

Liebe Leserinnen, liebe Leser!

Der Fachbeitrag unserer aktuellen Ausgabe beschäftigt sich mit dem jüngsten Erkenntnis des VwGH vom 27.1.2020, Ro 2018/04/0018 zum Themenkomplex „elektrizitätsrechtliches Genehmigungsverfahren und Gefährdungen durch Eisabfall von Windkraftanlagen“. Erörtert wird insbesondere das Spannungsverhältnis zwischen der Gewährleistung der Versorgungssicherheit der Bevölkerung mit erneuerbaren Energien und dem Schutz der Gesellschaft vor den Gefahren im Zusammenhang mit der Errichtung und dem Betrieb von (Windkraft-)Anlagen.

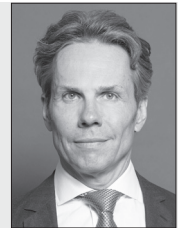
Der Newsflash richtet sich in dieser Ausgabe nach Luxemburg und befasst sich mit dem vielbeachteten Schrems-II-Urteil (EuGH 16.7.2020, C-311/18), mit welchem der EuGH das Datenabkommen „Privacy Shield“ zwischen der EU und den USA kippte. Darüber hinaus berichten wir über die aktuelle EU-Konsultation zur Strategie für eine nachhaltige und intelligente Mobilität.

Auch unser Rechtssprechungsteil spiegelt einen aktiven EuGH wider bzw gehen wir darin insbesondere auf zwei spannen-

de EuGH Urteile über Fragestellungen zur ausschreibungsfreien (?) Zusammenarbeit von öffentlichen Auftraggebern. So stellte zB der EuGH fest, dass die Zusammenarbeit öffentlicher Auftraggeber jedenfalls nicht zur Besserstellung von privaten Unternehmen gegenüber Mitbewerbern führen darf (EuGH 28. 5. 2020, C-796/18, *Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung*). Darüber hinaus findet sich im Rechtsprechungsteil auch eine interessante Entscheidung des OGH, wonach allfällige Forderungsausfälle von Subunternehmern aufgrund eines insolventen Auftragnehmers nicht beim öffentlichen Auftraggeber einklagbar sind (OGH 26. 2. 2020, 9 Ob 78/19i).

Wir wünschen Ihnen im Namen des gesamten VIL Teams viel Freude mit der aktuellen Ausgabe und einen schönen sowie erholsamen Sommer. Bleiben Sie gesund!

Stephan Heid / Berthold Hofbauer



Stephan Heid



Berthold Hofbauer

Gefährdungen durch Eisabfall von Erzeugungsanlagen – dringender Novellierungsbedarf?

In elektrizitätsrechtlichen Genehmigungsverfahren für Windkraftanlagen sind die vermeintlich zu großen Gefahren durch Eisabfall ein ständig wiederkehrendes Thema. Gelöst wird diese Problematik durch Gutachten, in denen die Wahrscheinlichkeit einer Verletzung durch abfallendes Eis geprüft wird. Diese hochkomplexen Gutachten verschränken dabei Fragen der Wahrscheinlichkeit, in welchem Bereich überhaupt mit Eisabfall zu rechnen ist, mit der Wahrscheinlichkeit, ob sich gerade zu diesem Zeitpunkt Personen an gerade diesem Ort aufhalten.

Als Faustregel galt bislang, dass eine Genehmigungsfähigkeit besteht, wenn die derart ermittelte Wahrscheinlichkeit einer Verletzung innerhalb des allgemeinen Lebensrisikos liegt (dies wird mit einer Wahrscheinlichkeit von 1:1 Million beziffert). Der NÖ Landesgesetzgeber legt dabei in § 11 Abs 2 NÖ ElWG fest, dass unter Gefährdungen iSd Abs 1 „nur jene zu verstehen [sind], die über solche hinausgehen, die von Bauwerken (zB Hochhäuser, Sendemasten, Windkraftanlagen) üblicherweise ausgehen“. Diese Bestimmung wurde im Zuge der NÖ ElWG-Novelle 2011 eingefügt. In den Bezug habenden Materialien wird dazu ausgeführt, dass **gesellschaftlich anerkannte Risiken** keine Gefährdungen iSd § 11 Abs 1 Z 2 NÖ ElWG darstellen. Dennoch blieb ausle-

gungsbedürftig, was der Gesetzgeber mit „von Bauwerken üblicherweise“ ausgehenden Gefahren meint.

Zur Gefährdung durch Schnee- und Eisabwurf hielt der VwGH bereits zur NÖ Bauordnung fest, dass „eine Bewilligung [...] dann unbedenklich [wäre], wenn die behaupteten Gefahren nicht über solche hinausgingen, die von jedem in Grenznähe befindlichen Bauwerk ausgehen“ (VwGH 26.2.2009, ZI 2006/05/0283). In einer anderen Entscheidung zum Burgenländischen Elektrizitätswesengesetz erkannte der VwGH, dass **Gefährdungen des Lebens oder der Gesundheit der Nachbarn jedenfalls zu vermeiden seien** und nicht mit Durchschnittsbetrachtungen und Wahrscheinlichkeitsprognosen relativiert werden könnten.

Auch die geltende Rechtslage des NÖ ElWG legt der VwGH in seinem jüngsten Erkenntnis dahingehend aus, dass eine Gefahr für Leib und Leben nicht als gesellschaftlich akzeptiertes Risiko gilt: „In Hinblick auf den rechtlichen Charakter der durch den Verweis auf § 11 Abs. 1 Z 2 leg. cit. bezeichneten Schutzgüter, des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit, als absolut geschützte Rechtsgüter ist jedoch nicht anzunehmen, dass der Landesgesetzgeber eine Einschränkung dieser Rechte ohne eine besondere Abwägung erlauben wollte.“ (VwGH 27.1.2020, Ro 2018/04/0018,

Rz 26). Gestützt wird das Erkenntnis zudem auf den Umstand, dass der Grundeigentümer nicht verpflichtet ist, Immissionen hinnehmen zu müssen. Nicht erwähnt wurde dabei, dass das Risiko durch Eisabfall verletzt zu werden, in diesem Fall wesentlich geringer war, als etwa durch Eisabfall von Verkehrsschildern, Ampeln, Stromleitungen oder ähnlichem.

Dem zitierten Erkenntnis ist zunächst zu entnehmen, dass der VwGH offenkundig eine Lösung akzeptieren würde, die eine „besondere Abwägung“ vorsieht. Dies könnte dahingehend genutzt werden, dass eine derartige Abwägung auf Grundlage eines Eisabfallgutachtens gesetzlich vorgesehen wird. Im Gutachten sollte das Risiko des Eisabfalls und die Wahrscheinlichkeit des Aufenthalts junktimiert werden. Liegt die Wahrscheinlichkeit im allgemein akzeptierten Lebensrisiko eines durchschnittlich verständigen Erwachsenen, kann die Genehmigung erteilt werden. In den Erläuterungen müsste dazu ausgeführt werden, was unter dem allgemein akzeptierten Lebensrisiko verstanden wird (Wahrscheinlichkeit von 10^{-6}) und darauf hingewiesen werden, dass bei Vorhandensein ausreichender Warnhinweise bei Eisabfallgefahr ein durchschnittlich verständiger Erwachsener diesen Bereich nicht betritt. Die Rechtsfigur des durchschnittlich verständigen Erwachsenen entstammt dabei dem Zivilrecht und könnte für das verwaltungsbehördliche Genehmigungsverfahren übernommen werden.

Weiters muss auch die zweite Überlegung des VwGH in eine allfällige Novellierung des NÖ ElWG einfließen: Der benachbarte Grundeigentümer muss einen Eisabfall auf seinem Grundstück nach der bestehenden Rechtslage nicht dulden. Dies führt zu zwei Problemen: Einerseits würde eine Zustimmung des Grundeigentümers für die Genehmigung benötigt, andererseits – und das wird im Erkenntnis nicht angesprochen – könnte der Nachbar zivilrechtlich

auf Unterlassung klagen, weil die Begünstigung des § 364a ABGB nicht für grobkörperliche Immissionen gilt.

Dieses Problem kann auch nicht endgültig durch ein Vorgehen entsprechend § 111 Abs 4 Wasserrechtsgesetz 1959, BGBl Nr 215/1959 idgF (in der Folge „WRG“) gelöst werden, weil die „automatische“ Einräumung der Dienstbarkeit nur für den Fall erfolgt, in dem sich der Grundeigentümer im Verfahren verschweigt. Weitaus größere Schwierigkeiten bereitet der Fall des klassischen Projektgegners. Gelöst werden könnte dies durch eine Legalservitut oder durch die zwangsweise Einräumung einer Dienstbarkeit in einem gesonderten Verfahren. In der Legalservitut müsste der Grundeigentümer zur Duldung des Eisabfalls auf seinem Grundstück verpflichtet werden, wenn eine Genehmigung erteilt wurde. Dies insbesondere vor dem Hintergrund, weil die Voraussetzung der Wahrscheinlichkeit ohnehin im Genehmigungsverfahren geprüft wurde. Vorbilder für derartige Legalservituten können in den Straßengesetzen, im WRG oder im Luftfahrtgesetz gefunden werden.

Um das Risiko der zwar geringen, aber dennoch bestehenden Gefährdung durch Eisabfall weiter zu verringern, könnte die Legalservitut so formuliert werden, dass ein Betreten des Eisabfallbereichs in Form einer Dienstbarkeit untersagt wird, sofern aktuell eine Gefährdung vorliegt.

Zusammengefasst erscheint eine Novellierung der §§ 11 und 12 NÖ ElWG dringend erforderlich, um den dringend notwendigen Ausbau erneuerbarer Energie zu gewährleisten. Darüber hinaus schafft die Festlegung einer klaren gesetzlichen Regelung in Bezug auf das gesellschaftlich akzeptierte Risiko eines Schadenseintritts durch Elektrizitätsanlagen Rechtssicherheit auf Seiten der Behörden und der Projektwerber. Der aufgezeigte Weg ist dabei nicht auf Gefahren durch Eisabfall einzuschränken, sondern kann als Lösung für sämtliche durch Elektrizitätsanlagen ausgehende Gefahren herangezogen werden.

AKTUELLE RECHTSPRECHUNG (VIL-Slg) geleitet von Sonja Vrbovszky

VIL-Slg 2020/22

■ EuGH: Grenzen für interkommunale Zusammenarbeit

(EuGH 4. 6. 2020, C-429/19, *Remondis*)

SV: Drei deutsche Kommunen haben ihre Abfallverwertung und -entsorgung einem gemeinsamen Zweckverband (öffentlicher Auftraggeber) übertragen. Da dieser nur Restabfälle deponieren kann, hat er die Abfallverwertung und -entsorgung zu 80 % an private Unternehmen übertragen und mit dem Landkreis Neuwied vereinbart, dass dieser die restlichen 20 % gegen Ersatz der Betriebskosten in seiner mechanisch-biologischen Anlage vorbehandelt, damit der Zweckverband den Restabfall deponierbaren kann. Der Nachprüfungsantrag der Remondis GmbH wegen rechtswidriger Direktvergabe wurde unter Verweis auf eine Zusammenarbeit öffentlicher Auftraggeber zu-

rückgewiesen. Das OLG Koblenz fragte den EuGH, ob eine Zusammenarbeit iS Art 12 Abs 4 Buchst a der RL 2014/24/EU vorliegt, wenn ein öffentlicher Auftraggeber einen Teilarbeitsschritt seiner im öffentlichen Interesse gelegenen Aufgabe gegen Entgelt an einen anderen öffentlichen Auftraggeber überträgt, der die selbe Aufgabe für sein Gebiet zu erfüllen hat. Der EuGH hat dies verneint.

EG:

[...]

23 Zunächst ist festzustellen, dass der in Art 12 Abs 4 der Richtlinie 2014/24 verwendete Begriff „Zusammenarbeit“ in dieser Richtlinie nicht definiert wird.

24 Nach ständiger Rechtsprechung verlangen die einheitliche Anwendung des Unionsrechts und der Gleichheitsgrund-

SV = Sachverhalt EG = (aus den) Entscheidungsgründen