichtet ist, was insbesondere bei Dachanlagen sorgfältig im Vorwege geprüft werden sollte. Sofern für den Zugang zum Anlagenstandort Flächen auf Nachbargrundstücken genutzt werden müssen, sind diese ebenfalls zur Verfügung zu stellen. Daneben obliegt dem Auftraggeber regelmäßig die Bereitstellung der Netzanschlusspunkte mit ausreichender Einspeisekapazität. Zur Vermeidung von Schnittstellen empfiehlt es sich in diesem Zusammenhang zu vereinbaren, dass der Netzanschluss insgesamt im Verantwortungsbereich des Auftraggebers liegt.

Aus der Sicht des Anlagenerrichters sind in jedem Fall die zeitlichen und wirtschaftlichen Folgen bei unterlassener, verspäteter oder mangelhafter Erbringung der erforder-

lichen Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers (Bauzeitverlängerungs-, Schadensersatz-, Entschädigungs- bzw. Mehrvergütungsansprüche etc.) in dem Photovoltaik-Anlagenvertrag genau zu regeln. Dies gilt auch dann, wenn die Regelungen der VOB/B vertraglich einbezogen sind, da die spezifischen Besonderheiten des Anlagenbaus in den Bestimmungen der VOB/B nicht berücksichtigt werden.

2.1 Sicherstellung des Fertigstellungstermins

Wie ausgeführt ist der Fertigstellungstermin bei der Errichtung von Photovoltaik-Anlagen aufgrund der sinkenden Vergütungssätze nach dem Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG) und den zur Erzielung der jeweiligen Einspeisevergütung zwingend einzuhaltenden Stichtagen der Inbetriebnahme von herausragender Bedeutung. Der Begriff der Inbetriebnahme ist in § 3 Nr. 5 EEG als die erstmalige Inbetriebsetzung der Anlage nach Herstellung ihrer technischen Betriebsbereitschaft definiert – unabhängig davon, ob der Generator der Anlage (dies ist bei Solaranlagen das Photovoltaik-Modul selbst) mit erneuerbaren Energien oder sonstigen Energieträgern in Betrieb gesetzt wurde. Die allgemein im Hoch- und Tiefbau nicht selten vorkommenden Streitigkeiten über Bauzeitverlängerungen aufgrund von bei Vertragsschluss nicht vorhersehbaren Baubehinderungen wären im Photovoltaik-Anlagenbau somit dazu geeignet, die Wirtschaftlichkeit der PV-Anlage teilweise oder sogar ganz zu beseitigen, was aus der Sicht des Investors naturgemäß ein nicht hinnehmbares Ergebnis darstellen würde.

Optimalerweise verhandelt der Investor daher im Photovoltaik-Anlagenvertrag eine Regelung, derzufolge auftraggeberseits verursachte Bauablaufstörungen zwar finanziell entschädigt werden, jedoch keine Bauzeitverlängerung zur Folge haben. Ferner ist aus der Sicht des Investors zu empfehlen, dass der Fertigstellungstermin als verschuldensunabhängige Garantie ausgestaltet wird. Aufgrund der AGB-rechtlichen Kontrollbestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) sind entsprechende Regelungen allerdings nicht in vorformulierten Vertragsformularen, sondern nur in individualvertraglichen Verhandlungen mit dem Anlagenerrichter denkbar, welche jeweils genau zu dokumentieren sind. Da die erforderlichen Vertragsregelungen für eine belastbare Sicherstellung des Fertigstellungstermins aber auch die rechtlichen Wirksamkeitsgrenzen im Rahmen von Individualvereinbarungen berühren können, ist hier auf eine sorgfältige Formulierung zu achten, die im Einzelnen anwaltlich abgestimmt sein muss.

Demgegenüber fangen die allgemein in Bauverträgen üblichen Vertragsstraferegelungen begrenzt auf 5% der Gesamtauftragssumme die beim Photovoltaik-Anlagenbau mit der Einhaltung des Fertigstellungstermins verbundenen wirtschaftlichen Risiken aus der Perspektive des Investors häufig nicht hinreichend auf und greifen zudem bei schuldlosen Fristüberschreitungen nicht ein, so dass auch hier Streitigkeiten über behinderungsbedingte Bauzeitverlängerungen vorprogrammiert sind. Daher lassen sich Vertragsstraferegelungen in Photovoltaik-Anlagenbauverträgen nur mit zusätzlichen anwaltlich abzustimmenden Modifikationen effektiv implementieren.

Aus der Sicht des Anlagenerrichters sind dagegen bei der Vertragsgestaltung möglichst präventive Regelungen zur Sicherstellung des Fertigstellungstermins zu verhandeln. So wird regelmäßig ein vor dem Stichtag des EEG liegender vorgezogener Fertigstellungstermin vereinbart, dessen Erreichung z. B. mit einer Bonusregelung verbunden werden kann. Der vorgezogene Fertigstellungstermin ist mit einem hinreichenden zeitlichen Puffer bis zum Erreichen des maßgeblichen Stichtages nach dem EEG auszustatten. Denkbar sind aus der Sicht des Anlagenerrichters zudem Regelungen, die die Mitwirkungspflichten des Auftraggebers bei Baubehinderungen erweitern, um so die Erreichung des Fertigstellungstermins gemeinschaftlich sicherzustellen. In der bauvertraglichen Praxis haben sich hier zahlreiche anwaltlich abzustimmende Vertragsgestaltungsmöglichkeiten (z. B. Beistellung mobiler Heizungsgeräte bei Frost, Personalbeistellungen) herausgebildet.

2.2 Haftung für Folgeschäden

Sofern der Fertigstellungstermin – ggf. als Folge nicht ausreichender vertraglicher Sicherstellung – doch einmal überschritten wird und die verspätete Inbetriebnahme der Photovoltaik-Anlage zudem zu einer geringeren Einspeisevergütung nach dem EEG führt, droht aufgrund der festen gesetzlich gewährten Vergütung durch den Netzbetreiber für die Dauer von 20 Kalenderjahren zuzüglich des Inbetriebnahmejahres ein hoher konkret bezifferbarer Gewinnausfall, welcher bei großen Photovoltaik-Anlagen für beide Vertragsparteien existenzbedrohend sein kann.

Aus der Sicht des Investors ist daher eine vertragliche Haftungsübernahme insbesondere für entgangene Einspeisevergütung durch den Anlagenerrichter, möglichst im Wege einer verschuldensunabhängigen Garantie, zu erstreben. Fraglich ist allerdings, inwiefern selbst im Falle einer wirksamen Vereinbarung einer solchen Garantie jahrelange Streitigkeiten

über eine ggf. doch zu berücksichtigende Mitverantwortung des Auftraggebers, z. B. bei Baubehinderungen, vermieden werden können. Deshalb ist gerade bei vertraglichen Garantieübernahmen ein besonderes Augenmerk auf die genaue Formulierung – in Betracht kommen hier ohnehin nur vertragsspezifische Individualvereinbarungen – zu legen. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund der bei Garantieübernahmen auch im Rahmen von Individualvereinbarungen stets im Blick zu behaltenden Wirksamkeitsgrenzen.

Der Anlagenerrichter wird demgegenüber einen Schwerpunkt bei der Vertragsgestaltung darauf legen, seine Haftung für Folgeschäden im Allgemeinen und für entgangene Einspeisevergütung im Besonderen auf einen möglichst niedrigen Prozentsatz der vereinbarten Gesamtvergütung des Photovoltaik-Anlagenbauvertrages zu begrenzen. Da der Photovoltaikmarkt in Deutschland über diverse marktstarke Anbieter verfügt, sind in einer Vielzahl von PV-Anlagenbauverträgen weitgehende Haftungsbeschränkungen zu beobachten. Auch hier gilt es jedoch zu beachten, dass entsprechende Haftungsbeschränkungen individualvertraglich vereinbart werden müssen. Haftungsbeschränkungen müssen daher dezidiert auf den Einzelfall abgestimmt und genau formuliert werden. Dies gilt auch im Hinblick auf die gebotene Abgrenzung zu den Nacherfüllungsansprüchen des Auftraggebers bei Mängeln der PV-Anlage, um ungewollte Haftungsfälle zu vermeiden. Nicht selten sieht sich der – anwaltlich nicht beratene – Anlagenerrichter bei ungenauer Vertragsgestaltung trotz vereinbarter Haftungsbeschränkung Schadensersatzansprüchen des Investors ausgesetzt, die im Photovoltaik-Anlagenbau schnell gravierende Höhen erreichen können.

2.3 Gewährleistungsfristen

Im Rahmen der Gewährleistung enthalten Photovoltaik-Anlagenbauverträge, welche durch den Anlagenerrichter formuliert worden sind, teilweise eine lediglich zweijährige Gewährleistungsfrist für die Gesamtanlage. In welchem Umfang eine solche Fristenregelung unter AGB-rechtlichen Gesichtspunkten wirksam ist, hängt davon ab, inwiefern die Errichtung der PV-Anlage als Kaufvertrag oder als Werkvertrag zu qualifizieren ist. Bei einer Einordnung als Werkvertrag gilt nach dem gesetzlichen Leitbild eine fünfjährige Verjährungsfrist, die mit der Abnahme beginnt. Da Anlagenbauverträge häufig keine Abnahmeregulation enthalten, sondern eine – bei Großanlagen ggf. mehrstufige – Inbetriebnahme vorsehen, ist hier zudem fraglich, wann der Abnahmezeitpunkt für den gesetzlichen Beginn der Gewährleistung anzusetzen ist. Kleinere Dachanlagen, die z. B. bei einer in das Gebäudedach integrierten PV-Anlage mit Wasserabdichtungsfunktion im Einzelfall als Baustofflieferung qualifiziert

werden können, unterfallen nach dem gesetzlichen Leitbild ebenfalls einer fünfjährigen, hier aber mit der Übergabe beginnenden Gewährleistungsfrist.

Die Abgrenzung zwischen der Einordnung des Photovoltaik-Anlagenbauvertrages als Kaufvertrag mit Montageverpflichtung oder als Werkvertrag wurde bereits ausführlich in dem vorangehenden Beitrag erörtert, auf deren Ausführungen ich hier daher verweise. An dieser Stelle ist nur nochmals anzumerken, dass jedenfalls bei der Errichtung von Photovoltaik-Großanlagen, welche umfangreiche Planungs- und Montageleistungen erfordern, im Ergebnis von einem Werkvertrag auszugehen sein könnte. Dies ist allerdings im Einzelfall zu klären und in der Rechtspraxis zum Teil umstritten. So wurden in den vergangenen Jahren mehrere große Photovoltaik-Freiflächenanlagen von öffentlichen Auftraggebern nicht unter Zugrundelegung der Bestimmungen der Verdingungsordnung für Bauleistungen, Teil A (VOB/A), sondern nach der Verdingungsordnung für Leistungen, Teil A (VOL/A) ausgeschrieben.

Sofern es sich bei der Errichtung einer Photovoltaik-Großanlage um einen Werkvertrag handelt, kann eine im vorformulierten Vertragsformular des Anlagenerrichters enthaltene lediglich zweijährige Gewährleistungsfrist daher im Einzelfall unter AGB-rechtlichen Gesichtspunkten als unwirksam zu bewerten sein. Andererseits kommt bezüglich der in Investorenverträgen regelmäßig enthaltenen fünfjährigen Gewährleistungsfristen ebenfalls eine Unwirksamkeit in Betracht, wenn es sich nur um kleine (Dach-)Anlagen mit geringen Montage- und Planungsleistungen handelt. Dies ist jeweils im Einzelfall anwaltlich zu prüfen.

Einer besonderen Prüfung bedarf ferner die in Investorenverträgen nicht selten vorgesehene Vertragsbestimmung, derzufolge bereits eine schriftliche Mängelrüge des Auftraggebers innerhalb der Gewährleistungsfrist zu einer zweijährigen Quasi-Unterbrechung der Verjährung führt. Auch diese Vertragsregelung, die nach der neueren gerichtlichen Rechtsprechung zu Bauverträgen tendenziell als zulässig bewertet wird, ist nur rechtssicher in Errichtungsverträgen für diejenigen PV-Großanlagen, die nach ihrer Rechtsnatur Werkverträge darstellen, verhandelbar. Dementsprechend kommt auch nur in Bauverträgen für Photovoltaik-Großanlagen die Einbeziehung der VOB/B-Bestimmungen sinnvoll in Betracht. Unabhängig von den im Zusammenhang mit der VOB/B im Allgemeinen diskutierten AGB-Rechtsverstößen würde die Einbeziehung in Verträge für Kleinanlagen, die dem gesetzlichen Kaufrecht unterliegen, zu derart erheblichen Abweichungen von dem gesetzlichen Leitbild führen, dass die überwiegende Mehrzahl der einbezogenen VOB/B-Bestimmungen in Verträgen hier unwirksam

wäre. Voraussetzung ist ferner, dass man überhaupt die Anwendbarkeit der VOB/B auf Nichtbauleistungen bejaht. Die gerichtliche Rechtsprechung ist hier im Fluss.

2.4 Sicherheiten

Die vom Auftraggeber geforderten Sicherheiten gegenüber dem Anlagenerrichter entsprechen in der Praxis zumeist den in Bauverträgen üblichen Sicherungsmitteln. Insbesondere bei Photovoltaik-Großanlagen wird regelmäßig die Überreichung einer Vertragserfüllungsbürgschaft sowie einer Gewährleistungsbürgschaft gefordert. Die starke Marktstellung der Anlagenerrichter sowie der Umstand, dass diesen häufig auch die technische/kaufmännische Betriebsführung der PV-Anlage übertragen wird und die in Bauverträgen üblichen Auseinandersetzungen über Gewährleistungsmängel in diesen Fällen keine gravierende Rolle spielen, wirkt sich auf die Höhe der Gewährleistungsbürgschaft aus: Diese beträgt nicht selten lediglich 3% der Gesamtabrechnungssumme.

Von besonderer Bedeutung sind demgegenüber die aus der Sicht des Anlagenerrichters zu fordernden Sicherheiten, da in dem noch relativ jungen Photovoltaikmarkt mit teilweise hektischen Jahresendralles zur Erreichung der jeweiligen gesetzlichen Einspeisevergütungssätze diverse Insolvenzen auf Investorensseite zu beobachten gewesen sind. Die in PV-Anlagenverträgen üblichen hohen Voraus- und Abschlagszahlungen (z. B. 30% Anzahlung, 60% bei Modullieferung auf die Baustelle, 10% bei Inbetriebnahme) haben sich in der Vergangenheit nicht immer als ausreichend erwiesen, insbesondere wenn die Photovoltaik-Unternehmen die Errichtungsarbeiten trotz bestehender Zahlungsverzüge weiter fortgesetzt haben. Die in PV-Anlagenverträgen deshalb häufig vorgesehene Sicherungsabtretung der gelieferten und montierten Anlagenteile nebst Abtretung der Einspeisevergütungsansprüche des Anlagenbetreibers führt dagegen zu einer Übernahme des Investoren-Kalkulationsrisikos durch das Photovoltaik-Unternehmen. Zudem gehört der Betrieb von PV-Anlagen regelmäßig nicht in deren Geschäftsfeld, so dass sie hierauf kaufmännisch nicht ausgerichtet sind.

Wenn der Investor vor diesem Hintergrund eine vom Anlagenerrichter geforderte Zahlungsbürgschaft als weiteres Sicherungsmittel unter Verweis auf die hiermit verbundenen Aval-Zinsen verweigert, bietet sich z. B. eine verbindliche Finanzierungsbestätigung des zwischenfinanzierenden Kreditinstituts an. Effektiv ist eine solche Verpflichtung zur Vorlage einer Finanzierungsbestätigung insbesondere, wenn in den PV-Anlagenvertrag zusätzlich ein Rücktrittsrecht für den Fall, dass die Bestätigung nicht bis zu einem bestimmten möglichst

frühen Termin während der Bauausführung vorliegt, verhandelt wird. Da die Banken zur Vermeidung rechtlicher Bindungswirkungen gegenüber dem Kreditvertrag mit dem Investor allerdings nicht selten nur unverbindliche Finanzierungserklärungen abgeben, ist hier jeweils eine genaue anwaltliche Prüfung der erhaltenen Bankbestätigung erforderlich.

2.5 Wartung/Technische Betriebsführung

Nach der Inbetriebnahme von Photovoltaik-Anlagen ist eine regelmäßige Wartung zur Vermeidung von Leistungseinbußen erforderlich, welche von der mehrmals jährlich durchzuführenden Reinigung der Solarmodule über die technische Kontrolle der Wechselrichter bis hin zur ständigen Prüfung und Aufzeichnung der eingespeisten Energie reicht. Aus der Sicht des Photovoltaik-Unternehmens empfiehlt es sich, bei der Anlagenerrichtung die Übernahme der kaufmännischen und technischen Betriebsführung für die 20-jährige Mindestbetriebsdauer als „Paketlösung“ mit anzubieten, da hierdurch u. a. Schnittstellen in Bezug auf Gewährleistungsmängel vermieden werden können. Ein solches Paket ist für den Investor von Vorteil, da er hierdurch während der Errichtung und des gesamten Betriebes auf einen Ansprechpartner zurückgreifen kann und Schnittstellen vermieden werden. Nicht selten fordern Investoren allerdings die Aufnahme einer Mindestertragsgarantie für den gesamten 20-jährigen Inbetriebnahmezeitraum in den Wartungsvertrag. Dies ist für das Photovoltaik-Unternehmen mit erheblichen Risiken verbunden, insbesondere wenn bei Vertragsschluss nicht gesehene Verschattungseinflüsse (z. B. durch Neubauten, wachsende Baumbestände) auftreten, welche die Vertragskalkulation gefährden oder sogar gänzlich zu Fall bringen können. Als Kompromisslösung werden daher zunehmend Ertragsversicherungen angeboten, die von dem Anlagenbetreiber direkt mit dem Versicherungsunternehmen abzuschließen sind. Nicht selten übernehmen die Photovoltaik-Unternehmen dann jedoch die Zahlungen der Versicherungsbeiträge.

3. Beratungsangebot der HFK Rechtsanwälte LLP

Trotz oder zum Teil gerade wegen der stetigen Kürzungen der gesetzlichen Einspeisevergütung nach dem EEG ist die weiterhin im Deutschen Markt vitale Photovoltaik-Branche inzwischen auch in rechtlicher Hinsicht so etabliert, dass der hohe wirtschaftliche Wert ausgewogener Photovoltaik-Anlagenbauverträge mit dezidierten und klaren Regelungen der wechselseitigen Vertragsrisiken immer mehr erkannt wird. Die Zeit des „Goldrausches“ und der einseitigen Risikoübernahmen durch die Anlagenerrichter ist definitiv vorbei. Aufgrund der auf-

gezeigten rechtlichen Komplexität von Photovoltaik-Anlagenbauverträgen insbesondere bei Großanlagen einerseits und den erheblichen Risiken im Zusammenhang mit der Einhaltung des Fertigstellungstermins und sonstigen Ertragsausfällen andererseits ist eine frühzeitige rechtliche Beratung bei der Vertragsgestaltung ebenso wie eine rechtliche Begleitung der Bauausführungs-, Abnahme- und Gewährleistungsphase zu empfehlen. Ihre Spezialisten im PV-Anlagenbau bei HFK Rechtsanwälte stehen Ihnen jederzeit gern zur Verfügung.

Annex: Besonderheiten in Bezug auf den Anlagenbauvertrag einer Biogasanlage

In dem vorangehenden Beitrag wurden die Fallstricke in Bezug auf den Photovoltaik-Anlagenbauvertrag geschildert. Mit diesem Annex soll noch auf die Spezifika beim Anlagenbauvertrag einer Biogasanlage eingegangen werden.

Neben den bereits erwähnten Fallstricken sind vor allem zwei wesentliche Aspekte zu erwähnen: Zum Einen die Inbetriebnahme nebst Probetrieb, zum Anderen die Wartung der Anlage nach der Abnahme.

1. Die Inbetriebnahme nebst Probetrieb der Biogasanlage

Dem Auftraggeber bzw. dem Investor kommt es maßgeblich auf die Energieerzeugung und den daraus resultierenden Ertrag an. Daher möchte der Auftraggeber bzw. der Investor im Regelfall mit dem Auftragnehmer bzw. dem Anlagenerrichter eine rechtlich selbständige Garantie vereinbaren, dass die Biogasanlage eine bestimmte Energiemenge im Jahr produziert. Der Auftragnehmer bzw. Anlagenerrichter möchte demgegenüber „nur“ eine vertraglich vereinbarte Beschaffenheit der zu erzielende Energiemenge vereinbaren.

Die Energiemenge hängt von der Größe der Biogasanlage ab. Im Regelfall wird eine 90 – 95% Verfügbarkeit der Anlage verlangt. Damit der Auftraggeber die eingeräumte Garantie bzw. die vertraglich vereinbarte Beschaffenheit überprüfen kann, vereinbaren die Vertragsparteien in Vorbereitung der Abnahme die Inbetriebnahme nebst eines Probetriebs, um die volle Leistungsfähigkeit der Biogasanlage, mittels Leistungslauf („Leistungsfahrt“) zu testen. Während des Probetriebs soll das Eintreten des Vollastbetriebs der Anlage erreicht werden. Während dieses Zeitraums soll die Anlage unter Vollast „auf Herz und Nieren“ getestet werden. Hierfür vereinbaren die Vertragsparteien Sollwerte, die die Anlage innerhalb eines vorher definierten Zeitraums erreichen muss. Inbetriebnahme, Probetrieb und Leistungslauf gehören daher zum geschuldeten Leistungsumfang des Auftragnehmers.

Praxishinweis: Damit eine Objektivität der zu erreichenden Werte gegeben ist, sollte vereinbart werden, welche Inputstoffe verwendet werden und vor allem welche Art und Güte, also Qualität diese Inputstoffe haben müssen.

Die Stoffe liefert im Regelfall der Auftraggeber, so dass vor allem er ein erhebliches Interesse daran hat, den Vorgaben zu entsprechen (sonst ist es dem Auftragnehmer ein Leichtes, die nicht erreichte Sollvorgabe auf die falschen Inputstoffe zurückzuführen).

Es bietet sich daher an, in einer dem Anlagenbauvertrag beigefügten Vertragsanlage genau festzulegen, welche Inputstoffe in welcher Qualität und in welcher Quantität vom Auftraggeber zu liefern sind.

Praxishinweis: In einer separaten Vertragsanlage sollten die technischen Sollwerte genau definiert werden. Hier handelt es sich zunächst um die „Vorarbeit“ der fachtechnischen Disziplinen, eine juristische Abstimmung ist aber dringend zu empfehlen.

Die Leistung des Auftragnehmers ist dann abnahmefähig, wenn die Biogasanlage während eines zusammenhängenden Probetriebs von z. B. 30 Tagen den zuvor gemeinsam festgelegten Bedingungen genügt.

Stellt sich während des Leistungslaufs heraus, dass die Anlage entweder ausfällt, oder nicht die vereinbarte Energiemenge erzielt, ist entweder der Leistungslauf von neuem zu beginnen oder zumindest zu verlängern. Scheitert auch dieser Versuch, kann dem Auftraggeber das Recht zum Rücktritt, zur Minderung oder zum Schadensersatz eingeräumt werden. Scheitert der Probetrieb aus Gründen, die der Auftraggeber zu vertreten hat (Substratbeschickung-Inputstoffe!), kann der Auftraggeber unter Fristsetzung zur Beseitigung des Hinderungsgrundes auffordern und im Falle des fruchtlosen Verstreichens dieser Frist eine Auflösung des Vertrags androhen. Anbieten kann sich hier die Vereinbarung einer Abnahmefiktion trotz fehlender Erreichbarkeit der Sollwerte aus vom Auftraggeber zu vertretenden Gründen.

Praxishinweis: Der Nachweis der Abnahmewerte sollte mittels einer geeichten Messanlage erfolgen und dem Auftraggeber sollte das Recht eingeräumt sein, während des Probebetriebs anwesend zu sein. Die Einhaltung der Abnahmewerte sollte durch den Auftragnehmer protokolliert und dem Auftraggeber vorgelegt werden.

Sodann hat der Auftraggeber innerhalb einer festgelegten Prüffrist die Protokolle zu würdigen und zu erklären, ob die Abnahmefähigkeit vorliegt.

2. Wartung/Technische Betriebsführung

Der vorherige Beitrag hat bereits aufgezeigt, dass nach der Inbetriebnahme der Anlage eine regelmäßige Wartung erforderlich ist und es sich empfiehlt, dass der Anlagenerrichter die Übernahme der technischen Betriebsführung im Paket mit anbietet. Das gilt für den Betrieb einer Biogasanlage zumindest gleichermaßen, wobei für die Betriebsführung ein separater Betriebsführungsvertrag vereinbart werden kann, wobei andererseits zu berücksichtigen ist, dass dem Auftraggeber die Erträge aus diesem Zeitraum zustehen.

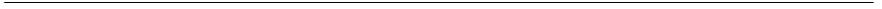
Nicht selten streiten sich Auftraggeber und Auftragnehmer unter Zuhilfenahme von Privatgutachtern über die Frage, ob der Mangel auf einer nicht ordnungsgemäßen Wartung des Auftraggebers beruht. Nach der Abnahme ist der Auftraggeber grundsätzlich für das Vorliegen eines Mangels darlegungs- und beweisbelastet, d. h. er muss ausschließen, dass ein Wartungsfehler vorliegt. Der Anlagenerrichter liefert im Regelfall mit der Abnahme ein Wartungshandbuch/Betriebsanleitung, welches der Auftraggeber genauestens einzuhalten hat. Der Wartung/Reinigung der Anlage ist im Regelfall ein eigenständiges Kapitel gewidmet. Nicht selten führt die kleinste Abweichung hierzu zum Haftungsausschluss.

Praxishinweis: Es kann sich anbieten, dass Auftraggeber und Anlagenerrichter neben dem Anlagenbauvertrag einen umfassenden Wartungsvertrag abschließen, so dass das Gewährleistungsrisiko in einer Hand beim Auftragnehmer bleibt.

Nicht unerwähnt soll allerdings bleiben, dass sich der Auftragnehmer die Überwälzung dieses Risikos gut bezahlen lässt.

3. Beratungsangebot der HFK Rechtsanwälte LLP

Die frühzeitige Rechtsberatung in diesem technisch und rechtlich schwierigen Komplex ist für die erfolgreiche Abwicklung eines Anlagenbauvertrages unabdingbar. Das gilt sowohl für die Vertragsgestaltung, als auch für die Vertragsabwicklung und zwar bis zum Ende des Gewährleistungsstadiums. Eine solche Rechtsberatung kann nur durch ausgewiesene Baurechtsexperten mit entsprechendem technischen Hintergrund erfolgen. HFK Rechtsanwälte stehen Ihnen hierzu gerne zur Verfügung.



Grüne Produkte: Öffentliche Beschaffung und Anforderungen

Buying Green: Umweltfreundliche Beschaffung der öffentlichen Hand

1. Buying Green

Umweltfreundliche Beschaffung ist ein Trend, der sich bereits seit längerem entwickelt und in den letzten Jahren auch mehr und mehr in den vergaberechtlichen Rechtsgrundlagen verankert wurde.

Green IT, Green Building, Green ... Es gibt kaum einen Bereich der öffentlichen Beschaffung, der in den letzten Jahren nicht eine Initiative zum „grüner werden“ erlebt hat: der Trend geht zum „Buying Green“ – zur grünen Beschaffung. Aber was ist das?

1.1 Was ist umweltfreundliche Beschaffung?

Ziel der Einführung der so genannten grünen Beschaffung ist die Reduktion der Auswirkungen des Verbrauchs des öffentlichen Sektors auf die Umwelt und die Nutzung der grünen Beschaffung für mehr Innovationen in Umwelttechnologien und in umweltgerechten Produkten und Dienstleistungen.

Die Europäische Kommission definiert „umweltorientierte Beschaffung“ daher als einen Prozess, in dessen Rahmen die staatlichen Stellen versuchen, Güter, Dienstleistungen und Arbeitsverträge zu beschaffen, die während ihrer gesamten Lebensdauer geringere Folgen für die Umwelt haben als vergleichbare Produkte mit der gleichen Hauptfunktion (Mitteilung Umweltorientiertes Öffentliches Beschaffungswesen vom 16.07.2008 KOM (2008) 400 endgültig).

Aber wie wird die Beschaffung konkret grün? Die EU Kommission (vgl. das Produktblatt Hochbau für Umweltorientiertes öffentliches Beschaffungswesen) schlägt beispielsweise für Bauleistungen, gegliedert nach systemischen Komponenten, die Beachtung folgender Aspekte vor:

Energieeffizienz

- Energieverbrauch (Heizung, Klimatisierung, Warmwasser, Lüftung und Strom)
- Passivhaus und Niedrigenergiehaus

-
- Erneuerbare Energiequellen (EE)
 - Monitoring der Energieeffizienz

Baumaterialien und -produkte

- Ausschluss bestimmter Baumaterialien und -produkte und Verwendung nachhaltiger Baumaterialien und -produkte
- Ökobilanzen (LCA): lange Lebensdauer und Materialeffizienz
- Isoliermaterialien
- Bestimmte Baumaterialien wie Holz, Eisen, Beton, Mauerwerk usw.

Abfallmanagement

- Abfallreduzierung und -recycling und/oder Wiederverwendung von Materialien

Einige dieser Vorschläge finden sich bereits in internen (Verwaltungs-)Anweisungen oder sogar in Gesetzesform wieder.

Dies führt zu der nächsten Frage:

1.2 Muss Beschaffung denn umweltfreundlich sein?

Antwort: Es kommt darauf an.

Das (deutsche) Vergaberecht des Jahres 2011 – das heißt der Normenkomplex, der die Durchführung von Beschaffungen der öffentlichen Hand in Deutschland regelt – ermöglicht nicht nur die Berücksichtigung von Umweltaspekten im Vergabeverfahren, sondern befiehlt diese bereits für einige Bereiche:

Grundsätzlich können Auftraggeber „soziale, umweltbezogene oder innovative Aspekte“ bei der Beschaffung berücksichtigen (§ 97 Abs. 4 GWB).

Teilweise müssen Auftraggeber Umweltaspekte bei der Beschaffung berücksichtigen. So ist bereits jetzt vorgeschrieben, dass im Rahmen eines Bauvorhabens von den Bietern die Angabe des Energieverbrauchs von zu liefernden technischen Geräten und Ausrüstungen zu fordern ist. Nach den vorgegebenen weiteren Änderungen der VgV müssen Auftraggeber Energieeffizienz als hoch gewichtetes Zuschlagskriterium berücksichtigen.

Weiterhin beinhalten verschiedene Landesvergabegesetze Regelungen zur Durchführung grüner Vergabe. So bestimmt § 7 des Berliner Ausschreibungs- und Vergabegesetzes, dass Auftraggeber verpflichtet sind, bei der Beschaffung „ökologische Kriterien“ zu beachten und ermächtigt sogar zur Aufstellung verbindlicher Regelungen, auf welche Weise diese an verschiedenen Stellen eines Vergabeverfahrens zu berücksichtigen sind.

Aber auch Gesetze, die nicht Bestandteil des vergaberechtlichen Normenkomplexes sind, können Verpflichtungen zur „grünen“ Gestaltung von Beschaffungen beinhalten. So sieht § 37 des Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetzes (KrW-/AbfG) vor, dass bei Bauvorhaben zu prüfen ist, ob und in welchem Umfang langlebige, reparaturfreundliche und (wieder-)verwertbare Erzeugnisse eingesetzt werden können.

2. Wie wird eine Beschaffung umweltfreundlich?

Die konkrete Gestaltung einer umweltfreundlichen Vergabe hängt unter anderem davon ab, welches vergaberechtliche Regelungswerk Anwendung findet und in welchem Verfahren die Beschaffung durchgeführt werden muss.

Zur Veranschaulichung einiger Möglichkeiten, das buying green im Rahmen einer Ausschreibung umzusetzen, soll hier exemplarisch der Neubau eines Gebäudes durch eine Landesbehörde in Berlin im Offenen Verfahren nach der VOB/A zugrunde gelegt werden, für das eine Zertifizierung für Neubau Büro- und Verwaltungsgebäude der Deutschen Gesellschaft für Nachhaltiges Bauen (DGNB) in Gold angestrebt wird.

Ein solches Vergabeverfahren gliedert sich in der praktischen Durchführung regelmäßig in verschiedene Verfahrensabschnitte: Die Verfahrensvorbereitung, in der der Auftraggeber die Bedarfsanalyse vornimmt und die zu beschaffende Leistung bestimmt. Danach müssen die für das Verfahren notwendigen Vergabeunterlagen erstellt werden. Dies beinhaltet die Entscheidung unter anderem über die Zulassung von (technischen) Nebenangeboten, die Aufteilung in Fach- oder Teillote sowie die Auswahl der bei der Wertung der Angebote anzuwendenden Zuschlagskriterien einschließlich ihrer Gewichtung und die Vertragsgestaltung zur Regelung der Auftragsdurchführung. Die Veröffentlichung der Bekanntmachung wird gefolgt von einer Phase, in der interessierte Unternehmen möglicherweise Fragen stellen können und ihre Angebote einreichen. Nach Ablauf der Angebotsfrist und der folgenden Angebotsöffnung (Submission)

folgt die Angebotswertung, die Vorabinformation und schlussendlich der Zuschlag (Vertragsschluss).

Dieser Gliederung folgend, werden hier einige Stellschrauben dargestellt, die im Laufe des Verfahrens zur Umsetzung einer umweltfreundlichen Beschaffung sinnvoll genutzt werden können und zur Erreichung der Zertifizierung des DGNB bei der Beurteilung des Kriteriums Ökologische Qualität des Neubaus herangezogen werden:

- die Bedarfsanalyse und -planung: beispielsweise nach DIN 18205 über Bedarfsplanung im Bauwesen unter Berücksichtigung der angestrebten Erfüllung des Standards für die DGNB Zertifizierung (siehe unten Nr. 2.1);
- die Leistungsbeschreibung: d. h. die Umsetzung der Bedarfsanalyse in eine eindeutige und erschöpfende Beschreibung der Leistung als Grundlage für die Kalkulation der Angebote durch die Bieter beispielsweise unter Einbeziehung der Definition technischer Spezifikationen durch Umweltzeichen (siehe unten 2.2);
- die Gestaltung der Zuschlagskriterien: d. h. Kriterien, die der nachvollziehbaren Ermittlung des wirtschaftlichen Angebotes dienen (siehe unten 2.3).

2.1 Bedarfsanalyse

Der Beschaffungsablauf beginnt mit der Bedarfsfeststellung: der Auftraggeber muss ermitteln, was er konkret benötigt bzw. welche Anforderungen er an die benötigte Leistung stellt. Dabei kann er grundsätzlich – im Einklang mit seinen internen und/oder haushalterischen Vorgaben – selbst bestimmen, was er beschaffen will. Diese Freiheit wird indes u. a. durch die oben beschriebenen Vorschriften mit Blick auf die Umweltfreundlichkeit seiner Beschaffung eingeschränkt.

Das verbindliche Vorgeben der Beachtung von Umweltaspekten bereits bei der Bedarfsfeststellung ist als Trend deutlich erkennbar. So ist vorgesehen, dass Auftraggeber nur solche energieverbrauchsrelevanten Produkte beschaffen, die zur höchsten Energieeffizienzklasse ihres jeweiligen Produktes gehören. Der Auftraggeber könnte dann beispielsweise Gebäudetechnik, wie Heizung, Lüftung, Klimatisierung – vorausgesetzt diese Produkte sind einschlägig klassifiziert – nicht mehr frei auswählen, sondern seine Auswahl beschränkt sich dann auf die Produkte, die in der hierfür höchsten Effizienzklasse gelistet sind. Abweichungen hiervon sind gesondert zu begründen.

Das Berliner Ausschreibungs- und Vergabegesetz formuliert seine Anforderungen an den Auftraggeber bei der Bedarfsanalyse wie folgt: „Bei der Festlegung von Leistungsanforderungen soll umweltfreundlichen und energieeffizienten Produkten, Materialien und Verfahren der Vorzug gegeben werden.“ (§ 7 Abs. 1 Satz 2).

Zur Erreichung der DGNB Zertifizierung ist die Einbeziehung der dafür erforderlichen ökologischen Kriterien und der dafür definierten Standards bereits in diesem Stadium der Ausschreibung entscheidend, da eine spätere Einbringung die Zielerreichung erheblich erschweren würde. Diese ökologischen Kriterien sind:

- Ökobilanz
- Wirkung auf globale und lokale Umwelt
- Ressourceninanspruchnahme und Abfallaufkommen.

Praxishinweis Auftraggeber: Ermitteln Sie – eventuell unter Inanspruchnahme fachkundiger Unterstützung – welche Produkte, Dienst- oder Bauleistungen für Sie unter Berücksichtigung der (unter-)gesetzlichen Vorgaben und des Wirtschaftlichkeitsgebotes zur Verfügung stehen, Ihrem Projekt nutzen und welche Vorgaben des Umweltschutzes umgesetzt werden müssen.

2.2 Erstellung der Leistungsbeschreibung

Die Leistungsbeschreibung ist – nach den Regularien der VOB/A – in der Regel durch eine allgemeine Darstellung der Bauaufgabe (Baubeschreibung) und ein in Teilleistungen gegliedertes Leistungsverzeichnis zu beschreiben (so genannte konstruktive Leistungsbeschreibung, § 7 Abs. 9 VOB/A).

2.2.1 Angaben zum Energieverbrauch

Die in der Leistungsbeschreibung enthaltenen technischen Spezifikationen, das heißt die technischen Anforderungen an das Bauvorhaben, sind dabei für die Umsetzung einer grünen Beschaffung wesentlich. Denn soweit sich die im Markt angebotenen Geräte im Energieverbrauch nicht nur geringfügig unterscheiden, ist der Auftraggeber verpflichtet, sich von den Bietern Angaben zum Energieverbrauch der technischen Geräte, die im Rahmen des Bauvorhabens geliefert werden, machen zu lassen.

2.2.2 Umweltzeichen

Die technischen Spezifikationen der Leistung kann der Auftraggeber unter anderem festlegen, indem er auf Normen und Spezifikationen zurückgreift, die international anerkannt sind. Diese Leistungs- und Funktionsanforderungen können dabei ausdrücklich auch Umwelteigenschaften beinhalten (§ 7 Abs. 7 VOB/A).

Die Definitionen dieser Umwelteigenschaften können sich aus europäischen oder multinationalen Umweltzeichen ergeben. Diese Anforderungen an die Bezugnahme von Umweltzeichen verhindert zunächst etwa die Verwendung der Inbezugnahme des Blauen Engels, der ein nationales Umweltzeichen ist. Der Verweis auf die Anforderungen, die denen des Blauen Engels entsprechen, ist indes erlaubt.

Die im Bereich der Bauleistungen zu nutzenden Umweltzeichen sind bisher jedoch rar – die existierenden Öko-Label befassen sich in der Regel nicht mit bauspezifischen Produkten. Eine Ausnahme ist zum Beispiel Bauholz: Die Leistungsbeschreibung kann die Anforderung beinhalten, dass dies aus legal bewirtschafteten Beständen stammen muss.

Will sich der Auftraggeber nicht nur auf Eigenerklärungen der Bieter verlassen, kann er als Nachweis beispielsweise die Vorlage von Zertifikaten zur Rückverfolgbarkeit der Produktkette und andere gleichwertige Nachweise als Beleg für die Einhaltung der Anforderungen fordern. Dass das Holz aus legalen Beständen stammt, kann dann durch eine Zertifizierung des FSC (Forest Stewardship Council) oder anderer Forstzertifizierungssysteme oder durch ein freiwillig eingerichtetes Rückverfolgungssystem nachgewiesen werden, beispielsweise im Rahmen von Managementsystemen nach ISO 9000, ISO 14000 oder EMAS, dem Gemeinschaftssystem der Europäischen Union für Umweltmanagement und Umweltbetriebsprüfung.

2.2.3 Zielvorgaben zu Umweltzertifizierungen

Zur Leistungsbeschreibung kann der Bauherr auch eine so genannte funktionale Leistungsbeschreibung nutzen, um die auf dem Markt existierenden, jeweils umweltfreundlichsten Lösungen für sein Bauvorhaben angeboten zu bekommen. Die Leistungsbeschreibung kann sich hierzu – ganz oder in Teilen – auch eine Beschreibung der Bauaufgabe beschränken, in der der Zweck der zu fertigenden Leistung und die an diese gestellten technischen,

wirtschaftlichen, gestalterischen und funktionsbedingten Anforderungen angegeben sind (§ 7 Abs. 14 VOB/A). Beispielsweise kann so die Anforderung, dass das zu errichtende Gebäude eine Zertifizierung nach dem geltenden DGNB Gold Standard erlangen können muss, berücksichtigt werden.

Praxishinweis Auftraggeber: Nehmen Sie in die Leistungsbeschreibung Anforderungen auf, die die Umweltfreundlichkeit Ihres Beschaffungsvorhabens sicherstellen. Technische Spezifikationen sollten den Energieverbrauch entweder vorgeben oder Angaben des Bieters hier abfragen.

2.3 Gestaltung der Zuschlagskriterien

Trotz der insgesamt erwünschten und zunehmend geforderten Berücksichtigung von Umweltkriterien bei der Beschaffung muss jede Beschaffung der öffentlichen Hand auch das Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit beachten. Zuschlagskriterien sind daher darauf auszurichten, das wirtschaftlichste Angebot auszuwählen und die auftragsbezogenen Eigenschaften der angebotenen Leistung nach einem vorab festgelegten und veröffentlichten Schema zu bewerten.

Grüne Kriterien sind in einem solchen Wertungsschema zulässig soweit sie im Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen, nicht diskriminierend sind und dem Auftraggeber keine willkürliche Auswahl des wirtschaftlichsten Angebotes ermöglichen.

Nur auf Landesebene existieren zur Anwendung grüner Zuschlagskriterien bereits verpflichtende Vorschriften. So verpflichtet das Berliner Ausschreibungs- und Vergabegesetz Auftraggeber bei der Aufstellung von Zuschlagskriterien sowohl Lebenszykluskosten als auch weitere ökologische Kriterien angemessen zu berücksichtigen (§ 7 Abs. 1 Satz 3, Abs. 2 BerAVG). National ist vorgesehen die Vergabeverordnung dahingehend zu ändern, dass die Berücksichtigung des Energieverbrauchs technischer Geräte als hoch gewichtetes Zuschlagskriterium zu berücksichtigen ist.

Als Zuschlagskriterien zur Beachtung von Umwelteigenschaften im Rahmen der grünen Beschaffung des oben beschriebenen Bauvorhabens kommen so unter anderem folgende in Betracht:

- Energieverbrauch von technischen Geräten
- Energieeffizienz des Gebäudes
- Umfang der Nutzung von erneuerbaren Energien
- Verwendung von Baumaterialien aus erneuerbaren Rohstoffen
- Lebenszyklus-/Betriebskosten
- Ressourcennutzung: Einsparung bei Wasser- und Energieeinsatz
- Entsorgungskonzept für Verpackungsmaterial und Bauschutt
- Wiederverwertbarkeit / Recyclingfähigkeit der verwendeten Baumaterialien.

Die EU-Kommission empfiehlt, dass Ökologische Zuschlagskriterien insgesamt mindestens 10 % bis 15 % aller erreichbaren Punkte ausmachen sollen (vgl. das Produktblatt Hochbau für Umweltorientiertes öffentliches Beschaffungswesen).

Praxishinweis Auftraggeber: Bei der Verwendung von Umwelteigenschaften als Zuschlagskriterien ist immer zu beachten, dass diese einen unmittelbaren Bezug zum Auftrag haben und deren Beurteilung nach objektiven Kriterien möglich ist.

3. Beratungsangebot der HFK Rechtsanwälte LLP

Aufgrund unserer langjährigen hervorragenden Expertise im Beschaffungswesen setzen wir Ihre Ziele und Eckpunkte im konkreten Beschaffungsvorgang rechtsicher um. Sowohl auf Anbieter- als auch auf Seiten des öffentlichen Einkaufs steht der erfolgreiche Projektabschluss im Fokus. Effektivität der eingesetzten Ressourcen sowie die Konfliktvermeidung hat im Rahmen unserer Beratung für Sie höchste Priorität. Unsere Beratung im Bereich Green Buying fängt bereits in der Vorbereitung der organisatorischen Umsetzung einer Beschaffungsidee an. Als Profis der Verfahrens- und Vertragsgestaltung planen und entwickeln wir individuell interessengerechte Vertragswerke. Ziel- und bedarfsgerechte Festlegung von Gesprächs- und Verhandlungsstrukturen gehören dabei ebenso zu unserem Beratungsportfolio wie die zielorientierte Durchsetzung Ihrer Rechte, Angebotshighlights oder auch wettbewerbskonforme Alleinstellungsmerkmale im Bereich der Green Buying.

Umweltgerechte Gestaltung und Kennzeichnung von ITK- und CE-Produkten

1. Einleitung

Der Begriff Green IT hat Konjunktur. Während er in Bezug auf Rechenzentren zumeist nur bezüglich der zu verbessernden Energieeffizienz benutzt wird, kommt ihm in Bezug auf IT-Hardware, Telekommunikationsgeräte und Produkte des Bereichs Consumer Electronics eine sehr viel weitere Bedeutung zu. Im Folgenden werden unter Ziffer 2 die wichtigsten Rechtsgrundlagen und Anforderungen an ökologisches und sicheres Produktdesign (vgl. unter 2.1.) sowie an die Produktkennzeichnung (vgl. unter 2.2.) dargestellt. Sodann wird kurz erläutert, welche Akteure zur Beachtung dieser Anforderungen verpflichtet sind und welche Konsequenzen entsprechende Verstöße haben können; einerseits aufgrund der behördlichen Marktüberwachung, andererseits aus zivilvertraglicher Sicht (vgl. unter 2.3.). Abschließend erfolgt ein kurzer Ausblick (vgl. 2.4).

2. Rechtliche Fragestellungen

2.1 Umweltgerechtes Produktdesign

Anforderungen an umweltgerechtes Produktdesign folgen zum Einen aus einer Vielzahl gesetzlich geregelter Stoffverbote (vgl. 2.1.1.), zum Anderen aus Mindestanforderungen an die Energieeffizienz der Geräte (vgl. 2.1.2.). Daneben bestehen bestimmte Anforderungen an die Entsorgung solcher Geräte, die das Produktdesign beeinflussen (vgl. 2.1.3.). Dargestellt werden schließlich in gebotener Kürze auch die sicherheitsrechtlichen Anforderungen an die hier behandelten Produkte (vgl. 2.1.4.). Den Anforderungen an das Produktdesign ist dabei grundsätzlich gemein, dass diese bei Inverkehrbringen der Produkte im Europäischen Binnenmarkt und/oder in Deutschland eingehalten werden müssen.

2.1.1 Stoffverbote

Die wichtigsten Stoffverbote für ITK- und CE-Produkte sind im Elektro- und Elektronikgerätesgesetz (ElektroG), für Batterien und Akkumulatoren in dem 2009 erlassenen Batteriegesetz (BattG) und hinsichtlich etwaiger schwermetallhaltiger Verpackungen solcher

Geräte in der Verpackungsverordnung (VerpackV) geregelt. Stoffverbote im Sinne dieser Vorschriften sind dabei keine absoluten Verbote der geregelten Stoffe, sondern es dürfen gewisse Stoffkonzentrationen nicht überschritten werden. Die Regelung von Stoffverboten ist für die Hersteller von Elektronikprodukten keinesfalls unproblematisch, da die verbotenen Stoffe wichtige Funktionen erfüllen und ihre Substitution teilweise nicht nur mit erheblichen Mehraufwendungen, sondern insbesondere auch mit technischen Problemen verbunden ist. Bei einem Verstoß gegen die jeweiligen Stoffverbote ist es Herstellern und Importeuren regelmäßig verboten, entsprechende Produkte im EU-Binnenmarkt in den Verkehr zu bringen, sprich zu vertreiben.

2.1.1.1 ElektroG/RoHS-Richtlinie

Nach § 5 Abs. 1 ElektroG ist es grundsätzlich verboten, neue Elektro- und Elektronikgeräte in Verkehr zu bringen, die einen bestimmten Grenzwert an Blei, Quecksilber, sechswertigem Chrom, polybromierten Biphenyl (PBB) oder polybromierten Diphenylether (PBDE) und Cadmium überschreiten. Das ElektroG setzt zwei Europäische Richtlinien in Nationales Recht um, die sogenannte RoHS-Richtlinie und die sogenannte WEEE-Richtlinie. Die benannten Stoffverbote sind allein in der RoHS-Richtlinie enthalten. Die RoHS-Richtlinie wurde in den Jahren 2010/2011 novelliert; inhaltlich ist die Novelle abgeschlossen, eine Verkündung im Amtsblatt der EU ist jedoch, Stand: 21.06.2011 noch nicht erfolgt, steht aber kurz davor. Im Rahmen der Novellierung war umfänglich diskutiert worden, ob weitere Substanzen, z. B. bestimmte Phthalate (Weichmacher), mit einem Stoffverbot belegt werden sollen. Hiervon hat der europäische Gesetzgeber jedoch zunächst abgesehen. Da sich das Novellierungsverfahren der WEEE-Richtlinie vermutlich noch bis in das Jahr 2012 hinziehen wird, besteht schon aus zeitlichen Gründen die Notwendigkeit, die Richtlinien zukünftig in getrennten Gesetzen umzusetzen. Für die Umsetzung der novellierten RoHS-Richtlinie, die innerhalb von 18 Monaten ab Erlass der Richtlinie zu erfolgen hat, ist daher ein eigenständiges Bundesgesetz geplant.

2.1.1.2 BattG/VerpackV

Hinsichtlich der für den ITK- und CE-Bereich relevanten Gruppe der Gerätebatterien – Gerätebatterien sind nach § 2 Abs. 6 BattG gekapselt und können in der Hand gehalten werden – bestehen nach § 3 Abs. 1 und 2 BattG Stoffverbote für Quecksilber und Cadmium, wobei hier schon in der Batterie-Verordnung (BattV) enthaltene Stoffverbote durch das BattG verschärft wurden. Batterien, die mehr als 0,0005 Gewichtsprozent Quecksilber enthalten,

dürfen danach nicht mehr in Verkehr gebracht werden; Für Cadmium liegt der Grenzwert bei 0,002 Gewichtsprozent. Von dem Quecksilberverbot ausgenommen sind Knopfzellen und aus Knopfzellen aufgebaute Batteriesätze mit einem Quecksilbergehalt von höchstens 2 Gewichtsprozent.

In der Verpackungsverordnung sind Stoffverbote in § 13 Abs. 1 VerpackV enthalten. Danach dürfen Verpackungen und Verpackungsbestandteile nur in Verkehr gebracht werden, wenn die Konzentration von Blei, Cadmium, Quecksilber und Chrom VI kumulativ 100 mg pro Kilogramm nicht überschreitet. Ausnahmen bestehen insbesondere für Verpackungen aus Glas.

2.1.1.3 REACH

Eine Art individuelles Stoffverbot kann sich aus der europäischen REACH-Verordnung ergeben, nach deren Art. 5 Stoffe als solche, in Gemischen oder Erzeugnissen – letzteres sind z. B. Endprodukte – nur dann in der Gemeinschaft hergestellt oder in Verkehr gebracht werden dürfen, wenn der jeweilige Hersteller, Importeur oder Inverkehrbringer sie bei der Europäischen Chemikalienagentur (ECHA) registriert bzw. vorregistriert hat. In Anhang XVII der REACH-Verordnung sind zudem auch eine Reihe absoluter Stoffverbote enthalten.

2.1.2. Energieeffizianzorderungen – Ökodesign/ErP-Richtlinie

Der rechtliche Rahmen für Mindestanforderungen an die Energieeffizienz von energiebetriebenen und energieverbrauchsrelevanten Produkten ist auf Europäischer Ebene in der Ökodesign-Richtlinie (2009/125/EG) – auch ErP-Richtlinie genannt – geregelt. Das Energiebetriebene-Produkte-Gesetz (EBPG) setzt die Ökodesign-Richtlinie in deutsches Recht um. Beide Rechtsakte haben es als Grundlage für die als „Glühbirnenverbot“ wahrgenommene Festsetzung von Mindesteffizienzstandards an Haushaltsbeleuchtung zu einiger Berühmtheit gebracht.

2.1.2.1 Konkretisierung durch Europäische Durchführungsmaßnahmen

Zur Konkretisierung des durch die Ökodesign-Richtlinie und das EBPG gesetzten Rechtsrahmens erlässt die Kommission zumeist rechtsverbindliche Durchführungsverordnungen für einzelne Produktgruppen. Die Unterteilung in verschiedene Produktgruppen, von denen es derzeit 36 gibt, ist dabei aufgrund der großen Uneinheitlichkeit der unter den Anwendungs-

bereich der Richtlinie und des EBPB fallenden Produkte erforderlich. Bei diesen im sogenannten Komitologieverfahren erlassenen Rechtsakten handelt es sich um Europäische Verordnungen im Sinne des Art. 288 AEUV, weswegen sie unmittelbar in den einzelnen Mitgliedstaaten gelten und keine nationale Umsetzung erfordern. Allerdings ist nicht für jede Produktgruppe die Erarbeitung einer Durchführungsmaßnahme zweckmäßig. Nach Art. 15 Abs. 2 Ökodesign-Richtlinie kommt sie nur in Betracht, wenn erstens das Verkaufs- und Handelsvolumen des Produkts erheblich ist, wobei als Richtwert eine Jahresstückzahl bezogen auf den Europäischen Binnenmarkt von über 200.000 anzusetzen ist, das Produkt zweitens angesichts der in Verkehr gebrachten Mengen eine erhebliche Umweltauswirkung in der Europäischen Gemeinschaft hat und es drittens ein erhebliches Potential für eine Verbesserung seiner Umweltverträglichkeit ohne übermäßig hohen Kostenaufwand bietet. Für welche Produktgruppen Durchführungsmaßnahmen geplant sind, ist einem auf Grundlage des Art. 16 Ökodesign-Richtlinie aufgestellten Arbeitsprogramm der Kommission für die Jahre 2009 bis 2011 zu entnehmen (KOM (2008) 660 endgültig). Das zweite Arbeitsprogramm ist nach Art. 16 Abs. 1 Ökodesign-Richtlinie spätestens am 21.10.2011 vorzulegen.

Daneben sieht die Ökodesign-Richtlinie als Alternative zu verbindlichen Rechtsverordnungen vor, industrielle Selbstverpflichtungen zu schließen. Nach Art. 17 Ökodesign-Richtlinie sind solche Selbstregulierungsmaßnahmen der Industrie anhand der Zulässigkeitskriterien des Anhangs VIII zu bewerten. Der Anstoß für die Erarbeitung einer Selbstregulierungsmaßnahme liegt für die Hersteller einer Produktgruppe in der Regel darin, dass diese in dem von der Kommission erstellten Arbeitsprogramm genannt werden und die Hersteller daher mit dem Erlass einer Durchführungsmaßnahme rechnen müssen. Bislang wurden der Kommission vier Entwürfe industrieller Selbstregulierungsmaßnahmen vorgelegt, u. a. für Komplexe Set-Top-Boxen (CSTB), insbesondere Digitalreceiver, und bildgebende Geräte, wie etwa Kopiergeräte und Multifunktionsgeräte.

2.1.2.2 Beispiele für Durchführungsverordnungen mit ITK und CE-Relevanz

Verabschiedet wurde zunächst am 17.12.2008 die produktgruppenübergreifende DVO 1275/2008/EG zur Festlegung von Ökodesign-Anforderungen an den Stromverbrauch elektrischer und elektronischer Haushalts- und Bürogeräte im Bereitschafts- und im Aus-Zustand („Standby-DVO“). Unter ihren Anwendungsbereich fallen vom Drucker bis zur Kaffeemaschine eine Vielzahl energiebetriebener Produkte. In ihrem Art. 2 i. V. m. Anhang II

enthält sie zeitlich gestaffelte konkrete Ökodesign-Anforderungen an deren Stromverbrauch. Ein Jahr nach Inkrafttreten der Verordnungen darf z. B. die Leistungsaufnahme des jeweiligen Gerätes im Aus-Zustand 1 Watt und vier Jahre nach Inkrafttreten den Wert von 0,5 Watt nicht mehr überschreiten. Kurze Zeit später verabschiedete die EU-Kommission am 04.02.2009 die DVO 107/2009/EG, in der Anforderungen an die umweltgerechte Gestaltung von einfachen Set-Top-Boxen geregelt werden. Am 06.04.2009 folgte die Verabschiedung der DVO 278/2009/EG zur Festlegung von Ökodesign-Anforderungen an die Leistungsaufnahme externer Netzteile, unter deren Anwendungsbereich etwa Ladegeräte von Mobiltelefonen oder Laptop-Netzteile fallen. Schließlich verabschiedete die EU-Kommission am 22.07.2009 die DVO 642/2009/EG, in welcher Anforderungen an die umweltgerechte Gestaltung von Fernsehgeräten festgelegt werden. Danach kann ein Fernsehapparat, als Untergruppe des Fernsehgerätes, nach Art. 2 Nr. 2 der Verordnung optional auch mit Zusatzfunktionen für die Datenspeicherung und/oder -anzeige, wie etwa einer Festplatte oder einem DVD-Laufwerk ausgestattet sein, wobei diese Funktionen aus mehreren vom Bildschirm getrennten Einheiten bestehen können, solange das Produkt unter einer Modell- oder Systembezeichnung in Verkehr gebracht wird.

2.1.2.3 Durchführungsverordnungen in Vorbereitung

Weitere relevante Durchführungsmaßnahmen sind derzeit in Vorbereitung. Der Prozess der Verabschiedung von Durchführungsmaßnahmen ist dabei in verschiedene Verfahrensschritte unterteilt und nimmt selbst in Fällen, in denen sich die beteiligten Kreise schnell einigen, selten weniger als zwei Jahre in Anspruch. Für die Produktgruppe „PCs (Desktop, Laptop) und Computermonitore“ und die Produktgruppe „Geräte mit Druckfunktion (Drucker, Scanner, Kopierer etc.)“ befindet sich das Verfahren im sogenannten Konsultationsforum, für die Produktgruppe „Komplexe Digitalempfänger“ ist hingegen erst die erforderliche Vorstudie abgeschlossen. Problematisch für die Hersteller von Geräten dieser Produktgruppen ist, dass zwar einerseits die Verabschiedung konkreter Ökodesign-Anforderungen für die jeweilige Produktgruppe zeitlich absehbar ist, andererseits aber die Ökodesign-Anforderungen der produktgruppenübergreifenden Standby-Verordnung, soweit diese auf die jeweiligen Geräte anwendbar ist, bereits in einer ersten Phase ab dem 07.01.2010 einzuhalten sind, was zu Planungsunsicherheiten auf Seiten der Hersteller geführt hat und auch immer noch führt. Schließlich sind für zwei weitere hier relevante Produktgruppen „Geräte zur Ton- und Bildverarbeitung“ und „Verbrauch im vernetzen Bereitschaftsbetrieb (networked Stand-by)“ die jeweiligen Vorstudien abgeschlossen.

2.1.2.4 Wesentliche Pflichten nach EBPg

Nach § 4 Abs. 1 EBPg dürfen Produkte, für die aufgrund einer Durchführungsverordnung verbindliche Ökodesign-Anforderungen gelten, nur dann in Verkehr gebracht oder, soweit sie noch nicht in Verkehr gebracht wurden, in Betrieb genommen werden, wenn sie den in den Durchführungsmaßnahmen festgelegten Anforderungen genügen, eine Konformitätsbewertung vorgenommen wurde und die Produkte mit dem CE-Kennzeichen gekennzeichnet sind. Ohne entsprechende Durchführungsmaßnahmen fallen energiebetriebene Produkte daher zwar umfassend in den Anwendungsbereich des EBPg, Folgen für die Marktteilnehmer – Hersteller sowie deren Bevollmächtigte, Importeure, Händler und Endnutzer – ergeben sich hieraus jedoch nicht. Die Unterlagen zur Konformitätsbewertung und die Konformitätserklärungen müssen nach § 4 Abs. 6 Satz 1 EBPg vom Hersteller oder seinem Bevollmächtigten zehn Jahre nach Herstellung des letzten Exemplars des Produkts zur Einsicht durch die Marktüberwachungsbehörden bereitgehalten werden.

2.1.3. Weitere Anforderungen an die Produktgestaltung

Neben den bereits beschriebenen Anforderungen bestehen verschiedene weitere Anforderungen an die umwelt- aber auch sicherheitsrechtliche Gestaltung von Produkten.

2.1.3.1 Demontagefreundlichkeit und Wiederverwendung

Sinnvollerweise wird schon während der Entwicklung eines Produkts dessen umweltverträgliche Entsorgung mit bedacht. Aufgrund der beträchtlichen Mengen an Elektro- und Elektronikschrott, die jährlich nicht nur in Deutschland anfallen, dürfte man meinen, dass hier ein Schwerpunkt der gesetzgeberischen Tätigkeit liegt. Dies ist jedoch nicht der Fall. Zwar sieht die europäische Abfall-Rahmen-Richtlinie (ARRL) aus dem Jahr 2008, die bis Dezember 2010 in deutsches Recht umzusetzen gewesen wäre, durch die Einführung einer fünfstufigen Zielhierarchie, eine Stärkung der stofflichen Verwertung – sprich des Recyclings – vor; und auch die Einführung der Wiederverwendung als zweite Stufe nach der Vermeidung von Abfällen deutet auf eine Stärkung des Stoffkreislaufs hin. Allerdings bleibt abzuwarten, welche Bedeutung die neuen Vorschriften erlangen werden, da die Bestimmungen der Zielhierarchie regelmäßig nur als Auslegungshilfen heranzuziehen sind. Es ist daher nicht ausgeschlossen, dass diese Neuerungen als Gesetzessymbolik in ihrer Wirkung verpuffen.

Konkreter wird hier z. B. § 4 Satz 2 ElektroG. Danach sind Elektro- und Elektronikgeräte, die vollständig oder teilweise mit Batterien oder Akkumulatoren betrieben werden können, so zu gestalten, dass deren problemlose Entnehmbarkeit sichergestellt ist. Die Vorschrift ist somit als Gebot ausgestaltet, das von Herstellern zu befolgen ist. Allerdings stellt ein Verstoß gegen diese Vorschrift weder eine Ordnungswidrigkeit nach ElektroG dar noch findet sich im ElektroG einer Ermächtigungsgrundlage, die ein behördliches Einschreiten in einem solchen Falle rechtfertigen würde. Auf die abfallrechtliche Generalklausel des § 21 KrW-/AbfG kann dabei schon deshalb nicht zurückgegriffen werden, da diese nur auf Verordnungen anwendbar ist, die auf Grundlage des KrW-/AbfG erlassen wurden, nicht jedoch auf Bundesgesetze. Im Ergebnis handelt es sich daher auch beim § 4 Satz 2 ElektroG um einen „zahnlosen Tiger“.

2.1.3.2 Anforderungen an die Sicherheit und Störungsfreiheit

In einer Reihe weiterer Gesetze sind Anforderungen an die Produktsicherheit geregelt. Zu nennen sind insbesondere das Geräte- und Produktsicherheitsgesetz (GPSG), das Fernmelde- und Telekommunikationsendeinrichtungsgesetz (FTEG) und das Gesetz zur Vermeidung elektromagnetischer Störungen (EMVG). Alle drei Gesetze beruhen ihrerseits auf Europäischen Richtlinien. Besonders relevant sind die Anforderungen des GPSG an Verbraucherprodukte. Nach § 5 Abs. 2 GPSG z. B. trifft einen Hersteller eine behördliche Selbstanzeigespflicht, wenn er weiß oder er anhand der ihm vorliegenden Informationen oder seiner Erfahrung eindeutige Anhaltspunkte dafür hat, dass von einem von ihm in Verkehr gebrachten Verbraucherprodukt eine Gefahr für die Gesundheit und Sicherheit von Personen ausgeht. Darüber hinaus haben Hersteller über Maßnahmen zu berichten, die sie zur Abwendung dieser Gefahr getroffen haben. Dies dient insbesondere auch der Vorbereitung und Durchführung behördlicher Rückrufanordnungen sowie der Meldung unsicherer Produkte im Europäischen Schnellmeldesystem RAPEX.

2.2 Produktkennzeichnung

Produktkennzeichnung im hier behandelten Regelungsumfeld kann grob in rechtlich verbindliche Kennzeichnung (vgl. unter 2.2.1 und 2.2.2) und nicht verpflichtende Kennzeichnung unterteilt werden (vgl. unter 2.2.3).

2.2.1 Verpflichtende Kennzeichnung

Als in Deutschland verpflichtende Kennzeichnung kommen insbesondere die CE-Kennzeichnung, Herstellerangaben mit teilweise korrespondierender Kennzeichnung gemeinsamer Rücknahmesysteme sowie die Energieverbrauchskennzeichnung in Betracht.

2.2.2 CE-Kennzeichen

Die Mehrzahl der produktsicherheitsrechtlichen und umweltrechtlichen europäischen Richtlinien enthält die Anforderung an die Verpflichteten, primär also an den Hersteller, ein sogenanntes Konformitätsbewertungsverfahren durchzuführen. In diesem Verfahren prüfen die Hersteller, ob die von Ihnen in den Verkehr zu bringenden Produkte den jeweiligen, auf das konkrete Produkt anwendbaren harmonisierten technischen Normen entsprechen. Solche Normen sind regelmäßig DIN EN Normen. Fällt diese Prüfung positiv aus, erstellen die Hersteller eine sogenannte Konformitätserklärung und kennzeichnen das Produkt mit dem CE-Kennzeichen. Die wenigen obligatorischen Angaben, die in der Konformitätserklärung enthalten sein müssen, sind z. B. für das EBPG in der Anlage zu § 4 EBPG aufgelistet; sie entsprechen dem durch Beschluss 768/2008/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vorgegebenen Muster einer EG-Konformitätserklärung. Die Unterlagen zur Konformitätsbewertung und die Konformitätserklärungen müssen vom Hersteller regelmäßig zehn Jahre nach Herstellung des letzten Exemplars des Produkts zur Einsicht bereitgehalten werden. Die Anforderungen an die Anbringung des CE- Kennzeichens ergeben sich z. B. aus § 6 Abs. 2 bis 5 EBPG in Verbindung mit Anhang III der Ökodesign-Richtlinie 2009/125/EG.

2.2.2.1 Herstelleridentifizierung und Registrierung

Angaben darüber, wer Hersteller bzw. Verpflichteter für das konkrete Produkt innerhalb der EU ist, sind auf Grundlage einer Vielzahl von Gesetzen vorzunehmen, z. B. nach § 5 Abs. 1 Nr. 1b) GPSG, § 9 Abs. 4 FTEG, § 9 EMVG, § 7 Abs. 1 ElektroG und § 5 EBPG. Dabei variieren die entsprechenden Vorschriften zunächst dahingehend, ob nur der Name (FTEG) oder auch die Anschrift des Herstellers (GPSG, EMVG, EBPG) angegeben werden muss. Im Rahmen des ElektroG kann es ferner ausreichend sein, die Marke des Herstellers anzugeben, wenn der Endnutzer hieraus eindeutige Rückschlüsse auf den Hersteller treffen kann. Darüber hinaus unterscheiden sich die Anforderungen dahingehend, dass nach manchen Bestimmungen die Angaben auf dem Gerät zu erfolgen haben (FTEG, idR auch nach dem ElektroG), während

es nach anderen Gesetzen ausreichend ist, wenn die Angaben auf der Verpackung (GPSG, EBPG) oder sogar nur auf beigegebenen Unterlagen, etwa dem technischen Datenblatt, erfolgen (EMVG).

Die Art und Weise der Kennzeichnung des Herstellers hat beispielsweise nach § 7 Satz 1 ElektroG dauerhaft zu erfolgen, so dass der Hersteller eindeutig identifiziert werden kann. Welche Anforderungen an eine solche dauerhafte Kennzeichnung im Detail bestehen, ergibt sich etwa für § 7 Satz 1 ElektroG aus der DIN EN 50419 „Kennzeichnung von Elektro- und Elektronikgeräten“.

Das ElektroG und auch das BattG – das keine verpflichtenden Herstellerangaben verlangt, weswegen auch weiterhin häufig sogenannte „no-name-Batterien“ auf dem europäischen Markt auftauchen – verlangen darüber hinaus die Registrierung der Hersteller für die Sicherstellung und Koordinierung der Entsorgung der Geräte und Batterien, wenn diese rechtlich zu Abfall werden. Neben dem Symbol der durchgestrichenen Mülltonne, welches das Erfordernis einer getrennten Abfallsammlung anzeigt, sind Gerätebatterien regelmäßig mit dem Zeichen der „Stiftung Gemeinsames Rücknahmesystem (GRS) Batterien“ gekennzeichnet. Dies bringt zum Ausdruck, dass die Stiftung GRS zivilvertraglich vom Hersteller mit der Erfüllung seiner öffentlich-rechtlichen Entsorgungspflichten beauftragt wurde.

2.2.2.2 Energieverbrauchskennzeichnung

Der neue Regelungsrahmen für die Energieverbrauchskennzeichnung wird im Wesentlichen in dem Beitrag „Energieeffiziente TGA“ in dieser Broschüre dargestellt. Hier nur so viel: ITK- und CE-Produkte waren bislang nicht von der Energieverbrauchskennzeichnung umfasst. Durch den Erlass der Richtlinie 2010/30/EG zur Novellierung der Energieverbrauchskennzeichnung wird sich dies Schritt für Schritt ändern. Ähnlich wie die Ökodesign-Richtlinie 2009/125/EG wird die EVK-Richtlinie durch europäische Durchführungsmaßnahmen, sogenannte delegierte Rechtsakte, konkretisiert. In diesen delegierten Rechtsakten sind die konkreten Anforderungen an die Energieverbrauchskennzeichnung bestimmter Produktgruppen geregelt. Bislang bestehen vier solcher „neuen“ Verordnung zur Konkretisierung der EVK-Richtlinie, wobei sich die VO (EG) 1062/2010 auf Fernsehgeräte bezieht. Dort ist auch die Gestaltung des durch die Hersteller und Händler zu verwendende Etiketts und die Einteilung in die Energieklassen „G-A“ für neu in den Verkehr zu bringende Geräte festgelegt.

2.2.3 Freiwillige Kennzeichnung

Typische Kennzeichen, die zwar teilweise auf einer gesetzlichen Grundlage basieren, jedoch nicht verpflichtend zu verwenden sind, sind beispielsweise das „GS-Zeichen“, der „Energy-Star“ oder der „Blaue Engel“.

Das GS-Zeichen steht für „Geprüfte Sicherheit“ und basiert ausschließlich auf nationalem Recht, dem § 7 GPSG. Es besitzt eine hohe Akzeptanz in der Bevölkerung und wird auf Antrag der Hersteller nach Prüfung von einer akkreditierten Prüfstelle vergeben. Im Gegensatz zum CE-Kennzeichen handelt es sich also nicht um eine „Eigeneinschätzung“ der Hersteller. Antragsteller können dabei auch Unternehmen sein, die keinen Sitz in Deutschland haben, aber ihre Produkte in Deutschland vertreiben. Der Energy-Star basiert auf der Europäischen Verordnung (EG) 106/2008. IT-Produkte tragen inzwischen jedoch so häufig den Energy-Star, dass dieser als Qualitätskriterium nur sehr begrenzt taugt.

Besser stellt sich diesbezüglich die Lage beim Blauen Engel dar, nach deren Vergaberichtlinien grundsätzlich nur die besten Geräte einer Produktgruppe mit dem Blauen Engel ausgezeichnet werden sollen. Der Blaue Engel basiert nicht auf gesetzlichen Vorgaben, vielmehr kann ein Hersteller die Vergabe des Blauen Engels beantragen, wenn seine Produkte, die jeweiligen Vergabegrundlagen erfüllen. Getragen wird der Blaue Engel vom Bundesumweltministerium (BMU), das Zeicheninhaber ist, der Jury-Umweltzeichen, einem mit allen relevanten Interessengruppen besetzten unabhängigen Beschlussgremium, dem Umweltbundesamt (UBA), das mit dem Fachgebiet „Ökodesign, Umweltkennzeichnung, Umweltfreundliche Beschaffung“ als Geschäftsstelle der Jury Umweltzeichen fungiert und die fachlichen Kriterien der Vergabegrundlagen des Blauen Engels entwickelt und schließlich der RAL GmbH, die als Zeichenvergabestelle tätig ist.

2.3 Marktüberwachung und Schnittstellen zum Zivilvertrags- und Wettbewerbsrecht

2.3.1 Marktüberwachung

Die unter Ziffer 2.1 und 2.2 dargestellten rechtsverbindlichen Anforderungen an die Produktgestaltung und Produktkennzeichnung ähneln sich in den Grundzügen. In Bezug genommen werden häufig, die durch das Produktsicherheitsrecht vorgegebenen behördlichen

Eingriffsbefugnisse. Diese reichen von der Überprüfung eines Produkts bis hin zum Verbot, ein nicht konformes Produkt in Verkehr zu bringen, vgl. etwa den Ermächtigungskatalog des § 8 Abs. 4 GPSG. Zuständig sind in den meisten Fällen die Marktüberwachungsbehörden der Länder, vereinzelt jedoch aber auch Bundesbehörden, etwa das Umweltbundesamt für die Einhaltung der Meldepflichten zum Herstellerregister nach dem BattG. Teilweise wird vom Gesetzgeber zudem vorgeschrieben, dass die Verpflichteten eine adäquate Rückruforganisation vorhalten. So wird etwa nach § 4 Abs. 8 Satz 1 EBPg vom Hersteller, seinem Bevollmächtigten und dem Importeur eines energiebetriebenen Produkts verlangt, dass diese, jeweils im Rahmen ihrer Geschäftstätigkeit, in der Lage sind, geeignete Maßnahmen zu ergreifen, um die Nutzung von Produkten zu verhindern, die nicht den in § 4 Abs. 1 EBPg i. V. m. der jeweiligen Durchführungsmaßnahme normierten Ökodesign-Anforderungen entsprechen. Geeignete Maßnahmen sind nach § 4 Abs. 8 Satz 2 EBPg insbesondere die Rücknahme und der Rückruf des Produktes. Die genannten Marktteilnehmer trifft somit die Pflicht, die eigenen Geschäftsstrukturen entsprechend zu organisieren. Aussagen darüber wie dieser Pflicht Genüge getan werden kann, enthält das Gesetz nicht. Neben diesen Eingriffsbefugnissen enthalten alle hier genannten Gesetze diverse Ordnungswidrigkeitentatbestände, welche die Verhängung von Bußgeldern durch die zuständigen Behörden bis in höhere fünfstellige Bereiche ermöglichen.

Umfängliche Eingriffsbefugnisse der Marktüberwachungsbehörden sind also gegeben, allerdings bedeutet dies nicht, dass diese Befugnisse in jedem Fall effektiv ausgeübt werden. Vielmehr ist im Produktbereich ein relativ großes Vollzugsdefizit zu beobachten, d.h. nicht rechtskonforme Produkte gelangen trotzdem auf den Europäischen Binnenmarkt. Auch um diesem Vollzugsdefizit Rechnung zu tragen hat die Kommission 2008 die Verordnung 765/2008/EG über die Vorschriften für die Akkreditierung und Marktüberwachung im Zusammenhang mit der Vermarktung von Produkten erlassen, die am 01.01.2010 in Kraft getreten ist. Als Europäische Verordnung gilt sie seitdem unmittelbar in allen EU-Mitgliedstaaten, vgl. Art. 288 Abs. 2 AEUV. In Artikel 27 und 28 dieser Verordnung wird eine enge Zusammenarbeit zwischen den jeweiligen mitgliedstaatlichen Marktüberwachungs- und Zollbehörden gefordert, wobei die Zollbehörden unter bestimmten Voraussetzungen die Freigabe eines Produktes zum freien Verkehr auf dem Gemeinschaftsmarkt aussetzen können, vgl. Art. 27 Abs. 3 VO 765/2008/EG. So wird es in Zukunft zu verstärkten Einfuhrkontrollen durch die Zollbehörden kommen, um zu verhindern, dass Produkte, die sicherheits- und umweltrechtlichen Anforderungen nicht entsprechen, auf den Europäischen Markt gelangen. Allerdings ist zu beachten, dass die Verordnung insbesondere hinsichtlich des Verwaltungsvollzuges

einer Konkretisierung auf nationaler Ebene bedarf. Auch aus diesem Grund befinden sich derzeit u. a. das GPSG, das EBPg und das FTEG im Novellierungsprozess.

2.3.2 Einfluss auf das Zivilvertragsrecht

Entspricht ein Produkt nicht den beispielsweise durch das EBPg und eine Durchführungsmaßnahme vorgeschriebenen ökodesignrechtlichen Anforderungen, stellt dies grundsätzlich einen Sachmangel im Sinne des § 434 Abs. 1 BGB dar. Da die meisten umwelt- und sicherheitsrechtlichen Anforderungen sinnvoll nur im Rahmen der Produktgestaltung durch den Produzenten berücksichtigt und eingehalten werden können, rechtlich jedoch im Einzelfall auch andere Personen als Hersteller oder sonstige Verpflichtete im Rahmen des EBPg und anderer Gesetze in Betracht kommen, sollte jedes an einer Lieferkette beteiligte Unternehmen klären, welche öffentlich-rechtlichen Pflichten es treffen. Bei der Vertragsgestaltung ist sodann u. a. zu beachten, dass die öffentlich-rechtliche Verantwortung nicht auf den Vertragspartner übertragen, sondern dieser „lediglich“ mit der Erfüllung einer eigenen Pflicht beauftragt werden kann.

2.4 Ausblick

Die Festsetzung umweltrechtlicher und sicherheitsrechtlicher Anforderungen an die Produktgestaltung können z. B. einen erheblichen Beitrag dazu leisten, Produkte energieeffizient zu gestalten. Gerade in Branchen wie etwa der Unterhaltungselektronik, Telekommunikation und Informationstechnologie, in denen aufgrund des hohen Innovationstempos die Nutzungsphase einzelner Produkte immer kürzer und die Geräte stetig mit weiteren potentiell Energie verbrauchenden Funktionen ausgestattet werden, sind Energieeffizienz-Anforderungen erforderlich, um einen Anstieg des Energieverbrauchs dieser Produkte zu verhindern bzw. zumindest zu verlangsamen. Die aus dem Bereich der Weißen Ware allgemein bekannten, durch die EVK-Richtlinie vorgegebenen Energiekennzeichnungen dürften darüber hinaus ein probates Mittel sein, das Käuferverhalten entsprechend zu steuern.

Daneben erlangen Stoffverbote, also die Regulierung von Chemikalien und Stoffen immer stärkere Bedeutung. Dies wird die Hersteller von ITK- und CE Produkten auch in Zukunft vor die Aufgabe stellen, sich über die rechtlichen Veränderungen in diesem Bereich laufend zu informieren, um im Rahmen der Produktentwicklung mit einem entsprechenden Vorlauf Stoffe ersetzen zu können.

3. Beratungsangebot der HFK Rechtsanwälte LLP

HFK Rechtsanwälte LLP beraten zu allen Fragen des produktenbezogenen Umwelt- und Sicherheitsrechts. Dies beinhaltet die Produktgestaltung ebenso wie die Entsorgung von Produkten als Abfälle. Im Rahmen der Produktgestaltung besitzen HFK Rechtsanwälte umfassende Expertise zu allen Anforderungen des Inverkehrbringens von Produkten und der korrespondierenden Gestaltung von Umweltklauseln in Lieferverträgen. Zudem betreut HFK Mandanten auch in allen produkthaftungsrechtlichen Fragestellungen. Hierzu gehören die Abwehr ungerechtfertigter behördlicher Inanspruchnahmen ebenso wie das Rückrufmanagement tatsächlich gefährlicher Produkte und die Vertretung in zivilrechtlichen Folgeverfahren.

Notizen
