

Newsletter

Umwelt □ Technik □ Vergabe

Sechsendvierzigste Ausgabe, September 2018

Seite

□ Gewerbliche Sammlung: Sperrmüllentscheidung bringt Klarstellungen.....	1
□ Baggersortierung 2019	4
□ Zur Abfalleigenschaft von Klärschlamm	5
□ CDNI-Entladebescheinigung	9
□ Verwaltungsgerichte entscheiden über die Durchführung eines Entsorgungsvertrags	10
□ TA Luft auf der Zielgeraden	11
□ Aufhebung von Vorhabenzulassungen wegen Verstößen gegen das UVPG – zur Anwendung des § 4 UmwRG („Verfahrensfehler“).....	12
□ Keine Beiladung einer Umwelt- und Naturschutzvereinigung bei abgelehnter Anlagengenehmigung	14
□ Erleichterte Nutzungsänderungen im Außenbereich.....	17
□ Rechtsprechungsänderung des BGH zur Geltendmachung fiktiver Baumängelbeseitigungskosten	18
□ Kein Ausschluss bei fehlerhafter Bekanntmachung von Eignungskriterien	20
□ Köhler & Klett verstärkt sich im Stoff- und Chemikalienrecht.....	21
□ Auszeichnungen	22
□ Aktuelle Veröffentlichungen.....	22
□ Aktuelle Veranstaltungen.....	23
□ save the date.....	23

□ **Gewerbliche Sammlung: Sperrmüllentscheidung bringt Klarstellungen**

Wie bereits im Köhler & Klett-Newsletter 01/2018 (S. 1) berichtet, hat das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) in zwei Urteilen vom 23.02.2018 (7 C 9.16 und 7 C 10.16) entschieden, dass Sperrmüll kein gemischter Abfall im Sinne des § 17 Abs. 2 Satz 2 Kreislaufwirtschaftsgesetz (KrWG) ist; er darf daher unter den allgemeinen Voraussetzungen auch gewerblich gesammelt werden. Nunmehr liegt die schriftliche Begründung der Urteile vor. Dabei zeigt sich, dass das BVerwG nicht nur zum Inhalt von § 17 Abs. 2 Satz 2 KrWG Stellung genommen, sondern auch seine bisherige Rechtsprechung zu den allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen für gewerbliche Sammlungen in einigen wesentlichen Punkten präzisiert und ergänzt hat. In dieser Hinsicht sind die Entscheidungen über die Thematik der Sperrmüllsammlungen hinaus von Interesse.

Der erste Teil der Entscheidungen betrifft die Frage, ob Sperrmüll (Abfallschlüssel 20 03 07) unter den Begriff der gemischten Abfälle im Sinne von § 17 Abs. 2 Satz 2 KrWG fällt und einer gewerblichen Sammlung damit von vornherein entzogen ist. Dies hatte das OVG Münster (OVG) in der Vorinstanz angenommen und die Klage gegen eine entsprechende Untersagung ohne Prüfung der Anforderungen des § 17 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 KrWG (ordnungsgemäße und schadlose Verwertung; kein Entgegenstehen überwiegender öffentlicher Interessen) abgewiesen. Dem hat das BVerwG nunmehr widersprochen und der Revision des klagenden Unternehmens stattgegeben.

Im Ergebnis folgt das BVerwG damit der schon bisher in der Rechtsprechung überwiegend vertretenen Auffassung, dass gemischte Abfälle nach § 17 Abs. 2 Satz 2 KrWG ausschließlich gemischte Siedlungsabfälle (AVV-Abfallschlüssel 20 03 01) sind. Dies ergibt sich nach Ansicht des Gerichts

zwar noch nicht aus dem Wortlaut der Regelung, den es als offen für verschiedene Auslegungsvarianten hält. Für die enge Auffassung, die Sperrmüll nicht in den Begriff der gemischten Abfälle einbezieht, sprechen nach Ansicht des BVerwG neben den Gesetzesmaterialien zum KrWG aber unionsrechtliche Argumente, und zwar sowohl auf der Ebene der EU-Sekundärrechts als auch auf der Ebene des EU-Primärrechts.

Sekundärrechtlich stellt das BVerwG – ebenso wie die Gesetzgebung – im ersten Schritt einen Zusammenhang zwischen § 17 Abs. 2 Satz 2 KrWG und Art. 16 Abfallrahmenrichtlinie (AbfRRL) her, weil es in § 17 Abs. 2 Satz 2 KrWG eine Regelung zur Verwirklichung der in Art. 16 AbfRRL normierten Grundsätze der Entsorgungsautarkie und Nähe sieht. Art. 16 AbfRRL sei, so das BVerwG weiter, nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) stets gemeinsam mit den Bestimmungen der europäischen Abfallverbringungsverordnung (VVA) zu betrachten; zusammen bildeten diese Vorschriften den Rechtsrahmen für autarkie- und nahebezogene Verbringungsbeschränkungen. Auf diese Weise bezieht das BVerwG im zweiten Schritt auch die VVA mit in die sekundärrechtliche Betrachtung ein. Der mit Art. 16 AbfRRL korrespondierende Art. 3 Abs. 5 VVA ist jedoch durch einen Klammerzusatz ausdrücklich auf gewerbliche Siedlungsabfälle mit dem Abfallschlüssel 20 03 01 beschränkt. Dies spricht nach Ansicht des BVerwG für ein entsprechend enger Verständnis von § 17 Abs. 2 Satz 2 KrWG.

Dieses hält das BVerwG jedenfalls im Hinblick auf die unionsprimärrechtlich garantierte Warenverkehrsfreiheit für geboten. Beschränkungen der Warenverkehrsfreiheit durch Überlassungspflichten könnten nur nach Art. 106 Abs. 2 AEUV gerechtfertigt werden. Überlassungspflichten für Abfälle zur Verwertung seien danach nur unter ganz engen Voraussetzungen zulässig. Dem entspräche eine zwingende Überlassungspflicht für Sperrmüll nicht, denn mit Blick auf den Schutzmechanis-

mus für das System des öRE nach § 17 Abs. 3 KrWG sei nicht erkennbar, dass der Kernbereich der Daseinsvorsorge zu wirtschaftlich ausgewogenen Bedingungen immer gefährdet wäre, wenn dem öRE Sperrmüll entzogen werde.

Da somit die Sperrmüllsammmlung der Klägerin nicht per se unzulässig ist, stellt sich die weitere Frage, ob die allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen einer gewerblichen Sammlung vorliegen. Da das OVG in der Vorinstanz aufgrund seines abweichenden Verständnisses von § 17 Abs. 2 Satz 2 KrWG den Sachverhalt insoweit nicht ausreichend aufgeklärt hat, konnte das BVerwG hierüber nicht selbst abschließend befinden und hat das Verfahren insoweit an das OVG zurückverwiesen.

Im zweiten Teil der Entscheidungen geht es um gewerbliche Sammlungen anderer Abfallfraktionen, welche die Klägerin gemeinsam mit ihrer Sperrmüllsammmlung anzeigt hatte. Auch diese Sammlungen waren von der zuständigen Behörde untersagt worden. Das OVG hatte die Untersagungsverfügungen insoweit aber aufgehoben, weil es die Sammlungen für rechtmäßig erachtete. Insbesondere lag nach Auffassung des OVG keine Gefährdung der Funktionsfähigkeit des öRE (§ 17 Abs. 3 KrWG) vor. Dies hat das BVerwG nunmehr im Ergebnis bestätigt. Dabei hat das BVerwG seine bisherige Rechtsprechung zu den maßgeblichen Regelungen präzisiert und ergänzt.

Das BVerwG geht zunächst auf die Regelung des § 17 Abs. 3 Satz 3 Nr. 1 KrWG ein. Nach dieser Vorschrift ist eine wesentliche Beeinträchtigung der Planungssicherheit und Organisationsverantwortung des öRE insbesondere anzunehmen, wenn durch eine gewerbliche Sammlung Abfälle erfasst werden, für die der öRE oder sein Drittbeauftragter eine haushaltsnahe oder sonstige hochwertige getrennte Erfassung und Verwertung der Abfälle durchführt. Bereits in seiner Grundsatzentscheidung vom 30.06.2016 (7 C 4.15, siehe dazu den Beitrag im Köhler & Klett-Newsletter 03/2016, S. 4 ff.) hatte das BVerwG ent-

schieden, dass die Regelung unionsrechtskonform als widerlegliche Vermutung auszulegen ist und für die Entscheidung über die Zulässigkeit eine sammelmengenbezogene Betrachtung unter Zugrundelegung einer sog. Irrelevanzschwelle für maßgeblich erachtet. Unklar war seither allerdings, inwieweit der Zeitpunkt, ab dem eine gewerbliche Sammlung durchgeführt wird, für deren Einbeziehung in die Feststellung der relevanten Sammelmengen von Bedeutung ist. Diese Frage war nunmehr entscheidungserheblich, weil es sich bei den fraglichen Sammlungen der Klägerin um Bestandssammlungen handelt, die bereits vor Inkrafttreten des KrWG durchgeführt wurden.

Der Beklagte hat im Verfahren insoweit die Auffassung vertreten, dass es bei der Abschätzung der Auswirkungen einer angezeigten Sammlung auf das System des öRE keine Rolle spielen könne, ob es sich um eine Bestandssammlung handele. Dem vermochte sich das BVerwG nicht anzuschließen. Die vom öRE vorgehaltene Entsorgungsstruktur kann nämlich nach Ansicht des höchsten deutschen Verwaltungsgerichts einen Schutz nur beanspruchen, wenn und soweit sie bedarfsgerecht auf die zu erwartende Sammelmenge zugeschnitten ist. Für die Frage einer Gefährdung der Funktionsfähigkeit im Sinne von § 17 Abs. 3 KrWG sei maßgeblich auf die Veränderung des Sammelsystems des öRE durch den Marktzutritt weiterer privater Sammler abzustellen. Darauf, welche Mengen zustande gekommen wären, wenn die bislang durchgeführten Sammlungen nicht stattgefunden hätten, kommt es nach Ansicht des Gerichts nicht an. Eine Bestandssammlung könne – so das BVerwG – keinen negativen Einfluss auf die Funktionsfähigkeit der Sammlung des öRE haben, weil sie nicht neu hinzutritt und sich dessen System hierauf bereits eingestellt hat.

Gewisse Unklarheiten verbleiben hinsichtlich der Frage, unter welchen Voraussetzungen eine bestehende gewerbliche Sammlung diesen Schutz von Bestandssammlungen für sich in Anspruch nehmen

kann. Insbesondere nimmt das BVerwG nicht zu der Frage Stellung, ob dies zwingend erfordert, dass die Sammlung bereits bei Inkrafttreten des KrWG am 01.06.2012 betrieben wurde. Diese Frage dürfte jedenfalls dann zu verneinen sein, wenn der öRE selbst seine haushaltsnahe oder sonst hochwertige Getrenntsammlung im Sinne von § 17 Abs. 3 Satz 3 Nr. 1 KrWG erst zu einem späteren Zeitpunkt eingeführt hat. Denn nimmt man die Aussage des BVerwG ernst, dass nur eine bedarfsgerecht zugeschnittene Sammlung den Schutz nach dieser Vorschrift genießt, muss der öRE seine Sammelstrukturen auf die bei Einführung seines Sammelsystems vorhandenen Marktverhältnisse einrichten; unterlässt er dies, können die zu diesem Zeitpunkt bereits tätigen gewerblichen Sammlungen nicht wegen vermeintlicher Gefährdung der Funktionsfähigkeit des öRE mit ordnungsrechtlichen Mitteln aus dem Markt gedrängt werden.

Auch eine Gefährdung der Gebührenstabilität im Sinne von § 17 Abs. 3 Satz 3 Nr. 2 KrWG durch die Sammlungen der Klägerin hat das BVerwG verneint. Wenngleich das BVerwG keine abschließende Aussage darüber getroffen hat, unter welchen Voraussetzungen eine solche Gefährdung vorliegt, hat es immerhin klargestellt, dass dies bei unveränderter Fortführung einer bereits bestehenden Sammlung in der Regel nicht der Fall ist. Auch wenn der gezielte Zugriff auf besonders lukrative Abfallfraktionen durch einen gewerblichen Sammler wesentliche Auswirkungen auf die Gebührenkalkulation des öRE und die Gebührenstabilität haben könne, müsse es – so das BVerwG – Anhaltspunkte dafür geben, dass eine konkret angezeigte Sammlung für die Gefährdung der Gebührenstabilität ursächlich sei. Dieser Ursachenzusammenhang zwischen der konkreten Sammlung und einer Gefährdung der Gebührenstabilität besteht nach Ansicht des BVerwG jedoch grundsätzlich nicht, wenn es sich um eine Bestandsammlung handelt, auf die das Sammelsystem des öRE bereits eingerichtet ist, so dass der öRE durch ihre Fortführung keine Sammelmengen verliert.

Schließlich konnte den Sammlungen der Klägerin nach Auffassung des BVerwG nicht entgegengehalten werden, dass durch sie eine Vergabe von Entsorgungsleistungen im Wettbewerb erheblich erschwert oder unterlaufen würde (§ 17 Abs. 3 Satz 3 Nr. 3 KrWG). Die beiden Tatbestände – Erschweren und Unterlaufen – unterscheiden sich insoweit, als sich das Erschweren auf die Durchführung künftiger Vergabeverfahren durch den öRE bezieht, während durch das Verbot des Unterlaufens gewissermaßen das Ergebnis des bereits durchgeführten Vergabeverfahrens gesichert werden soll. Gerade die letztgenannte Regelung wird häufig mit der Vorstellung verbunden, dass bei Durchführung eines Vergabeverfahrens durch den öRE der (ungeordnete) „Wettbewerb am Markt“ durch parallele Tätigkeit mehrerer Anbieter durch einen (geordneten) „Wettbewerb um den Markt“ ersetzt wird. Bei einer solchen Sichtweise muss es grundsätzlich bedenklich erscheinen, wenn ein Unternehmen, das an dem Wettbewerb um den Markt nicht teilgenommen hat oder in diesem unterlegen war, in Konkurrenz zu dem Gewinner des Vergabeverfahrens tritt und diesen damit zumindest teilweise um die Früchte seines Erfolges bringt. Dementsprechend hatte auch die Beklagte im Verfahren vor dem BVerwG einen absoluten Konkurrenzschutz für den Drittbeauftragten des öRE gefordert.

Dem hat das BVerwG eine erfreulich deutliche Absage erteilt. Danach erwirbt der vom Entsorgungsträger beauftragte Dritte keine monopolartige Stellung, die durch Untersagungsverfügungen gegen andere gewerbliche Sammler zu sichern ist. Dies gilt nach Ansicht des BVerwG jedenfalls so lange, wie dem beauftragten Dritten die Aufgabenerfüllung durch weitere Sammlungen nicht unmöglich gemacht wird. Damit hat das BVerwG im Ergebnis auch den Tatbestand des § 17 Abs. 3 Satz 3 Nr. 3 KrWG auf dasjenige beschränkt, was zum Schutz der Funktionsfähigkeit der öffentlichen Abfallentsorgung erforderlich ist. Dies war auch zur Vermeidung gravierender Wertungswidersprüche notwendig, da

ein öRE seinem Drittbeauftragten andernfalls einen Konkurrenzschutz vermitteln könnte, den der öRE selbst nicht genießt.

□ **Baggersortierung 2019**

Der folgende Beitrag beschäftigt sich mit den Folgen der neuen Gewerbeabfallverordnung (GewAbfV) für die in der Praxis vielfach anzutreffende Baggersortierung von Gewerbeabfallgemischen.

Die neue GewAbfV verpflichtet Erzeuger und Besitzer von gemischten Siedlungsabfällen sowie von überwiegend nicht mineralischen Gemischen aus bestimmten Bau- und Abbruchabfällen zur Vorbehandlung dieser Gemische. An die Vorbehandlung werden hohe Anforderungen gestellt. Insbesondere müssen die Vorbehandlungsanlagen ab dem 1.1.2019 anspruchsvolle Sortier- und Recyclingquoten erfüllen sowie die in der GewAbfV beschriebene technische Mindestausstattung vorhalten.

Eine Baggersortierung als alleinige Vorbehandlung ist danach nicht mehr zulässig. Zulässig ist sie indes nach wie vor im Zusammenwirken mit den anderen von der GewAbfV geforderten technischen Komponenten, da das vorgeschriebene „Aggregat zum Zerkleinern“ auch mobil betrieben werden kann.

Insoweit ist auch von Bedeutung, dass die GewAbfV nicht vorschreibt, dass eine Vorbehandlungsanlage zwingend über sämtliche der dort genannten technischen Komponenten verfügen muss. Vielmehr ist es ausreichend, wenn die Gemische mehreren hintereinander geschalteten Anlagen zugeführt werden, die bei einer Gesamtbetrachtung insgesamt über die geforderte Technik verfügen. Sollen die Gemische einer solchen – über mehrere Anlagen gestreckten – Vorbehandlungskaskade zugeführt werden, kann die Baggersortierung zulässigerweise die erste Stufe dieser Kaskade bilden. Sofern in die Kaskade Anlagen unterschiedlicher Betreiber eingebunden sind, ist durch Verträge zwischen den beteiligten Betreibern sicherzustellen, dass alle von der ersten (mobilen) Anlage zur Verwertung aussortierten Abfälle weiter-

behandelt und die Sortier- und Recyclingquoten insgesamt eingehalten werden.

□ **Zur Abfalleigenschaft von Klärschlamm**

Das Urteil des Oberverwaltungsgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen (OVG NRW) vom 13.09.2017 – 20 A 601/14 – setzt sich eingehend mit der Frage auseinander, unter welchen Voraussetzungen Klärschlamm, der seit langer Zeit in Schlammbecken einer Kläranlage lagert, als Abfall einzustufen ist. Dabei werden insbesondere die gesetzlichen Kriterien zur Abgrenzung zwischen dem Abfall- und dem Wasserrecht bei der Prüfung des entschiedenen Falls angewendet.

Bei der Klägerin handelt es sich um einen Wasserverband, zu dessen Aufgaben auch die Abwasserbeseitigung gehört. Er betreibt auf dem Gebiet der beklagten Stadt seit 1965 eine Kläranlage und dazugehörend Schlammplätze zur Austrocknung des Klärschlammes. Die Schlammplätze sind als Becken ausgebildet, bei denen die obere Bodenschicht abgeschoben worden war; die Umwallung der Becken wurde durch Bergematerial und Bodenaushub mit Bauschuttanteilen gebildet. In diese Becken wurde ausgefallener Klärschlamm mit einem Trockensubstanzgehalt von etwa 5% eingespült.

Die Kläranlage wurde 1999 stillgelegt. Daraufhin wurde die für die Einleitung des gereinigten Abwassers erteilte wasserrechtliche Erlaubnis aufgehoben.

Die Schlammplätze blieben in der Folgezeit unverändert. Insgesamt handelt es sich um sechs Schlammplätze: einer nördlich des Mühlenbachs (Schlammplatz 1), fünf südlich davon (Schlammplätze 2 bis 6). In den Schlammplätzen 1 und 2 reichte der Schlamm bis in das Grundwasser. An der Oberfläche war der Schlamm weitgehend entwässert und fest vererdet, begehbar, im tieferen Bereich war er pastös bis schlammig.

Im Jahr 2006 entwickelte die Klägerin die Vorstellung, die Schlammbecken dadurch zu sanieren, dass der in den Becken 1, 2

und 6 vorhandene Schlamm in die Becken 3, 4 und 5 verbracht und daraus ein Landschaftsbauwerk mit Oberflächenabdichtung erstellt werden sollte. Dafür sollte der nasse und pastöse Schlamm durch Zugabe von Klärschlammverbrennungasche stabilisiert werden.

Die Beklagte stufte den Klärschlamm der Becken 2 bis 6 als Abfall ein und hielt für den Klärschlamm des Beckens 1 das Bodenschutzrecht für anwendbar. Mit auf § 21 Abs. 1 KrW-/AbfG gestützter Ordnungsverfügung forderte die Beklagte die Klägerin im Jahr 2011 auf, den in den Schlammplätzen 2 bis 6 lagernden Klärschlamm innerhalb einer bestimmten Frist auszuheben und ordnungsgemäß zu entsorgen. Das Schlammbecken 1 sei vor Inkrafttreten des Abfallbeseitigungsgesetzes verfüllt gewesen. Es unterfalle daher dem Bodenschutzrecht. Dagegen sei auf den Klärschlamm der Becken 2 bis 6 das Abfallrecht anzuwenden. Der Klärschlamm in diesen Becken sei kein Abwasser mehr.

Die Klägerin hat die Ordnungsverfügung mit der Klage angefochten. In 2013 hatte die Klägerin die Errichtung eines Landschaftsbauwerks aus dem stabilisierten Klärschlamm und den Randwällen der Klärschlammbecken 1 bis 6 in Form einer Aufschüttung im Bereich der Becken 3, 4 und 5 beantragt. Wenige Monate später hat die Klägerin ihre Anfechtungsklage dahin erweitert, die Beklagte zur Entscheidung über diesen Antrag zu verpflichten und dies damit begründet, dass der Schlamm sich weiterhin in der Abwasseranlage befinde. Von Anfang habe sie den Klärschlamm endgültig in den Schlammbecken liegen lassen dürfen. Die Errichtung des Landschaftsbauwerks sei bodenschutzrechtlich zulässig. Die Schlammplätze seien Altablagerungen oder Altlasten. Der Schlamm könne als Boden umgelagert werden. Selbst wenn der Boden Abfall sei, könne er als Teil der Altlast in die Sanierung einbezogen werden. Der abfallrechtliche Anlagenzwang stehe einem solchen Vorhaben nicht entgegen. Insoweit könne eine Ausnahme

nach § 27 Abs. 2 KrW-/AbfG erteilt werden. Die Beklagte habe gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verstoßen, sie habe das Gefährdungspotential des Schlammes und die Kosten der Entsorgung nicht ermittelt.

Das Verwaltungsgericht hatte die Klage abgewiesen. Die hiergegen gerichtete Berufung blieb ohne Erfolg. Danach ist die mit der Klage angefochtene Ordnungsverfügung rechtmäßig und verletzt die Klägerin nicht in ihren Rechten.

§ 21 Abs. 1 KrW-/AbfG sei als Ermächtigungsgrundlage der Ordnungsverfügung anwendbar.

Dem stehe auch § 2 Abs. 2 Nr. 6 KrW-/AbfG nicht entgegen. Danach finden die Vorschriften des KrW-/AbfG keine Anwendung für Stoffe, sobald diese in Gewässer oder Abwasserbehandlungsanlagen eingeleitet oder eingebracht werden.

Diese Voraussetzungen seien bezogen auf den auszuhebenden und zu entsorgenden Klärschlamm in den Schlammplätzen 2 bis 6 nicht erfüllt. Der Klärschlamm sei zwar im Zuge der Abwasserbehandlung in der Kläranlage angefallen, so dass seine Bestandteile in die Kläranlage eingeleitet oder eingebracht worden seien. Auch seien sie zur Austrocknung in die Becken eingespült worden und befänden sich, abgesehen von der Minderung des Wassergehalts durch Versickerung oder Verdunstung, noch dort.

Jedoch weise der Klärschlamm den in § 2 Abs. 2 Nr. 6 KrW-/AbfG geforderten Bezug zu einem Gewässer oder einer Abwasseranlage seit langem nicht mehr auf. Nach ihrem Wortlaut lege diese Vorschrift ein zeitliches Kriterium für die Vorgänge des „Einleitens“ oder „Einbringens“ und mit den Begriffen „Gewässer“ und „Abwasseranlage“ einen räumlichen Bezug fest. Damit beziehe sich die Vorschrift hinsichtlich der Abwasserbeseitigung auch auf die Dauer des Ausschlusses der Geltung des Abfallrechts. Die Reichweite der Abwasserbeseitigung sei ihrerseits wasserrecht-

lich festgelegt. Unterliege danach der Stoff nicht mehr den wasserrechtlichen Anforderungen an die Abwasserbeseitigung, beurteile sich seine Entsorgung nach Abfallrecht. Klärschlamm, der nicht mehr Gegenstand der Abwasserbeseitigung ist, sei als Abfall aus Abwasserbehandlungsanlagen einzustufen. Der von der angefochtenen Verfügung erfasste Klärschlamm sei nicht mehr Gegenstand der Abwasserbeseitigung.

Die Abwasserbeseitigung umfasse – neben anderen Maßnahmen im Zusammenhang mit der Abwasserbeseitigung – zwar auch das Entwässern von Klärschlamm (§ 54 Abs. 2 Satz 1 WHG) und die Beseitigung des in Kleinkläranlagen anfallenden Klärschlammes (§ 54 Abs. 2 Satz 2 WHG). Diese Voraussetzungen seien aber nicht erfüllt. Zur Entwässerung sei der Wassergehalt des Klärschlammes herabzusetzen. Dies könne auch durch den der Schwerkraft folgenden Wasserverlust durch Sedimentation erfolgen, geschehe dann aber nicht zielgerichtet. Unabhängig davon werde seit Jahren der Wassergehalt nicht mehr im Zusammenhang mit der Abwasserbeseitigung herabgesetzt. Ein Bezug zur Abwasserbeseitigung bestehe lediglich noch insoweit, als der Klärschlamm bei der Behandlung des Abwassers in der Kläranlage angefallen sei und sich nach wie vor auf dem Gelände der Kläranlage befinde. Dies sei jedoch für einen Zusammenhang im Sinne von § 54 Abs. 2 Satz 1 WHG nicht ausreichend. Funktional habe der Klärschlamm mit der Abwasserbeseitigung nichts mehr zu tun. Die Kläranlage, einschließlich der zu ihrem Betrieb eingerichteten Schlammplätze werde nicht mehr betrieben. Das bloße Lagern und Ablagern des Klärschlammes in den Becken erfolge nicht mit dem Ziel der Abwasserbeseitigung. Entgegen der Auffassung der Klägerin bedürfe es zur Beendigung des ursprünglichen Zusammenhangs nicht der Entfernung des Klärschlammes aus den Becken. Ende die Zweckbestimmung der Einrichtung Abwasserbeseitigung, verliere sie die Eigenschaft als Abwasseranlage. Mit dem Ende der Abwasserbeseitigung entfalle für die davon betroffenen Stoffe der

Grund für den Geltungsausschluss des Abfallrechts.

Insgesamt sei der Klärschlamm auch Abfall im Sinne von § 3 Abs. 1 Satz 1 KrW-/AbfG.

Der Klärschlamm sei insbesondere eine bewegliche Sache. Für diese Beurteilung sei auf die Umstände des Einzelfalls abzustellen. Denn eine Verwachsung mit dem Boden der Art, dass der Klärschlamm von dem umgebenden Erdreich nur unter Schwierigkeiten zu unterscheiden sei und infolgedessen eine Trennung nicht oder nur mit erheblicher Mühe möglich sei, sei nicht eingetreten. Von „Böden in situ“ im Sinne von § 2 Abs. 2 Nr. 10 KrW-/AbfG werde, anders als die Klägerin meine, nur ausgegangen, wenn zwischen dem ursprünglichen Boden und dem hinzugekommenen Boden eine feste Verbindung entstanden sei. Vorliegend sei indes zwischen dem Klärschlamm und dem ihn umgebenden Boden unschwer eine Unterscheidung möglich.

Die Klägerin wolle sich des Klärschlammes auch entledigen (§ 3 Abs. 1 Satz 1 KrW-/AbfG). Auch wenn sie einen dahingehenden Willen nicht ausdrücklich geäußert habe, bringe sie dies durch ihr Verhalten zum Ausdruck (§ 3 Abs. 3 KrW-/AbfG). Denn der Klärschlamm sei ein Rückstand der Abwasserbehandlung, die der Vorbereitung der Beseitigung des in der Kläranlage behandelten Abwassers durch Einleitung in ein Gewässer diene. Die Klägerin könne dabei den Anfall des Klärschlammes nicht verhindern. Für sie stelle der Klärschlamm, zumal er schadstoffbelastet ist, eine wirtschaftlich wertlose Last dar, die sie loswerden wolle. Die Wert- und Nutzlosigkeit des Klärschlammes für die Klägerin werde durch ihr Vorhaben bestätigt, aus dem gesamten auf dem Gelände der Kläranlage befindlichen Klärschlamm zusammen mit anderen Materialien ein Landschaftsbauwerk zu errichten. Die damit verfolgte Absicht, den Klärschlamm als „Baustoff“ zu verbrauchen, ersetze keine anderenfalls zum Bau des Landschaftsbauwerks zu verwendenden Mate-

rialien, sondern sei der ausschlaggebende Grund für das Vorhaben.

Darüber hinaus beabsichtige die Klägerin mit der Errichtung des Landschaftsbauwerks lediglich eine andere Methode zur Entsorgung des Klärschlammes. Das inzwischen in 2013 konkretisierte Vorhaben der Errichtung des Landschaftsbauwerks sei zur Sanierung der Schlammplätze bestimmt. Dem Gefährdungspotenzial für die Umwelt, das dem Klärschlamm innewohne, solle unter anderem durch eine Oberflächenabdichtung des Landschaftsbauwerks begegnet werden. Dies komme einer Ablagerung des Klärschlammes in einer gesicherten Deponie zumindest nahe.

In der Entscheidung wird weiter die in der Nr. 1 der angefochtenen Ordnungsverfügung angeordnete Zuführung des Klärschlammes zu einer ordnungsgemäßen Entsorgung in einer zugelassenen Abfallentsorgungsanlage unter dem Gesichtspunkt einer möglichen Ausnahme nach § 27 Abs. 2 KrW-/AbfG behandelt und abgelehnt. Die Ablehnung einer Ausnahme stehe auch nicht im Widerspruch zu § 13 Abs. 5 BBodSchG a.F., soweit entnommenes Bodenmaterial im Bereich der von der Altlastensanierung betroffenen Fläche wieder eingebracht werden solle, wenn durch einen für verbindlich erklärten Sanierungsplan oder eine Anordnung zur Durchsetzung der Pflichten nach § 4 BBodSchG a.F. sichergestellt sei, dass das Wohl der Allgemeinheit nicht beeinträchtigt werde. Dazu wird ausgeführt, dass es im zu entscheidenden Fall an den bodenschutzrechtlichen Voraussetzungen gefehlt hat.

Die zum seinerzeit maßgeblichen KrW-/AbfG ergangene Entscheidung des OVG NRW ist allein schon wegen des Ineinandergreifens der wasser-, abfall- und bodenschutzrechtlichen Vorschriften lesenswert. Auch für die Praxis unter dem KrWG kommt es darauf an, die im Wesentlichen gleichlautenden Schnittstellen-Definitionen in § 2 Abs. 2 Nr. 9 KrWG – es handelt sich um die Nachfolgeregelung des § 2 Abs. 2 Nr. 6 KrW-/AbfG – sowie in § 2 Abs. 2 Nr. 10 KrWG nach Sinn und Zweck zu-

treffend auszulegen und anzuwenden. Dafür ist das vorstehend wiedergegebene Urteil hilfreich.

□ **CDNI-Entladebescheinigung**

In jüngerer Zeit werden zunehmend Bußgelder wegen Formalverstößen im Zusammenhang mit der sog. CDNI-Entladebescheinigung verhängt. Diese Entwicklung gibt Anlass, sich diese Bescheinigung und ihre rechtlichen Grundlagen genauer anzusehen.

Abfälle werden bekanntlich nicht nur auf der Straße und der Schiene, sondern auch auf dem Wasser transportiert. In diesem Fall sind besondere Anforderungen zu beachten, zu denen u.a. das internationale Übereinkommen über die Sammlung, Abgabe und Annahme von Abfällen in der Rhein- und Binnenschifffahrt – kurz CDNI – gehört. Dieses Übereinkommen gilt für die Binnenschifffahrt in Belgien, Deutschland, Luxemburg, den Niederlanden und der Schweiz. Sein wichtigstes Ziel ist der Schutz der Umwelt.

Im vorliegenden Zusammenhang von Bedeutung ist Teil B (Anlage 2) des CDNI. Danach muss jedes Binnenschiff eine Entladebescheinigung an Bord haben, die unter Verwendung des in Anhang IV enthaltenen Musters auszustellen ist. In dieser Bescheinigung muss der Ladungsempfänger oder der Betreiber der Umschlaganlage insbesondere die Entladung und Reinigung der Laderäume bestätigen. In dem Muster werden zahlreiche Einzelinformationen abgefragt, wie z.B. Menge, Güterart und Güternummer.

Ein Verstoß gegen diese Vorgaben kann auf der Grundlage des deutschen CDNI-Ausführungsgesetzes mit einem Bußgeld bis zu 5.000 € geahndet werden. In der Praxis ist zu beobachten, dass behördlicherseits von dieser Option zunehmend Gebrauch gemacht wird. Im Fall eines Erstverstößes wird wegen einer fehlerhaft ausgefüllten Entladebescheinigung in der Regel ein Bußgeld in Höhe von 500 € verhängt. Parallelen zur grenzüberschreitenden Abfallverbringung und dem vom Veranlasser auszufüllenden Dokument nach Anhang VII drängen sich auf. Die Abwehr

solcher Bußgelder kostet Zeit und Geld. Nicht zuletzt aus diesem Grund sollte künftig noch sorgfältiger auf die Einhaltung der diesbezüglichen Formalien geachtet werden.

□ **Verwaltungsgerichte entscheiden über die Durchführung eines Entsorgungsvertrags**

Das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) hat mit Beschluss vom 26.03.2018 (7 B 8.17) über die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs in einem Fall entschieden, in dem sich Duale Systeme mit einem öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger über die Durchführung eines Entsorgungsvertrags auseinandersetzen, den der öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger (örE) mit einem privaten Entsorgungsunternehmen abgeschlossen hat.

Die Klägerinnen sind Duale Systeme i.S.d. § 6 Abs. 3 der Verpackungsverordnung (VerpackV). Sie betreiben als Duale Systeme im Zuständigkeitsbereich des beklagten örE die Entsorgung von Verkaufsverpackungen. Für die Entsorgung von Verkaufsverpackungen aus Papier, Pappe und Karton (PPK) haben die Klägerinnen mit dem Beklagten eine Abstimmungsvereinbarung nach § 6 Abs. 4 der VerpackV getroffen. Nach dieser Abstimmungsvereinbarung werden die Verkaufsverpackungen aus PPK gemeinsam mit den PPK-Abfällen erfasst und entsorgt, für deren Entsorgung der Beklagte zuständig ist. Die Abstimmungsvereinbarung sieht zudem vor, dass der Beklagte mit der Durchführung der Erfassung und Entsorgung ein privates Entsorgungsunternehmen beauftragt.

Im Sommer 2016 schrieb der Beklagte die Durchführung der PPK-Entsorgung neu aus und erteilte den Zuschlag für die Erfassung und Verwertung an ein privates Entsorgungsunternehmen. In dem Entsorgungsvertrag ist geregelt, dass das Entsorgungsunternehmen die Gesamtmenge der erfassten PPK-Abfälle einschließlich der Verkaufsverpackungen verwerten und vermarkten darf. Die Herausgabe des auf der Grundlage aktueller Lizenzmengen ermittelten Anteils des jeweiligen Dualen Systems an der PPK-Erfassungsmenge darf nur auf ausdrückliche Weisung des Beklagten erfolgen.

Die Klägerinnen sehen sich durch diese Vertragsgestaltung in ihren aufgrund der Systemfeststellung begründeten Rechtspositionen verletzt. Mit der vor dem Verwaltungsgericht erhobenen Klage wollen sie erreichen, dass dem Beklagten die Durchführung des Entsorgungsvertrags untersagt wird. Zu diesem Zweck machen die Klägerinnen einen Unterlassungsanspruch geltend.

Auf die Rüge des örE hat sich das angerufene Verwaltungsgericht im Hauptsacheverfahren für zuständig erklärt. Das BVerwG hat in dem hiergegen gerichteten Beschwerdeverfahren über die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs entschieden.

Nach dem Beschluss des BVerwG richtet sich die für die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs gemäß § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO maßgebliche Einordnung einer Streitigkeit als öffentlich-rechtlich nach der – mit den Worten des Gerichts – „wahren Natur“ des Anspruchs. Hingegen ist nicht entscheidend, ob sich der Kläger auf eine zivilrechtliche oder öffentlich-rechtliche Anspruchsgrundlage beruft. Vielmehr hängt der Rechtsweg davon ab, ob der Anspruch aus einem öffentlich-rechtlichen oder zivilrechtlichen Rechtsverhältnis hergeleitet wird. Es kommt daher nicht darauf an, dass der eingeklagte Unterlassungsanspruch den Vollzug eines zivilrechtlichen Vertrags – wie hier eines Entsorgungsvertrags – betrifft.

Davon ausgehend ist in dem von dem BVerwG entschiedenen Fall der Verwaltungsrechtsweg eröffnet. Denn der geltend gemachte Unterlassungsanspruch wird von den Klägerinnen aus dem durch die Abstimmung und Systemfeststellung gemäß § 6 Abs. 4 und 5 VerpackV begründeten Rechtsverhältnis zu dem Beklagten als örE hergeleitet. Dieses Rechtsverhältnis ist nach der Rechtsprechung des BVerwG öffentlich-rechtlich. Begründet wird dies mit dem Normzweck des § 6 Abs. 4 VerpackV, die Entsorgungstätigkeiten der öffentlich-rechtlichen und privaten Entsorgungsträger zu harmonisieren und wirtschaftliche Nachteile für bereits

eingeführte Entsorgungssysteme zu verhindern. Nach der Rechtsprechung des BVerwG ist die Abstimmungsvereinbarung, die Voraussetzung für die Systemfeststellung ist, als öffentlich-rechtliche Vereinbarung einzuordnen. Geht es nach alledem um die wechselseitigen Pflichten aus der Abstimmung und der Systemfeststellung, liegt ein öffentlich-rechtlicher Rechtsstreit vor und entscheiden daher die Verwaltungsgerichte.

□ **TA Luft auf der Zielgeraden**

Der sich mittlerweile seit über 3 Jahre hinziehende Prozess der Novellierung der noch aus dem Jahr 2002 stammenden TA Luft nähert sich offenbar seinem Ende. Im Zuge der Novelle sind auch Erkenntnisse aus dem Ausarbeitungsprozess der für die Entsorgungswirtschaft relevanten BVT-Schlussfolgerungen für die Abfallbehandlung, die am 17.08.2018 im Amtsblatt der EU veröffentlicht wurden, in Form von Grenzwerten für Luftschadstoffe, diesbezüglichen Mess- und Prognoseverfahren sowie weiteren betrieblich-technischen Regelungen, die bei der Errichtung und dem Betrieb von Anlagen der Entsorgungswirtschaft zu beachten sind, eingeflossen. Ein Großteil dieser Regelungen wird sowohl für IED- als auch für Nicht-IED-Anlagen der Entsorgungswirtschaft gelten. Insoweit geht der Entwurf der TA Luft maßgeblich über die Vorgaben des entsprechenden BVT-Merkblatts hinaus. Zuletzt gab es noch eine weitere Verschärfung. So sind nach dem jüngsten TA Luft-Entwurf aus Juli 2018 Behandlungsaggregate der in der Entsorgungswirtschaft weit verbreiteten „Anlagen zur sonstigen Behandlung von Abfällen“ einzuhausen. Es bleibt zu hoffen, dass eine solche für die betroffenen Anlagenbetreiber äußerst kostenträchtige und in ihrer Pauschalität unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten rechtlich bedenkliche Anforderung keinen Eingang in die endgültige Fassung der TA Luft findet.

□ **Aufhebung von Vorhabenzulassungen wegen Verstößen gegen das UVPG – zur Anwendung des § 4 UmwRG („Verfahrensfehler“)**

Mit dem Beschluss des Oberverwaltungsgerichts des Landes Nordrhein-Westfalen (OVG NRW) vom 26.03.2018 – 8 B 1291/17 – liegt eine weitere obergerichtliche Entscheidung zu der Frage vor, unter welchen Voraussetzungen Zulassungsentscheidungen für Vorhaben, die dem Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung (UVPG) unterfallen, von einem Verwaltungsgericht in Anwendung des § 4 Umweltrechtsbehelfsgesetz (UmwRG) – dieser regelt die sogenannten absoluten und relativen Verfahrensfehler – auf Drittanfechtungsklage natürlicher oder juristischer Personen hin aufzuheben sind, die keine anerkannte Vereinigung im Sinne des UmwRG sind. Hierzu fasst das OVG NRW die wesentlichen Grundsätze zusammen, die die diesbezügliche Handhabung des § 4 UmwRG leiten. Seine Ausführungen sind daher nicht nur für Genehmigungen von Windenergieanlagen nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz (BImSchG) von Bedeutung, sondern für sämtliche auf der Grundlage des jeweiligen Fachrechts (BImSchG, Wasserhaushaltsgesetz, etc.) erteilten Zulassungen von Vorhaben, die in den Anwendungsbereich des § 4 UmwRG/des UVPG fallen und in das Visier eines Drittanfechtungsklägers, der keine anerkannte Umweltvereinigung ist, geraten sind oder geraten können.

Streitgegenständlich waren in dem von dem OVG NRW entschiedenen Sachverhalt im Jahr 2016 erteilte immissionsschutzrechtliche Genehmigungen zur Errichtung und zum Betrieb von je einer Windenergieanlage. Diesen Genehmigungen lag eine Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP) nach dem UVPG zugrunde.

Gegen die BImSchG-Genehmigungen geklagt hatte der Eigentümer eines im Außenbereich gelegenen Wohngrundstücks.

In dem von dem OVG NRW mit Beschluss vom 26.03.2018 entschiedenen Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes rügte er nicht nur Verstöße gegen Regelungen der TA Lärm sowie gegen das im BauGB verankerte Gebot der Rücksichtnahme durch eine vermeintlich optisch bedrängende Wirkung der streitbefangenen Windenergieanlagen, sondern auch diverse Verstöße gegen das UVPG, die seiner Auffassung nach zur Aufhebung der erteilten Genehmigungen in Anwendung von § 4 UmwRG führen mussten.

Die von dem Antragssteller gerügten Fehler bei der durchgeführten UVP stellten nach Auffassung des OVG NRW indes keine sogenannten absoluten Verfahrensfehler im Sinne des § 4 Abs. 1 Nrn. 1 – 3 UmwRG dar. Wäre dem so gewesen, hätte das Gericht die erteilten BImSchG-Genehmigungen, wie es näher begründet, aufheben müssen, ohne dass es (noch) auf die Frage angekommen wäre, ob der Antragssteller in drittschützenden Vorschriften – etwa solchen der TA Lärm – verletzt wurde:

Weil eine UVP mit Öffentlichkeitsbeteiligung durchgeführt worden war, schieden absolute Verfahrensfehler im Sinne des § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 UmwRG – keine Durchführung/Nachholung der erforderlichen UVP oder Vorprüfung des Einzelfalls – oder des § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 UmwRG – Unterlassen der erforderlichen Öffentlichkeitsbeteiligung im Sinne von § 18 UVPG oder § 10 BImSchG und keine Nachholung – von vornherein aus. Erst recht kam es nicht darauf an, dass eine fachlich unzulängliche Vorprüfung gemäß § 4 Abs. 1 Satz 2 UmwRG einer nicht durchgeführten Vorprüfung im Sinne des § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 b) UmwRG gleichsteht und damit einen absoluten Verfahrensfehler darstellt.

Auch war nach Auffassung des Gerichts kein absoluter Verfahrensfehler im Sinne des § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 UmwRG gegeben. Nach dieser Regelung kann die Aufhebung von Zulassungsentscheidungen wie den streitbefangenen BImSchG-Genehmigungen verlangt werden, wenn

die durchgeführte UVP an einem Verfahrensfehler leidet, der

- a) nicht geheilt worden ist,
- b) nach seiner Art und Schwere mit den absoluten Verfahrensfehlern des § 4 Abs. 1 Satz 1 Nrn. 1 und 2 vergleichbar ist und
- c) der betroffenen Öffentlichkeit die Möglichkeit der gesetzlich vorgesehenen Beteiligung am Entscheidungsprozess genommen hat.

Die insoweit vom Antragssteller gerügten fachlichen Unzulänglichkeiten der der UVP zugrundeliegenden Umweltverträglichkeitsstudie (UVS) – namentlich betreffend die Bewertung von Auswirkungen der genehmigten Windenergieanlagen auf Kiebitze, Mäusebussarde und Rotmilane – zeigten nach Auffassung des OVG NRW keine Mängel mit dem erforderlichen Gewicht auf. Zwar sei für § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 UmwRG keine Fehlerintensität vergleichbar den Verfahrensfehlern der Nrn. 1 und 2 erforderlich. Allerdings genüge es nicht, dass lediglich einzelne Aspekte der UVP nicht mit der hinreichenden Tiefe ermittelt, einzelne Angaben fehlerhaft, Unterlagen unzureichend oder Bewertungen fragwürdig seien; die Öffentlichkeitsbeteiligung diene gerade dazu, auf derartige Fehler hinzuweisen. Im Übrigen genügte die durchgeführte UVS nach Auffassung des Gerichts den insoweit einschlägigen materiell-rechtlichen und fachlichen Vorgaben.

Offenlassen konnte das OVG NRW, ob die vom Antragssteller behaupteten Fehler der der UVP zugrundeliegenden UVS einen Aufhebungsanspruch gemäß § 4 Abs. 1a UmwRG – dieser regelt die sogenannten relativen Verfahrensfehler – begründeten.

Denn nach der Auffassung des Gerichts und der von ihm zitierten Rechtsprechung anderer (Ober)Gerichte setzt die erfolgreiche Geltendmachung eines relativen Verfahrensfehlers gemäß § 4 Abs. 1a UmwRG bei natürlichen Personen wie dem Antragssteller eine subjektive Rechtsverletzung voraus. Dieses Erfordernis begründet das Gericht eingehend un-

ter Auseinandersetzung mit Wortlaut, systematischem Zusammenhang und der Entstehungsgeschichte des § 4 Abs. 1a UmwRG. Demnach enthalte § 4 Abs. 1a UmwRG für die relativen Verfahrensfehler – anders als § 4 Abs. 1 UmwRG für die absoluten Verfahrensfehler – keinen von einer subjektiven Rechtsverletzung unabhängigen Aufhebungsanspruch.

Eine subjektive Rechtsverletzung vermochte das Gericht indes nicht zu erkennen: Ein Verstoß gegen die maßgeblichen Regelungen der TA Lärm sei ebensowenig festzustellen wie gegen das Gebot der Rücksichtnahme; denn von den genehmigten Windenergieanlagen gingen keine unzumutbaren, optisch bedrängenden Wirkungen auf das Hausgrundstück des Antragsstellers aus.

Es ist nicht auszuschließen, dass vermeintliche Verstöße gegen das UVPG – sei es durch Unterlassen der erforderlichen UVP oder der Vorprüfung des Einzelfalls oder sonstiger vermeintlicher fachlicher Mängel der UVP – auch in künftigen Drittanfechtungskonstellationen gegen Zulassungsentscheidungen, die in den Geltungsbereich des UmwRG und des UVPG fallen, von natürlichen oder juristischen Personen als Drittanfechtungsklägern, die keine anerkannten Umweltvereinigungen sind, unter Berufung auf § 4 UmwRG bemüht werden, um Vorhabenzulassungen vor Gericht zu Fall zu bringen. Die Entscheidung des OVG NRW liefert wertvolle Hinweise dafür, wie schon bei der Vorhabenzulassung mit diesem Anfechtungspotenzial umgegangen werden kann und ggf. muss. Insoweit gilt es insbesondere, absolute Verfahrensfehler zu vermeiden.

□ **Keine Beiladung einer Umwelt- und Naturschutzvereinigung bei abgelehnter Anlagengenehmigung**

Verbandsklagen anerkannter Umwelt- und Naturschutzvereinigungen auf der Grundlage der völkerrechtlichen Aarhus-Konvention (Art. 9 Abs. 2 AK), der europäischen Öffentlichkeitsbeteiligungsrichtlinie (2003/35/EG) und des deutschen Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes (§ 2 Abs. 1 UmwRG) sind Instrumente der objektivrechtlichen Kontrolle behördlicher Genehmigungen, Planfeststellungen und Plangenehmigungen für umweltrelevante Vorhaben; sie zeichnen sich durch ein beachtliches Abwehrpotenzial aus. Um Rechtsschutz vor den Verwaltungsgerichten in Anspruch nehmen zu können, brauchen Umwelt- und Naturschutzvereinigungen – anders als Individualbetroffene – keine mögliche Verletzung in eigenen Rechten, also keine individuelle Betroffenheit und Klagebefugnis im Sinne des § 42 Abs. 2 der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) darzulegen. Ein beachtenswerter Beschluss des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs (HessVGH) vom 12.12.2017 – 9 E 2052/17 – verdeutlicht in dessen die Grenzen der prozessualen Aktionsmacht solcher Vereinigungen. Deren verwaltungsgerichtliche Beiladung scheidet danach aus, wenn die zuständige Behörde eine begehrte Anlagengenehmigung ablehnt und der Vorhabenträger daraufhin mittels einer Verpflichtungsklage die Verurteilung des Verwaltungsträgers zur Erteilung der abgelehnten Genehmigung erstreiten will.

In dem zugrunde liegenden Fall hatte die zuständige Behörde die Erteilung einer immissionsschutzrechtlichen Anlagengenehmigung für die Errichtung und den Betrieb von insgesamt zehn Windenergieanlagen abgelehnt. In dem vorausgegangen Genehmigungsverfahren hatte eine anerkannte Umwelt- und Naturschutzvereinigung im Sinne von § 3 UmwRG Einwendungen gegen diese Anlagen unter den Gesichtspunkten der Grundwas-

sergefährdung und der Unvereinbarkeit mit artenschutzrechtlichen Vorschriften erhoben. Die Ablehnung der Anlagengenehmigung war auf diese Gründe gestützt. Der Vorhabenträger erhob daraufhin eine verwaltungsgerichtliche Verpflichtungsklage auf Erteilung der abgelehnten Genehmigung.

In dem anschließenden Verwaltungsprozess beantragte die Umwelt- und Naturschutzvereinigung ihre Beiladung nach § 65 VwGO. Das erstinstanzliche Verwaltungsgericht lehnte die beantragte Beiladung ab, weil weder eine notwendige Beiladung nach § 65 Abs. 2 VwGO noch eine einfache Beiladung nach § 65 Abs. 1 VwGO in Betracht komme.

Der HessVGH hat mit dem vorgenannten Beschluss vom 12.12.2017 – 9 E 2052/17 – die dagegen gerichtete Beschwerde der Umwelt- und Naturschutzvereinigung zurückgewiesen. Die Beschwerde sei – so der HessVGH – zwar nach den §§ 146 Abs. 1, 147 Abs. 1 VwGO zulässig. Sie sei jedoch nicht begründet. Weder lägen die Voraussetzungen für eine notwendige Beiladung der Vereinigung vor, noch komme eine im Ermessen des Beschwerdegerichts, d.h. des VGH, stehende einfache Beiladung in Betracht.

Eine verwaltungsprozessuale Beiladung ist nach § 65 Abs. 2 VwGO notwendig, wenn der beizuladende Dritte an dem streitigen Rechtsverhältnis derart beteiligt ist, dass die Entscheidung auch ihm gegenüber nur einheitlich ergehen kann. Dies setzt voraus, dass die begehrte Sachentscheidung des Gerichts nicht wirksam getroffen werden kann, ohne dass dadurch unmittelbar und zwangsläufig Rechte des Dritten gestaltet, bestätigt oder festgestellt, verändert oder aufgehoben werden. Eine solche Betroffenheit sei hier für die antragstellende Umwelt- und Naturschutzvereinigung nicht ersichtlich (HessVGH, Beschluss vom 12.12.2017 – 9 E 2052/17, Rn. 6; ebenso das Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen – OVG NRW, Beschluss vom 15.03.2010 – 11 A 1355/07).

Auch eine einfache Beiladung nach § 65 Abs. 1 VwGO schied nach der Erkenntnis des HessVGH im konkreten Fall aus. Nach dieser Vorschrift setzt die einfache Beiladung voraus, dass rechtliche Interessen Dritter durch die gerichtliche Entscheidung berührt werden. Dazu ist erforderlich, dass der Dritte in einer derartigen Beziehung zu einem der Hauptbeteiligten des Verfahrens oder zu dem Streitgegenstand steht, dass das Unterliegen eines der Hauptbeteiligten auch die Rechtsposition des Dritten verbessern oder verschlechtern könnte. Die einfache Beiladung hat demgemäß primär den Zweck, Dritten, welche die Voraussetzungen der notwendigen Beiladung nicht erfüllen, aber ein schutzwürdiges rechtliches Interesse in Bezug auf die gerichtliche Entscheidung haben können, die Möglichkeit zu geben, im Verfahren ihre Interessen zu wahren. Zugleich soll hiermit die Möglichkeit geschaffen werden, gegenüber solchermaßen betroffenen Dritten die Rechtskraftwirkung der zu erwartenden Entscheidung herbeizuführen (HessVGH, Beschluss vom 12.12.2017 – 9 E 2052/17, Rn. 7, 8).

In dem vom HessVGH entschiedenen Fall schied auch eine einfache Beiladung der anerkannten Umwelt- und Naturschutzvereinigung zur Wahrung eines schutzwürdigen rechtlichen Interesses aus. Zwar ist, wie der HessVGH hervorhebt, seit der gesetzlichen Zulassung sog. altruistischer Verbands- bzw. Vereinsklagen anzunehmen, dass auch solche Interessen eine Beiladung rechtfertigen können, die ihre Grundlage nicht in materiellen Rechtspositionen, sondern in den durch entsprechende Klagemöglichkeiten zugewiesenen Wahrnehmungszuständigkeiten der Vereinigung haben (HessVGH, Beschluss vom 12.12.2017 – 9 E 2052/17, Rn. 10; auch OVG Hamburg, Beschluss vom 09.02.2009 – 5 E 4/08).

Im entschiedenen Fall stand der antragstellenden Vereinigung jedoch die in § 2 Abs. 1 UmwRG eingeräumte, auf den Vorgaben des Art. 9 Abs. 2 AK und der Richtlinie 2003/35/EG beruhende Rechts-

behelfsmöglichkeit nicht zu. Nach der Erkenntnis des HessVGH ist das UmwRG schon von seiner ratio her nur auf positive Entscheidungen über die Zulässigkeit eines Vorhabens oder auf Genehmigungen, Erlaubnisse und ähnliche, ein Vorhaben zulassende Entscheidungen im Sinne von § 1 Abs. 1 Satz 1 Nrn. 1, 2 UmwRG sowie auf deren Unterlassung anwendbar. Den nach § 3 UmwRG anerkannten Vereinigungen wird nämlich mit § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 UmwRG ein Rechtsbehelf gegen die genannten behördlichen Entscheidungen eingeräumt, mit dem sie rügen können, dass eine solche Entscheidung im Widerspruch zu einer relevanten Rechtsvorschrift stehe. Nach der aktuellen Fassung des UmwRG vom 23.08.2017 ist nicht mehr erforderlich, dass die Rechtsvorschrift, deren Verletzung die Vereinigung rügt, auch dem Umweltschutz dient. Ein solches Rügerecht scheidet aber in Bezug auf behördliche Bescheide, mit denen eine vom Vorhabenträger begehrte Genehmigung (wie hier die immissionsschutzrechtliche Anlagengenehmigung) **abgelehnt** worden ist, von vornherein aus. Durch einen solchen Ablehnungsbescheid werden die anerkannten Umwelt- und Naturschutzvereinigungen in ihrer aus der Öffentlichkeitsbeteiligungsrichtlinie 2003/35/EG und dem UmwRG abzuleitenden Rechtsposition nicht berührt (HessVGH, Beschluss vom 12.12.2017 – 9 E 2052/17, Rn. 11).

Dadurch unterscheidet sich die vorliegende Fallgestaltung, wie der HessVGH klarstellt, von der Fallkonstellation der vorerwähnten Entscheidung des OVG Hamburg (Beschluss vom 09.02.2009 – 5 E 4/08); dort hatte das OVG im Fall einer auf die Untätigkeitsklage des Vorhabenträgers **erteilten** wasserrechtlichen Erlaubnis, gegen deren Nebenbestimmungen die Klage nunmehr gerichtet war, die einfache Beiladung einer anerkannten Naturschutzvereinigung auf deren „Wahrnehmungszuständigkeit“ als berührtes rechtliches Interesse im Sinne von § 65 Abs. 1 VwGO gestützt (HessVGH, Beschluss vom 12.12.2017 – 9 E 2052/17, Rn. 12).

Dem Ergebnis, dass im Falle einer von der Behörde abgelehnten Anlagengenehmigung eine Beiladung einer Umwelt- und Naturschutzvereinigung ausscheidet, kann nach der Erkenntnis des HessVGH auch nicht das Zweitklageverbot des § 1 Abs. 1 Satz 4 UmwRG entgegengehalten werden (HessVGH, Beschluss vom 12.12.2017 – 9 E 2052/17, Rn. 13). Nach dieser Vorschrift besteht kein Verbandsklagerecht, wenn eine behördliche Entscheidung im Sinne des § 1 Abs. 1 UmwRG aufgrund einer Entscheidung in einem verwaltungsgerichtlichen Streitverfahren erlassen worden ist. Dieses sog. Zweit- oder auch Mehrfachklageverbot soll ausschließen, dass ein Gericht sich mehrfach mit derselben Angelegenheit befassen muss. Darin liegt eine Ergänzung des Instituts der materiellen Rechtskraft, da die Bindungswirkung ergangener gerichtlicher Entscheidungen damit auf am gerichtlichen Verfahren nicht beteiligte Vereinigungen nach § 3 UmwRG ausgedehnt wird (HessVGH, Beschluss vom 12.12.2017 – 9 E 2052/17, Rn. 15; entsprechend zu § 61 Abs. 1 Satz 2 Bundesnaturschutzgesetz – BNatSchG – schon das Bundesverwaltungsgericht – BVerwG, Urteil vom 12.03.2008 – 9 A 3.06, Rn. 24). Hiernach ist nur dann, wenn der Inhalt der Verwaltungsentscheidung durch die gerichtliche Verpflichtungsentscheidung zwingend vorgegeben ist, eine Zweitklage generell ausgeschlossen. Wenn dagegen im gerichtlichen Verfahren ein Bescheidungsurteil ergeht, bleiben der Behörde für ihre erneute Entscheidung in dem durch das Urteil abgesteckten Rahmen Spielräume offen, die von der Rechtskraftwirkung nicht erfasst werden; insoweit findet die Ausschlussregelung des § 1 Abs. 1 Satz 4 UmwRG keine Anwendung (HessVGH, Beschluss vom 12.12.2017 – 9 E 2052/17, Rn. 15; auch BVerwG, Urteil vom 12.03.2008 – 9 A 3.06, Rn. 24).

Auf der Basis dieser Grundsätze ist es nach der Erkenntnis des HessVGH durch das Zweitklageverbot des § 1 Abs. 1 Satz 4 UmwRG nicht ausgeschlossen, dass die Vereinigung ihr durch § 2 Abs. 1 UmwRG eingeräumtes Rügerecht und somit auch

die ihrem satzungsgemäßen Aufgabenbereich entsprechende Wahrung von Umwelt- und Naturschutzbelangen auch dann in einem – eventuell nachfolgenden – Klageverfahren ausreichend wahrnehmen kann, wenn der beklagte Verwaltungsträger gerichtlich zur Erteilung der (Anlagen-)Genehmigung verpflichtet wurde (HessVGH, Beschluss vom 12.12.2017 – 9 E 2052/17, Rn. 16).

Fazit: Mit der Klarstellung, dass eine anerkannte Umwelt- und Naturschutzvereinigung in Fällen einer abgelehnten Anlagengenehmigung und einer anschließenden Verpflichtungsklage des Vorhabenträgers in dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren weder im Wege einer notwendigen Beiladung (§ 65 Abs. 2 VwGO) noch im Wege einer einfachen Beiladung (§ 65 Abs. 1 VwGO) beizuladen ist, ist der HessVGH Bestrebungen entgegengetreten, die der Verbandsbeteiligung im Verwaltungsprozess allgemein – unabhängig von der Verfahrensart und der Streitkonstellation – das Wort reden wollen. Andererseits hat der HessVGH klargestellt, dass eine anerkannte Umwelt- und Naturschutzvereinigung ihre Klage- und Abwehrrechte in einem eventuell nachfolgenden Klageverfahren auch dann wahrnehmen kann, wenn der beklagte Verwaltungsträger gerichtlich zur Erteilung der Genehmigung verpflichtet wurde. Beide Klarstellungen überzeugen aus rechtssystematischer wie aus rechtspraktischer Sicht.

□ **Erleichterte Nutzungsänderungen im Außenbereich**

Das Oberverwaltungsgericht (OVG) Rheinland-Pfalz hat mit Urteil vom 27.02.2018 die erleichterte Nutzungsänderung eines Gebäudes nach § 35 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 Baugesetzbuch (BauGB) auch bei vollständiger Aufgabe des ursprünglichen land- oder forstwirtschaftlichen Betriebes für möglich erklärt.

In dem vom OVG Rheinland-Pfalz entschiedenen Fall beehrte die Klägerin die Erteilung eines Bauvorbescheides zur planungsrechtlichen Zulässigkeit einer Nutzungsänderung des Wohnhauses auf dem Grundstück eines bis zum Jahr 2011 betriebenen Weingutes.

Das Wohnhaus, das bisher eine Betriebsleiterwohnung und – im Zwischengang zu den Wirtschaftsgebäuden – noch eine Altteteilerwohnung umfasste und somit dem privilegierten Wohnen des landwirtschaftlichen Betriebes gem. § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB diene, sollte nunmehr in eine Wohnnutzung zum allgemeinen Wohnen mit insgesamt 3 Wohneinheiten umgenutzt werden.

Da zwischen den Beteiligten unstrittig war, dass das Vorhaben keine öffentlichen Belange im Sinne des § 35 Abs. 3 BauGB beeinträchtigte und die weiteren Voraussetzungen des § 35 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 Buchst. a) – g) BauGB erfüllt waren, kam es somit entscheidend auf die Auslegung der Voraussetzungen des § 35 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 Buchst. e) an, wonach das Gebäude, um dessen Nutzungsänderung es geht, in räumlich-funktionalem Zusammenhang mit der Hofstelle des land- oder forstwirtschaftlichen Betriebes stehen muss.

Hierzu stellte das OVG nun heraus, dass es nicht erforderlich sei, dass der land- oder forstwirtschaftliche Betrieb tatsächlich noch fortbesteht. Zwar spreche der Gesetzeswortlaut u.a. aufgrund der Formulierung „in räumlich-funktionalem Zusam-

menhang mit der Hofstelle des land- oder forstwirtschaftlichen Betriebes steht“ u.a. dafür, dass ein Zusammenhang zu einem aktuell noch fortbestehenden Betrieb gegeben sein müsste. Dieses Verständnis sei jedoch nicht zwingend, da es auch Hinweise für eine Anknüpfung an eine frühere Nutzung gebe, z.B. den Umstand, dass die Buchst. a) – g) grundsätzlich Anforderungen an die Änderungen der „bisherigen“ Nutzung eines Gebäudes enthalten.

Stelle sich der Wortlaut somit als offen dar, folge allerdings nach Ansicht des OVG aus Entstehungsgeschichte sowie Sinn und Zweck der Norm, dass die Vorschrift auch bei vollständiger Aufgabe des land- oder forstwirtschaftlichen Betriebes anwendbar sei.

Eine Begünstigungsvorschrift für die Nutzungsänderung landwirtschaftlich genutzter baulicher Anlagen wurde erstmals durch das Gesetz zur Änderung des BauGB vom 18.08.1976 eingeführt. Der damalige § 35 Abs. 4 BauGB begünstigte jede beabsichtigte Änderung der bisherigen Nutzung einer ursprünglich zu landwirtschaftlichen Zwecken dienenden baulichen Anlage ohne wesentliche Änderung. Mit dieser Regelung sollte der Strukturwandel in der Landwirtschaft aufgegriffen werden. Dies wurde damit begründet, dass eine Vielzahl von Höfen nicht mehr landwirtschaftlich genutzt werde. „Würde in diesen Fällen eine Nutzungsänderung der vorhandenen Gebäude nicht ermöglicht, so würden sie voraussichtlich verfallen. Damit wäre aber den öffentlichen Belangen an der Gestaltung des Außenbereichs, u.a. den Belangen des Umweltschutzes, nicht gedient“.

Hieraus werde deutlich, dass der Gesetzgeber mit seiner neuen Regelung gerade auch den Fall einer vollständigen Aufgabe eines landwirtschaftlichen Betriebes erfassen wolle.

An dieser gesetzlichen Intention habe sich auch durch die nachfolgenden Änderungen und Neufassungen des § 35 BauGB nichts geändert. Dies gelte auch, soweit in

§ 35 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 Buchst. e) BauGB das Erfordernis eines räumlich funktionalen Zusammenhangs zur Hofstelle eingeführt wurde. Sinn und Zweck dieser Regelung sei es gewesen, die Änderung eines von dem Betrieb räumlich abgegrenzten Gebäudes, z.B. einer einzeln stehenden Feldscheune oder anderer, frei in der Landschaft stehender Gebäude zu Wohnzwecken nicht zu erfassen bzw. zu verhindern. Die erleichterte Änderung sollte daher nur Gebäude, die mit der Hofstelle in einem räumlich-funktionalen Zusammenhang stehen, erfassen, wobei die äußere Gestaltung des Gebäudes im Wesentlichen gewahrt bleiben sollte.

Da in dem vom OVG Rheinland-Pfalz entschiedenen Fall die betreffenden Gebäude inmitten der Hofstelle des Betriebes lagen, waren die Voraussetzungen des § 35 Abs. 4 Nr. 1 BauGB vollständig erfüllt. Da ferner auch die Erschließung nach § 35 Abs. 2 BauGB gesichert war, musste die beantragte Genehmigung erteilt werden und der Klage wurde stattgegeben.

□ **Rechtsprechungsänderung des BGH zur Geltendmachung fiktiver Baumängelbeseitigungskosten**

Mit Urteil vom 22.02.2018 (Az. VII ZR 46/17) hat der VII. Senat des Bundesgerichtshofs (BGH) unter Aufgabe seiner bisherigen Rechtsprechung entschieden, dass der Besteller eines Werkes, der ein mangelhaftes Werk behält und den Mangel nicht beseitigen lässt, im Rahmen eines Schadenersatzanspruchs statt der Leistung (sog. kleiner Schadenersatz) gegen den Unternehmer seinen Schaden nicht mehr nach den fiktiven Mängelbeseitigungskosten bemessen kann.

Nach der bisherigen Rechtsprechung des BGH, die er mit seinem Urteil vom 22.02.2018 nun ausdrücklich aufgegeben hat, war es dem Besteller eines Werkes erlaubt, ein mangelhaftes Werk zu behalten und den ihm entstandenen Schaden anhand der fiktiven Mängelbeseitigungskosten geltend zu machen. Dies galt unabhängig davon, ob der Besteller den Mangel tatsächlich beseitigen lässt oder nicht. So war der Besteller stets berechtigt, bis zur Grenze der Unverhältnismäßigkeit Zahlung in Höhe der fiktiven Mängelbeseitigungskosten zu verlangen, auch wenn diese den tatsächlich mangelbedingten Minderwert im Vermögen des Bestellers überstiegen.

Dies ist nach der Rechtsprechungsänderung des VII. Senats nicht mehr möglich. Der BGH begründet die Änderung seiner bisherigen Rechtsprechung damit, dass eine Schadensbemessung nach fiktiven Mängelbeseitigungskosten das Leistungsdefizit im Werkvertragsrecht – insbesondere im Baurecht – auch bei wertender Betrachtung nicht hinreichend abbilde. Vielmehr führe die Schadensbemessung nach fiktiven Mängelbeseitigungskosten häufig zu einer Überkompensation und damit zu einer nach allgemeinen schadensrechtlichen Grundsätzen nicht gerechtfertigten Bereicherung des Bestellers. Vor diesem Hintergrund hält es der BGH für erforderlich, den Umfang des Scha-

densersatzes noch stärker daran auszurichten, welche Dispositionen der Besteller tatsächlich zur Mängelbeseitigung trifft.

Demnach kann der Besteller, der das Werk behält und den Mangel beseitigen lässt, weiterhin die von ihm tatsächlich aufgewendeten Mängelbeseitigungskosten als Schaden ersetzt verlangen. Vor Begleichung der Kosten für die Mängelbeseitigung ist der Besteller berechtigt, von dem Werkunternehmer Befreiung von den zur Mängelbeseitigung eingegangenen Verbindlichkeiten zu verlangen. Darüber hinaus hat der Besteller, der Schadensersatz statt der Leistung in Form des sog. kleinen Schadensersatzes verlangt hat, weiterhin das Recht, einen Vorschuss zu fordern, wenn er den Mangel beseitigen will.

Soweit der Besteller das Werk behält und den Mangel nicht beseitigen lässt, gestattet der BGH dem Besteller den Schaden nur noch in der Weise zu bemessen, dass er im Wege einer Vermögensbilanz die Differenz zwischen dem hypothetischen Wert der durch das Werk geschaffenen oder bearbeiteten, im Eigentum des Bestellers stehenden Sache ohne den Mangel und dem tatsächlichen Wert der Sache mit Mangel ermittelt. Für den Fall, dass der Besteller die durch das Werk geschaffene oder bearbeitete Sache veräußert hat, ohne dass eine Mängelbeseitigung vorgenommen wurde, kann er den Schaden nach dem konkreten Mindererlös wegen des Mangels der Sache bemessen.

Diese Änderung der Rechtsprechung gilt gemäß den Ausführungen des BGH jedenfalls für ab dem 01.01.2002 geschlossene Verträge und hat dementsprechend nicht nur für zukünftige, sondern auch für zahlreiche aktuell anhängige Gerichtsverfahren erhebliche praktische Relevanz. Dementsprechend muss in laufenden gerichtlichen Verfahren gegebenenfalls eine erforderliche Umstellung der Schadensberechnung gemäß den vorstehend ausgeführten Grundsätzen oder eine Umstellung der Klage vom Schadensersatz auf

Geltendmachung eines Vorschusses beachtet werden.

□ **Kein Ausschluss bei fehlerhafter Bekanntmachung von Eignungskriterien**

„Öffentliche Aufträge werden an fachkundige und leistungsfähige (geeignete) Unternehmen vergeben.“ So ist es § 122 Abs. 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) zu entnehmen. Zur Bestimmung der Eignung müssen Bieter durch den Auftraggeber festgelegte Kriterien erfüllen. Der vergaberechtliche Transparenzgrundsatz verlangt, dass die Eignungskriterien den potenziellen Bietern vor Angebotserstellung bekannt sind. Dementsprechend fordert § 122 Abs. 4 Satz 2 GWB, dass die Eignungskriterien z.B. in der Auftragsbekanntmachung aufzuführen sind. Gegenstand aktueller Rechtsprechung ist die Frage, wie die Bekanntmachung der Kriterien zu erfolgen hat.

Gesetzliche Ausgangslage

Nach § 122 Abs. 4 Satz 2 GWB sind die Eignungskriterien in der Auftragsbekanntmachung, der Vorinformation oder der Aufforderung zur Interessenbestätigung aufzuführen. Gemäß § 48 Abs. 1 der Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (VgV) ist dort darüber hinaus anzugeben, mit welchen Unterlagen die Bieter ihre Eignung und das Nichtvorliegen von Ausschlussgründen zu belegen haben. Diese Angaben müssen bei objektiver Betrachtung eindeutig und unmissverständlich formuliert sein, so dass jeder durchschnittlich fachkundige Bieter sie in gleicher Weise versteht. Durch die Vergabeunterlagen dürfen die bekannt gemachten Eignungskriterien nur noch konkretisiert, jedoch nicht mehr geändert werden.

Problemstellung

Öffentliche Auftraggeber bedienen sich zur Auftragsbekanntmachung regelmäßig der Standardformulare nach der aktuellen Durchführungsverordnung (EU) 2015/1986 vom 11.11.2015. Die Standardformulare sehen unter „III.1) Teilnahmebedingungen“ die Möglichkeit vor, die Eignungskriterien

aufzulisten und kurz zu beschreiben oder aber die Option „Eignungskriterien gemäß Auftragsunterlagen“ anzuklicken. Oftmals verzichten Auftraggeber auf eine detaillierte Auflistung, sondern wählen allein den Verweis auf die Auftragsunterlagen.

Dies widerspricht jedoch grundsätzlich dem Wortlaut des § 122 Abs. 4 Satz 2 GWB und stellt daher eine fehlerhafte Bekanntmachung von Eignungskriterien dar.

Teilweise ergänzen Auftraggeber das entsprechende Feld der Bekanntmachung um einen Link auf die Auftragsunterlagen. Ein solcher Link war mehrmals bereits Gegenstand vergaberechtlicher Nachprüfungsverfahren. Dabei gilt es zu unterscheiden: Führt der Link unmittelbar zu den Auftragsunterlagen (sog. „Direktlink“) und damit zu den Eignungskriterien, ist dies als wirksame Bekanntmachung der Eignungskriterien anzusehen (vgl. VK Nordbayern, Beschluss vom 09.04.2018 – RMF-SG21-3194-3-5). Anders dagegen verhält es sich, wenn der Link z.B. auf die vom Auftraggeber gewählte Vergabeplattform führt. Oftmals hat der Bieter dort erst die richtige Ausschreibung auszuwählen, um dann innerhalb der Vergabeunterlagen dieser Ausschreibung zu den entsprechenden Eignungskriterien zu gelangen. Dies stellt keine wirksame Bekanntmachung der Eignungskriterien dar (vgl. VK Südbayern, Beschluss vom 05.06.2018 – Z3-3-3194-1-12-04/18).

Rechtsfolge

Rechtsfolge einer fehlerhaften Bekanntmachung der Eignungskriterien ist jedenfalls, dass ein Ausschluss eines Angebotes, welches die Eignungskriterien nicht erfüllt, rechtswidrig ist. Mangels ordnungsgemäßer Forderung können solche Eignungskriterien nicht als Grundlage eines Ausschlusses dienen (so bereits OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28.11.2012 – Verg 8/12).

Fraglich ist jedoch ferner, ob das Verfahren mangels ordnungsgemäßer Eignungskriterien überhaupt fortgeführt werden

kann. Denn ohne dass der Auftraggeber die Eignung der Bieter festgestellt hat, darf er den Zuschlag nicht erteilen. Teilweise wird daher in der vergaberechtlichen Literatur vertreten, dass das Vergabeverfahren von Amts wegen zurückversetzt und wiederholt werden muss, während teilweise argumentiert wird, dass die Vergabestelle trotz fehlender Eignungskriterien eine Eignungsprognose auf tatsächlicher Grundlage anstellen darf (so VK Südbayern, Beschluss vom 05.06.2018 – Z3-3-3194-1-12-04/18). Dies hat auch bereits das OLG Düsseldorf 2012 festgehalten, als es entschied, dass die Reduzierung des „Eignungsniveaus“ als gesetzliche Folge hinzunehmen ist (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28.11.2012 – Verg 8/12).

Fazit

Um die Voraussetzungen des § 122 Abs. 4 Satz 2 GWB zu erfüllen muss in jedem Fall sichergestellt sein, dass der in der Bekanntmachung aufgeführte Link direkt zu den Vergabeunterlagen führt und nicht etwa auf ein Online-Vergabeportal, auf welchem nur durch eine weitere Suche die Vergabeunterlagen zu finden sind. Wer als Auftraggeber die Eignungskriterien und die geforderten Nachweise in der Bekanntmachung aufführt, ist hingegen in jedem Fall auf der sicheren Seite.

□ **Köhler & Klett verstärkt sich im Stoff- und Chemikalienrecht**

Seit dem 1. September 2018 verstärkt Frau Dr. Ortrud Kracht als Partnerin das Kölner Büro der Sozietät Köhler & Klett.

Frau Dr. Kracht begann ihre Karriere als Rechtsanwältin in der Sozietät Hengeler, Düsseldorf. Anschließend wechselte sie in die Industrie, wo sie in den Rechtsabteilungen verschiedener DAX-Unternehmen tätig war, zuletzt sieben Jahre bei der Bayer AG sowie der Bayer CropScience AG, bevor sie sich als Anwältin selbstständig machte.

Die Beratungsschwerpunkte von Frau Dr. Kracht liegen im Pflanzenschutz-, Düngemittel-, Biozid- und Chemikalienrecht sowie – an der Schnittstelle zu diesen Gebieten – im Vertrags-, Lizenz- und Wettbewerbsrecht. Zu ihren Mandanten zählen namhafte Unternehmen aus Industrie und Handel.

Köhler & Klett Partner Dr. Anno Oexle: „Frau Dr. Kracht ergänzt mit ihrer fachlichen Ausrichtung hervorragend unser Beratungsspektrum. Mit diesem Zugang tragen wir der zunehmenden Bedeutung des Stoffrechts Rechnung. Insbesondere in Verbindung mit der traditionell starken wasser- und abfallrechtlichen Expertise von Köhler & Klett entstehen so beachtliche Synergieeffekte und Entwicklungschancen.“

□ **Auszeichnungen**

Das Nachrichtenmagazin FOCUS hat im September 2018 auf der Basis einer unabhängigen Datenerhebung zum sechsten Mal Deutschlands Top-Wirtschaftskanzleien in verschiedenen Fachgebieten ermittelt und dabei Köhler & Klett erneut für den Bereich „Umweltrecht/Bau von Industrie- und Infrastrukturanlagen“ ausgezeichnet.

□ **Aktuelle Veröffentlichungen**

Dr. Hagen Weishaupt
Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag bei vertragsloser Sammlung und Verwertung von PPK-Verkaufsverpackungen
in: AbfallR 2018, S. 136 – 140

□ **Aktuelle Veranstaltungen**
- Auswahl -

07.11.2018

Handeln und Makeln mit Abfällen

Referent: Dr. Anno Oexle

Veranstaltet durch den BDE Bundesverband der Deutschen Entsorgungs-, Wasser- und Rohstoffwirtschaft e. V. in Köln

05.12.2018

Fachkundeflehrgang nach §4 Deponieverordnung

Referent: Prof. Dr. Wolfgang Klett

Veranstaltet durch das BEW in Duisburg

□ **save the date**

Vom **19. bis 20. November 2018** finden die **27. Kölner Abfalltage** zu dem Thema

„Kreislaufwirtschaft zwischen Anspruch und Wirklichkeit – praktische Umsetzung der Abfallhierarchie“

unter der Leitung der Initiatoren *Prof. Dr.-Ing. Martin Faulstich*, Technische Universität Clausthal, *Dr. Jochen Hoffmeister*, Prognose AG, *Rechtsanwalt Prof. Dr.-Ing. Wolfgang Klett*, Köhler & Klett Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB, *Rechtsanwalt Ulrich Koch*, Regio Entsorgung AöR, *Dr. Beate Kummer*, Kummer: Umweltkommunikation GmbH, *Monika Lichtinghagen-Wirths*, Bergischer Abfallwirtschaftsverband, *Prof. Dr.-Ing. Peter Quicker*, Rheinisch-Westfälische Technische Hochschule Aachen, *Dipl.-Ing. Helmut Schmidt*, Werkleiter a. D. und *Dr.-Ing. Helmut Schnurer*, Ministerialdirigent a. D. statt.

Die Themen im Einzelnen:

- Vorgaben für die Abfallhierarchie aus Politik und Verwaltung
- Abfallhierarchie in der betrieblichen Praxis
- Abfallhierarchie am Beispiel einzelner Abfallarten
- Vollzug der Abfallhierarchie
- Ausblick – Markt der Möglichkeiten

Autoren dieses Newsletters sind:

Büro Köln

Rechtsanwalt Prof. Dr. W. Klett
Rechtsanwalt Dr. D. Lück
Rechtsanwalt Dr. A. Oexle
Rechtsanwalt Dr. R. Geesmann
Rechtsanwalt Dr. H. Weishaupt
Rechtsanwalt Prof. Dr. R. Breuer
Rechtsanwältin S. Johlen
Rechtsanwalt T. Lammers
Rechtsanwältin V. Eske
Rechtsanwalt Peter Kern