

## Newsletter

### Umwelt □ Technik □ Vergabe

Zweiundvierzigste Ausgabe, Juni 2017

Seite

□ Bundesregierung beschließt POP-Abfall-Überwachungs-Verordnung.....	1
□ Rechtswidrige Untersagung einer gewerblichen Altkleidersammlung.....	3
□ Einstufung von Abfällen – gefahrenrelevante Eigenschaft HP 14 „ökotoxisch“ konkretisiert .....	5
□ Bereits realisierte Hochspannungsfreileitung auf dem gerichtlichen Prüfstand .....	6
□ Baurechtsnovelle in Kraft getreten – Regelungen zu Urbanen Gebieten, Störfallbetrieben und zum Lärmschutz .....	9
□ Prüfungsmaßstab im gerichtlichen Eilverfahren einer Nachbargemeinde gegen großflächigen Möbelhandel .....	10
□ Hochwasserschutz in der Bauleitplanung .....	11
□ Keine Beschaffenheitsvereinbarung von Eigenschaften eines Grundstücks durch vorvertragliche Beschreibungen, wenn diese keinen Niederschlag in der notariellen Urkunde gefunden haben.....	14
□ Neue Verfahrensordnung für die Vergabe öffentlicher Liefer- und Dienstleistungsaufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte .....	16
□ Entwurf eines Gesetzes zur Einführung eines Wettbewerbsregisters.....	17
□ Führender Umweltrechtler verstärkt Köhler & Klett .....	18
□ Aktuelle Veröffentlichungen.....	19
□ Aktuelle Veranstaltungen.....	19

#### Köln

Von-Werth-Straße 2  
50670 Köln  
T +49 (0)221 4207-0  
F +49 (0)221 4207-255

#### Berlin

Rankestraße 26  
10789 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

#### München

Maximilianstraße 35A  
80539 München  
T +49 (0)89 24218211  
F+49 (0)89 2421830

□ **Bundesregierung beschließt POP-Abfall-Überwachungs-Verordnung**

*Die Verordnung (EG) Nr. 850/2004 (sog. EU-POP-Verordnung) bestimmt, dass Abfälle, welche die in ihrem Anhang IV aufgeführten persistenten organischen Schadstoffe (engl.: persistent organic pollutants, kurz: POP) in bestimmten Konzentrationen enthalten, so verwertet oder beseitigt werden müssen, dass eine Zerstörung oder unumkehrbare Umwandlung der POP stattfindet. Um die Überwachung dieser unionsrechtlichen Pflicht sicherzustellen, stufte eine am 11.03.2016 in Kraft getretene Änderung der Abfallverzeichnisverordnung (AVV) durch eine dynamische Verweisung auf die EU-POP-Verordnung alle betroffenen Abfälle als gefährlich ein. Diese Abfälle sollten damit dem abfallrechtlichen Nachweisverfahren unterworfen werden. In der Praxis verursachte die Neuregelung, die in dieser Form unionsrechtlich nicht geboten war, allerdings erhebliche Entsorgungsprobleme bei Abfällen – insbesondere Dämmstoffen –, die den unter die EU-POP-Verordnung fallenden Stoff Hexabromcyclododecan (HBCD) enthalten. Der entstandene „Entsorgungsnotstand“ veranlasste den Ordnungsgeber im Dezember 2016, die Notbremse zu ziehen und im Rahmen eines sog. Moratoriums die Einstufung von HBCD-haltigen Abfällen als gefährlich zunächst befristet auf ein Jahr zu revidieren. Eine umfassende und dauerhafte Lösung für den Umgang mit POP-haltigen Abfällen soll nun eine speziell für diese Abfälle neu geschaffene Verordnung bringen, die von der Bundesregierung am 07.06.2017 beschlossen wurde. Vor ihrem Inkrafttreten ist allerdings noch die Zustimmung des Bundesrates erforderlich.*

Kernstück der „Verordnung zur Überwachung von nicht gefährlichen Abfällen mit persistenten organischen Schadstoffen und zur Änderung der Abfallverzeichnis-Verordnung“ ist die Einführung einer neuen POP-Abfall-Überwachungsverord-

nung. Diese übernimmt für die in ihren Anwendungsbereich fallenden Abfälle (sog. POP-haltige Abfälle) bestimmte Regelungen aus dem Bereich der gefährlichen Abfälle. Im Gegenzug wird die Einstufung POP-haltiger Abfälle in der AVV als gefährlich auf eine 1:1-Umsetzung der unionsrechtlichen Vorgaben reduziert. Die in der AVV von 2016 vorgesehene dynamische Verweisung auf die EU-POP-Verordnung soll also wieder entfallen und es werden nur noch die 16 im Europäischen Abfallverzeichnis aufgelisteten POP-haltigen Abfälle als gefährlich eingestuft.

Im Zentrum der POP-Abfall-Überwachungs-Verordnung (POP-Abfall-ÜberwV) steht der Begriff „POP-haltiger Abfall“. Dabei handelt es sich nach der Grundregel des § 2 Nr. 1 POP-Abfall-ÜberwV um einen Abfall, der durch vier Merkmale gekennzeichnet ist: (1.) das Vorhandensein von POP im Sinne der EU-POP-Verordnung, wobei Verunreinigungen genügen, (2.) das Erreichen der Konzentrationsgrenzen nach der EU-POP-Verordnung, (3.) die Einstufung als nicht-gefährlicher Abfall und (4.) die Zugehörigkeit zu bestimmten AVV-Abfallschlüsseln. Erfasst ist davon etwa Dämmmaterial mit HBCD-haltigen Bestandteil, aber auch gemischte Bau- und Abfälle, die solche Materialien enthalten; in beiden Fällen gilt dies allerdings nur, sofern im jeweiligen Abfall bzw. Abfallgemisch die Konzentrationsgrenzen nach der EU-POP-Verordnung erreicht werden.

Von den gemischt anfallenden Abfällen, deren „POP-Haltigkeit“ sich nach § 2 Nr. 1 POP-Abfall-ÜberwV bemisst, zu unterscheiden sind Abfallgemische, die durch eine (beabsichtigte oder unbeabsichtigte) Vermischung in einer Anlage entstehen. Für diese enthält § 2 Nr. 2 POP-Abfall-ÜberwV eine Sonderregelung, nach der in Anlagen anfallende Gemische unabhängig von den Konzentrationsgrenzen der EU-POP-Verordnung POP-haltige Abfälle sind, wenn diese Gemische POP-haltige Abfälle als Bestandteil enthalten. Mit anderen Worten: Werden POP-haltige Abfälle in einer Anlage mit anderen Materia-

lien vermischt, ist auch das entstehende Gemisch ein POP-haltiger Abfall im Sinne der Verordnung; dies gilt selbst dann, wenn das Gemisch als solches keine Konzentrationsgrenze erreicht. Die Konzentrationsgrenzen sind für solche Gemische demnach nur insoweit von Bedeutung, als es um die Frage geht, ob ein darin enthaltener Bestandteil im Sinne von § 2 Nr. 1 POP-Abfall-ÜberwV POP-haltig ist. Durch diese Regelung soll gewährleistet werden, dass die Überwachung nach der POP-Abfall-ÜberwV nicht bereits in der (Vorbehandlungs-)Anlage endet, in der die Vermischung stattfindet, sondern bis zum Abschluss der Entsorgung bestehen bleibt.

Die gleiche Zielsetzung verfolgt auch die zweite Sonderregelung in § 2 Nr. 3 POP-Abfall-ÜberwV, welche Vorbehandlungen durch Sortierung betrifft. Danach sind in einer Anlage aussortierte Abfälle unter den Voraussetzungen des § 2 Nr. 1 POP-Abfall-ÜberwV ebenfalls POP-haltige Abfälle, wobei allerdings anstelle der Einstufung unter einen der in § 2 Nr. 1 Buchstabe d) POP-Abfall-ÜberwV genannten Abfallschlüssel (nur) gefordert wird, dass der aussortierte Abfall nach Art und Zusammensetzungen einer dort genannten Abfallart entspricht.

Rechtsfolgen des Vorliegens eines POP-haltigen Abfalls sind ein Getrennthaltungsgebot und Vermischungsgebot nach § 3 POP-Abfall-ÜberwachV sowie Nachweis- und Registerpflichten nach §§ 4 und 5 POP-Abfall-ÜberwachV.

Das Getrennthaltungsgebot (§ 3 Abs. 1 POP-Abfall-ÜberwachV) soll die Grundpflichten der Abfallentsorgung nach dem Kreislaufwirtschaftsgesetz einschließlich der Abfallhierarchie umsetzen und gilt für die Sammlung und Beförderung POP-haltiger Abfälle. Wie bereits in der neuen Gewerbeabfallverordnung soll der Sammlungsbegriff dabei auch und gerade die getrennte Erfassung des Abfalls durch den Erzeuger umfassen, also z.B. auch die Erfassung auf einer Baustelle. Dabei dürfte es sich bei dem Getrennthaltungsgebot nach § 3 Abs. 1 POP-Abfall-ÜberwachV um

eine Spezialregelung gegenüber der Gewerbeabfallverordnung handeln, sodass deren Vorschriften über gewerbliche Siedlungsabfälle sowie Bau- und Abbruchabfälle – jedenfalls soweit es um die Getrennthaltung geht – auf POP-haltige Abfälle nicht anwendbar sind. Damit dürften für diese Abfälle auch die besonderen Dokumentationspflichten der Gewerbeabfallverordnung entfallen.

Das Vermischungsverbot nach § 3 Abs. 2 bis 4 POP-Abfall-ÜberwachV entspricht im Wesentlichen der für gefährliche Abfälle geltenden Vorschrift des § 9 Abs. 2 KrWG. Zulässig ist die Vermischung nach § 3 Abs. 3 POP-Abfall-ÜberwachV ausnahmsweise dann, wenn diese in einer hierfür zugelassenen Anlage erfolgt, sichergestellt ist, dass das gesamte Gemisch ordnungsgemäß und schadlos verwertet oder gemeinwohlverträglich beseitigt wird und das Vermischungsverfahren dem Stand der Technik entspricht. Diese Ausnahme ermöglicht etwa eine gezielte Mischung in einer Anlage, um einen POP-haltigen Abfall der Verbrennung zuzuführen.

Auch die Vorschriften über die Nachweis- und Registerpflichten sind im Wesentlichen den entsprechenden Regelungen für gefährliche Abfälle nachgebildet, insbesondere finden infolge von Verweisungen in der POP-Abfall-ÜberwachV grundsätzlich die Regelungen der Nachweisverordnung auf POP-haltige Abfälle Anwendung. Übernommen wurden auch die Ausnahmen von der Nachweispflicht bei einer Entsorgung in eigenen Anlagen, sofern diese in einem engen räumlichen und betrieblichen Zusammenhang mit der Anfallstelle stehen, bei einer vorgeschriebenen Rücknahme im Rahmen der Produktverordnung bis zum Abschluss der Rücknahme sowie für die Überlassung von Elektroaltgeräten an Einrichtungen zur Erfassung und Erstbehandlung; im Falle einer freiwilligen Rücknahme besteht eine Freistellungsmöglichkeit entsprechend § 26 Abs. 3 KrWG. Einen wichtigen Unterschied zum allgemeinen Nachweisrecht gibt es allerdings beim Sammelentsorgungsnachweis: Hier entfällt für POP-

haltige Abfälle die Mengenbeschränkung von 20 Tonnen je Abfallschlüssel und Kalenderjahr nach § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 NachwV, sodass eine Sammelentsorgung bei POP-haltigen Abfällen unabhängig von der anfallenden Abfallmenge zulässig ist. Verstöße gegen die Nachweis- und Registerpflichten stellen nach § 6 POP-Abfall-ÜberwachV Ordnungswidrigkeiten dar.

□ **Rechtswidrige Untersagung einer gewerblichen Altkleidersammlung**

*Das Verwaltungsgericht (VG) Stuttgart hat mit Urteil vom 27.04.2017 – 14 K 361/15 – die Untersagung einer gewerblichen Altkleidersammlung durch das Landratsamt Böblingen aufgehoben. Wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Sache hat das Gericht die Berufung zugelassen. Das Landratsamt Böblingen kündigte am 15.05.2017 an, das Urteil durch den Verwaltungsgerichtshof (VGH) Baden-Württemberg prüfen zu lassen, um die Bürgerinnen und Bürger vor zu hohen Abfallgebühren zu schützen.*

Der Kläger hatte am 28.12.2012 bei dem Landratsamt Böblingen eine gewerbliche Sammlung von Altkleidern, Alttextilien und Schuhen mittels Sammelcontainer angezeigt. Das zuständige Landratsamt Böblingen untersagte mit Bescheid vom 11.02.2013 die gewerbliche Sammlung und forderte den Kläger auf, sämtliche aufgestellten Sammelcontainer innerhalb von zwei Wochen nach Zustellung des Bescheids zu entfernen. Zusätzlich ordnete er die sofortige Vollziehung der Untersagungsverfügung an.

Im Wesentlichen wurde die Untersagung damit begründet, dass der gewerblichen Sammlung überwiegende öffentliche Interessen entgegenstünden, da die gewerbliche Sammlung die Funktionsfähigkeit des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers (Landkreis Böblingen) gefährde. Seit dem 01.01.2013 führe dieser die Sammlung und Verwertung von Alttextilien und Schuhen aus privaten Haushalten im Landkreis haushaltsnah und flächendeckend in Eigenregie durch. Mit der Verwertung der eingesammelten Alttextilien und Schuhe werde er einen im Rahmen einer öffentlichen Ausschreibung ermittelten zertifizierten Unternehmer beauftragen.

Wegen der angezeigten gewerblichen Sammlung könne der Abfallwirtschaftsbe-

trieb seinen Entsorgungspflichten nicht mehr zu wirtschaftlich angemessenen Bedingungen nachkommen. Zusätzlich bestehe eine wesentliche Beeinträchtigung der Planungssicherheit und Organisationsverantwortung des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers, da eine diskriminierungsfreie und transparente Vergabe von Entsorgungsleistungen im Wettbewerb erheblich erschwert werde.

Gegen die Untersagungsverfügung legte der Kläger Widerspruch ein. Zusätzlich stellte er bei dem VG Stuttgart Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs, dem mit Beschluss vom 07.05.2013 stattgegeben wurde. Der VGH Baden-Württemberg bestätigte diese Entscheidung des VG Stuttgart im einstweiligen Rechtsschutzverfahren.

Das Regierungspräsidium Stuttgart hat daraufhin im Dezember 2014 den Widerspruch des Klägers als unbegründet zurückgewiesen, woraufhin dieser die Anfechtung der Untersagungsverfügung mit der Klage vor dem VG Stuttgart weiterverfolgte.

Mit der der Klage stattgebenden Entscheidung hat das VG Stuttgart festgestellt, dass das Landratsamt Böblingen zu Unrecht die gewerbliche Sammlung untersagt hat. Denn der Sammlung würden überwiegende öffentliche Interessen nicht entgegenstehen. Auch eine Gefährdung der Funktionsfähigkeit des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers sei nicht festzustellen.

Der Auffassung des Landratsamts Böblingen könne nicht gefolgt werden, wonach dem Abfallwirtschaftsbetrieb der uneingeschränkte Zugriff auf das gesamte potentielle Sammelaufkommen auf Grund der Überlassungspflicht nach § 17 Abs. 1 KrWG zustehen solle. Dieser Auffassung des Landratsamts Böblingen liege ein europarechtswidriges Gesetzesverständnis zu Grunde. Denn dem öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger komme mit der Aufnahme seiner Sammelaktivität gerade kein absoluter Schutz vor jedweder

Konkurrenz durch gewerbliche Sammler zu; er habe sich vielmehr am Markt selbst zu behaupten. Diese Einschätzung habe auch schon der VGH Baden-Württemberg im Verfahren auf Eilrechtsschutz geteilt.

Dies gelte auch nach dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 30.06.2016 (7 C 4.15). Zwar genieße das hochwertige Erfassungssystem des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers einen besonderen Schutz, wenn durch die gewerbliche Sammlung negative Auswirkungen auf die Sammelmenge zu erwarten seien. Übersteige die Sammelmenge aller gewerblichen und gemeinnützigen Sammlungen mehr als 15 % des Gesamtaufkommens, sei diese Voraussetzung nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts erfüllt. Diese Schwelle sei zwar im zu entscheidenden Fall überschritten. Jedoch könnten gewerbliche Altkleidersammlungen nicht schon dann untersagt werden, wenn der öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger ein hochwertiges Erfassungssystem bereitstelle. Vielmehr bedürfe es der Prüfung im Einzelfall, ob trotz der Sammlung des gewerblichen Wettbewerbers die gesetzliche Vermutung, dass in dieser Situation die Funktionsfähigkeit des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers gefährdet ist, ausnahmsweise nicht eingreift. Denn nach dem Bundesverwaltungsgericht normiere das Gesetz in § 17 Abs. 3 Satz 3 Nr. 1 KrWG eine widerlegliche Vermutung.

Das Sammelsystem des Landkreises Böblingen sei nur vor Einbußen in die von ihm vorgehaltene Entsorgungsstruktur geschützt, soweit diese bedarfsgerecht auf die von ihm tatsächlich erzielte bzw. auf Grund konkreter Planungen erwartete Sammelmenge ausgerichtet sei. Da der Abfallwirtschaftsbetrieb des Landkreises Böblingen seit der Aufnahme der Sammlung im Jahr 2013 einen kontinuierlichen Anstieg seines Sammelaufkommens feststellen konnte, seien solche Einbußen gerade nicht eingetreten.

Die gebotene Einzelfallprüfung führte damit im entschiedenen Fall zu der Fest-

stellung, dass die von dem Kläger durch seine gewerbliche Sammlung erfasste Sammelmenge sich allenfalls geringfügig auf die Altkleidersammlung des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers auswirken würde.

□ **Einstufung von Abfällen – gefahrenrelevante Eigenschaft HP 14 „ökotoxisch“ konkretisiert**

*Die Verordnung (EU) 2017/997 des Rates vom 08.06.2017 zur Änderung von Anhang III der Richtlinie 2008/98/EG enthält neue Vorgaben zur Bestimmung der gefahrenrelevanten Eigenschaft HP 14 „ökotoxisch“, die ab dem 05.07.2018 anwendbar sind.*

Die Einstufung sogenannter „Spiegeleinträge“ der Abfallverzeichnisverordnung (AVV) als gefährlich oder nicht gefährlich erfolgt anhand eines – unter Umständen komplexen – Zusammenspiels von Regelungen der AVV, des Anhangs III der Richtlinie 2008/98/EG („Abfallrahmenrichtlinie“) und des europäischen Chemikalienrechts, hier vor allem der CLP-VO.

Derzeit ist die gefahrenrelevante Eigenschaft HP 14 „ökotoxisch“ auf der Grundlage der Kriterien in Anhang VI der Richtlinie 67/548/EWG (sogenannte Stoffrichtlinie) zu bestimmen.

Wegen der dynamischen Verweisung der AVV auf Anhang III der Richtlinie 2008/98/EG ist die gefahrenrelevante Eigenschaft HP 14 „ökotoxisch“ ab dem 05.07.2018 gemäß den Vorgaben der VO (EU) 2017/997 zu bestimmen. Danach ist anhand eines ausdifferenzierten Berechnungsverfahrens zu beurteilen, ob nach CLP-VO als ozonschichtschädigend und/oder gewässergefährdend eingestufte Stoffe, deren Gehalte in der infrage stehenden Abfallfraktion analytisch bestimmt wurden, zur Einstufung der Abfallfraktion als gefährlich führen. Eine Anwendung von Anhang VI der Richtlinie 67/548/EWG kommt nicht mehr in Betracht.

Alternativ zum Berechnungsverfahren der VO (EU) 2017/997 kann die gefahrenrelevanten Eigenschaft HP 14 „ökotoxisch“ – wie bisher – auf der Grundlage von Biotests etc. – also auf der Grundlage von sogenannten Prüfungen – bestimmt wer-

den. Das dabei gewonnene Ergebnis geht einer Bestimmung nach der Berechnungsmethode der VO (EU) 2017/997 zwingend vor. Dies folgt aus den einschlägigen Regelungen der AVV und ihres europarechtlichen Hintergrunds und wird durch Erwägungsgrund 8 der VO (EU) 2017/997 nochmals klargestellt. Die Prüfung ist demnach, gleich ob sie zur Einstufung als gefährlich oder nicht gefährlich führt, weiterhin das im Vergleich zur Berechnung aussagekräftigere Verfahren.

□ **Bereits realisierte Hochspannungsfreileitung auf dem gerichtlichen Prüfstand**

*Das Oberverwaltungsgericht (OVG) Lüneburg hat mit Urteil vom 13.10.2016 – 7 KS 3/13 – auf die Klage eines Landwirts hin einen Planfeststellungsbeschluss für eine 110-kV-Freileitung aufgehoben. Durch das Gericht war im Wesentlichen zu klären, ob die für das Vorhaben durchgeführte Vorprüfung im Einzelfall nach § 3c des Gesetzes über die Umweltverträglichkeitsprüfung (UVPG) nachvollziehbar ist. Als Ergebnis der von der beklagten Behörde durchgeführten Vorprüfung sollte das Vorhaben keiner Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP) bedürfen; eine Einschätzung, die nach Auffassung des Gerichts indes nicht nachvollziehbar ist. Dieser Mangel der Vorprüfung stelle zugleich den Fall einer unterlassenen UVP dar. Weil eine Planergänzung oder ein ergänzendes Verfahren nicht mehr in Betracht kämen, habe der Planfeststellungsbeschluss für die – zwischenzeitlich vollständig realisierte – 110-kV-Freileitung letztlich aufgehoben werden müssen.*

Der Kläger, Eigentümer einer landwirtschaftlichen Hofstelle, begehrte die Aufhebung des Planfeststellungsbeschlusses vom 27.12.2012 für den „Ersatzneubau“ einer 110-kV-Freileitung auf einer Länge von etwa 34,7 km zwischen den Umspannwerken Hemmoor und Cuxhaven-Industriestraße. Die dort ursprünglich errichteten Masten und Leiterseile waren zurückgebaut und in Umsetzung des angegriffenen Planfeststellungsbeschlusses ersetzt worden. Dabei wurden die Masten und der Abstand der Leiterseile zu der Geländeoberfläche zum Teil um mehr als 10,0 m erhöht. Die Masten 87 und 89 der planfestgestellten Freileitung liegen auf den im Eigentum des Klägers stehenden Flurstücken; dementsprechend wurden die Leiterseile über seine Grundstücke gespannt. Der Mast 89 steht in einem Abstand von 4,0 m zum klägerischen Scheunengebäude. Der geringste Abstand der

Leiterseile zur Hofstelle des Klägers beträgt etwa 35 m bis 40 m.

Das streitgegenständliche Vorhaben erforderte mit einer Länge von mehr als 15 km und einer Nennspannung zwischen 110 und 220 kV nach Nr. 19.1.2 der Anlage 1 zum UVPG eine Vorprüfung des Einzelfalls, welche die Vorhabenträgerin Mitte 2009 beantragte. Die Beklagte kam im Jahr 2009 zu dem Ergebnis, eine UVP sei nicht erforderlich. Daraufhin beantragte die Vorhabenträgerin die Planfeststellung.

Die gegen den ergangenen Planfeststellungsbeschluss gerichtete Klage des Landwirts hat das OVG Lüneburg für zulässig und begründet erachtet. Denn die Vorprüfung des Einzelfalls genügte nach seiner Auffassung nicht dem Maßstab des § 3a Satz 4 UVPG mit der Folge, dass nach § 4 Abs. 1 Satz 2 Umweltrechtsbehelfsgesetz (UmwRG) zugleich von einer nicht durchgeführten UVP auszugehen war.

Diese Verfahrensmängel konnte der Kläger rügen; insoweit bestanden keine Bedenken an der Zulässigkeit seiner Klage. Denn obwohl er den Einwand der unterbliebenen UVP bzw. unzulänglichen Vorprüfung des Einzelfalls erstmals im Klageverfahren geltend gemacht hatte, war er mit diesem Einwand nicht präkludiert, weil die maßgeblichen Präklusionsvorschriften wegen Unvereinbarkeit mit den Regelungen in verschiedenen EU-Richtlinien (Art. 11 RL 2011/92/EU und Art. 25 RL 2010/75/EU) in Ansehung des Urteils des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) vom 15.10.2015 – C-137/14 – und des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG) vom 22.10.2015 – 7 C 15.13 – nicht zur Anwendung kamen.

Das OVG Lüneburg hat sodann die Voraussetzungen nach § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Buchstabe b), Satz 2 UmwRG geprüft. Danach kann die Aufhebung bestimmter Zulassungsentscheidungen – wie hier einer Planfeststellung – verlangt werden, wenn eine Vorprüfung des Einzelfalls zwar stattgefunden hat, aber nicht dem Maßstab des § 3a Satz 4 UVPG genügt. Danach

ist die gerichtliche Überprüfung der UVP-Vorprüfung darauf beschränkt festzustellen, ob die Vorprüfung entsprechend den Vorgaben des § 3c UVPG durchgeführt worden ist und ob das Ergebnis nachvollziehbar ist. Nach § 3c UVPG ist eine UVP als Ergebnis der Vorprüfung des Einzelfalls durchzuführen, wenn die zuständige Behörde aufgrund „überschlägiger Prüfung“ bestimmter Kriterien darauf erkennt, dass das in Frage stehende Vorhaben erhebliche nachteilige Umweltauswirkungen haben kann.

Das Ergebnis der UVP-Vorprüfung aus dem Jahr 2009 ist nach Auffassung des OVG Lüneburg nicht nachvollziehbar. Zur Begründung zeigt das Gericht im Einzelnen die Grundsätze auf, die es bei der Beurteilung der Umweltauswirkungen auf der Grundlage des jeweiligen materiellen Zulassungsrechts und unter Berücksichtigung des Umfangs der gerichtlichen Prüfung nach § 3a Satz 4 UVPG zu beachten gilt. Danach habe sich das Gericht auf eine Plausibilitätskontrolle unter Zugrundelegung der von der Behörde für ihr Prüfergebnis gegebenen Begründung zu beschränken. Dies bedeute zum einen, dass nachträglich gewonnene Erkenntnisse für die Entscheidung über die Notwendigkeit einer UVP nicht maßgeblich sein könnten, zum anderen, dass verbleibende Zweifel zu Gunsten einer UVP-Pflicht ausschlugen.

Selbst bei ausschließlicher Betrachtung der anlagen- und betriebsbedingten Beeinträchtigungen, welche sich aus den planfestgestellten Veränderungen der Freileitungen ergäben, erweise sich die durchgeführte UVP-Vorprüfung auf der Grundlage der seinerzeit vorliegenden Unterlagen und Informationen als eine bloß oberflächliche Abschätzung spekulativen Charakters und sei unter Zugrundelegung der gegebenen Begründung nicht plausibel.

Zur Begründung zitiert das Gericht die maßgeblichen Passagen aus dem die UVP-Vorprüfung dokumentierenden Schreiben und nimmt zudem Bezug auf den Prüfkatalog der im Gerichtsverfahren beigelegte-



nen Vorhabenträgerin zur Ermittlung der UVP-Pflicht bei Hochspannungsleitungen. Danach seien zum Teil mit hoher Wahrscheinlichkeit Auswirkungen auf eine Reihe relevanter Schutzgüter zu besorgen; zudem seien die Auswirkungen von Dauer. An einer Bewertung dieser Kriterien bzw. einer plausiblen Begründung, warum gleichwohl erhebliche nachteilige Umweltauswirkungen durch das Vorhaben nicht eintreten könnten, fehle es jedoch in der UVP-Vorprüfung der Beklagten.

An der Nachvollziehbarkeit des Ergebnisses der UVP-Vorprüfung fehle es auch, weil das letztlich planfestgestellte Vorhaben eine deutlich höhere Umweltrelevanz aufweise als dasjenige, das Gegenstand der UVP-Vorprüfung gewesen sei. Im Jahr 2009 habe der geplante „Ersatzneubau“ der Freileitung 162 Masten an den gleichen Standorten mit einer maximalen Erhöhung der Masten um einen Meter umfasst; dies war Gegenstand der UVP-Vorprüfung. Bei dem planfestgestellten Vorhaben sei dagegen bei mehr als der Hälfte der Masten eine deutliche Erhöhung um bis zu etwa 9,5 m vorgesehen gewesen. Wegen dieser Erhöhung wurde im Planfeststellungsverfahren eine erhebliche Beeinträchtigung des Landschaftsbildes mit der Folge einer Ersatzzahlung von mehreren hunderttausend Euro festgestellt, die von dem Gericht als ein weiteres Indiz für eine UVP-Pflichtigkeit des Vorhabens angesehen wurde. Gleiches gilt nach Auffassung des Gerichts für weitere naturschutzrechtlich bedingte Nebenbestimmungen, welche im Planfeststellungsverfahren hinzugekommen waren.

Gleichwohl habe dies die Beklagte nicht zum Anlass genommen, eine neue oder jedenfalls eine Aktualisierung der Vorprüfung vorzunehmen, sondern in der öffentlichen Bekanntmachung der Auslegung der Planunterlagen in Mitte 2011 auf die Vorprüfung aus dem Jahr 2009 Bezug genommen.

Unter Zugrundelegung der Rechtsprechung des BVerwG sei in Fällen wie dem

vorliegenden, in denen im Rahmen der UVP-Vorprüfung in nicht vertretbarer Weise auf eine fehlende UVP-Pflichtigkeit erkannt wurde, zugleich davon auszugehen, dass das Vorhaben UVP-pflichtig war und also eine UVP hätte durchgeführt werden müssen. Daher liege – über die im Ergebnis nicht vertretbare UVP-Vorprüfung hinaus – auch ein Fall einer zu Unrecht unterbliebenen UVP im Sinne des § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 a) UmwRG vor.

Unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des BVerwG's und des EuGH's komme bei einem derartig schweren Verfahrensmangel auch keine Planergänzung oder ein ergänzendes Verfahren gemäß § 75 Abs. 1a Satz 2 VwVfG mehr in Betracht, sodass die Planfeststellung aufzuheben gewesen sei. Selbst wenn dies anders zu sehen sein sollte, könne im vorliegenden Fall die unterlassene UVP nicht (mehr) durch Planergänzung oder ein ergänzendes Verfahren behoben werden, da das Vorhaben bereits verwirklicht worden sei.

Die Entscheidung des OVG Lüneburg unterstreicht einmal mehr die Bedeutung, welche das Recht der Umweltverträglichkeitsprüfung vor dem Hintergrund der Regelungen des UmwRG und der dadurch (auch für Privatpersonen) eröffneten Klagemöglichkeiten für öffentlich-rechtliche Zulassungsverfahren in der Praxis entfalten kann.

□ **Baurechtsnovelle in Kraft getreten – Regelungen zu Urbanen Gebieten, Störfallbetrieben und zum Lärmschutz**

*Am 13.05.2017 ist das „Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 2014/52/EU im Städtebaurecht und zur Stärkung des neuen Zusammenlebens in der Stadt“ in Kraft getreten. Dieses auch als „Baurechtsnovelle“ bezeichnete Gesetz führt zu diversen Änderungen des Baugesetzbuches (BauGB) und der Baunutzungsverordnung (BauNVO). Unter anderem wird die neue Baugebietskategorie „Urbane Gebiete“ eingeführt. Flankierend hierzu wurden einzelne Vorschriften der TA Lärm angepasst.*

**Urbane Gebiete**

Die neue Gebietskategorie „Urbane Gebiete“, welche im Wesentlichen in verdichteten Innenstadtlagen Möglichkeiten eines Nebeneinanders von Wohnnutzung einerseits und bestimmten gewerblichen Nutzungen andererseits erweitern soll (siehe hierzu den Beitrag im Köhler & Klett Newsletter 01/17, Seite 12 f.), ist nunmehr in die BauNVO übernommen worden.

Flankierend beabsichtigte die Bundesregierung, in der TA Lärm eigenständige Immissionsrichtwerte für Urbane Gebiete in Höhe von 63 dB(A) tags und 48 dB(A) nachts einzuführen. Der Bundesrat hat in seiner Sitzung Ende März 2017 nur dem Tagwert von 63 dB(A) zugestimmt, einen Richtwert von 48 dB(A) nachts dagegen abgelehnt. Für Urbane Gebiete soll stattdessen ein Richtwert von 45 dB(A) nachts maßgeblich sein, wie er schon für Kern-, Dorf- und Mischgebiete in der TA Lärm vorgegeben ist.

**Störfallbetriebe**

Durch die Baurechtsnovelle werden ferner flankierende Regelungen zur Umsetzung der SEVESO-III-Richtlinie eingeführt. So werden etwa die durch § 9 BauGB eröffneten Festsetzungsmöglichkeiten in Bebauungsplänen um Regelungen ergänzt, wonach für bestimmte Gebäude und bau-

liche Anlagen in der Nachbarschaft zu Störfallbetrieben bauliche und sonstige technische Maßnahmen zur Vermeidung oder Verminderung der Folgen von Störfällen getroffen werden müssen. Aus den gleichen Erwägungen können bestimmte Nutzungen in Baugebieten für zulässig, nicht zulässig oder nur ausnahmsweise zulässig erklärt werden.

**Schutz vor Lärmimmissionen**

Zum Schutz vor Lärmimmissionen wurde in § 9 Abs. 1 Nr. 24 BauGB klarstellend geregelt, dass in Bebauungsplänen Maßnahmen zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen durch Geräusche (sogenannter passiver Schallschutz) festgesetzt werden können. Dadurch soll es ermöglicht werden, innerhalb der maßgeblichen immissionsschutzrechtlichen Richtwerte zusätzlich passive Schallschutzmaßnahmen festzusetzen.

Unberührt sollen dabei nach dem Willen des Gesetzgebers allerdings die Vorgaben des Immissionsschutzrechts zum aktiven Schallschutz bleiben, wie sie vor allem in der TA Lärm konkretisiert sind.

Erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang, dass der Bundesrat in seiner Sitzung Ende März 2017 die von den Ausschüssen empfohlene Änderung der TA Lärm zur Berücksichtigung passiven Schallschutzes nicht angenommen hat. Die Ausschüsse hatten empfohlen, die Regelungen der TA Lärm zum maßgeblichen Immissionsort dahingehend zu ergänzen, dass, sofern passive Schallschutzmaßnahmen die Einhaltung bestimmter Innenraumpegel gewährleisten, der Außenimmissionsort nach A.1.3. a) des Anhangs zur TA Lärm ausnahmsweise nicht maßgeblich ist. Dadurch sollten Lärmkonflikte gelöst werden, wie sie bei heranrückender Wohnbebauung im Rahmen der Wiedernutzbarmachung von Flächen, der Nachverdichtung und anderen Maßnahmen der Innenentwicklung – etwa in der neuen Baugebietskategorie „Urbane Gebiete“ – entstehen.

Es bleibt also dabei, dass der maßgebliche Immissionsort der TA Lärm auch bei ver-

wirklichem passivem Schallschutz in der Regel derjenige vor dem geöffneten Fenster ist. Eine andere Frage ist, ob damit das Ziel der Baurechtsnovelle, in verdichteten Innenstadtlagen verstärkt ein Nebeneinander von Gewerbe und Wohnnutzung zu ermöglichen, erreicht werden kann. Zweifel sind angebracht; hier wird der Gesetzgeber über kurz oder lang (erneut) tätig werden müssen.

□ **Prüfungsmaßstab im gerichtlichen Eilverfahren einer Nachbargemeinde gegen großflächigen Möbelhandel**

*Mit Beschluss vom 02.12.2016 (Az.: 7 B 1344/16) hat das Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen (OVG NRW) festgelegt, welcher Maßstab im Rahmen einer summarischen Prüfung im Eilverfahren hinsichtlich der Klage einer Nachbargemeinde gegen einen großflächigen Möbelhandel anzusetzen ist.*

Zu klären war die Frage, ob die klagende Gemeinde durch die erteilte Baugenehmigung zur Errichtung eines Möbelhauses in der Nachbargemeinde in eigenen Rechten verletzt ist. In Betracht hat das OVG NRW insoweit lediglich eine Verletzung von § 2 Abs. 2 Nr. 1 Baugesetzbuch (BauGB) gezogen.

Nach dieser Vorschrift sind Bauleitpläne benachbarter Gemeinden aufeinander abzustimmen; dabei können sich Gemeinden auch auf die ihnen durch Ziele der Raumordnung zugewiesenen Funktionen sowie auf Auswirkungen auf ihre zentralen Versorgungsbereiche berufen, § 2 Abs. 2 Satz 2 BauGB. Die Vorschrift ist eine gesetzliche Ausformung der gemeindlichen Planungshoheit und eine besondere Ausprägung des Abwägungsgebotes. Sie schließt das Recht ein, sich gegen Planungen anderer Gemeinden zur Wehr zu setzen, welche die eigene Planungshoheit rechtswidrig beeinträchtigen.

Die in § 2 Abs. 2 Satz 2 BauGB statuierte Abstimmungspflicht findet unmittelbare Anwendung nur bei der Aufstellung von Bauleitplänen. Es gibt allerdings Fallkonstellationen, in denen die Rechtsprechung den Anwendungsbereich der Vorschrift ausweitet. In Verfahren, in denen eine Nachbargemeinde gegen eine Baugenehmigung vorgeht, kann § 2 Abs. 2 Satz 2 BauGB dann Rechtswirkungen entfalten, wenn die Gemeinde unter Missachtung der Vorschrift für ein materiell abstimmungspflichtiges Vorhaben „die Weichen

in Richtung Zulassungsentscheidung gestellt hat“.

Dies wurde in der Vergangenheit bereits für Genehmigungsentscheidungen hinsichtlich Einkaufszentren im Sinne von § 11 Abs. 3 Nr. 1 Baunutzungsverordnung (BauNVO) angenommen, insofern sie als „sonstiger Belang“ einer Genehmigung im Außenbereich nach § 35 Abs. 2 BauGB entgegenstehen oder bei Bestehen eines Bebauungsplans dessen Festsetzungen widersprechen.

Geht es hingegen nicht um die Abwehr eines Einkaufszentrums im Sinne von § 11 Abs. 3 Nr. 1 BauNVO, sondern „nur“ um die Genehmigung eines großflächigen Einzelhandelbetriebs, ist nach der Rechtsprechung des OVG NRW für die Annahme eines aus § 2 Abs. 2 BauGB abgeleiteten Abwehranspruchs erforderlich, dass im Einzelfall ein interkommunaler Abstimmungsbedarf festgestellt werden kann, weil unmittelbare städtebauliche Auswirkungen gewichtiger Art auf die jeweilige Nachbargemeinde zu besorgen sind. Hierzu muss sich jedoch im vorläufigen Rechtsschutzverfahren bei summarischer Prüfung hinreichend beurteilen lassen, ob das genehmigte Vorhaben zu unlösbaren städtebaulichen Auswirkungen gewichtiger Art im Bereich der Nachbargemeinde führt.

Im konkreten Fall hat das OVG NRW klargestellt, dass die Feststellung eines derartigen Verstoßes nach einer ersten Durchsicht der vorliegenden Gutachten nicht erfolgen konnte und die diesbezügliche Prüfung dem Hauptsacheverfahren vorbehalten bleibt. Es hat daher eine allgemeine Interessenabwägung vorgenommen und dabei insbesondere den Interessen der Standortgemeinde und des Betreibers an der Verwirklichung des großflächigen Möbelhandels (städtebauliche Belange, Sicherung von Arbeitsplätzen) Vorrang eingeräumt.

#### □ **Hochwasserschutz in der Bauleitplanung**

*Das Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen (OVG NRW) hat in einem Urteil vom 06.10.2016 – 2 D 62/14.NE – über den Hochwasserschutz in der Bauleitplanung entschieden. Das Urteil ist in einem Normenkontrollverfahren gegen einen gemeindlichen Bebauungsplan mit der Festsetzung eines allgemeinen Wohngebiets ergangen. Es verdeutlicht die strengen Anforderungen, aber auch die rechtspraktischen Grenzen des Hochwasserschutzes gem. den §§ 76 ff. Wasserhaushaltsgesetz (WHG) und dem bauplanungsrechtlichen Abwägungsgebot (§ 1 Abs. 7 Baugesetzbuch – BauGB). Die Aussagen des OVG NRW zeichnen sich durch eine bemerkenswert pragmatische Haltung aus.*

In dem zugrunde liegenden Normenkontrollverfahren wandten sich die Antragsteller gegen einen Bebauungsplan, der am Rand eines Lippe-Zuflusses ein bis an ihre Grundstücksgrenze reichendes allgemeines Wohngebiet festsetzt. Das Plangebiet grenzt an ein im Jahr 2012 vorläufig gesichertes Überschwemmungsgebiet der Lippe und ihres Zuflusses; zuvor war das Plangebiet im Jahr 1999 als Teil eines festgesetzten Überschwemmungsgebiets ausgewiesen worden. Die Antragsteller wandten als Nachbarn gegen den Bebauungsplan ein, dieser missachte die Belange des Hochwasserschutzes. Die im Plangebiet ermöglichte Bebauung verstärkte die tatsächlichen Hochwassergefahren; diese würden in den vorliegenden Gutachten unterschätzt.

Das OVG NRW hat den Normenkontrollantrag als zulässig angesehen, aber als unbegründet abgewiesen.

Die Zulässigkeit des Antrags hängt vor allem von der Antragsbefugnis der Antragsteller ab. Den Normenkontrollantrag kann nach § 47 Abs. 2 Satz 1 der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) jede natürliche oder juristische Person stellen, die

geltend macht, durch die angegriffene Rechtsvorschrift oder deren Anwendung in ihren Rechten verletzt zu sein oder in absehbarer Zeit verletzt zu werden. Die Antragsbefugnis setzt hiernach voraus, dass der Antragsteller durch die zu kontrollierende Rechtsvorschrift oder deren Anwendung „negativ, d.h. verletzend, in einem Interesse betroffen wird bzw. in absehbarer Zeit betroffen werden kann, das bei der Entscheidung über den Erlass oder den Inhalt dieser Rechtsvorschrift als privates Interesse des Antragstellers (oder eines Rechtsvorgängers) berücksichtigt werden musste“ (Bundesverwaltungsgericht – BVerwG, Urteil vom 09.11.1979 – 4 N 1.78, 2-4.79; ständige Rechtsprechung). Mithin kommt es für die Begründung der Antragsbefugnis darauf an, dass die in Frage stehende Rechtsvorschrift nicht nur den Interessen der Allgemeinheit, sondern – zumindest auch – den Individualinteressen Einzelner so zu dienen bestimmt ist, dass diese die Einhaltung der Vorschrift beanspruchen können.

Ob die gesetzlichen Spezialvorschriften des Hochwasserschutzes für festgesetzte oder vorläufig gesicherte Überschwemmungsgebiete (§ 78 WHG) individual-schützenden Charakter haben und demgemäß die Klage- oder Antragsbefugnis von Nachbarn begründen können, ist umstritten. Bisher haben die Verwaltungsgerichte den individual-schützenden Charakter der Hochwasserschutzvorschriften teils bejaht (so OVG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 19.06.2007 – 1 B 10321/07 – und Urteil vom 02.03.2010 – 1 A 10176/09.OVG; für das hochwasserrechtliche Rücksichtnahmegebot auch OVG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 18.05.2015 – 2 M 33/15), teils verneint (so Sächsisches OVG, Urteil vom 09.06.2011 – 1 A 504/09) und teils offengelassen (so Niedersächsisches OVG, Beschluss vom 11.03.2010 – 13 MN 115/09; Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, Beschluss vom 13.09.2013 – 5 S 2037/13). Das OVG NRW hat bisher nur in dem Sonderfall eines Wasserverbandes, der durch eine gemeindliche Einbeziehungssatzung nach § 34 Abs. 4 Satz 1 Nr. 3 BauGB in seiner Aufgabenstellung betref-

fen war, dem Verband die Antragsbefugnis nach § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO für ein Normenkontrollverfahren zuerkannt (OVG NRW, Urteil vom 17.04.2009 – 10 B 459/09).

In diesem Zusammenhang betrachtet, verdient Beachtung, dass das OVG NRW in dem neuen Urteil vom 06.10.2016 – 2 D 62/14.NE – die Antragsbefugnis der Nachbarn nicht auf die Hochwasserschutzvorschriften des § 78 WHG, sondern auf das allgemeine bauplanungsrechtliche Abwägungsgebot (§ 1 Abs. 7 BauGB) gestützt hat. Nach dem Vorbringen der Antragsteller erscheine – so das OVG NRW – eine Verletzung ihres subjektiven Rechts auf fehlerfreie Berücksichtigung ihrer privaten Belange im Rahmen der Abwägungsentscheidung „zumindest nicht als von vornherein ausgeschlossen“. Dafür lässt das OVG NRW das Vorbringen der Antragsteller ausreichen, dass „infolge einer Bebauung im Plangebiet eine Überflutung ihres Grundstücks ernsthaft in Betracht komme, zumindest eine solche Gefährdung messbar erhöht werde“.

Damit ist das OVG NRW nicht etwa einer Entscheidung über den individual- bzw. nachbarschützenden Charakter der Hochwasserschutzvorschriften des § 78 WHG ausgewichen. Vielmehr sind in einem Plangebiet, das – wie die hier relevante Fläche – nicht in ein festgesetztes oder vorläufig gesichertes Überschwemmungsgebiet nach § 76 Abs. 2 oder 3 WHG fällt, sondern an ein solches Gebiet lediglich angrenzt, die Hochwasserschutzvorschriften des § 78 WHG nicht anwendbar. Wasserrechtlich kann hier allenfalls das Gebot, frühere Überschwemmungsgebiete als Rückhalteflächen wiederherzustellen (§ 77 Satz 2 WHG), in Betracht gezogen werden. Das OVG NRW hat indessen in dem Urteil vom 06.10.2016 dem Hochwasserschutz in der Bauleitplanung aus prozessualer und subjektiv-rechtlicher Perspektive Rechnung getragen, indem es das allgemeine bauplanungsrechtliche Abwägungsgebot (§ 1 Abs. 7 BauGB) herangezogen hat.

Dafür, dass das OVG NRW den Normenkontrollantrag dennoch für unbegründet erachtet und abgewiesen hat, sind vor allem materiellrechtliche Gründe ausschlaggebend. Formellrechtlich hat das OVG im gegebenen Fall die gebotene Bestimmtheit der planerischen Festsetzungen (wie derjenigen der Gebäudehöhen) als unproblematisch angesehen. Normalerweise reicht es aus, dass eine solche Festsetzung „bei der Plananwendung nach den Verhältnissen des Einzelfalles absehbar praktikabel ist“ (Leitsatz 1 des OVG-Urteils vom 06.10.2016).

Materiellrechtlich hat das OVG NRW den angegriffenen Bebauungsplan von der Gesamtkonzeption her als städtebaulich erforderlich und gerechtfertigt im Sinne von § 1 Abs. 3 Satz 1 BauGB angesehen. Die Gemeinde verfolgte hiermit – so das OVG – das legitime Ziel der angemessenen baulichen Entwicklung ihrer Ortsteile, insbesondere der Schaffung eines neuen Baugebiets für die ortsansässige Bevölkerung. Daneben diente der Bebauungsplan dem ebenfalls legitimen Ziel, die Renaturierung von Gewässern im Plangebiet abzusichern und die Entwässerungsstrukturen und die Hochwassersituation im Gemeindegebiet zu verbessern.

Am Abwägungsgebot des § 1 Abs. 7 BauGB gemessen, wies der angegriffene Bebauungsplan nach dem Urteil des OVG NRW auch keinen Abwägungsfehler auf. Bei der Festsetzung eines allgemeinen Wohngebiets, das an ein festgesetztes oder vorläufig gesichertes Überschwemmungsgebiet angrenzt, bedürfen – so das OVG – die gegen die Ausweisung einer Wohnbebauung streitenden Hochwassergefahren einer sorgfältigen Ermittlung und Bewertung. Einen Grundsatz, dass in solchen Gebieten keine Wohnbebauung geplant werden dürfe, gibt es aber nach der Erkenntnis des OVG auch dann nicht, wenn das Plangebiet früher als Überschwemmungsgebiet gesichert war (Leitsatz 2 des OVG-Urteils vom 06.10.2016).

Bei der Ermittlung und Bewertung der Hochwassergefahren darf sich die Ge-

meinde – so das OVG – regelmäßig an der nachvollziehbaren Einschätzung der für die Festsetzung und vorläufige Sicherung von Überschwemmungsgebieten zuständigen oberen Wasserbehörde (in Nordrhein-Westfalen: der Bezirksregierung) orientieren. Grundsätzlich darf sie sich auch im Rahmen der Bauleitplanung auf die fachlichen Einschätzungen einer außerhalb des Planungsverfahrens stehenden Fachbehörde verlassen und auf dieser Basis ihre planerischen Entscheidungen treffen (Leitsatz 3 des OVG-Urteils vom 06.10.2016).

In dem vom OVG NRW entschiedenen Fall durfte die Gemeinde somit rechtsfehlerfrei zugrunde legen, dass seitens der zuständigen Bezirksregierung das Plangebiet nicht (mehr) als Überschwemmungsgebiet vorläufig gesichert (oder gar festgesetzt) war. Die wasserbehördliche Neubewertung und Vorentscheidung hatte zur Folge, dass das Bauplanungs- und Bauverbot nach § 78 WHG (dazu BVerwG, Urteil vom 03.06.2014 – 4 CN 6.12 – und Beschluss vom 22.05.2014 – 4 BN 2.14) im entschiedenen Fall nicht griff. Damit rückt die wasserbehördliche Neubewertung aufgrund der aktualisierten Erkenntnisse (insbesondere genauerer Vermessungsmethoden) und der zwischenzeitlich durchgeführten Maßnahmen (wie der Renaturierung der Auen am Oberlauf der Lippe) in das Zentrum der administrativen Sachentscheidung. Nach der Erkenntnis des OVG NRW ist auch bei der Planung in einem hochwassergefährdeten Gebiet eine naturschutzfachliche Einschätzungsprerogative dergestalt anzunehmen, dass es dem Plangeber bzw. dem von ihm beauftragten Gutachter obliegt, eine fachlich anerkannte Bewertungsmethode zu wählen. Dass es andere denkbare Begutachtungsmöglichkeiten gibt, führt nicht zur Unverwertbarkeit der so erstellten Begutachtung und der hierauf gegründeten Einschätzung (Leitsatz 4 des OVG-Urteils vom 06.10.2016).

Hieraus folgt eine wichtige Reduzierung der gerichtlichen Kontrolldichte. Das OVG NRW nimmt sich insofern *expressis verbis*

zurück: Kommen die Fachbehörde und der gemeindliche Gutachter aufgrund unterschiedlicher Berechnungsgrundlagen und -methoden zur gleichen Abgrenzung eines Überschwemmungsgebiets, ist eine hierauf gestützte Planung gerichtlich regelmäßig nicht zu beanstanden (Leitsatz 5 des OVG-Urteils vom 06.10.2016).

Zieht man ein Fazit, so zeigt das Urteil des OVG NRW, dass der Hochwasserschutz in der Bauleitplanung eine herausragende Bedeutung hat. Dies gilt nicht nur im Bereich festgesetzter oder vorläufig gesicherter Überschwemmungsgebiete, sondern auch für angrenzende Gebiete. Die Praxis der Bauleitplanung ist gut beraten, wenn sie die komplexe Problematik des Hochwasserschutzes einer transparenten, fallorientierten und nachvollziehbaren Abwägung zuführt, die der gerichtlichen Kontrolle standzuhalten vermag.

- **Keine Beschaffenheitsvereinbarung von Eigenschaften eines Grundstücks durch vorvertragliche Beschreibungen, wenn diese keinen Niederschlag in der notariellen Urkunde gefunden haben**

*Der Bundesgerichtshof (BGH) hat mit Urteil vom 06.11.2015 – V ZR 78/14 – entschieden, dass eine Beschreibung von Eigenschaften eines Grundstücks oder Gebäudes vor Vertragsschluss durch den Verkäufer, die in der notariellen Urkunde keinen Niederschlag gefunden hat, in aller Regel nicht zu einer Beschaffenheitsvereinbarung nach § 434 Abs. 1 Satz 1 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) führt.*

Die Beklagten verkauften ein mit einem Gebäude bebautes Grundstück an die Kläger und schlossen im Kaufvertrag Rechte wegen Sachmängeln aus. In einem Exposé und auf ihrer Internetseite hatten die Verkäufer vor dem Verkauf eine „ca. Fläche“ bezüglich der Gebäudeflächen angegeben. Den Käufern händigten sie vor Vertragsschluss Grundrisszeichnungen der Geschosse mit Angaben der Flächenmaße aus. Unter Zugrundlegung bestimmter Berechnungsgrundlagen ermittelten die Käufer nach Vertragsschluss eine geringere tatsächliche Gesamtfläche. Hierin sahen die Käufer einen Sachmangel und erklärten deshalb eine Kaufpreisminderung. Da die Verkäufer in der Flächenabweichung keinen Sachmangel sahen, verweigerten sie die von den Käufern begehrte Rückzahlung des geminderten Kaufpreises, weshalb die Käufer die Verkäufer sodann (u.a.) auf diese Rückzahlung verklagten.

In dem notariellen Kaufvertrag war ein allgemeiner Gewährleistungsausschluss enthalten. Eine Gewährleistungshaftung der Verkäufer kommt aber trotzdem in Betracht, wenn eine bestimmte Fläche als Beschaffenheit vereinbart worden ist. Dabei setzt eine Beschaffenheitsvereinbarung keine ausdrückliche Vereinbarung voraus, sondern kann sich auch aus den Umständen stillschweigend ergeben. Im

Falle einer Beschaffenheitsvereinbarung kann sich der Verkäufer nicht auf einen allgemeinen Haftungsausschluss im Vertrag berufen. Dies gilt nach der Rechtsprechung des BGH's auch dann, wenn eine bestimmte Beschaffenheit der Kaufsache nicht ausdrücklich, sondern „nur“ stillschweigend vereinbart worden ist.

Da eine ausdrückliche Beschaffenheit bezüglich der Fläche nicht vereinbart worden war, war im Streitfall entscheidend, ob und wenn ja unter welchen Voraussetzungen bei beurkundungsbedürftigen Verträgen durch Äußerungen des Verkäufers vor Vertragsschluss eine Beschaffenheitsvereinbarung zustande kommt, wenn die Angaben des Verkäufers in der notariellen Urkunde keinen Niederschlag gefunden haben.

Diese Frage war in der Rechtsprechung mehrerer Oberlandesgerichte bislang unterschiedlich beantwortet worden. Der BGH hat die Frage nunmehr wie folgt entschieden: Bei Rechtsgeschäften, die der notariellen Beurkundung bedürfen, führt eine Beschreibung von Eigenschaften des Grundstücks oder Gebäudes durch den Verkäufer vor Vertragsschluss, die in der notariellen Urkunde keinen Niederschlag gefunden hat, in aller Regel nicht zu einer Beschaffenheitsvereinbarung. Der Käufer könne nicht davon ausgehen, dass der Verkäufer mit ihm eine bestimmte Beschaffenheit des Grundstücks oder Gebäudes – mit der Folge einer nicht ausschließbaren Haftung – vereinbaren wolle, wenn die geschuldete Beschaffenheit im Kaufvertrag nicht erwähnt werde.

Eine solche Auslegung gebiete auch der Auslegungsgrundsatz, nach dem im Zweifel derjenigen Auslegung der Vorzug gebührt, die die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts vermeidet. Die Nichtbeurkundung einer Beschaffenheitsvereinbarung hätte jedoch die Nichtigkeit des Vertrags nach § 125 Satz 1 BGB zur Folge. Auch die Möglichkeit der Heilung der Formnichtigkeit nach § 311 b Abs. 1 Satz 2 BGB stelle diesen Grundsatz nicht in Frage.

Auf dieser Grundlage gelangte der BGH zu dem Ergebnis, dass über die Fläche im Streitfall keine Beschaffenheitsvereinbarung getroffen worden war, da diese im notariellen Kaufvertrag keinen Niederschlag gefunden hatte.

Ohne entsprechende Beschaffenheitsvereinbarung stellt eine Flächenabweichung keinen Sachmangel dar, für den der Verkäufer gewährleistungsrechtlich haften muss. Eine Haftung des Verkäufers für die Flächenabweichung wäre daher nur dann – unter dem Gesichtspunkt der Haftung für vorvertragliches Verschulden – möglich gewesen, wenn die Verkäufer den Käufern vor Vertragsschluss vorsätzlich falsche Angaben über die Fläche gemacht hätten. Nicht ausreichend für vorsätzliches Verhalten ist es nach der Rechtsprechung des BGH's, wenn der Verkäufer die relevanten Umstände hätte kennen können oder gar kennen müssen. Erforderlich für ein vorsätzliches Handeln ist vielmehr der Nachweis, dass der Verkäufer die Information in Kenntnis ihrer Falschheit gegeben hat. Dieser Nachweis ist im Allgemeinen sehr schwer zu führen, und konnte von den Käufern auch in dem vom BGH entschiedenen Fall nicht geführt werden.

Konsequenz der Entscheidung des BGH's ist aus der Sicht potentieller Immobilienerwerber, dass bei der Ausgestaltung des Immobilienkaufvertrags sehr genau darauf geachtet werden muss, wie die Vertragsbedingungen formuliert sind. Wichtig ist dabei insbesondere, dass Verkäuferangaben, die dem Käufer in dem Sinne wichtig sind, dass den Verkäufer im Falle ihrer Unrichtigkeit eine Haftung treffen soll, in den Kaufvertrag aufgenommen werden, und zwar so, dass sie eine Beschaffenheitsvereinbarung oder sogar Garantie des Verkäufers begründen.



□ **Neue Verfahrensordnung für die Vergabe öffentlicher Liefer- und Dienstleistungsaufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte**

Am 07.02.2017 wurde die neue Verfahrensordnung für die Vergabe öffentlicher Liefer- und Dienstleistungsaufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte (Unterschwellenvergabeordnung – UVgO) im Bundesanzeiger bekannt gemacht. Durch die UVgO soll für die Unterschwellenvergabe der erste Abschnitt der VOL/A abgelöst werden. Voraussetzung für das Inkrafttreten der UVgO ist jedoch nicht allein deren Bekanntmachung im Bundesanzeiger. Vielmehr ist es erforderlich, dass die bundes- und landeshaushaltsrechtlichen Regelungen novelliert werden und dabei konkret auf die UVgO Bezug nehmen. Insofern bedarf es noch einer Neufassung der allgemeinen Verwaltungsvorschriften, insbesondere zu § 55 der Bundeshaushaltsordnung bzw. der entsprechenden Regelungen in den landesrechtlichen Haushaltsordnungen.

Formal ist festzustellen, dass sich die UVgO strukturell an der Novellierung des Vergaberechts für öffentliche Aufträge oberhalb der EU-Schwellenwerte orientiert. Sie ist insofern vergleichbar der Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (VgV) aufgebaut.

Dies setzt sich mit Blick auf die Regelungsinhalte fort. Erstmals wurde etwa eine Regelung zur Einführung der elektronischen Kommunikation im Vergabeverfahren aufgenommen. Nach dieser ist grundsätzlich eine elektronische Vergabe durchzuführen, deren verbindliche Einführung zeitlich gestaffelt ist. Gemäß § 38 Abs. 2 UVgO hat der Auftraggeber ab dem 01.01.2019 die Einreichung von Angeboten mit Hilfe elektronischer Mittel zu akzeptieren. Ab dem 01.01.2020 ist die elektronische Vergabe verbindlich, sodass Angebote mit elektronischen Mitteln einzureichen sind, § 38 Abs. 3 UVgO. Etwaige Ausnahmen davon sind insbesondere an die Geringfügigkeit des Auftragswertes

geknüpft. Ferner wird als Regelverfahren gemäß § 8 Abs. 2 UVgO – korrespondierend zum Oberschwellenbereich – neben der öffentlichen Ausschreibung die beschränkte Ausschreibung mit Teilnahmebewerb vorgegeben. Ebenfalls neu ist die in § 24 UVgO geregelte ausdrückliche Zulassung der Forderung von Gütezeichen zur Nachweisführung.

Ergänzend sind auch Regelungen bezogen auf die Auftragsdurchführung aufgenommen worden. Diese betreffen insbesondere den Fall der Auftragsänderung.

Erstmals eigenständig für den Unterschwellenbereich sind im Abschnitt 3 der UVgO Bedingungen für die Vergabe von Aufträgen für besondere Leistungen, insbesondere solche des sozialen Bereichs, als auch für Planungswettbewerbe vorgegeben worden.

Es bleibt nunmehr abzuwarten, bis wann die verwaltungsrechtlichen Vorgaben zum Bundeshaushaltsrecht und die landeshaushaltsrechtlichen Bestimmungen unter Verweisung auf die neue UVgO angepasst werden. Zu diesem Zeitpunkt tritt die UVgO in Kraft.

□ **Entwurf eines Gesetzes zur Einführung eines Wettbewerbsregisters**

In Fachkreisen lange diskutiert und in einzelnen Bundesländern auch bereits eingeführt, wurde nunmehr durch das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie der Entwurf eines Gesetzes zur Einführung eines bundesweiten und damit einheitlichen Wettbewerbsregisters veröffentlicht. Der Entwurf nimmt Bezug auf die Novellierung des Vergaberechts im April 2016, welche die Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität als wesentliches Ziel verfolgte. Zur Förderung dieses Ziels und zur Vereinfachung der Umsetzung diesbezüglicher vergaberechtlicher Maßnahmen ist der vorerwähnte Gesetzesentwurf erarbeitet worden. Durch die Bereitstellung von umfassenden Informationen soll es den öffentlichen Auftraggebern und Konzessionsgebern erleichtert werden, zu prüfen, ob bei einem Bieter Ausschlussgründe vorliegen. In diesem Zusammenhang wird die Einführung eines bundesweiten Korruptionsregisters befürwortet, um insofern eine einheitliche Handhabung zu gewährleisten.

Auf der Grundlage dieses Gesetzes wird auf Bundesebene ein Register zum Schutz des Wettbewerbes und öffentlicher Aufträge und Konzessionen eingerichtet. In das Register werden Unternehmen eingetragen, zu denen Erkenntnisse über ihnen zuzurechnende Straftaten oder andere schwerwiegende Rechtsverstöße, die Gründe für einen Ausschluss von der Teilnahme am Vergabeverfahren darstellen, vorliegen. Erfasst sind nur konkret und abschließend geregelte Straftatbestände und Ordnungswidrigkeiten. Maßgebend ist, dass diese Taten dem betreffenden Unternehmen zurechenbar sind. Die Registrierung erfolgt auf der Grundlage von übermittelten Erkenntnissen durch Strafverfolgungsbehörden sowie Bundes- oder Länderbehörden, die zuständig für die Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten sind.

Welche Inhalte die Eintragung in das Register aufweisen muss, ist ebenfalls entsprechend konkret geregelt. Gleichzeitig werden gesetzlich auch die Mitteilungspflichten der Strafverfolgungs- und Ordnungswidrigkeitsbehörden an die Registerstelle festgelegt.

Überdies sollen die öffentlichen Auftraggeber daran gebunden sein, ab einem Auftragswert von 30.000 Euro vor Erteilung des Zuschlages eine Abfrage des Wettbewerbsregisters vorzunehmen.

Letztlich ist die Eintragung zeitlich begrenzt. Vorgesehen ist, dass Eintragungen über strafrechtliche Verurteilungen, Strafbefehle und Bußgeldentscheidungen erst nach Ablauf von fünf Jahren ab dem Tag der Rechts- oder Bestandskraft der Entscheidung gelöscht werden. Sonstige Eintragungen sind nach Ablauf von drei Jahren zu löschen. Für den Fall der Selbstreinigung ist überdies eine vorzeitige Löschungsmöglichkeit gegeben. Auch in diesem Punkt zeigt sich die Kongruenz mit der Neufassung des Vergaberechts. Insbesondere durch die Schaffung einer vorzeitigen Löschungsmöglichkeit aufgrund von Selbstreinigungsmaßnahmen wird der Einklang mit dem Vergaberecht hergestellt.

Das betroffene Unternehmen wird vor Eintragung in das Register angehört und kann eine schlüssige Gegenstellungnahme gegen die vorgesehene Eintragung abgeben. Letztere wird dann mit einem Sperrvermerk versehen, der auch dem öffentlichen Auftraggeber im Falle der Abfrage des Registers mitzuteilen ist. Im Übrigen ist nicht erkennbar, welche Wirkung dem Sperrvermerk überdies zukommen soll.

Gegen die Eintragung steht aufgrund einer abdrängenden Rechtswegzuweisung der Sonderrechtsweg an das gemäß § 171 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für Vergabesachen zuständige Oberlandesgericht offen.

Der Entwurf des Gesetzes wurde zwischenzeitlich dem Bundesrat zur Stellung-

nahme vorgelegt und vom Bundestag in der dritten Beratung am 01.06.2017 angenommen. Dabei wurden insbesondere ergänzend Regelungen aufgenommen, wonach Unternehmen, die in das Wettbewerbsregister eingetragen sind oder von einer geplanten Eintragung betroffen sind, zur Geltendmachung oder Verteidigung ihrer rechtlichen Interessen im Hinblick auf die Eintragung verlangen können, dass einem bevollmächtigten Rechtsanwalt unbeschränkte Akteneinsicht gewährt wird.

Es bleibt nach Inkrafttreten der abschließenden Gesetzesfassung abzuwarten, wie die Beteiligten von Vergabeverfahren mit dieser neuen Hürde umgehen werden. In jedem Fall wird damit im Rahmen des Ablaufes eines Vergabeverfahrens ein zusätzlicher Zwischenschritt geschaffen, welcher zwar als Schritt zur Korruptionsbekämpfung durchaus als sachdienlich zu werten ist, der aber gleichzeitig neues Konfliktpotential bietet. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass es nach wie vor dabei bleibt, dem Auftraggeber bezüglich der Entscheidung über die Eignung eingetragener Bieter einen Ermessensspielraum zu belassen. Insoweit verweist der Gesetzesentwurf in § 6 Abs. 4 darauf, dass der öffentliche Auftraggeber nach Maßgabe der vergaberechtlichen Vorschriften in eigener Verantwortung über den Ausschluss eines Unternehmens von der Teilnahme am Vergabeverfahren entscheidet.

#### □ **Führender Umweltrechtler verstärkt Köhler & Klett**

Der bekannte Staats- und Verwaltungsrechtler Prof. Dr. Michael Kloepfer verstärkt seit Juni 2017 das Berliner Büro der Sozietät Köhler & Klett. Kloepfer zählt bundesweit zu den führenden Experten im Umweltrecht.

Kloepfer wird regelmäßig als Experte und Gutachter in nahezu allen Bereichen des Umweltrechts, des Technikrechts, aber auch des Verfassungsrechts und des Finanzrechts hinzugezogen. Zudem beriet er zahlreiche Ministerien, Parlamente, Unternehmen und Verbände. Er wird die Sozietät durch eigene Mandate, seine langjährige Erfahrung sowie Kontakte zu Ministerien, Parlamenten, Wirtschaftsverbänden und Unternehmen unterstützen.

□ **Aktuelle Veröffentlichungen**

Dr. Anno Oexle  
Das Kreislaufwirtschaftspaket der EU-Kommission  
in: Flamme, Gellenbeck, Rotter, Kranert, Nelles, Quicker (Hrsg.), Münsteraner Schriften zur Abfallwirtschaft, Band 17, S. 49 ff.

Prof. Dr. Rüdiger Breuer  
Entschädigung bei räumlichen Umplanungen  
in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2017, S. 657 – 664

Prof. Dr. Rüdiger Breuer  
Bodenrechtliche Betrachtung  
in: Staatslexikon der Görres-Gesellschaft, 1. Band, 8. Auflage 2017, Spalten 768 – 774

Prof. Dr. Wolfgang Klett  
POP-haltige Abfälle in der Entsorgungsfalle? Plädoyer für einen langfristigen rechtlichen Lösungsansatz  
in: Abbruch aktuell 2/2017, S. 47

□ **Aktuelle Veranstaltungen**  
– Auswahl –

**12.09.2017**  
Entsorgungsverträge sicher gestalten  
Referent: Dr. Anno Oexle  
veranstaltet durch den BDE Bundesverband der Deutschen Entsorgungs-, Wasser- und Rohstoffwirtschaft e.V. in Köln

**14.09.2017**  
Novelle der Gewerbeabfallverordnung  
Referent: Dr. Anno Oexle  
veranstaltet durch die IHK Duisburg

**18.09.2017**  
Abfallrecht aktuell  
Referent: Dr. Anno Oexle  
veranstaltet durch den BDE Bundesverband der Deutschen Entsorgungs-, Wasser- und Rohstoffwirtschaft e.V. in Berlin

**19.09.2017**  
Update Immissionsschutzrecht  
Referenten: Dr. Anno Oexle und Dr. Rainer Geesmann  
veranstaltet durch den BDE Bundesverband der Deutschen Entsorgungs-, Wasser- und Rohstoffwirtschaft e.V. in Berlin

**29.09.2017**  
BGRB Baustoff-Recycling-Symposium 2017  
Referent: Prof. Dr. Wolfgang Klett  
zu dem Thema: 18. Legislaturperiode mit oder ohne MantelV – wie soll es weiter gehen?  
veranstaltet durch die Bundesgütegemeinschaft Recycling Baustoffe e. V. in Potsdam

---

**Autoren dieses Newsletters sind:**

*Büro Köln*

Rechtsanwalt Prof. Dr. W. Klett  
Rechtsanwalt Dr. D. R. Lück  
Rechtsanwalt Dr. A. de Diego  
Rechtsanwalt Dr. R. Geesmann  
Rechtsanwalt Prof. Dr. R. Breuer  
Rechtsanwältin C. Radeloff  
Rechtsanwältin S. Johlen  
Rechtsanwalt T. Lammers  
Rechtsanwalt P. Kern