

Newsletter

Umwelt □ Technik □ Vergabe

Fünfundvierzigste Ausgabe, April 2018

Seite

- BVerwG: Sperrmüll kann auch gewerblich gesammelt werden 1
- Umsetzung von BVT-Schlussfolgerungen – zur Verschärfung genehmigter Emissionsgrenzwerte (TA Luft) auf der Grundlage von Vollzugsempfehlungen der LAI 2
- Recyclingbetrieb mit Containerdienst zwischen Werk- und Güterkraftverkehr 4
- Duldungsanordnungen zur Ermöglichung einer bodenschutzrechtlich orientierenden Untersuchung 6
- Abweichende Bauausführungen nach Zustimmungserklärung des Nachbarn 9
- Anspruch eines dualen Systems gegen ein anderes duales System auf ordnungsgemäße Erfüllung von Meldepflichten 10
- Urteil des Bundesgerichtshofs zur Geschäftsführung ohne Auftrag eines öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers für den Betreiber eines dualen Systems bei der Sammlung und Verwertung von PPK 12
- Zwingender Ausschluss von Angeboten bei widersprüchlichen Nachunternehmerangaben 14
- Aktuelle Veranstaltungen 16

□ **BVerwG: Sperrmüll kann auch gewerblich gesammelt werden**

Das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) hat in zwei Urteilen vom 23.02.2018 (7 C 9.16 und 7 C 10.16) entschieden, dass Sperrmüll kein gemischter Abfall im Sinne des § 17 Abs. 2 Satz 2 KrWG ist und deshalb auch gewerblich gesammelt werden darf. Damit hat das höchste deutsche Verwaltungsgericht einen Schlusspunkt unter eine lange geführte Debatte gesetzt.

Nach § 17 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 Kreislaufwirtschaftsgesetz (KrWG) besteht die in § 17 Abs. 1 Satz 1 KrWG normierte Überlassungspflicht für Abfälle aus privaten Haushaltungen nicht, wenn diese durch gewerbliche Sammlung einer ordnungsgemäßen und schadlosen Verwertung zugeführt werden, soweit überwiegende öffentliche Interessen nicht entgegenstehen. Von einer gewerblichen (und auch gemeinnützigen) Sammlung ausgeschlossen sind nach § 17 Abs. 2 Satz 2 KrWG – neben gefährlichen Abfällen – allerdings „gemischte Abfälle aus privaten Haushaltungen“. Die Frage, wie diese Einschränkung der sammlungsfähigen Abfälle auszulegen ist und insbesondere, ob Sperrmüll darunter fällt, war seit Inkrafttreten des KrWG umstritten.

Überwiegend wurde diese Frage in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung verneint, weil unter gemischten Abfällen im Sinne von § 17 Abs. 2 Satz 2 KrWG nur gemischte Siedlungsabfälle mit dem AVV-Abfallschlüssel 20 03 01 zu verstehen seien – Sperrmüll verfügt jedoch mit 20 03 07 über einen eigenen Abfallschlüssel. Eine hiervon abweichende Auffassung hatte allerdings das Oberverwaltungsgericht (OVG) Münster in zwei Urteilen vom 26.01.2016 vertreten (dazu Köhler & Klett-Newsletter 01/2016, S. 1 ff.). Nach diesen Entscheidungen sollte es sich bei Sperrmüll um einen Mischabfall handeln, der von seiner potentiellen Zusammensetzung her mit den gemischten Siedlungsabfällen prinzipiell stofflich identisch sei. Daher

sollte Sperrmüll nach Ansicht des OVG Münster entsprechend dem Sinn und Zweck des § 17 Abs. 2 Satz 2 KrWG in dessen Anwendungsbereich einzubeziehen sein, da die dieser Vorschrift zugrunde liegenden Erwägungen zu gemischten Siedlungsabfällen auch auf Sperrmüll zuträfen. Dass im Sperrmüll im Vergleich zum „Restmüll“ regelmäßig größere Anteile stofflich verwertbarer Abfälle vorhanden sind, sollte nach Ansicht des OVG Münster lediglich einen graduellen, keinen qualitativen Unterschied begründen.

Wie das BVerwG in einer Pressemitteilung vom 23.02.2018 mitgeteilt hat, hat es diese Entscheidungen mit Urteilen vom gleichen Tage aufgehoben und die Verfahren an das OVG Münster zurückverwiesen. Da die schriftlichen Urteilsgründe bisher nicht vorliegen, kann zu Einzelheiten der Begründung derzeit noch nicht Stellung genommen werden. Der Pressemitteilung des BVerwG lässt sich jedoch entnehmen, dass das BVerwG die Regelung des § 17 Abs. 2 Satz 2 KrWG im Ergebnis auf Sperrmüll nicht für anwendbar hält. Damit ist diese Grundsatzfrage des Rechts der gewerblichen Sammlungen abschließend zugunsten der privaten Entsorgungswirtschaft entschieden worden.

Konsequenz der Urteile des BVerwG ist, dass gewerbliche (und auch gemeinnützige) Sperrmüllsammlungen unter den allgemeinen Voraussetzungen zulässig sind. Für gewerbliche Sammlungen bedeutet dies, dass die Sammlung nach § 18 KrWG angezeigt werden muss, der gesammelte Sperrmüll einer ordnungsgemäßen und schadlosen Verwertung zuzuführen ist und der Sammlung keine überwiegenden öffentlichen Interessen im Sinne von § 17 Abs. 3 KrWG entgegenstehen dürfen.

□ **Umsetzung von BVT-Schlussfolgerungen – zur Verschärfung genehmigter Emissionsgrenzwerte (TA Luft) auf der Grundlage von Vollzugsempfehlungen der LAI**

Mit – inzwischen rechtskräftigem – Urteil vom 11.10.2017 (6 K 996/16) hat das Verwaltungsgericht (VG) Aachen eine nachträgliche Anordnung nach dem Bundes-Immissionsschutzgesetz (BImSchG) aufgehoben, durch die einem Anlagenbetreiber aufgegeben worden war, für einen bestimmten Parameter künftig einen strengeren Emissionsgrenzwert einzuhalten als den auf der Grundlage der TA Luft 2002 in der Anlagengenehmigung vorgegebenen Emissionsgrenzwert. Zwar entsprach der Emissionswert der TA Luft 2002 nicht mehr dem Stand der Technik, weil die einschlägigen BVT-Schlussfolgerungen eine niedrigere Emissionsbandbreite vorsehen und für den betroffenen Parameter daher das Fortschreiten des Standes der Technik im Bundesanzeiger veröffentlicht worden war. Allerdings war nicht zur Überzeugung des Gerichts erwiesen, dass und warum der letztlich auf der Grundlage einer Vollzugsempfehlung der Bund/Länderarbeitsgemeinschaft für Immissionsschutz (LAI) angeordnete strengere Emissionsgrenzwert aus der Emissionsbandbreite der BVT-Schlussfolgerungen den nunmehr allein maßgeblichen Stand der Technik abbilden soll, weswegen die nachträgliche Anordnung des verschärften Emissionsgrenzwerts als ermessensfehlerhaft aufgehoben wurde.

Die Klägerin betreibt eine nach dem BImSchG genehmigte Anlage zur Herstellung von Flachglas. Die maßgebliche BImSchG-Genehmigung schreibt u.a. die Massenkonzentration von 30 mg/m³ für gasförmige anorganische Chlorverbindungen, angegeben als HCl, vor. Grundlage dieses Emissionsgrenzwerts war Nr. 5.2.4 der TA Luft 2002.

Mit Veröffentlichung im Bundesanzeiger vom 09.01.2014 machte das BMUB die

Fortentwicklung des Standes der Technik u. a. hinsichtlich der in Nr. 5.2.4 der TA Luft 2002 geregelten Massenkonzentration von 30 mg/m³ für gasförmige anorganische Chlorverbindungen, angegeben als HCl, bekannt. Grund hierfür waren die mit Beschluss 2012/134/EU am 28.02.2012 im Amtsblatt der EU veröffentlichten BVT-Schlussfolgerungen für Anlagen zur Glasherstellung (siehe hierzu den Beitrag in Köhler & Klett Newsletter 01/14, S. 8 f.). Danach kann durch den Einsatz bestimmter BVT eine Emissionsbandbreite für HCl-Emissionen von 10 – 25 mg/m³ – und damit unterhalb des in Nr. 5.2.4 TA Luft 2002 enthaltenen Emissionswerts von 30 mg/m³ – erreicht werden.

Mit Erlass aus April 2015 wies das MKULNV NRW die nachgeordneten Behörden darauf hin, dass die LAI in Ansehung der BVT-Schlussfolgerungen für Anlagen zur Glasherstellung Vollzugsempfehlungen erarbeitet habe, die für HCl einen Emissionsgrenzwert von 20 mg/m³ vorsehen. Gemäß Erlass des MKULNV NRW war dieser Emissionsgrenzwert nicht nur in Genehmigungsverfahren zu berücksichtigen, sondern bei bestehenden Anlagen zur Glasherstellung auch im Wege nachträglicher Anordnungen nach § 17 BImSchG durchzusetzen.

Mit Anordnung aus April 2016 gab die zuständige Bezirksregierung der Klägerin unter Berufung auf den Erlass des MKULNV NRW u.a. auf, anstelle des in der BImSchG-Genehmigung vorgegebenen HCl-Emissionsgrenzwerts von 30 mg/m³ künftig 20 mg/m³ einzuhalten.

Gegen diese Anordnung wandte sich die Klägerin mit ihrer bei dem VG Aachen eingereichten Klage.

Insoweit hat das VG Aachen der Klage stattgegeben und die nachträgliche Anordnung aufgehoben. Zwar beschreibe der in Nr. 5.2.4 TA Luft 2002 enthaltene HCl-Emissionsgrenzwert von 30 mg/m³ angesichts der Veröffentlichung im Bundesanzeiger vom 09.01.2014 sowie der BVT-Schlussfolgerungen nicht mehr den

aktuellen Stand der Technik. Allerdings habe die beklagte Bezirksregierung das ihr beim Erlass der auf § 17 Abs. 1 Satz 1 BImSchG gestützten nachträglichen Anordnung zukommende Ermessen fehlerhaft ausgeübt, indem sie den HCl-Emissionsgrenzwert mit 20 mg/m³ festgesetzt habe.

Zur Begründung führt das VG Aachen insoweit aus:

Zwar müsse die zuständige Behörde in Fallkonstellationen wie der vorliegenden die Lücke, die durch das Entfallen der Bindungswirkung einer Vorsorgeregulierung der TA Luft 2002 entstehe, füllen, indem sie bei ihrer Einzelfallentscheidung in eigener Verantwortung den Stand der Technik ermittele. Dabei habe sie gemäß § 17 Abs. 2a BImSchG i.V.m. § 12 Abs. 1a BImSchG sicherzustellen, dass die Emissionen unter normalen Betriebsbedingungen die in den BVT-Schlussfolgerungen genannten Emissionsbandbreiten – hier HCl-Emissionen von 10 – 25 mg/m³ – nicht überschreiten. Das dabei auszuübende Ermessen dürfe grundsätzlich auch durch Erlasse übergeordneter Behörden – wie den Erlass des MKULNV NRW aus April 2015 – generalisierend gelenkt werden.

Allerdings sei eine Ermessensbindung im Erlasswege nur zulässig, wenn die ermessenslenkenden Vorgaben im Erlass, soweit sich die Behörde diese – wie im vorliegenden Fall – zu eigen mache, ihrerseits sachgerecht sind.

Dies vermochte das VG Aachen mit Blick auf den durch den Erlass vorgegebenen und von der Beklagten in der nachträglichen Anordnung übernommenen HCl-Emissionsgrenzwert von 20 mg/m³ nicht zu erkennen. Denn aus der Begründung der dem Erlass zugrundeliegenden LAI-Vollzugsempfehlung war für das Gericht nicht nachvollziehbar und konnte auch in der mündlichen Verhandlung nicht erläutert werden, wie der Grenzwert von 20 mg/m³ durch die LAI als maßgeblicher Stand der Technik ermittelt worden war, zumal die BVT-Schlussfolgerungen als

obere Grenze der Emissionsbandbreite 25 mg/m³ vorgeben. Die in der Begründung der LAI-Vollzugsempfehlung genannten Anlagendaten, die Basis für die von der LAI empfohlenen 20 mg/m³ gewesen sein sollen, konnten dem Gericht nicht vorgelegt werden und waren für das Gericht auch sonst nicht zugänglich.

Die Emissionsbandbreiten der BVT-Schlussfolgerungen verschafften der Behörde, so führt das VG Aachen aus, lediglich einen äußeren Rahmen für die Festlegung des Emissionsgrenzwerts. Entgegen der Auffassung der Klägerin sei das Ermessen der Behörde dabei nicht von vornherein dahingehend reduziert, dass nur der obere Grenzwert aus der Emissionsbandbreite – hier 25 mg/m³ – festzusetzen sei. Es sei grundsätzlich zulässig und könne sogar geboten sein, dass die Behörde einen niedrigeren Wert innerhalb der Bandbreite festsetze. Voraussetzungen sei aber in jedem Fall, dass der festgesetzte Wert den Stand der Technik abbilde. Lasse sich dieser wie in dem von dem Gericht zu entscheidenden Fall aber nicht sicher bestimmen, sei durch die Behörde (jedenfalls) sicherzustellen, dass die Emissionsbandbreite der BVT-Schlussfolgerungen nicht überschritten wird. Dies wäre durch Anordnung eines Grenzwerts von 25 mg/m³ zu erreichen gewesen. Der angeordnete strengere Grenzwert von 20 mg/m³ war indes unverhältnismäßig und damit ermessensfehlerhaft; die streitgegenständliche Anordnung daher insoweit aufzuheben.

Wie die Entscheidung des VG Aachen zeigt, lohnt es sich für Anlagenbetreiber, genauer hinzusehen, wenn Behörden – ggf. ihrerseits gesteuert durch eine Erlasslage des jeweiligen Bundeslandes – durch nachträgliche Anordnungen, aber auch in Genehmigungsverfahren Vollzugsempfehlungen der LAI umsetzen, die anlässlich eines Fortschreitens des Standes der Technik die Emissionswerte der TA Luft 2002 verschärfen. Dies gilt nicht nur – wie in dem von dem VG Aachen zu beurteilenden Sachverhalt – für durch BVT-Schlussfolgerungen veranlasste LAI-Voll-

zugempfehlungen, sondern auch für solche, die nicht auf BVT-Schlussfolgerungen basieren; denn auch insoweit kann sich die Frage stellen, ob der in der LAI-Vollzugempfehlung vorgegebene Grenzwert nachvollziehbar den Stand der Technik abbildet.

□ **Recyclingbetrieb mit Containerdienst zwischen Werk- und Güterkraftverkehr**

Recyclingbetriebe bieten oft auch Containerdienste an. So kann es sein, dass sie mit ihren Containern ausschließlich die Entfallstellen ihrer Kunden bedienen und die dort angefallenen und in ihren Containern gesammelten Abfälle zu ihrem Betriebsgelände fahren, damit diese dort sortiert, zerkleinert, klassiert und als Recyclingstoffe erneut in den Kreislauf zurückgeführt werden können. Es kann aber auch sein, dass solche Betriebe mit ihren Transporteinheiten im Auftrag Dritter, die das Material im Handel erworben haben, Transporte zur Verbringung von Abfällen von deren Anfallstellen an die von Dritten vorgegebenen Bestimmungsorte durchführen. Um solchen Aufgabenstellungen entsprechen zu können, verfügen die Recyclingbetriebe/Containerdienste häufig über Güterkraftverkehrserlaubnisse nach dem Güterkraftverkehrsgesetz (GüKG) und über die abfallrechtlich erforderliche Anzeige (§ 53 KrWG) bzw. bei Beförderung gefährlicher Abfälle über die entsprechende Erlaubnis (§ 54 KrWG).

Umso ärgerlicher ist es, wenn von den Überwachungsbehörden die notwendige Unterscheidung des Zusammenhangs, in dem der jeweilige Transport ausgeführt wird, nicht gemacht wird und aus diesem Grund bei Durchführung von – erlaubnisfreiem – Werkverkehr im Sinne des GüKG auch die Vorlage der güterkraftverkehrsrechtlichen Erlaubnis bei der Kontrolle verlangt und wegen Fehlens dieser Erlaubnis ein Bußgeldbescheid verhängt wird.

So verhielt es sich auch in dem Sachverhalt, der dem Urteil des Amtsgerichts Koblenz vom 24.11.2017 – 34 OWi 2010 Js 24038/17 – zu Grunde lag. Nach Ablauf der Gemeinschaftslizenz soll der Geschäftsführer und Verkehrsleiter des Containerdienstes und Rohstoffhandels in mindestens 42 Fällen Güterkraftverkehr ohne Erlaubnis betrieben haben. Damit sei ein

vorsätzlicher Verstoß des Betroffenen gegen §§ 3 Abs. 1, 18 Abs. 1 Nr. 1 b GüKG gegeben. Dabei ging der Landesbetrieb Mobilität Rheinland-Pfalz (LBM) in der Begründung des deswegen erlassenen Bußgeldbescheids selbst davon aus, dass auf Grund der ihm vorliegenden Rechnungen in einem Zeitraum von etwa 10 Wochen der Betroffene für seine Entfallstellen (private Kunden) Kunststoffabfälle, gemischte Bau- und Abbruchabfälle, Gemische aus Beton, Ziegeln, Fliesen, Mineralfaserplatten, Holzabfälle, Papier und Pappe o.ä. in Containern gesammelt, auf sein Betriebsgelände gefahren, soweit erforderlich, dort sortiert, ggfls. auch zerkleinert, abgesiebt und – die zu beseitigende Restfraktion – auf Deponien gefahren hat.

Auch wenn der LBM die Voraussetzungen für den Werkverkehr nach § 1 Abs. 2 GüKG im Einzelnen geprüft hat, ist er doch in diesem Fall zu der Einschätzung gelangt, dass neben der Beförderungstätigkeit keine weitere erhebliche Tätigkeit des Unternehmers in Bezug auf die abtransportierten Güter festzustellen sei. Das Sortieren, Absieben oder Zerkleinern auf dem Betriebsgelände sei nur eine untergeordnete Tätigkeit und erfolge lediglich aus eigenwirtschaftlichem Interesse, um die Abfälle auf Deponien bringen zu können. Die Sortierung bzw. das Trennen von Abfällen zum Abtransport stelle keine Bearbeitung der Güter im Sinne von § 1 Abs. 2 GüKG dar, ebenso nicht das Absieben oder Zerkleinern zum Abtransport. Die beförderten Güter würden nicht weiterverkauft, sie gingen bei dem Abtransport von der Anfallstelle auch nicht in das Eigentum des Unternehmens über. Die Beförderung sei hier die Haupttätigkeit des Unternehmens. Im Übrigen werde die Behauptung, es handle sich um erlaubnisfreien Werkverkehr im Sinne des GüKG, als Schutzbehauptung gewertet.

Mit dem Urteil wurde der Betroffene freigesprochen.

Dazu wurde vom Gericht festgestellt, dass der Betroffene in seinem Unternehmen, einem Containerdienst und Schrotthandel,

12 Mitarbeiter beschäftigt. Auf dem etwa 15.000 m² großen Betriebsgelände würden mit Hilfe mehrerer Arbeitsmaschinen (Bagger, Radlader und Sortiergreifer) die in Containern gesammelten Abfälle getrennt und auf verschiedenen Halden gelagert.

Die Geschäftsbeziehungen zu Kunden bestünden darin, dass diese das Unternehmen des Betroffenen mit der Entsorgung von Abfällen beauftragen. Zu diesem Zweck bringe der Betroffene mit Lastwagen, die mehr als 3,5 Tonnen zulässiges Gesamtgewicht aufweisen, Container zu den Kunden, in die diese die Abfälle füllen. Die befüllten Container würden anschließend zum Betriebsgelände gebracht. Dort würden die Abfälle sodann sortiert und auf verschiedenen Halden gelagert.

Das Unternehmen stelle den Kunden die Entsorgung in Rechnung, wobei in der Regel ein Drittel des Rechnungsbetrages auf den Transport des Containers (An- und Abfahrt) und zwei Drittel auf die Entsorgung der Abfälle entfallen.

Die auf dem eigenen Betriebsgelände gelagerten Abfälle lasse das Unternehmen des Betroffenen von anderen Entsorgern abholen, wobei 40% der sortierten Abfälle an die jeweiligen Entsorger verkauft würden; bei 60% der sortierten Abfälle habe der Betroffene an die jeweiligen Entsorger ein Entgelt für die Entsorgung zu entrichten.

Die Wertschöpfung erfolge überwiegend aus der Sortierung der Abfälle, nicht aus dem Transport.

Auf der Grundlage des festgestellten Sachverhalts ist das Gericht zu der Einschätzung gelangt, dass der Betroffene keinen erlaubnispflichtigen Güterkraftverkehr im Sinne von § 1 Abs. 1 GüKG betrieben hat. Unter Berücksichtigung von Rechtsprechung und Literatur zur Auslegung der Voraussetzungen in § 1 Abs. 2 GüKG seien die von dem Betroffenen durchgeführten Abfalltransporte als er-

laubnisfreier Werkverkehr zu qualifizieren.

Dabei wird in der Urteilsbegründung offengelassen, ob das Unternehmen Eigentum an den in den Containern gesammelten Abfällen erlangt hat. Denn die Tätigkeit des Unternehmens des Betroffenen ist nach Auffassung des Gerichts in jedem Fall als Bearbeitung im Sinne von § 1 Abs. 2 Nr. 1 GüKG zu werten. Durch die aufwändige und umfassende Sortierung der Abfälle liege eine Behandlung der transportierten Abfälle vor, die dem eigentlichen Betriebszweck dergestalt diene, dass erst die Behandlung den Verkauf an bzw. die Entsorgung durch andere Entsorger als eigentliche Wertschöpfung des Unternehmens ermögliche. Verkauf und Entsorgung stellten mithin eine wirtschaftlich sinnvolle Handelstätigkeit dar und seien nicht lediglich eine künstlich herbeigeführte, sachlich entbehrliche Folge der Güterbeförderung.

Auch die übrigen Voraussetzungen nach § 1 Abs. 2 Nrn. 2 bis 4 GüKG seien erfüllt. Insbesondere stelle vorliegend die Beförderung lediglich eine Hilfstätigkeit im Rahmen der gesamten Tätigkeit des Unternehmens des Betroffenen dar. Zwar entfalle ein Teil der Wertschöpfung auch auf die Beförderung; diese aber sei im Verhältnis zur eigentlichen Tätigkeit des Unternehmens, der Entsorgung durch vorhergehendes Sortieren und anschließenden Verkauf, von untergeordneter Bedeutung und gebe der Tätigkeit des Unternehmens nicht das Gepräge.

□ **Duldungsanordnungen zur Ermöglichung einer bodenschutzrechtlich orientierenden Untersuchung**

Die Frage, inwieweit die nach Landesrecht zuständige Behörde bei ungewissen Sachverhalten und dem Verdacht einer schädlichen Bodenveränderung oder Altlast nach dem Bundes-Bodenschutzgesetz (BBodSchG) befugt ist, gegenüber einem Grundstückseigentümer oder Gewerbetreibenden Gefahrerforschungsmaßnahmen anzuordnen, ist seit langem umstritten. Das Obergerverwaltungsgericht Hamburg (HmbOVG) hat dazu in einem beachtenswerten Urteil vom 12.10.2017 – 2 Bf 1/16 – einschränkende, sachlich begrüßenswerte Klarstellungen ausgesprochen.

Liegen der zuständigen Behörde Anhaltspunkte dafür vor, dass eine schädliche Bodenveränderung oder Altlast vorliegt, so soll sie nach § 9 Abs. 1 Satz 1 BBodSchG zur Ermittlung des Sachverhalts die geeigneten Maßnahmen ergreifen. Diese Vorschrift verpflichtet nach der Erkenntnis des HmbOVG die zuständige Behörde zur Sachverhaltsaufklärung, enthält aber selbst keine Ermächtigungsgrundlage für Maßnahmen, die mit Eingriffen in die Rechte der Verantwortlichen verbunden sind. Bodenschutzrechtlich orientierende Untersuchungsmaßnahmen, die mit Eingriffen in Rechte der Grundstückseigentümer verbunden sind, kommen indessen nach Maßgabe des Landesrechts in Betracht. Die erforderliche Ermächtigung zur landesrechtlichen Regelung ergibt sich – so das HmbOVG – aus § 9 Abs. 2 Satz 3 BBodSchG. Allein der Umstand, dass auf einem Grundstück über Jahre mit umweltgefährdenden Stoffen umgegangen wurde, genügt nach der Erkenntnis des HmbOVG jedoch nicht, um einen Gefahrenverdacht für schädliche Bodenveränderungen oder Altlasten zu begründen, auf den orientierende Untersuchungsmaßnahmen im Sinne des § 9 Abs. 1 BBodSchG gestützt werden können, und entsprechende Duldungspflichten zu Eingriffen in

das Grundstückseigentum zu begründen. Hinzukommen müssen vielmehr Anhaltspunkte dafür, dass beim Umgang mit umweltgefährdenden Stoffen durch anthropogene Prozesse Schadstoffe in den Boden gelangt sind.

In dem zugrunde liegenden Rechtsstreit wandte sich die Eigentümerin eines mit einem Geschäftsgebäude bebauten Grundstücks gegen eine behördliche, auf § 9 Abs. 1 BBodSchG in Verbindung mit landesrechtlichen Vorschriften gestützte Anordnung. Diese gab zum Zwecke der Ermittlung, ob auf dem Grundstück schädliche Bodenveränderungen vorlagen, der Eigentümerin auf, bodenschutzrechtlich orientierende Untersuchungen durch die Behörde oder von ihr beauftragte Personen zu dulden. Die Untersuchungen sollten durch drei Bohrungen außerhalb des Gebäudes und eine Bohrung innerhalb des Gebäudes erfolgen.

Auf dem Grundstück hatte ein Dritter in den 1970-er und 1980-er Jahren während eines Zeitraums von 12 Jahren eine chemische Textilreinigung mit Münzreinigungsautomaten betrieben. Die Aufstellung und der Betrieb der Münzreinigungsautomaten waren seinerzeit durch Baugenehmigungsbescheide gestattet worden. In deren Nebenbestimmungen waren der Gehalt an Tetrachlorethen (anderer Name: Perchlorethylen – PER) und der Einbau einer Ausblaseleitung mit einer dicht verschließbaren Kontrollöffnung geregelt. Zur Begründung der Duldungsanordnung gab die Behörde lediglich an, es lägen Anhaltspunkte dafür vor, dass sich auf dem Grundstück eine Altlast befinde, da dort aller Voraussicht nach mit dem Schadstoff Tetrachlorethen umgegangen worden sei. In der Vergangenheit lasse bereits der bestimmungsgemäße Betrieb einer chemischen Reinigung nicht unerhebliche Einträge solcher Stoffe in den Boden vermuten.

Die Eigentümerin erhob nach erfolglosem Widerspruchsverfahren Klage gegen die behördliche Duldungsanordnung. Das Verwaltungsgericht (VG) wies die Klage

ab. Nachdem das HmbOVG die Berufung zugelassen hatte, entschied es in dem Urteil vom 12.10.2017 – 2 Bf 1/16 –, dass die zulässige Berufung auch begründet sei, weil das VG den Antrag, die Duldungsanordnung in der Gestalt des Widerspruchsbescheids aufzuheben, zu Unrecht abgelehnt habe.

In den Entscheidungsgründen hat das HmbOVG ausgeführt, dass die Vorschrift des § 9 Abs. 1 Satz 1 BBodSchG die zuständige Behörde in Konkretisierung des Untersuchungsgrundsatzes aus § 24 des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVfG) zur Sachaufklärung verpflichtete, aber keine Ermächtigungsgrundlage für Maßnahmen enthalte, die mit Eingriffen in die Rechte der Verantwortlichen verbunden sind (HmbOVG, Urteil vom 12.10.2017 – 2 Bf 1/16, Rn. 23). Im Übrigen geht das HmbOVG von der Öffnungsklausel des § 9 Abs. 2 Satz 3 BBodSchG aus, wonach sich „sonstige Pflichten zur Mitwirkung“ insbesondere der Grundstückseigentümer (neben den Pflichten aus § 9 Abs. 2 Satz 1 und 2 BBodSchG) nach Landesrecht bestimmen. Auf der landesrechtlichen Ebene hat das HmbOVG die ergänzende Ermächtigung zu Anordnungen nach den §§ 4 Abs. 2, 2 Abs. 2 Satz 1 HmbBodSchG für wirksam erachtet.

Dennoch hat das HmbOVG die angefochtene Duldungsanordnung als rechtswidrig angesehen und aufgehoben, weil – so das Gericht – die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 9 Abs. 1 Satz 1 BBodSchG im entschiedenen Fall nicht vorlagen. Die beklagte Behörde war nach der Erkenntnis des Gerichts für das Vorliegen von Anhaltspunkten, dass auf dem Grundstück der Eigentümerin eine schädliche Bodenveränderung oder Altlast vorliege, beweisfällig geblieben. Wie das HmbOVG unter Bezugnahme auf die amtliche Gesetzesbegründung ausführt, genügt der Umstand allein, dass auf einem Grundstück über Jahre mit umweltgefährdenden Stoffen umgegangen wurde, es sich also um einen Altstandort handelt, nicht aus, um einen Gefahrenverdacht oder den Anfangsverdacht einer Gefahr zu begrün-

den, auf den Gefahrerforschungsmaßnahmen nach § 9 Abs. 1 Satz 1 BBodSchG gestützt werden können. Die Erfassung eines Grundstücks als „altlastverdächtige Fläche“ ist hiernach mit der Begründung eines Gefahrenverdachts nicht gleichzusetzen.

Allerdings erfordern tatsächliche Anhaltspunkte im Sinne von § 9 Abs. 1 Satz 1 BBodSchG – so das HmbOVG – keine „konkreten Anhaltspunkte“, bei deren Vorliegen die zuständige Behörde nach § 9 Abs. 2 Satz 1 BBodSchG ermächtigt ist, von den potenziell Pflichtigen zu verlangen, dass sie selbst (und auf eigene Kosten) die notwendigen Untersuchungen zur Gefährdungsabschätzung durchführen. Für den Gefahrenverdacht genügen tatsächliche Indizien. Deren Erfordernis geht indessen über bloße, „ins Blaue“ hinein gemachte Vermutungen hinaus. Anhaltspunkte im Sinne von § 9 Abs. 1 Satz 1 BBodSchG liegen erst vor, wenn eine – wenn auch nur geringe – Tatsachenbasis vorliegt, die zu dem Schluss berechtigt, dass das Vorliegen einer schädlichen Bodenveränderung oder Altlast nicht ganz unwahrscheinlich ist (HmbOVG, Urteil vom 12.10.2017 – 2 Bf 1/16, Rn. 33; so auch OVG Koblenz, Urteil vom 11.10.2007 – 1 A 10281/07; OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 19.06.2009 – OVG 11 S 62/08).

Das HmbOVG sieht seine Gesetzesauslegung durch die Regelung in § 3 Abs. 1 und 2 der Bundes-Bodenschutz- und Altlastenverordnung (BBodSchV) bestätigt; denn diese Regelung setzt – neben dem Umgang mit Schadstoffen – voraus, dass „die jeweilige Betriebs-, Bewirtschaftungs- oder Verfahrensweise oder Störungen des bestimmungsgemäßen Betriebs nicht unerhebliche Einträge solcher Stoffe in den Boden vermuten lassen“.

Nach der Erkenntnis des HmbOVG wird hierdurch verdeutlicht, dass nicht maßgeblich auf das bloße „Vorkommen“ von Schadstoffen auf dem betreffenden Grundstück abzustellen ist. Vielmehr kommt es darüber hinaus auf die Tatbe-

standsmerkmale des „Umgangs“ mit Schadstoffen und eines schädigenden Bodeneintrags an, die im Zusammenhang mit „anthropogenen Prozessen“ in dem Betrieb stehen müssen (HmbOVG, Urteil vom 12.10.2017 – 2 Bf 1/16, Rn. 36). In § 3 Abs. 2 Satz 2 BBodSchV findet sich eine ergänzende wie abschließende Aufzählung von bestimmten Fallgestaltungen, die Anhaltspunkte für das Vorliegen einer schädlichen Bodenveränderung geben. Gemessen an diesen Voraussetzungen, konnte das HmbOVG in dem entschiedenen Fall nicht feststellen, dass gemäß § 9 Abs. 1 Satz 1 BBodSchG Anhaltspunkte für das Vorliegen einer schädlichen Bodenveränderung oder Altlast auf dem streitgegenständlichen Grundstück vorliegen.

Rechtspraktische Konsequenzen:

Das Urteil des HmbOVG macht deutlich, dass die Behörden sich bei Duldungsanordnungen zur Ermöglichung einer bodenschutzrechtlich orientierenden Untersuchung nicht mit abstrakt behaupteten Anhaltspunkten für eine schädliche Bodenveränderung oder Altlast begnügen dürfen. Für die künftige Rechts- und Verwaltungspraxis ist wichtig, dass die Behörden nach den wiedergegebenen Erkenntnissen gehalten sind, zur Begründung solcher Duldungsanordnungen im jeweiligen Einzelfall nachvollziehbare und prüffähige Anhaltspunkte für das Vorliegen einer schädlichen Bodenveränderung oder Altlast festzustellen und zu benennen. Die hiermit geforderte Disziplinierung des Verwaltungshandelns ist zu begrüßen.

□ **Abweichende Bauausführungen nach Zustimmungserklärung des Nachbarn**

Mit Urteil vom 05.09.2017 – 7 A 1069/14 – hat das Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen (OVG NRW) entschieden, dass es dem Nachbarn im Hinblick auf den Grundsatz von Treu und Glauben verwehrt sein kann, Abwehrrechte gegen ein Bauvorhaben geltend zu machen, wenn er zuvor seine Zustimmung auf den Bauvorlagen erteilt hatte. Dies gelte auch dann, wenn das Vorhaben abweichend von den Bauvorlagen errichtet wurde, der Bauherr aber davon ausgehen konnte, dass der Nachbar vernünftigerweise mit diesen Abweichungen einverstanden sein werde.

Der Entscheidung liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Die Klägerin und die Beigeladenen (zu 1. – 5. im Wohnungsgrundbuch eingetragen) sind Eigentümer benachbarter Grundstücke, die jeweils mit mehrgeschossigen Wohnhäusern in geschlossener Bauweise bebaut sind. Mit Baugenehmigung vom 30.05.2012 erhielt der Rechtsvorgänger des Beigeladenen zu 1. die Genehmigung für den Umbau und die Sanierung des auf seinem Grundstück befindlichen Mehrfamilienhauses. Die eingereichten und grüngestempelten Baupläne wurden von der Klägerin mit ihrer Zustimmungserklärung versehen. Dabei lagen die Abstandsflächen des Gebäudes sowie die Abstandsfläche der Spindeltreppe nicht auf dem Antragsgrundstück selbst.

Der Beklagte hat die Baugenehmigung mit der Zustimmungserklärung erteilt. Der Bauherr hat im Folgenden jedoch abweichend von der erteilten Baugenehmigung das Gebäude nicht umgebaut, sondern weitgehend abgerissen.

Mit Schreiben vom 10.06.2013 begehrte daraufhin die Klägerin ein bauordnungsrechtliches Einschreiten gegen das Bauvorhaben der Beigeladenen, da die Au-

ßenwände des Hintergebäudes entgegen ihrer Zustimmungserklärung zu dem Bauantrag abgerissen worden seien und derzeit neu aufgebaut würden. Nach dem Abriss der Außenwände stelle sich das Bauvorhaben als formell illegal dar, da ein Abriss der Außenwände und eine Neuerrichtung weder beantragt noch genehmigt worden seien.

Die Beklagte sowie nun auch das OVG NRW und schon die Vorinstanz lehnten einen Anspruch auf bauordnungsrechtliches Einschreiten nach § 61 Abs. 1 Satz 2 BauO NRW ab, da es der Klägerin im Hinblick auf ihre Zustimmungserklärung auf den Bauplänen verwehrt sei, sich auf eine Verletzung von Nachbarrechten zu berufen und einen Anspruch auf Verpflichtung der Beklagten zum Einschreiten gegen das streitgegenständliche Vorhaben geltend zu machen. Das Rechtsinstitut der unzulässigen Rechtsausübung, das im Gebot von Treu und Glauben verankert ist, verbiete ein widersprüchliches Verhalten. Der Rechtsvorgänger der Beigeladenen habe im Hinblick auf die Zustimmungserklärungen auf den Bauvorlagen darauf vertrauen dürfen, dass die Klägerin ein nachbarliches Abwehrrecht auch gegen das nun verwirklichte Vorhaben nicht geltend machen werde, da die hierdurch geschaffene tatsächliche bauliche Situation in den wesentlichen Punkten der in den Bauplänen gebilligten Genehmigungslage entspreche. Der von der Zustimmungserklärung erfasste Grenzabstand würde nicht unterschritten und da das Fundament der Bestandswand im Untergeschoss erhalten worden sei, gründe die neue Wand ab dem Erdgeschoss auf dem alten Fundament und stelle daher keinen kompletten „Neubau“ dar.

Aufgrund der genehmigten und von der Zustimmung umfassten Wärmedämmung sei auch das optische Erscheinungsbild der Abschlusswand des tatsächlich erstellten Anbaus im Verhältnis zum Genehmigungsstand unverändert geblieben. Auch nach den mit der Zustimmungserklärung versehenen Bauunterlagen sei nicht nur eine Sanierung des Altbestandes, sondern

auch schon eine weitgehende Entkernung vorgesehen worden. Von den weiteren Änderungen gegenüber den ursprünglichen Plänen gingen keine relevanten Beeinträchtigungen von nachbarlichen Belangen aus. Daher durfte der Rechtsvorgänger der Beigeladenen aufgrund der abgegebenen Zustimmungserklärungen bei Anlegung vernünftiger Maßstäbe davon ausgehen, dass die Klägerin mit der geänderten Bauausführung ohne Weiteres einverstanden sei. Dieses Vertrauen sei erst nach Abriss der Bestandswand durch die gegenteilige Erklärung der Klägerin zerstört worden. Zu diesem Zeitpunkt habe der Rechtsvorgänger der Beigeladenen jedoch sein schützenswertes Vertrauen auf nicht wiederumkehrbare Weise betätigt, da mit der Beseitigung der alten Mauerfragmente eine Rückkehr zu der ursprünglich vorgesehenen Bauweise tatsächlich ausgeschlossen war.

Die Entscheidung ist insoweit bemerkenswert, als dass eine Nachbarzustimmung auch Rechtsfolgen für ein „Aliud“ entfalten kann. Die Zustimmung würde zwar nicht dazu führen, dass mit dieser eine erneute Baugenehmigung erteilt werden könnte, weil sich eine solche Zustimmung nur auf das konkrete Bauvorhaben bezieht; sie entfaltet aber mittelbar Rechtsfolgen bei der Frage, ob der betroffene Nachbar einen Anspruch auf bauordnungsrechtliches Einschreiten hat.

□ **Anspruch eines dualen Systems gegen ein anderes duales System auf ordnungsgemäße Erfüllung von Meldepflichten**

Das Landgericht (LG) Köln hat mit Urteil vom 14.11.2017 – Az.: 90 O 61/16 – die Betreiberin eines dualen Systems verurteilt, es zu unterlassen, aufgrund eigener Analysen geringere Mengen beteiligungspflichtiger Verpackungen an die Clearingstelle der dualen Systeme zu melden, als gemäß § 6 Abs. 1 VerpackV tatsächlich beteiligungspflichtig sind.

Hersteller und Vertreiber, die mit Ware befüllte Verkaufsverpackungen, die typischerweise beim privaten Endverbraucher anfallen, erstmals in Verkehr bringen, haben sich gemäß § 6 Abs. 1 Satz 1 VerpackV zur Gewährleistung der flächendeckenden Rücknahme dieser Verkaufsverpackungen an einem oder mehreren Systemen nach § 6 Abs. 3 VerpackV zu beteiligen. Diese Systeme haben ihre die Rücknahme von Verpackungen betreffenden Rechtsbeziehungen in einem Mengenclearing- und einem Nebentgeltclearingvertrag und in dem Gesellschaftsvertrag der „Gemeinsamen Stelle der dualen Systeme Deutschlands GmbH“ geregelt. Gegenstand der Clearingverträge ist (unter anderem) die Art und Weise der Aufteilung der Kosten für die Rücknahme von beteiligungspflichtigen Verpackungen zwischen den dualen Systemen. Danach müssen die Kosten, die für die Rücknahme von beteiligungspflichtigen Verpackungen, die unter Verstoß gegen § 6 Abs. 1 VerpackV nicht an Systemen beteiligt worden sind, anteilig von allen Systemen getragen werden.

Das LG Köln sah es im Streitfall als erwiesen an, dass die Beklagte geringere Mengen beteiligungspflichtiger Verpackungen an die Clearingstelle der dualen Systeme gemeldet hatte, als gemäß § 6 Abs. 1 Satz 1 VerpackV tatsächlich beteiligungspflichtig waren. Grundlage für die Meldung geringerer Mengen waren eigene Analysen der Beklagten der von ihren Kunden an

sie gemeldeten Verpackungsmengen. Im Rahmen dieser Analysen hatte die Beklagte die Verpackungsmengen in die verschiedenen von der VerpackV vorgesehenen Verpackungsarten einkategorisiert, ohne individuelle Informationen über die Vertriebs- und Anfallstellenstruktur der Kunden zu den von ihnen in Verkehr gebrachten Verpackungsarten angefragt zu haben.

Das LG Köln hat die Beklagte verurteilt, dies zu unterlassen. Eine Pflicht, an die Clearingstelle alle tatsächlich gemäß § 6 Abs. 1 Satz 1 VerpackV beteiligungspflichtigen Verpackungen zu melden, ist in den Clearingverträgen zwar nicht ausdrücklich geregelt. Nach Ansicht des LG Köln lässt sich eine solche Pflicht den Clearingverträgen jedoch im Wege der Vertragsauslegung entnehmen. Durch die Clearingverträge stünden die Systembetreiber in einer Vertragsbeziehung, die umfangreiche Pflichten aller Teilnehmer des dualen Systems untereinander zum Gegenstand habe. Wesentlich für das Funktionieren des gesamten Systems sei es, dass die Systemteilnehmer ihren Meldepflichten sorgsam nachkommen. Diese Verpflichtung bestehe nicht nur gegenüber dem unabhängigen Dritten (im Sinne der Clearingverträge), sondern auch im Verhältnis der dualen Systeme untereinander. Das gelte insbesondere im Hinblick auf die finanziellen Konsequenzen, welche fehlerhafte Mengenmeldungen durch die unzutreffende Zuteilung von Kostenquoten gegenüber den Vertragspartnern zwangsläufig hätten.

Ferner hat das LG Köln die Beklagte verurteilt, es zu unterlassen, Vertragsmuster zu verwenden, die geeignet sind, ihre Kunden, also die Erstinverkehrbringer von Verkaufsverpackungen, darüber in die Irre zu führen, welche der von ihnen in Verkehr gebrachten Verpackungen als beteiligungspflichtige Verkaufsverpackungen gemeldet und zurückgenommen werden müssen. Gemäß dem Vertragswortlaut der von der Beklagten verwendeten Vertragsmuster war sie gegenüber ihren Kunden zur Rücknahme sämtlicher Verpa-

ckungen, also auch der nicht beteiligungspflichtigen Verpackungen verpflichtet. Dies ermöglichte es der Beklagten nach Auffassung des LG Köln, beteiligungspflichtige Verkaufsverpackungen fälschlicherweise anderen Verpackungsarten zuzuordnen, ohne dass dies ihren Kunden auffallen musste. Das LG Köln stützte sich insoweit insbesondere darauf, dass im Streitfall erwiesen sei, dass die Beklagte für einige Kunden gar keine Mengen bestimmter Verkaufsverpackungen an die Clearingstelle gemeldet hatte, obwohl offensichtlich war, dass diese Kunden solche Verpackungen in Verkehr gebracht hatten.

Informationen zu dem im Wesentlichen ab dem 01.01.2019 in Kraft tretenden Verpackungsgesetz finden Sie im Köhler & Klett Newsletter 01/2017, Link: <http://koehler-klett.de/newsletter/maerz-2017/bundestag-beschliesst-das-verpackungsgesetz>;

- **Urteil des Bundesgerichtshofs zur Geschäftsführung ohne Auftrag eines öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers für den Betreiber eines dualen Systems bei der Sammlung und Verwertung von PPK**

Der Bundesgerichtshof (BGH) hat sich in einem aktuellen Urteil vom 01.02.2018 (Az.: III ZR 53/17) zu den Voraussetzungen einer Anwendung der Vorschriften zur Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA) zwischen einem öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger (örE) und dem Betreiber eines dualen Systems geäußert, nachdem der ursprünglich zwischen diesen beiden Parteien bestehende Vertrag über die Sammlung und Verwertung von Verpackungen nach der Verpackungsverordnung gekündigt wurde.

Ursprünglich geklagt hatte ein örE gegen einen Systembetreiber. Zwischen den Parteien bestand bis einschließlich 2012 eine Vereinbarung, wonach der örE auch den auf den Systembetreiber anfallenden Anteil an PPK-Verkaufsverpackungen erfasste und verwertete. Mit der Klage verlangte der örE zunächst die Zahlung eines Ausgleichsbetrags für die von ihm im Jahr 2013 erbrachten Leistungen unter Hinweis auf eine Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA). Der Systembetreiber hat im Wege der Widerklage u.a. Auskunft über die Erlöse begehrt, die der örE 2013 aus der Vermarktung der von ihm in dem streitgegenständlichen Gebiet erfassten PPK-Verkaufsverpackungen erzielt hat. Vor Beginn der mündlichen Verhandlung hatte der örE die Klage allerdings zurückgenommen, so dass vom Gericht nur noch über die Widerklage des Systembetreibers zu entscheiden war.

Der BGH hat in seiner Entscheidung das Bestehen eines Anspruchs des Systembetreibers gegen den örE aus einer GoA auf Auskunftserteilung darüber, welche Erlöse er aus der Vermarktung von PPK erzielt habe, bejaht. Allerdings muss die Auskunft gemäß dem Urteil des BGH von dem örE nur Zug um Zug gegen Zahlung der

auf den Systembetreiber entfallenden anteiligen Sammelkosten durch den Systembetreiber erteilt werden.

Nach Auffassung des BGH handelte es sich in dem zu entscheidenden Fall um ein auch objektiv fremdes Geschäft des örE für den beklagten Systembetreiber, bei dem der Fremdgeschäftsführungswille vermutet werde. Soweit der örE im Jahr 2013 im Rahmen der Sammlung und Verwertung von PPK auch Verkaufsverpackungen gesammelt und verwertet habe, bezüglich derer sich der Systembetreiber in privatrechtlichen Verträgen mit Herstellern/Vertreibern von Verkaufsverpackungen zur Entsorgung verpflichtet hat und diese im Rahmen des dualen Systems insoweit unter die Quote des beklagten Systembetreibers fallen, handele es sich objektiv um ein Geschäft, das auch den beklagten Systembetreiber betreffe. Daran ändere auch die Kündigung des PPK-Erfassungs-/Verwertungsvertrags zum 31.12.2012 nichts. Diese Kündigung führe nicht dazu, dass der örE ab diesem Zeitpunkt nunmehr objektiv nur noch ein eigenes und kein auch-fremdes-Geschäft des beklagten Systembetreibers durchgeführt hätte.

Der Fremdgeschäftsführungswille des örE werde daher vermutet. Die danach immer noch mögliche Widerlegung dieser Vermutung sei, jedenfalls in dem zu entscheidenden Fall, nicht erfolgt. Denn der örE habe den PPK-Erfassungs-/Verwertungsvertrag zwar mit Schreiben vom 20.09.2012 zum Jahresende gekündigt, aber nicht, um nunmehr nur noch ausschließlich im eigenen Interesse tätig zu sein. Es sei vielmehr um eine Neuverhandlung der Konditionen gegangen. Dies ergebe sich aus der Ankündigung in einem Schreiben des örE, dem Systembetreiber für den Vertragszeitraum ab 01.01.2013 einen Vertragsentwurf zukommen zu lassen, und aus den in der Folge bis Ende 2013 geführten Vertragsverhandlungen. Der örE habe außerdem in einem Schreiben vom 05.12.2013, mit dem er dem Systembetreiber die Abrechnung für die erbrachten Leistungen im zurückliegen-

den Jahr übersandt hatte, ausdrücklich darauf hingewiesen, dass der Systembetreiber auch ohne vertragliche Grundlage den Ersatz der für ihn getätigten Aufwendungen nach den Grundsätzen der Geschäftsführung ohne Auftrag schulde.

Das Vorliegen eines ausschließlichen Eigengeschäftsführungswillens ergebe sich auch nicht daraus, dass der örE nicht laufend ab Januar 2013 monatlich gegenüber dem Systembetreiber abgerechnet habe und ihm in diesem Zusammenhang die auf ihn entfallenden Mengen mitgeteilt habe. Da Gegenstand der Verhandlungen der Parteien gerade die Berechnung der Höhe der Vergütung und der auf die Beklagte entfallenden Mengen war, bestand – solange die Verhandlungen nicht gescheitert waren – kein Anlass, vorzeitig hierüber gegenüber dem Systembetreiber abzurechnen, zumal der sogenannte (Abfall-)Mengenstromnachweis von ihm gegenüber der zuständigen Behörde erst zum 1. Mai des Folgejahres zu erbringen war.

Das Urteil des BGH ist von erheblicher praktischer Bedeutung, da es in den vergangenen Jahren immer wieder zu Fällen der vertragslosen Sammlung und Verwertung der Masseanteile der Systembetreiber an PPK-Verkaufsverpackungen durch örE oder private Entsorgungsunternehmen gekommen ist, nachdem entweder der örE bzw. das private Entsorgungsunternehmen oder aber der Systembetreiber den Vertrag gekündigt hatten, um bessere Vertragskonditionen durchzusetzen. In diesen Fällen bestand aufgrund divergierender Auffassungen der Obergerichte Unsicherheit zwischen den Beteiligten Parteien über die Voraussetzungen der Anwendung des Rechtstituts der GoA und die sich daraus ergebenden Ansprüche. Mit dem Urteil stellt der BGH nun klar, dass grundsätzlich auch in der typischen vertragslosen Konstellation der Fremdgeschäftsführungswille vermutet wird.

Zugleich lässt sich der Urteilsbegründung des BGH entnehmen, welche Anforderun-

gen an den örE oder das private Entsorgungsunternehmen gestellt werden, um den Fremdgeschäftsführungswillen zu widerlegen und damit eine Anwendung der Regelungen zur GoA für die Zukunft zu vermeiden, sofern dies im Einzelfall im wirtschaftlichen Interesse des örE bzw. privaten Entsorgungsunternehmens liegen sollte.

□ **Zwingender Ausschluss von Angeboten bei widersprüchlichen Nachunternehmerangaben**

Bei Beteiligung an öffentlichen Ausschreibungen unterlaufen Bieter oft Fehler. Ein häufiger Fehler ist hierbei, dass Angaben im eigenen Angebot widersprüchlich sind. Die Vergabekammer Thüringen hat mit ihrem Beschluss vom 08.11.2017 entschieden, dass widersprüchliche Angaben im Angebot zum zwingenden Angebotsausschluss führen. Widersprüchlich waren die Angaben im Angebot deshalb, weil der Bieter zum einen Sammelentsorgungsnachweise von Fremdunternehmen aufgelistet hatte, andererseits aber erklärt hatte, keine Nachunternehmer einzusetzen.

Sachverhalt

Der Auftraggeber hatte die mobile Sammlung und ordnungsgemäße Verwertung/Beseitigung von gefährlichen Abfällen im Gebiet eines Landkreises nach den Bestimmungen der VOL/A öffentlich ausgeschrieben. Eine Vergabe von Teilaufgaben an Nachunternehmer war in der Leistungsbeschreibung zugelassen. Sofern der Einsatz eines Nachunternehmers bereits bei Angebotsabgabe vorgesehen war, hatte der Bieter die Art der übertragenen Leistung sowie den Nachunternehmer in einem Angebotsformular zu benennen und entsprechende Unterlagen und Nachweise beizufügen.

Der Bestbieter hatte bei seinem Angebot angegeben, dass Angaben zu Nachunternehmern nicht notwendig seien, da ein solcher Einsatz nicht beabsichtigt sei. Der Auftraggeber forderte den Bieter dazu auf, Sammelentsorgungsnachweise für weitere Abfälle nachzureichen. Dieser Aufforderung kam der Bestbieter nach. Als Entsorger waren jedoch teilweise andere Unternehmen in den Nachweisen benannt. Der zweitplatzierte Bieter beanstandete das Vergabeverfahren beim Auftraggeber. Der Auftraggeber wies die Beanstandung zurück, legte die Vergabeak-

te jedoch der Vergabekammer Thüringen vor.

Entscheidung

Die Vergabekammer Thüringen gab der Beanstandung statt, da die Ausschreibung unter Verstoß gegen geltende Vergabebestimmungen durchgeführt wurde. Das Angebot des Bestbieters sei zwingend wegen widersprüchlicher Angaben auszuschließen. Betreibt ein Dritter eine Beseitigungs- bzw. Verwertungsanlage, dessen Kapazitäten der Bieter zu benutzen beabsichtigt, so handele es sich vergaberechtlich um einen Nachunternehmer. Weil der Bestbieter jedoch im Angebot darlegte, keinen Nachunternehmer einzusetzen, habe das Angebot widersprüchliche Angaben enthalten.

Selbst für den Fall, dass diese Angaben nicht widersprüchlich seien, wäre das Angebot vorliegend zwingend auszuschließen gewesen. Denn jedenfalls fehlten Unterlagen bzw. Erklärungen des Nachunternehmers. Die Nichtvorlage dieser Unterlagen hätte den zwingenden Ausschluss nach § 16 Abs. 3 lit. a VOL/A zur Folge haben müssen.

Praxishinweis

Die Entscheidung kann zumindest im Ergebnis überzeugen. Ein Bieter, der sich bei der Leistungserbringung Kapazitäten anderer Unternehmen bedienen möchte, setzt einen Nachunternehmer ein.

Allerdings ist fraglich, ob die Bewertung dieser Rechtsfrage einen zwingenden Ausschluss rechtfertigt. Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat in einer aktuellen Entscheidung festgehalten, dass Widersprüche in Angeboten nicht zwingend zu einem Ausschluss führen müssen, sondern aufzuklären sind (Beschluss vom 02.08.2017 – VII-Verg 17/17).

Dass die Entscheidung jedenfalls im Ergebnis richtig ist, liegt insbesondere daran, dass der Bieter nicht einen vom Nachunternehmer geforderten Entsorgungsnachweis vorlegen konnte. Bieter ist anzuraten, sich von Nachunternehmern

bereits zur Angebotsabgabe die Entsorgungsnachweise für alle ausgeschriebenen Abfallarten vorlegen zu lassen.

□ **Aktuelle Veranstaltungen**
- Auswahl -

17.04.2018

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

19.04.2018

19. forum vergabe Gespräche
Moderator: Dr. Dominik R. Lück
14:15 Uhr Workshop 2: „Von der Praxis ins Gesetz: Vergaberecht im Verpackungsgesetz“
Referent: Dr. Dominik R. Lück
veranstaltet durch das forum vergabe in Fulda

25.04.2018

Aktuelles Vergaberecht für Abfallwirtschaft und Entsorgung
Referent: Dr. Dominik R. Lück
veranstaltet durch den BDE Bundesverband der Deutschen Entsorgungs-, Wasser- und Rohstoffwirtschaft e. V. in Berlin

07./08.05.2018

Fortbildungslehrgang zur Auffrischung der Fachkunde gemäß § 11 EfbV und § 5 AbfAEV (Themenschwerpunkte: Abfallrecht/Immissionsschutzrecht)
Referenten: Dr. Anno Oexle und Dr. Rainer Geesmann
veranstaltet durch das BEW Bildungszentrum für die Ver- und Entsorgungswirtschaft in Duisburg

07.06.2018

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

12.06.2018

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

13.06.2018

Hinweise für das Verhalten beim Erscheinen von Behörden in Ermittlungsverfahren
Referentin: Dr. Anne-Louise Schümer
Vortrag im Rahmen der 7. Fresenius-Fachtagung für Mehrfachbeauftragte in Düsseldorf

19.06.2018

Entsorgungsverträge sicher gestalten
Referent: Dr. Anno Oexle
veranstaltet durch den BDE Bundesverband der Deutschen Entsorgungs-, Wasser- und Rohstoffwirtschaft e. V. in Köln

20.06.2018

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

Autoren dieses Newsletters sind:

Büro Köln

Rechtsanwalt Prof. Dr. W. Klett
Rechtsanwalt Dr. D. Lück
Rechtsanwalt Dr. A. de Diego
Rechtsanwalt Dr. R. Geesmann
Rechtsanwalt Dr. H. Weishaupt
Rechtsanwalt Prof. Dr. R. Breuer
Rechtsanwältin S. Johlen
Rechtsanwalt T. Lammers