

Newsletter

Umwelt □ Technik □ Vergabe

Fünzigste Ausgabe, Oktober 2019

Seite

- Mengenbezogene Verwaltungsgebühren im Notifizierungsverfahren mit Unionsrecht nicht vereinbar 1
- Bindung der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger an die Vorgaben der Gewerbeabfallverordnung? 3
- Quo vadis Staatenliste? 4
- 44. BImSchV in Kraft getreten 5
- Zulässigkeit einer Schank- und Speisewirtschaft im allgemeinen Wohngebiet 7
- Behördliche Befugnisse bei fehlender Genehmigung im Bau- und Umweltrecht 8
- Pflanzenschutzrecht: Bestimmungen/Ausgleichsmaßnahmen, die mit dem Schutz der Biodiversität begründet werden, bedürfen einer gesetzlichen Rechtsgrundlage 11
- Zur Abgrenzung einer kaufvertraglichen Beschaffenheitsvereinbarung von einem eigenschaftsbezogenen Haftungsausschluss 13
- Blendwirkung von Dachziegeln kann rechtswidrige Eigentumsbeeinträchtigung darstellen 14
- EuGH kippt Mindest- und Höchstsätze der HOAI 15
- Vergabeunterlagen müssen zwingend unter einem Link ohne weitere Zwischenschritte abrufbar sein 16
- JUVE Awards 2019: Köhler & Klett als Kanzlei des Jahres für Regulierte Industrien nominiert 17
- Aktuelle Veröffentlichungen 18
- Aktuelle Veranstaltungen 18

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

□ **Mengenbezogene Verwaltungsgebühren im Notifizierungsverfahren mit Unionsrecht nicht vereinbar**

Grenzüberschreitende Abfallverbringungen erfordern nach der Abfallverbringungsverordnung (VVA) unter bestimmten Voraussetzungen die Durchführung eines Notifizierungsverfahrens. Für die Durchführung eines solchen Verfahrens erheben die zuständigen Behörden eine Gebühr. Das Verwaltungsgericht (VG) Düsseldorf hat nunmehr – rechtskräftig – entschieden, dass die Erhebung einer solchen Gebühr zwar grundsätzlich zulässig ist, aber nicht nach der Menge des notifizierten Abfalls bemessen werden darf (Urteil vom 28.05.2019, 17 K 9985/18).

Die Klägerin, ein Entsorgungsunternehmen aus NRW, beantragte 2016 und 2017 bei der Bezirksregierung (BZ) Düsseldorf Zustimmungen zu Abfallverbringungen in die Niederlande, die antragsgemäß erteilt wurden. Für die Erteilung der Zustimmungen im Notifizierungsverfahren setzte die BZ Düsseldorf anschließend Verwaltungsgebühren fest. Deren Höhe wurde anhand der jeweils notifizierten Abfallmenge berechnet; entsprechend der einschlägigen Tarifstelle wurde dabei ein Wert von 0,45 € pro notifizierter Tonne Abfall zugrunde gelegt.

Gegen die Gebührenbescheide klagte das betroffene Entsorgungsunternehmen vor dem VG Düsseldorf – mit Erfolg.

Das VG Düsseldorf betont in seinem Urteil zunächst, dass dem Notifizierenden nach Art. 29 VVA angemessene und verhältnismäßige Verwaltungskosten für die Durchführung des Notifizierungsverfahrens auferlegt werden können. Nicht zulässig sei es dagegen, *die Höhe* dieser Verwaltungsgebühr von der notifizierten Gesamtabfallmenge abhängig zu machen. Eine solche – mengenabhängige – Bemessungsgrundlage verstoße gegen ein zentrales Prinzip des Unionsrechts, nämlich das Verbot von Maßnahmen, die die gleiche Wirkung

haben, wie Ein- und Ausfuhrzölle für Waren (Art. 28 Abs. 1 Halbsatz 2 AEUV i.V.m. Art. 30 AEUV). Dieses Verbot gelte auch für grenzüberschreitende Abfallverbringungen. Denn Abfälle seien nach ständiger Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) als Waren im Sinne der Warenverkehrsfreiheit zu qualifizieren (EuGH, Urteil vom 09.07.1992, C-2/90).

Nach Ansicht des VG Düsseldorf fallen unter das Verbot von Maßnahmen gleicher Wirkung im vorstehend genannten Sinn auch Verwaltungsgebühren, wenn sie (1.) wesensmäßig an den Import oder Export einer Ware zwischen den Mitgliedstaaten anknüpfen (sog. Grenzkausalität), (2.) einseitig auferlegt sind und (3.) keinen Ausnahmetatbestand erfüllen.

Die ersten beiden Voraussetzungen sind nach Ansicht des VG Düsseldorf unproblematisch erfüllt. Die von der BZ Düsseldorf erhobenen Gebühren für die Durchführung des Notifizierungsverfahrens sind grenzkausal, weil sie an die (beabsichtigte) Verbringung von Abfällen zwischen EU-Mitgliedstaaten anknüpfen. Die Gebühren werden dem notifizierenden Unternehmen zudem durch Verwaltungsakt und damit einseitig auferlegt; das Unternehmen kann sich der Gebühr, wenn es Abfälle grenzüberschreitend verbringen will, nicht entziehen.

Den Schwerpunkt der Urteilsbegründung bildet die dritte Voraussetzung, also die Frage, ob vorliegend ein Ausnahmetatbestand gegeben ist, der die Erhebung einer solchen Gebühr rechtfertigen könnte. Nach der Rechtsprechung des EuGH liegt ein solcher Ausnahmetatbestand vor, wenn die fragliche Verwaltungsgebühr (a) Teil einer allgemeinen inländischen Gebührenregelung ist, die systematisch sämtliche Verbringungsverfahren (egal ob innerstaatlich oder grenzüberschreitend) nach gleichen Kriterien erfasst, oder (b) der Höhe nach ein angemessenes Entgelt für eine gegenüber dem Wirtschaftsteilnehmer tatsächlich erbrachte Dienst-

leistung darstellt, oder (c) mit Untersuchungen zusammenhängt, die zur Erfüllung von nach dem Unionsrecht vorgesehenen Verpflichtungen vorgenommen werden und nicht höher sind als die tatsächlichen Kosten der Tätigkeit, für die sie erhoben werden (siehe dazu EuGH, Urteil vom 31.05.1979, Rs. 132/78, Rn. 8f.).

Für eine Ausnahme nach (a) ist erforderlich, dass Abfall, der innerhalb Deutschlands verbracht wird, und Abfall, der aus Deutschland in einen anderen EU-Mitgliedstaat verbracht wird, in gleicher Höhe und auf der gleichen Handelsstufe nach einem einheitlichen Tatbestand von der streitigen Gebühr erfasst werden. Dies ist nach Ansicht des VG Düsseldorf vorliegend nicht der Fall. Als Vergleich könne lediglich auf die Gebühr abgestellt werden, die bei einer Inlandentsorgung für das Nachweisverfahren erhoben wird. Allerdings seien die Gebührenerhebung für das Nachweisverfahren und die für das Notifizierungsverfahren deutlich unterschiedlich ausgestaltet. So bestehe die Nachweispflicht etwa nur für gefährliche Abfälle (§ 50 Abs. 1 Satz 1 KrWG), während die Notifizierungspflicht – jedenfalls teilweise – auch nicht gefährliche Abfälle erfasse (Art. 4 ff. VVA). Auch die für die Gebührenerhebungen jeweils maßgeblichen Obergrenzen (10.000 € im Nachweisverfahren, 30.000 € im Notifizierungsverfahren) seien unterschiedlich ausgestaltet. Zudem werde – um ein weiteres Beispiel für die fehlende Vergleichbarkeit zu nennen – für das Nachweisverfahren eine Grundgebühr und ein gewichtorientierter Zuschlag berechnet, während für das Notifizierungsverfahren eine rein mengenmäßige Berechnung erfolgt.

Auch eine Ausnahme nach (b) liegt nach Ansicht des VG Düsseldorf nicht vor. Die beklagten Gebühren stellten kein angemessenes Entgelt für einen gerade gegenüber der Klägerin tatsächlich geleisteten Dienst dar. Denn die behördliche Kontrolle im Notifizierungsverfahren diene – so das VG Düsseldorf – nicht dem Interesse der

Klägerin, sondern dem allgemeinen Umwelt- und Gesundheitsinteresse.

Auch das Vorliegen des Ausnahmetatbestandes (c) wird vom VG Düsseldorf verneint. An dem dafür erforderlichen unmittelbaren Zusammenhang zwischen der Höhe der Gebühr und den tatsächlich für die Bearbeitung der Notifizierung anfallenden Kosten fehle es vorliegend. Ein solcher Zusammenhang bestehe z.B., wenn die Höhe der Gebühr nach der zeitlichen Dauer der vorgenommenen Prüfungen, der Anzahl der dafür eingesetzten Mitarbeiter, den Materialkosten oder ähnlichen Faktoren berechnet werde. Auch ein fester Stundentarif sei nicht ausgeschlossen. Wenn sich die Gebühr dagegen wie im vorliegenden Fall allein nach der notifizierten Abfallmenge richte, sei der erforderliche unmittelbare Zusammenhang zwischen der Höhe der Gebühr und den tatsächlich für die Bearbeitung der Notifizierung anfallenden Kosten nicht gegeben. Hinzu komme, dass die BZ Düsseldorf selbst nicht vorgetragen habe, dass der Verwaltungsaufwand für das Notifizierungsverfahren maßgeblich von der notifizierten Gesamtmenge abhängige. Im Gegenteil seien hierfür eine Vielzahl anderer Faktoren entscheidend, z.B. ob und inwieweit der Notifizierende durch einen unvollständigen oder fehlerhaften Antrag selbst für behördliche Nachfragen und damit einen erhöhten Verwaltungsaufwand verantwortlich ist.

Das Urteil des VG Düsseldorf überzeugt durch seine klare Anwendung unionsrechtlicher Grundsätze und hat über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung. Ähnliche Regelungen wie in NRW existieren nämlich auch in anderen Bundesländern.

Jedenfalls in NRW besteht nach dem Urteil des VG Düsseldorf Handlungsbedarf. Es bleibt abzuwarten, wann und in welcher Form eine Anpassung des (gebühren-)rechtlichen Rahmens an die Vorgaben des VG Düsseldorf erfolgt.

Rechtswidrige Gebührenbescheide können mit den dafür vorgesehenen Rechtsbehelfen innerhalb der dafür jeweils maßgeblichen Fristen angegriffen werden. Im Erfolgsfall können bereits gezahlte Gebühren zurückgefordert werden.

□ **Bindung der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger an die Vorgaben der Gewerbeabfallverordnung?**

Nach der neuen – am 01.08.2017 in Kraft getretenen – Gewerbeabfallverordnung (GewAbfV) treffen die Erzeuger und Besitzer gewerblicher Siedlungsabfälle umfassende Getrennterfassungspflichten. Zudem sind die Erzeuger und Besitzer gemischt erfasster gewerblicher Siedlungsabfälle nach der GewAbfV grundsätzlich verpflichtet, diese unverzüglich einer Vorbehandlungsanlage zuzuführen. Solche Anlagen müssen seit dem 01.01.2019 bestimmte technische Mindeststandards einhalten. Dadurch soll – dem Zweck der GewAbfV entsprechend – sichergestellt werden, dass die in den Gemischen enthaltenen wertstoffhaltigen Fraktionen aussortiert und anschließend recycelt werden.

In der Praxis stellt sich gegenwärtig die Frage, ob und inwieweit die Vorgaben der GewAbfV, insbesondere die Vorbehandlungspflicht, auch für die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger (örE) gelten bzw. für Abfälle, die die Erzeuger und Besitzer solcher Abfälle über die örE entsorgen.

Bei der Beantwortung dieser Frage ist zwischen Abfällen, die der örE selbst erzeugt, und Abfällen, die dem örE von anderen zur Entsorgung überlassen werden, zu differenzieren.

Gewerbliche Siedlungsabfälle, die der örE selbst erzeugt, fallen in den Anwendungsbereich der GewAbfV. Der örE ist daher verpflichtet, solche Abfälle entsprechend den Vorgaben der GewAbfV zu erfassen und zu entsorgen.

Bei Abfällen, die vom örE nicht selbst erzeugt, sondern ihm von anderen zur Entsorgung übergeben werden, ist maßgeblich, in welchem rechtlichen Rahmen sich diese Übergabe abspielt. Werden dem örE die Abfälle als Abfälle zur Beseitigung und damit als überlassungspflichtig übergeben, ist der örE in Bezug auf diese Abfälle

nicht an die Vorgaben der GewAbfV gebunden. Das bestimmt § 1 Abs. 4 Nr. 3 GewAbfV. Begründet wird diese Ausnahme, die „1:1“ aus der alten GewAbfV übernommen wurde, damit, dass der öRE zwar verpflichtet sei, überlassungspflichtige Abfälle anzunehmen, selbst aber keine Möglichkeit habe, deren Zusammensetzung zu beeinflussen (Bundestag-Drucksache 18/10345 vom 16.11.2016, Seite 69). Daraus folgt, dass die öRE insbesondere nicht verpflichtet sind, Gewerbeabfallgemische vorzubehandeln, die ihnen in den Restabfalltonnen und damit zur Beseitigung zur Verfügung gestellt werden.

Die Ausnahmeregelung des § 1 Abs. 4 Nr. 3 GewAbfV greift allerdings erst nach der Überlassung der Abfälle an den öRE. Die Abfallerzeuger und -besitzer selbst unterliegen bis dahin den Anforderungen der GewAbfV uneingeschränkt; sie können sich ihrer Pflichten nach der GewAbfV also nicht durch den Hinweis entziehen, dass sie die Abfälle später dem öRE überlassen. Dementsprechend dürfen öRE auch gegenüber den Abfallerzeugern und Abfallbesitzern nicht den Eindruck erwecken, dass diese sich durch die Nutzung der sog. Pflichtrestmülltonnen von den verwertungsbezogenen Anforderungen der GewAbfV befreien könnten

Erzeuger und Besitzer gewerblicher Siedlungsabfällen verstoßen gegen ihre – bußgeldbewehrten – Pflichten aus der GewAbfV, wenn sie verwertbare Abfälle in die für Abfälle zur Beseitigung bestimmten Restmülltonnen werfen.

Wenn die Übergabe der Gewerbeabfälle an den öRE nicht zur Beseitigung, also im Rahmen der Überlassungspflicht, sondern zur Verwertung, also im Rahmen der freiwilligen wirtschaftlichen Tätigkeit des öRE erfolgt, dann ist dieser zur Vorbehandlung der ihm übergebenen vorbehandlungspflichtigen Abfallgemische entsprechend den Vorgaben der GewAbfV verpflichtet.

□ Quo vadis Staatenliste?

Abfallverbringung: Das Umweltbundesamt hat die sog. „Staatenliste“ von seiner Homepage genommen, die in der Vergangenheit für die Exporteure von Sekundärrohstoffen eine große Hilfe darstellte. Der folgende Beitrag beschäftigt sich mit den Hintergründen der Entscheidung des Umweltbundesamtes.

Innerhalb der EU dürfen Abfälle zur Verwertung ohne vorheriges Notifizierungsverfahren grenzüberschreitend verbracht werden, wenn sie in die Grüne Liste eingestuft werden können. Dies gilt mit wenigen Ausnahmen auch für Verbringungen in andere OECD-Staaten. Gehört der Zielstaat demgegenüber nicht der OECD an, hängt das unionsrechtlich vorgeschriebene Verfahren beim Export von Abfällen der Grünen Liste davon ab, für welche Option sich der Drittstaat entscheiden hat: Je nach Antwort des Drittstaats kommt ein Exportverbot, das Notifizierungsverfahren oder – wie bei einer Verbringung innerhalb der EU – das Anhang VII-Verfahren zur Anwendung.

Eine übersichtliche und in der Praxis hilfreiche Zusammenstellung der für die jeweiligen Drittstaaten aktuell geltenden Regeln enthielt bislang die vom Umweltbundesamt zur Verfügung gestellte sog. „Staatenliste“. Diese hat das Umweltbundesamt jetzt von seiner Homepage genommen. Begründung: Die zugrundeliegende EU-Verordnung 1418/2007, in der die von den einzelnen Drittstaaten jeweils gewählte Option fixiert werden soll, spiegelt den aktuellen Rechtszustand in den Drittstaaten nicht mehr wider, weil die EU-Kommission sie seit 2014 nicht mehr aktualisiert hat – trotz entsprechender Verpflichtung nach der EU-Abfallverbringungsverordnung.

Um Rechtsverstöße im Zielstaat zu vermeiden, müssen sich Unternehmen, die Abfälle in einen Nicht-OECD-Staat exportieren wollen, daher selbst informieren, ob dort strengere Vorgaben als das Anhang

VII-Verfahren einzuhalten sind. Unionsrechtlich bleibt die veraltete Verordnung 1418/2007 allerdings weiterhin anwendbar.

□ **44. BImSchV in Kraft getreten**

Mit einiger Verspätung ist am 20.06.2019 die 44. Bundes-Immissionsschutzverordnung (44. BImSchV) in Kraft getreten. Sie enthält u.a. Emissionsgrenzwerte für Anlagen zur Strom- und/oder Wärmeerzeugung mit einer Feuerungswärmeleistung zwischen 1 und 50 MW, die nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz (BImSchG) genehmigungsbedürftig bzw. nicht genehmigungsbedürftig sind. Die 44. BImSchV dient im Wesentlichen der Umsetzung der „Richtlinie (EU) 2015/2193 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.11.2015 zur Begrenzung der Emissionen bestimmter Schadstoffe aus mittelgroßen Feuerungsanlagen in die Luft“ (englisch MCPD = Medium Combustion Plant Directive abgekürzt), die bis Ende 2017 umzusetzen war. Für die Genehmigungs- und Überwachungspraxis relevant sind unter anderem die ausdifferenzierten und teilweise komplexen Übergangsregelungen der 44. BImSchV.

Die von der 44. BImSchV erfassten mittelgroßen Feuerungs- sowie Gasturbinen- und Verbrennungsmotoranlagen umfassen Anlagen, die z.B. mit Holz und Biomasse, Stein- oder Braunkohle, Öl, oder gasförmigen Brennstoffen wie Bio- oder Erdgas betrieben werden, um Strom oder Wärme zu erzeugen.

Vom Anwendungsbereich der 44. BImSchV nicht erfasst werden Anlagen, die der 1. (kleine und mittelgroße Feuerungsanlagen), der 13. (Großfeuerungsanlagen) oder der 17. BImSchV (Abfallverbrennungsanlagen) unterfallen.

Die 44. BImSchV erfasst zum Teil Anlagentypen, die bisher in der TA Luft 2002 und/oder der 1. BImSchV über kleine und mittlere Feuerungsanlagen geregelt waren; letztere ist mit Wirkung zum 20.06.2019 entsprechend geändert worden.

Die 44. BImSchV hat in ihrem Geltungsbereich grundsätzlich Anwendungsvorrang

vor der TA Luft 2002, deren Novellierung (siehe hierzu zuletzt den Beitrag im Köhler & Klett Newsletter 02/18, S. 11 f.) nach wie vor nicht abgeschlossen ist.

Kernstück der 44. BImSchV sind die in §§ 9 – 17 geregelten Emissionsgrenzwerte für Luftschadstoffe wie Schwefeldioxid, Stickstoffdioxid, Staub, Gesamtkohlenstoff, Formaldehyd – insoweit werden die LAI-Vollzugshinweise vom 09.12.2015 übernommen – sowie die jeweils korrespondierenden Vorgaben zu ihrer Messung (§§ 21 – 31). Die Grenzwerte unterscheiden sich oftmals je nach eingesetztem Brennstoff- und Anlagentyp. Vereinzelt handelt es sich im Vergleich zur bisherigen Rechtslage um – etwa bei Stickstoffdioxid – beachtliche Verschärfungen.

Ergänzt werden die Regelungen zu den Emissionsgrenzwerten durch die in §§ 18 – 20 enthaltenen Anforderungen an Misch- und Mehrstofffeuerungen, an die Ableitbedingungen einschließlich Schornsteinhöhe sowie an Abgasreinigungseinrichtungen. Zudem enthält die 44. BImSchV Dokumentations- und Überwachungspflichten der Anlagenbetreiber.

§ 32 erlaubt unter bestimmten Voraussetzungen die behördliche Zulassung von Ausnahmen, wenn und soweit europarechtliche Vorgaben nicht entgegenstehen.

Zentraler Ausgangspunkt für die Handhabung der Übergangsregelungen in § 39 ist der Begriff der bestehenden Anlage (§ 2 Abs. 4). Bestehende Anlagen haben zwar bestimmte Anforderungen etwa aus dem Bereich der Dokumentationspflichten ab dem Zeitpunkt des Inkrafttretens der 44. BImSchV, mithin ab dem 20.06.2019, einzuhalten. Die Emissionsgrenzwerte in §§ 9 – 17 und die mit ihnen korrespondierenden Messverpflichtungen gelten dagegen erst ab dem 01.01.2025. Bis dahin gelten die einschlägigen Fassungen der TA Luft 2002 sowie der 1. BImSchV fort. Von dieser Regelung gibt es allerdings – abhängig von der

Feuerungsanlage, dem Brennstoff sowie dem betroffenen Luftschadstoff – Abweichungen in § 39 Abs. 4, wonach die Geltung bestimmter Grenzwerte entweder vorverlagert wird – so z.B. für Formaldehyd –, oder aber über den Zeitraum nach dem 1. Januar 2025 hinaus verlagert wird. Verkompliziert wird die Handhabung der Übergangsregelungen dadurch, dass die einschlägigen Normen betreffend den jeweiligen Luftschadstoff/Anlagentyp aus dem Abschnitt 2 der 44. BImSchV ihrerseits Regelungen für „bestehende Anlagen“ enthalten.

Vor dem Hintergrund der zum Teil komplexen Übergangsregelungen sowie der damit verbundenen Fragen nach Fortgeltung der bisherigen Rechtslage – namentlich von Regelungen der TA Luft 2002/der 1. BImSchV – bedarf es einer sorgfältigen Prüfung des jeweiligen Einzelfalls, um den einschlägigen Pflichtenumfang aus der 44. BImSchV anlagen- und parameterbezogen zutreffend abzuleiten.

□ **Zulässigkeit einer Schank- und Speisewirtschaft im allgemeinen Wohngebiet**

Das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) hat in seinem Urteil vom 02.03.2019 (Az.: 4 C 5.18) klargestellt, dass eine Schank- und Speisewirtschaft, die im Sinne von § 4 Abs. 2 Nr. 2 Baunutzungsverordnung (BauNVO) der Versorgung eines allgemeinen Wohngebiets dient, nicht entgegengehalten werden kann, dass sie wegen der von ihrem Betrieb üblicherweise ausgehenden Störungen gebietsunverträglich sei.

In dem vom BVerwG entschiedenen Fall wandte sich die Klägerin gegen die Aufhebung einer Baugenehmigung für eine Gaststätte im Brauhausstil in einem Allgemeinen Wohngebiet durch das Oberverwaltungsgericht für das Land NRW (OVG NRW).

Das OVG NRW hatte die Schank- und Speisewirtschaft bauplanungsrechtlich für unzulässig gehalten, da diese auch dann in einem allgemeinen Wohngebiet gebietsunverträglich sei, wenn sie der Versorgung des Gebietes im Sinne des § 4 Abs. 2 Nr. 2 BauNVO in der hier maßgeblichen Fassung der Bekanntmachung vom 15.09.1977 (BauNVO 1977) diene.

Dem folgt das BVerwG nicht. Das Tatbestandsmerkmal der Gebietsversorgung wehre zum einen Störungen bereits ab, da es nur auf einen bestimmten Personenkreis ausgerichtet sei, der gebietsfremde Gäste ausschließe und somit nahezu zwangsläufig keinen An- und Abfahrtsverkehr mit den damit verbundenen gebietsinadäquaten Begleiterscheinungen verursache. Zum anderen trage das Tatbestandsmerkmal zum Zweck eines allgemeinen Wohngebiets bei, indem eine Versorgungsinfrastruktur bereit gestellt werde, mit der die Grundbedürfnisse der Bevölkerung befriedigt werden, wie vorliegend die Möglichkeit des fußläufigen Besuches einer Schank- und Speisewirtschaft.

Wenn solche Betriebe also die in einem allgemeinen Wohngebiet angestrebte Wohnruhe störten, würden solche Störungen, die Gaststätten regelmäßig schon auf Grund ihrer Betriebszeiten (vorliegend 9:00 morgens bis 1:00 nachts) hervorrufen, aus Gründen überlegter Städtebaupolitik von der BauNVO in Kauf genommen. Diese Entscheidung des Ordnungsgebers werde unterlaufen, wenn einer gebietsversorgenden Schank- und Speisewirtschaft wegen der von ihr ausgehenden Störungen die Gebietsverträglichkeit abgesprochen werde.

□ **Behördliche Befugnisse bei fehlender Genehmigung im Bau- und Umweltrecht**

Das Oberverwaltungsgericht (OVG) Weimar hat in einem Beschluss vom 15.01.2019 – 1 EO 522/18 – ausgesprochen, dass die Thüringer Bauordnung (ThürBauO) vom 13.03.2014 keine Befugnisnorm enthält, die es der Bauaufsichtsbehörde bei fehlender Genehmigung der Errichtung oder Änderung einer baulichen Anlage erlauben würde, den Bauherrn durch Verwaltungsakt zur Stellung eines Bauantrags aufzufordern. Diese negative Aussage zu den Rechtsfolgen der formellen Illegalität baulicher Anlagen ist auch für das Bauordnungsrecht anderer Bundesländer maßgebend und stimmt mit der Rechtsprechung anderer OVG zu den jeweiligen Landesbauordnungen überein. Sie bedarf indes im Hinblick auf die Rechts- und Verwaltungspraxis ergänzender Klarstellungen. Zu klären bleibt, über welche Befugnisse die zuständigen Aufsichtsbehörden verfügen, wenn eine Anlage ohne die gesetzlich erforderliche Genehmigung, also formell illegal, errichtet oder geändert worden ist. Wie die Rechtsprechung zeigt, wird diese Frage im Bau- und Umweltrecht keineswegs einheitlich, sondern unterschiedlich beantwortet.

Der Sachverhalt, über den das OVG Weimar mit dem Beschluss vom 15.01.2019 – 1 EO 522/18 – entschieden hat, erscheint auf den ersten Blick alltäglich und wenig spektakulär. In einem Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes wandte sich die Antragstellerin als Eigentümerin eines mit einem viergeschossigen Mehrfamilienhaus bebauten Grundstücks gegen bauaufsichtliche Verfügungen. Die zuständige Bauaufsichtsbehörde stellte anlässlich einer anderweitig veranlassten Kontrolle im Juni 2016 fest, dass das Dachgeschoss des Hauses ausgebaut worden war und zu Wohnzwecken genutzt wurde. Nach Ansicht der Behörde lag darin eine ungenehmigte Änderung der Nutzung des Dachgeschosses. Durch Bescheid vom 09.06.2017 forderte

die Behörde die Antragstellerin auf, innerhalb von drei Monaten für die ihrer Auffassung nach erfolgte Änderung und Nutzungsänderung des Dachgeschosses einen vollständigen Bauantrag einzureichen. Die Behörde ordnete die sofortige Vollziehung dieser Anordnung an und drohte für den Fall der Zuwiderhandlung ein Zwangsgeld an. Gegen diesen Bescheid erhob die Antragstellerin Widerspruch. Sie war der Auffassung, dass die Wohnung im Dachgeschoss des Mehrfamilienhauses Bestandschutz genieße, und kam der Aufforderung zur Vorlage eines Bauantrags nicht nach. Daraufhin setzte die Behörde durch Bescheid vom 03.05.2018 das angedrohte Zwangsgeld fest. Für den Fall der wiederholten Nichtbefolgung drohte die Behörde ein weiteres Zwangsgeld an. Die Antragstellerin erhob auch gegen diesen Bescheid Widerspruch.

Das Verwaltungsgericht lehnte den gestellten Antrag auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes gegen die Bescheide vom 09.06.2017 und vom 03.05.2018 ab. Der dagegen eingelegten Beschwerde gab das OVG Weimar mit dem Beschluss vom 15.01.2019 – 1 EO 522/18 – statt.

Das OVG Weimar legte das zweitinstanzliche Rechtsschutzbegehren der Antragstellerin nach § 88 der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) dahin aus, dass sie unter Abänderung der erstinstanzlichen Entscheidung hinsichtlich des im Bescheid vom 09.06.2017 enthaltenen und für sofort vollziehbar erklärten Bauantragsgebots die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ihres dagegen erhobenen Widerspruchs und im Übrigen die Anordnung der gesetzlich (nach § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 VwGO i.V.m. dem Thüringer Landesrecht) ausgeschlossenen aufschiebenden Wirkung ihrer Widersprüche angeordnet wissen wollte (Rn. 12).

Die zulässige Beschwerde hatte nach der Erkenntnis des OVG Weimar auch in der Sache Erfolg. Aufgrund der nach § 146 Abs. 4 VwGO auf die dargelegten

Gründe beschränkter Prüfung hat das OVG Weimar entschieden, dass das Verwaltungsgericht das Rechtsschutzbegehren der Antragstellerin zu Unrecht abgelehnt hatte. Im vorliegenden Fall spreche – so das OVG – nach der im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes gebotenen summarischen Prüfung alles dafür, dass die angefochtene Bescheide rechtswidrig seien und die erhobenen Widersprüche erfolgreich sein werden; daher falle die im Rahmen des § 80 Abs. 5 VwGO vorzunehmende Interessenabwägung zu Gunsten der Antragstellerin aus (Rn. 14).

Die handelnde Bauaufsichtsbehörde war nach der Erkenntnis des OVG Weimar nicht befugt, die Antragstellerin unter Androhung eines Zwangsgeldes zur Einreichung eines vollständigen Bauantrags aufzufordern, da es hierfür in der ThürBauO 2014 keine Ermächtigungsgrundlage gebe (Rn. 15). Jedenfalls fehle es an einer ausdrücklichen Befugnisnorm für eine solche Anordnung (anders noch § 77 Abs. 1 ThürBauO vom 03.06.1994). Eine dahingehende Ermächtigung der Behörde lässt sich, wie das OVG Weimar überzeugend darlegt, auch nicht aus der Generalklausel des § 58 Abs. 1 ThürBauO vom 13.03.2014 herleiten. Nach Satz 1 dieser Bestimmung haben die Bauaufsichtsbehörden bei der Errichtung, Änderung, Nutzungsänderung und Beseitigung sowie bei der Nutzung und Instandhaltung von Anlagen darüber zu wachen, dass die öffentlich-rechtlichen Vorschriften eingehalten werden. Daran anknüpfend, räumt § 58 Abs. 1 Satz 2 ThürBauO 2014 den Bauaufsichtsbehörden die Befugnis ein, in Wahrnehmung dieser Aufgaben nach pflichtgemäßem Ermessen die erforderlichen Maßnahmen zu treffen. Diese allgemeine baurechtliche Befugnisnorm vermag jedoch – so zu Recht das OVG Weimar – eine mit Zwangsmitteln durchsetzbare Pflicht des Bauherrn, einen Bauantrag zu stellen, nicht zu begründen (Rn. 16).

In den weiteren Entscheidungsgründen stellt das OVG Weimar klar, über welche

Befugnisse die zuständige Bauaufsichtsbehörde verfügt, wenn sie der Auffassung ist, dass in einem konkreten Fall baugenehmigungspflichtige, aber ungenehmigte und somit formell illegale Maßnahmen vorliegen. In einem solchen Fall hat die Behörde die Möglichkeit, gegen den Bauherrn oder sonst Verantwortlichen nach der jeweiligen landesgesetzlichen Eingriffsermächtigung (so nach § 78 Abs. 1 ThürBauO 2014) die Einstellung der Bauarbeiten anzuordnen. Sind die Arbeiten bereits abgeschlossen und wird die betreffende bauliche Anlage bereits genutzt, kann die Behörde die Nutzung untersagen (§ 79 Abs. 1 Satz 2 ThürBauO 2014) oder die Beseitigung der Anlage fordern (§ 79 Abs. 1 Satz 1 ThürBauO 2014). Letzteres ist aber wegen des baurechtlichen Bestandsschutzes und des grundrechtlichen Eigentumsschutzes (Art. 14 Abs. 1 Grundgesetz) nur dann gerechtfertigt, wenn die bauliche Anlage zugleich materiell illegal, also bei bestehender Genehmigungsbedürftigkeit nicht genehmigungsfähig ist. Generell setzt eine bauaufsichtliche Beseitigungsanordnung die Einhaltung der rechtsstaatlichen Schranken der Verhältnismäßigkeit voraus.

Falls die zuständige Bauaufsichtsbehörde anhand der ihr vorliegenden Erkenntnisse ohne nähere Sachaufklärung nicht beurteilen kann, ob die tatbestandlichen Voraussetzungen für ein bauaufsichtliches Einschreiten nach den genannten Befugnisnormen vorliegen, kann sie im Einzelfall unter Rückgriff auf die allgemeine Befugnisnorm des § 58 Abs. 1 Satz 2 ThürBauO 2014 berechtigt sein, von dem für den Bau Verantwortlichen die dafür notwendigen Unterlagen zu verlangen (OVG Weimar, a.a.O., Rn. 17; ebenso OVG Schleswig, Beschluss vom 17.06.2010 – 1 LA 26/10). Ein derartiger, auf die allgemeine bauordnungsrechtliche Befugnisnorm gestützter Gefahrenerforschungseingriff kann insbesondere dann gerechtfertigt sein, wenn er der Beschaffung von Unterlagen dient, die für die Beurteilung der von einer baulichen Anlage ausgehenden Gefahren notwendig sind und die die Behörde anderweitig nicht

oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand ermitteln könnte (OVG Weimar, a.a.O., Rn. 17; auch OVG Münster, Beschluss vom 27.08.2002 – 10 B 1233/02; VGH Mannheim, Urteil vom 13.02.1980 – III 1998/79). Dies kann z.B. angenommen werden, wenn dem Bauherrn aufgegeben wird, in einem Zweifelsfall einen Nachweis der Standsicherheit seines Gebäudes durch einen Tragwerksplaner beizubringen (OVG Weimar, a.a.O., Rn. 17 und Beschluss vom 17.07.2018 – 1 EO 394/18).

Der tiefere Grund dieser Rechtsprechung liegt darin, dass nach den Grundsätzen der prinzipiellen Baufreiheit und der baurechtlichen Präventivkontrolle das Fehlen der erforderlichen Baugenehmigung, d.h. die formelle Illegalität einer baulichen Anlage – für sich alleine gesehen – von untergeordneter Bedeutung ist. Entscheidend ist im Baurecht letztlich die materielle Legalität der Errichtung sowie der Nutzung baulicher Anlagen, also deren materiell verstandene Ungefährlichkeit. Diese gilt es sicherzustellen. Dazu dient die von den Verwaltungsgerichten anerkannte Befugnis der Bauaufsichtsbehörden, von dem für den Bau Verantwortlichen die für die Gefahrenerforschung notwendigen Unterlagen wie z.B. einen Nachweis der Stand- oder Feuersicherheit zu verlangen. Demgegenüber würde eine behördliche Aufforderung zur Stellung eines Baugenehmigungsantrags auf die Herstellung der formellen Legalität zielen und den Verantwortlichen hierzu in die Pflicht nehmen. Eine solche Inpflichtnahme würde über die gesetzliche Zielsetzung des Baurechts hinauschießen. Die Befugnisnormen des Baurechts sind demgemäß beschränkt und entsprechend zu interpretieren. Die dahingehende Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte findet hierin ihre Erklärung und Rechtfertigung.

Demgegenüber hat die formelle Illegalität von Anlagen und Handlungen im Umweltrecht eine anders geartete, sachlich relevante Bedeutung, weil es – im Gegensatz zur prinzipiellen Baufreiheit – keine

Freiheit zur Inanspruchnahme oder Verschmutzung von Umweltgütern gibt. So gilt im Wasserrecht – ebenso wie im gesamten Umweltrecht – der Grundsatz, dass die zuständige Behörde bereits wegen der für sich ausschlaggebenden formellen Illegalität einer Anlage oder Handlung verbietend einschreiten kann, ohne deren materielle Legalität und Genehmigungsfähigkeit prüfen zu müssen. Eine Gewässerbenutzung ohne die erforderliche Erlaubnis ist daher nicht nur formell, sondern auch materiell rechtswidrig (so das Bundesverwaltungsgericht – BVerwG, Urteil vom 10.02.1978 – 4 C 71.75, mit der missverständlichen Formulierung, dass eine rechtliche Trennung zwischen formeller und materieller Illegalität für das Wasserrecht nicht möglich sei; ebenso BVerwG, Beschluss vom 28.02.1991 – 7 B 22.91; BVerwG, Beschluss vom 21.12.1993 – 7 B 119.93; auch Bayerisches Oberstes Landesgericht, Urteil vom 14.03.1989 – 2 Z 36/88; OVG Münster, Urteil vom 28.03.1974 – XI A 182/74; OVG Hamburg, Urteil vom 29.06.1978 – OVG Bf II 48/76; VGH München, Beschluss vom 27.10.2011 – 8 CS 11.1380; VGH Mannheim, Beschluss vom 28.03.2012 – 3 S 150/12; VGH Kassel, Beschluss vom 18.10.2012 – 2 B 896/12; VG Würzburg, Urteil vom 20.07.2010 – W 4 K 09.1251, Rn. 29; entsprechend für die Abfallbeseitigung: VGH Mannheim, Urteil vom 14.09.1976 – X 1195/76).

Demgemäß sehen einige Landeswassergesetze ausdrücklich vor, dass die zuständige Wasserbehörde im Interesse der formellen und materiellen Legalisierung die Stellung eines Erlaubnisanspruchs verlangen kann, wenn eine nach den wasserrechtlichen Vorschriften zulassungspflichtige Handlung oder Anlage ohne die erforderliche Zulassung (z.B. ohne eine Erlaubnis oder Bewilligung) ausgeübt wird (so § 93 Abs. 1 Satz 2 des Wassergesetzes für das Land Nordrhein-Westfalen; nach früherem Landesrecht bereits OVG Münster, Urteil vom 13.08.1985 – 20 A 25/84). Diese freiheitsbeschränkende Inpflichtnahme des Verantwortlichen weicht von

den vorerwähnten Grundsätzen des Baurechts ab. Sie ist Ausdruck des konsequenten Bestrebens, formell illegale Handlungen und Anlagen im Bereich des Umweltrechts, vor allem des Wasser- wie auch des Abfallrechts, nicht zu tolerieren, sondern in den vorgeschriebenen Verwaltungsverfahren umfassend zu kontrollieren. Dieser vorgeschriebene Weg führt dann entweder zur behördlichen Zulassung und somit zur Legalisierung der betreffenden Anlage oder Handlung oder über eine behördliche Versagungsentscheidung grundsätzlich zum zwangsweisen Abriss der Anlage bzw. zur erzwingbaren Beendigung der betreffenden Handlung.

Fazit:

Die Rechts- und Verwaltungspraxis ist aufgrund der umrissenen Vorgaben gehalten, die formelle Illegalität von Handlungen und Anlagen im Bau- und Umweltrecht nicht mit einer apodiktischen Einheitschablone, sondern mit den gebotenen positivrechtlichen und sachgebietsbedingten Differenzierungen zu behandeln. Im baurechtlichen Kontext ist die behördliche Aufforderung zur Stellung eines Bauantrags prinzipiell verfehlt und rechtswidrig. Im Bereich des Umweltrechts, insbesondere im Wasser- und Abfallrecht, kann hingegen die behördliche Aufforderung zur Stellung eines Antrags auf Erteilung einer erforderlichen, in concreto aber fehlenden behördlichen Gestattung zur Sicherstellung der formellen und materiellen Legalität von Handlungen und Anlagen sachgemessen und rechtmäßig sein.

- **Pflanzenschutzrecht: Bestimmungen/Ausgleichsmaßnahmen, die mit dem Schutz der Biodiversität begründet werden, bedürfen einer gesetzlichen Rechtsgrundlage**

Das Verwaltungsgericht Braunschweig (VG) hatte darüber zu entscheiden, ob die Zulassung eines Pflanzenschutzmittels zur Bekämpfung von Unkräutern in der Landwirtschaft (PSM) unter den Vorbehalt gestellt werden darf, dass der Landwirt 10 % seiner Betriebsfläche nicht mit PSM behandelt. Das an der Zulassung von PSM beteiligte Umweltbundesamt (UBA) hatte Zulassungen mit einem dahingehenden Vorbehalt versehen und dies mit dem Schutz der Biodiversität begründet. Das Gericht hat mit Urteil vom 04.09.2019 in zwei Verfahren (9 A 11/19 und 9 A 18/19) entschieden, dass diese Bestimmung mangels Rechtsgrundlage im europäischen oder deutschen Recht rechtswidrig ist.

PSM dürfen innerhalb der EU nur dann in Verkehr gebracht werden, wenn sie zugelassen sind. Die Voraussetzungen für die Zulassung sind in der Verordnung (EG) Nr. 1107/2009 (VO 1107/2009) rechtsverbindlich für alle Mitgliedstaaten geregelt. Der Antragsteller hat einen Anspruch auf Erteilung der Zulassung, wenn die Voraussetzungen des Art. 29 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 4 Abs. 3 VO 1107/2009 vorliegen. Hierzu gehört, dass PSM keine unannehmbaren Auswirkungen auf die Umwelt haben. Dies umfasst grundsätzlich auch die Prüfung, ob ein PSM Auswirkungen auf die biologische Vielfalt und das Ökosystem hat, allerdings nur dann, wenn es von der Behörde (dies ist hier die Europäische Behörde für Lebensmittelsicherheit – EFSA) anerkannte wissenschaftliche Methoden zur Bewertung dieser Auswirkungen gibt. Dies hat das VG mit seinen Entscheidungen ausdrücklich bestätigt und mit Wortlaut und Sinn und Zweck der Regelung begründet. Sinn und Zweck der Regelung sei es, „unter Berücksichtigung des mit der Verordnung verfolgten Harmonisierungsbestrebens [...] gerade für Bereiche, deren

Bewertung sich wegen einer Vielzahl einwirkender Faktoren schwierig gestaltet und verschiedenen Lösungsansätzen zugänglich ist, die Anwendung einheitlicher Bewertungsmethoden in sämtlichen Mitgliedstaaten der EU zu gewährleisten“.

Den Zulassungsbehörden der Mitgliedstaaten ist es daher verwehrt, eigene Bewertungsmethoden zu entwickeln und anzuwenden.

Wenn Auswirkungen auf die biologische Vielfalt mangels anerkannter wissenschaftlicher Bewertungsmethoden in der EU nicht zum zulässigen Prüfungsumfang eines PSM gehören, rechtfertigen sie auch keine nationalen Regelungen, mit denen die Zulassung eines PSM eingeschränkt wird. Dennoch prüft das VG ergänzend, ob das geltende Recht eine Grundlage dafür bietet, im Rahmen der Zulassung von PSM eine Regelung über Biodiversitätsflächen zu erlassen. Nach europäischem und deutschem Pflanzenschutzrecht können die Zulassungsbehörden Regelungen über die Verwendung oder Anwendung eines PSM treffen, also z.B. über die Höchstzahl der Behandlungen pro Jahr. Auf diese Regelungskompetenz hatte sich das UBA berufen. Hierzu erkannte das Gericht, dass Ziel und Zweck der vom UBA getroffenen Regelung nicht die Verwendung oder Anwendung von PSM sei, sondern eine – gesetzlich nicht vorgesehene – Festsetzung von Kompensationsmaßnahmen. Nach dem Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip benötigten Regelungen, die von wesentlicher Bedeutung sind, einer ausdrücklichen Regelung durch den Gesetzgeber. „Wesentlich“ ist eine Regelung dann, wenn sie für die Verwirklichung der Grundrechte erheblich ist oder Fragen betrifft, die für Staat und Gesellschaft von erheblicher Bedeutung sind. Entsprechendes gilt auf der Ebene der EU. Demzufolge hat das Gericht entschieden: „Nach diesen Maßgaben bedürfen Kompensationsmaßnahmen der hier in Rede stehenden Art einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung, die erkennen lässt, dass auch kompensatorische

Anordnungen vom Willen des Gesetzgebers gedeckt sind, und die der Exekutive insoweit ein hinreichend bestimmt umrissenes Handlungsprogramm vorgibt“.

Der Entscheidung ist uneingeschränkt zuzustimmen. Das Anliegen (auch) des UBA, die Biodiversität zu schützen, ist berechtigt. Dies hat das VG ausdrücklich festgestellt. Allerdings ist der von der Behörde hierzu eingeschlagene Weg untauglich. Es ist Sache des Gesetzgebers, innerhalb des durch das Grundgesetz und die europäische Grundrechtecharta vorgegebenen Rahmens zu entscheiden, mit welchen Maßnahmen und mit Bezug auf welche möglichen Verursacher Biodiversitätsverlusten begegnet werden kann. Mit Bezug auf die Landwirtschaft als einem möglichen Verursacher wird dabei zu klären sein, ob rein nationale Maßnahmen, die allein die in Deutschland tätigen Landwirte treffen, mit europäischem Recht vereinbar sind. Auch die Entschädigung der Landwirte und der Hersteller von PSM ist zu prüfen, ebenso wie die allgemeinen Grundsätze der Verhältnismäßigkeit.

Wir werden die weitere Entwicklung verfolgen.

□ **Zur Abgrenzung einer kaufvertraglichen Beschaffenheitsvereinbarung von einem eigenschaftsbezogenen Haftungsausschluss**

Der Bundesgerichtshof (BGH) hat sich in seinem Urteil vom 25.01.2019 – V ZR 38/18 – mit der Frage befasst, ob eine Regelung in einem Kaufvertrag als Vereinbarung einer bestimmten Beschaffenheit (im Sinne des § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB) oder als Haftungsausschluss zu qualifizieren ist.

In dem der Entscheidung des BGH zugrunde liegenden Fall hatten der Verkäufer und die beiden Käufer einen Kaufvertrag über ein Grundstück geschlossen. Vor Vertragsabschluss war ein von dem Verkäufer eingeschalteter Makler tätig, der ein Exposé über das Grundstück erstellt und den Käufern zur Verfügung gestellt hatte.

In dem Exposé hieß es, dass die Erlaubnis zur Errichtung bestimmter Anlagen auf dem Grundstück bestehe. Nach Vertragsabschluss stellte sich heraus, dass weder eine Genehmigung für die Errichtung dieser Anlagen bestand noch eine Bebauung mit solchen Anlagen genehmigungsfähig war. Daraufhin erklärten die Käufer den Rücktritt vom Kaufvertrag und verlangten Rückzahlung des Kaufpreises Zug-um-Zug gegen Rückübertragung des Eigentums an dem Grundstück.

Der Verkäufer verweigerte die Rückzahlung des Kaufpreises insbesondere deshalb, weil im Kaufvertrag folgende Regelung enthalten war: „(...) Die Zulässigkeit einer weiteren Bebauung oder bestimmten Verwendung gehört nicht zur vereinbarten Beschaffenheit des Grundbesitzes.“ Der Verkäufer meint, dass damit eine Beschaffenheit vereinbart worden ist, die von den Angaben in dem Exposé abweicht. Deshalb liege in dem Umstand, dass weder eine Genehmigung für die Errichtung der vorgenannten Anlagen bestand noch eine Bebauung mit solchen Anlagen genehmigungsfähig ist, kein Sachmangel. Daher

seien die Käufer nicht berechtigt, den Rücktritt vom Kaufvertrag zu erklären und den Kaufpreis zurückzufordern.

Dies hat der BGH anders gesehen. Eine Regelung in einem Kaufvertrag, dass eine bestimmte Eigenschaft des Kaufobjekts nicht zur vereinbarten Beschaffenheit gehört, stelle keine Beschaffenheitsvereinbarung im Sinne des § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB dar. Eine solche Beschaffenheitsvereinbarung erfordert nach der Rechtsprechung des BGH, dass eine bestimmte Eigenschaft, die zu der vertragsgemäßen Beschaffenheit des Kaufobjekts gehören soll, vereinbart wird. Dies kann auch eine wertmindernde („negative“) Beschaffenheit sein. Erforderlich ist aber, dass sich die Vereinbarung auf eine bestimmte Eigenschaft bezieht. Vereinbaren die Kaufvertragsparteien, dass eine bestimmte Eigenschaft nicht zur vereinbarten Beschaffenheit gehört, wird dadurch zum Ausdruck gebracht, dass der Verkäufer für eine bestimmte Eigenschaft nicht eintreten will. Das ist keine Beschaffenheitsvereinbarung, sondern ein auf die betreffende Eigenschaft bezogener Haftungsausschluss. Dieser ist grundsätzlich zulässig, gemäß § 444 BGB allerdings insoweit nicht, als der Verkäufer einen Mangel arglistig verschweigt oder eine Garantie für die Beschaffenheit der Kaufsache übernommen hat. Da der Verkäufer vor Vertragsschluss wusste, dass die in dem Exposé genannte Erlaubnis nicht bestand, hat der BGH festgestellt, dass der Verkäufer die Käufer arglistig getäuscht hat, weil er sie nicht über das Nichtbestehen dieser Erlaubnis aufgeklärt hatte. Wegen des arglistigen Verschweigens war es dem Verkäufer daher verwehrt, sich auf den Haftungsausschluss zu berufen und die Käufer waren berechtigt, wegen des Sachmangels vom Kaufvertrag zurückzutreten.

□ **Blendwirkung von Dachziegeln kann rechtswidrige Eigentumsbeeinträchtigung darstellen**

Mit Urteil vom 09.07.2019 (24 U 27/18) hat das Oberlandesgericht (OLG) Hamm eine nachbarrechtliche Abwehrklage abgewiesen, die auf Beseitigung und künftige Unterlassung der von dem Dach eines Nachbarhauses ausgehenden Lichtreflexionen gerichtet war.

Die Kläger machten als Grundstückseigentümer einen eigentumsrechtlichen Abwehranspruch geltend, weil sie sich durch die von den Dachziegeln des Nachbarhauses ausgehenden Lichtreflexionen in ihrem Grundstückseigentum unzumutbar beeinträchtigt fühlten.

Nach den gerichtlichen Feststellungen beeinträchtigen die von den Dachziegeln des Nachbarhauses ausgehenden Lichtreflexionen zwar das Grundeigentum der Kläger. Da es sich bei den Lichteinwirkungen um im Sinne des § 906 Abs. 1 Satz 1 BGB „ähnliche“, mit der Zuführung von Gasen, Dämpfen, Gerüchen, Rauch, Ruß, Wärme, Geräusch und Erschütterungen vergleichbare Einwirkungen von einem Nachbargrundstück handelt, gilt indes der Wesentlichkeitsmaßstab des § 906 Abs. 1 Satz 1 BGB und kann der Nachbar daher nicht jede Einwirkung verbieten.

In Gesetzen oder Rechtsverordnungen festgelegte verbindliche Richtwerte, deren Überschreitung Indizwirkung für eine wesentliche Beeinträchtigung zukommt (§ 906 Abs. 1 Satz 2, 3 BGB), lagen für die Beurteilung der in Rede stehenden Lichtreflexionen nicht vor. Das OLG Hamm hat jedoch die in vereinzelt landesrechtlichen Regelwerken festgelegte zulässige Lichtstärke von Photovoltaikanlagen in die Beurteilung einbezogen. Dabei ist das OLG Hamm entsprechend § 906 Abs. 1 Satz 2 BGB davon ausgegangen, dass in der Regel von einer erheblichen Beeinträchtigung auszugehen ist, wenn die nach diesen Regelwerken zulässige Lichtstärke erreicht

wird. Nach den gerichtlichen Feststellungen kann auch bei Vorliegen einer Lichtstärke, die unter dem in den betreffenden Regelwerken festgelegten Wert liegt, von einer wesentlichen Beeinträchtigung auszugehen sein. Ob eine Beeinträchtigung wesentlich ist, richtet sich nach dem Empfinden eines verständigen Durchschnittsmenschen, wobei es auf die konkreten Umstände des Einzelfalls ankommt. Berücksichtigungsfähige Einzelfallumstände können die Blendwirkung, die Intensität der Lichtreflexe und die daraus resultierende Einschränkung in der Grundstücksnutzung, aber auch die Dauer und Häufigkeit der Beeinträchtigung darstellen.

Den Klägern steht nach Auffassung des OLG Hamm weder ein Anspruch auf Beseitigung gemäß § 1004 Abs. 1 Satz 1 BGB, noch ein Anspruch auf künftige Unterlassung gemäß § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB zu, weil die von den Dachziegeln des Nachbarhauses ausgehenden Lichtreflexionen nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme die Benutzung des Grundstücks nicht im vorstehenden Sinne „wesentlich“ beeinträchtigen (§ 906 Abs. 1 Satz 1 BGB). Die Kläger sind daher zur Duldung der Lichteinwirkungen verpflichtet (§ 1004 Abs. 2 BGB).

□ **EuGH kippt Mindest- und Höchstsätze der HOAI**

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) erklärt mit seinem Urteil vom 04.07.2019 (Rs. C-377/17) im Vertragsverletzungsverfahren die verbindlichen Mindest- und Höchstsätze der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI) für europarechtswidrig. Durch die als verpflichtendes Preisrecht anzuwendenden Vergütungsregelungen verstoße die Bundesrepublik gegen die EU-Dienstleistungsrichtlinie.

Nach Art. 15 Abs. 1, Abs. 2 Buchst. g und Abs. 3 der EU-Dienstleistungsrichtlinie 2006/123/EG dürfen Mindest- und Höchstpreise nur unter bestimmten Voraussetzungen festgesetzt werden. So dürfen Anforderungen der Mitgliedstaaten an die Aufnahme oder Ausübung einer Dienstleistungstätigkeit nicht zu einer Diskriminierung führen, müssen erforderlich, d.h. durch einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein und sie dürfen nicht unverhältnismäßig sein.

Der EuGH entschied, dass aus den verbindlichen Mindest- und Höchstsätzen der HOAI keine direkte oder indirekte Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit resultiere, so dass die erste Voraussetzung erfüllt sei. Auch die zweite Voraussetzung der Erforderlichkeit sei begründbar, da durch die Mindestpreise die Ziele der Qualität der Planungsleistungen, des Verbraucherschutzes, der Bausicherheit, des Erhalts der Baukultur und des ökologischen Bauens erreicht werden sollen. Diese seien als zwingende Gründe des Allgemeininteresses anzusehen. Allerdings unterscheidet der EuGH hinsichtlich der dritten Voraussetzung, der Verhältnismäßigkeit zwischen Mindest- und Höchstsätzen. In Bezug auf die festen Mindestsätze könne die Bundesrepublik nicht beweisen, dass diese geeignet seien, die Erreichung des Ziels einer hohen Qualität der Planungsleistungen zu gewährleisten. Dies liege vor allem an einer „Inkohärenz“ des deutschen Systems. Planungsleistungen seien in Deutschland

gerade nicht bestimmten Berufsständen mit entsprechenden Qualifikationen vorbehalten, so dass die Sicherung der Qualität nicht durch Mindestsätze garantiert werden könne.

Die festen Höchstsätze seien zwar grundsätzlich geeignet zum Verbraucherschutz beizutragen, indem eine höhere Transparenz in Bezug auf die angebotenen Preise geschaffen werde und überhöhte Honorare verhindert werden können. Allerdings stellten Höchstsätze nicht das mildeste Mittel dar. Insbesondere Preisorientierungen seien ein weniger einschneidendes Mittel. Im Ergebnis sei somit weder die Festlegung von Mindest- noch von Höchstsätzen verhältnismäßig.

Fraglich ist nunmehr, inwiefern sich das Urteil des EuGH auf künftige Auftragsvergaben und laufende Architektenhonorarprozesse auswirkt, und ob sich eine Partei dennoch auf eine Unter- bzw. Überschreitung der Mindest- bzw. Höchstsätze nach der HOAI berufen kann. Bezogen auf laufende Architektenhonorarprozesse stellt das Oberlandesgericht Celle (OLG Celle) mit seinem Urteil vom 17.07.2019 (Az. 14 U 188/18) fest, dass die europarechtswidrigen Regelungen der HOAI nicht mehr anzuwenden seien. Dies folge aus dem Anwendungsvorbehalt des Europarechts. Das Oberlandesgericht Hamm (OLG Hamm) widerspricht dem mit seinem Urteil vom 23.07.2019 (Az. 21 U 24/189). Das Urteil des EuGH binde nur den Mitgliedstaat, nicht aber den einzelnen Unionsbürger. Daher sei die Rechtslage zum Zeitpunkt des Verstoßes maßgeblich und eine Rückwirkung komme nicht in Betracht. Auch eine richtlinienkonforme Auslegung scheidet nach Ansicht des OLG Hamm aus, da ansonsten der Wille des Ordnungsgebers, welcher an Mindest- und Höchstsätzen festhalten wolle, verändert werden würde. Das Gericht hat die Revision zum Bundesgerichtshof (BGH) zugelassen, wo das Verfahren nunmehr anhängig ist (Az. VII ZR 174/19)

Für künftige Beauftragungen von Architekten- und Ingenieurleistungen durch öffentliche Auftraggeber wird bei der Gestaltung der Vergabe jedoch das Urteil des EuGH zu berücksichtigen sein. Damit wird dem öffentlichen Auftraggeber zunächst ein weiteres Spektrum zumindest bezogen auf die preisliche Wertung der Angebote eröffnet, da dieser nicht mehr die HOAI als zwingendes Recht zur Bestimmung der Angebotspreise vorgeben darf und sich damit eine freier Kalkulationsmöglichkeit für die bietenden Unternehmen ergibt.

Überdies hat das Landgericht Dresden (LG Dresden) mit Beschluss vom 8.2.2018 (Az. 6 O 1751/15) ein Vorabentscheidungsersuchen zur Auslegung der Dienstleistungsrichtlinie an den EuGH gerichtet (Az. C-137/18). Hier legt das LG Dresden dem EuGH die Frage zur Vorabentscheidung vor, ob die Dienstleistungsrichtlinie einer nationalen Regelung entgegensteht, nach der es in Verträgen mit Architekten und/oder Ingenieuren nicht gestattet ist, ein Honorar zu vereinbaren, das die Mindestsätze der sich aus der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure zu berechnenden Vergütung unterschreitet.

Damit bleibt für aktuelle Architektenhonorarprozesse abzuwarten, wie sich der BGH im Revisionsverfahren und der EuGH im Vorabentscheidungsverfahren zur Frage der Beachtung der Unionsrechtswidrigkeit der in der HOAI geregelten Mindest- und Höchstsätze äußern werden.

- **Vergabeunterlagen müssen zwingend unter einem Link ohne weitere Zwischenschritte abrufbar sein**

Das Oberlandesgericht (OLG) Düsseldorf hat sich in einem Beschluss vom 13.05.2019 (Verg 47/18) mit der Frage auseinandergesetzt, ob die Angabe mehrerer elektronischer Adressen in der Bekanntmachung die Voraussetzungen des § 41 Abs. 1 der Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergabeverordnung – VgV) erfüllt. Konkret ging es dabei um die Frage, in welchem Umfang nach Aufrufen der elektronischen Adresse(n) weiterer Aufwand erforderlich sein darf, um an die für die Angebotserstellung erforderlichen Informationen in den Vergabeunterlagen zu gelangen.

Nach § 41 Abs. 1 VgV hat der öffentliche Auftraggeber in der EU-Auftragsbekanntmachung eine elektronische Adresse anzugeben, unter der die Vergabeunterlagen unentgeltlich, uneingeschränkt, vollständig und direkt abgerufen werden können. In der vergaberechtlichen Rechtsprechung hat sich zu jedem einzelnen dieser Tatbestände eine Kasuistik gebildet, welche sich jedoch nicht immer einheitlich darstellt. Es wurde beispielsweise diskutiert, ob die Vorgabe „vollständig“ bedeutet, dass bereits zum Zeitpunkt der Veröffentlichung der EU-Auftragsbekanntmachung alle Vergabeunterlagen zur Verfügung gestellt werden müssen.

Hierzu äußert sich nunmehr das OLG Düsseldorf: Vollständigkeit bedeute danach nicht, dass lediglich Teile der Vergabeunterlagen über die in der Bekanntmachung genannte Internetadresse abgerufen werden können. Der Auftraggeber hat vielmehr wesentliche Zwischenschritte oder Erschwernisse – etwa durch mehrere Links, „Durchklicken“ oder das Erfordernis einer Anforderung von Teilen der Vergabeunterlagen (Ausnahmen in § 41 Abs. 2 VgV) – zwingend zu vermeiden. Es müssen alle Vergabeunterlagen durch einen Link zur Verfügung gestellt werden.

Ferner führt das OLG Düsseldorf aus, dass Vergabeunterlagen uneingeschränkt abrufbar sind, wenn die elektronische Adresse einen eindeutig und vollständig beschriebenen medienbruchfreien elektronischen Weg zu den Vergabeunterlagen enthält. Direkt abrufbar seien schließlich die Vergabeunterlagen, wenn potentielle Bieter oder Bewerber sich über bekanntgemachte öffentliche Auftragsvergaben informieren oder Vergabeunterlagen abrufen können, ohne sich zuvor auf einer elektronischen Vergabepattform mit ihrem Namen, einer Benutzerkennung oder ihrer E-Mail-Adresse registrieren zu müssen.

Rechtsfolge bei Verstößen gegen die Vorgaben des § 41 Abs. 1 VgV ist nach der vergaberechtlichen Rechtsprechung grundsätzlich, dass der öffentliche Auftraggeber Angebote oder Teilnahmeanträge nicht deshalb ausschließen darf, weil das Angebot von Vorgaben der Vergabeunterlagen abweicht, wenn die Vergabeunterlagen nicht entsprechend zur Verfügung gestellt wurden. Regelmäßig führt ein derartiger Verfahrensfehler zu einer fehlerhaften Bekanntmachung, sodass das Verfahren – einschließlich einer neuen, fehlerfreien Bekanntmachung – wiederholt werden muss.

- **JUVE Awards 2019: Köhler & Klett als Kanzlei des Jahres für Regulierte Industrien nominiert**

Die Redaktion des JUVE-Verlags hat die Kanzlei Köhler & Klett am 15.08.2019 als Kanzlei des Jahres für Regulierte Industrien nominiert. In dieser Kategorie zeichnet die JUVE-Redaktion Kanzleien aus, die in dem vergangenen Jahr durch eine besonders dynamische Entwicklung in der öffentlich-rechtlichen oder regulatorischen Beratung überzeugen konnten. Grundlage der Nominierung ist die umfangreiche Arbeit der Redaktion für das JUVE Handbuch Wirtschaftskanzleien 2019/2020. JUVE ist ein Presseverlag, der branchenspezifisch über wirtschaftsberatende Juristen in Deutschland und Österreich sowie über Steuerberater berichtet. Die Publikationen richten sich unter anderem an Juristen und Steuerexperten in Unternehmen sowie in der Verwaltung und an Gerichten.

□ **Aktuelle Veröffentlichungen**

Dr. Anno Oexle
Kommentierung des § 4 KrWG (Nebenprodukte)
in: Schmehl/Klement (Hrsg.), Gemeinschaftskommentar zum Kreislaufwirtschaftsgesetz (GK-KrWG), 2. Auflage 2019

Dr. Anno Oexle
Kommentierung der Gewerbeabfallverordnung
in: Schmehl/Klement (Hrsg.), Gemeinschaftskommentar zum Kreislaufwirtschaftsgesetz (GK-KrWG), 2. Auflage 2019

Dr. Anno Oexle
Kommentierung des § 7 VerpackG (Systembeteiligungspflicht), 18 VerpackG (Genehmigung), VerpackG (Abstimmung)
in: Schmehl/Klement (Hrsg.), Gemeinschaftskommentar zum Kreislaufwirtschaftsgesetz (GK-KrWG), 2. Auflage 2019

Prof. Dr. Rüdiger Breuer
Kommentierung der §§ 18, 39 – 44, 45, 85 – 122, 190 des Baugesetzbuches
in: Schrödter (Hrsg.), Baugesetzbuch, 9. Auflage, Baden-Baden 2019

Prof. Dr. Rüdiger Breuer
Immissionsschutz
in: Staatslexikon der Görres-Gesellschaft, 3. Band, 8. Auflage 2019, Spalten 146 – 153

□ **Aktuelle Veranstaltungen**
- Auswahl -

29./30.10.2019
Fortbildungslehrgang zur Auffrischung der Fachkunde gemäß § 54 KrWG, § 9 EfbV und § 5 AbfAEV (Schwerpunkte: Aktuelles Abfallrecht/Immissionsschutzrecht)
Referenten: Dr. Anno Oexle/Dr. Rainer Geesmann
veranstaltet durch das BEW Bildungszentrum für die Ver- und Entsorgungswirtschaft in Duisburg

05.11.2019
Abfallende von Aschen aus der Klärschlammverbrennung
Referent: Dr. Anno Oexle
Vortrag auf der Berliner Klärschlammkonferenz in Berlin
veranstaltet durch die Thomé/Kozmiensky Verlag GmbH

12.11.2019
Vertiefungsseminar Entschädigung und Enteignung
Referent: Prof. Dr. Rüdiger Breuer
veranstaltet vom vhw Bundesverband für Wohnen und Stadtentwicklung e. V., Geschäftsstelle Bayern, in München

11.12.2019
Fachkundefortbildung nach § 4 Deponieverordnung
Referent: Prof. Dr. Wolfgang Klett
veranstaltet durch das BEW Bildungszentrum für die Ver- und Entsorgungswirtschaft in Duisburg

Autoren dieses Newsletters sind:

Büro Köln

Rechtsanwalt Dr. A. Oexle
Rechtsanwalt Dr. A. De Diego
Rechtsanwältin Dr. O. Kracht
Rechtsanwalt Dr. R. Geesmann
Rechtsanwalt Prof. Dr. R. Breuer
Rechtsanwältin C. Radeloff
Rechtsanwältin S. Johlen
Rechtsanwältin V. Eske
Rechtsanwalt P. Kern