

## Newsletter

### Umwelt □ Technik □ Vergabe

Achtzehnte Ausgabe, Juli 2011

Seite

□ Blaue Tonne reloaded 1 – Sächsisches Oberverwaltungsgericht, Beschluss vom 10.06.2011, 4 B 355/10 .....	1
□ Blaue Tonne reloaded 2 – Hamburgisches Oberverwaltungsgericht, Beschluss vom 18.02.2011, 5 Bs 196/10 .....	3
□ Nachträgliche Anordnung einer Sicherheitsleistung bei Abfallentsorgungsanlagen – Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 02.02.2011 – 8 B 1675/10 .....	5
□ Zur Zulässigkeit sog. „bring-or-pay“-Regelungen, Urteil des Landgerichts Bochum vom 31.03.2011, 14 O 147/10.....	7
□ Zuteilung von Emissionsberechtigungen bei Mehrproduktion, Verwaltungsgericht Berlin, Urteil vom 23.02.1011, 10 K 274.09 .....	8
□ Baustellenlärm – Verwaltungsgericht Frankfurt, Beschluss vom 21.04.2011, 8 L 858/11.F .....	10
□ Gewässer oder Kanal ? – Neues zum Anwendungsbereich des Wasserrechts, Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 27.01.2011, 7 C 3.10.....	11
□ Wer bringt das Wasser zurück? Zur gerichtlichen Zuständigkeit bei der Überprüfung von Versorgungseinstellungen wegen nicht bezahlter Wasserversorgungsentgelte, Bundesverwaltungsgericht, Beschluss vom 31.05.2011, 8 AV 1/11.....	14
□ „Wie ein Ferrari mit verschlossenen Türen“ – Zur Stärkung des Klagerechts von Umweltverbänden, Europäischer Gerichtshof, Urteil vom 12.05.2011, C-115/09 .....	16
□ Konzessionsvergabe der Abfallentsorgung.....	17
□ Der Verlust der strafrechtlichen Verantwortlichkeit durch die unternehmensinterne Delegation von Aufgaben .....	18
□ Aktuelle Veröffentlichungen.....	19
□ Aktuelle Veranstaltungen.....	20

**Köln**  
Apostelstraße 15/17  
50667 Köln  
T +49 (0)221 4207-0  
F +49 (0)221 4207-255

**Berlin**  
Friedrichstraße 185  
10117 Berlin  
T +49 (0)30 235122-0  
F +49 (0)30 235122-23

**Brüssel**  
Avenue Louise 109  
B - 1050 Bruxelles  
T +32 (0)2 7344446  
F +32 (0)2 7344446

□ **Blaue Tonne reloaded 1 –  
Sächsisches Oberverwal-  
tungsgericht, Beschluss vom  
10.06.2011, 4 B 355/10**

*Ein weiterer Punktsieg für die gewerblichen Sammler von Altpapier ist aus Sachsen zu vermelden. Die Entscheidung zeigt, dass nach der kommunalfreundlichen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts immer noch Spielräume auch für private gewerbliche Sammler bestehen.*

Das Sächsische Oberverwaltungsgericht hatte in einem Eilverfahren über die Beschwerde eines gewerblichen Sammlers von Altpapier gegen einen Beschluss des Verwaltungsgerichts Dresden vom 16.12.2010 (3 L 461/10) zu entscheiden. Das Verwaltungsgericht hatte den Antrag eines privaten gewerblichen Sammlers auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs gegen die sofort vollziehbare Untersagung der Sammlung von Altpapier aus privaten Haushalten im Stadtgebiet der Landeshauptstadt Dresden durch die Bereitstellung von Blauen Tonnen abgelehnt. Das Verwaltungsgericht Dresden ist bei seinem ablehnenden Beschluss im Wesentlichen davon ausgegangen, dass nach dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 18.06.2009 (7 C 16.8) zunächst die gewerbliche Sammlung im Sinne von § 13 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 KrW-/AbfG von der Entsorgungstätigkeit der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger und der von ihnen beauftragten Entsorgungsunternehmen abzugrenzen sei. Im Rahmen dieser Abgrenzung sei zu berücksichtigen, dass gewerbliche Sammlungen typischerweise ein allgemeines, auf freiwilliger Basis beruhendes Angebot der unentgeltlichen Überlassung verwertbarer Abfälle seien. Demgegenüber sprächen Entgeltvereinbarungen oder

verbindliche Einzelvereinbarungen sowie dauerhafte und in festen Strukturen erfolgende Sammeltätigkeiten, die sich von Entsorgungstätigkeiten der nach § 16 Abs. 1 Satz 1 KrW-/AbfG beauftragten Dritten nicht wesentlich unterscheiden, gegen die Qualifizierung als gewerbliche Sammlung. Somit liege auch im zu entscheidenden Fall keine gewerbliche Sammlung vor, so dass eine Ausnahme von den Überlassungspflichten nach § 13 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 KrW-/AbfG von Anfang an nicht in Betracht komme.

Die darüber hinausgehende Frage, ob überwiegende öffentliche Interessen im Sinne von § 13 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 KrW-/AbfG einer gewerblichen Sammlung entgegenstehen, könne demnach offen bleiben, weil bereits eine privilegierte gewerbliche Sammlung nicht vorliege.

Der von dem Verwaltungsgericht Dresden zugrunde gelegten Rechtsauffassung hat jedoch das Sächsische Oberverwaltungsgericht durch den Beschluss vom 10.06.2011 eine Absage erteilt. Anders als das Verwaltungsgericht hat das Oberverwaltungsgericht zunächst geprüft, ob in dem zu entscheidenden Fall öffentliche Interessen einer gewerblichen Sammlung entgegenstehen. Im Ergebnis hat das Gericht diese Frage zu Recht verneint. Das Oberverwaltungsgericht knüpft dabei an die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts an und meint, die Ausführung des Bundesverwaltungsgerichts zu der Frage, ob ein überwiegendes öffentliches Interesse einer gewerblichen Sammlung entgegensteht, machten in jedem Fall deutlich, dass zu den überwiegenden öffentlichen Interessen im Sinne von § 13 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 KrW-/AbfG nicht jegliche öffentlichen Belange gehören, sondern nur die auf die Verfolgung der Zielvorgaben und Zwecke des

Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz gerichteten öffentlichen Interessen. Insoweit habe die Landeshauptstadt Dresden nicht dargelegt, dass solche Interessen berührt seien. Vielmehr habe sich die Landeshauptstadt Dresden darauf beschränkt, finanzielle Verluste durch die Bereitstellung der Blauen Tonnen geltend zu machen. Ob und inwieweit die finanziellen Verluste Auswirkungen auf die Organisation oder die Planungssicherheit ihrer Entsorgungstätigkeit haben, habe sie nicht dargelegt. Insgesamt kommt das Sächsische Obergerverwaltungsgericht zu dem Ergebnis, dass das Interesse der Landeshauptstadt Dresden an einem möglichst hohen Erlös aus der Verwertung von Abfall nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts kein öffentliches Interesse im Sinne von § 13 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 KrW-/AbfG darstelle.

Darüber hinaus hat sich das Gericht mit der Frage befasst, ob eine gewerbliche Sammlung vorliegt und auch insoweit der eindeutigen Auffassung des Verwaltungsgerichts jedenfalls eine Absage erteilt. Das Obergerverwaltungsgericht führt aus, dass insgesamt gewichtige Gründe für die Auffassung der Antragstellerin sprechen, dass die von ihr betriebene Sammlung von Altpapier durch die Bereitstellung von Blauen Tonnen an privaten Haushalten eine gewerbliche Sammlung darstelle. Insbesondere beruhe das Angebot auf freiwilliger Basis. Auch dürfte entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts zweifelhaft sein, ob Entgeltvereinbarungen vorliegen. Insgesamt will sich das Obergerverwaltungsgericht aber nicht festlegen, ob es sich in dem zu entscheidenden Fall um eine gewerbliche Sammlung handelt oder nicht und hält den Rechtsstreit insoweit für offen.

Demnach war in dem gerichtlichen Eilverfahren eine Interessenabwägung vorzunehmen, um den Fall zu entscheiden. Im Rahmen dieser Interessenabwägung ist das Obergerverwaltungsgericht zu dem Ergebnis gekommen, dass die Interessen der Antragstellerin, also des privaten gewerblichen Sammlers, an der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ihrer nach Erlass des mittlerweile ergangenen Widerspruchsbescheides erhobenen Klage überwiegt. Diese überwiegenden Interessen ergeben sich daraus, dass die Landeshauptstadt Dresden schon ausweislich der Begründung der angefochtenen Untersagungsverfügung die Absicht angekündigt hat, eigene Blaue Tonnen den privaten Haushalten zur Verfügung zu stellen, welche dann an die Stelle der von den privaten Entsorgern bereitgestellten Tonnen treten würden. Zutreffend meint das Obergerverwaltungsgericht dann, dass für den Fall des Erfolges der Klage nicht ersichtlich sei, dass die privaten Sammler erneut mit ihren Blauen Tonnen erfolgreich auf den Markt treten können, wenn nicht jetzt bereits die aufschiebende Wirkung der Klage wieder hergestellt wird.

Interessanterweise verweist das Sächsische Obergerverwaltungsgericht zuletzt auch auf den Kabinettsentwurf der Bundesregierung für das Gesetz zur Neuordnung des Kreislaufwirtschafts- und Abfallrechts vom 30.03.2011. Dieser Kabinettsentwurf spreche für die Interessen der Antragstellerin, da es sich insoweit bis zur Entscheidung in der Hauptsache eine für die Antragstellerin günstiger Rechtsänderung andeute. Dies gelte insbesondere für die vom Gesetzgeber vorgesehene Klarstellung bzw. Neudefinition des Begriffs der gewerblichen Sammlung in § 3 Abs. 18 des Gesetzesentwurfs.

Insgesamt ist der Beschluss des Sächsischen Oberverwaltungsgerichts vom 10.06.2011 zu begrüßen.

Hinsichtlich der Bezugnahme auf den Kabinettsentwurf bleibt abzuwarten, ob dieser am Ende des Gesetzgebungsverfahrens in seiner hier maßgeblichen Aussage zum Begriff der gewerblichen Sammlung Bestand haben wird.

□ **Blaue Tonne reloaded 2 – Hamburgisches Oberverwaltungsgericht, Beschluss vom 18.02.2011, 5 Bs 196/10**

*In seinem vielbeachteten Urteil vom 18.06.2009 hatte das Bundesverwaltungsgericht entschieden, dass private Haushaltungen ihren Hausmüll einschließlich seiner verwertbaren Bestandteile (insbesondere des Altpapiers) grundsätzlich den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern, also den kommunalen Betrieben, zu überlassen haben und nicht befugt sind, mit der Verwertung solcher Bestandteile „Dritte“ zu beauftragen (Az.: 7C 16.08, siehe hierzu Newsletter 2/09). In der Folge sind viele Gerichte und Kommunen dieser Auslegung gefolgt. In seinem Beschluss vom 18.02.2011 hat sich nun das Hamburgische Oberverwaltungsgericht kritisch mit den Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts auseinander gesetzt und dabei auch die angedachten Regelungen im Referentenentwurf zum neuen Kreislaufwirtschaftsgesetzes in Bezug genommen.*

**Sachverhalt**

Ausgangspunkt der Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts Hamburg war eine Untersagungsverfügung der Stadt Hamburg aus dem Jahr 2008, mit der einem privaten Entsorgungsunternehmen die gewerbliche Sammlung von Altpapier mittels blauer Tonne untersagt wurde. Die Untersagungsverfügung griff das private Entsorgungsunternehmen zunächst erfolgreich unter anderem im Rahmen eines Eilverfahrens an. Nach der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts im Jahr 2009 änderte das Verwaltungsgericht Hamburg seinen Beschluss nach entsprechendem Antrag durch die Stadt Hamburg jedoch auf der Grundlage von § 80 Abs. 7 VwGO ab und ordnete die Sofortvollzie-

hung der Untersagungsverfügung wieder an.

Nachdem die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts in der Fachöffentlichkeit intensiv diskutiert wurde und in den Referentenentwurf des Kreislaufwirtschaftsgesetzes – entgegen der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts – ein weiter Sammlungs begriff aufgenommen wurde, gab das Obergerverwaltungsgericht Hamburg der Beschwerde des privaten Entsorgungsunternehmens statt und lehnte die Abänderungsanträge der Stadt Hamburg ab.

Zur Begründung führte das Hamburgische Obergerverwaltungsgericht aus, dass das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts nicht zu einer solchen Klärung der Rechtslage geführt habe, dass die dortigen Ausführungen im Hauptsacheverfahren ohne Weiteres zugrunde gelegt werden könnten. Es bezieht hierbei in seine Betrachtung auch den Referentenentwurf des Kreislaufwirtschaftsgesetzes ein und wertete die darin enthaltene Definition der gewerblichen Sammlung als eine Reaktion auf die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts. Ferner weist es darauf hin, dass die Ausführungen im Referentenentwurf sogar dafür sprechen könnten, dass bereits der *geltende* § 13 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 KrW-/AbfG im Hinblick auf EU-rechtliche Vorgaben so zu verstehen sei, wie es die im Referentenentwurf vorgesehene Begriffsbestimmung zur gewerblichen Sammlung vorsehe.

### **Stellungnahme**

Der Bezug des Hamburgischen Obergerverwaltungsgerichts auf den Referentenentwurf zum neuen Kreislaufwirtschaftsgesetz ist bemerkenswert, denn das neue Kreislaufwirtschaftsgesetz ist noch nicht

in Kraft und bloße Gesetzentwürfe sind nicht verbindlich (siehe hierzu Newsletter 01/11). Das Gericht überschreitet damit die Auslegungsregeln jedoch nicht.

Zum einen ist insoweit von Bedeutung, dass der Beschluss des Hamburgischen Obergerverwaltungsgerichts im Rahmen eines Eilverfahrens gefallen ist, bei dem es auch auf die Erfolgsaussichten im späteren Hauptsacheverfahren ankommt. Insofern ist die aktuelle Diskussion um die Reichweite der gewerblichen Sammlung auch in laufenden Eilverfahren zu Untersagungsverfügungen der gewerblichen Sammlung beachtlich, weil diese eine Dauerwirkung entfalten (siehe hierzu Newsletter 01/11).

Zum anderen legt das Hamburgische Obergerverwaltungsgericht die Ausführungen im Referentenentwurf lediglich als Anhaltspunkt für eine kritische Betrachtung des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts zugrunde. Dies deswegen, weil dort die europarechtlichen Vorgaben zur Warenverkehrs- und Wettbewerbsfreiheit zur Begründung eines weiten Sammlungs begriffs angeführt werden. Diese Herangehensweise ist deswegen zulässig, weil eine europarechtskonforme Auslegung des geltenden Rechts auch für die Gerichte verbindlich ist.

- **Nachträgliche Anordnung einer Sicherheitsleistung bei Abfallentsorgungsanlagen – Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 02.02-2011 – 8 B 1675/10**

*In einem einstweiligen Rechtschutzverfahren hat sich der Betreiber einer Abfallentsorgungsanlage unter anderem zur Behandlung PCB-haltiger Abfälle gegen die nachträgliche Anordnung einer Sicherheitsleistung gewendet, nachdem bereits Umweltbelastungen eingetreten waren, die selbst Gegenstand nachträglicher immissionsschutzrechtlicher Anordnungen waren; im Ergebnis jedoch ohne Erfolg.*

Die Abfallentsorgungsanlage zur Behandlung PCB-haltiger Abfälle war wegen festgestellter erhöhter PCB-Belastungen im Staubbiederschlag im Bereich dieser Anlage vorläufig stillgelegt worden. Sogar Blutuntersuchungen bei Mitarbeitern der Anlage zeigten eine erhöhte PCB-Belastung. In diesem Zusammenhang war nachträglich eine Sicherheitsleistung in Millionenhöhe durch die zuständige Bezirksregierung in Abstimmung mit dem Umweltministerium angeordnet worden.

Die Sicherheitsleistung wurde auf § 17 Abs. 4a Satz 1 BImSchG gestützt. Danach „soll“ bei Abfallentsorgungsanlagen im Sinne von § 4 Abs. 1 Satz 1 BImSchG zur Erfüllung der Pflichten des Anlagenbetreibers in der Nachsorgephase (§ 5 Abs. 3 BImSchG) eine Sicherheitsleistung angeordnet werden, ohne dass es insoweit noch Zweifel an dessen Liquidität bedarf. Solche Anordnungen sind nach der Rechtsänderung seit März 2010 auch nachträglich vorzusehen, während entsprechende Anforderungen im Zusam-

menhang mit der Genehmigung einer Anlage im Rahmen von Nebenbestimmungen nach § 12 Abs. 1 Satz 2 BImSchG gestellt werden können. Allein bei atypischen Umständen sei dabei das Ermessen der Behörden eröffnet.

Sinn und Zweck einer Sicherheitsleistung sei, die Erfüllung der Nachsorgepflichten insbesondere bei der Annahme und Lagerung von Abfällen sicherzustellen, um damit die Gefahr der erheblichen Sicherungs-, Sanierungs- und Entsorgungskosten für die öffentliche Hand bei Insolvenz des Betreibers abzuwenden.

Nachsorgepflichten entstanden erst nach Betriebseinstellung zu einem nicht vorhersehbaren künftigen Zeitpunkt, für den die Liquidität des Anlagenbetreibers im Vorhinein nicht bestimmt werden kann.

Nach den gesetzlichen Vorgaben könne die Sicherheitsleistung auch dann noch nachträglich aufgegeben werden, wenn bereits eine Umweltbelastung eingetreten ist, auf die hin die Behörde nachträgliche Anordnungen erlassen hat, deren Vollstreckung im Wege der Ersatzvornahme nach landesrechtlichen Vorschriften die Inanspruchnahme des Betroffenen im Voraus gestattet. Denn diese landesrechtlichen Vorschriften zum Verwaltungszwang verdrängten nicht die bundesrechtlichen Vorschriften über die nachträgliche Anordnung einer Sicherheitsleistung. Voraussetzung sei dabei nur, dass weiterhin nach endgültiger Betriebseinstellung das Entstehen von Nachsorgepflichten in dem durch die Sicherheitsleistung vorausgesetzten Umfang in Betracht komme.

Da die Sicherheitsleistung allein die voraussichtlichen Kosten der Nachsorgepflichten absichern soll, könne sie auch nicht für Ersatzvornah-

mekosten in Anspruch genommen werden. Würden allerdings durch Sanierungsmaßnahmen bereits spätere Nachsorgepflichten erfüllt, sei die Sicherheitsleistung entsprechend der Realisierung einzelner Nachsorgepflichten zu reduzieren.

Mit Rücksicht auf die Erfüllung der verschiedenen Nachsorgepflichten in § 5 Abs. 3 Nr. 1 bis 3 BImSchG sei die Sicherheitsleistung hinsichtlich der Höhe an den voraussichtlichen Kosten für die Erfüllung dieser Pflichten zu orientieren. Häufig werde erst nach endgültiger Betriebseinstellung offenkundig, dass die genannten Pflichten nicht oder nicht vollständig erfüllt wurden. Dabei gehörten weder die Wiederherstellung des Zustands vor Genehmigungserteilung noch als Vorsorgemaßnahmen zu qualifizierende Vorkehrungen zu dem Umfang dieser Pflichten. Auch sei die Sanierung nur in dem Umfang erforderlich, wie es gelte, schädliche Umwelteinwirkungen zu beheben.

Pauschal werde die Sicherheitsleistung bei Abfallentsorgungsanlagen durch die maximal genehmigte Abfallmenge und die voraussichtlichen durchschnittlichen Entsorgungskosten je Tonne, einschließlich Analyse- und Transportkosten bestimmt. Weder der positive Marktwert von Abfällen noch eine durch den betroffenen Betreiber vorgesehene Abfallbehandlung mit der Folge der Erhöhung des Marktwertes könnten dabei berücksichtigt werden, da der Staat zur Erlangung der Sicherungsmittel nicht in dem erforderlichen Umfang am Markt teilnehmen würde. Auch müsse eine Entsorgung im Betrieb des Betroffenen außer Betracht bleiben, da die Sicherheitsleistung die Betriebseinstellung gerade voraussetze.

Wegen der im konkreten Fall veranlassten Sanierungs- und Entsorgungskosten seien diese nicht nach den pauschalen Berechnungsfaktoren zu ermitteln, weil die Nachsorgepflichten weit über das übliche Maß hinausgehen würden. Die dazu für die Bemessung der Sicherheitsleistung zu Grunde gelegte Prognose sei mit Rücksicht auf das Ausmaß der PCB-Belastung im vorliegenden Fall, der in Deutschland beispiellos sei, so dass auf Erfahrungswerte nicht zurückgegriffen werden könnte, an einem zutreffenden Maßstab ausgerichtet und die darin genannten Sanierungs- und Entsorgungskosten insgesamt vertretbar. Dies gelte auch für die Berücksichtigung der Umsatzsteuer, die Analysekosten und einen Sicherheitsvorschlag für Unvorhergesehenes in Höhe von 10%.

In Anwendung dieser Grundsätze hat das Gericht im Rahmen der summarischen Prüfung auch die Höhe der festgesetzten Sicherheitsleistung auch und gerade in Anbetracht des eröffneten Insolvenzverfahrens als verhältnismäßig erachtet.

□ **Zur Zulässigkeit sog. „bring-or-pay“-Regelungen, Urteil des Landgerichts Bochum vom 31.03.2011, 14 O 147/10**

*Mit dem Landgericht Bochum hat sich erstmalig ein ordentliches Gericht in einem Urteil zu der umstrittenen Frage der Zulässigkeit und Grenzen von bring-or-pay-Klauseln in Entsorgungsverträgen geäußert.*

Das Landgericht Bochum hat mit seinem Urteil vom 31.03.2011 (Az.: 14 O 147/10) eine bemerkenswerte Entscheidung zur rechtlichen Einordnung von bring-or-pay-Klauseln in Entsorgungsverträgen getroffen.

Nach Ansicht des Landgerichts Bochum sind bring-or-pay-Klauseln einer Kontrolle am Maßstab der besonderen Regelungen über Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) im Bürgerlichen Gesetzbuch grundsätzlich entzogen. Denn nach Ansicht des Landgerichts Bochum handelt es sich bei solchen Klauseln um Konkretisierungen der Hauptleistungspflichten eines Entsorgungsvertrags, weil sie – so das Gericht – mit der Liefer- und Zahlungsverpflichtung in unmittelbarem Zusammenhang stehen und letztere konkretisierten.

Lediglich hilfsweise führt das Landgericht Bochum in seinem Urteil aus, dass eine bring-or-pay-Klausel einer AGB-rechtlichen Prüfung standhalten würde, wenn man – anders als das Landgericht – den Standpunkt vertreten würde, dass eine bring-or-pay-Klausel doch der AGB-Kontrolle unterliegt. Nach Ansicht des Landgerichts Bochum stellt eine solche Regelung weder einen pauschalierten Schadensersatz noch eine Vertragsstrafe dar. Vielmehr handele es sich bei einer solchen Vertragsbestimmung um eine Regelung betreffend den ver-

traglichen Erfüllungsanspruch, die vertragsgerechtes Verhalten ausgestalte und nicht eine Strafe an vertragswidriges Verhalten knüpfe oder dazu diene, einen entstandenen Schaden auszugleichen. Zudem läge auch keine Unangemessenheit im AGB-rechtlichen Sinne vor. Bei der für diese Beurteilung vorzunehmenden Abwägung aller Umstände sei – so das Landgericht Bochum – zu berücksichtigen, dass auf der Seite des Auftraggebers neben dem Kostenentwicklungsrisiko bei Preisverfall auch das Risiko zu tragen sei, für einen längeren Zeitraum genügend Material anzuliefern. Dem jedoch stünde ein Preisrisiko des Auftragnehmers im Hinblick auf steigende Preise ebenso gegenüber, wie die Verpflichtung zur Abnahme der Vertragsmenge. Hierin sei nach Ansicht des Landgerichts Bochum ein ausreichend ausgeglichenes Verhältnis zu sehen.

Zur Frage der AGB-rechtlichen Wirksamkeit von bring-or-pay-Klauseln existieren unterschiedliche Auffassungen. Welchen Standpunkt die Rechtsprechung insoweit einnehmen wird, ist noch nicht absehbar. Das Landgericht Bochum ist – soweit ersichtlich – das erste Gericht, das sich im Rahmen eines Urteils mit dieser Frage befasst hat. Das Urteil ist zudem noch nicht rechtskräftig. Der Rechtsstreit ist gegenwärtig in 2. Instanz beim Oberlandesgericht Hamm anhängig. Festzustellen ist zudem, dass sich das Landgericht Bochum nur mit einer bestimmten Ausgestaltungsvariante einer bring-or-pay-Klausel befasst hat. Im Markt werden jedoch verschiedenste Ausgestaltungen von bring-or-pay-Klauseln verwandt, deren Wirksamkeit juristisch unterschiedlich zu beurteilen sein kann. Selbst wenn der aktuelle Rechtsstreit dahin entschieden würde, dass die in dem konkreten Entsorgungsvertrag enthaltene



bring-or-pay-Klausel mit dem AGB-Recht vereinbart ist, bliebe daher gleichwohl ungeklärt, ob dies auch für andere Varianten von bring-or-pay-Klauseln gilt. Zu berücksichtigen ist zudem, dass sich das Landgericht Bochum in seinem Urteil nur mit einigen der Fragestellungen befasst hat, die sich im Rahmen der Prüfung der AGB-rechtlichen Wirksamkeit von bring-or-pay-Klauseln stellen. Das Landgericht musste sich zu der Frage, ob die konkrete bring-or-pay-Klausel einer AGB-rechtlichen Prüfung standhält nicht abschließend äußern, weil es davon ausgegangen ist, dass es sich bei der in dem streitgegenständlichen Entsorgungsvertrag enthaltenen bring-or-pay-Regelung nicht um eine – von dem Vertragspartner einseitig gestellte – Allgemeine Geschäftsbedingung, sondern im konkreten Fall um eine von den Parteien individuell ausgehandelte Vertragsbestimmung gehandelt hat. Die Ausführungen zur AGB-rechtlichen Wirksamkeit erfolgten daher lediglich ergänzend zu der Hauptbegründung des Landgerichts Bochum.

- **Zuteilung von Emissionsberechtigungen bei Mehrproduktion, Verwaltungsgericht Berlin, Urteil vom 23.02.1011, 10 K 274.09**

*Das Verwaltungsgericht Berlin hat in einem jüngst ergangenen Urteil eine wichtige Klärung zu der Frage erzielt, nach welchem Maßstab ein Anlagenbetreiber im Falle einer Mehrproduktion in seinen Anlagen um mehr als 10 % nach der Härtefallregelung des § 12 Abs. 1 ZuG 2012 zusätzliche Emissionsberechtigungen erhält (VG Berlin, Urt. 23.02.2011, 10 K 274.09). Im Ergebnis kommt es auf eine gesamthafte anlagenbezogene Betrachtung an. Damit trat das VG Berlin der bislang von der Deutschen Emissionshandelsstelle (DEHSt) vertretenen Auffassung, es käme darauf an, dass jedes Produkt für sich eine Mehrproduktion von mindestens 10 % erreiche, entgegen.*

In dem Rechtsstreit beehrte die Klägerin, die mehrere emissionshandlungspflichtige Anlagen aus dem Bereich der Herstellung von Kartoffelprodukten in verschiedenen Bundesländern betreibt, die Zuteilung von zusätzlichen Emissionsberechtigungen nach § 12 Abs. 1 S. 1 Zuteilungsgesetz 2012 (ZuG 2012). § 12 Abs. 1 ZuG 2012 regelt einen sogenannten besonderen Härtefall und kommt immer dann zum Tragen, wenn eine Anlage, die Zuteilungen auf der Grundlage einer Berechnung nach ihrem historischen Emissionsverhalten erhält, nunmehr soviel mehr produziert, dass eine ausschließliche Betrachtung des Emissionsverhaltens aus früheren Jahren nicht mehr sachgerecht wäre. Konkret: Hat ein Anlagenbetreiber in den Jahren 2005 und 2006 mindestens 10 % mehr produziert als im Durchschnitt der Jahre 2000 bis 2004, dann kann er über die Härtefallregelung nach § 12 ZuG 2012 ei-

ne Zuteilung von Berechtigungen nach dem System für Neuanlagen gemäß § 9 ZuG 2012 beantragen.

Streitig war nun, an welchem Maßstab die geforderte Mehrproduktion von 10 % ermittelt werden soll: Aus Sicht des Anlagenbetreibers stellte die Gesamtheit der Anlagen den Vergleichsmaßstab dar, für die DEHSt sollte es dagegen darauf ankommen, dass für die Produktion eines jeden Produktes, das in der Anlage hergestellt wird, eine Steigerung um mindestens 10 % zu verzeichnen wäre. Sollte dies nicht bei jedem Produkt vorliegen, wäre auch eine Anwendung der Härtefallregelung zu verwehren. Das VG Berlin hat nun der Auslegung des Anlagenbetreibers zugestimmt: Es hält aus Gründen des Wortlauts, der Systematik, der Entstehungsgeschichte und des Sinn und Zwecks des § 12 ZuG 2012 eine Auslegung für geboten, wonach es ausschließlich auf eine gesamthafte anlagenbezogene und nicht produktspezifische Betrachtung der Mehrproduktion ankommt.

In der Folge erhält der Anlagenbetreiber weitere Emissionsberechtigungen: Liegt der Tatbestand von § 12 Abs. 1 Satz 1 ZuG 2012 vor, so das VG Berlin, bestimmt sich die Anzahl der zuzuteilenden Berechtigungen als rechnerisches Produkt aus der durchschnittlichen jährlichen Produktionsmenge der Anlage in den Kalenderjahren 2005 und 2006, dem für eine entsprechende Neuanlage nach § 9 Abs. 2 bis 4 ZuG 2012 geltenden Emissionswert je erzeugter Produkteinheit und der Anzahl der Kalenderjahre in der Zuteilungsperiode 2008 bis 2012.

Wegen der konkreten Anzahl der zuzuteilenden Berechtigungen hat das VG Berlin die Sache zur Berechnung wieder an die DEHSt

verwiesen. Es hat sich dabei auf die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts von Ende 2010 berufen, das zum Umfang der gerichtlichen Überprüfung ausgeführt hatte, es genüge, wenn anhand der Entscheidungsgründe des Gerichts eine fehlerfreie Neuberechnung möglich sei (vgl. BVerwG, Urteil vom 21.12.2010, 7 C 23.09).

- **Baustellenlärm – Verwaltungsgericht Frankfurt, Beschluss vom 21.04.2011, 8 L 858/11.F**

*Baustellenlärm gibt immer wieder Anlass zu gerichtlichen Auseinandersetzungen. Auch die insoweit maßgeblichen Vorschriften der AVV Baulärm verlangen regelmäßig nur eine sogenannte sektorale Lärmbeurteilung. Zur Vermeidung von Nachteilen in Form von Einschränkungen des Baustellenbetriebs empfiehlt es sich, diesen insbesondere in potentiell konfliktträchtigen Lagen so zu planen und zu gestalten, dass die rechtlichen Vorgaben zum Lärmschutz eingehalten werden können.*

Insbesondere bei (Groß)Baustellen in Innenstadtlagen ist Baustellenlärm immer wieder Gegenstand von Anwohnerbeschwerden, über die äußerstenfalls die Gerichte zu befinden haben. Welche für Baustellenbetreiber nachteilige Konsequenzen entsprechende Gerichtsentscheidungen nach sich ziehen können, verdeutlicht der Beschluss des VG Frankfurt vom 21.04.2011 (8 L 858/11.F – Juris). Das Gericht hatte im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes über den Antrag eines Nachbarn einer Baustelle in der Frankfurter Innenstadt zu entscheiden, der sich durch den Baulärm belästigt fühlte. In dem gegen die Bauaufsichtsbehörde als Antragsgegnerin gerichteten Verfahren gab das Gericht dem Begehren des Antragstellers weitgehend statt.

Unter anderem verpflichtete es die Antragsgegnerin, sofort zu gewährleisten, dass auf das Gebäude des Antragstellers keine Lärmimmissionen einwirken, die die Immissionsrichtwerte der „Allgemeine[n] Verwaltungsvorschrift zum Schutz gegen Baulärm – Geräuschimmissionen“ vom 19.08.1970 (AVV Baulärm)

überschreiten. Als maßgeblichen Immissionswert erkannte das Gericht auf 55 dB(A) tags und 40 dB(A) nachts – je nach Baustellenbetrieb nur schwer oder gar nicht einzuhaltende Werte. Dabei mussten die Immissionswerte nicht nur unter – isolierter – Berücksichtigung des Baustellenlärms, sondern auch des sonstigen Lärms am Ort der Einwirkung eingehalten werden (summativ Betrachtungsweise). Neben dem Baustellenlärm war daher bspw. auch der starke Fahrzeugverkehr zu berücksichtigen.

Die Antragsgegnerin wurde verpflichtet, die Einhaltung der Richtwerte zu messen. Bei nachweislicher Überschreitung der Richtwerte wäre sie äußerstenfalls zur sofortigen Stilllegung der Baustelle verpflichtet gewesen.

Indes genügt die Entscheidung insoweit nicht den maßgeblichen gesetzlichen Vorgaben, als das Gericht eine summativ Betrachtungsweise auferlegt. Zwar fordern die auch für den Betrieb von Baustellen geltenden §§ 3, 5 und 22 BImSchG, Anlagen so zu errichten und zu betreiben, dass schädliche Umwelteinwirkungen nicht hervorgerufen werden. Zur Beantwortung der Frage, ab welchem Grad einer Einwirkung der Charakter einer schädlichen Umwelteinwirkung im Sinne des Immissionsschutzrechtes zukommt, ist dabei regelmäßig auf die immissionsseitige Gesamtbelastung abzustellen. Es entspricht indes ständiger Rechtsprechung, dass die rechtliche Bewertung von Lärmimmissionen grundsätzlich sektoral zu erfolgen hat. Das heißt, bestimmte Arten von Lärm werden unter Ausklammerung anderer Lärmarten nach bestimmten rechtlichen Regelwerken (etwa TA Lärm, 16. BImSchV, Freizeitlärmrichtlinie) bewertet. Der Grund dafür, dass nach wie vor eine sogenannte sektorale Betrachtung

tung von Lärmimmissionen praktiziert und von der Rechtsprechung anerkannt wird, liegt darin, dass die Lärmwirkungsforschung bis heute keine handhabbaren, allgemein akzeptierten Maßstäbe für die Bewertung von Lärm aus verschiedenartigen Lärmquellen erarbeitet hat.

Die sektorale Betrachtung von Lärmimmissionen scheidet nach der Rechtsprechung aber dann aus, wenn aufgrund einer summativen Betrachtung der Lärmimmissionen ein Dauerschallpegel von mehr als 70 dB(A) erreicht wird (BVerwG, Urteil vom 16.03.2006 – 4 A 1073.4, Rn. 389 – Juris). Dann ist die Gesamtlärmbelastung maßgeblich.

Mit Blick auf diese Rechtsprechung hat der Hessische Verwaltungsgeschichtshof den Beschluss des VG Frankfurt am 31.05.2011 (9 B 1111/11) insoweit aufgehoben.

Auch aus der lediglich sektoralen Bewertung von Baustellenlärm können sich – insbesondere bei Baustellen in der Nähe von Wohnungen – erhebliche Einschränkungen des Baustellenbetriebs bis hin zur vollständigen Stilllegung ergeben. Für Baustellenbetreiber empfiehlt es sich daher, diesem Umstand schon im Vorfeld des Baustellenbetriebs Rechnung zu tragen, indem durch eine dem Stand der Lärminderungstechnik entsprechende Planung und Gestaltung des Baustellenbetriebs (Lärmschutzwände etc.) die Einhaltung der maßgeblichen rechtlichen Vorgaben gewährleistet wird.

- **Gewässer oder Kanal ? – Neues zum Anwendungsbereich des Wasserrechts, Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 27.01.2011, 7 C 3.10**

*Der wasserrechtlichen Unterhaltungspflicht unterliegen ausschließlich oberirdische Gewässer, nicht hingegen Kanäle. Deshalb bedarf es der Abgrenzung zwischen Gewässern und Kanälen. Dazu hat der 7. Senat des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG) jüngst neue, sachlich überzeugende Kriterien entwickelt.*

Der 7. Senat des BVerwG hat in einem Urteil vom 27.01.2011 (7 C 3.10) entschieden, dass die Gewässereigenschaft für den Bereich einer unterirdischen Wasserführung, d.h. einer verrohrten Strecke, nicht ohne Weiteres entfällt, wenn diese das Wasser von einem Gewässer in das nächste leitet. Auch in diesem Fall ist – so der 7. Senat des BVerwG – nach materiellen Kriterien zu beurteilen, ob durch die Verrohrung eine Absonderung des Wassers aus dem unmittelbaren Zusammenhang des natürlichen Wasserhaushalts bewirkt wird (ZUR 2011, 254).

Der wiedergegebene Leitsatz enthält eine ausdrückliche Abweichung von einem Urteil des 4. Senats des BVerwG vom 31.10.1975 (4 C 43.73 – BVerwGE 49, 293). Wie schon der 4. Senat entschieden hatte, verliert ein oberirdisches Gewässer diese Eigenschaft nicht allein deshalb, weil es an einzelnen Stellen unterirdisch, d.h. außerhalb eines an der Erdoberfläche erkennbaren Bettes, verläuft. Unter solchen Voraussetzungen entfällt aber nach dem weiteren Leitsatz des 4. Senats die Gewässereigenschaft für den Bereich der unterirdischen Wasserführung, wenn durch sie eine Absonderung des Wassers aus dem unmittelbaren Zu-

sammenhang des natürlichen Wasserhaushalts bewirkt wird. Dies hat der 4. Senat seinerzeit für einen als Abwassersammler benutzten und insoweit vollständig verrohrten Wasserlauf (in einer Stadt des Ruhrgebiets) entschieden.

Beide Urteile befassen sich mit der Abgrenzung zwischen Gewässern und Kanälen. Mit dieser Abgrenzung wird über den sachlichen Anwendungsbereich des Wasserrechts entschieden. Oberirdische Gewässer unterliegen dem Wasserrecht (§ 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 WHG n.F. § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 WHG a.F.). Dagegen fallen Kanäle als öffentliche Abwasseranlagen grundsätzlich nicht in den Anwendungsbereich des Wasserrechts (mit Ausnahme der Sondervorschrift über das Einleiten von Abwasser in öffentliche Abwasseranlagen, § 58 WHG n.F.). Nur Gewässer, nicht aber Kanäle, unterfallen der öffentlichen Bewirtschaftung (§§ 6 ff. WHG n.F.), den Vorschriften über die Gewässerunterhaltung und den Gewässerausbau, der gesetzlichen Haftung für Gewässeränderungen sowie der behördlichen Gewässeraufsicht.

Auf den ersten Blick erscheint diese Unterscheidung klar und einfach, zumal oberirdische Gewässer gesetzlich definiert sind als „das ständig oder zeitweilig in Betten fließende oder stehende oder aus Quellen wild abfließende Wasser“ (§ 3 Nr. 1 WHG n.F. § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 WHG a.F.). Zu Abgrenzungsschwierigkeiten kommt es jedoch, wo in der Praxis im Zuge städtebaulicher oder wasserwirtschaftlicher Maßnahmen Gewässer verrohrt, umfunktioniert und vom Wasserhaushalt abgesondert werden. Verstädterung, Industrialisierung und technischer Wasserbau haben häufig solche Fälle hervorgebracht und nicht selten auch Grenz- und Zweifelsfälle entstehen lassen.

Die alte wie die neue Rechtsprechung des BVerwG lehnt eine vorläufige Entlassung eines Gewässers aus dem wasserrechtlichen Regime ab. So ist ein Gewässerbett nicht in dem Sinne zwingende Voraussetzung für die Einordnung als oberirdisches Gewässer, dass jegliche Unterbrechung im oberirdischen Wasserlauf durch unterirdische, namentlich verrohrte Teilstrecken zu einer anderen rechtlichen Beurteilung führt (Urteil vom 31.10.1975 und Urteil vom 27.01.2011, jeweils a.a.O.; auch Breuer, Öffentliches und Privates Wasserrecht, 3. Aufl. 2004, Rn. 121 m.w.N.).

Dennoch hatte der 4. Senat des BVerwG in dem Urteil vom 31.10.1975 eine für die Gewässereigenschaft unschädliche unterirdische Teilstrecke nur dann für möglich gehalten, wenn diese in den Verlauf eines oberirdischen Gewässers fällt. Von einem Gewässerbett und somit von einem oberirdischen Gewässer könne hingegen – so der 4. Senat – nicht mehr die Rede sein, wenn „ein im Quellbereich noch offenes Wasser an einem bestimmten Punkt des Wasserlaufs vollständig von einer unterirdisch verlegten Rohrleitung aufgenommen und mit dieser in einem sodann geschlossenen Verlauf dem nächsten Vorfluter zugeführt wird“.

Davon ist der 7. Senat des BVerwG in dem Urteil vom 27.01.2011 abgewichen. Maßstab für den Verlust der Gewässereigenschaft ist hier nach letztlich die Absonderung vom natürlichen Wasserhaushalt, die sich insbesondere in der Beeinträchtigung der Gewässerfunktionen zeigt. Hierfür ist – so der 7. Senat – unbeachtlich, ob das Gewässer vor und nach der unterirdischen Wasserführung rechtlich identisch ist. Vielmehr kann die Einbindung in den natürlichen Wasserkreislauf bei einer funktionsbezogenen, an den

tatsächlichen Gegebenheiten orientierten Betrachtungsweise auch dann zu bejahen sein, wenn die unterirdische Wasserführung das Wasser von einem Gewässer in das nächste leitet (BVerwG, Urteil vom 27.01.2011, a.a.O., Rn. 20; auch Breuer, a.a.O., Rn. 130).

Diese Wendung der Rechtsprechung ist zu begrüßen. Im entschiedenen Fall ging es um ein verrohrtes Teilstück der Alten Saale, die als Gewässer 2. Ordnung eingestuft ist. Sie ist ab der Kreuzung mit einem Altdeich bis zu ihrer Mündung in die Saale (unterhalb der Schleuse Calbe) auf einer Länge von 524 m in ein Rohr gefasst. Die Rohrleitung verläuft über eine Strecke von etwa 400 m landseitig parallel zum rechten Saale-Hauptdeich, bis sie diesen nach einem Schachtbauwerk auf der Höhe des unteren Schleusentores kreuzt. Nachdem die Schadhaflichkeit des Rohrs und die Erforderlichkeit der Instandsetzung festgestellt worden waren, wehrte sich der Kläger, ein Wasser- und Bodenverband, gegen die wasserbehördliche Feststellung seiner Unterhaltungspflicht und seine Heranziehung zu den notwendigen Instandsetzungsmaßnahmen. Das Landesverwaltungsamt Sachsen-Anhalt als Widerspruchsbehörde, das Verwaltungsgericht und das Oberverwaltungsgericht erkannten zu Gunsten der beklagten Behörde. Die Klage des Verbandes wurde abgewiesen. Der 7. Senat des BVerwG hat – nach Zulassung der Revision durch Beschluss vom 08.03.2010 (7 B 31.09) – die zulässige Revision für unbegründet erachtet und zurückgewiesen. Entscheidend hierfür war die Gewässereigenschaft der verrohrten Teilstrecke mit der Folge, dass die Unterhaltungspflicht des Wasser- und Bodenverbandes fortbesteht.

Dies sind klare und überzeugende Aussagen zu Gunsten des wasserrechtlichen Regimes. Der 7. Senat des BVerwG hat damit die Entlassung einer unterirdischen Teilstrecke aus dem Regime des WHG und des Landeswasserrechts an die strenge Voraussetzung des wasserwirtschaftlichen Funktionsverlustes gebunden. Auf die formale Frage, ob das Wasser nach der verrohrten Teilstrecke wieder in das Ursprungsgewässer oder in ein anderes, nämlich das nächstfolgende Gewässer geführt wird, kommt es hiernach nicht mehr an.

Zu denken geben die Irrungen und Wirrungen des Verfahrens, das zu dem Urteil des 7. Senats des BVerwG vom 27.01.2011 geführt hat. Obwohl Ausgangs- und Widerspruchsbehörde sowie drei gerichtliche Instanzen letztlich zum selben Ergebnis, nämlich zum Fortbestand der Gewässereigenschaft und der wasserrechtlichen Unterhaltungspflicht des Verbandes, gelangt sind, hat sich schon das OVG mit der Zulassung der Berufung schwer getan, indem es diese zunächst wegen ernsthafter Zweifel an der Richtigkeit des erstinstanzlichen Urteils gem. § 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO zugelassen, dann aber ohne mündliche Verhandlung die Berufung des klagenden Verbandes zurückgewiesen hat, weil es zwischenzeitlich seine Rechtsansicht zur Gewässerqualifikation geändert hatte. Der 7. Senat des BVerwG hat die Revision durch den Beschluss vom 08.03.2010 zugelassen, weil das OVG von dem Urteil des 4. Senats des BVerwG vom 31.10.1975 abgewichen war und hierbei durch seinen verborgenen Meinungswandel den Grundsatz des rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG, § 138 Nr. 1 VwGO) verletzt hatte. Das Urteil des 7. Senats vom 27.01.2011 ist trotz der Gehörsverletzung ausschließlich auf die materiell-rechtliche, von der frü-

heren Rechtsprechung des 4. Senats abweichende Gewässerqualifikation gestützt. Aus rechtspraktischer Sicht ist zu hoffen, dass der Wasserrechtsvollzug durch die sachliche Klärung größere Rechtssicherheit erhält.

- **Wer bringt das Wasser zurück? Zur gerichtlichen Zuständigkeit bei der Überprüfung von Versorgungseinstellungen wegen nicht bezahlter Wasserversorgungsentgelte, Bundesverwaltungsgericht, Beschluss vom 31.05.2011, 8 AV 1/11**

*Das Bundesverwaltungsgericht hat sich in einem Verfahren zur Bestimmung des zuständigen Gerichts nach § 53 VwGO mit der Frage beschäftigt, welches Gericht für die Entscheidung zuständig ist, wenn in einem durch satzungsrechtlich angeordneten Anschluss- und Benutzungszwang begründeten Wasserversorgungsverhältnis die Versorgung eines Grundstücks mit Trinkwasser nach § 33 Abs.2 AVBWasserV wegen rückständiger Zahlungen auf die mit Wasserrechnung erhobenen Wasserversorgungsentgelte eingestellt werden soll.*

In der Wasserversorgungssatzung eines Zweckverbandes ist geregelt, dass die im Verbandsgebiet gelegenen, durch die Wasserversorgungsanlage erschlossenen Grundstücke an die leitungsgebundene Wasserversorgungsanlage anzuschließen sind und der gesamte Bedarf an Trinkwasser aus der öffentlichen Wasserversorgungsanlage des Zweckverbandes zu decken ist. In der Wasserversorgungssatzung ist weiter geregelt, dass sich die Trinkwasserversorgung einschließlich der Lieferbedingungen nach der Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Wasser (AVBWasserV), den Ergänzenden Bestimmungen und den Allgemeinen Tarifen des Zweckverbandes für die Versorgung mit Trinkwasser bestimmt. Nach den Tarifen des Zweckverbandes werden für die Trinkwasserversor-

gung privatrechtliche Entgelte erheben.

Der Eigentümer eines an die Anlage angeschlossenen Wohngrundstücks wendet sich in einem Eilverfahren vor dem Verwaltungsgericht gegen die Androhung des Zweckverbandes, die Versorgung seines Grundstücks mit Trinkwasser nach Mahnung rückständiger Wasserversorgungsentgelte und Androhung nach § 33 Abs. 2 AVBWasserV einzustellen.

Das Verwaltungsgericht hält sich für unzuständig und verweist den Rechtsstreit an das nach seiner Auffassung zuständige Amtsgericht. Das Amtsgericht lehnt die Übernahme des Rechtsstreits ab. Nach Rückgabe der Sache hat das Verwaltungsgericht gemäß § 53 Abs. 3 VwGO das Bundesverwaltungsgericht zur Bestimmung des zuständigen Gerichts angerufen.

Das Bundesverwaltungsgericht hat das Amtsgericht als zuständiges Gericht für die Entscheidung über den begehrten Rechtsschutz gegen die Einstellung der Versorgung bestimmt.

Das Bundesverwaltungsgericht prüft in seiner Entscheidung, ob die Einstellung der Versorgung dem Verwaltungsrecht oder dem Zivilrecht zuzuordnen ist.

Hier hat der Zweckverband seine Satzung so gestaltet, dass der Anschluss- und Benutzungszwang und das damit einhergehende Anschluss- und Benutzungsrecht durch die Wasserversorgungssatzung öffentlich-rechtlich geregelt sind. Die nähere Ausgestaltung des Wasserversorgungsverhältnisses und die Erhebung von Versorgungsentgelten richtet sich dagegen nach ausdrücklicher Satzungsregelung nach den allgemeinen Versorgungsbe-

dingen für die Wasserversorgung in der AVBWasserV und den Tarifen. Damit ist das öffentlich-rechtlich begründete Wasserversorgungsverhältnis hier privatrechtlich ausgestaltet.

Nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts betrifft die Unterbrechung der Trinkwasserlieferung wegen Zahlungsrückstandes nicht den grundsätzlichen satzungsgemäßen Anspruch des Grundstückseigentümers auf Anschluss seines Grundstücks an die Trinkwasserversorgungsanlage, sondern die Lieferung von Trinkwasser und die Erhebung von Entgelten aus dem nach § 2 AVBWasserV abgeschlossenen zivilrechtlichen Versorgungsvertrag. Die Einstellung der Versorgung nach § 33 Abs. 2 AVBWasserV bei Zahlungsverzug ist damit privatrechtlicher Rechtsnatur.

Da sich der Rechtsweg nach der Natur des streitigen Rechtsverhältnisses und nicht nach der rechtlichen Einordnung einer Partei bestimmt, ist hier der Zivilrechtsweg gegeben und das Amtsgericht zur Prüfung und Entscheidung über die Einstellung der Versorgung berufen.



- **„Wie ein Ferrari mit verschlossenen Türen“ – Zur Stärkung des Klagerechts von Umweltverbänden, Europäischer Gerichtshof, Urteil vom 12.05.2011, C-115/09**

*Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat in seiner Entscheidung vom 12.05.2011 (C-115/09) die Klagerechte von Umweltverbänden gegen umweltrelevante Vorhaben gestärkt.*

Auslöser für die Entscheidung des EuGH war eine Klage des Bundes für Umwelt und Naturschutz Deutschland (BUND) gegen das Trianel-Steinkohlekraftwerk im westfälischen Lünen. In dem Verfahren ging es um die Frage, inwieweit Umweltverbände bestimmte Anlagengenehmigungen gerichtlich angreifen können.

Das Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz beschränkt die Klagerechte von Umweltverbänden auf Vorschriften, die Rechte Einzelner begründen können. Dazu gehören wenige Regelungen des Umweltrechts, wie z.B. Immissionswerte. Die Mehrheit umweltrechtlicher Regelungen, wie z.B. Emissionswerte, dienen dagegen allein dem Schutz der Allgemeinheit, nicht aber dem individuellen Schutz der Nachbarn vor den Auswirkungen umweltrelevanter Vorhaben. Die EuGH-Generalanwältin *Sharpston* hatte das deutsche System in ihren Schlussanträgen daher bereits als „Ferrari mit verschlossenen Türen“ bezeichnet.

Der EuGH hat diese Türen nunmehr weit geöffnet und die Beschränkung des Verbandsklagerechts für unionsrechtswidrig erklärt. Danach können Umweltverbände ab sofort die Einhaltung aller für die Zulassung eines Vorhabens maßgeblichen Umweltregelungen gerichtlich überprüfen lassen – auch wenn sie allein dem Interesse der Allge-

meinheit dienen. Das gilt jedenfalls dann, wenn die betroffenen Vorschriften im EU-Umweltrecht wurzeln.

Für Vorhabenträger führt dies zu einem signifikant erhöhten Klagerisiko. An Bedeutung gewinnt daher die rechtssichere und gerichtsfeste Vorbereitung und Zulassung umweltrelevanter Vorhaben.

#### □ **Konzessionsvergabe der Abfallentsorgung**

*In vielen Rechtsgebieten hat die Rechtsprechung bereits Stellung genommen, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Dienstleistungskonzession außerhalb des förmlichen Vergaberechts zulässig ist. Beispielsweise ist entschieden worden, dass im Abwasserbereich eine Dienstleistungskonzession zulässig ist. Im Altpapierbereich wird hingegen eine Dienstleistungskonzession als unzulässig angesehen, weil die Bieter nicht von den Nutzern ein Entgelt erhalten, sondern von der Papierfabrik und gleichermaßen in der Übereignung des Altpapiers ein fest vereinbartes Entgelt zu sehen ist. Im Rahmen der Abfallentsorgung hat jedoch nunmehr erstmalig die Vergabekammer Düsseldorf entschieden, dass bezogen auf den Einzelfall keine Dienstleistungskonzession vorliegt, auch dann nicht, wenn dem Konzessionär das Recht zur Erhebung von privatrechtlichen Entgelten eingeräumt werden soll (Beschluss vom 16.05.2011 – VK-12/2011-L).*

#### **Der Fall**

Die Vergabestelle hat im Rahmen eines nicht förmlichen Verfahrens eine Konzession für Entsorgungsdienstleistungen ausgeschrieben. Das Entsorgungsunternehmen sollte als Gegenleistung berechtigt werden, von den satzungsunterworfenen Nutzern der öffentlichen Einrichtung „Abfallentsorgung“ privatrechtliche Entgelte zu erheben. Die Entsorgungsverantwortung sollte jedoch bei der Vergabestelle verbleiben. Die Vergabestelle ging bei diesem Konzessionsmodell von dem Grundgedanken aus, die Abfallentsorgung zukünftig so zu organisieren, dass eine europaweite Ausschreibung nicht erforderlich ist und somit eine stärkere Einfluss-

nahme bei der Auswahl des künftigen Entsorgungsunternehmens besteht. Ein Bieter wehrt sich gegen die Vergabe einer Konzession außerhalb eines förmlichen Verfahrens.

#### **Die Vergabekammer Düsseldorf**

Die Vergabekammer verneint in dem Nachprüfungsverfahren eine Dienstleistungskonzession, so dass die Vergabestelle verpflichtet ist, dieses Verfahren unter Anwendung des 4. Teils des GWB zu vergeben. Begründet wird dies vor allem damit, dass eine Dienstleistungskonzession nur dann vorliegt, wenn dem Konzessionär eine wirtschaftliche Freiheit zukommt und der Konzessionär ein gewisses unternehmerisches Risiko zu tragen hat. Eine wirtschaftliche Freiheit des Konzessionärs, die über die eines gegen Entgelt die Hausmüllsamm- lung und den Transport erbringenden Unternehmens hinausgeht, konnte jedoch nicht erkannt werden.

Zudem kann eine ausschreibungsfreie Konzession nicht nur mit dem Zweck gewählt werden, keine reglementierte Vergabe durchführen zu müssen. Die Vergabestelle hat sämtliche erwarteten synergetischen Vorteile einer Dienstleistungskonzession daran geknüpft, dass der Dienstleister nicht mehr im Wege einer reglementierten Vergabe ausgewählt wird. Eine unmittelbare positive oder negative Auswirkung auf die Entsorgungsleistung durch die Umstellung auf eine Konzessionsvereinbarung wurde von der Vergabestelle überhaupt nicht reflektiert. Weder wurden Defizite aufgezeigt, deren Abstellung man sich durch das unternehmerische Handeln eines Konzessionärs erwartete, noch wurde die künftige Gewährleistung der Müllsamm- lung infrage gestellt, wenn man

nicht nur durch Einräumung einer Rechtsposition einen Investitionsanreiz für ein Privatunternehmen schaffen würde.

Die Vergabekammer sieht eine Dienstleistungskonzession nur dann als gegeben an, wenn diese auch abfallrechtlich zulässig ist; dies konnte jedoch dahingestellt bleiben, weil die formfreie Vergabe bereits aus anderen Gründen unzulässig war.

### **Praxishinweis**

Die Vergabekammer lässt es mangels Entscheidungserheblichkeit dahingestellt, ob die Übertragung des Rechts zur Erhebung von Entgelten im Rahmen einer Drittbeauftragung gem. § 16 Abs. 1 KrW-/AbfG abfallrechtlich zulässig ist. Gegen die abfallrechtliche Zulässigkeit spricht, dass bei der Drittbeauftragung die Entsorgungsverantwortung bei der Vergabestelle verbleibt. Zudem sieht das Abfallrecht im Rahmen der sogenannten Pflichtenübertragung nach § 16 Abs. 2 KrW-/AbfG im Wege einer Beleihung ausdrücklich vor, dass dem Dritten das Recht übertragen werden kann, unmittelbar gegenüber den Bürgern Entgelte zu erheben. Eine Übertragung eines solchen Rechts im Wege der Drittbeauftragung würde gegen die in diesem Bereich des Abfallrechts vorgesehene Zweiteilung verstoßen.

### **□ Der Verlust der strafrechtlichen Verantwortlichkeit durch die unternehmensinterne Delegation von Aufgaben**

*Die Frage, wer in einem Unternehmen strafrechtlich verantwortlich zeichnet, kann nicht pauschal beantwortet werden. Im Folgenden wird aufgezeigt, welche Anforderungen an die Delegation von Aufgaben an nachgeordnete Personen gestellt werden. Erfolgt eine solche Delegation ordnungsgemäß, dann ist der Delegierende strafrechtlich nicht zur Verantwortung zu ziehen.*

Einleitend ist zunächst darauf hinzuweisen, dass es im deutschen Strafrecht nur die Verantwortlichkeit von Einzelpersonen, nicht die des Unternehmens als juristische Person gibt.

Eine gesetzliche Regelung, welche Person innerhalb eines Unternehmens strafrechtlich verantwortlich ist, existiert nicht. Dementsprechend muss auf die von Rechtsprechung und Literatur entwickelten Grundsätze zurückgegriffen werden.

Danach gilt, dass zunächst der gesetzliche Vertreter der juristischen Person verantwortlich ist. Es ist allerdings anerkannt, dass er seine Verantwortlichkeit verliert, wenn er die Aufgabe ordnungsgemäß delegiert hat.

Eine ordnungsgemäße Delegation hat drei Voraussetzungen, nämlich die Auswahl des richtigen Mitarbeiters, seine An- und Einweisung sowie dessen Überwachung.

### **Auswahl des richtigen Mitarbeiters**

In formaler Hinsicht ist eine schriftliche Aufgabenzuweisung grundsätzlich nicht erforderlich. Allerdings ist es aus Beweisgründen

dringend anzuraten, den Aufgabenbereich klar und eindeutig schriftlich zu formulieren. Dies kann in Dienstverträgen, Arbeitsanweisungen, Richtlinien etc. erfolgen.

Der ausgewählte Mitarbeiter muss für die in Frage stehende Aufgabe persönlich geeignet und fachlich befähigt sein. Je komplexer die Aufgabe, desto höher sind die Auswahlkriterien.

#### **An- und Einweisung des Mitarbeiters**

Eine ordnungsgemäße Delegation verlangt eine umfassende Einweisung in den betreffenden Aufgabenkreis. Hierzu ist es gleichermaßen erforderlich, dass der Mitarbeiter mit den erforderlichen Befugnissen und sachlichen Mitteln ausgestattet wird, um die ihm übertragene Aufgabe erfüllen zu können.

#### **Überwachung des Mitarbeiters**

Der Mitarbeiter muss im Sinne einer vorbeugenden Kontrolle periodisch überwacht, d.h. überprüft werden, ob er seine Aufgaben ordnungsgemäß erledigt. Die zeitlichen Abstände der damit erforderlichen Kontrolle können, unter anderem in Abhängigkeit von der Zugehörigkeit des Mitarbeiters zu dem Unternehmen, variieren.

Bei Nichtbeachtung dieser Anforderungen bleibt der Delegierende weiterhin strafrechtlich verantwortlich.

#### **□ Aktuelle Veröffentlichungen**

Dr. Markus W. Pauly  
Ist die Wertstofftonne in kommunaler Regie zulässig?, in: RECYCLING magazin 05/2011, S. 24 f.

Dr. Dominik R. Lück  
Anmerkungen zu OLG Naumburg, Beschluss vom 30.09.2010 – 1U 50/10, in: Vergaberecht (VergabeR) 2011, S. 251 f.

Dr. Dominik R. Lück  
Keine vergaberechtliche Überprüfung von abfallrechtlichen Regelungen!, in: Immobilien- & Baurecht (IBR) 2011, S. 359

Dr. Anno Oexle  
Durch die Hintertür: Berechtigt § 1004 BGB die Kommunen zum Verbot der Vor-Ort-Korrektur von Fehlbefüllungen?, in: Zeitschrift für das Recht der Abfallwirtschaft (AbfallR) 2011, S. 128 ff.

Prof. Dr. Rüdiger Breuer  
Der Stand der Technik im geltenden Recht, in: Aktuelle Probleme des Umwelt- und Technikrechts, Symposium aus Anlass des 70. Geburtstags von Prof. Dr. Peter Marburger, UTR Band 10, Berlin 2011, S. 9 - 49

Maren Heidmann  
Der Umgang mit Störungen der elektronischen Abfallnachweisführung, in: Zeitschrift für das Recht der Abfallwirtschaft (AbfallR) 2011, S. 114 ff. (zusammen mit Frau Sylvia Zimack)

□ **Aktuelle Veranstaltungen**  
– Auswahl –

**Juli**

**07.07.2011**

„Straf- und Haftungsrecht für Umweltbeauftragte“

Referentin:  
Dr. Anne-Louise Schümer

Veranstaltet durch Umweltakademie Fresenius in Köln

**19.07.2011**

„Neuigkeiten für Abfallbeauftragte“

Referent:  
Dr. Markus W. Pauly

Veranstaltet durch BEW Bildungswerk für Entsorgungs- und Wasserwirtschaft GmbH in Duisburg

**September**

**13.09.2011**

„proveho-Fachgespräch zum elektronischen Abfallnachweisverfahren (eANV)“

Referentin:  
Maren Heidmann

Veranstaltet durch proveho GmbH in Hamburg

---

**Autoren dieses Newsletters sind:**

*Büro Köln*

Rechtsanwalt Prof. Dr. W. Klett  
Rechtsanwalt Dr. M. W. Pauly  
Rechtsanwalt Dr. D. R. Lück  
Rechtsanwalt Dr. A. Oexle  
Rechtsanwältin Dr. A.-L. Schümer  
Rechtsanwalt Prof. Dr. R. Breuer  
Rechtsanwalt Dr. A. de Diego  
Rechtsanwalt Dr. R. Geesmann  
Rechtsanwältin M. Heidmann

*Büro Berlin*

Rechtsanwalt L. Ernst  
Rechtsanwalt S. Kopp-Assenmacher