

## Newsletter

### Umwelt □ Technik □ Vergabe

Neunundvierzigste Ausgabe, Juli 2019

Seite

- VGH Mannheim: Freiwillige Rücknahme von Alttextilien darf auch fremde Produkte umfassen ..... 1
- Grenzüberschreitende Abfallverbringung: Fremdstoffproblematik vor dem EuGH ..... 5
- EuGH-Urteil zur Einstufung von Spiegeleinträgen als gefährlicher/nicht gefährlicher Abfall ..... 5
- Schrottplatz im Gewerbegebiet („Atypik“) ..... 6
- Klarstellungen zur bauplanungsrechtlichen Abgrenzung zwischen Innen- und Außenbereich ..... 9
- BGH lehnt verschuldensunabhängige Haftung eines Recyclingunternehmens bei Detonation einer Weltkriegsbombe ab 11
- BGH-Urteil zu den Anforderungen an eine kaufvertragliche Beschaffenheitsvereinbarung und die nach dem Kaufvertrag vorausgesetzte Verwendung der Kaufsache ..... 12
- Folgenbeseitigungsanspruch eines Grundstückseigentümers nach Straßensanierung ..... 14
- Kein Ausschluss des Angebots wegen „schwerer Verfehlung“ nach § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB bei Einstellung des Strafverfahrens ..... 15
- Aktuelle Veröffentlichungen ..... 17
- Aktuelle Veranstaltungen ..... 17

**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

□ **VGH Mannheim: Freiwillige Rücknahme von Alttextilien darf auch fremde Produkte umfassen**

*Zu der seit langem umstrittenen Frage, ob eine freiwillige Rücknahme in Wahrnehmung der Produktverantwortung auch fremde Produkte umfassen darf, liegt nun die erste obergerichtliche Entscheidung vor. Mit Urteil vom 19.05.2019 hat der Verwaltungsgerichtshof (VGH) Mannheim sich der einhelligen Auffassung der erstinstanzlichen Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte angeschlossen und für den Bereich der nicht gefährlichen Abfälle die Zulässigkeit einer freiwilligen Rücknahme fremder Produkte bestätigt.*

Alttextilien aus privaten Haushalten, die rechtlich als Abfall einzustufen sind, sind nach § 17 Abs. 1 Kreislaufwirtschaftsgesetz (KrWG) grundsätzlich dem zuständigen öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger (örE) zu überlassen. Die Privatwirtschaft darf – soweit sie nicht als Drittbeauftragter des örE tätig wird – auf solche Abfälle nur zugreifen, wenn eine Ausnahme von der Überlassungspflicht nach § 17 Abs. 2 KrWG vorliegt. Zu den im KrWG vorgesehenen Ausnahmetatbeständen gehört unter anderem die gewerbliche Sammlung im Sinne von § 17 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 KrWG. Deren Zulässigkeit ist jedoch an enge Voraussetzungen geknüpft; insbesondere ist eine gewerbliche Sammlung unzulässig, wenn ihr überwiegende öffentliche Interessen entgegenstehen. Konkretisiert wird der unbestimmte Rechtsbegriff der überwiegenden öffentlichen Interessen durch § 17 Abs. 3 KrWG, der den Belangen der örE in weitem Umfang Vorrang einräumt.

Große Einzelhandelsunternehmen, die bundesweite Rücknahmesysteme für Alttextilien aufbauen wollen, wählen angesichts der gesetzlichen Einschränkungen gewerblicher Sammlungen vermehrt einen anderen Weg und stützen ihre Systeme auf § 17 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 KrWG. Danach besteht die Überlassungspflicht nicht, wenn Abfälle in Wahrnehmung der Produktver-

antwortung freiwillig zurückgenommen werden. Berechtigt zu einer solchen freiwilligen Rücknahme sind Hersteller und Vertreiber, die nach allgemeinen abfallrechtlichen Grundsätzen jedoch Dritte, insbesondere private Entsorgungsunternehmen, beauftragen dürfen. Der Hersteller oder Vertreiber, der ein freiwilliges Rücknahmesystem betreiben will, muss dafür einen Freistellungsbescheid nach § 26 Abs. 3 KrWG, der nur für gefährliche Abfälle relevant ist, oder einen Feststellungsbescheid nach § 26 Abs. 6 KrWG beantragen. Anders als die gewerbliche Sammlung, die nur einer Anzeige bedarf, unterliegt die freiwillige Rücknahme damit in der Sache einem Erlaubnisvorbehalt. Allerdings gelten sowohl der Freistellungs- als auch der Feststellungsbescheid bundesweit und müssen daher nur einmalig beantragt werden, während eine gewerbliche Sammlung in jedem Sammelgebiet angezeigt werden muss. Auch die materiellrechtlichen Voraussetzungen für die Erteilung eines Freistellungs- oder Feststellungsbescheides für eine freiwillige Rücknahme unterscheiden sich deutlich von den Zulässigkeitsvoraussetzungen gewerblicher Sammlungen. Erforderlich ist danach, dass die freiwillige Rücknahme erfolgt, um Produktverantwortung im Sinne des § 23 KrWG wahrzunehmen, durch die Rücknahme die Kreislaufwirtschaft gefördert wird und die umweltverträgliche Verwertung oder Beseitigung der Abfälle gewährleistet bleibt. Auf die Frage, ob die freiwillige Rücknahme Belange der betroffenen örE beeinträchtigt, kommt es demgegenüber für die Zulässigkeit einer freiwilligen Rücknahme nicht an.

Aufgrund dieser Unterschiede sind die freiwilligen Rücknahmesysteme im Bereich von Abfällen mit deutlich positivem Marktwert, wie z.B. Alttextilien, erheblicher Kritik seitens der örE ausgesetzt. Im Mittelpunkt der rechtlichen Diskussion steht dabei die Streitfrage, ob die freiwillige Rücknahme nur Erzeugnisse – im Sinne von konkreten Einzelstücken, nicht Produktgattungen – erfassen darf, die von dem

Zurücknehmenden selbst hergestellt oder vertrieben wurde. Wäre dies der Fall, müsste bei der Rücknahme stets eine Zuordnung zum Hersteller oder Vertreiber, etwa durch ein Etikett oder durch Vorlage des Kassensbons, vorgenommen werden. Dies ließe sich praktisch kaum bewerkstelligen.

Die erstinstanzliche Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte hat solche auf rein wirtschaftlichen Erwägungen beruhende Restriktionsversuche bisher einhellig abgelehnt. Dem ist nunmehr in einer überzeugenden Entscheidung der VGH Mannheim gefolgt. Damit wurde die grundsätzliche Zulässigkeit der Rücknahme fremder Produkte erstmals obergerichtlich bestätigt.

Der vom VGH entschiedene Fall betrifft eine große, bundesweit agierende Einzelhandelskette, die neben Lebensmitteln jährlich rund 11.000 Tonnen Textilien und Schuhe vertreibt. Die Klägerin hat ein freiwilliges, filialbasiertes Rücknahmesystem konzipiert, über das rund 2.400 Tonnen Alttextilien und Altschuhe pro Jahr erfasst werden sollen. Der Antrag, der Klägerin hierfür einen Feststellungsbescheid nach § 26 Abs. 6 KrWG zu erteilen, der ausdrücklich sowohl die Rücknahme eigener als auch fremder Produkte umfasst, wurde von der zuständigen Behörde abgelehnt. Hiergegen erhob die Klägerin erfolgreich Verpflichtungsklage zum Verwaltungsgericht Stuttgart. Die gegen das erstinstanzliche Urteil von der Behörde eingelegte Berufung hat der VGH jetzt als unbegründet zurückgewiesen. Allerdings hat der VGH die Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache zugelassen, sodass die Frage einer abschließenden Klärung durch das Bundesverwaltungsgericht zugeführt werden kann.

Die rechtlichen Ausführungen des VGH zur freiwilligen Rücknahme enthalten zu Beginn einige wichtige Klarstellungen zu § 26 KrWG jenseits der Diskussion um die Rücknahme fremder Produkte. So stellt der VGH zunächst fest, dass nach § 26 Abs. 6

KrWG ein Anspruch auf Erteilung des Feststellungsbescheides besteht, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen; die Behörde hat also kein Ermessen, ob sie den Bescheid erteilt oder nicht. Sodann lehnt der VGH die in Rechtsprechung und Literatur teilweise vertretene Auffassung ab, dass in den unmittelbaren Anwendungsbereich des § 26 Abs. 6 KrWG nur gefährliche Abfälle fielen und die Vorschrift auf nicht gefährliche Abfälle daher nur analog anzuwenden sei. Im Gegenteil werden nach Ansicht des VGH von § 26 Abs. 6 KrWG ausschließlich nicht gefährliche Abfälle erfasst, weil gefährliche Abfälle bereits durch § 26 Abs. 3 KrWG geregelt seien, § 26 Abs. 6 KrWG hinsichtlich solcher Abfälle keinen darüberhinausgehenden Regelungsgehalt hätte und somit nach dem Verständnis der Gegenauffassung letztlich überflüssig wäre. Schließlich stellt der VGH klar, dass sich die Produktverantwortung auf alle Phasen des Herstellungs- und Vertriebsprozesses bezieht. Die Rücknahmebefugnis nach § 26 Abs. 6 KrWG ist damit nicht auf den Letztvertreiber beschränkt.

Da der VGH keine Zweifel an der Erfüllung der in § 26 Abs. 6 i.V.m. § 26 Abs. 3 Satz 1 KrWG normierten Feststellungsvoraussetzungen (Wahrnehmung der Produktverantwortung, Förderung der Kreislaufwirtschaft, umweltverträgliche Entsorgung) im Einzelfall hat, steht im Mittelpunkt der Entscheidung die Thematik der Rücknahme fremder Produkte und der daraus resultierenden Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Abgrenzung zwischen freiwilliger Rücknahme und gewerblicher Sammlung. Diesen Themenkomplex arbeitet der VGH in drei gedanklichen Schritten ab:

Im ersten Schritt stellt der VGH fest, dass § 26 KrWG für den Bereich der nicht gefährlichen Abfälle eine Rücknahme fremder Produkte zulässt. Der Wortlaut des § 26 Abs. 6 Satz 1 KrWG sei hierfür offen. In systematischer Hinsicht spricht nach Auffassung des VGH für die Zulässigkeit der Rücknahme fremder Produkte, dass § 26 Abs. 6

KrWG für nicht gefährliche Abfälle im Gegensatz zu der Regelung für gefährliche Abfälle in § 26 Abs. 3 KrWG keine ausdrückliche Einschränkung der Rücknahme auf die von dem jeweiligen Produktverantwortlichen hergestellten bzw. vertriebenen Erzeugnisse vorsehe; dies lasse nur den Schluss zu, dass die Rücknahme nach § 26 Abs. 6 KrWG auch gleichartige Fremderzeugnisse umfassen könne. Hierfür spreche auch eine Gesetzesauslegung nach Sinn und Zweck. Insoweit verweist der VGH auf die erstinstanzlichen Erwägungen des Verwaltungsgerichts Stuttgart, das unter anderem ausgeführt hatte, dass es dem Verbraucher bei der Rückgabe mangels Aufbewahrung eines Kassenbons oder wegen des Entfernens des Etiketts („Delabeling“) in der Regel nicht möglich sei, gebrauchte Kleidung und Schuhe dem tatsächlichen Hersteller oder Vertreiber noch zuzuordnen. Der VGH betont, dass es dabei nicht um eine schlichte Schlussfolgerung von der Praktikabilität auf die Normativität gehe. Der erforderliche Anknüpfungspunkt im Gesetz für die funktional-teleologische Interpretation sei vorhanden. Da die freiwillige Rücknahme von Abfällen im Dienst der Produktverantwortung stehe, dürfe das Verständnis des § 26 Abs. 6 KrWG die Funktionstauglichkeit eines Rücknahmesystems nicht außer Betracht lassen. Die Forderung, Massenartikel wie Alttextilien und Altschuhe stets einem bestimmten Hersteller oder Vertreiber zuzuordnen, würde zu einer nahezu völligen Entwertung freiwilliger Rücknahmesysteme führen. Die Feststellung nach § 26 Abs. 6 KrWG solle jedoch ein Anreiz für Hersteller und Vertreiber zur Übernahme von Produktverantwortung sein. Erweise sich die Zulässigkeit der Rücknahme fremder Produkte geradezu als Funktionsbedingung der freiwilligen Rücknahme als umweltpolitisches Instrument, erstrecke sich die Rücknahme von Abfällen nach § 26 Abs. 6 KrWG bei Massenartikeln des täglichen Lebens sinnvollerweise auch auf Erzeugnisse fremder Hersteller und Vertreiber, wenn diese Erzeugnisse – wie im entschiedenen

Fall – mit den eigenen Erzeugnissen gattungsgleich seien.

Nach Ansicht des VGH stellt das geltende Recht keine besonderen Anforderungen an ein System freiwilliger Rücknahme. Freiwillige und kollektive – also von mehreren Herstellern oder Vertreibern gemeinsam betriebene – Rücknahmesysteme seien rechtlich gleichwertig. Daher durfte nach Auffassung des VGH die Klägerin ein individuelles Rücknahmesystem konzipieren und betreiben.

Im zweiten Schritt stellt der VGH mit erfreulicher Deutlichkeit klar, dass es bei einer freiwilligen Rücknahme nicht darauf ankommt, ob dieser überwiegende öffentliche Interessen im Sinne der für gewerbliche Sammlungen geltenden Regelung des § 17 Abs. 3 KrWG entgegenstehen. Die im Schrifttum vereinzelt vertretenen Versuche, § 17 Abs. 3 KrWG auf die freiwillige Rücknahme anzuwenden, sind nach Ansicht des VGH mit dem KrWG nicht vereinbar. Missbrauchsvorwürfe gegen die Klägerin hält der VGH ebenfalls nicht für begründet. Von einem „Rosinenpicken“ könne keine Rede sein. An keiner Stelle verlangten die Vorschriften über die Produktverantwortung vom Hersteller oder Vertreiber eines Erzeugnisses bei der Rücknahme von Abfällen den Nachweis einer bestimmten Nachhaltigkeit, Mindestzeiträume für den Betrieb von Rücknahmesystemen seien nicht normiert, und auch monetär bezifferbare Entsorgungseffekte beim öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger fordere das Gesetz nicht ein. Nach geltendem Recht halte sich das zur behördlichen Feststellung gestellte Konzept der Klägerin im Rahmen des Gesetzes. Darüber hinaus mache die Klägerin mit der Rücknahme von ihrer Berufsausübungsfreiheit Gebrauch; diese decke auch ein Rücknahmesystem das gewinnbringend funktioniert, weil am Markt für Alttextilien und Altschuhe ein nicht unbeträchtlicher Verkaufspreis erzielt werden kann.

Vor diesem Hintergrund arbeitet der VGH im dritten Schritt schließlich rechtliche Grenzen heraus, die eine freiwillige Rücknahme einhalten müsse, um nicht in eine gewerbliche Sammlung umzuschlagen. Die gesetzliche vorgegebene Unterscheidung zwischen der freiwilligen Rücknahme von Abfällen und der gewerblichen Sammlung von Abfällen verlange, dass nicht unter dem Deckmantel einer freiwilligen Rücknahme in Wahrheit eine gewerbliche Sammlung von Abfällen durchgeführt werde. Die Einhaltung der Grenzen einer freiwilligen Rücknahme gegenüber einer gewerblichen Sammlung werde durch qualitative und quantitative Anforderungen an die freiwillige Rücknahme gesichert. Während die gewerbliche Sammlung losgelöst von einer wirtschaftlichen Haupttätigkeit erfolge, sei die freiwillige Rücknahme in die Produktverantwortung eingebettet. Damit gestalte das Gesetz die Rücknahme von Abfällen als bloße Annex-tätigkeit zur wirtschaftlichen Haupttätigkeit des Herstellers oder Vertreibers aus. Folglich müsse qualitativ ein hinreichender Bezug zur eigentlichen Tätigkeit des Herstellers oder Vertreibers bestehen, um die Rücknahme von Abfällen in den Kontext der Produktverantwortung stellen zu können. Zudem könnten nicht etwa beliebige, im Rechtssinne zu Abfall gewordene Erzeugnisse zurückgenommen werden; eine Wahrnehmung der Produktverantwortung könne rechtlich nur vorliegen, soweit eine Produktverantwortung des Herstellers oder Vertreibers eines Erzeugnisses überhaupt bestehe. Das sei nur bezüglich der selbst hergestellten und/oder vertriebenen Erzeugnisse sowie im Fall der Rücknahme fremder Produkte bei gattungsgleichen Abfällen der Fall.

In quantitativer Hinsicht müsse die Balance zwischen der wirtschaftlichen Haupttätigkeit des Herstellers oder Vertreibers und der Annex-tätigkeit der Rücknahme von Abfällen gewahrt bleiben. Das sei der Fall, wenn die freiwillige Rücknahme von Abfällen im Vergleich mit der eigentlichen Tätigkeit anhand objektiver Indikatoren als

untergeordnete Tätigkeit eingeordnet werden könne. Eine abschließende Festlegung der hierfür maßgeblichen Kriterien hat der VGH nicht getroffen, sondern nur bezogen auf den entschiedenen Einzelfall festgestellt, dass die Balance zwischen Haupttätigkeit und freiwilliger Rücknahme gewahrt sei.

Die Entscheidung überzeugt sowohl im Ergebnis als auch in der Begründung. Sie folgt in wesentlichen Punkten einem Ansatz, den Rechtsanwälte der Sozietät Köhler & Klett bereits in einem 2015 erschienenen Fachaufsatz entwickelt hatten und anschließend in einem Verfahren erfolgreich vor Gericht verteidigt haben. Kritisch anzumerken ist allein, dass der VGH bei seinen abschließenden Ausführungen zum quantitativen Verhältnis zwischen Haupttätigkeit und freiwilliger Rücknahme als Annex-tätigkeit eine restriktive Haltung zumindest andeutet, die durch die gesetzliche Regelung nicht veranlasst ist: Macht die Rücknahmemenge – wie im entschiedenen Fall – nur 22% der vertriebenen Menge bezogen auf die fragliche Produktart aus, handelt es sich bei der freiwilligen Rücknahme nicht „noch“, sondern offensichtlich um eine untergeordnete Tätigkeit. Es besteht kein Anlass, die Rücknahmemenge so zu beschränken, dass sie deutlich hinter der Vertriebsmenge zurückbleiben müsste. Ein Hersteller oder Vertreiber darf nach § 26 Abs. 6 KrWG zumindest alle von ihm selbst hergestellten bzw. vertriebenen Erzeugnisse zurücknehmen. Beschränkt der Hersteller oder Vertreiber die Rücknahme auf eigene Erzeugnisse, entspricht somit die zulässige Rücknahmemenge der Vertriebsmenge. Einen Anhaltspunkt, dass eine freiwillige Rücknahme, die neben eigenen auch fremde Produkte erfasst, quantitativ hinter diesem Umfang zurückbleiben müsste, enthält das KrWG nicht.

□ **Grenzüberschreitende Abfallverbringung: Fremdstoffproblematik vor dem EuGH**

*Beim Import oder Export von zur Verwertung bestimmten Abfällen der Grünen Liste stellt sich in der Praxis regelmäßig die Frage nach der Höhe des (noch) zulässigen Fremdstoffanteils.*

Bei der grenzüberschreitenden Verbringung von (noch) als Abfall einzustufenden Sekundärrohstoffen der Grünen Liste, wie z.B. PPK oder Schrott, tritt häufig die Frage auf, unter welchen Voraussetzungen etwaige Fremdstoffanteile eine Notifizierungspflicht auslösen.

Die Behördenpraxis variiert in diesem Punkt stark, sowohl auf EU-Ebene von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat, als auch auf nationaler Ebene von Bundesland zu Bundesland. Dabei bedienen sich die Behörden vielfach starrer prozentualer Obergrenzen, für die es indes keine Grundlage in der EU-Abfallverbringungsverordnung gibt. Zudem ist im Vollzug die Tendenz zu verzeichnen, die Fremdstoffgrenzen immer weiter abzusenken – bis hin zu der praxisfernen Forderung nach vollständiger Fremdstofffreiheit als Voraussetzung für die Einstufung eines Abfalls in die Grüne Liste.

Nunmehr beschäftigt sich der Europäische Gerichtshof (EuGH) mit dieser Frage und wird voraussichtlich eine EU-weit einheitliche Klärung der Fremdstoffthematik herbeiführen. Das ist insbesondere unter dem Aspekt der Rechtssicherheit für die betroffenen Unternehmen zu begrüßen. Anlass für die Klärung geben zwei aktuelle Beschlüsse des Verwaltungsgerichts Stuttgart aus Oktober 2018 und des Verwaltungsgerichts Köln aus April 2019, mit denen diese Gerichte den EuGH jeweils um Vorabentscheidung ersucht haben. Mit Entscheidungen in diesen Verfahren ist voraussichtlich noch in diesem Jahr zu rechnen.

□ **EuGH-Urteil zur Einstufung von Spiegeleinträgen als gefährlicher/nicht gefährlicher Abfall**

*In seinem Urteil vom 28.03.2019 (C-487/17 – C-489/17) hat sich der Europäische Gerichtshof (EuGH) zu bestimmten Rechtsfragen betreffend die Einstufung von Spiegeleinträgen als gefährlicher/nicht gefährlicher Abfall geäußert. Über den Schlussantrag des Generalanwalts in den vorbezeichneten Verfahren hatten wir im Newsletter 01/19, Seite 4 f., berichtet. Der nunmehr vorliegenden Entscheidung des EuGH lassen sich unter anderem Aussagen zur Bedeutung des umweltrechtlichen Vorsorgeprinzips bei der Einstufung von Spiegeleinträgen entnehmen.*

Zunächst betont der EuGH, dass Anhang III der Richtlinie 2008/98 und der Anhang der Entscheidung 2000/532 dahin auszulegen sind, dass der Besitzer eines Abfalls, dessen Zusammensetzung nicht von vornherein bekannt ist, verpflichtet ist, dessen Zusammensetzung zu bestimmen; dabei muss er nach denjenigen gefährlichen Stoffen suchen, die sich nach vernünftiger Einschätzung im Abfall befinden können, um festzustellen, ob der Abfall gefahrenrelevante Eigenschaften aufweist und daher einem gefährlichen Spiegeleintrag zuzuordnen ist oder nicht (Rn. 54).

Das bei der Einstufung grundsätzlich zu beachtende umweltrechtliche Vorsorgeprinzip sei mit der technischen Durchführbarkeit und der wirtschaftlichen Vertretbarkeit in Einklang zu bringen; daher sei der Abfallbesitzer nicht verpflichtet, zu überprüfen (und nachzuweisen), dass in dem betreffenden Abfall keine gefährlichen Stoffe vorhanden sind (Rn. 45 f., 59). Auf die von Rechts wegen zu beachtenden Grenzen der technischen Durchführbarkeit und wirtschaftlichen Vertretbarkeit der vorzunehmenden Untersuchungen zum Zwecke der Einstufung hatte bereits der Generalanwalt in seinem Schlussantrag hingewiesen (Newsletter 01/19, Seite 4 f.).

Demnach besteht keine Verpflichtung zum Nachweis der Nicht-Gefährlichkeit.

Eine Verpflichtung zur Einstufung als gefährlicher Abfall soll sich in Anwendung des umweltrechtlichen Vorsorgeprinzips nach Auffassung des EuGH aber unter den folgenden – kumulativ zu erfüllenden – Voraussetzungen ergeben; nämlich wenn es dem Abfallbesitzer

- nach einer möglichst umfassenden Risikobewertung

- unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des konkreten Falls

- praktisch unmöglich ist,

das Vorhandensein gefährlicher Stoffe festzustellen oder die gefahrenrelevante Eigenschaft des Abfalls zu beurteilen (Rn. 60).

Angesichts dieser engen Voraussetzungen dürfte eine Verpflichtung zur Einstufung eines Spiegeleintrags als gefährlich allein in Anwendung des Vorsorgeprinzips nur in Ausnahmefällen in Betracht kommen. Bloße Zweifel / Vermutungen hinsichtlich der Gefährlichkeit zwingen in Anwendung des Vorsorgeprinzips jedenfalls nicht zur Einstufung als gefährlich.

□ **Schrottplatz im Gewerbegebiet („Atypik“)**

*Mit Beschluss vom 22.05.2019 – 22 CS 18.2247 – hat sich der Bayerische Verwaltungsgerichtshof (VGH) im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes mit der Frage befasst, unter welchen Voraussetzungen ein nach dem Bundes Immissionschutzgesetz (BImSchG) genehmigungsbedürftiger Schrottplatz in einem durch Bebauungsplan ausgewiesenen Gewerbegebiet zulässig ist. Der Beschluss des VGH zeigt (einmal mehr), welche Schwierigkeiten die rechtliche Beurteilung der Frage der bauplanungsrechtlichen Zulässigkeit eines Schrottplatzes in einem Gewerbegebiet unter dem Gesichtspunkt der Atypik mit sich bringen kann.*

Der Entscheidung des VGH liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Der Beigeladenen war im April 2018 unter Anordnung des Sofortvollzugs durch den Antragsgegner, dem Landratsamt Aschaffenburg, die Genehmigung nach § 4 BImSchG für die Errichtung und den Betrieb einer Abfallentsorgungsanlage erteilt worden. Die Anlage umfasst die zeitweilige Lagerung von Eisen- und Nichteisenschottem mit einer Gesamtlagerkapazität von 1.495 t, die zeitweilige Lagerung von nicht gefährlichen Abfällen mit einer Gesamtlagerkapazität von 100 t sowie die sonstige Behandlung (Sortieren) von nicht gefährlichen Abfällen mit einer Durchsatzleistung von 100 t/Tag.

Das Betriebsgelände, das nach der Betriebsbeschreibung eine Größe von 900 m<sup>2</sup> Hoffläche sowie 1.535 m<sup>2</sup> Hallenfläche bei einer Geländefläche von insgesamt 3.761 m<sup>2</sup> aufweist, soll in 3 Betriebseinheiten aufgeteilt werden, wobei in einer Betriebseinheit die Eingangs- und Ausgangserfassung der Stoffströme sowie in einer weiteren, nicht abgeschlossenen Betriebseinheit die Lagerwirtschaft für Eisenabfälle und Schotte erfolgt und sich in einer dritten Betriebseinheit, einer dreiseitig umschlos-

senen Halle, der Lager- und Behandlungsbereich für Nichteisenmetalle einschließlich größenveränderlicher Boxen und eine 3-t-Waage sowie Fahr- und Rangierbereiche befinden. Die Abfallbehandlung soll durch Sortierung von nicht gefährlichen Abfällen mittels Greifbagger und Stapler stattfinden. Eine mechanische Behandlung, etwa in Form der Zerkleinerung, ist nicht vorgesehen. Der An- und Abfahrtsverkehr beträgt arbeitstägig max. 15 Pkw/Kleintransporter und 6 Lkw. Die Betriebszeit ist Montag bis Samstag jeweils von 7:00 bis 19:00 Uhr.

Der Antragsteller ist Eigentümer eines ca. 170 m vom Standort der Beigeladenen entfernt gelegenen Grundstücks. Dieses Grundstück und der Anlagenstandort der Beigeladenen liegen im Geltungsbereich eines Bebauungsplans, der für diesen Bereich ein Gewerbegebiet ausweist.

Das vorinstanzlich mit dem Vorgang befasste Verwaltungsgericht Würzburg hatte dem Antrag des Antragstellers, die aufschiebende Wirkung seiner Klage gegen die der Beigeladenen erteilte BImSchG-Genehmigung wiederherzustellen, mit Beschluss vom 22.10.2018 stattgegeben, und zur Begründung ausgeführt:

Der Antragsteller könne sich als Eigentümer eines im Plangebiet belegenen Grundstücks erfolgreich auf seinen Gebietserhaltungsanspruch berufen. Denn die nach dem BImSchG genehmigte Entsorgungsanlage der Beigeladenen genüge nicht den Anforderungen des § 8 Abs. 1 BauNVO. Danach sind im Gewerbegebiet nur „nicht erheblich belästigende Gewerbebetriebe“ zulässig. Bei der Anlage der Beigeladenen handele es sich aber um einen erheblich belästigenden Betrieb. Dies ergebe sich u.a. daraus, dass die nach dem BImSchG genehmigte Anlage der Beigeladenen mit einer Gesamtlagerkapazität von 1.495 t Eisen- und Nichteisenschrotten deutlich über dem genehmigungsrechtlich relevanten Schwellenwert von 100 t liege; gleiches gelte für die Behandlung (Sortierung) von

nicht gefährlichen Abfällen. Die angelieferten Eisen- und Nichteisenschrotte hätten zudem ein erhöhtes Störpotenzial, wenn sie auf-, ab- oder umgeladen würden. Zudem sei die Halle nicht vollständig geschlossen.

Daher und weil ein beachtlicher An- und Abfahrtsverkehr durch Pkw und Lkw gegeben sei, zeichne sich der Betrieb der Beigeladenen nicht durch eine Atypik aus, die eine Gewerbegebietsverträglichkeit zur Folge haben könnte. Eine solche Atypik sei nur dann anzunehmen, wenn der Betrieb nach seiner Art und Betriebsweise von vornherein keine erheblichen Belästigungen befürchten lasse und damit seine Gewerbegebietsverträglichkeit dauerhaft und zuverlässig sichergestellt sei. Dafür müsse es sich um ein vom branchenüblichen Erscheinungsbild abweichendes Vorhaben handeln, bei dem anzunehmen sei, dass der Betrieb diesen atypischen Charakter auch künftig behalten werde. Derartige Aspekte seien hier jedoch nicht zu erkennen. Insbesondere fänden lärm- und staubintensive Ablade- und Umschichtungsarbeiten nicht ausschließlich in einer abgeschlossenen Halle oder einer Einhausung statt, sondern zu wesentlichen Teilen im Freien.

Auf die gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts Würzburg vom 22.10.2018 gerichtete Beschwerde der Beigeladenen hat der VGH den vorbezeichneten Beschluss aufgehoben und den Antrag des Antragstellers auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung seiner gegen den immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsbescheid erhobenen Klage abgelehnt. Zur Begründung führt der VGH aus:

Entgegen der Auffassung der Beigeladenen sei die ihr erteilte immissionsschutzrechtliche Genehmigung nicht offensichtlich rechtmäßig. Denn das Verwaltungsgericht Würzburg habe unter Zugrundelegung einer typisierenden Betrachtungsweise zutreffend auf Aspekte hingewiesen, wonach der Betrieb der Beigeladenen



ein im Gewerbegebiet unzulässiges Störpotenzial habe. Insoweit nennt der VGH unter anderem die aus seiner Sicht erhebliche Gesamtlagerkapazität sowie das lärmträchtige Sortieren.

Allerdings ergeben sich aus Sicht des VGH auch Aspekte, die die Annahme einer Atypik rechtfertigen könnten: So sei das Betriebsgelände zu einem nicht unerheblichen Teil mit einer dreiseitig umschlossenen Halle eingehaust. Dies sowie der Umstand, dass die Annahme bzw. Abholung der Abfälle in der Halle oder in dreiseitig geschlossenen Schüttboxen stattfindet, führe zu einer Minimierung der Immissionen an den maßgeblichen Immissionsorten. Dazu trage auch eine 3 m hohe Betonblockwand bei. Dass die Halle nicht völlig geschlossen bzw. zu schließen sei, ändere nichts an ihrer lärmmindernden Wirkung im Vergleich zu einem kritischen Lagerplatz „unter freiem Himmel“. Im Übrigen sei – entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts Würzburg – kein beachtlicher An- und Abfahrtsverkehr durch Pkw und Lkw gerade auch im Vergleich zu den umliegenden Gewerbebetrieben und im Vergleich mit den in der Rechtsprechung zitierten Fallgestaltungen gegeben.

Insgesamt lasse sich daher eine zweifelsfreie Aussage über die Gewerbegebietsverträglichkeit des Vorhabens der Beigeladenen unter dem Gesichtspunkt der Atypik im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes nicht gegeben; der Ausgang des Hauptsacheverfahrens stelle sich daher als offen dar. Daher hat der VGH München eine Interessenabwägung vorgenommen mit dem Ergebnis, dass das Interesse des Antragstellers an der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung seiner Klage hinter dem Interesse der Beigeladenen am weiteren Vollzug der ihr erteilten BImSchG-Genehmigung zurückstehen müsse. Denn unmittelbare Beeinträchtigungen schwerer oder gar unzumutbarer Art zum Nachteil des Antragstellers seien durch den Betrieb der Beigeladenen bis zu einer

Entscheidung in der Hauptsache nicht zu befürchten.

Die Entscheidung des VGH zeigt einmal mehr die Schwierigkeiten, die die Prüfung der Gewerbegebietsverträglichkeit eines nach dem BImSchG genehmigten Schrottplatzes unter dem Gesichtspunkt der Atypik aufwerfen kann. Der Nachweis, dass und warum im konkreten Einzelfall ein Vorhaben von dem „typischen“ Erscheinungsbild abweicht, erfordert unter Umständen erheblichen argumentativen Aufwand und ist oftmals mit gewissen Wertungsspielräumen verbunden. Speziell zu dem insoweit immer wieder auftauchenden und auch von dem VGH München aufgeworfenen Gesichtspunkt der Überschreitung der einschlägigen Mengenschwellen der 4. BImSchV ist allerdings anzumerken, dass allein der Umstand, dass die Mengenschwellen für ein förmliches Genehmigungsverfahren knapp unterschritten sind, der Annahme einer Atypik nicht im Wege steht, wenn und soweit der Betrieb im Übrigen – d. h. nach seiner konkreten Betriebsweise – kein erhebliches Störpotenzial mit sich bringt.

□ **Klarstellungen zur bauplanungsrechtlichen Abgrenzung zwischen Innen- und Außenbereich**

*Das Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen (OVG NRW) hat in einem Urteil vom 08.10.2018 – 10 A 1803/18 – zu dem immer wieder aktuellen Standardproblem der bauplanungsrechtlichen Abgrenzung zwischen Innen- und Außenbereich Stellung genommen. Das Urteil enthält Klarstellungen, die über den entschiedenen Einzelfall hinaus Beachtung verdienen. Danach liegt ein für den unbeplanten Innenbereich im Sinne des § 34 Baugesetzbuch (BauGB) erforderlicher Bebauungszusammenhang vor, „wenn die aufeinanderfolgende maßgebliche Bebauung trotz vorhandener Baulücken den Eindruck der Geschlossenheit und Zusammengehörigkeit vermittelt“. Besteht der Bebauungszusammenhang aus einer einzeiligen Bebauung entlang einer Straße und schließen sich im rückwärtigen Bereich unbebaute Freiflächen an, so endet der für den Innenbereich vorausgesetzte Zusammenhang „grundsätzlich mit den die jeweiligen Hauptgebäude rückwärtig abschließenden Bauteilen und nicht etwa an den rückwärtigen Grenzen der jeweiligen Grundstücke“. Damit wird der prinzipiell bebaubare Innenbereich restriktiv eingegrenzt.*

In dem zugrunde liegenden Fall begehrte die Klägerin die Erteilung eines bauplanungsrechtlichen Vorbescheids für den Neubau eines Lebensmittel Discountmarktes mit einer Verkaufsfläche von 1.334,55 m<sup>2</sup> auf einer aus mehreren Grundstücken bestehenden Fläche. Im Flächennutzungsplan der Stadt war diese Fläche teils als Wohnbaufläche, teils als Fläche für die Landwirtschaft dargestellt. Die Bauaufsichtsbehörde lehnte die Erteilung eines positiven Vorbescheids für das Bauvorhaben ab. Die hiergegen gerichtete Klage der Vorhabenträgerin wurde vom Verwaltungsgericht abgewiesen. Das OVG NRW hat die weiterhin auf Verpflichtung der Beklagten zur Erteilung des begehrten Vorbescheids gerichtete Berufung der

Klägerin für zulässig, aber unbegründet erachtet und die Revision nicht zugelassen.

Nach der Erkenntnis des OVG NRW standen dem Vorhaben öffentlich-rechtliche Vorschriften des Bauplanungsrechts entgegen (§ 75 Abs. 1 Satz 1 der Bauordnung für das Land Nordrhein-Westfalen – BauO NRW). Allerdings scheiterte das Vorhaben nicht an den ihm entgegenstehenden Festsetzungen eines zwischenzeitlich von der Stadt aufgestellten Bebauungsplans; denn diesen hat der erkennende Senat des OVG NRW in einem parallel geführten Normenkontrollverfahren mit Urteil vom selbigen Tage für unwirksam erklärt (OVG NRW, Urteil vom 08.10.2018 – 10 D 56/18.NE). Auf dieser Basis lag das Vorhaben teilweise im Außenbereich im Sinne des § 35 BauGB. Als dort nicht privilegiertes zulässiges Vorhaben beeinträchtigte es – so das OVG NRW – öffentliche Belange gem. § 35 Abs. 3 BauGB. Entscheidend hierfür war nach der Erkenntnis des OVG, dass der rückwärtige, sich an das dort stehende Wohnhaus anschließende unbebaute Flurstücksteil aufgrund der vorgenannten Abgrenzungskriterien nicht – wie die Klägerin meinte – zu dem Bebauungszusammenhang des bestehenden Ortsteils und somit nicht zum (unbeplanten) Innenbereich im Sinne des § 34 BauGB, sondern zum Außenbereich gemäß § 35 BauGB gehörte.

Im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG) hat das OVG NRW darauf abgestellt, dass es bei der Grenzziehung zwischen Innen- und Außenbereich darum geht, inwieweit ein Grundstück zur Bebauung ansteht und sich aus dem tatsächlich Vorhandenen ein hinreichend verlässlicher Maßstab für die Zulassung weiterer Bebauung nach Art und Maß der baulichen Nutzung, der Bauweise und der überbaubaren Grundstücksfläche gewinnen lässt. Die wertende Betrachtung der konkreten tatsächlichen Verhältnisse kann sich angesichts dieser vom Gesetzgeber vorgegebenen Kriterien nur nach optisch wahrnehmbaren Merkmalen richten

(so OVG NRW, Urteil vom 08.10.2018 – 10 A 1803/18, Rn. 36 f. unter Bezugnahme auf BVerwG, Urteile vom 22.03.1972 – 4 C 121.68 – und vom 12.10.1973 – 4 C 3.72 – sowie Beschluss vom 12.03.1999 – 4 B 112.98).

In dem vom OVG NRW entschiedenen Fall grenzte der unbebaute rückwärtige Flurstücksteil zwar seitlich an das in voller Tiefe baulich genutzte Grundstück der Klägerin; im Übrigen war es jedoch von unbebauten Flächen umgeben. Selbst eine ringsum von Bebauung umgebene Freifläche, die so groß ist, dass sich ihre Bebauung nicht mehr als zwanglose Fortsetzung der vorhandenen Bebauung aufdrängt, und die deshalb nicht als Baulücke erscheint, liegt nicht innerhalb eines Bebauungszusammenhangs im Sinne des § 34 Abs. 1 BauGB. Sie ist deshalb bebauungsrechtlich als Außenbereich zu behandeln (OVG NRW, Urteil vom 08.10.2018 – 10 A 1803/18, Rn. 41 unter Bezugnahme auf BVerwG, Beschluss vom 15.09.2005 – 4 BN 37.05, Rn. 3).

Dies traf – so das OVG NRW – nach Auswertung der verfügbaren Luftbilder und Karten auf die zusammenhängenden unbebauten Flächen innerhalb des von Straßen umschlossenen Bereichs des entschiedenen Falles zu. Zu diesem Bereich gehörte auch der rückwärtige Teil des für die beabsichtigte Bebauung vorgesehenen Flurstücks (OVG NRW, Urteil vom 08.10.2018 – 10 A 1803/18, Rn. 43). Die Klägerin habe, wie das OVG NRW hinzufügt, keine Gesichtspunkte aufgezeigt, die zu einer anderen Bewertung führen könnten. Daher bedürfe es zur Abgrenzung des Innenbereichs vom Außenbereich auch keiner Ortsbesichtigung durch den Berichtersteller; die vorliegenden Erkenntnismittel böten hier eine ausreichende Grundlage für die Überzeugung des erkennenden Senats, dass der rückwärtige Bereich des in Rede stehenden Flurstücks dem Außenbereich zuzuordnen sei (OVG NRW, Urteil vom 08.10.2018 – 10 A 1803/18, Rn. 44).

Daraus folgte das OVG NRW, dass das Bauvorhaben auf dem im Außenbereich gelegenen Flurstücksteil als unzulässig anzusehen sei. Es beeinträchtige öffentliche Belange, weil es jedenfalls eine Zersiedlung des Außenbereichs im Sinne des § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 7 BauGB befürchten lasse (OVG NRW, Urteil vom 08.10.2018 – 10 A 1803/18, Rn. 46 ff. unter Bezugnahme auf OVG NRW, Urteil vom 26.07.2018 – 10 A 2600/15, Rn. 38).

Das OVG NRW hat in seinem Urteil vom 08.10.2018 – 10 A 1803/18 – die Revision nicht zugelassen, weil es die gesetzlichen Revisionszulassungsgründe (§ 132 Abs. 2 der Verwaltungsgerichtsordnung – VwGO) verneint hat. Dies schließt ein, dass das OVG in der entschiedenen Streitsache keine grundsätzliche und offene, der revisionsgerichtlichen Klärung bedürftige Fragestellung des Bundesrechts gesehen hat. Vielmehr hat es die wiedergegebenen Erkenntnisse als bloße Klarstellungen aufgrund der Gesetzeslage, der anerkannten Kriterien für die Abgrenzung zwischen Innen- und Außenbereich sowie der vorangegangenen Rechtsprechung verstanden.

Gleichwohl sind die vom OVG NRW ausgesprochenen Klarstellungen für die künftige Rechtspraxis von allgemeiner Bedeutung, weil ihnen eine restriktive, generell zu betrachtende Eingrenzung des unbeplanten Innenbereichs im Sinne des § 34 BauGB innewohnt. Die korrespondierende Zuordnung von Grundstücksflächen zum Außenbereich zieht die Anwendung der engen Zulassungsvoraussetzungen sowie der weit gefassten Versagungsgründe gem. § 35 BauGB nach sich. Bei künftigen Entscheidungen über Anträge auf Erteilung einer Baugenehmigung oder eines Bauvorbescheids für nicht privilegierte Vorhaben werden dadurch, wie das Urteil des OVG NRW vom 08.10.2018 anschaulich zeigt, insbesondere die zwingenden Versagungsgründe einer Beeinträchtigung öffentlicher Belange gem. § 35 Abs. 3 BauGB anwendbar.

- **BGH lehnt verschuldensunabhängige Haftung eines Recyclingunternehmens bei Detonation einer Weltkriegsbombe ab**

*Gemäß einem aktuellen Urteil des Bundesgerichtshofs (BGH) vom 05.07.2019 (Az. V ZR 96/18 und V ZR 108/18) haften weder ein Recyclingunternehmen noch der Grundstückseigentümer im Falle der Detonation einer Weltkriegsbombe für die durch die Detonation entstandenen Schäden an den umliegenden Nachbargebäuden.*

In dem vom BGH zu entscheidenden Fall hat das beklagte Recyclingunternehmen auf einem Gewerbegrundstück eine Bauschuttrecyclinganlage betrieben. Das Recyclingunternehmen war zugleich Miteigentümer des Betriebsgrundstücks. Der angelieferte Bauschutt wurde dort zunächst sortiert. Große Betonteile, die nicht in den vorhandenen Schredder zur Zerkleinerung des Bauschutts passten, wurden mit einem Zangenbagger zuvor in schredderfähige Stücke zerlegt. Bei Zerkleinerungsarbeiten, die ein Mitarbeiter des Recyclingunternehmens mit dem Bagger ausführte, detonierte eine Sprengbombe aus dem Zweiten Weltkrieg, die in einem Betonteil einbetoniert war. Bei der Explosion kam der Baggerfahrer ums Leben; zwei weitere Mitarbeiter wurden schwer verletzt. An den auf den angrenzenden Grundstücken stehenden Gebäuden entstanden größere Schäden, welche die klagenden Versicherungsunternehmen als Gebäudeversicherer reguliert haben.

Gemäß der Pressemitteilung des Gerichts (die Urteilsbegründung war zum Redaktionsschluss dieses Newsletters noch nicht veröffentlicht) hat der BGH das zuvor ergangene oberlandesgerichtliche Urteil bestätigt und eine Haftung des Recyclingunternehmens aus unerlaubter Handlung verneint. Demnach verstößt ein Bauschuttrecyclingunternehmen nicht gegen die im Verkehr erforderliche Sorgfalt, wenn in seinem Betrieb Betonteile, die nicht bekanntermaßen aus einer Abbruchmaß-

nahme stammen, bei der mit Bomben im Beton gerechnet werden muss, vor ihrer Zerkleinerung nicht unter Einsatz technischer Mittel auf Explosivkörper untersucht werden. Angesichts der sehr geringen Wahrscheinlichkeit von Bomben in zu recycelnden Betonteilen sei auch von einem verständigen, umsichtigen, vorsichtigen und gewissenhaften Betreiber eines Bauschuttrecyclingunternehmens eine generelle Untersuchung dieser Stoffe auf Explosivkörper nicht zu verlangen. Zudem lasse sich der mit einer solchen Untersuchung angestrebte Zweck, eine Gefährdung der Bevölkerung zu verhindern, effektiv nur erreichen, wenn der Bauschutt schon vor dem Transport bis zu dem Recyclingunternehmen auf dem Grundstück, auf dem der Abbruch der vorhandenen Bebauung erfolgt, auf das Vorhandensein von Blindgängern aus dem Zweiten Weltkrieg untersucht würde. Eine solche Untersuchungspflicht wäre aber überzogen, weil sie ohne konkreten Anlass, gewissermaßen prophylaktisch erfolgen müsste.

Darüber hinaus bestehe auch kein nachbarrechtlicher Ausgleichsanspruch analog § 906 Abs. 2 S. 2 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB). Das Recyclingunternehmen sei zwar als Störer anzusehen. Die Explosion des einbetonierten Blindgängers sei objektiv durch die Arbeiten des Baggerführers ausgelöst worden, die dem Recyclingunternehmen als eigene Handlung zuzurechnen seien. Der störenden Einwirkung auf die Grundstücke der Versicherungsnehmer der klagenden Versicherungsunternehmen fehle auch nicht der erforderliche Grundstücksbezug. Die Arbeiten, die die Explosion ausgelöst haben, seien typisch für die konkrete Nutzung des Grundstücks durch das Recyclingunternehmen und könnten aus dessen Sicht nicht ebenso gut an beliebiger anderer Stelle vorgenommen werden.

Ein nachbarrechtlicher Anspruch gegen das Recyclingunternehmen scheitere aber daran, dass die Regelung in § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB auf Beeinträchtigungen nicht

entsprechend anwendbar sei, die durch die – unverschuldete – Explosion eines Blindgängers aus dem Zweiten Weltkrieg verursacht werden. Wenn die Explosion eines Blindgängers aus dem Zweiten Weltkrieg – wie hier – nicht in der Nutzung des Grundstücks angelegt sei, stehe der Eigentümer oder Besitzer des Grundstücks, auf dem ein Blindgänger explodiere, dem verwirklichten Risiko nicht näher oder ferner als die übrigen Beteiligten. Die Explosion sei dann nicht mehr Ausdruck der Situationsbezogenheit des Grundstückseigentums oder Folge der in dem Zustand oder in der Nutzung des Grundstücks angelegten Risiken. Sie treffe die Beteiligten gleichermaßen zufällig und schicksalhaft. Ihre Folgen ließen sich generell – und gerade auch in dem hier gegebenen Fall einer Verlagerung des Explosionsrisikos – mit dem nachbarrechtlichen Ausgleichsanspruch nicht sachgerecht bewältigen. Die entsprechende Anwendung der in § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB bestimmten verschuldensunabhängigen Haftung des Eigentümers oder des Besitzers des beeinträchtigenden Grundstücks auf solche Beeinträchtigungen überschreite die Grenzen richterlicher Gestaltungsmacht; eine solch weitgehende Haftung könnte nur durch den Gesetzgeber angeordnet werden.

- **BGH-Urteil zu den Anforderungen an eine kaufvertragliche Beschaffensvereinbarung und die nach dem Kaufvertrag vorausgesetzte Verwendung der Kaufsache**

*Der Bundesgerichtshof (BGH) hat sich in seinem Urteil vom 20.03.2019 (VIII ZR 213/18) mit den Anforderungen befasst, die an eine Beschaffensvereinbarung in einem Kaufvertrag und an die nach dem Kaufvertrag vorausgesetzte Verwendung der Kaufsache zu stellen sind. Dies ist bedeutsam, weil davon abhängt, ob der Verkäufer tatsächlich das schuldet, was der Käufer erwartet.*

In dem der Entscheidung des BGH zugrunde liegenden Fall haben der Verkäufer und der Käufer einen Kaufvertrag über eine industrielle Verpackungsmaschine geschlossen. Dem Vertragsabschluss vorausgegangen waren Verhandlungen, aus denen für den Verkäufer die Nutzungsart, für die der Käufer die Maschine erwerben wollte, ersichtlich war. Für den Verkäufer war im Rahmen der Vertragsverhandlungen auch ersichtlich geworden, dass es dem Käufer mit dem Erwerb der Maschine darum ging, die Produktionsgeschwindigkeit zu erhöhen, die die bislang vom Käufer betriebene Verpackungsmaschine ermöglichte. In der Auftragsbestätigung wird bezüglich der Verpackungsmaschine eine Taktzahl von „up to 40 pcs/min“ genannt. Weitere Angaben zur Produktionsgeschwindigkeit der Verpackungsmaschine sind weder in der Auftragsbestätigung enthalten noch sonst ersichtlich.

Nach Übergabe und Aufbau der Verpackungsmaschine hat der Käufer gerügt, die Maschine sei wegen zu geringer Produktionsgeschwindigkeit mangelhaft. Der Verkäufer ist hingegen der Auffassung, dass ein Mangel bezüglich der Produktionsgeschwindigkeit nicht vorliegt. Der Käufer hat daraufhin wegen des von ihm gerügten Mangels nach fruchtlosem Ablauf der zur Mangelbeseitigung gesetzten Frist den Rücktritt vom Kaufvertrag erklärt und hat

den Verkäufer auf Rückzahlung des Kaufpreises Zug-um-Zug gegen Rückgabe der Maschine verklagt. Das Landgericht und das Oberlandesgericht sahen den vom Käufer geltend gemachten Kaufpreiszahlungsanspruch als begründet an, weil die Maschine sich nicht für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung im Sinne des § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) eigne, da sie nicht die Produktionsgeschwindigkeit habe, die sich der Käufer vorgestellt habe. Der Bundesgerichtshof teilt die Auffassung der Vorinstanzen nicht.

Ein Sachmangel ist gemäß § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB gegeben, wenn die Kaufsache nicht die vereinbarte Beschaffenheit hat. Der BGH führt in dem Urteil aus, dass an eine Beschaffenheitsvereinbarung strenge Anforderungen zu stellen sind. Nach der Rechtsprechung des BGH kommt sie nicht (wie nach dem bis 2001 geltenden Kaufrecht) im Zweifel, sondern nur noch in eindeutigen Fällen in Betracht. Erforderlich dafür ist, dass es konkrete Anhaltspunkte gibt, „aus denen sich mit der gebotenen Eindeutigkeit ergäbe, dass die Beklagte (= der Verkäufer) in vertragsmäßig bindender Weise die Gewähr für eine bestimmte Produktionsgeschwindigkeit der Maschine übernehmen wollte“. Anhaltspunkte dafür, dass der Verkäufer in dieser Weise für eine bestimmte Produktionsgeschwindigkeit haften wollte, ließen sich der Auftragsbestätigung des Verkäufers aber nicht entnehmen.

Soweit die Beschaffenheit nicht vereinbart ist, liegt ein Sachmangel vor, wenn der Sache die Eignung für die vertraglich vorausgesetzte Verwendung fehlt (§ 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 BGB) oder wenn sie sich nicht für die gewöhnliche Verwendung eignet oder nicht die Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist oder die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann (§ 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB). Die Vorinstanzen hatten im Rahmen der Prüfung, ob die Maschine sich für die vertraglich vorausgesetzte Verwendung eig-

net, auf die dem Verkäufer bekannte Vorstellung des Käufers von den konkreten Eigenschaften der Kaufsache abgestellt. Dies hält der BGH für falsch, weil dadurch die strengen Anforderungen an eine Beschaffenheitsvereinbarung unterlaufen würden. Würde man das so sehen, müsste der Verkäufer für alle ihm bekannten Vorstellungen des Käufers von Eigenschaften der Kaufsache haften, ohne dass er dafür, wie von § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB vorausgesetzt, in vertragsmäßig bindender Weise die Gewähr übernommen hat. Daher zielt § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 BGB mit dem Merkmal der „nach dem Vertrag vorausgesetzten Verwendung“ der Kaufsache nicht auf konkrete Eigenschaften der Kaufsache ab, die sich der Käufer vorstellt, sondern darauf, ob die Sache für die dem Verkäufer erkennbare Verwendung (Nutzungsart) durch den Käufer geeignet ist. Hierzu hatte die Vorinstanz keine Feststellungen getroffen. Daher hat der BGH die Entscheidung der Vorinstanz aufgehoben und dorthin zur neuen Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen.

Auf der Grundlage der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs stellt sich die Lage im vorliegenden Fall also wie folgt dar: Der Verkäufer kannte die Produktionsgeschwindigkeit, die der Käufer von der Verpackungsmaschine erwartete, als er sie beim Verkäufer bestellte. Trotzdem ist die vom Käufer erwartete Produktionsgeschwindigkeit vom Verkäufer nicht geschuldet. Die hohen Anforderungen an eine kaufvertragliche Beschaffenheitsvereinbarung sind nicht erfüllt und nach der Rechtsprechung des BGH zielt das Gesetz mit der „nach dem Vertrag vorausgesetzten Verwendung“ der Kaufsache nicht auf konkrete Eigenschaften ab, die sich der Käufer vorstellt, sondern darauf, ob die Sache für die Nutzungsart / den Einsatzzweck geeignet ist, den die Parteien dem Vertrag zugrunde gelegt haben. Will der Käufer sicher sein, dass er das bekommt, was er erwartet, bedarf es hierzu also maßgeschneiderter Vertragsregelungen.

□ **Folgenbeseitigungsanspruch eines Grundstückseigentümers nach Straßensanierung**

*Mit Urteil vom 09.05.2019 (III ZR 388/17) hat der Bundesgerichtshof (BGH) entschieden, dass ein durch Straßenbaumaßnahmen verstärkter Wasserabfluss auf Nachbargrundstücke einen Folgenbeseitigungsanspruch der Eigentümer der Nachbargrundstücke auslösen kann.*

Der Kläger nimmt die beklagte Gemeinde als Grundstückseigentümer in Anspruch, geeignete Maßnahmen zu ergreifen, um den Rückstau wild abfließenden Niederschlagswassers von einer Gemeindestraße auf sein Grundstück zu verhindern.

Die beklagte Gemeinde hatte Sanierungsmaßnahmen an der Gemeindestraße durchgeführt. Zwischen den Parteien ist streitig, ob im Zuge dieser Sanierungsmaßnahmen die Steigung der Straße verändert worden ist und ob es dadurch im Fall eines Starkregens zu einem erheblichen Rückstau von Niederschlagswasser auf das Grundstück des Klägers verbunden mit Schäden an dem Wohnhaus des Klägers kommen kann.

In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass der Eigentümer eines Grundstücks mit dem vorbeugenden Unterlassungsanspruch gemäß § 1004 Abs. 1 Satz 2 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) die Unterlassung künftig drohender beeinträchtigender Einwirkungen auf das Grundstück verlangen kann, die von einem Nachbargrundstück ausgehen und sein Eigentum beeinträchtigen (§ 903 BGB), sofern die erstmalige Beeinträchtigung ernsthaft droht. Lässt sich die drohende Beeinträchtigung nicht anders verhindern, kann auch ein Anspruch auf aktives Eingreifen bestehen.

Zu den Einwirkungen i.S.d. § 903 BGB zählt auch wild abfließendes Niederschlagswasser. Wild abfließendes Niederschlagswasser ist Regenwasser, das nicht von be-

bauten oder befestigten Flächen gesammelt abfließt.

Gemäß § 37 Abs. 1 Satz 1 Wasserhaushaltsgesetz (WHG) darf der natürliche Ablauf wild abfließenden Wassers auf ein tiefer liegendes Grundstück nicht zum Nachteil des höher liegenden Grundstücks behindert werden. Das bedeutet, dass eine künstliche Veränderung des Wasserablaufs zum Nachteil des höher liegenden Grundstücks verboten ist. In dem vorliegenden Fall kam es daher darauf an, ob die vorhandenen Geländeverhältnisse, wie sie vor der Straßensanierung bestanden hatten, durch die Straßenbaumaßnahmen zum Nachteil des höher liegenden Grundstücks verändert worden waren.

Ob ein Nachteil i.S.d. § 37 Abs. 1 WHG vorliegt, ist unter Anlegung eines objektiven Betrachtungsmaßstabs grundstücksbezogen zu beurteilen. Die Nutzbarkeit des betroffenen Grundstücks muss gegenüber dem bisherigen Zustand eingeschränkt sein, wobei nach der Rechtsprechung eine gewisse Erheblichkeitsschwelle überschritten sein muss. Nur drohende Nachteile reichen nicht aus. Sie müssen tatsächlich eintreten oder mit Sicherheit zu erwarten sein. Von einer erheblichen Beeinträchtigung i.S.d. § 37 Abs. 1 WHG ist auszugehen, wenn bei stärkerem Regen und daher regelmäßig wiederkehrend eine Überschwemmung des klägerischen Grundstücks zu erwarten ist. Hingegen liegt keine erhebliche Beeinträchtigung des betroffenen Grundstücks und daher kein Nachteil i.S.d. § 37 Abs. 1 WHG vor, wenn nur bei einem ganz ungewöhnlichen und seltenen Starkregen mit der Überschwemmung des Grundstücks zu rechnen ist.

Nach den Feststellungen des BGH kann die bauliche Veränderung der Straße und die damit verbundene Veränderung ihrer Steigung einen Verstoß gegen § 37 Abs. 1 WHG darstellen, wenn dadurch der Wasserabfluss auf die Nachbargrundstücke verstärkt wird und bei starkem Regen wiederkehrend Überschwemmungen wegen eines

Rückstaus des Wassers auf dem betroffenen Grundstück zu erwarten sind. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, liegen auch die Voraussetzungen des § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB vor, weil eine Beeinträchtigung ernsthaft droht.

Die danach entscheidenden tatsächlichen Voraussetzungen waren in der ersten und in der zweiten Instanz nicht ermittelt worden. Der BGH hat deshalb den Fall zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Da ausgehend von dem Tatsachenvorbringen des Klägers durch die Veränderung der Steigung der Straße faktisch ein Damm geschaffen worden war, der bei starkem Regen zu dem Rückstau von Niederschlagswasser auf dem betroffenen Grundstück führt, konnte auch die Anwendung des § 907 BGB in Erwägung gezogen werden. Nach dieser Regelung kann der Eigentümer eines Grundstücks verlangen, dass auf den Nachbargrundstücken nicht Anlagen hergestellt oder gehalten werden, von denen mit Sicherheit vorauszusehen ist, dass ihr Bestand oder ihre Nutzung eine unzulässige Einwirkung auf sein Grundstück zur Folge hat. § 907 BGB ist jedoch wegen der spezielleren Regelung in § 37 WHG nicht anwendbar. Die wasserrechtlichen Vorschriften bestimmen insoweit abschließend, was als unzulässige Einwirkung i.S.d. § 907 BGB anzusehen ist.

- **Kein Ausschluss des Angebots wegen „schwerer Verfehlung“ nach § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB bei Einstellung des Strafverfahrens**

*Das Oberlandesgericht (OLG) Celle (Beschluss vom 13.05.2019 – 13 Verg 2/19) befasste sich im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes im Vergabenausschreibungsverfahren am (Beschluss vom 13.05.2019 – 13 Verg 2/19) mit der Frage, wann das Angebot eines Bieters nach § 124 des Zwecks über Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) von dem Vergabeverfahren ausgeschlossen werden muss. Demnach ist der öffentliche Auftraggeber nicht verpflichtet, das Angebot eines Bieters wegen „schwerer Verfehlung“ nach § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB auszuschließen, wenn etwaige Verfehlungen des Geschäftsführers nicht zu umweltrechtlichen Sanktionen geführt haben und strafrechtliche Ermittlungsverfahren eingestellt wurden. Darüber hinaus kann das Handeln eines Nachunternehmers für sich genommen keinen Ausschluss nach § 124 Abs. 1 Nr. 1 GWB begründen.*

Dem Beschluss lag ein Vergabeverfahren zugrunde, bei dem die Antragstellerin rügte, dass das Angebot an die Beigeladene erteilt werden sollte. Die Antragstellerin beantragte sodann das Nachprüfungsverfahren und anschließend sofortige Beschwerde. Sie beanstandet u.a., dass das Angebot der Beigeladenen vom Vergabeverfahren auszuschließen gewesen sei, da eine „schwere Verfehlung“ in Person der Beigeladenen vorliege und die Beigeladene bei der Ausführung öffentlicher Aufträge nachweislich gegen geltende umweltrechtliche Verpflichtungen verstoßen habe. Dabei berief die Antragstellerin sich auf ein Strafverfahren gegen den Geschäftsführer der Beigeladenen wegen unerlaubten Umgangs mit Abfällen (§ 326 Strafgesetzbuch). Hintergrund war der Vorwurf, dass durch ein Nachunternehmen Abfälle aus der Abfallverbrennung rechtswidrig entsorgt worden sein sollen.



Das OLG Celle entschied, dass der Nachprüfungsantrag zu Recht von der Vergabekammer zurückgewiesen wurde. Das Angebot der Beigeladenen sei nicht nach § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB wegen „schwerer Verfehlung“ auszuschließen. Bei dem Begriff der „schweren Verfehlung“ handele es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, bei dessen Auslegung der Vergabestelle ein Beurteilungsspielraum zukomme. Unter „schweren Verfehlungen“ verstehe man erhebliche Rechtsverstöße, die geeignet sind, die Zuverlässigkeit eines Bewerbers grundlegend in Frage zu stellen, wobei sie schuldhaft begangen sein und erhebliche Auswirkungen haben müssen. Vorliegend war zu berücksichtigen, dass es nicht zu umweltrechtlichen Sanktionen gegen die Beigeladene kam und dass die beiden strafrechtlichen Ermittlungsverfahren zum einen mangels Tatverdachts und zum anderen gegen Geldauflage nach § 153 a Abs. 2 Strafprozessordnung (StPO) eingestellt wurden. Auch die Einstellung nach § 153 a StPO zeige, dass das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung durch die Erteilung von Weisungen und Auflagen beseitigt werden könne und die Schwere der Schuld nicht entgegenstehe. Aus diesem Grund liege die Prognoseentscheidung des öffentlichen Auftraggebers, dass etwaige Verfehlungen der Beigeladenen die Integrität des Unternehmens nicht in Frage stellen, im Rahmen des Beurteilungsspielraums.

Weiterhin befasste sich das OLG Celle mit der Frage nach der Zurechnung eines möglichen strafbaren Verhaltens des Nachunternehmens. Nach Ansicht des Gerichts umfasst § 124 Abs. 1 Nr. 1 GWB nur Verstöße des Bieterunternehmens, das durch seine Organe handelt, und nicht das Handeln von Nachunternehmen. Das bedeutet, dass das Handeln eines Nachunternehmens für sich genommen keinen Ausschlussstatbestand nach § 124 Abs. 1 Nr. 1 GWB begründet. Zwar könne ein Verstoß der gesetzlichen Kontrollpflichten des Hauptauftragnehmers gegenüber dem Nachunternehmen einen Verstoß i.S.d. § 124 Abs. 1 Nr. 1

GWB darstellen, jedoch schied vorliegend ein solcher Verstoß aus.

□ **Aktuelle Veröffentlichungen**

Prof. Dr. Rüdiger Breuer  
Der trimodale Umschlaghafen – Ein irregulärer Planungsfall?  
in: S. Schlacke/G. Beaucamp/M. Schubert (Hrsg.), Festschrift für Wilfried Erbguth, 2019, S. 593 – 611

Dr. Dominik Lück  
Kommentierung des § 23 VerpackG  
in: Schmehl/Klement (Hrsg.), Gemeinschaftskommentar zum Kreislaufwirtschaftsgesetz (GK-KrWG), 2. Auflage 2019

Dr. Anno Oexle und Thomas Lammers  
Kommentierung der Art. 1 – 10 und der Art. 31 – 64 VVA  
in: Schmehl/Klement (Hrsg.), Gemeinschaftskommentar zum Kreislaufwirtschaftsgesetz (GK-KrWG), 2. Auflage 2019

□ **Aktuelle Veranstaltungen**  
- Auswahl -

**04.09.2019**  
Abfallrecht Aktuell  
Referent: Dr. Anno Oexle  
veranstaltet durch den BDE Bundesverband der Deutschen Entsorgungs-, Wasser- und Rohstoffwirtschaft e. V. in Berlin

**05.09.2019**  
Handeln und Makeln mit Abfällen  
Referent: Dr. Anno Oexle  
veranstaltet durch den BDE Bundesverband der Deutschen Entsorgungs-, Wasser- und Rohstoffwirtschaft e. V. in Berlin

**06.09.2019**  
Gütezeichen zwischen Selbstverpflichtung zur Qualitätssicherung und Vollzug der Güteüberwachung von Ersatzbaustoffen  
Referent: Prof. Dr. Wolfgang Klett  
veranstaltet durch die VDBUM-Akademie, Branchentreff Baustoffrecycling auf der Messe „RecyclingAktiv“ in Karlsruhe

**19.09.2019**  
Vergaberecht – aktuelle Rechtsprechung und Gesetzgebung  
Referent: Dr. Dominik R. Lück  
veranstaltet durch das Kommunale Bildungswerk e.V. in Berlin

**19.09.2019**  
Neue Entwicklung im Abfallexportrecht  
Referent: Dr. Anno Oexle  
Vortrag auf dem Deutschen Umweltkongress in Bad Nauheim  
veranstaltet durch die WEKA AKADEMIE

**21.09.2019**  
Handeln und Makeln mit Abfällen  
Referent: Dr. Anno Oexle  
veranstaltet durch den BDE Bundesverband der Deutschen Entsorgungs-, Wasser- und Rohstoffwirtschaft e. V. in Köln

**24.09.2019**

Ausschreibung, Selbstreinigung, Wettbewerbsregister

Referent: Dr. Dominik R. Lück

veranstaltet durch das Studieninstitut für  
kommunale Verwaltung Westfalen-Lippe  
in Münster-Coerde

---

**Autoren dieses Newsletters sind:**

*Büro Köln*

Rechtsanwalt Dr. D. Lück  
Rechtsanwalt Dr. A. Oexle  
Rechtsanwalt Dr. A. de Diego  
Rechtsanwalt Dr. R. Geesmann  
Rechtsanwalt Dr. H. Weishaupt  
Rechtsanwalt Prof. Dr. R. Breuer  
Rechtsanwältin C. Radeloff  
Rechtsanwalt T. Lammers  
Rechtsanwältin V. Eske