

Newsletter

Umwelt □ Technik □ Vergabe

Dreiundvierzigste Ausgabe, Oktober 2017

Seite

□ Kein Rechtsschutz des öRE gegen gewerbliche Sammlungen	1
□ Weitere Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts zu Alttextilsammlungen.....	3
□ Neue Regeln für die Umweltverträglichkeitsprüfung in Kraft getreten	6
□ Unvollständige Verträglichkeitsprüfung bei der Genehmigung des Kohlekraftwerks Moorburg bei Hamburg.....	8
□ Novelle des Umweltrechtsbehelfsgesetzes in Kraft getreten	10
□ Keine Anfechtbarkeit nach Umweltrechtsbehelfsgesetz bei Hinzufügen einer Nebenbestimmung zu einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung	12
□ Widerruf eines alten Wasserrechts – Schranken der Reaktivierung einer früheren Wasserkraftnutzung	13
□ Zulässigkeit einer sogenannten Hinterlandbebauung	15
□ Mess- und Eichverordnung geändert.....	16
□ Nutzungsentschädigung für unbefugtes Aufstellen eines Sammelcontainers	17
□ Wettbewerbsregister	18
□ Vergabereife: Die „Vorleistungspflicht“ der öffentlichen Auftraggeber	19
□ Aktuelle Informationen zur vergaberechtlichen Gesetzeslage	21
□ Auszeichnungen	22
□ Aktuelle Veröffentlichungen.....	23
□ Aktuelle Veranstaltungen.....	23

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

Brüssel
Avenue Louise 109
B - 1050 Bruxelles
T +32 (0)2 7344446
F +32 (0)2 7344446

München
Maximilianstraße 35A
80539 München
T +49 (0)89 24218211
F+49 (0)89 2421830

□ **Kein Rechtsschutz des örE gegen gewerbliche Sammlungen**

Mit Beschluss vom 19.06.2017 – 20 B 16.2248 – hat der VGH München (VGH) die Berufung eines öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers (örE) gegen eine verwaltungsgerichtliche Entscheidung, mit der der Klage eines gewerblichen Sammlers gegen eine Untersagungsverfügung stattgegeben worden war, als unzulässig verworfen. Nach Ansicht des VGH war der örE durch die Entscheidung nicht beschwert, da ihm weder durch die bundesrechtlichen Überlassungspflichten noch durch die Aufgabenzuweisung im bayerischen Landesrecht subjektive Rechte eingeräumt würden. Die Regelungen bestünden vielmehr allein im öffentlichen Interesse.

Das verwaltungsgerichtliche Rechtsschutzsystem in Deutschland ist, von einigen hier nicht weiter interessierenden Ausnahmen abgesehen, auf den Schutz subjektiver Rechte ausgerichtet. So kann etwa einen Verwaltungsakt nur anfechten, wer geltend machen kann, durch diesen in eigenen Rechten verletzt zu sein; ein bloßes Interesse an der Aufhebung eines Verwaltungsakts genügt hierfür nicht. Ob und inwieweit eine gesetzliche Regelung Betroffenen subjektive Rechte einräumt, ist daher eine entscheidende Vorfrage für die bestehenden Rechtsschutzmöglichkeiten. Besondere Fragen ergeben sich dabei, wenn es sich bei dem Betroffenen um einen Hoheitsträger handelt. Denn diese nehmen in erster Linie Aufgaben im öffentlichen Interesse wahr, ohne dass mit dieser Aufgabenwahrnehmung regelmäßig eine subjektive Rechtsstellung einhergeht.

Vor diesem Hintergrund ist seit einiger Zeit auch die Frage umstritten, ob einem örE durch die abfallrechtlichen Überlassungspflichten (§ 17 Abs. 1 Kreislaufwirtschaftsgesetz – KrWG) und die damit im Zusammenhang stehenden Beschränkungen gewerblicher Sammlungen (§ 17 Abs. 3 KrWG) subjektive Rechte einge-

räumt werden, welche er gegebenenfalls gerichtlich durchsetzen kann. Diese Frage stellt sich insbesondere in drei Konstellationen, nämlich erstens, wenn die zuständige Behörde die Untersagung einer gewerblichen Sammlung abgelehnt hat und der örE eine solche Untersagung gerichtlich erzwingen will – was insbesondere vorkommt, wenn die zuständige Behörde und der örE unterschiedlichen Verwaltungsträgern angehören –, zweitens, wenn der örE zu einem gerichtlichen Verfahren gegen eine Untersagung beigegeben werden soll, und drittens, wenn ein beigegebener örE gegen eine für den gewerblichen Sammler günstige Entscheidung des Gerichts Rechtsmittel einlegen will.

Der Entscheidung des VGH vom 19.06.2017 liegt die letztgenannte Konstellation zugrunde: Die Altmetallsammlung des betroffenen Sammelunternehmens wurde im November 2012 durch das Landratsamt Miltenberg untersagt. Hiergegen erhob das Unternehmen Anfechtungsklage beim VG Würzburg, die Erfolg hatte und zur Aufhebung der Untersagungsverfügung führte. Der betroffene örE, der zu dem Verfahren beigegeben worden war, legte gegen dieses Urteil Berufung ein, die vom VGH nunmehr wegen fehlender Beschwer als unzulässig verworfen wurde.

Nach Auffassung des VGH fehlt es an dem für eine materielle Beschwer erforderlichen Eingriff in subjektiv-öffentliche Rechte des beigegebenen örE. Solche ergäben sich weder durch die bundesgesetzliche Überlassungspflicht nach § 17 Abs. 1 KrWG noch durch die Zuweisung der Entsorgungsaufgabe als Pflichtaufgabe des eigenen Wirkungskreises durch das bayerische Landesrecht.

Die Überlassungspflicht für Abfälle aus privaten Haushalten bestehe ebenso wie die Ausnahmen von dieser Überlassungspflicht ausschließlich im öffentlichen Interesse; eine Zuerkennung subjektiver öffentlicher Rechte an den örE sei dadurch nicht bezweckt. Daran ändert es nach Auffassung des VGH auch nichts,

dass der Gesetzgeber in § 17 Abs. 3 Satz 2 KrWG im Wege einer widerleglichen Vermutung ein einer gewerblichen Sammlung entgegenstehendes Überwiegen von öffentlichen Interessen bei einer Beeinträchtigung der Planungssicherheit und Organisationsverantwortung des öRE normiert hat. Denn bei der „Planungssicherheit“ und der „Organisationsverantwortung“ handele es sich um unbestimmte Rechtsbegriffe, die nach der gesetzlichen Konzeption die Erforderlichkeitsschwelle im europarechtlichen Sinn definieren und konkretisieren. Sie könnten – so der VGH – die grundlegende Konzeption, die allein im öffentlichen Interesse und nicht im subjektiven Interesse des öRE bestehe, nicht verändern.

Nach Ansicht des VGH lässt sich eine Verletzung des beigeladenen öRE in eigenen Rechten auch nicht damit begründen, dass mit einer Pflicht normalerweise ein Recht korrespondiere. Der VGH bezweifelt schon, ob ein derart weiter Grundsatz überhaupt Geltung beanspruche. Jedenfalls sei für § 17 KrWG anerkannt, dass mit der Pflicht, die aus privaten Haushaltungen stammenden Abfälle dem öRE zu überlassen, ein Anspruch des privaten Abfallerzeugers oder -besitzers auf Abnahme solcher Abfälle durch den öRE korrespondiere. Dass daraus auch ein Recht des öRE folgen müsse, ist nach Auffassung des VGH keinesfalls zwingend und widersprüchlich der gesetzgeberischen Konzeption.

Etwas anderes ergäbe sich nicht aus der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts zur sog. Irrelevanzschwelle (vgl. dazu die Beiträge im Köhler & Klett Newsletter 3/16, S. 4 ff., sowie in diesem Newsletter, S. 3 ff.). Auch wenn aus dieser Irrelevanzschwelle eine vergleichsweise günstige Position für die öRE abzuleiten wäre, sei dies allein ein faktischer Reflex, begründe aber kein subjektives Recht.

Aus der Pflicht zur Beteiligung des betroffenen öRE im Anzeigeverfahren (§ 18 Abs. 4 KrWG) ergibt sich nach Auffassung des VGH ebenfalls kein subjektives Recht, da diese Bestimmung allein der Informa-

tionsgewinnung der für die Untersagung einer gewerblichen Sammlung zuständigen Behörde diene.

Schließlich verneint der VGH eine subjektive Rechtsstellung aufgrund der landesrechtlichen Aufgabenzuweisung. Durch diese würden den Landkreisen zwar im Allgemeinwohl liegende Pflichtaufgaben zugewiesen, diese würden dadurch aber nicht zu subjektiven Rechten. Eine Beeinträchtigung der übertragenen Aufgaben durch gewerbliche Sammlungen führe damit zwar möglicherweise zu einer durch die zuständigen Behörden im Rahmen des Gesetzes abzuwehrenden Beeinträchtigung des Allgemeinwohls, nicht jedoch zu einer im Wege eines Rechtsmittels abzuwehrenden subjektiven Rechtsverletzung.

Mit seiner begrüßenswerten Entscheidung hat sich der VGH einer Rechtsprechungslinie angeschlossen, die bisher bereits vom OVG Münster (Beschl. v. 08.04.2014, 20 E 547/13) und vom OVG Magdeburg (Urt. v. 17.03.2016, 2 L 45/14) vertreten wurde. Die Gegenposition wird – abgesehen von einer unbestimmten Vielzahl von Fällen, in denen eine unreflektierte Beiladung des betroffenen öRE erfolgt ist – soweit ersichtlich nur in einem Zwischenurteil des VG Leipzig vom 18.11.2016 (1 K 1681/14) vertreten. Zu der Frage ist gegenwärtig allerdings ein Revisionsverfahren beim Bundesverwaltungsgericht anhängig, das voraussichtlich zu einer abschließenden Klärung führen wird.

□ **Weitere Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts zu Alttextilsammlungen**

Am 11.07.2017 sind zwei Urteile des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG) zu gewerblichen Alttextilsammlungen ergangen (7 C 35.15 und 7 C 36.15). In diesen Entscheidungen, die in der Begründung im Wesentlichen übereinstimmen, hat das BVerwG zu einigen mit der Durchführung gewerblicher Sammlungen verbundenen Rechtsfragen erstmals höchstrichterlich Stellung genommen. Im Übrigen hat das BVerwG seine bereits mit Urteil vom 30.06.2016 (siehe dazu den Beitrag im Köhler & Klett Newsletter 3/16, S. 4 ff.) begonnene Rechtsprechung zur sog. Irrelevanzschwelle bei der Feststellung eines der gewerblichen Sammlung entgegenstehenden überwiegenden öffentlichen Interesses fortgeführt, ohne diese weiterzuentwickeln. Der folgende Beitrag stellt die Entscheidung im Verfahren 7 C 35.15 dar.

Der Entscheidung des BVerwG liegt ein typischer Sachverhalt zugrunde: Der Klägerin, die eine gewerbliche Sammlung von Textilien und Schuhen aus privaten Haushalten betreibt, war diese im Jahr 2012 durch den Landkreis mit der Begründung untersagt worden, die Sammlung gefährde die Funktionsfähigkeit des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers (örE). Die dagegen erhobene Klage hatte erstinstanzlich zunächst Erfolg, wurde auf die Berufung des Beklagten hin jedoch vom OVG Münster (OVG) abgewiesen. Nach Ansicht des OVG standen der gewerblichen Sammlung überwiegende öffentliche Interessen im Sinne von § 17 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 i.V.m. § 17 Abs. 3 Satz 3 Nr. 1 Kreislaufwirtschaftsgesetz (KrWG) entgegen. Nach der letztgenannten Vorschrift ist eine wesentliche Beeinträchtigung der Planungssicherheit und Organisationsverantwortung des örE anzunehmen, wenn durch die gewerbliche Sammlung Abfälle erfasst werden, für die der örE oder sein Drittbeauftragter eine haushaltsnahe oder sonstige hochwertige getrennte Erfas-

sung und Verwertung durchführt. Diese Regelung hat das OVG zwar lediglich als widerlegbare Vermutung angesehen. Da die Sammelmenge aller gewerblichen Sammlungen insgesamt 50 Prozent der vom örE erfassten Menge überschritt, konnte diese Vermutung nach Ansicht des OVG jedoch nicht widerlegt werden. Diese Entscheidung hat das BVerwG nunmehr im Ergebnis bestätigt.

Dabei hat das BVerwG zunächst zu drei bisher höchstrichterlich noch nicht abschließend geklärten Fragen Stellung genommen:

Dies betrifft erstens die Frage, inwieweit eine organisatorische Trennung zwischen dem örE und der für eine Untersagung zuständigen Behörde erforderlich ist. Die Klägerin hatte diesbezüglich beanstandet, dass eine unzulässige Verflechtung bestehe, da der als Abfallbehörde zuständige Landrat zugleich stellvertretender Verbandsvorsitzender des Abfallwirtschaftsverbandes sei. Dem widerspricht das BVerwG: Zwar könne eine mangelnde Distanz zum örE und dessen Sonderinteressen Anlass zur Prüfung geben, ob rechtsstaatliche Gebote für die Gestaltung eines fairen Verfahrens zur Gewährleistung einer unparteiischen Aufgabenerfüllung oder der unionsrechtlich verankerte wettbewerbsrechtliche Missbrauchstatbestand dem Handeln als zuständige Behörde entgegenstehen. Hier fehlte es jedoch an einer organisationsrechtlichen Doppelzuständigkeit, da weder der für die Verwertung zuständige Abfallwirtschaftsverband noch die für die Erfassung zuständige Stadt – zu der nach Ansicht des BVerwG das „eigentliche“ Wettbewerbsverhältnis des gewerblichen Sammlers besteht – für die Untersagung zuständig waren. Dass der Landrat auch im Abfallwirtschaftsverband tätig sei, unterscheide sich – so das BVerwG – nicht grundlegend von der Konstellation, bei der die Funktionen auf verschiedene Abteilungen einer Behörde aufgeteilt seien und es auf der Ebene des Behördenleiters einen gemeinsamen Vorgesetzten gebe. Auch darin liegt nach Ansicht des BVerwG kein Verstoß gegen das

rechtsstaatliche Gebot fairer Verfahrensgestaltung; unzulässige Einflussnahmen seien gegebenenfalls bei der Überprüfung der Sachentscheidung zu beanstanden.

Zweitens hat das BVerwG bestätigt, dass es sich bei der in § 18 Abs. 1 KrWG geregelten Drei-Monatsfrist nicht um eine Entscheidungsfrist für die Behörde, sondern nur um eine Wartefrist für die Aufnahme der Sammlung handelt. Beschränkende Maßnahmen der Behörde nach § 18 Abs. 5 KrWG (Auflagen, Bedingungen, Befristung oder Untersagung) können daher auch noch später als drei Monate nach Anzeige getroffen werden, nicht zuletzt, um auf nachträglich eingetretene Umstände zu reagieren. Begrüßenswert ist, dass das BVerwG in diesem Zusammenhang klarstellt, dass bei nachträglichen Anordnungen dem grundrechtlich fundierten Vertrauensschutz im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung, der nach Ansicht des BVerwG auch die gebundene Entscheidung nach § 18 Abs. 5 Satz 2 KrWG unterliegt, Rechnung zu tragen ist. Daneben stellt das BVerwG die Möglichkeit von Haftungs- und Entschädigungsansprüchen des gewerblichen Sammlers in den Raum, ohne hierauf näher einzugehen.

Drittens hat das BVerwG bestätigt, dass es sich bei Altkleidern und Schuhen, die in einem öffentlich zugänglichen Container gesammelt werden, um Abfall handelt. Das BVerwG sieht in dem Einwurf in den Container eine Entledigung, die stets gegeben sei, wenn der Besitzer die Stoffe oder Gegenstände, an denen er kein Gebrauchsinteresse hat, selbst entsorgt oder an Dritte abgibt.

Hinsichtlich der Anwendung von § 17 Abs. 3 Satz 3 Nr. 1 KrWG hat das BVerwG nahtlos an seine Rechtsprechung im Urteil vom 30.06.2016 (7 C 4.15) angeknüpft. Dementsprechend hat es den noch vom OVG herangezogenen rechtlichen Maßstab, wonach erst bei einer Überschreitung von 50 Prozent der Sammelmenge ohne weitere Prüfung der Einzelfallumstände eine wesentliche Beeinträchtigung der Pla-

nungssicherheit und Organisationshoheit anzunehmen sein sollte, verworfen und insoweit die sog. Irrelevanzschwelle von 10–15 Prozent für maßgeblich erklärt. Damit hat sich das BVerwG auch über die Einwände des der Bundesregierung unterstellten Vertreters des Bundesinteresses hinweggesetzt, der bereits die wesentlich höhere 50 Prozent-Grenze ohne Einzelfallprüfung kritisiert hatte, weil die unionsrechtlichen Vorgaben einen absoluten Konkurrenzschutz nicht zuließen. Eine Begründung für die Höhe der Irrelevanzschwelle, zu der gerade die abweichende Auffassung des OVG Anlass gegeben hätte, lässt die Entscheidung – wie schon das Urteil vom 30.06.2016 – allerdings vermissen. Festgehalten hat das BVerwG zudem daran, dass bei der Feststellung der Beeinträchtigung des öRE neben von gewerblichen Sammlungen erfassten Mengen auch die Sammelmengen gemeinnütziger Sammlungen zu berücksichtigen sind und dass es insoweit nicht auf den Zeitpunkt der Anzeige nach § 18 Abs. 1 KrWG, sondern auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in einer Tatsacheninstanz ankommt. Insgesamt zieht das BVerwG zur Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Untersagung damit einen für gewerbliche Sammler wesentlich ungünstigeren Maßstab heran als zuvor das OVG.

Die von der Klägerin ins Feld geführten Gegenargumente hat das BVerwG sämtlich für nicht durchgreifend erachtet:

Auch die Erfassung von Alttextilien aus privaten Haushaltungen könne eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Sinne des Unionsrechts sein, da die Mitgliedstaaten insoweit einen weiten Definitionsspielraum hätten.

Eine unzulässige Diskriminierung von gewerblichen gegenüber gemeinnützigen Sammlungen liege nicht vor, denn die Bevorzugung gemeinnütziger Sammlungen sei einerseits durch deren besondere Zweckbestimmung, andererseits durch die geringe Sammlungsintensität gerechtfertigt. Im Übrigen könnten die Träger kari-

tativer Einrichtungen Sammlungen durch gewerbliche Unternehmen durchführen lassen.

Soweit die Klägerin meine, die gesetzliche Regelvermutung einer wesentlichen Beeinträchtigung der Planungssicherheit und Organisationsvermutung könne nicht greifen, wenn der öRE Jahr für Jahr höhere Sammelmengen verzeichne, berücksichtige sie nicht, dass bei der Beurteilung der Veränderungen für das System des öRE wie auch des status quo grundsätzlich auf einen festen Zeitpunkt abzustellen sei, in dem diese möglichen Entwicklungen Berücksichtigung fänden.

Schließlich überzeugte auch der von der Klägerin vorgetragene Einwand das BVerwG nicht, wegen der gleichen Grundkonzeption bei allen Sammlungen könne es keine leistungsfähigeren Sammlungen geben, sodass die Ausnahme des § 17 Abs. 3 Satz 4 KrWG leerlaufe. Danach gilt die Vermutung des § 17 Abs. 3 Satz 3 Nr. 1 KrWG nicht, wenn die gewerbliche Sammlung wesentlich leistungsfähiger ist als die vom öRE angebotene oder konkret geplante Leistung. Indes trage der Einwand nicht den in § 17 Abs. 3 Satz 5 und 6 KrWG genannten Kriterien für die Beurteilung der Leistungsfähigkeit Rechnung, nach denen sich ein differenziertes Leistungsbild von Sammlungen ergeben könne. Diese Aussage des BVerwG erscheint allerdings praxisfern, zumal das BVerwG seinerseits nicht berücksichtigt, dass § 17 Abs. 3 Satz 6 KrWG bestimmte Differenzierungen ausschließt und damit ein differenziertes Leistungsbild eher erschwert und zu den nach § 17 Abs. 3 Satz 5 KrWG für den Vergleich maßgeblichen Kriterien etwa der Umfang der Erfassung gehört, bei der der öRE strukturell im Vorteil ist. Auch die bisherige Erfahrung spricht dafür, dass die Befürchtung eines Leerlaufens von § 17 Abs. 3 Satz 4 KrWG nicht unberechtigt ist.

Da die Untersagung der gewerblichen Sammlung auch bei Anwendung des vom BVerwG angelegten Maßstabes rechtmäßig und die dagegen gerichtete Klage

damit unbegründet war, wurde die Revision im Ergebnis zurückgewiesen.

□ **Neue Regeln für die Umweltverträglichkeitsprüfung in Kraft getreten**

Mit dem am 29.07.2017 in Kraft getretenen Gesetz zur Modernisierung des Rechts der Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP) sollen die bundesrechtlichen Vorschriften über die UVP an die Vorgaben der UVP-Änderungsrichtlinie (Richtlinie 2014/52/EU) angepasst werden.

Die hauptsächlichen Änderungen betreffen das Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung (UVPG). Nach der Vorstellung des Gesetzgebers soll die klarere Umsetzung des UVP-Rechts unter Berücksichtigung der einschlägigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und der Verwaltungsgerichte das Risiko einer späteren Aufhebung von dem UVPG unterliegenden Zulassungsentscheidungen verringern.

Die wesentlichen Änderungen des UVPG betreffen die folgenden Punkte:

Erstmals werden die Angaben, die der Vorhabenträger zur Vorbereitung der Vorprüfung bei Neu- und Änderungsvorhaben vorzulegen hat, in einer eigenständigen Anlage zum UVPG – der Anlage 2 – geregelt.

Die Kriterien für die Vorprüfung werden – nunmehr in Anlage 3 UVPG – konkretisiert und erweitert. Danach ist u.a. das Zusammenwirken der Auswirkungen des Vorhabens mit den Auswirkungen bestehender oder zugelassener Vorhaben zu berücksichtigen (Anlage 3 Nr. 3.6 UVPG); ferner die Möglichkeit, die Auswirkungen des Vorhabens wirksam zu vermindern (Anlage 3 Nr. 3.7 UVPG).

Vorhabenträger können unter den Voraussetzungen des § 7 Abs. 3 UVPG bei lediglich vorprüfungspflichtigen Neu- und Änderungsvorhaben die freiwillige Durchführung einer UVP beantragen.

Hängt die UVP-Pflicht von dem Ergebnis einer Vorprüfung ab, hat die Behörde die Feststellung über die UVP-Pflichtigkeit des Vorhabens spätestens sechs Wochen nach Erhalt der Angaben des Vorhabenträgers zu treffen. Die Frist kann in Ausnahmefällen um bis zu sechs Wochen verlängert werden (§ 7 Abs. 6 UVPG).

Die praxisrelevante Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Änderungsvorhaben der Durchführung einer UVP bedarf, regelt nunmehr § 9 UVPG. Danach ist im Wesentlichen darauf abzustellen, ob für das Vorhaben bereits eine UVP durchgeführt worden ist oder nicht:

Ist für das Vorhaben, das geändert werden soll, bereits eine UVP durchgeführt worden, bedarf die Änderung des Vorhabens der UVP, wenn die Änderung für sich genommen die Größen- oder Leistungswerte für eine unbedingte UVP-Pflicht erreicht oder überschreitet oder eine Vorprüfung ergibt, dass die Änderung zusätzliche oder andere erhebliche nachteilige Umweltauswirkungen hervorrufen kann (§ 9 Abs. 1 UVPG).

Ist für das zu ändernde Vorhaben bislang keine UVP durchgeführt worden, gelten die §§ 9 Abs. 2 und 3 UVPG, wobei es nach dem Willen des Gesetzgebers unerheblich ist, aus welchen Gründen die UVP nicht erfolgt ist. Eine UVP muss gemäß § 9 Abs. 2 UVPG durchgeführt werden, wenn das geänderte Vorhaben den maßgeblichen Größen- oder Leistungswert für die unbedingte UVP-Pflicht erstmals erreicht oder überschreitet, oder aber den Prüfwert für die Vorprüfung erstmals oder erneut erreicht oder überschreitet und eine Vorprüfung ergibt, dass die Änderung erhebliche nachteilige Umweltauswirkungen hervorrufen kann. Soll ein Vorhaben geändert werden, dass nach Anlage 1 UVPG UVP-pflichtig oder vorprüfungspflichtig ist, ohne dass in Anlage 1 Größen-, Leistungs- oder Prüfwerte vorgeschrieben sind, wird für das Änderungsvorhaben ebenfalls eine Vorprüfung durchgeführt (§ 9 Abs. 3 UVPG).

Die §§ 10 bis 13 UVPG regeln detailliert die UVP-Pflicht bei kumulierenden Vorhaben. Die Regelungen dienen der Umsetzung der UVP-Richtlinie unter Beachtung der Rechtsprechung des EuGHs und der deutschen Verwaltungsgerichtsbarkeit. Im Wesentlichen gilt für die Beurteilung kumulierender Vorhaben Folgendes:

Kumulierende Vorhaben liegen vor, wenn mehrere Vorhaben derselben Art von einem oder mehreren Vorhabenträgern durchgeführt werden und in einem engen Zusammenhang stehen. Ein enger Zusammenhang liegt vor, wenn sich der Einwirkungsbereich der Vorhaben überschneidet und die Vorhaben funktional und wirtschaftlich aufeinander bezogen sind. Technische und sonstige Anlagen müssen zusätzlich mit gemeinsamen betrieblichen oder baulichen Einrichtungen verbunden sein (§ 10 Abs. 4 UVPG). Kumulierende Vorhaben werden gemäß § 10 Abs. 1 bis 3 UVPG zusammen den maßgeblichen Größen- oder Leistungswerten für die unbedingte UVP-Pflicht bzw. den Werten für die Vorprüfung zugeordnet.

Andere Regeln gelten, wenn zu einem beantragten oder bestehenden Vorhaben, dem sogenannten „früheren Vorhaben“, nachträglich ein kumulierendes Vorhaben hinzutritt (§ 11 Abs. 1 UVPG):

Ist das Zulassungsverfahren für das frühere Vorhaben bereits abgeschlossen, gilt § 11 UVPG. Die UVP-Pflichtigkeit des hinzutretenden Vorhabens beurteilt sich im Wesentlichen danach, ob für das frühere Vorhaben bereits eine UVP durchgeführt worden ist (§ 11 Abs. 2 UVPG) oder nicht (§ 11 Abs. 3, 4 UVPG).

Ist das Zulassungsverfahren für das frühere Vorhaben noch nicht abgeschlossen, gilt § 12 UVPG. Ist das frühere Vorhaben UVP-pflichtig, kommt es auf die Auswirkungen des hinzutretenden Vorhabens an (§ 12 Abs. 1 UVPG). Andernfalls gilt § 12 Abs. 2 bis 4 UVPG. Danach ist insbesondere weiter zu differenzieren, ob die Antragsunterlagen für das frühere Vorhaben bereits vollständig eingereicht worden

sind. Je nachdem ist dann die UVP oder die Vorprüfung nur für das hinzutretende Vorhaben oder für die kumulierenden Vorhaben zusammen durchzuführen (§ 12 Abs. 2 und 3 UVPG).

Der Inhalt der Bekanntmachung, die zu Beginn des Beteiligungsverfahrens zur Unterrichtung der Öffentlichkeit zu erfolgen hat, und der Inhalt der im Beteiligungsverfahren zur Einsicht für die Öffentlichkeit auszulegenden Unterlagen sind über zentrale Internetportale zugänglich zu machen (§ 20 Abs. 1 und 2 UVPG); entsprechend sind die in das Internetportal einzustellenden Unterlagen elektronisch vorzulegen (§ 20 Abs. 5 UVPG).

□ **Unvollständige Verträglichkeitsprüfung bei der Genehmigung des Kohlekraftwerks Moorburg bei Hamburg**

Das Urteil des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) vom 26.04.2017 in der Rs. C-142/16 (KOM gegen Bundesrepublik Deutschland) hat im Wesentlichen Inhalt und Umfang einer FFH-Verträglichkeitsprüfung, insbesondere hinsichtlich des Ausmaßes der Auswirkungen auf auch entfernte Natura-2000-Gebiete, zum Gegenstand. Für die Verträglichkeitsprüfung kommt es nach Auffassung des EuGHs letztlich darauf an, welche Beurteilungsgrundlagen den zuständigen Behörden im Zeitpunkt der Entscheidung über das Vorhaben vorliegen. Darüber hinaus sind dem Urteil des EuGHs Hinweise auf die Berücksichtigung von anderen, seit Jahrzehnten zum Bestand gehörenden Projekten bei der Beurteilung von kumulativen Auswirkungen zu entnehmen. Das Urteil setzt insgesamt Maßstäbe für in Zukunft durchzuführende Verträglichkeitsprüfungen.

Das Kohlekraftwerk Moorburg liegt im Hamburger Hafen am Südufer der Süderelbe, die als Wanderstrecke für bestimmte im Anhang II der FFH-Richtlinie aufgeführte Fischarten eine wichtige Funktion für eine Reihe stromaufwärts gelegener Natura-2000-Gebiete hat. Diese Gebiete dienen (auch) der Erhaltung der Fischarten. Sie liegen in den Bundesländern Niedersachsen, Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen-Anhalt, Brandenburg und Sachsen, und damit bis zu 600 km vom Kraftwerk Moorburg entfernt.

Der für die Errichtung des Kraftwerks erteilten immissionsschutzrechtlichen Genehmigung vom 30.09.2008 war eine FFH-Verträglichkeitsprüfung mit dem Ergebnis vorausgegangen, dass die Genehmigung des Vorhabens mit den Erhaltungszielen der Natura-2000-Gebiete vereinbar sei. Der Kraftwerksbetreiber hatte sich verpflichtet, an dem in etwa 30 km Entfernung vom Kraftwerk stromaufwärts gelegenen Geesthachter Wehr eine zweite

Fischaufstiegsanlage einzurichten, um so die Verluste einzelner Fische auszugleichen, die durch den Betrieb des kraftwerkseigenen Kühlsystems und der damit verbundenen Entnahme großer Wassermengen verursacht werden. Nach dem Ergebnis der Verträglichkeitsprüfung war ein mehrphasiges Monitoring zur Überprüfung der Wirksamkeit dieser Ausgleichsmaßnahme vorgesehen.

Wegen Beschwerden, die eine Verletzung von Art. 6 Abs. 3 der FFH-Richtlinie wegen der Durchführung der FFH-Verträglichkeitsprüfung und wegen der erforderlichen Ausgleichsmaßnahmen zum Gegenstand hatten, leitete die Kommission ein Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland ein, das schließlich zur Klageerhebung vor dem EuGH führte.

Nach Art. 6 Abs. 3 der FFH-Richtlinie erfordern Projekte, die ein Schutzgebiet einzeln oder im Zusammenwirken mit anderen Projekten beeinträchtigen können, eine Prüfung auf Verträglichkeit mit den für dieses Gebiet festgelegten Erhaltungszielen.

Nach Auffassung der Kommission hatte der Betrieb des Kraftwerks negative Auswirkungen auf die stromaufwärts gelegenen Natura-2000-Gebiete. Hierfür sei unerheblich, dass das Kraftwerk außerhalb dieser Gebiete liege. Maßgeblich seien vielmehr die Auswirkungen der Fischverluste auf die Bestände in den Gebieten. Auch sei die am Geesthachter Wehr eingerichtete zweite Fischaufstiegsanlage nicht darauf gerichtet, die mit dem Betrieb des Kraftwerks Moorburg verbundenen negativen Auswirkungen zu verhindern oder zu verringern, sondern angemessen auszugleichen, indem andere als die getöteten oder verletzten Fische das Geesthachter Wehr überwinden können. Dadurch könne aber weder die Wanderfisch- noch die Laichpopulation geschont werden. In der Genehmigung werde ausdrücklich eingeräumt, dass die Auswirkungen der zweiten Fischaufstiegsanlage neben dem Geesthachter Wehr ungewiss seien.

Schließlich seien die für die Jahre 2011 bis 2014 vorgelegten Erkenntnisse und Gutachten zu den Annahmen, auf denen die Verträglichkeitsprüfung beruht habe, irrelevant, weil sie erst nach Erteilung der Genehmigung vom 30.09.2008 vorgelegen hätten. Es sei insgesamt kein Nachweis für die Entwicklung der Bestände in den betroffenen Natura-2000-Gebieten erbracht worden.

Die Bundesrepublik Deutschland hat eine Vertragsverletzung bestritten. Eine erhebliche Beeinträchtigung im Sinne von Art. 6 Abs. 3 der FFH-Richtlinie liege nicht vor. Nach der Verträglichkeitsprüfung sei nur mit sehr wenigen getöteten Fischen zu rechnen. Der Tod einer gewissen Anzahl von Fischen bestimmter Arten führe nicht zur Zerstörung des Lebensraumes in den mehrere hundert Kilometer vom Kraftwerk entfernten Natura-2000-Gebieten. Die Mitgliedstaaten seien praktisch nicht in der Lage, sämtliche Auswirkungen eines Vorhabens auf derart entfernte Natura-2000-Gebiete zu erkennen. Da die Menge der über die Fischaufstiegsanlage stromaufwärts wandernden Fische ebenso hoch sei wie die Zahl der am Kraftwerk Moorbург durch die Kühlwasserentnahme getöteten Fische, befinde sich oberhalb des Geesthachter Wehrs eine unveränderte Population. Die Genehmigungsbehörde sei von Worst-Case-Annahmen ausgegangen und habe zudem die Inbetriebnahme der Durchlaufkühlung von einem Funktionsnachweis für die zweite Fischaufstiegsanlage abhängig gemacht. Dieser Funktionsnachweis sei in den Jahren 2011 bis 2014 erbracht worden. Der Funktionsnachweis zeige, dass nur wenige Fische getötet würden.

Der EuGH stellt zunächst fest, dass die Anwendbarkeit der Anforderungen des Art. 6 Abs. 3 der FFH-Richtlinie nicht dadurch ausgeschlossen ist, dass das Vorhaben, dessen Umweltfolgenabschätzung beanstandet werde, nicht in den betroffenen Natura-2000-Gebieten gelegen ist, sondern in erheblicher Entfernung hiervon. Es komme nach dem Wortlaut der Vorschrift darauf an, ob Pläne oder

Projekte ein solches Gebiet erheblich beeinträchtigen könnten. Nach der Verträglichkeitsprüfung beeinträchtigte der Tod der nach Anhang II der Habitat-Richtlinie geschützten Fischarten im Zusammenhang mit der Kühlwasserentnahme für den Betrieb des Kraftwerks Moorburg die Reproduktion dieser Arten in den geschützten Gebieten.

Die der Verträglichkeitsprüfung unterzogene Tätigkeit hätte nur dann genehmigt werden dürfen, wenn die deutschen Behörden Gewissheit darüber erlangt hätten, dass sich die Tätigkeit nicht nachteilig auf die geschützten Gebiete auswirkt. Dies sei dann der Fall, wenn aus wissenschaftlicher Sicht kein vernünftiger Zweifel daran bestehe, dass es keine nachteiligen Auswirkungen gibt. Insoweit waren auch die Auswirkungen der zweiten Fischaufstiegsanlage in den Blick zu nehmen. Der Verträglichkeitsprüfung konnten nach den Feststellungen des EuGHs jedoch keine endgültigen Erkenntnisse zur zweiten Fischaufstiegsanlage entnommen werden. Deswegen lagen im Zeitpunkt der Genehmigungserteilung keine Maßnahmen vor, die im Hinblick auf die erheblichen unmittelbaren Auswirkungen zu gewährleisten vermochten, vernünftige Zweifel auszuschließen, dass die Schutzgebiete durch das Kraftwerk im Sinne von Art. 6 Abs. 3 der FFH-Richtlinie beeinträchtigt werden. Dies gelte auch unter Berücksichtigung der von der Bundesrepublik Deutschland für die Jahre 2011 bis 2014 und damit nach Erteilung der Genehmigung vorgelegten Erkenntnisse. Insoweit bestanden im – maßgeblichen – Zeitpunkt der Genehmigungsentscheidung vernünftige Zweifel fort, das Vorhaben wirke sich nicht nachteilig auf die betroffenen Natura-2000-Gebiete aus.

Nach Auffassung des EuGHs hat daher die Bundesrepublik Deutschland gegen ihre Verpflichtungen aus Art. 6 Abs. 3 der FFH-Richtlinie verstoßen, indem sie das Vorhaben zur Errichtung des Kraftwerks Moorburg auf der Grundlage einer Verträglichkeitsprüfung genehmigt hat, die zu dem – nicht vertretbaren – Ergebnis gekommen

war, dass die Natura-2000-Gebiete nicht beeinträchtigt würden.

Mit einem weiteren Klagegrund machte die Kommission geltend, dass die kumulativen Auswirkungen mit anderen Projekten nicht geprüft worden seien. Insoweit seien die Auswirkungen des seit 1958 bestehenden Pumpspeicherkraftwerks Geesthacht ebenso wie die eines erst noch zu genehmigenden Laufwasserkraftwerks oberhalb des Geesthachter Wehrs zu berücksichtigen gewesen.

Ausgehend von Art. 6 Abs. 3 der FFH-Richtlinie, wonach unter Berücksichtigung der besten einschlägigen wissenschaftlichen Erkenntnisse sämtliche Gesichtspunkte des Plans oder Projekts zu ermitteln sind, die für sich oder in Verbindung mit anderen Plänen oder Projekten die für ein Gebiet festgelegten Erhaltungsziele beeinträchtigen können, stellte der Gerichtshof fest, dass es auf den Zeitpunkt der Entscheidung ankomme, mit der ein Vorhaben genehmigt wird. Bei der Prüfung kumulativer Auswirkungen gehe es nicht um eine nachträgliche FFH-Verträglichkeitsprüfung des seit 1958 bestehenden Pumpspeicherkraftwerks Geesthacht, sondern um dessen Berücksichtigung im Rahmen einer Verträglichkeitsprüfung eines anderen Projekts, nämlich des Kraftwerks Moorburg. Nach Art. 6 Abs. 3 der FFH-Richtlinie hätten die nationalen Behörden im Rahmen der Untersuchung der kumulativen Auswirkungen alle Projekte zu berücksichtigen, die zusammen mit dem zur Entscheidung stehenden Vorhaben die mit der FFH-Richtlinie verfolgten Ziele beeinträchtigen könnten. Insoweit habe die Bundesrepublik Deutschland nicht in geeigneter Weise die kumulativen Auswirkungen des Kraftwerks Moorburg und des Pumpspeicherkraftwerks Geesthacht geprüft.

□ **Novelle des Umweltrechtsbehelfsgesetzes in Kraft getreten**

Am 02.06.2017 ist die Novelle des Umweltrechtsbehelfsgesetzes (UmwRG) in Kraft getreten. Mit ihr setzt der Gesetzgeber die seit Jahren zu beobachtende Erweiterung der Klagemöglichkeiten von (anerkannten) Umweltvereinigungen sowie von natürlichen und juristischen Personen gegen bestimmte behördliche „umweltrelevante“ Handlungen und Unterlassungen fort.

Folgende Neuerungen des UmwRG sind hervorzuheben:

Künftig können nicht nur – wie bisher – Vorhabenzulassungsentscheidungen, für die eine UVP-Pflicht besteht bzw. bestehen kann, BImSchG-Genehmigungen im Öffentlichkeitsbeteiligungsverfahren, wasserrechtliche Erlaubnisse etc. durch Umweltvereinigungen vor Gericht angegriffen werden, sondern auch öffentlich-rechtliche Verträge oder Verwaltungsakte, mit denen bestimmte, bisher vom UmwRG nicht erfasste Vorhaben unter Anwendung umweltbezogener Rechtsvorschriften zugelassen werden (§ 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 UmwRG). Dies gilt beispielsweise für BImSchG-Genehmigungen, die im Verfahren ohne Öffentlichkeitsbeteiligung („V“) zu erteilen sind.

Umweltvereinigungen können gemäß § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 UmwRG künftig Verwaltungsakte über Überwachungs- oder Aufsichtsmaßnahmen angreifen, die zur Umsetzung oder Durchführung von Entscheidungen nach § 1 Abs. 1 Satz 1 Nrn. 1 – 5 UmwRG ergangen oder unterlassen worden sind.

Waren die Gerichte nach dem UmwRG in der alten Fassung im Fall von Rechtsbehelfen von Umweltvereinigungen gegen bestimmte behördliche Entscheidungen/Unterlassungen auf die Kontrolle sogenannter umweltbezogener Rechtsvorschriften beschränkt, entfällt diese Beschränkung nunmehr für die in § 2 Abs. 1

Satz 1 Nrn. 1, 2 UmwRG genannten behördlichen Entscheidungen (u.a. Vorhabenzulassungsentscheidungen, für die eine UVP-Pflicht besteht bzw. bestehen kann, BImSchG-Genehmigungen im Öffentlichkeitsbeteiligungsverfahren, wasserrechtliche Erlaubnisse). Gegenstand der gerichtlichen Prüfung sind vielmehr sämtliche Rechtsvorschriften, welche für die Entscheidung bzw. ein behördliches Unterlassen „von Bedeutung sein können“. Dies bedeutet eine Erweiterung des gerichtlichen Kontrollmaßstabs. Dieser bleibt lediglich bei den übrigen in § 1 Abs. 1 Satz 1 Nrn. 2 a – 6 UmwRG aufgezählten Entscheidungen auf die Kontrolle umweltbezogener Rechtsvorschriften beschränkt.

Die materiellen Präklusionsvorschriften in § 2 Abs. 1 und 3 UmwRG alte Fassung sind in Umsetzung des Urteils des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) vom 15.10.2015 – C-127/14 – entfallen. Mit diesem Urteil hatte der EuGH auf die Unvereinbarkeit dieser Vorschriften mit den maßgeblichen europarechtlichen Vorgaben erkannt (siehe hierzu den Beitrag im Köhler & Klett Newsletter 04/15, S. 18 ff.).

Schon nach dem UmwRG in der alten Fassung konnten bestimmte Verfahrensfehler – etwa eine unterbliebene oder unzulängliche Umweltverträglichkeitsprüfung oder Vorprüfung des Einzelfalls – von Umweltvereinigungen, aber auch von klagenden Nachbarn eines Vorhabens vor Gericht geltend gemacht werden mit der Folge, dass äußerstenfalls die angegriffene behördliche Entscheidung – etwa eine BImSchG-Genehmigung oder eine sonstige Zulassungsentscheidung – aufgehoben werden musste. In der novellierten Fassung des § 4 UmwRG sind nunmehr u. a. Möglichkeiten der Heilung von derartigen Verfahrensfehlern durch Entscheidungsergänzung oder ein ergänzendes Verfahren ausdrücklich geregelt.

§ 5 UmwRG enthält eine Missbrauchsklausel, deren Wortlaut im Wesentlichen dem Urteil des EuGHs vom 15.10.2015 – C-127/14 – entnommen worden ist. Danach bleiben Einwendungen, die eine Person oder eine

Umweltvereinigung erstmals im gerichtlichen Verfahren erhebt, unberücksichtigt, wenn die Geltendmachung „missbräuchlich oder unredlich ist“.

Umweltvereinigungen und natürliche/juristische Personen müssen die zur Begründung ihrer Klage nach dem UmwRG dienenden Tatsachen und Beweismittel grundsätzlich innerhalb einer Frist von zehn Wochen ab Klageerhebung angeben (§ 6 UmwRG).

- **Keine Anfechtbarkeit nach Umweltrechtsbehelfsgesetz bei Hinzufügen einer Nebenbestimmung zu einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung**

Die nachträgliche Hinzufügung einer Nebenbestimmung zu einer Genehmigung nach § 4 Bundes-Immissionsschutzgesetz (BlmSchG) ist gemäß dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG) vom 28.09.2016 – 7 C 1.15 – keine Entscheidung im Sinne von § 1 Abs. 1 Satz 1 Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz (UmwRG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 20.11.2015 i.V.m. § 2 Abs. 3 Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP), die im Wege einer Verbandsklage anfechtbar ist.

Die Entscheidung des BVerwG dürfte auch bei der Anwendung des am 02.06.2017 in Kraft getretenen novellierten UmwRG zu berücksichtigen sein. Nach dessen § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 können künftig Verwaltungsakte über Überwachungs- oder Aufsichtsmaßnahmen zur Umsetzung oder Durchführung bestimmter Zulassungsentscheidungen Gegenstand eines Rechtsbehelfs nach dem UmwRG sein (siehe dazu den Beitrag auf S. 10 f. in diesem Newsletter).

Der Kläger, ein anerkannter Umweltverband im Sinne von § 3 Abs. 1 UmwRG, begehrte unter anderem die Aufhebung des Bescheids vom 30.05.2012, mit der der Beklagte nachträglich eine Nebenbestimmung zur Ablufthöhe in einen immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsbescheid aufgenommen hatte.

Das Verwaltungsgericht wies die Klage als unzulässig ab. Die hiergegen gerichtete Berufung hat das Oberverwaltungsgericht zurückgewiesen, weil der Gegenstand des Bescheids vom 30.05.2012 nicht zu den Entscheidungen gehöre, die nach dem UmwRG im Wege einer Verbandsklage anfechtbar seien.

Dies hat das BVerwG in der Revision bestätigt. Die Klage gegen den Bescheid

vom 30.05.2012 sei wegen fehlender Klagebefugnis unzulässig. Ein Klagerecht stehe dem anerkannten Umweltverband nach § 1 Abs. 1 Satz 1 UmwRG in der Fassung der Bekanntmachung vom 20.11.2015 nicht zu, weil die nachträgliche Hinzufügung einer weiteren belastenden Nebenbestimmung in den immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsbescheid keine Entscheidung im Sinne von § 2 Abs. 3 UVP darstelle, die im Wege einer Verbandsklage nach § 1 Abs. 1 Satz 1 UmwRG angegriffen werden könne.

Zu den Entscheidungen im Sinne von § 2 Abs. 3 Nr. 1 UVP gehörten Bewilligung, Erlaubnis, Genehmigung, Planfeststellungsbeschluss und sonstige behördliche Entscheidungen über die Zulassung von Vorhaben, die in einem Verwaltungsverfahren getroffen werden. Infolgedessen kämen in immissionsschutzrechtlichen Verfahren als Gegenstand einer Umweltverbandsklage die Zulassungsentscheidung nach § 4 BlmSchG, die Teilgenehmigung nach § 8 BlmSchG und der Vorbescheid nach § 9 BlmSchG in Betracht, nicht dagegen aber eine nachträglich angeordnete Nebenbestimmung zu einer BlmSchG-Genehmigung. Denn die Nebenbestimmung entfalte weder Zulassungswirkung, noch enthalte sie Elemente einer Zulassungsentscheidung.

Dieses Auslegungsergebnis stehe auch mit Unionsrecht im Einklang. Nach Art. 11 Abs. 1 UVP-Richtlinie 2011/92/EU sei auf Entscheidungen, Handlungen oder Unterlassungen abzustellen, worunter grundsätzlich auch nachträgliche Maßnahmen in Bezug auf genehmigte Vorhaben fallen könnten. Dies setze allerdings voraus, dass für diese Maßnahmen in der UVP-Richtlinie 2011/92/EU eine Öffentlichkeitsbeteiligung vorgesehen ist. Nach Art. 2 Abs. 2 UVP-Richtlinie 2011/92/EU sei eine Öffentlichkeitsbeteiligung im Rahmen des Genehmigungsverfahrens vorgesehen, eine erneute Öffentlichkeitsbeteiligung sei dagegen vor Erlass einer nachträglichen Nebenbestimmung nicht gefordert.

□ **Widerruf eines alten Wasserrechts – Schranken der Reaktivierung einer früheren Wasserkraftnutzung**

Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof (BayVGH) hat in einem Beschluss vom 22.03.2017 – 8 ZB 14.1350 – ausgesprochen, dass der Widerruf eines alten Wasserrechts kein konkretes öffentliches Interesse am Widerruf erfordert. Diese Aussage ist für Inhaber alter Stau- und Mühlenrechte bedeutsam, die erwägen, auf der Grundlage ihres alten Rechts eine frühere Wasserkraftnutzung mit dem Einbau moderner Turbinen zu reaktivieren und so in den Genuss der Förderung nach dem Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG) zu gelangen. Solchen Bestrebungen setzt das geltende Wasserrecht die Schranke der Widerrufbarkeit alter Rechte entgegen, wenn die Gewässerbenutzung drei Jahre ununterbrochen nicht ausgeübt worden ist. Hat der Inhaber eines nicht mehr genutzten alten Wasserrechts Planungsabsichten für eine Wiederinbetriebnahme gegenüber der Wasserbehörde nicht innerhalb der dreijährigen Frist nach § 20 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 des Wasserhaushaltsgesetzes (WHG) durch prüffähige Planungsunterlagen konkretisiert, ist seine geäußerte Absicht, das alte Recht zeitnah wieder auszuüben, nach der Erkenntnis des BayVGH rechtlich unerheblich. Der behördliche Widerruf des alten Rechts wird hierdurch nicht gehindert.

Der Kläger des zugrundeliegenden Falles ist Eigentümer eines Grundstücks, auf dem sich eine Stau- und Triebwerksanlage befindet. Für seine Rechtsvorgänger war im Wasserbuch unter Bezugnahme auf wasserpolizeiliche und gewerberechtliche Genehmigungen aus den Jahren 1902 und 1920 die Genehmigung für das Triebwerk sowie die Ersetzung des Wasserrads durch eine Turbine zum „Antrieb von Mühlgang und Sägegatter“ eingetragen. Die Wasserkraftanlage wurde bis etwa 1997 betrieben. Seit 2004 befand sie sich in einem baufälligen Zustand.

Die zuständige Wasserbehörde (Landratsamt) widerrief mit Bescheid vom 03.02.2012 die alten Rechte und Befugnisse des Klägers zur Gewässerbenutzung. Die hiergegen erhobene Klage wies das erstinstanzliche Verwaltungsgericht (VG München) mit Urteil vom 08.04.2014 – M 2 K 13.2656 – ab. Der BayVGH hat mit dem eingangs bezeichneten Beschluss vom 22.03.2017 den Antrag auf Zulassung der Berufung zurückgewiesen und in den Entscheidungsgründen ausgeführt, dass keine ernstlichen Zweifel an der Richtigkeit der Entscheidung des Verwaltungsgerichts bestünden. Das Verwaltungsgericht sei zu Recht davon ausgegangen, dass die tatbestandlichen Voraussetzungen für einen Widerruf des alten Wasserrechts nach § 20 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 WHG erfüllt seien, da der Kläger das im Wasserbuch eingetragene alte Benutzungsrecht im Zeitpunkt der Widerrufsentscheidung länger als drei Jahre ununterbrochen nicht ausgeübt habe.

Auch im Hinblick auf das durch § 20 Abs. 2 Satz 2 WHG eröffnete Widerrufsermessen sah der BayVGH keinen Grund zu Zweifeln an der Ergebnisrichtigkeit der erstinstanzlichen Entscheidung. Hierauf beziehen sich die ausschlaggebenden, über den vorliegenden Einzelfall hinausweisenden Aussagen der Entscheidungsgründe: Für die Anwendung der Widerrufsvorschrift des § 20 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 WHG ist ein konkretes, d. h. im Einzelfall darzulegendes, öffentliches Interesse am Widerruf nicht erforderlich. Vielmehr reicht das abstrakte (allgemeine) wasserwirtschaftliche Interesse aus, demzufolge die Wasserbehörde in die Lage versetzt sein soll, „den Wasserschatz, an dem ein nutzlos gewordenes Recht eines Privaten besteht, durch Beseitigung dieses Rechts wieder uneingeschränkt für die Allgemeinheit verfügbar zu machen und so für eine möglichst zweckmäßige Ausnutzung dieses Schatzes zu sorgen“ (BayVGH, Beschluss vom 22.03.2017 – 8 ZB 14.1350, Rn. 10; ebenso bereits Bundesverwaltungsgericht, Beschluss vom 29.11.1993 – 7 B 114.93).

Danach ist das behördliche Ermessen, ein altes Wasserrecht zu widerrufen, dahingehend „intendiert“, d. h. gesetzlich darauf gerichtet, ein langjährig (drei Jahre oder länger) ununterbrochen nicht ausgeübtes Recht zu widerrufen. Steht die mindestens dreijährige, ununterbrochene Nichtausübung des alten Rechts fest, braucht die zuständige Wasserbehörde in der Regel keine weiteren Ermessenserwägungen anzustellen oder zu verlautbaren. Eine nähere Begründung des Widerrufs ist nach der Rechtsprechung nur erforderlich, wenn in absehbarer Zeit mit einer Wiederaufnahme der Gewässerbenutzung gemäß dem alten Recht zu rechnen ist (BayVGH, a. a. O.; so auch Hessischer Verwaltungsgerichtshof, Beschluss vom 16.05.2014 – 2 A 2015/13.Z; Oberverwaltungsgericht Saarland, Beschluss vom 30.12.2016 – 1 A 13/16).

In dem vom BayVGH entschiedenen Fall lagen nach den gerichtlichen Feststellungen derartige Ausnahmeumstände nicht vor. Vielmehr ergab sich aus den Verwaltungsakten, dass der Kläger in dem jahrelangen Verfahren, das dem Widerruf vorausgegangen war, zwar wiederholt erklärt hatte, er wolle das alte Recht behalten, um die Anlage wieder in Betrieb zu nehmen. Trotz mehrfacher behördlicher Aufforderungen hatte der Kläger jedoch weder eine Sanierung der maroden Wehranlage vorgenommen noch seine Absichtserklärungen durch eine Vorlage prüffähiger Planungsunterlagen für die Wiederaufnahme der altrechtlichen Gewässerbenutzung konkretisiert.

Danach durfte die beklagte Behörde – so der BayVGH – davon ausgehen, dass keine hinreichenden tatsächlichen Anhaltspunkte für die behauptete Absicht des Klägers, die Stau- und Triebwerksanlage zeitnah wiederherzustellen und zu betreiben, vorlagen. Der Widerruf war nach der Erkenntnis des BayVGH auch nicht unverhältnismäßig. Dabei stützte sich der BayVGH auf Sinn und Zweck der Widerrufsvorschrift des § 20 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 WHG: Hiernach komme es darauf an, bei nicht mehr genutzten Rechten die durch

das alte Recht durchbrochene allgemeine öffentlich-rechtliche Benutzungsordnung für Gewässer wiederherzustellen und damit diese Ressource wieder der öffentlichen Bewirtschaftung zu unterstellen (BayVGH, a. a. O., Rn. 17).

Aus der wiedergegebenen Entscheidung des BayVGH wie auch aus der darin herangezogenen Rechtsprechung anderer Verwaltungsgerichte ergibt sich eine allgemein beachtenswerte Lehre, die es in der Rechtspraxis zu beachten gilt: Wer als Grundstückseigentümer und Inhaber eines alten Wasserrechts unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten mit Blick auf die Förderung nach dem EEG die Reaktivierung einer früheren Wasserkraftnutzung anstrebt, sollte sich vergewissern, dass sein altes Recht nicht wegen dreijähriger Nichtausübung von der Wasserbehörde widerrufen werden kann. Der Umstand, dass der Wasserkraftnutzung im Falle ihrer Reaktivierung die Förderung nach dem EEG winkt, schützt nicht davor, dass ein altes Recht, das drei Jahre oder länger nicht ausgeübt worden ist, aus allgemeinen wasserwirtschaftlichen Gründen und ohne Darlegung eines konkreten öffentlichen Interesses von der zuständigen Wasserbehörde widerrufen werden kann. In Zweifelsfällen sollten Inhaber alter Rechte die Frage der Widerrufbarkeit rechtzeitig prüfen und eventuell Verbindung mit der Wasserbehörde aufnehmen, um mit dieser die Vorlage prüffähiger Planungsunterlagen abzustimmen.

□ **Zulässigkeit einer sogenannten Hinterlandbebauung**

Mit Urteil vom 01.03.2017 – 2 A 45/16 – hat das Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen (OVG NRW) sich u.a. nochmals mit den Kriterien einer sogenannten Hinterlandbebauung, also einer Bebauung im rückwärtigen Grundstücksbereich, im unbeplanten Innenbereich befasst.

Die Besonderheit einer Hinterlandbebauung liegt darin, dass bei dem Bauvorhaben die zu überbauende Grundstücksfläche weitgehend hinter der vorderen, zur Erschließung ausgerichteten Bebauung gelegen ist. Oftmals entsteht hierdurch eine Bebauung „in zweiter Reihe“.

Auch die Zulässigkeit einer derartigen Bebauung beurteilt sich im unbeplanten Innenbereich (§ 34 Baugesetzbuch – BauGB) danach, ob sich das Vorhaben bei dem Kriterium „überbaubare Grundstücksfläche“ in die Eigenart der näheren Umgebung einfügt.

Bauplanungsrechtlich unerheblich ist es dabei nach Auffassung des OVG NRW, ob die bereits vorhandene rückwärtige Bebauung, die eine im Übrigen bestehende faktische (hintere) Baulinie überschreitet, aus mehreren Gebäuden oder nur aus einem langgestreckten Gebäude besteht.

Ebenso ist es grundsätzlich nicht von Bedeutung, welche Nutzung die hinterliegenden Gebäude haben. Hier erfolgt allenfalls eine Differenzierung zwischen Haupt- und Nebennutzung, weil letztere die überbaubaren Grundstücksflächen im Rahmen von § 34 Abs. 1 BauGB nicht prägt.

Im zu entscheidenden Verfahren hatte sich zusätzlich die Frage gestellt, ob ein Stichweg, der das herangezogene Vorbild im rückwärtigen Bereich erschließt, der für die Beurteilung der zulässigen Bebauungstiefe maßgebliche Ausgangspunkt sein kann. In diesem Fall wäre die bean-

tragte Hinterlandbebauung nicht zulässig gewesen.

Da Kriterium der Hinterlandbebauung die Lage des Baukörpers zur Erschließungsstraße ist, ändert es nach Auffassung des OVG NRW aber nichts an der baurechtlichen Einordnung, wenn die Erschließung zusätzlich über einen eigenen, aber unselbstständigen Stichweg erfolgt. Auch in diesem Fall bleibe die Haupttrasse der Straße die eigentliche Erschließungsstraße und somit der Ausgangspunkt für die Ermittlung der zulässigen Bebauungstiefe. Dies gelte für einen privaten Stichweg und – da es im Hinblick auf das Einfügen nach § 34 Abs. 1 BauGB nur auf den tatsächlichen und nach Außen wahrnehmbaren baulichen Bestand ankomme – auch für öffentliche Stichwege. Entscheidend sei dabei allein das wahrnehmbare Verhältnis des Stichweges zu dem Straßenzug, von dem er absteche. Dabei sei in wertender Betrachtung anhand aller Umstände des Einzelfalls (Länge, Breite, Bauzustand, erkennbare Funktion, Straßename, Hausnummernvergabe, auch Größe, Bedeutung und Breite des Hauptweges) zu bestimmen, wann ein solcher Stichweg für den verständigen Betrachter den Eindruck der Unterordnung und der Unselbstständigkeit vermittele.

Einen allgemeinen Grundsatz, wonach eine Hinterlandbebauung von vornherein städtebaulich unerwünscht und deshalb nur ausnahmsweise gem. § 34 Abs. 1 BauGB zulässig wäre, gibt es nach Auffassung des OVG NRW zudem nicht.

□ **Mess- und Eichverordnung geändert**

Mit Wirkung zum 16.08.2017 wurde die Mess- und Eichverordnung (MessEV) geändert. Zu den wesentlichen Neuerungen gehört das Entfallen der Verpflichtung, das Leergewicht von Fahrzeugen unmittelbar vor oder nach der Wägung des beladenen Kraftfahrzeuges durch Wiegen festzustellen.

§ 26 Abs. 2 Satz 2 MessEV regelte bisher, dass gespeicherte Gewichtswerte für Kraftfahrzeuge zur Bestimmung von Nettowerten nur herangezogen werden dürfen, wenn sie unmittelbar vor oder nach der Wägung des beladenen Kraftfahrzeugs festgestellt wurden. Eine eichrechtlich zulässige Bestimmung des Gewichts der Fahrzeugladung setzte danach immer zwei Wiegevorgänge voraus: einen zur Ermittlung des Gewichts des beladenen Fahrzeugs (sog. Bruttowägung) und einen zur Ermittlung des Gewichts des unbeladenen Fahrzeugs (sog. Tarawägung). Die Anwendung dieser Regelung bereitete in der betrieblichen Praxis jedoch nicht selten erhebliche Schwierigkeiten, etwa wenn Fahrzeuge nach dem Entladen zunächst noch einmal „über die Waage gefahren“ werden mussten, bevor sie für die Rückfahrt wieder beladen werden konnten.

Durch die Zweite Verordnung zur Änderung der MessEV vom 10.08.2017 ist § 26 Abs. 2 Satz 2 MessEV a.F. ersatzlos gestrichen worden. Dies hat zur Folge, dass für die Bestimmung des Gewichts einer Fahrzeugladung nunmehr die allgemeine Regelung des § 26 Abs. 2 MessEV n.F. gilt, welche die Verwendung gespeicherter Taragewichtswerte erlaubt. Voraussetzung dafür ist allerdings, dass die gespeicherten Gewichtswerte den tatsächlichen Taragewichtswerten zum Zeitpunkt ihrer Verwendung entsprechen oder so bemessen sind, dass eine Benachteiligung des Vertragspartners des Messwertverwenders ausgeschlossen ist. Da eine Übereinstimmung von gespeichertem und tatsächli-

chem Gewicht eines unbeladenen Fahrzeugs bereits wegen der schwankenden Treibstoffmenge im Fahrzeug nicht sichergestellt werden kann, kommt es hier maßgeblich auf die zweite Alternative, also den Ausschluss einer Benachteiligung des Vertragspartners, an. Dies bedeutet, dass etwa in dem Fall, dass der Messwertverwender Ware verkauft, sichergestellt sein muss, dass der Käufer für den gezahlten Preis nicht weniger Ware erhält, als sich bei Durchführung einer Tarawägung ergeben würde. Im umgekehrten Fall, dass der Messwertverwender Ware ankauft, muss sichergestellt sein, dass der Verkäufer kein geringeres Entgelt als im Falle einer Tarawägung erhält. Mit anderen Worten folgt aus dem Benachteiligungsverbot, dass die nicht vermeidbaren Abweichungen zwischen tatsächlichem und gespeichertem Gewicht wirtschaftlich stets zu Lasten des Messwertverwenders gehen.

Da sich je nach zugrundeliegendem Geschäft mal ein zu hoher, mal ein zu niedriger gespeicherter Gewichtswert für den Vertragspartner nachteilig auswirkt, lässt sich das Benachteiligungsverbot nur einhalten, wenn je nach Konstellation unterschiedliche Gewichtswerte verwendet werden. Dabei kann es sich bezogen auf die zu erwartende Schwankungsbreite des tatsächlichen Gewichts grundsätzlich nur um Mindest- bzw. Höchstgewichte handeln; insbesondere eignen sich Durchschnittswerte nicht, da diese im Einzelfall zu Lasten des Vertragspartners unter- bzw. überschritten sein können. Allenfalls für laufende Geschäftsbeziehungen mit einer Vielzahl von Messvorgängen könnte die Verwendung von Durchschnittswerten mit dem Argument erwogen werden, dass sich Über- und Unterschreitungen langfristig ausgleichen werden. Problematisch ist insoweit allerdings zum einen die Frage, ob § 26 Abs. 1 MessEV eine derartige Gesamtbetrachtung zulässt oder das Benachteiligungsverbot bei jedem einzelnen Messvorgang eingehalten sein muss, und zum anderen, dass eine derartige Gesamtbetrachtung zwar die Wahrscheinlichkeit einer Benachteiligung verringert,

diese jedoch nicht mit Sicherheit ausschließt.

Die seit langem diskutierte Frage, ob bei der Ermittlung von Nettogewichten dieses zusätzlich zu den Brutto- und Taragewichten innerhalb des Messbereichs der Waage liegen muss, wurde durch die Änderung der MessEV nicht beantwortet. Abzuwarten bleibt, ob insoweit eine Klärung durch den sog. Regelermittlungsausschuss bei der Physikalisch-Technischen Bundesanstalt erfolgen wird. Die Neuregelung in § 25 Satz 1 Nr. 7 MessEV, der die rechnerische Bestimmung von Messgrößen aus Messwerten betrifft und diese unter der Voraussetzung zulässt, dass der Regelermittlungsausschuss Regeln ermittelt hat, die eine Feststellung zu den zulässigen Abweichungen der Werte von den wahren Werten beinhalten und deren Fundstelle von der Physikalisch-Technischen Bundesanstalt im Bundesanzeiger bekannt gemacht wurde, soll nach Auskunft des Bundeswirtschaftsministeriums für die Bestimmung von Nettogewichten zwar nicht gelten. Dies steht einem Tätigwerden des Regelermittlungsausschusses auf der Grundlage der allgemeinen Ermächtigung in § 46 Mess- und Eichgesetz jedoch auch nicht entgegen.

□ **Nutzungsentschädigung für unbefugtes Aufstellen eines Sammelcontainers**

Mit Urteil vom 19.08.2015 – 7 C 98/15 hat das Amtsgericht Pankow/Weißensee über einen Entschädigungsanspruch wegen unberechtigter Grundstücksnutzung durch Aufstellen eines Altkleidersammelcontainers entschieden.

Der Beklagte hatte auf dem Grundstück des Klägers ohne dessen Erlaubnis einen Sammelcontainer für Altkleider aufgestellt. Der Kläger forderte den Beklagten schriftlich unter Fristsetzung auf, den Container zu entfernen. Der Container wurde aber monatelang nicht entfernt. Daraufhin verklagte der Kläger den Beklagten auf Entfernung des Containers und Zahlung einer Nutzungsentschädigung in Höhe von 250 € für jeden Monat, in dem der Container ohne Erlaubnis des Klägers auf dem Grundstück stand.

Die Klage war erfolgreich. Das Amtsgericht hat dem Kläger den Anspruch auf Nutzungsentschädigung auf Grundlage der §§ 987, 990 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) zugesprochen. Der Beklagte habe den Grundstücksteil, auf dem der Container stand, durch das Aufstellen des Containers in Besitz genommen. Spätestens seit der schriftlichen Aufforderung des Klägers, den Container zu entfernen, habe der Beklagte auch gewusst, dass die Nutzung unrechtmäßig gewesen sei, weil der Eigentümer mit dieser Nutzung nicht einverstanden war. Daher stufte das Gericht den Beklagten als bösgläubigen Besitzer ein. Der bösgläubige Besitzer einer Sache hat dem Eigentümer der Sache gemäß §§ 987, 990 BGB die Nutzungen herauszugeben, die er während der Zeit des unberechtigten Besitzes aus der Sache gezogen hat. Die gezogene Nutzung war hier der Gebrauch des Grundstücks als Stellplatz für den Container. Da diese Nutzung nicht herausgegeben werden kann, muss hierfür eine Nutzungsentschädigung geleistet werden. Diese bemisst sich bei einer Grundstücksnutzung nach

der Höhe der ortsüblichen Miete, die für die betreffende Nutzung zu zahlen wäre. Diese wurde von dem Gericht auf der Grundlage des Sach- und Streitstands in dem Verfahren auf 250,00 € pro Monat festgelegt.

□ **Wettbewerbsregister**

Das geltende Vergaberecht ermöglicht es, Unternehmen von der Vergabe öffentlicher Aufträge auszuschließen, wenn es bei diesen zu Wirtschaftsdelikten gekommen ist. Ein bundesweites, vom Bundeskartellamt geführtes „Wettbewerbsregister“ soll es öffentlichen Auftraggebern künftig leichter machen, das Vorliegen von Ausschlussgründen im Vergabeverfahren zu ermitteln (siehe hierzu schon den Beitrag im Köhler & Klett Newsletter 02/17, S. 17 f.).

Unternehmen können von der Vergabe öffentlicher Aufträge ausgeschlossen werden, wenn dort bestimmte Wirtschaftsdelikte begangen wurden. Bei der Prüfung dieses Ausschlusskriteriums müssen sich Vergabestellen bislang häufig auf Eigenerklärungen der Bieter verlassen.

Das wird sich ändern. Grundlage dafür ist das am 29.7.2017 in Kraft getretene Wettbewerbsregistergesetz (WRegG). Danach wird beim Bundeskartellamt ein elektronisches Register eingerichtet, das es Auftraggebern ermöglicht, durch eine elektronische Abfrage bundesweit nachzuprüfen, ob es bei einem Unternehmen zu relevanten Rechtsverstößen gekommen ist. Grundlage dafür sind Meldungen der für die Verfolgung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten zuständigen Behörden an das Register. Ab einem Auftragswert von 30.000 € sind Auftraggeber vor Zuschlagserteilung verpflichtet, beim Register abzufragen, ob der Bieter im Register eingetragen ist. Ein Eintrag führt nicht automatisch zum Ausschluss; vielmehr hat der Auftraggeber darüber weiterhin eigenständig gemäß den vergaberechtlichen Vorschriften zu entscheiden.

Das WRegG bestimmt abschließend, welche Straftaten und Ordnungswidrigkeiten in das Register einzutragen sind. Vor einem Eintrag ist dem betroffenen Unternehmen Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Ein Registereintrag wird – in Abhängigkeit von der Art des Rechtsver-

stoßes – nach drei oder fünf Jahren automatisch gelöscht. Eine vorzeitige Löschung kann nach erfolgter Selbstreinigung beantragt und notfalls gerichtlich durchgesetzt werden. Die Unternehmen haben es damit selbst in der Hand, ihre Registereintragung wieder löschen zu lassen, indem sie geeignete Compliance-Maßnahmen durchführen.

Nunmehr sind noch die praktischen und technischen Voraussetzungen für den Betrieb des Registers zu schaffen. Zudem ist eine Rechtsverordnung zu erlassen, die die Einzelheiten der Datenübermittlung regelt. Das wird Zeit in Anspruch nehmen. Das neue Register wird seinen Betrieb daher voraussichtlich nicht vor 2019 aufnehmen.

□ **Vergabereife: Die „Vorleistungspflicht“ der öffentlichen Auftraggeber**

Öffentliche Auftraggeber haben vor Durchführung eines Vergabeverfahrens grundsätzlich die Vergabereife herzustellen, um dem Gebot einer eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung gemäß § 121 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) nachkommen zu können. Die Vergabekammer Baden-Württemberg (VK BW) hat sich im Beschluss vom 07.08.2017 – 1 VK 26/17 mit der Frage befasst, wie weit diese faktische Vorleistungspflicht des öffentlichen Auftraggebers reicht. Abzugrenzen war dabei, ob die Herstellung der Vergabereife gleichbedeutend ist mit der vollendeten Schaffung aller rechtlichen Voraussetzungen für die spätere Leistungserbringung.

Der öffentliche Auftraggeber hatte mit europaweiter Bekanntmachung einen Auftrag über die Sammlung und Verwertung von Papier, Pappe, Kartonagen (PPK) einschließlich der Lieferung von Sammelbehältern in einem neu einzuführenden Holsystem veröffentlicht. Die Leistung war in mehrere Lose aufgeteilt. Dabei betraf das entscheidungserhebliche Los die Übernahme und Verwertung der PPK-Mengen an einer Umschlagstelle. Aufgrund der Neuartigkeit des Auftrages lagen noch keine Mengenangaben aus Vorjahren vor. Die Verladung und Verwertung der übernommenen PPK-Abfälle sollte für den Auftragnehmer kostenlos durch den jeweiligen Betreiber der Umschlagstelle erfolgen.

Auf verschiedene Bieteranfragen erfolgten im Anschluss verschiedene Anpassungen der Vergabebedingungen. Diese betrafen jeweils die zulässige Menge an PPK zur Zwischenlagerung, womit gleichzeitig vorgegeben wurde, dass eine Übernahme von PPK auch an Samstagen zu berücksichtigen sei. Daraufhin erfolgte durch die Antragstellerin eine erste Rüge, welche die Änderung der Leistungsbeschreibung für unzulässig hielt. Jedenfalls sei mit die-

ser Änderung der Vergabebedingungen aber die Angebotsfrist zu verlängern.

Daraufhin wurde zur PPK-Menge für das fragliche Los eine abschließende Klarstellung durch den Auftraggeber vorgenommen. Konkret aufgelistet wurde die Prognose der werktäglich anfallenden PPK-Mengen aus den Sammlungen. Zudem wurde verifiziert, welcher Mengenanfall an Samstagen zu erwarten ist. In diesem Zuge führte der öffentliche Auftraggeber auch aus, dass eine ausreichende Zwischenlagermenge an der Umschlagstelle derzeit beantragt ist und zum Leistungsbeginn vorliegen wird.

Daraufhin erfolgte nach Rüge die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, mit dem die Antragstellerin die fehlende Ausschreibungs- bzw. Vergabereife bemängelte, weil der genehmigungsrechtliche Status der Anlage nicht gegeben sei und dadurch eine Intransparenz der Leistungsbeschreibung begründet werde.

Die Beanstandungen der Antragstellerin blieben ohne Erfolg. Der Nachprüfungsantrag wurde teilweise schon als unzulässig, jedenfalls aber in Gänze als unbegründet zurückgewiesen.

Nach Auffassung der VK BW mangelt es einem Vergabeverfahren nicht allein deshalb an der Vergabereife, weil noch nicht alle zur Leistungserbringung notwendigen Genehmigungen eingeholt wurden. Die VK BW greift zur Begründung umfassend auf die gefestigte Rechtsprechung des OLG Düsseldorf in dessen Beschluss vom 10.04.2013, Verg 20/12 zurück, wonach die Pflicht zur Vorgabe einer erschöpfenden Leistungsbeschreibung erfüllt ist, wenn der öffentliche Auftraggeber lediglich diejenigen Daten und Fakten bekanntgibt, über die er bereits verfügt und die er sich gemessen an den Grundsätzen der Zumutbarkeit beschaffen kann. Vorliegend sei zwar der Umbau der Lagerhalle an der Umschlagstelle immissionsschutzrechtlich noch zu genehmigen und durchzuführen. Der öffentliche Auftraggeber habe aber bereits jetzt die Vor-

kehrungen in Gang gesetzt, damit die notwendige immissionsschutzrechtliche Genehmigung für den Umbau erteilt werden könne. Es sei auch nicht erkennbar, dass die öffentlich-rechtlichen Voraussetzungen für die Erteilung der Genehmigung nicht vorlägen. Der öffentliche Auftraggeber müsse regelmäßig die zivil- und öffentlich-rechtlichen Voraussetzungen schaffen, damit innerhalb der in den Vergabeunterlagen genannten Fristen mit der ausgeschriebenen Leistung begonnen werden könne. Dazu genüge es, wenn er mit Beginn des Vergabeverfahrens die Vorkehrungen zum Erhalt der Genehmigung getroffen habe, die Genehmigung dann aber erst zum Leistungsbeginn vorläge. Vorliegend spreche die gesetzliche Lage dafür, dass innerhalb von drei Monaten mit der Genehmigung zu rechnen sei, womit dem Auftraggeber insgesamt genug Zeit bleibe, um die Genehmigungslage zum Leistungsbeginn herzustellen. Sollte ihm dieses wider Erwarten nicht gelingen, stehe dem Auftragnehmer nach den Grundätzen der Störung der Geschäftsgrundlage gemäß § 313 Abs. 1 Bürgerliches Gesetzbuch ein entsprechender Anspruch zur Schadloshaltung zu.

Mehr an Vorleistung könne dem öffentlichen Auftraggeber nicht zugemutet werden. Würde gemäß der Auffassung der Antragstellerin der Grundsatz der eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung, der die Vergabereife impliziert, bedeuten, dass vor Beginn des Vergabeverfahrens bereits alle vorbereitenden Maßnahmen tatsächlich durch den öffentlichen Auftraggeber abzuschließen sind, müsste beispielsweise erst der Abriss eines Gebäudes beendet sein, bevor der Neubau eines Gebäudes auf demselben Grundstück vergeben werden dürfte. Diese Vorgehensweise sei ineffektiv und praxisfern.

Des Weiteren weist die VK BW noch einmal darauf hin, dass gerade bei der Schätzung von Mengen über PPK-Abfälle oder sonstige Abfälle regelmäßig eine Prognose für die Zukunft anzustellen ist, sodass keine gesicherten bzw. verbindlichen An-

gaben zur Menge erfolgen können. Die Prognose müsse regelmäßig nur fundiert sein, damit sie den Anforderungen an eine erschöpfende Leistungsbeschreibung genügt. Zudem stellt die VK BW klar, dass es auch bei einer Vielzahl von Bieterfragen einer zwingenden konsolidierten Fassung der Leistungsbeschreibung nicht bedarf.

Die vorstehende Entscheidung enthält keine grundlegenden Neuerungen, sondern bezieht sich auf bereits gefestigte Rechtsprechung zu dem Gebot einer eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung. Gleichwohl erscheint es unter Beachtung der novellierten Rechtslage noch einmal sachdienlich, klar abzugrenzen, wie weit die Pflicht zur Herstellung der Vergabereife durch den Auftraggeber reicht. Dieser muss gerade noch nicht zu Beginn des Vergabeverfahrens alle vorbereitenden Maßnahmen abgeschlossen haben, er muss aber gleichwohl die Vorkehrungen dafür getroffen haben, dass zu Leistungsbeginn diese Maßnahmen abgeschlossen sind.

Zudem wiederholt die VK BW zutreffend, dass Mengenprognosen im Rahmen der Leistungsbeschreibung das einzige Mittel sind, um eine annähernde Abgrenzung des Leistungsumfanges vorzunehmen. Maßgebend ist allein, ob die Prognosen sachbegründet sind. Der Auftragnehmer muss diesbezüglich ggf. mit Risikozuschlägen arbeiten. Vor diesem Hintergrund und zur Vermeidung von nachgelagerten Schadensersatzforderungen wird es dem Auftraggeber regelmäßig daran gelegen sein, die Mengen so konkret wie möglich zu prognostizieren und die ihm obliegenden Voraussetzungen zur Leistungserbringung zu schaffen. Dadurch wird die gegenseitige Risikotragung zwischen Auftragnehmer und Auftraggeber faktisch ausgeglichen. Im Zweifel bleibt es dem Auftragnehmer immer noch offen, im Rahmen der Auftragsdurchführung sodann auf die gegebenen zivilrechtlichen Rechtsgrundlagen zurückzugreifen.

□ **Aktuelle Informationen zur vergaberechtlichen Gesetzeslage**

Die am 07.02.2017 veröffentlichte Verfahrensordnung für die Vergabe öffentlicher Liefer- und Dienstleistungsaufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte (UVgO), welche die VOL/A, 1. Abschnitt für die Vergabe von Liefer- und Dienstleistungen im Unterschwellenbereich ablöst, ist zwischenzeitlich durch eine Änderung des Gesetzes über die Grundsätze des Haushaltsrechts des Bundes und der Länder (HGrG) und der Neufassung der Verwaltungsvorschriften zu § 55 Bundeshaushaltsordnung (BHO) mit dem Rundschreiben des Ministeriums für Bundesfinanzen vom 01.09.2017 (II A 3 - H 1012-6/16/10003:003) in Kraft gesetzt worden. Sie ist somit seit dem 02.09.2017 für alle Vergaben des Bundes und seiner Behörden über Liefer- und Dienstleistungen im Unterschwellenbereich anzuwenden.

Eine entsprechende Umsetzung in den landeshaushaltsrechtlichen Vorschriften steht weitgehend noch aus.

Allerdings hat am 09.05.2017 der Hamburger Senat den Entwurf eines dritten Gesetzes zur Änderung des Hamburgischen Vergabegesetzes veröffentlicht. Danach ist die Einführung der UVgO dem Grunde nach weitgehend in der bestehenden Fassung vorgesehen. Ein landesspezifischer Anpassungsbedarf ergab sich insbesondere betreffend die Regelungen zur e-Vergabe und zu den Mindestlohnvorgaben. Der Gesetzesentwurf wurde zwischenzeitlich verabschiedet und am 28.07.2017 im Hamburgischen Gesetzes- und Verordnungsblatt veröffentlicht. Das neue Hamburgische Vergabegesetz unter Verweis auf die Anwendung der UVgO im Unterschwellenbereich (§ 2 a Abs. 1 Satz 1 Hamburgisches Vergabegesetz) tritt 3 Monate nach Veröffentlichung in Kraft, also am 01.10.2017.

Nicht absehbar ist, ob und, falls zutreffend, wann und in welcher Form die anderen Bundesländer eine etwaige Anpassung

sung des Vergaberechts im Unterschwellenbereich anstoßen. Dies hängt nicht zuletzt von den unterschiedlichen landesspezifischen Regelungsstrukturen ab, über die bisher eine Anwendung der VOL/A, 1. Abschnitt im Unterschwellenbereich vorgegeben wurde.

□ **Auszeichnungen**

Das Nachrichtenmagazin **FOCUS** hat im September 2017 auf der Basis einer unabhängigen Datenerhebung zum fünften Mal Deutschlands Top-Wirtschaftskanzleien in verschiedenen Fachgebieten ermittelt und dabei Köhler & Klett erneut für den Bereich „Umweltrecht/Bau von Industrie- und Infrastrukturanlagen“ ausgezeichnet.

In Anerkennung hervorragender Verdienste für das Baustoff-Recycling und damit für Umweltschutz, Ressourcenschonung und Abfallvermeidung hat die Bundesgütegemeinschaft Recycling-Baustoffe e. V. Herrn Prof. Dr. Wolfgang Klett im September 2017 den Deutschen Baustoff-Recycling-Preis verliehen.

□ **Aktuelle Veröffentlichungen**

Prof. Dr. Wolfgang Klett
Chemisierung des Abfallrechts bei der
Abgrenzung zwischen gefährlichen und
nicht gefährlichen Abfällen
in: AbfallR 4/2017, S. 193 ff.
zusammen mit Dr. habil. Thomas Probst

Prof. Dr. Wolfgang Klett
Rechtliche Grauzone erschwert Altfahr-
zeugverwertung
in: UmweltMagazin, Heft 4-5/17, S. 30 ff.
zusammen mit Dr. Beate Kummer und
Prof. Dr. Helmut Maurer

Prof. Dr. Wolfgang Klett
POP-haltige Abfälle in der Entsorgungsal-
le?
in: Müll und Abfall, Heft 9/17, S. 447 ff.

Prof. Dr. Wolfgang Klett
Editorial
in: AbfallR 5/2017, S. 214

Prof. Dr. Rüdiger Breuer
Öffentliches und privates Wasserrecht
4., völlig neu bearbeitete Auflage 2017,
843 Seiten
zusammen mit Prof. Dr. Klaus Ferdinand
Gärditz

□ **Aktuelle Veranstaltungen**
– Auswahl –

17.10.2017
Vergaben von Entsorgungsleistungen
Referent: Dr. Dominik R. Lück
veranstaltet durch den forum vergabe e.V.
in Essen

07.11.2017
28. Fachgespräch Umwelt und Energie
2017
Referent: Dr. Rainer Geesmann
zu dem Thema: „Neuerungen im anla-
genbezogenen Umweltrecht“
veranstaltet durch die TÜV Rheinland In-
dustrie Service GmbH in Bad Dürkheim

07.11.2017
Jahrestagung des Entsorgungsverbandes
für medizinische Einrichtungen e. V. in
Braunschweig
Referent: Thomas Lammers
zu dem Thema: „Umsetzung der Gewer-
beabfallVO“

23./24.11.2017
26. Kölner Abfalltage
zu dem Thema: „Kreislaufwirtschaft 2017 –
Anspruch und Wirklichkeit“
unter der Leitung der Initiatoren Prof. Dr.-
Ing. Martin Faulstich, Dr.-Ing. Jochen
Hoffmeister, Prof. Dr.-Ing. Wolfgang
Klett, Ulrich Koch, Dr. Beate Kummer,
Monika Lichtinghagen-Wirths, Prof. Dr.-
Ing. Peter Quicker, Prof. Dr. Alexander
Schink, Helmut Schmidt und Dr.-Ing. Hel-
mut Schnurer im Hotel NH Collection Me-
diapark in Köln

04.12.2017
Handeln und Makeln mit Abfällen
Referent: Dr. Anno Oexle
veranstaltet durch den BDE Bundesver-
band der Deutschen Entsorgungs-, Was-
ser- und Rohstoffwirtschaft e. V. in Köln

07.12.2017
Grenzüberschreitende Abfallverbringung
Referent: Dr. Anno Oexle
veranstaltet durch den BDE Bundesver-
band der Deutschen Entsorgungs-, Was-
ser- und Rohstoffwirtschaft e. V. in Berlin

Autoren dieses Newsletters sind:

Büro Köln

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