

Newsletter

Umwelt □ Technik □ Vergabe

Fünfundzwanzigste Ausgabe, Februar 2020

Seite

□ Kanzlei des Jahres für Umwelt- und Planungsrecht	1
□ KrWG-Novelle: Kehrtwende des BMU bei Beschränkung der freiwilligen Rücknahme	1
□ Greenpeace-Klimaklage: Bundesregierung mit Köhler & Klett erfolgreich.....	3
□ Windkraft: Waldumwandlungsgenehmigung von Konzentrationswirkung (§ 13 BImSchG) erfasst.....	4
□ Öffentlichkeitsbeteiligung über das Internet im Verfahren der Bauleitplanung	6
□ Zulassung von Bodennutzungen im Kerngebiet.....	8
□ ECHA: Neues Vollzugsprojekt zur Prüfung des Internethandels mit Chemikalien.....	9
□ Der Eigentümer eines Grundstücks, das zu einer stillgelegten Deponie gehört, muss Maßnahmen zur Deponiesanierung dulden	10
□ Vorzeitige Kündbarkeit von Mietverträgen mit Festlaufzeit wegen Formmängeln soll durch geplante Gesetzesänderung erheblich eingeschränkt werden.....	12
□ Der Abzug gelber Tonnen im Auftrag des Systembetreibers wegen Fehlbefüllung kann eine Besitzstörung darstellen.....	13
□ Teile der Entsorgungswirtschaft sollen als „Kritische Infrastruktur“ in den Geltungsbereich des IT-Sicherheitsgesetzes einbezogen werden	15
□ VK Lüneburg: Keine Fehlerkorrektur durch teilweise Rückversetzung.....	17
□ Verpackungsvergaberecht – Erste Erfahrungen mit Schiedsverfahren	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

□ **Kanzlei des Jahres für Umwelt- und Planungsrecht**

Köhler & Klett ist vom juristischen Fachverlag JUVE am 24.10.2019 im Rahmen der festlichen Verleihung der JUVE Awards in Frankfurt zur „Kanzlei des Jahres für Umwelt- und Planungsrecht“ gekürt worden. Begründet wurde dies mit der hohen Qualität der Beratung sowie der strategisch geschickten fachlichen und personellen Aufstellung.

Die JUVE Awards gehören zu den begehrtesten Preisen im deutschen Anwaltsmarkt. Ausgezeichnet werden Kanzleien, die in ihren Fachbereichen durch besondere Innovationskraft, Dynamik und strategisches Geschick auffallen.

□ **KrWG-Novelle: Kehrtwende des BMU bei Beschränkung der freiwilligen Rücknahme**

Der Referentenentwurf für die Novellierung des Kreislaufwirtschaftsgesetzes (KrWG) vom 05.08.2019 sah vor, dass freiwillige Rücknahmen von Abfällen im Rahmen der Produktverantwortung künftig nur noch zulässig sein sollten, wenn dadurch die Kreislaufwirtschaft besonders gefördert wird. Der nunmehr von der Bundesregierung bei der EU-Kommission eingereichte Entwurf vom 29.01.2020 enthält diese Anforderung nicht mehr. Mit der Kehrtwende hat das Bundesumweltministerium (BMU) der von betroffenen Unternehmen, aber auch von Verbänden im Hinblick auf die ökologischen Vorteile solcher Rücknahmesysteme geäußerten Kritik Rechnung getragen.

Die im Referentenentwurf vom 05.08.2019 ursprünglich vorgesehene Regelung, die nach dem Ergebnis eines kürzlich von Köhler & Klett vorgelegten umfassenden Rechtsgutachtens unions- und verfassungswidrig gewesen wäre, hätte nicht nur die Einführung neuer freiwilliger Rücknahmesysteme verhindert, sondern auch das Aus für bereits bestehende Systeme bedeutet. Denn eine besondere Förderung der Kreislaufwirtschaft sollte nach dem einzigen gesetzlichen Regelbeispiel erst dann vorliegen, wenn die Verwertung im Rahmen der freiwilligen Rücknahme „hochwertiger“ ist als die Verwertung durch andere Akteure der Abfallwirtschaft wie öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger, gewerbliche Sammler sowie gemeinnützige Sammlungen

Diese Voraussetzung wäre von freiwilligen Rücknahmesystemen regelmäßig nicht zu erfüllen gewesen, da ein rücknahmewilliger Hersteller oder Vertreiber nur selten über bessere Verwertungsmöglichkeiten als alle anderen Akteure der Abfallwirtschaft verfügt. Im Gegenteil lassen sich solche Systeme in aller Regel nur in Kooperation mit den auch anderweitig am Markt

tätigen Unternehmen der Entsorgungswirtschaft und mit Hilfe ihrer besonderen Kompetenzen und Expertise realisieren. Wäre die ursprünglich vorgesehene Regelung Gesetz geworden, hätte der Zurücknehmenden letztlich also besser sein müssen als diejenigen, auf deren Hilfe er angewiesen ist.

Die ursprünglich vorgesehene Regelung hätte zudem zur Folge gehabt, dass selbst in einem Ausnahmefall, in dem ein freiwilliges Rücknahmesystem zunächst die geforderte hochwertigere Verwertung erbringen könnte, bereits ein Gleichziehen einzelner anderer Akteure bei den Verwertungsmöglichkeiten genügen würde, um diesem System für die Zukunft die rechtliche Existenzgrundlage zu entziehen. Die Sicherheit von Investitionen in den Aufbau freiwilliger Rücknahmesysteme wäre damit nicht zu gewährleisten gewesen.

Der neue Entwurf vom 29.01.2020, den die Bundesregierung am 31.01.2020 bei der EU-Kommission notifiziert hat, verzichtet demgegenüber auf die Erfordernisse der besonderen Förderung der Kreislaufwirtschaft und der hochwertigeren Verwertung. Wie bereits nach bisherigem Recht wird in dem Entwurf nunmehr nur noch gefordert, dass die Kreislaufwirtschaft gefördert wird. Dies soll bereits anzunehmen sein, wenn Rücknahme und Verwertung derjenigen durch die übrigen abfallwirtschaftlichen Akteure insgesamt gleichwertig sind.

Beibehalten wurde im aktuellen Gesetzesentwurf die schon im Referentenentwurf vorgesehene Regelung zur Rücknahme fremder Produkte – also solcher Produkte, die der Zurücknehmende weder selbst hergestellt noch vertrieben hat. Ob eine solche Rücknahme zulässig ist, ist nach der gegenwärtigen Gesetzeslage umstritten, wurde von den mit der Frage befassten Gerichten, zuletzt dem Verwaltungsgerichtshof Mannheim (Urteil vom 14.05.2019 – 10 S. 1990/18 –, siehe dazu den Beitrag im Köhler & Klett Newsletter 02/19,

S. 1 ff.), aber – unter gewissen Voraussetzungen – einhellig bejaht. Die wesentlichen Ergebnisse dieser Rechtsprechung sollen nun in einem neuen Absatz des § 26 KrWG kodifiziert werden. Damit wird der bisherige Meinungsstreit erledigt und für die Betreiber freiwilliger Rücknahmesysteme größere Rechtssicherheit geschaffen.

□ **Greenpeace-Klimaklage: Bundesregierung mit Köhler & Klett erfolgreich**

Mit rechtskräftigem Urteil vom 30.10.2019 hat das Verwaltungsgericht Berlin (VG) die von Greenpeace gegen die Bundesregierung initiierte Klimaklage als unzulässig abgewiesen. Es hat damit der von Köhler & Klett vertretenen Bundesregierung Recht gegeben.

Mit der Klage sollte die Bundesregierung unter anderem verpflichtet werden, dass in ihrem „Aktionsprogramm Klimaschutz 2020“ festgelegte Reduzierungsziel von 40% gegenüber den Treibhausgasemissionen im Jahr 1990 umzusetzen. Kläger waren neben Greenpeace mehrere von der Umweltschutzorganisation im Vorfeld des Verfahrens ausgesuchte Betreiber von ökologischen Landwirtschaftsbetrieben und ihre Kinder. Das Verfahren wurde von den Klägern gezielt als Bestandteil der weltweiten „climate change litigation“ geführt, hatte den Charakter einer politischen Kampagne und war von vornherein auf eine größtmögliche Öffentlichkeitswirksamkeit angelegt.

In der Sache war der von den Klägern angestrebte Verlagerung der Politik in den Gerichtssaal allerdings kein Erfolg beschieden. Das VG konnte keine Rechtsgrundlage für den geltend gemachten Anspruch auf Umsetzung des 40%-Ziels erkennen und hat deshalb die für eine verwaltungsgerichtliche Klage erforderliche Klagebefugnis der Kläger verneint.

Aus dem „Aktionsprogramm Klimaschutz 2020“ ergibt sich nach dem Urteil des VG kein Anspruch, weil es sich bei diesem Aktionsprogramm nicht um eine Rechtsnorm handelt, die unmittelbare Rechtswirkungen gegenüber dem Bürger entfaltet. Die Voraussetzungen, unter denen sich Bürger ausnahmsweise auch auf lediglich verwaltungsintern wirkende Normen berufen können, lagen nach Ansicht des VG nicht vor.

Das VG hat zudem entschieden, dass sich auch aus den Grundrechten der Kläger kein Anspruch auf die Umsetzung des 40%-Ziels ergibt. Das Gericht lehnt es ab, dem Staat die Beeinträchtigung grundrechtlicher Schutzgüter durch die nachteiligen Auswirkungen von Treibhausgasemissionen – auch soweit sie von deutschem Boden ausgehen – zuzurechnen, so dass die Kläger ihre Grundrechte nicht als Abwehrrechte gegen staatliche Beeinträchtigungen ins Feld führen konnten. Die damit allein verbleibende Möglichkeit einer Verletzung grundrechtlicher Schutzpflichten verneint das VG unter Hinweis auf den in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts anerkannten weiten Gestaltungsspielraum der Politik. Das Klimaschutzziel 2020 stellt nach Ansicht des VG nicht das verfassungsrechtlich gebotene Mindestmaß an Klimaschutz dar.

Mit diesen Erwägungen ist das VG sowohl im Ergebnis als auch in der Begründung in wesentlichen Punkten der von der Bundesregierung im Prozess vertretenen Position gefolgt.

Die vom VG wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache zugelassene Berufung wurde mit Blick auf die Rechtsänderung durch das am 18.12.2019 in Kraft getretene Bundes-Klimaschutzgesetz nicht eingelegt. Das Urteil ist damit rechtskräftig.

□ **Windkraft: Waldumwandlungsgenehmigung von Konzentrationswirkung (§ 13 BImSchG) erfasst**

Müssen für den Bau von Windenergieanlagen Waldflächen gerodet werden, bedarf es dafür in der Regel einer Waldumwandlungsgenehmigung auf der Grundlage des einschlägigen (Landes)Forstrechts. Der Verwaltungsgerichtshof Mannheim (VGH) hat mit Beschluss vom 17.12.2019 (10 S 566/19) eine Entscheidung des Verwaltungsgerichts Freiburg bestätigt, wonach eine Waldumwandlungsgenehmigung nach Landeswaldgesetz Baden-Württemberg (LWaldG BW), die neben der für Errichtung und Inbetriebnahme der Windenergieanlagen erteilten immissionsschutzrechtlichen Genehmigung erteilt worden war, wegen Verstoßes gegen die in § 13 Bundes-Immissionsschutzgesetz (BImSchG) geregelte, sogenannte „Konzentrationswirkung“ rechtswidrig ist. Gegen die Waldumwandlungsgenehmigung geklagt hatte ein anerkannter Naturschutzverein.

Der im gerichtlichen Verfahren Beigeladenen war im Februar 2018 durch das Regierungspräsidium Freiburg eine Waldumwandlungsgenehmigung nach LWaldG BW erteilt worden, um Waldflächen für die Errichtung von Windenergieanlagen zu roden. Für deren Errichtung und Inbetriebnahme war durch das Landratsamt bereits im Jahr 2016 die immissionsschutzrechtliche Genehmigung erteilt und im Juni 2018 – und damit nach Erteilung der Waldumwandlungsgenehmigung – neu gefasst worden.

Auf Antrag des anerkannten Naturschutzvereins hatte die Vorinstanz im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes die aufschiebende Wirkung der gegen die Umwandlungsgenehmigung gerichteten Klage mit der Begründung wiederhergestellt, die Umwandlungsgenehmigung verstoße gegen die Regelung der sachlichen Behördenzuständigkeit in § 13 BImSchG (soge-

nannte „Konzentrationswirkung“) und sei daher formell rechtswidrig.

Gemäß § 13 BImSchG schließt die immissionsschutzrechtliche Genehmigung „andere die Anlage betreffende behördliche Entscheidungen“ ein. Dazu gehören „insbesondere öffentlich-rechtliche Genehmigungen“. Ausdrücklich nicht von der Konzentrationswirkung erfasst sind dagegen beispielsweise Erlaubnisse und Bewilligungen nach dem Wasserhaushaltsgesetz.

Der VGH hat die Entscheidung der Vorinstanz bestätigt. Die Waldumwandlungsgenehmigung hätte wegen § 13 BImSchG nicht eigenständig, sondern nur als Bestandteil der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung für die Windenergieanlagen erteilt werden dürfen.

Zur Begründung führt der VGH aus:

Die immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftige Anlage „betreffend“ im Sinne des § 13 BImSchG seien alle behördlichen Entscheidungen, die Voraussetzung für die Errichtung und den Betrieb der Anlage sind und deren positive Entscheidung deswegen eine Freigabewirkung für die Anlage entfaltet. Maßnahmen, die die Errichtung einer nach § 4 BImSchG genehmigungsbedürftigen Anlage lediglich vorbereiteten, wie z.B. der Abbruch eines Gebäudes, gehörten dagegen nicht zu den von § 13 BImSchG erfassten Entscheidungen.

Nach Auffassung einzelner Gerichte und von Teilen des rechtswissenschaftlichen Schrifttums handelt es sich bei der Rodung von Wald zum Zweck der Errichtung von Windenergieanlagen um eine lediglich vorbereitende Maßnahme, die nicht von der Konzentrationswirkung des § 13 BImSchG erfasst ist. Dieser Auffassung folgte auch der Windenergie-Erlass Baden-Württemberg aus dem Jahr 2012. Gemäß den dort enthaltenen Vorgaben war auch die beklagte Umwandlungsgenehmigung

neben der BImSchG-Genehmigung für die Windenergieanlagen erteilt worden.

Unter Bezugnahme auf die (wohl überwiegende) gegenteilige Auffassung in Schrifttum und Rechtsprechung sowie die Erlasslage in den Ländern Bayern, Hessen und Nordrhein-Westfalen ist der VGH – wie schon die Vorinstanz – dagegen zu der Einschätzung gelangt, dass die in Rede stehende Umwandlungsgenehmigung von der Konzentrationswirkung des § 13 BImSchG erfasst wird. Denn anders als bei der Genehmigung des Abbruchs einer baulichen Anlage werde mit der forstrechtlichen Umwandlungsgenehmigung nicht lediglich durch Rodung das Freiräumen einer Fläche für eine spätere Anschlussnutzung ermöglicht. Vielmehr werde mit Blick auf die konkrete geplante Anschlussnutzung – Errichtung und Betrieb einer Windenergieanlage – eine Nutzungsänderung genehmigt; die hierfür regelmäßig erforderliche Rodung sei daher lediglich ein Teil der mit der Umwandlung genehmigten Nutzungsänderung. Dafür spreche auch, dass nach den einschlägigen Regelungen des LWaldG BW bei der Entscheidung über den Umwandlungsantrag nicht nur die Umweltauswirkungen der Rodung, sondern auch der neuen Nutzung und damit die positiven und negativen Umweltauswirkungen der geplanten Windkraftanlagen mit in den Blick zu nehmen sind.

Diesem Auslegungsergebnis steht nach Auffassung des VGH auch nicht der Wortlaut von § 13 BImSchG entgegen, wonach die konzentrierte Genehmigung – hier in Form der Waldumwandlungsgenehmigung – die immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftige Anlage „betreffen“ muss, was bei einer „Rodungsgenehmigung“ – so wird man den VGH verstehen müssen – jedenfalls nicht unmittelbar der Fall ist. Denn für eine Einbeziehung der Waldumwandlungsgenehmigung sprechen nach Auffassung des VGH Sinn und Zweck der Konzentrationswirkung: Zum einen diene § 13 BImSchG der Beschleunigung des behördlichen Genehmigungs-

verfahrens. Zum anderen solle durch die Verfahrenskonzentration vermieden werden, dass rechtlich einheitlich zu betrachtende bzw. sich überschneidende Vorgänge künstlich aufgespalten würden; vorliegend seien aber die Umweltauswirkungen der Windenergieanlagen und der für ihre Errichtung erforderlichen Waldumwandlung miteinander verschränkt.

An der Entscheidung des VGH ist aus Sicht betroffener Anlagenbetreiber besonders misslich, dass das entstandene Dilemma letztlich auf eine rechtlich durchaus fragwürdige – die beteiligten Behörden grundsätzlich gleichwohl zunächst einmal bindende – Erlasslage zurückzuführen ist.

Immerhin hat das Umweltministerium Baden-Württemberg schon in Ansehung der erstinstanzlichen Entscheidung den Unteren Immissionsschutzbehörden empfohlen, etwaige erforderliche Waldumwandlungsgenehmigungen vorläufig im immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren zu konzentrieren (Schreiben vom 08.07.2019), so dass die Zahl der Anlagenbetreiber, die von der Entscheidung des VGH nachteilig betroffen sind, hoffentlich überschaubar ist. Weil unter Verstoß gegen § 13 BImSchG erteilte Waldumwandlungsgenehmigungen zwar rechtswidrig, aber nicht nichtig sind, können Anlagenbetreiber – vorbehaltlich etwaig gegebener Drittanfechtungsmöglichkeiten – bei bereits abgeschlossenen Genehmigungsverfahren immerhin auf Bestandskraft vertrauen.

□ **Öffentlichkeitsbeteiligung über das Internet im Verfahren der Bauleitplanung**

Das Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen (OVG NRW) hat in einem Urteil vom 25.06.2019 – 10 D 88/16. NE –, das in einem Normenkontrollverfahren ergangen ist, zu den gesetzlichen Vorgaben für die Öffentlichkeitsbeteiligung über das Internet Stellung genommen. Das Urteil enthält beachtenswerte Klarstellungen für das Verfahren der Bauleitplanung. Nach § 4 a Abs. 4 Satz 1 des Baugesetzbuchs (BauGB) kommt der Veröffentlichung im Internet – so das OVG NRW – die gleiche Funktion zu wie der förmlichen Beteiligung der Öffentlichkeit in den herkömmlichen Formen der Bekanntmachung und Auslegung nach § 3 Abs. 2 BauGB. Daraus folgt, dass es während der gesamten Auslegungszeit möglich sein muss, über das Internet auf die maßgeblichen Informationen zuzugreifen und das Online-Beteiligungsverfahren zu nutzen. Das OVG NRW hat in dem Verstoß gegen dieses Erfordernis einen beachtlichen formellen Rechtsfehler gesehen und deshalb den verfahrensgegenständlichen Bebauungsplan für unwirksam erklärt.

Das Schicksal des verfahrensfehlerhaften, vom OVG NRW für unwirksam erklärten Bebauungsplans zeigt erneut, wie schwer sich die Kommunen immer wieder mit den komplizierten gesetzlichen Vorschriften über das Verfahren der Bauleitplanung tun. Der verfahrensgegenständliche Bebauungsplan setzte nach einer verwickelten Vorgeschichte neben einem in drei Teilgebiete gegliederten Allgemeinen Wohngebiet (WA 1 – 3) ein Sondergebiet mit der Zweckbestimmung „großflächiger Lebensmittelmarkt“ fest. In dem Sondergebiet sollte ausweislich der textlichen Festsetzung ein großflächiger Lebensmittelmarkt mit einer Verkaufsfläche von höchstens 1.200 qm zulässig sein. Das Plangebiet war vor dem Inkrafttreten des Bebauungsplans weitgehend nicht überplant. Der Regionale Flächennutzungsplan

(gem. § 13 Abs. 4 Raumordnungsgesetz – ROG) stellte das Plangebiet größtenteils als Wohnbaufläche / Allgemeiner Siedlungsbereich und nur dessen südlichen Randbereich als Gemischte Baufläche / Allgemeiner Siedlungsbereich dar (OVG NRW, Urteil vom 25.06.2019 – 10 D 88/16. NE, Rn. 6-9).

Anlass für die Aufstellung des Bebauungsplans für das bezeichnete Gebiet war die Aufhebung einer vorangegangenen Baugenehmigung für den Neubau eines Lebensmittelmarktes. Mit dem Bebauungsplan sollten die planungsrechtlichen Voraussetzungen für die Ansiedlung eines großflächigen Lebensmittelmarktes geschaffen werden, verbunden mit der dauerhaften städtebaulichen Ordnung und Entwicklung des Plangebiets.

Nachdem im beschleunigten Verfahren nach § 13 a BauGB ein erster, im März 2014 bekannt gemachter Bebauungsplan für das Plangebiet in einem gerichtlichen Normenkontrollverfahren für unwirksam erklärt worden war (OVG NRW, Urteil vom 02.02.2016 – 10 D 21/15. NE), weil die Voraussetzungen für die Durchführung des beschleunigten Verfahrens nicht vorlagen, führte die betroffene Stadt zur rückwirkenden Fehlerbehebung zwei ergänzende Verfahren (gem. § 214 Abs. 4 BauGB) durch. In dem zuletzt durchgeführten ergänzenden Verfahren sollte der Planentwurf nach der öffentlichen Bekanntmachung im Amtsblatt vom 23.07.2018 in der Zeit vom 31.07.2018 bis zum 07.09.2018 erneut öffentlich ausliegen. In dem Online-Beteiligungsformular war dagegen ein Beteiligungszeitraum vom 31.07.2018 bis zum 31.08.2018 angegeben. Der am 29.11.2018 beschlossene Bebauungsplan wurde mit öffentlicher Bekanntmachung im Amtsblatt vom 17.12.2018 rückwirkend zum 10.03.2014 in Kraft gesetzt.

Das von einem planbetroffenen Grundstückseigentümer angerufene OVG NRW hat in dem eingangs bezeichneten Normenkontrollurteil vom 25.06.2019 – 10 D 88/16. NE – die formell-rechtliche

Fehlerhaftigkeit des Bebauungsplans und die Unwirksamkeitserklärung (gem. § 47 Abs. 5 Satz 2 der Verwaltungsgerichtsordnung – VwGO) auf § 4a Abs. 4 Satz 1 BauGB gestützt. Nach dieser Vorschrift sind der Inhalt der ortsüblichen Bekanntmachung nach § 3 Abs. 2 Satz 2 BauGB und die nach § 3 Abs. 2 Satz 1 BauGB auszulegenden Unterlagen zusätzlich in das Internet einzustellen. Die Veröffentlichung im Internet tritt hiernach selbstständig neben die ortsübliche Bekanntmachung und die Auslegung der Unterlagen nach § 3 Abs. 2 BauGB. Wie das OVG NRW betont, hat die Neufassung der Beteiligungsvorschriften des BauGB durch das Gesetz zur Umsetzung der europäischen UVP-Änderungsrichtlinie 2014/52/EU im Städtebaurecht und zur Stärkung des neuen Zusammenlebens in der Stadt vom 04.05.2017 (BGBl. I S. 1057) die Publizitätserfordernisse im Rahmen der Bauleitplanung erheblich verschärft. Ein Verstoß bei der Anwendung des § 4a Abs. 4 Satz 1 BauGB ist nach § 214 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Halbsatz 1 BauGB grundsätzlich beachtlich. Unbeachtlich ist nach § 214 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Buchst. e BauGB nur die fehlende Zugänglichkeit des Inhalts der Bekanntmachung und der auszulegenden Unterlagen über das zentrale Internetportal des Landes (OVG NRW, Urteil vom 25.06.2019 – 10 D 88/16. NE, Rn. 32).

Die gesetzliche, europarechtlich geforderte Verschärfung der Publizitätserfordernisse zeigt sich darin, dass die Nutzung elektronischer Informationstechnologien im Rahmen des § 4 a Abs. 4 BauGB bis zum Inkrafttreten des BauGB 2017 (am 01.10.2017) lediglich fakultativ (nämlich „ergänzend“) vorgesehen war, während sie nunmehr obligatorisch, jedoch nicht ausschließlich, sondern „zusätzlich“ geboten ist. Es bedarf mithin der doppelten und übereinstimmenden Veröffentlichung.

Das OVG NRW zieht hieraus in dem Urteil vom 25.06.2019 – 10 D 88/16. NE – die gebotene Konsequenz. Es stellt fest, dass die Antragsgegnerin den Inhalt der ortsüblichen Bekanntmachung, zu dem auch die

darin bestimmte Dauer der öffentlichen Auslegung des Planentwurfs gehört, nicht (d.h. nicht richtig und vollständig) in das Internet eingestellt hat; denn die im Internet veröffentlichte Frist für die Abgabe von Stellungnahmen weicht von der im Amtsblatt genannten Frist insoweit ab, als sie um eine Woche kürzer ist. Nach der Konzeption des § 4a Abs. 4 Satz 1 BauGB kommt der zusätzlichen Veröffentlichung im Internet die gleiche Funktion zu wie der förmlichen Beteiligung der Öffentlichkeit in den herkömmlichen Formen des § 3 Abs. 2 BauGB. Sie läuft – so das OVG NRW – parallel dazu ab. Daher muss während der gesamten Auslegungszeit über das Internet auf die maßgeblichen Informationen zugegriffen und das Online-Beteiligungsverfahren genutzt werden können (OVG NRW, Urteil vom 25.06.2019 – 10 D 88/16 NE, Rn. 33).

Wie das OVG NRW des Weiteren feststellt, war die unrichtige Datierung des Endes des Beteiligungszeitraums auch geeignet, einzelne Interessierte Bürger, die etwa erst nach dem falschen Datum (31.08.2019) das Online-Beteiligungsformular aufgerufen haben, von der Abgabe einer tatsächlich noch möglichen Stellungnahme abzuhalten. Dass über einen Link im Online-Beteiligungsformular auch der Text der im Amtsblatt veröffentlichten Bekanntmachung hätte eingesehen werden können, ändert daran nichts. Der interessierte Bürger ist – so das OVG NRW – nicht etwa gehalten, die Richtigkeit des von der Kommune im Internet genannten Endes des Beteiligungszeitraums zu überprüfen oder etwaige Widersprüche zwischen den Bekanntmachungstexten im Amtsblatt und im Internet aufzuklären (OVG NRW, Urteil vom 25.06.2019 – 10 D 88/16. NE, Rn. 35).

Da der Antragsteller den nach § 214 Abs. 1 Nr. 2 BauGB beachtlichen Fehler innerhalb der Jahresfrist des § 215 Abs. 1 BauGB gerügt hatte, war dem Normenkontrollantrag stattzugeben (OVG NRW, Urteil vom 25.06.2019 – 10 D 88/16 NE, Rn. 30,36).

Dem Urteil des OVG NRW ist zuzustimmen. Es zeichnet sich durch begrüßenswerte verfahrensrechtliche Strenge aus. Dies ist umso bemerkenswerter, als die weiteren Urteilsgründe im Hinblick auf ein mögliches Heilungsverfahren „auf der Grundlage einer nach dem bisherigen Sach- und Streitstand vorläufigen Bewertung“ Hinweise darauf geben, dass die übrigen Einwendungen des Antragstellers gegen die Rechtmäßigkeit des verfahrensgegenständlichen Bebauungsplans voraussichtlich nicht durchgreifen können (OVG NRW, Urteil vom 25.06.2019 – 10 D 88/16. NE, Rn. 37 ff.). Das gerichtliche Verdikt der verfahrensrechtlichen Fehlerhaftigkeit und der Unwirksamkeit des Bebauungsplans wird hierdurch nicht berührt.

□ **Zulassung von Bodennutzungen im Kerngebiet**

Mit Urteil vom 10.05.2019 (AZ 7 A 1419/17) hat das Oberverwaltungsgericht Münster (OVG) bestätigt, dass bei der Festsetzung eines Kerngebiets nach § 7 Abs. 1 BauNVO hinreichend sichergestellt sein muss, dass es vorwiegend der Unterbringung von Handelsbetrieben sowie den zentralen Einrichtungen der Wirtschaft, der Verwaltung und der Kultur dient.

Das OVG stellte in dem o. g. Urteil inzidenter die Unwirksamkeit des Bebauungsplans fest – u. a. deshalb, weil die dort vorgenommene Festsetzung eines Kerngebiets mangels Rechtsgrundlage an einem durchgreifenden Mangel leide:

Im Geltungsbereich des Bebauungsplans waren durch textliche Festsetzungen im Kerngebiet generell Wohnnutzungen oberhalb des Erdgeschosses zugelassen. Der Bebauungsplan setzte für das Kerngebiet als Höchstgrenze zwei Vollgeschosse fest, wobei die Schaffung von zusätzlichem Wohnraum in den Dachgeschossen möglich und in überwiegender Zahl auch geplant war.

Nach § 7 Abs. 1 BauNVO dienen Kerngebiete vorwiegend der Unterbringung von Handelsbetrieben, sowie der zentralen Einrichtungen der Wirtschaft, der Verwaltung und der Kultur. Da im vorliegenden Fall nach der Planfestsetzung das zulässige Wohnen die Nutzung für Handelsbetriebe, Einrichtungen der Wirtschaft, der Verwaltung und der Kultur überwiegt, fehle es an dem erforderlichen Übergewicht der nach Absatz 1 bestimmten Einrichtungen. Eine Rechtfertigung nach § 7 Abs. 2 Nr. 7 BauNVO – danach können sonstige Wohnungen festgesetzt werden – scheidet ebenfalls aus, da auch hiernach keine unbeschränkte Festsetzung von Wohnungen für Kerngebiete erlaubt sei, bei denen die allgemeine Zweckbestimmung des § 7 Abs. 1 BauNVO nicht gewahrt bleibe. Andern-

falls würde die in § 1 Abs. 3 Satz 1 BauNVO normierte Pflicht des Normgebers verletzt, im Bebauungsplan nur ein in § 1 Abs. 2 BauNVO bezeichnetes und nach Maßgabe der §§ 2 ff. BauNVO näher ausgestaltetes Baugebiet festzusetzen.

Es bleibt also festzuhalten, dass bei der Festsetzung von Wohnnutzungen in einem Kerngebiet diese zumindest gleichgewichtig mit den Einrichtungen entsprechend der Zweckbestimmung des § 7 Abs. 1 BauNVO sein müssen und diese nicht überwiegen dürfen.

□ **ECHA: Neues Vollzugsprojekt zur Prüfung des Internethandels mit Chemikalien**

Nachdem die Registrierung von chemischen Stoffen, Zubereitungen und Erzeugnissen gemäß Verordnung (EG) Nr. 1907/2006 („REACH-VO“) weitgehend umgesetzt ist, rückt der Vollzug dieser Verordnung in den Vordergrund. Die Europäische Chemikalienagentur (ECHA) hat im Januar mitgeteilt, dass sie ein EU-weites Vollzugsprojekt zur Prüfung des Internethandels mit diesen Substanzen gestartet hat. Insbesondere Spielzeuge und Textilien sollen überprüft werden. Das Vollzugsprojekt soll im Jahr 2020 durchgeführt werden.

Die Behörden werden die Kennzeichnung und Bewerbung einzelner Produkte prüfen, Produkte erwerben und analysieren. Gegenstand der Prüfung ist insbesondere die Frage, ob Lieferanten Sicherheitsdatenblätter bereitstellen, soweit gesetzliche Pflichten bestehen, und ihren weiteren Informationspflichten genügen. Die Behörden werden hierzu die eigene Analyse mit den Informationen der Abnehmer abgleichen.

Art. 32 REACH-VO verpflichtet den Lieferanten eines Stoffes als solchem oder in einer Zubereitung (Gemenge, Gemische oder Lösungen aus zwei oder mehreren Stoffen), der kein Sicherheitsdatenblatt zur Verfügung stellen muss, seinem Abnehmer wesentliche Informationen zur Verfügung stellen. „Abnehmer eines Stoffes oder einer Zubereitung“ ist ein nachgeschalteter Anwender oder Händler, dem ein Stoff oder eine Zubereitung geliefert wird, Art. 3 Ziffer 34 REACH-VO.

Art. 33 Abs. 1 REACH-VO verpflichtet den Lieferanten eines Erzeugnisses (Gegenstand/Produkt), das einen besonders besorgniserregenden Stoff in einer relevanten Konzentration enthält (also insbesondere krebserzeugend, erbgutverändernd, fortpflanzungsgefährdend oder persistent etc. ist), dem Abnehmer des Erzeugnisses

die ihm vorliegenden, für eine sichere Verwendung ausreichenden Informationen zur Verfügung zu stellen. „Abnehmer eines Erzeugnisses“ ist ein industrieller oder gewerblicher Anwender oder Händler, dem ein Erzeugnis geliefert wird; Verbraucher fallen nicht darunter, Art. 3 Ziffer 35 REACH-VO.

Verbraucher können Informationen darüber verlangen, ob Erzeugnisse einen besonders besorgniserregenden Stoff in einer relevanten Konzentration enthalten, Art. 33 Abs. 2 REACH-VO.

Des Weiteren soll die Einstufung und Kennzeichnung von Produkten gemäß der Verordnung (EG) Nr. 1272/2008 (GHS-VO) überprüft werden.

Auch Biozidprodukte werden geprüft.

Für den Vollzug chemikalienrechtlicher Bestimmungen sind in Deutschland die Überwachungsbehörden der Bundesländer zuständig.

- **Der Eigentümer eines Grundstücks, das zu einer stillgelegten Deponie gehört, muss Maßnahmen zur Deponiesanierung dulden**

Das Verwaltungsgericht (VG) Kassel hat in einem aktuellen Urteil vom 05.12.2019 (AZ. 3 K 3927/17.KS) entschieden, dass der Eigentümer eines Grundstücks, welches zu einer stillgelegten Abfalldeponie gehört, Maßnahmen auf seinem Grundstück zur Sanierung der stillgelegten Deponie zu dulden hat.

In dem vom VG Kassel zu entscheidenden Fall hatte sich der Eigentümer eines Grundstücks, welches zum Teil zu einer ehemaligen städtischen Abfalldeponie gehört, gegen einen Bescheid des beklagten Regierungspräsidiums Kassel gewendet, mit dem dieses ihm aufgegeben hatte, die behördlich genehmigten Maßnahmen zur Sanierung der ehemaligen Deponie durch die Sanierungspflichtige zu dulden.

Zum einen bestritt der Kläger die Erforderlichkeit von Sanierungsmaßnahmen auf seinem Grundstück. Zum anderen wandte sich der Kläger gegen die Art und Weise der vorgesehenen Sanierung. So war in dem vom VG Kassel zu entscheidenden Fall unter einer 2,80 m dicken mehrschichtigen Abdeckschicht eine bis zu mehreren Metern hohe Profilierungsschicht vorgesehen, in die nach dem Sanierungsplan Recyclingmaterial eingebaut werden durfte. Der Kläger befürchtete, dass tatsächlich Abfälle mit einer höheren als der genehmigten Schadstoffbelastung eingebaut würden und die Sanierungspflichtige daraus einen nicht unbeträchtlichen Gewinn erzielen werde.

Das VG Kassel sah nach seinen Feststellungen entgegen der Auffassung des Klägers die Sanierungsmaßnahmen für erforderlich an und erkannte auch keine Gefahr, es werde durch die Sanierung zu einer Verunreinigung des Grundstücks des Klägers kommen, da nach den Nebenbe-

stimmungen des Bescheids, mit dem die Beklagte den Sanierungsmaßnahmen zugestimmt hatte, die Einhaltung der Zuordnungswerte nach LAGA Z 1.2 nachzuweisen sei und Überschreitungen bis Z 2 nur in begründeten Einzelfällen nach Abstimmung mit der Genehmigungsbehörde zugelassen würden.

Die Duldungsanordnung sei vielmehr rechtmäßig und verletze den Kläger nicht in seinen Rechten:

Der Beklagte habe zutreffend die gegen den Kläger ergangene Duldungsanordnung auf § 10 Abs. 1 S. 1 Bundes-Bodenschutzgesetz (BBodSchG) als Ermächtigungsgrundlage gestützt. Nach dieser Bestimmung könne die zuständige Behörde die zur Erfüllung der Verpflichtungen aus § 4 BBodSchG notwendigen Maßnahmen treffen. Nach § 4 Abs. 3 S. 1 BBodSchG seien der Verursacher einer schädlichen Bodenveränderung oder Altlast sowie dessen Gesamtrechtsnachfolger, der Grundstückseigentümer und der Inhaber der tatsächlichen Gewalt über ein Grundstück verpflichtet, den Boden und Altlasten sowie durch schädliche Bodenveränderungen oder Altlasten verursachte Verunreinigungen von Gewässern so zu sanieren, dass dauerhaft keine Gefahren, erheblichen Nachteile oder erheblichen Belastungen für den Einzelnen oder die Allgemeinheit entstehen. Hierzu kämen bei Belastungen durch Schadstoffe neben Dekontamination auch Sicherungsmaßnahmen in Betracht, die eine Ausbreitung der Schadstoffe langfristig verhindern (§ 4 Abs. 3 S. 2 BBodSchG).

Diese in § 4 BBodSchG normierten Sanierungspflichten zur Gefahrenabwehr und Störungsbeseitigung erstreckten sich auch auf schädliche Bodenveränderungen und Altlasten, die, wie im vorliegenden Fall, vor Inkrafttreten des BBodSchG zum 01.03.1999 verursacht wurden. Die in § 1 BBodSchG zum Ausdruck gebrachte Zielsetzung, neben der Sicherung der Bodenfunktion diese wiederherzustellen, lasse

nur den Schluss zu, dass das BBodSchG auch vor seinem Inkrafttreten verursachte schädliche Bodenveränderungen und Altlasten erfassen solle.

Grundsätzlich könne mit Anordnungen nach § 10 Abs. 1 BBodSchG ein Handeln verlangt werden, sei es zur Gefahrenabwehr oder zur Sanierung. Die Vorschrift schließe – wie im zu entscheidenden Fall – aber auch die Anordnung für die Umwelt ausschließen zu können. Daher sei der Kläger verpflichtet, die von der Sanierungspflichtigen beabsichtigte Sanierungsmaßnahme hinzunehmen.

- **Vorzeitige Kündbarkeit von Mietverträgen mit Festlaufzeit wegen Formmängeln soll durch geplante Gesetzesänderung erheblich eingeschränkt werden**

Bislang ist es grundsätzlich möglich, Mietverträge mit einer Festlaufzeit von mehr als einem Jahr im Falle bestimmter Formmängel vorzeitig zu kündigen. Diese vorzeitige Kündbarkeit soll durch eine geplante Gesetzesänderung erheblich eingeschränkt werden.

Gemäß § 550 BGB müssen Mietverträge mit einer Laufzeit von mehr als einem Jahr in schriftlicher Form abgeschlossen werden. Diese gesetzliche Regelung ist insbesondere für Mietverträge über Büro- und Gewerbeflächen relevant, da diese oft mit langen Festlaufzeiten abgeschlossen werden.

Wird ein Mietvertrag mit einer Festlaufzeit von mehr als einem Jahr nicht in der gesetzlich vorgeschriebenen Schriftform abgeschlossen, kann der Mietvertrag vom Vermieter oder Mieter grundsätzlich jederzeit ordentlich gekündigt werden. Ist beispielsweise ein Gewerbemietvertrag für 10 Jahre fest abgeschlossen worden und hat noch eine Restlaufzeit von 8 Jahren, ist aber die gesetzlich vorgeschriebene Schriftform nicht gewahrt worden, kann der Mietvertrag grundsätzlich jederzeit zum nächstmöglichen Termin ordentlich gekündigt werden.

Dies wäre nicht sonderlich relevant, wenn ein Verstoß gegen das Schriftformerfordernis nur dann gegeben wäre, wenn der Mietvertrag lediglich mündlich abgeschlossen worden ist. Der Bundesgerichtshof (BGH) legt das Schriftformerfordernis allerdings restriktiv aus. Nach der Rechtsprechung des BGH kann die Schriftform bereits dann nicht gewahrt sein, wenn von den Vertragsparteien vergessen wurde, dem schriftlich abgeschlossenen Mietvertrag eine wesentliche Anlage (z.B. einen Plan, aus dem sich die genaue Mietfläche

erst ergibt) beizufügen. Auch bei nachträglichen Änderungen von Mietverträgen kommt es oft zu Formfehlern. Dies ist solange nicht weiter von Bedeutung, wie beide Vertragsparteien den Vertrag fortführen wollen. Ergibt sich aber für den Vermieter eine lukrativere Möglichkeit, das Mietobjekt anderweitig zu vermieten oder will der Mieter vorzeitig aus dem Mietvertrag, wird der Vertrag nicht selten einem Anwalt zur Prüfung vorgelegt, ob eine Möglichkeit besteht, den Vertrag vorzeitig zu beenden. Formfehler der vorgenannten Art können es bislang ermöglichen, einen Mietvertrag, von dem der Vermieter und der Mieter dachten, noch lange daran gebunden zu sein, jederzeit mit den normalen ordentlichen Kündigungsfristen zu kündigen. Damit kann die kündigende Vertragspartei sich den künftigen Pflichten aus dem Mietvertrag in rechtlich zulässiger Weise entziehen, ohne sich gegenüber der anderen Vertragspartei schadensersatzpflichtig zu machen.

Die Möglichkeit zur vorzeitigen Kündigung langfristiger Mietverträge wegen Formmängeln soll durch eine geplante Änderung des § 550 BGB stark beschränkt werden. Nach einem vom Bundesrat eingebrachten Gesetzentwurf soll § 550 BGB insbesondere dahin geändert werden, dass nur noch ein Erwerber, der das Mietobjekt nach Abschluss des Mietvertrags erworben hat und durch den Erwerb in den Mietvertrag eintritt, dieses Kündigungsrecht hat.

Die geplante Änderung soll nicht nur Mietverträge erfassen, die nach Inkrafttreten der Gesetzesänderung geschlossen werden, sondern auch bereits davor geschlossene Mietverträge, sofern im Zeitpunkt des Inkrafttretens noch keine Kündigung wegen Verstoßes gegen das Schriftformerfordernis erfolgt ist. Sofern die geplante Gesetzesänderung in der aktuellen Fassung beschlossen wird, ist die vorzeitige Kündigung eines bestehenden Mietvertrags mit einer Festlaufzeit von mehr als einem Jahr wegen Formmängeln der vorgenannten Art (abgesehen von einem Neuerwerber)

daher nur zulässig, wenn die Kündigung noch vor Inkrafttreten der Gesetzesänderung erfolgt.

- **Der Abzug gelber Tonnen im Auftrag des Systembetreibers wegen Fehlbefüllung kann eine Besitzstörung darstellen**

Mit Urteil vom 01.10.2019 (4 U 774/19) hat das Oberlandesgericht Dresden (OLG) einer klagenden Grundstückseigentümerin einen Besitzschutzanspruch gemäß § 862 Abs. 1 Satz 2 BGB zugesprochen, weil die Abfallbehälter gegen den Willen der Klägerin wegen „Fehlbefüllung“ abgezogen worden sind. Den ebenfalls eingeklagten Schadensersatzanspruch gerichtet auf den Ersatz der Gebühren, die für die Aufstellung zusätzlicher Restabfallbehälter angefallen sind, hat das OLG Dresden allerdings abgewiesen.

Die Klägerin ist Eigentümerin in der Stadt Leipzig gelegener Grundstücke, die mit Mehrfamilienhäusern bebaut sind. Die darin gelegenen Wohnungen werden von der Klägerin vermietet. Zur Erfassung der anfallenden Abfälle und Wertstoffe hat die Klägerin auf ihren Grundstücken eingezäunte und verschlossene Standplätze eingerichtet, auf denen die jeweils erforderlichen Abfallbehälter abgestellt sind. Zutritt zu den Behältern haben nur die Mitarbeiter der Klägerin und die jeweiligen Mieter. An den Leerungsterminen werden die Tore der Standplätze durch die Mitarbeiter der Klägerin geöffnet und die Abfallbehälter für die Leerung bereitgestellt.

Im Gebiet der Stadt Leipzig haben sich die für die Verpackungsentsorgung zuständigen Dualen Systeme darauf verständigt, dass eines von ihnen jeweils in einem Vertragsgebiet die Erfassung der Verpackungsabfälle organisiert. Im Vertragsgebiet Leipzig ist das die „DSD Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland GmbH“ (DSD). DSD hat mit der Beklagten, einem Entsorgungsunternehmen, einen Vertrag geschlossen (LVP-Vertrag), in dem sie die Beklagte mit der Erfassung von Leichtverpackungen über die „Gelbe Tonne“ im Gebiet der Stadt Leipzig

beauftragt hat. Nach dem LVP-Vertrag ist die Beklagte verpflichtet, die Sammelbehälter bei wiederholter „Fehlbefüllung“ (Befüllung mit einem erheblichen Anteil an Restabfällen oder fraktionsfremden Stoffen) abziehen und die betreffenden Behälter zeitweilig von der Entsorgung über die Dualen Systeme auszuschließen.

Die Nutzungsbedingungen für die Gelben Tonnen hat die Beklagte mittels Aufkleber auf den betreffenden Abfallbehältern für die Benutzer kenntlich gemacht.

Aufgrund wiederholter Fehlbefüllungen ist es zum Abzug der Gelben Tonnen durch die Beklagte gekommen. Wie in dem LVP-Vertrag vereinbart, hatte sich die Beklagte dazu zuvor sowohl mit ihrer Vertragspartnerin DSD, als auch mit der Stadt Leipzig als dem öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger abgestimmt.

Die Klägerin macht mit der Klage als Besitzerin der Gelben Tonnen einen Unterlassungsanspruch gemäß § 862 Abs. 1 Satz 2 BGB sowie Schadensersatz gemäß § 823 BGB gegenüber der Beklagten geltend. Das OLG hat der Klage hinsichtlich des Unterlassungsanspruchs stattgegeben, sie aber im Übrigen abgewiesen.

Nach den Feststellungen des OLG lagen die Voraussetzungen des Unterlassungsanspruchs zum Zeitpunkt des Abzugs der Gelben Tonnen vor. Die Klägerin war zu diesem Zeitpunkt Alleinbesitzerin der Wertstoffbehälter (§ 854 Abs. 1 BGB). Ihr war von Mitarbeitern der Beklagten die tatsächliche und auf Dauer angelegte Sachherrschaft an den Gelben Tonnen überlassen worden. Durch das Einstellen der Tonnen in einem gegenüber Dritten abgeschirmten Bereich, zu dem nur Mitarbeiter der Klägerin und Mieter Zutritt hatten, hatte die Klägerin ihren Besitzbegründungswillen nach außen kenntlich gemacht.

Die Beklagte hat die Besitzstörung durch das Abziehen der Tonnen durch ihre

Handlung selbst bewirkt und ist daher unmittelbarer Handlungsstörer. Daran ändert es nichts, dass sie in Abstimmung mit DSD oder auf deren Weisung gehandelt hat. Dieser Umstand hat nur zur Folge, dass der Klägerin möglicherweise auch gegen DSD ein Besitzschutzanspruch zugestanden hat.

Ein Besitzschutzanspruch wäre ausgeschlossen gewesen, wenn die Beklagte gleichrangigen Mitbesitz an den Gelben Tonnen gehabt hätte. Das war aber nicht der Fall. Denn die Mitarbeiter der Beklagten erhielten nur kurzzeitig und vorübergehend die Möglichkeit, auf die von den Mitarbeitern der Klägerin zur Leerung bereitgestellten Abfallbehälter zuzugreifen, um diese zu leeren. Eine solche Zugriffsmöglichkeit begründet keinen Mitbesitz, sondern stellt lediglich eine nicht besitzschutzfähige Sachbeziehung dar.

Die Beklagte hat daher mit dem vorübergehenden Abzug der Tonnen eine Besitzstörung durch verbotene Eigenmacht begangen (§ 862 Abs. 1 BGB). Die Besitzstörung erfolgte ohne den Willen der Klägerin und war auch nicht durch Gesetz gestattet. Die Beklagte wurde allein aufgrund des zwischen ihr und DSD geschlossenen privatrechtlichen Vertrags tätig und kann keine öffentlich-rechtlichen Vorschriften anführen, die sie zu dem Abzug der Tonnen ermächtigt hätten.

Der Klägerin stand daher der in die Zukunft gerichtete Unterlassungsanspruch gegen die Beklagte zu (§ 862 Abs. 1 Satz 2 BGB). Ist eine Besitzstörung – wie in dem vorliegenden Fall durch das Abziehen der Tonnen – bereits eingetreten, wird die Wiederholungsgefahr vermutet.

Schadensersatzansprüche (§ 823 Abs. 1 und Abs. 2 BGB) stehen der Klägerin dagegen nicht zu. Das gilt schon deshalb, weil sie zum Zeitpunkt des Abzugs der Tonnen nicht mehr zum Besitz berechtigt war, ein Schadensersatzanspruch gemäß § 823 Abs. 1 BGB aber nur bei berechtigtem Besitz

gegeben sein kann. Die wiederholte Fehlbefüllung der Behälter verstieß gegen die Nutzungsbedingungen, die die Beklagte für die Überlassung und Nutzung der Tonnen gemacht hatte. Rechtlich ist damit die Besitzübergabe und -ausübung unter dem Vorbehalt der Einhaltung der Nutzungsbedingungen erklärt worden. Durch den wiederholten Verstoß gegen die Nutzungsbedingungen verlor die Klägerin ihr Recht zum Besitz an den Tonnen. Die Fehlbefüllung durch die Mieter musste sich die Klägerin zurechnen lassen, weil sie den Mietern die Tonnen zur Verfügung gestellt hat und als Vermieterin dafür zu sorgen hatte, dass die Mieter die Abfallbehälter regelkonform benutzen.

Da die Klägerin zum Zeitpunkt des Abziehens der Tonnen nicht mehr zum Besitz berechtigt war, ist die verbotene Eigenmacht, die die Beklagte begangen hat, auch nicht als eine einen Schadensersatzanspruch gemäß § 823 Abs. 2 BGB auslösende Schutzgesetzverletzung einzuordnen.

Die Klägerin kann die Gebühren, die sie für die Aufstellung zusätzlicher Restmülltonnen zu tragen hatte, auch deshalb nicht von der Beklagten ersetzt verlangen, weil diese Gebühren auch dann angefallen wären, wenn die Beklagte die Gelben Tonnen auf den Grundstücken der Klägerin belassen, aber nicht geleert hätte. Dazu wäre die Beklagte berechtigt gewesen. Es fehlt daher auch an der Kausalität für den geltend gemachten Schaden.

- **Teile der Entsorgungswirtschaft sollen als „Kritische Infrastruktur“ in den Geltungsbereich des IT-Sicherheitsgesetzes einbezogen werden**

2015 ist das IT-Sicherheitsgesetz (Gesetz zur Erhöhung der Sicherheit informationstechnischer Systeme) in Kraft getreten. Ziel des Gesetzes ist es, einen weltweit führenden Standard zu setzen im Hinblick auf die Sicherheit informationstechnischer Systeme. 2019 ist ein Referentenentwurf des Bundesinnenministeriums für ein neues IT-Sicherheitsgesetz (sog. IT-SiG 2.0) ausgearbeitet worden, der die erstmalige Aufnahme des Entsorgungssektors in den Katalog der Sektoren mit Kritischer Infrastruktur vorsieht. Sollte der Referentenentwurf in dieser Weise umgesetzt werden, können Entsorgungsanlagen durch Rechtsverordnung zu Kritischer Infrastruktur erklärt werden. Betroffene Unternehmen der Entsorgungswirtschaft müssen dann eine Reihe zusätzlicher rechtlicher Anforderungen erfüllen.

Durch das IT-Sicherheitsgesetz von 2015 wurde das Gesetz über das Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik (BSI-Gesetz – BSIG) um eine Begriffsbestimmung für „Kritische Infrastrukturen“ ergänzt. Diese gehören bestimmten, im BSIG aufgezählten Sektoren (z.B. Energie, Telekommunikation) an. Die Betreiber Kritischer Infrastrukturen treffen zahlreiche (bußgeldbewehrte) Pflichten im Hinblick auf die Sicherheit ihrer IT-Systeme.

Der Referentenentwurf des Bundesinnenministeriums sieht nunmehr vor, dass der Sektor „Entsorgung“ in den Katalog der Sektoren mit Kritischen Infrastrukturen und damit in den Anwendungsbereich der IT-sicherheitsrechtlichen Regularien einbezogen wird. In der Begründung des Referentenentwurfs wird diese Ergänzung damit begründet, dass es sich bei der „Entsorgung von Siedlungsabfällen“ um eine kritische Dienstleistung handele. Es solle verhindert werden, dass es durch einen Ausfall oder eine Beeinträchtigung der

Entsorgung von Siedlungsabfällen zu einer Gefährdung der Bevölkerung und Umwelt komme.

Im Hinblick auf diese Erwägungen ist davon auszugehen, dass die beabsichtigte Neuregelung nicht die Entsorgung (im Sinne von § 3 Abs. 22 KrWG) insgesamt – also jede Art der Verwertung und Beseitigung von Abfällen – betrifft, sondern lediglich die Entsorgung von Siedlungsabfällen. Der Begriff der Siedlungsabfälle, der bisher im KrWG nicht definiert ist, umfasst nach der bis Juli 2020 umzusetzenden Legaldefinition in der Abfallrahmenrichtlinie, die weitgehend dem Kapitel 20 des Abfallverzeichnisses entspricht, – etwas vereinfacht – gemischte und getrennt gesammelte Abfälle aus Haushalten (einschließlich Papier und Karton, Glas, Metall, Kunststoff, Bioabfälle, Holz, Textilien, Verpackungen, Altgeräte, Altbatterien und Altakkumulatoren sowie Sperrmüll) und vergleichbare Abfälle aus anderen Herkunftsbereichen, sofern diese in ihrer Beschaffenheit und Zusammensetzung Haushaltsabfällen ähnlich sind.

Selbst wenn die geplante Ergänzung des BSIG Gesetz werden sollte, würde dies allerdings nicht dazu führen, dass sämtliche Betreiber von Einrichtungen und Anlagen zur Entsorgung von Siedlungsabfällen unmittelbar zu Kritischen Infrastrukturen im Sinne dieses Gesetzes würden. Die betroffenen Einrichtungen und Anlagen sind vielmehr erst noch in einer Rechtsverordnung, der sog. BSI-Kritisverordnung, zu konkretisieren. Diese Verordnung zählt für die einzelnen in das BSIG einbezogenen Sektoren die erfassten Arten von Einrichtungen und Anlagen auf und gibt jeweils Schwellenwerte an, ab der die Einrichtungen und Anlagen als Kritische Infrastrukturen anzusehen sind. Entsprechende Regelungen wären, wenn der Referentenentwurf wie vorgesehen umgesetzt wird, auch für den Entsorgungssektor zu schaffen. Da für die erforderliche Änderung der BSI-Kritisverordnung bisher kein Entwurf vorliegt, ist derzeit noch nicht absehbar,

welche Entsorgungsunternehmen von der Ausweitung der IT-sicherheitsrechtlichen Pflichten konkret betroffen sein werden. Unternehmen, die im Bereich der Entsorgung von Siedlungsabfällen tätig sind, ist jedoch zu empfehlen, sich fortlaufend über die weitere Entwicklung zu informieren.

Betroffene Unternehmen haben ab ihrer Einbeziehung in die BSI-Kritisverordnung und damit das BSIG zwei Jahre Zeit, um ihre IT-Systeme den gesetzlichen Anforderungen für Kritische Infrastrukturen anzupassen. Dafür sind insbesondere angemessene organisatorische und technische Vorkehrungen zur Vermeidung von Störungen der Verfügbarkeit, Integrität, Authentizität und Vertraulichkeit der für die Funktionsfähigkeit der Kritischen Infrastrukturen maßgeblichen informationstechnischen Systeme, ihrer Komponenten oder Prozesse zu treffen. Die Erfüllung dieser Anforderungen ist nicht zuletzt deswegen besonders haftungsrelevant, weil durch die geplante Gesetzesänderung auch die Sanktion von Ordnungswidrigkeiten drastisch verschärft werden soll. Bislang gilt ein Bußgeldrahmen von bis zu maximal 100.000 € je Verstoß (§ 14 Abs. 2 Satz 1 BSIG). Der Referentenentwurf sieht – in Angleichung an die Regelungen der DSGVO – vor, dass Verstöße gegen bestimmte Ordnungswidrigkeitentatbestände mit Geldbußen von bis zu 20 Millionen Euro oder von 4 % des gesamten weltweit erzielten jährlichen Unternehmensumsatzes des vorangegangenen Geschäftsjahres – maßgeblich soll der im jeweiligen Fall höhere Betrag sein – geahndet werden können.

□ **VK Lüneburg: Keine Fehlerkorrektur durch teilweise Rückversetzung**

Die Vergabekammer (VK) Lüneburg hat in einem Beschluss vom 10.07.2019 (VgK-22/2019) entschieden, dass der Auftraggeber Fehler in den Vergabeunterlagen, die er erst nach Öffnung der Angebote erkennt, durch Rückversetzung des Verfahrens korrigieren kann. Eine solche ist – spiegelbildlich zur Aufhebung – zulässig, sofern ein sachlicher Grund besteht, kein Bieter diskriminiert wird und die Entscheidung nicht willkür- oder scheinbehaftet ist. Dabei ist es dem Auftraggeber jedoch nicht möglich, die Rückversetzung nur auf Teilbereiche der Ausschreibung zu beschränken.

Hintergrund des zu entscheidenden Falles war eine europaweite Ausschreibung, die die thermische Verwertung von Klärschlamm in einer Monoklärschlammverbrennungsanlage zum Gegenstand hatte. Neben dem Preis war u.a. die Energieeffizienz der Behandlungsanlage Zuschlagskriterium.

Nach Angebotslegung und anschließender Wertung stellte sich heraus, dass der Auftraggeber und manche Bieter die erforderlichen Angaben zum Zuschlagskriterium der Energieeffizienz unterschiedlich verstanden hatten. Ein Ausschluss des Angebots kam für den Auftraggeber aufgrund der nachträglichen Uneindeutigkeit nicht in Betracht. Stattdessen versetzte der Auftraggeber das Verfahren „isoliert“ zurück, um den Bietern die Möglichkeit einzuräumen, ihr Angebot allein bezogen auf die Angaben zu dem Zuschlagskriterium der Energieeffizienz zu überarbeiten; der Angebotspreis durfte jedoch nicht mehr verändert werden. Dagegen wendete sich einer der Bieter.

Nach Ansicht der VK Lüneburg machen die Vergabeunterlagen keine eindeutigen Vorgaben zu den vom Bieter zu machenden Angaben zu dem Zuschlagskriterium der Energieeffizienz. Aus diesem Grund ist weder der Zuschlag noch ein Ausschluss von Angeboten und somit eine Fehlerkorrektur durch den Auftraggeber auch noch nach Submission möglich. Eine Rückversetzung ist daher unter den gleichen Voraussetzungen wie eine Aufhebung möglich, sofern ein sachlicher Grund vorliegt, die Diskriminierung einzelner Bieter ausgeschlossen ist und die Entscheidung nicht willkür- bzw. scheinbehaftet erfolgt. Diese Anforderungen liegen bei unklaren Anforderungen zum Zuschlagskriterium der Energieeffizienz vor.

Die lediglich teilweise Rückversetzung verstößt gegen das vergaberechtliche Gleichbehandlungsgebot. Der Auftraggeber erhält Einfluss auf die Rangfolge der Angebote, ohne den Bietern die Möglichkeit einzuräumen, etwaige Nachteile bei dem „rückversetzten“ Zuschlagskriterium der Energieeffizienz durch Optimierung anderer Kriterien – insbesondere hinsichtlich des Preises – auszugleichen. Der Vergabestelle wurde deshalb aufgegeben, das gesamte Verfahren zurückzusetzen

Eine Rückversetzung des Verfahrens kann nicht „isoliert“ erfolgen. Eine nur teilweise Rückversetzung würde den besonderen Umstand missachten, dass die Angebotsabgabe immer als Einheit unter individueller Gewichtung aller Faktoren erfolgt. Verändern sich die Voraussetzungen eines Parameters, kann dies Auswirkungen auf das Gesamtkonzept haben. Das OLG Düsseldorf hat hiervon nur dann eine Ausnahme zugelassen, wenn zweifelsfrei feststeht, dass die Überarbeitung eines Angebots teils keinerlei Auswirkungen auf die übrigen Bestandteile und damit auf das Gesamtangebot hat (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.01.2015 – Verg 29/14).

□ **Verpackungsvergaberecht – Erste Erfahrungen mit Schiedsverfahren**

Mit § 23 Verpackungsgesetz (VerpackG) wurde erstmals eine Regelung geschaffen, um die Beauftragung von Sammelleistungen durch die dualen Systembetreiber in ein gesetzlich geregeltes, die Grundsätze des Wettbewerbs und der Gleichbehandlung wahrendes Verfahren zu pressen. Das Verfahren ist stark an dem öffentlichen Vergaberecht orientiert. Gleichwohl bestehen bereits bedingt durch die Konstellation, dass hier Unternehmen – und damit Wettbewerber – Aufträge vergeben, Besonderheiten in Abgrenzung zum Kartellvergaberecht. Nicht zuletzt ist Rechtsschutz für die teilnehmenden Unternehmen nur durch Einleitung eines privat-rechtlich organisierten Schiedsverfahrens möglich.

Zwischenzeitlich wurden die ersten Vergabeverfahren auf der Grundlage des § 23 VerpackG durchgeführt. Diesen Verfahren lagen mit Ausnahme der individuellen Leistungsbeschreibung allgemein abgestimmte Vergabeunterlagen zugrunde. Bei der Durchführung der Vergabeverfahren sind sodann vergaberechtliche Schwierigkeiten insbesondere mit Blick auf die Komplexität der mit dem Angebot geforderten Konzepte zutage getreten, welche in zwei Fällen durch Entsorger aufgegriffen wurden. Der von Köhler & Klett anwaltlich vertretene Entsorger war in diesen Schiedsverfahren nach § 23 Abs. 8, 9 VerpackG jeweils erfolgreich.

Im Rahmen der Schiedsverfahren verdeutlichten sich dabei einmal mehr die Besonderheiten eines Verfahrens nach § 23 VerpackG. Zum einen hat die Vergabestelle – das beauftragende duale System – keinen Überblick über das gesamte Verfahren, sondern allein die Zentrale Stelle. Zum anderen entspricht die Prüfungstiefe des Schiedsgerichts nicht der einer Vergabekammer, da es sich an dem maßgeblichen, enger begrenzten Verfahrensgegenstand zu orientieren hat. Relevant ist allein das

Angebot des vorgesehenen Bestbieters, welches von dem vergebenden dualen System geprüft wurde, und das bis zum Vergabevorschlag durchgeführte Vergabeverfahren. Sonstige Umstände und insbesondere die übrigen Angebote sind nicht Verfahrensgegenstand.

Im Ergebnis kann somit ein Entsorgungsunternehmen erfolgreich in einem Schiedsverfahren gegen eine Vergabe nach § 23 VerpackG vorgehen, ohne zu wissen, ob es ein eigenes zuschlagsfähiges Angebot eingereicht hat.

Die bisher durchgeführten Schiedsverfahren stellen aber überdies heraus, dass allein durch eine rechtliche Kontrolle bestehende Unzulänglichkeiten bei der Verfahrensführung nach § 23 VerpackG herausgearbeitet und mit Blick auf künftige Verfahren vermieden werden können. Allein auf diesem Weg ist eine Rechtsfortbildung möglich und in der Sache dringend geboten.

□ **Aktuelle Veröffentlichungen**

Dr. Alexander de Diego und Verena Eske
Öffentliches Wasserrecht im Rahmen von
Zivilrechtsstreitigkeiten
in: Zeitschrift für Deutsches und Europäisches
Wasser-, Abwasser- und Bodenschutzrecht
W + B 2019, S. 234 – 240

Dr. Anno Oexle
Kommentierung der §§ 45 ff. des Gesetzes
zur Entwicklung und Förderung der Wind-
energie auf See (WindSeeG)
in: Klement/Müller-Terpitz, Kommentar
zum Energierecht (im Erscheinen)

Dr. Anno Oexle
Filialbasierte Rücknahmesysteme für Alt-
textilien
in: Schmoll/Boeminghaus (Hrsg.), Mode-
recht – Vermarktung und Vertrieb, 1. Auf-
lage 2020

□ **Aktuelle Veranstaltungen**
- Auswahl -

03.03.2020
Vergaberecht – Nachprüfungsverfahren
Referent: Dr. Dominik R. Lück
veranstaltet durch das Kommunale Bil-
dungswerk e. V. in Düsseldorf

04.03.2020
Vergaberecht – aktuelle Rechtsprechung
und Gesetzgebung
Referent: Dr. Dominik R. Lück
veranstaltet durch das Kommunale Bil-
dungswerk e. V. in Düsseldorf

10.03.2020
Aktuelle Rechtsfragen der Anlagenüber-
wachung und -genehmigung
Themenschwerpunkt: 44. BImSchV
Referent: Dr. Rainer Geesmann
Vortrag im Rahmen des Expert Meetings
„Emissionsüberwachung bei genehmig-
ungsbedürftigen Anlagen“
veranstaltet durch die TÜV Rheinland
Energy GmbH in Köln

11.03.2020
Vergaberecht im Verpackungsgesetz
Referent: Dr. Dominik R. Lück
veranstaltet durch den BDE Bundesver-
band der Deutschen Entsorgungs-, Wasser-
und Rohstoffwirtschaft e. V. in Köln

17.03.2020
Vergabemanagement und Nachprüfungs-
verfahren
Referent: Dr. Dominik R. Lück
veranstaltet durch den Kölner Anwaltver-
ein e. V. in Köln

24.04.2020
Vergaberecht – Aktuelle Rechtsprechung
und Entwicklung bei der Eignung
Referent: Dr. Dominik Lück
veranstaltet durch den Kölner Anwaltver-
ein e. V. in Köln

Autoren dieses Newsletters sind:

Büro Köln

Rechtsanwalt Dr. D. Lück
Rechtsanwalt Dr. A. Oexle
Rechtsanwalt Dr. A. De Diego
Rechtsanwältin Dr. O. Kracht
Rechtsanwalt Dr. R. Geesmann
Rechtsanwalt Dr. H. Weishaupt
Rechtsanwalt Prof. Dr. R. Breuer
Rechtsanwältin C. Radeloff
Rechtsanwältin S. Johlen
Rechtsanwalt T. Lammers
Rechtsanwältin V. Eske