



Newsletter Kommunales

Lenz und Johlen
Rechtsanwälte Partnerschaft

Seite 1	Der Erschließungsbeitragsprozess aus gemeindlicher Sicht
Seite 1	Ende des „Kampfes um das Niederschlagswasser“
Seite 2	Aktuelles zum Denkmalschutz
Seite 3	Viele Erschließungsverträge zwischen Kommunen und kommunalen Erschließungsgesellschaften sind nichtig
Seite 4	Aktuelle BGH-Entscheidung zur Haftung bei rechtswidriger Versagung des gemeindlichen Einvernehmens nach § 36 BauGB
Seite 5	Ölspurbeseitigung durch Fremdfirmen
Seite 6	Schadensersatz für durch Industrieabwässer geschädigte Kanalrohre
Seite 7	Öffentliche Vergabe: Anfordern von fehlenden Angebotsunterlagen zwingend!

Der Erschließungsbeitragsprozess aus gemeindlicher Sicht

In der Januar-Ausgabe der kommunalen Steuerzeitschrift (KStZ 2011, S. 1) ist ein Aufsatz von Prof. Dr. Heribert Johlen zum Thema „Der Erschließungsbeitragsprozess aus gemeindlicher Sicht — Handlungsempfehlungen für den Prozess, seine Abwicklung und das Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes“ erschienen.



rensrechtes einschließlich des Kostenrechtes und der entsprechenden anwendbaren Vorschriften der Abgabenordnung (AO) zu Nebenkosten. Der Aufsatz soll eine Hilfestellung zum richtigen Verhalten während und nach einem Erschließungsbeitragsprozess sowie im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes geben. Die Hinweise und Ratschläge für eine erfolgreiche und unnötige Kosten vermeidende Prozessführung gelten auch für Verwaltungsstreitverfahren, die andere Abgaben als Erschließungsbeiträge zum Gegenstand haben.

Prof. Dr. Heribert Johlen
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Ende des „Kampfes um das Niederschlagswasser“

Das sachgerechte, die Rechtslage berücksichtigende und die Interessen der Gemeinde wahrende Führen eines Abgabenprozesses setzt nicht nur die Kenntnis des materiellen Abgabenrechtes voraus. Erforderlich ist auch das Beherrschen des zur Anwendung kommenden Verfah-

In Nordrhein-Westfalen besteht seit der Novellierung des Landeswassergesetzes (LWG NRW) im Jahr 2005 die Verpflichtung, das auf den befestigten Flächen eines Grundstücks (Dächer, gepflasterte Zuwegungen, versiegelte Freiflächen) anfallende Niederschlagswasser



der Kommune zu überlassen. Um den dadurch entstehenden Beiträgen und Gebühren zu entgehen, stellen private und gewerbliche Grundstückseigentümer häufig „Befreiungsanträge“. Diese sind im Regelfall als Anträge auf Freistellung von der Niederschlagswasserüberlassungspflicht nach § 53 III a 1 LWG NW bzw. auf Verzicht der Gemeinde auf die Überlassung nach § 53 III a 2 LWG NW auszulegen. Die Kommunen behandeln derartige Anträge sehr restriktiv, um möglichst viele Grundstücke an ihre Kanäle anzuschließen.

Da die Voraussetzungen des Anspruchs auf eine Freistellung bzw. einen Verzichts unklar waren, entstand in den letzten Jahren der „Kampf um das Niederschlagswasser“. Das OVG Münster hat mit Urteilen vom 01.09.2010 nunmehr Klarheit geschaffen (Aktenzeichen: 15 A 1635/08 und 15 A 1636/08). Die Urteile sind jetzt auch rechtskräftig geworden, nachdem das Bundesverwaltungsgericht mit Beschlüssen vom 24.11.2010 die hiergegen eingereichten Nichtzulassungsbeschwerden zurückwies (Az.: 7 B 80.10 und 7 B 81.10).

Nach Auffassung der Münsteraner Richter haben die Kommunen ihre Entscheidung an den Grundsätzen über das sogenannte intendierte Ermessen auszuüben. Danach muss im Regelfall die Entscheidung zu Gunsten der kommunalen Niederschlagswasserentsorgung ausgehen, wenn in der Straße ein Regenwasserkanal liegt; bei Mischwasserkanälen kann in sehr speziellen Ausnahmefällen die private Niederschlagswasserentsorgung zugelassen werden.

Diese Rechtsprechung gibt Bauherren Anlass, bei ihrer Entwässerungsplanung stärker über den Einsatz solcher technischer Möglichkeiten der Niederschlagswasserentsorgung nachzudenken, die vielfach in den jeweiligen kommunalen Abgabensatzungen kostenmä-

ßig honoriert werden, wie z.B. niedrigere Abwassergebührensätze bei Dachbegrünung. Investoren, die kooperative Bauleitplanung mit den Kommunen betreiben, sollten vor dem Hintergrund dieser Gerichtsentscheidungen intensiver auf Festsetzungen in den Bebauungsplänen zu Gunsten einer privaten Niederschlagswasserentsorgung hinzuwirken; denn der spätere Grundstückserwerber wird diese kaum noch durchsetzen können.

Rainer Schmitz
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Aktuelles zum Denkmalschutz

Energieeinsparverordnung, energetische Sanierung, erneuerbare Energien – Schlagworte, die in Zeiten des Klimawandels und des Klimaschutzes in aller Munde sind.

Das Baudenkmal mit seinen individuellen Besonderheiten scheint auf den ersten Blick





nicht in das Regelwerk irgendwelcher Normen zu passen. Es erfordert eine gründliche und differenzierte Auseinandersetzung mit seinem Bestand.

Eine zeitgemäße Sanierung eines Baudenkmals muss nicht automatisch im Widerspruch zum Denkmalschutz stehen. Die Zulassung einer Solarthermie- oder Photovoltaik-Anlage auf dem Dach eines denkmalgeschützten Gebäudes kann im Rahmen der gebotenen Interessenabwägung erlaubnisfähig sein. Es kommt hierbei auf die Bedeutung und den Wert des jeweiligen denkmalgeschützten Gebäudes und insbesondere der Dachlandschaft, die konkrete Ausgestaltung sowohl der Dächer (vor allem Dachformen, Farbigkeit und bisherige Aufbauten) als auch der Solaranlage (vor allem Größe, Farbigkeit und Struktur), die Einsehbarkeit der Solaranlage und schließlich auf den ökologischen und ökonomischen Nutzen der Solaranlage an, wie zuletzt das VG Berlin in seinem Urteil vom 09.09.2010 herausgearbeitet hat. Bei einer geplanten Außenwanddämmung ist zu berücksichtigen, dass der sichtbare Denkmalwert hierdurch entfallen und das Gebäude verfremdet werden könnte.

Regelmäßig sind im Rahmen einer Außendämmmaßnahme auch weitergehende Eingriffe in die Fensteröffnungen und das Dach notwendig, wie das VG Minden in seinem Urteil vom 25.08.2009 betont. Auch wenn im Regelfall Gründe des Denkmalschutzes einer solchen Maßnahme entgegen stehen dürften, so entbindet dies nicht, im jeweiligen Einzelfall die betroffenen Belange des Denkmalschutzes und des Eigentums zu ermitteln und sorgfältig zu bewerten und abzuwägen.

Dr. Alexander Beutling
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Viele Erschließungsverträge zwischen Kommunen und kommunalen Erschließungsgesellschaften sind nichtig

Die Frage, ob gemeindliche Erschließungsgesellschaften Dritte i.S.v. § 124 BauGB sein können, mit der Folge, dass Gemeinden mit eigenen Gesellschaften Erschließungsverträge abschließen können, war seit der Neufassung des § 124 BauGB im Jahr 1993 umstritten.

Hintergrund für eine solche Konstruktion ist vielfach, dass Gemeinden in Erschließungsverträgen nach § 124 BauGB Kostenübernahmen vereinbaren können, die sie im Falle der Eigenschließung nicht auf die Eigentümer der erschlossenen Grundstücke umlegen könnten. Steht ein privater Erschließungsträger nicht zur Verfügung, schalten viele Gemeinden eigene Erschließungsgesellschaften ein, die sich dann bei den jeweiligen Grundstückseigentümern oder Erwerbern auf vertraglicher Basis refinanzieren.



Der VGH Mannheim hat in einem Urteil vom 23.10.2009 (VGH 2 S 424/08) noch die Auffassung vertreten, dass kommunale Eigen- oder Mehrheitsgesellschaften Dritte i.S.v.



§124 BauGB und damit Vertragspartner eines Erschließungsvertrages sein können. Allerdings könne sich der Erwerber eines Grundstückes, der in einem Kaufvertrag mit der Gemeinde oder dem gemeindlichen Erschließungsträger abgeschlossenen Grundstückskaufvertrag mit den Erschließungskosten belastet wird, gegen die Übernahme auch solcher Kosten zur Wehr setzen, die im Anwendungsbereich des § 124 BauGB unangemessen wären.

Das Bundesverwaltungsgericht ist dem in seinem Urteil vom 1.12.2010 (9 C 8.09) nicht gefolgt. Es hält Erschließungsverträge zwischen Gemeinden und einer Gesellschaft des Privatrechtes, die von der Gemeinde ganz oder mehrheitlich beherrscht wird, generell für unwirksam, da eine solche Gesellschaft nicht Dritte i.S. des § 124 BauGB sein könne. Im konkreten Fall führte dies auch zur Unwirksamkeit des Vertrages zwischen der Erschließungsgesellschaft und den Grundstückserwerbern. Der Gemeinde bleibt dann nur noch die Möglichkeit, Erschließungsbeiträge zu erheben.

Die Entscheidung hat erhebliche praktische Bedeutung für alle Fälle, in denen Gemeinden eigene Erschließungsgesellschaften in die Baulandentwicklung einschalten. Darüber hinaus bestätigt das Bundesverwaltungsgericht, dass den Gemeinden beim Abschluss von Erschließungsverträgen enge Grenzen auferlegt sind.

In einem weiteren noch anhängigen Verfahren wird sich das Bundesverwaltungsgericht in Kürze mit der Frage zu beschäftigen haben, inwieweit dem Vorhabenträger Kosten auch für sog. Drittanlieger auferlegt werden dürfen.

Dr. Michael Oerder
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Aktuelle BGH- Entscheidung zur Haftung bei rechtswidriger Versa- gung des gemeindlichen Einvernehmens nach § 36 BauGB

In einem Urteil vom 16.09.2010 – III ZR 29/10 – hat der BGH nunmehr haftungsrechtliche Konsequenzen aus der Änderung des § 36 BauGB durch das Bau- und Raumordnungsgesetz 1998 (BauROG) und den diesbezüglichen landesrechtlichen Zuständigkeitsregelungen gezogen.

Nach altem Recht war die Baugenehmigungsbehörde an die Versagung des gemeindlichen Einvernehmens gebunden, auch wenn eine Gemeinde ihr Einvernehmen rechtswidrig versagte. Dies führte zur Alleinhaftung der Gemeinde gegenüber dem Bauwilligen, wenn dieser einen Anspruch auf die beantragte Baugenehmigung hatte und sein Bauantrag von der Baugenehmigungsbehörde allein wegen der Versagung des gemeindlichen Einvernehmens negativ beschieden wurde.

Durch das BauROG 1998 ist § 36 Abs. 2 Satz 3 BauGB neu eingefügt worden, wonach ein rechtswidrig versagtes Einvernehmen durch die nach Landesrecht zuständige Behörde ersetzt werden kann. In den Bundesländern sind entsprechende Zuständigkeitsregelungen inzwischen durchweg eingeführt – so in Nordrhein-Westfalen durch § 2 Nr. 4 a des Ersten Gesetzes zum Bürokratieabbau vom 13.03.2007, wonach die zuständige Bauaufsichtsbehörde das von der Gemeinde rechtswidrig versagte Einvernehmen zu ersetzen hat. Im Hinblick auf die geänderte Rechtslage hat der BGH entschieden, dass der Gemeinde im Baugenehmigungsverfahren bei der Verweigerung des gemeindlichen



Einvernehmens nach § 36 Abs. 1 BauGB keine den Bauwilligen schützenden Amtspflichten obliegen, wenn die Baugenehmigungsbehörde nach § 36 Abs. 2 Satz 3 BauGB i. V. m. landesrechtlichen Vorschriften das rechtswidrig verweigerte Einvernehmen ersetzen kann. In solchen Fällen liegt die haftungsrechtliche Alleinverantwortlichkeit nunmehr bei der Baugenehmigungsbehörde. Wenn die Baugenehmigungsbehörde die Ersetzung des rechtswidrig versagten Einvernehmens unterlässt, stellt dies eine Amtspflichtverletzung gegenüber dem Bauwilligen dar.

Weiterhin besteht ein Haftungsrisiko für die Gemeinde aber dann, wenn sie die trotz ihres versagten Einvernehmens erteilte Baugenehmigung mit einem verwaltungsgerichtlichen Rechtsbehelf anfecht und dadurch das Bauvorhaben weiter verzögert wird. Eine Gemeinde handelt amtspflichtwidrig, wenn sie gegen die aktuelle Baugenehmigung vorgeht, obwohl sie erkennt, oder bei ausreichender Prüfung erkennen musste, dass die Verweigerung ihres Einvernehmens rechtswidrig war.

Dr. Franz-Josef Pauli
Rechtsanwalt

Ölspurbeseitigung durch Fremdfirmen

Die Aufgabe der Ölspurbeseitigung durch kommunale Feuerwehren stellt viele, insbesondere kleinere Kommunen vor kapazitäts- und finanzielle Probleme. Die kommunalen Feuerwehren sind häufig lediglich dazu ausgestattet, Ölspuren mit einem manuellen Bindemittel-Streuwagen abzustreuen und dieses mit Kehrbesen aufzunehmen. Dies führt ins-

besondere bei größeren Verunreinigungen zu einem erheblichen Aufwand. Da diese Form der Ölspurbeseitigung nicht bzw. nicht mehr als der einzige Stand der Technik gesehen wird, hat sich der Markt der sogenannten „Nachreinigung“ gebildet. Diese Beseitigung der Ölspur wird in einem Verfahren durch Fremdfirmen mit einem hoch spezialisierten Gerät durchgeführt. Viele Kommunen haben auf Grundlagen eines Rahmenvertrages von dieser Möglichkeit der Unterstützung Gebrauch gemacht. Die Kostenerstattung für derartige Reinigungen führt angesichts der Kostenhöhe zu rechtlichen Fragestellungen, die insbesondere mit den Kraftfahrzeugversicherern und anderen Straßenbaulastträgern zu führen sind.



Nachdem das Oberverwaltungsgericht NRW mit Urteil vom 16.02.2007 (9 A 4239/04) entschieden hat, dass die Ölspurbeseitigung außerhalb der üblichen Dienstzeiten ein Pflichteinsatz der Feuerwehr nach § 1 Abs. 1 FSHG NRW darstellt und damit ein Rückgriff zum Zwecke der Kostenerstattung gegenüber dem eigentlich zuständigen Straßenbaulastträger rechtlich unzulässig ist, weigern sich diese in aller Regel, entsprechende Kosten zu übernehmen. Unbeachtet bleibt dabei der ministeriale Erlass, wonach in den Fällen, in denen kein Verursacher ermittelbar ist, die Landesbetriebe entsprechende Kosten übernehmen sollen.

Die Beitreibung der Kosten beim Verursacher im Wege der Verwaltungsvollstreckung wird derzeit intensiv vor den Verwaltungsgerichten diskutiert. Abgesehen von der Kostenhöhe,



welche durch die von den Drittfirmen angesetzten Personal- und Aufwandskosten bestimmt werden, wird die Frage der rechtlichen Zulässigkeit des Einsatzes dieser Firmen sowie der entsprechenden Kostenerstattung in Frage gestellt. Von Bedeutung sind dabei die bisher nicht geklärten Rechtsfragen, ob § 41 Abs. 2 FSHG NRW eine ausreichende Rechtsgrundlage für die Erstattung von Kosten durch Drittunternehmen bietet oder ob zwingend eine ergänzende Regelung in der Gebührensatzung der jeweiligen Gemeinde notwendig ist. Ebenso ist zu klären, welche Anforderungen an die Entscheidungen zur Durchführung eines solchen Nassreinigungsverfahrens zu stellen sind. Dabei ist von Bedeutung, ob dieses Verfahren den aktuellen Stand der Technik darstellt oder die Ölspurbeiseitigung durch Bindemittel insoweit gleichwertig ist. Ferner wird thematisiert, ob die Tiefenreinigung der Fahrbahn grundsätzlich noch zur Gefahrenabwehraufgabe der Feuerwehr gehört oder ob dies nur im Einzelfall in Betracht kommt. Angesichts der Vielzahl zu klärender Fragen besteht derzeit eine nicht unerhebliche Rechtssicherheit. Aufgrund fehlender obergerichtlicher Rechtsprechung sind Kommunen, welche diese Maßnahmen ergriffen haben bzw. dies planen, gut beraten, die rechtlichen Risiken der Kostenerstattung auf ein Minimum zu reduzieren. Angesichts der Kostenhöhe der Nassreinigungseinsätze, deren Erstattung letztendlich den Kommunen obliegt, sollten der Verursacher aus rechtlichen Gründen nicht in Anspruch genommen werden können, kann auf dieser Weise ein erhebliches wirtschaftliches Risiko vermieden werden.

Dr. Christian Giesecke
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Schadensersatz für durch Industrieabwässer geschädigte Kanalrohre

Mit Urteil vom 23.09.2010 – 4 ZB 09.1190 – hat der Bayerische Verwaltungsgerichtshof den Antrag der Beklagten auf Zulassung der Berufung abgelehnt und somit das stattgebende Urteil des VG Würzburg vom 23.03.2009 bestätigt.



Das Verwaltungsgericht Würzburg hatte den Beklagten dem Grunde nach verurteilt, der Klägerin den durch die Beschädigung der Abwasserkanalleitung entstandenen Schaden zu ersetzen. Wer eine öffentliche Einrichtung wie eine Abwasserbeseitigungsanlage in Anspruch nehme, sei ähnlich einem Mieter, der mit der Mietsache pfleglich umzugehen habe, verpflichtet, den Anstaltsträger vor Schaden zu bewahren. Die Beklagte habe ihre Pflichten aus dem Benutzungsverhältnis objektiv pflichtwidrig und schuldhaft verletzt, in dem sie sulfathaltiges Abwasser eingeleitet habe, das geeignet sei, die Abwasserkanäle der Klägerin zu zerstören. Das Gericht stützte sich bei seiner Annahme auf eine fachgutachterliche Stellungnahme. Nach dem Gutachten lagen die Ergebnisse der Betondruckfestigkeiten aus dem Ablauf des Schachtes 198 A (= Zulauf des Abwassers vom Gelände der Beklagten) deutlich unter den vergleichbaren Werten aus dem Ablauf des stromauf-



wärts liegenden Schachtes 200. Dieser Abfall der Druckfestigkeiten sei auf die sehr poröse Gefügestruktur des Betons zurückzuführen. Ursache hierfür sei das Auslösen des Bindemittels aus der Zementsteinmatrix durch hochsulfathaltiges Abwasser, das stark betonangreifend einzustufen sei. Es sei damit eindeutig nachgewiesen, dass durch die Abwasserbelastung des Betons ab dem Schacht 198 A und unterhalb davon die sichtbare Schädigung der Abwasserrohre verursacht worden sei. Die von der Beklagten gezahlten Entwässerungsgebühren berechtigen diese nicht zur Schädigung der Kanalisation. Ein Mitverschulden der Klägerin sei nicht zu erkennen. Es sei Sache des jeweiligen Grundstückseigentümers, sicherzustellen, dass seine in die Kanalisation gelangenden Abwässer den maßgeblichen Satzungsbestimmungen entsprechen und keinen Schaden an der Entwässerungsanlage der Gemeinde verursachen.

Ein Mitverschulden der Klägerin wurde insbesondere auch nicht darin gesehen, dass diese in Kenntnis der Einleitung von Industrieabwässern nur mangelhafte Rohre zur Verfügung gestellt habe, die eine erhöhte Anfälligkeit gegenüber Schadstoffen aufwiesen. Die Gemeinden sind nach den Ausführungen des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs nicht gehalten, im Hinblick auf eine mögliche unzulässige Inanspruchnahme ihrer Einrichtung bei deren Bau kostspieligere Materialien zu verwenden, als dies bei ordnungsgemäßem Gebrauch erforderlich wäre.

Dr. Inga Schwertner
Rechtsanwältin
Fachanwältin für Verwaltungsrecht

Öffentliche Vergabe: Anforderungen von fehlenden Angebotsunterlagen zwingend!

Die Novellierung der VOB/A hat eine für die Praxis höchst relevante Neuerung mit sich gebracht: Fehlen bei Angebotsabgabe Erklärungen oder Nachweise eines Bieters, welche nach den Ausschreibungsunterlagen einzureichen waren, müssen die entsprechenden Unterlagen von der Vergabestelle nunmehr gem. § 16 Abs. 1 Nr. 3 S. 1 VOB/A zwingend nachgefordert werden. Ein Ausschluss, der sich auf die Unvollständigkeit des Angebotes bezieht, ist nicht rechtmäßig. Dies hat kürzlich die VK Nordbayern für die neue Rechtslage erstmals bestätigt (VK Nordbayern, Beschluss vom 22.09.2010 – 21.VK-3194-34/10).



Hintergrund der Neuregelung ist, dass an sich wirtschaftliche Angebote nicht aufgrund blo-



Der „Förmelei“ ausgeschlossen werden sollen. Der bisher geltende Zwang wurde oftmals von beiden Seiten als der Sache nicht dienlich empfunden.

Was genau ist unter „Erklärungen oder Nachweise“ zu verstehen? Relativ sicher fallen die klassischen Eignungsnachweise (z.B. Zahl/Qualifikation Mitarbeiter, Betriebsgröße, etc.), die inhaltlichen Erläuterungen (z.B. Hersteller-, Typ- und Produktangaben) und sämtliche Eigenerklärungen bzw. Erklärungen über die Anerkennung von Vertragsbedingungen unter den Begriff „Erklärungen oder Nachweise“ i.S.d. § 16 VOB/A. Aber Vorsicht! In der Praxis tauchen zahlreiche (fehlende) Angebots-teile auf, die sich nicht ohne Weiteres einem der genannten „Typen“ zuordnen lassen. Hier wird ggf. eine Einzelfallprüfung notwendig, um zu klären, ob eine Nachforderung zwingend bzw. zulässig ist. Denn nicht jeder fehlende Angebotsbestandteil kann und darf nachgefordert werden: Speziell fehlende Preisangaben müssen und dürfen nicht nachgefordert werden, da diese Angebote auch weiterhin zwingend auszuschließen sind, vgl. nach § 16 Abs. 1 Nr. 1 c) VOB/A. Eine Ausnahme gilt hier nur für unwesentliche Einzelpositionen. Ebenso wenig müssen und dürfen z.B. fehlende Unterschriften nachgefordert werden, vgl. § 16 Abs. 1 Nr. 1 b).

Die Vergabestellen müssen sich nach neuer Rechtslage jedenfalls darauf einrichten, bei unvollständigen Angeboten fehlende Erklärungen und Nachweise nachzufordern. Andernfalls droht bei einem Ausschluss ein Verstoß gegen § 16 Abs. 1 Nr. 3 S. 1 VOB/A, auf den sich ein Bieter auch erfolgreich berufen kann.

Andererseits muss im Auge behalten werden, dass keine Unterlagen nachgefordert werden, die auch nach der Neuregelung in der VOB/A zwingend zu einem Ausschluss führen.

Hier droht ggf. eine Verletzung von Rechten desjenigen Bieters, der ohne das zwingend auszuschließende Gebot das wirtschaftlichste Angebot abgegeben hätte.

Thomas Elsner
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

Martin Hahn
Rechtsanwalt

