

Newsletter

Umwelt □ Technik □ Vergabe

Sechzehnte Ausgabe, Dezember 2010

Seite

- Und sie sammeln doch! – Gewerbliche Sammlungen im Spiegel der Rechtsprechung 1
- Die private Wertstofftonne als integrierte gewerbliche Sammlung? 2
- Neue Vollzugshinweise zu Störungen beim elektronischen Abfallnachweisverfahren4
- Tongrubenentscheidung des Bundesverwaltungsgerichts zum Dritten – Anmerkungen zum Beschluss vom 28.07.2010 (– 7 B 16.10)6
- Zum Begriff „Betriebsführung“ als Bestandteil des Tastbestandsmerkmals Inhaber der Deponie in § 36 Abs. 2 KrW-/AbfG nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (Beschluss vom 22.07.2010 – 7 B 12.10 –)8
- Genehmigungsbedürftigkeit von Biogasanlagen und Bewältigung ihrer Geruchsimmissionen – zum Beschluss des VGH Baden-Württemberg vom 12.04.2010 (3 S 2786/09)..... 10
- Entwurf eines Berliner Gesetzes zur Ausführung des Umweltschadensgesetzes 12
- Urteil des Bundesverwaltungsgerichts zu Sondergebieten im Außenbereich 13
- Übernahmeanspruch und Geldentschädigung im Planungsschadensrecht 15
- Das unvollständige Wasserschutzgebiet (BVerwG, Beschluss vom 29.09.2010 – 7 BN 1/10) 18
- Xylohaltiges Löschwasser der Feuerwehr ist kein bestimmungsgemäßes Produkt der Altreifenbehandlung (VG Düsseldorf, Urteil vom 07.05.2010 – 26 K 3136/08) 19
- Entbehrlichkeit des Widerspruchsverfahrens im Einzelfall (BVerwG, Urteil vom 15.09.2010 – 8 C 21/09) 20
- Eignungsleihe auch von solchen Drittunternehmen, die keine Nachunternehmer sind! 22
- Verschärfung des Umweltstrafrechts aufgrund europarechtlicher Vorgaben ? – Referentenentwurf zur Umsetzung der Richtlinie 2008/99 des Europäischen Parlaments und des Rates über den strafrechtlichen Schutz der Umwelt..... 24
- Aktuelle Veröffentlichungen..... 25
- Aktuelle Veranstaltungen..... 26

Köln
 Apostelstraße 15/17
 50667 Köln
 T +49 (0)221 4207-0
 F +49 (0)221 4207-255

Berlin
 Friedrichstraße 185
 10117 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

□ **Und sie sammeln doch! – Gewerbliche Sammlungen im Spiegel der Rechtsprechung**

Die Verteilung der Entsorgungszuständigkeit zwischen Kommunen und privaten Entsorgungsunternehmen ist auch nach der Altpapierentscheidung des Bundesverwaltungsgerichts Gegenstand zahlreicher gerichtlicher Auseinandersetzungen – häufig mit erfolgreichem Ausgang für die private Seite.

Nach der Altpapierentscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 18.06.2009 (7 C 16.08) und der dort erfolgten restriktiven Auslegung der Voraussetzungen für die gewerbliche Sammlung von Wertstoffen aus privaten Haushalten wurde von interessierten Kreisen bereits deren Ende ausgerufen.

Zugegeben: Die Leipziger Richter haben mit ihrer engen Auslegung, insbesondere des Begriffs der gewerblichen Sammlung, die diesbezüglichen Anforderungen erheblich verschärft. Zahlreiche Kommunen haben unter Berufung auf dieses Urteil sofort vollziehbare Verbotsverfügungen erlassen.

Aber: In den gegen den Sofortvollzug dieser Verfügungen gerichteten Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes haben eine Reihe von Gerichten zugunsten der privaten Entsorgungsunternehmen votiert und ihnen – mit jeweils ganz unterschiedlicher Begründung – die Fortsetzung ihrer Sammeltätigkeit bis zur Entscheidung in der Hauptsache gestattet. Prominentestes Beispiel ist der Beschluss des Verwaltungsgerichts Berlin vom 25.10.2010 (10 L 274.10) zur Gelben Tonne Plus. Zu nennen sind daneben beispielsweise Beschlüsse des Obergerichtes Niedersachsen vom 26.05.2010 (7 ME 20/10), des Verwaltungsgerichts Gelsenkirchen vom

30.07.2010 (14 L 372/10) sowie des Verwaltungsgerichts Düsseldorf vom 28.10.2010 (17 L 1318/10 und 17 L 1330/10).

Diese im Eilverfahren getroffenen Entscheidungen helfen den betroffenen Unternehmen auch auf lange Sicht. Denn wegen der Dauer verwaltungsgerichtlicher Verfahren ist mit Urteilen in der Hauptsache erst 1-2 Jahre nach den jeweiligen Beschlüssen im Eilverfahren zu rechnen. Bis dahin dürften sich indes die rechtlichen Vorgaben wieder zugunsten der privaten Entsorgungswirtschaft verschoben haben. So sieht etwa der gegenwärtig verhandelte Entwurf eines neuen Kreislaufwirtschaftsgesetzes – in Korrektur der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts – einen weiten Sammelbegriff vor.

□ **Die private Wertstofftonne als integrierte gewerbliche Sammlung?**

Wenn es um die Frage der abfallrechtlichen Zulässigkeit einer privatwirtschaftlichen organisierten Wertstofftonne geht, in der Verpackungsabfälle und stoffgleiche Nicht-Verpackungsabfälle erfasst werden, ist zunächst in den Blick zu nehmen, in welchem Verhältnis die Überlassungspflichten nach § 13 Abs. 1 Satz 1 KrW-/AbfG zu den Regelungen in der Verpackungsverordnung stehen, insb. wenn ein System nach § 6 Abs. 3 VerpackV eingerichtet ist. Die Fragestellung ergibt sich daraus, dass in der Wertstofftonne zwei Stoffströme zusammengefasst werden, die unterschiedlichen Entsorgungszuständigkeiten unterliegen. So sind die Verpackungsabfälle den privaten Entsorgungsträgern zuzuordnen und die Nicht-Verpackungsabfälle den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern.

Entsorgungspflichten und Überlassungspflichten

Nach § 5 Abs. 2 Satz 1 KrW-/AbfG sind Erzeuger oder Besitzer von Abfällen grundsätzlich selbst verpflichtet, diese nach Maßgabe des § 6 KrW-/AbfG zu verwerten. Soweit es um die Beseitigung von Abfällen geht, ist in § 11 Abs. 1 KrW-/AbfG geregelt, dass die Erzeuger oder Besitzer von Abfällen diese nach den Grundsätzen der gemeinwohlverträglichen Abfallbeseitigung nach § 10 KrW-/AbfG zu beseitigen haben. Bereits in § 11 Abs. 1 2. Halbsatz KrW-/AbfG ist jedoch geregelt, dass dies nur gilt, soweit in den §§ 13-18 KrW-/AbfG nichts anderes bestimmt ist.

Dementsprechend regelt § 13 Abs. 1 KrW-/AbfG für die Erzeuger oder Besitzer von bestimmten Abfällen

aus bestimmten Herkunftsbereichen Überlassungspflichten und wandelt insoweit die Grundpflichten der Erzeuger oder Besitzer von Abfällen zu Überlassungspflichten gegenüber den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern um.

Soweit die Überlassungspflichten greifen, gehen gemäß § 15 Abs. 1 Satz 1 KrW-/AbfG die Entsorgungspflichten auf die jeweiligen öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger über.

Systematik der Überlassungspflichten bei Einführung einer Wertstofftonne

Da es im vorliegenden Zusammenhang zum einen um die Entsorgung von restentleerten Verkaufsverpackungen aus privaten Haushaltungen geht, ist insoweit die Regelung in § 13 Abs. 1 Satz 1 KrW-/AbfG zu betrachten. Dementsprechend ist in § 13 Abs. 1 Satz 1 KrW-/AbfG geregelt, dass abweichend von § 5 Abs. 2 KrW-/AbfG und § 11 Abs. 1 KrW-/AbfG Erzeuger oder Besitzer von Abfällen aus privaten Haushaltungen verpflichtet sind, diese den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern zu überlassen, soweit sie zu einer Verwertung nicht in der Lage sind oder diese nicht beabsichtigen. Demnach unterliegen sowohl Abfälle zur Verwertung als auch Abfälle zur Beseitigung aus privaten Haushaltungen dem Grundsatz nach der Überlassungspflicht. Die Frage nach der Zulässigkeit der sog. Eigenentsorgung gem. § 13 Abs. 1 Satz 1 2. Halbsatz KrW-/AbfG bedarf im vorliegenden Zusammenhang nicht der Vertiefung, da die haushaltsnahe Erfassung von Verkaufsverpackungen keinen Fall der Eigenentsorgung darstellt und aus der Sicht der jeweiligen Haushaltung auch nicht als Drittbeauftragung nach § 16 Abs. 1 Satz 1 KrW-/AbfG anzusehen ist.

Ausnahmen von der Überlassungspflicht bei Einführung einer privaten Wertstofftonne

In § 13 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1, 1a, 2 und 3 KrW-/AbfG sind Ausnahmen von der Überlassungspflicht geregelt. Namentlich besteht die Überlassungspflicht nicht für Abfälle die einer sog. Rücknahme-Verordnung unterliegen (Nr. 1), die in Wahrnehmung der Produktverantwortung freiwillig zurückgenommen werden (Nr. 1a), die Gegenstand einer gemeinnützigen (Nr. 2) oder gewerblichen Sammlung (Nr. 3) sind. Soweit im vorliegenden Rahmen die haushaltsnahe Erfassung von Verkaufsverpackungen durch duale Systeme nach § 6 Abs. 3 VerpackV berührt ist, steht die Ausnahme gem. § 13 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 KrW-/AbfG in Rede. Nach § 13 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 KrW-/AbfG besteht die Überlassungspflicht nicht für Abfälle, die einer Rücknahme- oder Rückgabepflicht aufgrund einer Rechtsverordnung nach § 24 KrW-/AbfG unterliegen, soweit nicht die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger aufgrund einer Bestimmung nach § 24 Abs. 2 Nr. 4 KrW-/AbfG an der Rücknahme mitwirken.

Die Verpackungsverordnung, einschließlich der Abstimmungsregelung in § 6 Abs. 4 VerpackV, ist eine Rechtsverordnung u.a. nach § 24 Abs. 1 Nr. 2, 3 und 4 und Abs. 2 Nr. 1 KrW-/AbfG. Soweit darüber hinaus in § 13 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 KrW-/AbfG davon die Rede ist, dass die Ausnahme nur greift, soweit nicht die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger aufgrund einer Bestimmung nach § 24 Abs. 2 Nr. 4 KrW-/AbfG an der Rücknahme mitwirken, ergibt sich bereits aus der zitierten Inbezugnahme der Ermächtigungsgrundlage, dass die Verpackungsverordnung jedenfalls eine solche Mitwirkung nicht vorsieht.

Damit ist als Zwischenfazit festzuhalten, dass eine Überlassungspflicht für Verpackungsabfälle aus privaten Haushaltungen aufgrund der Ausnahmevorschrift des § 13 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 KrW-/AbfG nicht besteht. Die haushaltsnahe Verpackungsentsorgung ist damit aus der „Hausmüllentsorgung“ ausgegliedert und dem Verantwortungs- und Organisationsbereich der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger entzogen.

Ein anderes Ergebnis ergibt sich auch nicht aus dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, das zuletzt zum Verhältnis der Regelung in § 13 Abs. 3 KrW-/AbfG zu § 13 Abs. 1 i.V.m. § 15 KrW-/AbfG ausgeführt hat, dass die letztgenannten Vorschriften eine „Grundentscheidung zu Gunsten der öffentlich-rechtlichen Entsorgung des Abfalls aus privaten Haushaltungen getroffen“ haben, der gegenüber sich auch die in § 13 Abs. 3 KrW-/AbfG aufgeführten Sachverhalte als im Zweifel eng auszulegende Ausnahmen vom Regelfall darstellen. Insoweit ist zu betonen, dass das Bundesverwaltungsgericht in der zitierten Entscheidung zwar das Verhältnis von § 13 Abs. 1 KrW-/AbfG zu § 13 Abs. 3 KrW-/AbfG anspricht, jedoch allein die Tatbestandsvoraussetzungen der Ausnahmeregelungen in § 13 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 und insbesondere Nr. 3 KrW-/AbfG näher untersucht. Dies ergibt sich unmittelbar daraus, dass Gegenstand der Entscheidung die Frage der Zulässigkeit einer gewerblichen Sammlung nach § 13 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 KrW-/AbfG war.

Soweit der Strom Nicht-Verpackungsabfälle in der Wertstofftonne betroffen ist, greift dagegen – vorbehaltlich des Vorliegens einer der in § 13 Abs. 3 KrW-/AbfG genannten Ausnahmen – die Überlas-

sungspflicht gem. § 13 Abs. 1 Satz 1 KrW-/AbfG.

Entschließt sich der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger, die Erfassung dieses Mengenanteils durch ein privates Entsorgungsunternehmen durchzuführen, kann dies auf Basis von § 6 Abs. 4 Satz 7 VerpackV im Rahmen der Abstimmung erfolgen. Eine derartige Miterfassung durch das private Entsorgungsunternehmen ist nicht als gewerbliche Sammlung im Sinne des § 13 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 KrW-/AbfG aufzufassen, weil sich die Zuständigkeit für die Entsorgung hierdurch nicht ändert.

Damit ist festzuhalten, dass sich die Miterfassung von stoffgleichen Nicht-Verpackungsabfällen auf Basis von § 6 Abs. 4 Satz 4 VerpackV im Rahmen einer (privaten) Wertstofftonne nicht als integrierte gewerbliche Sammlung nach § 13 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 KrW-/AbfG darstellt. Vielmehr erweist sich die Wertstofftonne als logistische Einrichtung zur Erfassung von Abfallströmen, die verschiedenen Zuständigkeiten unterliegen. Eine andere Frage ist, wie nach der Erfassung die weitere Entsorgung unter Beachtung der verschiedenen Zuständigkeiten erfolgt (Stichwort: Sortierung, Kostenaufteilung).

□ **Neue Vollzugshinweise zu Störungen beim elektronischen Abfallnachweisverfahren**

Das Inkrafttreten des elektronischen Abfallnachweisverfahrens (eANV) am 01.04.2010 hat die Abfallwirtschaft in finanzieller und organisatorischer Hinsicht vor eine Herausforderung gestellt. Nicht nur die Anschaffung der technischen Ausrüstung war erforderlich, sondern auch die Prozessabläufe mussten überdacht und angepasst werden. Für Erzeuger und Beförderer gefährlicher Abfälle bestand dabei bislang eine „Schonfrist“ im Hinblick auf die erforderliche qualifizierte elektronische Signatur, die jedoch am 01.02.2011 verstreicht. Dann müssen auch diese Beteiligten in der Lage sein, qualifiziert elektronisch zu signieren. Dies wirft altbekannte Fragen neu auf, wie etwa die Frage, wer als Abfallerzeuger auf Baustellen einzustufen ist (siehe hierzu Newsletter 02/2010) und ob eine Bevollmächtigung Dritter möglich ist. Neben der Klärung dieser rechtlichen Fragen sind aber auch zahlreiche technische Probleme bei der Umsetzung des eANV zu bewältigen.

Die Kommunikation im eANV erfolgt über die Zentrale Koordinierungsstelle der Länder (ZKS-Abfall). Hierbei handelt es sich nicht um eine Behörde, sondern um eine technische Infrastruktur, die für die Abwicklung des Nachweisverfahrens einen länderübergreifenden und bundesweit einheitlichen Datenaustausch ermöglichen soll.

Bereits vor Inkrafttreten des elektronischen Abfallnachweisverfahrens war im Zusammenhang mit der Registrierung bei der ZKS-Abfall bekannt geworden, dass es für einen beliebigen bei der ZKS-Abfall registrierten Kontoinhaber möglich

war, ohne Kenntnis und Zustimmung eines anderen registrierten Kontoinhabers die unter dessen Konto registrierten Unternehmen zu seinem Konto „umzuhängen“ und dadurch die für dieses Unternehmen eingehenden Posteingänge einzusehen.

Ferner ist es Anfang August dieses Jahres zu einem längeren Funktionsausfall der ZKS-Abfall gekommen. Die Ursachen sind nicht abschließend aufgeklärt. Vermutet werden zahlreiche organisatorische Defizite und technische Problemen, die nicht nur die ZKS-Abfall, sondern teilweise auch die von den Abfallwirtschaftsbeteiligten genutzten IT-Systeme betreffen sollen. Ein Zusammenhang könne auch damit bestehen, dass einzelne ZKS-Komponenten, wie etwa das Länder-eANV, stärker genutzt werden als erwartet. Auch erschwerten Auslegungsspielräume bei der Umsetzung der BMU-Datenschnittstelle die Kommunikation zwischen den Nachweispflichtigen bzw. den Providern.

Ein stabiler Betrieb der ZKS-Abfall kann bis heute nicht gewährleistet werden, so dass es immer wieder zu kurzzeitigen Störungen im Betrieb der ZKS-Abfall kommt. Vor diesem Hintergrund wurden mit der Wirtschaft verschiedene Maßnahmen vereinbart, um Störungen und Ausfälle der Kommunikationssysteme baldmöglichst zu unterbinden, deren Auswirkungen zumindest abzumildern und die bestehenden Probleme beim Vollzug des eANV langfristig abzustellen.

So wurde zwischen den Beteiligten vereinbart, dass für das „Umhängen“ von registrierten Betrieben von einem Konto zum anderen die Zustimmung des abgebenden und annehmenden Kontoinhabers er-

forderlich sein soll. Dies soll bis Ende 2010 umgesetzt sein.

Um Unklarheiten bei der Auslegung der BMU-Schnittstelle zwischen den verschiedenen Anbietern auszuräumen, werden das BMU und die Länder in Abstimmung mit den Herstellern von eANV-Software eine Interpretationshilfe der BMU-Schnittstelle erarbeiten, um so eine reibungslose Kommunikation zwischen der Software verschiedener Hersteller erreichen zu können.

Ferner ist eine Verständigung über pragmatische Konventionen für eine effektive und praxisgerechte Abwicklung des Abfallnachweisverfahrens herbeigeführt worden. Diese wurde in Vollzugshinweisen festgelegt, die zwar keine Gesetzeskraft haben, aber eine faktische Bindungswirkung entfalten. Diese Vollzugshinweise können bei der ZKS-Abfall abgerufen werden. Sie sollen bis zum 31.01.2011 gelten. Festgelegt wurde unter anderem der Ablauf bei der Führung von Einzel- und Sammelentsorgungsnachweisen sowie der elektronischen Begleitscheinführung im Falle von Übertragungs- bzw. Kommunikationsstörungen. Wichtig ist dabei insbesondere, dass Aussagen eines Abfallwirtschaftsbeteiligten, es liege eine Störung des Kommunikationssystems vor, in der Regel ohne weitere Prüfung als zutreffend bzw. nicht ausschließbar und damit als richtig zu unterstellen sind. Verstöße gegen Pflichten zur elektronischen Nachweisführung sollen daher in diesen Fällen grundsätzlich nicht als Ordnungswidrigkeiten verfolgt werden. Ebenso wenig sind insoweit Defizite bei der Form der Registerführung zu beanstanden. Unberührt bleiben allerdings die Pflichten der Abfallwirtschaftsbeteiligten, überhaupt Nachweise und Register zu führen.

□ **Tongrubenentscheidung des Bundesverwaltungsgerichts zum Dritten – Anmerkungen zum Beschluss vom 28.07.2010 (– 7 B 16.10)**

Die Verwertung mineralischer Abfälle zur Verfüllung von Tongruben war bereits wiederholt Gegenstand der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (Urteil vom 26.05.1994 – 7 C 14.93 – BVerwGE 96, 80; vom 14.04.2005 – 7 C 26.03 – BVerwGE 123, 247). In diesen Entscheidungen sind Anforderungen an die rechtliche Beurteilung der Verfüllstoffe und deren Auswirkungen auf Boden und Grundwasser konkretisiert worden. Die bisherige Linie der Rechtsprechung ist mit der neuen Entscheidung fortgesetzt worden. Danach finden die bodenschutzrechtlichen Vorsorgewerte bei Verfüllmaßnahmen ohne räumliche Einschränkung auf die durchwurzelbare Bodenschicht Anwendung. Allerdings ist die Frage der Umsetzung dieser Anforderungen des Bodenschutzes in bestehenden Zulassungen noch offen geblieben.

Gegenstand des Verwaltungsrechtsstreits waren die Bedingungen, unter denen Bodenaushub aus Straßenbauvorhaben in eine Lavagrube eingebracht werden darf. Auf der Grundlage des bestandskräftigen Sonderbetriebsplans vom 18.12.1998 durfte die Klägerin Fremdmassen, welche den Anforderungen in einer in dem Zulassungsbescheid für verbindlich erklärten Verwaltungsvorschrift entsprachen, für die Wiedernutzbarmachung der Oberfläche verwenden. Wegen des Streits über die ergänzende Geltung der Verpflichtungen des Bodenschutzes ließ die Klägerin im Wege der Feststellungsklage klären, dass die in dem Zulassungsbescheid angegebenen Grenzwerte und nicht die Vorsorgewerte der Bundesbodenschutz-

verordnung (BBodSchV) maßgeblich sind. Die erstinstanzliche Klage war erfolgreich, hingegen wurde die Klage von dem Oberverwaltungsgericht Rheinland-Pfalz (OVG Rh-Pf) mit Urteil vom 12.11.2009 – OVG 1 A 11222/09 – abgewiesen und die Revision nicht zugelassen. Die Nichtzulassungsbeschwerde wurde schließlich vom Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) zurückgewiesen.

In der Entscheidung des BVerwG wurde der Frage, ob den Vorsorgewerten der BBodSchV unmittelbare Geltung auch für bereits vor ihrem Inkrafttreten zugelassene Verfüllungen zukommt, ohne dass bestandskräftige Sonderbetriebsplanzulassungen geändert werden müssten, aus revisionsrechtlichen Gründen keine grundsätzliche Bedeutung zugemessen. Das Revisionsgericht hatte insoweit keinen Anlass der Prüfung dieser Frage weiter nachzugehen, weil das angegriffene Urteil des OVG Rh-Pf auf eine weitere selbstständig tragende Begründung gestützt war und diese nicht mit zulässigen und begründeten Rügen im Rahmen der Revisionsnichtzulassungsbeschwerde angegriffen worden war.

Das OVG Rh-Pf hatte die Klageabweisung damit begründet, dass der Feststellungsanspruch deswegen nicht bestehe, weil die im Zulassungsbescheid geregelten Grenzwerte nicht als abschließend gemeint, sondern im Sinne einer dynamischen Verweisung auf das jeweils aktuelle Bodenschutzrecht offen angelegt seien. Unabhängig davon sind nach Auffassung des OVG Rh-Pf die Vorsorgewerte der BBodSchV auch gegenüber bestandskräftigen bergrechtlichen Sonderbetriebsplanzulassungen unmittelbar gültig bzw. zu beachten. Die streitige Frage der Direktwirkung bodenschutzrechtlicher Vorsorgewerte für Altgenehmigungen

ohne deren vorherige Änderungen stellt sich nach der Ansicht des BVerwG im Revisionsverfahren aber nur dann, wenn die Beschwerde – was vorliegend nicht der Fall war – die Ausführungen des OVG Rh-Pf zur dynamischen Verweisung auf das Bodenschutzrecht mit Erfolg angegriffen hätte.

Wegen der damit zusammenhängenden Frage der Geltung der bodenschutzrechtlichen Vorsorgewerte auch im Verfüllbereich besteht nach der Begründung des BVerwG jedoch kein Anlass zur Zulassung der Revision. Insoweit nimmt das BVerwG auf die zweite Tongrubenenentscheidung vom 14.04.2005 – 7 C 26.03 – (BVerwGE 123, 247) Bezug. Danach gelten die bodenschutzrechtlichen Vorschriften, soweit das Bundesberggesetz Einwirkungen auf den Boden nicht regelt. In Ermangelung solcher bergrechtlichen Vorschriften wurde das BBodSchG für die Verfüllung von Tagebauen für anwendbar erklärt. Klarstellend enthält der Beschluss des BVerwG vom 28.07.2010 dazu die Hinweise, dass die Ausführungen in dieser in Bezug genommenen Entscheidung angesichts des Schutzzwecks des BBodSchG nicht nur auf den Bereich der durchwurzelbaren Bodenschicht und auch nicht nur auf die Verfüllung mit „Boden“ beschränkt seien.

Ein Erfordernis zur Durchführung für ein Revisionsverfahren wurde auch nicht zur Klärung der Frage, ob bei legal teilverfüllten Tagebauen für die Restverfüllung die Einhaltung der bodenschutzrechtlichen Vorsorgewerte verlangt werden kann oder ob Abweichungen hiervon zulässig sind, erkannt, da Sonderregelungen für diesen Sachverhalt nicht ersichtlich seien.

Hinweis

Offen geblieben ist nach dieser Entscheidung, ob die grundsätzlich verbindlichen Vorsorgewerte der BBodSchV im Falle laufender Verfüllmaßnahmen unmittelbar anzuwenden sind, ohne dass zuvor die entsprechenden Verfüllgenehmigungen von der zuständigen Behörde geändert werden müssten.

Die Feststellung des BVerwG, dass die Vorsorgewerte der BBodSchV auf das Verfüllmaterial anzuwenden sind, bedeutet für Verfüllmaßnahmen von Tagebauen, dass diese Anforderungen seit Inkrafttreten der BBodSchV zu beachten sind. Dies gilt erst recht für zukünftige Verfüllmaßnahmen, es sei denn, dafür würden Sonderregelungen im Zusammenhang mit den in Aufstellung befindlichen Vorschriften für eine Ersatzbaustoffverordnung geschaffen.

Fraglich ist danach jedoch, wie sich diese Anforderungen für laufende Maßnahmen auswirken. Dafür kommt es auf den konkreten Regelungsgehalt der Zulassungsentscheidung an. Ohne eine dynamische Verweisung auf das Bodenschutzrecht, wie in dem entschiedenen Fall, wird zunächst zu klären sein, wann der Zulassungsbescheid erlassen wurde.

Wenn der Zulassungsbescheid vor dem Inkrafttreten der BBodSchV am 17.07.1999 erlassen wurde, waren die bodenschutzrechtlichen Anforderungen noch nicht zu beachten; in diesem Fall stellt sich die Frage, wie dessen Anpassung an die nachträglich geänderte Rechtslage zu erfolgen hat oder ob die bodenschutzrechtlichen Vorschriften unmittelbare Geltung beanspruchen. Auf der Grundlage der Rechtsprechung des BVerwG für die unmittelbare Geltung der Vorschriften

der AbfAbIV (Beschluss vom 03.06.2004 – 7 B 14/04 – NVwZ 2004, 1246; siehe dazu kritisch Klett/Oexle, NVwZ 2004, 1301 ff.) wäre daran zu denken, dass die unmittelbare Geltung an verwaltungsrechtliche und rechtstaatliche Grundsätze gebunden ist, welche unter anderem eine Ermächtigungsgrundlage für verschärfende Eingriffe in bestandskräftige Zulassungsbescheide erfordern (vgl. z.B. für das Abfallrecht § 36 c KrW-/AbfG). Solche Anknüpfungspunkte sind für den vorliegenden, durch das BVerwG entschiedenen Fall nicht ersichtlich. Nach dieser Einschätzung können solche Verfüllmaßnahmen auf der Grundlage des Zulassungsbescheids weiter fortgesetzt werden.

Wenn der Zulassungsbescheid erst nach dem Inkrafttreten der BBodSchV erlassen wurde, waren die bodenschutzrechtlichen Anforderungen bereits bei dessen Erlass zu beachten. Ein ohne Beachtung dieser Anforderungen ergangener Zulassungsbescheid wäre rechtswidrig. Selbst bei bestandskräftigen Zulassungsbescheiden würde deren Abänderung nach den Voraussetzungen des Verwaltungsverfahrensrechts erfolgen können (§ 48 VwVfG). Auch insoweit würde also eine Abänderung des Zulassungsbescheids zu dessen Anpassung an die bodenschutzrechtlichen Anforderungen zu erfolgen haben.

- **Zum Begriff „Betriebsführung“ als Bestandteil des Tastbestandsmerkmals Inhaber der Deponie in § 36 Abs. 2 KrW-/AbfG nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (Beschluss vom 22.07.2010 – 7 B 12.10 –)**

Die von der bisherigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts konkretisierte Begriffsbestimmung „Inhaber der Deponie“ wird fortgeführt und auch auf sogenannte Betriebsdeponien angewendet.

Im Zusammenhang mit der gerichtlichen Überprüfung von abfallrechtlichen Nachsorgepflichten streiten die Beteiligten unter anderem über die „Betriebsführung“ als Anknüpfungspunkt für abfallrechtliche Nachsorgepflichten, insbesondere ob die Anforderungen an die Betriebsführung in anderen Rechtsbereichen gleichermaßen auch für das Abfallrecht gelten.

In dem Beschluss wird auf die bisherige Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (Urteil vom 31.08.2006 – 7 C 3.06 – DVBl. 2006 1517, 1518, Rn. 12; Beschluss vom 07.12.2000 – 3 B 148.00 – juris, Rn. 4, 7) Bezug genommen. Danach ist Inhaber der Deponie nur derjenige, wer sie betreibt oder zuletzt betrieben hat. Nach dem Gesetzeszweck ist darauf abzustellen, wer für die Deponie rechtlich und tatsächlich verantwortlich ist. An diejenigen richten sich die zur Gewährleistung des ordnungsgemäßen Betriebs bestimmten gesetzlichen Pflichten. Verantwortlich für die Deponie ist deren Betreiber, weil nur er tatsächlich und rechtlich in der Lage ist, deren Betrieb entsprechend den gesetzlichen Anforderungen zu führen. Er ist Inhaber

der Verfügungsgewalt über die Abfallentsorgungsanlage, nimmt die Betriebsführung wahr und trägt damit die Verantwortung, dass das Wohl der Allgemeinheit nicht gefährdet wird.

Insoweit werden die Begriffe Inhaber und Betreiber der Deponie synonym verwendet. Derjenige, der nur Grundstückseigentümer und nicht selbst Betreiber der Deponie ist, unterliegt jedenfalls nicht den abfallrechtlichen Anforderungen.

Betriebsführung ist im Abfallrecht grundsätzlich nicht anders auszulegen als in anderen Rechtsgebieten. Auch im abfallrechtlichen Kontext wird darunter regelmäßig ein Tätigwerden im eigenen Namen, für eigene Rechnung und unter eigener Verantwortung verstanden. Entscheidend kommt es für die Beantwortung der Frage, wer im Einzelfall Betreiber ist, nicht allein auf formale rechtliche Gesichtspunkte, sondern darauf an, dass dies unter Berücksichtigung der rechtlichen, wirtschaftlichen und tatsächlichen Einzelfallumstände zu beurteilen ist.

Diese Grundsätze gelten auch dann, wenn der Betrieb nicht der alleinige oder vorrangige Gegenstand des Unternehmens ist, sondern auf der Deponie im Wesentlichen Produktionsabfälle abgelagert werden, die im Zusammenhang mit dem Unternehmen angefallen sind und auf diese Weise Aufwendungen für eine anderweitige Entsorgung erspart werden. Ausdrücklich werden auch Betriebsdeponien davon erfasst.

Ein Deponiebetrieb in eigener Verantwortung wird nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts nicht dadurch in Frage gestellt, dass die abfallrechtliche Zulassung ursprünglich einem ande-

ren Betreiber erteilt worden ist. Sinn und Zweck der Regelung in § 36 Abs. 2 KrW-/AbfG widerspricht es, wenn die Eigenschaft als Inhaber/Betreiber der Deponie immer schon verneint würde, sobald der faktische Betreiber nicht über eine (eigene) Zulassung verfügt, also Betriebsführung und Adressat der Zulassung auseinanderfielen.

Die Begriffsbestimmung „Deponiebetreiber“ im Sinne von § 2 Nr. 12 DepV 2009 ist demzufolge nach der bisherigen Rechtsprechung umfassend angelegt worden, weil davon nunmehr Inhaber und Betriebsführer, also die rechtliche und (!) die tatsächliche Verfügungsgewalt über die Deponie umfasst sind.

□ **Genehmigungsbedürftigkeit von Biogasanlagen und Bewältigung ihrer Geruchsmissionen – zum Beschluss des VGH Baden-Württemberg vom 12.04.2010 (3 S 2786/09)**

Abhängig vom Inputstoff ist für die Errichtung und den Betrieb einer Biogasanlage keine Genehmigung nach dem BImSchG erforderlich; es bedarf lediglich einer Baugenehmigung. Mangelhafte Geruchsmissionsprognosen schlagen nur dann auf die Rechtmäßigkeit der Genehmigung einer Biogasanlage durch, wenn bei korrekter Prognose ihre fehlende Genehmigungsfähigkeit dargelegt worden wäre. Eine Entscheidung des VGH Baden-Württemberg (Beschluss vom 12.04.2010 – 3 S 2786/09) befasst sich mit Fragen der Genehmigungsbedürftigkeit von Biogasanlagen und den durch ihren Betrieb verursachten Geruchsmissionen.

Errichtung und Betrieb von Biogasanlagen beschäftigen regelmäßig die Verwaltungsgerichte. In der vorgenannten Entscheidung hatte sich der VGH im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes mit einer Baugenehmigung zu befassen, die für den Betrieb einer Biogasanlage im Außenbereich erteilt worden war. In der Vergärungsanlage (Fermenter) sollten ausschließlich Gülle, Grassilage sowie Küchen- und Speiseabfälle für die Herstellung und anschließende Verbrennung des Biogases in einem Blockheizkraftwerk zum Einsatz kommen. Gegen die für die Biogasanlage erteilte Baugenehmigung richteten sich die Widersprüche der beiden Antragssteller. Ihre Wohnhäuser liegen am Dorfrand im Geltungsbereich eines Bebauungsplans mit der Festsetzung reines Wohngebiet (WR) in einer Entfernung von 180 bzw. 240 m zur Biogasanlage. Die An-

tragssteller rügten im Wesentlichen, dass die Biogasanlage einer Genehmigung nach dem BImSchG bedürftig hätte und auf ihren Grundstücken unzumutbare Geruchsmissionen verursache.

Nachdem es den Antragsstellern erstinstanzlich nicht gelungen war, die aufschiebende Wirkung ihrer Widersprüche wiederherstellen zu lassen, versuchten sie, ihr Begehren vor dem VGH zu verwirklichen. Der VGH hat indes die erstinstanzliche Entscheidung bestätigt:

Das Vorhaben der Beigeladenen bedurfte keiner immissionsschutzrechtlichen Genehmigung gem. § 4 BImSchG i.V.m. Nr. 8.6 des Anhangs zur 4. BImSchV. Danach besteht eine Genehmigungspflicht nach dem BImSchG, wenn in einer Anlage zur biologischen Behandlung eine bestimmte Menge von Abfällen zum Einsatz kommt, „auf die die Vorschriften des Kreislaufwirtschafts- u. Abfallgesetzes Anwendung finden“. Dies war bei der streitgegenständlichen Biogasanlage nicht der Fall. Die Grassilage, so der VGH, sei weder Abfall noch erfülle sie die Mengenschwelle der Nr. 8.6 des Anhangs zur 4. BImSchV. Gülle sowie Küchen- und Speiseabfälle ließen sich zwar als Abfälle im Sinne des KrW-/AbfG einordnen. Weil sie aber vom Anwendungsbereich der Verordnung Nr. 1774/2002 des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 03.10.2002 (sog. tierische Nebenprodukteverordnung – TierNebVO) erfasst werden, finde auf sie das KrW-/AbfG gem. § 2 Abs. 2 Nr. 1 a) KrW-/AbfG keine Anwendung, so dass Nr. 8.6 des Anhangs zur 4. BImSchV nicht einschlägig sei. Da die Biogasanlage und ihre Anlagenbestandteile auch sonst nicht vom Anhang der 4. BImSchV erfasst würden, sei eine Baugenehmigung ausreichend gewesen.

Die Entscheidung stellt eine konsequente Anwendung der Nr. 8.6 des Anhangs zur 4. BImSchV i.V.m. den Vorschriften des KrW-/AbfG und der TierNebVO dar. Soweit aber als Inputstoff (auch) ein Abfall vorgesehen ist, auf den die Vorschriften des KrW-/AbfG Anwendung finden und der die Mengenschwellen der Nr. 8.6 erreicht, besteht ein Genehmigungsbedürfnis nach dem BImSchG.

Hinsichtlich der durch den Betrieb der Biogasanlage verursachten Geruchsmissionen, die die Antragsteller als unzumutbar rügten, konnte der VGH keine Verletzung ihrer Rechte aus dem in § 35 Abs. 3 BauGB verankerten Gebot der Rücknahme erkennen:

Die Geruchsbelästigungen, die mit dem Aufbringen der Gärreste und damit des Outputs der Biogasanlage auf den Feldern in der Nähe der Wohnhäuser der Antragsteller einhergehen, hätten von der dem Baugenehmigungsantrag zugrunde gelegten Immissionsprognose nach GIRL nicht berücksichtigt werden müssen. Denn die Regelfallprüfung nach GIRL sei auf landwirtschaftliche Düngemaßnahmen nicht anwendbar.

Die von den Antragstellern unter Berufung auf ein eigenes Sachverständigengutachten behaupteten Mängel der Geruchsmissionsprognose vermochte das Gericht teilweise nicht zu teilen. Zutreffend habe der Gutachter dargelegt, dass die Irrelevanzschwelle von 2 % Geruchsstundenhäufigkeit unterschritten werde. Zudem seien weder die Kantenlängen nach GIRL zu klein angesetzt worden, noch hätte der Einfluss der Geländekonturen auf das Windfeld und damit die Ausbreitung der Gerüche berücksichtigt werden müssen.

Die sonstigen, von den Antragstellern zutreffend dargelegten Mängel der Immissionsprognose änderten aus der Sicht des VGH nichts an ihrer Verwertbarkeit. Denn die Antragsteller hätten nicht dargelegt, dass bei korrekter Anwendung der GIRL eine Überschreitung ihrer maßgeblichen Immissionswerte hätte dargetan werden können. Hier zeigt die Entscheidung, dass Mängel einer Geruchsmissionsprognose, die ein Anlagenbetreiber hat erstellen lassen, jedenfalls dann nicht schädlich sind, wenn dem Antragsteller bzw. Kläger im Rahmen einer Drittanfechtungskonstellation, wie sie von dem VGH zu entscheiden war, nicht der Nachweis gelingt, dass bei methodisch korrekter Prognose eine Überschreitung dargelegt worden wäre, welche zur Ablehnung der beantragten Genehmigung hätte führen müssen.

□ **Entwurf eines Berliner Gesetzes zur Ausführung des Umweltschadensgesetzes**

Zur Umsetzung der Umwelthaftungsrichtlinie 2004/35/EG (ABl. EU Nr. L 143 S. 56) hat der Bund im Jahre 2007 das Umweltschadensgesetz (Gesetz vom 10.05.2007, BGBl. I S. 666) verabschiedet. Das Umweltschadensgesetz führt eine besondere öffentlich-rechtliche Umwelthaftung für Schäden im Bereich Boden, Wasser und Biodiversität ein. Im Falle eines Umweltschadens treffen dessen Verursacher umfangreiche Informations-, Gefahrenabwehr- und Sanierungspflichten. Er trägt auch die damit verbundenen Kosten. In Ausführung des Umweltschadensgesetzes sind Kostenregelungen zu treffen und Zuständigkeiten in den Bereichen Wasser-, Boden- und Naturschutz zu klären. Hierzu hat der Senat von Berlin nun einen entsprechenden Gesetzentwurf für ein „Berliner Gesetz zur Ausführung des Umweltschadensgesetzes“ vorgelegt.

Der Gesetzesentwurf des Senats von Berlin über das „Berliner Gesetz zur Ausführung des Umweltschadensgesetzes“ gliedert sich in vier Artikel und ändert speziell das Berliner Bodenschutzgesetz, das Berliner Naturschutzgesetz sowie das Berliner Wassergesetz. Es folgt damit dem auch auf bundesgesetzlicher Ebene getroffenen Regelungssystem, das die vorgegebenen Mindeststandards für den ökologischen Zustand von Boden, Wasser und Biodiversität im jeweiligen Fachrecht niedergelegt sind.

Ausgangspunkt der Umwelthaftungsrichtlinie und des Umweltschadensgesetzes ist eine grundsätzlich verschuldensunabhängige Verantwortlichkeit für gefahrenträchtige berufliche Tätigkeiten, die abschließend aufgezählt sind. Die

Richtlinie enthält die Gestaltungsmöglichkeit, die Einstandspflicht des Verantwortlichen unter bestimmten Umständen auf ein Verschulden zu beschränken. Dann würde der Verantwortliche nur herangezogen, wenn er vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt hat. Der Entwurf des Berliner Gesetzes zur Ausführung des Umweltschadensgesetzes enthält keine derartige Einschränkung. Dies wird unter anderem mit der „prekären Haushaltslage“ des Landes begründet.

Der Gesetzesentwurf ist auf die Vervollständigung des Umweltschadensgesetzes angelegt. Der Grundsatz der Kostentragung durch den Verantwortlichen für die Vermeidungs-, Schadensbegrenzungs- und Sanierungspflichten ist schon im Umweltschadensgesetz des Bundes und in den weitergehenden fachrechtlichen Bestimmungen enthalten. Durch das Ausführungsgesetz sollen keine zusätzlichen Kosten für Unternehmen oder für Privathaushalte entstehen.

Das Land hat von den in der Richtlinie eröffneten Freistellungstatbeständen („permit defense“ und „state of the art defens“, Art. 8 Abs. 3 und 4 Umwelthaftungs-RL), die gemäß § 9 Abs. 1 Satz 2 USchadG an die Länder übertragen wurden, keinen Gebrauch gemacht.

Es ist zu erwarten, dass das Ausführungsgesetz im Frühjahr 2011 verabschiedet wird.

□ **Urteil des Bundesverwaltungsgerichts zu Sondergebieten im Außenbereich**

Das Bundesverwaltungsgericht hat mit seinem Urteil vom 01.07.2010 (4 C 6109) deutlich gemacht, dass der Versagungsgrund des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB nur einschlägig ist, wenn sich die Konzentrationsentscheidung des Trägers der Raumordnungsplanung auf eine landesrechtliche Ermächtigungsgrundlage zurückführen lässt. Die Außenwirkung von Zielen der Raumordnung entsteht nach Ansicht des Gerichts aber unabhängig davon, ob diese Ziele Kraft Landesrechts Wirkungen gegenüber Private entfalten. Erforderlich sei lediglich, dass sich aus dem Landesplanungsrecht hinreichend bestimmt ableiten ließe, dass der Landesgesetzgeber den Träger der Regionalplanung ermächtigen wollte, durch eine Konzentrationsflächenplanung die Rechtsfolge des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB herbeizuführen.

Hintergrund

Gemäß § 35 Abs. 3 S. 3 BauGB ist ein nicht landwirtschaftliches Vorhaben im Außenbereich dann nicht zuzulassen, wenn durch einen Flächennutzungsplan oder als Ziele der Raumordnung eine Ausweisung für diese Art von Vorhaben an anderer Stelle erfolgt ist.

Maßgebliche Kriterien für die Bestimmung eines Zieles der Raumordnung ist zum einen eine landesplanerische Letztentscheidung an der es bei Soll- und In-der-Regel-Vorschriften fehlt. Zum anderen ist eine sachliche und räumliche Bestimmtheit bzw. Bestimmbarkeit notwendig: Der Planungssatz darf also nicht weiter ausfüllungsbedürftig sein und darf im Rahmen der kommunalen Abwägung nicht mehr überwunden werden können.

Dies bedeutet aber nicht, dass ein Ziel der Raumordnung einen komplexen räumlichen Sachverhalt abschließend entscheidet. Vielmehr gibt es verbindliche Vorgaben vor, die als „Leitplanken“ eines Planungsspielraums auf der nächste Stufe dienen. Im Rahmen von § 35 Abs. 3 BauGB sind die Ziele der Raumordnung ein herausgehobener Belang. Bei Zielen der Raumordnung, die ab Geltung des ROG 2004 zustande gekommen sind, gilt unstreitig eine strikte negative Zielbindung, die von den Adressaten der Ziele zwar je nach Aussage-schärfe konkretisiert und ausgestaltet, aber nicht im Wege der Abwägung überwunden werden können. In Raumordnungsplänen kann durch die Festlegung von Vorrang und Vorbehaltsgebieten die Ansiedelung von bestimmten Anlagen in bestimmten Gebieten gefördert und in anderen Gebieten verhindert werden.

Entscheidung

Im konkreten Fall wurde die Erteilung eines Bauvorbescheids für die Errichtung einer Windenergieanlage von dem zuständigen Landratsamt mit der Begründung abgelehnt, dass die geplante Anlage außerhalb der im Regionalplan für die Nutzung der Windenergie vorgesehenen Vorbehalts- und Vorranggebiete liege. In diesen Vorranggebieten soll der Nutzung der Windenergie Vorrang vor anderen Nutzungen eingeräumt werden, ansonsten sind in der Region überörtlich raumbedeutsame Vorhaben zur Windenergienutzung i.d.R. ausgeschlossen. Darüber hinaus wurde der Antrag wegen zu erwartender Verunstaltung des Landschaftsbilds und einer Gefährdung bedrohter Tierarten abgelehnt. Der klagende Antragsteller obsiegte vor dem Verwaltungsgericht, das den Beklagten verpflichtete, den Bauvorbescheid

zu erteilen, und auch eine Berufung des beklagten Landes wurde zurückgewiesen.

Die Revision des beklagten Landes hatte dagegen Erfolg.

Zunächst folgte das Bundesverwaltungsgericht allerdings der Argumentation des Verwaltungsgerichtshofs: Von dem Versagungsgrund des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB könne nur Gebrauch gemacht werden, wenn sich die Konzentrationsentscheidung des Trägers der Raumordnungsplanung auf eine landesrechtliche Ermächtigungsgrundlage zurückführen lasse. Zwar knüpfe § 35 Abs. 3 Satz 2 BauGB Rechtsfolgen an die Ziele der Raumordnung, regle aber nicht die rechtlichen Voraussetzungen für deren Aufstellung. Dies sei Aufgabe des Landesgesetzgebers. Auch das Bundesraumordnungsrecht (ROG) enthielte keine Rechtsgrundlage, die es den Trägern der Regionalplanung unmittelbar und ohne Rückgriff auf das Landesrecht erlaube, bestimmte Arten von Festlegungen zu treffen. § 3 Nr. 2 ROG beschränke sich darauf, den Begriff „Ziele der Raumordnung“ zu definieren und diese damit von „Grundsätzen“ und sonstigen Erfordernissen der Raumordnung abzugrenzen.

Nicht gefolgt ist das Bundesverwaltungsgericht dagegen der Auffassung des Verwaltungsgerichtshofs, dass es der Landesgesetzgeber selbst in der Hand habe, ob ein Ziel der Raumordnung in einem Regionalplan die in § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB normierte Ausschlusswirkung herbeiführen kann. Vielmehr stelle § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB die Errichtung von Anlagen im Außenbereich unter einen Planungsvorbehalt, der sich an die Gemeinden als Träger der Flächennutzungsplanung und an die Träger der Raumordnungsplanung, insbesondere

der Regionalplanung, richte. Hierdurch würden gebietsbezogene Festlegungen des Plangebers über die Konzentration von Anlagen an bestimmten Standorten und deren Ausschluss an anderer Stelle im Plangebiet vorausgesetzt. 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB verleihe daher derartigen Festlegungen rechtliche Außenwirkung gegenüber einem Bauwilligen, so dass sein Vorhaben außerhalb dieser Konzentrationszonen regelmäßig unzulässig sei. Diese Außenwirkung entstehe unabhängig davon, ob diese Ziele kraft Landesrechts Wirkungen gegenüber Private entfalteteten oder sich nur an die Gemeinden und andere Planungsträger richteten. Erforderlich sei lediglich, dass sich aus dem Landesplanungsrecht hinreichend bestimmt ableiten ließe, dass der Landesgesetzgeber den Träger der Regionalplanung ermächtigen wollte, durch eine Konzentrationsflächenplanung die Rechtsfolge des § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB herbeizuführen.

Um die Wirkung von § 35 Abs. 3 Satz 3 BauGB zu erreichen, sei es nicht erforderlich, dass der Gesetzgeber Vorrangs- oder Vorbehaltsgebiete i.S. des § 8 Abs. 7 ROG festlege. Die Länder können vielmehr weitere Gebietskategorien entwickeln.

□ **Übernahmeanspruch und Geldentschädigung im Planungschadensrecht**

Der BGH hat jüngst in einem Urteil vom 08.07.2010 – III ZR 221/09 – (NVwZ 2010, 1444) grundsätzliche Fragen des Planungsschadensrechts (§§ 39 – 44 BauGB) entschieden und damit in dieser schwierigen Materie des Bauplanungsrechts beachtenswerte Klärungen bewirkt. Betroffene Eigentümer fremdnütziger Planungen (z.B. durch die Festsetzung von Flächen für den Gemeinbedarf, von Verkehrs- und Versorgungsflächen, von Flächen für die Abfall- oder Abwasserbeseitigung oder von Grünflächen) sind hiernach ausschließlich auf den gesetzlichen Übernahmeanspruch verwiesen. Beachtung verdient auch der vom BGH beschrittene Weg verfassungskonformer Auslegung dieser Vorschriften anhand der Eigentumsgarantie.

Das Urteil des BGH vom 08.07.2010 äußert sich zum Verhältnis zwischen dem Übernahmeanspruch des betroffenen Eigentümers wegen fremdnütziger Festsetzungen eines Bebauungsplans und der Geldentschädigung wegen einer wertmindernden Herabzonung. Nach § 40 Abs. 2 BauGB kann der Eigentümer die Übernahme der Flächen durch den Begünstigten (hilfsweise durch die Gemeinde) verlangen, wenn und soweit es ihm mit Rücksicht auf die Festsetzung oder Durchführung des Bebauungsplans wirtschaftlich nicht mehr zuzumuten ist, das Grundstück zu behalten oder es in der bisherigen oder einer anderen zulässigen Art zu nutzen (§ 40 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 BauGB). Demgegenüber regelt § 42 BauGB den Entschädigungsanspruch des betroffenen Eigentümers wegen der wertmindernden Aufhebung oder Einschränkung einer zulässigen Nutzung (sog. Herabzonung); diese Ent-

schädigung ist grundsätzlich in Geld und nur ausnahmsweise durch Übernahme des Grundstücks (§ 42 Abs. 9 BauGB) zu leisten. Das Verhältnis der unterschiedlichen Entschädigungsansprüche ist in § 43 Abs. 3 Satz 1 BauGB geregelt: Liegen die Voraussetzungen der §§ 40 und 41 Abs. 1 BauGB vor, so ist eine Entschädigung nur nach diesen Vorschriften zu gewähren.

Der BGH hat hieraus eine klare und überzeugende Konsequenz gezogen: Der von einer eigentumsverdrängenden, allein fremdnützigen Planung nach § 40 Abs. 1 BauGB betroffene Eigentümer, dem ein Übernahmeanspruch nach § 40 Abs. 2 BauGB zusteht, kann wegen § 43 Abs. 3 Satz 1 BauGB keine weitere Geldentschädigung verlangen. Dies gilt nach der Erkenntnis des BGH auch, wenn die Gemeinde über einen langen Zeitraum die Verwirklichung der Planung nicht in Angriff nimmt und erklärt, auch aktuell keinen diesbezüglichen Umsetzungswillen zu haben.

In dem zugrundeliegenden Fall hatte die Gemeinde im Jahre 1987 einen Bebauungsplan aufgestellt, der für einen Teilbereich eine öffentliche Grünfläche festsetzte, eine einbezogene Villa als denkmalgeschütztes Einzelobjekt auswies, dort bauliche, parkverträgliche Anlagen aus dem gastronomischen und kulturellen Bereich zuließ und einen weiteren Teilbereich als Gemeinbedarfsfläche (Kindergarten) auswies. Danach war offenbar ein beiderseitiger Stillstand eingetreten: Die Gemeinde hatte offenbar das Interesse an der Verwirklichung des Planes verloren und nichts unternommen, um die gemeinnützig ausgewiesenen Flächen zu erwerben. Andererseits hatte der betroffene Eigentümer nicht die Übernahme seines Grundstücks nach § 40 Abs. 2 BauGB verlangt. Wie es

scheint, wollte er sich von seinem Grundeigentum nicht trennen. In dieser Schwebelage verlangte er eine Geldentschädigung wegen der Aufhebung der zuvor zulässigen Nutzung gem. § 42 Abs. 1 BauGB, also einen Ausgleich für die sog. Herabzonung.

Einen solchen Geldentschädigungsanspruch hat der BGH verneint, weil § 42 Abs. 1 BauGB nicht anwendbar sei. Dabei hat der 3. Senat des BGH sich zur positivrechtlichen Begründung auf § 43 Abs. 3 Satz 1 BauGB gestützt. Darüber hinaus hat der Senat betont, dass der gesetzliche Verweis auf den ausschließlichen Übernahmeanspruch eine verfassungskonforme Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums gem. Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG darstelle, und der eigentumsverdrängenden, allein fremdnützigen Planung einen Enteignungscharakter abgesprochen. Dies liegt auf der Linie der jüngeren Rechtsprechung des BVerfG und des BGH. Unabhängig von dem verfassungsrechtlichen Grundsatzstreit über den Begriff der Enteignung und deren Abgrenzung von der Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums ist heute die Verfassungskonformität des Verweises auf den ausschließlichen Übernahmeanspruch gem. § 40 Abs. 2 BauGB allgemein anerkannt (näher dazu Breuer, in: Schrödter, BauGB, 7. Aufl. 2006, § 40 Rn. 6 ff., 18 ff.). Die Übernahme lässt sich als „Totallösung“ kennzeichnen, da sie zur Trennung des Eigentümers von seinem Grundstück und zur synallagmatischen Vergütung für das gesamte planbetreffende Grundstück führt (Breuer, a.a.O., § 40 Rn. 8). Diese Lösung ist sachlich konsequent und verfassungsrechtlich zulässig, wenn nicht sogar geboten.

Nach der Erkenntnis des BGH kommt eine einschränkende Ausle-

gung des § 43 Abs. 3 Satz 1 BauGB und damit eine Anwendung des § 42 Abs. 1 BauGB auch nicht deshalb in Betracht, weil die betroffenen Eigentümer in Ungewissheit darüber sind, ob und wann es zu einer Enteignung zwecks Verwirklichung der Planung (gem. den §§ 85 ff. BauGB) kommt. Damit wird indessen ein Folgeproblem aufgeworfen, das bisher höchstrichterlich nicht entschieden und im Schrifttum umstritten war. Es betrifft die Frage, ob der Übernahmeanspruch nach § 40 Abs. 2 BauGB – ebenso wie ein Geldentschädigungsanspruch – nach § 44 Abs. 4 BauGB erlischt, wenn nicht innerhalb von drei Jahren nach Ablauf des Kalenderjahres, in dem die rechtserheblichen Vermögensnachteile eingetreten sind, die Fälligkeit des Anspruchs (durch ein schriftliches Leistungsverlangen des Berechtigten) herbeigeführt wird. Im Schrifttum war die Anwendbarkeit des § 44 Abs. 4 BauGB auf den Übernahmeanspruch bisher teils verneint, teils bejaht worden (wobei die Bejahung mit der Forderung nach einschränkender, verfassungskonformer Auslegung verbunden wurde; so Breuer, a.a.O., § 44 Rn. 20).

In dem vom BGH mit dem Urteil vom 08.07.2010 entschiedenen Fall war angesichts des langen Zeitablaufs die Frist des § 44 Abs. 4 BauGB verstrichen. Daraus ergab sich die prekäre Frage, ob während der Geltendmachung des falschen Anspruchs (auf Geldentschädigung) der richtige Anspruch (auf Übernahme) erloschen war. Diese Konsequenz hat der BGH indessen mit einem juristischen Befreiungsschlag verneint. Nach seiner Erkenntnis ist die Fristenregelung (d.h. die Ausschlussfrist) des § 44 Abs. 4 BauGB auf den Übernahmeanspruch nach § 40 Abs. 2 BauGB nicht anwendbar. Der betroffene Eigentümer behält somit die fortbestehende

Übernahmeoption, auch wenn er – über die Zeit von drei Jahren hinaus – fälschlich eine Geldentschädigung geltend gemacht und eingeklagt hat.

Hierbei stützt sich der 3. Senat des BGH interessanterweise auf Argumente der verfassungskonformen Auslegung („Gewicht der Eigentumsgarantie des Art. 14 GG“). In den Entscheidungsgründen betont der Senat, dass der BGH den Übernahmeanspruch nach § 40 Abs. 2 Satz 1 BauGB stets als Entschädigungsanspruch besonderer Art verstanden hat. Der Eigentümer hat – so der Senat – mit der Zubilligung des Übernahmeanspruchs das Initiativrecht zur Herbeiführung einer Entschädigung, auch wenn die Enteignungsvoraussetzungen noch nicht vorliegen. Er kann damit die Zeit – bis von hoheitlicher Hand auf das Grundstück zugegriffen wird – abkürzen, in der das weitere Behalten des Grundstücks für ihn aus wirtschaftlichen Gründen unzumutbar ist. Wie der Senat hervorhebt, setzt die Zubilligung des Übernahmeanspruchs gegen Entschädigung voraus, dass aufgrund der heteronomen Planung dem Eigentümer eine wirtschaftlich unzumutbare Situation aufgezwungen wird. Diese müsste er nach Auslaufen der Frist des § 44 Abs. 4 BauGB bis zur Verwirklichung der Planung und der dafür erforderlichen Enteignung entschädigungslos hinnehmen. Der Senat hat es jedoch „als mit der Eigentumsgarantie für unvereinbar“ gehalten, „wenn durch die Herabzonung eines Grundstücks dem Eigentümer unmittelbar ein gegenwärtiges Opfer abverlangt werde, er aber noch zuwarten müsse, bis ihm eine Entschädigung zugebilligt wird, weil erst in der Zukunft die Umsetzung der Planung und damit zusammenhängend die Enteignung durchgeführt wird (BGHZ 63, 240 [251 f.] = NJW 175, 384)“. Dies wür-

de nach der Erkenntnis des 3. Senats die Grenzen einer zulässigen Inhalts- und Schrankenbestimmung überschreiten. Das Gewicht der Eigentumsgarantie spreche deshalb gegen einen Ausschluss des Übernahmeanspruchs nach Ablauf der Frist des § 44 Abs. 4 BauGB (so BGH, NVwZ 2010, 1447).

Aus der Sicht der Eigentumsgarantie sind diese Erkenntnisse des BGH zu begrüßen.

- **Das unvollständige Wasserschutzgebiet (BVerwG, Beschluss vom 29.09.2010 – 7 BN 1/10)**

Die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts befasst sich mit der Frage, ob eine Wasserbehörde bei der Ausweisung von Wasserschutzgebieten bestimmte Teile einer Gemeinde „ausparen“ darf.

In einer Rechtsverordnung des Landratsamts über die Festsetzung eines Wasserschutzgebietes zu Gunsten eines Wasserversorgungszweckverbands ist fast das gesamte Gemeindegebiet einer verbandsangehörigen Gemeinde erfasst. Das festgesetzte Wasserschutzgebiet dient dem Schutz von vier Trinkwasserbrunnen der örtlichen Wasserversorgung und bezweckt eine Nitratsanierung des Grundwassers.

Nicht in dem Wasserschutzgebiet befindet sich ein im Randbereich des Verbandsgebiets gelegenes, durch Bebauungsplan ausgewiesenes Industriegebiet mit Erweiterungsflächen.

Die Wasserbehörde hat für das außerhalb des Wasserschutzgebietes gelegene Gelände des Industrieparks in einem „Maßnahmenpaket“ zur Erschließung des Gebietes besondere, auf den Schutz des Grundwassers zielende Bestimmungen für den Bau und den Betrieb der Abwasseranlagen sowie Vorgaben für die Niederschlagswasserbehandlung erlassen.

In einem Normenkontrollverfahren möchte die Gemeinde geklärt wissen, ob die Wasserbehörde die Einbeziehung von Teilflächen – hier des Industrieparks – in ein erforderliches und im Übrigen für das gesamte Gemeindegebiet ausgewiesenes Wasserschutzgebiet dadurch umgehen darf, dass die Ziele des Gewässer-

schutzes konkret durch die Baubehörde durch Prüfung und Erlass von Auflagen zur Baugenehmigung umgesetzt werden müssen.

In der Entscheidung weist das BVerwG zunächst darauf hin, dass die bisher in § 19 WHG a.F. geregelte Festsetzung von Wasserschutzgebieten seit dem 01.03.2010 mit der gleichlautenden Vorschrift des § 51 WHG n.F. geregelt ist, so dass die zu § 19 WHG a.F. ergangene Rechtsprechung auch unter dem neuen Recht anzuwenden bleibt.

Zu der Frage selbst führt das BVerwG dann aus, dass die Wasserbehörde nach Ermessen entscheidet, ob sie bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 19 Abs. 1 Satz 1 WHG a.F. / § 51 Abs. 1 Satz 1 WHG n.F. ein Wasserschutzgebiet festsetzt oder dies im Hinblick auf anderweitige Möglichkeiten eines wirksamen Schutzes des Grundwassers unterlässt. Nach Auffassung des BVerwG versteht es sich von selbst, dass dieses "Normsetzungsermessen" sich nicht nur auf die Ausweisung eines Wasserschutzgebietes als Ganzes, sondern auch auf dessen räumliche Abgrenzung im Einzelnen bezieht.

Die Effektivität des Schutzes des Grundwassers, an der die Wasserbehörde die Entscheidung über die Einbeziehung eines Grundstücks in das Wasserschutzgebiet auszurichten hat, bemisst sich dabei nach dem von der Behörde im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben verfolgten Schutzkonzept. Wird die Entscheidung über die räumliche Abgrenzung des Wasserschutzgebietes diesem Konzept nicht gerecht, kann der Festsetzung des Wasserschutzgebietes die auch bei der Verordnungsgebung rechtsstaatlich nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes gebotene Eignung fehlen. In diesem Fall wäre

die Festsetzung des Wasserschutzgebietes unzulässig.

Ob die Einbeziehung eines Grundstücks ohne Gefährdung des Schutzzwecks des Wasserschutzgebietes unterbleiben kann, weil durch andere Maßnahmen ein vergleichbares Schutzniveau für das Grundwasser gewährleistet ist, muss unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalles beantwortet werden. Dies wurde unter Berücksichtigung des bei der Genehmigung der Bebauung von Erweiterungsflächen vorgesehenen Maßnahmenpaketes der Wasserbehörde in diesem Fall bejaht. Ferner kann der Grundwasserschutz nach Auffassung des BVerwG auch durch die spezifisch wasserrechtlichen Einwirkungsmöglichkeiten gesichert werden, indem etwa Gefahren, die von Anlagen zur Lagerung wassergefährdender Stoffe für das Grundwasser ausgehen, auf der Grundlage von §§ 19g, 19i WHG a.F. = § 62 WHG n.F. begegnet werden kann.

- **Xylolhaltiges Löschwasser der Feuerwehr ist kein bestimmungsgemäßes Produkt der Altreifenbehandlung (VG Düsseldorf, Urteil vom 07.05.2010 – 26 K 3136/08)**

In dieser Entscheidung befasst sich das Verwaltungsgericht Düsseldorf mit der Frage, ob der Betreiber einer nach BImSchG zugelassenen Anlage zur Behandlung von Altreifen die Kosten eines Feuerwehreinsatzes unter dem Gesichtspunkt der wasserrechtlichen Gefährdungshaftung zu tragen hat, wenn durch einen Brand von Altreifen xylolhaltiges Löschwasser in ein an das Betriebsgrundstück grenzendes Gewässer gelangt.

Das Verwaltungsgericht hat eine Haftung des Anlagenbetreibers unter dem Gesichtspunkt der wasserrechtlichen Gefährdungshaftung nach § 22 Abs. 2 WHG a.F. und § 89 WHG n.F. abgelehnt.

Gemäß § 22 Abs. 2 WHG a.F. und § 89 Abs. 2 WHG n.F. ist der Inhaber einer Anlage zum Ersatz des daraus einem anderen entstehenden Schadens verpflichtet, wenn aus seiner Anlage, die bestimmt ist, Stoffe herzustellen, zu verarbeiten, zu lagern, abzulagern, zu befördern oder wegzuleiten, derartige Stoffe in ein Gewässer gelangen, ohne in dieses eingebracht oder eingeleitet zu sein.

Nach Auffassung des Verwaltungsgerichts konnte sich die beklagte Stadt nicht darauf berufen, dass Gummimaterial in Brand geraten sei, das bereits wassergefährdende Stoffe (Xylol) enthält, die typischerweise bei einem Brand freigesetzt werden, ohne dass es dazu einer verbrennungsbedingten Reaktion bedürfte.

Das Xylol wurde weder in Reinform auf dem Gelände der Klägerin gelagert noch zu der Verarbeitung der Gummiabfälle benötigt bzw. eingesetzt. Das Xylol entsteht allenfalls beim Verbrennen als sog. Crackprodukt.

Die Gefährdungshaftung nach § 22 Abs. 2 WHG a.F. bzw. § 89 Abs. 2 WHG n.F. verlangt aber, dass die Anlage dazu bestimmt ist, den Stoff zu lagern oder zu verarbeiten, der dann in das Gewässer gelangt ist. Insofern ist Stoffgleichheit zu verlangen. Daran fehlt es hier, weil die Anlage der Klägerin auf den Zweck der Aufbereitung von Altreifen, nicht aber auf die Lagerung oder Verwertung von Xylol ausgerichtet war.

Die Gefahr der Gewässerverunreinigung hat sich damit nicht durch ein anlagenspezifisches Ereignis aus der Aufbereitung von Altreifen, sondern durch das – vom Betreiber gerade nicht bezweckte und auch nicht herbeigeführte – Brandereignis realisiert.

□ **Entbehrlichkeit des Widerspruchsverfahrens im Einzelfall (BVerwG, Urteil vom 15.09.2010 – 8 C 21/09)**

Ein Widerspruchsverfahren nach § 68 VwGO ist über die gesetzlich ausdrücklich geregelten Fälle hinaus ausnahmsweise auch dann entbehrlich, wenn dessen Zweck bereits Rechnung getragen ist oder dieser ohnehin nicht mehr erreicht werden kann. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Ausgangsbehörde zugleich Widerspruchsbehörde ist und den Bescheid aufgrund einer sie bindenden Weisung der (Rechts-)Aufsichtsbehörde erlassen hat.

Dieser verwaltungsprozessrechtlich interessanten Entscheidung liegt ein Sachverhalt aus dem Bereich des Organisationsrechts der Freien Berufe (Steuerberaterkammer) zugrunde. Ausgangspunkt bildete der Antrag eines Kammermitglieds, die angemessene Vergütung für eine von ihm durchgeführte Abwicklung der Praxis eines verstorbenen Steuerberaters durch die Kammer festsetzen zu lassen. Zwischen den Erben des verstorbenen Steuerberaters als Auftraggeber und der beauftragten Steuerbergemeinschaft war Streit über die Höhe der angemessenen Vergütung entstanden. In dem Zivilrechtsstreit darüber wurde vom Landgericht zum Beweis zunächst ein Gutachten bei der Steuerberaterkammer eingeholt. Nach einem Berichterstatterwechsel wies das Landgericht die Parteien darauf hin, dass es bei den bestehenden Meinungsverschiedenheiten Aufgabe der Steuerberaterkammer sei, die Höhe der angemessenen Abwicklervergütung festzusetzen.

Der daraufhin von der Steuerbergemeinschaft gestellte Antrag auf Festsetzung der angemessenen Vergütung wurde von der Steuer-

beraterkammer abgelehnt. Das Landgericht setzte sich deswegen mit dem Finanzministerium des betroffenen Bundeslandes als Aufsichtsbehörde der Kammer in Verbindung, das die Rechtsauffassung des Gerichts teilte, die Höhe der angemessenen.

Abwicklervergütung sei durch die Kammer festzusetzen. Der bestellte Praxisabwickler habe Anspruch auf eine angemessene Vergütung. Sie sei auf der Grundlage einer Durchschnittsmonatsvergütung eines angestellten Steuerberaters zu ermitteln.

Mit dem angefochtenen Bescheid der Kammer wurde die angemessene Höhe der Vergütung festgesetzt. Sie ist Gegenstand eines eigenen verwaltungsgerichtlichen Verfahrens zwischen der Steuerberatergemeinschaft einerseits und der Selbstverwaltungskörperschaft andererseits.

Die Klage wurde vom Verwaltungsgericht Karlsruhe mit Urteil vom 15.03.2007 als unzulässig abgewiesen, da es an einer Durchführung eines Vorverfahrens gemäß § 68 VwGO fehle. Auch der Verwaltungsgerichtshof hat die hiergegen eingelegte Berufung mit Urteil vom 04.03.2009 mit der Begründung zurückgewiesen, das Verwaltungsgericht habe die Klage zu Recht als unzulässig abgewiesen. Die Revision der Steuerberatergemeinschaft ist schließlich als zulässig und begründet erachtet worden.

Die Revision wurde als begründet angesehen, da das angefochtene Urteil Bundesrecht verletzte. Zwar habe die Steuerberatergemeinschaft gegen den ablehnenden Bescheid der Kammer wegen Fehlens der Rechtsmittelbelehrung auch nicht innerhalb der dafür maßgeb-

lichen Jahresfrist Widerspruch eingelegt, im vorliegenden Fall wurde jedoch erkannt, dass die Klage trotz fehlenden Widerspruchsverfahrens zulässig sei. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist über die gesetzlich ausdrücklich geregelten Fälle hinaus ein Vorverfahren ausnahmsweise dann entbehrlich, wenn dem Zweck des Vorverfahrens bereits Rechnung getragen ist oder dieser ohnehin nicht mehr erreicht werden kann (Tz. 24 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung).

An dieser Rechtsprechung ist festgehalten worden. Ausnahmsweise ist ein Widerspruchsverfahren auch dann entbehrlich, wenn die Ausgangsbehörde zugleich Widerspruchsbehörde ist und den in Rede stehenden Bescheid aufgrund einer sie bindenden Weisung der (Rechts-) Aufsichtsbehörde erlassen hat, so dass sie bei Fortbestehen der Weisung den Ausgangsbescheid in einem Widerspruchsverfahren ohnehin nicht mehr ändern könnte. Diese Auslegung ist von Seiten des Gerichts im Hinblick auf eine Übereinstimmung mit dem Wortlaut in § 68 Abs. 1 VwGO, dessen Entstehungsgeschichte und der Gesetzessystematik überprüft worden. Denn in einem Fall, in dem die Behörde durch die zuständige Aufsichtsbehörde zu ihrer Entscheidung verbindlich angewiesen worden sei, könnten die vom Gesetz normierten Zwecke eines Vorverfahrens unabhängig von der subjektiven Einschätzung der Prozessbeteiligten objektiv nicht mehr erreicht werden. In diesem Zusammenhang wird die Verbindlichkeit und der Aufsichtscharakter des Schreibens der Aufsichtsbehörde gegenüber der Steuerberaterkammer im Einzelnen untersucht und bestätigt. Auf die Revision wurde deshalb das Urteil des Berufungsgerichts aufgehoben und die Sache zur anderweitigen Verhand-

lungen und Entscheidungen zurückverwiesen.

- **Eignungsleihe auch von solchen Drittunternehmen, die keine Nachunternehmer sind!**

Sofern sich ein Bieter im Rahmen eines Vergabeverfahrens zum Nachweis seiner Eignung auf die Leistungsfähigkeit und/oder Fachkunde eines konzernverbundenen Unternehmens berufen hat (sog. Eignungsleihe), war fraglich, ob dies zulässig ist und ob das konzernverbundene Unternehmen selbst operativ in den Auftrag eingebunden werden muss. Das OLG Düsseldorf hat nunmehr hierzu in seinem Beschluss vom 30.06.2010 (Verg 13/10) Stellung bezogen.

Sachverhalt

Die Vergabestelle hat im offenen Verfahren Entsorgungsdienstleistungen ausgeschrieben. Nach der Vergabebekanntmachung mussten zum Nachweis der Eignung Referenzen für vergleichbare Leistung vorgelegt werden. Bei Verweis auf einen Dritten zum Nachweis der Eignung hat der Bieter nachzuweisen, dass er tatsächlich über dessen Leistungen und Einrichtungen verfügen kann; in diesem Fall war der Bieter verpflichtet, die Leistungen auch tatsächlich einzusetzen. Die Antragstellerin reichte ein Angebot ein, in dem sie auf eine Referenz eines Schwesterunternehmens verwies. Eine Übertragung von (Teil-) Leistungen auf das Schwesterunternehmen sollte nicht stattfinden. Das Schwesterunternehmen erklärte zudem verbindlich, dass der Antragstellerin im Falle der Zuschlagserteilung zur Erfüllung des Auftrages alle erforderlichen Mittel sowie ihre Eignung über den gesamten Vertragszeitraum zur Verfügung stehen. Die Vergabestelle hat das Angebot der Antragstellerin aus formalen Gründen ausgeschlossen, weil das Schwesterunternehmen

nicht im Nachunternehmerverzeichnis aufgeführt war, für das Schwesterunternehmen keine Eignungsnachweise vorgelegt wurden und das Schwesterunternehmen nicht zur Auftrags Erfüllung eingesetzt wurde. Die Antragstellerin wehrt sich gegen diesen Ausschluss.

Entscheidung

Die Antragstellerin wehrt sich mit Erfolg. Das OLG Düsseldorf stellt fest, dass das Schwesterunternehmen der Antragstellerin als konzernangehöriges Unternehmen ein Drittunternehmen i.S.d. Art. 25, 45 ff. Richtlinie 2004/718/EG, § 7a Nr. 3 Abs. 6, § 10 VOL/A a.F. ist. Er ist der Ansicht, dass das Angebot nicht deshalb ausgeschlossen werden durfte, weil das Schwesterunternehmen nicht als Unterauftragnehmerin tätig werden soll und sich die Antragstellerin trotzdem auf dessen Referenz berufen hat. Es ist zu unterscheiden zwischen Drittunternehmen i.S.d. Art. 25 VKR/ § 10 VOL/A a.F. und Drittunternehmen i.S.d. Art. 48 Abs. 3 VKR / § 7a Nr. 3 Abs. 6 VOL/A a.F. Letztere zeichnen sich dadurch aus, dass diese „Mittel“ zur Verfügung stellen. Diese „Mittel“ bestünden in der Praxis zwar zumeist in der Übernahme von Unteraufträgen, müssen es aber nicht. Jedoch müssen diese „Mittel“ derart sein, dass sie die Eignung des Bieters zur Durchführung des Auftrages begründen oder sichern können. Vorliegend ist das zur Verfügung gestellte „Mittel“ die Beratung und Unterstützung durch das Schwesterunternehmen der Antragstellerin bei der Auftragsbewältigung.

Praxishinweis

Das OLG Düsseldorf hat bereits früher entschieden, dass bei Bietergemeinschaften die Eignung schon dann nachgewiesen gilt, wenn aus-

sagekräftige Unterlagen für ein Mitglied oder mehrere Mitglieder der Bietergemeinschaft vorgelegt worden sind. Einzelnen Mitgliedern verfügbare Eigenschaften sind der Bietergemeinschaft zuzurechnen. Dies galt unabhängig davon, welche Leistung vom einzelnen Mitglied der Bietergemeinschaft im Rahmen der Auftragsdurchführung erbracht werden soll.

Auch im Rahmen von § 7a Nr. 3 Abs. 6 VOL/A a.F. bzw. § 7 Abs. 9 VOL/A-EG n.F. kann sich nunmehr ein Unternehmen auf die Eignung eines Dritten berufen, wenn ihm von Drittunternehmen lediglich eine Beratung und Unterstützung bei der Auftragsdurchführung zur Verfügung gestellt wird, ohne dass das Drittunternehmen selbst operativ tätig wird. Ausreichend ist ein sog. Know-How Transfer. Unzulässig ist demnach die Forderung einer Vergabestelle, dass das Drittunternehmen als Referenzgeber auch tatsächlich über Beratung und Unterstützung hinaus operativ tätig sein muss. Dies stellt für Newcomer, die bislang noch keine Referenzleistung erbracht haben, eine Zutrittserleichterung zum Markt dar und stärkt somit den Wettbewerbsgrundsatz.

- **Verschärfung des Umweltstrafrechts aufgrund europarechtlicher Vorgaben ? – Referentenentwurf zur Umsetzung der Richtlinie 2008/99 des Europäischen Parlaments und des Rates über den strafrechtlichen Schutz der Umwelt**

Die Richtlinie 2008/99 des Europäischen Parlaments und des Rates über den strafrechtlichen Schutz der Umwelt vom 19.11.2008 hat das Ziel, einen europaweiten Mindeststandard für Umweldelikte vorzugeben. Für die Umsetzung in das nationale Recht wurde den Mitgliedstaaten eine Frist bis zum 26.12.2010 eingeräumt. Das Bundesministerium der Justiz hat nun einen entsprechenden Referentenentwurf vorgelegt.

In der Begründung dieses Referentenentwurfs wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass das deutsche Umweltstrafrecht bereits im Wesentlichen den Vorgaben der europäischen Richtlinie entspreche, gleichwohl werden einschneidende Änderungen in Vorschlag gebracht.

Luftverunreinigung gem. § 325 StGB

Der sog. Emissionstatbestand des § 325 Abs. 2 StGB verlangt in objektiver Hinsicht bisher eine „grobe Pflichtwidrigkeit“. Eine solche grobe Pflichtwidrigkeit wird dann bejaht, wenn die jeweilige Pflicht in besonders schwerem Maße verletzt wird oder der Verstoß sich gegen eine besonders gewichtige Pflicht richtet.

Das Merkmal „grob“ soll nach den Vorstellungen des Gesetzgebers gestrichen werden, so dass zukünftig ein rein fahrlässiges Handeln für die Erfüllung des Tatbestandes ausreicht.

Die bisherige Fassung des § 325 StGB beschränkt die Anwendung des Straftatbestandes der Luftverunreinigung auf solche Emissionen und Immissionen, die durch den Betrieb einer Anlage verursacht werden. In einen neu einzufügenden dritten Absatz soll eine Luftverunreinigung ohne einen solchen Anlagenbezug zukünftig gleichermaßen strafbewehrt sein.

Unerlaubter Umgang mit Abfällen gem. § 326 Abs. 1 StGB

Durch die Streichung des Merkmals „gefährlich“ in der Bezeichnung des Straftatbestandes soll hervorgehoben werden, dass alle Abfälle – unabhängig von der abfallrechtlichen Differenzierung zwischen gefährlich und nicht gefährlich – erfasst werden, die in § 326 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 StGB genannt werden.

Darüber hinausgehend werden die bisher in § 326 Abs. 1 StGB genannten Tathandlungen in der Form erweitert, dass nunmehr ausdrücklich auch das Einsammeln und die innerstaatliche Beförderung von Abfällen erfasst werden sollen. Zudem nennt der Referentenentwurf auch das Handeln und Makeln mit Abfällen als Tathandlungen.

Unerlaubte Verbringung von Abfällen gem. § 326 Abs. 2 StGB

Die wohl weitreichendste Änderung dürfte jedoch der Straftatbestand der unerlaubten Verbringung von Abfällen gem. § 326 Abs. 2 StGB erfahren.

Die geplante Neufassung dieses Straftatbestandes sieht vor, dass in einem neuen § 326 Abs. 2 Nr. 1 StGB jegliche illegale Verbringung von Abfällen i.S.d. Artikel 2 Nr. 35 der Verordnung (EG) Nr. 1013/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14.06.2006 über die

Verbringung von Abfällen unter Strafe gestellt wird.

Dies bedeutet nichts anderes, als dass die bisherige Beschränkung auf die grenzüberschreitende Verbringung von Abfällen ohne die erforderliche Notifizierung respektive Zustimmung aufgehoben und nach dem Willen des Gesetzgebers auch die Verbringung von grün gelisteten Abfällen zur Verwertung in den Fällen erfasst wird, in denen die Abfallverbringung sachlich nicht den Angaben in dem Anhang VII Dokument entspricht. Sind die Angaben in dem Anhang VII Dokument beispielsweise im Hinblick auf den Abfallschlüssel oder den Entsorgungsweg fehlerhaft, kann dies grundsätzlich strafbewehrt sein.

In dem Referentenentwurf wird zu dieser Ausweitung lediglich angemerkt, dass Bagatellfälle dadurch ausgeschlossen seien, dass die Verbringung dieser Abfälle nur dann strafbar sei, wenn sie nicht in unerheblicher Menge erfolge.

Der bisherige Straftatbestand der Verbringung von gefährlichen Abfällen i.S.d. § 326 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 StGB soll dann durch § 326 Abs. 2 Nr. 2 StGB erfasst werden, wobei sich die Frage aufdrängt, ob dieser Straftatbestand in Anbetracht der aufgezeigten Reichweite des § 326 Abs. 1 Nr. 1 StGB überhaupt noch Anwendung finden wird.

Unerlaubtes Betreiben von Anlagen gem. § 327 StGB

Schließlich beabsichtigt der Gesetzgeber, den Straftatbestand des unerlaubten Betriebens von Anlagen insofern zu erweitern, als auch das Betreiben von Anlagen in anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union erfasst wird.

□ **Aktuelle Veröffentlichungen**

Dr. Markus W. Pauly und
Maren Heidmann
Die Zulässigkeit der kommunalen Wertstofftonne nach dem Abfallrecht, in: Zeitschrift für das Recht der Abfallwirtschaft (AbfallR) 4/2010, S. 171 ff.

Dr. Markus W. Pauly und
Maren Heidmann
Die Zulässigkeit einer Wertstofftonne nach Europarecht, in: Zeitschrift für das Recht der Abfallwirtschaft (AbfallR) 6/2010, S. 291 ff.

Dr. Rainer Geesmann
Spielraum für Argumentationen – Genehmigungsverfahren: Die Gewerbebetriebsverträglichkeit einer Anlage kann durch den Nachweis der Atypik rechtlich belastbar begründet werden, in: RECYCLING magazin 07/2010, S. 26 f.

Dr. Rainer Geesmann
Staubbelastungen beim Betrieb mobiler Bauschuttzubereitungsanlagen, in: Abbruch aktuell 12/2010

Stefan Kopp-Assenmacher und
Dr. Christian Glass
Das Ende der Abfalleigenschaft bei Gebrauchtteilen aus Altfahrzeugen, in: Zeitschrift für das Recht der Abfallwirtschaft (AbfallR) 2010, S. 228 - 234

□ **Aktuelle Veranstaltungen**
– Auswahl –

Januar

28.01.2011

„Entsorgungsverträge rechtssicher gestalten“

Referent:
Dr. Anno Oexle

Veranstaltet durch ENTSORGA gGmbH, Bildungswerk der Deutschen Entsorgungswirtschaft (BwDE) in Offenbach

Februar

24.02.2011

„Unternehmerseminar zum Nachweis der Fachkunde nach § 11 Entsorgungsfachbetriebeverordnung.“
Vortrag "Kreislaufwirtschaftsgesetz"

Referent:
Dr. Markus W. Pauly

Veranstaltet durch Entsorgungsgemeinschaften Nord in Hamburg

März

23.03.2011

"Umweltrecht aktuell"

Referent:
Dr. Anno Oexle

Zu dem Thema "Abfallrecht"

Veranstaltet durch Management Circle AG in Düsseldorf

24.03.2011

"Grenzüberschreitende Abfallverbringung"

Referent:
Dr. Anno Oexle

Veranstaltet durch ENTSORGA gGmbH, Bildungswerk der Deutschen Entsorgungswirtschaft (BwDE) in Berlin

Autoren dieses Newsletters sind:

Büro Köln

Rechtsanwalt Prof. Dr. W. Klett
Rechtsanwalt Dr. M. W. Pauly
Rechtsanwalt Dr. D. R. Lück
Rechtsanwalt Dr. A. Oexle
Rechtsanwältin Dr. A.-L. Schümer
Rechtsanwalt Prof. Dr. R. Breuer
Rechtsanwalt Dr. R. Geesmann
Rechtsanwältin M. Heidmann

Büro Berlin

Rechtsanwalt L. Ernst
Rechtsanwalt S. Kopp-Assenmacher
Rechtsanwalt Dr. C. Glass