

02/2025

DIE GEMEINDE

Zeitschrift für die kommunale Selbstverwaltung in Schleswig-Holstein



Schwerpunktt Themen: Wasser- und Vergaberecht

- *Dr. Tilmann Mohr*, Novelliertes Landeswassergesetz 2025
- *Dr. Benjamin Pfannkuch*, Aktuelle Entwicklungen in der vergaberechtlichen Rechtsprechung
- *Dr. Martin Schellenberg*, Das Spannungsfeld Fördermittel- und Vergaberecht

C 3168 E

ISSN 0340-3653

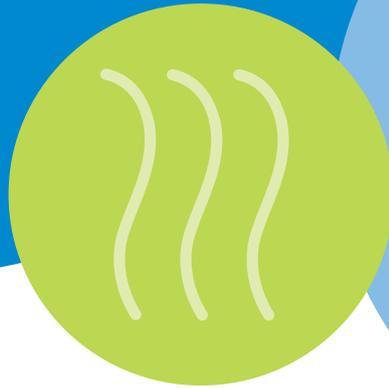
76. JAHRGANG

SHGT
Schleswig-Holsteinischer
GEMEINDETAG

Deutscher
Gemeindeverlag
GmbH Kiel

Neues Wärmenetz aus der Wärmebox

Für die Wärmewende vor Ort



**Ist in Ihrer
Gemeinde ein Wärme-
netz wirtschaftlich?**

Das prüfen wir gerne für Ihre
kommunale Wärmewende:
waermeplanung@hansewerk-natur.com

Unsere Wärmebox versorgt Haushalte und Unternehmen
mit grüner Wärme - und bei Bedarf auch mit Kälte.

Je nach Außentemperatur und Standort nutzt die Wärmebox die Wärme
aus der Luft, aus der Erde oder anderen Quellen.



Mehr Energie. Weniger CO₂

DIE GEMEINDE

Zeitschrift für die kommunale Selbstverwaltung
in Schleswig-Holstein

Herausgeber Schleswig-Holsteinischer Gemeindetag

77. Jahrgang · Februar 2025

Impressum

Schriftleitung:

Jörg Bülow
Geschäftsführendes Vorstandsmitglied

Redaktion:

Daniel Kiewitz

Anschrift Schriftleitung und Redaktion:

Reventlouallee 6, 24105 Kiel
Telefon (0431) 57 00 50 50
Telefax (0431) 57 00 50 54
E-Mail: info@shgt.de
Internet: www.shgt.de

Verlag:

Deutscher Gemeindeverlag GmbH
Jägersberg 17, 24103 Kiel
Postfach 1865, 24017 Kiel
Telefon (0431) 55 48 57
Telefax (0431) 55 49 44

Anzeigen:

W. Kohlhammer GmbH
Anzeigenmarketing
70549 Stuttgart
Telefon (0711) 78 63 - 72 23
Telefax (0711) 78 63 - 83 93
Preisliste Nr. 46, gültig ab 1. Januar 2025.
produktssicherheit@kohlhammer.de

Bezugsbedingungen:

Die Zeitschrift „Die Gemeinde“ erscheint monatlich; einmal jährlich können zwei Hefte zu einem Doppelheft zusammengefasst werden. Bezugspreis ab Verlag jährlich 118,40 € zzgl. Versandkosten von 10,20 €. Einzelheft 14,70 € (Doppelheft 29,40 €) zzgl. Versandkosten.
Die angegebenen Preise enthalten die gesetzliche Mehrwertsteuer.

Druck: Druckzentrum Neumünster GmbH

Satz & Gestaltung:

Agentur für Druck und Werbung, Sonnenbühl

Für unverlangt eingesandte Manuskripte und Bildmaterial übernehmen Verlag und Redaktion keine Verantwortung. Die Redaktion behält sich Kürzungen und Überarbeitungen vor.

ISSN 0340-3653

Titelbild: Sankelmarker See

Fotos: Daniel Kiewitz, Kronshagen

Schwerpunktt Themen: Wasser- und Vergaberecht

Aufsätze

Dr. Tilmann Mohr
Novelliertes
Landeswassergesetz 2025.....34

Dr. Benjamin Pfannkuch
Aktuelle Entwicklungen in der
vergaberechtlichen Rechtsprechung ...42

Dr. Martin Schellenberg
Das Spannungsfeld
Fördermittel- und Vergaberecht48

Rechtsprechungsberichte

1. BVerfG weist
Verfassungsbeschwerde gegen
Tübinger Verpackungssteuer
zurück52

2. BVerwG zu nächtlichen
Betriebsbeschränkungen für
Windenergieanlagen53

Aus der Rechtsprechung

Genehmigung eines Flächen-
nutzungsplans; Anforderungen
an die Abwägung
Urteil des VG Schleswig vom
20.11.2024 – Az.: 8 A 31/2253

Infothek59

Buchbesprechungen60

Novelliertes Landeswassergesetz 2025

Dr. Tilmann Mohr¹

1. Anlass der Novellierung

Zum 1. Januar 2025 ist eine Novellierung des Landeswassergesetzes (LWG)² erfolgt.³ Die Novellierung erfolgte aus unterschiedlichen Anlässen und hat dem entsprechend unterschiedliche Regelungsaspekte.

Das Landeswassergesetz wurde zum 1.1.2020 komplett neu erlassen.⁴ Damals erfolgte die grundsätzliche Überarbeitung infolge der veränderten Gesetzgebungskompetenzen für das Wasserrecht⁵ und des 2010 erfolgten Neuerlasses des Wasserhaushaltsgesetzes des Bundes. Nach vier Jahren Gültigkeit des neuen Landeswassergesetzes war es an der Zeit, einzelne Regelungen nachzujustieren und im Laufe der Zeit erkannte Fehler zu berichtigen. Allerdings gab es insoweit nur geringfügigen Nachbesserungsbedarf.

Ein weiterer, wesentlicher Anlass war, dass bei der Komplettnovellierung 2020 der Regelungsbereich des Hafen- und Wasserverkehrsrechts, also der 9. Teil mit den verkehrsrechtlichen Vorschriften, nicht in die Komplettüberarbeitung einbezogen werden konnte. Dies wurde nun nachgeholt.

Ein wesentlicher Grund für die Aufnahme einiger neuer Regelungen sind die in letzter Zeit gehäuft und dramatisch aufgetretenen Hochwasser.⁶ Aus schleswig-holsteinischer Sicht ist zuvorderst die letztlich recht glimpflich verlaufene Ostsee-Sturmflut von Oktober 2023 zu nennen. Sie erreichte teilweise einen Sturmflutwasserstand, der statistisch nur alle 200 Jahre oder seltener auftritt, insbesondere an der Schlei. Mit der Novelle werden einige Stellschrauben des Küsten- und Hochwasserschutzes nachjustiert. Allerdings müssen wir als Gesellschaft davon ausgehen, dass in den kommenden Jahren und Jahrzehnten weiterer Handlungsbedarf in diese Richtung besteht.

Schließlich erfolgte nach 10 Jahren eine inflationsbedingte Angleichung der Abgabesätze im Landeswasserabgabengesetz (LWAG).

Eine gewisse Ironie ist, dass der einzige im

Koalitionsvertrag der Landesregierung verankerte Anlass für eine Novellierung des LWG, nämlich eine Neuregelung der Gewässerrandstreifen, nicht erfolgt. Der Koalitionsvertrag sieht eine Vereinheitlichung der inzwischen unübersichtlichen Regelungen zu Gewässerrandstreifen vor⁷ und enthält auch einige inhaltliche Aussagen.⁸ Es bleibt im Ergebnis dabei, dass Schleswig-Holstein die wohl schwächsten Randstreifen-Regelungen im bundesdeutschen Vergleich hat.⁹ Nachfolgend werden wesentliche Änderungen, getrennt nach ihren Regelungsbereichen, vorgestellt.

2. Regelungsbereiche der Novellierung

a. Küsten- und Hochwasserschutz

aa. Übertreffendes öffentliches Interesse für Bauten des Küstenschutzes

Zuvorderst zu nennen ist, dass Bauten des Küstenschutzes, wie z. B. Deiche, künftig im überragenden öffentlichen Interesse liegen (§ 63 Abs. 1 Satz 2).¹⁰ Dies hat konkret zwei Auswirkungen: Zum einen ist damit per se eine Planrechtfertigung gegeben. (Hieran bestanden auch bisher keine ernstlichen Zweifel, denn anderenfalls wäre eine Planung entsprechender Bauten gar nicht erfolgt.) Zum anderen genießen Bauten des Küstenschutzes einen entsprechenden Vorrang bei der Abwägung entgegenstehender Belange. Zu bedenken ist allerdings, dass eine Abwägung nicht obsolet ist sondern dennoch erfolgen muss. Die relevanten Belange sind zu ermitteln. Bei der Abwägung selbst besteht allerdings eine solche Vorprägung durch den Gesetzgeber, dass man nur in atypischen Sonderfällen davon ausgehen kann, dass sich entgegenstehende Belange durchsetzen können.¹¹ Solche entgegenstehenden Belange können private oder öffentliche sein. Private Belange wäre etwa das Begehren, von Belastungen durch eine Baustelle verschont zu werden oder eine freie Aussicht nicht verbaut zu bekommen. Relevanter

sind aber handfeste Eigentümerinteressen. Im Rahmen von Planfeststellungsverfahren sind bereits nach bisheriger Rechtslage Enteignungen möglich,¹² wenn etwa Grundstücke für eine Deichtrasse benötigt werden. Künftig schlägt das Pendel noch stärker zugunsten der

¹ Der Autor ist Referatsleiter im Ministerium für Energiewende, Klimaschutz, Umwelt und Natur des Landes Schleswig-Holstein. Der Artikel gibt seine persönliche Auffassung wieder.

² In der folgenden Darstellung sind §§ ohne weitere Angabe solche des novellierten LWG.

³ Landeswassergesetz vom 13. November 2019 (GVBl. Schl.-H. 2019, S. 425, geändert durch Gesetz vom 13.12.2024 (GVBl. Schl.-H. 2024 vom 30. Dezember 2024).

⁴ Dazu Mohr, Die Gemeinde 2020, S. 242.

⁵ Art. 74 Abs. 1 Nr. 32 und Art. 72 Abs. 3 GG.

⁶ Zu nennen sind auch das folgende Hochwasser in Niedersachsen um den Jahreswechsel 2023/24, Hochwasser in Süddeutschland im Mai/Juni 2024 mit Todesopfern (prägnant: https://de.wikipedia.org/wiki/Hochwasser_in_S%C3%BCddeutschland_2024), Hochwasser in Osteuropa im September 2024 mit Auswirkungen auch in Deutschland ebenfalls mit Todesopfern (prägnant: https://de.wikipedia.org/wiki/Hochwasser_in_Mitteuropa_im_September_2024), und besonders die Hochwasserkatastrophe in Südspanien im Oktober 2024.

⁷ Ohne an dieser Stelle auf Einzelheiten eingehen zu können, ist hinzuweisen auf: § 26 LWG, § 38 und § 38a WHG, die Düngeverordnung (DüV, insbesondere § 5a Abs. 3), § 4a Pflanzenschutz-Anwendungsverordnung (PflSchAnwV) des Bundes sowie mittelspezifischer Anwendungsvorgaben und verschiedene Regelungen und Umsetzungsrechtsakte der GAP. Im Ergebnis hat Schleswig-Holstein derzeit bei Gewässerrandstreifen die geringsten landwirtschaftlichen Bewirtschaftungsvorgaben.

⁸ „Die vielgestaltigen Regelungen zu Gewässerrandstreifen aus unterschiedlichen Rechtsbereichen werden wir landesrechtlich zu einer klaren, vollzugstauglichen Regelung zusammenführen [...]“ (Z. 4833 ff.); „Gewässerrandstreifen sollen zukünftig weiter einen wichtigen Beitrag für verminderte Einträge von Nährstoffen und Pflanzenschutzmitteln in Gewässern leisten.“ (Z. 4631 ff.). S. https://www.cdu-sh.de/sites/www.cdu-sh.de/files/koalitionsvertrag_2022-2027_.pdf und https://sh-gruene.de/wp-content/uploads/2022/06/Koalitionsvertrag-2022-2027_.pdf.

⁹ Nämlich nach § 26 Abs. 2 LWG ein Dünge-, Pflanzenschutzmittel- und Ackerverbot von 1 Meter Breite, und das auch nur an den sog. Verbandsgewässern nach § 28 Abs. 2 LWG. In den wenigen verbliebenen Ländern, die keine Randstreifenregelung haben, gilt zumindest für Pflanzenschutzmittel ein Anwendungsverbot auf 10 m Breite, das sich bei einer Grünlandbewirtschaftung auf 5 m reduziert (§ 4a Abs. 1 Pflanzenschutz-Anwendungsverordnung). Eine vergleichende Darstellung des Bundeslandwirtschaftsministeriums befindet sich kurz vor der Veröffentlichung (Stand Januar 2025).

¹⁰ Vgl. allgemein zum überragenden öffentlichen Interesse Birkner, NVwZ 2024, S. 138 m. N.

¹¹ Birkner, NVwZ 2024, S. 138 (140) m.N. aus der Rechtsprechung, z. B. OVG Greifswald, NVwZ 2023, S. 1015.

¹² §§ 68, 71 WHG bzw. §§ 83, 85 LWG.

Küstenschutz-Baumaßnahme aus. In der Praxis sind ohnehin Lösungen über den Ankauf benötigter Grundstücke üblich und es kommt in der Regel nicht zu Enteignungsverfahren. Klassische entgegenstehende öffentliche Belange sind z. B. solche des Denkmalschutzes. Einer Deichverstärkung wird man nicht mehr entgegenhalten können, sie beeinträchtigt den Ensembleschutz. Auch Naturschutzbelange sind solche öffentlichen Belange. Allerdings kann das überragende öffentliche Interesse nicht entgegenstehendes zwingendes Recht ausräumen. Wenn in einem solchen Fall eine Befreiung zu prüfen ist (§ 67 BNatSchG), kommt dem überragenden öffentlichen Interesse bei der Abwägung jedoch ein entsprechend höheres Gewicht zu als bisher.

§ 63 Abs. 1 Satz 2 regelt weiter, dass Bauten des Küstenschutzes der öffentlichen Sicherheit dienen. Diese gesetzliche Feststellung ist im Prinzip obsolet, da sich dies bereits aus der Eigenschaft eines Bauwerks als Bauwerk des Küstenschutzes ergibt. In den Bereichen der Energiewende, in denen erstmals mit dem Institut des überragenden öffentlichen Interesses operiert wurde (vgl. § 2 EEG, § 43 EnWG), ist dies dagegen nicht so klar, so dass die Feststellung dort durchaus konstitutiven, also regelnden, Charakter hat.

bb. Öffentliches Interesse für den Hochwasserschutz im Übrigen

Der Aspekt der öffentlichen Sicherheit leitet über zu § 63 Abs. 1 Satz 3. Danach liegen der Hochwasserschutz einschließlich des vorsorgenden und des natürlichen Küsten- und Hochwasserschutzes und der dafür erforderlichen Gewässer ausbauverfahren im öffentlichen Interesse. Hier fehlt eine Bezugnahme auf die öffentliche Sicherheit. Aus vorgenannten Gründen spielt das praktisch keine Rolle. Denn Maßnahmen des Hochwasserschutzes dienen per se der öffentlichen Sicherheit. Auch die Feststellung des öffentlichen Interesses hat vor allem deklaratorischen Charakter. Denn dass Hochwasserschutz im öffentlichen Interesse liegt, ist offensichtlich. Der Wert der Regelung liegt darin, dass dies nunmehr gesetzlich ausdrücklich hervorgehoben wird.¹³ Hinzuweisen ist dabei auf die ausdrückliche Inbezugnahme des vorsorgenden und natürlichen Küsten- und Hochwasserschutzes. Als Unterformen des Hochwasserschutzes gelten hierfür die Hochwasserschutz-Regelungen ohnehin, aber die ausdrückliche Nennung spiegelt das Bekenntnis des Gesetzgebers hierzu wider. Das geht einher damit,

dass derartige Formen des Hochwasserschutzes, die jenseits klassischer Schutzbauwerke liegen, in Zeiten des Klimawandels zunehmend Bedeutung erlangen, um wirksam Vorsorge gegen das Eintreten von Hochwasserlagen treffen zu können. Beispiele für derartige Maßnahmen sind z. B. die Schaffung von Flussauen, natürlichen Retentionsflächen (z. B. auf niedrig gelegenem Grünland) oder auch die Wiedervernässung von Mooren, durch die mitunter ein Wasserrückhalt und damit ein Abdämpfen von Hochwasserwellen erreicht werden kann. Die Wiedervernässung von Mooren als Element einer zukunftsorientierten Wasserwirtschaft wurde teilweise vehement eingefordert,¹⁴ ist aber nicht in das Gesetz aufgenommen worden.

cc. Hochwasserschutzkonzepte

Ebenfalls im Bereich des Küsten- und Hochwasserschutzes fordert der neue § 57 Abs. 3 die jeweils zuständigen Kommunen und Wasser- und Bodenverbände auf, kommunale Hochwasserschutzkonzepte zu erstellen. Das Land stellt hierfür vorhandene Daten zur Verfügung. Derartige Konzepte werden bereits in verschiedenen Orten erstellt. Nunmehr erfolgt eine ausdrückliche Aufforderung durch den Landesgesetzgeber. Unmittelbare Konsequenzen hat es nicht, wenn solche Konzepte nicht erstellt werden. Letztlich handeln die Aufgabenträger hier in eigener Verantwortung. Allerdings bestimmt § 57 Abs. 3 weiter, dass öffentliche (Geld-) Mittel, die zur Förderung von Bau- oder Wiederherstellungsmaßnahmen an Hochwasser- und Küstenschutzanlagen eingesetzt werden, sich am Vorliegen der Hochwasserschutzkonzepte orientieren sollen. Damit ist künftig bei der Vergabe von eventuellen Fördergeldern bei Bau- und Wiederherstellungsmaßnahmen von Hochwasserschutzanlagen im Vorteil, wer entsprechende Konzepte erstellt. Auf diese Weise wird eine zweckgerichtete Verwendung öffentlicher Gelder gefördert.

dd. Hinweispflichten bei Sportboothäfen und Campingplätzen

Besonders augenfällig und auch kostenträchtig bei der Oktober-Sturmflut 2023 waren Schäden auf überfluteten Campingplätzen an der Küste und in Sportboothäfen. Bilder sich in Hafenvorfeldern stapelnder Sportboote gingen durch die Nachrichten.¹⁵ Neben den Gefährdungen für Menschenleben drohen bei derartigen Ereignissen regelmäßig hohe Sachschäden, entsprechende Abfallmengen und auch Umweltgefahren durch austretende

Schadstoffe. Fortan werden Betreiber von gefährdeten Sportboothäfen und Campingplätzen in nicht ausreichend geschützten Küstengebieten verpflichtet, die Nutzenden auf die damit verbundenen besonderen Gefahren hinzuweisen (§ 82a). Die Menschen sollen so frühzeitig gewarnt und Schäden minimiert werden. Wie die Hinweispflicht umgesetzt wird, ist nicht näher bestimmt. Denkbar sind Ausgänge, Regelungen in den Nutzungsverträgen, Rundmails an die Nutzer, Flugblätter etc. Die Informationen müssen effektiv transportiert werden, um das Regelungsziel zu erreichen.

Nicht ausreichend geschützte Küstengebiete sind solche Gebiete, die nicht hinter einem Landesschutzdeich bzw. nicht hinter Schutzanlagen mit einem den Landesschutzdeichen vergleichbarem Schutzniveau liegen.¹⁶ In der Vergangenheit wurden dort liegende Campingplätze in der Sturmflutzeit regelmäßig geräumt. In den letzten Jahrzehnten hat allerdings eine Entwicklung dahingehend stattgefunden, die Plätze zunehmend auch im Winter zu nutzen. Hintergrund war das Ausbleiben schwerwiegender Sturmflutereignisse und infolgedessen das Ausbleiben schwerer Schäden. Angesichts des ansteigenden Meeresspiegels und zu erwartender häufigerer und höher auflaufender Sturmfluten haben Betreiber von Campingplätzen, die in nicht ausreichend geschützten Küstengebieten liegen, auf die Gefahren durch Sturmfluten hinzuweisen. Dies erinnert die Nutzerinnen und Nutzer an ihre Verantwortung für ihre Campingausrüstung und die infolgedessen zu ergreifenden Maßnahmen (z. B. Räumen gefährdeter Standplätze, Entfernen von Gefahrgut).¹⁷ Besonders hoch ist

¹³ Vgl. LT-Drs.-20/2644, S. 79.

¹⁴ S. z. B. Stellungnahme des BUND, <https://www.bund-sh.de/fileadmin/sh/Stellungnahmen/2024/2024-09-20-BUND-Stn-Wassergesetz.pdf>, oder Pressemitteilung des NABU: <https://www.nabupinneberg.de/aktuelles/pressemitteilung-augen-auf-beim-landeswassergesetz/>, s. dazu auch Schlacke/Sauthoff, Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Wiedervernässung von Mooren, Greifswald 2024, https://greifswaldmoor.de/files/dokumente/GMC%20Schriften/202402_Schlacke_Sauthoff_Rechtsfragen%20der%20Wiedervern%C3%A4ssung.pdf.

¹⁵ Guter Überblick bei <https://www.ndr.de/nachrichten/schleswig-holstein/Sturmflut-an-der-Ostsee-Alle-Berichte-auf-einen-Blick,sturmflut2076.html>.

¹⁶ Diese Eingrenzung folgt der Bestimmung in § 74 Abs. 2 Satz 2 WHG. Sie wird z. B. aufgegriffen in § 82 Abs. 2 Nr. 6 LWG. S. LT-Drs. 20/2644, S. 87.

¹⁷ LT-Drs. 20/2644, S. 87 f.

diese Gefahr in der Sturmflutseason im Winterhalbjahr, das deshalb ausdrücklich in der Regelung hervorgehoben wird. Schutzmaßnahmen können die genannten Schäden vermeiden und liegen somit auch im Interesse der potentiell betroffenen Geschädigten.

Entsprechendes gilt für Sportboothäfen. Sportboothäfen werden in § 92 Abs. 2 definiert. Bei Booten in Sportboothäfen besteht zudem die Gefahr, dass wassergefährdende Stoffe unmittelbar ins Wasser gelangen und dass treibende Boote oder Teile von ihnen sowohl andere Boote als auch Hafenanlagen beschädigen oder zerstören oder sinken und so zu Unterwasserhindernissen werden. Es ist üblich, Sportboote im Winterhalbjahr aufzuslippen, um im Winterlager Pflege- und Unterhaltungsmaßnahmen durchzuführen und sie vor dem Einfluss der Winterwitterung zu schützen. Das Aufslippen verhindert die Gefahr durch Sturmfluten und ist daher vorzugswürdig im Sinne der Schadensvermeidung.¹⁸ Letztlich ist es auch im Interesse der Eigner selbst.

ee. Projektmanager

In Planfeststellungsverfahren, und auch in Plangenehmigungsverfahren, können künftig Projektmanager eingesetzt werden (§ 84a). Das hat sich in anderen Bereichen, z. B. im Straßenbau oder im Energieleitungsbau, als Beschleunigungsinstrument bewährt. Diese Möglichkeit soll daher in den wasser- und küstenschutzrechtlichen Vollzug übernommen werden, ohne dass damit Verantwortlichkeiten verschoben werden. Die Entscheidung über den Planfeststellungsantrag bleibt weiterhin allein bei der zuständigen Behörde, wie § 84a Abs. 3 zur Klarstellung ausdrücklich bestimmt. Die Regelung ist ein mögliches Mittel zur Beschleunigung von Verwaltungsverfahren. Gedacht ist es primär für größere Planfeststellungsverfahren im Hochwasser- und Küstenschutz. Die Regelung ist aber im 7. Teil des LWG verortet, der allgemein Planfeststellungs- und Plangenehmigungsverfahren regelt, und damit auf alle derartigen Verfahren im Anwendungsbereich des LWG anwendbar. Der Normtext beschränkt sich, anders als die Überschrift, nicht auf Planfeststellungsverfahren, so dass die Möglichkeit auch für Plangenehmigungsverfahren besteht, wenngleich der Bedarf hierfür voraussichtlich kaum besteht.

Eine dem § 84a entsprechende Regelung wurde mit § 94f auch für den Bereich der Planfeststellung für Häfen geschaffen. Diese Bestimmung ist dem Straßen- und Wegegesetz SH entlehnt.¹⁹

ff. Starkregenkarten

Starkregenereignisse treten kurzfristig und meist mit geringen Vorwarnzeiten auf. Eine rechtzeitige Auseinandersetzung mit den Gefahren schon im Vorfeld eventueller konkreter Ereignisse ist dringend geboten, um Schäden bestmöglich zu reduzieren, Leib und Leben sowie die Umwelt und Kulturgüter zu schützen.²⁰ Die Erstellung und Veröffentlichung von Starkregenkarten zur Darstellung von möglichen Gefahren und Risiken durch Überflutungen nach Starkregenereignissen wird daher gesetzlich verankert, sodass Menschen in Schleswig-Holstein das Überschwemmungsrisiko für ihre Wohnungen und Häuser genau kennen und entsprechend Vorsorge treffen können (§ 77). Starkregen(hinweis)karten sind dabei zunächst landesweite und lokale Hinweiskarten zur Starkregengefahr. Diese Karten stellen die Wassertiefen und die Fließgeschwindigkeiten aus der Simulation von Starkregenereignissen dar. Das Schadensrisiko ergibt sich dann aus der Kombination der Überflutungsgefahr durch Starkregen und dem Schadenspotential. Dieses wird in Starkregenrisikokarten dargestellt, die somit ein Unterfall der Starkregenkarten sind. (Die Begrifflichkeiten sind nicht legal definiert und werden bisweilen auch nicht einheitlich verwendet.²¹) Die Regelung ist offen formuliert und adressiert sämtliche Formen von Starkregenkarten. Die Akteure vor Ort haben dadurch einen gewissen Spielraum in der Umsetzung. Sämtliche Behörden und juristische Personen des öffentlichen Rechts, deren Aufgabenbereiche betroffen sind, können solche Karten erstellen und veröffentlichen. Der Adressatenkreis ist weit gewählt, um je nach kommunaler Struktur und Aufgabenverteilung alle zu erfassen, die hiermit betraut sind. Die Regelung schafft dabei keine Verpflichtung. Sie gibt einen Rechtsrahmen vor und schafft so Rechtssicherheit für diejenigen, die derartige Karten erstellen (wollen). Ausdrücklich klargestellt wird die Möglichkeit einer grundstücksscharfen Veröffentlichung. Das war teilweise aus datenschutzrechtlichen Gründen kritisch gesehen worden, weil dadurch Rückschlüsse auf Einzelgrundstücke möglich sind. Genau das ist aber der Sinn solcher Karten, die dem Schutz Betroffener dienen, der nur durch so konkrete Kenntnisse möglich ist.²² Solche neuen, flächendeckenden Karten hat das Umweltministerium im September 2024 öffentlich vorgestellt.²³

gg. Ergänzung der LBO

Ein besonderes Augenmerk verdient noch

eine Änderung in der Landesbauordnung (LBO), die als Artikel 5 des Änderungsgesetzes erfolgt ist. § 58a Abs. 1 LBO erhält einen weiteren Satz. Danach kann (selbst) bei bestandsgeschützten baulichen Anlagen die Nutzung der Anlage untersagt werden, wenn dies zur Abwehr von Gefahren für Leben und Gesundheit infolge von Sturmflutereignissen oder morphologischen Veränderungen an der Küste notwendig ist. Es wird nicht das Eigentum entzogen, die Nutzung aber untersagt, um Leib und Leben zu schützen. Die Bestimmung regelt bestimmte Fallkonstellationen, hat aber gleichwohl das für Gefahrenabwehrklauseln übliche Abstraktionsniveau zum Inhalt. Klarere Vorgaben, z. B. definierte Abstandsmaße an der Steilküste, sind aufgrund der komplexen naturwissenschaftlichen Zusammenhänge nicht möglich. Aufgrund des stark eingreifenden Charakters der Regelung genügt nicht eine noch fernliegende, abstrakte Gefahr. Die Abwägung hat sorgfältig zu erfolgen. Schwierig ist insoweit der einerseits stark eingreifende Charakter und andererseits das besonders hohe Schutzgut, dessen Gefährdung verhindert werden soll (Leben und Gesundheit).

Mit der Regelung kommt die sog. Situationsgebundenheit von Eigentum²⁴ in voller (insoweit negativer) Wirkung zum Tragen. Anders gewendet: Wer lange von einer küstennahen (Wohn-) Lage profitierte, muss in Kauf nehmen, wenn sich später die damit verbundenen Gefahren realisieren. Denn es wird zunehmend Fälle geben, in denen Küstenerosion zur Gefährdung einzelner Gebäude an der Küste führt. Haben die großen „Mandräcken“ 1362 und 1634 noch ganze Landschaften

¹⁸ LT-Drs. 20/2644, S. 88.

¹⁹ LT-Drs. 20/2644, S. 98.

²⁰ LT-Drs. 20/2644, S. 85.

²¹ Auch *Calliess* verwendet in seinem lesenswerten Artikel die Begriffe nicht streng getrennt: „Klimaanpassung und Datenschutz: Veröffentlichung von Starkregengefahren- und Hinweiskarten am Beispiel Berlins“, NVwZ 2023, S. 1361.

²² Instruktiv dazu *Calliess*, Klimaanpassung und Datenschutz: Veröffentlichung von Starkregengefahren- und Hinweiskarten am Beispiel Berlins, NVwZ 2023, S. 1361.

²³ https://www.schleswig-holstein.de/DE/landesregierung/ministerien-behoerden/VI/Presse/PI/2024/09/240930_Starkregenkarte?nn=2309ee6f-8d32-4a05-8272-354fb9fd297d und <https://gdz.bkg.bund.de/index.php/default/wms-hinweiskarte-starkregengefahren-wms-starkregen.html>.

²⁴ Vgl. BGHZ 23, 30 (35); 80, 111 (116); 90, 4 (15).

dem Land entzogen und zu (Watten-) Meer gemacht, sind wir nach einigen Jahrzehnten sicher fixierter Küsten an einem Punkt, an dem der infolge des Klimawandels rapide steigende Meeresspiegel und stärker werdende Stürme dazu führen, dass ein punktuelles Zurückweisen unausweichlich ist. Eine sichere Nutzung bestehender baulicher Anlagen kann nicht ohne weiteres gewährleistet werden. Zur Abwehr entsprechender Gefahren kann es notwendig werden, hier die bauliche Nutzung zu untersagen. Übrigens ist man in England²⁵ und in Frankreich²⁶ bereits so weit, dass Siedlungen an der Küste aufgegeben und umgesiedelt werden.

b. Klimaanpassung in der Wasserwirtschaft

aa. Wasserrückhalt bei der Gewässerunterhaltung

Neu ist eine ausdrückliche Bezugnahme auf den Wasserrückhalt als Element der Gewässerunterhaltung. In § 25 Abs. 1 Satz 1, der bestimmt, was die Gewässerunterhaltung neben den Maßnahmen des § 39 Abs. 1 WHG umfasst, wird als neue Nummer 4. aufgenommen „die Erhaltung des Gewässers in einem Zustand, der hinsichtlich der Rückhaltung von Wasser den wasserwirtschaftlichen Bedürfnissen entspricht“. Die Formulierung nimmt unmittelbar den Wortlaut in § 39 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 WHG auf. Damit war das schon bisher geltende Rechtslage. Die ausdrückliche Inbezugnahme durch den Landesgesetzgeber hebt die Bedeutung des Wasserrückhalts für die Gewässerunterhaltung hervor. Zugleich wird an die nationale Wasserstrategie des Bundes von 2023 angeknüpft, die den Wasserrückhalt als wichtiges Element der künftigen Gewässerbewirtschaftung in den Fokus nimmt.²⁷ Der Wasserrückhalt wird im Rahmen des ordnungsgemäßen Abflusses bereits aktuell bei der Gewässerunterhaltung beachtet. Aufgrund der klimabedingten Witterungsänderungen (Dürren, Starkregen, länger anhaltende Niederschlagsperioden) wird der Wasserrückhalt künftig an Bedeutung zunehmen. Wasserrückhalt kann dabei folgende nützliche Effekte haben:

- Dämpfen des Abflusses im Sinne eines verzögerten Abflusses, um im Bereich von Unterläufen die Hochwassergefahr zu reduzieren,²⁸
- dadurch Erhöhung der Möglichkeit, dass Niederschlagswasser insbes. durch Versickerung vor Ort verbleibt und so den lokalen Wasserhaushalt stärkt,

- dadurch Bevorratung für Dürreperioden, die zunehmend auch in Schleswig-Holstein auftreten,
- schließlich soll damit eine Erleichterung der Gewässerunterhaltung und damit eine Aufwandsreduzierung der Unterhaltungsträger (vornehmlich der Wasser- und Bodenverbände) verbunden sein. Es muss nicht ein unmittelbarer Abfluss des anfallenden Wassers gewährleistet werden. Der Abfluss ist auch ordnungsgemäß, wenn Wasser zunächst in oberen Bereichen des Gewässersystems verbleibt und z. B. auch im Boden gespeichert wird. Damit kann letztlich auch eine Verringerung des Schöpfaufwandes für Unterlieger einhergehen.

Im Ergebnis dient der Wasserrückhalt so einem gesunden Landschaftswasserhaushalt. Abzugrenzen vom Wasserrückhalt i. R. d. Unterhaltung ist ein Gewässer ausbau. D. h. wenn es zu wesentlichen Umgestaltungen,²⁹ z. B. flächigen Wiedervernässungen kommen soll, ist eine Plangenehmigung oder ein Planfeststellungsbeschluss erforderlich, vgl. dazu den unverändert fortgeschriebenen § 25 Abs. 1 Satz 3.³⁰

bb. Vorrang der Niederschlagswasserversickerung

Mit der Aufnahme des Wasserrückhalts als Aspekt der Gewässerunterhaltung korrespondiert, dass bei der Neuanlage oder wesentlichen Änderung von Anlagen zur Beseitigung von Niederschlagswasser das Niederschlagswasser „vorrangig versickert werden“ soll. Auch dies stärkt den Wasserhaushalt vor Ort. Das Niederschlagswasser verbleibt dort, wo es natürlicherweise niedergeht. Es trägt zur Grundwasserneubildung bei (§ 44 Abs. 4 Satz 1 neu).

Die Regelung knüpft an § 55 Abs. 2 WHG an. Dieser enthält eine Soll-Regelung für die ortsnahe Versickerung, Verrieselung oder die Einleitung von Niederschlagswasser in ein Gewässer über eine Kanalisation. Hier werden alle Aspekte gleichrangig genannt. Mit Einführung des § 44 Abs. 1 Satz 1 wird künftig der Versickerung im Grundsatz Vorrang gegenüber den anderen in § 55 Abs. 2 WHG genannten Entsorgungswegen von Niederschlagswasser eingeräumt. Auch auf Bundesebene ist eine solche Regelung in der Diskussion, wurde zuletzt aber nicht aktiv verfolgt. Das Ziel der Neuregelung ist, möglichst wenig Niederschlags- und Oberflächenwasser in die Gewässer abzuleiten, sondern dieses zurückzuhalten, zu versickern und somit

die Grundwasserneubildung zu erhöhen. Diese Maßnahme dient auch der hydraulischen und stofflichen Entlastung der Gewässer durch Niederschlagswasser-einleitungen. Zudem fördert die Versickerung die natürliche Wasserrückhaltung im Boden. Insgesamt trägt ein Vorrang für Versickerung dazu bei, eine nachhaltige und umweltfreundliche Regenwasserbewirtschaftung zu gewährleisten. Zugleich dient dies mittelfristig der Entlastung bestehender zentraler kommunaler Niederschlagsentwässerungssysteme, die oftmals weiter zunehmende Regenwassermengen nicht mehr aufnehmen und ableiten könnten.³¹

Der Anwendungsbereich des § 44 Abs. 1 Satz 1 bezieht sich auf die Neuerrichtung und die wesentliche Änderung entsprechender Anlagen. Die übrigen Anlagen im Bestand unterliegen keiner Prüfpflicht bzw. wären nur dann in eine Prüfung mit einzubeziehen, wenn gemeindliche Abwasserkonzepte im Hinblick auf eine Erweiterung der Versickerungsmöglichkeiten von Niederschlagswasser im Gemeindegebiet aufgestellt werden und infolgedessen wesentliche Änderungen absehbar sind.

Die Bestimmung ist als Soll-Regelung ausgestaltet. Die Versickerung ist nur umsetzbar, wenn sie technisch möglich und wirtschaftlich vertretbar ist. Eine Prüfung der örtlichen Bedingungen ist ausschlaggebend. So spielen Bodenbeschaffenheit und Grundwasserstand eine wesentliche Rolle. Voraussetzung für die Versickerung ist auch eine entwässerungstechnische Trennung unterschiedlich beschaffener und verschmutzter Entwässerungsflächen. Daher ist in jedem Einzelfall frühzeitig abzuwägen, welches Entwässerungskonzept in Verbindung mit der Niederschlagswasserversickerung ökologisch sinnvoll, technisch möglich und wirtschaftlich vertretbar ist.³²

²⁵ <https://www.north-norfolk.gov.uk/media/9247/nndc-coastwise-presentation-july-2023.pdf>

²⁶ <https://www.fr.de/politik/warum-ein-dorf-an-der-franzoesischen-atlantikkueste-umziehen-muss-93028350.html>.

²⁷ <https://www.bmu.de/wasserstrategie>.

²⁸ vgl. Landmann/Rohmer, UmweltR, § 39 WHG Rn. 78, beck-online.

²⁹ Vgl. Reinhardt/Czychowski, WHG, Kommentar § 67 Rn. 28.

³⁰ LT-Drs. 20/2644, S. 69.

³¹ LT-Drs. 20/2644, S. 73.

³² LT-Drs. 20/2644, a.a.O. (S. 73).

Die Neuregelung wird teilweise kritisch gesehen, gerade im Hinblick auf die vornehmlich betroffenen Gemeinden.

So wird eine grundsätzliche Abkehr von der über Jahrzehnte gewachsenen Struktur einer weitreichenden Entwässerungskanalisation für Niederschlagswasser kritisiert, die im Widerspruch zum bisherigen Entwässerungs-System und dessen Finanzierung sowie satzungsmäßiger Rechtsordnung stehe. Schon jetzt könnten Kommunen in ihren Abwassersatzungen Versickerungsanlagen im Rahmen der örtlichen Versickerungsfähigkeit zulassen (§ 44 Abs. 4 Satz 1 LWG). Insofern ist es grundsätzlich rechtlich möglich, Wasser versickern zu lassen. Es bestehe ohnehin ein gewisser Druck auf die Gemeinden, weil bei neuen Baugebieten ein Nachweis der Niederschlagswasserbeseitigung erbracht werden muss. Wenn Vorfluter nicht mehr zusätzliches Wasser aufnehmen könnten, erfolge automatisch eine Lösung über eine Versickerung. Die Einräumung eines Vorrangs sei zudem nicht praktikabel, weil die örtlichen Bedingungen für jedes einzelne Grundstück zu prüfen und ausschlaggebend seien. Es bestehen auch gebührenrechtliche Bedenken. Das Gebührendeckungsprinzip bei der Entsorgung von Regenwasser fußt darauf, dass nach gemeindlicher Ausübung des Anschluss- und Benutzungszwanges gemäß örtlicher Abwassersatzung auf Basis von KAG und LWG aus dem Gebührenaufkommen die Kosten einer örtlichen Kanalisation, von Regenwasserrückhalteanlagen und Übergangsbauwerken in die Vorflut finanziert wird. Zunehmende Versickerungsanlagen führten zu einem sinkenden Gebührenaufkommen aufgrund einer zurückgehenden Anzahl an Benutzern und damit Gebührenschnidnern. Die verbleibenden Grundstückseigentümer müssten infolgedessen höhere Gebühren zahlen, da das Kostendeckungsprinzip gilt.

Solche Bedenken aus der kommunalen Perspektive mit den dortigen derzeitigen Entwässerungssystemen für Niederschlagswasser und deren Finanzierung sind nachvollziehbar. Allerdings besteht angesichts schon jetzt vermehrt auftretender hoher Mengen von Niederschlagswasser ohnehin Handlungsdruck. Mit der gesetzlichen Verankerung des Vorrangs der Niederschlagswasserversickerung soll den Zielen der dezentralen Beseitigung vor Ort, der damit einhergehenden Entsiegelung von Flächen sowie der Grundwasserneubildung bei der gemeindlichen Planung von Baugebieten ein höherer Stellenwert eingeräumt wer-

den. Dies dient mittelfristig auch der Entlastung bestehender zentraler kommunaler Niederschlagsentwässerungssysteme, die partiell weiter zunehmende Regenwassermengen nicht mehr aufnehmen und ableiten könnten. Eine Ertüchtigung dieser Systeme wäre auf Dauer nicht kostengünstiger und zudem wasserwirtschaftlich kritisch aufgrund der negativen Wirkung auf den Landschaftswasserhaushalt, einer Überlastung der Vorfluter und damit auch einer erhöhten Gefährdung von Unterliegern (Hochwassergefahren!). Auch hier drohen erhebliche negative Betroffenheiten für Kommunen. Letztlich wird es darauf ankommen, dass die Regelung mit Augenmaß vollzogen wird.

cc. Gebührenfähigkeit von Starkregenvorsorgemaßnahmen

Ein weiterer Punkt, der die kommunale Abwasserbeseitigung betrifft, ist die in § 44 Abs. 3 eingeführte Möglichkeit für Kommunen, Maßnahmen zur Starkregenvorsorge in die Abwassergebühren einfließen zu lassen („Kosten für Maßnahmen der Niederschlagswasserbewirtschaftung, die dem Schutz vor Überflutung zur Daseinsvorsorge dienen“, einschließlich der „zugehörigen Kosten zur Klimafolgenanpassung“, § 44 Abs. 3 Satz 7 und 8). Ziel ist die Unterstützung der handelnden Kommunen bei der Finanzierung entsprechender Maßnahmen. Eine vergleichbare Regelung besteht seit einiger Zeit mit § 96a des Niedersächsischen Wassergesetzes (NWG).³³ Im dortigen Gesetzgebungsverfahren ist mit einer sehr ausführlichen Begründung gearbeitet worden.³⁴

§ 44 Abs. 3 Satz 7 und 8 eröffnet den Kommunen die Möglichkeit, die Kosten für Maßnahmen zur Aufrechterhaltung der Funktionstüchtigkeit der öffentlichen Abwasseranlagen und zum Schutz bebauter Gebiete vor Überflutung durch Starkregeneignisse umzulegen, wenn und weil sie im Zusammenhang mit der gemeindlichen Abwasserbeseitigungspflicht stehen. Durch den Klimawandel werden Starkregeneignisse zunehmen. Mit der Regelung soll klargestellt werden, dass hierfür entstehende Kosten im Rahmen der Gebührenkalkulation für die Abwasserbeseitigung, die sich nach den Vorschriften des Kommunalabgabengesetzes des Landes Schleswig-Holstein (KAG) richtet, einbezogen werden können, auch wenn sie über die üblichen einrichtungsbedingten Kosten hinausgehen. Es wird in das Ermessen des Einrichtungsträgers gestellt, ob er von dieser Option Gebrauch macht. Gleichzeitig soll die

Regelung eine Anreizfunktion für die Kommunen bieten, zeitgerecht entsprechende Vorsorgemaßnahmen zu treffen. Dabei kommen bei vorliegenden Hinweisen auf eine Gefahrenlage z. B. aus den „Hinweiskarten Starkregengefahren“, vgl. § 77, insbesondere folgende Maßnahmen in Betracht:

- Aufstellung und Fortschreibung von Plänen und Konzepten zur lokalen Starkregenvorsorge,
- Verbesserung der Niederschlagswasserversickerung vor Ort in Verbindung mit der Analyse der Grundwasserstände im Hinblick auf den lokalen Wasserhaushalt,
- Technische Maßnahmen zur Verbesserung der Überflutungsvorsorge durch Starkregeneignisse,
- Schaffung und Einplanung von Notwasserwegen,
- Reinigung und Wiederherstellung von ausgewiesenen Retentionsflächen nach Starkregeneignissen,
- Beratung der Bevölkerung im Rahmen der Starkregenvorsorge.³⁵

Auch diese Regelung begegnet Bedenken aus kommunaler Perspektive. Einerseits würden schon jetzt Kosten der Niederschlagswasserbewirtschaftung einschließlich derjenigen, die dem Schutz vor Überflutung zur Daseinsvorsorge dienen, wie z. B. Regenwasserrückhalteanlagen, über die Niederschlagswasserbeseitigungsgebühr getragen. Es wird eine stärkere Angreifbarkeit von Gebührenbescheiden befürchtet. Auch ergäben sich die Rahmenbedingungen der konkreten Umsetzung in der Praxis nicht hinreichend aus der Norm.

Die Regelung stellt eine (freiwillige) Option dar. Es wird keinerlei Pflicht auferlegt. Die Schaffung dieser möglichen Einnahmequelle will engagierte Kommunen unterstützen und ihnen eine Finanzierungsmöglichkeit öffnen. Denn es besteht, wie bereits dargestellt, Handlungsbedarf, den wachsenden Risiken für Leib und Leben durch Starkregeneignisse entgegen zu wirken. Es ist erforderlich, die

³³ Niedersächsisches Wassergesetz (NWG) vom 19. Februar 2010 (Nds. GVBl. S. 64), zuletzt geändert durch Artikel 5 des Gesetzes vom 22. September 2022 (Nds. GVBl. S. 578).

³⁴ Niedersächsischer Landtag, Drucksache 18/11015 (März 2022), S. 44 ff.

³⁵ LT-Drs. 20/2644, S. 72.

Regenverträglichkeit der Abwassersysteme durch Entsiegelung, Rückhaltebecken, Freiflächen zur Aufnahme von Überschwemmungswasser u.ä. zu verbessern. Diese Kosten müssen für die betroffenen Kommunen umlagefähig sein. Die gesetzliche Öffnung der Kostenberücksichtigung für Starkregenvorsorgemaßnahmen im Gebührenbereich ist daher eher als hilfreich denn als hemmend anzusehen. Die Praxis wird zeigen, ob die neue Regelung am Ende nur im Gesetz steht oder es Anwendungsfälle gegeben haben wird.

dd. Gemeindliche Wasserversorgungskonzepte

Eine letzte in diesem Abschnitt zu nennende, und die Kommunen ebenfalls fordernde Regelung ist der neue § 41 Abs. 3. Angesichts künftig zunehmender Dürreperioden sieht § 41 Abs. 3 vor, dass Gemeinden unter bestimmten Umständen verpflichtet werden können, Konzepte zur Sicherstellung der Wasserversorgung aufzustellen. So soll Vorsorge getroffen werden, dass in identifizierten kritischen Bereichen die Trinkwasserversorgung gewährleistet und die Wasserversorgungsansprüche aus anderen Wirtschaftsbe-
reichen angemessen befriedigt werden können. Voraussetzung ist zunächst, dass die Landesregierung hierzu eine Verordnung erlässt, auf deren Grundlage solche Konzepte eingefordert werden können. Die Verordnung erlaube aufgrund der fachlichen Betroffenheiten das Umwelt- im Einvernehmen mit dem Innenministerium. Die Verordnung müsste auch die Frage der Kostentragung einschließlich eventueller Konnexitätsanforderungen betrachten. Der Erlass einer solchen Verordnung ist derzeit nicht absehbar. Wasserversorgungskonzepte gibt es dagegen bereits in einzelnen Landesgesetzen (z. B. § 43 Abs. 1 Satz 3 SächsWG, § 38 Abs. 3 LWG NRW). Die Konzepte sind im Rahmen der Daseinsvorsorge von den zur Gewährleistung der Wasserversorgung verantwortlichen Kommunen bzw. Trägern der öffentlichen Wasserversorgung aufzustellen und legen Gegebenheiten zur Aufgabenerfüllung dar. Hieraus können künftige Anforderungen an die Trinkwasserversorgung sowie Handlungsoptionen abgeleitet werden. Der Grundsatz des § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 WHG, wonach im Rahmen der Gewässerbewirtschaftung auch den möglichen Folgen des Klimawandels vorzubeugen ist, bekräftigt die Einbeziehung der möglichen Folgen des Klimawandels in die Wasserversorgungskonzepte. Diese soll-

ten demnach eine prognostische Ausrichtung erfahren und dazu eine möglichst gründliche Ermittlung der bereits eingetretenen, wahrscheinlichen und möglichen Folgen des Klimawandels für die Wasserversorgung in ihrem Versorgungsgebiet sowie mögliche Anpassungsoptionen beinhalten.³⁶

Bereits heute steht die Trinkwasserversorgung in einigen Regionen Schleswig-Holsteins vor der Herausforderung, die Menge und Qualität des benötigten Wassers sicherzustellen. Insbesondere die Auswirkungen des Klimawandels und wirtschaftliche Entwicklungen können eine gesicherte Wasserversorgung gefährden. In bestimmten Regionen werden Maßnahmen notwendig sein, um die Wasserversorgung zukünftig zu sichern. Die Konzepte sollen dabei eine Ermittlung des Grundwasserdargebots und Wasserverbrauchs für den aktuellen Zustand enthalten. Durch Gegenüberstellung dieser Größen wird die Wasserbilanz für das Gemeindegebiet ermittelt. Anschließend sollen die Gemeinden die zukünftige Entwicklung prognostizieren und geeignete Anpassungsmaßnahmen für das Gemeindegebiet entwickeln.³⁷

Von kommunaler Seite aus kritisch gesehen wird, dass in die jetzige Verantwortung für die Wasserversorgung der Gemeinden und Verbände eingegriffen und so die bewährte Eigenverantwortung der Kommunen und Verbände geschwächt würde. Es bestehe kein Bedarf für eine Verordnung. Aktuell sei die Trinkwasserversorgung in weit überwiegenden Landesteilen weder tatsächlich noch mit Blick auf den organisatorischen oder rechtlichen Rahmen gefährdet. Zudem hätten sich schon bisher die Kommunen und Verbände in eigener Verantwortung der Herausforderung gestellt. Die Trink- und Nutzwasserversorgung wird seit Jahrzehnten von Kommunen und Verbänden vorbildlich organisiert.

Aus fachlicher Sicht kann den Bedenken nicht ohne weiteres gefolgt werden. Allenfalls (und immerhin!) kann festgestellt werden, dass die Wasserversorgung derzeit in der Regel ohne große Probleme läuft. Weitsichtige Planungen der kommunalen Wasserversorger sind allerdings nur in Einzelfällen bekannt. In einigen Regionen Schleswig-Holsteins steht die Wasserversorgung bereits heute vor der Herausforderung, die Menge und Qualität des benötigten Wassers sicherzustellen.³⁸ In bestimmten Gewinnungsgebieten ist das nutzbare Grundwasserdargebot aufgrund einer Grundwasserversalzung (z. B. auf den Nordsee-Inseln und in küstennahen

Regionen) oder einer Grundwasserbelastung eingeschränkt. Durch die Auswirkungen des Klimawandels ist davon auszugehen, dass sich die Grundwasserneubildung verändert und sich langfristig auf das nutzbare Grundwasserdargebot auswirkt. Dies kann in besonders betroffenen Regionen zu einer Verringerung des nutzbaren Grundwasserdargebots führen. Als Folge des Klimawandels ist zu erwarten, dass die Wasserbedarfe der privaten Haushalte und der Landwirtschaft steigen werden. In den Regionen mit einer Ansiedlung von klimafreundlicher Industrie sowie innovativen Industriezweigen werden zusätzliche Wasserressourcen benötigt, z. B. für die Herstellung von Wasserstoff oder für die Batterieproduktion. Auch in den Tourismusregionen wird sich der Wasserbedarf aufgrund steigender Gästezahlen erhöhen. Die öffentliche Wasserversorgung konkurriert dabei mit Brauchwasserentnahmen durch die Industrie/ Wirtschaft und der Landwirtschaft. Entsprechende regionale Nutzungskonflikte werden sich insbesondere in Ballungsgebieten und dem Großraum Hamburg aufgrund der klimawandelbedingten Auswirkungen auf das Grundwasserdargebot sowie durch steigende Wasserbedarfe verschärfen. Für eine gesicherte Trink- und Brauchwasserversorgung ist es daher notwendig, dass die Gemeinden in diesen Regionen Wasserversorgungskonzepte erstellen, um den in der Zukunft bevorstehenden Nutzungskonflikten vorzubeugen und Handlungsoptionen für eine nachhaltige Grundwasserbewirtschaftung zu erarbeiten.

c. Regelungen zur Verfahrensvereinfachung

Ein weiterer Komplex des Gesetzes betrifft Verfahrensvereinfachungen, also das, was gemeinhin unter dem Schlag-

³⁶ Albrecht, Die Stadt im Klimawandel: Handlungsfelder, Rechtsinstrumente und Perspektiven der Anpassung (climate resilient cities), ZUR 2020, S. 12 (18).

³⁷ LT-Drs. 20/2644, S. 70 f.

³⁸ Laut dem renommierten weltweiten Normungsinstitut BSI (<https://www.bsigroup.com/de>) ist der (weltweite) Wasserverbrauch zwischen 1900 und 2024 um 3500000000000 cbm (3,5 Billionen cbm) gestiegen! Deutschland insgesamt erreichte im Water Security and Solutions Indicator 41 von 85 Punkten mit dem Ergebnis eines insges. moderaten Risikos für Wassermangel, s. EUWID 48.2024, S. 4. Link zur Studie: <https://www.bsigroup.com/en-GB/insights-and-media/campaigns/thirst-for-change/>.

wort „Entbürokratisierung“ firmiert, wenn gleich diese Erleichterungen eher am Rande erfolgten und nicht wesentlicher Regelungszweck waren:

Im Bereich der Abwasserbeseitigung erfolgen z. B. in § 45 Erleichterungen für Gemeinden, um in bestimmten Fällen die Abwasserbeseitigung flexibler auf Private übertragen zu können, s. dazu unten Abschnitt 3. a. Ebenfalls die Abwasserbeseitigung betrifft das Streichen der Anzeigepflicht gegenüber der Wasserbehörde, wenn eine Versickerung von Niederschlagswasser von bis zu 300 m² großen versiegelten Flächen erfolgt (§ 13 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. b).

Bei wenig problematischen Verfahren bei der Ausweisung neuer Wasserschutzgebiete (§ 43 Abs. 8) oder der Umwidmung von Deichen (§ 68 Abs. 4) können die Erörterungstermine mit den Einwendern unterbleiben. Sie sind künftig nicht mehr verpflichtend, sondern fakultativ. Allerdings muss man konstatieren, dass die Erörterungstermine in aller Regel wohl dennoch stattfinden, weil meist entsprechender Erörterungsbedarf besteht und die Durchführung der Termine oftmals Verständnis schafft und hilft, Missverständnisse abzubauen.

Im Bereich des Küstenschutzes wurden die Nutzungsverbote von Deichen überarbeitet. Die Nutzungsverbote konzentrieren sich künftig auf die wesentlichen Sachverhalte, die eine Gefährdung der Deiche, insbesondere von deren baulicher Substanz, verursachen (§ 70). Wo es vertretbar erscheint, genügt dann eine Anzeige an die untere Küstenschutzbehörde (z. B. für das Aufstellen von Strandkörben oder Fahrradständern).

Größeren Raum in der Anhörung des Landtags zum LWG-Entwurf³⁹ nahm in Bezug auf § 70 die Forderung ein, zum Schutz weidender ein generelles Hundeverbot (auch angeleinter Hunde) vorzusehen. Hintergrund sind zunehmend schlechte Erfahrungen mit Hundehaltern, die die Leinenpflicht ignorieren sowie Stress für die Schafe durch zunehmende Begegnungen mit Hunden. Im Ergebnis wurde die bestehende Regelung dahingehend verschärft, dass im Grundsatz ein Hundeverbot an Deichen besteht, wenn nicht die Hunde an „kurzer“ Leine geführt werden. Eine solche kurze Leine dürfte bis ca. 2 m Länge gehen. Jedenfalls unzulässig sind lange Laufleinen.

Die Regelung zu Deichschauhen wird so modifiziert, dass ein effektiver Ressourceneinsatz erfolgt, der sich am Bedarf der unterschiedlichen Deichkategorien orientiert (§ 71). Ergänzend wird die Nutzung

technischer Erleichterungen ausdrücklich vorgesehen, beispielsweise von Drohnen, um den Aufwand überschaubarer zu gestalten.

Weiter können Behörden und Vorhabenträger entscheiden, in Planfeststellungsverfahren Projektmanager einzusetzen, die für eine Verfahrensbeschleunigung sorgen können (§ 84a), dazu s.o. Abschnitt 2. a. ee.

Schließlich wird die Arbeit der ehrenamtlich tätigen Wasser- und Bodenverbände unterstützt, indem sie künftig ihre Gremiensitzungen auch digital abhalten können (§ 2c Landeswasserverbandsgesetz). Voraussetzung hierfür ist allerdings eine entsprechende Regelung in der Verbandssatzung.

d. Hafen- und Wasserverkehrsrecht

Ein Regelungskomplex, der gänzlich überarbeitet wurde, ist das in der Zuständigkeit des Ministeriums für Wirtschaft, Verkehr, Arbeit, Technologie und Tourismus (MWVATT) liegende Hafen- und Wasserverkehrsrecht (Teil 9, verkehrsrechtliche Vorschriften). Dieser Teil ist nunmehr ausgesprochen ausführlich geregelt. Aus neun Paragraphen wurden 44, der Teil wurde zudem in Abschnitte strukturiert. Damit nimmt dieser Teil jetzt etwa ein Drittel des gesamten Gesetzes ein. Ob dessen praktische Relevanz eine solche Regelungsfülle rechtfertigt, mag man hinterfragen. Detaillierte Regelungen haben aber den Vorteil einer hohen Rechtssicherheit, u. a. weil der Spielraum für Streitigkeiten schrumpft. Zudem wurden zahlreiche Instrumente der Planungsbeschleunigung aus anderen Infrastrukturbereichen auch in das Genehmigungsregime von Hafeninfrastruktur integriert, was allein schon ausführliche Regelungsinhalte mit sich brachte. Daher sind die Regelungen zwar umfangreich geworden, dennoch gehen damit vielfach Verfahrensbeschleunigungen oder Verfahrensvereinfachungen einher.

Insgesamt ist Gegenstand der Novellierung eine Überarbeitung des Planungs- und Genehmigungsrechts für Häfen, Sportboothäfen und Anlegestellen, um bestehende Unklarheiten zu beseitigen sowie die Genehmigungsverfahren zu vereinfachen und zu entbürokratisieren. Neu sind dabei die Vorschriften zur Widmung und Entwidmung sowie zur Einziehung von Häfen (Abschnitt 6). Damit soll der Bedeutung der Häfen als für die Versorgung der Bevölkerung wichtige Verkehrsinfrastruktur Rechnung getragen werden. Die Regelungen zur Konzessionierung von Seeverkehrsleistungen wur-

den ergänzt (Abschnitt 7). Die neuen umfassenderen Regelungen haben den Zweck, sicherzustellen, dass ein ganzjähriger Verkehr zu den Inseln und Halligen eigenwirtschaftlich erbracht werden kann und sollen die Anwendung für die zuständigen Verkehrsbehörden handhabbar machen. Bestimmte Häfen erhalten ein überragendes öffentliches Interesse (§ 94).⁴⁰ Diese Vorschrift dürfte für bestimmte Kommunen von besonderem Interesse sein. Denn in diesem Sinne privilegiert sind u. a. solche Häfen, die „der Versorgung von Inseln und Halligen“ dienen (§ 94 Abs. 4 Satz 1 Nr. 4). Die Privilegierung umfasst die Errichtung und wesentliche Änderung, wobei auch die wesentliche Änderung dem privilegierten Zweck dienen muss. Ein schlichter Parkplatzbau dürfte zum Beispiel nicht unter die Privilegierung fallen, eine Ertüchtigung von Hafentrieben dagegen schon. Die Entscheidung über das Vorliegen der Privilegierung trifft das für Häfen zuständige Ministerium (das Wirtschaftsministerium) im Einvernehmen mit dem für Küsten- und Meeresschutz zuständigen Ministerium (Umweltministerium).

e. Erhöhung der Landeswasserabgabe

Nach über zehn Jahren erfolgt im Landeswasserabgabengesetz (LWAG) ein Inflationsausgleich.⁴¹ Die letzte Änderung der Abgabesätze erfolgte mit der Zusammenführung der Vorgängerregelungen des Grundwasserabgabengesetzes und des Oberflächenwasserabgabengesetzes zum einheitlichen Wasserabgabengesetz mit Wirkung vom 1.1.2014.⁴² Sowohl die Grundwasserentnahmeabgabe als auch die Oberflächenwasserentnahmeabgabe werden entsprechend angepasst. Letztere (Oberflächenwasser) steigt von 0,01 €/m³ auf 0,013 €/m³. Erstgenannte (Grundwasser) für die klassische Wasserversorgung von 0,12 auf 0,149 €/m³, der privilegierte Satz für Gewerbebetriebe steigt von 0,08 auf 0,10 €/m³, die übrigen privilegierten Sätze, klassisch ist insoweit

³⁹ Vgl. https://www.landtag.ltsh.de/export/sites/ltsh/in_fothek/wahl20/aussch/uaa/bericht/2024/20-035_12-24.pdf, eine Niederschrift lag bei Fertigstellung des Manuskripts noch nicht vor.

⁴⁰ LT-Drs. 20/2644, S. 66.

⁴¹ Seit der letzten Erhöhung zum 1.1.2014 ist der Verbraucherpreisgesamtindex um ca. 24% gestiegen, vgl. <https://www-genesis.destatis.de/datenbank/online/statistic/61111/details>.

⁴² S. LT-Drs. 18/1286.

die Beregnung landwirtschaftlicher Flächen, steigen von 0,03 auf 0,05 €/m³. Daraus lässt sich ermitteln, dass beispielsweise die Belastung einer Familie mit einem Jahresverbrauch von 100 m³ bei moderaten 3,- € jährlich liegt. Der privilegierte Satz für Gewerbebetriebe bleibt dabei ein schleswig-holsteinisches Spezifikum. Andere Länder kennen eine solche Regelung nicht. Sie ist letztlich auch ein Fremdkörper, langfristig sollte es hier aus Gründen der Gleichbehandlung zu einer Nivellierung kommen. Die zusätzlichen Einnahmen sollen angesichts der schwierigen Haushaltslage des Landes dazu dienen, Kürzungen im Bereich der Wasserwirtschaft abzuwenden.

Hinzuweisen ist noch auf den neu eingefügten § 2 Abs. 3 LWAG. Hiermit wird eine Verordnungsermächtigung für die Landesregierung eingeführt, um zukünftig die Abgabensätze (§ 2 Abs. 2 LWAG) ohne zeit- und verfahrensaufwändiges Gesetzgebungsverfahren an die allgemeine Entwicklung der Verbraucherpreise anpassen zu können. Indem sich die Verordnungsermächtigung an die Landesregierung richtet, ist eine vorherige Befassung des gesamten Kabinetts erforderlich. Eine alleinige sog. Ministerverordnung ist nicht möglich. Die Anpassung soll gemäß der Ermächtigung nur erfolgen, wenn die Preissteigerung seit der letzten Anpassung mindestens zehn Prozent beträgt. Es sind dann alle Abgabensätze gleichermaßen anzupassen. Die Landesregierung ist nicht befugt, einzelne Abgabensätze von der Anpassung auszunehmen oder neue Abgabensätze einzufügen. Änderungen dieser Art bleiben dem Gesetzgeber vorbehalten. Vorab ist der Landtag über die beabsichtigte Verordnung (Verordnungsentwurf) zu unterrichten, so dass eine parlamentarische Kontrollmöglichkeit besteht.⁴³

3. Besondere kommunale Betroffenheiten

Betrachtet man speziell die möglichen Betroffenheiten von Kommunen bei der Novelle, fällt der Blick naturgemäß zunächst auf die Bereiche der kommunalen Daseinsvorsorge, namentlich die Bereiche Wasserversorgung und Abwasserbeseitigung. Im Abschnitt 2. b. wurde insoweit auf die Wasserversorgungskonzepte, den Vorrang der Niederschlagswasserbeseitigung und die Gebührenfähigkeit von Maßnahmen der Starkregenvorsorge eingegangen. Die bestehenden Bedenken wurden angesprochen und diskutiert. Auch im Bereich des Küsten- und Hochwasserschutzes (s.o. Abschnitt 2. a.)

bestehen kommunale Betroffenheiten, die aber weniger im Spannungsverhältnis mit den Selbstverwaltungsaufgaben der Kommunen stehen. Schließlich sind zumindest für die Insel- und Halliggemeinden von besonderer Relevanz, dass Häfen, die ihrer Versorgung dienen, ein überragendes öffentliches Interesse für sich reklamieren können (s.o. Abschnitt 2. d.). Auf die genannten Punkte wird hier nicht noch einmal eingegangen.

Allerdings ist im Abwasserbereich noch auf zwei weitere Änderungen einzugehen: § 45 und § 46 Abs. 3. Beide Änderungen dürften im Interesse gerade auch der Gemeinden sein. Im Entstehungsprozess zur Novellierung gab es zu § 46 Abs. 3 einen entsprechenden Austausch.

a. Änderungen in § 45 (Übertragung der Abwasserbeseitigungspflicht auf Private)

In Bezug auf § 45 sollen drei relevante Änderungen im Bereich der Übertragung der Abwasserbeseitigungspflicht auf Eigentümer, Nutzungsberechtigte bzw. Anlagenbetreiber angesprochen werden:

Die als Absatz 2 Satz 5 und als Absatz 3 Satz 4 eingefügten Sätze, die eine entsprechende Anwendbarkeit des § 45 Abs. 4 Satz 3 bestimmen, eröffnen die Möglichkeit, dass die zuständige Gemeinde ihre Abwasserbeseitigungspflicht für Schmutzwasser durch den Betrieb von Kleinkläranlagen sowie für gewerbliches Schmutzwasser – ungeachtet ihrer Abwassersatzung – mit Zustimmung der Wasserbehörde auch im *Einzelfall* auf Antrag auf die Grundstückseigentümer, die Nutzungsberechtigten oder den Anlagenbetreiber übertragen kann. Die Regelung ermöglicht so eine Übertragung der Aufgabe der Schmutzwasserbeseitigung in bestimmten Einzelfällen, ohne dass der Anschluss- und Benutzungszwang unterlaufen wird. Eine Änderung der Abwassersatzung ist nicht nötig. Der Verwaltungsaufwand hält sich dadurch in Grenzen.⁴⁴

Die weitere Ergänzung in Absatz 3 Satz 1, die in Gewerbebetrieben anfallendes *häusliches Schmutzwasser* in die Regelung einbezieht, trägt dem Umstand Rechnung, dass es insbesondere im Außenbereich Grundstücke mit einem Schmutzwasseranfall über 8m³/d gibt (also nicht unter Absatz 2 fallende Abwasseranlagen), auf denen Gewerbe betrieben wird (z. B. Altenheime oder Gastronomiebetriebe), aber eben auch häusliches Abwasser anfällt. Für das häusliche Abwasser dieser Betriebe gibt es bisher keine gesetzliche Übertragungsmöglichkeit. Eine solche Möglichkeit wird mit der

Ergänzung des Wortlautes in Absatz 3 nunmehr geschaffen. Sie soll zu Vollzugserleichterungen führen.⁴⁵

Schließlich wird mit der Ergänzung des Wortlautes in Absatz 4 klargestellt, dass die Übertragung der gemeindlichen Niederschlagswasserbeseitigungspflicht auf private Grundstückseigentümer bzw. Nutzungsberechtigte auch in Teilen („teilweise“) möglich ist (z. B. teilweiser Anschluss an die gemeindliche Kanalisation, aber Versickerung von Niederschlagswasser von Dachflächen im Garten über Versickerung vor Ort). Dies trägt den Zielen einer möglichst ortsnahen Beseitigung von Niederschlagswasser Rechnung (s. § 55 Abs. 2 WHG), soweit die Anforderungen nach § 45 Abs. 4 LWG eingehalten werden.⁴⁶

b. Übertragung der Abwasserbeseitigungspflicht auf Zweckverbände

Im Zusammenhang mit der Übertragung der Abwasserbeseitigungspflicht auf Zweckverbände gab es zuletzt Irritationen, u. a. auch im Wege einer gerichtlichen Auseinandersetzung, die zwar einen gebührenrechtlichen Inhalt hatte, aber am Rande die materiell-rechtliche Frage der Übertragungsmodalitäten betraf.⁴⁷ Die Irritationen auszuräumen und zu einer gesetzlichen Lösung zu kommen, die die berechtigten Interessen aller Beteiligten berücksichtigt, war Ziel der Überarbeitung des § 46 Abs. 3 LWG. Entsprechende Abstimmungen erfolgten im Zusammenhang mit der Erarbeitung des Gesetzes und im Anhörungsverfahren dazu. Es bleibt zu hoffen, dass das gemeinsame Ziel der Beteiligten erreicht wurde und die konstruktive Zusammenarbeit ein entsprechend konstruktives Resultat einbrachte:

Mit der Neuformulierung des § 46 Abs. 3 LWG wird nunmehr normativ klargestellt, dass – nach den wasserrechtlichen Vorgaben dieses Absatzes – eine Übertragung der Aufgabe der Abwasserbeseitigung gemäß den (= aller!) Regelungen des GkZ möglich ist. Damit wird das Ver-

⁴³ Vgl. LT-Drs. 20/2644, S. 117.

⁴⁴ LT-Drs. 20/2644, S. 74.

⁴⁵ LT-Drs. 20/2644, a.a.O.

⁴⁶ LT-Drs. 20/2644, S. 74. Vgl. hierzu auch die Neuregelung in § 44 Abs. 4 Satz 1, s.o. Abschnitt 2. b. bb.

⁴⁷ VG Schleswig, Urteil vom 17.1.2024, Az. 4 A 220/20, juris.

hältnis von § 46 Abs. 3 LWG zum GkZ hinsichtlich der Möglichkeit der Übertragung der Aufgabe der Abwasserbeseitigung fachrechtlich unter Berücksichtigung kommunaler Belange aufgelöst. Fachlich-inhaltlich bleibt die Vorschrift ansonsten unverändert. Die Neuformulierung bezieht aufgrund der allumfassenden Verweisung in Satz 1 „gemäß den Regelungen des GkZ“ sowohl die Sachverhalte eines Beitritts zu einem Zweckverband mit Aufgabenübergang (§ 2 GkZ), die Übertragung durch Mitgliedschaft (§ 3 GkZ), als auch die Aufgabenübertragung nach §§ 18, 19 GkZ ein.⁴⁸ Die Problematik aufwendiger Bekanntmachungen ist dadurch auch gelöst. Denn beim Regelfall der mitgliederschafflichen Übertragung greift das Satzungsrecht des Zweckverbandes, vgl. § 5 Abs. 4 Nr. 6 GkZ, überbordende Bekanntmachungserfordernisse werden so vermieden. Weiterhin möglich bleibt auch die Übertragung auf Ämter. Denn § 46 Abs. 3 Satz 1 LWG erwähnt ausdrücklich die „Übertra-

gung auf andere Körperschaften des öffentlichen Rechts“. Das GkZ selbst, auf das ja vollumfänglich verwiesen wird, nennt in § 1 Abs. 2 GkZ⁴⁹ mittelbar die Übertragung auf Ämter als Form der gemeinsamen Erfüllung öffentlicher Aufgaben. Denn die Aufgabenübertragung auf ein Amt entspricht „den kommunalverfassungsrechtlich geordneten Formen der kommunalen Zusammenarbeit“, so dass die vollumfängliche Anwendung des GkZ diesen Übertragungsweg gerade nicht ausschließt.⁵⁰

4. Fazit

Vorstehend wurden einige wesentliche oder als besonderes relevant angesehene Inhalte der LWG-Novellierung vorgestellt. Es mag weitere Vorschriften geben, die für den Adressatenkreis ebenso bedeutsam sind. Insgesamt enthält die Novelle einige Anpassungen an die Herausforderungen, die der Klimawandel speziell für Schleswig-Holsteins Wasserwirtschaft mit sich bringt. Weitere notwen-

dige Anpassungsschritte werden folgen. Das Gesetz ist nicht revolutionär, enthält aber notwendige Regelungen, die bei aller Skepsis und Kritik versuchen, die Betroffenen mitzunehmen, auf Akzeptanz zu stoßen und individuelle Zumutungen zu vermeiden.

⁴⁸ LT-Drs. 20/2644, S. 75.

⁴⁹ § 1 Abs. 2 GkZ: „Der gemeinsamen Erfüllung öffentlicher Aufgaben dienen neben den kommunalverfassungsrechtlich geordneten Formen der kommunalen Zusammenarbeit Zweckverbände, gemeinsame Kommunalunternehmen, öffentlich-rechtliche Vereinbarungen und Verwaltungsgemeinschaften. Vorschriften über besondere Formen kommunaler Zusammenarbeit bleiben unberührt.“

⁵⁰ S. dazu *Dehn/Wolf*, Kommentar zum GkZ, Praxis der Kommunalverwaltung, Stand 2016, Ziffer 7.1. zu § 1 Abs. 2 GkZ: „Kommunalverfassungsrechtlich geordnete Formen für kommunale Zusammenarbeit finden sich ausschließlich in der Amtsordnung, siehe § 5 AO (Übertragung von Selbstverwaltungsangelegenheiten auf das Amt durch mehrere amtsangehörige Gemeinden) ...“.

Aktuelle Entwicklungen in der vergaberechtlichen Rechtsprechung

Dr. Benjamin Pfannkuch, Rechtsanwalt*

Nachfolgend werden erneut¹ einige Entscheidungen dargestellt, die für die Vergabepaxis kommunaler Auftraggeber von Bedeutung sein können. In diesem Beitrag betreffen die Entscheidungen den Ausbau der Ladeinfrastruktur, die Vergabe von Wasserkonzessionen, den Schadensersatz bei Ausschluss von Bietern, die Relevanz des Datenschutzrechts im Vergabeverfahren, die Abgrenzung von Bau- und Liefer- und Dienstleistungsaufträgen mit Blick auf den EU-Schwellenwert, die Dokumentation der Nachforderung von Unterlagen und die Teilnahme von Bietern aus Nicht-EU-Staaten. Abschließend wird überblicksartig auf das neue Vergabegesetz Schleswig-Holstein eingegangen.

1. Ausschreibung von Ladeinfrastruktur als öffentlicher Auftrag oder Dienstleistungskonzession - VK Südbayern, Beschl. v. 19.10.2023 – 3194.Z3-3-01-23-20

Die Vergabekammer Südbayern befasste sich mit der Ausschreibung von Aufbau

und Betrieb öffentlicher Ladeinfrastruktur in München und nahm zur Abgrenzung einer Dienstleistungskonzession, die in flexiblen Verfahren vergeben werden kann, von einem Dienstleistungsauftrag Stellung, der nach den strengeren Vorschriften der Vergabeverordnung zu vergeben ist.

1.1. Sachverhalt

Die Stadt München (nachfolgend Stadt) hatte einen Dienstleistungsauftrag über die Errichtung und den Betrieb von Ladeeinrichtungen im öffentlichen Raum im Wege eines Verhandlungsverfahrens mit Teilnahmewettbewerb ausgeschrieben. Als anzuwendende Verfahrensvorschriften benannte die Stadt die Vergabeverordnung (VgV), da ihrer Ansicht nach nicht ausgeschlossen werden konnte, dass eine Zahlung durch die Stadt erforderlich würde und sie einen (ggf. überwiegenden Teil) des wirtschaftlichen Risikos trüge. In den Vergabeunterlagen führte die Stadt aus, dass sie zwar anstrebe, keine Vergütung zu zahlen, sie behielt sich diese Möglichkeit jedoch für den Fall vor, dass



dies aus Sicht des künftigen Betreibers notwendig sein sollte.

Die Antragstellerin reichte ein Angebot ein, wonach die Zahlung einer Vergütung ausgeschlossen und dementsprechend das Betreiberentgelt mit „0 Euro“ angegeben wurde. Da die Stadt darin ein ungewöhnlich niedriges Angebot im Sinne des § 60 VgV sah, forderte sie die Antragsteller-

* Der Autor ist Rechtsanwalt bei der Ernst & Young Law GmbH Rechtsanwaltsgesellschaft Steuerberatungsgesellschaft am Standort Hamburg und im Schwerpunkt Vergaberecht tätig.

¹ S. zuletzt Die Gemeinde SH 2/2025, 33.

rin zur Preisaufklärung auf. Eine ausreichende Aufklärung ihrer Angebotskalkulation ermöglichte die Antragstellerin nach Ansicht der Stadt nicht, so dass sie das Angebot ausschloss. Hiergegen wandte sich die Antragstellerin mit ihrem Nachprüfungsantrag, dem die Vergabekammer stattgab.

1.2. Entscheidung

Die Vergabekammer stellte fest, dass die Stadt mit der VgV die falsche Vergabeordnung gewählt habe, was zu einer Verletzung der Rechte der Antragstellerin geführt habe, da die vorgenommene Preisprüfung zwar grundsätzlich auch bei der Vergabe einer Dienstleistungskonzession für zulässig erachtet werde, die konkret durchgeführte Preisprüfung aber vergaberechtlichen Bedenken begegne. Die ausgeschriebene Dienstleistung sei nicht als Dienstleistungsauftrag, dessen Vergabe sich nach der VgV richtet, sondern als Dienstleistungskonzession einzuordnen. Nach Ansicht der Vergabekammer stehe nicht zweifelsfrei fest, dass die Stadt dem zukünftigen Betreiber zu einem wesentlichen Teil das Betriebsrisiko abnehmen würde, was aber zwingende Voraussetzung für die Annahme eines Dienstleistungsauftrags sei. U.a. habe die Stadt keine Aussagen oder vertragliche Regelungen zu einer etwaigen Defizitfinanzierung getroffen, die Aufschluss darüber hätten geben können, ob und inwiefern die Stadt dem zukünftigen Betreiber das Betriebsrisiko zu einem wesentlichen Teil abnehmen würde, weil dieser dadurch gerade nicht mehr den Risiken des Markts ausgesetzt wäre. Dies und die daraus folgende Anwendung des zutreffenden Verfahrensregimes – VgV oder Konzessionsvergabeverordnung (KonzVgV) – hätte die Stadt vor Ausschreibung eindeutig festlegen müssen. Die Stadt hätte es laut der Vergabekammer nicht den Verhandlungsrunden überlassen dürfen, das einschlägige Vergaberegime herauszufinden.

Zur Prüfung ungewöhnlich niedriger Angebote führte die Vergabekammer aus, dass eine solche im Recht der Konzessionsvergabe im Gegensatz zu § 60 VgV gesetzlich nicht normiert ist, es aber aufgrund der weitgehend freien Verfahrensgestaltung einer Konzessionsvergabe zulässig sei, wenn ein Konzessionsgeber sie durchführt. Tut er dies, müsse sie aber auch nachvollziehbar sein, was nach der Vergabekammer hier nicht der Fall gewesen sei. Schon der Bezugspunkt für die Prüfung sei nach der Vergabekammer falsch gewählt. Die Stadt habe insoweit das Angebot eines weiteren Bieters her-

angezogen, das jedoch im Gegensatz zu jenem der Antragstellerin einen erheblichen Zuschussbedarf beinhaltet habe. Damit fehlte es nach Auffassung der Vergabekammer an der Vergleichbarkeit der Angebote. Darüber hinaus habe es an einem wirksamen Ausschlussgrund gemangelt, da das Konzessionsvergabe-recht anders als § 60 Abs. 3 VgV keinen expliziten Ausschlussgrund enthalte. Hätte die Stadt die Rechtsfolge eines Ausschlusses vorsehen wollen, was sie hätte tun können und müssen, hätte sie dies selbst verschriftlichen und bekannt machen müssen.

1.3. Einschätzung

Die Entscheidung stellte das Vorhaben der Stadt München zum Aufbau einer weiträumigen Ladeinfrastruktur vor erhebliche Herausforderungen. In Abkehr von ihrem ursprünglich verfolgten Ansatz entschied sie sich nun letztlich für die Erteilung straßenrechtlicher Erlaubnisse nach sog. Kontingenten. Ob auch dieser – vermeintlich vergaberechtsfreie – Verteilungsmechanismus angegriffen wird, bleibt abzuwarten.² In rechtlicher Hinsicht sind vor allem die Ausführungen zu der vor Ausschreibung vorzunehmenden Festlegung, ob ein Dienstleistungsauftrag oder eine Konzession vergeben werden soll, von Bedeutung; im letzteren Fall gehört dazu auch die eigenständige Vorgabe und Gestaltung bestimmter, im Konzessionsvergabe-recht nicht normierter Bestimmungen durch den Konzessionsgeber. Die für die Konzessionsvergabe charakteristische flexible Verfahrensgestaltung erweist sich damit als janusköpfig. Auch bei der Prüfung ungewöhnlich niedriger Angebote ist besondere Aufmerksamkeit geboten, insbesondere bei der Wahl des Bezugspunktes: Die Vergabekammer musste sich mangels Eignung des Angebots des Wettbewerbers schon nicht mit der in der Praxis äußerst relevanten Frage befassen, ob es immer auf den Abstand zum nächsthöheren Angebot ankommt oder ob auch und vor allem die Auftragswertschätzung herangezogen werden darf oder gar muss. Die Frage ist insbesondere dann entscheidend, wenn lediglich zwei Angebote vorliegen.

2. Ausschluss von Rügen bei der Vergabe einer Wasserkonzession - OLG Celle, Urteil vom 27.08.2024 – 13 U 5/23

In seiner Entscheidung zur Vergabe einer Wasserkonzession durch eine Kommune traf das OLG Celle maßgebliche Feststel-

lungen zu den verfahrensrechtlichen Anforderungen.

2.1. Sachverhalt

Die Kommune beabsichtigte nach Durchführung einer EU-weiten Bekanntmachung, eine Konzession zur Wasserversorgung an ein von ihr beherrschtes Wasserversorgungsunternehmen zu vergeben. Dagegen wandte sich ein Wettbewerber mit einem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung an das Landgericht Hannover, das den Antrag ablehnte. Die Berufung gegen die Entscheidung hatte Erfolg. Entscheidungsrelevant war u.a. die Frage, ob der Wettbewerber mit seinem Vorbringen präkludiert war und damit überhaupt gehört werden durfte. In den Ausschreibungsunterlagen hatte die Kommune nämlich bestimmte, eigenständig gestaltete Rügefristen vorgesehen.

2.2. Entscheidung

Das OLG sah den Verfügungsanspruch aus § 33 Abs. 1 GWB³ i.V.m. § 19 Abs. 1, 2 Nr. 1⁴ GWB in Gestalt eines Unterlassungsanspruchs wegen verbotenen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung durch die Kommune als gegeben an. Die Kommunen seien als marktbeherrschende Anbieter der Wegenutzungsrechte in ihrem Gebiet nach § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB verpflichtet, den Konzessionär für den Betrieb eines Wasserversorgungsnetzes in einem diskriminierungsfreien Wettbewerb mit einem transparenten Verfahren auszuwählen. Anders als bei Konzessionsvergaben für Elektrizitäts- und Gasversorgungsnetze, die durch §§ 46, 47 EnWG geregelt sind, bestehen nach dem OLG im Bereich der Wasserversorgungsnetze keine spezialgesetzlichen Bestimmungen, so dass die Verfahrensgrundsätze allein aus dem Diskriminierungsverbot des § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB herzuleiten seien. Vor diesem

² S. dazu v. Lucius/Rast, in: NZBau 2024, 739.

³ Die Vorschrift regelt den Unterlassungsanspruch bei Verstoß gegen Bestimmungen des Teils 1 des GWB, wobei der Anspruch nach § 33 Abs. 2 GWB bereits bei drohender Zuwiderhandlung besteht.

⁴ Die Vorschrift beinhaltet das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung, die nach § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB dann vorliegt, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen ein anderes Unternehmen unmittelbar oder mittelbar unbillig behindert oder ohne sachlich gerechtfertigten Grund unmittelbar oder mittelbar anders behandelt als gleichartige Unternehmen.

Hintergrund gebe es keine gesetzlichen Präklusionsvorschriften. Die diesbezüglichen Regelungen des § 47 EnWG oder des § 160 Abs. 3 GWB kämen mangels planwidriger Regelungslücke nicht entsprechend zur Anwendung.⁵ Auch die von der Kommune selbst vorgegebenen Präklusionsvorschriften hätten keine Wirksamkeit. Dabei zog das Gericht die AGB-rechtlichen Grundsätze heran und stellte fest, dass die Präklusionsvorschriften mit den wesentlichen Grundgedanken der Regelungen des § 19 Abs. 1 Nr. 1 GWB und der Rechtsweggarantie aus Art. 19 Abs. 4 GG nicht vereinbar seien. Allenfalls könne Verwirkung eintreten.⁶ So könne es im Einzelfall treuwidrig im Sinne des § 242 BGB sein, wenn ein Bieter die ausdrücklich eingeräumte Rügemöglichkeit in Bezug auf die ihm bekannt gegebenen Wettbewerbsunterlagen nicht nutzt und in einem regelmäßig äußerst zeit- und kostenintensiven Konzessionsvergabeverfahren erst die Wertungsentscheidung wegen vermeintlicher Mängel der Wettbewerbsunterlagen angreift, die für den Bieter bereits seit langem erkennbar waren. Eine solche Konstellation lag nach Ansicht des OLG allerdings nicht vor.

2.3. Einschätzung

Aus der Entscheidung ergibt sich die Notwendigkeit, das Verfahren zur Wasserkonzessionsvergabe besonders sorgfältig zu gestalten. Vor allem bei der Absicht der Kommune, eigene Präklusionsregelungen zu treffen, sollten die Erwägungen des OLG berücksichtigt werden. Hinzu kommt, dass sich das OLG nicht gehindert sah, sogar solche Verfahrensfehler zu berücksichtigen, die gar nicht gerügt wurden, sondern sich aus dem vorgetragenen Inhalt der Vergabeverfahrensunterlagen ergaben. Voraussetzung ist, dass der Bieter nicht nach Treu und Glauben daran gehindert wäre, sich noch auf diese Fehler zu berufen.

3. Schadensersatz des Bieters bei unzulässigem Ausschluss - EuGH, Urteil vom 06.06.2024 – C-547/22 - Ingsteel II

Gegenstand der Entscheidung des EuGH war die Vorlagefrage eines slowakischen Gerichts zum Anspruch eines Bieters auf Schadensersatz. Der Entscheidung war ein Vorabentscheidungsverfahren des EuGH über die Zulässigkeit des Ausschlusses als solchen vorausgegangen.⁷

3.1. Sachverhalt

Der öffentliche Auftraggeber hatte im Jahr 2013 Modernisierungs- und Bauarbeiten

für mehrere Fußballstadien ausgeschrieben. Er hielt die Anforderungen an die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit in Bezug auf eine Bietergemeinschaft für nicht erfüllt und schloss sie vom Verfahren aus. Hiergegen wandte sich der Bieter. Das slowakische Gericht legte dem EuGH zwei Fragen vor, über die der EuGH im Jahr 2017 entschied.⁸ In der Folge stellten die slowakischen Nachprüfungsinstanzen die Rechtswidrigkeit des Ausschlusses fest. Der Auftrag war zwischenzeitlich jedoch bereits anderweitig vergeben worden. Daraufhin machte die Bietergemeinschaft einen Schadensersatzanspruch wegen des unzulässigen Ausschlusses geltend, und zwar zum einen bzgl. des entgangenen Gewinns und zum anderen bzgl. des Aufwendungsersatzes für ein Gutachten. Ohne den Ausschluss hätte, so die Bietergemeinschaft, der Zuschlag auf ihr Angebot erteilt werden müssen. Das mit der entsprechenden Klage befasste slowakische Gericht legte dem EuGH die Fragen vor, ob eine nationale Regelung oder Praxis unionsrechtskonform ist, wonach ein Schadensersatzanspruch – auch im Hinblick auf entgangenen Gewinn – bei einem rechtswidrigen Ausschluss vom Vergabeverfahren für den Verlust der Chance ausgeschlossen ist, den Auftrag zu erhalten.

3.2. Entscheidung

Der EuGH entschied, dass ein Anspruch für den Ersatz des Schadens besteht, der dem Bieter durch den Verlust der Chance entstanden ist, an einem Vergabeverfahren teilzunehmen, um den betreffenden Auftrag zu erhalten, was auch den entgangenen Gewinn umfassen könne. Der weitgefasste Wortlaut des maßgeblichen Art. 2 Abs. 1 lit. c) der EU-Rechtsmittelrichtlinie⁹ unterscheide nicht zwischen verschiedenen Schadenskategorien. Die Regelung der Feststellung und Bemessung des Anspruchs ist nach dem EuGH jedoch Sache der Mitgliedstaaten.

3.3. Einschätzung

Bei Verstößen gegen das Vergaberecht kann ein Bieter nach deutschem Recht Schadensersatzansprüche auf § 181 S. 1 GWB und auf §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB stützen. In beiden Fällen umfasst der Anspruch nur den sog. Vertrauensschaden – im Fall des § 181 S. 1 GWB die „Kosten für die Vorbereitung des Angebots oder die Teilnahme an einem Vergabeverfahren“. Ein Anspruch auf Ersatz auch des entgangenen Gewinns kann sich allenfalls aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB und auch nur

ausnahmsweise dann ergeben, wenn der übergangene Bieter den Auftrag bei ordnungsgemäßer Vergabe hätte erhalten müssen und ein Zuschlag tatsächlich erteilt worden ist, wenn also der „falsche“ Bieter den Auftrag auch tatsächlich erhält.¹⁰ Der hierfür erforderliche Nachweis durch den erfolglosen Bieter kann in der Praxis allerdings nur ausgesprochen schwer geführt werden, so dass ein Schadensersatzanspruch auf entgangenen Gewinn regelmäßig nicht erfolgreich geltend gemacht werden kann. Die Entscheidung des EuGH könnte demgegenüber zu einer Ausweitung des Schadensersatzanspruchs führen. Es bleibt abzuwarten, wie die deutschen Gerichte das Urteil des EuGH bei der Entscheidungsfindung berücksichtigen. Womöglich ergibt sich sogar Handlungsbedarf für den Gesetzgeber. Angesichts der nicht auszuschließenden erweiterten Haftungsrisiken unterstreicht das Urteil des EuGH jedenfalls die Notwendigkeit der rechtssicheren Gestaltung und Durchführung der Vergabeverfahren, zumal wenn es um den Ausschluss von Teilnahmeanträgen oder Angeboten geht.

4. Datenschutzrechtliche Anforderungen im Vergabeverfahren - VK Bund, Beschluss vom 20.06.2023 – VK 2-34/23

Die Anforderungen an die Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) in einem Vergabeverfahren waren Gegenstand einer Entscheidung der Vergabekammer des Bundes.

4.1. Sachverhalt

Ausgeschrieben waren Reisebüroleistungen. Der Vertrag sah die gesetzliche Verpflichtung zur Einhaltung des Daten-

⁵ Das Kartellvergaberecht nach Teil 4 des GWB ist auf Wasserkonzessionen schon deshalb nicht anwendbar, da dieser Bereich nach § 149 Nr. 9 GWB ausdrücklich ausgenommen ist.

⁶ S. zur Verwirkung vor Normierung des § 47 EnWG BGH, Urt. v. 17.12.2013 – KZR 66/12 – Stromnetz Berkenthin.

⁷ EuGH, Urteil vom 13.07.2017 – C-76/16 – Ingsteel.

⁸ Ebda.

⁹ Richtlinie 89/665/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge (ABl. L 395 vom 30.12.1989).

¹⁰ BGH, Urteil vom 23.11.2021 – XIII ZR 20/19; Urteil vom 13.09.2022 – XIII ZR 9/20.

schutzrechts vor. In der Leistungsbeschreibung war vorgegeben, dass die Datenverarbeitung auf Servern in der EU, idealerweise in Deutschland, zu erfolgen habe. Einer der Bieter war eine GmbH mit Sitz in Deutschland, die in eine britische/US-amerikanische Gesellschafterstruktur integriert ist. In ihrem Angebot erklärte dieser Bieter, die Leistungen zu den in den Vergabeunterlagen aufgeführten Bedingungen anzubieten. Der Zuschlag sollte auf das Angebot dieses Bieters erteilt werden. Dies rügte ein Wettbewerber, der spätere Antragsteller im Nachprüfungsverfahren, und trug vor, der für den Zuschlag vorgesehene Bieter könne die datenschutzrechtlichen Vorgaben nicht einhalten, weshalb das Angebot des Bieters auszuschließen sei. Die Auftraggeberin forderte den für den Zuschlag vorgesehenen Bieter (erfolgreich) zur Aufklärung auf und informierte den Wettbewerber anschließend nach § 134 GWB, dass dessen Angebot nicht berücksichtigt werde. Hiergegen wandte sich der Wettbewerber mit seinem Nachprüfungsantrag.

4.2. Entscheidung

Die Vergabekammer gab dem Antrag statt. Zwar dürfe der öffentliche Auftraggeber dem Leistungsversprechen der Bieter grundsätzlich vertrauen. Aus der Tatsache als solcher, dass es sich bei dem Bieter um ein Unternehmen mit britischer/US-amerikanischer Gesellschafterstruktur handelt, folge nichts anderes, da er als GmbH nach deutschem Recht der nationalen Rechtsordnung unterliege und damit auch an die Vorgaben der DSGVO gebunden sei. Die Besorgnis, dass die US-amerikanische Muttergesellschaft den Bieter auf Grundlage US-amerikanischer Rechtsvorschriften zu einer nach der DSGVO unzulässigen Herausgabe von Daten auffordere, bestünde schon deshalb nicht, da eine solche Weisung an die Geschäftsführung des Bieters nach § 43 Abs. 1 GmbHG rechtswidrig wäre und nicht befolgt werden dürfte. Allerdings sah die Vergabekammer die von der Auftraggeberin durchgeführte Aufklärung als fehlerhaft an, woraus sich verbleibende Unsicherheiten für die Datensicherheit ergäben. So sei u.a. die Datenschutzerklärung des Bieters im Hinblick auf die von ihm verwendeten sog. Binding Corporate Rules (BCR) als Grundlage für eine Datenweitergabe außerhalb der EU widersprüchlich. Nach Ansicht der Vergabekammer fehlte es insoweit an einer ausreichenden Aufklärung durch die Auftraggeberin insbeson-

dere deshalb, da der Bieter nicht aufgezeigt habe, wie die Abläufe für den konkreten Auftrag gestaltet werden sollen, um die Einhaltung der datenschutzrechtlichen Vorgaben sicherzustellen. Zudem habe die Auftraggeberin deutlich gemacht, dass die Einhaltung erst während der Auftragsausführung geprüft werde, was zu einem Ausfall des im Rahmen der Angebotsaufklärung pflichtgemäß wachzunehmenden Aufklärungsspielraums geführt habe.

4.3. Einschätzung

Die Frage der Auftragserteilung an zu US-amerikanischen Konzernen zugehörigen Bieter wegen Unsicherheiten bei der Einhaltung des Datenschutzrechts gewann jedenfalls durch die Entscheidung der VK Baden-Württemberg aus dem Jahr 2022¹¹ eine erhöhte Aufmerksamkeit. Die VK Baden-Württemberg hatte in dem Einsatz eines Dienstleisters mit einer Muttergesellschaft in den USA das „latente Risiko“ eines Verstoßes gegen die DSGVO gesehen. Diesen Beschluss hob das OLG Karlsruhe jedoch auf und stellte fest, dass allein die Tatsache der Zugehörigkeit zu einem US-amerikanischen Konzern nicht dazu führt, dass der Auftraggeber an der Erfüllbarkeit des Leistungsversprechens des Bieters zweifeln muss.¹² In der Folge hatte die VK Bund auch bereits in einem weiteren Nachprüfungsverfahren entschieden.¹³ Damit dürfte die Frage der grundsätzlichen Zulässigkeit der Beauftragung von US-konzernangehörigen Bietern geklärt und – ggf. vorbehaltlich einer höchstrichterlichen Entscheidung – zu bejahen sein.

Relevant ist der hier dargestellte Beschluss der VK Bund aber deshalb, da darin deutlich wird, wie wichtig eine gründliche Aufklärung im Vergabeverfahren ist, gerade auch in datenschutzrechtlicher Hinsicht. Das von der Rechtsprechung anerkannte „Vertrauendürfen“ in die Angaben des Bieters darf nicht zu verbleibenden Zweifeln oder gar einer unbeschriebenen Hinnahme führen. Bei Datenübermittlungen in Drittstaaten sind immer wieder die Aktualität der Rechtsgrundlagen – z.B. Angemessenheitsbeschlüsse der EU-Kommission in Bezug auf die USA¹⁴ – und vor allem die konkrete Umsetzung der Maßnahmen zur Wahrung des Datenschutzes zu prüfen. Keinesfalls sollte die Prüfung erst auf das der Zuschlagserteilung nachfolgende Stadium der Auftragsausführung verlagert werden. Andernfalls droht, wie aus der Entscheidung hervorgeht, die Angreifbarkeit der Vergabe.

5. Abgrenzung Bau- und Liefer-/Dienstleistungsauftrag und zutreffender EU-Schwellenwert - OLG Schleswig, Beschluss vom 28.03.2024 – 54 Verg 9/23

Über die Einordnung eines Auftrags als Bau- oder Liefer-/Dienstleistungsauftrag und die daraus folgende Anwendung des zutreffenden Schwellenwerts und die EU-weite Ausschreibung hatte das OLG Schleswig zu entscheiden.

5.1. Sachverhalt

Gegenstand der Ausschreibung war die Beschaffung von Sensorik (in drei Los) und einer Datenplattform (ein Los) insbesondere zu dem Zweck der Erfassung von Besucherströmen und -lenkung sowie der Parkraumüberwachung und Visualisierung der Parkplatzauslastung. Für die Sensorik-Lose waren sämtliche Konfigurations- und Versorgungsleistungen, Transport- und Installationsarbeiten, die technische Übergabe und Einweisung einschließlich Funktionstests anzubieten. Die Vergabeunterlagen beinhalteten zudem einen abzuschließenden EVB-IT-Kaufvertrag. Der Auftragswert lag über dem EU-Schwellenwert für Liefer- und Dienstleistungen¹⁵, jedoch unter jenem für Bauleistungen.¹⁶ Die Auftraggeberin ordnete die Leistungen insgesamt als Bauauftrag ein und schrieb nur national nach der VOB/A aus. In der Dokumentation des Vergabeverfahrens hatte die Auftraggeberin lediglich vermerkt, es sei anhand des Schwellenwerts die nationale öffentliche Ausschreibung gewählt worden; der geschätzte Auftragswert wurde ohne Herleitung angegeben. Nach entsprechender Vorabinformation wandte sich der zweitplatzierte Bieter wegen einer aus seiner Sicht fehlerhaften Wertung des Angebotspreises mit einem Nachprüfungsantrag gegen seine Nichtberücksichtigung. Die Vergabekammer ordnete den Auftrag als Bauauftrag ein

¹¹ VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 13.07.2022 – 1 VK 23/22.

¹² OLG Karlsruhe, Beschluss vom 07.09.2022 – 15 Verg 8/22.

¹³ VK Bund, Beschluss vom 13.02.2023 – VK 2-114/22.

¹⁴ Jüngst: Trans-Atlantic Data Privacy Framework (TADPF). Zuvor bildeten die Beschlüsse „Safe Harbor“ und „Privacy Shield“ die Rechtsgrundlage; diese wurden vom EuGH jedoch mangels ausreichenden Schutzniveaus für ungültig erklärt.

¹⁵ Derzeit 221.000,00 Euro netto.

¹⁶ Derzeit 5.538.000,00 Euro netto.

und wies den Nachprüfungsantrag u.a. als unzulässig zurück, da sie nur für Vergaben ab Erreichen der EU-Schwellenwerte zuständig sei. Dagegen richtete sich die sofortige Beschwerde zum OLG.

5.2. Entscheidung

Das OLG hob den Beschluss der Vergabekammer auf. Der Nachprüfungsantrag sei statthaft, da der EU-Schwellenwert überschritten werde. Es handele es sich bei dem betreffenden Auftrag nicht um einen Bauauftrag, für den der gegenüber einem Liefer-/Dienstleistungsauftrag höhere Schwellenwert Anwendung fände. Bei Leistungen wie den vorliegenden, die zu verschiedenen Auftragsarten gehören, richte sich die maßgebliche Auftragsart nach dem Hauptgegenstand des Vertrages. Dabei sei auf die wesentlichen, vorrangigen Verpflichtungen abzustellen, die den Auftrag prägen, nicht auf Verpflichtungen bloß untergeordneter oder ergänzender Art. Der Wert der zu erbringenden Einzelleistungen sei nur ein Kriterium unter anderen, die bei der Ermittlung des Hauptgegenstandes zu berücksichtigen sind. Entscheidend sei vielmehr die funktionale Zuordnung der Leistungen zum jeweiligen Vertragstyp und deren gegenständliche, vertragliche Bedeutung.¹⁷ Die hier maßgeblichen Sensoren seien weder einzeln noch in ihrer Gesamtheit als bauliche Anlagen anzusehen, so dass auch der Auftrag zur Erstellung eines Systems aus Sensoren zur Parkraumüberwachung und zur Überwachung von Besucherströmen keinen Bauauftrag darstelle. Da Ziel des Auftrags die Schaffung eines Systems aus Sensoren sei, könne nicht auf die Montage der Sensoren als Hauptleistung abgestellt werden. Wie die Auftraggeberin zu ihrer Einordnung als Bauauftrag und zu ihrer (deutlich zu niedrigen) Auftragswertschätzung kam, erschloss sich dem OLG mangels aussagekräftiger Dokumentation nicht. Inhaltlich erachtete das OLG die Bewertung des Angebotspreises durch die Auftraggeberin im Übrigen als fehlerhaft.

5.3. Einschätzung

Der Beschluss hebt die Bedeutung einer sorgfältigen Dokumentation hervor, auch und gerade der ganz grundlegenden Festlegungen im Vergabeverfahren wie die richtige Bestimmung der Auftragsart, der Schätzung des Auftragswerts und vor allem deren Herleitung. Hierbei kann beispielsweise auf die Ergebnisse einer vor der Verfahrenseinleitung vorgenommenen Markterkundung¹⁸ zurückgegriffen werden. Bei der bloßen Verwendung

knapp gehaltener Checklisten ist demgegenüber Vorsicht geboten.

6. Dokumentation der Nachforderung von Unterlagen - OLG Schleswig, Beschluss vom 28.03.2024 – 54 Verg 2/23

Die Dokumentationspflicht war auch Gegenstand einer weiteren Entscheidung des OLG Schleswig. In diesem Fall ging es um die Nachforderung von Unterlagen.

6.1. Sachverhalt

Der Auftraggeber hatte Schülerbeförderungsleistungen ausgeschrieben. Von den Bietern war dabei ein Kalkulationsblatt zu Fahrzeugtypen auszufüllen. Änderungen waren ausdrücklich ausgeschlossen. Der nichtberücksichtigte Bieter wandte sich in einem ersten Nachprüfungsverfahren erfolgreich gegen den Ausschluss seines Angebots mit der Begründung, das Angebot des für den Zuschlag vorgesehenen Bieters entspreche nicht den Anforderungen der Leistungsbeschreibung, da Angaben im Kalkulationsblatt fehlten. Der Auftraggeber wiederholte gemäß dem Beschluss der Vergabekammer die Wertung und forderte den letztlich für den Zuschlag vorgesehenen Bieter unter Fristsetzung zur Preisauflärung nach § 60 VgV in Bezug auf Fahrzeugtypen und -kapazitäten und zur Übersendung der Kalkulation auf. Kurz vor Ablauf der Nachforderungsfrist verlängerte ein Mitarbeiter des Auftraggebers auf Bitten des für den Zuschlag vorgesehenen Bieters die Frist telefonisch, vermerkte dies jedoch nur handschriftlich auf einer ausgedruckten Mail ohne Angabe des Unterzeichners, des Datums der Verlängerung und deren Begründung. Innerhalb der – nach Ansicht des Auftraggebers – verlängerten Frist reichte der Bieter die geforderten Unterlagen schließlich nach und erweiterte das Kalkulationsblatt in Bezug auf Fahrzeugtypen. Der Auftraggeber beabsichtigte erneut die Erteilung des Zuschlags auf das Angebot des bereits erfolgreichen Bieters. Hiergegen wandte sich der Wettbewerber mit einem weiteren Nachprüfungsantrag. Diesen lehnte die Vergabekammer ab. Der nichtberücksichtigte Bieter legte sofortige Beschwerde gegen den Beschluss der Vergabekammer ein und beantragte die Verlängerung der aufschiebenden Wirkung. Vor dem vom OLG anberaumten Termin zur mündlichen Verhandlung hob der Auftraggeber das Vergabeverfahren dann wegen wesentlicher Änderung dessen Grundlagen auf. Die Aufhebung griff der nichtberücksichtigte Bieter ebenfalls an.

6.2. Entscheidung

Das OLG entschied, dass das Vergabeverfahren auf die Beschwerde hin mit einer erneuten Angebotswertung unter Ausschluss des Gesamtangebots der Beigeladenen fortzusetzen gewesen wäre. Das Vergabeverfahren sei jedoch nicht fortzusetzen, nachdem der Auftraggeber es aufgehoben hat. Denn die Aufhebung sei zwar rechtswidrig gewesen, aber wirksam. Der Nachprüfungsantrag hätte zu einer Zurückversetzung des Vergabeverfahrens vor die Angebotswertung geführt. Das Gesamtangebot des für den Zuschlag vorgesehenen Bieters wäre dabei wegen einer Änderung der Vergabeunterlagen nach § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV auszuschließen gewesen. Eine Änderung der Vergabeunterlagen liege vor, wenn der Bieter manipulativ in sie eingreift, indem er ein von den Vorgaben abweichendes Angebot macht, das bei einem Wegdenken der Abweichungen unvollständig bleibt.¹⁹ Dazu sei keine körperliche Veränderung im Sinne einer Änderung der vorgegebenen Leistungsmengen oder -beschreibungen notwendig, es reiche, dass der Bieter bei der Ausfüllung von Berechnungsschemata von den Vorgaben abweicht.²⁰ Eine Änderung der Vergabeunterlagen liege auch vor, wenn das Angebot von den Leistungsvorgaben in der Ausschreibung abweicht.²¹ Ein Ausschluss eines Angebots unter rein formalen Gesichtspunkten komme hingegen nicht in Betracht; vielmehr seien etwaige Unklarheiten im Wege der Aufklärung zu beseitigen.²² Einen solchen „manipulativen Eingriff“ in die Vergabeunterlagen, die zum Ausschluss nach § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV führen, sah das OLG hier in der Erweiterung des Kalkulationsblatts. Auch im Hinblick auf die anzubietende Sitzplatzkapazität erkannte das OLG unzulässige Abweichungen von den Vergabeunterlagen. Die Kalkulation habe der Bieter verspätet nachgereicht. Die Verlängerung der Frist für die Übersendung der diesbe-

¹⁷ So auch bereits OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16.10.2019 – Verg 66/18.

¹⁸ S. § 28 VgV, § 20 UVgO, § 2 Abs. 5 VOB/A, § 2 EU Abs. 7 VOB/A.

¹⁹ BGH, Urteil vom 18.06.2019 – X ZR 86/17.

²⁰ OLG Schleswig, Beschluss vom 21.12.2018, 54 Verg 1/18.

²¹ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29.11.2000 – Verg 21/00.

²² BGH, Urteil vom 18.06.2019, X ZR 86/17.

züglich nachgeforderten Unterlagen sei nicht ausreichend dokumentiert worden. Der handschriftliche Vermerk auf der E-Mail genüge nicht den Anforderungen an die Dokumentation. Zwar könne ein Dokumentationsmangel grundsätzlich geheilt werden. Die Transparenz des Verfahrens könne gewährleistet und der Gefahr von Manipulationen begegnet werden, indem die nachgereichten Unterlagen einer kritischen Würdigung unterzogen würden. Eine solche kritische Würdigung führte jedoch nach dem OLG hier nicht dazu, dass der Dokumentationsmangel geheilt wurde, denn der Gefahr einer Manipulation habe nicht begegnet werden können. Es sei nicht erkennbar gewesen, wer wann und aus welchem Grund den Vermerk über die Verlängerung angebracht hat.

6.3. Einschätzung

In der Rechtsprechung hat sich in den vergangenen Jahren eine flexiblere Handhabung der Aufklärung und Nachforderung von Unterlagen entwickelt. Bei Unklarheiten ist ein Angebot demnach wegen bloß formalen Mängeln nicht umgehend auszuschließen, vielmehr ist zunächst eine Aufklärung durchzuführen. Der BGH spricht insoweit von einem Wertungswandel.²³ Doch selbst dieser grundsätzlich²⁴ großzügigere Maßstab konnte die unzureichende Dokumentation der Verlängerung der Frist für die Nachreichung von Unterlagen im entschiedenen Fall nicht mehr retten.²⁵ Die Entscheidung macht – abermals – deutlich, wie wichtig eine genaue Dokumentation des Vergabeverfahrens ist, insbesondere, wenn es um die ausschlaggebenden Verfahrensschritte geht.

7. Teilnahme von Unternehmen aus Drittstaaten an Vergabeverfahren - EuGH, Urteil vom 22.10.2024 – C-652/22

Mit der Frage der Zulassung von Unternehmen aus Drittstaaten, die keine internationale Übereinkunft mit der EU im Bereich des öffentlichen Auftragswesens geschlossen haben, hatte sich der EuGH in seiner Entscheidung zu befassen.

7.1. Sachverhalt

Ein Auftraggeber hatte Bauleistungen nach Maßgabe der EU-Richtlinie 2014/25/EU (Sektorenrichtlinie) ausgeschrieben. Von dem für den Zuschlag vorgesehenen Bieter forderte der Auftraggeber nach Ablauf der Angebotsfrist ergänzende Unterlagen für den Nachweis der Eignung (konkret der technischen und beruf-

lichen Leistungsfähigkeit) nach. Ein nicht-berücksichtigter Bieter mit Unternehmenssitz in der Türkei behauptete, der Auftraggeber habe damit gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz verstoßen und beschritt den nach kroatischem Recht vorgesehenen Rechtsweg. Die Türkei ist nicht Vertragsstaat des internationalen Beschaffungsübereinkommens GPA.²⁶ Das kroatische Gericht legte dem EuGH die Fragen vor, ob die nach Fristablauf eingereichten Unterlagen berücksichtigt werden dürfen.

7.2. Entscheidung

Der EuGH erachtete die Vorlagefrage bereits als unzulässig. Die vorliegende kroatische Nachprüfungsinstanz sei für die Frage, ob Wirtschaftsteilnehmer aus Drittstaaten, die kein Übereinkommen mit der EU abgeschlossen haben, nicht zuständig; dies falle ausschließlich in den Kompetenzbereich der EU. Der EuGH stellt auf Art. 43 der Richtlinie 2014/25/EU ab, wonach die Auftraggeber der Mitgliedstaaten, soweit sie z.B. durch das GPA erfasst sind, auf Wirtschaftsteilnehmer aus Drittländern, die ein solches Übereinkommen unterzeichnet haben, keine ungünstigeren Bedingungen anwenden dürfen als auf Wirtschaftsteilnehmer aus der EU. Diese Wirtschaftsteilnehmer aus Drittstaaten könnten sich also auf die Bestimmungen der EU-Vergaberichtlinien berufen. Dies gelte jedoch nicht für Wirtschaftsteilnehmer aus Drittländern, die keine solche internationale Übereinkunft geschlossen haben. Unternehmen aus diesen Drittländern könnten zwar an Vergabeverfahren teilnehmen, sie seien jedoch daran gehindert, sich auf die EU-Richtlinien zu berufen und somit z.B. die Einhaltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes zu verlangen. Würde die Richtlinie anders ausgelegt und damit ihr persönlicher Anwendungsbereich unbegrenzt ausgeweitet, liefe dies darauf hinaus, Unternehmen aus diesen Drittländern einen gleichen Zugang zu den Verfahren für die Vergabe öffentlicher Aufträge in der EU zu gewährleisten. Dies sei indes nicht zulässig.

Zwar sei es Sache des Auftraggebers, Wirtschaftsteilnehmer aus Drittländern, die keine Übereinkunft mit der EU geschlossen haben, zu einem Vergabeverfahren zuzulassen. Wenn diese dann aber Vergaberechtsverstöße geltend machen, könnten ihre Rechtsbehelfe nur anhand des nationalen Rechts und nicht anhand des EU-Rechts geprüft werden. Nationale Behörden dürften die nationalen Bestimmungen zur Umsetzung des EU-Ver-

gaberechts auch nicht dahin auslegen, dass sie auch auf zur Teilnahme an Vergabeverfahren ggf. zugelassene Wirtschaftsteilnehmer aus Drittländern anwendbar sind, die mit der Union keine Übereinkunft geschlossen haben, da sonst der ausschließliche Charakter der Zuständigkeit der EU in diesem Bereich missachtet würde. Der EuGH stellte insoweit fest, dass die nationalen Behörden von den Auftraggebern nicht verlangen können, dass sie auf Unternehmen aus Drittländern, die keine internationalen Übereinkünfte mit der EU geschlossen haben, die nationalen Bestimmungen, mit denen die in der Vergaberichtlinie enthaltenen Vorschriften umgesetzt werden, anwenden.

7.3. Einschätzung

Eine gegenseitige Öffnung der Märkte im öffentlichen Beschaffungswesen zwischen der EU und der Türkei ist bislang nicht erfolgt. Dementsprechend wurde bisher auch kein Übereinkommen zwischen der EU und der Türkei abgeschlossen. Daher können sich Unternehmen z.B. aus der Türkei oder auch aus China nicht auf das EU-Vergaberecht, z.B. auf den Gleichbehandlungsgrundsatz, berufen, wenn sie Verstöße geltend machen möchten.

Nehmen Unternehmen aus Drittstaaten an einem Vergabeverfahren teil, sollte der Auftraggeber stets prüfen, ob diese Staaten das GPA-Übereinkommen unterzeichnet haben. Ist dies nicht der Fall, können

²³ BGH, Urteil vom 18.06.2019 – XZR 86/17; s. auch OLG Schleswig, Beschluss vom 12.11.2020 – 54 Verg 2/20; OLG Schleswig, Beschluss vom 28.04.2021 – 54 Verg 02/21.

²⁴ Relativiert hat der BGH die Möglichkeit zur Nachforderung allerdings für Fälle, in denen der Auftraggeber eine bestimmte Form vorgibt, in der die Angebote einzureichen sind, vgl. BGH, Urteil vom 16.05.2023 – XIII ZR 14/21. In jenem Fall hatte der Auftraggeber für bestimmte Teile des Angebots die Verwendung einer GAEB-Datei vorgeschrieben. Ein Bieter jedoch verwendete PDF-Format, was zum Ausschluss führte. Der betroffene Bieter meinte, der Auftraggeber hätte ihn zur Nachforderung auffordern müssen. Der Auftrag wurde sodann anderweitig vergeben. Der Bieter verklagte den Auftraggeber anschließend – erfolglos – auf Schadensersatz. Der BGH hielt eine Nachforderung für ausgeschlossen, da das Angebot nicht formgerecht eingereicht worden sei.

²⁵ Es lagen noch weitere Vergaberechtsverstöße vor, auf die hier im Rahmen der Darstellung nicht näher eingegangen werden kann.

²⁶ Government Procurement Agreement, abgeschlossen zwischen der EU und der Welthandelsorganisation WTO.

sich die betreffenden Unternehmen für die Geltendmachung etwaiger Vergaberechtsverstöße nicht auf das GWB, die VgV, die VOB/A 2. Abschnitt, die Sektorenverordnung und die Konzessionsvergabeordnung stützen, denn diese Regelungen setzen sämtlich das EU-Vergaberecht um. Geschieht dies dennoch, könnten sich Teilnehmer mit Sitz in der EU ggf. ihrerseits auf einen Vergaberechtsverstoß berufen und den Ausschluss des Drittstaaten-Teilnehmers verlangen. Zu empfehlen ist, in die Verfahrensbedingungen einen entsprechenden transparenten Hinweis auf den Umgang mit Unternehmen aus Drittstaaten aufzunehmen.

8. Novelle des Vergabegesetzes Schleswig-Holstein

Abschließend sei noch auf die Neufassung des Vergabegesetzes Schleswig-Holstein (VGSH) hingewiesen. Das VGSH ist zum Ende letzten Jahres reformiert worden. Durch das Änderungsgesetz²⁷ wird insbesondere die Anwendung des § 99 Nr. 4 GWB bei Vergaben im Unterschwellenbereich²⁸ beseitigt. Bislang war die Anwendung in § 1 VGSH vorgeschrieben. Im Gegensatz z.B. zu Gebietskörperschaften, die nach § 99 Nr. 1 GWB in jedem Falle Auftraggeber sind und – sofern nicht ein Ausnahmetatbestand vorliegt – das Vergaberecht stets

anzuwenden haben, handelt es sich bei den Auftraggebern nach § 99 Nr. 4 GWB um natürliche oder juristische Personen des privaten Rechts, die nur dann dem Vergaberecht unterfallen, wenn sie für Tiefbaumaßnahmen, für die Errichtung von Krankenhäusern, Sport-, Erholungs- oder Freizeiteinrichtungen, Schul-, Hochschul- oder Verwaltungsgebäuden oder für damit in Verbindung stehende Dienstleistungen und Wettbewerbe von der öffentlichen Hand Mittel erhalten, mit denen diese Vorhaben zu mehr als 50 % subventioniert werden.²⁹ Im Gesetzgebungsverfahren hatte das Ministerium für Wirtschaft, Verkehr, Arbeit, Technologie und Tourismus die Abschaffung damit befürwortet, dass die Anwendung des § 99 Nr. 4 GWB dazu führe, dass auch kleinere und private Zuwendungsempfänger allein aufgrund der Zuwendung zur Anwendung aller vergaberechtlichen Vorschriften verpflichtet seien, ohne dass es EU-rechtlich notwendig ist; eine Abschaffung würde einen erheblichen Bürokratieabbau bewirken, ohne dass es sich negativ auf bedeutsame Prinzipien wie Wettbewerb oder Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit auswirkt.³⁰ Der Landtag folgte dieser Einschätzung und beschloss die Abschaffung der Anwendung. Für Zuwendungsempfänger kann sich diese Streichung in der Tat erleichternd auswirken, da sie bei

der Verwendung der Mittel künftig nicht mehr die durchaus komplexen vergaberechtlichen Bestimmungen anwenden müssen. Die ordnungsgemäße Mittelverwendung muss gleichwohl auch künftig sichergestellt und durch den Verwendungsnachweis belegt werden können, andernfalls droht die Rückforderung. Weitere Änderungen betreffen u.a. die ausdrückliche Nennung der Ausnahmetatbestände der §§ 149 und 150 GWB (Vergabe von Konzessionen in bestimmten Bereichen), die Streichung der bislang in § 4 Abs. 1 VGSH a.F. geregelten Vorgabe des Vergabemindestlohns und die redaktionelle Anpassung des Verweises auf die VOB/A 2019.

²⁷ Gesetz zur Änderung des Vergabegesetzes Schleswig-Holstein vom 22.11.2024 (GVObI. S. 801), in Kraft getreten am 06.12.2024.

²⁸ Die von der Kommission festgelegten Schwellenwerte, ab deren Erreichen das EU-Kartellvergaberecht des Teils 4 des GWB anzuwenden ist, betragen derzeit (jeweils netto) 221.000,00 Euro für Liefer- und Dienstleistungen, 5.538.000,00 Euro für Bauleistungen und Konzessionen und 443.000,00 Euro im Sektorenbereich.

²⁹ Sog. subventionierte Auftraggeber.

³⁰ Vgl. das Schreiben des Ministeriums vom 26.09.2024 an den Vorsitzenden des Wirtschafts- und Digitalisierungsausschusses des Schleswig-Holsteinischen Landtages.

Das Spannungsfeld Fördermittel- und Vergaberecht

Dr. Martin Schellenberg, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Vergaberecht, Partner HEUKING Hamburg

Der Beitrag beruht auf einem Vortrag, den der Autor auf dem Schleswig-Holsteinischen Vergaberechtstag am 19. November 2024 in Kiel gehalten hat.

Fördermittel- und Vergaberecht stehen in Verbindung, weil staatliche Förderung in der Regel nur erhält, wer sich zur Einhaltung von Vergaberecht verpflichtet. Verletzt der Empfänger diese Pflicht, so muss er Fördermittel zurückzahlen.

Im Spannungsfeld stehen beide Rechtsgebiete, weil sich das Vergaberecht nicht als Fördermittel-Sanktionsinstrument eignet. Zur Illustration ein Beispiel aus der anwaltlichen Praxis:

Die Feuerwehr einer kleinen Kommune in Schleswig-Holstein steht 2008 vor der Aufgabe, ein Einsatzfahrzeug anzuschaffen. Benötigt wird ein KLF, ein Kleinlöschfahrzeug. Neupreis einschließlich Beladung ca. 120.000 Euro. Das Land verspricht zwar Fördermittel in Höhe von ca. 20.000 Euro. Der Haushalt der Kommune lässt die Investition jedoch eigentlich nicht zu.

Um Kosten zu sparen, haben sich die Mitglieder der Wehr auf dem Gebrauchtmittelmarkt umgesehen und sind fündig geworden: Ein gebrauchtes Fahrzeug für 60.000 Euro wurde gekauft und die Wehr hat es in Eigenleistung instandgesetzt. Eine Er-



folgsgeschichte bürgerschaftlichen Engagements, die Lokalpresse berichtet lobend darüber.

2012 dann der Schock: Fördermittelprüfung durch das zuständige Rechnungsprüfungsamt und Rückforderung des Gesamtbetrages von 20.000 Euro. Begründung: Bei der Beschaffung des KLF sei das Vergaberecht nicht eingehalten wor-

den. Das Fahrzeug hätte ausgeschrieben werden müssen. Die Beteiligten: Sprachlos. Um Kosten zu sparen, hat man ein gebrauchtes Fahrzeug gekauft und unter Eigenleistung ausgebaut. Das Ganze war zweifellos wirtschaftlich, weil die Wehr gegenüber einem Neufahrzeug die Hälfte gespart hat. Dennoch die Rückforderung aus formalen Gründen. Besonders schmerzhaft: die Diskreditierung der betroffenen Personen. Wer Vergaberecht nicht beachtet, steht im Generalverdacht der Korruption.

Außerdem schwer erträglich: Zwischen dem Erwerb des Fahrzeugs und der letztinstanzlichen Entscheidung lagen 14 Jahre!¹

Vor diesem Hintergrund ist das Rechtsregime einer kritischen Prüfung zu unterziehen: Zunächst ist zu klären, warum Fördermittelempfänger überhaupt Vergaberecht anwenden müssen. Grundlage der Förderung ist entweder ein Fördermittelbescheid oder ein entsprechender Vertrag. In beiden Fällen werden die Empfänger per Auflage verpflichtet, Vergaberecht anzuwenden, wenn sie Fördermittel nutzen, um Aufträge an Dritte zu vergeben.

Wer jedoch nach einer gesetzlichen Grundlage für diese Auflage im deutschen Recht sucht, sucht vergeblich. Es gibt kein Gesetz, das den Fördermittelgeber verpflichtet, die Empfänger an das Vergaberecht zu binden. Stattdessen wird die Auflage aus dem allgemeinen Haushaltsrecht hergeleitet. Nach dem Haushaltsrecht müssen Zuwendungen wirtschaftlich und sparsam verwendet werden. Auf dieser Grundlage werden Verwaltungsvorschriften erlassen (AN-Best), die als Auflage (§ 36 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG) in den Förderbescheid bzw. den -vertrag einbezogen werden. Festzuhalten bleibt: es gibt keine gesetzliche Pflicht, Fördermittelempfänger an das Vergaberecht zu binden. Gesetzlich normiert ist nur die Pflicht, den Wirtschaftlichkeitsgrundsatz zu beachten. Hieraus ergibt sich die nächste Frage: Folgt aus dem Wirtschaftlichkeitsgrundsatz, dass Fördermittelempfänger an das Vergaberecht zu binden sind?²

Offensichtlich unnötig ist dies für Fördermittel, die an Empfänger aus der öffentlichen Hand gewährt werden. Für die öffentliche Hand gilt die Anwendungspflicht für das Vergaberecht ohnehin. Warum also

zusätzlich die Auflage im Förderbescheid für die öffentliche Hand? Als zusätzliches Druckmittel, vergaberechtskonform zu handeln? Aus meiner Sicht ist dies nicht erforderlich: Bei der öffentlichen Hand ist die Rechtsverletzung bereits durch die originäre Anwendung des Vergaberechts sanktioniert. Beachtet die Verwaltung das Vergaberecht nicht, so setzt sie sich Nachprüfungsanträgen aus oder riskiert Rügen der Rechnungshöfe. Mehr Druck hält der Gesetzgeber nicht für erforderlich.³ Es bleibt das Wirtschaftlichkeitsgebot als Rechtfertigung der Auflage. Dem liegt die

¹ Siehe OVG Schleswig, Urt. v. 23.8.2022 – 5 LB 9/20, NVwZ-RR 2023, 220.

² Zur Maßgeblichkeit des Gebots der wirtschaftlichen und sparsamen Mittelverwendung für die Rechtfertigung vergaberechtlicher Auflagen *Krist*, Keine regelmäßige Rückforderung von Zuwendungen bei folgenlosen (schweren) Vergabeverstößen, NZBau 2013, 481 (482).

³ Zum (folgerichtigen) weitgehenden Wegfall von Vergabeauflagen für kommunale Zuwendungsempfänger in einigen Bundesländern *Gass*, Zuwendungen und Vergaberecht – zu Entkoppelungstendenzen, Rückforderungsvorgaben und weiterer Ermessensausübung, ZfBR 2023, 653.

Wissen ist wie googeln. Nur krasser.



Jetzt zu kommunaler Mobilität weiterbilden! Sie arbeiten in einer Kommune in Schleswig-Holstein? Ihr Aufgabenfeld umfasst Mobilität? Nutzen Sie unsere Grundlagen- und Vertiefungs-Seminare zu kommunalem Mobilitätsmanagement. In Theorie und Praxis.

mobiliteam by NAH.SH – zentrale Anlaufstelle für Kommunen in Schleswig-Holstein rund um nachhaltige Mobilität.
Infos unter [mobiliteam.nah.sh](https://www.mobiliteam.nah.sh)

•
Termine im April und Oktober.
Jetzt anmelden!

Schleswig-Holstein
Der echte Norden

 mobiliteam
by NAH.SH

Prämisse zugrunde, dass mangelnder Wettbewerb die Unwirtschaftlichkeit indiziert. Wer nicht ausschreibt, handele automatisch unwirtschaftlich. Doch der eingangs geschilderte Fall des gebrauchten KLFs beweist das Gegenteil. Es gibt sehr wohl Konstellationen, bei denen eine Ausschreibung nicht automatisch zur Wirtschaftlichkeit führt.

Vergabepraktiker kennen genügend Ausschreibungen, bei denen fast alle Bieter aus formalen Gründen aus dem Verfahren ausgeschlossen werden mussten und der Auftrag dann an den teuersten Anbieter erteilt werden sollte. Auch hier bleibt die Wirtschaftlichkeit trotz oder gerade wegen der Anwendung des Vergaberechts auf der Strecke. Vor diesem Hintergrund lässt sich die Pflicht für Zuwendungsempfänger, Vergaberecht anzuwenden, auch nicht mit dem Wirtschaftlichkeitsgebot rechtfertigen. Jedenfalls muss dem Zuwendungsempfänger das Recht zustehen, die Wirtschaftlichkeit seiner Beschaffung auch dann nachzuweisen, wenn er kein Vergabeverfahren durchgeführt hat.⁴ Ist der Nachweis geführt, so verbietet sich m.E. die Rückforderung.

Noch deutlicher wird dies bei Zuwendungen, die an Private vergeben werden. Auch Private erhalten Fördermittel nur, wenn sie Vergaberecht anwenden. In der rechtswissenschaftlichen Literatur wird dies stark kritisiert.⁵ Die Argumente: Unternehmen werden gezwungen, einen erheblichen Teil der Mittel in Vergaberichtsberatung zu investieren. Fördermittel werden unattraktiv, wenn sie solche Auflagen enthalten. Die Auflage ist auch unnötig, da der Fördermittelempfänger grundsätzlich erhebliche Eigenmittel einbringen müssen. Sie haben daher ein Eigeninteresse, das Geld effizient und wirtschaftlich zu verwenden. Schließlich: Wegen der Rückforderungsrisiken muss der Empfänger auch Rückstellungen bilden. Das belastet die Bilanz und führt zu zusätzlicher Bürokratie.

Vor diesem Hintergrund bleibt festzuhalten: Das vergaberechtliche System passt nicht zur Zuwendungsprüfung. Vergaberecht ist Vertragsanbahnungsrecht. Es endet im Zeitpunkt des Zuschlages. Die Rückforderung kommt dagegen oft erst Jahre nach Abschluss des Projekts (vgl. Eingangsfall). Diese Anwendungserweiterung ist dem Vergaberecht fremd: Die Kehrseite der strengen Verfahrensregeln des Vergaberechts ist die Präklusion. Wird ein Fehler nicht rechtzeitig gerügt oder ist der Zuschlag bereits erteilt, so bleibt der Fehler ungesühnt. Er wird durch Zeitablauf irrelevant. Dieses vergaberechtliche

Grundprinzip wird durch das Zuwendungsrecht unterlaufen. Durch die Fördermittelaufgabe kommt die vergaberechtliche Sanktion gleichsam durch die Hintertür wieder herein. Das ist nicht sachgerecht und häufig ungerecht. Hinzukommt, dass sich das Vergaberecht ständig ändert. Allein im Zeitraum des oben genannten Beispielsfalles hat es vier grundlegende Vergaberechtsreformen gegeben.

In der Literatur ist streitig, auf welchen Zeitpunkt sich die Rechtslage der Rückforderung beziehen muss: Auf den Zeitpunkt der Fördermittelgewährung? Der Beschaffung? Des Projektbeginns? Des Projektabschlusses oder des ggf. daraus entstandenen Rechtsstreits?⁶

Hinzukommt: Die Zuwendungsprüfung verursacht immensen bürokratischen Aufwand.⁷ Ganze Behörden sind vollständig damit beschäftigt, Zuwendungen zu prüfen, Rückforderungen geltend zu machen und Auseinandersetzungen zu führen. Diese Auseinandersetzungen werden regelmäßig erbittert geführt, da die Prüfung erst erfolgt, wenn die Zuwendung bereits ausgegeben ist. Vor diesem Hintergrund muss das System grundlegend reformiert werden.⁸ Das Spannungsfeld zwischen Vergabe- und Fördermittelrecht ist so zu entspannen, dass die vergaberechtliche Auflage entfällt und die Rückforderung nur bei nachgewiesener Unwirtschaftlichkeit in Betracht kommt.⁹ Wurde Vergaberecht ordnungsgemäß angewendet, so begründet dies eine Vermutung für die Wirtschaftlichkeit. Die Wirtschaftlichkeit kann aber auch auf andere Weise nachgewiesen werden.

Damit könnte man im Grunde schließen. Doch die Abschaffung der Vergaberichtsauflage für Fördermittelgewährung steht bisher noch auf keiner Reformagenda.¹⁰ Im Folgenden gehe ich daher noch auf einige Punkte ein, die „im bestehenden System“ relevant sind:

• **Ermessen**

Steht der Prüfbehörde Ermessen bei der Entscheidung über die Rückforderung zu oder muss sie die gesamte Zuwendung zurückfordern, wenn Vergabefehler festgestellt werden?

Das Oberverwaltungsgericht Schleswig hat 2020 und 2022 entschieden, dass Ermessen besteht und ausgeübt werden muss. Dies gilt sowohl für das „ob“ als auch für das „wie“, also für die Höhe der Rückforderung.¹¹

• **Höhe der Rückforderung**

Die Höhe der Rückforderung, so das Oberverwaltungsgericht Schleswig in

seinen beiden Entscheidungen, bemisst sich nicht nur nach der Schwere des Verstoßes, sondern auch nach

- o dem dadurch erlittenen Wirtschaftlichkeitsnachteil,
- o der Finanzkraft des Zuwendungsnehmers und
- o dem Zeitablauf zwischen der Zuwendung und der Rückforderung.¹²

Festzuhalten ist, dass nach den beiden OVG-Schleswig-Urteilen die Anforderungen an die Begründung der Rückforderung gestiegen sind. Es reicht nicht mehr, festzustellen, dass vergaberechtliche An-

⁴ In diesem Sinne *Portz*, Rückforderung von Zuwendungen bei Vergaberechtsverstößen, *VergabeR* 2014, 280 (290); *Krist*, Keine regelmäßige Rückforderung von Zuwendungen bei folgenlosen (schweren) Vergabeverstößen, *NZBau* 2013, 481 (482); *Hildebrandt/Conrad*, Rechtsfragen der Rückforderung von Zuwendungen bei Verstößen gegen das Vergaberecht, *ZfBR* 2013, 130 (140).

⁵ Siehe *Gass*, Zuwendungen und Vergaberecht – zu Entkoppelungstendenzen, Rückforderungsvorgaben und weiterer Ermessensausübung, *ZfBR* 2023, 653 m.w.N.

⁶ Dazu *Hildebrandt/Conrad*, Rechtsfragen der Rückforderung von Zuwendungen bei Verstößen gegen das Vergaberecht, *ZfBR* 2013, 130 (133 f.); *Brüning*, Rückforderung von Zuwendungen wegen Vergabefehlern, *ZfBR* 2020, 154 (155).

⁷ Zu ersten „Vergabeerleichterungen“ im Sinne der Entbürokratisierung im Wege einer Entkopplung von Zuwendungs- und Vergaberecht in Bayern *Gass*, Zuwendungen und Vergaberecht – aktuelle Vorgaben in Bayern, schwere Vergabeverstöße und Ermessensausübung nach der Rückforderungsrichtlinie, *BayVBl* 2024, 217; *Gass*, Zuwendungen und Vergaberecht – zu Entkoppelungstendenzen, Rückforderungsvorgaben und weiterer Ermessensausübung, *ZfBR* 2023, 653 (656 f.).

⁸ Als grundlegendes Plädoyer für mehr Risikoakzeptanz und gegen überbordende Schutzgesetze sowie „Kontrollnetze“, weniger Berichtswesen und mehr Pauschalierung/Typisierung als Ansätze für den Bürokratieabbau von *Riegen*, Leitlinien für einen Bürokratieabbau, *Die Gemeinde SH* 2025, 3.

⁹ A.A. wohl *VG München*, Urteil v. 20.5.2020 – M 31 K 16.5187, juris Rn. 105, wonach es unerheblich sei, ob dem Zuwendungsgeber durch die Nichtbeachtung des Vergaberechts ein wirtschaftlicher Schaden entstanden ist oder nicht, da Regelungen des Vergaberechts nicht nur der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit, sondern auch dem wirtschaftspolitischen Interesse des chancengleichen Zugangs zu öffentlichen Aufträgen und damit dem Wettbewerb dienen.

¹⁰ Zur Reformbedürftigkeit des Zuwendungsvergaberechts *Pilarski*, Aktuelle Probleme des Zuwendungsvergaberechts, *Vergaberecht* 2024, 222, der von einer Instrumentalisierung des Vergaberechts für das Zuwendungsverhältnis, einer Verbindung zweier eigenständiger Materien und einem insgesamt uneinheitlichen Flickenteppich zuwendungsvergaberechtlicher Regelungen bundesweit spricht.

¹¹ OVG Schleswig, Ur. v. 23.8.2022 – 5 LB 9/20, NVwZ-RR 2023, 220 Rn. 81 ff; Beschl. v. 18.12.2020 – 5 LA 179/20, juris Rn. 4.

¹² OVG Schleswig, Ur. v. 23.8.2022 – 5 LB 9/20, NVwZ-RR 2023, 220 Rn. 85 ff.

forderungen missachtet wurden. Herauszuarbeiten ist vielmehr, welchen Schweregrad die Fehler haben und ob hierdurch ein Wirtschaftlichkeitsnachteil entstanden ist. Außerdem sind die Faktoren „Finanzkraft des Zuwendungsempfängers“ und „Zeitablauf“ in die Ermessensabwägung einzubeziehen.

Hilfreich können hierfür Kataloge sein, die typisierte Verstöße und entsprechende prozentuale Rückforderungsquoten enthalten.¹³

Die EU-Kommission hat einen solchen Katalog herausgegeben,¹⁴ ebenso der Freistaat Bayern und einige regionale Prüfstellen.¹⁵

Doch Vorsicht: Auch bei der Anwendung dieser Tabellen darf nicht schematisch vorgegangen werden. Entscheidend ist immer, ob im Einzelfall ein Wirtschaftlichkeitsnachteil entstanden ist. Dies muss jeweils separat geprüft und in die Ermessensentscheidung einbezogen werden.¹⁶

- Nachprüfungsverfahren

Geklärt ist mittlerweile, dass ein privater Zuwendungsempfänger durch die Anwendung des Vergaberechts nicht dem Nachprüfungsverfahren unterworfen wird.

Nach ständiger Rechtsprechung ist ein Nachprüfungsantrag unzulässig, wenn er gegen die Auftragsvergabe eines privaten Zuwendungsempfängers eingereicht wird. Dies gilt auch dann, wenn eine EU-Veröffentlichung erfolgt ist. Dementsprechend muss bei der Vergabe auch nicht die Wartefrist vor Zuschlag eingehalten werden.¹⁷

Anders ist dies nur, wenn der Private gem. § 99 Nr. 4 GWB an das Vergaberecht gebunden ist. Diese Regelung betrifft Zuwendungen, die für Infrastruktur (Schulen, Krankenhäuser etc.) bestimmt sind. Vorsicht hier bei der Berechnung des Schwellenwertes:

Planungsleistungen unterfallen der EU-Ausschreibungspflicht nur dann, wenn auch das Bauprojekt selbst die EU-Schwellen übersteigt. Das hat die Vergabekammer bei der Behörde für Stadtentwicklung und Wohnen Hamburg auf unseren Antrag in einem Musterrechtsstreit im Jahr 2021 entschieden.¹⁸

- Generalunternehmer-Vergabe

Große Unsicherheit verursacht die zuwendungsrechtliche Rechtsprechung bei dem Thema Generalübernehmervergaben.

GU/GÜ-Vergaben, modulares Bauen, Standardisierung – das sind Schlüssel-

begriffe für eine schnellere, effizientere und kostengünstigere Errichtung von öffentlichen Gebäuden.

In Deutschland scheidet das häufig am Mittelstandsschutz, dem Losaufteilungsgebot. Was immer man davon hält, das Losaufteilungsgebot gilt jedenfalls nicht, wenn Planung und Bau an einen Auftragnehmer gegeben werden sollen.

Das steht so ausdrücklich im Gesetz (§ 103 Abs. 3 S. 1 GWB). Über Rückforderungen entscheiden regelmäßig die Verwaltungsgerichte, die sowohl mit dem Vergabe- als auch mit dem privaten Baurecht nicht vertraut sind.

Daher hat es wiederholt Entscheidungen gegeben, die Rückforderungen gebilligt haben, die sich auf die (vermeintlich unzulässige) Durchführung einer GU/GÜ-Ausschreibung gestützt haben.¹⁹ Und zwar ohne zu prüfen, ob die Voraussetzungen des § 103 GWB vorgelegen haben. Deshalb ziehen viele Zuwendungsempfänger eine GÜ-Vergabe gar nicht erst in Betracht, obwohl diese Realisierungsvariante für sie sinnvoll wäre, da sie offensichtlich nicht über die Koordinationskompetenz und Ressourcen zur eigenständigen Steuerung einer Einzelgewerksvergabe verfügen.

- Benennung des Dienstleisters im Fördermittelantrag

Letzter Punkt: Muss der Dienstleister auch dann ausgeschreiben werden, wenn er bereits im Fördermittelantrag namentlich benannt ist? Nein, dann ist keine Ausschreibung erforderlich. Mit der namentlichen Benennung wird der Dienstleister Gegenstand des Antrages und der Zuwendungsbescheid gründet sich auf seine Mitwirkung. In diesem Fall sperrt das Zuwendungsrecht das Vergaberecht!

Fazit

Zuwendungsrecht und Vergaberecht haben mehr als ein Spannungsfeld. Sie gehen vielfach eine toxische Verbindung ein. Toxisch ist die Vergaberechtsauflage insbesondere dann, wenn

- der Rückforderungsbescheid erst nach Jahren kommt,
- die Zuwendung längst ausgegeben ist,
- sich die Rückforderung auf Vergabefehler stützt, die nach Vergaberecht längst präkludiert sind,
- und die sich auf die Wirtschaftlichkeit nachweislich nicht ausgewirkt haben.

Vergaberechtliche Auflagen für Zuwen-

dungsempfänger führen häufig zu ungeordneten Ergebnissen, provozieren langjährige Rechtsstreitigkeiten (siehe den Eingangsfall) und sie führen zu hohem bürokratischem Aufwand auf beiden Seiten.

Vor dem Hintergrund der aktuellen weltweiten Umbrüche sind wir in Deutschland sehr gut beraten, wenn wir wirklich einmal anfangen, bürokratische Hemmnisse zu beseitigen. Das Zuwendungsrecht bietet sich hierfür an. Zuwendungen sollen unsere Innovationsfähigkeit verbessern. Innovation haben wir in Europa mehr denn je nötig und wir sollten sie uns nicht durch endlose Verfahren und Prüfungen vereiteln.

Kontakt:

Dr. Martin Schellenberg, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Vergaberecht, Partner HEUKING, Neuer Wall 63, 20354 Hamburg
m.schellenberg@heuking.de
Tel.: 040 355 280 86

¹³ Nach dem BVerwG können solche Vorgaben „fraglos eine zulässige Konkretisierung des in § 49 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 VwVfG eingeräumten Widerrufsermessens“ sein, BVerwG, Beschl. v. 13.2.2013 – 3 B 58/12, NVwZ 2013, 1082 Rn. 6; siehe hierzu auch Gass, Zuwendungen und Vergaberecht – zu Entkopplungstendenzen, Rückforderungsvorgaben und weiterer Ermessensausübung, ZfBR 2023, 653 (656 f.).

¹⁴ Anhang des Beschlusses der Kommission vom 14.5.2019 zur Festlegung der Leitlinien für die Festsetzung von Finanzkorrekturen, die bei Verstößen gegen die Vorschriften für die Vergabe öffentlicher Aufträge auf von der Union finanzierte Ausgaben anzuwenden sind, C(2019) 3452 final („COCOF-Leitlinien“).

¹⁵ Rückforderungsrichtlinie (RZVR) vom 25. Februar 2021 (BayMBl. Nr. 182), die zuletzt durch § 3 der Bekanntmachung vom 24. November 2023 (BayMBl. Nr. 617) geändert worden ist; zu Widersprüchen zwischen Richtlinieninhalt und Wirtschaftlichkeits- und Sparsamkeitsgrundsatz *Portz*: Zuwendungen und Vergaberecht - Zwischen Rückforderungsrichtlinien und Ermessensausübung, ZfBR 2021, 514 (520); dazu kritisch replizierend Gass, Zuwendungen und Vergaberecht – zu Rückforderungsrichtlinien und Ermessensausübung, ZfBR 2022, 33.

¹⁶ Auch das BVerwG betont, dass es sich bei solchen ermessenslenkenden Vorgaben „um eine Regelanahme handelt, die nicht davon entbindet, die Einzelumstände zu würdigen“, BVerwG, Beschl. v. 13.2.2013 – 3 B 58/12, NVwZ 2013, 1082 Rn. 8; dahingehend auch *Brüning*, Rückforderung von Zuwendungen wegen Vergabefehlern, ZfBR 2020, 154 (157).

¹⁷ Dem vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren unterliegen lediglich Auftraggeber i.S.d. § 98 GWB, d.h. öffentliche Auftraggeber i.S.d. § 99 GWB, Sektorenauftraggeber i.S.d. § 100 GWB und Konzessionsgeber i.S.d. § 101 GWB.

¹⁸ Vergabekammer Stadtentwicklung und Wohnen Hamburg, Beschl. v. 27.9.2021 – BR 60.29-319/2021.009 –, juris Rn. 71 ff.

¹⁹ So z.B. OVG Münster, Beschl. v. 16.1.2017 – 12 A 833/16, juris; in Bayern gilt die Vergabe an einen Generalübernehmer sogar grundsätzlich als schwerer Vergabeverstoß, sofern sie nicht ausnahmsweise zugelassen ist (Ziff. 3 S. 1 lit. e) RZVR).

1. BVerfG weist

Verfassungsbeschwerde gegen Tübinger Verpackungssteuer zurück

Das Bundesverfassungsgericht hat mit einem am 22. Januar 2025 veröffentlichten Beschluss vom 27. November 2024 (Az.: 1 BvR 1726/23) eine Verfassungsbeschwerde gegen die Satzung der Universitätsstadt Tübingen über die Erhebung einer Verpackungssteuer zurückgewiesen.

Tübingen erhebt seit dem 1. Januar 2022 eine Steuer auf den Verbrauch nicht wiederverwendbarer Verpackungen sowie nicht wiederverwendbaren Geschirrs und Bestecks, wenn diese für den unmittelbaren Verzehr von Speisen oder Getränken an Ort und Stelle oder für mitnehmbare take-away Gerichte oder Getränke verwendet werden. Die Steuer richtet sich an den Endverkäufer der entsprechenden Getränke und Speisen.

Die Beschwerdeführerin betreibt ein Schnellrestaurant im Gemeindegebiet der Stadt Tübingen. Sie stellte einen Normenkontrollantrag gegen die Besteuerung des Verbrauchs der von ihr verwendeten Einwegartikel, auf welchen der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg die Verpackungssteuersatzung mit Urteil vom 29. März 2022 für unwirksam erklärte. Das Gericht argumentierte, es fehle an der „Örtlichkeit“ des Verbrauchs im Sinne des Art. 105 Abs. 2a Satz 1 GG und damit an der Gesetzgebungskompetenz.

Dieses Urteil hat das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil vom 24. Mai 2023 (Az.: 9 CN 1.22) abgeändert und den Normenkontrollantrag im Wesentlichen abgelehnt. Das Gericht sah den örtlichen Bezug des Verbrauchs auch bei dem Verkauf von Speisen und Getränken „als mitnehmbares take-away-Gericht oder -Getränk“ als gegeben an. Zudem sei die Verpackungssteuer auch mit der von Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Berufsausübungsfreiheit der Endverkäufer vereinbar.

Die gegen diese Entscheidung erhobene Verfassungsbeschwerde der Beschwerdeführerin hat das Bundesverwaltungsgericht nun zurückgewiesen.

Wesentliche Erwägungen der Entscheidung

Das Bundesverfassungsgericht sah zwar einen Eingriff in die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsfreiheit der Endverkäufer. Dieser Eingriff sei jedoch formell und materiell verfassungsgemäß.

„Örtlichkeit“

Das Gericht führt aus, dass sich die Stadt Tübingen für die Verpackungssteuersatzung auf die Steuergesetzgebungskompetenz der Länder für die Erhebung örtlicher Verbrauchssteuern nach Art. 105 Abs. 2a Satz 1 GG, § 9 Abs. 4 Kommunalabgabengesetz Baden-Württemberg berufen kann. Insbesondere handelt es sich dabei um eine „örtliche“ Verbrauchssteuer im Sinne des Gesetzes. Die Steuerpflicht aus § 1 Abs. 1 Alt. 1 Verpackungssteuersatzung knüpft an die Abgabe von Einwegmaterial an, das beim Verkauf von Speisen und Getränken „für den unmittelbaren Verzehr an Ort und Stelle“ Verwendung findet. Damit sieht das Gericht hier den notwendige Ortsbezug des Verbrauchs ohne weiteres als gegeben. Zwar kann nicht ausgeschlossen werden, dass Speisen und Getränken teilweise auch außerhalb des Gemeindegebiets verzehrt werden, solche atypischen Verhaltensweisen stellen jedoch nicht generell in Frage, dass mit der Tatbestandsvoraussetzung eines Verkaufs „zum Verbrauch an Ort und Stelle“ der typische Fall des örtlichen Verbrauchs erfasst ist.

Die Örtlichkeit könne zudem auch bei Waren gegeben sein, die nicht „zum Verbrauch an Ort und Stelle“ des Verkaufs bestimmt sind, wenn der Verbrauch typischerweise im Gemeindegebiet erfolgt. Hierfür seien die Beschaffenheit der Waren und weitere Gegebenheiten vor Ort, wie die Versorgungsstruktur oder die Größe der Gemeinde heranzuziehen. Eine Steuerpflicht setze hier voraus, dass im Steuertatbestand diejenigen Waren benannt oder aufgrund konkreter Kriterien bestimmbar sind, die im Anschluss an den Verkauf typischerweise noch innerhalb der Grenzen der jeweiligen Gemeinde verbraucht werden; dem Normgeber komme hierbei ein Einschätzungsspielraum zu.

Nach diesem Maßstab sieht das Gericht die Örtlichkeit auch für die Steuerpflicht nach § 1 Abs. 1 Alt. 2 Verpackungssteuersatzung beim Verkauf von „mitnehmbaren take-away-Gerichten oder -Getränken“ als gewahrt an. Nach der verfassungskonformen Auslegung der Verpackungssteuersatzung durch das Bundesverwaltungsgericht sei nur die Abgabe des Einwegzubehörs für solche Speisen und Getränke steuerpflichtig, die in der Regel unmittelbar nach dem Erwerb verbraucht

werden, weil sich ihre für die Verzehrgüte maßgebliche Temperatur, Konsistenz oder Frische schon nach kurzer Zeit nachteilig verändere. Anhand dieser Kriterien können diejenigen „mitnehmbaren take-away-Gerichte und -Getränke“ noch hinreichend sicher bestimmt werden, deren Verkauf die Besteuerung des dabei verwendeten Einwegzubehörs auslöst. Die auf den Tatsachenfeststellungen des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg beruhende, mindestens implizite Annahme des Bundesverwaltungsgerichts, die Satzung bilde mit diesen Kriterien die Örtlichkeit realitätsgerecht ab, ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

Vereinbarkeit mit Bundesrecht

Das Gericht sieht auch keine sich aus dem Grundsatz der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung oder dem Grundsatz der Bundestreue abzuleitenden Schranken als verletzt an. Der mit der Verpackungssteuer verfolgte Lenkungszweck stehe zum geltenden Abfallrecht des Bundes weder hinsichtlich dessen Gesamtkonzeption noch hinsichtlich konkreter Einzelregelungen in Widerspruch. Auch bestehe kein Widerspruch zum § 12 EinwegkunststoffG. Insbesondere entziehe die Verpackungssteuer dem Einwegkunststofffonds nicht missbräuchlich die finanzielle Grundlage.

Eingriff in die Berufsfreiheit

Das Gericht sieht auch keine Anhaltspunkte dafür, dass die Verpackungssteuer die Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG unzumutbar beeinträchtigt. Eine die Geschäftsaufgabe erzwingende Wirkung der Steuer in Bezug auf durchschnittlich ertragsstarke Betriebe im Gemeindegebiet sei nicht ersichtlich. Auch der Eingriff in die Berufsfreiheit der Endverkäufer durch ihre Indienstnahme als Zahlstelle hält das Gericht für verhältnismäßig. Die Indienstnahme sei geeignet und erforderlich, eine Anknüpfung der Steuerpflicht an den Verbrauch der Einwegartikel durch die Endverbraucher dagegen nicht praktikabel.

Anmerkung des DStGB

Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ist aus kommunaler Sicht zu begrüßen. Das Gericht hat klargestellt, dass die Erhebung einer kommunalen Verpackungssteuer auf nicht wiederverwendbare Verpackungen und Einweggeschirr im Gastrobereich als örtliche Verbrauchssteuer im Sinne des Art. 105 Abs. 2a GG rechtmäßig ist. Zudem widerspricht die Zielrichtung, Anreize zur Ver-

wendung von Mehrwegsystemen zu setzen, nicht der sonstigen Konzeption des Abfallrechts in Bund und Ländern. Damit werden im Ergebnis die kommunalen Handlungsspielräume im Kampf gegen die Vermüllung der Innenstädte und der Umwelt durch Einwegverpackungen sinnvoll gestärkt.

Im Übrigen bleiben die Auswirkungen des Einwegkunststoffgesetzes abzuwarten. Hier ist in diesem Jahr die erste Auszahlung vorgesehen.

2. BVerwG zu nächtlichen Betriebsbeschränkungen für Windenergieanlagen

Das Bundesverwaltungsgericht hat mit Urteil vom 23. Januar 2025 (Az.: 7 C 24) entschieden, dass Lärmschutzaufgaben zugunsten von außerhalb des Einwirkungsbereichs einer Windenergieanlage liegenden Bereichen rechtswidrig sind, wenn die Zusatzbelastung der zu genehmigenden Anlagen nach der TA Lärm als irrelevant anzusehen ist.

Die Klägerin ist Betreiberin von Windenergieanlagen in Brandenburg. Sie wendet sich gegen Nebenbestimmungen zu drei immissionsschutzrechtlichen Genehmi-

gungen, die einen schallreduzierten nächtlichen Betriebsmodus vorsehen, um die für Wohngebäude ermittelte Lärmbelastung nicht erheblich über die nach der TA Lärm bestimmten Richtwerte steigen zu lassen. Die hiermit genehmigten Windenergieanlagen werden in einem Windpark errichtet, der bereits aus 24 errichteten oder genehmigten Anlagen besteht. Hierdurch besteht bereits eine Vorbelastung mit Lärm, durch die die Richtwerte bereits nahezu erreicht oder überschritten werden.

Die Klage blieb vor dem Oberverwaltungsgericht erfolglos. Das Gericht argumentierte, die von den Anlagen der Klägerin jeweils ausgehende Zusatzbelastung bleibe zwar isoliert betrachtet so weit unterhalb der Richtwerte, dass nach der TA Lärm kein maßgeblicher Immissionsort im Einwirkungsbereich der Anlage liege. Die Bestimmungen der TA Lärm zum Einwirkungsbereich würden jedoch keine solche Situation erfassen, die von so einer großen Anzahl bereits einwirkender Anlagen geprägt sei. Daher seien die vom beklagten Landesamt für Umwelt mit Rücksicht hierauf durchgeführte Prüfung der Lärmbelastung im Sonderfall nicht zu beanstanden.

Auf die Revision der Klägerin hat das Bundesverwaltungsgericht das Urteil des Oberverwaltungsgerichts nun geändert und die Nebenbestimmungen zum Lärmschutz aufgehoben.

Das Gericht führt zur Begründung aus, der Einwirkungsbereich einer immissionsschutzrechtlichen Anlage sei in der TA Lärm abschließend und verbindlich festgelegt. Nach der Begriffsbestimmung der TA Lärm beschränke er sich auf Flächen, in denen die von der Anlage ausgehenden Geräusche einen Beurteilungspegel verursachen, der weniger als 10 dB(A) unter dem für die Fläche maßgebenden Immissionsrichtwert liegt. Hiervon ausgehend befinde sich die schutzbedürftige Wohnbebauung außerhalb der Einwirkungsbereiche der Windenergieanlagen. Denn die von den drei Anlagen der Klägerin jeweils ausgehende Zusatzbelastung liege isoliert betrachtet so weit unterhalb der Richtwerte, dass nach der TA Lärm keines der Wohngebäude im Einwirkungsbereich der Anlage liege. Die außerhalb des Einwirkungsbereichs liegende Zusatzbelastung rechtfertige im Gegensatz zur Ansicht des OVGs keine Sonderfallprüfung, wenn sie nach der TA Lärm als irrelevant anzusehen ist.

Aus der Rechtsprechung

Urteil des VG Schleswig vom 20.11.2024 – Az.: 8 A 31/22

Genehmigung eines Flächennutzungsplans; Anforderungen an die Abwägung

Leitsatz

1. Der Genehmigungsbehörde obliegt bei der Genehmigung eines Flächennutzungsplans nach § 6 Abs. 1 BauGB nur die Rechtsaufsicht und keine Zweckmäßigkeitprüfung.

2. Für den Vorrang der Innenentwicklung nach § 1 Abs. 5 S. 3 BauGB ist dann kein abwägungserheblicher Raum, wenn es nach der Struktur in dem Gemeindegebiet keinen Innenbereich gibt.

GG Art. 28 Abs. 2

BauGB, §§ 1 Abs. 3, 4, 5 S. 1 und 3, Abs.

6 Nr. 1 und 9, Abs. 7, 2 Abs. 4, 3 Abs. 1 und 2 a.F., 5 Abs. 1 und 2, 6 Abs. 1 und 2, 34, 214 Abs. 4

BauNVO §§ 1 Abs. 2 Nr. 12, Abs. 5 und 9, 10, 11

VwGO §§ 42 Abs. 1 Alt. 2, 113 Abs. 5 S. 1

Zum Sachverhalt:

Die klagende Gemeinde begehrt gegenüber der beklagten Landesplanungsbehörde die Genehmigung der 1. Änderung des Flächennutzungsplans für das Gebiet nördlich der X-Straße, östlich der Deichlinie sowie westlich der K9/ X-Straße und der Hausgrundstücke X-Straße Nr. 57 und 59.

Die Klägerin beabsichtigt mit der beantragten Änderung des F-Plans die Ausweisung eines ca. 0,7 ha umfassenden Baugebietes zur Realisierung von sechs Wohneinheiten. Diese sollen insbesondere jungen Familien aus der Gemeinde und Nachbargemeinden Wohnbaumöglich-

keiten einräumen. Die Festsetzung als Sonderbaufläche (S) „Wohnen mit Ferienwohnen“ soll die Wohnform Dauerwohnen als Hauptnutzung ermöglichen, aber auch untergeordnetes Ferienwohnen zulassen, um den Bewohnern eine zusätzliche Einnahmemöglichkeit zu schaffen.

Die durch mehrere Siedlungsbereiche gekennzeichnete Gemeinde führte zur Auswahl des Standortes für die Wohnbebauung ein dreistufiges Verfahren durch. Auf der ersten Stufe prüfte die Gemeinde die Möglichkeit der Innenentwicklung anhand des städtebaulich-raumordnerischen Grundsatzes der Innenentwicklung. Auf der zweiten Stufe berücksichtigte sie die Angliederung an bestehende Siedlungssplitter, um keine neuen Siedlungsansätze in der freien Landschaft zu schaffen. Auf der dritten Stufe wurde schließlich eine Grobeinschätzung der grundsätzlichen Eignung für die geplante Wohnbebauung vorgenommen. Im Rahmen dieser Abwägung wurden insbesondere Lärm- und Geruchsimmisionen mit den Belangen der Wohnbevölkerung abgewogen. Sechs verbleibende Teilbereiche hat

die Gemeinde näher untersucht und folgende Kriterien zugrunde gelegt: voraussichtliche Immissionen, Restriktionen, Nutzungseinschränkungen, Angliederung an bestehende Siedlungsansätze, Erschließung und kostengünstiges Bauen (Wirtschaftlichkeit).

Die beklagte Landesplanungsbehörde versagte die Genehmigung der F-Plan-Änderung und begründete ihre Entscheidung im Wesentlichen wie folgt:

- Das Vorhaben stünde dem Vorrang der Innenentwicklung und somit bauplanungsrechtlichen Grundsätzen entgegen. Die Ausweisung der Teilfläche erfolge außerhalb tragfähiger Siedlungsstrukturen. Die Flächenauswahl sei nicht nachvollziehbar.

- Die Ausweisung sechs neuer Wohneinheiten würde das Entwicklungspotenzial nach dem wohnbaulichen Entwicklungsrahmen bis in das Jahr 2030 vollständig ausschöpfen, was dem Grundsatz der Raumordnung widerspräche, wonach die Ausweisung zeitlich angemessen (d. h. über den Planungszeitraum verteilt) erfolgen sollte.

- Der Vorrang der Innenentwicklung gebiete es, das gesamte Gemeindegebiet ergebnisoffen zu prüfen und im Rahmen einer abwägenden Gesamtbetrachtung zu bewerten.

- Die begehrte F-Plan-Änderung führe zu einem separaten Baugebiet, das sich in die bisherige und zukünftige Siedlungsstruktur nicht einfüge und insoweit zu Standorten in Alleinlagen führe.

- Die Gemeinde habe sich für die Auswahl des Teilgebietes maßgeblich von den Kriterien Erschließungssituation, Flächenverfügbarkeit und Wirtschaftlichkeit leiten lassen. Derartige Belange könnten die ansonsten berührten Belange in Form vor allem des Außenbereichsschutzes, der Vermeidung der Zersiedelung des Außenbereichs und der Begrenzung der Flächeninanspruchnahme in einer sachgerechten Abwägung nach städtebaulich relevanten Belangen nicht überwiegen.

- Unter dem Aspekt der Verkehrssicherheit habe die Gemeinde in unzutreffender Weise bereits auf zweiter Stufe sämtliche Siedlungsansätze von der Betrachtung ausgenommen, die unmittelbar an der Kreisstraße K 36 liegen. Damit sei die Gemeinde dem Erfordernis, Planungsalternativen auf das gesamte Gemeindegebiet zu erstrecken, nicht mehr nachgekommen.

- Im Übrigen rügt die Landesplanungsbehörde Verfahrensfehler.

Die Klägerin hat am 9. März 2022 Klage erhoben.

Zur Begründung führt sie aus, dass die Versagungsgründe des Beklagten nicht greifen würden. [...]

Bei der Abwägungsdisproportionalität sei der Beklagte von einem fehlerhaften Prüfungsmaßstab ausgegangen. Ihm stünde nach § 6 Abs. 2 BauGB nur die Rechtsaufsicht zu. Er umfasse keine Zweckmäßigkeitprüfung der Planung. [...]

Bei allen drei von dem Beklagten gerügten Belangen (Wirtschaftlichkeit, Verkehrssicherheit und Erschließung) handle es sich um solche, die nach § 1 Abs. 6 Nr. 2 BauGB ausdrücklich zu berücksichtigen seien. [...]

Planungsanlass und -inhalt differierten nicht. Die Ausführungen des Beklagten hierzu lägen schon deshalb neben der Sache, weil sie sich auf die Festsetzungsmöglichkeit in Bebauungsplänen bezögen, während es hier um die Darstellung von Bauflächen im Flächennutzungsplan gehe. [...]

Die Klägerin beantragt, den Beklagten zu verpflichten, die 1. Änderung des Flächennutzungsplans für das Gebiet nördlich der X.-straße, östlich der Deichlinie sowie westlich der Kx/X.-straße und der Hausgrundstücke X-str. Nr. 57 und 59 unter Aufhebung des Bescheides vom 9. Februar 2022 zu genehmigen.

Der Beklagte beantragt, die Klage abzuweisen.

Zur Erwidern vertieft er seine bisherigen – weiterhin für zutreffend erachteten – Ausführungen aus dem Versagungsbescheid und den vorhergehenden Stellungnahmen vom [...].

Aus den Gründen:

Die Klage ist zulässig. Sie ist als Verpflichtungsklage gem. § 42 Abs. 1 Alt. 2 VwGO statthaft, da es sich bei der begehrten Genehmigung der 1. Änderung des Flächennutzungsplans um einen Verwaltungsakt handelt (vgl. BVerwG, Urteil vom 12. Dezember 1969 – IV C 105.66 – juris Rn.18).

Die Klägerin ist aufgrund der ihr verfassungsrechtlich garantierten Planungshoheit gem. Art. 28 Abs. 2 GG, § 2 Abs. 1 Satz 1 BauGB klagebefugt; [...]

Der Klägerin fehlt durch das ergänzende Verfahren durch die erneute Auslegung der Planunterlagen gemäß Bekanntmachung vom 22. Juli 2022 und erneutem abschließenden Beschluss vom 7. Februar 2023, mit dem der im Versagungsbescheid vom 9. Februar 2022 gerügte Bekanntmachungsmangel geheilt werden sollte, nicht das Sachbescheidungsinteresse.

Die entgegenstehende Annahme begrün-

det der Beklagte auf Grundlage von § 214 Abs. 4 BauGB damit, dass die Klägerin nicht erneut nach erfolgter Heilungshandlung bei dem Beklagten die Genehmigung der 1. Änderung des Flächennutzungsplans beantragt hat. Nach § 214 Abs. 4 BauGB kann der Flächennutzungsplan durch ein ergänzendes Verfahren zur Behebung von Fehlern auch rückwirkend in Kraft gesetzt werden. Selbst wenn dem Beklagten darin zuzustimmen ist, dass das Baugesetzbuch selbst nicht regelt, wie ein ergänzendes Verfahren abläuft und anerkannt ist, dass es zur rückwirkenden Heilung eines Flächennutzungsplanes der Genehmigung der höheren Verwaltungsbehörde (§ 6 Abs. 1) und der ortsüblichen Bekanntmachung (§ 6 Abs. 5 Satz 1) bedarf (vgl. Stock, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, 154. EL April 2024, § 214 BauGB Rn. 244, beck-online unter Bezugnahme auf OVG Lüneburg Urteil vom 21. April 2010 – 12 LC 9/09 – BauR 2010, 1556), handelt es sich vorliegend um eine andere Fallkonstellation. [...]

Die Klage ist zudem begründet.

Die Klägerin hat einen Anspruch auf Erlass der begehrten Genehmigung; die entgegenstehende Versagung vom 9. Februar 2022 ist rechtswidrig und verletzt die Klägerin dadurch in ihren subjektiven Rechten (§ 113 Abs. 5 Satz 1 VwGO).

Anspruchsgrundlage ist § 6 Abs. 1 BauGB i. d. F. vom 3. Juli 2023. Danach bedarf der Flächennutzungsplan der Genehmigung der höheren Verwaltungsbehörde. Die Genehmigung darf nur versagt werden, wenn der Flächennutzungsplan nicht ordnungsgemäß zustande gekommen ist oder diesem Gesetzbuch, den auf Grund dieses Gesetzbuchs erlassenen oder sonstigen Rechtsvorschriften widerspricht (§ 6 Abs. 2 BauGB). Die Vorschrift normiert abschließend die Voraussetzungen, nach denen die beantragte Genehmigung versagt werden darf. Gleichzeitig beschränkt sie die Genehmigungsfähigkeit – dies ist der entscheidende Regelungsgehalt – in Ansehung der im Zusammenhang mit der Garantie der kommunalen Selbstverwaltung nach Art. 28 Abs. 2 GG gesehenen kommunalen Planungshoheit auf eine Rechtsprüfung (vgl. BVerwG, Urteil vom 12. Dezember 1969 – IV C 105.66 – juris Rn. 20). Eine Prüfung der Zweckmäßigkeit ist damit ausgeschlossen. Die Rechtsprüfung hat sich dabei am Verständnis des Flächennutzungsplanes als maßgebende Leitfunktion in der städtebaulichen Entwicklung auszurichten. Denn als vorbereitender Bauleitplan stellt er gemäß § 5 Abs. 1 BauGB vor allem ein

gesamträumliches Entwicklungskonzept dar, dessen Aufgabe es ist, die Art der Bodennutzung nach den voraussehbaren Bedürfnissen der Gemeinde in den Grundzügen darzustellen, zu programmieren und zu koordinieren (vgl. VG Schleswig, Urteil vom 28. Februar 2012 – 2 A 82/10 – n. v.).

Gegen die Einhaltung der formalen Anforderungen an das Genehmigungsverfahren bestehen keine rechtlichen Bedenken. [...]

Ebenso wenig ist etwas gegen das ordnungsgemäße Zustandekommen (1. Versagungsgrund) der 1. Änderung des Flächennutzungsplans zu erinnern. [...]

Die frühzeitige Öffentlichkeitsbeteiligung gem. § 3 Abs. 1, 2 BauGB a. F. ist ebenfalls ordnungsgemäß durchgeführt worden. [...]

Wie aus der eingereichten Abwägungstabelle (Bl. 294 ff. von 450 Beilakte B) zu entnehmen ist, hat sich die Klägerin sodann mit den eingereichten Berichten, Gutachten und Stellungnahmen auseinandergesetzt und diese sowie die Planzeichnung und die Planbegründung (Stand September 2021) ihren abschließenden Beschlüssen vom 5. Oktober 2021 und 7. Februar 2023 zugrunde gelegt. Dass diese Beschlüsse nicht ordnungsgemäß zustande gekommen sind, ist weder vorgetragen noch ersichtlich. Letztlich liegt auch die materielle Rechtmäßigkeit der 1. Änderung des Flächennutzungsplans vor. Ein Widerspruch gegen Rechtsvorschriften des BauGB oder den auf Grund dieses Gesetzbooks erlassenen oder sonstigen Rechtsvorschriften (2. Tatbestandsmerkmal) ist nicht gegeben.

Zunächst ist grundsätzlich zu beachten, dass im Flächennutzungsplan für das ganze Gemeindegebiet die sich aus der beabsichtigten städtebaulichen Entwicklung ergebende Art der Bodennutzung nach den voraussehbaren Bedürfnissen der Gemeinde in den Grundzügen darzustellen ist (§ 5 Abs. 1 Satz 1 BauGB). Der Flächennutzungsplan muss ein gemeindegebietsumfassendes Gesamtkonzept enthalten (vgl. BVerwG, Beschluss vom 12. Februar 2003 – 4 BN 9.03 – juris Rn. 4). Er darf jedoch nicht über eine Darstellung der Art der Bodennutzung in den Grundzügen hinausgehen; eine weitergehende Planungsbefugnis kommt der Gemeinde auf der Ebene des Flächennutzungsplans nicht zu (vgl. BVerwG, Urteil vom 18. August 2005 – 4 C 13.04 – juris Rn. 25 m. w. N.). Die Absätze 2 bis 4 des § 5 BauGB legen fest, welche inhaltlichen Anforderungen an einen Flächennutzungsplan zu

stellen sind. Bei den Darstellungen eröffnet Abs. 2 der Gemeinde im Rahmen der Erfordernisse, die sich aus § 1 ergeben, einen weiten Gestaltungsspielraum. In inhaltlicher Hinsicht zieht der Katalog des Abs. 2 der planerischen Freiheit der Gemeinde keine Grenze; dies erweist sich aus der Verwendung des Wortes „insbesondere“ in der einleitenden Formulierung (vgl. Mitschang, in: Battis/Krautzberger/Löhr, 15. Aufl. 2022, BauGB § 5 Rn. 11, beck-online). Nach § 5 Abs. 2 BauGB können im Flächennutzungsplan insbesondere dargestellt werden: 1. die für die Bebauung vorgesehenen Flächen nach der allgemeinen Art ihrer baulichen Nutzung (Bauflächen), nach der besonderen Art ihrer baulichen Nutzung (Baugebiete) sowie nach dem allgemeinen Maß der baulichen Nutzung und 5. Grünflächen. Insoweit ist zunächst zu konstatieren, dass die 1. Änderung des Flächennutzungsplans diesen Darstellungen entspricht, indem das Teilgebiet 1 als Sonderbaufläche – Wohnen mit Ferienwohnen und das Teilgebiet 2 als Grünfläche – Festwiese dargestellt ist. Eine über den Katalog nach § 5 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 5 BauGB hinausgehende Darstellung besteht nicht. Bei der von der Klägerin festgesetzten Teilfläche 1 handelt es sich um eine Baufläche nach der allgemeinen Art der baulichen Nutzung, die die BauNVO ausdrücklich in § 1 Abs. 1 Nr. 4 vorsieht („Sonderbauflächen (S)“). Es handelt sich gerade nicht um ein ausgewiesenes Baugebiet nach § 5 Abs. 2 Nr. 1 2. Var. BauGB i. V. m. § 1 Abs. 2 Nr. 12 BauNVO und damit nicht um ein „Sondergebiet (SO)“. Den Bauflächen sind dabei keine abschließenden Baugebiete zugeordnet. In der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist geklärt, dass der Flächennutzungsplan aufgrund seiner geringeren Detailschärfe Gestaltungsspielräume offenlässt, die auf der Ebene der gemeindlichen Bebauungsplanung ausgefüllt werden dürfen (BVerwG, Beschluss vom 11. Februar 2004 – 4 BN 1.04 – juris Rn. 7). Insofern zwingt die Festlegung der Klägerin sie nicht, in einem nachgelagerten Bebauungsplan ein Sondergebiet gem. § 1 Abs. 2 Nr. 12, §§ 10, 11 BauNVO festzusetzen und dem Beklagten ist nicht darin zuzustimmen, dass die Klägerin eine Wohnbaufläche anstelle einer Sonderbaufläche hätte ausweisen müssen. Die Klägerin hat in der Planbegründung ausgeführt:

„Da bei der neuen Bebauung neben dem Dauerwohnen als Hauptnutzung auch untergeordnetes Ferienwohnen zulässig sein soll, um den Bewohnern eine zusätzli-

che Einnahmemöglichkeit zu schaffen, wird das Plangebiet in der Detailschärfe der Flächennutzungsplanung zukünftig als Sonderbaufläche (S) mit der Zweckbezeichnung Wohnen mit Ferienwohnen dargestellt (mit der Formulierung „mit“ wird klargestellt, dass keine von der Dauerwohnnutzung unabhängige Ferienwohnnutzung entstehen soll). Da diese Kombination nicht durch die von der Baunutzungsverordnung vorgegebenen Baugebietstypen erreicht werden kann, wird eine Sonderbaufläche gewählt. Genauere Regelungen – auch zum Maß der baulichen Nutzung – erfolgen auf der Ebene des Bebauungsplans.“

Die Klägerin hat dazu im gerichtlichen Verfahren noch einmal betont, dass gerade kein Wohngebiet mit „leichten Abstrichen“, sondern eine Mischung aus Dauer- und Ferienwohnungen mit einem gewissen Übergewicht der Dauerwohnnutzung entstehen soll.

Das Bundesverwaltungsgericht erkennt gerade in einer solchen Zweckbestimmung der Kommune an, dass sich ein Gebiet, in dem das Wohnen als Nutzung zwar überwiegt, dem Aufenthalt in Ferienwohnungen aber ein das Gebiet mitprägender Anteil zukommen soll, im Sinne von § 11 Abs. 1 BauNVO wesentlich von einem allgemeinen Wohngebiet unterscheidet (vgl. BVerwG, Urteil vom 18. Oktober 2017 – 4 CN 6.17 – juris Rn. 17 f.). An der Voraussetzung „wesentliches unterscheiden“ i. S. v. § 11 Abs. 1 BauNVO fehlt es nicht bereits deshalb, weil die Nutzungen, für die das geplante Sondergebiet offen ist, auch in einem der Baugebiete nach §§ 2-10 BauNVO verwirklicht werden könnten (vgl. Fickert/Fieseler, BauNVO, 13. Aufl. § 1 Rn. 5.13). Eine vom Beklagten angenommene Differenz zwischen Planungsanlass und Planungsziel ist damit nicht gegeben.

Die Darstellung „Sonderbaufläche“ mit der Zweckbestimmung „Wohnen mit Ferienwohnen“ entspricht zudem dem Bestimmtheiterfordernis nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (Urteil vom 18. Februar 1994 – 4 C 4.92 – juris Rn. 14).

Soweit der Beklagte weiter anführt, dass das Ferienwohnen als Nebenerwerbsmöglichkeit zur Finanzierung von privaten Bauvorhaben kein städtebaulicher Grund sowie die Feinsteuerung nach § 1 Abs. 9 BauNVO zu berücksichtigen sei, kann die Kammer dem nicht folgen. Denn gem. § 1 Abs. 5 Satz 1 BauGB sollen die Bauleitpläne eine nachhaltige städtebauliche Entwicklung, die die sozialen, wirtschaftli-

chen und umweltschützenden Anforderungen auch in Verantwortung gegenüber künftigen Generationen miteinander in Einklang bringt und eine dem Wohl der Allgemeinheit dienende sozialgerechte Bodennutzung unter Berücksichtigung der Wohnbedürfnisse der Bevölkerung gewährleisten, was die Klägerin mit ihren Ausführungen zur Deckung des bezahlbaren örtlichen Wohnbedarfs (Seite 3 der Planbegründung) gerade berücksichtigt hat. Im Zusammenhang damit steht die Kostenbegrenzung und Finanzierbarkeit der Wohnbaumöglichkeiten. Die Feinsteuerungsmöglichkeiten nach § 1 Abs. 9 BauNVO, wenn besondere städtebauliche Gründe dies rechtfertigen, gelten nach dem eindeutigen Wortlaut der Vorschrift nur für Bebauungspläne und nicht für Flächennutzungspläne.

Die Aufstellung der 1. Änderung des Flächennutzungsplans ist erforderlich im Sinne von § 1 Abs. 3 Satz 1 BauGB. Danach haben die Gemeinden die Bauleitpläne aufzustellen, sobald und soweit es für die städtebauliche Entwicklung und Ordnung erforderlich ist. Die Gemeinde besitzt für die Frage der städtebaulichen Erforderlichkeit ein sehr weites planerisches Ermessen. Sie soll gerade bewusst Städtebaupolitik betreiben. Einer „Bedarfsanalyse“ bedarf es insoweit nicht (BVerwG, Beschluss vom 14. August 1995 – 4 NB 21.95 – juris Rn. 3; Urteil vom 12. Dezember 1969 – IV C 105.66 – juris Rn. 20 zu den vergleichbaren § 1 Abs. 1 und § 2 Abs. 1 BBauG). In dieser Auslegung setzt § 1 Abs. 3 Satz 1 BauGB der Bauleitplanung eine erste, wenn auch strikt bindende Schranke, die lediglich grobe und einigermaßen offensichtliche Missgriffe ausschließt. Sie betrifft die generelle Erforderlichkeit der Planung, nicht hingegen die Einzelheiten einer konkreten planerischen Lösung. Dafür ist das Abwägungsgebot maßgeblich, das im Hinblick auf gerichtliche Kontrolldichte, Fehlerunbeachtlichkeit und heranzuziehende Erkenntnisquellen abweichenden Maßstäben unterliegt (stRspr., vgl. BVerwG, Urteil vom 27. März 2013 – 4 C 13.11 – juris Rn. 9 m. w. N.; OVG Lüneburg, Urteil vom 25. Februar 2015 – 1 KN 140/13 – juris Rn. 25). Unter Berücksichtigung dieser Maßgaben ist vorliegend von der Klägerin zutreffend eine generelle Erforderlichkeit der 1. Änderung des Flächennutzungsplans angenommen worden, indem sie einen Bedarf an Wohnraum für die örtliche Bevölkerung – (zurückkehrende) Kinder von einheimischen Bewohnern, Familiengründer – und damit die Ausweisung eines neuen Baugebietes aufgrund bereits ausgeschöpft-

ter Umnutzungs- und Ausbaupotentiale sieht und entsprechend bezweckt. Die Ausweisung eines neuen Baugebietes steht in Beziehung zur geordneten städtebaulichen „wohnbaulichen“ Entwicklung, insbesondere in einer atypischen Flächenstruktur, wie sie bei der Klägerin als Kooggemeinde geprägt ist. Gerade im Außenbereich darf sich eine Gemeinde grundsätzlich darauf beschränken, die städtebauliche Entwicklung planerisch durch den Flächennutzungsplan zu steuern (BVerwG, Urteil vom 18. August 2005 – 4 C 13.04 – juris Rn. 31). Von einem offensichtlichen Missgriff kann daher nicht ansatzweise die Rede sein. Im Übrigen ergab eine aktuelle Wohnungsmarktanalyse des Kreises Nordfriesland für den Bereich, zu dem auch die Klägerin zählt, bis 2035 einen Zuwachs der Haushaltszahl von über 6 %. In den letzten zehn Jahren (Stand 2021) wurden 12 neue Wohneinheiten geschaffen, wovon fünf als Neubau realisiert wurden (Seite 16 der Planbegründung).

Des Weiteren ist die 1. Änderung des Flächennutzungsplans den Zielen der Raumordnung gem. § 1 Abs. 4 BauGB angepasst, was auch nunmehr der Beklagte nicht mehr in Abrede stellt und hierauf auch nicht (mehr) die Versagung gestützt hat. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung, ob der Bauleitplan an die Raumordnung angepasst ist, ist nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts im Fall einer Verpflichtungsklage auf Genehmigung eines Bauleitplans die zum Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung geltende Raumordnung (vgl. BVerwG, Beschluss vom 8. März 2006 – 4 B 75.05 – juris Rn. 12 m. w. N.). Somit ist vorliegend der Anpassungspflicht der aktuelle Landesentwicklungsplan Fortschreibung 2021 zugrunde zu legen. In der Hauptkarte legt der Landesentwicklungsplan das Plangebiet als „Entwicklungsraum für Tourismus und Erholung“ fest. In der textlichen Fassung wird diesbezüglich als Ziel lediglich festgelegt, dass diese Entwicklungsräume in den Regionalplänen als Entwicklungsgebiete für Tourismus und Erholung darzustellen sind (Landesentwicklungsplan Ziffer 4.7.2 Abs. 2). Im Übrigen formuliert der Landesentwicklungsplan hinsichtlich solcher Gebiete lediglich in der Abwägung zu beachtende Grundsätze (vgl. § 4 Abs. 1 ROG). Hinsichtlich der Wohnungsbauentwicklung in den Gemeinden oder Gemeindeteilen, die keine Schwerpunkte für den Wohnungsbau sind – um eine solche handelt es sich bei der Klägerin –, setzt der Landesentwicklungsplan als

Ziel, dass im Zeitraum von 2022 bis 2036 bezogen auf ihren Wohnungsbestand am 31. Dezember 2020 neue Wohnungen im Umfang von bis zu 10 Prozent in ländlichen Räumen gebaut werden können, sog. wohnbaulicher Entwicklungsrahmen (Ziffer 3.6.1 Abs. 3 Landesentwicklungsplan). Dieses Ziel wird durch den Flächennutzungsplan eingehalten, ausgehend von den dargestellten Zahlen, dass die Klägerin am Stichtag 31. Dezember 2017 einen Wohnungsbestand von ca. 60 Wohneinheiten hatte, so dass der wohnbauliche Entwicklungsrahmen für den o. g. Zeitraum sechs Wohneinheiten beträgt und dieser mangels Realisierung neuer Wohneinheiten in den Jahren 2018 bis 2020 nicht zu reduzieren ist. Hinsichtlich der zeitlichen Verteilung der Ausweisung und Erschließung neuer Bauflächen legt der Landesentwicklungsplan als Grundsatz fest, dass diese „zeitlich angemessen verteilt“ werden sollen (Ziff. 3.6.1 Abs. 1 Landesentwicklungsplan). Die Klägerin hat auf Seite 4 der Planbegründung diesen in den Blick genommen. Zutreffend ist sie aufgrund der geringen Größe davon ausgegangen, dass sie ein Sonderfall ist, da bei einem Entwicklungsrahmen von nur sechs Wohneinheiten eine schrittweise Entwicklung wirtschaftlich kaum realisierbar ist. Diesem Umstand ist im Rahmen der Raumordnung Rechnung getragen worden, indem in Gemeinden, die absolut nur einen sehr kleinen wohnbaulichen Entwicklungsrahmen haben, aus wirtschaftlichen Gründen von einer zeitlichen Verteilung abgesehen werden kann (Begründung zu Kapitel 3.6.1 Abs. 1 Landesentwicklungsplan).

Letztlich ist die von der Klägerin durchgeführte Abwägung nach § 1 Abs. 7 BauGB fehlerfrei erfolgt. Gem. § 1 Abs. 7 BauGB sind bei der Aufstellung der Bauleitpläne die öffentlichen und privaten Belange gegeneinander und untereinander gerecht abzuwägen. Bei der Bewertung ist zu berücksichtigen, dass die gerichtliche Kontrolle der Abwägung beschränkt ist. Das Gebot gerechter Abwägung ist nur verletzt, wenn eine Abwägung überhaupt nicht stattfindet (Abwägungsausfall), wenn in die Abwägung an Belangen nicht eingestellt wird, was nach Lage der Dinge in sie eingestellt werden muss (Abwägungsdefizit), wenn die Bedeutung der betroffenen privaten Belange verkannt (Abwägungsfehlschätzung) oder wenn der Ausgleich zwischen den von der Planung berührten öffentlichen Belangen in einer Weise vorgenommen wird, der zur objektiven Gewichtigkeit einzelner Belange außer Verhältnis steht (Abwägungsdis-

proportionalität) (BVerwG, Urteil vom 12. Dezember 1969 – IV C 105.66 – juris Rn. 29; Urteil vom 5. Juli 1974 – IV C 50.72 – juris Rn. 45). Innerhalb des so gezogenen Rahmens wird das Abwägungsgebot jedoch nicht verletzt, wenn sich die zur Planung berufene Gemeinde in der Kollision zwischen verschiedenen Belangen für die Bevorzugung des einen und damit notwendig für die Zurückstellung eines anderen entscheidet. Innerhalb jenes Rahmens ist nämlich das Vorziehen und Zurücksetzen bestimmter Belange überhaupt kein nachvollziehbarer Vorgang der Abwägung, sondern eine geradezu elementare planerische Entschließung, die zum Ausdruck bringt, wie und in welcher Richtung sich eine Gemeinde städtebaulich geordnet fortentwickeln will. Damit ist notwendig der Planungskontrolle der höheren Verwaltungsbehörde wie der Verwaltungsgerichte eine Grenze gezogen (BVerwG, Urteil vom 12. Dezember 1969 – IV C 105.66 – juris Rn. 29). Ein Rechtsverstoß kann beim Abwägungsgebot daher nur festgestellt werden, wenn der Abwägungsvorgang fehlerhaft oder das Abwägungsergebnis unvertretbar ist. Dem entspricht § 214 Abs. 4 Satz 2 2. HS BauGB, wonach Mängel im Abwägungsvorgang nur erheblich sind, wenn sie offensichtlich und auf das Abwägungsergebnis von Einfluss gewesen sind. Es reicht nicht aus, wenn eine andere Planungsentscheidung nach Auffassung der Genehmigungsbehörde den Anforderungen des Abwägungsgebots besser entsprechen würde. Die Genehmigungsbehörde darf also eigene planerische Gestaltungsüberlegungen nicht an die Stelle derjenigen der Gemeinde setzen (vgl. Reidt, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB § 6, 15. Aufl. 2022, Rn. 4). Dem entspricht es, dass der höheren Verwaltungsbehörde keine Zweckmäßigkeitkontrolle im Rahmen des § 6 Abs. 1, 2 BauGB obliegt, sondern nur die Rechtsaufsicht (wie oben ausgeführt). Von dem Beklagten angeführt wird ein Fehler auf der vierten Abwägungsstufe, nämlich das Vorliegen einer Abwägungsdisproportionalität, „weil die objektive Gewichtung eines Belangs durch die Klägerin völlig verfehlt worden sei“. Angeführt werden hierfür insbesondere ein Verstoß gegen den Vorrang der Innenentwicklung (§ 1 Abs. 5 BauGB), die unerwünschte Entstehung einer Splittersiedlung (Zersiedelung des Außenbereichs), die fehlende ergebnisoffene Betrachtung einer Alternativenprüfung an vorhandene Teilbebauung sowie die fehlerhafte (überhöhte) Gewichtung wirtschaftlicher Erwägungen (einschließlich der Erschließung)

unter ergänzender Berücksichtigung der Verkehrssicherheit, welche keine städtebaulichen Belange nach § 1 Abs. 6 BauGB seien. Diese Argumentation verfängt nach Auffassung der Kammer mit der detaillierten Begründung der Klägerin betreffend die Abwägung und Standortsuche im Planentwurf (Ziffer 2, 3 auf Seite 15-26) nicht. Hieraus ist bereits unzweifelhaft erkennbar, dass die Klägerin die in § 1 Abs. 5 Satz 3 BauGB angesprochene Innenentwicklung und insbesondere auch die Belang der Erhaltung der historischen Siedlungsstruktur nach § 1 Abs. 6 Nr. 5 BauGB berücksichtigt hat. Letztere Vorschrift normiert die Belange der Baukultur, des Denkmalschutzes und der Denkmalpflege, die erhaltenswerten Ortsteile, Straßen und Plätze von geschichtlicher, künstlerischer oder städtebaulicher Bedeutung und die Gestaltung des Orts- und Landschaftsbildes. Die Klägerin hat dabei insbesondere die Wohnbedürfnisse der Bevölkerung, kostensparendes Bauen, Anforderungen an eine gesunde Wohn- und Arbeitswelt einschließlich deren Sicherheit und die Verkehrssicherheit in den Blick genommen. Diese stellen alleamt beachtenswerte öffentliche Belange dar. Nach § 1 Abs. 5 Satz 1 BauGB sollen die Bauleitpläne eine nachhaltige städtebauliche Entwicklung, die die sozialen, wirtschaftlichen und umweltschützenden Anforderungen auch in Verantwortung gegenüber künftigen Generationen miteinander in Einklang bringt, und eine dem Wohl der Allgemeinheit dienende sozialgerechte Bodennutzung unter Berücksichtigung der Wohnbedürfnisse der Bevölkerung gewährleisten. § 1 Abs. 6 Nr. 2 BauGB normiert die Berücksichtigung der Wohnbedürfnisse der Bevölkerung, insbesondere auch von Familien mit mehreren Kindern, die Schaffung und Erhaltung sozial stabiler Bewohnerstrukturen, die Eigentumsbildung weiter Kreise der Bevölkerung und die Anforderungen kostensparenden Bauens sowie die Bevölkerungsentwicklung. In § 1 Abs. 6 Nr. 1 BauGB werden die allgemeinen Anforderungen an gesunde Wohn- und Arbeitsverhältnisse und die Sicherheit der Wohn- und Arbeitsbevölkerung gestellt und in § 1 Abs. 6 Nr. 9 BauGB die Belange des Personen- und Güterverkehrs und der Mobilität der Bevölkerung, auch im Hinblick auf die Entwicklungen beim Betrieb von Kraftfahrzeugen, etwa der Elektromobilität, einschließlich des öffentlichen Personennahverkehrs und des nicht motorisierten Verkehrs, unter besonderer Berücksichtigung einer auf Vermeidung und Verringerung von Verkehr ausgerichteten städte-

baulichen Entwicklung. Eben diese Gesichtspunkte hat die Klägerin ausweislich der Planbegründung (Ziffer 2, 3) ermittelt und in das Auswahlverfahren eingestellt. Die Klägerin ging zur Auswahl des Standortes für Wohnbebauung in drei Stufen vor.

Auf 1. Stufe prüfte die Klägerin die Möglichkeit der Innenentwicklung anhand des städtebaulich-raumordnerischen Grundsatzes der Innenentwicklung, die vor einer Entwicklung im Außenbereich auszunutzen ist. Sodann führte sie an:

„Ein planungsrechtlicher Innenbereich gemäß § 34 BauGB ist in der Gemeinde Tümlauer Koog, wie weiter oben schon dargestellt, nicht vorhanden. Die Prüfung von Innenentwicklungspotentialen beschränkt sich also auf Änderungs-, Erweiterungs- oder Ersatzmaßnahmen im Rahmen des baulichen Bestands. Bau- bzw. Flächenpotentiale sind hier aufgrund der landwirtschaftlichen Gebäudestrukturen, die aufgrund des Strukturwandels vermutlich jetzt und in Zukunft nicht mehr alle gebraucht werden, grundsätzlich vorhanden. Die Gemeinde hat ihre Absicht, Wohnraum zu schaffen, kommuniziert und teilweise auch Gespräche mit Eigentümern ggf. in Frage kommender Grundstücke geführt. Die Gemeinde hat jedoch keine Potentiale finden können, bei denen die Eigentümer entweder selbst im Rahmen der Vorgaben gemeindlicher Bauleitplanung entwicklungsbereit wären, oder die der Gemeinde entsprechende Potentialfläche zu akzeptablen Konditionen veräußern würden.

[...]

Aufgrund des nicht vorhandenen Innenbereichs gem. § 34 BauGB beschränkte sich diese Prüfung auf Änderungs-, Erweiterungs- oder Ersatzmaßnahmen im baulichen Bestand. Hierin liegt die nicht zu beanstandende Feststellung der Klägerin, dass ein Innenbereich gem. § 34 BauGB tatsächlich nicht existiert. Die weitere Suche nach Flächen in einem Innenbereich war daher aus tatsächlichen Gründen nicht möglich, wie nun auch der Beklagte zuerkennt durch seine Aussage, dass „nachweislich keine Möglichkeiten der Innenentwicklung“ besteht. Da es sich aufgrund der besonderen Siedlungsstruktur im Gemeindegebiet der Klägerin um einen Sonderfall handelt, ist ein vom Beklagten befürchtetes Leerlaufen der Leitvorstellung der vorrangigen Innenentwicklung nach § 1 Abs. 5 Satz 3 BauGB und das Schaffen eines Präzedenzfalls nicht zu befürchten.

Im Rahmen der Ermittlung von Flächen für

Änderungs-, Erweiterungs- oder Ersatzmaßnahmen im baulichen Bestand konnten durch die Klägerin ebenfalls keine Eigentümer gefunden werden, die selbst entwicklungsbereit waren oder der Klägerin Flächen zu Preisen anboten, die für die Klägerin akzeptabel waren. Bei diesem Ausschluss handelt es sich noch nicht um eine Entscheidung im Rahmen einer Abwägung, sondern vielmehr um eine der Abwägung vorgelagerte Ermittlung der tatsächlichen Möglichkeit der Planumsetzung. Zu berücksichtigen ist insofern, dass Bebauungsplänen, deren Verwirklichung im Zeitpunkt ihres In-Kraft-Tretens dauerhafte Hindernisse tatsächlicher oder rechtlicher Art entgegenstehen, ihren gestalterischen Auftrag verfehlen und folglich unwirksam sind (vgl. BVerwG Beschluss vom 13. Juni 2023 – 4 BN 33.22 – juris Rn. 6). Dies gilt aufgrund des Entwicklungsgebotes in § 8 Abs. 2 BauGB gleichermaßen für Flächennutzungspläne.

Vorliegend ist zu berücksichtigen, dass die Klägerin mit der Planung die kurz- bis mittelfristige Schaffung von Wohnbauflächen in ihrem Gemeindegebiet verfolgt. Dieses Ziel kann jedenfalls dann nicht erreicht werden, wenn die Verfügbarkeit erforderlicher Flächen in diesem Zeitraum nicht jedenfalls möglich erscheint.

Danach wurde zutreffend festgestellt, dass eine Wohnraumentwicklung lediglich im Außenbereich möglich ist, wie auch der Beklagte in der mündlichen Verhandlung konstatierte. Auf 2. Stufe der Standortplanung wurde sodann berücksichtigt, dass eine Angliederung an bestehende Siedlungssplitter zu bevorzugen ist, um keine neuen Siedlungsansätze in der freien Landschaft zu schaffen, wogegen nichts zu erinnern ist. Es wurden alle Flächen ausgeschlossen, die direkt an der durchgehenden Kreisstraße Kx lagen. Zur Begründung dieses Ausschlusses führte die Klägerin zum einen die Verkehrssicherheit und zum anderen durch einen direkten Anschluss an die Kreisstraße entstehende höhere Erschließungskosten an. Ein weiteres Planungsziel war auf dieser Stufe die Verkehrssicherheit unter besonderer Berücksichtigung der Belange der potentiellen Bewohner, namentlich die Belange junger Familien. Auf dieser Stufe der Standortauswahl wurden insgesamt vier mögliche Korridore sondiert, von denen drei in die nähere Betrachtung der Standortauswahl einbezogen wurden. Der vierte Standortkorridor wurde auf zweiter Stufe bereits deshalb verworfen, da sich dieser Standort in der unmittelbaren Nähe von immissionsträchtigen Be-

trieben (Bauhof des Landesamts für Küstenschutz und Nationalpark sowie Geflügelmastbetrieb) befindet. Dieser Ausschluss ist insbesondere vor dem Hintergrund der Problematik „heranrückende Bebauung an emittierende Außenbereichsvorhaben“ nicht zu beanstanden und berücksichtigt gerade die Belange an gesunde Wohnverhältnisse. Auch bei der Verkehrssicherheit und den Erschließungskosten handelt es sich um zu berücksichtigende bzw. berücksichtigungsfähige Belange, wobei der Verkehrssicherheit eine erhebliche Bedeutung zugemessen werden kann (bzgl. der Verkehrssicherheit: Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB § 1, 154. EL April 2024, Rn. 119, 167; bzgl. der Erschließungskosten: BVerwG, Beschluss vom 30. August 2016 – 4 BN 10.16 – juris Rn. 14; Battis, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB § 1, 15. Aufl. 2022, Rn. 56 (mit Verweis auf § 123 Abs. 2 BauGB); Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB § 1, 154. EL April 2024, Rn. 125). Die Erschließungskosten werden explizit im Landesentwicklungsplan (Ziffer 3.6.1, Seite 129) genannt: „Bei der Ausweisung von neuen Wohngebieten sollen Erschließungskosten sowie Folgekosten für die soziale und technische Infrastruktur berücksichtigt werden.“

Auf 3. Stufe wurde dann eine Grobeinschätzung der grundsätzlichen Eignung für die geplante Wohnbebauung vorgenommen. Im Rahmen dieser Abwägung wurden insbesondere Lärm- und Geruchsmissionen mit den Belangen der Wohnbevölkerung abgewogen. Diese Abwägung grenzte das Suchgebiet des Standortes weiter ein und beschränkte die Standortauswahl auf sechs Teilbereiche. Diese Teilbereiche wurden dann näher untersucht (siehe Planbegründung Seite 22, 23). Eine Abwägung erfolgte danach anhand der Kriterien: voraussichtliche Immissionssituation, Restriktionen/Nutzungseinschränkungen, Angliederung an bestehende Siedlungsansätze, Erschließung und kostengünstiges Bauen (Wirtschaftlichkeit).

Insofern kann die Kammer nicht ansatzweise erkennen, dass die Klägerin keine ergebnisoffene Betrachtung einer Alternativenprüfung bezogen auf das gesamte Gemeindegebiet angestellt hat.

Unter Berücksichtigung all dieser – wie oben dargestellt – abwägungserheblichen Belange drängte sich keine der ausgeschlossenen Möglichkeiten eindeutig und offensichtlich auch unter dem Blickwinkel der Angliederung an vorhandene

Siedlungssplitter als die bessere (namentlich Teilgebiet Nr. 3, wie vom Beklagten favorisiert) auf. Zur Auswahl des Teilgebiets Nr. 5 wurde ausgeführt (Planbegründung Seite 23 ff.):

*„Ergebnis Standortalternativenprüfung
Insbesondere aufgrund der Erschließungssituation hat sich die Gemeinde für einen Standort im Teilgebiet 5 der letzten Untersuchungsstufe entschieden. Die Begrenzung der Grunderwerbs- und Erschließungskosten spielt dabei für die Gemeinde auch eine Rolle, wobei an dieser Stelle noch einmal betont sei, dass dies städtebauliche Hintergründe hat. Denn deutlich höhere Kosten, wie sie bei Ausbau bestehender Wege oder einem Anschluss an die freien Strecken der Kreisstraßen erforderlich wären, müsste die Gemeinde aus kommunalaufsichtlichen bzw. haushaltsrechtlichen Gründen zwingend auf die Beiträge der geplanten Baugrundstücke umlegen. Da nur sechs Grundstücke entstehen, würde dies die Kosten für die Erwerber signifikant im fünfstelligen Bereich erhöhen. Das würde das Planungsziel der Gemeinde für den B-Plan, Wohnraum für die örtliche Bevölkerung zu schaffen, gefährden.“*

[...]

Danach ist für die Kammer die Gewichtung der verschiedenen Belange durch die Klägerin fehlerfrei erfolgt. Den unterschiedlichen Belangen kommen dabei abstrakt keine unterschiedlichen Wertigkeiten zu (Dirnberger, in: BeckOK BauGB, BauGB § 1, Stand 1. August 2024, Rn. 162 m. w. N.). Insbesondere kann zwischen den in den Absätzen 5 und 6 des § 1 BauGB genannten keine abstrakt unterschiedliche Wertigkeit ausgemacht werden. Die Klägerin misst den Belangen der Verkehrssicherheit, der Erschließung und der Wirtschaftlichkeit sowie die Frage der Verfügbarkeit der Flächen für die Realisierung der avisierten Wohnbebauung ein hohes Gewicht bei, wobei der Erschließungssituation auf der dritten Stufe der Abwägung ein besonderes Gewicht beigemessen wird. Der Angliederung der geplanten Wohnbebauung an bereits bestehende Bebauung misst die Klägerin demgegenüber ein geringeres Gewicht bei. Aufgrund der städtebaulichen Eigenart der Klägerin als X.-gemeinde, die historisch über keinen zusammenhängenden Ortsteil verfügt und ein solcher sich auch nicht herausgebildet hat und zukünftig wegen der bis 2035 nach dem Landesentwicklungsplan nur geringen Entwicklungsmöglichkeit von überhaupt nur sechs Wohneinheiten auch nicht herausbilden wird, ist diese Gewichtung

nicht zu beanstanden. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Klägerin für den Standort der geplanten Bebauung auf ein Einfügen in die vorhandene gruppierte Streusiedlungsstruktur der Gemeinde abgestellt hat (vgl. Planbegründung Seite 25). Die Klägerin hat damit die öffentlichen und privaten Belange gegenseitig und untereinander gerecht abgewogen. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz lässt es zu, dass die Gemeinde einen objektiv geringer gewichtigen einem objektiv höhergewichtigen Belang vorzieht, solange ein solcher Ausgleich zum objektiven Gewicht des zurückgestellten höher gewichtigen Belangs nicht außer Verhältnis steht. Mit der Abwägung ist also zwingend verbunden, dass sich die zur Planung berufene Gemeinde in der Kollision zwischen verschiedenen Belangen für die Bevorzugung des einen, und damit notwendig für die Zurückstellung eines anderen entscheiden kann (siehe oben; vgl. Dirnberger, in: BeckOK BauGB, BauGB § 1, Stand 1. August 2024, Rn. 177). Die Klägerin begründet die Zurückstellung der Angliederung an vorhandene Bebauung insbesondere mit ihrer Eigenart als X.-gemeinde und dem diesbezüglichen Fehlen von Siedlungsansätzen. Dass die Klägerin dabei die „Siedlungsreserve“ an der Kreuzung Kx/X Straße/X.straße (Teilgebiete 2 und 3) nicht höher gewichtet hat, ist im Rahmen ihrer Planungshoheit mit der Möglichkeit der Veränderbarkeit beste-

hender Pläne im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben nicht zu beanstanden. Denn zum einen ist die schon 46 Jahre alte Ausweisung als Wohnbaufläche nach ihren Ausführungen überholt und diese Fläche soll – wie bisher – als Festwiese genutzt werden, was zukünftig mit der entsprechenden Festsetzung als Grünfläche geplant ist. Zum anderen führt die Klägerin hier tragfähig die Verkehrssicherheit (radfahrende Schulkinder auf der mit hohem Tempo befahrenen Durchgangsstraße Kx) an. Weiterhin stellte die Klägerin in die Abwägung ein, dass die avisierte Ansiedlung der Wohnbebauung in diesem Bereich die bisherigen, vor allem in dem Teil des Flächennutzungsplans vorgefundenen, Abstände zwischen einzelnen Siedlungssplittern aufgreife. Darüber hinaus würde durch die nicht unmittelbare Ansiedlung keine weitreichende Zäsur entstehen, da die Zwischenräume zwischen der bestehenden Bebauung zum großen Teil mit Gehölzaufwuchs gefüllt seien bzw. würden. Durch die geplante Bepflanzungsfestsetzung im Rahmen des parallel aufgestellten Bebauungsplan Nr. 2 und den Zuschnitt des nächstgelegenen bestehenden Gartengrundstücks der X.-straße Nr. 59 verbliebe auch zwischen dem Plangebiet und der bestehenden Bebauung nur eine gehölzfreie „Lücke“ von knapp 30 m, die den „Lücken“ zwischen den Hausnummern 59 und 57 oder 60 und 61 entspreche. Die Verfügbarkeit der Flä-

che sei demgegenüber in Anbetracht des eigentlichen Planungsziels der kurz- bzw. mittelfristigen Schaffung neuen Wohnraums gewichtiger.

Danach ist der behauptete Abwägungsmangel des Beklagten, dass die Klägerin nicht ergebnisoffen eine Alternativenprüfung unter Einstellung berücksichtigungsfähiger Belange nach § 1 Abs. 5, 6 BauGB und damit keine fehlerfreie Abwägung vorgenommen hat, für die Kammer nicht ansatzweise erkennbar. Vielmehr hat die Klägerin alle erdenklichen Standortalternativen zunächst angenommen und dann anhand der Belange in § 1 Abs. 5, 6 BauGB untersucht und einzelne ausgeschlossen. Im Anschluss hat sie das Teilgebiet Nr. 5 wegen der von ihr höher gewichteten Belange „Wirtschaftlichkeit/erschließung“, „Verkehrssicherheit“ und „Realisierbarkeit“ als Abwägungsergebnis erzielt. Diesen hat sie bei der Kollision mit den Belangen Innenbereichsentwicklung Vorrang gegeben, was insbesondere im Hinblick auf die besondere Siedlungsstruktur dieser Kooggemeinde als „Außenbereichsgemeinde“ nachvollziehbar ist. Entgegen dem Vorhalt des Beklagten hat sie dabei aber gerade keine gänzlich neue Splittersiedlung entstehen lassen, sondern eine der Gebietsstruktur angepasste Ansiedlung an einen vorhandenen Siedlungssplitter erreicht. [...].

Infothek

„Unser sauberes Schleswig-Holstein“ am 15. März 2025

Der landesweite Aktionstag „Unser sauberes Schleswig-Holstein“ geht 2025 in die nächste Runde: Der Schleswig-Holsteinische Gemeindetag, der Städteverband Schleswig-Holstein, die Provinzial Versicherungen, der Landesfeuerwehrverband Schleswig-Holstein, die Schleswig-Holstein Netz AG sowie die NDR 1 Welle Nord und das Schleswig-Holstein-Magazin als Medienpartner veranstalten mit Unterstützung der Gemeinden und Städte Schleswig-Holsteins am Samstag, den 15. März 2025, die landesweite Aktion „Unser sauberes Schleswig-Holstein“. Ziel der Aktion ist es einerseits, die schöne Landschaft Schleswig-Holsteins von

Schmutz und Umweltsünden zu befreien und andererseits, das Verantwortungsbewusstsein für die Umwelt gemeinsam zu stärken. Weitere Informationen gibt es unter www.sauberes-sh.de.



9. Forum Recht der kommunalen Wirtschaft am Montag, den 24. März 2025 in Kiel

Die Fachtagung des Schleswig-Holsteinischen Gemeindetages, des Städteverbandes Schleswig-Holstein, des Schles-

wig-Holsteinischen Landkreistages und des Instituts für Öffentliches Wirtschaftsrecht findet statt unter der wissenschaftlichen Leitung und wird moderiert von **Prof. Dr. Christoph Brüning** (Christian-Albrechts-Universität zu Kiel) und **Prof. Dr. Marcus Arndt** (Fachanwalt für Verwaltungsrecht, Kiel).

Die Fachreferenten tragen zu folgenden Themenschwerpunkten vor:

- Entwicklung des kommunalen Wirtschaftsrechts in der Gemeindeordnung und aktuelle Rechtsprobleme
- kommunalwirtschaftsrechtliche Fragen zum Aufbau von Wärmenetzen
- Verfahrensrecht der kommunalen Normgebung (zum Beispiel Abgabensatzungen)
- aktuelle Rechtsfragen des Vergaberechts
- Gemeinden und Stadtwerke als Adressaten von Informationsansprüchen
- Klärschlammverbrennung, Phosphor-

rückgewinnung und kommunale Kooperationen.

Mit diesen Themen auf dem 9. „Forum Recht der kommunalen Wirtschaft“ bieten die Veranstalter den Gemeinden, Städten und Ämtern, Kreisen und Zweckverbänden, kommunalen Betrieben und Unternehmen, Kommunalpolitikern, Angehörigen beratender Berufe sowie allen anderen am Recht der kommunalen Wirtschaft Interessierten Gelegenheit zur Teilnahme an einer von erstklassigen Rechtsexperten aus Wissenschaft, Anwaltschaft und Verwaltung gestalteten Fachtagung.

Für die Teilnahme fällt ein Kostenbeitrag von 50 € pro Person an. Das Programm sowie Hinweise zur Anmeldung (Frist: 10. März 2025) sind abrufbar auf der Homepage des SHGT unter www.shgt.de (Rubrik „Termine“).

Termine:

13.03.2025: Besprechung der SHGT-Kreisgeschäftsführer

15.03.2025: Aktion „Unser sauberes Schleswig-Holstein“

17.03.2025: Schul-, Sozial- und Kulturausschuss des SHGT

18.03.2025: Rechts-, Verfassungs- und Finanzausschuss des SHGT

19.03.2025: Bürgervorstehertagung des SHGT

24.03.2025: 9. Forum Recht der kommunalen Wirtschaft

25.03.2025: Bau-, Planungs- und Umweltausschuss des SHGT

04.04.2025: Amtsvorstehertagung des SHGT

14.05.2025: Landesvorstand des SHGT

15.05.2025: Zweckverbandsausschuss des SHGT

Buchbesprechungen

Möller / Bebensee

Landesbauordnung Schleswig-Holstein

Textausgabe mit ergänzenden Rechts- und Verwaltungsvorschriften zur Landesbauordnung, weiteren Vorschriften des öffentlichen Baurechts und einer erläuternden Einführung

Kohlhammer Verlag

23. Auflage 2025

Seitenanzahl 479 / 45,00 €

ISBN: 978-3-555-01969-7

Die aktuelle Landesbauordnung enthält nach einer Reihe vorgehender Gesetzesänderungen weitreichende Neuerungen des Bauordnungsrechts. U.a. wurden 2018 die Seveso-III Richtlinie 2012/18/ EU des Europäischen Parlaments und des Rates umgesetzt, 2019 die gesetzlichen Regelungen an das EU-Bauproduktenrecht angepasst, das bauaufsichtliche Verfahren der Genehmigungsfreistellung um die Gebäudeklassen 4 und 5 erweitert und Erleichterungen bei der Aufstockung von Gebäuden und dem Dachgeschossausbau zur Schaffung von Wohnraum eingeführt. Nach umfangreichen Änderungen durch das Harmonisierungsgesetz vom 6. Dezember 2021 wurde die

Landesbauordnung erneut durch Artikel 1 des Gesetzes zur Änderung der Landesbauordnung und des Brandschutzgesetzes vom 20. März 2024 aktualisiert, insbesondere um den Ausbau erneuerbarer Energien zu erleichtern, die Baukosten zu senken und den Mobilfunkausbau zu beschleunigen. Abgedruckt ist die aktuelle Landesbauordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 5. Juli 2024.

Für die am Bau Beteiligten, insbesondere die Architekten und Ingenieure, die Aufsteller der bautechnischen Nachweise, die Prüfengeure für Standsicherheit und Prüfengeure für Brandschutz, ist die Kenntnis der aktuellen landesrechtlichen Vorschriften des Bauordnungsrechts unverzichtbar. Für Bauherrinnen und Bauherren als die zentralen Personen unter den am Bau Beteiligten bildet die Landesbauordnung eine wesentliche Beurteilungs- und Entscheidungsgrundlage. Entsprechendes gilt sinngemäß für Eigentümerinnen und Eigentümer, weil sie dafür verantwortlich sind, dass Anlagen und Grundstücke dem öffentlichen Recht entsprechen.

Gerd Möller und Jens Bebensee, beide erfahrene und bekannte Praktiker des Baurechts, geben alle wichtigen Vorschriften zur aktuellen Landesbauordnung Schleswig-Holstein an die Hand.

Die Textausgabe enthält die aktuelle Landesbauordnung sowie weitere für das Bauen in Schleswig-Holstein wesentliche bauordnungsrechtliche Vorschriften.

Praktischen Anforderungen entsprechend wird die Textausgabe durch einen Anhang mit den beiden wichtigsten bundesrechtlichen Regelungen ergänzt: Auszugsweise die wesentlichen Vorschriften des aktuellen Baugesetzbuchs (BauGB) sowie vollständig die Vorschriften der Baunutzungsverordnung (BauNVO) in allen bisherigen Fassungen, weil diese für die in ihrem Geltungszeitraum aufgestellten bzw. geänderten Flächennutzungs- und Bebauungsplänen weiter gelten.

Das aktuelle BauGB enthält u.a. Sonderregelungen zur sparsamen und effizienten Nutzung von Energie, für Windenergieanlagen an Land, für Biogasanlagen, für Vorhaben zur Herstellung oder Speicherung von Wasserstoff aus erneuerbaren Energien und zur Bildung von Wohnungseigentum in Gebieten mit angespannten Wohnungsmärkten.

Die Einführung gibt einen Überblick über die Schwerpunkte der LBO-Novellen.

Die Zielgruppe:

Architekten, Ingenieure, Baubehörden, Baugewerbe, Bauunternehmer, Gerichte, Rechtsanwälte.

Rechtssicherheit für alle Bau-Beteiligten



23. Auflage 2025
XI, 479 Seiten. Kart.
€ 45,-
ISBN 978-3-555-01969-7
Kommunale Schriften für Schleswig-Holstein

Neu in der 23. Auflage

- Aktualisierte LBO (Landesbauordnung)
- Wichtige Verordnungen:
 - Bauvorlagenverordnung
 - Verordnungen zu Prüfsachverständigen und Prüfingenieuren für Standsicherheit, Brandschutz und Sachverständige
 - Garagen-, Stellplatz-, Versammlungsstätten-, Verkaufsstätten-, Beherbergungsstätten- und Feuerungsverordnung

Zusätzlich enthalten

- Auszüge aus dem BauGB (Baugesetzbuch)
- Aktuelle BauNVO (BauNutzungsverordnung) sowie ihre Vorgängerregelungen

Die Autoren

- Gerd Möller, Ministerialrat a. D. und ehemaliger Referatsleiter im Innenministerium Schleswig-Holstein
- Jens Bebensee, Kreisoberverwaltungsrat a. D. und ehemaliger Fachdienstleiter für Bauaufsicht und Denkmalschutz beim Kreis Stormarn

Leseproben und
weitere Informationen:
shop.kohlhammer.de

Kohlhammer
DEUTSCHER
GEMEINDEVERLAG

SPIONAGE & DESINFORMATION IST UNSERE ÖFFENTLICHE SICHERHEIT IN GEFAHR?



ISBN 978-3-17-045370-8 | 314 Seiten
€ 25,- | Auch als eBook erhältlich

Mehr Bedrohungen als je zuvor!
Extremismus, Terrorismus, organisierte Kriminalität, Cyberangriffe und Spionage – die Gefahren für unsere innere Sicherheit sind auf einem historischen Höchststand. Was bedeutet das für Deutschland?

Der renommierte Sicherheitsexperte und Terrorismusforscher **Prof. Dr. Stefan Goertz** beleuchtet in seinem neuen Buch die aktuelle Lage, identifiziert die gefährlichen Akteure und analysiert die Gefährdung unserer öffentlichen Sicherheit.



shop.kohlhammer.de/oeffentliche-sicherheit-in-gefahr

Kohlhammer

„Die Gemeinde“

ist **die** Zeitschrift für die Schleswig-Holsteinische Selbstverwaltung.

Als kommunalpolitische Zeitschrift auf Landesebene bietet sie einen umfassenden Service für die Selbstverwaltung.

Werden auch Sie Leser der „Gemeinde“!

Deutscher Gemeindeverlag GmbH.,
24017 Kiel, Postfach 1865, Ruf (04 31) 55 48 57

Deutscher Gemeindeverlag GmbH, Postfach 1865, Jägersberg 17, 24017 Kiel
– V 3168 E – Entgelt bezahlt

dataport
kommunal



Für sichere, innovative
und bürgernahe Kommunen

Wir gestalten die digitale Zukunft vor Ort.
www.dataport-kommunal.de