

Newsletter

Umwelt □ Technik □ Vergabe

Siebenundvierzigste Ausgabe, November 2018

Seite

- Urteil des BVerwG vom 27.09.2018 (7 C 23.16): Keine Klagebefugnis des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers bei gewerblichen Sammlungen 1
- Aktuelles zur freiwilligen Rücknahme von Alttextilien 3
- Zurechnung von auf öffentlichen Verkehrsflächen verursachtem Lärm zum Anlagenbetrieb (Nr. 7.4 TA Lärm) 5
- Lärmbelastungen jenseits der Schwelle zur Gesundheitsgefährdung machen Summenpegelbetrachtung verschiedener Lärmarten erforderlich 6
- Neues zur Konzentrationsflächenplanung für Windenergieanlagen 7
- Verhältnis von Rücksichtnahmegebot und Abstandsvorschriften 11
- Altlastenverdacht eines Grundstücks als Sachmangel und Berechnung des aus einem Altlastenverdacht folgenden Grundstücksminderwerts 12
- Allgemeiner öffentlich-rechtlicher Unterlassungsanspruch wegen störender Immissionen unterliegt der Verjährung 13
- Ausschluss wegen erheblich mangelhafter Leistungserbringung 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

- **Urteil des BVerwG vom 27.09.2018 (7 C 23.16): Keine Klagebefugnis des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers bei gewerblichen Sammlungen**

Das BVerwG hat in seinem Grundsatzurteil vom 27.09.2018 (7 C 23.16) die bislang umstrittene Frage der Klagebefugnis von öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern (örE) bei Streitigkeiten wegen gewerblicher Abfallsammlungen zugunsten der örE entschieden. Die Bedeutung dieser Entscheidung reicht weit über den Einzelfall hinaus und hat Auswirkungen auf eine Vielzahl laufender Verwaltungs- und Gerichtsverfahren.

Beim Zugriff auf werthaltige Abfälle aus privaten Haushalten konkurriert regelmäßig der örE mit privaten Entsorgungsunternehmen, die gewerbliche Sammlungen durchführen. Nach dem Kreislaufwirtschaftsgesetz (KrWG) trifft die gewerblichen Sammler gegenüber der zuständigen Abfallbehörde eine Anzeigepflicht (§ 18 Abs. 1 bis 4 KrWG). In diesem Anzeigeverfahren erhält der jeweilige örE die Möglichkeit zur Stellungnahme (§ 18 Abs. 4 KrWG); die Entscheidung, ob die private Abfallsammlung untersagt oder mit Auflagen, Bedingungen oder Befristungen beschränkt wird, obliegt jedoch allein der zuständigen Abfallbehörde. Insbesondere in Bundesländern, in denen die Aufgaben des örE und der zuständigen Abfallbehörde bei unterschiedlichen Verwaltungsträgern angesiedelt sind, gibt es daher Fälle, in denen die zuständige Abfallbehörde der Anregung des betroffenen örE, eine konkurrierende Sammlung wegen entgegenstehender öffentlicher Interessen (§ 17 Abs. 3 KrWG) zu untersagen, nicht folgt. Bisher war umstritten, ob der örE in einem solchen Fall ein behördliches Einschreiten mit einer verwaltungsgerichtlichen Klage erzwingen kann. Diese Frage ist eng mit der auch in anderen Zusammenhängen relevanten Frage verbunden, ob die Regelungen des KrWG über gewerbliche Sammlungen rein objektiv-rechtliche Vorgaben

im Interesse des Allgemeinwohls enthalten oder ob sie darüber hinaus dem örE eine subjektive Rechtsposition einräumen, die dieser notfalls gerichtlich geltend machen kann. In seiner Grundsatzentscheidung vom 27.09.2018 hat das BVerwG diese Frage nun im erstgenannten Sinne entschieden. Danach ergibt sich aus § 17 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 und Abs. 3 KrWG kein subjektives Recht des örE darauf, dass die Abfallbehörde zum Schutz seiner Funktionsfähigkeit gegen eine gewerbliche Abfallsammlung einschreitet.

Der Entscheidung des BVerwG lag folgender Sachverhalt zugrunde: Nachdem das beigeladene Entsorgungsunternehmen bereits am 31.05.2012 angezeigt hatte, Altkleider und -schuhe zu sammeln, machte der als Anstalt des öffentlichen Rechts organisierte örE, der seit dem 01.01.2014 selbst eine Getrenntsammlung von Alttextilien und -schuhen in einem Bring- und Holsystem durchführt, in seiner Stellungnahme im Anzeigeverfahren das Entgegenstehen überwiegender öffentlicher Interessen geltend. Die zuständige Abfallbehörde lehnte ein Einschreiten gegen die gewerbliche Sammlung jedoch ab. Daraufhin erhob der örE Verpflichtungsklage auf Untersagung der Sammlung durch die zuständige Abfallbehörde.

Die Klage blieb über alle Instanzen hinweg ohne Erfolg. Während das VG Halle in erster Instanz die Klage noch als unbegründet abgewiesen hatte, verneinte das OVG Magdeburg in der Berufungsinstanz bereits die Zulässigkeit, da der klagende örE keine Verletzung subjektiver Rechte geltend machen könne und somit nicht klagebefugt sei. Dieser Ansicht hat sich das BVerwG nunmehr angeschlossen. Zwar steht nach Auffassung des BVerwG der Wortlaut von § 17 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 und Abs. 3 KrWG einem subjektiven Recht des örE nicht entgegen; insbesondere bezeichneten diese Vorschriften mit der Funktionsfähigkeit des örE ein dessen Rechtskreis betreffendes Schutzgut, dem bei der Entscheidung über die Zulässigkeit gewerblicher Sammlungen Rechnung zu tragen sei. Damit werde diesem aber – so

das BVerwG – kein wehrfähiges subjektives Recht zugebilligt. Da die Ausnutzung der einem gewerblichen Sammler zugewiesenen Grundrechtsposition faktisch beeinträchtigt würde, wenn dem öRE eine Klagemöglichkeit auf Einschreiten gegen die Sammlung zustünde, steht eine solche Klagemöglichkeit des öRE nach Ansicht des BVerwG unter einem Gesetzesvorbehalt. Eine hinreichend deutliche normative Entscheidung für die Möglichkeit einer gerichtlichen Geltendmachung des „Gegenrechts“ des öRE fehlt nach Auffassung des BVerwG im KrWG jedoch. Das Fehlen einer ausdrücklichen Aussage zur Klagemöglichkeit werde auch nicht durch andere auslegungsrelevante Gesichtspunkte ausgeglichen, die für die Gewährung eines solchen Klagerechts sprechen könnten. Im Gegenteil sieht das BVerwG darin, dass mit der Neuregelung des Abfallrechts der Einfluss des öRE auf die Entscheidung über die Zulässigkeit gewerblicher Sammlungen vor dem Hintergrund unionsrechtlicher Vorgaben zurückgedrängt und diese einer neutralen Behörde übertragen werden sollte, ein Argument gegen die Klagemöglichkeit der öRE. Der Wechsel hin zur Entscheidung durch die zur Neutralität verpflichtete Abfallbehörde bliebe nach Auffassung des BVerwG unvollkommen, wenn sich der gewerbliche Sammler auch mit dem in der Sache betroffenen öRE gerichtlich auseinandersetzen müsste. Wegen der Gesetzesbindung der Abfallbehörde sei der öRE auch nicht schutzlos gestellt.

Die Entscheidung des BVerwG betrifft unmittelbar öRE, die als Anstalten des öffentlichen Rechts verfasst sind. Bei der Urteilsbegründung hat dieser Umstand indes keine Rolle gespielt. Daher ist davon auszugehen, dass das BVerwG die Frage, ob sich aus dem KrWG ein subjektives Recht der öRE ergibt, nicht anders beurteilen wird, wenn es sich bei dem betroffenen öRE um eine Kommune handelt. Nicht Gegenstand der Entscheidung des BVerwG war allerdings die Frage, ob sich im vorliegenden Zusammenhang eine weitergehende Klagemöglichkeit von Kommunen aus der grundgesetzlichen Garantie der

kommunalen Selbstverwaltung nach Art. 28 GG ergibt; auch dies dürfte im Ergebnis jedoch zu verneinen sein.

Die praktische Bedeutung der Verneinung eines subjektiven Rechts der öRE aus § 17 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 und Abs. 3 KrWG erschöpft sich nicht in der Unzulässigkeit von Verpflichtungsklagen der öRE, die auf eine Untersagung von gewerblichen Sammlungen abzielen. Vielmehr ist sie auch in der umgekehrten Konstellation, in der die Behörde eine Sammlung untersagt und der betroffene Sammler hiergegen klagt, von Relevanz, weil mit der Entscheidung des BVerwG feststeht, dass kein Fall der notwendigen Beiladung des öRE nach § 65 Abs. 2 VwGO vorliegt. Auch in solchen – weit häufiger vorkommenden – Fällen ist der Rechtsstreit somit grundsätzlich allein im Verhältnis von Abfallbehörde und gewerblichem Sammler auszutragen, wodurch sich die Prozesskostenrisiken des klagenden Sammlers erheblich reduzieren. Außerhalb des eigentlichen Themenkomplexes der gewerblichen Sammlung hat die Entscheidung Bedeutung zudem für die Frage der Klagemöglichkeiten der öRE gegen Bescheide, mit denen nach § 26 Abs. 6 KrWG das Vorliegen einer freiwilligen Rücknahme im Rahmen der Produktverantwortung festgestellt wird (siehe dazu auch den Beitrag auf Seite 3 f. in diesem Newsletter).

Kritiker von kommunaler Seite monieren, dass die Entscheidung des BVerwG im Konflikt um Wertstoffe aus privaten Haushaltungen „Waffengleichheit“ verhindere und zu Schutzlücken führe; gefordert wird mit dieser Begründung eine ausdrückliche Verankerung der Klagemöglichkeit im Gesetz. Es bleibt abzuwarten, ob der Gesetzgeber dieser Forderung nachgibt. In dem Verfahren vor dem BVerwG hatte der Vertreter des Bundesinteresses die Position des klagenden öRE jedenfalls unterstützt. Inhaltlich überzeugen die vorgebrachten Kritikpunkte allerdings wenig: Von einer „Waffengleichheit“ zwischen öRE und gewerblichem Sammler kann angesichts der die öRE einseitig begünstigenden materiellrecht-

lichen Regelung im KrWG ohnehin keine Rede sein; die Einräumung eines Klagerechts würde dieses Übergewicht der öRE lediglich weiter verstärken. Dem Schutzlückenargument ist bereits das BVerwG unter Hinweis auf die Gesetzesbindung der Abfallbehörden entgegengetreten. Dem ist nichts hinzuzufügen.

□ **Aktuelles zur freiwilligen Rücknahme von Alttextilien**

Jüngst sind zwei verwaltungsgerichtliche Entscheidungen zu wichtigen Fragen der freiwilligen Rücknahme von Abfällen nach § 17 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Kreislaufwirtschaftsgesetz (KrWG) ergangen. Beide Verfahren betreffen die seit langem umstrittene Grundsatzfrage, ob der die Rücknahme betreibende Hersteller oder Vertreiber nur Abfälle von Produkten zurücknehmen darf, die er selbst hergestellt hat bzw. die bei ihm selbst erworben wurden, oder ob sich die freiwillige Rücknahme auch auf gattungsgleiche Produkte anderer Hersteller oder Vertreiber erstrecken kann. Die praktische Bedeutung dieser Frage ist gerade bei Alttextilien groß, denn wo ein konkretes Kleidungsstück erworben wurde, lässt sich im Zeitpunkt der Rücknahme häufig nicht mehr feststellen.

Die erste Entscheidung – das Urteil des Verwaltungsgerichts (VG) Hamburg vom 19.09.2018 (13 K 3752/15) – betrifft die Klage einer nordrhein-westfälischen Kommune gegen einen nach § 26 Abs. 6 KrWG erteilten Feststellungsbescheid der Stadt Hamburg, der die Grundlage einer bundesweiten Rücknahmeaktion für Alttextilien bildet. Dieser Bescheid enthält eine ausdrückliche Regelung, wonach das die Rücknahme betreibende Modeunternehmen auch Alttextilien zurücknehmen darf, die der Kunde bei anderen Vertreibern erworben hat. Hierdurch sah sich die klagende Stadt in ihren Rechten als öffentlich-rechtlicher Entsorgungsträger und ihrem grundgesetzlich garantierten Selbstverwaltungsrecht verletzt. Dem hat das VG Hamburg nun widersprochen und die Klage erstinstanzlich als unzulässig abgewiesen. Nach Auffassung des VG Hamburg fehlt der Klägerin die erforderliche Klagebefugnis, weil sich weder aus den Regelungen über den Feststellungsbescheid noch aus den Vorschriften der §§ 17, 18 KrWG subjektive Rechte des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers ergeben. Die kommunale Selbstverwaltungs-

garantie sah das VG Hamburg im vorliegenden Fall allenfalls als mittelbar beeinträchtigt an. Die Berufung wurde wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache zugelassen.

Im Ergebnis gewährt ein Feststellungsbescheid dem Betreiber eines freiwilligen Rücknahmesystems somit eine hohe Rechtssicherheit, weil einerseits die Kommunen an die in dem Bescheid getroffene Feststellung des Vorliegens einer freiwilligen Rücknahme gebunden sind, solange der Bescheid nicht aufgehoben wird; insbesondere dürfen sie das Rücknahmesystem nicht als gewerbliche Sammlung behandeln und auf der Grundlage der §§ 17, 18 KrWG hiergegen einschreiten. Andererseits können die Kommunen eine Aufhebung des Bescheides mangels Klagebefugnis nicht im Klageweg erzwingen. Ein kleiner Wermutstropfen besteht darin, dass sich das VG Hamburg in der schriftlichen Urteilsbegründung strikt auf Ausführungen zur Zulässigkeit der Klage beschränkt hat und damit zu der Kernfrage einer Rücknahme fremder Produkte in der Sache nicht Stellung genommen hat. In der mündlichen Verhandlung im April hatte die Kammer noch deutlich zu erkennen gegeben, dass sie auch insoweit die Rechtsauffassung der Stadt Hamburg und des beigeladenen Modeunternehmens teilt und eine Beschränkung der Rücknahme auf Produkte, die bei der Beigeladenen erworben wurden, nicht für geboten hält.

Diese Auffassung vertritt auch das VG Stuttgart in seiner Entscheidung vom 28.06.2018 (14 K 2931/17). Das VG Stuttgart sieht Produktverantwortung als Gruppenverantwortung aller Hersteller und Vertrieber einer bestimmten Warengattung an. Deshalb ist nach Ansicht des Gerichts die freiwillige Rücknahme bei ungefährlichen Abfällen nicht auf eigene Produkte des Zurücknehmenden beschränkt, sondern erfolgt auch bei der Rücknahme fremder Produkte der gleichen Warengattung in Wahrnehmung von Produktverantwortung, solange die Rücknahme von Abfällen nicht quantitativ unverhältnis-

mäßig zu der Tätigkeit als Hersteller oder Vertrieber ist. Das VG Stuttgart hat daher der auf Erteilung eines die Rücknahme fremder Produkte umfassenden Feststellungsbescheids gerichteten Verpflichtungsklage stattgegeben. Auch in diesem Fall wurde die Berufung wegen grundsätzlicher Bedeutung zugelassen.

Beide Entscheidungen zeigen, dass die auf rein wirtschaftlichen Motiven beruhenden Restriktionsversuche bei der freiwilligen Rücknahme rechtlich nicht überzeugen können. Die Urteile sind daher ein wichtiger Schritt auf dem Weg zu mehr Produktverantwortung und aus ökologischer Sicht uneingeschränkt zu begrüßen.

□ **Zurechnung von auf öffentlichen Verkehrsflächen verursachtem Lärm zum Anlagenbetrieb (Nr. 7.4 TA Lärm)**

Mit Beschluss vom 07.08.2018 – 10 A 2185/16 hat das Oberverwaltungsgericht (OVG) Münster bestätigt, dass Lärm, der durch Rangiervorgänge auf öffentlichen Verkehrsflächen zum Zwecke der Ein- und Ausfahrt auf ein Betriebsgrundstück verursacht wird, gemäß Nr. 7.4 Abs. 1 TA Lärm dem Anlagenbetrieb, und nicht gemäß Nr. 7.4 Abs. 2 – 4 TA Lärm den Verkehrsgeräuschen auf öffentlichen Verkehrsflächen, zuzurechnen ist.

Nach Nr. 7.4 Abs. 1 Satz 1 TA Lärm sind „Fahrzeuggeräusche auf dem Betriebsgrundstück sowie bei der Ein- und Ausfahrt, die im Zusammenhang mit dem Betrieb der Anlage entstehen“, der nach der TA Lärm zu beurteilenden Anlage zuzurechnen. Demgegenüber gelten für Verkehrsgeräusche auf öffentlichen Verkehrsflächen die Regelungen der Nr. 7.4 Abs. 2 – 4 TA Lärm.

Mit seinem Beschluss vom 07.08.2018 hat das OVG Münster bestätigt, dass das Rangieren auf der öffentlichen Straße zum Zwecke der Ein- und Ausfahrt auf ein Betriebsgrundstück so behandelt wird wie ein Rangieren auf dem Betriebsgrundstück selbst und insoweit gemäß Nr. 7.4 Abs. 1 TA Lärm dem Anlagenbetrieb zugerechnet wird. Denn die besondere Erwähnung der Ein- und Ausfahrt in Nr. 7.4 Abs. 1 Satz 1 TA Lärm mache nur Sinn, wenn auch Fahrzeuggeräusche außerhalb des Betriebsgrundstücks, die bei der Ein- und Ausfahrt verursacht werden, von dieser Bestimmung miterfasst würden; anderenfalls wäre die Regelung überflüssig.

Mit seinem im Verfahren der Nichtzulassungsbeschwerde ergangenen Beschluss hat das OVG Münster die erstinstanzliche Entscheidung des Verwaltungsgerichts (VG) Düsseldorf (Urteil vom 17.10.2016 – 4 K 3294/14) bestätigt. Streitgegenständ-

lich war eine der Beigeladenen erteilte Baugenehmigung zur Errichtung u.a. eines Supermarktes. Nach der Baugenehmigung waren an den Immissionsorten der Kläger bestimmte Immissionsrichtwerte nach TA Lärm einzuhalten. Dem lag eine Lärmprognose zugrunde, wonach an einem Immissionsort die dort maßgeblichen 55 dB(A) exakt eingehalten würden.

In der Lärmprognose waren die durch Lage und Zuschnitt des Bauvorhabens bedingten Rangiervorgänge anliefernder Lkw auf der öffentlichen Verkehrsfläche nicht nach Nr. 7.4 Abs. 1 Satz 1 TA Lärm dem Betrieb des Supermarktes, sondern in Anwendung der Nr. 7.4 Abs. 2 – 4 TA Lärm dem öffentlichen Straßenverkehr zugerechnet worden. Dabei waren, wie sich im Rahmen eines Ortstermins herausgestellt hatte, wegen der örtlichen Situation Rangiervorgänge mit mehrfachem Zurück- und Vorsetzen des Sattelzuges auf der öffentlichen Verkehrsfläche mit einer Dauer von bis zu 7 Minuten erforderlich, damit eine Anlieferung stattfinden konnte.

Weil die durch die Rangiervorgänge verursachten Lärmemissionen bei der Lärmprognose – entgegen Nr. 7.4 Abs. 1 Satz 1 TA Lärm – nicht dem Anlagenbetrieb zugerechnet worden waren, war nach Auffassung des VG Düsseldorf nicht gewährleistet, dass die für den Immissionsort prognostizierten 55 db(A) eingehalten werden können, und die erteilte Baugenehmigung daher aufzuheben.

Zwecks Erstellung auch rechtlich belastbarer Lärmprognosen empfiehlt es sich für die Praxis, bei anlagenbezogenem Quell- und Zielverkehr auf der Schnittstelle zwischen Betriebsgelände und öffentlichem Straßenraum zu prüfen, ob ausnahmsweise eine Zurechnung von Lärm, der durch An- und Abfahrverkehr auf der öffentlichen Straße verursacht wird, zum Anlagenbetrieb erforderlich ist.

- **Lärmbelastungen jenseits der Schwelle zur Gesundheitsgefährdung machen Summenpegelbetrachtung verschiedener Lärmarten erforderlich**

In dem von dem Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen (OVG NRW) mit Beschluss vom 26.04.2018 (7 B 1459/17.NE) entschiedenen Fall einer einstweiligen Anordnung im Normenkontrollverfahren (§ 47 Abs. 6 VwGO) wurde der offensichtliche Abwägungsmangel des verfahrensgegenständlichen Bebauungsplans unter anderem darin erkannt, dass, obwohl die Schwelle zur Gesundheitsgefährdung überschritten wird, der Grundsatz der isolierten Betrachtung unterschiedlicher Lärmarten (hier: Gewerbelärm und von öffentlichen Straßen ausgehender Verkehrslärm) gelten soll, und nicht die von der Rechtsprechung entwickelte Summenpegelbetrachtung.

Auf den Antrag des Antragstellers wurde der Bebauungsplan Nr. 277/BM „Bahnhof C“ der Stadt C. bis zur rechtskräftigen Entscheidung in dem Normenkontrollverfahren außer Vollzug gesetzt.

Nicht geteilt hat das OVG NRW die Einschätzung der Antragsgegnerin, der Antragsteller habe wegen der bereits erteilten Baugenehmigung für das streitige Einkaufszentrum kein Rechtsschutzbedürfnis. Denn weder sei die Baugenehmigung bestandskräftig noch das zugelassene Vorhaben fertiggestellt. Auch sei nicht ersichtlich, dass die einstweilige Anordnung dem Antragsteller im Hinblick auf die Baugenehmigung nicht mehr von Nutzen sein könne. Es sei vielmehr denkbar, dass die Antragsgegnerin auf der Grundlage der durch die Entscheidung des Gerichts vermittelten Erkenntnisse den Bebauungsplan noch ändere und angesichts der gerichtlichen Feststellungen zur offensichtlichen Unwirksamkeit des Bebauungsplans auch die erteilte Baugenehmigung zurücknehme.

Der Antrag auf einstweilige Anordnung sei zu erlassen, wenn dies zur Abwehr schwerer Nachteile oder aus anderen wichtigen Gründen geboten sei.

Nach der Einschätzung des Gerichts ist der Bebauungsplan offensichtlich unwirksam. Abgesehen von einem zur Unwirksamkeit führenden Verfahrensmangel – die im Rahmen der Offenlegungsbekanntmachung erforderlichen umweltbezogenen Informationen und Stellungnahmen seien ohne Angaben zur Art der in Bezug genommenen Dokumente erfolgt – leide der Bebauungsplan an zwei Abwägungsmängeln hinsichtlich planbedingter Lärmbelastungen:

Zum einen seien die abwägungsrelevanten Lärmbelastungen nicht hinreichend ermittelt worden. Denn wenn sich die Frage nach dem Überschreiten der Schwelle der Gesundheitsgefährdung bei Lärmbelastungen von mehr als 70 dB(A) tags bzw. 60 dB(A) nachts stelle, sei nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG) die nach den einschlägigen lärmtechnischen Regelwerken vorgesehene isolierte Betrachtung der Lärmarten nicht mehr zulässig, sondern auf einen Summenpegel der für die verschiedenen Schallarten ermittelten Beurteilungspegel abzustellen (BVerwG, Urteil vom 16.3.2006 – 4 A 1075/04). Die Summenpegelbildung erfolge im Wege einer energetischen Addition (vgl. Diagramm V der Anlage 1 zur 16. BImSchV). Dabei seien jenseits der Schwelle der Gesundheitsgefährdung auch nur marginale Pegelzuwächse abwägungsrelevant (OVG NRW, Urteil vom 13.03.2008 – 7 D 34/07). Davon sei auch im vorliegenden Fall auszugehen. Dieser Summenpegel sei nach dem Inhalt der Aufstellungsvorgänge zum Bebauungsplan indes weder ermittelt noch bewertet worden.

Darüber hinaus fehle es an hinreichenden Ermittlungen hinsichtlich der Art und Weise der von jenseits der Schwelle der Gesundheitsgefährdung betroffenen Wohnnutzungen. Ob deren Überplanung vertretbar sei, hänge wesentlich davon ab,

ob zu den Lärmquellen hin ausreichend passiver Lärmschutz gesichert ist, so dass die Wohnnutzungen im rückwärtigen Bereich des „Schallschattens“ in gewissem Umfang noch ein Wohnen und Schlafen bei geöffnetem Fenster zulassen. Die absolute Schwelle der Zumutbarkeit sei erreicht, wenn Wohnen und Schlafen nur noch hinter geschlossenem Fenster möglich sind. Auch insoweit fehle es an ausreichenden Ermittlungen und einer darauf ausgerichteten Abwägung.

Beide Abwägungsmängel seien erheblich im Sinne von § 214 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, Abs. 3 Satz 2 BauGB, zumal nicht ausgeschlossen werden könne, dass der Rat der Antragsgegnerin in Kenntnis dieser Umstände anders entschieden hätte. Sie seien auch nicht unbeachtlich im Sinne von § 215 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und Nr. 3 BauGB, da die Jahresfrist seit der Bekanntmachung des Bebauungsplans noch nicht verstrichen sei.

□ **Neues zur Konzentrationsflächenplanung für Windenergieanlagen**

Die Konzentrationsflächenplanung für Windenergieanlagen (WEA) ist seit langem ein Dauerthema verwaltungsgerichtlicher Streitigkeiten. Hierzu trägt ein Urteil des Oberverwaltungsgerichts Lüneburg (OVG) vom 05.03.2018 – 12 KN 144/17 – neue und beachtenswerte Erkenntnisse bei, die in drei Leitsätze münden: Erstens kann die Antragsbefugnis für einen verwaltungsprozessualen Normenkontrollantrag gegen die Konzentrationsflächenplanung für WEA auch einem „Standortentwickler“ für solche Anlagen zustehen. Zweitens muss im Falle einer Konzentrationsflächenplanung durch die Änderung eines gemeindlichen Flächennutzungsplans aus der Bekanntmachung nach § 6 Abs. 5 Satz 1 Baugesetzbuch (BauGB) der räumliche Geltungsbereich der Planänderung hinreichend deutlich werden. Drittens kann eine Konzentrationsflächenplanung wegen unzureichender Differenzierung zwischen „harten“ und „weichen“ Tabukriterien rechtswidrig sein; dies gilt insbesondere für die planerische Vorgabe eines generellen Mindestabstands von 500 m zu „Siedlungsflächen“.

Dem Urteil des OVG liegt ein Normenkontrollverfahren zugrunde, in dem sich potenzielle Betreiber von WEA gegen eine Änderung des Flächennutzungsplans einer Stadt wandten. Durch die Planänderung wurde eine Konzentrationszone für WEA ausgewiesen. Der planerischen Darstellung sollte, wie ein ausdrücklicher Hinweis klarstellte, Ausschlusswirkung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB zukommen. Mit der Änderung des Flächennutzungsplans sollte dessen frühere, als rechtsfehlerhaft angesehene Fassung ersetzt werden. In der Begründung der Planänderung wurde ursprünglich als Geltungsbereich ausdrücklich das gesamte Gemeindegebiet bezeichnet und als Zweck der neuen Planung eine „geordnete ... Entwicklung des Gemeindegebiets insbesondere im Hin-

blick auf die Zulässigkeit von WEA“ angegeben. Später wurde nach frühzeitiger Öffentlichkeits- und Bürgerbeteiligung als Zweck der Planung die Aufnahme einer Konzentrationsfläche für WEA in den Flächennutzungsplan genannt und als Geltungsbereich eine bestimmte Fläche zwischen zwei Ortsteilen bezeichnet. Nachdem der Stadtrat die Planänderung beschlossen hatte, genehmigte der zuständige Landkreis die beschlossene Änderung. Die Stadt machte gemäß § 6 Abs. 5 Satz 1 BauGB die Genehmigung der Planänderung bekannt. Dabei wurde deren Geltungsbereich nicht näher bezeichnet.

Inhaltlich bestand die Änderungsplanung aus der zeichnerischen Darstellung einer 78,1 ha großen, rd. 1 % des Stadtgebiets ausmachenden Konzentrationsfläche zwischen den vorerwähnten Ortsteilen sowie aus einer entsprechenden textlichen Darstellung, verbunden mit der ergänzenden Angabe, dass die WEA bei senkrecht nach oben weisender Rotor spitze eine Höhe von 487 m über NN nicht überschreiten dürften. Die Änderungsplanung der Stadt beruhte auf einem räumlichen Gestaltungskonzept, ohne dabei ausdrücklich zwischen sog. „harten“ und „weichen“ Tabuflächen zu unterscheiden. Ein Ausschlusskriterium des geänderten Flächennutzungsplans legte die Mindestabstände der WEA zu Siedlungsflächen generell mit 500 m fest.

Das OVG gab mit seinem Urteil vom 05.03.2018 – 12 KN 144/17 – dem Normenkontrollantrag statt. Es erachtete diesen für zulässig und begründet. Damit hat es die verwaltungsprozessuale Normenkontrolle mit bemerkenswerter Strenge praktiziert.

Im Hinblick auf die Zulässigkeit des Normenkontrollantrags der potenziellen Betreiber von WEA hat das OVG die Antragsbefugnis eines „Standortentwicklers“ nach § 47 Abs. 2 Satz 1 der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) bejaht (Urteil vom 05.03.2018, Rn. 24 ff.). Insoweit knüpft das OVG an seine vorangegangene

Rechtsprechung an: Da aufgrund der Ausschlusswirkung nach § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB außerhalb der ausgewiesenen Vorranggebiete WEA in der Regel nicht errichtet werden dürfen, können in den Ausschlusszonen zum Kreis der nachteilig Betroffenen und somit Antragsbefugten neben den Eigentümern von Grundstücken u.a. die dinglich wie die obligatorisch Nutzungsberechtigten gehören. Ein Antragsteller ohne Grundeigentum in der Ausschlusszone muss danach substantiiert behaupten und ggf. glaubhaft machen, in der Ausschlusszone WEA errichten zu wollen.

In dem zugrunde liegenden Fall der Normenkontrolle hat das OVG Anlass gesehen, der Frage der Antragsbefugnis eines obligatorisch Nutzungsberechtigten näher nachzugehen. Der Antragsteller des vorliegenden Verfahrens verfügte über Nutzungsverträge mit dem Eigentümer der Grundstücke, auf denen er nach seinen Angaben zwei WEA errichten wollte. Er hatte jedoch seine Absicht, die WEA zu errichten und zu betreiben, nur zögerlich verfolgt und die Wirtschaftlichkeit seines Vorhabens nicht aktiv geklärt. Gleichwohl sah das OVG auf der Grundlage der bestehenden Nutzungsverträge die Absicht des Antragstellers, örtlich konkretisierte Projekte der Windenergienutzung in die Wege zu leiten, als ausreichend an. Dabei stützte sich das OVG auf die parlamentarischen Motive (BT-Drucks. 15/4231, S. 16), denen zufolge der Gesetzgeber in Kenntnis einer entsprechenden Praxis durch eine Novellierung der 9. Verordnung zur Durchführung des Bundes-Immissionsschutzgesetzes (9. BImSchV) ausdrücklich anerkannt hat, dass „Träger des Vorhabens“ als sog. Standortentwickler auch sein kann, wer nicht beabsichtigt, die Anlage (selbst) zu errichten oder zu betreiben, sondern das Verfahren „nur“ bis zum Vorliegen einer Vorhabengenehmigung voranzutreiben (Urteil vom 05.03.2018, Rn. 29). Demgemäß hat das OVG dem Antragsteller die Antragsbefugnis zuerkannt (1. Leitsatz).

Des Weiteren hat das OVG den Normenkontrollantrag für begründet und die angegriffene Änderung des Flächennutzungsplans nach § 47 Abs. 5 Satz 2 VwGO für unwirksam erklärt, weil diese nach der gerichtlichen Erkenntnis zum einen an einem formellen Fehler und zum anderen an einem materiellen Fehler im Abwägungsvorgang litt.

In formellrechtlicher Hinsicht hat das OVG einen Verstoß gegen § 6 Abs. 5 Satz 1 BauGB bejaht, demzufolge die Genehmigung des Flächennutzungsplans ortsüblich bekanntzumachen ist (Urteil vom 05.03.2018, Rn. 37 ff.). Nach § 214 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 BauGB stellt es einen rechts erheblichen „Ewigkeitsfehler“ dar, wenn der mit der Bekanntmachung des Flächennutzungsplans verfolgte Hinweiszweck nicht erreicht worden ist. Bei einem Bebauungsplan muss der Hinweis anerkanntermaßen „geeignet sein, das Inkrafttreten des neuen Bebauungsrechtes in einem näheren Bereich des Gemeindegebiets dem Normadressaten gegenüber bewusst zu machen und denjenigen, der sich über den genauen räumlichen und gegenständlichen Regelungsinhalt des Bebauungsplans unterrichten will, ohne weitere Schwierigkeiten zu dem richtigen Plan führen“ (BVerwG, Urteil vom 06.07.1984 – 4 C 22.80). Der Hinweiszweck wird danach nicht erreicht, wenn der Geltungsbereich des betroffenen Bebauungsplans nicht zumindest schlagwortartig aus der Bekanntmachung deutlich wird.

Für die hier vorliegende Änderung eines Flächennutzungsplans gilt nach der Erkenntnis des OVG nichts anderes. Während bei der erstmaligen Aufstellung eines Flächennutzungsplans grundsätzlich noch angenommen werden könne, dass er gemäß der Grundregel des § 5 Abs. 1 Satz 1 BauGB für das gesamte Gemeindegebiet gelten solle, werde sich eine Änderung regelmäßig nur auf einzelne, zumindest schlagwortartig zu bezeichnende Teilbereiche beziehen (Urteil vom 05.03.2018, Rn. 39; ebenso OVG Münster, Urteil vom 06.12.2017 – 7 D 100/15.NE).

Diese Anforderungen sah das OVG im vorliegenden Fall nicht erfüllt. Zum einen erwecke die nummernmäßige Bezeichnung der Änderung den Eindruck, dass der Flächennutzungsplan nur für einen räumlich begrenzten Teilbereich, nicht aber für einen – inhaltlich nicht genannten – sachlichen Teilbereich des gesamten Stadtgebiets geändert werden solle. Zum anderen habe die Stadt den Geltungsbereich der in Rede stehenden Änderungsplanung selbst wechselnd bezeichnet und damit Unklarheiten geschaffen. Der erforderliche Hinweis auf den genauen räumlichen Geltungsbereich der Planänderung fehle in der Bekanntmachung völlig; darin finde sich kein auch nur ansatzweiser Hinweis auf den räumlichen Geltungsbereich (Urteil vom 05.03.2018, Rn. 40, 41). Diesen formellen Fehler sah das OVG als eigenständigen und durchgreifenden Unwirksamkeitsgrund an (2. Leitsatz).

Materiellrechtlich ist, wie das OVG betont, die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der Beschlussfassung über den Flächennutzungsplan maßgebend (§ 214 Abs. 3 Satz 1 BauGB). In dieser Hinsicht sah das OVG die generell mit 500 m angesetzten Mindestabstände der WEA zu Siedlungsflächen als übermäßig groß bemessen, sachlich nicht gerechtfertigt und materiell rechtsfehlerhaft an (Urteil vom 05.03.2018, Rn. 49 ff.). Dies gelte schon deshalb, weil eine Gemeinde nach ständiger Rechtsprechung ihrer Konzentrationszonenplanung ein Planungskonzept zugrunde zu legen habe, in dessen erstem Arbeitsschritt diejenigen Bereiche als Tabuzonen zu ermitteln seien, die für die Nutzung der Windenergie nicht zur Verfügung stünden; dabei seien die Tabuzonen in „harte“ und „weiche“ zu untergliedern (so schon OVG Lüneburg, Urteil vom 26.10.2017 – 12 KN 119/16). Eine solche Differenzierung war in dem hier vorliegenden Fall unterblieben. Dies ließ sich nach Ansicht des OVG auch nicht durch die Unterstellung rechtfertigen, es habe sich bei der Planänderung insgesamt um ein „hartes“ Tabukriterium gehandelt. Als solches sei es rechtswidrig, weil bei einer insgesamt

150 m hohen Referenzanlage mit 500 m, also mehr als 3 H, dann ein viel zu großer Abstand gewählt worden sei, dieser sich zudem zu Unrecht nicht nur auf eine Wohn- oder vergleichbar schutzwürdige Bebauung, sondern auf alle „Siedlungsbereiche“ beziehe und hierzu zu Unrecht auch die zukünftige Bebauung gerechnet worden sei (Urteil vom 05.03.2018, Rn. 53). Den darin liegenden Fehler sah das OVG als offensichtlich an, weil er auf objektiven Umständen beruhe und ohne Ausforschung der Mitglieder des Rates über deren Planungsvorstellungen für den Rechtsanwender erkennbar sei (Urteil vom 05.03.2018, Rn. 55 unter Bezugnahme auf BVerwG, Urteil vom 13.12.2012 – 4 CN 1.11, Rn. 16).

Nach der Erkenntnis des OVG war der festgestellte Fehler zudem von Einfluss auf das Abwägungsergebnis, weil nach den Umständen des Falles die Möglichkeit bestand, dass ohne den Fehler die Planung anders ausgefallen wäre (Urteil vom 05.03.2018, Rn. 56 f.; so zuvor bereits OVG Lüneburg, Urteil vom 26.10.2017 – 12 KN 119/16). Bei Wegfall des zwingenden, aber rechtsfehlerhaften Mindestabstandes zu „Siedlungsbereichen“ oder zumindest bei deren Verkleinerung auf etwa 300 m – wie im Außenbereich – wären nämlich auch andere oder größere Flächen grundsätzlich für die Windenergienutzung in Betracht gekommen.

Im Ergebnis sah das OVG die beschriebene Änderung des Flächennutzungsplans deshalb auch als materiell rechtsfehlerhaft und unwirksam an (3. Leitsatz).

Fazit für die Rechtspraxis:

Auf der vom OVG Lüneburg ausgezogenen Linie erweist sich die verwaltungsprozessuale Normenkontrolle der Konzentrationsflächenplanung für WEA als effektives Instrument des Rechtsschutzes. Diese Kontrolle kommt nicht nur passiv Betroffenen bei der Geltendmachung von Abwehrrechten, sondern auch potenziellen Betreibern von WEA zugute, die auf der Basis einer dinglichen oder obligatorischen Nutzungsberechtigung tätig sind.

Dabei entfaltet die formell- und materiellrechtliche, vom OVG Lüneburg fortentwickelte Kontrolldichte eine beachtliche Steuerungswirkung gegenüber der gemeindlichen Flächennutzungsplanung.

□ **Verhältnis von Rücksichtnahmegebot und Abstandsvorschriften**

Im Rahmen von Baunachbarklagen stellt sich häufig die Frage, wann eine Verschattung des Nachbargrundstücks durch ein genehmigtes Bauvorhaben oder z.B. die Schaffung von Einsichtnahmemöglichkeiten in das Nachbargrundstück rücksichtslos sind. Im Hinblick auf die hiermit verbundenen Wertungsfragen ist es für die baurechtliche Praxis förderlich, dass das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) im Beschluss vom 27.03.2018 (Az.: 4 B 50.17) erneut hervorgehoben hat, dass zumindest aus tatsächlichen Gründen das Gebot der nachbarlichen Rücksichtnahme in der Regel nicht verletzt ist, soweit die landesrechtlichen Abstandsfächenvorschriften eingehalten werden. Etwas anderes gilt nur dann, soweit ein von dieser Regel abweichender Sonderfall vorliegt.

Zu berücksichtigen ist hinsichtlich dieser Rechtsprechung zum einen, dass dieser Grundsatz nur für diejenigen Schutzgüter gilt, die in den jeweiligen Landesbauordnungen vom Abstandsfächenvorschriften erfasst werden. In Baden-Württemberg hat die vorgenannte Regelung daher keine Aussagekraft für den an planungsrechtliche Kriterien (Maß der baulichen Nutzung) anknüpfenden Belang der erdrückenden Wirkung eines Gebäudes (vgl. VGH Mannheim, Beschluss vom 08.11.2007, Az.: 3 S 1923/07).

In Nordrhein-Westfalen ist vom 7. und vom 10. Senat des Oberverwaltungsgerichts Münster der vorgenannte Automatismus nach Inkrafttreten der Bauordnung 2006 in Frage gestellt worden, weil das damals geänderte Abstandsfächenvorschriften eine größere Bebauungsdichte ermöglichte (OVG Münster, Beschluss vom 09.02.2009, Az.: 10 B 1713/08; OVG Münster, Beschluss vom 03.07.2013, Az.: 7 B 477/13). Nach jüngerer Rechtsprechung des 2. Senats des Oberverwaltungsgerichts Münster ist es jedoch auch nach der BauO NW 2006 gerechtfertigt, die vorgenannte Regel des BVerwG anzuwenden (OVG

Münster, Urteil vom 30.05.2017, Az.: 2 A 130/16).

Im Hinblick auf diese Diskussion in der obergerichtlichen Rechtsprechung bleibt zu verfolgen, ob der vorgenannte Grundsatz von den Gerichten in NRW angewendet wird, wenn zum 01.01.2019 die neuen Änderungen der Abstandsfächenvorschriften in Kraft treten, weil diese eine weitere Verkürzung der Abstandflächen und damit eine (noch) höhere Bebauungsdichte vorsehen. So gilt dann die nach heutigen Maßstäben „halbierte“ Abstandsfäche von 0,4 h in den meisten Baugebieten nicht lediglich auf einer Wandlänge von 16 m, sondern auch darüber hinaus.

- **Altlastenverdacht eines Grundstücks als Sachmangel und Berechnung des aus einem Altlastenverdacht folgenden Grundstücksminderwerts**

Der Bundesgerichtshof (BGH) hat seine Rechtsprechung konkretisiert, wann ein Altlastenverdacht einen Sachmangel eines verkauften Grundstücks darstellt und was bei der Berechnung des aus einem Altlastenverdacht folgenden Grundstücksminderwerts zu berücksichtigen ist (BGH, Urteil vom 21.07.2017, Az.: V ZR 250/15).

Gemäß § 434 Abs. 1 Satz 1 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) ist die Kaufsache frei von Sachmängeln, wenn sie bei Gefahrübergang die vereinbarte Beschaffenheit hat. Soweit die Beschaffenheit nicht vereinbart ist, ist die Kaufsache gemäß § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB frei von Sachmängeln, wenn sie sich für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen gleicher Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann.

In dem vom BGH entschiedenen Fall stand in Streit, ab wann der aus einer früheren Nutzung eines Grundstücks abgeleitete Altlastenverdacht einen Sachmangel im Sinne § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB darstellt. Die Vorinstanz war der Auffassung, ein aus einer früheren Nutzung abgeleiteter Altlastenverdacht könne erst dann einen Sachmangel im Sinne des § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB darstellen, wenn es einen konkreten und naheliegenden Verdacht hinsichtlich des tatsächlichen Vorhandenseins von Altlasten auf dem Grundstück gebe.

Dem ist der BGH nicht gefolgt. Begründet die frühere Nutzung eines Grundstücks objektiv einen Altlastenverdacht, weist dieses nach Auffassung des BGH einen Sachmangel im Sinne von § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB auf, ohne dass weitere Umstände hinzutreten müssen. Insbesondere bedarf es nach der Auffassung des BGH für die Annahme eines Sachmangels kei-

ner zusätzlichen Tatsachen, die auf das Vorhandensein von Altlasten hindeuten. Ein altlastenverdächtiges Grundstück weist unabhängig von dem mit dem Kauf verfolgten Zweck in aller Regel schon wegen des Risikos einer öffentlich-rechtlichen Inanspruchnahme und wegen der mit dem Altlastenverdacht verbundenen Wertminderung nicht die übliche Beschaffenheit im Sinne von § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB auf.

Ebenfalls anders als die Vorinstanz hat der BGH die Frage beantwortet, wann ein arglistiges Verschweigen vorliegt. Die Vorinstanz war der Auffassung, dass allein das Verschweigen einer dem Verkäufer bekannten früheren Grundstücksnutzung, die einen Altlastenverdacht begründet, für sich allein genommen noch kein arglistiges Verschweigen darstellt. Hinzukommen müsse nach Auffassung der Vorinstanz vielmehr, dass der Verkäufer konkrete, über das Wissen um die frühere Nutzung hinausgehende Anhaltspunkte dafür hat, dass tatsächlich eine Kontamination vorliegt. Der BGH hat diese Frage demgegenüber dahin entschieden, dass ein objektiv arglistiges Verschweigen bereits dann gegeben ist, wenn der Verkäufer eine ihm bekannte frühere Nutzung verschweigt, die einen Altlastenverdacht begründet. Dies aus folgendem Grund: Dem Käufer soll durch die Offenbarung der früheren Nutzung gerade die Möglichkeit zur Untersuchung des Baugrundes und zur Abschätzung etwaiger Mehrkosten im Falle der Übernahme des mangelhaften Grundstücks gegeben werden. Damit nicht vereinbar wäre es nach Ansicht des BGH, eine Aufklärungspflicht, deren Verletzung die objektive Arglist begründet, erst dann anzunehmen, wenn der Verkäufer zusätzliche Anhaltspunkte dafür hat, dass das Grundstück tatsächlich kontaminiert ist.

Der BGH hat die Sache an die Vorinstanz zurückverwiesen, unter anderem, um über den von der Klägerin eingeklagten Minderungsbetrag nochmals neu zu entscheiden. In diesem Zusammenhang hat der BGH darauf hingewiesen, dass der sich aus

dem BGB ergebende Anspruch des Käufers auf Ersatz des mangelbedingten Minderwerts im Falle eines Altlastenverdachts nicht zwingend in dem Betrag erschöpft, um den der Wert des Grundstücks wegen des bestehenden Altlastenverdachts gemindert ist. Wenn dem Käufer der Beweis gelingt, dass nicht nur ein Altlastenverdacht besteht, sondern das Grundstück tatsächlich kontaminiert ist, ist auch diese Kontamination in die Berechnung des Minderwerts einzustellen. Wie der BGH in dem Urteil ausführt, erfasst die nach dem BGB bestehende Haftung des Verkäufers für den Sachmangel, der sich aus einer früheren gefahrenträchtigen Nutzung eines Grundstücks ergibt, die einen Altlastenverdacht begründet, auch die Folgen des Verdachts, der sich realisiert.

In dem der Entscheidung des BGH zugrunde liegenden Fall hatten die Parteien die Altlastenthematik im Kaufvertrag nicht einer besonderen vertraglichen Regelung zugeführt. Daher kam es in dem Streitfall auf die kaufrechtlichen Bestimmungen des BGB an. In der Regel empfiehlt es sich, die mit einer Altlast/einem Altlastenverdacht im Zusammenhang stehenden Fragen durch entsprechende Gestaltung des Kaufvertrags einer auf den konkreten Fall zugeschnittenen, also „maßgeschneiderten“ Lösung zuzuführen. Dadurch lässt sich besser verhindern, dass es nachträglich zu Streitigkeiten kommt, die dann jahrelang in gerichtlichen Verfahren ausprozessiert und ggf. – wie hier – im Instanzenzug von verschiedenen Gerichten anders entschieden werden.

- **Allgemeiner öffentlich-rechtlicher Unterlassungsanspruch wegen störender Immissionen unterliegt der Verjährung**

Das Oberverwaltungsgericht (OVG) Koblenz hat mit Urteil vom 30.08.2018 (1 A 11843/17.OVG) entschieden, dass der allgemeine öffentlich-rechtliche Unterlassungsanspruch wegen störender Immissionen der regelmäßigen Verjährungsfrist entsprechend § 195 BGB unterliegt.

Die Kläger sind Eigentümer eines bebauten, an einer Kreisstraße gelegenen Grundstücks. Sie wenden sich gegen Lärmbeeinträchtigungen, die von einer in der Straßenbaulast des beklagten Landkreises stehenden Straße ausgehen.

Die vor dem Anwesen der Kläger an das Grundstück angrenzende Kreisstraße war ursprünglich asphaltiert. Im Jahr 2009 wurde die Straßenoberfläche umgestaltet. Der Asphaltbelag wurde entfernt und durch einen Pflasterbelag ersetzt. Im September machten die Kläger in einem Schreiben an den Bürgermeister geltend, die Anwohner würden durch den durch die Straßenpflasterung verursachten Lärm belästigt, wenn die Straße von Kraftfahrzeugen befahren werde, und forderten die Stadt zur Entfernung der Pflasterung oder Abdeckung mit einem geräuschdämmenden Belag auf. Über die Pflasterung hätten sie bereits vor zwei oder drei Jahren mit dem Bürgermeister gesprochen. Im September 2012 erteilte der Bürgermeister den Klägern den Hinweis, dass es sich um eine Kreisstraße handle, die vom Landesbetrieb Mobilität verwaltet werde. Die Stadt habe beim Ausbau mitgewirkt und Wünsche eingebracht. Ebenfalls im September 2012 teilte der Landesbetrieb Mobilität den Klägern mit, dass die Pflasterung der Kreisstraße von der Stadt im Einvernehmen mit dem Landkreis hergestellt worden sei.

Bis zur Klageerhebung im Oktober 2016 reagierten die Kläger nicht weiter. Im Klageverfahren begehrt sie, den be-

klagten Landkreis zur Beseitigung der Pflasterung und zur Herstellung eines Asphaltbelags zu verurteilen, sowie hilfsweise zur Unterlassung der von dem Pflasterbelag ausgehenden und den Immissionswert für Mischgebiete nach der 16. BImSchV übersteigenden Beeinträchtigung durch Lärmeinwirkungen zu verurteilen.

Das Verwaltungsgericht Mainz hat in erster Instanz die Klage abgewiesen. In der Berufungsinstanz vor dem OVG Koblenz haben die Kläger nur noch den hilfsweise geltend gemachten öffentlich-rechtlichen Unterlassungsanspruch verfolgt.

Das OVG Koblenz hat die Klage wegen Verjährung abgewiesen.

Die Verjährung sei im Verwaltungsprozess als anspruchsvernichtende Einwendung von Amts wegen zu berücksichtigen. Sie gelte für Vermögensansprüche, aber auch für sonstige öffentlich-rechtliche Ansprüche und daher auch für den öffentlich-rechtlichen Unterlassungsanspruch. Wegen des Fehlens öffentlich-rechtlicher Sonderregeln seien die §§ 195 ff. BGB entsprechend anzuwenden. Da der öffentlich-rechtliche Unterlassungsanspruch kein Recht an einem Grundstück betreffe, sei nicht die zehnjährige Verjährungsfrist des § 196 BGB, sondern die dreijährige Regelverjährungsfrist des § 195 BGB einschlägig.

Der Schwerpunkt des Falles lag bei der Frage, wann die Verjährungsfrist zu laufen begonnen hatte. Dazu hat das OVG Koblenz die folgenden Feststellungen getroffen:

In der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung stehe fest, dass die Verjährungsfrist für den öffentlich-rechtlichen Immissionsabwehranspruch als Folgenbeseitigungsanspruch gemäß § 199 Abs. 1 BGB mit dem Schluss des Jahres beginne, in dem der Anspruch entstanden sei und der Gläubiger von den anspruchsbegründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt habe oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätte erlangen müssen. Werde der Rückbau baulicher

Maßnahmen an einer Straße gefordert, entstehe der Anspruch mit dem Abschluss der Baumaßnahmen. Beim öffentlich-rechtlichen Unterlassungsanspruch könne nichts Anderes gelten. Auch hier sei die Herstellung des Pflasterbelags die zurechenbare Handlung des beklagten Landkreises, die den kausalen Ausgangspunkt der geltend gemachten Störung darstelle, wenn wie im vorliegenden Fall die maßgebliche Störungsquelle unverändert fortduere. Denn bei dem allgemeinen öffentlich-rechtlichen Abwehr-, Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch handele es sich um einen einheitlichen Anspruch mit unterschiedlichen Zielrichtungen. Deshalb könne die Verjährung nur einheitlich beurteilt werden.

Entgegen der Auffassung der Kläger entstehe der Anspruch nicht mit jedem Befahren der Pflasterung durch ein Kraftfahrzeug und die dadurch ausgelöste Störung aufs Neue. Denn der rechtswidrige Eingriff des beklagten Landkreises, der den möglichen Unterlassungsanspruch auslöse, bestehe allein in der Herstellung des Pflasterbelags, nicht hingegen in der durch Dritte bewirkten Lärmimmission. Der Fall sei auch nicht vergleichbar mit der unberechtigten Ableitung von Abwasser bzw. Zuführung von Niederschlagswasser auf ein fremdes Grundstück, da in diesen Fällen das rechtswidrige Verhalten gerade keine einmalige abgeschlossene Handlung, sondern die wiederholte rechtswidrige Durchleitung von Abwasser bzw. Zuführung von Niederschlagswasser darstelle.

Abschließend stellt das OVG Koblenz noch fest, dass die Kläger auch nichts dazu getan hatten, um die Verjährung des Anspruchs zu hemmen. Denn sie hatten zwar mehrfach mit dem Bürgermeister gesprochen. Der Unterlassungsanspruch richtete sich aber nicht gegen die Stadt, sondern gegen den Landkreis. Mit dem Landkreis hatten die Kläger keine verjährungshemmenden Verhandlungen (§ 203 BGB) geführt. Weil sie das Schreiben im September 2012 ebenfalls an den Bürgermeister

gerichtet hatten, konnte auch dieses Schreiben nichts bewirken.

Die Entscheidung zeigt auf, dass auch öffentlich-rechtliche Ansprüche der Verjährung unterliegen. Fehlen öffentlich-rechtliche Sondervorschriften zur Verjährung, gelten die §§ 195 ff. BGB entsprechend.

□ **Ausschluss wegen erheblich mangelhafter Leistungserbringung**

Mit der Vergaberechtsnovelle 2016 wurde in § 124 Abs. 1 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) ein umfassender Katalog an fakultativen Ausschlussgründen normiert. Unter anderem ist der bereits in der Rechtsprechung zur Unzuverlässigkeit entwickelte Ausschlussatbestand der Schlechterfüllung eines vorhergehenden öffentlichen Auftrags erstmals als Ausschlussgrund in § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB ausdrücklich normiert. Die Vergabekammer (VK) Brandenburg hatte sich jüngst mit den konkreten Anforderungen, die an diesen Ausschlussgrund zu stellen sind, zu befassen (VK Brandenburg, Beschluss vom 17.07.2018 – VK 11/18).

Sachverhalt:

Der öffentliche Auftraggeber veröffentlichte im EU-Amtsblatt die Vergabe von Sicherheitsdienstleistungen in einem offenen Verfahren in mehreren Los. Dem war eine Kündigung der bereits vergebenen Aufträge zur Durchführung von Bewachungsleistungen aufgrund eines außerordentlichen Kündigungsgrundes vorausgegangen. Im Rahmen dieser in Durchführung befindlichen Bewachungsverträge mit der Antragstellerin hatte der Auftraggeber Informationen erhalten, dass es zu Zwischenfällen bezogen auf die Überwachungsobjekte im Zuge des Jahreswechsels gekommen sei. Die daraufhin durchgeführten Aufklärungen des Auftraggebers hatten ergeben, dass das tatsächlich eingesetzte Personal von dem ursprünglich angegebenen abweicht. Allein bezüglich des ursprünglich im Vergabeverfahren angegebenen Personals wurde der geforderte Nachweis zur notwendigen Sachkundeprüfung erbracht. Daraufhin wurde die Antragstellerin wegen der ausgebliebenen Mitteilung an den Auftraggeber und wegen des vertragswidrig eingesetzten Personals abgemahnt. Eine nachfolgende erneute Prüfung im Vertragszeitraum hatte ergeben, dass bei weiteren Überwachungsleistungen das eingesetzte Personal nicht über die erforder-

derliche Sachkundeprüfung verfügte. Aus dem anschließend durchgeführten Vergabeverfahren wurde die Antragstellerin wegen vorhergehender Schlechterfüllung eines Auftrages nach § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB ausgeschlossen. Die Antragstellerin griff den Ausschluss als unzulässig in einem Nachprüfungsverfahren an.

Entscheidung:

Mit Erfolg! Der Ausschluss der Antragstellerin gemäß § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB aufgrund einer Schlechterfüllung in einem vorhergehenden öffentlichen Auftragsverhältnis wurde von der VK Brandenburg als nicht gerechtfertigt angesehen, da der Auftraggeber die maßgebende zweiwöchige Ausschlussfrist zur Erklärung der Kündigung eines Dienstvertrages nach § 626 Abs. 2 Satz 1 BGB nicht berücksichtigt hatte. Die danach verfristete Kündigung sei nicht wirksam. Mithin fehlte es an einem wesentlichen Tatbestandsmerkmal des § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB, konkret an einer berechtigten vorzeitigen Beendigung der vorhergehenden Auftragsverhältnisse. Dabei sind die Vergabenachprüfungsinstanzen in Anbetracht des vergaberechtlichen Beschleunigungsgebotes nicht verpflichtet, etwaige abschließende Entscheidungen der Zivilgerichte abzuwarten. Vielmehr hat die Prüfung von Vorfragen wie der Rechtmäßigkeit der ausgesprochenen Kündigung im Wege einer Plausibilitätsprüfung zu erfolgen. Sofern sich der Auftraggeber nicht allein auf eine vorzeitige Beendigung des betreffenden Vertragsverhältnisses berufen will, sondern alternativ auf das Tatbestandsmerkmal des Schadensersatzes oder eine „vergleichbare Rechtsfolge“, hat er hierzu bereits im Zuge der Ermessensausübung zur Erklärung des Ausschlusses Gründe vorzubringen.

Praxishinweis:

Die Entscheidung der VK Brandenburg verdeutlicht einmal mehr die ultima ratio-Funktion eines Ausschlusses aus dem Vergabeverfahren. Selbst beim Vorliegen eines scheinbar eindeutigen Ausschlussstatbestandes ist der Auftraggeber verpflichtet, sorgfältig das Vorliegen eines

jeden Tatbestandsmerkmals zu prüfen. Diese Pflicht impliziert gerade mit Blick auf die Schlechterfüllung von Aufträgen nicht selten die Auseinandersetzung mit zivilrechtlichen Fragestellungen. Da im Rahmen der vergaberechtlichen Nachprüfung keine umfassenden Beweiserhebungen zu zivilrechtlichen Vorfragen vergleichbar dem Zivilprozess stattfinden, mutet die Möglichkeit voneinander abweichender Entscheidungen im parallelen Zivilverfahren zwar etwas unbefriedigend an. Aufgrund dieses Zusammenspiels verschiedener Rechtsgebiete ist aber den Bietern anzuraten, selbst beim Vorliegen von etwaigen Vertragsverletzungen aus einem vorhergehenden Auftragsverhältnis die ausschlussbegründenden Umstände umfassend zu prüfen.

□ **Aktuelle Veröffentlichungen**

Prof. Dr. Rüdiger Breuer und Dr. Anno Oexle
Vorbeugender Hochwasserschutz in Häfen und Werften – Spielräume der Hafententwicklung
Nomos, Baden-Baden 2018

Prof. Dr. Rüdiger Breuer
Gerichtliche Kontrolle der Weser- und Elbvertiefung – eine Zwischenbilanz
in: NVwZ, Beilage 1/2018, S. 3 – 9

□ **Aktuelle Veranstaltungen**
- Auswahl -

02.12.2018

Sino-German Lawyers Exchange
Referent: Prof. Dr. Wolfgang Klett
zu dem Thema: Rechtsfolgen von umweltrechtlichen Verstößen
veranstaltet durch die All China Lawyers Association (ACLA) und die Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK) in Guangxi, China

03.12.2018

Vertiefungsseminar: Enteignung und Entschädigung
Referent: Prof. Dr. Rüdiger Breuer
veranstaltet durch den vhw - Bundesverband für Wohnen und Stadtentwicklung e.V. in Köln

29.01.2019

Berliner Abfallwirtschafts- und Energiekonferenz am 28. und 29. Januar 2019
Referent: Dr. R. Geesmann
zu dem Thema: Neu- und Umbau von Abfall(mit)verbrennungsanlagen – Vorgaben des Immissionsschutzrechts sowie des novellierten Gesetzes über die Umweltverträglichkeitsprüfung und des Umwelt-Rechtsbehelfsgesetzes
veranstaltet durch die Thomé-Kozmiensky Verlags GmbH in Berlin

12.02.2019

Fachkundeflehrgang nach § 4 Deponieverordnung
Referent: Prof. Dr. Wolfgang Klett
veranstaltet durch das BEW in Duisburg

13.02.2019

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

14.02.2019

Grenzüberschreitende Abfallverbringung
Referent: Dr. Anno Oexle
veranstaltet durch den BDE Bundesverband der Deutschen Entsorgungs-, Wasser- und Rohstoffwirtschaft e.V. in Berlin

13.03.2019

Vergaberecht – Nachprüfungsverfahren
Referent: Dr. Dominik R. Lück
veranstaltet durch Kommunales Bildungswerk e.V. in Berlin

14.03.2019

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

Autoren dieses Newsletters sind:

Büro Köln

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