

UMWELTFORSCHUNGSPLAN DES
BUNDESMINISTERIUMS FÜR UMWELT,
NATURSCHUTZ UND REAKTORSICHERHEIT
- Abfallwirtschaft -

Forschungsbericht 298 31 720/02
UBA-FB 000165



**Rechtliche Grundsatzfragen
der Auslegung der neuen
abfallrechtlichen
Vorschriften des
Kreislaufwirtschafts- und
Abfallgesetzes (KrW-/AbfG)**

von

Hartmut Gaßner
Achim Willand
Dr. Jochen Fischer
Dr. Nicole Pippke

Anwaltskanzlei Gaßner, Groth, Siederer & Coll.,
Berlin

Im Auftrag des Umweltbundesamtes

Diese TEXTE-Veröffentlichung kann bezogen werden bei
Vorauszahlung von DM 20,- (10,26 Euro)
durch Post- bzw. Banküberweisung,
Verrechnungsscheck oder Zahlkarte auf das

Konto Nummer 4327 65 - 104 bei der
Postbank Berlin (BLZ 10010010)
Fa. Werbung und Vertrieb,
Ahornstraße 1-2,
10787 Berlin

Parallel zur Überweisung richten Sie bitte
eine schriftliche Bestellung mit Nennung
der **Texte-Nummer** sowie des **Namens**
und der **Anschrift des Bestellers** an die
Firma Werbung und Vertrieb.

Der Herausgeber übernimmt keine Gewähr
für die Richtigkeit, die Genauigkeit und
Vollständigkeit der Angaben sowie für
die Beachtung privater Rechte Dritter.
Die in der Studie geäußerten Ansichten
und Meinungen müssen nicht mit denen des
Herausgebers übereinstimmen.

Herausgeber: Umweltbundesamt
Postfach 33 00 22
14191 Berlin
Tel.: 030/8903-0
Telex: 183 756
Telefax: 030/8903 2285
Internet: <http://www.umweltbundesamt.de>

Redaktion: Fachgebiet III 3.1
Monika Brach

Berlin, Juni 2001

Berichts-Kennblatt

1. Berichtsnummer UBA-FB	2.	3.
4. Titel des Berichts Rechtliche Grundsatzfragen der Auslegung der neuen abfallrechtlichen Vorschriften des Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetzes (KrW-/AbfG): Öffentliche und private Abfallentsorgung und Einzelfragen der Ausnahmen vom Anwendungsbereich des KrW-/AbfG und der allgemeinen Überwachung		
5. Autor(en), Name(n), Vorname(n) Rechtsanwälte Gaßner, Hartmut; Willand, Achim; Dr. Fischer, Jochen; Rechtsanwältin Dr. Pippke, Nicole	8. Abschlußdatum 24.01.2001	9. Veröffentlichungsdatum
	6. Durchführende Institution (Name, Anschrift) Rechtsanwaltsbüro [Gaßner, Groth, Siederer & Coll.], Kantstraße 57 10627 Berlin e-mail: Berlin@GGSC.de	
7. Fördernde Institution (Name, Anschrift) Umweltbundesamt, Postfach 33 00 22, D-14191 Berlin	10. UFOPLAN-Nr. 298 317 20/02	11. Seitenzahl 261
	12. Literaturangaben	
	13. Tabellen und Diagramme . / .	
	14. Abbildungen . / .	
15. Zusätzliche Angaben		
16. Kurzfassung Das Rechtsgutachten untersucht Auslegungsprobleme des KrW-/AbfG auf unterschiedlichen Themenfeldern. Im ersten Komplex wird der Bedeutungsgehalt des Begriffs der „überwiegenden öffentlichen Interessen“ untersucht. Diese sind Tatbestandsmerkmal von mehreren Vorschriften im Zusammenhang mit den Überlassungspflichten und mit der Pflichtenübertragung. Ferner werden verschiedene Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Zustimmung der Entsorgungsträger zu einer Pflichtenübertragung erörtert. Weiter wird untersucht, ob Innungen von der Ermächtigung zur Bildung von Einrichtungen nach § 18 Abs. 1 KrW-/AbfG Gebrauch machen können. Außerdem werden Merkmale der Zuverlässigkeit von Drittbeauftragten nach § 16 Abs. 1 Satz 3 KrW-/AbfG und die Verantwortlichkeit des Auftraggebers erörtert. Im Themenkomplex „Einzelfragen der Ausnahmen vom Anwendungsbereich des KrW-/AbfG“ wird die Abgrenzung des Abfallrechts zum Tierkörperbeseitigungsrecht, zum Bergrecht, zum Wasserrecht und zum Recht der Kampfmittelbeseitigung untersucht. Gegenstand des letzten Themenkomplexes sind Art und Umfang der Maßnahmen der Überwachung nach § 40 Abs. 1 KrW-/AbfG.		
17. Schlagwörter Abfallwirtschaft, Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz, öffentliche Interessen, Überlassungspflichten, Pflichtenübertragung, Zuverlässigkeit, Tierkörperbeseitigung, Bergrecht, Abwasser, Kampfmittel, Überwachung.		
18. Preis	19.	20.

Report Cover Sheet

1. Report No. UBA-FB	2.	3.
4. Report Title Fundamental legal questions regarding the interpretation of the Recycling Management and Waste Act, (Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz, the KrW-/AbfG): Public and private waste management and questions concerning exemptions from the provisions of the KrW-/AbfG and regarding the provisions on general monitoring and control		
5. Autor(s), Family Name(s), First Name(s) Rechtsanwälte Gaßner, Hartmut; Willand, Achim; Dr. Fischer, Jochen; Rechtsanwältin Dr. Pippke, Nicole		8. Report Date 24.01.2001
6. Performing Organisation (Name, Address) Rechtsanwaltsbüro [Gaßner, Groth, Siederer & Coll.], Kantstraße 57 10627 Berlin e-mail: Berlin@GGSC.de		9. Publication Date
		10. UFOPLAN-Ref. No. 298 317 20/02
7. Sponsoring Agency (Name, Address) Umweltbundesamt, Postfach 33 00 22, D-14191 Berlin		11. No. of Pages 261
		12. No. of Reference
		13. No. of Tables, Diagrams . / .
		14. No. of Figures . / .
15. Supplementary Notes		
16. Abstract The legal expert opinion examines problems of interpreting the KrW-/AbfG with regard to various issues. The first section deals with the meaning of the term 'overriding public interests'. This concept is part of several provisions concerning obligations to hand over waste to the legal persons responsible for waste management under State Law (public waste managers, the öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger) and of those concerning the transfer of duties. The opinion then discusses several questions relating to the public waste managers' consent to a transfer of duties. The third section examines whether craft-guilds are allowed to from institutions under § 18 (1) KrW-/AbfG. Furthermore the opinion discusses aspects of the reliability of appointed third parties required by § 16 (1) Sentence 3 KrW-/AbfG and deals with the responsibility of the principal. The section "Questions concerning exemptions from the provisions of the KrW-/AbfG" deals with the dividing line between the waste law on one hand and the law on the disposal of animal carcasses, mining law, water law and the law relating to the disposal of warfare agents on the other hand. The last section discusses the scope and types of monitoring measures under § 40 (1) KrW-/AbfG		
17. Keywords Waste management, Recycling Management and Waste Act (Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz), public interests, obligation to hand over waste to public waste managers, transfer of duties, reliability, disposal of animal carcasses, mining law, waste water, warfare agents, monitoring and control		
18. Price	19.	20.

Inhaltsverzeichnis

VORBEMERKUNG	6
Teil 1: ÖFFENTLICHE UND PRIVATE ABFALLENTSORGUNG	7
A. Der Begriff der „überwiegenden öffentlichen Interessen“ in §§ 13 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 3 Satz 1 Nr. 3, 16 Abs. 2 Nr. 3, 17 Abs. 3 Nr. 3 Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz	7
I. Einleitung	7
II. Überlassungspflichten begründende überwiegende öffentliche Interessen	8
1. Der Begriff der „überwiegenden öffentlichen Interessen“ im Abfallgesetz von 1986	9
2. Einheitliche Auslegungsgrundsätze für den Begriff der „überwiegenden öffentlichen Interessen“ in § 13 Abs. 1 Satz 2 und § 13 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 KrW-/AbfG	14
a) Verteilung der Entsorgungsverantwortung	14
aa) Entsorgungsverantwortung der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger nach § 13 Abs. 1 Satz 2 KrW-/AbfG als Ausnahmetatbestand?	18
bb) Entsorgungspflicht für Abfälle aus privaten Haushaltungen	19
b) Schlussfolgerungen	23
3. Abgrenzung der „öffentlichen Interessen“ von Umweltaanforderungen an die Entsorgungsmaßnahme	24
4. Bezug der öffentlichen Interessen zu den Aufgaben der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger	29
a) Bestand und Funktionsfähigkeit öffentlicher Entsorgungseinrichtungen	31
b) Wirtschaftliche Auslastung öffentlicher Entsorgungseinrichtungen	32
aa) Die Auffassung der Rechtsprechung	33
bb) Das „Öffentliche“ am Interesse an der Auslastung von Anlagen	35
cc) Grenzen der Berücksichtigungsfähigkeit von Auslastungsinteressen	39
5. „Überwiegen“ der öffentlichen Interessen gegenüber privaten Interessen	42
a) „Überwiegen“ der öffentlichen Interessen im Rahmen des § 13 Abs. 1 Satz 2 KrW-/AbfG	42
b) „Überwiegen“ der öffentlichen Interessen im Rahmen des § 13 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 KrW-/AbfG	45
c) Zwischenergebnis	48
6. Zusammenfassung	48
III. Überwiegende öffentliche Interessen als Ausschlusskriterium einer Pflichtenübertragung (§§ 16 Abs. 2 Nr. 3, 17 Abs. 3 Nr. 3 KrW-/AbfG)	49
B. Die Zustimmung der (öffentlich-rechtlichen) Entsorgungsträger gemäß §§ 16 Abs. 2, 17 Abs. 3, 18 Abs. 2 S. 2 KrW-/AbfG	52

I.	Einleitung.....	52
II.	Rechtsnatur der Zustimmung in den §§ 16-18 KrW-/AbfG.....	54
1.	Anordnung der Beteiligung durch Rechtssatz.....	56
2.	Abgabe der Erklärung gegenüber dem Betroffenen und nicht gegenüber der Behörde.....	57
3.	Bindung der die Übertragungsentscheidung treffenden Behörde an die Zustimmungserklärung des Entsorgungsträgers.....	57
4.	Übertragung der ausschließlichen Wahrnehmung bestimmter Aufgaben auf den Entsorgungsträger.....	59
5.	Zusammenfassung.....	60
III.	Ermessen der (öffentlich-rechtlichen) Entsorgungsträger bei der Erteilung bzw. Versagung der Zustimmung zu Pflichtenübertragung.....	60
1.	Die Zustimmung gem. § 16 Abs. 2 Satz 1 KrW-/AbfG.....	61
a)	Reichweite des Zustimmungsvorbehalts.....	62
b)	Ermessen der Entsorgungsträger im Rahmen der Entscheidung über die Zustimmung.....	63
c)	Kriterien der Ermessensausübung.....	66
d)	Modifikationen im Hinblick auf den Übergang von Überlassungspflichten?.....	67
2.	§§ 17 Abs. 3 und 18 Abs. 2 KrW-/AbfG.....	69
3.	§ 16 Abs. 2 Satz 2 KrW-/AbfG.....	71
4.	Zusammenfassung.....	73
IV.	Rechtsschutz.....	74
1.	Rechtsschutz gegen den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger.....	74
2.	Rechtsschutz gegenüber der zuständigen Übertragungsbehörde.....	75
3.	Zusammenfassung.....	76
C.	Innungen als „Handwerkskammern“ i.S.d. § 18 Abs. 1 KrW-/AbfG?.....	76
I.	Problemstellung.....	76
II.	Bedeutung des § 18 Abs. 1 KrW-/AbfG im Regelungsgefüge der §§ 16 – 18 KrW-/AbfG.....	77
III.	Adressat der Vorschrift – „Selbstverwaltungskörperschaften der Wirtschaft“.....	79
IV.	Einbeziehung von Innungen.....	80
1.	Funktion und Struktur von Innungen im Vergleich zu Kammern.....	80
2.	Einbeziehung nach dem Wortlaut.....	81
3.	Sonstige Auslegungskriterien.....	82
a)	Historische Auslegung.....	83
b)	Systematische Auslegung.....	85
c)	Teleologische Auslegung.....	86
V.	Analoge Anwendung?.....	88
VI.	Zusammenfassung.....	89
D.	Zuverlässigkeit von Dritten i.S.d. § 16 Abs. 1 Satz 3 KrW-/AbfG.....	90
I.	Einleitung.....	90
II.	Kriterien der Zuverlässigkeit.....	91
1.	Persönliche Zuverlässigkeitsmerkmale.....	92
2.	Sachliche bzw. fachliche Zuverlässigkeitsmerkmale.....	93
III.	Verantwortlichkeit des Auftraggebers.....	94

1.	Grundlage der Sorgfaltspflichten des Auftraggebers aufgrund des Zuverlässigkeitserfordernisses.....	94
2.	Allgemeine Grundsätze der Verantwortlichkeit des Auftraggebers.....	95
	a) Zivilrechtliche Verantwortlichkeit	96
	b) Öffentlich-rechtliche Verantwortlichkeit des Auftraggebers.....	97
	c) Strafrechtliche Verantwortlichkeit	98
	d) Differenzierung zwischen öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Entsorgungsträgern?	99
3.	Auf die Zuverlässigkeitsprüfung bezogene Sorgfaltspflichten des Auftraggebers	99
	a) Sorgfaltspflicht bei Auswahl des „Dritten“	100
	b) Aufsichtspflichten bezogen auf die dauerhafte Zuverlässigkeit des Dritten	102
4.	Instrumente der Verantwortungswahrnehmung	104
	a) Nachweise bei der Auswahl des Dritten, insbesondere bei Entsorgungsfachbetrieben	104
	b) Vertragsgestaltung	106
	c) Beaufsichtigung während der Leistungserbringung.....	107
	d) Überwachung nach den §§ 40 ff. KrW-/AbfG	107
5.	Zusammenfassung	110

Teil 2: EINZELFRAGEN DER AUSNAHMEN VOM ANWENDUNGSBEREICH DES KREISLAUFWIRTSCHAFTS- UND ABFALLGESETZES UND DER ALLGEMEINEN ÜBERWACHUNG 112

E. Einzelfragen der Ausnahmen vom Anwendungsbereich des Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetzes..... 112

I.	Methodische Vorüberlegungen	112
	1. Regelungstechnik des § 2 Abs. 2 KrW-/AbfG.....	113
	2. Grundzüge der Regelungszwecke der Ausnahmetatbestände.....	114
	3. Verhältnis zu den Fachgesetzen	118
	a) Ergänzende und konkretisierende Anwendung des KrW-/AbfG bei Vorliegen einer Ausnahme nach § 2 Abs. 2 KrW-/AbfG?	119
	b) Spezialität einzelner Regelungen von Fachgesetzen?.....	121
II.	Abgrenzung zwischen Abfallrecht und Tierkörperbeseitigungsrecht (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 KrW-/AbfG)	122
	1. Einleitung	122
	2. Regelungsgehalt des TierKBG.....	123
	3. Relevante Fallgruppen	125
	4. Die „nach dem TierKBG zu beseitigenden“ Stoffe.....	128
	a) Fallgruppe 1: Tierkörper(teile) und Erzeugnisse, die der Beseitigungspflicht in einer Anstalt unterliegen	128
	b) Fallgruppe 2: Tierkörper(teile) und Erzeugnisse, die nicht der Beseitigungspflicht in einer Anstalt unterliegen	129
	aa) Fallgruppe 2a: Tierkörper(teile) und Erzeugnisse, deren Beseitigung besonderen Anforderungen des TierKBG unterliegt.....	130
	aaa) Tierkörper i.S.v. § 5 Abs. 2 TierKBG, für die das TierKBG das Vergraben auf dafür zugelassenem bzw. eigenem,	

	geeigneten Gelände oder das Verbrennen in Abfallbeseitigungsanlagen zulässt.....	132
	bbb) Tierkörperteile, die gem. § 6 Abs. 2 Nr. 2 TierKBG Betrieben zur technischen Bearbeitung und industriellen Verarbeitung zugeführt werden.....	134
	ccc) Tierkörper(teile) und Erzeugnisse, bei denen die Behörde durch eine Anordnung nach § 8 TierKBG eine an sich bestehende Beseitigungspflicht durch eine andere Einwirkung (z. B. Verfüttern) ersetzen kann.....	137
	bb) Fallgruppe 2b: Tierkörper(teile) und Erzeugnisse, deren Beseitigung keinen besonderen Anforderungen des TierKBG unterliegt.....	138
	aaa) Tierkörper(teile) anderer Tiere i.S.v. § 5 Abs. 1 Satz 2 TierKBG, für die die zuständige Behörde keine Beseitigungspflicht im Einzelfall angeordnet hat.....	138
	bbb) Tierkörperteile und Erzeugnisse, für die gem. §§ 6 Abs. 2 Nr. 3, 7 Abs. 2 TierKBG Ausnahmen von der Beseitigungspflicht bestehen.....	141
	4. Zusammenfassung	142
III.	Zur Abgrenzung zwischen Abfallrecht und Bergrecht (§ 2 Abs. 2 Nr. 4 KrW-/AbfG)	145
	1. Einleitung	145
	2. Abfälle aus einem der Bergaufsicht unterstehenden Betrieb.....	146
	3. Anfall der Abfälle „ <i>unmittelbar und üblicherweise nur</i> “ bei einer bergbaulichen Tätigkeit	148
	a) Üblicher Anfall nur im Bergbau	149
	b) Unmittelbarkeitskriterium	151
	aa) Der unmittelbare betriebliche Zusammenhang i.S.d. Bergrechts	152
	bb) Bedeutung des Unmittelbarkeitsmerkmals	155
	cc) Räumliche Entfernung zwischen Anfallort und dem Ort der weiteren Behandlung oder Entsorgung.....	159
	dd) Behandlung oder Entsorgung der Abfälle außerhalb des Bergbaubetriebes	160
	4. Mittelbare Anwendung des KrW-/AbfG im Bergrecht	161
	5. Zusammenfassung	163
IV.	Abgrenzung zwischen Abfallrecht und Wasserrecht (§ 2 Abs. 2 Nr. 6 KrW-/AbfG)	165
	1. Einleitung	165
	2. Das anwendbare Recht <i>nach</i> Beginn der Einleitung oder Einbringung	166
	3. Das anwendbare Recht <i>vor</i> Beginn der Einleitung oder Einbringung. 169	
	a) Die wasserrechtlichen Vorschriften zur Abwasserbeseitigung (§§ 18a bis 18c WHG).....	170
	b) Der Abwasserbegriff des WHG	171
	c) Abwasser als Abfall i.S.d. KrW-/AbfG.....	174
	d) Kollisionslage zwischen Abwasser- und Abfallrecht - Lösungsvorschlag	175
	aa) Kein genereller Ausschluss des Abfallrechts	175

bb)	Spezialität der Vorschriften zur Abwasserbeseitigung	177
4.	Anwendbares Recht bei der Entnahme von Stoffen aus Gewässern .	180
5.	Zusammenfassung	181
V.	Abgrenzung des Abfallrechts von der Kampfmittelbeseitigung (§ 2 Abs. 2 Nr. 7 KrW-/AbfG)	183
1.	Einleitung	183
2.	Begriffsbestimmungen und Definitionsansätze	186
a)	Bundesrechtliche Definitionen	186
b)	Landesrechtliche Definitionen	189
c)	Einbeziehung von Kampfstoffen, die sich außerhalb von Kampfmitteln i. e. S. befinden.....	192
d)	Nach welchen Vorschriften sind „Kampfmittel“ zu entsorgen?...	195
e)	Verhältnis zu § 58 KrW-/AbfG	196
f)	Zusammenfassung.....	197
F.	Maßnahmen der Überwachung nach § 40 Abs. 1 KrW-/AbfG.....	199
I.	Gegenstand der Überwachung nach § 40 KrW-/AbfG	199
1.	Vermeidung, Verwertung und Beseitigung von Abfällen	199
a)	Vermeidung von Abfällen	199
b)	Verwertung und Beseitigung von Abfällen.....	200
2.	Reichweite der Überwachung	201
3.	Abgrenzung zu Kompetenzbereichen anderer Überwachungsbehörden	204
II.	Maßnahmen der Überwachung nach § 40 Abs. 1 KrW-/AbfG.....	208
1.	Verhältnis zu § 40 Abs. 2 – 4 KrW-/AbfG	208
2.	Verhältnis zu den §§ 42 ff. KrW-/AbfG	208
3.	Beschränkung auf Handeln ohne Eingriffscharakter?	209
4.	Mögliche Maßnahmen nach § 40 Abs. 1 KrW-/AbfG.....	211
III.	Durchsetzbarkeit der Maßnahmen und Sanktionierung von festgestellten Verstößen	213
IV.	Zeitpunkt und Dauer der Maßnahmen	214
V.	Adressaten der Maßnahmen	215
VI.	Überwachende Personen	217
VII.	Zusammenfassung	217
G.	Abstract des Gutachtens in deutsch und englisch.....	219
H.	Kurzfassung des Gutachtens	221
	LITERATURVERZEICHNIS	239

VORBEMERKUNG

Im Rahmen des UFO-Plans 1998 sind die Forschungsnehmer vom Umweltbundesamt beauftragt worden, ein Rechtsgutachten zu praktisch relevanten Auslegungsproblemen des Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetzes (KrW-/AbfG) auf ausgewählten Themenfeldern zu erstellen. Der erste Teil des Gutachtens behandelt vor allem Rechtsfragen der Organisation der Abfallentsorgung im Kontext der öffentlichen und privaten Entsorgungsverantwortung. Erörtert wird insbesondere der Bedeutungsgehalt des Begriffs der „überwiegenden öffentlichen Interessen“ im Zusammenhang mit den Überlassungspflichten und der Pflichtenübertragung. Weiter werden Fragen der Bildung von Einrichtungen nach § 18 Abs. 1 KrW-/AbfG und die Merkmale der Zuverlässigkeit von Drittbeauftragten nach § 16 Abs. 1 Satz 3 KrW-/AbfG und die Verantwortlichkeit des Auftraggebers untersucht.

Der zweite Teil des Gutachtens befasst sich im Schwerpunkt mit Einzelfragen der Ausnahmen vom Anwendungsbereich des Abfallrechts (§ 2 Abs. 2 KrW-/AbfG). Gutachterlich behandelt wird die Abgrenzung des Abfallrechts zum Tierkörperbeseitigungsrecht, zum Bergrecht, zum Wasserrecht und zum Recht der Kampfmittelbeseitigung. Gegenstand dieses Teils sind ferner Art und Umfang der Maßnahmen der Überwachung nach § 40 Abs. 1 KrW-/AbfG.

Teil 1: ÖFFENTLICHE UND PRIVATE ABFALLENTSORGUNG

A. Der Begriff der „überwiegenden öffentlichen Interessen“ in §§ 13 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 3 Satz 1 Nr. 3, 16 Abs. 2 Nr. 3, 17 Abs. 3 Nr. 3 Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz¹

I. Einleitung

Das KrW-/AbfG hat den Begriff der „überwiegenden öffentlichen Interessen“ in verschiedenen Normen und unterschiedlichen Regelungskontexten aufgenommen. Hierbei lassen sich grob zwei Regelungskontexte unterscheiden: Zum einen können überwiegende öffentliche Interessen die Überlassungspflicht an den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger begründen (§ 13 Abs. 1 Satz 2, Abs. 3 Satz 1 Nr. 3), zum anderen stellen entgegenstehende überwiegende öffentliche Interessen ein Ausschlusskriterium für die Pflichtenübertragung dar (§ 16 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3, § 17 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3, § 18 Abs. 2 Satz 2 i.V.m. § 17 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3). Entsprechend dieser Grobeinteilung ist der Bedeutungsgehalt der „überwiegenden öffentlichen Interessen“ in den Konstellationen Überlassungspflicht und Pflichtenübertragung getrennt zu untersuchen. Diese Vorgehensweise ist auch deshalb angebracht, weil den Konstellationen „Begründung der Überlassungspflicht“ und „Ausschluss der Pflichtenübertragung“ verschiedene Vorgängerregelungen zugrunde liegen:

Hinsichtlich der Begründung von Überlassungspflichten ist auf die Vorgängerregelung des § 1 Abs. 3 Nr. 7 Abfallgesetzes von 1986² einzugehen, die sich auf gewerbliche Sammlungen bezieht und fast wörtlich in § 13 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 KrW-/AbfG übernommen wurde.³ Hinsichtlich der Pflichtenübertragung ist die Vorgängerregelung des § 4 Abs. 2 Tierkörperbeseitigungsgesetz anzusprechen, die ebenfalls den Begriff der „überwiegenden öffentlichen Interessen“ enthält. Sodann ist der Begriff der „überwiegenden öffentlichen Interessen“ im aktuellen systematischen Regelungskontext des KrW-/AbfG zu interpretieren, wobei schwerpunktmäßig zu untersuchen ist, inwieweit es aufgrund der Neuverteilung der Entsorgungspflichten durch das KrW-/AbfG geboten ist, den Bedeutungsgehalt der „überwiegenden öffentlichen Interessen“ abweichend von der früheren Rechtslage zu bestimmen.

¹ Gesetz zur Förderung der Kreislaufwirtschaft und Sicherung der umweltverträglichen Beseitigung von Abfällen vom 27.09.1994, BGBl. I, S. 2705.

² Gesetz über die Vermeidung und Entsorgung von Abfällen vom 27.08.1986; BGBl. I, S. 1410.

³ § 13 Abs. 1 Satz 2 KrW-/AbfG hat im AbfG 1986 keine entsprechende Vorläuferregelung.

II. Überlassungspflichten begründende überwiegende öffentliche Interessen

Der Begriff der „überwiegenden öffentlichen Interessen“ wird innerhalb des § 13 KrW-/AbfG sowohl in Abs. 1 Satz 2 als auch in Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 verwandt und dient in beiden Fällen der Begründung einer Überlassungspflicht an die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger. Im Kontext des § 13 Abs. 1 Satz 2 KrW-/AbfG begründen überwiegende öffentliche Interessen eine Überlassungspflicht für Abfälle zur Beseitigung aus anderen Herkunftsbereichen (als aus privaten Haushalten), für die an sich die Möglichkeit der Abfallbeseitigung in eigenen Anlagen des Erzeugers oder Besitzers besteht. Im Kontext des § 13 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 KrW-/AbfG begründen die „überwiegenden öffentlichen Interessen“ die Überlassungspflicht für Abfälle zur Verwertung aus privaten Haushalten, für die an sich die Möglichkeit der Weitergabe an eine gewerbliche Sammlung besteht.⁴ Der Inhalt des unbestimmten Rechtsbegriffs der „überwiegenden öffentlichen Interessen“ ist dabei umstritten.

Zum Zwecke der historischen Auslegung ist zunächst – nachfolgend 1. – die Rechtslage nach dem Abfallgesetz von 1986 zu untersuchen, da die Regelung in § 13 Abs. 3 Satz 1 Nrn. 2 und 3 KrW-/AbfG die Sonderregelung in § 1 Abs. 3 Nrn. 6 und 7 Abfallgesetz fast wörtlich fortschreibt. Die Bundesregierung hat im Gesetzgebungsverfahren zum KrW-/AbfG in ihrer Gegenäußerung zur Stellungnahme des Bundesrates ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Fassung des jetzigen § 13 Abs. 3 KrW-/AbfG dem bisherigen, nach Auffassung der Bundesregierung sachgerechten § 1 Abs. 3 Nr. 7 AbfG 1986 entspreche.⁵ Die Entstehungsgeschichte gibt also die Absicht des Gesetzgebers zu erkennen, das bisherige Verständnis der „überwiegenden öffentlichen Interessen“ jedenfalls bezüglich der gewerblichen Sammlungen und ihrer Voraussetzungen fortführen zu wollen. Folglich ist die Auslegungspraxis zu § 1 Abs. 3 Nr. 7 Abfallgesetz, der einen identischen Begriff des „öffentlichen Interesses“ enthält, nach dem Willen des Gesetzgebers bei der Konkretisierung des Begriffs der „überwiegenden öffentlichen Interessen“ in § 13 Abs. 3 Nr. 3 KrW-/AbfG zu berücksichtigen.⁶ Ist im Rahmen des § 13 KrW-/AbfG das Merkmal der „überwiegenden öffentlichen Interessen“ einheitlich zu bestim-

⁴ S. hierzu ausführlich *Bree*, Die Privatisierung der Abfallentsorgung nach dem KrW-/AbfG, S. 101 ff.

⁵ BT-Drucks. 12/5672, S. 134.

⁶ Insoweit zutreffend *Wissing*, Überlassungspflichten begründende Gemeinwohlinteressen im System des KrW-/AbfG, S. 123f.; *Pippke*, Öffentliche und private Abfallentsorgung, S. 70.

men, so wäre damit zugleich ein Gesichtspunkt für die Auslegung des § 13 Abs. 1 Satz 2 KrW-/AbfG gewonnen.

Deshalb folgen im Anschluss an den Rückblick in das Abfallgesetz - nachfolgend 2. - Überlegungen, ob der Begriff der „überwiegenden öffentlichen Interessen“ im Sinne des § 13 Abs. 1 Satz 2 KrW-/AbfG einerseits und des § 13 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 KrW-/AbfG nach einheitlichen Auslegungsgrundsätzen zu bestimmen ist. Danach - nachfolgend 3. - ist auf den begrifflichen Inhalt der „öffentlichen Interessen“ im Einzelnen einzugehen. Schließlich sind Kriterien - nachfolgend 4. - für ein „Überwiegen“ der öffentlichen Interessen gegenüber widerstreitenden Belangen zu bestimmen.

1. Der Begriff der „überwiegenden öffentlichen Interessen“ im Abfallgesetz von 1986

§ 1 Abs. 3 Abfallgesetz bestimmte diejenigen Stoffe, für die die Vorschriften dieses Gesetzes nicht gelten. Abs. 3 Nr. 7 der Vorschrift benennt als solche diejenigen Stoffe, ausgenommen die von den §§ 2 Abs. 2 und 3, 5, 5a und 15 Abfallgesetz erfassten, die durch gewerbliche Sammlung einer ordnungsgemäßen Verwertung zugeführt werden, sofern dies den entsorgungspflichtigen Körperschaften nachgewiesen wird und nicht überwiegende öffentliche Interessen entgegenstehen. Der Anknüpfungspunkt für die Privilegierung der gemeinnützigen und gewerblichen Sammlungen nach dem KrW-/AbfG ist deshalb ein anderer als nach dem Abfallgesetz: Während § 1 Abs. 3 Nrn. 6 und 7 Abfallgesetz die gemeinnützigen und gewerblichen Sammlungen aus dem Anwendungsbereich des Abfallgesetzes herausnahm, bewirkt § 13 Abs. 3 Satz 1 Nrn. 2 und 3 KrW-/AbfG nun eine Freistellung von der Überlassungspflicht an die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger.⁷

In der Begründung des Gesetzentwurfs zum Abfallgesetz 1986 ging die Bundesregierung davon aus, dass „die Verwertung von Abfällen im Rahmen der Abfallbeseitigung die hergebrachte Altstoffeffassung über gewerbliche und karitative Sammlungen nicht entbehrlich macht oder behindern wird“.⁸ Aufgrund der nach damaliger Rechtslage fehlenden

⁷ Vgl. *Hölscher*, ZUR 1995, 176, 179; *Arndt*, Kreislaufwirtschaft und kommunale Entsorgung, 1996, S. 79; *Beckmann/Kersting*, BB 1997, 161, 167.

⁸ BT-Drucks. 10/2885, S. 11.

Abfalleigenschaft der den karitativen und gewerblichen Sammlungen zur Verwertung übergebenen Stoffe hätte es der Einfügung der Nrn. 6 und 7 in § 1 Abs. 3 Abfallgesetz an sich jedoch nicht bedurft.⁹ So hat der BGH in einer Entscheidung zur rechtlichen Qualifizierung von Altglas, das in Sammelbehältern eines (gewerblichen) VerwerTERS gesammelt und als Rohstoff an Glashütten veräußert wird, festgestellt, dass hier weder der objektive noch der subjektive Abfallbegriff erfüllt ist.¹⁰ Die - insofern deklaratorische - Einfügung der Nrn. 6 und 7 in § 1 Abs. 3 Abfallgesetz sollte die Möglichkeit von karitativen und gewerblichen Sammlungen unter den in diesen Nummern enthaltenen Vorgaben ausdrücklich gewährleisten.¹¹ Die Zulässigkeit gewerblicher Sammlungen wurde allerdings von zusätzlichen Voraussetzungen abhängig gemacht, nämlich vom Nachweis einer ordnungsgemäßen Verwertung gegenüber der entsorgungspflichtigen Körperschaft und davon, dass keine überwiegenden öffentlichen Interessen entgegenstehen.

Der Begriffsinhalt der überwiegenden öffentlichen Interessen in § 1 Abs. 3 Nr. 7 Abfallgesetz ist in der zum Abfallgesetz 1986 vorliegenden Literatur ähnlich umstritten wie die systematische Einordnung der Norm. Insbesondere bilden sich in der Interpretation dieses Rechtsbegriffs die unterschiedlichen abfallwirtschaftlichen Interessenlagen ab. In einer Stellungnahme des Innenausschusses im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens heißt es zur Begründung der Vorschrift lediglich, dass die zusätzlichen Schranken für gewerbliche Sammlungen „im Interesse des Umweltschutzes“ vorgesehen seien.¹² Weiter ist der Stellungnahme zu entnehmen, dass die Ergänzung um die Nrn. 6 und 7 auch auf geäußerte Bedenken der kommunalen Spitzenverbände zurückgeht. Zudem wird erläuternd darauf hingewiesen, dass nunmehr zwischen gemeinnützigen und gewerblichen Sammlungen unterschieden werde, die unterschiedlichen Anforderungen unterworfen würden. Diese Lösung entspreche sowohl den Interessen der Kommunen als auch dem privatwirt-

⁹ S. *Schwermer*, in *Kunig/Schwermer/Versteyl*, AbfG, 2. Aufl. 1992, Rn. 77 zu § 1; *Kersting*, Die Abgrenzung zwischen Abfall und Wirtschaftsgut, 1992, S. 107; a.A. *Bickel*, NuR 1992, 361, 362.

¹⁰ BGHZ 110, 210; *Schweer*, DB 1986, 2371, 2372; BT-Drucks. 10/5656, S. 51.

¹¹ S. BT-Drucks. 10/5656, S. 55; entsprechend der Empfehlung des Wirtschaftsausschusses vom 19.2.1986, BT-Drucks. 10/5656, S. 38f.; vgl. auch *Hösel/v. Lersner*, Recht der Abfallbeseitigung, AbfG, § 1 Rn. 20.

¹² BT-Drucks. 10/5656, S. 55f.

schaftlichen Interesse, Sammlungen nicht zu beeinträchtigen, soweit dies vertretbar sei.¹³

Wenn demnach die unterschiedlichen Schrankenvorbehalte für gemeinnützige und gewerbliche Sammlungen auch den Interessen der Kommunen dienen sollten, so machte diese Formulierung nur Sinn, wenn die zusätzliche Schranke der überwiegenden öffentlichen Interessen bei gewerblichen Sammlungen auch im Interesse der Gemeinden geschaffen werden sollte. Diese Überlegung wird unterstützt durch die Bemerkung des Innenausschusses, dass seitens der kommunalen Spitzenverbände gegenüber der vorgeschlagenen Gesetzesfassung keine Bedenken mehr erhoben wurden, nachdem vorgesehen worden war, dass bei gewerblichen Sammlungen der beseitigungspflichtigen Körperschaft gegenüber der Nachweis ordnungsgemäßer Verwertung erbracht werden müsse und öffentliche Belange nicht entgegenstehen dürften.¹⁴

1984 hatten die Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände und der Verband Kommunaler Städtereinigungsbetriebe in ihrer gemeinsamen Stellungnahme zum Entwurf der 4. Novelle des Abfallbeseitigungsgesetzes noch nachdrücklich darauf hingewiesen, dass die Verwertung von Abfällen ein Teilaspekt der Abfallbeseitigung sei und sich demnach als Bestandteil der den öffentlich-rechtlichen Körperschaften zugewiesenen umfassenden Abfallbeseitigungspflicht darstelle.¹⁵ Die Abfallverwertung gehöre folglich ebenso zum kommunalen Aufgabenbestand wie die Beseitigung im engeren Sinne; auch die Abfallverwertung unterfalle danach der primären Zuständigkeit der Kommunen.¹⁶

Auch *Kersting* gelangt in seiner Untersuchung der Entstehungsgeschichte des § 1 Abs. 3 Nr. 7 Abfallgesetz zu der Überzeugung, dass kommunale Interessen an einer funktionsfähigen öffentlichen Entsorgung durch das Tatbestandsmerkmal des „öffentlichen Interesses“ geschützt werden sollten.¹⁷ Die zu § 1 Abs. 3 Nr. 7 Abfallgesetz vorliegende Literatur folgt ganz überwiegend dieser Sichtweise: Insbesondere wird dargelegt, die entsorgungspflichtigen Körperschaften könnten den

¹³ BT-Drucks. 10/5656, S. 55.

¹⁴ BT-Drucks. 10/5656, S. 56.

¹⁵ S. *Bothe/Müller*, Der Städtetag 1984, 630, 635.

¹⁶ *Bothe/Müller*, a.a.O.

¹⁷ *Kersting*, Die Abgrenzung zwischen Abfall und Wirtschaftsgut, S. 112.

gewerblichen Unternehmen überwiegende öffentliche Interessen dann entgegenhalten, wenn deren Tätigkeit tatsächlich die Entsorgungskonzeption der Körperschaft gefährde und eine langfristig gesicherte und wirtschaftlich kalkulierte Abfallverwertung, die sowohl im Gebühreninteresse aller Kreisbürger als auch im Interesse des Umweltschutzes liege, damit in Frage gestellt wäre.¹⁸ Damit erhalte die entsorgungspflichtige Körperschaft ein Steuerungsmittel zur Durchsetzung ihrer Entsorgungskonzeption.¹⁹ So stünden überwiegende öffentliche Interessen beispielsweise einer gewerblichen Altpapier-Sammlung entgegen, wenn eine Kommune ein funktionierendes Getrenntsammlungssystem für Altpapier aufgebaut habe und danach ein Privatunternehmen ein Konkurrenzsystem anböte, das die kommunale Einrichtung gefährde.²⁰ Ins Gewicht falle auch, dass die Abhängigkeit privater Verwertungstätigkeit von den jeweiligen Marktverhältnissen zu Schwankungen hinsichtlich des von den Kommunen zu entsorgenden Abfallaufkommens führen und damit die Gesamtplanung im Abfallbereich einschließlich der Investitionsplanung außerordentlich erschweren kann.²¹ Im Rahmen der Auslegung der öffentlichen Interessen sei daher dem berechtigten Interesse der Körperschaft an der Erhaltung der Planungsgrundlage für ihre Organisations- und Investitionsentscheidungen Rechnung zu tragen.²² Auch dann, wenn einer kommunalen Verwertung in Form der Energieerzeugung durch die gewerbliche Sammlung heizwerthaltige Stoffe entzogen würden und die Energieerzeugung demzufolge nicht mehr im bisherigen Umfang durchgeführt werden könne, könnten öffentliche Interessen geltend gemacht werden.²³

Zusammenfassend sind die zu schützenden öffentlichen Interessen dann betroffen, wenn gewerbliche Sammler durch ihre Aktivitäten die kommunale Entsorgung in nicht unerheblicher Weise beeinträchtigen, bzw. wenn eine flächendeckende, kostengünstige öffentliche Entsorgung nicht mehr möglich wäre.²⁴ Damit hat der Gesetzgeber in gewisser

¹⁸ *Knauber*, Eildienst Landkreistag Nordrhein-Westfalen 1986, 362, 365.

¹⁹ *Knauber*, aaO.

²⁰ *Jung*, Informationen zur Raumentwicklung 1988, 675, 676.

²¹ *Bartels*, Abfallrecht 1987, S. 34.

²² *Cronauge*, Städte- und Gemeinderat 1987, 99, 103.

²³ *Bruns/Jasper*, VR 1987, 365, 367.

²⁴ *Bartels*, Abfallrecht 1987, S. 34; *Bergmüller*, BayVBl. 1987, 193, 194; *Deubert*, Kommunale Kompetenzen im Bereich der Abfallwirtschaft, 1992, S. 54; *Kersting*, Die Abgrenzung zwischen Abfall und Wirtschaftsgut, S.

Weise einen wirtschaftlichen Schutz öffentlicher Sammlungen vor gewerblicher Konkurrenz bewirkt.²⁵

Im Hinblick auf die Gewährleistung der Berufsfreiheit wurde eine Unterbindung der privaten Verwertung wegen entgegenstehender öffentlicher Interessen allerdings an weitere Voraussetzungen geknüpft.²⁶ Wegen der immensen Drittbelastung müssten an eine „Einschlussentscheidung“ höhere Anforderungen als an den Ausschluss von Abfällen aus der öffentlichen Entsorgung nach § 3 Abs. 3 Abfallgesetz gestellt werden.²⁷ Nach allgemeiner Auffassung reiche ein bloßes finanzielles Interesse an einer Eigenverwertung nicht aus, d.h. die entsorgungspflichtige Körperschaft hatte nicht die Möglichkeit, allein zum Zweck der Erzielung von Einnahmen bestimmte Segmente der Abfallwirtschaft dem Regime des Abfallrechts zu unterwerfen. Nur eine existentielle Gefährdung der öffentlichen Entsorgung könne eine solche Maßnahme aus Gründen des Allgemeinwohls rechtfertigen; der entsorgungspflichtigen Körperschaft müssten ohne eine Einbeziehung unzumutbare Kosten entstehen.²⁸ Auch dürfte ein kommunales Getrenntsammlungssystem nicht durchgesetzt werden, wenn ausreichend effiziente private Einsatzsysteme existieren.²⁹

Umstritten war die rechtliche Bewertung jedoch insbesondere für den Fall, dass einer bestehenden kommunalen Entsorgungseinrichtung durch nachträglich eingerichtete gewerbliche Sammlungen Abfälle in einem Umfang entzogen werden, der eine wirtschaftlich vertretbare Auslastungsquote nicht mehr zulässt. Insbesondere wurde unter der Geltung des § 1 Abs. 3 Nr. 7 Abfallgesetz problematisiert, ob ein verfassungswidriger Eingriff in die Rechtsstellung des Altstoffgewerbes vor-

112; *Rabanus*, Der bundesrechtliche Abfallbegriff, 1993, S. 151ff.; *Birn/Jung*, Abfallbeseitigungsrecht für die betriebliche Praxis, Anm. 3.7 zu § 1 fordern eine Gefährdung der Entsorgungs-Infrastruktur.

²⁵ *Hösel/v. Lersner*, Recht der Abfallbeseitigung, AbfG, § 1 Rn. 29.

²⁶ Vgl. *Schwermer*, in: *Kunig/Schwermer/Versteyl*, AbfG, 2. Aufl. 1992, Rn. 79 zu § 1; vgl. auch *Hösel/v. Lersner*, Recht der Abfallbeseitigung, AbfG, § 1 Rn. 29; *Lange*, *GewArch* 1996, 217, 220.

²⁷ *Struß*, *Abfallwirtschaftsrecht*, S. 43.

²⁸ *Struß*, aaO.

²⁹ So z.B. *Jung*, *Informationen zur Raumentwicklung* 1988, 675, 676; so auch *Klages*, *Vermeidungs- und Verwertungsgebote als Prinzipien des Abfallrechts*, 1991, S. 61.

liegt bzw. inwieweit der Begriff der überwiegenden öffentlichen Interessen in Hinblick auf die Berufsfreiheit eng auszulegen ist.³⁰

2. Einheitliche Auslegungsgrundsätze für den Begriff der „überwiegenden öffentlichen Interessen“ in § 13 Abs. 1 Satz 2 und § 13 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 KrW-/AbfG

Nachdem auf die Vorgängerregelung des § 1 Abs. 3 Nr. 7 Abfallgesetz eingegangen wurde, ist nun zu prüfen, welchen Begriffsinhalt „überwiegende öffentliche Interessen“ dort haben, wo sie nach heutiger Rechtslage Überlassungspflichten an den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger begründen. Die jeweils durch das Kriterium der überwiegenden öffentlichen Interessen herbeigeführte Unterwerfung unter das Abfallrecht nach früherer Rechtslage entspricht strukturell der durch dasselbe Kriterium herbeigeführten Überlassungspflicht nach heutiger Rechtslage.³¹

a) Verteilung der Entsorgungsverantwortung

Als ein Merkmal des neuen Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetzes gilt eine modifizierte Aufgabenverteilung zwischen öffentlichen und privaten Entsorgungsträgern.³² Das Ziel des Bundesgesetzgebers war es demnach, Pflichten zur Vermeidung, Verwertung und Entsorgung von Abfällen weitgehend auf den privaten Sektor zu übertragen und auf diese Weise die bislang nach dem Abfallgesetz vorgesehene Verpflichtung der öffentlichen Hand zur Abfallentsorgung zu durchbrechen.³³ Aufgrund der in den §§ 5 Abs. 2 und 11 Abs. 1 KrW-/AbfG zum Ausdruck kommenden gesetzgeberischen Grundentscheidung für die private Entsorgungsverantwortung könnte nun eine restriktivere Auslegung des Begriffs der „öffentlichen Interessen“ geboten sein. Dies läge insbesondere dann nahe, wenn man ein Regel-Ausnahme-Verhältnis in der Form annähme, dass die Grundpflichten der §§ 5 Abs. 2 und 11 Abs.1

³⁰ Vgl. Klages, Vermeidungs- und Verwertungsgebote als Prinzipien des Abfallrechts, S. 61, der im Falle der Geltendmachung überwiegender öffentlicher Interessen von einer objektiven Zulassungsschranke im Sinne der Rechtsprechung des BVerfG zur Berufsfreiheit ausgeht.

³¹ Vgl. Kunig, in: Kunig/Paetow/Versteyl, KrW-/AbfG § 13 Rn. 2, 36.

³² Petersen/Rid, NJW 1995, 7, 13.

³³ Schink, der gemeindehaushalt 1994, 241, 242.

KrW-/AbfG stets die Regel und die Überlassungspflicht des § 13 KrW-/AbfG stets die Ausnahme darstellten.³⁴

Um bestimmen zu können, ob und inwieweit sich die Neuverteilung der Entsorgungspflichten durch das KrW-/AbfG auch in der Auslegung seiner unbestimmten Rechtsbegriffe niederschlägt, ist zunächst die tatsächliche Ausgestaltung der Entsorgungspflichten nach dem KrW-/AbfG unter Berücksichtigung der Gesetzgebungsgeschichte genauer darzustellen. Hierbei ist entsprechend der Konzeption des KrW-/AbfG zwischen „Abfällen aus privaten Haushaltungen“ und „Abfällen zur Beseitigung aus anderen Herkunftsbereichen“ zu unterscheiden. Aus der gesetzlichen Gestaltung der Entsorgungspflichten für Abfälle aus privaten Haushaltungen können möglicherweise Rückschlüsse gezogen werden für die Auslegung des Begriffs der „überwiegenden öffentlichen Interessen“ in § 13 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 KrW-/AbfG, da die in dieser Norm angesprochenen gewerblichen Sammlungen Abfälle zur Verwertung aus privaten Haushaltungen betreffen. Aus der Gestaltung der Entsorgungspflichten für Abfälle zur Beseitigung aus anderen Herkunftsbereichen können möglicherweise Rückschlüsse gezogen werden für die Auslegung des Begriffs der „überwiegenden öffentlichen Interessen“ in § 13 Abs. 1 Satz 2 KrW-/AbfG, da durch diese Norm Überlassungspflichten durch überwiegende öffentliche Interessen begründet werden.

In beiden Konstellationen führt die Erfüllung des Merkmals „überwiegende öffentliche Interessen“ zu einer Überlassungspflicht an die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger, obwohl ohne Berücksichtigung öffentlicher Interessen in beiden Fällen eine andere Entsorgungsalternative bestünde. Im Falle des § 13 Abs. 1 Satz 2 KrW-/AbfG bestünde die Möglichkeit der Beseitigung in eigenen Anlagen; im Falle des § 13 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 KrW-/AbfG bestünde die Möglichkeit, die Abfälle einer gewerblichen Sammlung zuzuführen.

³⁴ So z.B. ausdrücklich *Wissing*, Überlassungspflichten begründende Gemeinwohlinteressen im System des KrW-/AbfG, S. 108f.

Bei der Auslegung des Begriffs der „überwiegende öffentlichen Interessen“ in § 13 Abs. 1 Satz 2 KrW-/AbfG wird man grundsätzlich davon ausgehen können, dass der Gesetzgeber diesem Begriff keinen anderen Bedeutungsgehalt beimessen wollte als dem identischen Terminus in § 13 Abs. 3 Nr. 3 KrW-/AbfG. Es kann nicht angenommen werden, dass der Gesetzgeber ein und denselben Rechtsbegriff innerhalb einer Norm mit zwei unterschiedlichen Bedeutungsgehalten verwenden wollte.

Allerdings kann sich ein anderes Ergebnis aus systematischen Gründen dann ergeben, wenn die Entsorgungspflichten für Abfälle zur Beseitigung aus anderen Herkunftsbereichen zwischen öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern und Privaten grundsätzlich anders verteilt wären als diejenigen für Abfälle aus privaten Haushalten. Wenn beispielsweise für Abfälle zur Beseitigung aus anderen Herkunftsbereichen aus der gesetzlichen Konzeption der Entsorgungspflichten ein Vorrang zugunsten der privaten Beseitigung hergeleitet werden könnte, so wäre dies möglicherweise ein Anhaltspunkt für eine restriktivere Auslegung des Begriffs der „überwiegenden öffentlichen Interessen“ in § 13 Abs. 1 Satz 2 KrW-/AbfG.

Ausgangspunkt für die Bestimmung der Verteilung der Entsorgungspflichten zwischen den Erzeugern und Besitzern der Abfälle auf der einen und den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern auf der anderen Seite ist das Verhältnis der Grundpflichten der §§ 5 Abs. 2 und 11 Abs. 1 KrW-/AbfG zu § 13 KrW-/AbfG. Nach § 5 Abs. 2 KrW-/AbfG sind die Erzeuger oder Besitzer von Abfällen verpflichtet, diese zu verwerten. Nach § 11 Abs. 1 KrW-/AbfG sind die Erzeuger oder Besitzer von Abfällen, die nicht verwertet werden, verpflichtet, diese nach den Grundsätzen der gemeinwohlverträglichen Abfallbeseitigung gemäß § 10 zu beseitigen, soweit in den §§ 13 bis 18 nichts anderes bestimmt ist. § 13 Abs. 1 Satz 1 KrW-/AbfG verpflichtet die Erzeuger oder Besitzer von Abfällen aus privaten Haushaltungen abweichend von § 5 Abs. 2 und § 11 Abs. 1, diese den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern zu überlassen, soweit sie zu einer Verwertung nicht in der Lage sind oder diese nicht beabsichtigen. § 13 Abs. 1 Satz 2 KrW-/AbfG ver-

pflichtet die Erzeuger und Besitzer von Abfällen zur Beseitigung aus anderen Herkunftsbereichen (als aus Haushaltungen), diese den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern zu überlassen, soweit sie die Abfälle nicht in eigenen Anlagen beseitigen oder überwiegende öffentliche Interessen eine Überlassung erfordern.

Der Regelung des § 15 KrW-/AbfG, der die Pflichten der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger definiert, kommt insofern nur bedingt eine eigenständige Bedeutung zu, da die Pflichten der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger daran anknüpfen, dass die Abfälle in ihrem Gebiet angefallen und überlassen sind. Somit wird die Regelung des § 13 KrW-/AbfG zur entscheidenden Verteilungsnorm für die abfallrechtlichen Entsorgungspflichten.³⁵

Für die Beseitigung von Abfällen stellt das Gesetz somit in der Grundpflichtnorm des § 11 Abs. 1 KrW-/AbfG selbst klar, dass die Beseitigungspflicht des Abfallerzeugers oder –besitzers verdrängt wird durch die genannten Überlassungspflichten des § 13 KrW-/AbfG („..., soweit in den §§ 13 bis 18 nichts anderes bestimmt ist“). Für die Verwertung von Abfällen fehlt in § 5 Abs. 2 KrW-/AbfG eine entsprechende Klarstellung, obwohl § 13 Abs. 1 S. 1 KrW-/AbfG die Grundpflichten der Verwertung und der Beseitigung wieder gleichrangig nebeneinander stellt („Abweichend von § 5 Abs. 2 und § 11 Abs. 1 ..“). Dies ist lediglich eine redaktionelle Ungenauigkeit, da die Querverweisung auf § 13 ursprünglich auch für die Verwertungspflicht vorgesehen war, im Vermittlungsausschuss jedoch nur für die Beseitigungspflicht in § 11 Abs. 1 KrW-/AbfG aufgenommen wurde, ohne dass hiermit eine Differenzierung im Verhältnis der Grundpflichten zur Überlassungspflicht in der Sache beabsichtigt war.³⁶

³⁵ Vgl. *Pippke*, Öffentliche und private Abfallentsorgung, S. 63.

³⁶ Vgl. hierzu ausführlich *Dolde/Vetter*, Aktuelle Fragen der Verwertung und Beseitigung von Abfällen nach dem KrW-/AbfG, Rechtsgutachten Mai 1999, S. 18ff.

aa) Entsorgungsverantwortung der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger nach § 13 Abs. 1 Satz 2 KrW-/AbfG als Ausnahmetatbestand?

Nach § 11 Abs. 1 KrW-/AbfG sind die Erzeuger oder Besitzer insoweit zur gemeinwohlverträglichen Abfallbeseitigung gemäß § 10 KrW-/AbfG verpflichtet, als in den §§ 13 bis 18 KrW-/AbfG nichts anderes bestimmt ist. Die Beseitigungspflicht steht insofern unter dem Vorbehalt der Überlassungspflicht des § 13 KrW-/AbfG. Gleichwohl vertreten Teile der Literatur die Ansicht, infolge der zentralen Aussage des § 11 KrW-/AbfG sei die Abfallbeseitigung im Grundsatz nicht mehr eine kommunale Pflichtaufgabe, sondern eine private Aufgabe jeder Person, die unverwertbaren Abfall erzeuge oder besitze; die Abfallbeseitigung sei damit dem Grunde nach privatisiert. Die Inpflichtnahme Privater für die Beseitigung bilde nach der gesetzlichen Konzeption die Regel der neuen Abfallbeseitigungsordnung, die Pflicht zur Überlassung von Abfällen zur Beseitigung die Ausnahme.³⁷

Aus der Verknüpfung von § 11 KrW-/AbfG mit § 13 KrW-/AbfG folgt indes, dass der Gesetzgeber an der originären Entsorgungsverantwortung der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger für die Beseitigung von Abfällen nichts geändert hat.³⁸ Die Grundpflicht der Erzeuger oder Besitzer von Abfällen, diese zu beseitigen, wird von der Überlassungspflicht des § 13 Abs. 1 KrW-/AbfG verdrängt³⁹ bzw. außer Kraft gesetzt.⁴⁰ Soweit die Überlassungspflicht sachlich reicht, ist § 13 Abs. 1 KrW-/AbfG vorrangige Spezialregelung zu §§ 5 Abs. 2 und 11 Abs. 1 KrW-/AbfG.⁴¹ Insofern besteht kein Anhaltspunkt, der Abwägung von öffentlichen und privaten Interessen im Rahmen des § 13 Abs. 1 Satz 2 KrW-/AbfG eine Grundentscheidung des Gesetzes für die private Verantwort-

³⁷ Peine aaO.

³⁸ Weidemann, in: Brandt/Ruchay/Weidemann, KrW-/AbfG, 100 B, § 13 Rn. 44.

³⁹ Dolde/Vetter, Aktuelle Fragen der Verwertung und Beseitigung von Abfällen nach dem KrW-/AbfG, Rechtsgutachten Mai 1999, S. 42.

⁴⁰ Schink, NVwZ 1997, 435.

⁴¹ Weidemann, in: Brandt/Ruchay/Weidemann, KrW-/AbfG, 100 B, § 13 Rn. 46.

tung auch der Beseitigung zugrunde zulegen.⁴² Umgekehrt besteht kein Anhaltspunkt dafür, die generelle Zuständigkeit der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger für Abfälle zur Beseitigung aus Industrie- und Gewerbebetrieben nach den §§ 13 Abs. 1 Satz 2, 15 Abs. 1 Satz 1 KrW-/AbfG für eine restriktive Handhabung der Möglichkeit der Eigenbeseitigung heranzuziehen.⁴³

Maßgeblich für die Verteilung der Entsorgungsverantwortung zwischen öffentlichen und privaten Trägern sind ausschließlich organisationsunabhängige Merkmale wie der Herkunftsbereich der Abfälle sowie der Beseitigungs- und Verwertungsbegriff.

Diese Grenzziehung des Gesetzgebers anhand der abfallrechtlichen Begriffe des KrW-/AbfG darf nicht nachträglich durch eine zweckgeleitete Auslegung korrigiert werden. Soweit der Gesetzgeber die Entsorgungsverantwortung den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern zugewiesen hat, muss für die Auslegung davon ausgegangen werden, dass sich der vom Gesetzgeber verfolgte Zweck in dieser Zuordnung aus seiner Sicht optimal verwirklicht hat. Entsprechendes gilt, soweit der Gesetzgeber die private Entsorgungszuständigkeit bestimmt hat.

bb) Entsorgungspflicht für Abfälle aus privaten Haushaltungen

Für Abfälle aus privaten Haushaltungen gilt, dass die Grundpflicht aus §§ 5 Abs. 2, 11 Abs. 1 KrW-/AbfG nach Maßgabe und in dem Umfang des § 13 Abs. 1 KrW-/AbfG transformiert wird in eine Überlassungspflicht an den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger.⁴⁴ Mit § 13 Abs. 1 Satz 1 KrW-/AbfG wurde eine selbstständige gesetzliche Grundentscheidung für die Abfälle aus privaten Haushaltungen getroffen. Danach

⁴² Fluck, KrW-/AbfG, § 13 Rn. 112.

⁴³ A.A. Queitsch, UPR 1995, 412, 416.

⁴⁴ Pippke, Öffentliche und private Abfallentsorgung, S. 63.

tritt die Pflicht zur Überlassung der Abfälle aus privaten Haushaltungen an die Stelle der in §§ 5, 11 KrW-/AbfG genannten Grundpflichten der Abfallerzeuger und der Abfallbesitzer.⁴⁵ Trotz des „Paradigmenwechsels“ in der Abfallwirtschaft durch das KrW-/AbfG zugunsten privater Entsorgungsverantwortung bleiben die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger damit grundsätzlich zuständig für die Entsorgung von Abfällen aus privaten Haushaltungen.⁴⁶ Die Hausmüllentsorgung ist nach wie vor ein typischer Fall öffentlicher Daseinsvorsorge.⁴⁷ Im Hinblick auf den erweiterten Abfallbegriff kann sogar formuliert werden, dass die Regelung des KrW-/AbfG hinsichtlich der Verwertung von Abfällen aus den privaten Haushaltungen zu einer „Publizierung der Entsorgungsverantwortung“ führe.⁴⁸ Die in §§ 5 und 11 Abs. 1 KrW-/AbfG vorgesehene Aufgabenprivatisierung und Inpflichtnahme läuft hinsichtlich der Hausmüllentsorgung leer, da sie durch § 13 Abs. 1 Satz 1 KrW-/AbfG vollständig republifiziert und in eine Überlassungspflicht des Bürgers verwandelt wird.⁴⁹

Vor diesem Hintergrund kann bezüglich der Abfälle aus privaten Haushaltungen kein für die Auslegung der unbestimmten Rechtsbegriffe in den entsprechenden Normen aussagekräftiges Regel-Ausnahme-Verhältnis zwischen Grundpflichten und Überlassungspflicht angenommen werden.⁵⁰

Das Grundmodell einer Abfallverwertung und –beseitigung durch den Abfallbesitzer wird durch die Bestimmung der Ü-

⁴⁵ *Dolde/Vetter*, Aktuelle Fragen der Verwertung und Beseitigung von Abfällen nach dem KrW-/AbfG, Rechtsgutachten Mai 1999, S. 16; nach *Fluck*, KrW-/AbfG, § 13 Rn. 75, wird durch die Formulierung in § 13 KrW-/AbfG ausdrücklich die Pflicht zur Verwertung und die Pflicht zur umweltverträglichen Beseitigung aufgehoben und eine entsprechende Überlassungspflicht normiert.

⁴⁶ S. *Kahl*, DVBl. 1995, 1327, 1328f.; *Schink*, der gemeindehaushalt 1994, 241, 243; ders., in: Gesellschaft für Umweltrecht: Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz – was ändert sich ?, S. 113, 119; *Versteyl/Wendenburg*, NVwZ 1994, 833, 838.

⁴⁷ *Weidemann*, in: Brandt/Ruchay/Weidemann, KrW-/AbfG, B 100. § 13 Rn. 11, 44f.

⁴⁸ *Hölscher*, ZUR 1995, 176, 179; so auch *Arndt*, Kreislaufwirtschaft und kommunale Entsorgung, 1996, S. 106f.; vgl. auch *Arndt/Walter*, WiVerw 1997, 183, 228; *Pippke*, Öffentliche und private Abfallentsorgung, S. 64;

⁴⁹ *Bree*, Die Privatisierung der Abfallentsorgung nach dem KrW-/AbfG, S. 117.

⁵⁰ S. hierzu unter dem Gesichtspunkt der Beweislastverteilung ausführlich *Walter*, Die Verteilung der Entsorgungspflichten zwischen Abfallverursacher und öffentlich-rechtlichem Entsorgungsträger nach dem KrW-/AbfG, S. 149ff.

berlassungspflichten in § 13 KrW-/AbfG so eingeschränkt, dass für Abfälle aus Haushaltungen letztlich das Grundmodell die Ausnahme darstellt und die gesetzestechnisch als Ausnahme formulierte Überlassungspflicht die Regel.⁵¹ Insofern kann Auffassungen nicht zugestimmt werden, nach denen die Auslegung von § 1 Abs. 3 Nr. 7 AbfG 1986 nicht auf § 13 Abs. 3 Nr. 3 KrW-/AbfG übertragen werden könne, da im KrW-/AbfG die Entsorgungspflicht der öffentlichen Hand in den Hintergrund rücke, und deshalb zugleich die Legitimation für den Schutz von Einrichtungen der öffentlichen Hand entfalle.⁵² Eine restriktive Auslegung des Begriffs der „überwiegenden öffentlichen Interessen“ in § 13 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 KrW-/AbfG kann also nicht mit der Begründung vorgenommen werden, die hierdurch aktivierte Überlassungspflicht stelle auch bei Abfällen aus privaten Haushaltungen nur die Ausnahme dar.⁵³ Bei der Hausmüllentsorgung ist es bei der faktischen Globalzuständigkeit der öffentlichen Hand auch nach Inkrafttreten des KrW-/AbfG geblieben.⁵⁴

Die Überlassungspflicht gilt nach § 13 Abs. 1 Satz 1 KrW-/AbfG für Abfälle aus privaten Haushaltungen⁵⁵ allerdings nur, „soweit sie (Erzeuger oder Besitzer) zu einer Verwertung nicht in der Lage sind oder diese nicht beabsichtigen.“ Entsprechend der Begründung der Bundesregierung zum Gesetzentwurf sollte mit dieser Regelung insbesondere die Eigenkompostierung gefördert werden.⁵⁶ Im Falle einer gemäß § 5 Abs. 3 KrW-/AbfG ordnungsgemäßen und schadlosen Eigenverwertung von Bioabfällen durch private Haushaltungen ist eine Unterwerfung des Bioabfalls unter den An-

⁵¹ Hölscher, ZUR 1995, 176, 179.

⁵² Beckmann/Kersting, BB 1997, 161, 168.

⁵³ In diese Richtung argumentiert jedoch *Wissing*, Überlassungspflichten begründende Gemeinwohlinteressen im System des KrW-/AbfG, S. 108f.

⁵⁴ Vgl. *Schink*, in: Brandt/Ruchay/Weidemann, KrW-/AbfG, B 100, § 15 Rn. 21, 46.

⁵⁵ Abfälle aus privaten Haushaltungen sind solche Abfälle, die regelmäßig in privaten Haushalten im Rahmen der üblichen privaten Lebensführung anfallen und entfernt werden müssen; vgl. *Weidemann*, in: Brandt/Ruchay/Weidemann, KrW-/AbfG, B 100, § 13, Rn. 60; *Kunig*, in: Kunig/Paetow/Versteyl, KrW-/AbfG § 13, Rn. 14.

⁵⁶ S. BT-Drucks. 12/5672, S. 44; vgl. auch *Arndt*, Kreislaufwirtschaft und kommunale Entsorgung, 1996, S. 72, 77.

schluss- und Benutzungszwang der öffentlich-rechtlichen Körperschaft nun nicht mehr möglich.⁵⁷

Umstritten ist, ob die Einschaltung von Dritten bei der Verwertung von Abfällen aus privaten Haushaltungen zur Befreiung von der Überlassungspflicht gem. § 13 Abs. 1 Satz 1, 2. Halbs. KrW-/AbfG führt. Die diese Frage bejahende Auffassung⁵⁸ argumentiert damit, dass in dieser Vorschrift im Gegensatz zu § 13 Abs. 1 Satz 2 KrW-/AbfG nicht von „eigenen Anlagen“ die Rede sei. Das Eigenverwertungsrecht setze danach lediglich eine ordnungsgemäße und schadlose Verwertung voraus.⁵⁹

Nach der Gegenauffassung entfällt die Überlassungspflicht nach § 13 Abs. 1 Satz 1, 2. Halbsatz KrW-/AbfG nur dann, wenn die privaten Haushalte die Abfälle selbst – z.B. durch Eigenkompostierung – verwerten. Zur Begründung wird insbesondere der Wortlaut der Vorschrift herangezogen, wonach „sie“, also die privaten Haushaltungen selbst, zu einer Verwertung der Abfälle in der Lage sein müssten.⁶⁰ Ferner wird eingewandt, § 16 Abs. 1 KrW-/AbfG lasse eine Drittbeauftragung nur seitens der „zur Verwertung und Beseitigung Verpflichteten“ zu. § 13 Abs. 1 Satz 1 KrW-/AbfG nehme die privaten Haushaltungen jedoch gerade aus dem Kreis dieser Verpflichteten heraus.⁶¹

Der Meinungsstreit hat keinen Einfluss auf die Auslegung des Begriffs der überwiegenden öffentlichen Interessen. Zunächst kann er keinen Einfluss auf § 13 Abs. 1 Satz 2 KrW-

⁵⁷ Vgl. *Gaßner/Versmann* (Hrsg.), Neuordnung kommunaler Aufgaben im KrW-/AbfG, S. 114.

⁵⁸ Bejahend z. B. *Fluck*, KrW-/AbfG, § 13 Rn. 82; *Kunig*, in: *Kunig/Paetow/Versteyl*, KrW-/AbfG, § 13 Rn 15. Auch das Bundesumweltministerium ist dieser Auffassung, so in einem Schreiben vom 14.01.1997. Ähnlich ein Schreiben des Sächsischen Umweltministeriums vom 23.04.1999.

⁵⁹ Zu Bioabfällen in diesem Zusammenhang siehe *Fluck*, KrW-/AbfG, § 13 Rn. 86d; *Frenz*, KrW-/AbfG, § 13 Rn. 10.

⁶⁰ So *Queitsch*, Müllmagazin 1/1997, 67; ders., UPR 1995, 412, 416; ders., *AbfallPrax* 1999, 91, 93; *Arzt*, in: *Gaßner/Versmann*, Neuordnung kommunaler Aufgaben im KrW-/AbfG, S. 33, 35; *Arndt*, Kreislaufwirtschaft und kommunale Entsorgung, 1996, S. 76; *Pippke*, Öffentliche und private Abfallentsorgung, S. 65.

⁶¹ *Schink*, *AbfallPrax* 1999, 130, 134; *Pippke*, Öffentliche und private Abfallentsorgung, S. 65. *Arndt*, Kreislaufwirtschaft und kommunale Entsorgung, 1996, S. 77; vgl. auch *Dolde/Vetter*, Aktuelle Fragen der Verwertung und Beseitigung von Abfällen nach dem KrW-/AbfG, Rechtsgutachten Mai 1999, S. 25.

/AbfG haben, da es um einen völlig anderen Abfallstrom geht – Abfälle aus privaten Haushaltungen zur Verwertung gegenüber Abfällen zur Beseitigung aus anderen Herkunftsbereichen. Aber auch im Kontext des § 13 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 KrW-/AbfG sind keine Auswirkungen des Meinungsstreits zu verzeichnen. In Betracht käme allenfalls, bei Zugrundelegung der restriktiven Auffassung zu § 13 Abs. 1 Satz 1, 2. Halbs. KrW-/AbfG – Entfallen der Überlassungspflicht nur im Fall der Eigenverwertung – eine enge Auslegung des Begriffs der „überwiegenden öffentlichen Interessen“ i.S.d. § 13 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 KrW-/AbfG zu erwägen mit dem Argument, gewerbliche Sammlungen seien die einzige Möglichkeit der privaten Haushalte, Abfälle in privater Regie durch Dritte entsorgen zu lassen. Eine solche Argumentation wäre aber nur auf dem Boden einer Grundtendenz des KrW-/AbfG in Richtung einer privaten Entsorgung von Haushaltsabfällen begründbar. Wie bereits dargelegt, hat der Gesetzgeber die Verteilung der Entsorgungsverantwortung jedoch klar abgegrenzt, ohne einseitig der öffentlichen oder der privaten Entsorgung grundsätzlich Vorrang zu geben.

b) Schlussfolgerungen

Die Verteilung der Entsorgungsverantwortung im Bereich der Abfälle aus privaten Haushaltungen (§ 13 Abs. 1 Satz 1 KrW-/AbfG) und der Abfälle aus anderen Herkunftsbereichen (§ 13 Abs. 1 Satz 2 KrW-/AbfG) gibt als solche keinen Anhalt für eine restriktive oder extensive Auslegung der „überwiegenden öffentlichen Interessen“. Im Kontext des § 13 KrW-/AbfG kann insgesamt weder ein Grundsatz „im Zweifel für private Entsorgung“ noch der gegenteilige Grundsatz „im Zweifel für kommunale Entsorgung“ für die Auslegung herangezogen werden.⁶² Die Erfüllung des Merkmals „überwiegende öffentliche Interessen“ führt in beiden Konstellationen jeweils zu einer Überlassungspflicht an den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger. Vor diesem Hintergrund ist eine Auslegung nach einheitlichen Maßstäben vorzunehmen, wobei für § 13 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 die historische Auslegung unter Rückgriff

⁶² Vgl. Arndt, Kreislaufwirtschaft und kommunale Entsorgung, S. 83.

auf § 1 Abs. 3 Nr. 7 des Abfallgesetzes (s. o., 1.) fruchtbar gemacht werden kann (näher s. u., 4. b)). Da in dem einen Fall die Erzeuger oder Besitzer, in dem anderen Fall gewerbliche Sammler von der Überlassungspflicht betroffen sind, sind in die Abwägung allerdings insoweit unterschiedliche Belange einzustellen (näher s. u. 5.).

3. Abgrenzung der „öffentlichen Interessen“ von Umweltaanforderungen an die Entsorgungsmaßnahme

Die Freistellung von der Überlassungspflicht wegen der Beseitigung in eigenen Anlagen gemäß § 13 Abs. 1 Satz 2 KrW-/AbfG setzt ebenso wie die Befreiung im Falle einer gewerblichen Sammlung nach § 13 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 KrW-/AbfG voraus, dass die Entsorgung bestimmten Umweltaanforderungen genügt. Diese treten jeweils neben das Kriterium der überwiegenden öffentlichen Interessen. Die Freistellung von der Überlassungspflicht im Falle der Beseitigung in eigenen Anlagen setzt nach § 10 KrW-/AbfG voraus, dass die Beseitigung „gefahrlos und gemeinwohlverträglich“ erfolgt.⁶³ Im Falle einer gewerblichen Sammlung entfällt die Überlassungspflicht nur dann, wenn die Sammlung die Abfälle einer „ordnungsgemäßen und schadlosen“ Verwertung zuführt. Die Freistellung von der Überlassungspflicht setzt also jeweils voraus, dass die Entsorgungsmaßnahme bestimmten gesetzlichen Anforderungen genügt und ihr überwiegende öffentliche Interessen nicht entgegenstehen. Es handelt sich insofern um getrennt zu prüfende Merkmale mit jeweils unterschiedlichem Bedeutungsgehalt.

In der Literatur wird allerdings die Auffassung vertreten, der Begriff des „öffentlichen Interesses“ sei ordnungsrechtlicher Natur. Abfälle zur Beseitigung seien den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern nur dann zu überlassen, wenn dies zur Abwehr einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit erforderlich ist.⁶⁴ Zur Begründung wird aus der Gesetzgebungsgeschichte der Vorschlag des Umweltausschusses des Deutschen Bundestages mit der Formulierung „soweit sie zur Eigenentsorgung nicht in der Lage sind oder zwingende Gründe zur Wahrung des

⁶³ Vgl. *Frenz*, KrW-/AbfG, § 13 Rn. 16; *Pippke*, Öffentliche und private Abfallentsorgung, S. 76.

⁶⁴ *Fluck*, KrW-/AbfG, § 13 Rn. 107.

Wohles der Allgemeinheit eine Überlassung erfordern“ herangezogen.⁶⁵ Die abweichende Wortwahl des Vermittlungsausschusses, die Gesetz geworden ist, spräche nicht gegen die ordnungsrechtliche Sicht, da der Begriff der „überwiegenden öffentlichen Interessen“ in der Rechtssprache ebenso üblich sei wie der der zwingenden Gemeinwohlgründe.⁶⁶

Diese Auffassung ist aus grammatikalischen⁶⁷ und systematischen Gründen unzutreffend und berücksichtigt zudem die im Gesetzgebungsverfahren vom Vermittlungsausschuss durchgesetzten Änderungen des Gesetzestextes nicht hinreichend.⁶⁸ Umweltauflagen im engeren Sinne gehen vollständig im Begriff der „Wahrung des Wohls der Allgemeinheit“ i.S.d. § 10 bzw. im Begriff der „ordnungsgemäßen und schadlosen Verwertung“ auf. Das Kriterium der „überwiegenden öffentlichen Interessen“ ist nach Wortlaut und Systematik des § 13 Abs. 1 Satz 2, Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 KrW-/AbfG ein eigenständiges Tatbestandsmerkmal. Dieses wäre überflüssig, wenn es Anforderungen beinhaltet, die bereits in den §§ 5 Abs. 3, 10 KrW-/AbfG konkretisiert sind. Sie im unbestimmten Rechtsbegriff der „öffentlichen Interessen“ aufzunehmen, wäre ein Rückschritt hinter die erreichte Differenzierung des Gesetzes, der vom Gesetzgeber nicht gewollt sein kann.

Auch das Gesetzgebungsverfahren liefert Anhaltspunkte, dass der Begriff des „öffentlichen Interesses“ nicht ordnungsrechtlich geprägt ist: Im Entwurf des „Gesetzes zur Vermeidung von Rückständen, Verwertung von Sekundärrohstoffen und Entsorgung von Abfällen“ vom 15.9.1993⁶⁹ waren die Überlassungspflichten in § 9 Abs. 1 geregelt. Nach § 9 Abs. 1 Satz 2 dieser Entwurfsfassung hatte der Erzeuger oder Besitzer von Abfällen aus anderen Herkunftsbereichen diese der entsorgungspflichtigen Körperschaft zu überlassen, wenn er zur Eigenentsorgung nicht in der Lage war, eine Entsorgung nach Maßgabe der §§ 11 und 12 nicht erfolgt oder zwingende Gründe der Wahrung des Wohles der Allgemein-

⁶⁵ Fluck, KrW-/AbfG, § 13 Rn. 109.

⁶⁶ Fluck, KrW-/AbfG, § 13 Rn. 110; so auch *Wissing*, Überlassungspflichten begründende Gemeinwohlinteressen im System des KrW-/AbfG, S. 1, 42f.

⁶⁷ Vgl. *Zandonella/Thärichen*, NVwZ 1998, 1160, 1161.

⁶⁸ *Wissing*, Überlassungspflichten begründende Gemeinwohlinteressen im System des KrW-/AbfG, S. 41, Fn. 162.

⁶⁹ BT-Drucks. 12/5672.

heit die Überlassung erforderten.⁷⁰ Nach dem Wortlaut des § 9 Abs. 1 Satz 2 des Regierungsentwurfs kam den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern nur eine „Auffangzuständigkeit“ für den Fall zu, dass der Abfallerzeuger oder –besitzer weder zur Eigenentsorgung in der Lage ist noch eine Entsorgung durch Verbände oder Kammern an die Stelle der Eigenentsorgung tritt. An der „Auffangzuständigkeit“ der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger für Abfälle zur Beseitigung aus anderen Herkunftsbereichen als privaten Haushaltungen wurde im Gesetzgebungsverfahren zunächst festgehalten. Nach der Beschlussempfehlung des Ausschusses für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit vom 13.4.1994⁷¹ sollten die Überlassungspflichten in § 13 Abs. 1 „in Anlehnung an § 9 des Regierungsentwurfs“ geregelt werden.⁷² Die Beschränkung der Überlassungspflicht auf den Bereich der notwendigen Daseinsvorsorge trage dabei dem Verursacherprinzip Rechnung, die Kreislaufwirtschaft bleibe primär Aufgabe der Erzeuger, Besitzer, ihrer Verbände oder Selbstverwaltungskörperschaften bis auf bestimmte Bereiche, die der notwendigen Daseinsvorsorge unterlägen.⁷³

Der Wortlaut des geltenden § 13 Abs. 1 Satz 2 KrW-/AbfG geht jedoch nicht auf die Beratungen im Ausschuss für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit zurück, sondern auf den Vermittlungsausschuss. Die Neuformulierung durch den Vermittlungsausschuss ist von maßgeblicher Bedeutung, weil mit ihr das bis dahin vorgesehene Regel-/Ausnahmeverhältnis für die Entsorgung von Abfällen zur Beseitigung aus anderen Herkunftsbereichen umgekehrt wurde.⁷⁴ Während die Auffangzuständigkeit der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger zur Regelzuständigkeit wurde, ist die Grundpflicht der Abfallerzeuger und –besitzer zur Abfallbeseitigung auf Fälle der Beseitigung in eigenen Anlagen beschränkt worden, wobei diese Möglichkeit beim Vorliegen überwiegender öffentlicher Interessen entfällt.⁷⁵ Die Regelungen der §§ 13-18 KrW-/AbfG stellen einen abfallwirtschaftlichen Kompromiss zwischen Bund und Ländern dar, wobei es entsprechend § 15 KrW-/AbfG

⁷⁰ Nach der Terminologie des Gesetzentwurfs waren mit „Abfällen“ Abfälle zur Beseitigung im Sinne der Terminologie des KrW-/AbfG gemeint.

⁷¹ BT-Drucks. 12/7240.

⁷² BT-Drucks. 12/7284, S. 17.

⁷³ BT-Drucks. 12/7284, S. 17.

⁷⁴ *Dolde/Vetter*, Aktuelle Fragen der Verwertung und Beseitigung von Abfällen nach dem KrW-/AbfG, Rechtsgutachten Mai 1999, S. 47.

⁷⁵ *Dolde/Vetter* aaO.

bei der Globalzuständigkeit der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger für die Abfälle aus privaten Haushaltungen sowie bei Abfällen zur Beseitigung aus anderen Herkunftsbereichen blieb.⁷⁶ Hintergrund der Neufassung im Vermittlungsausschuss war insbesondere die Sorge der Länder um die Planbarkeit des Aufgabenbereichs der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger. Während demnach in der ursprünglichen Gesetzesfassung die Überlassungspflicht die Eigenentsorgungspflicht der Abfallerzeuger und –besitzer nur verdrängen sollte, „soweit diese zur Eigenentsorgung nicht in der Lage sind“, ist nach der Gesetz gewordenen Fassung des Vermittlungsausschusses die Eigenbeseitigung in Form der Beseitigung in eigenen Anlagen die Ausnahme von der Regel der Überlassungspflicht.

In diesem Kontext ist auch der Wechsel in der Wortwahl in § 13 Abs. 1 Satz 2 KrW-/AbfG zu sehen. Während in den Fassungen der Bundesregierung⁷⁷ und des Ausschusses für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit⁷⁸ aufgrund der Regelaussage zugunsten der privaten Eigenentsorgung der enge, ordnungsrechtliche Begriff des „Wohles der Allgemeinheit“ gewählt wurde⁷⁹, hat der Vermittlungsausschuss den Begriff der „überwiegenden öffentlichen Interessen“ als Voraussetzung für die Überlassungspflicht verankert. Diese Änderung der Wortwahl ist aufgrund des Wechsels der Entsorgungskonzeptionen folgerichtig.⁸⁰ Nach der Gesetzgebungsgeschichte ist der Begriff der „überwiegenden öffentlichen Interessen“ deshalb mit eigenständigen, abfallwirtschaftlichen Begriffsinhalten zu füllen.

Diese Erkenntnis wird weiter gefestigt durch die Parallelität des Wortlaufes des § 13 Abs. 3 Nr. 3 KrW-/AbfG mit der Vorgängerregelung in § 1

⁷⁶ *Versteyl/Wendenburg*, NVwZ 1994, 833, 838.; VGH Mannheim, NVwZ 1998, 1200, 1201. VG Minden, Beschluss vom 13.6.1997 - 8 L 438/97 - S. 12; *Queitsch*, Stadt und Gemeinde 1995, 55, 62.

⁷⁷ BT-Drucks. 12/5672.

⁷⁸ BT-Drucks. 12/7240.

⁷⁹ Vgl. zu dem dadurch ursprünglich stark eingeschränkten Anwendungsbereich der Überlassungspflicht für Abfälle zur Beseitigung aus gewerblichen Herkunftsbereichen *Landesberg/Schink*, Städte- und Gemeinderat 1994, 67, 73.

⁸⁰ Wenig überzeugend ist die Erklärung von *Fluck*, KrW-/AbfG, § 13 Rn. 110 für den Begriffswechsel, wonach die abweichende Wortwahl allein auf dem Versuch beruhe, die Anforderungen insoweit zu reduzieren, als nicht mehr „zwingende“ öffentliche Interessen, sondern nur „überwiegende“ für eine Überlassungspflicht genügen sollten, der Begriff der „überwiegenden Gemeinwohlgründe“ jedoch unüblich sei.

Abs. 3 Nr. 7 AbfG.⁸¹ Da der letztgenannten Vorschrift kein ordnungsrechtliches Verständnis der öffentlichen Interessen zugrunde lag (s. o., 1.), kann für die Nachfolgeregelung nichts anderes gelten. Diese Erkenntnis ist auf die Auslegung des § 13 Abs. 1 Satz 2 KrW-/AbfG zu übertragen, da insoweit eine Auslegung nach einheitlichen Maßstäben erforderlich ist (s. o., 2. b)).

Nur am Rande sei bemerkt, dass andere Autoren im Kontext des § 13 Abs. 1 Satz 1 für Fälle der Verwertung von Abfällen aus privaten Haushaltungen durch die Erzeuger oder Besitzer in ähnlicher Weise wie die hier abgelehnte Auffassung umweltrechtliche Anforderungen mit abfallwirtschaftlichen Aspekten vermischen. Der Unterschied besteht allerdings darin, dass die öffentlichen Interessen nicht auf Umweltaforderungen reduziert werden, sondern - umgekehrt - das Kriterium der „ordnungsgemäßen und schadlosen“ Verwertung mit dem Interesse an der wirtschaftlichen Auslastung kommunaler Entsorgungsanlagen aufgeladen wird. So vertritt *Arndt* die Auffassung, die behördliche Prüfung der Eigenkompostierung im Rahmen des § 13 Abs. 1 Satz 1 KrW-/AbfG beschränke sich nicht auf die Ordnungsgemäßheit und Schadlosigkeit im Sinne von § 5 Abs. 3 KrW-/AbfG. Der Eigenkompostierer, der einen Antrag auf Befreiung von der Überlassungspflicht stelle, habe nur einen Anspruch auf fehlerfreie Ermessensentscheidung des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers. Im Rahmen dieser Ermessensentscheidung sei auf Seiten der Kommune abwägungserheblich u.a. die Frage nach der Auslastung vorhandener Entsorgungsanlagen, den bereits getätigten Investitionen, der Erschließbarkeit neuer Deponiekapazitäten und sonstige wirtschaftliche oder auch fiskalische Nachteile für die Kommune allgemein. Diese Belange seien mit dem Interesse der Antragsteller auf Befreiung abzuwägen.⁸²

Diese Auffassung hätte zur Konsequenz, dass bezüglich der Haushaltsabfälle abfallwirtschaftliche Belange nicht nur einer gewerblichen Sammlung (§ 13 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 KrW-/AbfG), sondern auch einer Eigenverwertung durch den Abfallerzeuger bzw. -besitzer selbst (§ 13 Abs. 1 Satz 1, 2. Halbsatz KrW-/AbfG) entgegengehalten werden könn-

⁸¹ Zur Kontinuität der alten und der neuen Rechtslage siehe *Lange*, *GewArch* 1996, 217, 221; vgl. auch *Queitsch*, *KrW-/AbfG* 1995, Anm. 3 zu § 13, S. 155f.; *Wissing*, Überlassungspflichten begründende Gemeinwohlinteressen im System des KrW-/AbfG, S. 123f.; *Bleicher*, *Der Landkreis* 1994, 552, 554.

⁸² *Arndt*, *Kreislaufwirtschaft und kommunale Entsorgung*, 1996, S. 73.

ten. Die Begriffsinhalte der überwiegenden öffentlichen Interessen würden bereits im Rahmen von § 13 Abs. 1 Satz 1 KrW-/AbfG als Abwägungsbelange eingehen. Abgesehen davon, dass die Überlassungspflicht privater Haushalte im Falle einer Eigenverwertung kraft Gesetzes entfällt⁸³ und deshalb ein mit einer Ermessensermächtigung verbundener Zustimmungsvorbehalt ausscheidet⁸⁴, ist eine solche Erweiterung des Prüfungsumfangs auf abfallwirtschaftliche Belange als Bestandteil des „Wohls der Allgemeinheit“ i.S.d. § 5 Abs. 3 Satz 3 KrW-/AbfG aus den oben dargelegten Gründen abzulehnen.⁸⁵ Belange wie die Auslastung kommunaler Entsorgungsanlagen können vielmehr nur im Rahmen von § 13 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 3 Nr. 3 KrW-/AbfG geltend gemacht werden.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Begriff der „öffentlichen Interessen“ nicht die im engeren Sinne umweltbezogenen Anforderungen an die Beseitigung oder Verwertung mit umfasst, die jeweils gesondert zu prüfende Voraussetzungen gemäß § 13 Abs. 1 und Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 KrW-/AbfG sind. Die öffentlichen Interessen haben vielmehr einen davon abzugrenzenden, abfallwirtschaftlichen Bedeutungsgehalt, der nachfolgend näher zu bestimmen ist.

4. Bezug der öffentlichen Interessen zu den Aufgaben der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger

Die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals „überwiegende öffentliche Interessen“ führt im hier zu untersuchenden Kontext des § 13 KrW-/AbfG dazu, dass die fraglichen Abfälle dem öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger zu überlassen sind. Der unbestimmte Rechtsbegriff der „öffentlichen Interessen“ weist deshalb einen Bezug zu den Aufgaben der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger auf. Deren Aufgabenkreis ist bestimmt durch die Reichweite der Entsorgungspflichten, wie sie § 15 KrW-/AbfG definiert. Diese Norm erstreckt die Entsorgungspflicht auf die den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern gemäß § 13 KrW-/AbfG

⁸³ Kunig, in: Kunig/Paetow/Versteyl, KrW-/AbfG, § 13 Rn 19.

⁸⁴ Zulässig sind lediglich satzungsrechtliche Ausnahmetatbestände, bei deren Vorliegen die Überlassungspflicht und damit der Benutzungszwang für die betroffenen Abfälle automatisch entfällt, vgl. Pippke, Öffentliche und private Abfallentsorgung, S. 68; Schink, Öffentliche und private Entsorgung, in: GfU, KrW-/AbfG – was ändert sich?, S. 113, 126.

⁸⁵ Insoweit zutreffend Wissing, Überlassungspflichten begründende Gemeinwohlinteressen im System des KrW-/AbfG, S. 109.

überlassenen Abfälle. In diesem Umfang ist die Abfallentsorgung trotz Stärkung der privaten Verursacherverantwortung auch unter dem KrW-/AbfG eine Aufgabe staatlicher Daseinsvorsorge – vorbehaltlich der Privatisierungsoptionen der §§ 16 – 18 KrW-/AbfG – geblieben.

Kernfrage einer Konkretisierung des Begriffs der „öffentlichen Interessen“ ist, welchen Einfluss die Eigenbeseitigung gemäß § 13 Abs. 1 Satz 2 und die gewerbliche Sammlung gemäß § 13 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 KrW-/AbfG auf die Rahmenbedingungen haben, unter denen die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger ihre Aufgabe erfüllen.

Die gewerbliche Sammlung von Abfällen zur Verwertung aus privaten Haushaltungen und die Eigenbeseitigung von Abfällen aus anderen Herkunftsbereichen entziehen dem öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger Abfälle, die ihm anderenfalls zu überlassen wären. Dies sollte unter ökologischen Gesichtspunkten keine Bedenken wecken, da beide Formen der privaten Entsorgung den gesetzlichen Anforderungen des § 5 bzw. § 10 KrW-/AbfG unterliegen.⁸⁶ Der Umstand, dass dieser partielle Übergang der öffentlichen in eine private Entsorgungszuständigkeit die Überwachung insgesamt erschweren dürfte, wird vom Gesetzgeber mit Rücksicht auf das Verursacherprinzip in Kauf genommen.

Es bleiben also lediglich die abfallwirtschaftlichen Auswirkungen dieser privaten Entsorgungsaktivitäten auf die Aufgabenerfüllung der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger zu betrachten. Die Umleitung der Abfallströme in private Entsorgungskanäle hat unter dieser Prämisse Auswirkungen auf die Auslastung öffentlicher Entsorgungseinrichtungen und auf die Planungssicherheit der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger.

Die Auslastung der öffentlichen Entsorgungseinrichtungen und die Planungssicherheit sind in zweifacher Hinsicht entscheidend für eine erfolgreiche Erfüllung der öffentlichen Entsorgungsaufgaben. Zum einen müssen die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger mit den von ihnen bereitgestellten Anlagen Entsorgungssicherheit für die von ihnen zu bewältigende Pflichtaufgabe gewährleisten. Der Gesichtspunkt der Ent-

⁸⁶ Dazu siehe oben, 3.

sorgungssicherheit wird in der Literatur zur Konkretisierung der überwiegenden öffentlichen Interessen herangezogen.⁸⁷

Zum anderen sind die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger gehalten, ihre Aufgabe zu wirtschaftlich vertretbaren Kosten zu bewältigen. Da sich die Mehrheit der Gebührenzahler keine privaten Entsorgungswege erschließen und deshalb der Überlassungspflicht nicht ausweichen kann, sind die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger bei der Ausgestaltung und Planung der Entsorgungsinfrastruktur gehalten, betriebswirtschaftliche Grundsätze der Effizienz und Sparsamkeit zu beachten, die sich insbesondere in den kommunalrechtlichen Vorgaben für die Gebührengestaltung niederschlagen.

Entsorgungssicherheit und Wirtschaftlichkeitsgebot stehen dabei in einem gewissen Spannungsverhältnis. In Zeiten schwer prognostizierbarer und schwankender Abfallmengen sowie – dies ist im Kontext des § 13 Abs. 1 Satz 2, Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 KrW-/AbfG relevant – schwankender privater Entsorgungsaktivitäten ist eine absolute Entsorgungssicherheit kostenintensiv. Eine effizient organisierte Abfallentsorgung muss das notwendige Maß an Entsorgungssicherheit zu vertretbaren Kosten gewährleisten. Diese den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern vom Gesetzgeber zur Wahrung anvertrauten Belange sind der Ausgangspunkt für die Auslegung der „öffentlichen Interessen“. Sie sind betroffen, wenn die von den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern zu gewährleistende Entsorgungssicherheit zu angemessenen Kosten beeinträchtigt wird. Dabei ist die Auslegung des § 13 Abs. 1 Satz 2 und des Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 KrW-/AbfG nach einheitlichen Kriterien vorzunehmen (s. o., 2. b)). Ferner sind der Sinngehalt der Vorläuferregelung in § 1 Abs. 3 Nr. 7 AbfG und die Erkenntnisse zu berücksichtigen, die das Gesetzgebungsverfahren zu § 13 KrW-/AbfG liefert (s. o., 1. und 3.). Unter diesen Prämissen sind nachfolgend einzelne Aspekte der „öffentlichen Interessen“ zu erörtern.

a) Bestand und Funktionsfähigkeit öffentlicher Entsorgungseinrichtungen

Die Entsorgungssicherheit als zentrales Schutzgut des Abfallrechts ist zunächst dann betroffen, wenn Entsorgungsanlagen, die von den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern zur Erfüllung ihrer Aufgaben errichtet wurden, in ihrem Bestand oder in ihrer Funktionsfähigkeit gefährdet sind. Die abfallrechtliche Literatur

⁸⁷ Vgl. nur *Queitsch*, Stadt und Gemeinde 1995, 55, 61; *Arndt*, Kreislaufwirtschaft und kommunale Entsorgung, S. 47.

geht daher insgesamt zurecht davon aus, dass Bestand und Funktionsfähigkeit öffentlicher Entsorgungsanlagen durch den Begriff des öffentlichen Interesses i.S.v. § 13 Abs. 1 Satz 2 KrW-/AbfG geschützt werden.⁸⁸

Neben die abfallwirtschaftliche Begründung tritt der Gesichtspunkt der verfassungsrechtlichen Selbstverwaltungsgarantie der Kommunen nach Art. 28 Abs. 2 GG. Diese Norm zielt mit der Gewährleistung der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie auf die Stärkung der dezentralen Verwaltungsebene. Eine Entwertung der vorhandenen kommunalen Entsorgungsstrukturen wäre damit unvereinbar.⁸⁹ Vor diesem Hintergrund ist der gesicherte Fortbestand der kommunalen Abfallentsorgungseinrichtungen ein öffentliches Interesse im Sinne von § 13 Abs. 1 Satz 2 KrW-/AbfG.⁹⁰

Die Voraussetzungen, unter denen davon ausgegangen werden muss, dass der „Bestand“ oder die „Funktionsfähigkeit“ einer öffentlich-rechtlichen Entsorgungseinrichtung gefährdet ist, sind aber nur schwer bestimmbar.⁹¹ Dieser Gesichtspunkt verliert allerdings dadurch an Bedeutung, dass neben Bestand und Funktionsfähigkeit auch die wirtschaftliche Auslastung öffentlicher Entsorgungseinrichtungen den öffentlichen Interessen zuzurechnen sind, wie die nachfolgende Darstellung zeigt.

b) Wirtschaftliche Auslastung öffentlicher Entsorgungseinrichtungen

Umstritten ist, ob sich neben Bestand und Funktionsfähigkeit öffentlicher Entsorgungseinrichtungen auch deren wirtschaftliche Auslastung als öffentliches Interesse i.S.v. § 13 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 KrW-/AbfG darstellt.

⁸⁸ *Kunig*, in: *Kunig/Paetow/Versteyl*, KrW-/AbfG, § 13 Rn. 25; *Frenz*, KrW-/AbfG, § 13 Rn. 16; *Dolde/Vetter*, Aktuelle Fragen der Verwertung und Beseitigung von Abfällen nach dem KrW-/AbfG, 1999, S. 55; *Schink*, in: *GfU*, KrW-/AbfG – was ändert sich ?, S. 113, 151, vgl. *Frenz*, KrW-/AbfG, § 13 Rn. 16; *Bongen*, *WiB* 1996, 713, 716: „Gefährdung kommunaler Abfallentsorgungseinrichtungen“.

⁸⁹ *Arndt* aaO.

⁹⁰ S. hierzu ausführlich *Arndt*, *Kreislaufwirtschaft und kommunale Entsorgung*, S. 52f.

⁹¹ Deutlich wird dies etwa bei der Umschreibung von *Schink*, wonach die kommunalen Entsorgungsstrukturen „nicht unerheblich tangiert“ sein müssten, *AbfallPrax* 1999, 130, 135.

Teile der abfallrechtlichen Literatur erkennen den Gesichtspunkt der Auslastung der Anlagen der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger nicht als öffentliches Interesse an. So soll es hinzunehmen sein, dass öffentlich-rechtliche Altstoffsammlungen durch private Konkurrenz beeinträchtigt werden.⁹² Insbesondere wird die Auffassung vertreten, dass auch eine „Rosinenpickerei“ durch gewerbliche Sammler mit der Konsequenz einer Verteuerung der öffentlich-rechtlichen Entsorgung hingenommen werden müsse.⁹³ Zur Begründung dieser restriktiven Auffassung wird angeführt, dass die Berufsfreiheit und die Eigentumsgarantie für die Zulässigkeit einer gewerblichen Sammlung stritten.⁹⁴ Nach dieser Auslegung wären die Möglichkeiten, gewerbliche Sammlungen unter Hinweis auf überwiegende öffentliche Interessen zu unterbinden, begrenzt. Planbarkeit und Finanzierung von öffentlich-rechtlichen Entsorgungseinrichtungen stünden vor erheblichen Schwierigkeiten.⁹⁵

aa) Die Auffassung der Rechtsprechung

Die inzwischen vorliegenden Entscheidungen der Rechtsprechung gehen – anders als die soeben dargestellte Auffassung – davon aus, dass die wirtschaftliche Auslastung kommunaler Entsorgungsanlagen Bestandteil der öffentlichen Interessen ist.⁹⁶ So hat das *Verwaltungsgericht Frankfurt*⁹⁷ zu § 13 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 KrW-/AbfG festgestellt, dass durch eine Auflage in der Genehmigung für eine gewerbliche Sammlung sichergestellt werden kann, dass die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger nicht durch gewerbliche Abfallsammeltätigkeiten privater Anbieter in ihrem Bestand oder in ihrer Betriebswirtschaftlichkeit ernsthaft gefährdet werden. Die Rechtfertigung dafür ergebe sich aus dem Umstand, dass dem öffentlich-rechtlichen Entsorgungs-

⁹² Weidemann, in: Brandt/Ruchay/Weidemann, KrW-/AbfG, B 100, § 13 Rn. 98.

⁹³ Fluck, KrW-/AbfG, § 13 Rn. 160; Weidemann, in: Brandt/Ruchay/Weidemann, KrW-/AbfG, B 100, § 13 Rn. 98.

⁹⁴ So insbesondere Schink, NVwZ 1997, 435, 442; Lange, GewArch 1996, 217ff.

⁹⁵ Arzt, in: Gaßner/Versmann, Neuordnung kommunaler Aufgaben im KrW-/AbfG, S. 33, 38; Schink, ZG 1996, 97, 120.

⁹⁶ Vgl. die Übersicht bei Gruneberg, AbfallPrax 1999, 49, 51f.

⁹⁷ Beschluss vom 23.5.1997, NVwZ 1998, 167, 168.

träger nach dem KrW-/AbfG zumindest eine Auffangfunktion zukomme, deren ordnungsgemäße Erfüllung aber jederzeit sichergestellt sein müsse. Die darin liegenden besonderen öffentlichen Interessen seien nach § 13 KrW-/AbfG jeweils Voraussetzung dafür, dass Überlassungspflichten im gewerblichen Bereich nicht entstünden. Insoweit finde die freie wirtschaftliche Betätigung ihre natürliche Grenze darin, dass die öffentliche Hand vom Grundsatz her jederzeit auch zukünftig in der Lage sein müsse, eine ordnungsgemäße Abfallverwertung und -beseitigung sicherzustellen. Das sei aber nur möglich, wenn entsprechende Anlagen in ausreichender Größe und angemessener betriebswirtschaftlicher Form zu vertretbaren Gebühren fortgeführt werden könnten. Das KrW-/AbfG wolle offenkundig verhindern, dass durch private Anbieter die öffentlich-rechtliche Entsorgungsstruktur so ausgehöhlt werde, dass sie nicht mehr funktionsgerecht fortgesetzt werden könne. In diesem Fall würde nämlich das öffentliche Interesse an einer jederzeit verfügbaren öffentlichen Entsorgung von Abfällen ernsthaft gefährdet.

Diese Auslegung wird auch durch die bisher zu § 13 Abs. 1 Satz 2 KrW-/AbfG ergangene Rechtsprechung gestützt. So kann nach Auffassung des *VG Minden*⁹⁸ die Funktionsfähigkeit und Wirtschaftlichkeit vorhandener Entsorgungsanlagen im überwiegenden öffentlichen Interesse eine Überlassungspflicht begründen. Das *VG Regensburg*⁹⁹ ist der Auffassung, dass das KrW-/AbfG nach seinem Sinn und Zweck verhindern möchte, dass durch private Abfallunternehmer die öffentlich-rechtliche Entsorgungsstruktur so ausgehöhlt werde, dass sie, weil die öffentlich-rechtliche Entsorgung zu teuer wird, nicht mehr funktionsgerecht fortgesetzt werden könne. In einem solchen Fall würde das öffentliche Interesse an einer jederzeit verfügbaren öffentlichen Entsorgung von Abfällen ernsthaft gefährdet. Ein überwiegendes öffentliches Interesse an der Überlassung bestünde demnach dann, wenn die entsorgungspflichtige Körperschaft durch gewerbliche

⁹⁸ Beschluss vom 13.6.1997 - 8 L 438/97 - S. 14.

⁹⁹ Urteil vom 10.11.1997, NVwZ 1998, 431, 433.

Abfalltätigkeiten privater Anbieter in ihrem Bestand oder in ihrer Betriebswirtschaftlichkeit ernsthaft gefährdet werde. Schließlich hat sich auch das *VG Sigmaringen*¹⁰⁰ der Ansicht angeschlossen, dass ein überwiegendes öffentliches Interesse dann anzunehmen sei, wenn der Bestand, die Funktionsfähigkeit oder die wirtschaftliche Auslastung der bestehenden oder künftigen Abfallbeseitigungsanlagen der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger beeinträchtigt werde.

bb) Das „Öffentliche“ am Interesse an der Auslastung von Anlagen

Die Auslastung von Anlagen und die Amortisation der Investitionen stellt im Allgemeinen ein betriebswirtschaftliches „Interesse“ dar, dem als solchem zunächst das spezifisch „Öffentliche“ fehlt. Das Auslastungsinteresse kann sogar, da es auf die Erlangung konstanter oder steigender Abfallmengen gerichtet ist, den Zielsetzungen des KrW-/AbfG zuwiderlaufen, die gerade der Abfallvermeidung die oberste Priorität zumessen (§ 4 Abs. Nr. 1 KrW-/AbfG).

Wie bereits dargelegt, haben die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger allerdings dem im Allgemeininteresse liegenden Wirtschaftlichkeitsgebot Rechnung zu tragen. Die von ihnen in diesem Rahmen zu wahrenen Belange sind in eine Gesamtkonzeption staatlicher Daseinsvorsorge eingebunden. Insofern geht es beim Auslastungsinteresse nicht um ein „typisch privates Interesse“¹⁰¹, da der lediglich betriebswirtschaftliche Interessenhorizont in dem Moment verlassen wird, in dem eine öffentliche Infrastruktur im Rahmen der Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit öffentlichen Mitteln betrieben wird. Ausfluss des Wirtschaftlichkeitsgebots ist u.a. der Schutz der Gebührenzahler vor unververtretbaren Belastungen.

Die Unwirtschaftlichkeit nicht ausgelasteter öffentlicher Entsorgungsanlagen geht mit gewissen Einschränkungen (s.u.,

¹⁰⁰ Beschluss vom 26.1.1998, NVwZ 1998, 429, 431.

¹⁰¹ So aber *Fluck*, KrW-/AbfG, § 13 Rn. 109.

cc) zu Lasten der privaten Gebührenschuldner.¹⁰² Es war aber nicht Absicht des Gesetzgebers, die Privatisierungsoptionen zu Lasten der Gebührenzahler zu eröffnen.¹⁰³ Steigende Gebühren verursachen zudem erfahrungsgemäß Ausweichreaktionen in Richtung illegaler Entsorgungspraktiken, wodurch mittelbar wiederum die Entsorgungssicherheit beeinträchtigt werden kann.

Wegen seiner Garantiefunktion für die Entsorgungssicherheit und seiner Pflichtenstellung kann der öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger seine Anlagen nicht ausschließlich nach den Kriterien betriebswirtschaftlicher Rentabilität planen und betreiben. So sind seine Möglichkeiten, Abfälle unter Kostenaspekten von der öffentlich-rechtlichen Entsorgung auszuschließen, durch § 15 Abs. 3 KrW-/AbfG beschränkt. Da Abfälle vom öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger nicht ohne weiteres von der Entsorgung ausgeschlossen werden dürfen, benötigt er umgekehrt bestimmte Rahmenbedingungen, um wirtschaftliche Auslastungsquoten erzielen zu können.

Vor allem aber kann der öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger Kapazitäten nicht allein aus betriebswirtschaftlichen Erwägungen abbauen – etwa mit Rücksicht auf schwankende oder schwer prognostizierbare Entsorgungsaktivitäten von Privaten –, sei es im Rahmen des § 13 Abs. 1 Satz 2 oder des Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 KrW-/AbfG. – Er muss jederzeit in der Lage sein, im Falle eines Rückgangs der privaten Entsorgung „einzuspringen“, um die ihm – wieder – zu überlassenden Abfälle entsorgen zu können. Es werden deshalb immer in gewissem Umfang Vorhaltekosten anfallen, mit denen die Gebührenzahler belastet werden.¹⁰⁴

¹⁰² In der Literatur ist im Zusammenhang mit § 13 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 KrW-/AbfG von „indirekter Subventionierung“ der Verwertungsunternehmen und von einem „Umverteilungsmechanismus“ die Rede, vgl. *Wendenburg*, Niedersächsischer Städtetag 1996, 124, 125; *Versteyl/Wendenburg*, NVwZ 1997, 937, 943; *Zandonella/Thärichen*, NVwZ 1998, 1160. Unter kommunalwirtschaftlichen Gesichtspunkten *Gruneberg*, der städtetag 1997, 371, 372.

¹⁰³ *Hösel/v. Lersner*, KrW-/AbfG, § 13 Rn. 17.

¹⁰⁴ Dazu näher u., dd).

Zieht sich ein gewerblicher Sammler aufgrund reduzierter Gewinnerwartungen z.B. wieder von der Bioabfallverwertung zurück, so muss der öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger die wegen der Einrichtung der gewerblichen Sammlung aufgegebenen Infrastrukturen wiederbeleben oder gar neu aufbauen. Um dieser Gefahr vorzubeugen, müssten die Kommunen ihre an sich nicht mehr notwendigen Kapazitäten aufrechterhalten, was jedoch aus finanziellen Gründen kaum möglich sein wird.¹⁰⁵ Da private Abfallentsorgung ausfallen kann, die Entsorgung jedoch in jedem Fall garantiert werden muss, gibt es ein öffentliches Interesse an einer gesicherten, funktionsfähigen und ortsnahen kommunalen Entsorgung.¹⁰⁶

Die sich aus den vorstehenden Überlegungen ergebende Garantie- und Auffangfunktion muss der öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger unabhängig von den Kosten erfüllen. Er wird von seiner Entsorgungspflicht nicht dadurch frei, dass er mit Rücksicht auf private Entsorgung Kapazitäten abgebaut hat. Kann sich der öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger aber dieser Aufgabe nicht entziehen und muss sie von den Gebührenzahlern finanziert werden, so müssen Rahmenbedingungen vorhanden sein, die eine wirtschaftliche und effiziente Erfüllung dieser Aufgabe ermöglichen.

Schließlich hat sich durch das Inkrafttreten des KrW-/AbfG am 7.10.1996 am Begriffsinhalt der „überwiegenden öffentlichen Interessen“, die gewerblichen Sammlungen entgegengehalten werden können, nichts geändert. Aus der Parallelität des Wortlauts des § 13 Abs. 3 Nr. 3 KrW-/AbfG zu dem des § 1 Abs. 3 Nr. 7 AbfG wird überwiegend geschlossen, dass auch die neue Rechtslage derjenigen unter dem AbfG von 1986 entspricht.¹⁰⁷

¹⁰⁵ So in bezug auf das „Duale System“ *Thomé-Kozmiensky*, Die Verpackungsverordnung, 1993, S. 66f.; *Peine*, Recht der Abfallwirtschaft, in: *Schmidt* (Hrsg.), Öffentliches Wirtschaftsrecht, BT 2, S. 371, 444, Nr. 127.

¹⁰⁶ *Arndt*, Kreislaufwirtschaft und kommunale Entsorgung, S. 54.

¹⁰⁷ So *Lange*, *GewArch* 1996, 217, 221; vgl. auch *Queitsch*, *KrW-/AbfG* 1995, Anm. 3 zu § 13, S. 155f.; *Wissing*, Überlassungspflichten begründende Gemeinwohlinteressen im System des *KrW-/AbfG*, S. 123f.; *Bleicher*, *Der Landkreis* 1994, 552, 554.

Im Ergebnis ist deshalb der bisher verfügbaren Rechtsprechung zuzustimmen, dass der Schutz der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger durch die öffentlichen Interessen sich auch auf die wirtschaftliche Auslastung ihrer Entsorgungsanlagen erstreckt. Dieser Schutz ist das Korrektiv für die ungeachtet der privaten Entsorgung gemäß § 13 Abs. 1 Satz 2, Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 KrW-/AbfG fortbestehende Auffangverantwortung der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger.¹⁰⁸

Zusammenfassend sind öffentliche Interessen berührt, wenn die privaten Entsorgungsaktivitäten im Rahmen des § 13 Abs. 1 Satz 2, Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 KrW-/AbfG zu einer Verminderung der Auslastung öffentlicher Entsorgungseinrichtungen führt, sofern dies nicht unerhebliche Gebührenerhöhungen zur Folge haben könnte.¹⁰⁹ Das Interesse der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger am wirtschaftlichen Betrieb der von ihnen aufgebauten Entsorgungsinfrastruktur stellt sich unter dem Gesichtspunkt der Entsorgungssicherheit als „öffentliches Interesse“ dar.¹¹⁰ Damit wird eine zu Lasten der Wirtschaftlichkeit von Anlagen öffentlich-rechtlicher Entsorgungsträger gehende Privatisierung der Beseitigung gewerblicher Abfälle verhindert.¹¹¹

¹⁰⁸ Wie hier auch v. Köller, KrW-/AbfG, 2. Aufl. 1996, S. 170; Meins, BayVBl. 1997, 66, 73; Versteyl/Wendenburg, NVwZ 1996, 937, 943; Pippke, Öffentliche und private Abfallentsorgung, S. 70; Queitsch, AbfallPrax 1999, 91, 95.

¹⁰⁹ Pippke, Öffentliche und private Abfallentsorgung, S. 76; vgl. insbesondere zum Gesichtspunkt der Gebührenerhöhung im Falle mangelnder Auslastung auch Walter, Die Verteilung der Entsorgungspflichten zwischen Abfallverursacher und öffentlich-rechtlichem Entsorgungsträger nach dem KrW-/AbfG, S. 101f.; v. Lersner, in: 5. Kölner Abfalltage – Abfall und Haftung, S. 55, 60.

¹¹⁰ Vgl. Kunig, in: Kunig/Paetow/Versteyl, KrW-/AbfG, § 13 Rn. 25; nach Bree, Die Privatisierung der Abfallentsorgung nach dem KrW-/AbfG, S. 103, kann sich auch die mangelnde Auslastung bereits bestehender kommunaler Anlagen als öffentliches Interesse darstellen, wenn wegen der Eigenentsorgung deren Rentabilität und damit deren Fortbestand gefährdet würde, wodurch wiederum die gesamte Entsorgungssicherheit in Frage gestellt würde.

¹¹¹ Versteyl/Wendenburg, NVwZ 1996, 937, 943; v. Köller, KrW-/AbfG, S. 170; vgl. auch Merkblatt zur Entsorgung von Gewerbeabfällen nach dem KrW-/AbfG des Bayerischen Staatsministeriums für Landesentwicklung und Umweltfragen, Ziff. 2.2. sowie Meins, BayVBl. 1997, 66, 72. Nach Auffassung der Kommission der Niedersächsischen Landesregierung zur Vermeidung und Verwertung von Abfällen (3. Regierungskommission) können darüber hinaus überwiegende öffentliche Interessen nach § 13 Abs. 1 Satz 2 KrW-/AbfG auch gegen den Bau eigener Beseitigungsanlagen bei den Abfallerzeugern geltend gemacht werden. Eine solche Auslegung ist jedoch vom Wortlaut des § 13 Abs. 1 Satz 2 KrW-/AbfG nicht gedeckt, da als Rechtsfolge überwiegender öffentlicher Interessen lediglich die Überlassung der Abfälle angeordnet werden kann. Eine Ermächtigung dazu, gegen den Bau einer privaten Entsorgungsanlage vorgehen zu können, enthält die Norm dagegen nicht.

Die Entscheidungen der Rechtsprechung – insbesondere das *VG Sigmaringen*¹¹² machen zugleich deutlich, dass auch die wirtschaftliche Auslastung der künftig zu errichtenden Abfallentsorgungsanlagen Bestandteil der öffentlichen Interessen sein kann. Damit ist das Moment der Planungssicherheit angesprochen. Die vorausschauende Planung ist wesentlicher Bestandteil der von den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern aufzustellenden Abfallwirtschaftskonzepte (§ 19 KrW-/AbfG) zur Gewährleistung einer kostengünstigen Entsorgung. Selbstverständlich ist von den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern im Rahmen ihrer Planung das Vorhandensein gewerblicher und gemeinnütziger Sammler einzukalkulieren.¹¹³ Ob eine konkrete Anlagenplanung schutzwürdig ist und ob sie ggf. mit Rücksicht auf private Entsorgungsaktivitäten anzupassen ist, hängt von den Grenzen des Planungsspielraumes des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers und vom Umfang der bereits getätigten Investitionen ab.

cc) Grenzen der Berücksichtigungsfähigkeit von Auslastungsinteressen

Das Interesse an der wirtschaftlichen Auslastung von Entsorgungsanlagen kann in einem Spannungsverhältnis zu den abfallrechtlichen Grundsätzen des KrW-/AbfG stehen. Deshalb ist danach zu differenzieren, ob die im Wege des § 13 Abs. 1 Satz 2 oder Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 KrW-/AbfG begründete Überlassungspflicht der Durchsetzung eines Entsorgungsweges dient, dem nach dem KrW-/AbfG Priorität eingeräumt ist, oder ob umgekehrt die private Entsorgungsvariante Vorzug genießt. Maßgebliche Bedeutung hat insofern der Verwertungsvorrang gemäß § 5 Abs. 2 Satz 2 KrW-/AbfG, der als gesetzlich normiertes öffentliches Interesse angesehen werden kann.¹¹⁴

¹¹² NVwZ 1998, S. 429 (431).

¹¹³ Vgl. Klages, Vermeidungs- und Verwertungsgebote als Prinzipien des Abfallrechts, S. 62 zur alten Rechtslage.

¹¹⁴ So ausdrücklich Budde/Stapper, AbfallPrax 1999, 138, 139.

Einer gewerblichen Sammlung, die gemäß § 13 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 KrW-/AbfG eine ordnungsgemäße und schadlose Verwertung der gesammelten Abfälle gewährleistet, kann der öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger deshalb nur das Interesse an der Auslastung solcher Anlagen entgegenhalten, in denen er seinerseits eine entsprechende Verwertung durchführt. Interessen an der Auslastung von Anlagen zur Beseitigung von Abfällen kann er dem gewerblichen Sammler nur dann entgegenhalten, wenn der Vorrang der Verwertung entfällt, etwa wenn die Beseitigung die umweltverträglichere Lösung nach § 5 Abs. 5 Satz 1 KrW-/AbfG darstellt.

Wesentlich weiter sind die Grenzen der Berücksichtigung von Auslastungsinteressen in der Konstellation des § 13 Abs. 1 Satz 2 KrW-/AbfG gezogen, bei der die Beseitigung in eigenen Anlagen beabsichtigt ist. Hier kann der öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger – anders als im Falle des § 13 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 KrW-/AbfG – die wirtschaftliche Auslastung seiner Beseitigungsanlagen ohne die oben skizzierten Einschränkungen als öffentliches Interesse geltend machen. Darüber hinaus kann er auch die wirtschaftliche Auslastung solcher Anlagen geltend machen, in denen er die Verwertung der Abfälle durchführen kann. Nach § 15 Abs. 1 Satz 2 KrW-/AbfG können nämlich Abfälle, die in der Sphäre des Besitzers oder Erzeugers als Abfälle zur Beseitigung einzustufen sind, in der Hand des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers der Verwertung zuzuführen sein. Werden danach Abfälle aus den in § 5 Abs. 4 KrW-/AbfG genannten Gründen zur Beseitigung überlassen, so sind die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger zur Verwertung verpflichtet, soweit bei ihnen diese Gründe nicht vorliegen. Allerdings kann der gewerbliche Eigenbeseitiger ggf. den Einwand der umweltverträglicheren Beseitigung nach § 5 Abs. 5 Satz 1 KrW-/AbfG erheben.

Weitere Grenzen der Berücksichtigung von Auslastungsinteressen ergeben sich aus kommunalrechtlichen Bindungen.

Soweit die Vorhaltung von Kapazitäten gebührenrechtlich nicht zulässig ist, liegt deren Auslastung auch nicht im öffentlichen Interesse. Die anteiligen Mehrkosten, die durch zurückgehende Auslastungsquoten verursacht werden, können nur unter bestimmten Voraussetzungen auf die Gebührenschuldner abgewälzt werden. Die „Leerkosten“ sind entsprechend den gebührenrechtlichen Vorschriften ansatzfähig, solange das gebührenrechtliche Äquivalenzprinzip gewahrt bleibt. Wenn der festgelegte Gebührentarif in nennenswertem Umfang auf Kostenpositionen beruht, die nicht voll ausgelasteten Anlagenteilen zuzurechnen sind, deren planmäßige Auslastung auch in absehbarer Zeit nicht zu erwarten ist, scheidet die Berücksichtigung bei der Gebührenbemessung aus.¹¹⁵ Allerdings wird bei der Frage, welche zur Zeit noch nicht oder nur in Ausnahmefällen genutzten Kapazitäten als längerfristige „Reserven“ vorgehalten werden dürfen, der Kommune ein weiter, von den Verwaltungsgerichten nur bei eindeutiger Sachwidrigkeit und Unvertretbarkeit zu beanstandender Beurteilungs- und Prognosespielraum zugestanden.¹¹⁶ Diese Maßstäbe können für die hier zu beantwortende Rechtsfrage herangezogen werden: Öffentliche Interessen können nur dann geltend gemacht werden, wenn die Entsorgungskapazitäten planungsfehlerfrei im Rahmen einer vertretbaren Prognose der zukünftig zu erwartenden Abfallmengen geschaffen wurden, so dass nachträglich entstehende Leerkosten gebührenmäßig auf die Anlagennutzer abgewälzt werden dürfen. Wurden hingegen eindeutige, den Rahmen des sachlich Vertretbaren übersteigende Anlagen errichtet, deren Kosten gebührenrechtlich nicht ansatzfähig sind, so kann das so verursachte Auslastungsinteresse des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers nicht als öffentliches Interesse anerkannt werden.

¹¹⁵ OVG Lüneburg, NVwZ-RR 1991, 383, 384.

¹¹⁶ *Driehaus*, Kommunalabgabenrecht, 14. Erg.Lfg., § 6 Rn. 740a.

5. „Überwiegen“ der öffentlichen Interessen gegenüber privaten Interessen

Die öffentlichen Interessen an Bestand, Funktionsfähigkeit und wirtschaftlicher Auslastung öffentlicher Entsorgungseinrichtungen stehen nur dann einem Wegfall der Überlassungspflicht gemäß § 13 Abs. 1 Satz 2, Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 KrW-/AbfG entgegen, wenn sie „überwiegen“. Auf Seiten der öffentlichen Interessen fallen die Belange der Entsorgungssicherheit und der Vertretbarkeit der Kosten ins Gewicht. Diese Belange sind abzuwägen mit widerstreitenden Interessen, soweit diese rechtlichen Schutz genießen. Diesbezüglich ist zu differenzieren zwischen § 13 Abs. 1 Satz 2 einerseits und Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 KrW-/AbfG andererseits, da jeweils unterschiedliche Rechtssubjekte von einer Durchsetzung des öffentlichen Interesses betroffen wären. In dem einen Fall sind es die Erzeuger oder Besitzer, die ihre Abfälle in eigenen Anlagen beseitigen wollen; im anderen Falle sind es gewerbliche Sammler.

a) „Überwiegen“ der öffentlichen Interessen im Rahmen des § 13 Abs. 1 Satz 2 KrW-/AbfG

Überwiegende öffentliche Interessen begründen im Rahmen von § 13 Abs. 1 Satz 2 KrW-/AbfG die Überlassungspflicht, obwohl der Erzeuger bzw. der Besitzer zu einer Beseitigung der Abfälle in eigenen Anlagen in der Lage ist. Die Beseitigung in eigenen Anlagen stellt an sich den Zustand wieder her, der in § 11 Abs. 1 KrW-/AbfG als „Normalfall“ geregelt ist, nämlich die Beseitigung der Abfälle durch den Erzeuger bzw. Besitzer selbst. Die Beseitigung in eigenen Anlagen ist dabei Ausdruck des Verursacherprinzips und bringt dieses zur Geltung.¹¹⁷ Damit fällt das allgemeine umweltrechtliche Verursacherprinzip in Richtung der Beseitigung in eigenen Anlagen ins Gewicht.

Auf Seiten des Abfallerzeugers oder –besitzers können im Übrigen die Gewährleistung der Berufsfreiheit und der Schutz des Eigentums der Art. 12 und 14 GG in Betracht zu ziehen sein.

¹¹⁷ Vgl. BT- Drucks. 12/5672, S. 127; Bree, Die Privatisierung der Abfallentsorgung nach dem KrW-/AbfG, S. 100.

Grundlegend hat sich das Bundesverwaltungsgericht im Urteil vom 27.05.1981 im Rahmen des Schutzes des Eigentums nach Art. 14 GG Abfallgesetz mit der Frage auseinandergesetzt, ob die Übertragung der Abfallbeseitigung auf öffentlich-rechtliche Körperschaften gemäß § 3 Abs. 2 Abfallgesetz gegenüber privaten Müllabfuhrunternehmen einen enteignenden Eingriff im Hinblick darauf darstellt, dass die Unternehmen einen Teil ihres bisherigen Kundenstammes verlieren.¹¹⁸ Das Gericht hat im Hinblick auf Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG darauf hingewiesen, dass der Gesetzgeber Inhalt und Schranken des Eigentums bestimme und es insofern entscheidend sei, in welcher Weise der Gesetzgeber auf Grund der sozialen Gegebenheiten den rechtlichen Rahmen gesetzt habe, innerhalb dessen sich der eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb eines Müllabfuhrunternehmens erst entfalten könne.¹¹⁹ Da im vorliegenden Fall die Gemeinde ermächtigt war, bei einem dringenden öffentlichen Bedürfnis den Anschluss- und Benutzungszwang durch Satzung anzuordnen, war die Position des Müllabfuhrunternehmens mit dem sich aus einem späteren Anschluss- und Benutzungszwang ergebenden Risiko für den erworbenen Kundenstamm belastet. Die Realisierung dieses Risikos war folglich kein Eingriff in den Gewerbebetrieb in seiner rechtlich ausgeformten Substanz. Das Müllabfuhrunternehmen hat seinen Kundenstamm von vornherein nur mit der Beschränkung erworben, dass ihm dieser infolge eines von der Gemeinde rechtmäßig angeordneten Anschluss- und Benutzungszwangs verloren gehen konnte.¹²⁰

Auch im Hinblick auf die Berufsfreiheit nach Art. 12 GG sah das Bundesverwaltungsgericht in der Übertragung der Abfallbeseitigung keinen verfassungswidrigen Eingriff. Das durch den generellen Anschluss- und Benutzungszwang geschaffene Quasi-Verwaltungsmonopol bezwecke den Schutz der Volksgesundheit und die Erhaltung einer menschenwürdigen Umwelt und sei zur Abwehr von Gefahren für diese Gemeinschaftsgüter unentbehrlich

¹¹⁸ BVerwGE 62, 224.

¹¹⁹ BVerwGE, 62, 224, 226.

¹²⁰ BVerwGE, 62, 224, 227.

und damit trotz des mit ihm verbundenen Eingriffs in die Berufsfreiheit auch im Hinblick auf Art. 12 GG gerechtfertigt.¹²¹

Übertragen auf die Rechtslage nach dem KrW-/AbfG bedeutet dies, dass die Rechtsposition eines Erzeugers oder Besitzers nach § 13 Abs. 1 Satz 2 KrW-/AbfG von vornherein mit dem Risiko belastet ist, dass der öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger im Wege der Geltendmachung überwiegender öffentlicher Interessen die Überlassung der betroffenen Abfälle durchsetzt.

Ob die öffentlichen Interessen die rechtlich geschützten Interessen des Abfallerzeugers oder –besitzers überwiegen, ist eine Frage der Abwägung im Einzelfall. Das Gewicht der Interessen des Erzeugers oder Besitzers hängt beispielsweise davon ab, was unter dem Begriff der „eigenen Anlage“ in § 13 Abs. 1 Satz 2 KrW-/AbfG zu verstehen ist. Während teilweise Nutzungsbefugnisse aus vertraglicher, dinglicher oder gesellschaftsrechtlicher Rechtsposition als ausreichend erachtet werden¹²², wird von anderen Autoren verlangt, die Beseitigungsanlage müsse sich im Alleineigentum des produzierenden Unternehmens befinden.¹²³ Eine bloß vertragliche Rechtsposition an einer Beseitigungsanlage wird regelmäßig durch öffentliche Interessen eher überwunden werden können als eine auf dem (Allein)Eigentum an der Beseitigungsanlage beruhende Rechtsposition. Lässt man demnach nur das Alleineigentum an der Anlage für das Vorliegen einer „eigenen Anlage“ ausreichen, so müssen auch an das „Überwiegen“ der öffentlichen Interessen strengere Anforderungen gestellt werden. Entwickelt z.B. ein Konzern für seine Abfälle eine spezialisierte Beseitigungstechnologie und errichtet hierfür eine eigene Anlage, so werden an das Überwiegen öffentlicher Interessen strengere Anforderungen zu stellen sein als im Falle des Einkaufs freier Anlagenkapazitäten in einer Beseitigungsanlage eines anderen Anlagenbetreibers.¹²⁴

¹²¹ BVerwGE 62, 224, 230.

¹²² *Bertram/Schade*, UPR 1995, 253, 255; *Meins*, BayVBl. 1997, 66, 72.

¹²³ *Walter*, Die Verteilung der Entsorgungspflichten zwischen Abfallverursacher und öffentlich-rechtlichem Entsorgungsträger nach dem KrW-/AbfG, S. 97.

¹²⁴ Wenn man dies für das Vorliegen einer „eigenen Anlage“ genügen lässt.

b) „Überwiegen“ der öffentlichen Interessen im Rahmen des § 13 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 KrW-/AbfG

Ein Überwiegen öffentlicher Interessen gegenüber denjenigen des gewerblichen Sammlers ist jedenfalls dann ausgeschlossen, wenn die Abfälle vom öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger lediglich einer Beseitigung zugeführt werden sollen. In einem solchen Fall setzt sich die abfallrechtliche Zielhierarchie nach § 5 Abs. 2 Satz 2 KrW-/AbfG durch, wonach die Verwertung von Abfällen Vorrang vor deren Beseitigung hat. Dies folgt aus der Gesetzgebungsgeschichte, wonach die öffentlichen Interessen in § 1 Abs. 3 Nr. 7 Abfallgesetz zum Schutze kommunaler *Verwertungsaktivitäten* eingefügt wurden. Es würde dem zentralen Vorrangprinzip der Verwertung vor der Beseitigung des KrW-/AbfG widersprechen, könnte der öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger eine private Sammlung und Verwertung von Haushaltsabfällen unterbinden, um eigene Beseitigungskapazitäten auszulasten (s. dazu bereits oben, 4. b) cc)).

In der Literatur besteht Einigkeit darüber, dass unter dem Gesichtspunkt der Entsorgungssicherheit das Überwiegen öffentlicher Interessen über diejenigen der gewerblichen Sammler in jedem Fall dann zu bejahen ist, wenn ohne die Überlassung der gewerblich gesammelten Abfälle zur Verwertung Bestand und Funktionsfähigkeit öffentlich-rechtlicher Entsorgungseinrichtungen gefährdet wären.¹²⁵ Insofern genießen die Anlagen der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger als Bestandteil der öffentlichen Entsorgungsinfrastruktur einen besonderen Schutz im Hinblick auf die Zwecksetzung des KrW-/AbfG in § 1 und die Aufgabenbestimmung für die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger in § 15 KrW-/AbfG.

Sind nicht Bestand oder Funktionsfähigkeit, sondern lediglich die wirtschaftliche Auslastung öffentlicher Entsorgungsanlagen betroffen, ist zwischen diesem öffentlichen Interesse und den rechtlich geschützten, privaten Interessen des gewerblichen Sammlers abzuwägen.

¹²⁵ So Frenz, KrW-/AbfG, § 13 Rn. 27; Fluck, KrW-/AbfG, § 13 Rn. 160; Schink, NVwZ 1997, 435, 442.

Eine restriktive Auslegung des Begriffs der „überwiegenden öffentlichen Interessen“ wird in der Literatur vielfach in Hinblick auf die Grundrechte aus Art. 12 und 14 GG gefordert, die dem gewerblichen Sammler zur Verfügung stünden. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass die Rechtsposition des gewerblichen Sammlers in gleicher Weise wie die des Abfallerzeugers oder –besitzers – siehe dazu oben a) – mit dem Risiko belastet ist, dass die Abfälle im Hinblick auf die Betroffenheit öffentlicher Interesse dem öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger zu überlassen sind. Ob die öffentlichen Interessen die rechtlich geschützten Interessen des privaten Sammlers überwiegen, ist eine Frage der Abwägung im Einzelfall.

Zu berücksichtigen ist beispielsweise, dass mit der Regelung des § 13 Abs. 3 Nr. 3 KrW-/AbfG – in Fortschreibung des § 1 Abs. 3 Nr. 7 AbfG 1986 – das traditionelle Altstoffgewerbe in seinem Bestand geschützt werden sollte. Aus diesem Grunde erscheint es sachgerecht, entsprechend den unterschiedlichen Gegenständen der Hausmüllentsorgung zu differenzieren:

Während es einerseits Abfälle aus privaten Haushaltungen gibt, die traditionell Betätigungsgegenstand des privaten Altstoffgewerbes sind und bei denen der öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger insoweit einkalkulieren muss, dass Abfälle durch gewerbliche Sammlungen teilweise „abgeschöpft“ werden¹²⁶, existiert für andere Abfallfraktionen aus privaten Haushaltungen (noch) kein privater Entsorgungsmarkt. Den unterschiedlichen öffentlichen und privaten Entsorgungsstrukturen, die für die verschiedenen Abfallfraktionen existieren, ist daher – auch unter dem Gesichtspunkt des Bestandsschutzes – bei der Beantwortung der Frage, wann öffentliche Interessen die eines gewerblichen Sammlers überwiegen, Rechnung zu tragen. Altpapier¹²⁷- und Schrottsammlungen als herkömmliche Segmente des privaten Altstoffgewerbes können deshalb durch überwiegende öffentliche Interessen nur in gewichtigen Fällen unterbunden werden. Umgekehrt wird bei Bioabfällen die Abwägung eher zugunsten der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger ausfallen, die aufgrund rechtlicher Vorgaben Verwer-

¹²⁶ So Klages, Vermeidungs- und Verwertungsgebote als Prinzipien des Abfallrechts, S. 62.

¹²⁷ Hierzu ausführlich Lange, GewArch 1996, 217ff.

tungsstrukturen aufgebaut haben.¹²⁸ Eine private Sammlung, die einer öffentlich-rechtlichen Bioabfallkompostierung den Organikabfall entzieht und diese damit unwirtschaftlich macht, ist deshalb regelmäßig unzulässig.¹²⁹

Nach den Zuordnungskriterien für die Ablagerung (Nr. 4.2 der TASI) dürfen Abfälle nur dann der Deponie zugeordnet werden, wenn sie nicht verwertet werden können. Eine Verwertung von Bioabfällen ist jedoch entsprechend den Zuordnungskriterien für die Verwertung (Nr. 4.1 der TASI) möglich. Grundsätzlich ist eine Deponierung nur noch dann möglich, wenn die Zuordnungskriterien des Anhangs B der TASI eingehalten werden. Wegen der dort für den organischen Anteil des Trockenrückstandes der Originalsubstanz geforderten Werte (Glühverlust bzw. TOC) dürfen Abfälle mit nativorganischen Anteilen grundsätzlich nicht mehr deponiert werden. Folglich soll nach Nr. 5.1 der TASI der öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger die in seinem Zuständigkeitsbereich anfallenden verwertbaren Stoffe mit geeigneten Systemen erfassen und sicherstellen, dass diese Stoffe einer Verwertung zugeführt werden, wobei er dazu ausreichende Sortier- und Kompostierkapazitäten vorhalten soll. Nach der Zielrichtung des TASI sollen demnach die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger eine Kompostierung betreiben¹³⁰, auch wenn eine unmittelbare Verpflichtung hierzu aufgrund des Rechtscharakters der TASI als bloßer Verwaltungsvorschrift nicht besteht.¹³¹ Zugunsten des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers ist deshalb zu berücksichtigen, dass er im Hinblick auf die gestiegenen Anforderungen der TASI besondere Einrichtungen zur Getrenntsammlung und Vorbehandlung von Abfällen betreiben muss, um die Ablagerungsfähigkeit der Restabfälle bzw. der vorbehandelten Abfälle gewährleisten zu können.

¹²⁸ Vgl. hierzu und zu den dadurch verursachten Problemen der kommunalen Gebietskörperschaften ausführlich *Schink*, *AbfallPrax* 1999, 130, 135ff.

¹²⁹ So *Hösel/v. Lersner*, *Recht der Abfallbeseitigung*, *KrW-/AbfG*, § 13 Rn. 26.

¹³⁰ Vgl. *Schmeken*, *TA Abfall - TA Siedlungsabfall*, 3. Aufl. 1993, S. 26.

¹³¹ *Schink*, in: *Brandt/Ruchay/Weidemann*, *KrW-/AbfG*, B 100 § 15 Rn. 105. Zu beachten ist aber in diesem Zusammenhang, dass im Zuge der Umsetzung der EG-Deponierichtlinie (Richtlinie 1999/31/EG des Rates vom 26.4.1999) eine Überführung der TASI zumindest in die Form einer Rechtsverordnung notwendig ist, da EG-Richtlinien – jedenfalls wenn sie dem Schutz einzelnen Bürgers zu dienen bestimmt sind – nach der Rechtsprechung des EuGH durch außenverbindliche Vorschriften umgesetzt werden müssen; vgl. zur Umsetzung der Deponierichtlinie in nationales Recht *Schink*, *AbfallPrax* 1999, 9, 15; *Stief*, *Korrespondenz Abwasser*, 1998, 1827, 1840.

c) Zwischenergebnis

„Überwiegende öffentliche Interessen“ stehen einer gewerblichen Sammlung jedenfalls dann entgegen, wenn Bestand oder Funktionsfähigkeit der zur Verwertung der Abfälle dienenden Anlagen des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers gefährdet sind.

Wird durch die gewerbliche Sammlung lediglich die wirtschaftliche Auslastung der öffentlichen Einrichtungen mit der Folge einer nicht unerheblichen Gebührensteigerung beeinträchtigt, ist zwischen den öffentlichen Interessen und denjenigen des gewerblichen Sammlers abzuwägen.

Für den gewerblichen Sammler streiten die Rechtspositionen aus Art. 12 und 14 GG. Im Rahmen der Abwägung kann abfallartenspezifisch danach differenziert werden, welche Abfälle traditionell Gegenstand des privaten Altstoffgewerbes sind und welche traditionell in den Aufgabenbereich der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger fallen, um dadurch den jeweils geschaffenen Entsorgungsstrukturen Rechnung zu tragen.

6. Zusammenfassung

Öffentliche Interessen sind bei einer Beseitigung in eigenen Anlagen oder bei einer gewerblichen Sammlung betroffen, wenn Bestand, Funktionsfähigkeit oder wirtschaftliche Auslastung der Anlagen des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers beeinträchtigt sind. Das Auslastungsinteresse ist nur dann als öffentliches Interesse anzuerkennen, wenn die entstehenden Leerkosten nach gebührenrechtlichen Maßstäben ansatzfähig sind.

Für die Eigenbeseitigung nach § 13 Abs. 1 Satz 2 KrW-/AbfG streitet das Verursacherprinzip, das im Einzelfall gegen die öffentlichen Interessen abgewogen werden muss. Im übrigen hängen die zu überwindenden Interessen des Eigenentsorgers von der Auslegung des Begriffs der „eigenen Anlage“ ab, wobei die hierbei geforderte Rechtsposition an der Beseitigungsanlage – vertraglich, dinglich, gesellschaftsrechtlich – die

Anforderungen bestimmt, die an das Überwiegen öffentlicher Interessen zu stellen sind.

Auf Seiten des gewerblichen Sammlers fallen die Berufsfreiheit und die Gewährleistung des Eigentums aus Art. 12 und 14 GG ins Gewicht, die gegen das Interesse an der wirtschaftlichen Auslastung derjenigen Entsorgungsanlagen abzuwägen sind, in denen der öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger die Abfälle zu verwerten beabsichtigt.

III. Überwiegende öffentliche Interessen als Ausschlusskriterium einer Pflichtenübertragung (§§ 16 Abs. 2 Nr. 3, 17 Abs. 3 Nr. 3 KrW-/AbfG)

Nach § 16 Abs. 2 KrW-/AbfG kann die zuständige Behörde auf Antrag mit Zustimmung der Entsorgungsträger im Sinne der §§ 15, 17 und 18 deren Pflichten auf einen Dritten ganz oder teilweise übertragen, wenn

1. *der Dritte sach- und fachkundig und zuverlässig ist,*
2. *die Erfüllung der übertragenen Pflichten sichergestellt ist und*
3. *keine überwiegenden öffentlichen Interessen entgegenstehen.*

Die Pflichtenübertragung der privaten Entsorgungsträger auf Dritte bedarf dabei der Zustimmung der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger im Sinne des § 15.

Nach § 17 Abs. 3 KrW-/AbfG kann die zuständige Behörde mit Zustimmung der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger im Sinne des § 15 den Verbänden auf deren Antrag die Erzeuger- und Besitzerpflichten ganz oder teilweise übertragen, wenn

1. *auf andere Weise der Verbandszweck nicht erfüllt werden kann,*
2. *die Erfüllung der übertragenen Pflichten sichergestellt ist, insbesondere die Sicherheit der Abfallbeseitigung für den übertragenen Aufgabenbereich im Einklang mit den Abfallwirtschaftsplänen der Länder (§ 29) gewährleistet ist, und*
3. *keine überwiegenden öffentlichen Interessen entgegenstehen.*

Der Begriffsinhalt der überwiegenden öffentlichen Interessen in den Konstellationen der Pflichtenübertragung erschließt sich historisch dadurch, dass mit

§ 16 Abs. 2 KrW-/AbfG die „bewährte Regelung des § 4 Abs. 2 des Tierkörperbeseitigungsgesetzes“ auch für den Anwendungsbereich des KrW-/AbfG übernommen werden sollte.¹³² § 4 Abs. 2 Tierkörperbeseitigungsgesetz enthält ebenfalls den Begriff der „überwiegenden öffentlichen Interessen“ als Ausschlusskriterium für die Übertragung der Pflicht zur Beseitigung von Tierkörpern, Tierkörperteilen und Erzeugnissen. Demzufolge ist im Rahmen der historischen Auslegung auf den Begriff der „überwiegenden öffentlichen Interessen“ in § 4 Abs. 2 Tierkörperbeseitigungsgesetz einzugehen.

Nach der Begründung zum Tierkörperbeseitigungsgesetz soll eine Übertragung nicht dazu führen, dass eine öffentlich-rechtliche Tierkörperbeseitigungsanstalt unrationell wird; dies wäre angesichts der von der Allgemeinheit letztlich zu tragenden Kosten nicht vertretbar.¹³³ Damit hat der Gesetzgeber den wirtschaftlichen Schutz öffentlich-rechtlicher Entsorgungseinrichtungen zu einem öffentlichen Interesse erklärt, das im Rahmen der Pflichtenübertragung im Tierkörperbeseitigungsrecht zu berücksichtigen ist.¹³⁴ Da der Gesetzgeber diese Regelung für das KrW-/AbfG bewusst übernommen hat, ist davon auszugehen, dass den überwiegenden öffentlichen Interessen in § 16 Abs. 2 KrW-/AbfG und entsprechend in § 17 Abs. 3 KrW-/AbfG der Begriffsinhalt zukommen sollte, der den überwiegenden öffentlichen Interessen in § 4 Abs. 2 TierkörperbeseitigungG nach der Gesetzesbegründung zukommt.¹³⁵

Daher berühren Funktionsfähigkeit und Wirtschaftlichkeit der vorhandenen (öffentlichen) Entsorgungsinfrastruktur öffentliche Interessen.¹³⁶ So kann eine Pflichtenübertragung ausgeschlossen sein, wenn sie eine erhebliche und nachhaltige Beeinträchtigung der Entsorgungsinfrastruktur zur Folge hätte, etwa weil vorhandene Anlagen der Kommunen oder anderer Entsorgungsträger nicht mehr ausgelastet werden könnten und deshalb in ihrem Fortbestand gefährdet wären.¹³⁷ Diese Auslegung entspricht dem Begriffsinhalt der „überwiegenden öffentlichen Interessen“ im Rahmen der Begründung von Überlassungspflichten.¹³⁸

¹³² So die Begründung der Bundesregierung in BT-Drucks. 12/5672, S. 45.

¹³³ BT-Drucks. 7/3225, S. 15.

¹³⁴ Vgl. auch *Tegge*, Tierkörperbeseitigungsgesetz, 1977, S. 36; *Grünwald*, Handbuch des Tierkörperbeseitigungsrechts, S. 192.

¹³⁵ So auch *Arndt/Walter*, WiVerw 1997, 183, 228, Fn. 137.

¹³⁶ Vgl. auch *Queitsch*, KrW-/AbfG, Ergänzungsband 1997, S. 38.

¹³⁷ *Schink*, Die Pflichtenübertragung nach § 16 Abs. 2 KrW-/AbfG – Voraussetzungen und Rechtsfolgen, Manuskript für die 7. Kölner Abfalltage, 2./3. 12. 1998, S. 28; vgl. auch *Queitsch*, Stadt und Gemeinde 1995, 55, 65.

¹³⁸ Dazu siehe ausführlich oben, I.

Die Pflichtenübertragungen nach den §§ 16 Abs. 2 Nr. 3 und 17 Abs. 3 Nr. 3 KrW-/AbfG stehen unter dem Vorbehalt der Zustimmung des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers. Der Zustimmungsvorbehalt wurde im Gesetzgebungsverfahren von den Ländern im Vermittlungsausschuss durchgesetzt¹³⁹ und soll gewährleisten, dass sich Abfallentsorgungseinrichtungen der Kommunen nicht als unsinnige Investitionen erweisen.¹⁴⁰

In der Literatur wird teilweise die Auffassung vertreten, die Aufnahme eines Zustimmungserfordernisses lasse vermuten, dass kommunale Entsorgungsinteressen nicht bereits Teil des Begriffes der „überwiegenden öffentlichen Interessen“ seien.¹⁴¹ Sähe man nämlich in den Zustimmungserfordernissen die Voraussetzungen für die Sicherstellung kommunaler Entsorgungsinteressen, wie etwa die Vermeidung kostenintensiver Vorhaltung nicht ausgelasteter kommunaler Entsorgungsanlagen, so spräche einiges dafür, dass das Erfordernis der Berücksichtigung überwiegender öffentlicher Interessen diese kommunalen Entsorgungsinteressen eben noch nicht hinreichend sichere.¹⁴²

Zunächst ist es zutreffend, dass die für die Pflichtenübertragung zuständige Behörde bei der Prüfung der öffentlichen Interessen – über die unmittelbar den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger berührenden Belange hinaus – die abfallwirtschaftliche Situation in dem Entsorgungsgebiet insgesamt zu berücksichtigen hat, auf das sich die Zuständigkeit der Behörde erstreckt. Die Belange und damit auch die Interessen an einer wirtschaftlichen Auslastung des zustimmungsberechtigten öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers sind hierin aber naturgemäß eingeschlossen. Ohne deren Berücksichtigung wird die für die Übertragungsentscheidung zuständige Behörde in der Regel keine ausgewogene Entscheidung treffen können. Es ist nicht davon auszugehen, dass der Gesetzgeber diesen für die Qualität der Entscheidung maßgeblichen Gesichtspunkt aus dem Prüfungsrahmen der für die Entscheidung verantwortlichen Behörde ausscheiden wollte. Im Übrigen sind keine Bedenken dagegen ersichtlich, dass die von der zuständigen Behörde in die Abwägung eingestellten Belange teildentisch mit denjenigen sind, die der öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger im Rahmen seiner Entscheidung über

¹³⁹ Hösel/v.Lersner, KrW-/AbfG, § 16 Rn. 34.

¹⁴⁰ Schink, Der Gemeindehaushalt 1994, 241, 242; Bree, Die Privatisierung der Abfallentsorgung nach dem KrW-/AbfG, S. 131f.

¹⁴¹ Wissing, Überlassungspflichten begründende Gemeinwohlinteressen im System des KrW-/AbfG, S. 54.

¹⁴² Wissing aaO.

rechtliche Entsorgungsträger im Rahmen seiner Entscheidung über die Zustimmung einbringt.

Zusammenfassend ist festzuhalten: Neben anderen abfallwirtschaftlichen Belangen der betroffenen Entsorgungsregion werden durch die öffentlichen Interessen auch Bestand, Funktionsfähigkeit und wirtschaftlicher Betrieb der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsstruktur geschützt. Die Kriterien entsprechen insoweit denjenigen der öffentlichen Interessen im Rahmen der Begründung von Überlassungspflichten.¹⁴³

B. Die Zustimmung der (öffentlich-rechtlichen) Entsorgungsträger gemäß §§ 16 Abs. 2, 17 Abs. 3, 18 Abs. 2 S. 2 KrW-/AbfG

I. Einleitung

Neben der schon nach der bisherigen Rechtslage möglichen Drittbeauftragung hat der Gesetzgeber des KrW-/AbfG das neue Instrument der Pflichtenübertragung geschaffen, um insbesondere das Verursacherprinzip stärker zur Geltung zu bringen.¹⁴⁴ Die Pflichtenübertragung führt dazu, dass der primär Entsorgungspflichtige entpflichtet und der Übertragungsadressat zum Entsorgungsverantwortlichen wird. Es geht insofern nicht um eine Erfüllungs-, sondern um eine Verantwortungssubstitution.¹⁴⁵ Dadurch unterscheidet sich die Pflichtenübertragung von den Fällen der Drittbeauftragung nach den §§ 16 Abs. 1, 17 Abs. 1 und 18 Abs. 1 KrW-/AbfG, die die öffentlich-rechtliche Entsorgungsverantwortung unberührt lässt.

Die Pflichtenübertragung erfolgt dabei stets durch die zuständige Übertragungsbehörde, die im Gesetz konkret benannte Voraussetzungen zu prüfen hat. Diese materiellen Übertragungsvoraussetzungen müssen jeweils kumulativ erfüllt sein, damit eine Pflichtenübertragung erfolgen kann. So muss im Rahmen der Pflichtenübertragung nach § 16 Abs. 2 Satz 1 KrW-/AbfG der Dritte sach- und fachkundig und zuverlässig sein, die Erfüllung der übertragenen Pflichten muss sichergestellt sein, und es dürfen keine überwiegenden öffentlichen Interessen entgegenstehen. Die materiellen Übertragungsvoraussetzungen bei der Pflichtenübertragung auf einen Verband nach § 17 Abs. 3 KrW-/AbfG sehen vor, dass der Verbandszweck auf andere Weise nicht er-

¹⁴³ S. o., II.

¹⁴⁴ Petersen/Rid, NJW 1995, 7, 13.

¹⁴⁵ Frenz, KrW-/AbfG, § 16 Rn. 7.

füllt werden kann, die Erfüllung der übertragenen Pflichten sichergestellt ist - insbesondere die Sicherheit der Abfallbeseitigung für den übertragenen Aufgabenbereich im Einklang mit den Abfallwirtschaftsplänen der Länder (§ 29 KrW-/AbfG) gewährleistet ist und keine überwiegenden öffentlichen Interessen entgegenstehen. Gleiches gilt nach § 18 Abs. 2 KrW-/AbfG für die Pflichtenübertragung auf Selbstverwaltungskörperschaften der Wirtschaft.

Die Übertragung der Entsorgungspflichten wird im KrW-/AbfG zusätzlich stets von der Zustimmung der Entsorgungsträger abhängig gemacht. Hinsichtlich der Auswirkungen der Übertragungsentscheidung auf die zustimmungsberechtigten Entsorgungsträger ist zwischen den einzelnen Übertragungstatbeständen zu unterscheiden.

Nach § 16 Abs. 2 Satz 1 KrW-/AbfG kann die zuständige Behörde auf Antrag mit Zustimmung der Entsorgungsträger im Sinne der §§ 15, 17 und 18 KrW-/AbfG deren Pflichten auf einen Dritten ganz oder teilweise übertragen, wenn die materiellen Übertragungsvoraussetzungen nach den Nrn. 1 bis 3 erfüllt sind. Die Zustimmung des bisher verpflichteten Entsorgungsträgers führt in der Konstellation des § 16 Abs. 2 Satz 1 KrW-/AbfG) dazu, dass die bisher ihn treffende Entsorgungspflicht einem Dritten übertragen wird. Die Pflichtenübertragung hat hier also die Folge, dass der zustimmende Entsorgungsträger seine Entsorgungspflicht verliert. Dieses Zustimmungserfordernis war bereits im ursprünglichen Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 15.9.1993 enthalten.¹⁴⁶ Bei der Zustimmung nach § 16 Abs. 2 Satz 1 KrW-/AbfG ist die Position des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers identisch mit derjenigen des Verbandes nach § 17 oder derjenigen einer Kammer nach § 18 KrW-/AbfG. Letztere sind Entsorgungsträger allerdings nur, wenn ihnen zuvor Erzeuger- oder Besitzerpflichten nach den §§ 17 Abs. 3 und 18 Abs. 2 KrW-/AbfG übertragen wurden.

Die Zustimmungserfordernisse nach §§ 16 Abs. 2 Satz 2, 17 Abs. 3 und 18 Abs. 2 i.V.m. 17 Abs. 3 KrW-/AbfG betreffen ausschließlich die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger und fanden sich noch nicht in der ursprünglichen Entwurfsfassung. Sie wurden erst durch den Vermittlungsausschuss in das Gesetz eingefügt. Der Gegenstand der Zustimmung bei § 16 Abs. 2 Satz 2 KrW-/AbfG ist allerdings ein anderer, als bei §§ 17 Abs. 3 und 18 Abs. 2 KrW-/AbfG. Bei den Pflichtenübertragungen nach §§ 17 Abs. 3 und 18 Abs. 2

¹⁴⁶ BT-Drucks. 12/5672, hier noch § 14.

KrW-/AbfG werden Erzeuger- und Besitzerpflichten durch die zuständige Behörde auf den Verband bzw. auf die Kammer übertragen. Die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger sind insofern nicht unmittelbar betroffen, da nicht direkt in deren Rechtsstellung eingegriffen wird. Es kann lediglich faktisch zu einem Verlust von Entsorgungspflichten kommen, wenn der öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger bisher tatsächlich entsorgt hat.¹⁴⁷

Anders ist die Situation bei § 16 Abs. 2 Satz 2 KrW-/AbfG: Die Bestimmung bezieht sich nur auf die Fälle des § 16 Abs. 2 Satz 1 KrW-/AbfG, in denen der öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger nicht bereits als betroffener Entsorgungsträger zustimmen musste. Es werden also hier diejenigen Fälle erfasst, in denen bereits mit Zustimmung des Entsorgungsträgers übertragene Pflichten eines Verbandes nach § 17 oder einer Selbstverwaltungskörperschaft der Wirtschaft nach § 18 KrW-/AbfG auf einen Dritten weiterübertragen werden.

Die Beantwortung der Frage, wie die Zustimmung der Entsorgungsträger rechtlich einzuordnen ist und welche Ermessensspielräume den Entsorgungsträgern bei Erteilung bzw. Versagung der Zustimmung zustehen ist entscheidend dafür, inwieweit eine Pflichtenübertragung trotz Erfüllung der materiellen Übertragungsvoraussetzungen scheitern kann. Es ist zu untersuchen, inwieweit den Entsorgungsträgern ein eigenständiger Entscheidungsspielraum bei der Pflichtenübertragung zusteht, der quasi als „zweite Hürde“ neben den materiellen Übertragungsvoraussetzungen vom Antragsteller überwunden werden muss, um die Entsorgungspflicht übertragen zu bekommen.

II. Rechtsnatur der Zustimmung in den §§ 16-18 KrW-/AbfG

Die Zustimmung der Entsorgungsträger ist Voraussetzung der Pflichtenübertragung durch die zuständige Behörde, die auf Antrag bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen erfolgen kann.

Insbesondere für den Rechtsschutz ist von Bedeutung, ob die Zustimmung als Verwaltungsakt oder lediglich als Verwaltungsinternum zu qualifizieren ist. Die letztgenannte Konstellation wird im allgemeinen Verwaltungsrecht unter dem Begriff des „mehrstufigen Verwaltungsakts“ diskutiert, wenn die interne Zustimmung Teil in einem Verwaltungsakt mündenden Verfahrens ist.

¹⁴⁷ Oebbecke, Möglichkeiten und Grenzen der privaten Abfallwirtschaft nach §§ 16-18 KrW-/AbfG, in: 7. Kölner Abfalltage, Manuskript S. 7.

Voraussetzung für einen Verwaltungsakt ist gemäß § 35 VwVfG des Bundes sowie der entsprechenden Vorschriften der Länder unter anderem die Behördeneigenschaft der die Entscheidung treffenden Stelle. Unterliegt die Übertragungsentscheidung der Zustimmung des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers, ist die Behördeneigenschaft unzweifelhaft. Aber auch bei der Zustimmung eines Verbandes oder der Einrichtung einer Kammer nach § 16 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. § 17 bzw. § 13 KrW-/AbfG handelt eine Behörde, obwohl private Entsorgungsträger der Pflichtenübertragung zustimmen müssen. Aufgrund der in diesen Konstellationen vorausgesetzten vorherigen Beleihung der Entsorgungsträger nach § 17 Abs. 3 bzw. § 18 Abs. 2 KrW-/AbfG ist auch bei der Zustimmung der privaten Entsorgungsträger zur Pflichtenübertragung im Rahmen des § 16 Abs. 2 Satz 1 KrW-/AbfG die Behördeneigenschaft im Sinne des Verwaltungsverfahrensrechts zu bejahen.¹⁴⁸

Genauerer Prüfung bedarf jedoch das Merkmal der unmittelbaren Rechtswirkung nach außen. Erklärungen oder Versagungen der Zustimmung einer Verwaltungsbehörde zu einer Entscheidung einer anderen Behörde sind nur dann selbst als Verwaltungsakt zu qualifizieren, wenn sie unmittelbar rechtlich nach außen wirken, indem sie selbst die Rechtsbeziehungen zu einem Betroffenen oder hinsichtlich der Sache regeln.¹⁴⁹ Die Zustimmung müsste deshalb dem Bürger gegenüber eine eigene und unmittelbare Rechtswirkung entfalten. Ein Verwaltungsakt kann dagegen nicht schon dann angenommen werden, wenn die beteiligten Behörden unterschiedlichen juristischen Personen des öffentlichen Rechts angehören. Einem solchen Umstand wird man nur dann Bedeutung zumessen können, soweit eine Behörde gegenüber einer anderen Behörde eine Maßnahme ergreift, die nicht im Zusammenhang mit einem Verwaltungsverfahren gegenüber einen Dritten steht.¹⁵⁰

Indizien für eine Außenwirkung können sich aus der Ausgestaltung des Beteiligungsrechts ergeben. In der Literatur wird die Außenwirkung von einer Gesamtschau mehrerer Kriterien abhängig gemacht, insbesondere der Anordnung der Beteiligung durch Rechtssatz, der Abgabe dieser Erklärung gegenüber dem Betroffenen und nicht gegenüber der anderen Behörde und der

¹⁴⁸ So ausdrücklich *Hösel/v. Lersner*, KrW-/AbfG, § 16 Rn. 29; *Bree*, Die Privatisierung der Abfallentsorgung nach dem KrW-/AbfG, S. 131, Fn. 631.

¹⁴⁹ BVerwGE 28, 145, 146.

¹⁵⁰ *Stelkens/Bonk/Sachs*, VerwVerfG, 5. Aufl. 1998, § 35 Rn. 92.

Bindung der federführenden Behörde an die Entscheidung der beteiligten Behörde.¹⁵¹ Die Rechtsprechung misst allerdings dem letztgenannten Kriterium keine entscheidende Bedeutung bei.¹⁵² Es soll vielmehr darauf ankommen, ob das Mitwirkungsrecht der zustimmungsberechtigten Behörde eine derart selbständige Bedeutung hat, dass dieser die ausschließliche Wahrnehmung bestimmter Aufgaben und die alleinige Geltendmachung besonderer Gesichtspunkte übertragen ist.¹⁵³ Soll die zustimmungsberechtigte Behörde dagegen lediglich im Interesse einer sachgerechten Entscheidung bestimmte Gesichtspunkte einer zusätzlichen Beurteilung unterziehen, liegt eine unselbständige Mitwirkungshandlung vor.¹⁵⁴

In der Regel wird die Zustimmung einer beteiligten Behörde im Rahmen gestufter Verwaltungsverfahren in Rechtsprechung und Literatur lediglich als verwaltungsinterne Erklärung ohne unmittelbare Außenwirkung gewertet.¹⁵⁵ Dementsprechend ist es fast einhellige Auffassung in der abfallrechtlichen Literatur, dass die Zustimmung der Entsorgungsträger eine interne Mitwirkungshandlung ohne Verwaltungsaktqualität ist.¹⁵⁶

Im folgenden ist diese Einschätzung anhand der dargestellten Kriterien zu überprüfen.

1. Anordnung der Beteiligung durch Rechtssatz

Fehlt die gesetzliche Anordnung der Beteiligung, ist die Beteiligung also z.B. nur durch Verwaltungsvorschriften vorgeschrieben, bleibt die Beteiligung schon deshalb Verwaltungsinternum.¹⁵⁷ Bezüglich der Zustimmung der Entsorgungsträger zur Pflichtenübertragung nach den §§ 16-

¹⁵¹ *Wolff/Bachof/Stober*, Verwaltungsrecht I, § 45 Rn. 66.

¹⁵² Näher s. u., 2.

¹⁵³ BVerwG, NJW 1959, 590; BVerwGE 26, 31, 39; *Peine*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Rn. 127.

¹⁵⁴ OVG Sachsen-Anhalt, DVBl. 1993, 960, 961.

¹⁵⁵ *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl., § 9 Rn. 30; *Wolff/Bachof/Stober*, Verwaltungsrecht I, § 45 Rn. 67; *Knack*, VerwVerfG, 6. Aufl. 1998, § 35 Rn. 5.4.1; *Stelkens/Bonk/Sachs*, VerwVerfG, 5. Aufl. 1998, § 35 Rn. 91.

¹⁵⁶ *Arndt*, Kreislaufwirtschaft und kommunale Entsorgung, S. 97f., 99; *Bree*, Die Privatisierung der Abfallentsorgung nach dem KrW-/AbfG, S. 131; *Fluck*, KrW-/AbfG, § 16 Rn. 170; *Meins*, BayVBl. 1997, 100, 101; *Pippke*, Öffentliche und private Abfallentsorgung, S. 116, 127; *Krahnefeld*, AbfallPrax 1999, 122, 125; *Jungnickel/Winands*, LKV 1999, 289, 293; *Tettinger*, in: Festschrift für *Friauf*, S. 569, 585; *Oebbecke*, Möglichkeiten und Grenzen der privaten Abfallwirtschaft nach §§ 16-18 KrW-/AbfG, in: 7. Kölner Abfalltage, Manuskript S. 8; *Arzt/Siederer*, in: *Gaßner/Versmann*, Neuordnung kommunaler Aufgaben im KrW-/AbfG, S. 51, 59f., a.A. soweit ersichtlich nur *Versteyl*, in: *Kunig/Paetow*

Versteyl, KrW-/AbfG, § 16 Rn. 36.

¹⁵⁷ *Stelkens/Bonk/Sachs*, VerwVerfG, 6. Aufl. 1998, § 35 Rn. 94.

18 KrW-/AbfG ist jedoch die Beteiligung der Entsorgungsträger ausdrücklich gesetzlich vorgeschrieben. Die Anordnung der Beteiligung durch Rechtssatz allein reicht jedoch in keinem Fall zur Begründung der Außenwirkung aus.

2. Abgabe der Erklärung gegenüber dem Betroffenen und nicht gegenüber der Behörde

Aus dem Wortlaut der §§ 16-18 KrW-/AbfG lässt sich nicht unmittelbar entnehmen, wem gegenüber die Zustimmung zu erklären ist.¹⁵⁸ Als Voraussetzung für die Pflichtenübertragung ist jedoch unzweifelhaft, dass die Zustimmung gegenüber der zuständigen Behörde zu erklären ist, die die endgültige Entscheidung über den Antrag fällt.¹⁵⁹ Nach außen tritt daher nicht die Zustimmung des Entsorgungsträgers, sondern nur die Entscheidung der zuständigen Abfallwirtschaftsbehörde in Erscheinung.¹⁶⁰ Hieraus ergibt sich, dass die Zustimmung unmittelbare Rechtswirkung lediglich im Verhältnis zwischen (öffentlich-rechtlichem) Entsorgungsträger und der entscheidenden Behörde, nicht aber zwischen Entsorgungsträger und Antragsteller entfalten kann.¹⁶¹ Der Entsorgungsträger ist für eine Zustimmung gegenüber dem Antragsteller im Außenverhältnis weder zuständig noch befugt. Die Zustimmung wird gemäß § 16 Abs. 1 Satz 2 KrW-/AbfG nur gegenüber der zuständigen Behörde im Rahmen der gesetzlich angeordneten Mitwirkungsbefugnis erklärt, im Außenverhältnis zum Antragsteller liefe die Zustimmungserklärung hingegen „ins Leere“.

3. Bindung der die Übertragungsentscheidung treffenden Behörde an die Zustimmungserklärung des Entsorgungsträgers

Verweigert der Entsorgungsträger seine Zustimmung, ist die für die Übertragung zuständige Behörde gehindert, die Übertragung vorzunehmen. Die Pflichtenübertragung kann gegen den erklärten Willen des vom Gesetz als Pflichtigen eingesetzten (öffentlich-rechtlichen) Entsorgungsträgers nicht erfolgen.¹⁶² Auch über eine rechtswidrig versagte

¹⁵⁸ So ausdrücklich *Bree*, Die Privatisierung der Abfallentsorgung nach dem KrW-/AbfG, S. 131.

¹⁵⁹ *Pippke*, Öffentliche und private Abfallentsorgung, S. 115.

¹⁶⁰ *Arzt/Siederer*, in: *Gaßner/Versmann*, Neuordnung kommunaler Aufgaben im KrW-/AbfG, S. 51, 60.

¹⁶¹ *Pippke*, Öffentliche und private Abfallentsorgung, S. 116.

¹⁶² *Versteyl*, in: *Kunig/Paetow/Versteyl*, KrW-/AbfG, § 16 Rn. 35.

Zustimmung kann sich die für die Pflichtenübertragung zuständige Behörde nicht hinwegsetzen; eine dennoch ausgesprochene Pflichtenübertragung wäre rechtswidrig.¹⁶³ Aus dieser Bindung der zuständigen Behörde an eine Verweigerung der Zustimmung durch den Entsorgungsträger schließt ein Teil der Literatur, dass die Zustimmung nicht als bloßes Verwaltungsinternum gewertet werden könne.¹⁶⁴ Eine verweigerte Zustimmung des Entsorgungsträgers sei als eigener Verwaltungsakt zu qualifizieren, weil die Pflichtenübertragung einen derart tiefgreifenden Einfluss auf die eigene Aufgabenstellung habe, dass sich die (obere) Behörde nicht selbständig darüber hinwegsetzen könne.¹⁶⁵

Diese Auffassung misst einem Kriterium entscheidende Bedeutung bei, das nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts nicht ausschlaggebend ist. Das Bundesverwaltungsgericht hat zur Einordnung des gemeindlichen Einvernehmens nach § 36 BBauG folgendes ausgeführt:

„Da mithin erst die das Baugenehmigungsverfahren abschließende Entscheidung der Baugenehmigungsbehörde Rechtswirkungen gegenüber dem Bauwilligen äußert, ist es in diesem Zusammenhang unerheblich, ob man der Stellungnahme der Gemeinde unter gewissen Voraussetzungen eine von der Genehmigungsbehörde zu beachtende Bindungswirkung beimisst; eine solche Bindung kann ... nur für die Baugenehmigungsbehörde in Betracht kommen. Solange die Baugenehmigungsbehörde ihrerseits nicht entscheidet, ist der Bauwillige in seinen Rechten nicht berührt. Daran ändert auch der vom Kläger hervorgehobene Umstand nichts, dass die Gemeinde hier in Ausübung ihrer Planungshoheit handelt. Denn aus dem sachlichen Gewicht der gesetzlich vorgesehenen Mitwirkungsbefugnis lässt sich für die rechtliche Einordnung der Mitwirkungshandlung nichts Entscheidendes herleiten.“¹⁶⁶

Diesem Begründungsansatz des Bundesverwaltungsgerichts ist zuzustimmen. Für die Frage der Außenwirkung ist nicht die Bindung der nach außen handelnden Behörde an die Entscheidung der mitwirken-

¹⁶³ Schink, Die Pflichtenübertragung nach § 16 Abs. 2 KrW-/AbfG – Voraussetzungen und Rechtsfolgen, 7. Kölner Abfalltage, Manuskript S. 26; Pippke, Öffentliche und private Abfallentsorgung, S. 116.

¹⁶⁴ Versteyl, in: Kunig/Paetow/Versteyl, KrW-/AbfG, § 16 Rn. 35.

¹⁶⁵ Versteyl aaO.

¹⁶⁶ BVerwGE 28, 145, 147.

den Behörde maßgeblich. Für die Außenwirkung ist die Bindung gegenüber dem Adressaten des Verwaltungsaktes ausschlaggebend, nicht aber verwaltungsinterne Bindungswirkungen, seien deren Auswirkungen auf die Entscheidung und die Bedeutung für den Adressaten auch noch so groß.

Aus der Bindung der für die Übertragungsentscheidung zuständigen Behörde an eine Verweigerung der Zustimmung durch den Entsorgungsträger lässt sich deshalb kein Indiz für das Vorliegen eines Verwaltungsaktes entnehmen.

4. Übertragung der ausschließlichen Wahrnehmung bestimmter Aufgaben auf den Entsorgungsträger

Im Gesetz sind keine Gesichtspunkte genannt, die in die Zustimmungsentcheidung der Entsorgungsträger einfließen sollen.¹⁶⁷ Eine ausschließliche Wahrnehmungsberechtigung der Entsorgungsträger für bestimmte Belange kann dem Gesetzeswortlaut daher nicht entnommen werden.

Es ist auch nicht ersichtlich, welche Gesichtspunkte lediglich von den Entsorgungsträgern, nicht jedoch von der zuständigen Behörde eingebracht werden könnten. Zu verweisen ist insbesondere auf die „überwiegenden öffentlichen Interessen“, die als Ausschlusskriterium der Pflichtenübertragung von der zuständigen Behörde zu prüfen sind. Begriffsinhalt der überwiegenden öffentlichen Interessen in § 16 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 KrW-/AbfG sind – wie bereits oben unter A. umfassend dargelegt wurde – die von den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern zu wahren Belange. Überwiegende öffentliche Interessen stehen einer Pflichtenübertragung insbesondere dann entgegen, wenn die Aufgabenübernahme durch den Dritten zur Folge haben würde, dass eine erhebliche und nachhaltige Beeinträchtigung der Entsorgungsinfrastruktur eintreten würde, etwa weil vorhandene Anlagen anderer Dritter oder Privater durch die Beauftragung des Dritten nicht mehr ausgelastet werden könnten und deshalb in ihrem Fortbestand gefährdet wären.¹⁶⁸

¹⁶⁷ Bree, Die Privatisierung der Abfallentsorgung nach dem KrW-/AbfG, S. 131.

¹⁶⁸ Schink, DÖV 1995, 881, 887.

Als Ergebnis ist damit festzuhalten, dass den Entsorgungsträgern im Rahmen ihrer Beteiligung an der Übertragung von Entsorgungspflichten nicht die ausschließliche Wahrnehmung bestimmter Aufgaben oder die alleinige Geltendmachung besonderer Gesichtspunkte übertragen ist. Auch unter dem Gesichtspunkt der Wahrnehmung bestimmter Aufgaben durch die Entsorgungsträger lässt sich deshalb keine Außenwirkung der Entscheidung über die Zustimmung begründen.

5. Zusammenfassung

Von den vier erörterten Kriterien fällt lediglich die Anordnung der Beteiligung durch Rechtssatz (s. o. 1.) hinsichtlich der Verwaltungsaktsqualität der Zustimmung positiv ins Gewicht. Der Bindung der für die Übertragungsentscheidung zuständigen Behörde an die Zustimmungsentscheidung des Entsorgungsträgers kommt keine maßgebliche Bedeutung zu. Die beiden übrigen Kriterien sprechen gegen eine Außenwirkung: Die Zustimmung wird nicht gegenüber dem Betroffenen, sondern gegenüber der federführenden Behörde erklärt und der zustimmungsberechtigten Behörde ist nicht die ausschließliche Wahrnehmung bestimmter Aufgaben oder die alleinige Geltendmachung besonderer Gesichtspunkte übertragen. Eine Gesamtbetrachtung der Kriterien führt deshalb zu dem Ergebnis, dass die Zustimmung der Entsorgungsträger zur Pflichtenübertragung lediglich ein Verwaltungsinternum ohne Verwaltungsaktsqualität darstellt.

III. Ermessen der (öffentlich-rechtlichen) Entsorgungsträger bei der Erteilung bzw. Versagung der Zustimmung zu Pflichtenübertragung

Nachdem die Rechtsnatur der Zustimmung untersucht wurde, ist nunmehr zu fragen, ob die Entsorgungsträger im Rahmen ihrer Entscheidung über die Zustimmungserteilung über einen Spielraum verfügen, oder ob es sich um eine gebundene Entscheidung handelt. Im Falle einer gebundenen Entscheidung wären die Entsorgungsträger bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen verpflichtet, die Zustimmung zu erteilen. Im Falle eines Entscheidungsspielraumes wären sie berechtigt, die Zustimmung auch dann zu verweigern, wenn der Antragsteller alle Voraussetzungen für die Pflichtenübertragung erfüllt. In der abfallrechtlichen Literatur werden die Zustimmungsvorbehalte der §§ 16-18 KrW-/AbfG im Hinblick auf diese Fragestellung vielfach einheitlich behandelt. Dadurch werden indes die unterschiedlichen Interessenkonstellationen

in den einzelnen Normen nivelliert. Die Frage nach einem Entscheidungsspielraum und seinen Grenzen ist in den einzelnen Regelungen getrennt zu untersuchen, da insbesondere bezüglich der Betroffenheit der Belange der im Zentrum der zu begutachtenden Fragestellung stehenden öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger erhebliche Unterschiede zu verzeichnen sind.

Nachfolgend wird deshalb nicht entsprechend der gesetzlichen Reihenfolge vorgegangen, sondern nach Maßgabe des Grades der Betroffenheit der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger von der Übertragungsentscheidung. Die Pflichtenübertragungen nach den §§ 16-18 KrW-/AbfG greifen teilweise unmittelbar in die Pflichtenstellung der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger ein (so bei § 16 Abs. 2 S. 1 KrW-/AbfG), können zum anderen aber auch nur zu einer faktischen Betroffenheit führen (§§ 17 Abs. 3, 18 Abs. 2) bzw. für den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger gänzlich folgenlos sein (so in den meisten Fällen des § 16 Abs. 2 S. 2). Die Darstellung bezieht sich allgemein auf die Zustimmungsvorbehalte zugunsten von Entsorgungsträgern und fokussiert die Betrachtung dort auf öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger, wo in Bezug auf diese Besonderheiten bestehen.

1. Die Zustimmung gem. § 16 Abs. 2 Satz 1 KrW-/AbfG

Nach § 16 Abs. 2 S. 1 KrW-/AbfG kann die zuständige Behörde auf Antrag mit Zustimmung der Entsorgungsträger im Sinne der §§ 15, 17 und 18 KrW-/AbfG deren Pflichten auf einen Dritten ganz oder teilweise übertragen, wenn die übrigen Voraussetzungen der Nrn. 1 – 3 erfüllt sind. Entgegen Darstellungen in Teilen der Literatur¹⁶⁹ wurde dieser Zustimmungsvorbehalt nicht erst durch den Vermittlungsausschuss eingefügt. Er fand sich vielmehr bereits im ursprünglichen Gesetzentwurf der Bundesregierung¹⁷⁰ und ebenfalls in der Beschlussempfehlung des Ausschusses für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit.¹⁷¹

§ 16 Abs. 2 S. 1 KrW-/AbfG betrifft die Zustimmung des bisher verpflichteten Entsorgungsträgers dazu, dass die bisher ihn treffende Entsorgungspflicht einem Dritten übertragen wird. Im Falle der Zustimmung nach § 16 Abs. 2 S. 1 KrW-/AbfG war der Entsorgungsträger zuvor In-

¹⁶⁹ Vgl. *Kahl*, DVBl. 1995, 1327, 1331; *Schink*, DÖV 1995, 881, 886.

¹⁷⁰ BT-Drucks. 12/5672, S. 12.

¹⁷¹ BT-Drucks. 12/7240, S. 11.

haber der Aufgabe und ist somit von der Übertragung unmittelbar selbst betroffen.¹⁷² Im Falle der Weiterübertragung der Pflichten der privaten Entsorgungsträger wird deren gesamte durch die vorherige Beleihung erlangte öffentlich-rechtliche Rechts- und Pflichtenstellung auf den Dritten übertragen.¹⁷³

a) Reichweite des Zustimmungsvorbehalts

In der Literatur wird teilweise die Auffassung vertreten, die Übertragung bedürfe nicht unter allen Umständen einer Zustimmung des Entsorgungsträgers gemäß § 16 Abs. 2 Satz 1 KrW-/AbfG.

So ist nach Auffassung von *Schink* eine Zustimmungspflicht der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger nur dann begründbar, wenn die Entsorgungspflichten oder sonstigen Interessen des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers durch die Pflichtenübertragung berührt werden.¹⁷⁴ § 16 Abs. 2 S. 1 KrW-/AbfG sei vom Sinn und Zweck her einengend dahin zu interpretieren, dass eine Zustimmungspflicht nur bestehe, wenn die Pflichtenstellung bzw. die sonstigen, damit zusammenhängenden Interessen der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger berührt würden.¹⁷⁵

Diese Auffassung steht mit dem Wortlaut des § 16 Abs. 2 Satz 1 KrW-/AbfG nicht im Einklang, der die Übertragungsentcheidung in jedem Falle von der Zustimmung des Entsorgungsträgers abhängig macht. Die von *Schink* vorgenommene teleologische Reduktion beruht im übrigen auf der Annahme, das Zustimmungserfordernis erschöpfe sich in seinem Sinngehalt in der Interessenwahrnehmung seitens der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger. Der Zustimmungsvorbehalt behält aber auch dann seinen Sinn, wenn der öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger allgemeine abfallwirtschaftliche Belange oder solche Gesichtspunkte in seine Zustimmungsentcheidung einfließen lässt, die für die Beurteilung der unter den Nummern 1. bis 3. der Vorschrift aufge-

¹⁷² *Bree*, Die Privatisierung der Abfallentsorgung nach dem KrW-/AbfG, S. 132.

¹⁷³ *Fluck*, KrW-/AbfG, § 16 Rn. 123.

¹⁷⁴ *Schink*, Die Pflichtenübertragung nach § 16 Abs. 2 KrW-/AbfG – Voraussetzungen und Rechtsfolgen, in: 8. Kölner Abfalltage, Manuskript, S. 25.

¹⁷⁵ *Schink* aaO.

fürten Übertragungsvoraussetzungen maßgeblich sind. Im übrigen ist die von *Schink* vorgenommene Einschränkung praktisch nicht bedeutsam, da die Pflichtenstellung des zustimmungsberechtigten Entsorgungsträgers im Rahmen der Übertragungsentscheidung gemäß § 16 Abs. 2 Satz 1 KrW-/AbfG immer berührt ist, da gerade seine Entsorgungspflicht übertragen wird.¹⁷⁶ Die Übertragungsentscheidung gemäß § 16 Abs. 2 Satz 1 KrW-/AbfG bedarf deshalb in jedem Falle der Zustimmung des Entsorgungsträgers, dessen Pflichten auf einen Dritten übertragen werden sollen.

b) Ermessen der Entsorgungsträger im Rahmen der Entscheidung über die Zustimmung

In der Literatur wird teilweise die Ansicht vertreten, die Zustimmung sei eine rechtlich gebundene Entscheidung. Die Zustimmung könne nicht verweigert werden, wenn die Interessen des (öffentlich-rechtlichen) Entsorgungsträgers nicht berührt seien.¹⁷⁷ So wird es für rechtsmissbräuchlich gehalten, wenn Verbände nach § 17 und Kammern nach § 18 KrW-/AbfG die Pflichtenübertragung gem. § 16 Abs. 2 Satz 1 KrW-/AbfG ablehnen, weil ihre Pflichtenübertragung schon einmal durch einen Zustimmungsakt nach § 17 Abs. 3 bzw. 18 Abs. 2 erfolgt sei.¹⁷⁸

Ganz überwiegend wird dagegen davon ausgegangen, dass die Entsorgungsträger über einen Spielraum im Rahmen der Entscheidung über die Zustimmungserteilung verfügen.¹⁷⁹ Nach dieser Auffassung dürfen die Entsorgungsträger die Zustimmung auch dann versagen, wenn die materiellen Übertragungsvoraussetzungen im übrigen erfüllt sind. Neben der Gesetzesfassung sind hinsichtlich der Einräumung eines solchen Ermessensspielraums insbesondere Sinn und Zweck des Zustimmungsvorbehalts maßgeblich.

¹⁷⁶ Möglicherweise meint *Schink* die Zustimmung des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers gemäß § 16 Abs. 2 Satz 2 KrW-/AbfG, dazu näher s.u., 3..

¹⁷⁷ *Schink*, ZG 1996, 97, 122; ders., in: Gesellschaft für Umweltrecht, KrW-/AbfG – was ändert sich? S. 113, 178; *Arndt/Walter*, WiVerw 1997, 183, 229.

¹⁷⁸ *Versteyl*, in: Kunig/Paetow/Versteyl, KrW-/AbfG, § 16 Rn. 36.

¹⁷⁹ *Hoesel/v. Lersner/Wendenburg*, § 16 KrW-/AbfG. Rn. 34; *Versteyl* in: Kunig/Paetow/Versteyl, § 16 KrW-/AbfG, Rn. 36; *Meins*, BayVBl. 1997, S. 100 (101).

Der Wortlaut bietet zunächst keinen Anhalt für eine gebundene Entscheidung. Den Entsorgungsträgern sind im Rahmen des § 16 Abs. 2 Satz 1 KrW-/AbfG keine Kriterien aufgegeben, an denen sie ihre Zustimmungsentscheidung auszurichten hätten. Für die Annahme einer gebundenen Entscheidung fehlt es deshalb völlig an unmittelbar im Gesetz verankerten Tatbestandsvoraussetzungen, unter denen die Zustimmung zu erteilen wäre. Dass der Gesetzgeber solche Entscheidungskriterien nicht konturiert hat, ist ein Anhalt dafür, dass er eine Bindung der Entsorgungsträger nicht herbeiführen wollte.¹⁸⁰

Beim Sinn und Zweck des Zustimmungsvorbehalts sind zwei Funktionen zu unterscheiden: die Schutz- und die Entlastungsfunktion. Der Gesetzgeber wollte mit dem Zustimmungserfordernis im Kern verhindern, dass die Pflichtenübertragung ohne Weiteres gegen den Willen des Entsorgungsträgers erfolgen kann. Insoweit soll der Entsorgungsträger in seiner aktuellen Funktion geschützt werden. Es soll insbesondere sichergestellt werden, dass die Entsorgungsinfrastruktur, die von den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern zur Gewährleistung einer umweltverträglichen Abfallentsorgung errichtet worden ist, ebenso wie Planungen zur dauerhaften Gewährleistung der Entsorgungssicherheit nicht überflüssig oder nachträglich entwertet werden¹⁸¹. Entsprechend wird der Zweck des Zustimmungserfordernisses in der Gewährleistung der Entsorgungssicherheit¹⁸² und darin gesehen, dass der Entsorgungsträger nicht gegen seinen Willen seine bisherige Funktion und damit die Möglichkeit des rentablen Betriebs der errichteten Anlagen verlieren soll.¹⁸³ Diese Schutzfunktion des Zustimmungserfordernisses erhält Bedeutung vor dem Hintergrund, dass mit der Pflichtenübertragung die Überlassungspflicht gegenüber dem öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger nach § 13 Abs. 2 KrW-/AbfG erlischt und der öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger damit keine Möglichkeiten mehr hat, die Überlassung von Abfällen zur Auslastung der eigenen Anlagen durchzusetzen.

¹⁸⁰ Vgl. *Bender/Sparwasser/Engel*, Umweltrecht, S. 595.

¹⁸¹ *Queitsch*, KrW-/AbfG, Ergänzungsband, 1. Aufl. 1997, S. 37f.

¹⁸² *Hösel/v. Lersner*, KrW-/AbfG, § 16 Rn. 34; *Petersen/Rid*, NJW 1995, 7, 13.

¹⁸³ *Bender/Sparwasser/Engel*, Umweltrecht, S. 595.

Der Zustimmungsvorbehalt dient den Interessen der Entsorgungsträger auch insofern, als mit der Pflichtenübertragung nach der Begründung des Umweltausschusses des Bundestages „insbesondere hinsichtlich spezieller Aufgaben für sachliche oder räumliche Teilbereiche eine Entlastung der sonst verpflichteten Entsorgungsträger ermöglicht werden“ sollte.¹⁸⁴ Diese Entlastungsfunktion der Pflichtenübertragung kann sinnvollerweise nicht ohne eigene Dispositionsbefugnis der Entsorgungsträger verwirklicht werden. Eine „Entlastung“ des Entsorgungsträgers gegen seinen Willen wäre ein Widerspruch in sich. In der Konsequenz müsste der Entsorgungsträger nach eigenen Maßstäben darüber befinden können, ob er eine Entlastung von seiner Entsorgungspflicht begehrt oder nicht.

Wortlaut sowie Schutz- und Entlastungsfunktion des Zustimmungsvorbehaltes streiten deshalb für einen Ermessensspielraum der Entsorgungsträger im Rahmen ihrer Entscheidung über die Zustimmung gemäß § 16 Abs. 2 Satz 1 KrW-/AbfG. Nimmt man die zustimmungsberechtigten Verbände gemäß § 17 und die Einrichtungen der Kammern gemäß § 18 in den Blick, wird zudem deutlich, dass eine Rechtspflicht zur Zustimmung bei Erfüllung bestimmter Voraussetzungen zu einem Übertragungshindernis werden kann. Der Verband bzw. die Einrichtung einer Kammer ist im Rahmen des Übertragungsverfahrens gemäß § 16 Abs. 2 Satz 1 KrW-/AbfG in derselben Ausgangslage wie diejenige der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger. Könnte der Verband oder die Einrichtung einer Kammer, auf die die Entsorgungspflicht zuvor übertragen worden war, im Rahmen des Beteiligungsrechts ihre Interessen nicht umfassend zur Geltung bringen, kann dies nicht ohne Rückwirkungen auf Initiativen für Pflichtenübertragungen bleiben. Die Privatisierungschancen, die in der Pflichtenübertragung nach den §§ 17 Abs. 3 und 18 Abs. 2 KrW-/AbfG liegen, wären geschwächt, sofern sie mit dem Risiko belastet wären, die Entsorgungsaufgabe durch eine Pflichtenübertragung nach § 16 Abs. 2 Satz 1 KrW-/AbfG wieder an einen Dritten zu verlieren, ohne dagegen effektiv intervenieren zu können.

¹⁸⁴ BT-Drucks. 12/7284, S. 18.

Im Ergebnis kann somit festgehalten werden, dass es die betroffenen Entsorgungsträger weitgehend in der Hand haben, in welchem Umfang der Übergang von der Daseinsvorsorge zur privaten Entsorgungswirtschaft im Wege einer Pflichtenübertragung gem. § 16 Abs. 2 Satz 1 KrW-/AbfG tatsächlich stattfindet.¹⁸⁵ Diesbezüglich kann von einem Letztentscheidungsvorbehalt der Entsorgungsträger gesprochen werden.¹⁸⁶ Grenzen der Ermächtigung zur Zustimmungsverweigerung durch den Entsorgungsträger ergeben sich aus allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsätzen, insbesondere dem Willkürverbot sowie aus den nachfolgend erörterten Kriterien der Ermessensbetätigung.¹⁸⁷

c) Kriterien der Ermessensausübung

Aufgrund der Funktion des Zustimmungsvorbehalts, die vorhandene Entsorgungsinfrastruktur zu schützen und eine dauerhafte Entsorgungssicherheit zu gewährleisten, können abfallstrategische, abfallwirtschaftliche und sonstige ökonomische Erwägungen mit in die Entscheidung der Entsorgungsträger über die Erteilung ihrer Zustimmung eingehen¹⁸⁸. In die Ermessensbetätigung können auch gemeinwohlrelevante Abwägungen i.S.d. § 10 Abs. 4 KrW-/AbfG und Fragen der Entsorgungssicherheit einfließen.¹⁸⁹

Im Hinblick auf den Zweck des Ermessens ist der Entscheidungsrahmen der Entsorgungsträger nicht auf die von ihm zu wahrenen, spezifisch abfallwirtschaftlichen Belange beschränkt. Er kann im Rahmen der Ermessensbetätigung auch betriebswirtschaftliche, fiskalische, personalwirtschaftliche und umweltpolitische Ziele geltend machen.¹⁹⁰

¹⁸⁵ *Petersen/Rid*, NJW 1995, 9, 13: „Sicherung des angestammten Aufgabenbereichs der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger“; *Beckmann*, NWVBl. 1995, 81, 86.

¹⁸⁶ *Versteyl/Wendenburg*, NVwZ 1994, 833, 839; zweifelnd *Tettinger*, in: Festschrift für Friauf, S. 569, 589.

¹⁸⁷ *Arzt/Siederer*, in: Gaßner/Versmann, S. 51, 59.

¹⁸⁸ *Schink*, DÖV 1995, 881, 886; *Kahl*, DVBl. 1995, 1327, 1331.

¹⁸⁹ *Hösel/v. Lersner*, KrW-/AbfG, § 16 Rn. 34; *Meins*, BayVBl. 1997, 100, 101.

¹⁹⁰ *Oebbecke*, Möglichkeiten und Grenzen der privaten Abfallwirtschaft nach §§ 16-18 KrW-/AbfG, in: 8. Kölner Abfalltage, Manuskript S. 8.

Nach allgemeinen Grundsätzen dürfen die Entsorgungsträger unter dem Gesichtspunkt der Ermessensüberschreitung über die hier erörterten Belange hinaus keine weiteren, durch den Zweck der Ermächtigung nicht gedeckten Interessen oder Gesichtspunkte in die Entscheidung einfließen lassen.

d) Modifikationen im Hinblick auf den Übergang von Überlassungspflichten?

In der abfallrechtlichen Literatur ist umstritten, ob mit der Pflichtenübertragung auch die Überlassungspflicht mit der Folge übergeht, dass zwar der ehemalige Entsorgungsträger wegen § 13 Abs. 2 KrW-/AbfG die Überlassung nicht mehr durchsetzen kann, dieses Recht jedoch nun dem neuen Entsorgungsträger zusteht.

Die Ermessensausübung des Entsorgungsträgers im Rahmen des § 16 Abs. 2 Satz 1 KrW-/AbfG kann davon abhängen, wie sich die Übertragung auf den Fortbestand oder den Übergang der Überlassungspflicht auswirkt.

Einerseits wird die Auffassung vertreten, mit der Pflichtenübertragung wechsele der Überlassungsberechtigte i.S.d. § 13 Abs. 1 KrW-/AbfG mit der Folge, dass die Überlassungspflicht nunmehr gegenüber dem nach § 16 Abs. 2 Beliehenen bestehe.¹⁹¹ Bei Zugrundelegung dieser Auffassung ergäben sich keine Konsequenzen für die Zustimmungsentscheidung des Entsorgungsträgers, da die Überlassung der Abfälle an den neuen Entsorgungspflichtigen gesichert ist. Andererseits wird die Auffassung vertreten, dass die Überlassungspflicht nicht gegenüber dem Dritten fortbestehe, da es sich hierbei um eine öffentlich-rechtliche Pflicht handele und insoweit eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage fehle.¹⁹² Der Gesetzgeber habe es in dem Fall des § 16 - anders als bei den §§ 17 und 18 KrW-/AbfG - versäumt, eine entsprechende Überlassungspflicht des Abfallerzeugers bzw. -besitzers

¹⁹¹ Hösel/v. Lersner, KrW-/AbfG, § 16 Rn. 31; Fluck, KrW-/AbfG, § 16 Rn. 122.

¹⁹² Bree, Die Privatisierung der Abfallentsorgung nach dem KrW-/AbfG, S. 148f.

dem Dritten gegenüber zu statuieren, die daher im Falle der Pflichtenübertragung erlösche.¹⁹³

Folgt man der zuletzt genannten Auffassung, so ergibt sich für den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger im Fall einer Pflichtenübertragung das zusätzliche Problem, dass die Abfälle überhaupt keiner Überlassungspflicht mehr unterliegen. Der Dritte hat keinen durchsetzbaren Zugriff auf die Abfälle, deren Entsorgung ihm übertragen wurde. Darüber hinaus scheint jedoch auch die Entsorgungssicherheit im weiteren Sinne gefährdet, da mit dem ersatzlosen Wegfall der Überlassungspflicht eine umweltverträgliche Entsorgung der Abfälle nicht mehr garantiert ist. Vielmehr liegt es nun in der Willkür des Abfallerzeugers bzw. -besitzers, wie er mit seinen Abfällen verfährt.

Außerdem wäre der öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger bei Zugrundelegung dieser Auffassung kaum noch in der Lage, die von ihm zu entsorgenden Abfallmengen aus privaten Haushalten zu prognostizieren und entsprechend zu planen. Denn er müsste einerseits die ihm – mangels Übergangs der Überlassungspflicht - überlassenen Abfälle wegen § 15 Abs. 1, 2 KrW-/AbfG entsorgen, könnte aber andererseits eine flächendeckende Überlassungspflicht wegen § 13 Abs. 2 KrW-/AbfG nicht mehr anordnen.

Geht die Überlassungspflicht nicht mit über, sind also die vom öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger zu wahrenen Belange in besonderer Weise tangiert.

Da der Entsorgungsträger allgemein seine Zustimmung von der Erfüllung der materiellen Übertragungsvoraussetzungen, der Sicherung der Schutzgüter des § 10 Abs. 4 KrW-/AbfG und der Gewährleistung der Entsorgungssicherheit abhängig machen kann¹⁹⁴, können diese zusätzlichen Gesichtspunkte in seine Entscheidung

¹⁹³ *Batram/Schade*, UPR 1995, 253, 255.

¹⁹⁴ *Bender/Sparwasser/Engel*, Umweltrecht, S. 595; *Pippke*, Öffentliche und private Abfallentsorgung, S. 117; *Kahl*, DVBl. 1327, 1331.

einfließen. Der Ermessensspielraum wird allerdings hierdurch nicht erheblich beeinflusst, da dieser ohnehin weit gezogen ist.¹⁹⁵

2. §§ 17 Abs. 3 und 18 Abs. 2 KrW-/AbfG

Die §§ 17 Abs. 3 und 18 Abs. 2 KrW-/AbfG regeln die Übertragung von Erzeuger- und Besitzerpflichten auf Verbände bzw. auf Selbstverwaltungskörperschaften der Wirtschaft. Die Zustimmungserfordernisse zugunsten der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger in den §§ 17 Abs. 3 und 18 Abs. 2 KrW-/AbfG sind – ebenso wie das Zustimmungserfordernis in § 16 Abs. 2 S. 2 KrW-/AbfG – erst durch den Vermittlungsausschuss in das Gesetz eingefügt worden. Sie stellen einen Kompromiss zwischen den Privatisierungstendenzen des Bundestages und den Widerständen der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger dar, die im Gesetzgebungsverfahren über den Bundesrat geltend gemacht wurden.¹⁹⁶

Entscheidend für die Frage, ob den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern bezüglich der Erteilung oder Versagung der Zustimmung ein Ermessensspielraum zusteht, ist die Tatsache, dass sich ihre Betroffenheit von derjenigen bei der Pflichtenübertragung nach § 16 Abs. 2 S. 1 KrW-/AbfG unterscheidet: Während bei der Pflichtenübertragung nach § 16 Abs. 2 S. 1 KrW-/AbfG die Pflichtenstellung des zustimmungsberechtigten öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers in jedem Fall berührt ist, da seine Pflichten übertragen werden, ist dies bei einer Pflichtenübertragung nach den §§ 17 Abs. 3 und 18 Abs. 2 KrW-/AbfG nicht ohne Weiteres der Fall. Denn die Übertragung von Erzeuger- und Besitzerpflichten kann auch hinsichtlich solcher Abfälle erfolgen, die von vornherein nicht in den Verantwortungsbereich der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger fallen und für die demnach auch keine öffentlich-rechtlichen Entsorgungsstrukturen bestehen. Demzufolge ist auch hinsichtlich des Ermessens zu differenzieren:

Bezieht sich die Pflichtenübertragung auf Verbände und Kammern ausschließlich auf Abfälle, die bisher von den Erzeugern oder Besitzern selbst entsorgt wurden oder die der öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger von der Entsorgung ausgeschlossen hat, so ist der öffentlich-

¹⁹⁵ S.o., c).

¹⁹⁶ Hösel/v. Lersner, KrW-/AbfG, § 17 Rn. 15.

rechtliche Entsorgungsträger von der Pflichtenübertragung allenfalls mittelbar betroffen. Deshalb wird regelmäßig eine Zustimmung zu erteilen sein, wenn die zuständige Behörde die materiellen Übertragungsvoraussetzungen nach § 17 Abs. 3 S. 1 Nr. 1-3, S. 2 KrW-/AbfG zu Recht als gegeben ansieht.¹⁹⁷ Dies gilt insbesondere dann, wenn lediglich die Verwertung der in § 17 Abs. 1 KrW-/AbfG genannten Abfälle übertragen werden soll.¹⁹⁸ In diesen Fällen besteht auch kein Bedarf, einer „Rosenpickerei“ im Entsorgungsbereich durch Versagung der Zustimmung entgegenzuwirken¹⁹⁹, da die öffentliche Entsorgungsstruktur nicht tangiert wird.

Anders fällt die Beurteilung aus, wenn die Entsorgung der Abfälle bisher durch den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger erfolgte. In diesem Fall ist der öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger von der Pflichtenübertragung betroffen, weshalb ihm – wie im Falle des § 16 Abs. 2 Satz 1 KrW-/AbfG - ein Ermessensspielraum einzuräumen ist, in dessen Rahmen er die von ihm zu wahren Belange zur Geltung bringen kann.²⁰⁰ Die Entscheidung des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers orientiert sich insbesondere daran, ob die Pflichtenübertragung in die eigenen Entsorgungsstrukturen eingreift und bereits getätigte Investitionen entwertet²⁰¹, etwa durch kostenintensive Doppelplanungen oder den Vorhalt nicht nutzbarer Entsorgungskapazitäten.²⁰² Die Gegenauffassung stellt die durch das KrW-/AbfG ausgelösten Liberalisierungstendenzen des Abfallmarktes in den Vordergrund und meint, die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger müssten Einbußen aufgrund der Neuorientierung der Entsorgungsstrukturen hinnehmen.²⁰³ Eine möglicherweise drohende Entwertung bereits getätigter Investitionen allein reiche daher für die Versagung der Zustimmung nicht aus, da hierin eine notwendige Folge zunehmenden Wettbewerbs liege.²⁰⁴ Diese Auf-

¹⁹⁷ *Oebbecke*, Möglichkeiten und Grenzen der privaten Abfallwirtschaft nach §§ 16-18 KrW-/AbfG, in: 8. Kölner Abfalltage, Manuskript S. 8; *Bree*, Die Privatisierung der Abfallentsorgung nach dem KrW-/AbfG, S. 158; *Hösel/v. Lersner*, KrW-/AbfG, § 17 Rn. 15; *Pippke*, Öffentliche und private Abfallentsorgung, S. 117.

¹⁹⁸ *Fluck*, KrW-/AbfG, § 17 Rn. 119.

¹⁹⁹ Vgl. hierzu *Bleicher*, Der Landkreis 1994, 552, 555.

²⁰⁰ *Oebbecke*, Möglichkeiten und Grenzen der privaten Abfallwirtschaft nach §§ 16-18 KrW-/AbfG, in: 8. Kölner Abfalltage, Manuskript S. 8.

²⁰¹ *Bree*, Die Privatisierung der Abfallentsorgung nach dem KrW-/AbfG, S. 157f; *Fluck*, KrW-/AbfG, § 17 Rn. 120.

²⁰² *Frenz*, KrW-/AbfG, § 17 Rn. 6.

²⁰³ *Jungnickel/Winands*, LKV 1999, 289, 292.

²⁰⁴ *Jungnickel/Winands* aaO.

fassung verkennt jedoch – neben den oben unter 1.b) dargelegten Gründen -, dass die Zustimmungsvorbehalte in den §§ 16 Abs. 2 S. 2, 17 Abs. 3 und 18 Abs. 2 KrW-/AbfG von den Ländern im Vermittlungsausschuss mit dem Ziel durchgesetzt wurden, die angestammten Aufgabenbereiche der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger in einer dualen Abfallwirtschaft zu sichern.²⁰⁵ Vom Zweck des Zustimmungserfordernisses her, Investitions- und Entsorgungssicherheit für die Kommunen zu gewährleisten, kann die Zustimmung demzufolge auch dann verweigert werden, wenn die Tätigkeit des Verbandes bzw. der Kammer Auswirkungen auf die Rentabilität des in Abfallentsorgungseinrichtungen investierten Kapitals oder auf die Entsorgungssicherheit insgesamt hat.²⁰⁶

Ist das Ermessen aufgrund einer Beeinträchtigung der Pflichtenstellung des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers demnach eröffnet, so entspricht der Entscheidungsspielraum weitgehend dem in § 16 Abs. 2 Satz 1 KrW-/AbfG, wobei auch die diesbezüglichen Kriterien der Ermessensbetätigung zu beachten sind.²⁰⁷

3. § 16 Abs. 2 Satz 2 KrW-/AbfG

Nach § 16 Abs. 2 S. 2 KrW-/AbfG bedarf die Pflichtenübertragung der privaten Entsorgungsträger auf Dritte der Zustimmung der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger im Sinne des § 15 KrW-/AbfG. Auch dieser Zustimmungsvorbehalt ist erst im Vermittlungsausschuss in das Gesetz eingefügt worden.²⁰⁸ Die Bestimmung bezieht sich nur auf die Fälle des § 16 Abs. 2 S. 1 KrW-/AbfG, in denen der öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger nicht bereits als betroffener Entsorgungsträger zustimmen musste, nämlich die, in denen bereits mit Zustimmung des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers übertragene Pflichten eines Verbandes nach § 17 oder der Einrichtung einer Kammer nach § 18 KrW-/AbfG auf einen Dritten weiterübertragen werden.²⁰⁹ Diese Auslegung folgt daraus, dass private Entsorgungsträger nach dem Sprachgebrauch

²⁰⁵ *Petersen/Rid*, NJW 1995, 7, 13, Fn. 71.

²⁰⁶ *Schink*, ZG 1996, 97, 122.

²⁰⁷ S. o., 1.b) und c), sowie *Arzt/Siederer*, in: *Gaßner/Versmann*, S. 51 (59).

²⁰⁸ *Fluck*, KrW-/AbfG, § 16 Rn. 171.

²⁰⁹ *Oebbecke*, Möglichkeiten und Grenzen der privaten Abfallwirtschaft nach §§ 16-18 KrW-/AbfG, in: 7. Kölner Abfalltage, Manuskript S. 8.

des Gesetzes in § 15 Abs. 2 KrW-/AbfG die Verbände und Einrichtungen der Kammern nach §§ 17 und 18 KrW-/AbfG sind, denen Entsorgungspflichten übertragen wurden.²¹⁰ Bei der Übertragung der Entsorgungspflicht von einem privaten Entsorgungsträger auf einen Dritten ist damit zusätzlich - neben der Zustimmung des privaten - die Zustimmung des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers erforderlich.²¹¹

In dieser Konstellation ist die Betroffenheit des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers am geringsten, da seine Entsorgungspflicht durch den Übertragungsvorgang nicht unmittelbar berührt wird.²¹² Denn die Entsorgungspflicht oblag auch schon vor der Übertragung privaten Entsorgungsträgern - nämlich den Verbänden und Kammern.²¹³ Die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger waren bereits bei der Pflichtenübertragung auf die privaten Entsorgungsträger nach §§ 17 Abs. 3 und 18 Abs. 2 KrW-/AbfG beteiligt. Es kommt deshalb im Einzelfall darauf an, ob der öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger durch eine Weiterübertragung dieser Pflichten mittelbar betroffen sein kann, obwohl die fraglichen Abfälle bereits durch die erste Pflichtenübertragung aus dem Verantwortungsbereich der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger „entlassen“ worden waren.

Denkbar sind etwa mittelbare Auswirkungen auf die Reichweite der Überlassungspflichten oder auf die Gebührensituation. Ferner kommt eine solche mittelbare Betroffenheit des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers insofern in Betracht, als die Befugnis der zuständigen Behörde nach § 17 Abs. 4 KrW-/AbfG, den Verband umfassend zur Beseitigung aller Abfälle in einem ausgewiesenen Gebiet zu verpflichten, durch die Weiterdelegation der Entsorgungspflicht leerlaufen kann. Ferner kann der öffentliche Einfluss auf die Gebührengestaltung nach § 17 Abs. 5 KrW-/AbfG verloren gehen. Schließlich können Belange des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers tangiert sein, wenn er an den Verband, dessen Pflichten auf einen Dritten weiterübertragen werden sollen, nach § 17 Abs. 2 KrW-/AbfG beteiligt ist.

²¹⁰ *Fluck*, KrW-/AbfG, § 13 Rn. 61; a.A. *Frenz*. KrW-/AbfG, § 16 Rn. 21.

²¹¹ *Hölscher*, ZUR 1995, 176, 182.

²¹² *Oebbecke*, Möglichkeiten und Grenzen der privaten Abfallwirtschaft nach §§ 16-18 KrW-/AbfG, in: 7. Kölner Abfalltage, Manuskript S. 8.

²¹³ Vgl. *Bree*, Die Privatisierung der Abfallentsorgung nach dem KrW-/AbfG, S. 132.

Ist eine mittelbare Betroffenheit des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers nicht erkennbar und liegen die Voraussetzungen für eine Übertragung vor, so kann eine Verweigerung der Zustimmung rechtsmissbräuchlich sein.²¹⁴ Die Zustimmung ist deshalb zu erteilen, wenn die materiellen Übertragungsvoraussetzungen nach § 16 Abs. 2 S. 1 Nr. 1-3 KrW-/AbfG durch die zuständige Behörde zu Recht bejaht werden.

4. Zusammenfassung

Das Maß der rechtlichen Bindung der Entsorgungsträger bei der Entscheidung über die Erteilung einer Zustimmung zur Pflichtenübertragung hängt von der konkreten Konstellation ab. Nach ihr beurteilt sich, ob die vom öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger zu wahrenden Belange berührt sind.

Bei der Pflichtenübertragung nach § 16 Abs. 2 Satz 1 KrW-/AbfG hat der - öffentlich-rechtliche oder private - Entsorgungsträger einen weiten Ermessensspielraum, da es um den Entzug seiner bisherigen Entsorgungspflicht geht. Bei der Pflichtenübertragung nach den §§ 17 Abs. 3 und 18 Abs. 2 KrW-/AbfG ist dem öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger nur dann ein Ermessensspielraum einzuräumen, wenn er von der Übertragungsentscheidung in seinem Aufgabenbereich faktisch berührt wird. Bei der Pflichtenübertragung nach § 16 Abs. 2 Satz 2 KrW-/AbfG scheidet ein Ermessen grundsätzlich aus, da es lediglich zu einer Verschiebung in der Wahrnehmung privater Entsorgungsverantwortung kommt. Allerdings sind im Einzelfall mittelbare Auswirkungen auf den Entsorgungsträger denkbar, die ihn ausnahmsweise zu einer Verweigerung der Zustimmung berechtigen.

Im Falle der Einräumung eines Ermessens besteht im Hinblick auf den Zweck der Zustimmungsvorbehalte grundsätzlich ein weiterer Ermessensspielraum, der die Berücksichtigung aller vom (öffentlich-rechtlichen) Entsorgungsträger zu wahrenden abfallwirtschaftlichen Belange ermöglicht, zu denen insbesondere betriebswirtschaftliche, fiskalische, personalwirtschaftliche und die Gemeinwohlbelange des § 10 Abs. 4 KrW-/AbfG zählen.

²¹⁴ Vgl. *Oebbecke*, Möglichkeiten und Grenzen der privaten Abfallwirtschaft nach §§ 16-18 KrW-/AbfG, in: 7. Kölner Abfalltage, Manuskript S. 8, der die Entscheidung als rechtsgebunden einstuft.

IV. Rechtsschutz

1. Rechtsschutz gegen den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger

Im Falle der Versagung der Zustimmung durch den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger stellt sich die Frage, ob der Antragsteller direkt gegen diese Entscheidung vorgehen kann.

Wird mit der ganz herrschenden Meinung die Zustimmung der Entsorgungsträger lediglich als Verwaltungsinternum und nicht als Verwaltungsakt eingestuft²¹⁵, kommt als Mittel des Rechtsschutzes gegen den die Zustimmung versagenden Entsorgungsträger die allgemeine Leistungsklage in Betracht, die auf ein Tun, Dulden oder Unterlassen gerichtet sein kann. Die allgemeine Leistungsklage setzt als besondere Sachurteilsvoraussetzung die Klagebefugnis analog § 42 Abs. 2 VwGO voraus.²¹⁶ Ein Anspruch auf Erteilung der Zustimmung oder wenigstens auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über die Zustimmungserteilung gegen den Entsorgungsträger erfordert allerdings, dass die Ausübung des Zustimmungsrechts wenigstens auch dem Interesse des Antragstellers zu dienen bestimmt ist.

Nach der herrschenden Schutznormlehre ergibt sich ein subjektives öffentliches Recht aus einer objektiv-rechtlichen Bestimmung des öffentlichen Rechts, die zumindest auch den Zweck hat, den Betroffenen zu begünstigen, und die es ihm ermöglichen soll, sich auf diese Begünstigung zu berufen.²¹⁷

Die Zustimmungserfordernisse zugunsten der Entsorgungsträger in den §§ 16 - 18 KrW-/AbfG schützen jedoch – wie oben ausgeführt – lediglich die Interessen der Entsorgungsträger und die von ihnen zu wahrenden Belange. Es besteht auch kein Anhaltspunkt dafür, dass die Interessen des Antragstellers gerade vom zustimmungsberechtigten Entsorgungsträger zu berücksichtigen wären. Dies ist vielmehr Aufgabe der nach außen gegenüber den Betroffenen handelnden Behörde.

²¹⁵ S. o., II.

²¹⁶ Vgl. nur Eyermann, VwGO, 10. Aufl., § 42 Rn. 69.

²¹⁷ Redeker/v. Oertzen, VwGO, 12. Aufl., § 42 Rn. 102.

Die Unzulässigkeit einer isolierten Klage gegen den Entsorgungsträger folgt weiterhin aus der Regelung des § 44a VwGO. Danach können Rechtsbehelfe gegen behördliche Verfahrenshandlungen nur gleichzeitig mit den gegen die Sachentscheidung zulässigen Rechtsbehelfen geltend gemacht werden. In dieser Regelung kommt der allgemeine Grundsatz zum Ausdruck, dass für die gerichtliche Überprüfung einer behördlichen Verfahrenshandlung dem Betroffenen das notwendige Rechtsschutzinteresse fehlt, solange er dadurch nicht unmittelbar in seinen Rechten verletzt wird. Ebenso wie die Verweigerung des gemeindlichen Einvernehmens nach § 36 BauGB²¹⁸ stellt die Verweigerung der Zustimmung des Entsorgungsträgers zur Pflichtenübertragung eine behördliche Verfahrenshandlung dar, gegen die ein Rechtsbehelf nach § 44a VwGO nicht zulässig ist.

Der Antragsteller kann daher die Zustimmung des Entsorgungsträgers weder gerichtlich durchsetzen, noch eine ablehnende Entscheidung angreifen.

2. Rechtsschutz gegenüber der zuständigen Übertragungsbehörde

Nach ganz überwiegender Auffassung kann bei einem mehrstufigen Verwaltungsakt dann, wenn die Zustimmung verweigert wird, der Betroffene nur gegen die federführende Behörde klagen, während die zustimmungsberechtigte Behörde dem Verfahren beizuladen ist.²¹⁹ Die Versagung der Zustimmung bindet die entscheidende Behörde intern, d.h. sie darf die Übertragung nicht aussprechen, wenn der zustimmungsberechtigte Entsorgungsträger die Zustimmung versagt hat. Gleichwohl ist die Zustimmung für den Antragsteller lediglich eine Verfahrenshandlung und kann nicht isoliert angefochten oder zur gerichtlichen Überprüfung gestellt werden.²²⁰ Daher können hier diejenigen Grundsätze angewendet werden, die für das gemeindliche Einvernehmen nach § 36 BauGB entwickelt wurden.²²¹ Der Antragsteller kann demnach um Rechtsschutz gegen die Entscheidung der Behörde nachsuchen, mit der die Übertragung abgelehnt wird (Widerspruch, Ver-

²¹⁸ Vgl. *Eyermann*, VwGO, 10. Aufl., § 44a Rn. 9, *Schrödter*, BauGB, 6. Aufl., § 36 Rn. 25.

²¹⁹ Vgl. nur *Stelkens/Bonk/Sachs*, VerwVerfG, 5. Aufl., § 35 Rn. 99.

²²⁰ *Meins*, BayVBl. 1997, 100, 101; *Pippke*, Öffentliche und private Abfallentsorgung, S. 116.

²²¹ *Meins*, aaO; *Arzt/Siederer*, in: *Gaßner/Versmann*, S. 51, 60.

pflichtungsklage).²²² In diesem Verfahren wird dann inzident auch die Rechtmäßigkeit der Zustimmungsversagung überprüft.²²³ Das Urteil, das in der Sache der Klage stattgibt, ersetzt mit der Verpflichtung der beklagten Behörde zum Erlass des Verwaltungsakts auch die Mitwirkungshandlung und bindet insoweit auch die beigeordnete mitwirkungsberechtigte Behörde.²²⁴ Dieses Ergebnis trägt dem Umstand Rechnung, dass es dem Betroffenen allein auf eine einheitliche Verwaltungsentscheidung ankommt, die nicht in eine Vielzahl von Entscheidungen zerfallen soll.²²⁵ Dies dient letztlich auch dem Interesse des Antragstellers an einer Vereinfachung des Rechtsschutzes.²²⁶

3. Zusammenfassung

Im Ergebnis kann die Versagung der Zustimmung des Entsorgungsträgers zur Pflichtenübertragung nicht unmittelbar gegenüber dem zustimmungsberechtigten Entsorgungsträger, sondern nur inzident im Wege der Verpflichtungsklage gegen die Übertragungsbehörde auf Übertragung der Entsorgungspflicht angegriffen werden.

C. Innungen als „Handwerkskammern“ i.S.d. § 18 Abs. 1 KrW-/AbfG?

I. Problemstellung

Gemäß § 18 Abs. 1 KrW-/AbfG können die Industrie- und Handelskammern, Handwerks- und Landwirtschaftskammern (Selbstverwaltungskörperschaften der Wirtschaft) Einrichtungen bilden, die von Erzeugern und Besitzern von Abfällen mit der Erfüllung ihrer Verwertungs- und Beseitigungspflicht beauftragt werden. Die Vorschrift ist ein Sonderfall der Beauftragung des § 16 Abs. 1 Satz 1 KrW-/AbfG. Die genannten Kammern können Einrichtungen für ihre Mitglieder schaffen, die sich mit der Verwertung und Beseitigung von Abfällen ihrer Mitglieder beschäftigen. Im Zuge einer stärkeren Privatisierung werden an sich außenstehende Kammern quasi als Initiator der Beauftragung eingeschaltet. § 18 Abs. 1 Satz 1 KrW-/AbfG ist insofern ein Angebot für die

²²² BVerwG, NVwZ-RR 1992, 529.

²²³ Jungnickel/Winands, LKV 1999, 289, 293.

²²⁴ Redeker/v. Oertzen, VwGO, 12. Aufl., § 42 Rn. 86.

²²⁵ Redeker/v. Oertzen, VwGO, 12. Aufl., § 42 Rn. 85.

²²⁶ Oebbecke, Möglichkeiten und Grenzen der privaten Abfallwirtschaft nach §§ 16-18 KrW-/AbfG, in: 8. Kölner Abfalltage, Manuskript S. 8.

„Selbstverwaltungskörperschaften der Wirtschaft“, zuverlässige „Dritte“ i.S.d. § 16 Abs. 1 KrW-/AbfG zu schaffen.

Allerdings ist von diesem „Angebot“ jedenfalls im Rahmen des § 18 Abs. 1 (eher schon über § 17 Abs. 2) KrW-/AbfG kaum Gebrauch gemacht worden. Bisher haben nur wenige Industrie- und Handelskammern Aktivitäten im Abfallentsorgungsbereich entfaltet. In der Praxis gehen sie zudem nicht über Beteiligungen etwa an landeseigenen Sonderabfallentsorgungsgesellschaften, dem Betrieb von Deponien- oder Verbrennungsanlagen hinaus.²²⁷ Bei einer Umfrage bei allen 83 Industrie- und Handelskammern und 57 Handwerkskammern im Bundesgebiet 1997 wurde von keiner Kammer die Absicht erklärt, Einrichtungen im Sinne von §§ 17 und 18 KrW-/AbfG bilden zu wollen.²²⁸ Im Hinblick auf die einerseits fehlende Akzeptanz bei den genannten Kammern und andererseits dem Interesse bestimmter Produktionszweige, spezielle Abfälle in Gemeinschaftseinrichtungen kostengünstiger und sachgerechter entsorgen zu können²²⁹, stellt sich die Frage, ob die Vorschrift für die wörtlich aufgezählten Einrichtungen abschließend ist. Insbesondere im Hinblick auf eine möglichst branchengerechte Entsorgung der Abfälle ist fraglich, ob auch Innungen von dem Anwendungsbereich der Norm erfasst werden.

Dabei ist zu untersuchen, inwieweit eine solche Auslegung mit dem Wortlaut der Vorschrift zu vereinbaren ist. Auch ist fraglich, ob sich aus der branchenspezifischen Ausrichtung von Innungen Gründe ergeben, die gegen eine Einbeziehung sprechen. Unter Berücksichtigung der Tatsache, dass die Innungen im Rahmen der ihnen nach § 54 Handwerksverordnung (HandwO) zugewiesenen Aufgaben auch massive rechtspolitische Interessen verfolgen, ist zu prüfen, inwieweit eine weite Auslegung des § 18 Abs. 1 KrW-/AbfG zur Verfestigung von Strukturen führen könnte, die mit den Grundsätzen der Abfallentsorgung nicht mehr vereinbar sind.

II. Bedeutung des § 18 Abs. 1 KrW-/AbfG im Regelungsgefüge der §§ 16 – 18 KrW-/AbfG

Die Bedeutung des § 18 KrW-/AbfG ist im Zusammenhang mit den §§ 16 und 17 KrW-/AbfG und der Aufgabenverteilung bei der Verwertung und Beseiti-

²²⁷ Zwernemann in: Brandt/Ruchay/Weidemann, § 18 KrW-/AbfG, Rn. 287.

²²⁸ Umfragen Uni/GH Kassel, Müllmagazin Nr. 3 vom 15.08.1997, S. 5; Versteyl, in: Kunig/Paetow/Versteyl, § 18 KrW-/AbfG, Rn. 12.

²²⁹ Vgl. Fluck, § 18 KrW-/AbfG, Rn. 26.

gung von Abfällen zu sehen. So geht das KrW-/AbfG (im Gegensatz zu § 3 Abs. 2 AbfG a.F.) nunmehr prinzipiell von einer eigenverantwortlichen Verwertung und Beseitigung von Abfällen durch die Erzeuger und Besitzer aus (§§ 5 Abs. 2, 11 Abs. 1 KrW-/AbfG). Allerdings ist dieser Grundsatz in mehreren Fällen durchbrochen (vgl. §§ 13, 41 KrW-/AbfG).²³⁰

Das Gesetz will private Initiativen zur Verwertung und Beseitigung von Abfällen aus der gewerblichen Wirtschaft anregen und auf diese Weise die von öffentlich-rechtlichen Entsorgungsunternehmen geprägten Strukturen der Abfallwirtschaft aufbrechen.²³¹ Um im Rahmen dieser Akzentuierung eine effiziente Erreichung abfallwirtschaftlicher Ziele sicherzustellen, wollte der Gesetzgeber auch über § 18 KrW-/AbfG die Schaffung funktionsfähiger Einrichtungen ermöglichen, mit deren Hilfe der Abfallverantwortliche seiner gesetzlichen Verpflichtung nachkommen kann.²³² § 18 Abs. 1 Satz 1 KrW-/AbfG ist dabei ein Spezialfall im Rahmen der Übertragungsmöglichkeiten der §§ 16 – 18 KrW-/AbfG, die insgesamt Anreize zur Selbstorganisation der Abfallwirtschaft bieten sollen. Die Vorschrift knüpft wie auch § 17 Abs. 1 Satz 1 KrW-/AbfG an die Beauftragung i.S.v. § 16 Abs. 1 Satz 1 KrW-/AbfG an. § 16 Abs. 1 Satz 1 KrW-/AbfG regelt also den Grundfall der Delegation der Abfallentsorgung durch Beauftragung Dritter. § 17 Abs. 1 Satz 1 KrW-/AbfG ist im Rahmen dieser Ausgangskonstellation zwischen Abfallverantwortlichen und beauftragten Dritten eine Erweiterung, da die Norm bestimmte Abfallverantwortliche zur Bildung von Entsorgungsverbänden ermächtigt, die gem. § 16 Abs. 1 Satz 1 KrW-/AbfG beauftragt werden können. Die „Selbstverwaltungskörperschaften der Wirtschaft“ können dabei gem. § 17 Abs. 2 KrW-/AbfG auf die Bildung der Verbände hinwirken und sich an ihnen beteiligen. Im Grunde bleibt es im Rahmen des § 17 KrW-/AbfG also bei einem zweipoligen Verhältnis, das neben der Beauftragung (i.S.d. § 16 Abs. 1 Satz 1 KrW-/AbfG) jedoch zusätzlich eine Ermächtigung zur „Bildung“ beinhaltet. Außenstehende sind in diesem Verhältnis nur indirekt gem. § 17 Abs. 2 KrW-/AbfG beteiligt.

Demgegenüber bindet § 18 Abs. 1 Satz 1 KrW-/AbfG die „Selbstverwaltungskörperschaften der Wirtschaft“ direkt in die Aufgabenerledigung mit ein, indem die Norm den Kammern die Bildung von Entsorgungseinrichtungen („Dritten“) ermöglicht. Soweit die §§ 17 Abs. 1, 2 und § 18 Abs. 1 KrW-/AbfG

²³⁰ Näher dazu siehe A. II. 2.

²³¹ *Zwernemann* in: Brandt/Ruchay/Weidemann, § 18 KrW-/AbfG, Rn. 2, 3.

²³² *Zwernemann* in: Brandt/Ruchay/Weidemann, § 18 KrW-/AbfG, Rn. 4.

den Grundfall der Beauftragung gemäß § 16 Abs. 1 KrW-/AbfG modifizieren, schaffen sie damit keine weiteren materiellen Voraussetzungen für die Beauftragung an sich. Sie enthalten lediglich ein organisationsrechtliches Element in dem Sinne, dass sie im Falle des § 17 KrW-/AbfG die Abfallverantwortlichen selbst zur Bildung von „Dritten“ i.S.d. § 16 Abs. 1 KrW-/AbfG ermächtigen (Abs. 1) und die Selbstverwaltungskörperschaften der Wirtschaft daran beteiligen (Abs. 2). Im Falle des § 18 Abs. 1 KrW-/AbfG reduziert sich dieses organisationsrechtliche Element darauf, dass den Selbstverwaltungskörperschaften der Wirtschaft die Möglichkeit zur Bildung von „Dritten“ i.S.d. § 16 Abs. 1 KrW-/AbfG eingeräumt wird.²³³

Anders verhält es sich dagegen in den Fällen der Übertragung der Abfallverantwortlichkeit. Auch hier regelt § 16 KrW-/AbfG in seinem Abs. 2 den Grundfall. Die §§ 17 Abs. 3 und 18 Abs. 2 KrW-/AbfG modifizieren diesen Grundfall der (zweipoligen) Übertragung jedoch insoweit, als sie an die Übertragung weitere materielle Anforderungen stellen (vgl. § 17 Abs. 3, Nr. 1 bis 3, 18 Abs. 2 KrW-/AbfG).

Die Modifizierungen in den Fällen der Beauftragung durch die §§ 17 Abs. 1, 2 und 18 Abs. 1 KrW-/AbfG sind insoweit weniger intensiv. Im Bereich des hier relevanten § 18 Abs. 1 KrW-/AbfG liegt die Erweiterung nur noch darin, dass für die Selbstverwaltungskörperschaften der Wirtschaft klargestellt wird, dass sie „Dritte“ i.S.d. § 16 Abs. 1 KrW-/AbfG „bilden“ können.

III. Adressat der Vorschrift – „Selbstverwaltungskörperschaften der Wirtschaft“

§ 18 Abs. 1 Satz 1 KrW-/AbfG wendet sich ausdrücklich an Industrie- und Handelskammern, Handwerkskammern und Landwirtschaftskammern. Dabei handelt es sich um Interessensverbände der Wirtschaft, die pflichtmitgliedschaftlich organisiert sind, weil sie öffentliche Aufgaben wahrnehmen. Für die Handwerkskammern und die Industrie- und Handelskammern existieren gesetzlich einheitliche Regelungen. Im Gegensatz dazu gibt es für die Landwirtschaftskammern kein Bundesgesetz. Soweit in den alten Bundesländern aber landesgesetzliche Regelungen getroffen worden sind, sind diese im Wesentlichen dem Gesetz zur vorläufigen Regelung des Rechts der Industrie- und Handelskammern (IHK-G) nachgebildet worden. In sämtlichen neuen Bundesländern blieb dagegen nach Wiedervereinigung die Schaffung von

²³³ Ursprünglich sollte die Vorschrift eine Verpflichtung enthalten, siehe dazu III.3.c)aa).

desländern blieb dagegen nach Wiedervereinigung die Schaffung von Landwirtschaftskammern aus.

Die genannten Kammern sind in Klammern unter dem Oberbegriff der „Selbstverwaltungskörperschaften der Wirtschaft“ zusammengefasst worden. Der Begriff ist insofern zutreffend, als die genannten Kammern allesamt Selbstverwaltungskörperschaften sind, die die Wirtschaft vertreten. Umgekehrt wird man aber aus der Formulierung „Selbstverwaltungskörperschaften der Wirtschaft“ weder nach dem herkömmlichen Sprachgebrauch noch der rechtlichen Terminologie zwingend darauf schließen können, dass damit ausschließlich die in § 18 Abs. 1 Satz 1 KrW-/AbfG aufgezählten Kammern gemeint sind.

IV. Einbeziehung von Innungen

Im Hinblick auf die einerseits zu Beginn beschriebene Zurückhaltung der Kammern bei der Bildung von Entsorgungseinrichtungen und andererseits dem Wunsch nach einer branchenspezifischen Abfallentsorgung unter Effektivitätsgesichtspunkten, stellt sich die Frage, ob Innungen in den Anwendungsbereich der Norm einbezogen werden können.

1. Funktion und Struktur von Innungen im Vergleich zu Kammern

Die in § 18 Abs. 1 Satz 1 KrW-/AbfG genannten Kammern sind rechtlich und von ihrer Funktion her im Wesentlichen gleich strukturiert. Gemeinsam ist den in § 18 Abs. 1 KrW-/AbfG erwähnten Kammern insbesondere, dass sie die Interessenvertretung ihrer Mitglieder zur Aufgabe haben (vgl. § 90 Abs. 1 erster Halbs., § 91; HandwO; § 1 IHK-G). Demgegenüber ist der Aufgabenbereich der Innungen schmäler. Sie nehmen lediglich eine branchenspezifische Interessenvertretung wahr (§§ 52 Abs. 1, 54 HandwO).

Gemeinsam ist den Kammern als auch den Innungen, dass es sich bei ihnen um Körperschaften öffentlichen Rechts handelt (§ 90 Abs. 1 zweiter Halbs. HandwO; § 3 Abs. 1 IHK-G; § 53 HandwO).

Ein deutliches Unterscheidungsmerkmal zwischen den Kammern und Innungen ist hingegen, dass die ersteren auf Zwangsmitgliedschaft

gründen (vgl. §§ 90 Abs. 2 HandwO; § 2 Abs. 1 IHK-G).²³⁴ Im Gegensatz dazu ist die Mitgliedschaft in einer Handwerksinnung nicht Pflicht (§ 58 Abs. 1 HandwO). Ebenso ist bereits die Bildung von Handwerksinnungen den jeweiligen Handwerkern in der Branche gem. § 52 Abs. 1 Satz 1 HandwO freigestellt. Von der Existenz von Handwerkskammern und Industrie- und Handelskammern gehen die HandwO und das IHK-G dagegen aus.

Ein weiterer wichtiger Unterschied zwischen Kammern und Innungen ist, dass bei den Handwerks- und Industrie- und Handelskammern gem. der §§ 115 HandwO und 11 IHK-G die Aufsicht durch das Land erfolgt. Die Handwerksinnungen unterliegen dagegen der Rechtsaufsicht der Handwerkskammern (s. o.).

Es bestehen mithin organisatorisch und funktional einige bedeutende Unterschiede zwischen den in § 18 Abs. 1 KrW-/AbfG genannten Kammern und den Innungen. Von daher ist eine abfallrechtliche Gleichstellung unter dem Oberbegriff der „Selbstverwaltungskörperschaften der Wirtschaft“ nicht ohne Weiteres möglich.

2. Einbeziehung nach dem Wortlaut

Der Wortlaut des § 18 Abs. 1 KrW-/AbfG umfasst Innungen ausdrücklich nicht. Als gesondert geregelte Einrichtungen (§§ 52 ff. HandwO) und organisatorisch unterhalb der Handwerkskammer angesiedelte Einrichtung (§ 75 HandwO) unterfallen die Innungen begrifflich nicht den Handwerkskammern. Der Wortsinn der ausdrücklich genannten und gesetzlich geregelten Kammern ist darüber hinaus so eindeutig, dass eine Ausdehnung auf Innungen nicht möglich ist. Bei bloßer Betrachtung der aufgezählten Kammern würde sich folglich eine weitere Auslegung verbieten. Der eindeutige Wortlaut hat insofern eine Grenzfunktion.²³⁵

Demgegenüber lassen sich der Verwendung des Oberbegriffs „Selbstverwaltungskörperschaften der Wirtschaft“ in § 18 Abs. 1 Satz 1 KrW-/AbfG Anhaltspunkte entnehmen, die eine Auslegung als zulässig

²³⁴ Vergleich zur Abgrenzung der Mitgliedschaft in Landwirtschaftskammern, Handwerkskammern und Industrie- und Handelskammern: § 2 Abs. 3 und 4 IHK-G.

²³⁵ Vgl. zur Grenzfunktion des Wortsinns bei der Auslegung: BVerwGE 71, S. 115; BGHZ 46, S. 74 (76); Lorenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 307.

/AbfG Anhaltspunkte entnehmen, die eine Auslegung als zulässig erscheinen lassen. Jedenfalls schließt die Verwendung dieses Terminus die Einbeziehung von Innungen nicht aus. Denn auch bei den Innungen handelt es sich gemäß § 53 Satz 1 HandwO um Körperschaften des öffentlichen Rechts, die gemäß der §§ 58 ff HandwO der Selbstverwaltung unterliegen. Dabei ist jedoch zu beachten, dass dieser zusammenfassende Oberbegriff im Anschluss an die ausdrückliche Aufzählung in Klammern gesetzt ist.

„Die Industrie- und Handelskammern, Handwerkskammern und Landwirtschaftskammern (Selbstverwaltungskörperschaften der Wirtschaft) können Einrichtungen bilden, ...“

Dem Satzbau und dem Wortlaut lassen sich also keine Hinweise darauf entnehmen, dass die aufgezählten Selbstverwaltungskörperschaften nur beispielhaft erwähnt worden sind.

Insgesamt spricht der Normtext damit für eine abschließende Aufzählung, in die die Innungen nicht einbezogen werden können.²³⁶ Im Hinblick auf den dehnungsfähigen Begriff der „Selbstverwaltungskörperschaften der Wirtschaft“, ist der Wortlaut jedoch nicht so eindeutig, dass sich eine weitere Auslegung von vornherein verbietet. Demnach ist anhand der sonstigen Auslegungskriterien zu überprüfen, ob mit dem Oberbegriff der Selbstverwaltungskörperschaften lediglich die ausdrücklich genannten gemeint sein sollen.

3. Sonstige Auslegungskriterien

Da sich die Einbeziehung von Innungen in den Anwendungsbereich des § 18 Abs. 1 KrW-/AbfG anhand des Normtextes nicht begründen lässt, stellt sich die Frage, ob sich ein solches Ergebnis anhand der sonstigen methodischen Auslegungskriterien gewinnen lässt. Dabei sind die bereits dargelegten Funktions- und Strukturunterschiede zwischen den Innungen und Kammern sowie die Ziele des KrW-/AbfG mit zu berücksichtigen.

²³⁶

Vgl. Zwernemann: Brandt/Ruchay/Weidemann, § 18 KrW-/AbfG, Rn. 19.

a) Historische Auslegung

In historischer Hinsicht war es nach der Begründung zu den §§ 10 – 12 des ersten Entwurfs vom 22.06.1992 Ziel der Vorschriften,

*„Eigeninitiativen der Wirtschaft nicht zu verhindern, sondern deren Innovationskräfte und die Initiative des Einzelnen zu nutzen, um einen beschleunigten Ausbau der angestrebten Kreislaufwirtschaft zu erreichen“.*²³⁷

In diesem Sinne sah § 11 KrW-/AbfG der ersten Entwurfsfassung sogar eine Verpflichtung für die Selbstverwaltungskörperschaften der Wirtschaft vor, den Mitgliedern bei der Erfüllung ihrer Verwertungs- und Beseitigungspflichten zu helfen und diese zu übernehmen.²³⁸ Auf massive Proteste der Kammern, die darin einen Eingriff in ihre gesetzlich eingeräumten Selbstverwaltungsrechte sahen²³⁹, wurde die Verpflichtung dann herausgenommen. Diese rechtlich nicht unproblematische ursprüngliche Intention des Gesetzgebers spricht jedoch eher dafür, dass er nur die ausdrücklich genannten Selbstverwaltungskörperschaften mit der Befugnis zur Bildung von Einrichtungen zur Abfallentsorgung betrauen wollte.

Dementsprechend heißt es auch in der Begründung zum Gesetzentwurf.²⁴⁰

„Die Vorschrift trägt dem Gedanken Rechnung, dass die dort genannten Institutionen aufgrund ihrer Stellung, ihrer Aufgaben, ihres räumlichen Einzugsbereiches und ihrer finanziellen Ausstattung häufig eher in der Lage sein werden, die Erfüllung der Pflichten ... fördern oder sicherzustellen als der einzelne Besitzer von Rückständen.“

Mit diesem Bestreben des Ursprungsentwurfes, stets großen, tragfähigen Selbstverwaltungskörperschaften die Bildung von Einrichtungen zur Abfallentsorgung aufzuerlegen, lässt sich die Erweite-

²³⁷ Zwernemann, in: Brandt/Ruchay/Weidemann, § 18 KrW-/AbfG, Rn. 13.

²³⁸ § 11 der Entwurfsfassung, abgedruckt bei Zwernemann, in: Brandt/Ruchay/Weidemann, § 18 KrW-/AbfG, Rn. 14; DT-Drs. 12/5672, S. 11 f.

²³⁹ Versteyl, in: Kunig/Paetow/Versteyl, § 18 KrW-/AbfG, Rn. 2.

²⁴⁰ BT-Drs. 12/5672, S. 45; abgedruckt bei Fluck, § 18 KrW-/AbfG, Rn. 6.

zung des Anwendungsbereiches auf die den Handwerkskammern untergeordneten Innungen nicht vereinbaren. Dabei ist zu berücksichtigen, dass bei Verwirklichung der ursprünglichen Absicht des Gesetzgebers, eine Verpflichtung auszusprechen, die im Gesetzeswortlaut niedergelegte Aufzählung in jedem Falle abschließend gewesen wäre. Denn eine Verpflichtung zu Lasten der Innungen ließe sich im Wege der Auslegung nicht erreichen. Dazu müssten an den Tatbestand höhere Bestimmtheitsanforderungen gestellt werden.

Des weiteren könnte die Einbeziehung von Innungen dazu führen, dass innerhalb eines Handwerksbezirkes eine Innung die Abfallentsorgung ihrer Branche regelt, während für die übrigen Handwerksbetriebe die Handwerkskammer zuständig ist. Dies könnte innerhalb des Dachverbandes Handwerkskammer zu Überschneidungen und Konkurrenzsituationen führen. Mit den in der HandwO bereitgestellten Mitteln kann dieses Konfliktpotenzial zwar bewältigt werden. Es ist aber schwerlich vorstellbar, dass der Abfallgesetzgeber es überhaupt erst hervorrufen wollte.

Weiterhin ist zu beachten, dass im Rahmen der Gesetzesentstehung die Selbstverwaltungskörperschaften der Wirtschaft nicht immer einheitlich benannt worden sind. So waren im ersten Entwurf vom 22.06.1992 auch die Berufsgenossenschaften vorgesehen. Dann kamen zwischenzeitlich die Genossenschaften hinzu, während die Handwerkskammern ausgeklammert wurden.²⁴¹ Daraus folgt, dass der Gesetzgeber sich darüber, welche Selbstverwaltungskörperschaften der Wirtschaft er abschließend in den Gesetzeswortlaut mit aufnimmt, Gedanken gemacht hat. Deshalb dürfte mit den letztlich hineingenommenen Körperschaften keine beispielhafte, sondern eine abschließende Aufzählung beabsichtigt gewesen sein.

Nach alldem spricht die historisch-genetische Gesetzesauslegung eindeutig gegen die Einbeziehung von Innungen in den Anwendungsbereich des § 18 Abs. 1 KrW-/AbfG.

²⁴¹ Zwernemann, in: Brandt/Ruchay/Weidemann, § 18 KrW-/AbfG, Rn. 18.

b) Systematische Auslegung

Systematische Argumente ergeben sich im Hinblick auf die hier aufgeworfene Fragestellung weniger aus dem KrW-/AbfG, als vielmehr der HandwO. Nach den bereits unter a) herausgearbeiteten Strukturunterschieden zwischen Innungen und Kammern aufgrund der Gesetzessystematik der HandwO ergibt sich insoweit jedenfalls die Tendenz, dass Innungen auch im Rahmen des KrW-/AbfG den Kammern nicht ohne Weiteres gleichgestellt werden können.

Der Umstand, dass den Einrichtungen, die die wirtschaftlichen Selbstverwaltungskörperschaften zur Abfallentsorgung bilden können, keinerlei gesetzliche Vorgaben zur Rechtsform oder Ähnlichem gegeben sind, steht demgegenüber einer Ausweitung zumindest nicht entgegen. Es kann sich je nach Größe, Leistungsfähigkeit und Interesse der Selbstverwaltungskörperschaft um eine eigene Abteilung oder auch (ausgegliedert) eine eigene juristische Person handeln.²⁴²

§ 17 Abs. 2 KrW-/AbfG scheint für eine Einbeziehung von Innungen zu sprechen. Denn dort findet man lediglich den Begriff der „Selbstverwaltungskörperschaften der Wirtschaft“ ohne eine abschließende Aufzählung. Andererseits ist für die Auslegung des § 17 Abs. 2 KrW-/AbfG die Legaldefinition in § 18 Abs. 1 herauszuziehen, in der Innungen nicht aufgeführt sind. Auch spricht die Gleichstellung mit den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern dafür, dass der Begriff auch im Rahmen des § 17 KrW-/AbfG eng aufzufassen ist.

Als weiteres systematisches Argument können die §§ 16 Abs. 1 und 17 Abs. 1 KrW-/AbfG insofern herangezogen werden, als die dort verankerten Entsorgungswege jedenfalls den Innungsmitgliedern unabhängig von der Möglichkeit des § 18 Abs. 1 KrW-/AbfG offen stehen. Als Erzeuger und Besitzer von Abfällen aus gewerblichen wirtschaftlichen Unternehmen können die Innungsmitglieder Verbände i.S.d. § 17 Abs. 1 KrW-/AbfG bilden, die von ihnen mit

²⁴² Vgl. Versteyl, in: Kunig/Paetow/Versteyl, § 18 KrW-/AbfG, Rn. 6.

der Erfüllung ihrer Verwertungs- und Beseitigungspflichten beauftragt werden können. Ebenso können sie gemäß § 13 Abs. 2 i.V.m. 16 Abs. 1 Satz 1 bereits bestehende Entsorgungseinrichtungen, die sich für ihre Branche besonders eignen, mit der Abfallentsorgung beauftragen. Diese Möglichkeiten sprechen dafür, dass das konkrete gesetzliche Angebot zur „Bildung“ solcher Einrichtungen nur für die ausdrücklich genannten Kammern gilt.

c) Teleologische Auslegung

Grundlage für die teleologische Auslegung ist die Ermittlung des Normzwecks. Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass Rechtsnormen in der Regel nicht nur einen einzigen Zweck, sondern vielmehr den Schutz und Ausgleich unterschiedlicher Interessen bezwecken.²⁴³

§ 18 Abs. 1 KrW-/AbfG will die in den §§ 5 Abs. 2, 11 Abs. 1 KrW-/AbfG verankerte Eigenverantwortlichkeit bei der Verwertung und Beseitigung von Abfällen stärken. In diesem Zusammenhang ist auch zu sehen, dass der Gesetzgeber in den §§ 22 ff. KrW-/AbfG die Pflicht zur Produktverantwortung als Kernelement der Vermeidungspflicht des KrW-/AbfG nominiert hat. Mit diesen neuen Ansätzen²⁴⁴ sollen insgesamt die Privatisierungstendenzen in der Abfallwirtschaft verstärkt werden.²⁴⁵ § 18 KrW-/AbfG dient damit dem Privatisierungsgedanken und dem Verursacherprinzip.²⁴⁶

Diese Ziele sollten in der ursprünglichen Fassung dadurch erreicht werden, dass die Kammern infolge einer Verpflichtung zur Bildung von Entsorgungseinrichtungen darauf hinwirken, dass von der Beauftragungsmöglichkeit in § 16 Abs. 1 KrW-/AbfG reger Gebrauch gemacht wird. In der jetzigen, abgeschwächten Fassung hat § 18 Abs. 1 KrW-/AbfG hingegen nur noch Appellcharakter und Klarstellungsfunktion.

²⁴³ Schmalz, Methodenlehre, Rn. 252.

²⁴⁴ Brandt, in: Brandt/Ruchay/Weidemann, KrW-/AbfG, Syst. 1, Rn. 61.

²⁴⁵ Versteyl, in: Kunig/Paetow/Versteyl, § 18 KrW-/AbfG, Rn. 1; vgl. auch Zwernemann, in: Brandt/Ruchay/Weidemann, § 18 KrW-/AbfG, Rn. 13.

²⁴⁶ Vgl. Versteyl, in: Kunig/Paetow/Versteyl, § 18 KrW-/AbfG, Rn. 2; Zwernemann, in: Brandt/Ruchay/Weidemann, § 18 KrW-/AbfG, Rn. 12.

Ohne organisationsrechtliche Verpflichtung – wie noch im ursprünglichen Entwurf vorgesehen – kann die Vorschrift nur einflussierend auf eine verstärkte Eigeninitiative der Erzeuger und Besitzer von Abfällen zur Entlastung der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger hinwirken. Die Selbstverwaltungskörperschaften der Wirtschaft sollen durch Bildung entsprechender Entsorgungseinrichtungen die Beauftragungen gem. § 16 Abs. 1 KrW-/AbfG forcieren. Mit diesem Appell will die Vorschrift die genannten Kammern erreichen, wohl auch um eine Klarstellung gegenüber dem des Öfteren von Entsorgungsunternehmen erhobenen Vorwurf, dass die Kammern z.B. mit der Beratung in Entsorgungsfragen Aufgaben übernähmen, die ihnen nicht oblägen, zu begegnen.²⁴⁷ Zweck der Norm ist es also, Anreize zu schaffen und nicht die bereits bestehenden Beauftragungsmöglichkeiten nach den §§ 16 Abs. 1 und 17 Abs. 1 KrW-/AbfG zu erweitern.

Dass dieser Anreiz sich jedoch auch auf Organisationsformen außerhalb der genannten Selbstverwaltungskörperschaften der Wirtschaft beziehen soll, lässt sich dem Normzweck nicht entnehmen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Grundfall der Beauftragung in § 16 Abs. 1 Satz 1 KrW-/AbfG geregelt ist. Danach suchen sich die zur Abfallentsorgung Verpflichteten selbst ein Unternehmen aus und beauftragen dieses. Die Zwischenschaltung einer Kammer zur Bildung einer Entsorgungseinrichtung ist insoweit ein Ausnahmefall, der auch über die Konzeption des § 17 Abs. 1 KrW-/AbfG hinausgeht. Grundsätzlich regeln die Beauftragungsvorschriften damit das Interesse des Abfallverantwortlichen, einerseits seine öffentlich-rechtliche Verpflichtung zu erfüllen und andererseits das Interesse des beauftragten Dritten an der Durchführung bei gleichzeitiger Berücksichtigung der abfallwirtschaftlichen Grundsätze des KrW-/AbfG. Die Einschaltung eines Außenstehenden mit eigenen wirtschaftspolitischen Zielsetzungen in dieses an sich zweipolige Verhältnis ist also ein Sonderfall. Damit regelt die Vorschrift des § 18 Abs. 1 Satz 1 KrW-/AbfG trotz ihrer im Gegensatz zur ursprünglichen Fassung geringen Bedeutung eine Ausnahmekonstellation im Gefüge des Abfallrechtes. Dies legt ei-

²⁴⁷ Vgl. Fluck, § 18 KrW-/AbfG, Rn. 30.

ne enge Auslegung mit der Maßgabe nahe, dass nur eine Appellwirkung gerade für die ausdrücklich genannten Kammern hervorgerufen werden soll.

Dieses Ergebnis wird auch durch eine Folgenbetrachtung bestätigt. Die Folgenprognose ist ein anerkanntes Kriterium im Bereich der teleologischen Auslegung.²⁴⁸ Dabei werden die voraussichtlichen praktischen Konsequenzen bzw. die weiteren realen Auswirkungen einer bestimmten Auslegung mit einbezogen. Im vorliegenden Streitfall führt eine solche Betrachtung zu dem Ergebnis, dass ein etwaiges branchenspezifisches Interesse an einer einheitlich geregelten Abfallentsorgung durch eine restriktive Auslegung des § 18 Abs. 1 Satz 1 KrW-/AbfG nicht gefährdet ist. Wie bereits ausgeführt, bleibt es den Innungsmitgliedern unbenommen, ihre Abfallentsorgung über § 17 Abs. 1 oder § 16 Abs. 1 KrW-/AbfG zu organisieren. Soweit ein solches Interesse tatsächlich besteht, ist die Appell- und Initiativfunktion des § 18 Abs. 1 Satz 1 KrW-/AbfG entbehrlich.

Nach alledem ergibt sich auch nach der teleologischen Auslegung, dass Innungen nicht in den Anwendungsbereich des § 18 Abs. 1 Satz 1 KrW-/AbfG einbezogen werden können.

V. Analoge Anwendung?

Da sich die Anwendung des § 18 Abs. 1 KrW-/AbfG im Wege der Auslegung auf Innungen nicht erreichen lässt, stellt sich die Frage nach einer analogen Anwendung. Voraussetzung dafür wäre zunächst das Vorliegen einer Gesetzeslücke. Eine solche liegt jedoch nicht schon deswegen vor, weil das KrW-/AbfG eine Regelung für Innungen nicht getroffen hat. Sie ist vielmehr nur bei einer „planwidrigen Unvollständigkeit“ gegeben.²⁴⁹ Dabei muss der dem Gesetz zu Grunde liegende Regelungsplan im Wege historischer und teleologischer Auslegung ermittelt werden.²⁵⁰

²⁴⁸ Schmalz, Methodenlehre, Rn. 262 m.w.N.

²⁴⁹ Vgl. nur BGH 65, 302; NJW 81, 1726, 88, 2110, Schmalz, Methodenlehre, Rn. 323 ff.

²⁵⁰ Heinrichs in: Palandt, vor § 1 BGB, Rn. 47; Schmalz, Methodenlehre, Rn. 328 ff.

Vorliegend hat die Auslegung unter a) bis c) jedoch gerade ergeben, dass mit der fraglichen Aufgabenzuteilung an die Handwerkskammern (u.a.) andere, nachgeordnete Selbstverwaltungskörperschaften nicht umfasst und damit ausgeschlossen werden sollten. Insbesondere deuten die unterschiedlichen Gesetzestexte im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens²⁵¹ darauf hin, dass sich der Gesetzgeber bewusst Gedanken darüber gemacht hat, welche „Selbstverwaltungskörperschaften der Wirtschaft“ er in den Normtext mit aufnimmt. Damit liegt keine planwidrige Regelungslücke vor, sodass eine analoge Anwendung des § 18 Abs. 1 KrW-/AbfG ausscheidet.

VI. Zusammenfassung

§ 18 Abs. 1 Satz 1 KrW-/AbfG ist im Regelungsgefüge der §§ 16 bis 18 KrW-/AbfG insofern ein Sonderfall, als er die dort genannten Kammern zur Bildung von „beauftragungsfähigen Dritten“ im Sinne des § 16 Abs. 1 Satz 1 KrW-/AbfG einbinden will.

Da von der Möglichkeit nach § 18 Abs. 1 Satz 1 KrW-/AbfG bisher kaum Gebrauch gemacht wurde, möglicherweise aber ein Interesse an einer branchenspezifischen Abfallentsorgung besteht, stellt sich die Frage, ob Innungen in den Anwendungsbereich des § 18 Abs. 1 Satz 1 KrW-/AbfG einbezogen werden können.

Von ihrer Funktion und Struktur her unterscheiden sich die in der Handwerksordnung geregelten Innungen von den in § 18 Abs. 1 KrW-/AbfG aufgezählten Kammern.

Der Wortlaut von § 18 Abs. 1 Satz 1 KrW-/AbfG ließe eine Einbeziehung von Innungen allenfalls unter dem Oberbegriff der „Selbstverwaltungskörperschaften der Wirtschaft“ zu.

Die Gesetzesentstehung spricht eindeutig gegen eine Einbeziehung von Innungen, zumal ursprünglich geplant war, den genannten Selbstverwaltungskörperschaften der Wirtschaft die Verpflichtung zur Bildung von Abfallentsorgungseinrichtungen aufzuerlegen.

²⁵¹ Siehe dazu c) – historische Auslegung –.

Auch die systematische Betrachtung spricht gegen eine Einbeziehung, vor allem weil sich ein etwaiges branchenspezifisches Entsorgungsinteresse für die Innungsmitglieder auch auf Grundlage der §§ 16 und 17 KrW-/AbfG verwirklichen lässt.

Aus dem (verbliebenen) abfallwirtschaftlichen Normzweck (Appellcharakter, Klarstellungsfunktion) folgt ebenfalls, dass nur die ausdrücklich genannten Kammern gemeint sind.

Eine analoge Anwendung des § 18 Abs. 1 Satz 1 KrW-/AbfG auf Innungen verbietet sich mangels „planwidriger Regelungslücke“.

D. Zuverlässigkeit von Dritten i.S.d. § 16 Abs. 1 Satz 3 KrW-/AbfG

I. Einleitung

Anders als das frühere Abfallgesetz geht das Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz grundsätzlich davon aus, dass die Erzeuger oder Besitzer von Abfällen auch verpflichtet sind, diese zu entsorgen (vgl. § 5 Abs. 2 und 11 Abs. 1 KrW-/AbfG). Damit stärkt das neue Abfallrecht das Eigenverantwortlichkeitsprinzip.

Dessen ungeachtet sind für Abfälle aus privaten Haushaltungen und unter bestimmten Voraussetzungen für Abfälle zur Beseitigung aus anderen Herkunftsbereichen in § 13 KrW-/AbfG Überlassungspflichten der Erzeuger oder Besitzer an die nach Landesrecht bestimmten öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger statuiert. Diese tragen insoweit anstelle der Erzeuger oder Besitzer gemäß § 15 Abs. 1 KrW-/AbfG die Abfallentsorgungspflicht.²⁵²

Sowohl die gemäß §§ 5 Abs. 2, 11 Abs. 1 KrW-/AbfG entsorgungspflichtigen Privaten als auch die gemäß §§ 13 Abs. 1 Satz 1, 15 Abs. 1 Satz 1 KrW-/AbfG entsorgungspflichtigen öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger können mit der Verwertung und der Beseitigung gemäß § 16 Abs. 1 Satz 1 KrW-/AbfG Dritte beauftragen.

Diese Beauftragung, die auch schon in § 3 Abs. 2 Satz 2 AbfG a.F. vorgesehen war, lässt die gemäß § 5 Abs. 2, 11 Abs. 1 oder § 15 Abs. 1 KrW-/AbfG

²⁵² Wenn sie nicht von ihrer Ausschlussmöglichkeit nach § 15 Abs. 3 KrW-/AbfG Gebrauch machen.

bestehende Verantwortlichkeit der Auftraggeber für die Erfüllung der Pflichten unberührt (vgl. § 16 Abs. 1 Satz 2 KrW-/AbfG). In diesem Weiterbestehen der Verantwortlichkeit des Auftraggebers für die Abfallentsorgung liegt der wesentliche Unterschied zu der gemäß § 16 Abs. 2 KrW-/AbfG neu eingeführten (vollständigen) Übertragung der Abfallentsorgung auf Dritte.

Dritter i.S.d. § 16 Abs. 1 Satz 1 KrW-/AbfG kann jede rechtsfähige, natürliche oder juristische Person des öffentlichen oder privaten Rechts sein.²⁵³ Infolgedessen sind an den „Dritten“ besondere Anforderungen zu stellen, damit die öffentlich-rechtliche Aufgabe der Abfallbeseitigung entsprechend den Zielen des KrW-/AbfG (vgl. § 1) erfüllt wird. Diesem Bedürfnis nach gesetzeskonformer Abfallentsorgung dient § 16 Abs. 1 Satz 3 KrW-/AbfG, indem die „erforderliche Zuverlässigkeit“ des beauftragten Dritten verlangt wird. Die Vorschrift ist ein präventives Kontrollinstrument zur Sicherstellung der Abfallentsorgung im Hinblick auf die weiter bestehende Verantwortlichkeit des Auftraggebers.

Der Gesetzgeber hat nicht – wie etwa bei der Übertragung gemäß § 16 Abs. 2 KrW-/AbfG – konkretisiert, was unter der „erforderlichen Zuverlässigkeit“ zu verstehen ist. Im Hinblick auf den unbestimmten Wortlaut des § 16 Abs. 1 Satz 3 KrW-/AbfG sind im Wege der Auslegung bestimmte Kriterien des Zuverlässigkeitserfordernisses herausgearbeitet worden. Diese Kriterien sind von erheblicher Bedeutung nicht nur für Anforderungen an den Dritten, sondern gleichzeitig für Sorgfaltspflichten des Auftraggebers, die sich aus dem Zuverlässigkeitserfordernis ergeben.²⁵⁴

II. Kriterien der Zuverlässigkeit

Ein Vergleich mit dem Zuverlässigkeitsbegriff in § 16 Abs. 2 KrW-/AbfG, der zusätzlich die Sach- und Fachkunde des Dritten herausstellt, könnte die Schlussfolgerung nahe legen, dass § 16 Abs. 1 Satz 3 KrW-/AbfG allein persönliche Eigenschaften des Dritten meine. Eine solche Interpretation ließe sich jedoch weder mit der Entstehungsgeschichte noch dem Zweck der Zuverlässigkeitsanforderung in § 16 Abs. 1 KrW-/AbfG vereinbaren. Der Ausschuss des Deutschen Bundestages, auf den die Zuverlässigkeitsanforderung zurückgeht, verwendet zwar den Begriff der „persönlichen Eignung“ des

²⁵³ Vgl. Hösel/v. Lersner/Wendenburg, § 16 KrW-/AbfG, Rn. 6; Versteyl, in: Kunig/Paetow/Versteyl, § 16 KrW-/AbfG, Rn 9 m.w.N.; Beckmann, DVBl. 1993, S. 9 (11); Locher, NuR 1997, S. 170 (171).

²⁵⁴ Fluck, § 16 KrW-/AbfG, Rn. 73.

Dritten, legt aber ein weites Verständnis zugrunde. Maßgeblich sei, ob der Dritte den ihm erteilten Auftrag „entsprechend der Vorschriften des KrW-/AbfG“ erfüllen könne. Dabei umfasse der Begriff „neben der Sachkenntnis und den finanziellen Voraussetzungen auch die sonstigen persönlichen Verhältnisse“.²⁵⁵

Diese weite Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffes der Zuverlässigkeit entspricht auch dem oben bereits angedeuteten Sinn des Zuverlässigkeitserfordernisses, auch bei Einschaltung Dritter eine ordnungsgemäße Abfallentsorgung zu gewährleisten. Soweit Dritte an die Stelle öffentlich-rechtlicher Entsorgungsträger oder ihnen nach §§ 16 Abs. 2, 17 Abs. 3, 4, 18 Abs. 2 KrW-/AbfG gleichgestellter Entsorgungsträger treten, sollen sie, ebenso wie diese, die Aufgabe sach- und fachkundig wahrnehmen.²⁵⁶ Demnach ergeben sich für die Zuverlässigkeit i.S.d. § 16 Abs. 1 Satz 3 KrW-/AbfG sowohl persönliche als auch sachliche (bzw. fachkundliche) Kriterien.

1. Persönliche Zuverlässigkeitsmerkmale

Ebenso wie die sachliche bzw. fachliche Zuverlässigkeit lässt sich die persönliche Zuverlässigkeit nicht abstrakt beschreiben. Es ist nach einheitlicher Auffassung stets auf den konkreten Zusammenhang abzustellen.²⁵⁷ Immerhin lassen sich jedoch für die Beurteilung der persönlichen Zuverlässigkeit Anhaltspunkte aus § 8 Abs. 2 Entsorgungsfachbetriebsverordnung (EfbV), die die Anforderungen an Entsorgungsfachbetriebe nach dem KrW-/AbfG regelt (vgl. § 1 EfbV), entnehmen.

Danach ist die erforderliche Zuverlässigkeit in der Regel nicht gegeben, wenn der Betriebsinhaber, seine gesetzlichen Vertreter oder die nach Gesetz, Satzung oder Gesellschaftsvertrag zur Vertretung oder Geschäftsführung Berechtigten gegen mit einer Geldbuße in Höhe von mehr als 10.000,00 DM belegte Vorschriften, insbesondere des Strafrechts, des Umweltrechts, des Lebens- und Arzneimittelrechts, des Gewerbe- oder Arbeitsschutzrechts sowie des Betäubungsmittel-, Waffen- oder Sprengstoffrechts verstoßen haben (vgl. § 8 Abs. 2 EfbV).

²⁵⁵ BT-Drs. 12-7284, S. 18; abgedruckt bei *Fluck*, § 16 KrW-/AbfG, Rn. 14.

²⁵⁶ *Schink*, in: Brandt/Ruchay/Weidemann, § 16 KrW-/AbfG, Rn. 19; im Ergebnis ähnlich *Versteyl*, in: König/Paetow/Versteyl, § 16 KrW-/AbfG, Rn. 15 f.

²⁵⁷ *Schink*, a.a.O., Rn. 20; *Versteyl*, a.a.O., Rn. 15.

In der Regel wird die Zuverlässigkeit insoweit durch ein polizeiliches Führungszeugnis nachgewiesen werden können. Sofern der Dritte als Entsorgungsfachbetrieb zertifiziert ist, ist auch seine (persönliche) Zuverlässigkeit nach § 8 Abs. 2 EfbV bereits geprüft, so dass ein besonderer Nachweis unterbleiben kann.²⁵⁸

Im Hinblick auf den Kapitalaufwand, den abfallwirtschaftliche Aufgaben erfordern, können auch die finanziellen Verhältnisse des Dritten seiner persönlichen Zuverlässigkeit entgegenstehen. So kann die Zuverlässigkeit etwa bei Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit fehlen. Die genauen Anforderungen an die finanzielle Zuverlässigkeit sind abhängig vom Einzelfall, insbesondere vom Umfang der Aufgabe und der dabei vom Dritten zu ihrer Wahrnehmung aufzuwendenden finanziellen Mittel. Jedenfalls ist es zulässig, vom Dritten eine Wirtschaftsauskunft zu verlangen.²⁵⁹

Verwandtschaftliche oder sonstige enge persönliche Bindungen zwischen den Entscheidungsträgern beim Auftraggeber und dem Drittbeauftragten sind dagegen für die Frage der persönlichen Zuverlässigkeit generell irrelevant.²⁶⁰ Sie spielen allenfalls bei der Vergabe der Drittbeauftragung nach den einschlägigen kommunalverfassungsrechtlichen Befangenheitsregelungen eine Rolle, sofern es um die Einschaltung eines Drittbeauftragten durch öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger geht.

2. Sachliche bzw. fachliche Zuverlässigkeitsmerkmale

Auch im Hinblick auf die Anforderungen, die an die fachliche Qualifikation des Dritten zu stellen sind, bietet die Entsorgungsfachbetriebsverordnung in den §§ 9 und 11 Anhaltspunkte. Jedoch können die dort niedergelegten Grundsätze nicht ohne weiteres auf die Beauftragung nach § 16 Abs. 1 KrW-/AbfG angewandt werden. So ist im Hinblick auf den weniger konkreten Wortlaut des § 16 Abs. 1 Satz 3 gegenüber § 16 Abs. 2 Satz 1 KrW-/AbfG anerkannt, dass die Sach- und Fachkunde, wie sie für die Pflichtenübertragung nach § 16 Abs. 2 KrW-/AbfG notwendig ist, im Rahmen des § 16 Abs. 1 Satz 3 je nach Einzelfall deutlich

²⁵⁸ Schink, in: Brandt/Ruchay/Weidemann, § 16 KrW-/AbfG, Rn. 21.

²⁵⁹ Schink, in: Brandt/Ruchay/Weidemann, § 16 KrW-/AbfG, Rn. 22; Hösel/v. Lersner/Wendenburg, § 16 KrW-/AbfG, Rn. 21.

²⁶⁰ Schink, in: Brandt/Ruchay/Weidemann, § 16 KrW-/AbfG, Rn. 23.

zurückbleiben kann.²⁶¹ Beispielsweise bedarf die Drittbeauftragung für einen Containerbetrieb keiner besonderen fachlichen Qualifikation. Es wird im allgemeinen ausreichend sein, dass der Dritte in der Lage ist, mit den eingesammelten Abfällen ordnungsgemäß umzugehen und sie den dafür vorgesehenen Verwertungs- bzw. Beseitigungswegen zuzuführen. Wenn der Dritte aber die Planung oder Betriebsführung für eine technisch komplexe Anlage (z. B. Müllverbrennung) übernehmen soll, bedarf er besonderer Kenntnisse. In diesen Fällen können die in den §§ 9, 11 EfbV genannten Kriterien entsprechend herangezogen werden. Nach der Rechtsprechung muss der Beauftragte jedenfalls schon eine Zeitlang im einschlägigen Bereich tätig gewesen sein.²⁶² Neben der Komplexität der übernommenen Tätigkeit ist auch die Gefährlichkeit der Abfälle bei den Anforderungen an die sachliche Zuverlässigkeit zu beachten.²⁶³

III. Verantwortlichkeit des Auftraggebers

1. Grundlage der Sorgfaltspflichten des Auftraggebers aufgrund des Zuverlässigkeitserfordernisses

Seinem Wortlaut nach konstatiert § 16 Abs. 1 Satz 3 KrW-/AbfG lediglich, dass die Beauftragten Dritten über die erforderliche Zuverlässigkeit verfügen müssen. Insoweit sagt die Vorschrift anders als etwa § 16 Abs. 2 KrW-/AbfG explizit nichts darüber aus, wer darüber entscheidet, ob die erforderliche Zuverlässigkeit vorliegt. Da die entweder gemäß §§ 5 Abs. 2, 11 Abs. 1 oder gemäß §§ 13 Abs. 1, 15 Abs. 1 KrW-/AbfG verpflichteten Auftraggeber sich nach § 16 Abs. 1 Satz 2 KrW-/AbfG nicht ihrer öffentlich-rechtlichen Pflicht zur Abfallentsorgung entziehen können, ist aber zweifelsfrei, dass sie die Pflicht zur Überprüfung der Zuverlässigkeit trifft.²⁶⁴ Durch die Einschaltung Privater soll sich insbesondere die Verwaltung ihren öffentlich-rechtlichen Bindungen nicht entziehen. Sie ist vielmehr verpflichtet sicherzustellen, dass diese öffentlich-rechtlichen Bindungen auch dann eingehalten werden, wenn sie die Aufgabenerledigung nicht mit eigenen Mitteln erfüllt, sondern sich hierzu Dritter bedient.²⁶⁵ Auch private Erzeuger oder Besitzer von

²⁶¹ Schink, in: Brandt/Ruchay/Weidemann, § 16 KrW-/AbfG, Rn. 24.

²⁶² Halbjährige Tätigkeit etwa nach BGH, NJW 1976, S. 46.

²⁶³ Schink, in: Brandt/Ruchay/Weidemann, § 16 KrW-/AbfG, Rn. 24.

²⁶⁴ Vgl. im Gegensatz dazu das Zustimmungserfordernis gem. § 16 Abs. 2 KrW-/AbfG.

hierzu Dritter bedient.²⁶⁵ Auch private Erzeuger oder Besitzer von Abfällen, die gemäß der §§ 5 Abs. 2, 11 Abs. 1 KrW-/AbfG für die Abfallentsorgung verantwortlich sind, können sich den öffentlich-rechtlichen Entwicklungspflichten nicht durch Einschaltung eines Dritten entziehen.

Demnach obliegt es dem Auftraggeber dafür Sorge zu tragen, dass der Dritte über die erforderliche Zuverlässigkeit i.S.d. § 16 Abs. 1 Satz 3 KrW-/AbfG verfügt. Der Auftraggeber hat also vor Erteilung eines Auftrages an den Dritten i.S.v. § 16 Abs. 1 Satz 1 KrW-/AbfG dessen Zuverlässigkeit nach den unter 1. dargelegten Kriterien zu prüfen. Da die Drittbeauftragung weder einer Genehmigung, Zustimmung oder sonstigen behördlichen Mitwirkung bedarf, ist die Prüfung allein von demjenigen vorzunehmen, der die Drittbeauftragung ausspricht.²⁶⁶

2. Allgemeine Grundsätze der Verantwortlichkeit des Auftraggebers

Die Beauftragung i.S.v. § 16 Abs. 1 Satz 1 KrW-/AbfG erfolgt unabhängig davon, ob sie ein öffentlich-rechtlicher oder privater Entsorgungsträger vornimmt, nach den Regeln des Zivilrechts.²⁶⁷ Üblicherweise wird ein sogenannter Entsorgungsvertrag abgeschlossen, der überwiegend als Werkvertrag mit Dauerschuldcharakter eingeordnet wird.²⁶⁸

Die Verletzung der Pflichten des Auftraggebers kann eine zivilrechtliche, öffentlich-rechtliche und eventuell sogar strafrechtliche Verantwortlichkeit begründen: Diese Pflichtenstellung aus unterschiedlichen Rechtskreisen betrifft nicht nur Sorgfaltspflichten im Zusammenhang mit der Gewährleistung der Zuverlässigkeit des Auftragnehmers. Gleichwohl sollen zunächst die allgemeinen Anforderungen an den Auftraggeber skizziert werden. In welchem Umfang sich aus der Verantwortlichkeit des Auftraggebers spezifisch auf die Zuverlässigkeit des Auftragnehmers bezogene Pflichten ergeben, wird unten unter 3. erörtert.

²⁶⁵ *Jänicke/von Bechtolsheim*, Überprüfung von Dienstleistungs-, Betreiber- und Gesellschaftsverträgen, Gutachten im Auftrag des Ministeriums für Umwelt, Naturschutz und Raumordnung des Landes Brandenburg, S. 55.

²⁶⁶ *Schink*: in Brandt/Ruchay/Weidemann, § 16 KrW-/AbfG, Rn. 9 und 25.

²⁶⁷ *Schink*: in Brandt/Ruchay/Weidemann, § 16 KrW-/AbfG, Rn. 47, *Versteyl*, in Kunig/Paetow/Versteyl, § 16 KrW-/AbfG, Rn. 11.

²⁶⁸ *Jänicke/von Bechtolsheim*, Überprüfung von Dienstleistungs-, Betreiber- und Gesellschaftsverträgen, Gutachten im Auftrag des Ministeriums für Umwelt, Naturschutz und Raumordnung des Landes Brandenburg, S. 47.

a) **Zivilrechtliche Verantwortlichkeit**

Angesichts des zivilrechtlichen Charakters der Auftragserteilung kann den Auftraggeber eine Haftung nach § 823 BGB treffen, wenn der Beauftragte bei der Abfallentsorgung Dritte schädigt. In einem Grundsatzurteil aus dem Jahre 1975 zur Haftung für eine Grundwasserverseuchung durch Ölabfälle hat der BGH hohe Anforderungen an die erforderlichen Sicherheitsvorkehrungen gegen eine Beeinträchtigung durch Dritte gestellt.²⁶⁹ Danach habe der Auftraggeber die Arbeitsweise des Beauftragten zwar nicht „auf Schritt und Tritt zu kontrollieren“, er sei aber auch nicht schon dadurch

„von seiner Verantwortung für die von ihm geschaffenen Gefahrenquellen ... freigestellt, dass eine andere Stelle aufgrund eines Vertrages zu ihrer Sicherung ebenfalls verpflichtet ist.“

Dabei ergibt sich die Verantwortlichkeit des Auftraggebers aufgrund seiner öffentlich-rechtlichen Verantwortlichkeit für die von ihm geschaffene Gefahrenquelle. Aus § 823 Abs. 1 BGB leitet der BGH die allgemeine Verkehrssicherungspflicht her, das Erforderliche zu tun, damit sich die (potentiellen) Gefahren nicht zum Schaden Dritter auswirken können:

„Entscheidend ist allein, dass der Hersteller die Gefahrenquelle geschaffen hat und sie daher gegenüber Dritten sichern muss, soweit ihm das möglich und zumutbar ist. Dieser allgemeine Grundsatz des Deliktsrechts findet, soweit es um die objektive Zurechenbarkeit geht, eine Entsprechung in dem das öffentliche Recht des Umweltschutzes ebenfalls beherrschenden Leitbild, dass für die Kosten einer Umweltbelastung aufkommen soll, wer für ihre Entstehung verantwortlich ist (sogenanntes Verursacherprinzip).“²⁷⁰

Die Verkehrssicherungspflicht des Auftraggebers ergibt sich also unabhängig davon, ob es sich um einen privatrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Abfallverantwortlichen handelt, in erster Linie

²⁶⁹ BGHZ, Urteil v.07.10.1975, NJW 1976, S. 46 (47).

²⁷⁰ BGHZ, a.a.O.

aufgrund seiner gemäß §§ 5 Abs. 2, 11 Abs. 1 oder gemäß § 15 Abs. 1 KrW-/AbfG bestehenden Pflicht zur Abfallentsorgung. Die Verantwortlichkeit für die ihm dadurch nach Deliktsrecht (§ 823 Abs. 1 BGB) zurechenbare Gefahrenquelle trifft den Abfallverantwortlichen auch, wenn er sich zur Erfüllung der Entsorgungsaufgabe eines Dritten bedient, nur mit dem Unterschied, dass die Sorgfaltspflicht sich dann auf die Verantwortlichkeit für die Tätigkeit des Dritten bezieht.

Weiter führt der BGH aus:

Der Auftraggeber kann, „wenn es die Umstände erfordern, etwa bei besonders erhöhter Gefahrenlage oder wenn erster Anlass zu Zweifeln besteht, ob der Beauftragte den Gefahren- und Sicherheitserfordernissen ausreichend Rechnung tragen wird ..., verpflichtet sein, die Arbeiten des beauftragten Unternehmens zu überwachen und notfalls selbst einzugreifen...“²⁷¹

Der Auftraggeber genügt deshalb je nach den Umständen seiner Sorgfaltspflicht nur dann, wenn er den Auftragnehmer hinreichend überwacht und ihn ggf. durch Weisungen oder mit anderen Mitteln auf eine ordnungsgemäße Ausführung des Vertrages hinwirkt.

b) Öffentlich-rechtliche Verantwortlichkeit des Auftraggebers

Auch nach öffentlichem Recht wird der Entsorgungspflichtige von seiner Verantwortung nicht frei, indem er einen Dritten gemäß § 16 Abs. 1 Satz 1 KrW-/AbfG beauftragt. So kann der Auftraggeber zumindest indirekt zur Verantwortung gezogen werden, wenn die Überprüfung der Zulässigkeit unzureichend war. Eine Heranziehung des Auftraggebers zur Erfüllung der Beseitigungspflichten kommt etwa in Betracht, wenn der beauftragte Dritte sich als unzuverlässig erweist und gegen abfallrechtliche Vorschriften verstößt.²⁷²

Ferner können den Auftraggeber Rekultivierungs- und Sanierungspflichten treffen, wenn er nicht durch einen entsprechenden

²⁷¹ BGH, a.a.O.

²⁷² Vgl. VGH München, NuR 1995, S. 36 f.

Entsorgungsvertrag sicherstellt, dass der von ihm mit dem Betrieb einer Deponie beauftragte Dritte auch tatsächlich als Betreiber der Deponie anzusehen ist.²⁷³ In diesem Falle handelt es sich um eine „Übererfüllung“ der Sorgfaltspflichten des Auftraggebers, weil der Betreiber der Abfalldeponie nach dem Entsorgungsvertrag gegenüber dem beauftragenden Kreis so stark weisungsgebunden ist, dass letzterer als eigentlicher Betreiber der Abfallentsorgungsanlage und damit Verpflichteter i.S.v. § 10 Abs. 2 AbfG a.F. erscheint.

c) **Strafrechtliche Verantwortlichkeit**

Bei Verletzung ihrer Sorgfaltspflicht können die Bediensteten des Auftraggebers i.S.v. § 16 Abs. 1 Satz 1 KrW-/AbfG sogar strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden. Sie können sich des unerlaubten Umgangs mit gefährlichen Abfällen gemäß § 326 Abs. 1 StGB in fahrlässiger Begehungsweise (Abs. 5) strafbar gemacht haben. Denn der BGH hat in seinen als *Falisan I* und *II* bekannt gewordenen Fällen²⁷⁴ festgestellt, dass Täter i.S.d. § 326 StGB auch derjenige sein kann,

„der, ohne für die ordnungsgemäße Abfallbeseitigung selbst verantwortlich zu sein, eine Beseitigungshandlung mit Tatherrschaft vornimmt oder vornehmen lässt Demgemäss unterliegt jeder Auftraggeber, gleichgültig, ob er Abfallbesitzer ist oder die Beseitigung von Abfall für andere übernommen hat und seinerseits delegiert, denselben Anforderungen an die – objektiv – zu erbringende Sorgfalt.“

Dabei räumt auch der BGH ein, dass sich die Bestimmung der Sorgfaltspflicht des Auftraggebers nicht unmittelbar aus dem Gesetz ergibt.²⁷⁵ Es entspräche aber dem Grundgedanken des Abfallrechts, gerade bei der Überlassung von besonders überwachungsbedürftigen Abfällen, dass der Auftraggeber im Interesse

²⁷³ Vgl. VGH Mannheim, NuR 1988, S. 245 f.

²⁷⁴ BGHSt 40, S. 79 ff. u. 84 ff = NJW 1994 S. 1744 ff.

²⁷⁵ Damals noch 3 Abs. 2 AbfG.

der Vermeidung umweltgefährdender Abfallbeseitigung die Beauftragung mit der notwendigen Sorgfalt vornimmt.²⁷⁶

d) Differenzierung zwischen öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Entsorgungsträgern?

Aus dem Dargelegten ergibt sich, dass der Auftraggeber die Aufgabenerfüllung durch den Dritten i.S.d. § 16 Abs. 1 Satz 3 KrW-/AbfG überprüfen muss. Diese Sorgfaltspflicht besteht unabhängig davon, ob es sich bei dem Beauftragenden um einen öffentlich-rechtlichen (vgl. § 15 Abs. 1 KrW-/AbfG) oder einen privaten Entsorgungsträger (vgl. §§ 5 Abs. 2, 11 Abs. 1 KrW-/AbfG) handelt. Auch bei der erwähnten Schadensersatzhaftung des Auftraggebers bestehen insoweit keine Unterschiede. Anspruchsgrundlage ist insoweit § 823 Abs. 1 BGB. Denn auch die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger beauftragen die Dritten durch privatrechtliche Entsorgungsverträge.

Der durch die Rechtsprechung ausgestaltete Sorgfalthmaßstab ist bei privaten Entsorgungsträgern (vgl. §§ 5 Abs. 2, 11 Abs. 1, 16 Abs. 1 Satz 2 KrW-/AbfG) grundsätzlich kein anderer als bei öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern, da sie als Erzeuger bzw. Besitzer zur Abfallentsorgung verpflichtet sind und damit für die von ihnen geschaffene Gefahrenquelle verantwortlich sind. Allerdings ist zu beachten, dass bei der konkreten Ausgestaltung der Sorgfaltspflichten bei den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern u.U. landesrechtliche Abfallvorschriften ergänzend heranzuziehen sind, die für die privaten Entsorgungsträger nicht ohne weiteres gelten.²⁷⁷

3. Auf die Zuverlässigkeitsprüfung bezogene Sorgfaltspflichten des Auftraggebers

Im Anschluss an die allgemein aus der öffentlich-, zivil- und strafrechtlichen Verantwortlichkeit resultierenden Sorgfaltspflichten ist nunmehr zu

²⁷⁶ Vgl. BGHSt, NJW 1994, S. 1745 (1748).

²⁷⁷ Vgl. etwa § 5 Bbg AbfG.

erörtern, welche Pflichten sich daraus konkret im Hinblick auf die Gewährleistung der Zuverlässigkeit des Dritten ergeben.

Fraglich ist, in welchem Umfang der Auftraggeber für die erforderliche Zuverlässigkeit des Dritten Sorge zu tragen hat, insbesondere inwieweit diese zeitlich über den Beauftragungsakt hinausgeht.

a) Sorgfaltspflicht bei Auswahl des „Dritten“

Die Überwachung des Auftragnehmers durch den Auftraggeber im Rahmen der laufenden Vertragserfüllung weist auch Aspekte auf, die nicht unmittelbar die generelle Eignung und damit die Zuverlässigkeit betreffen, sondern beispielsweise einzelne Entsorgungsvorgänge.²⁷⁸ Dagegen liegt der Schwerpunkt der Sorgfaltspflichten im Rahmen der Auswahl des Dritten eindeutig bei dessen Zuverlässigkeit. Im Rahmen der Auswahl kann sich die Pflichtenstellung des Auftraggebers nämlich nur auf die generelle Eignung des Dritten beziehen.

Da der Auftraggeber für die Zuverlässigkeit des Dritten nach den dargelegten Grundsätzen der Rechtsprechung einzustehen hat, erstreckt sich diese Sorgfaltspflicht jedenfalls auf die Auswahl des Dritten.²⁷⁹ Der BGH hat zur „objektiv zu erbringenden Sorgfaltspflicht“ des Auftraggebers in der sog. Entscheidung „Falisan II“ ausgeführt:

„Seine Sorgfaltspflicht bezieht sich insbesondere auf die Auswahl des mit der Abfallbeseitigung zu beauftragenden Unternehmens, das – was die vorschriftsmäßige Erledigung der ihm übertragenen Aufgabe anbetrifft – bestimmten Zuverlässigkeitskriterien entsprechen muss.“

Weiterhin führt der BGH aus, welche Kriterien der Auftraggeber bei der Auswahl des Abfallbeseitigers im Hinblick auf eine mögliche strafrechtliche Verantwortlichkeit zu beachten hat. Danach

²⁷⁸ Dazu näher s. o., b).

²⁷⁹ Vgl. Fluck, § 16 KrW-/AbfG, Rn. 73.

genügt er der notwendigen Sorgfaltspflicht bei der Auswahl des Dritten nicht schon dadurch, dass der Dritte

„überhaupt Abfallbeseitigung gewerblich betreibt, also „zur Branche gehört“ und ... ordnungsgemäße Erledigung zusagt. Ihn trifft vielmehr eine darüber hinausgehende Erkundungspflicht: Er hat sich davon zu überzeugen, ob das in Aussicht genommene Unternehmen zu der angebotenen Abfallentsorgung tatsächlich im Stande und rechtlich befugt ist Nach alledem durfte Fahrlässigkeit nicht schon – wie geschehen – deshalb verneint werden, weil die Firma ... dem „Bund Deutscher Entsorger“ als Mitglied angehörte, von einem chemischen Sachverständigen empfohlen war und keine Anhaltspunkte dafür vorlagen, dass sie das Falisan nicht ordnungsgemäß entsorgen werde ... Es oblag dem Angeklagten, sich positiv Gewissheit darüber zu verschaffen, ob diese Firma Gewähr für eine ordnungsgemäße Entsorgung des Falisans zu bieten vermochte.“²⁸⁰

In demselben Sinne äußerte sich der bereits zitierte Zivilsenat zu § 823 BGB:

„vor allem wird er von seiner Verantwortung nicht entlastet, wenn er ein Unternehmen heranzieht, das keine Gewähr für die erforderlichen Sicherheitsvorkehrungen bietet;“

und zusammenfassend:

„Je enger die Grenzen seiner Einflussnahme durch die Selbständigkeit des beauftragten Unternehmens gezogen sind, umso ernster muss die Pflicht zu sorgfältiger Auswahl des Unternehmens genommen werden.“

Insgesamt lässt sich nach den skizzierten Entscheidungen feststellen, dass die Anforderungen an die Sorgfaltspflicht bei der Auswahl um so größer sind, je höher das Gefahrenpotential ist, das von den Abfällen ausgeht, je schwieriger die technischen Anforderungen an die Entsorgung zu bewältigen sind und je umfangreicher die Aufgabenstellung ist, die dem Drittbeauftragten über-

²⁸⁰ BGHSt 40, S. 84 (87 f.) = NJW 1994, S. 1744 (1748).

tragen werden soll.²⁸¹ Demnach wird bei besonders überwachungsbedürftigen Abfällen mit spezifischer Gefährlichkeit eine besonders gründliche Überprüfung erfolgen müssen. Gleiches gilt, wenn Indizien für die Unzuverlässigkeit erkennbar sind. So kann sich etwa aus dem Preis für die angebotene Entsorgung ergeben, dass der Dritte nicht seriös arbeiten kann, weil er die Marktpreise erheblich unterbietet.²⁸²

Sorgfaltsmaßstäbe für die Zuverlässigkeitsprüfung im Rahmen der Auswahl sind demnach:

- Gefährlichkeit der Abfälle
- technische Anforderungen an die Entsorgung
- Umfang der Aufgabenstellung des Drittbeauftragten
- Zuverlässigkeitsnachweise bzw. Indizien für Unzuverlässigkeit
- Erfahrungen des Auftragnehmers im Abfallgeschäft

b) Aufsichtspflichten bezogen auf die dauerhafte Zuverlässigkeit des Dritten

Abzugrenzen von den Auswahlpflichten des Auftraggebers bei der Beauftragung des Dritten i.S.v. § 16 Abs. 1 Satz 3 KrW-/AbfG sind die Aufsichts- und Einwirkungspflichten während der Erfüllung des Vertrages. Den oben unter 2. dargestellten Sorgfaltspflichten ist insgesamt zu entnehmen, dass der Auftraggeber sich nicht damit begnügen kann, die Zuverlässigkeit des Dritten lediglich bei dessen Auswahl zu prüfen. Vielmehr muss er den Dritten während der Auftragsdurchführung insoweit beaufsichtigen, dass die dauerhafte Zuverlässigkeit des Dritten gewährleistet erscheint. Auch solche auf die Zuverlässigkeit bezogenen Überwachungspflichten beruhen auf § 16 Abs. 1 Satz 3 KrW-/AbfG und auf den zivil- und strafrechtlichen Haftungstatbeständen.²⁸³ Ergeben sich im Zuge der Überwachung Anhaltspunkte dafür, die nachträglich die Zuverlässigkeit des Dritten in Frage stellen, ist der Auftraggeber gehalten, sich von dem Dritten zu lösen oder auf andere geeignete Weise

²⁸¹ Schink, in: Brandt/Ruchay/Weidemann, § 16 KrW-/AbfG, Rn. 27.

²⁸² Schink, in: Brandt/Ruchay/Weidemann, § 16 KrW-/AbfG, Rn. 28; Versteyl, in: Kunig/Paetow/Versteyl, § 16 KrW-/AbfG, Rn. 23.

²⁸³ Dazu s. o., 2.

sicherzustellen, dass eine ordnungsgemäße Entsorgung erfolgt. Hätte der Auftraggeber bei ordnungsgemäßer Überwachung Zuverlässigkeitsmängel des Auftragnehmers erkennen können, kommt gleichfalls eine zivil- und strafrechtliche Haftung in Betracht.

Damit die öffentlich-rechtlichen und privaten Entsorgungsträger diese auf die dauerhafte Gewährleistung der Zuverlässigkeit bezogene Überwachung wahrnehmen können, müssen sie bereits in dem Vertrag („Auftrag“) mit dem Dritten Aufsichts- und Interventionsrechte vorsehen.²⁸⁴ Je nach Umfang und Komplexität der zugewiesenen Aufgaben sowie den vom Beauftragten erbrachten Zuverlässigkeitsnachweisen wird der Auftraggeber von seinen Kontrollmöglichkeiten Gebrauch machen müssen.

Der öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger muss insbesondere auch gewährleisten, dass die Entsorgung langfristig gesichert ist.²⁸⁵ Dementsprechend muss er sich bei einer langfristigen Bindung an beauftragte Dritte einen ständigen Überblick über deren wirtschaftliche Situation verschaffen, sich ggf. vertraglich Übernahmemöglichkeiten von Entsorgungseinrichtungen einräumen lassen sowie Vorgaben für die Rückstellungsbildung zum Zwecke der Nachsorge vereinbaren.

Geringere Anforderungen an die vertragliche Einräumung von Kontroll- und Überwachungsrechten im Entsorgungsvertrag sind u.U. bei der Drittbeauftragung von Entsorgungsunternehmen, an denen der Entsorgungspflichtige beteiligt ist sowie bei Eigengesellschaften des Entsorgungspflichtigen möglich. Da der (öffentlich-rechtliche) Entsorgungsträger bei der Eigengesellschaft 100% der Geschäftsanteile hält, kann er im vollen Umfang auf die Tätigkeit der Eigengesellschaft Einfluss nehmen.²⁸⁶ In abgeschwächter Form gilt dies auch für beauftragte gemischtwirtschaftliche Kapi-

²⁸⁴ Vgl. *Fluck*, § 16 KrW-/AbfG, Rn. 24 und 81.

²⁸⁵ Vgl. etwa für Abfallerzeuger § 19 Abs. 1 Satz 3 Nr. 4 KrW-/AbfG: „Darlegung der vorgesehenen Entsorgungswege für die nächsten fünf Jahre“; § 5 a Abs. 2 Satz 2 Nr. 4 Landesabfallgesetz Nordrhein-Westfalen: Nachweis 10jähriger Entsorgungssicherheit.

²⁸⁶ Vgl. *Jänicke/von Bechtolsheim*, Überprüfung von Dienstleistungs-, Betreiber- und Gesellschaftsverträgen, Gutachten im Auftrag des Ministeriums für Umwelt, Naturschutz und Raumordnung des Landes Brandenburg, S. 91 f.

talgesellschaften.²⁸⁷ Denn aus dem Kommunalrecht der Länder ergibt sich in der Regel, dass die Gemeinden sich einen angemessenen Einfluss im Überwachungsorgan des Unternehmens vorbehalten müssen.²⁸⁸

4. Instrumente der Verantwortungswahrnehmung

Fraglich ist, mit welchen Mitteln der Auftraggeber angesichts der dargelegten Sorgfaltspflicht gewährleistet, dass der Beauftragte Dritte die erforderliche Zuverlässigkeit hat und damit sein Haftungsrisiko minimiert.

a) Nachweise bei der Auswahl des Dritten, insbesondere bei Entsorgungsfachbetrieben

Im Hinblick auf die dargelegte Verantwortlichkeit des Auftraggebers für die Zuverlässigkeit des Dritten sind bei der Auswahl des Entsorgers zur Prüfung der persönlichen und sachlichen Zuverlässigkeit folgende Nachweise aussagekräftig:

- Polizeiliches Führungszeugnis
- Zertifizierung als Entsorgungsfachbetrieb gemäß §§ 12 ff. Entsorgungsfachbetriebeverordnung (EfbV)
- Transportgenehmigung gemäß § 1 Abs. 1 Satz 3 Transportgenehmigungsverordnung (TgV)
- Behördliche Genehmigung für die zu betreibende Anlage
- Ausbildungsnachweise und Referenzen anderer Auftraggeber
- Dauer der Tätigkeit in der Abfallbranche
- Wirtschaftsauskunft

Je mehr Nachweise dieser Art der Auftraggeber von dem Bewerber erhält, umso mehr kann er sicher gehen, seiner Sorgfaltspflicht im Rahmen des Auswahlverfahrens genüge getan und dadurch eine Haftung ausgeschlossen zu haben.

Nach den §§ 12 ff. EfbV zertifizierte Entsorgungsfachbetriebe oder Mitglieder von Entsorgungsgemeinschaften gemäß § 2 der Richtlinie

²⁸⁷ Als „gemischtwirtschaftlich“ wird ein Unternehmen bezeichnet, wenn es in der Form des privaten Gesellschaftsrechts (in der Regel AG oder GmbH) geführt wird und an der Gesellschaft sowohl privates Kapital als auch solches der öffentlichen Hand beteiligt ist.

²⁸⁸ Vgl. *Jänicke/von Bechtolsheim*, Überprüfung von Dienstleistungs-, Betreiber- und Gesellschaftsverträgen, Gutachten im Auftrag des Ministeriums für Umwelt, Naturschutz und Raumordnung des Landes Brandenburg, S. 93 f.

für die Tätigkeit und Anerkennung von Entsorgungsgemeinschaften (Entsorgungsgemeinschaftsrichtlinie = EgRL)²⁸⁹ bieten in der Regel Gewähr für ihre persönliche Zuverlässigkeit und fachliche Kompetenz. Die Anforderungen an die Zuverlässigkeit des Betriebsinhabers und der für die Leitung und Beaufsichtigung des Betriebes verantwortlichen Personen sind in den §§ 8 und 9 EfbV detailliert ausgestaltet und werden flankiert durch Anforderungen an die sonstigen Mitarbeiter und die Fortbildung in den §§ 10, 11 EfbV. Gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 1 EfbV wird durch die technische Überwachungsorganisation die persönliche Zuverlässigkeit überwacht. Ergänzt werden diese Anforderungen an die Betriebsangehörigen durch Vorgaben zu Betriebsorganisation und –ablauf (§ 3 ff. EfbV). Etwaige betriebliche Änderungen sind – soweit erheblich – gemäß § 13 Abs. 2 Nr. 3 EfbV der technischen Überwachungsorganisation unverzüglich anzuzeigen. Ferner ist das Überwachungszertifikat gemäß § 14 Abs. 2 EfbV auf einen Zeitraum von längstens 18 Monaten befristet und kann ggf. gemäß § 14 Abs. 4 EfbV widerrufen werden. Weiter dürfen Entsorgungsfachbetriebe gemäß § 7 Abs. 3 EfbV wiederum nur Entsorgungsfachbetriebe als Subunternehmer in größerem Umfang einschalten und müssen in jedem Falle durch sorgfältige Auswahl und begleitende Kontrolle eine fach- und sachgerechte Ausführung der Fähigkeiten sicherstellen.²⁹⁰

Die Einhaltung der vorstehenden Anforderungen an Entsorgungsfachbetriebe werden durch anerkannte Entsorgungsgemeinschaften oder technische Überwachungsorganisationen, mit den der Entsorgungsfachbetrieb einen Überwachungsvertrag abgeschlossen hat, überwacht (§ 52 KrW-/AbfG).

Aufgrund dieses dicht geknüpften Überwachungsnetzes haben die Auftraggeber, die Entsorgungsfachbetriebe als Drittbeauftragte einschalten, in der Regel ihren Sorgfaltsanforderungen bei der Auswahl des Unternehmens genügt. Seiner Sorgfaltspflicht wird der Auftraggeber bei der Beauftragung eines Entsorgungsfachbetriebes lediglich dann nicht gerecht, wenn er aufgrund konkreter

²⁸⁹ Vom 09.09.1996, BAnz. Nr. 178, S. 10909; abgedruckt bei Brandt/Ruchay/Weidemann, KrW-/AbfG, A 205.

²⁹⁰ Schink in: Brandt/Ruchay/Weidemann, § 16 KrW-/AbfG, Rn. 30.

Anhaltspunkte Anlass zu Zweifeln an der Zuverlässigkeit des Entsorgungsfachbetriebes haben musste, etwa bei offensichtlichen Mängeln der Überwachung.

Ob der Auftraggeber bei seiner Auswahl auf anerkannte Entsorgungsfachbetriebe beschränkt ist, hängt davon ab, inwieweit der Bewerber seine Zuverlässigkeit anderweitig nachweisen kann. Ist der potentielle Auftragnehmer etwa bereits seit längerem im Abfallgeschäft ohne Beanstandungen tätig, kann auf eine nähere Prüfung im Einzelfall auch verzichtet werden.²⁹¹ Darüber hinaus ist der Umfang der zu fordernden Nachweise von der Art der Auftragsvergabe also Umfang, Komplexität und Gefährlichkeit der übertragenen Aufgaben abhängig.²⁹²

b) Vertragsgestaltung

Wie bereits erwähnt, erstreckt sich die Sorgfaltspflicht des Auftraggebers für die Zuverlässigkeit des Dritten nicht nur auf die Auswahl, sondern auch auf die Durchführung der Abfallentsorgung. Damit er auch diese Pflicht erfüllen und etwaige Haftungen ausschließen kann, muss er sich, sofern er nicht über Kontrollmöglichkeiten als Betriebsinhaber verfügt, entsprechende Überwachungsrechte im Entsorgungsvertrag einräumen lassen. Inhalt und Umfang der Kontroll- und Überwachungsrechte sind vom Gegenstand des Vertrages, insbesondere wieder von Umfang und Komplexität der Beauftragung, abhängig.²⁹³

Anregungen für ein effektives Überwachungsinstrumentarium lassen sich dabei den §§ 40 ff. KrW-/AbfG entnehmen. Unter anderem bieten sich folgende Kontroll- und Überwachungsrechte zur Festlegung im Entsorgungsvertrag an:

- Auskunftspflichten

²⁹¹ Schink in: Brandt/Ruchay/Weidemann, § 16 KrW-/AbfG, Rn. 29, Versteyl in: Kunig/Paetow/Versteyl, § 16 KrW-/AbfG, Rn. 18.

²⁹² Vgl. dazu Ausführungen unter IV.3.

²⁹³ Vgl. Jänicke/von Bechtolsheim, Überprüfung von Dienstleistungs-, Betreiber- und Gesellschaftsverträgen, Gutachten im Auftrag des Ministeriums für Umwelt, Naturschutz und Raumordnung des Landes Brandenburg, S. 59 ff.

- Betretungsrecht für Anlagen und Gebäude des Auftragnehmers
- Verpflichtung zur Vorlage betrieblicher Unterlagen
- Prüfungspflichten auf eigene Kosten
- Ermächtigungen zur Erteilung von Weisungen an den Auftragnehmer

c) Beaufsichtigung während der Leistungserbringung

Inwieweit der Auftraggeber von den vertraglich eingeräumten oder sonstigen Kontroll- und Überwachungsrechten bei der Leistungserbringung durch den Dritten Gebrauch machen muss, ist wiederum vom Umfang der Auftragserteilung im Einzelfall abhängig. So wird man etwa bei Abfällen mit spezifischer Gefährlichkeit über die Auswahl eines Entsorgungsfachbetriebes hinaus weitergehende Zuverlässigkeitskontrollen fordern müssen, um eine Haftung auszuschließen. Im Rahmen dieser Überwachung dürfte es sinnvoll sein, die Betriebe vor Ort aufzusuchen, um Näheres über das Fortbestehen der Zuverlässigkeit des Betriebes in Erfahrung zu bringen.²⁹⁴ Ist die beauftragte Entsorgungstätigkeit mit erheblichem Gefährdungspotential verbunden, wird der Auftraggeber nicht allein auf die Überwachung nach den Zertifizierungsverfahren für Entsorgungsfachbetriebe (vgl. insbesondere § 14 EfbV sowie oben, b)) vertrauen dürfen, sondern muss sich selbst der fortbestehenden Zuverlässigkeit vergewissern. Im Gegensatz dazu wird er bei einer Beauftragung von nur geringem Umfang und Gefährlichkeit in der Regel auf die routinemäßige Überwachung des zertifizierten Betriebes nach der Entsorgungsfachbetriebeverordnung vertrauen dürfen und sich nur bei entsprechenden Anhaltspunkten im Rahmen seiner vertraglich festgelegten Kontrollbefugnisse selbst einschalten müssen.

d) Überwachung nach den §§ 40 ff. KrW-/AbfG

Die §§ 40 ff KrW-/AbfG stellen ein umfangreiches Instrumentarium zur Überwachung der Abfallentsorgung bereit. Dieser Überwachung unterliegen auch beauftragte Dritte, deren sich die Entsorgungsträger zur Erfüllung ihrer Pflichten bedienen.²⁹⁵ Dies legt die

²⁹⁴ Cosson, in: Brandt/Ruchay/Weidemann, § 52 KrW-/AbfG, Rn. 189; Schink, a.a.O., § 16 KrW-/AbfG, Rn 30.

²⁹⁵ Fluck, § 40 KrW-/AbfG, Rn. 45.

Frage nahe, ob den dargelegten Sorgfaltspflichten der Auftraggeber nicht bereits durch die dortige Überwachung genüge getan wird, jedenfalls soweit das dortige Nachweisverfahren gemäß der §§ 43, 46 KrW-/AbfG obligatorisch ist. Methodisch ließe sich das dadurch begründen, dass man entweder die Überwachungsregelungen der §§ 40 ff. KrW-/AbfG von vornherein als ausreichendes Überwachungsinstrument für die weiterbestehende Sorgfaltspflicht der Auftraggeber ansieht oder darin jedenfalls eine Entlastung von Sorgfaltspflichten wegen des Bestehens eines parallelen Überwachungsregimes erblickt. Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass die Überwachungsvorschriften für die Beurteilung von Umfang und Gewährleistung der Sorgfaltspflichten des Verantwortlichen überhaupt herangezogen werden können.

Im Bereich der öffentlichen Abfallentsorgung ließe sich dafür ein organisatorisches Argument heranziehen, da es sich nach den landesrechtlichen Regelungen bei den zuständigen Überwachungsbehörden nach §§ 40 Abs. 1, 63 KrW-/AbfG und beim öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger meist um denselben Verwaltungsträger handelt – in der Regel den Landkreis.²⁹⁶ Insofern wäre daran zu denken, dass der Landkreis als Entsorgungsträger i.S.d. § 15 KrW-/AbfG bei einer Beauftragung gemäß § 16 Abs. 1 Satz 1 KrW-/AbfG seine im Rahmen des § 16 Abs. 1 Satz 3 KrW-/AbfG bestehende Sorgfaltspflicht im Wege der nach den §§ 40 ff. KrW-/AbfG ohnehin erforderlichen Überwachung gleich „mit erledigen“ könnte.

Eine derartige Interpretation lässt sich jedoch nicht mit der Gesetzsystematik, der Entstehungsgeschichte und dem Sinn und Zweck der Vorschriften vereinbaren. Dabei kann für die Beurteilung der Frage dahinstehen, ob Gegenstand der Überwachung nach § 40 KrW-/AbfG nur Pflichten sind, die aus dem KrW-/AbfG und den darauf gestützten Rechtsvorschriften folgen,²⁹⁷ oder die sich auf die Einhaltung aller für die Entsorgung von Abfall relevan-

²⁹⁶ Übersicht über die in den einzelnen Ländern zuständigen Behörden bei Hoesel/v. Lersner/Wendenburg, § 40 KrW-/AbfG, Rn 18.

²⁹⁷ Fluck, § 40 KrW-/AbfG, Rn. 27.

ten Vorschriften des öffentlichen Rechts einschließlich des Strafrechts beziehen.²⁹⁸

Gegen eine Absenkung der Sorgfaltsanforderungen an den Auftraggeber mit Rücksicht auf die Überwachungsvorschriften spricht zunächst, dass die „zuständige Landesabfallbehörde“ bei der Beauftragung gemäß § 16 Abs. 1 Satz 1 KrW-/AbfG anders als bei der Übertragung gemäß § 16 Abs. 2 KrW-/AbfG nicht in den Entscheidungsprozess über die Zuverlässigkeit des Dritten eingebunden ist.

Insbesondere das Entsorgungsnachweisverfahren nach den §§ 41 ff. KrW-/AbfG kann nicht zur Entlastung des Auftraggebers von seinen Sorgfaltspflichten führen. Das Entsorgungsnachweisverfahren dient in erster Linie dazu, je nach der Gefährlichkeit der Abfälle einzelne Entsorgungsvorgänge zu kontrollieren, nicht hingegen der Entlastung beauftragender Abfallverantwortlicher von ihren gesetzlichen Pflichten. Die Sorgfaltspflicht des Auftraggebers ist Ausfluss seiner öffentlich-rechtlichen Primärverantwortlichkeit für die Abfallentsorgung.²⁹⁹ Daraus ergeben sich Sorgfaltsmaßstäbe allgemeiner öffentlich-rechtlicher, zivilrechtlicher und u.U. sogar strafrechtlicher Natur (vgl. oben 2.). Die Überwachungsbefugnisse nach den §§ 40 ff. KrW-/AbfG dagegen sind obligatorische Überwachungsmaßstäbe zur Sicherstellung der Grundsätze des KrW-/AbfG und beziehen sich nicht auf die Überprüfung außerhalb des Abfallwirtschaftsrechts liegender Verantwortlichkeiten.

Die Schutzrichtung der Sorgfaltspflichten der Auftraggeber im Sinne von § 16 Abs. 1 S. 1 KrW-/AbfG und der Überwachungsregelung nach den §§ 41 ff. KrW-/AbfG ist auch insofern eine andere, als die Verantwortlichkeit im Rahmen der Beauftragung nach § 16 Abs. 1 KrW-/AbfG auf die Zuverlässigkeit des Betreibers abstellt und damit eine präventive persönliche Komponente beinhaltet, während die Überwachungsregelungen in erster Linie sachbezogen (überwachungsbedürftige, besonders überwachungsbedürfti-

²⁹⁸ Paetow, in: Kunig/Paetow/Versteyl, § 40 KrW-/AbfG, Rn. 11; Hoesel/v. Lersner/Wendenburg, § 40 KrW-/AbfG, Rn. 17; vgl. zum Streitstand 4. Themenkomplex des Gutachtens B.I.2.

²⁹⁹ Soweit er sich dieser entledigen will, steht ihm im übrigen nunmehr die Übertragung nach § 16 Abs. 2 KrW-/AbfG offen.

ge Abfälle) sind. Während das Entsorgungsnachweisverfahren einzelne Entsorgungsvorgänge zum Gegenstand hat, betrifft die Zuverlässigkeitsprüfung die generelle persönliche und fachliche Eignung. Die Zuverlässigkeitsprüfung bleibt originäre Aufgabe des Auftraggebers, von der er durch das Entsorgungsnachweisverfahren nicht entlastet wird. Er kann allerdings auf Grund von Erkenntnissen aus dem Entsorgungsnachweisverfahren gehalten sein, Schlussfolgerungen im Hinblick auf den Fortbestand der Zuverlässigkeit zu ziehen.

5. Zusammenfassung

Das Zuverlässigkeitserfordernis i.S.d. § 16 Abs. 1 Satz 3 KrW-/AbfG regelt nicht nur die Voraussetzungen, die ein beauftragter „Dritter“ zu erfüllen hat. Aus der Norm ergibt sich darüber hinaus eine Verpflichtung des Auftraggebers zu prüfen, ob die Voraussetzungen auch tatsächlich vorliegen. Den Auftraggeber – einen privaten Entsorgungsträger wie einen öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger – treffen bei der Auswahl wie bei der Überwachung des Dritten Sorgfaltspflichten im Hinblick auf die Überprüfung der Zuverlässigkeit.

Im Rahmen der Zuverlässigkeitsüberprüfung spielen folgende Merkmale eine Rolle:

- **Persönliche Zuverlässigkeitsmerkmale**
In persönlicher Hinsicht spielen Verstöße gegen strafbewehrte Vorschriften (vgl. § 8 Abs. 2 EfbV) und die finanziellen Verhältnisse des Dritten eine Rolle.
- **Sachliche Zuverlässigkeitsmerkmale**
Die zu überprüfende sachliche bzw. fachliche Zuverlässigkeit ist abhängig von Umfang, Komplexität und Gefährlichkeit der übertragenen Aufgaben. Für einen „normalen“ Abfallentsorgungsauftrag von einigem Gewicht werden die in den §§ 9, 11 EfbV genannten Kriterien entsprechend herangezogen werden können. Auch längere Erfahrungen im Abfallbereich sprechen für die Zuverlässigkeit des Beauftragten.

Je nach Entsorgungsaufgabe sind folgende Nachweise dienlich:

- Polizeiliches Führungszeugnis
- Zertifizierung als Entsorgungsfachbetrieb gemäß §§ 12 ff. EfbV
- Transportgenehmigung gemäß § 1 Abs. 1 Satz 3 TgV
- Behördliche Genehmigung für die zu betreibende Anlage
- Ausbildungsnachweise und Referenzen
- Dauer der Tätigkeit in der Abfallbranche
- Wirtschaftsauskunft
- Auskunft von Behörden, Organisationen und Unternehmensverbänden (z. B. BDE)

Der Auftraggeber muss sich allerdings nicht nur der Zuverlässigkeit bei der Auswahl des Dritten vergewissern. Vielmehr erstreckt sich seine Prüfungspflicht auf eine dauerhafte Gewährleistung der Zuverlässigkeit während aller Phasen der Auftragserfüllung.

Insbesondere bei komplexen gefährlichen Aufgabenübertragungen muss seitens des Auftraggebers eine Beaufsichtigung des Dritten während der Leistungserbringung erfolgen, um sich über das Fortbestehen der Zuverlässigkeit zu vergewissern. Dazu ist es erforderlich, dass sich der Auftraggeber im Entsorgungsvertrag entsprechende Kontroll- und Überwachungsrechte einräumen lässt.

Teil 2: EINZELFRAGEN DER AUSNAHMEN VOM ANWENDUNGSBEREICH DES KREISLAUFWIRTSCHAFTS- UND ABFALLGESETZES UND DER ALLGEMEINEN ÜBERWACHUNG

E. Einzelfragen der Ausnahmen vom Anwendungsbereich des Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetzes

I. Methodische Vorüberlegungen

Gegenstand des Gutachtens sind Einzelfragen zu folgenden Sachkomplexen, die in bestimmtem Umfang vom Anwendungsbereich des KrW-/AbfG ausgenommen sind:

- Tierkörperbeseitigung (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 KrW-/AbfG)
- Bergbauspezifische Abfälle (§ 2 Abs. 2 Nr. 4 KrW-/AbfG)
- Abwasser (§ 2 Abs. 2 Nr. 6 KrW-/AbfG)
- Kampfmittel (§ 2 Abs. 2 Nr. 7 KrW-/AbfG)

Gutachterlich zu bearbeiten sind – entsprechend der Leistungsbeschreibung des Forschungs- und Entwicklungsvorhabens – jeweils spezifische Auslegungsfragen, die in der Verwaltungspraxis im Zusammenhang mit den vier genannten Ausnahmetatbeständen aufgeworfen und bislang nicht zufriedenstellend gelöst worden sind.

Die Definition der zu begutachtenden Auslegungsfragen erfolgt jeweils im Zusammenhang mit der Behandlung der betreffenden Ausnahmegesetzvorschrift. Dabei darf die Bearbeitung nicht zu rasch auf die jeweilige Auslegungsfrage fokussiert werden. Deren Behandlung ist vielmehr einzubetten in eine systematische Darstellung von Reichweite, Inhalt und Funktion des jeweiligen Ausnahmetatbestandes. Nur auf diese Weise kann ein fundierter und methodisch nachvollziehbarer Lösungsvorschlag erarbeitet werden.

Erhebliche Bedeutung für die Auslegung kommt dem gesetzgeberischen Zweck zu, der mit den einzelnen Ausnahmetatbeständen verfolgt wird. Der Regelungszweck des § 2 Abs. 2 KrW-/AbfG wird allgemein darin liegen, dass die ausgenommenen Sachbereiche durch Sondergesetze geregelt oder dort regelbar sind.³⁰⁰

³⁰⁰

So die Begründung des Regierungsentwurfs zu § 2 Abs. 2 KrW-/AbfG, BT-Drs. 12/5672 vom 15.09.1993. Näher dazu siehe sogleich unter 2.

Mit dieser – zunächst sehr allgemeinen - Zweckbestimmung gewinnt das **systematische Verhältnis** zu den einschlägigen sondergesetzlichen Vorschriften besondere Bedeutung für die Auslegung der Ausnahmetatbestände. Um zu einer sachgerechten Abgrenzung zu kommen, muss auch der Geltungsbereich der jeweiligen Sondergesetze skizziert und untersucht werden, inwieweit sie abfallrechtlich relevante Regelungen enthalten.

Eine Schwierigkeit bei der Lösung von Auslegungsfragen ist der Umstand, dass zu den Ausnahmetatbeständen des Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetzes wie des Vorläufers im Abfallgesetz³⁰¹ bisher kaum Rechtsprechung verfügbar ist. Vor diesem Hintergrund kommt der methodengerechten Entwicklung von Lösungen besondere Bedeutung zu.

Bevor auf die einzelnen Ausnahmetatbestände eingegangen wird, empfiehlt es sich, auf die Regelungstechnik und die Grundzüge des Regelungszwecks des § 2 Abs. 2 KrW-/AbfG insgesamt einzugehen. Es ist zu erwarten, dass sich aus diesen Überlegungen wertvolle Hinweise für die Auslegung gewinnen lassen.

1. **Regelungstechnik des § 2 Abs. 2 KrW-/AbfG**

Der Geltungsbereich des Gesetzes ist **positiv** in § 2 Abs. 1 KrW-/AbfG unter Rückgriff auf die Begriffe „Vermeidung“, „Verwertung“ und „Beseitigung“ von Abfällen umschrieben. Danach wird der grundsätzliche Anwendungsbereich des Gesetzes zum einen durch den **Abfallbegriff** bestimmt, der in § 3 Abs. 1 bis 4 KrW-/AbfG näher definiert wird. Zum anderen knüpft das Gesetz – neben der Vermeidung von Abfällen – begrifflich an die im Gesetz näher geregelten **Formen der Abfallentsorgung** an (vgl. § 3 Abs. 7, § 4 Abs. 3 und 4, § 10 Abs. 2 KrW-/AbfG).

Die einleitende Formulierung des § 2 **Abs. 2** KrW-/AbfG

„Die Vorschriften dieses Gesetzes gelten nicht für ...“

besagt, dass auf die im Anschluss daran beschriebenen Sachkomplexe das KrW-/AbfG keine Anwendung findet.

³⁰¹

Gesetz über die Vermeidung und Entsorgung von Abfällen vom 27.08.1986, BGBl. I, S. 1410.

Korrespondierend mit den begrifflichen Bezugspunkten der positiven Bestimmung des Anwendungsbereiches enthalten die Ausnahmetatbestände zunächst durchweg eine **gegenständliche Komponente**, die überwiegend durch die Bezugnahme auf „Stoffe“, ansonsten durch den Begriff „Abfälle“ (§ 2 Abs. 2 Nr. 4) bzw. „Kampfmittel“ (§ 2 Abs. 2 Nr. 7) gekennzeichnet ist. Die Mehrzahl der Ausnahmetatbestände enthält darüber hinaus eine **handlungsbezogene Komponente**, die sich auf Formen des Umgangs mit diesen Stoffen bezieht. So gelten die Ausnahmetatbestände beispielsweise für die „Beseitigung“ (§ 2 Abs. 2 Nr. 3 KrW-/AbfG) oder für das „Aufsuchen, Gewinnen, Aufbereiten und Weiterverarbeiten“ (§ 2 Abs. 2 Nr. 4 KrW-/AbfG), für das „Einleiten oder Einbringen“ (§ 2 Abs. 2 Nr. 6) oder für das „Aufsuchen, Bergen, Befördern, Lagern, Behandeln und Vernichten“ (§ 2 Abs. 2 Nr. 7 KrW-/AbfG) von Stoffen oder Abfällen.

Gerade diese Ausnahmetatbestände, die durch eine Verknüpfung mit einer handlungsbezogenen Komponente gekennzeichnet sind, werfen besondere Abgrenzungsprobleme auf und sind Gegenstand dieses Gutachtens.

2. Grundzüge der Regelungszwecke der Ausnahmetatbestände

Im Allgemeinen wird man die Funktion einer auf den Geltungsbereich eines Gesetzes bezogenen Ausnahmebestimmung darin zu sehen haben, einen anderenfalls dem Geltungsbereich unterfallenen Sachbereich dem Regime des Gesetzes zu entziehen. Überwiegend beschreibt der Ausnahmekatalog in § 2 Abs. 2 KrW-/AbfG Sachbereiche, die ohne diese Regelung dem Abfallrecht unterlägen.

Bei genauerer Lektüre des § 2 Abs. 2 – wie des Vorläufers in § 1 Abs. 3 des Abfallgesetz³⁰² – wird allerdings deutlich, dass ein Teil der „Ausnahmen“ lediglich klarstellender Natur ist, insofern es sich um Sachverhalte handelt, die ohnehin nicht dem in § 2 Abs. 1 KrW-/AbfG positiv umschriebenen Geltungsbereich des Gesetzes unterlägen. Dies gilt etwa für § 2 Abs. 2 Ziff. 5, wonach gasförmige Stoffe, die nicht in Behälter gefasst sind, vom Anwendungsbereich ausgenommen sind. Solche

³⁰² Gesetz über die Vermeidung und Entsorgung von Abfällen vom 27.08.1986, BGBl. I, S. 1410.

Stoffe sind keine beweglichen Sachen und mithin keine Abfälle im Sinne des § 3 Abs. 1 KrW-/AbfG. Eine ähnlich klarstellende Funktion wird teilweise auch § 2 Abs. 2 Nr. 7 KrW-/AbfG mit der Begründung zugeschrieben, auf die genannten Formen des Umgangs mit Kampfmitteln sei das Abfallrecht ohnehin nicht anwendbar.³⁰³

Das Motiv für die Ausnahmen vom Geltungsbereich wird im Allgemeinen darin gesehen, dass der Umgang mit bestimmten Stoffen im Hinblick auf ihre Auswirkungen auf die Umwelt in anderen Gesetzen hinreichend geregelt sei.³⁰⁴ Solche Regelwerke sollen im folgenden „Fachgesetze“ genannt werden. Die genannte Erwägung lag bereits der Vorläuferregelung in § 1 Abs. 3 des Abfallgesetzes zu Grunde³⁰⁵ und ist vom Gesetzgeber des KrW-/AbfG übernommen worden.³⁰⁶ Erhärtet wird dieses Grundverständnis durch den Umstand, dass die Ausnahmetatbestände teilweise ausdrücklich auf fachgesetzliche Vorschriften verweisen, denen der jeweilige Sachbereich unterliegt – dies gilt für die Nrn. 1, 2 und 3 des § 2 Abs. 2 KrW-/AbfG. Die Ausnahmetatbestände der Nrn. 4, 6 und 7 enthalten zwar keine ausdrückliche Bezugnahme auf gesetzliche Vorschriften. Bei den verwendeten Merkmalen handelt es sich jedoch zumindest teilweise um Verweisungsbegriffe, die Bestandteil spezialgesetzlicher Regelungen sind. Dies gilt insbesondere für die in Nr. 4 verwendete Terminologie des Bergrechts – „Aufsuchen, Gewinnen, Aufbereiten und Weiterverarbeiten von Bodenschätzen in den der Bergaufsicht unterstehenden Betrieben“; für die wasserrechtlich geprägten Begriffe der Nr. 6 – „Gewässer, Abwasseranlagen, Einleiten, Einbringen“ und schließlich für den Kampfmittelbegriff und die in Nr. 7 genannten Formen des Umgangs mit Kampfmitteln.³⁰⁷

Im Ausgangspunkt ist daher festzuhalten, dass die Ausnahmetatbestände des § 2 Abs. 2 KrW-/AbfG nicht darin begründet sind, dass der Gesetzgeber insoweit keinen Regelungsbedarf gesehen hätte.

³⁰³ Näher dazu s.u., V.1. Zur überwiegend klarstellenden Funktion des § 1 Abs. 3 Nr. 6 und Nr. 7 Abfallgesetz im alten Recht – gemeinnützige und gewerbliche Sammlungen von Stoffen mit dem Ziel der Verwertung – siehe *Schwermer*, in: *Kunig/Schwermer/Versteyl*, Abfallgesetz, § 1 Rn. 77.

³⁰⁴ *Kunig* in: *Kunig/Paetow/Versteyl*, § 2, Rn. 11; *Hösel/v. Lersner/Wendenburg*, § 2 KrW-/AbfG, Rn. 6.

³⁰⁵ Vgl. den Regierungsentwurf, BT-Drucksache 6/2401, S. 11.

³⁰⁶ Diese Zielsetzung ist mitbestimmend für die Ausnahme für die Tierkörperbeseitigung, vgl. *Hösel/v. Lersner/Wendenburg*, § 2 KrW-/AbfG, Rn. 6.

³⁰⁷ Näher dazu s.u., III., IV. und V.

Vielmehr geht er davon aus, dass der Regulierungsbedarf durch fachgesetzliche Vorschriften im Wesentlichen befriedigt ist.

Diese Überlegungen zum Zweck der Ausnahmebestimmungen sind allerdings nur insoweit tragfähig, als die auf die einzelnen Ausnahmetatbestände anwendbaren Gesetze wenigstens ähnliche Zielsetzungen und in ihrer Leistungsfähigkeit vergleichbare Regulierungsansätze wie das KrW-/AbfG verfolgen. Dabei kann nicht ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber von einem gleichen Anforderungsniveau ausging. Hierauf wird bei einer differenzierten Betrachtung der Regelungszwecke noch näher einzugehen sein.

Von ähnlichen Zielsetzungen und Regulierungsansätzen ist jedenfalls bei solchen Gesetzen auszugehen, die dem Sonderordnungsrecht zuzurechnen sind und insofern zum Ziel haben, Gefahren für geschützte Rechtsgüter zu verhüten und abzuwehren. Einen solchen ordnungsrechtlichen Ansatz – zunehmend ergänzt um vorsorgeorientierte Anforderungen – verfolgt traditionell auch das Abfallrecht.³⁰⁸ Er kommt insbesondere in den Anforderungen an eine ordnungsgemäße und schadlose Verwertung von Abfällen (§ 5 Abs. 3 KrW-/AbfG) und an eine gemeinwohlverträgliche Abfallbeseitigung (§ 10 KrW-/AbfG) zum Ausdruck. Der darüber hinausgehende Gesetzeszweck der Schonung der natürlichen Ressourcen (§ 1 KrW-/AbfG) ist für die Ausnahmebestimmungen insofern nur von untergeordneter Bedeutung, als diese sich überwiegend auf solche Formen des Umgangs mit Stoffen beziehen, die als „Beseitigung“ von Abfällen einzustufen wären, wenn das KrW-/AbfG Anwendung fände.

Insofern ist im Ansatz nicht zu besorgen, dass die Anwendung anderer Gesetze auf die vom Geltungsbereich des KrW-/AbfG ausgenommenen Sachbereiche mit einer erheblichen Herabsetzung der Regulierungsinintensität oder gar mit einem Regulierungsverzicht verbunden sein könnte.

Eine methodische Schwierigkeit besteht darin, dass hinter dem generellen Zweck der Ausnahmeregelungen, das abfallrechtliche Regime mit

³⁰⁸ Vgl. BVerwGE 92, S. 353 (355).

Rücksicht auf Fachgesetze zurücktreten zu lassen, unterschiedliche Motive stehen können:

- Der Ausnahmezweck kann allgemein darin bestehen, eine **Doppelung von Regelungen** mit der Gefahr von widersprüchlichen Anforderungen und behördlichen Kompetenzkonflikten zu vermeiden³⁰⁹;
- der Ausnahmezweck kann darin bestehen, **das Zerschneiden** historisch gewachsener, **funktionsfähiger Regelwerke der Fachgesetze zu vermeiden**, auch soweit sie materiell abfallrechtliche Regelungen enthalten³¹⁰;
- der Ausnahmezweck kann darin bestehen, dass der jeweilige Bereich einen sehr **speziellen Regulierungsbedarf** aufweist, dem durch fachgesetzliche Anforderungen besser als durch das KrW-/AbfG (einschließlich seines untergesetzlichen Regelungswerks) Rechnung getragen werden kann³¹¹;
- der Ausnahmezweck kann darin bestehen, die durch Fachgesetze eingeräumten oder jedenfalls nicht beschränkten **Handlungsspielräume beim Umgang mit bestimmten Stoffen zu erhalten**.³¹²

Während die beiden ersten Regelungsziele eher rechtstechnischer Art sind, beziehen sich die beiden letztgenannten Regelungsziele auf die sachlichen Anforderungen an den Umgang mit Stoffen. Die vorstehende Ausdifferenzierung der Zweckbestimmungen macht dabei deutlich, dass die Ausnahmetatbestände nicht lediglich unter dem Gesichtspunkt anderweitiger gesetzlicher Vorschriften mit **gleichwertigem** Umweltschutzniveau zu betrachten und auszulegen sind. Während das an drittgenannter Stelle skizzierte Regelungsziel tendenziell auf ein gegenüber dem allgemeinen Abfallrecht erhöhtes oder jedenfalls spezielleres Anforderungsniveau der Fachgesetze abstellt, geht es bei der an vierter Stelle genannten Zielsetzung darum, bestimmte Handlungsräume von den abfallrechtlichen Anforderungen freizuhalten.

³⁰⁹ Diese Zielsetzung ist mitbestimmend für die Ausnahme für die Abwasserbeseitigung (§ 2 Abs. 2 Nr. 6 KrW-/AbfG), näher s. u., IV.2.a. und 3. d.

³¹⁰ Diese Zielsetzung ist mitbestimmend für die Ausnahme für die Tierkörperbeseitigung, näher s. u., II. 2. und 4.

³¹¹ Diese Zielsetzung ist vor allem für die Ausnahme für den Umgang mit Kampfmitteln (Nr. 7) mitbestimmend. näher s.u., V.1.

³¹² Diese Zielsetzung ist mitbestimmend für das „Bergbauprivileg“ des § 2 Abs. 2 Nr. 4, näher s. u., III. 1.

Wie der erste Überblick über die in Betracht kommenden Regelungszwecke der Ausnahmetatbestände zeigt, können deren spezifischen Funktionen durchaus unterschiedlich sein. Dies gilt insbesondere für die gutachterlich zu behandelnden Ausnahmen vom Anwendungsbereich des KrW-/AbfG. Je nach Ausnahmetatbestand ist daher eine jeweils zweckentsprechende Auslegung – im Rahmen des Wortlautes – zu ermitteln.

3. Verhältnis zu den Fachgesetzen

Inwieweit dem Gesetzgeber mit den Ausnahmetatbeständen in § 2 Abs. 2 KrW-/AbfG eine zweckmäßige Koordination des Anwendungsbereichs des Abfallrechts mit den „Fachgesetzen“ gelungen ist, hängt im Wesentlichen von zweierlei ab:

- Soweit das Abfallrecht in dem von § 2 Abs. 1 KrW-/AbfG gezogenen Rahmen unanwendbar ist, kann sich das Problem stellen, dass die Fachgesetze teilweise hinter den Standards des KrW-/AbfG zurückbleiben;
- soweit das Abfallrecht im Geltungsbereich eines Fachgesetzes gleichfalls anwendbar bleibt, können Probleme bei der Überlagerung der Regelungen entstehen.

Dem erstgenannten Sachproblem ließe sich durch eine enge, dem zweiten durch eine weite Fassung oder Auslegung der Ausnahmetatbestände begegnen.

Die Möglichkeiten der Auslegung der Ausnahmetatbestände sind allerdings durch den Wortlaut begrenzt. In der rechtswissenschaftlichen Literatur werden im Zusammenhang mit den Ausnahmetatbeständen des § 2 Abs. 2 KrW-/AbfG für beide Problemfelder Argumentationsfiguren entwickelt, die bei mehreren Ausnahmetatbeständen herangezogen und deshalb hier vorab in allgemeiner Form behandelt werden sollen.

a) Ergänzende und konkretisierende Anwendung des KrW-/AbfG bei Vorliegen einer Ausnahme nach § 2 Abs. 2 KrW-/AbfG?

Unter rechtspolitischem Blickwinkel wird problematisiert, dass die Fachgesetze teilweise hinter den Standards des KrW-/AbfG zurückbleiben.³¹³ Dieser Befund kann zunächst in die Auslegung des jeweiligen Ausnahmetatbestandes einfließen. Insbesondere ist zu fragen, ob dieser nur dann erfüllt ist, wenn der Umgang mit dem jeweiligen Stoff tatsächlich einer fachgesetzlichen Regelung unterworfen wird.³¹⁴ Bei der Auslegung wird allerdings der schon erwähnte Umstand zu berücksichtigen sein, dass grundsätzlich von einem Regulierungsbedürfnis für die den Ausnahmetatbeständen zugrundeliegenden Sachverhalte auszugehen sein wird.

Unabhängig von solchen Auslegungsspielräumen wird in der Literatur die Auffassung vertreten, die Anforderungen des KrW-/AbfG bei der Beseitigung der nach § 2 Abs. 2 KrW-/AbfG ausgeschlossenen Abfälle seien „ergänzend und konkretisierend“ heranzuziehen.³¹⁵ Zur Begründung wird insbesondere angeführt, Sinn der Ausschlussstatbestände sei es nicht, an die Beseitigung der dort genannten Abfallgruppen weniger hohe Anforderungen zu stellen.³¹⁶ Diese Prämisse dürfte allerdings in dieser Allgemeinheit nicht zutreffend sein, wie die differenzierten Ausnahmezwecke³¹⁷ zeigen.

Mit einer ergänzenden und konkretisierenden Heranziehung fänden die Anforderungen des KrW-/AbfG Eingang in den Vollzug, obwohl das Gesetz insoweit ausdrücklich nicht anwendbar ist. Hätte der Gesetzgeber eine ergänzende Anwendung des KrW-/AbfG gewollt, so hätte er eine Regelungstechnik wählen müssen, wie sie etwa bei § 4 UVPG Anwendung gefunden hat³¹⁸. Gemäss § 4 UVPG findet das UVPG Anwendung, soweit (andere) Rechtsvor-

³¹³ Siehe z. B. *Fluck*, § 2 KrW-/AbfG, Rn. 58; *Schwermer*, in: *Kunig/Schwermer/Versteyl*, § 1 Rn. 49 zur Vorläuferregelung im Abfallgesetz.

³¹⁴ Vgl. z. B. *Kunig*, in: *Kunig/Paetow/Versteyl*, § 2 Rn. 11 zu den Nr. 1. und 3.

³¹⁵ Hösel/v. Lersner/Wendenburg, § 2 KrW-/AbfG, Rn. 6; *Fritsch*, Das neue Kreislaufwirtschafts- und Abfallrecht, Rn. 168; *Hoppe/Beckmann*, Umweltrecht, § 28 Rn. 18.

³¹⁶ Hösel/v. Lersner/Wendenburg, § 2 KrW-/AbfG, Rn. 6; *Hoppe/Beckmann*, Umweltrecht, § 28 Rn. 18.

³¹⁷ S.o., 2.

³¹⁸ *Kunig*, in: *Kunig/Paetow/Versteyl*, § 2 KrW-/AbfG, Rn.13.

schriften in ihren Anforderungen dem UVPG nicht entsprechen. Allerdings kann auch der Gegenauffassung, eine ergänzende und konkretisierende Anwendung des KrW-/AbfG müsse grundsätzlich ausscheiden, soweit die Ausnahmen in § 2 Abs. 2 reichten³¹⁹, in dieser Allgemeinheit nicht gefolgt werden. Zwar ist es zutreffend, dass § 2 Abs. 2 KrW-/AbfG die Nichtgeltung des Gesetzes im Ausgangspunkt strikt bestimmt.³²⁰ Diese Aussage muss aber bezogen werden auf die sachlichen Anforderungen des KrW-/AbfG. In welchem Umfang dagegen im Rahmen des Vollzuges anderer Gesetze abfallrechtliche Anforderungen einfließen können – z. B. über ausdrückliche Verweisungen, unbestimmte Rechtsbegriffe oder Ermessensspielräume – ist im Kontext des jeweils zu vollziehendes Gesetzes zu beurteilen.

Daher ist zu differenzieren: Eine ergänzende Anwendung des KrW-/AbfG auf die Ausnahmetatbestände unabhängig vom Vollzug des jeweiligen Fachgesetzes scheidet aus; inwieweit die Anforderungen des KrW-/AbfG im Rahmen des Vollzuges der Fachgesetze berücksichtigt werden können oder müssen, hängt von der Auslegung der jeweils zu vollziehenden Norm des Fachgesetzes ab.

Ob eine bestimmte Abgrenzungslinie zwischen dem Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz und einem Fachgesetz sachgerecht gezogen ist, kann auch davon abhängen, inwieweit Vorschriften des Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetzes in den fachgesetzlichen Vollzug einfließen können. Daher wird im Rahmen dieses Gutachtens auf einen solchen ergänzenden und konkretisierenden Einfluss des Abfallrechts im Zusammenhang mit solchen Ausnahmetatbeständen eingegangen, die ersichtlich einem Fachgesetz mit deutlich niedrigerer Regelungsintensität unterliegen.³²¹

³¹⁹ Vgl. *Kunig*, in: *Kunig/Paetow/Versteyl*, § 2 KrW-/AbfG, Rn. 11; a.A. *Fritsch*, KrW-/AbfG, Rn. 168, Hösel/v. Lersner/Wendenburg, § 2 KrW-/AbfG, Rn. 6.

³²⁰ So *Kunig* zur Begründung seiner Auffassung, in: *Kunig/Paetow/Versteyl*, § 2 KrW-/AbfG, Rn. 11.

³²¹ Dies ist insbesondere für die Ausnahme für bergbaueigene Abfälle von Bedeutung, s. u. III.

b) **Spezialität einzelner Regelungen von Fachgesetzen?**

Zur Vermeidung von Überlagerungen fachgesetzlicher Regelungen durch das Abfallrecht wird in der Literatur – insbesondere im Zusammenhang mit den Ausnahmen für die Tierkörperbeseitigung und für Abwässer (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 und 6 KrW-/AbfG) – die Argumentationsfigur entwickelt, bestimmte Regelungen der Fachgesetze seien gegenüber dem Abfallrecht speziell und gingen deshalb vor.³²² Dieser Begründungsansatz geht von einer bereichsweisen Spezialität der Fachgesetze gegenüber dem KrW-/AbfG - unabhängig von Reichweite und Sinngehalt des § 2 Abs. 2 Nr. 1 KrW-/AbfG - aus.³²³

Insbesondere mit Blick auf das Verhältnis zwischen Abfall- und Wasserrecht wird auch eine umgekehrte Spezialität – also eine solche des Abfall- gegenüber dem Wasserrecht – bei paralleler Anwendbarkeit **einzelner Normen** der beiden Rechtsgebiete diskutiert. So wird z. B. vertreten, dass bei der Zulassung von Abfallentsorgungsanlagen nach §§ 30 ff. KrW-/AbfG die Vorschriften der §§ 26 Abs. 2, 34 Abs. 2 WHG mit ihren strengen Anforderungen an das Lagern oder Ablagern potentiell wassergefährdender Stoffe keine strikte Geltung beanspruchen können, sondern der Gewässerschutz lediglich ein Abwägungsposten bei den zu erwartenden Beeinträchtigungen des Wohls der Allgemeinheit (§ 32 Abs. 1 Nr. 1 in Verbindung mit § 10 Abs. 4 KrW-/AbfG) sei.³²⁴ Diese Ansicht geht davon aus, dass das Abfallrecht insoweit das speziellere Recht ist und das Wasserrecht verdrängt.³²⁵

Die Annahme, einzelne Fachgesetze enthielten gegenüber dem KrW-/AbfG – unabhängig von der in § 2 Abs. 2 Nr. 1 KrW-/AbfG getroffenen Abgrenzung – Spezialregelungen, die eine Anwendung der abfallrechtlichen Vorschriften ausschließen, ist allerdings aus methodischer Sicht zu hinterfragen.³²⁶ Denn der Gesetzgeber hat in § 2 Abs. 2 die Abgren-

³²² Näher s. u. II. 3. b) und IV. 3. c).

³²³ *Kunig*, in: *Kunig/Paetow/Versteyl*, § 2 KrW-/AbfG, Rn. 15, 16 und 17 sowie ausführlich *Fertig*, NuR 1998, S. 459 f., zum Verhältnis zum Tierkörperbeseitigungsgesetz; *Nisipianu*, UPR 1998, S. 93 (95 f.).

³²⁴ Hösel/v. Lersner, § 10 KrW-/AbfG, Rn 43; Czychowski, § 26 Rn 15; OVG Schleswig, 19.01.1993, NVwZ-RR 1994, S. 75 (76); offen gelassen vom BVerwG, UPR 1992, S. 149 (150).

³²⁵ *Czychowski*, § 26 Rn 15.

³²⁶ So formuliert *Kunig* im Zusammenhang mit § 5 Abs. 2 TierKBG (vergraben einzelner, kleinerer Tiere): „Sofern hier dem an der Sache Berechtigten ausdrücklich die Option auch der Zuführung des toten Tieres zu abfallrechtlich regulierten Anlagen gelassen wird, deutet dies darauf hin, dass er in soweit von den **Grundpflichten der Abfallbeseitigung** (Hervorh. d. Verf.) freigestellt ist, wenn er sich nicht für diese Option ent-

zung ausdrücklich geregelt und damit entschieden, in welchem Umfang abfallrechtliche Vorschriften auch auf Sachverhalte anzuwenden sind, die zugleich im Geltungsbereich der Fachgesetze liegen. Der Zweck des § 2 Abs. 2 KrW-/AbfG besteht gerade darin, die Anwendung des Abfallrechts mit Rücksicht auf spezialgesetzliche Regelungen zu begrenzen.³²⁷ Eben diese Intention des Gesetzgebers hat in § 2 Abs. 2 Ausdruck gefunden. § 2 Abs. 2 KrW-/AbfG ist gewissermaßen eine „Spezialregelung“ des Gesetzgebers zum Verhältnis des Abfallrechts zu anderen Rechtsregimen, die nicht durch einen Vergleich der Regelungsintensität und durch allgemeine Überlegungen zum Verhältnis des speziellen zum allgemeinen Gesetz überspielt werden darf. Auch der Umstand, dass die hier einschlägigen Fachgesetze deutlich älter als das KrW-/AbfG sind, spricht gegen solche Überlegungen. In welchem Umfang das Abfallrecht mit Rücksicht auf die Spezialität auf andere Gesetze unanwendbar ist, beurteilt sich deshalb allein nach § 2 Abs. 2 Nr. 1 KrW-/AbfG. Lediglich im Rahmen der Auslegung dieser Abgrenzungsregelung ist für eine Begrenzung des Geltungsbereiches der abfallrechtlichen Vorschriften Raum.

II. Abgrenzung zwischen Abfallrecht und Tierkörperbeseitigungsrecht (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 KrW-/AbfG)

Nach § 2 Abs. 2 Nr. 1 gelten die Vorschriften dieses Gesetzes nicht für

1. *die nach dem Tierkörperbeseitigungsgesetz ... zu beseitigenden Stoffe.*

1. Einleitung

Sollen Tierkörper, Tierkörperteile oder Erzeugnisse aus Tierkörpern entsorgt werden, so kann grundsätzlich das Tierkörperbeseitigungsgesetz³²⁸ oder das KrW-/AbfG anwendbar sein. Zu Überschneidungen der beiden Gesetze könnte es kommen, wenn Tierkörper(teile) oder Er-

scheidet.“ Dagegen ist zu erinnern, dass die Frage, ob und in welchem Umfang eine Freistellung von Grundpflichten der Abfallbeseitigung erfolgt, zu aller erst vom Abfallrecht selbst bestimmt wird.

³²⁷ S. o., 2.

³²⁸ Gesetz über die Beseitigung von Tierkörpern, Tierkörperteilen und tierischen Erzeugnissen vom 02.09.1975, BGBl. I, S. 2313, ber. S. 2610; im Folgenden abgekürzt: TierKBG.

zeugnisse, welche vom TierKBG erfasst sind, sich zugleich als Abfall im Sinne des § 3 Abs. 1 KrW-/AbfG qualifizieren lassen.

Für eine klare Abgrenzung zwischen Tierkörperbeseitigungsrecht und Abfallrecht ist zunächst zu untersuchen, für welche - gegebenenfalls unter den Abfallbegriff fallenden - Stoffe das TierKBG Regelungen enthält.

2. Regelungsgehalt des TierKBG

Das TierKBG erfasst nahezu alle Tierkörper und Tierkörperteile sowie Erzeugnisse tierischer Herkunft (ausgenommen Exkremete), die nicht zum menschlichen Genuss bestimmt sind, deren sich der Besitzer entledigen will oder deren unschädliche Beseitigung geboten ist (§ 1 Abs. 1 i.V.m. §§ 5 Abs. 1, 6 Abs. 1 und 7 Abs. 1 TierKBG).

Tierkörper sind nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 TierKBG verendete, totgeborene oder ungeborene Tiere sowie getötete Tiere, die nicht zum menschlichen Genuss verwendet werden.

Zu den **Tierkörperteilen** gehören gem. § 1 Abs. 1 Nr. 2 TierKBG alle Teile von Tieren aus Schlachtung, einschließlich Blut, Borsten, Federn, Fellen, Häuten, Hörnern, Klauen, Knochen und Wolle sowie sonst anfallende Teile von Tieren, die nicht zum menschlichen Genuss verwendet werden.

Nach § 1 Abs. 1 Nr. 3 TierKBG sind **tierische Erzeugnisse** solche Erzeugnisse, die von Tieren stammen, insbesondere zubereitetes Fleisch, Eier und Milch, deren sich der Besitzer entledigen will oder deren unschädliche Beseitigung geboten ist. Aus Eiern und Milch hergestellte Produkte sind keine Erzeugnisse im Sinne dieses Gesetzes; solche sind allerdings Eier und Milch als originäre Produkte³²⁹. In § 1 Abs. 1 Nr. 3 letzter Halbsatz wird klargestellt, dass tierische Exkremete keine Erzeugnisse im Sinne des Gesetzes sind.

Die §§ 5 Abs. 1, 6 Abs. 1 und 7 Abs. 1 TierKBG schreiben für bestimmte Tierarten, Tierkörperteile dieser Arten sowie für tierische Erzeugnisse grundsätzlich die **Beseitigung in Tierkörperbeseitigungsanstalten**

329

Grünwald, Das Tierkörperbeseitigungsrecht, S. 30.

vor – sogenannter **Anlagenzwang**. Insoweit ist eine Beseitigungspflicht kraft Gesetzes begründet.

Körper anderer Tiere, die nicht zu den in § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1-3 TierKBG ausdrücklich aufgeführten Arten gehören³³⁰, sind in Tierkörperbeseitigungsanstalten zu beseitigen, soweit dies zur Wahrung des Grundsatzes nach § 3 Abs. 1 TierKBG erforderlich ist und die zuständige Behörde dies ausdrücklich anordnet (§ 5 Abs. 1 Satz 2 TierKBG). In diesen Fällen wird eine Beseitigungspflicht nur im Einzelfall durch Verwaltungsakt begründet. Macht die Behörde von dieser in ihrem Ermessen stehenden Option keinen Gebrauch, besteht keine Beseitigungspflicht in Tierkörperbeseitigungsanstalten.³³¹

Nach § 4 Abs. 1 TierKBG ist die Tierkörperbeseitigung in Tierkörperbeseitigungsanstalten den nach Landesrecht zuständigen Körperschaften als öffentliche Aufgabe zugewiesen. Diese haben die Möglichkeit, sich zur Erfüllung ihrer Pflichten privater Dritter zu bedienen. § 15 Abs. 2 TierKBG schreibt vor, dass die Tierkörperbeseitigung von den Ländern überörtlich zu planen ist. Die Eigentümer von Tierkörpern und Tierkörperteilen müssen den Anstaltsbenutzungszwang als zulässige Inhalts- und Schrankenbestimmung i.S.v. Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG hinnehmen.³³² Aus den Bestimmungen des Anlagenzwangs und dem Beseitigungsmonopol der öffentlichen Hand folgt die Überlassungspflicht: Besitzer von Tierkörpern, Tierkörperteilen und Erzeugnissen sind verpflichtet, diese Stoffe dem Beseitigungspflichtigen zu überlassen. Neben der allgemeinen Überlassungspflicht enthält das TierKBG konkrete Mitwirkungspflichten. Hierzu zählen unter anderem Melde-, Herausgabe-, Verwahrungs- und Ablieferungspflichten.³³³

Das TierKBG enthält eine Reihe von **Ausnahmen** von der Beseitigungspflicht in Tierkörperbeseitigungsanstalten:

Das TierKBG bestimmt in § 5 Abs. 2, dass **einzelne Körper** von Hunden, Katzen, Ferkeln, Kaninchen, unter vier Wochen alten Schaf- und

³³⁰ Dazu zählt z.B. freilebendes Wild, vgl. *Grünwald*, Das Tierkörperbeseitigungsrecht, S. 31 ff.

³³¹ Dies gilt auch für Fischkadaver, vgl. *Breuer*, Öffentliches und privates Wasserrecht, 2. Auflage 1987, Rn. 649, *Kunig*, in: *Kunig/Paetow/Versteyl*, § 2 KrW-/AbfG Rn. 15; *Fluck*, § 2 KrW-/AbfG, Rn. 69.

³³² BayVGH in BayVBl. 1989, S. 753.

³³³ Vgl. hierzu *Grünwald*, Das Tierkörperbeseitigungsrecht, S. 207 ff.

Ziegenlämmer, von Geflügel und in Tierhandlungen gehaltenen Kleintieren und Vögeln nicht der Beseitigungspflicht in Tierkörperbeseitigungsanstalten unterliegen; das Gesetz erlaubt deren Beseitigung durch Vergraben auf hierfür zugelassenen Plätzen oder auf eigenem, geeignetem Gelände bzw. das Verbrennen in dafür zugelassenen Abfallverbrennungsanlagen. § 5 Abs. 2 Sätze 2 und 3 TierKBG stellen für den Fall des Vergrabens nähere Anforderungen an die Qualität des Vergrabungsortes und an die Bedeckung durch eine Erdschicht.

Eine weitere Ausnahme von der Beseitigungspflicht in Tierkörperbeseitigungsanstalten enthält § 6 Abs. 2 Nr. 2 TierKBG, der die **Nutzung von Tierkörperteilen** in bestimmten Betrieben zur „technischen Bearbeitung oder industriellen Verwertung“ erlaubt, sofern sie dort in Übereinstimmung mit den Grundsätzen des § 3 Abs. 1 TierKBG behandelt werden.

Nach §§ 6 Abs. 2 Nr. 3, 7 Abs. 2 TierKBG besteht keine Beseitigungspflicht in Tierkörperbeseitigungsanstalten für Tierkörperteile und Erzeugnisse, die in **Gaststätten** und Einrichtungen zur Gemeinschaftsverpflegung³³⁴ in **geringen Mengen** oder in privaten Haushalten anfallen.³³⁵

Gemäß § 8 Abs. 1 TierKBG kann die zuständige Behörde auf Antrag **im Einzelfall Ausnahmen von der Beseitigungspflicht** in Tierkörperbeseitigungsanstalten zulassen, z. B. für das **Verfüttern** von Tierkörperteilen. Weitere Ausnahmen von der Beseitigungspflicht in Tierkörperbeseitigungsanstalten können gemäß § 8 Abs. 2 TierKBG für **wissenschaftliche Einrichtungen** und nach § 8 Abs. 3 TierKBG für das **Vergraben** von Fleisch zugelassen werden. Gemeinsam ist allen Ausnahmen nach § 8 TierKBG, dass der Grundsatz des § 3 Abs. 1 TierKBG gewahrt werden muss.

3. Relevante Fallgruppen

Der Überblick über den Regelungsgehalt des TierKBG zeigt, dass die Beseitigung von Tieren, Tierkörpern und tierischen Erzeugnissen differenzierten und abgestuften Anforderungen unterworfen ist, die zum Teil

³³⁴ Hierunter fallen nicht Großküchen, vgl. *Grünewald*, UPR 1995, 97, 98.

³³⁵ *Fluck*, § 2 KrW-/AbfG, Rn. 73.

von behördlichen Einzelfallentscheidungen abhängen. Mit Blick auf die für den Zweck dieses Gutachtens entscheidenden Anforderungen an die Beseitigung können generell folgende Gruppen unterschieden werden:

Fallgruppe 1:

Tierkörper(teile) und Erzeugnisse, die **in einer Tierkörperbeseitigungsanstalt zu beseitigen** sind, sei es

- aufgrund Gesetzes (§§ 5 Abs. 1 Satz 1, 6 Abs. 1, 7 Abs. 1 TierKBG) oder
- aufgrund einer Anordnung im Einzelfall (§ 5 Abs. 1 Satz 2 TierKBG);

Fallgruppe 2:

Tierkörper(teile) oder Erzeugnisse, die zwar in den Anwendungsbereich des TierKBG (§§ 1 und 2) fallen, die aber **keiner Beseitigungspflicht in einer Tierkörperbeseitigungsanstalt unterliegen**, sei es

- aufgrund einer gesetzlichen Ausnahme (§ 5 Abs. 1 Satz 2 – wenn keine Anordnung i.S.d. Vorschrift ergeht, sowie §§ 5 Abs. 2, 6 Abs. 2 und 3, 7 Abs. 2) oder
- aufgrund einer Ausnahme im Einzelfall (§ 8 TierKBG)

und

Fallgruppe 2a:

deren Beseitigung (i.S.d. TierKBG) **besonderen gesetzlichen Anforderungen** durch das TierKBG unterworfen ist (§§ 5 Abs. 2, 6 Abs. 2 Nr. 1 und 2, 8 TierKBG)

oder

Fallgruppe 2b:

deren Beseitigung **keinen besonderen gesetzlichen Anforderungen** durch das TierKBG unterliegt (§§ 5 Abs. 1 Satz 2, wenn keine Anordnung im Einzelfall ergeht, sowie §§ 6 Abs. 2 Nr. 3 und 7 Abs. 2 TierKBG).

Für diese Fallgruppen ist jeweils gesondert zu untersuchen, ob die Anwendung abfallrechtlicher Vorschriften ausgeschlossen ist. Besondere Beachtung verdient die Fragestellung, ob der Ausschluss der Anwendbarkeit des KrW-/AbfG nach § 2 Abs. 2 Nr. 1 KrW-/AbfG trotz des Wortlautes dieser Regelung („...zu beseitigenden Stoffe“) hinaus auch eingreift, wenn Tierkörperteile nach § 6 Abs. 2 Nr. 2 TierKBG industriell verarbeitet und mithin im abfallrechtlichen Sinne „verwertet“ werden.

4. Die „nach dem TierKBG zu beseitigenden“ Stoffe

In methodischer Hinsicht geht es im Kern um die Frage, ob der Vorrang des Fachgesetzes bereits dann greift, wenn die betreffenden Abfälle in seinen Anwendungsbereich fallen, oder ob durch Fachgesetz oder aufgrund Fachgesetzes besondere Pflichten im Hinblick auf die Entsorgung des Abfalls geregelt sein müssen. In sachlicher Hinsicht ist das Augenmerk zum einen auf diejenigen Tierkörper(teile) und Erzeugnisse zu richten, die keinen auf die Entsorgung bezogenen Pflichten nach dem TierKBG unterliegen (Fallgruppe 2b).³³⁶ Würde das Abfallrecht als insofern nicht anwendbar erachtet, so unterläge die Entsorgung dieser Abfälle weder tierkörperrechtlichen, noch abfallrechtlichen Anforderungen. Stellt das Tierkörperbeseitigungsrecht dagegen besondere Anforderungen an die Entsorgung, ist das potenziell bestehende Konkurrenzverhältnis zu den abfallrechtlichen Vorschriften auf Grundlage des § 2 Abs. 2 Nr. 1 KrW-/AbfG zu lösen. Dies gilt insbesondere für die Beseitigung von Tierkörper(teilen) oder Erzeugnissen außerhalb von Anstalten (Fallgruppe 2a).

a) Fallgruppe 1: Tierkörper(teile) und Erzeugnisse, die der Beseitigungspflicht in einer Anstalt unterliegen

Unbestritten ist zunächst, dass der Ausschluss des Abfallrechts gem. § 2 Abs. 2 Nr. 1 KrW-/AbfG für alle Tierkörper(teile) und Erzeugnisse gilt, die dem Anstaltszwang unterliegen. Dies gilt zunächst für die unmittelbar im Gesetz begründete Pflicht zur Beseitigung in einer Tierkörperbeseitigungsanstalt (§§ 5 Abs. 1 Satz 1, 6 Abs. 1, 7 Abs. 1 TierKBG). Weiter findet das Abfallrecht keine Anwendung, wenn die Beseitigung von Körpern „anderer“ Tiere in einer Tierkörperbeseitigungsanstalt gem. § 5 Abs. 1 Satz 2 TierKBG im Einzelfall durch die zuständige Behörde angeordnet wurde.³³⁷

³³⁶ Dazu siehe im Einzelnen oben, 2.

³³⁷ *Fluck*, § 2 KrW-/AbfG, Rn. 60; *Kunig*, in: *Kunig/Paetow/Versteyl*, § 2 KrW-/AbfG, Rn. 15; *Fertig*, NuR 1999, S. 434 (436 f.).

b) Fallgruppe 2: Tierkörper(teile) und Erzeugnisse, die nicht der Beseitigungspflicht in einer Anstalt unterliegen

In der Kommentarliteratur wird überwiegend die Auffassung vertreten, die abfallrechtlichen Vorschriften seien nur dann ausgeschlossen, wenn eine Beseitigungspflicht in Tierkörperbeseitigungsanstalten bestehe.³³⁸

Nach der Gesetzesbegründung sollte die Anwendung des Abfallrechts ausgeschlossen sein, soweit die Beseitigung sondergesetzlich „*geregelt*“ oder „*regelbar*“ ist.³³⁹ Eine auf die Beseitigung bezogene Regelung läge dann nicht nur vor, wenn eine Pflicht **zur** Beseitigung besteht, sondern auch dann, wenn der Beseitigungsvorgang bestimmten Anforderungen unterliegt. Dies betrifft die Fallgruppe 2a. In dieselbe Richtung weist die von *Kunig* einleitend zu § 2 Abs. 2 Nr. 1 KrW-/AbfG verwendete Formulierung, die Anwendung des Abfallrechts sei ausgeschlossen, wenn die in Nr. 1 genannten Gesetze hinsichtlich der fraglichen Stoffe gerade „*Vorschriften über deren Beseitigung*“ enthielten.³⁴⁰

Die Auffassung, wonach die Abgrenzung zwischen KrW-/AbfG und TierKBG maßgeblich anhand der Reichweite der anstaltspflichtigen Tierkörperbeseitigung zu erfolgen habe, wird insbesondere mit dem Wortlaut des § 2 Abs. 2 Nr. 1 KrW-/AbfG begründet. Der Wortlaut – „zu beseitigend(en)“ – verwendet einen Imperativ und könnte deshalb auf eine Pflicht **zur** Beseitigung gedeutet werden, die in den genannten Fällen gerade nicht besteht. Soweit das TierKBG kraft Gesetzes oder aufgrund behördlicher Anordnung in bestimmten Fällen eine Ausnahme von der an sich für solche Stoffe geltenden Beseitigungspflicht in Tierkörperbeseitigungsanlagen vorsieht und keine anderweitige Beseitigung vorschreibt, handelte es sich nach diesem Verständnis ebenfalls nicht um nach dem TierKBG „zu beseitigende“ Stoffe. Weiterhin stützt sich diese von

³³⁸ *Fluck*, § 2 KrW-/AbfG, Rn. 60; *Kunig*, in: *Kunig/Paetow/Versteyl*, § 2 KrW-/AbfG, Rn. 15; *Fertig*, NuR 1999, S. 434 (436 f.).

³³⁹ Begründung des Regierungsentwurfs zu § 2 Abs. 2 KrW-/AbfG, BT-Dr. 12/5672 vom 15.09.1992.

³⁴⁰ *Kunig*, in: *Kunig/Paetow/Versteyl*, § 2 KrW-/AbfG Rn. 15. § 2 KrW-/AbfG, Rn. 13.

der überwiegenden Kommentarliteratur³⁴¹ vertretene Auffassung auf Sinn und Zweck des Gesetzes: Erstrecke sich das KrW-/AbfG nicht auf Tierkörper(teile), für die keine Beseitigungspflicht nach dem TierKBG bestehe, fände in der Konsequenz lediglich das allgemeine Polizei- und Ordnungsrecht Anwendung.³⁴² Diese Argumentation steht unter der Prämisse, dass nach dem Willen des Gesetzes nur solche Stoffe gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 1 KrW-/AbfG vom Anwendungsbereich des KrW-/AbfG ausgenommen sein sollten, die einer spezifischen Beseitigungspflicht nach dem jeweiligen Fachgesetz unterliegen.

Obwohl diese Auffassung mit dem Wortlaut des § 2 Abs. 2 Nr. 1 KrW-/AbfG und der allgemeinen Zielsetzung des Gesetzes im Einklang steht, erscheint sie nicht zweifelsfrei.³⁴³ Der Terminus „nach dem Tierkörperbeseitigungsgesetz ... zu beseitigende“ kann auch so verstanden werden, dass der Ausschluss des Abfallrechts bereits dann greift, soweit die **Beseitigung** im TierKBG **geregelt** ist, ohne dass notwendig eine Pflicht zur Beseitigung normiert sein muss.³⁴⁴

aa) Fallgruppe 2a: Tierkörper(teile) und Erzeugnisse, deren Beseitigung besonderen Anforderungen des TierKBG unterliegt

Im Ergebnis besteht weitgehend Einigkeit darüber, dass in der Fallgruppe 2a das Abfallrecht mit Rücksicht auf die spezielle tierkörperbeseitigungsrechtlichen Regelungen keine Anwendung finden soll, ohne dass indes in der Literatur die hier zusammengefassten Fälle als eigene Fallgruppe ausgewiesen wären.

³⁴¹ *Fluck*, § 2 KrW-/AbfG, Rn. 60; Hösel/v. Lersner/Wendenburg, § 2 KrW-/AbfG, Rn. 6/9; *Kunig*, in: Kunig/Paetow/Versteyl, § 2 KrW-/AbfG, Rn.15.

³⁴² *Kunig*, in: Kunig/Paetow/Versteyl, § 2 KrW-/AbfG, Rn.15.

³⁴³ Dies wird auch von *Kunig*, in: § 2 KrW-/AbfG, Rn.15 eingeräumt.

³⁴⁴ In diesem Sinne ansatzweise *Fertig*, NuR 1999, S. 434 (436), der im Kontext des § 5 Abs. 1 Satz 2 TierKBG formuliert, dass die nicht anstaltspflichtigen Tierkörper nach dem allgemeinen Abfallrecht zu entsorgen seien, da sie in diesem Fall auch keiner anderen Beseitigungsvorschrift des TierKBG oder eines anderen Spezialgesetzes unterlägen. Ähnlich von *Köller*, § 2 KrW-/AbfG, Stichwort „Tierkörper“.

Zunächst ist zu bemerken, dass der Ausschluss dieser Fallgruppe aus dem Abfallrecht nicht mit der eingangs wiedergegebenen Prämisse der gängigen Kommentarmeinungen in Einklang steht, es komme für die Abgrenzung darauf an, ob eine Pflicht zur Beseitigung nach dem Tierkörperbeseitigungsgesetz bestehe.³⁴⁵

Der Ausschluss des Abfallrechts in dieser Fallgruppe wird überwiegend damit begründet, die im TierKBG geregelten Entsorgungsmodalitäten enthielten eine gegenüber dem KrW-/AbfG vorgehende Spezialregelung. Diese Argumentationsfigur der Spezialität des TierKBG gegenüber dem KrW-/AbfG wird insbesondere von *Kunig* hinsichtlich des Vergrabens von Tieren gemäß § 5 Abs. 2, der Nutzung von Tierkörpern zur technischen Bearbeitung oder industriellen Verarbeitung gemäß § 6 Abs. 2 Nr. 2, sowie zu den Ausnahmen gemäß § 8 TierKBG vertreten.³⁴⁶ Auch in den Begründungsansätzen von *Fertig*, der zu den selben Ergebnissen kommt, lässt sich dieses Grundverständnis der Spezialität des TierKBG erkennen, soweit er das TierKBG als „Sonderrecht“ bezeichnet.³⁴⁷ Auf Grundlage dieser Argumentationsfigur kann allerdings nach der hier vertretenen Auffassung ein Ausschluss des Abfallrechts nicht begründet werden (s. o. I. 3. b).

Vor dem Hintergrund dieser Überlegungen kommt es entscheidend darauf an, ob der Ausschluss des Abfallrechts gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 1 KrW-/AbfG – über den Fall einer Beseitigungspflicht in Tierkörperbeseitigungsanstalten (s. o., aa)) hinaus – eingreift, sofern das TierKBG die Beseitigung der von ihm erfassten Stoffe besonderen gesetzlichen Anforderungen unterwirft. Darauf, dass eine solche Auslegung

³⁴⁵ Vgl. *Fluck*, § 2 KrW-/AbfG, Rn. 60; *Kunig*, in: *Kunig/Paetow/Versteyl*, § 2 KrW-/AbfG, Rn. 15; sinngemäß auch *Hösel/v. Lersner/Wendenburg*, § 2 KrW-/AbfG, Rn. 9, die hinsichtlich der Abgrenzung lediglich die Reichweite der Beseitigungspflichten in Tierkörperbeseitigungsanstalten erörtern.

³⁴⁶ *Kunig*, in: *Kunig/Paetow/Versteyl*, § 2 KrW-/AbfG, Rn. 15, 16 und 17.

³⁴⁷ *Fertig*, NuR 1999, S. 434 und *Passim*; ausführlicher *ders.*, NuR 1998, S. 459f.

mit dem Wortlaut des § 2 Abs. 2 Nr. 1 KrW-/AbfG zu vereinbaren ist, wurde oben³⁴⁸ bereits hingewiesen.

Ein solcher Lösungsansatz steht aber auch mit der Zielsetzung des § 2 Abs. 2 Nr. 1 KrW-/AbfG im Einklang. In seinen Zielsetzungen im Hinblick auf eine gemeinwohlverträgliche Beseitigung von Tierkörpern, Tierkörperteilen und Erzeugnissen steht das TierKBG dem KrW-/AbfG kaum nach, wie der Schutzgüterkatalog in § 3 Abs. 1 TierKBG zeigt.³⁴⁹ Angesichts der gleichermaßen anspruchsvollen Zielsetzung des TierKBG im Hinblick auf die Gemeinwohlverträglichkeit der Entsorgung besteht kein Bedürfnis, diese gesetzgeberische Wertung für eine spezielle Abfallgruppe und die nach Menge und Art differenzierten, in ihrer Regelungsintensität abgestuften Vorschriften des TierKBG durch den generalisierenden Maßstab des Abfallrechts zu überspielen.

Im folgenden ist anhand der unter die Fallgruppe 2 a fallenden Regelungen des TierKBG zu klären, ob diese jeweils besondere Anforderungen an die Beseitigung stellen.

aaa) Tierkörper i.S.v. § 5 Abs. 2 TierKBG, für die das TierKBG das Vergraben auf dafür zugelassenem bzw. eigenem, geeignetem Gelände oder das Verbrennen in Abfallbeseitigungsanlagen zulässt

Das TierKBG bestimmt in § 5 Abs. 2 TierKBG Ausnahmen vom Anstaltszwang für **einzelne Körper** von Hunden, Katzen, Ferkeln, Kaninchen, unter vier Wochen alten Schaf- und Ziegenlämmern, von Geflügel und in Tierhandlungen gehaltenen Kleintieren sowie Vögeln und erlaubt deren Beseitigung durch Vergraben auf hierfür zugelassenen Plätzen oder auf eigenem³⁵⁰, ge-

348 Vor aa).

349 Skeptisch in Teilbereichen allerdings Hösel/v. Lersner/Wendenburg, § 2 KrW-/AbfG, Rn. 9.

350 Nach BT-Drs. 7/3225, S.16 sind als „eigenes Gelände“ sowohl das des Eigentümers als auch des Pächters anzusehen; Nach dem Urteil des OVG Münster v. 8.1.1988, NuR 1991, S.32 ist eine Identität von ursprünglichem Tierhalter und Grundstücksbenutzer, die im Zeitpunkt der Verendung gegeben sein muss, erforderlich.

eignetem Gelände bzw. das Verbrennen in dafür zugelassenen Abfallverbrennungsanlagen.

Dem Besitzer wird durch diese Vorschrift ein Wahlrecht eingeräumt, das heißt er kann, muss aber nicht von der Ausnahmebestimmung des § 5 Abs. 2 TierKBG Gebrauch machen. Werden Tierkörper nicht zulässigerweise vergraben oder verbrannt, so bedeutet dies, dass sie gemäss § 5 Abs. 1 Satz 1 TierKBG in Tierkörperbeseitigungsanstalten zu beseitigen sind.³⁵¹ Dann handelt es sich wiederum um nach dem TierKBG „zu beseitigende“ Stoffe, so dass der Anwendungsvorrang des § 2 Abs. 2 Nr. 1 TierKBG eingreift, d.h. die Anwendbarkeit des Abfallrechts ist ausgeschlossen.

Klärungsbedürftig ist, ob der Ausschluss des Abfallrechts nach § 2 Abs. 2 Nr. 1 KrW-/AbfG auch dann eingreift, wenn Tierkörper im Sinne von § 5 Abs. 2 TierKBG zulässigerweise vergraben oder verbrannt werden.³⁵²

Das **Vergraben** darf nach § 5 Abs. 2 Satz 1 TierKBG nicht in Wasserschutzgebieten und nicht in unmittelbarer Nähe von öffentlichen Wegen und Plätzen erfolgen. Nach § 5 Abs. 2 Satz 2 TierKBG müssen die Tierkörper so vergraben werden, dass sie mit einer ausreichenden, mindestens 50 Zentimeter starken Erdschicht, gemessen vom Rand der Grube an, bedeckt sind. Ferner sind gemäss § 5 Abs. 2 Satz 3 TierKBG die §§ 26 Abs. 2, 32b und 34 Abs. 2 WHG entsprechend anzuwenden. Die Beseitigung auf eigenen, geeigneten oder behördlich dafür zugelassenem Gelände unterliegt damit besonderen Anforderungen nach dem TierKBG und nicht zusätzlichen Maßgaben des KrW-/AbfG.

³⁵¹ *Grünewald*, Das Tierkörperbeseitigungsrecht, S. 124.

³⁵² Dies wird allgemein bejaht, vgl. Hösel/v. Lersner/Wendenburg, § 2 KrW-/AbfG, Rn. 9; *Fluck*, § 2 KrW-/AbfG, Rn. 70; *Kunig*, in: Kunig/Paetow/Versteyl, § 2 KrW-/AbfG, Rn. 15.

Im Hinblick auf diese Anforderungen an die Qualität des Vergrabungsortes und an die Durchführung des Vergrabens ist das Abfallrecht im Anwendungsbereich des § 5 Abs. 1 Satz 2 TierKBG ausgeschlossen, soweit die Tiere tatsächlich vergraben werden.

Sofern der Berechtigte sich für die Option des Verbrennens in Abfallverbrennungsanlagen entscheidet, ist dagegen davon auszugehen, dass er insoweit der Pflicht zur ordnungsgemäßen Beseitigung nach dem Abfallrecht unterliegt, denn mit der Zuführung zu einer Abfallverbrennungsanlage scheidet das Material aus dem Geltungsbereich des TierKBG aus.³⁵³

bbb) Tierkörperteile, die gem. § 6 Abs. 2 Nr. 2 TierKBG Betrieben zur technischen Bearbeitung und industriellen Verarbeitung zugeführt werden

Besondere Schwierigkeiten wirft die in § 6 Abs. 2 Nr. 2 TierKBG geregelte Ausnahme von der Beseitigungspflicht in Tierkörperbeseitigungsanstalten auf. Danach ist die **Nutzung von Tierkörperteilen** in bestimmten Betrieben³⁵⁴ zur „technischen Bearbeitung oder industriellen Verwertung“ erlaubt, sofern sie dort in Übereinstimmung mit den Grundsätzen des § 3 Abs. 1 TierKBG behandelt werden. § 6 Abs. 2 Nr. 2 TierKBG regelt somit spezialgesetzlich einen Vorgang, der aus dem Blickwinkel des KrW-/AbfG der Entsorgungsmodalität der Verwertung zuzuordnen wäre.³⁵⁵

Obwohl § 2 Abs. 2 Nr. 1 KrW-/AbfG nach seinem Wortlaut nur für den Fall einer Beseitigung auf den Vorrang des TierKBG verweist, wird allgemein auch für den in § 6 Abs. 2 Nr. 2 TierKBG geregelten Fall einer Verwer-

³⁵³ *Grünewald*, Das Tierkörperbeseitigungsrecht, S. 83.

³⁵⁴ Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts können auch Tierkörperbeseitigungsanstalten Spezialbetriebe i.S.v. § 6 Abs. 2 Nr. 2 TierKBG sein, vgl. BVerwG, Urteil vom 10.5.1984, DÖV 1985, S. 64.

³⁵⁵ *Kunig*, in: *Kunig/Paetow/Versteyl*, § 2 KrW-/AbfG, Rn. 16; *Fluck*, § 2 KrW-/AbfG, Rn. 71.

tung ein Ausschluss des Abfallrechtes angenommen.³⁵⁶ Dies ergibt sich nicht aus der Überlegung, dass es sich bei § 6 Abs. 2 Nr. 2 TierKBG um eine spezialgesetzliche Regelung handele, die dem allgemeinen Abfallrecht vorgehe.³⁵⁷

Von Bedeutung ist insbesondere, ob für den Beseitigungsbegriff § 2 Abs. 2 Nr. 1 KrW-/AbfG oder das TierKBG maßgeblich ist. Nach allgemeiner Ansicht sind unter „Beseitigung“ solche Maßnahmen zu verstehen, die zum Ziel haben, den Abfall auf Dauer ganz oder teilweise der weiteren Nutzung oder Nutzungsmöglichkeit zu entziehen.³⁵⁸ Zentrale Funktion des Beseitigungsbegriffs nach dem KrW-/AbfG ist es, eine Scheidelinie zur Abfallverwertung zu ziehen, die modifizierten gesetzlichen Anforderungen unterliegt. Der Beseitigungsbegriff des TierKBG steht insofern nicht ganz im Einklang mit demjenigen des KrW-/AbfG. Zwar erfasst das TierKBG vorrangig Formen des Umgangs mit Abfällen, die als Teilakte der Abfallbeseitigung im Sinne des KrW-/AbfG zu qualifizieren wären. Allerdings fallen unter die Tierkörperbeseitigung auch bestimmte Handlungen, die im Sinne des KrW-/AbfG im Einzelfall als Verwertung einzustufen wären. Dies gilt vor allem für die technische Be- oder industrielle Verarbeitung von Tierkörperteilen gemäß § 6 Abs. 2 Nr. 2 TierKBG. Gleiches kommt für die Verfütterung von Tierkörpern oder Tierkörperteilen gemäß § 8 Abs. 1 TierKBG in Betracht.

In der Kommentarliteratur wird die Auffassung vertreten, dass hinsichtlich der Abgrenzung vom TierKBG der Beseitigungsbegriff des KrW-/AbfG zugrundezulegen sei.³⁵⁹ Soll die Anwendung des Abfallrechts mit Rücksicht auf eine hinlängliche Spezialregelung im TierKBG

³⁵⁶ *Fluck*, § 2 KrW-/AbfG, Rn.71; *Kunig*, in: *Kunig/Paetow/Versteyl*, § 2 KrW-/AbfG, Rn. 16; *Grünewald*, Das Tierkörperbeseitigungsgesetz, S. 83; *Fertig*, NuR 1999, S. 434 (440).

³⁵⁷ So aber *Kunig*, in: *Kunig/Paetow/Versteyl*, § 2 KrW-/AbfG, Rn. 16. Näher dazu s. o., II. 3. b).

³⁵⁸ *Fluck*, § 2 KrW-/AbfG, Rn.54; *Kunig*, in: *Kunig/Paetow/Versteyl*, § 2 KrW-/AbfG, Rn. 10.

³⁵⁹ *Kunig*, in: *Kunig/Paetow/Versteyl*, § 2 KrW-/AbfG, Rn.13/15.

ausgeschlossen sein, so käme es im Sinne des Regelungszwecks allerdings nicht darauf an, ob eine den Anforderungen des TierKBG unterworfenen Entsorgungshandlung im Einzelfall als Beseitigungs- oder Verwertungsmaßnahme anzusehen wäre. Das Tierkörperbeseitigungsgesetz regelt die Beseitigung von Tierkörpern umfassend. Im Hinblick auf die weitgehend mit dem Abfallrecht kongruente Zielsetzung ist kein Bedarf zu sehen, die auf bestimmte Tierkörperteile und auf einen sehr speziellen Entsorgungsvorgang bezogenen Anforderungen an deren Verarbeitung durch die generellen Regelungen des Abfallrechts zu ergänzen und dadurch das System der abgestuften Anforderungen nach dem Tierkörperbeseitigungsgesetz zu überspielen. Die Worte „zu beseitigenden Stoffe“ in § 2 Abs. 2 Nr. 1 KrW-/AbfG sind vor diesem Hintergrund nicht als Verweis auf den – vor allem vor dem Hintergrund der Abgrenzung zur Verwertung zu sehenden – Beseitigungsbegriff des Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetzes zu verstehen. Nach der Zielsetzung der Ausnahmen vom Anwendungsbereich kommt es nicht im einzelnen darauf an, ob es sich um eine Beseitigungs- oder eine Verwertungsmaßnahme (im Sinne des Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetzes) handelt, sondern darauf, ob die fragliche Entsorgung bereits fachgesetzlich hinreichend geregelt ist.

Der Wortlaut des § 2 Abs. 2 Nr. 1 KrW-/AbfG – „... die **nach** dem TierKBG zu beseitigenden Stoffe“ – könnte vor diesem Hintergrund auch als Verweis auf den Beseitigungsbegriff des TierKBG verstanden werden.

Im Ergebnis ist deshalb „zu beseitigen“ i.S.d. § 2 Abs. 2 Nr. 1 KrW-/AbfG nicht als Verweis auf den Beseitigungsbegriff des KrW-/AbfG, wie er zur Abgrenzung von der Verwertung entwickelt wurde, zu verstehen. Der Terminus umfasst vielmehr auch solche Entsorgungshandlungen, die nach dem KrW-/AbfG als Verwer-

tungsmaßnahmen einzustufen wären. Voraussetzung ist allerdings, dass sie besonderen fachgesetzlichen Anforderungen unterliegen.³⁶⁰ Solche enthält § 6 Abs. 2 Nr. 2 TierKBG.

Zusammenfassend kann daher festgehalten werden, dass das KrW-/AbfG ausgeschlossen ist, wenn Tierkörperteile unter den Voraussetzungen des § 6 Abs. 2 Nr. 2 TierKBG technisch bearbeitet oder industriell verarbeitet werden, auch wenn es sich dabei um eine „Verwertung“ i.S.d. KrW-/AbfG handeln würde.

Der Ausschluss des Abfallrechts umfasst in diesen Fällen jedoch nur den Vorgang der Verwertung als solchen. Die bei der technischen Bearbeitung oder industriellen Verwertung anfallenden **Reststoffe und Rückstände** sind keine Tierkörperteile i.S.d. TierKBG, wenn sie der geforderten Behandlung unterworfen waren und nicht mehr organer Art sind. Soweit hierbei bewegliche Sachen anfallen, ohne dass der Zweck der Handlung hierauf gerichtet ist, fingiert das KrW-/AbfG in § 3 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 KrW-/AbfG den Entledigungswillen des Besitzers, so dass gemäß § 3 Abs. 1 S.1 KrW-/AbfG die Abfalleigenschaft eintritt. Diese Stoffe unterliegen dann den Regelungen des KrW-/AbfG.

ccc) Tierkörper(teile) und Erzeugnisse, bei denen die Behörde durch eine Anordnung nach § 8 TierKBG eine an sich bestehende Beseitigungspflicht durch eine andere Einwirkung (z. B. Verfüttern) ersetzen kann

Soweit die Behörde eine an sich bestehende Beseitigungspflicht in Tierkörperbeseitigungsanstalten durch eine andere Einwirkung auf die Tierkörper(-teile) ersetzt, z. B. durch Verfütterung nach § 8 Abs. 1 TierKBG oder Vergraben nach § 8 Abs. 3 TierKBG, bleibt es

³⁶⁰ Dies ist im Hinblick auf § 6 Abs. 2 Nr. 2 TierKBG der Fall, so dass insoweit die Anwendung des Abfallrechts ausgeschlossen ist.

beim Ausschluss des Abfallrechts nach § 2 Abs. 2 Nr. 1 KrW-/AbfG.³⁶¹

Diese Ausnahmen von der grundsätzlichen Beseitigungspflicht in Tierkörperbeseitigungsanstalten können nur unter bestimmten Voraussetzungen für bestimmte Gruppen von Tieren, Tierkörpern und Erzeugnissen zugelassen werden. Insbesondere muss der Grundsatz des § 3 TierKBG im Hinblick auf die allgemeinen Anforderungen an die Tierkörperbeseitigung gewahrt bleiben.

Mit diesem behördlichen Kontrollinstrument – grundsätzliche Beseitigungspflicht mit Ausnahmevorbehalt – und den Anforderungen an die ausnahmsweise zulässige Entsorgung unterwirft das TierKBG diese Beseitigungsformen speziellen Anforderungen. In den Fällen einer Ausnahmeerteilung nach § 8 ist deshalb die Anwendung des Abfallrechts ausgeschlossen.

bb) Fallgruppe 2b: Tierkörper(teile) und Erzeugnisse, deren Beseitigung keinen besonderen Anforderungen des TierKBG unterliegt

aaa) Tierkörper(teile) anderer Tiere i.S.v. § 5 Abs. 1 Satz 2 TierKBG, für die die zuständige Behörde keine Beseitigungspflicht im Einzelfall angeordnet hat

Körper **anderer Tiere** als der in § 5 Abs. 1 TierKBG genannten, einschließlich solcher von freilebendem Wild, unterliegen nicht kraft Gesetzes der Beseitigungspflicht in Tierkörperbeseitigungsanstalten. Eine Beseitigungspflicht besteht nur, soweit dies die zuständige Behörde im Einzelfall anordnet (§ 5 Abs. 1 Satz 2 TierKBG).³⁶² Voraussetzung für eine entsprechende Ermessensentscheidung der Behörde ist, dass im Einzelfall die Beseitigung der Körper anderer als der in § 5

³⁶¹ Fluck, § 2 KrW-/AbfG, Rn.74; Kunig, in: Kunig/Paetow/Versteyl, § 2 KrW-/AbfG, Rn. 17.

³⁶² Dies gilt auch für Fischkadaver, vgl. Breuer, Öffentliches und privates Wasserrecht, 2. Auflage 1987, Rn. 649; Kunig, in: Kunig/Paetow/Versteyl, § 2 KrW-/AbfG, Rn.15; Fluck, § 2 KrW-/AbfG, Rn.69.

Abs. 1 Satz 1 TierKBG genannten Tiere zur Wahrung des Grundsatzes des § 3 Abs. 1 TierKBG in einer Tierkörperbeseitigungsanstalt erforderlich ist.³⁶³ Nach der Grundsatzvorschrift des § 3 Abs. 1 TierKBG sind Tierkörper(-teile) und Erzeugnisse so zu beseitigen, dass insbesondere die Gesundheit von Mensch und Tier nicht durch Erreger übertragbarer Krankheiten oder toxische Stoffe gefährdet oder die öffentliche Sicherheit und Ordnung auch sonst nicht gefährdet oder gestört werden.

Ordnet die zuständige Behörde - zur Wahrung des Grundsatzes des § 3 Abs. 1 TierKBG - im Einzelfall eine Beseitigung „anderer“ Tiere in Tierkörperbeseitigungsanstalten an, so handelt es sich um nach dem TierKBG „zu beseitigende“ Stoffe, mit der Folge, dass der Anwendungsvorrang des § 2 Abs. 2 Nr. 1 KrW-/AbfG eingreift. Das KrW-/AbfG ist daher nicht auf die Körper anderer Tiere anwendbar, wenn die Behörde durch Bescheid den Anlagenzwang herbeiführt.

Umstritten ist, ob der Anwendungsvorrang des § 2 Abs. 2 Nr. 1 KrW-/AbfG auch dann eingreift, wenn eine solche Anordnung nicht ergeht, also keine Beseitigungspflicht in Tierkörperbeseitigungsanstalten besteht.

Das KrW-/AbfG ist nach überwiegender Auffassung auf die Körper sogenannter anderer Tiere anwendbar, wenn die Behörde keine Beseitigungspflicht im Einzelfall anordnet.³⁶⁴

Teilweise wird die Vorschrift des § 2 Abs. 2 Nr. 1 KrW-/AbfG dagegen so ausgelegt, dass bereits dasjenige, was im Falle einer behördlichen Anordnung potentiell

³⁶³ *Grünewald*, Das Tierkörperbeseitigungsrecht, S. 116.

³⁶⁴ *Kunig*, in: *Kunig/Paetow/Versteyl*, § 2 KrW-/AbfG, Rn.15; *Fluck*, § 2 KrW-/AbfG, Rn. 69; *Fertig*, NuR 1999, S. 434 (436 f.).

der Beseitigungspflicht nach TierKBG unterliegt, nach den Vorschriften des TierKBG „zu beseitigen“ ist.³⁶⁵

Dieser Auffassung ist allerdings nicht zuzustimmen. Der Ausschluss des Abfallrechts nach § 2 Abs. 2 Nr. 1 KrW-/AbfG rechtfertigt sich mit Blick auf die Tierkörperbeseitigung darin, dass die Entsorgung dieser Abfälle spezialgesetzlichen Anforderungen unterliegt. Ist dies für eine bestimmte Gruppe von Tierkörpern nicht der Fall, besteht kein Grund, sie nicht dem allgemeinen Abfallrecht zu unterstellen. Deshalb ist der herrschenden Auffassung zuzustimmen, wonach die Anwendung des Abfallrechts greift, wenn die Behörde keine Beseitigungspflicht durch eine Anordnung im Einzelfall herbeiführt.

Mit einem solchen Ergebnis mögen allerdings in der Praxis – unvermeidbare – Schwierigkeiten verbunden sein. Die Abgrenzung der Rechtsregime wird von behördlichen Einzelfallentscheidungen abhängig.

Solange die für den Vollzug des TierKBG zuständige Behörde keine Verfügung gemäß § 5 Abs. 1 Satz 2 TierKBG erlässt, greifen nach dieser Auffassung die abfallrechtlichen Pflichten und damit die Zuständigkeit der Abfallbehörden. Treffen diese – etwa auf der Grundlage des § 21 KrW-/AbfG – Maßnahmen im Hinblick auf die Erfüllung abfallrechtlicher Pflichten, so wird diesen Maßnahmen die rechtliche Grundlage entzogen, sobald eine Verfügung gemäß § 5 Abs. 1 Satz 2 TierKBG erlassen wird. Die Rechtsregime und damit die Zuständigkeit wechselt wieder, falls die Verfügung aufgehoben werden sollte.³⁶⁶

³⁶⁵ So wohl von Köller, KrW-/AbfG, S. 84; das KrW-/AbfG gelte gem. § 2 Abs. 2 nicht für Stoffe, deren Entsorgung in Sondergesetzen wie dem TierKBG geregelt ist oder regelbar ist, und zwar unabhängig davon, ob die Sondergesetze eigene Abfallvorschriften enthalten oder nicht.

³⁶⁶ Darüber hinaus stellt sich die Frage, welche Wirkung die Einlegung eines Rechtsbehelfs oder Rechtsmittels, die Anordnung der sofortigen Vollziehung und ähnliche die Vollziehbarkeit der Verfügung beeinflussenden Schritte haben.

Im Ergebnis gilt trotz dieser vollzugspraktischen Schwierigkeiten:

Ordnet die Behörde gem. § 5 Abs. 1 Satz 2 TierKBG im Einzelfall eine Beseitigung „anderer“ Tierkörper in Tierkörperbeseitigungsanstalten an, so ist die Anwendbarkeit des Abfallrechts ausgeschlossen, da es sich dann iSv § 2 Abs. 2 Nr. 1 KrW-/AbfG um einen nach dem TierKBG „zu beseitigenden“ Stoff handelt. Ohne eine derartigen Einzelakt ist das KrW-/AbfG anwendbar.

bbb) Tierkörperteile und Erzeugnisse, für die gem. §§ 6 Abs. 2 Nr. 3, 7 Abs. 2 TierKBG Ausnahmen von der Beseitigungspflicht bestehen

Nach §§ 6 Abs. 2 Nr. 3, 7 Abs. 2 TierKBG besteht keine Beseitigungspflicht für Tierkörperteile und Erzeugnisse³⁶⁷, die in **Gaststätten** und Einrichtungen zur Gemeinschaftsverpflegung³⁶⁸ in geringen Mengen anfallen.

Die Beseitigungspflicht gilt auch nicht für in **privaten Haushalten** anfallende Tierkörperteile und Erzeugnisse, und zwar unabhängig von der Menge.³⁶⁹ Als „geringe Mengen“ wird die von den zuständigen Landesbehörden vereinbarte Menge von 10 kg täglich von der Rechtsprechung akzeptiert.³⁷⁰ Wird die genannte Grenze überschritten, besteht der Anstaltszwang fort, d.h. nicht geringe Mengen unterliegen der Beseitigungspflicht in Tierkörperbeseitigungsanstalten, soweit nicht eine Verwertung im Rahmen des § 6 Abs. 2 Nr. 2

³⁶⁷ Neben zubereitetem Fleisch, Eiern und Milch fallen hierunter auch Verarbeitungsreste von frischem Fleisch.

³⁶⁸ Hierunter fallen nicht Großküchen, vgl. *Grünwald*, UPR 1995, S. 97 (98).

³⁶⁹ Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut des § 6 Abs. 2 Nr.3 TierKB; der Begriff „geringe Menge“ bezieht sich grammatikalisch ausschließlich auf die Gaststätten und Einrichtungen der Gemeinschaftsverpflegung; vgl. OVG Münster, NuR 1995, S. 418 (419); *Fluck*, § 2 KrW-/AbfG, Rn. 73; *Fertig*, NuR 1999, S. 434 (438).

³⁷⁰ OVG Münster, NuR 1995, S. 418 (419); ebenso *Grünwald*, UPR 1995, S. 97 (98); *Fluck*, § 2 KrW-/AbfG, Rn.72.

TierKBG oder aufgrund einer behördlichen Anordnung nach § 8 Abs. 1 TierKBG das Verfüttern gestattet ist.

Im Ergebnis besteht in der Literatur Einigkeit, dass das Abfallrecht auf diese „Küchenabfälle“ Anwendung findet.³⁷¹

Teilweise wird dies mit Sinn und Zweck des KrW-/AbfG begründet, da anderenfalls sämtliche häuslichen, bzw. die in Gaststätten und Einrichtungen der Gemeinschaftsverpflegung in geringen Mengen anfallenden Abfälle tierischen Ursprungs der geordneten Abfallbeseitigung – sowohl dem tierkörperbeseitigungsrechtlichen, als auch dem abfallrechtlichen Regime – entzogen würden.³⁷²

Da diese nach §§ 6 Abs. 2 Nr. 3, 7 Abs. 2 TierKBG nicht der Beseitigungspflicht in Tierkörperbeseitigungsanstalten unterliegen und deren Beseitigung keinen besonderen Anforderungen nach dem TierKBG unterliegt, ist das Abfallrecht auf diese Abfälle anzuwenden. Wird die geringe Menge in Gaststätten oder Einrichtungen der Gemeinschaftsverpflegung allerdings überschritten, bleibt es bei der Beseitigungspflicht nach §§ 6 Abs. 1, 7 Abs.1 TierKBG, mit der Folge, dass das Abfallrecht dann nicht angewendet werden kann.

4. Zusammenfassung

Die Frage nach der Anwendung des Abfallrechts bzw. des Tierkörperbeseitigungsrechts auf Tierkörper(-teile) und Erzeugnisse lässt sich wie folgt zusammenfassen:

³⁷¹ Kunig, in: Kunig/Paetow/Versteyl, § 2 KrW-/AbfG, Rn.17; Hoschützky/Kreft, § 1 AbfG, Anm. 3.1.1.; Hösel/v. Lersner/Wendenburg, § 2 KrW-/AbfG, Rn. 9; Grünwald, Das Tierkörperbeseitigungsrecht, S. 23; ders. UPR 1995, S. 97 (99); v. Mutius/Schidlowski, NuR 1993, S. 419 (420); Bartels, Abfallrecht, S. 30; Fluck, § 2 KrW-/AbfG, Rn. 73.

³⁷² Hösel/v. Lersner/Wendenburg, § 2 KrW-/AbfG, Rn. 9; Grünwald, Das Tierkörperbeseitigungsrecht, S. 23; ders. UPR 1995, S. 97 (99); Fertig, NuR 1999, S. 434 (437).

Die Anwendbarkeit des Abfallrechts auf Tierkörper, Tierkörperteile und Erzeugnisse tierischer Herkunft ist nach § 2 Abs. 2 Nr.1 KrW-/AbfG ausgeschlossen, soweit diese Stoffe vom TierKBG erfasst werden und dieses Gesetz dann die Beseitigung von Tieren, Tierkörpern oder Erzeugnissen bestimmten Anforderungen unterwirft.

Danach ist die Anwendung des Abfallrechts zum einen dann ausgeschlossen, wenn kraft Gesetzes oder aufgrund behördlicher Anordnung eine Beseitigungspflicht in Tierkörperbeseitigungsanstalten besteht oder herbeigeführt wird. Die Anwendung des Abfallrechts ist zum anderen dann ausgeschlossen, wenn zwar aufgrund einer gesetzlichen oder aufgrund einer im Einzelfall zugelassenen Ausnahme keine Beseitigungspflicht in einer Tierkörperbeseitigungsanstalt besteht, die Beseitigung aber gleichwohl bestimmten gesetzlichen Anforderungen unterliegt. Dies gilt auch, soweit das TierKBG die technische Bearbeitung oder industrielle Verarbeitung von Tierkörperteilen mit bestimmten Maßgaben zulässt.

Fällt eine Entsorgungsmaßnahme in den Anwendungsbereich des TierKBG, enthält dieses Gesetz aber keine Maßgaben für die Beseitigung, so bleibt das Abfallrecht anwendbar.

Im Ergebnis ist die **Anwendung des Abfallrechts ausgeschlossen**, wenn die Voraussetzungen folgender Regelungen des TierKBG erfüllt sind:

- § 5 Abs. 1 Satz 1
- § 5 Abs. 1 Satz 2, wenn die Behörde eine Anordnung nach dieser Vorschrift erlässt
- § 5 Abs. 2
- § 6 Abs. 1
- § 6 Abs. 2 Nrn. 1 und 2
- § 6 Abs. 3
- § 7 Abs. 1 Satz 1
- § 8.

Anwendbar bleibt das Abfallrecht, wenn die Voraussetzungen folgender Regelungen des TierKBG erfüllt sind:

- § 5 Abs. 1 Satz 2, wenn die zuständige Behörde keine Anordnung nach dieser Vorschrift erlässt

- § 6 Abs. 2 Nr. 3
§ 7 Abs. 2.

III. Zur Abgrenzung zwischen Abfallrecht und Bergrecht (§ 2 Abs. 2 Nr. 4 KrW-/AbfG)

Nach § 2 Abs. 2 Nr. 4 KrW-/AbfG gelten die Vorschriften dieses Gesetzes nicht für ...

„Abfälle, die beim Aufsuchen, Gewinnen, Aufbereiten und Weiterverarbeiten von Bodenschätzen in den der Bergaufsicht unterstehenden Betrieben anfallen, ausgenommen Abfälle, die nicht unmittelbar und üblicherweise nur bei den im 1. Halbsatz genannten Tätigkeiten anfallen.“

1. Einleitung

In Betrieben des Bergbaus entstehen in großem Umfang Rückstände, die unter den Abfallbegriff des KrW-/AbfG fallen.³⁷³ Ferner werden Abfälle im Bergbau verwendet, etwa in stillgelegten Anlagen des Altbergbaus, in denen beispielsweise bergbauliche Abfälle in den Versatz gelangen oder auf Halden gelagert werden. Das Bergrecht regelt in seinem Anwendungsbereich auch den Umgang mit Abfällen, wobei die Regelungsintensität deutlich hinter derjenigen des Abfallrechts zurückbleibt. Während sich für den Bereich der bergbaufremden Abfälle³⁷⁴ beide Regelungsregime überlagern, trifft das Abfallrecht für bergbaueigene Abfälle eine Abgrenzungsregelung.

Der Vorläufer im Abfallgesetz stellte in § 1 Abs. 3 Nr. 3 AbfG alle Abfälle aus dem Bergbau von der Anwendung des AbfG frei und erklärte insoweit lediglich einzelne Vorschriften wie die §§ 5a, 12, 14 Abs. 1 i.V.m. § 5a des Abfallgesetzes, die sich auf die Altölentsorgung bezogen, für anwendbar. Der Zweck dieses teilweisen Rückzuges des Abfallrechts besteht vor allem darin, die traditionsgeprägten Privilegien des Bergbaus von den abfallrechtlichen Anforderungen freizuhalten.³⁷⁵ Der Gesetzgeber des KrW-/AbfG hat sich in § 2 Abs. 2 Nr. 4 für eine grundsätzliche Aufrechterhaltung dieses so genannten „Bergbauprivilegs“ ent-

³⁷³ Im Anhang I des KrW-/AbfG werden unter Q 11 auch bei der Förderung von Rohstoffen im Bergbau anfallende Rückstände als Abfälle eingestuft.

³⁷⁴ Zur Verbringung von bergbaufremden Abfällen in bergbauliche Hohlräume siehe *Brach*, ZuR 1995, 114 ff.

³⁷⁵ Siehe statt Vieler *Kunig*, in: *Kunig/Paetow/Versteyl*, § 2 KrW-/AbfG, Rn. 34.

schieden, es aber zugleich eingeschränkt. Die Anwendung des Abfallrechts ist lediglich noch für solche Bergbauabfälle ausgeschlossen, die „unmittelbar und üblicherweise nur“ bei den bergbaulichen Tätigkeiten anfallen.

Die Abgrenzung zwischen Abfall- und Bergrecht wird in § 2 Abs. 2 Nr. 4 KrW-/AbfG anhand unterschiedlicher Merkmale vorgenommen, die nacheinander abzuarbeiten sind. Besonderes Augenmerk ist auf die erwähnte Rückausnahme im zweiten Halbsatz zu richten. Kumulativ müssen folgende Voraussetzungen vorliegen:

- Die Abfälle müssen in einem der Bergaufsicht unterstehenden Betrieb bei einer bergbaulichen Tätigkeit angefallen sein;
- Rückausnahme (positiv formuliert): die Abfälle müssen unmittelbar und üblicherweise nur bei einer bergbaulichen Tätigkeit anfallen.

2. Abfälle aus einem der Bergaufsicht unterstehenden Betrieb

Der Ausschluss der Anwendbarkeit des KrW-/AbfG nach § 2 Abs. 2 Nr. 4 KrW-/AbfG setzt zunächst voraus, dass es sich um Abfälle handelt, die in einem der Bergaufsicht unterstehenden Betrieb angefallen sind. Für die Reichweite der Bergaufsicht einschließlich der in § 2 Abs. 2 Nr. 4 KrW-/AbfG genannten Tätigkeiten, bei denen Abfälle anfallen, sind die Regelungen des Bundesberggesetzes³⁷⁶ (BBergG) maßgeblich.

Der Bergaufsicht, d.h. der Überwachung nach dem BBergG, unterliegen die Bergbau betreibenden Betriebe (§ 69 BBergG). Das BBergG gilt gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 1 BBergG für das Aufsuchen, Gewinnen und Aufbereiten von Bodenschätzen „einschließlich des Verladens, Beförderns, Abladens, Lagerns und Ablagerns von Bodenschätzen, Nebengestein und sonstigen Massen, soweit es im unmittelbaren betrieblichen Zusammenhang mit dem Aufsuchen, Gewinnen oder Aufbereiten steht und sich nicht aus § 2 Abs. 4 BBergG etwas anderes ergibt“. Unter „Nebengestein und sonstigen Massen“ sind auch Abfälle aus Bergbaubetrieben zu verstehen.³⁷⁷ Das Verladen und Befördern von Nebengestein und sonstigen Massen im öffentlichen Schienenverkehr oder beim Krafffahr-

³⁷⁶ Vom 13.09.1980, BGBl. I, S. 1310, geändert durch Gesetz vom 12.02.1990 (BGBl. I 1990, S. 215).

³⁷⁷ Fluck, § 2 KrW-/AbfG, Rn. 111; Kunig, in: Kunig/Paetow/Versteyl, § 2 KrW-/AbfG, Rn.35.

zeugverkehr auf öffentlichen Wegen und Plätzen wird gemäß § 2 Abs. 4 BBergG nicht vom Bergrecht erfasst.

In zeitlicher Hinsicht endet die Bergaufsicht gemäß § 69 Abs. 2 BBergG erst dann, wenn nicht mehr damit zu rechnen ist, dass durch den Betrieb Gefahren für Leben und Gesundheit Dritter, für andere Bergbaubetriebe und für Lagerstätten, deren Schutz im öffentlichen Interesse liegt, oder gemeinschädliche Einwirkungen auftreten werden. Bergaufsicht und mithin auch das „Bergbauprivileg“ können insoweit über den Zeitpunkt der Beendigung der betrieblichen Tätigkeit hinausgehen.³⁷⁸

Ferner müssen die Abfälle in dem der Bergaufsicht unterliegenden Betrieb beim Aufsuchen, Gewinnen, Aufbereiten oder Weiterverarbeiten angefallen sein. Die Begriffe des Aufsuchens, Gewinnens, Aufbereitens und Weiterverarbeitens sind in § 4 Abs. 1 – 3 BBergG definiert. **Aufsuchen** ist auf die Entdeckung oder auf die Feststellung der Ausdehnung von Bodenschätzen gerichtete Tätigkeit. **Gewinnen** ist das Lösen oder Freisetzen von Bodenschätzen, einschließlich der damit zusammenhängenden vorbereitenden, begleitenden, und nachfolgenden Tätigkeiten. **Aufbereiten** ist das Trennen oder Anreichern von Bodenschätzen nach stofflichen Bestandteilen oder geometrischen Abmessungen auf physikalischer und chemischer Grundlage einschließlich der damit zusammenhängenden vorbereitenden, begleitenden und nachfolgenden Tätigkeiten sowie das Brikettieren, Verschwelen, Verkoksen etc. von Bodenschätzen, soweit sie im unmittelbaren oder räumlichen Zusammenhang mit der Gewinnung erfolgt.

§ 4 Abs. 3 Satz 2 BBergG enthält eine Regelung über die Abgrenzung der Aufbereitung von der Weiterverarbeitung. **Weiterverarbeitung** wird dabei als sonstige Be- oder Verarbeitung von Bodenschätzen umschrieben, sofern das Schwergewicht der Tätigkeit nicht bei der Aufbereitung liegt. Da das Weiterverarbeiten nach § 2 Abs. 1 BBergG nicht in den sachlichen Geltungsbereich des BBergG fällt, unterliegt diese Tätigkeit grundsätzlich nicht dem Bergrecht.³⁷⁹ Mit der in § 4 Abs. 3 Satz 2 BBergG getroffenen Regelung wollte der Gesetzgeber vermeiden, dass

³⁷⁸ Kunig, in: Kunig/Paetow/Versteyl, § 2 KrW-/AbfG, Rn.35.

³⁷⁹ Lediglich in § 173 Abs. 2 BBergG ist die Möglichkeit einer Ausnahme für Kraftwerke und Schamottfabriken vorgesehen.

durch die notwendige gesetzliche Abgrenzung zusammengehörige Betriebsvorgänge unterschiedlichen Rechtsvorschriften unterworfen werden. Deshalb sollen zusammenhängende Bereiche einheitlich entweder der Aufbereitung oder Weiterverarbeitung zugerechnet werden.³⁸⁰ Maßgebliches Kriterium für die Zuordnung ist das Schwergewicht der unternehmerischen Tätigkeit. Steht die Aufbereitung im Vordergrund, so ist Bergrecht auf den gesamten Betrieb, also auch auf den Arbeitsgang der Weiterverarbeitung anwendbar. Liegt dagegen der Schwerpunkt beim Weiterverarbeitungsteil, so fallen auch die der Aufbereitung dienenden Arbeitsvorgänge und Einrichtungen nicht unter das Bergrecht.³⁸¹

3. **Anfall der Abfälle „unmittelbar und üblicherweise nur“ bei einer bergbaulichen Tätigkeit**

Die Rückausnahme im zweiten Halbsatz des § 2 Abs. 2 Nr. 4 KrW-/AbfG führt zur Anwendung des Abfallrechts für Abfälle, die nicht unmittelbar oder nicht üblicherweise nur bei den im ersten Halbsatz genannten Tätigkeiten – Aufsuchen, Gewinnen, Aufbereiten, Weiterverarbeiten von Bodenschätzen – anfallen. Positiv formuliert: Nur für solche Abfälle ist die Anwendung des Abfallrechts ausgeschlossen, die unmittelbar und üblicherweise nur bei der bergbaulichen Tätigkeit anfallen.

Die Merkmale „unmittelbar“ und „üblicherweise nur“ stehen in engem Zusammenhang. Die Abfälle müssen kumulativ beide Merkmale erfüllen, um aus dem Anwendungsbereich des Abfallrechts herauszufallen. Nach dem Wortlaut der Regelung beziehen sich Unmittelbarkeit und Üblichkeit auf den Anfall der Abfälle. Dem Unmittelbarkeitsmerkmal kommt aber eine Funktion nur für die späteren Phasen des Umgangs mit den im Bergbaubereich angefallenen Abfällen zu. Bevor auf die Bedeutung des Unmittelbarkeitsmerkmals für die Behandlung und Entsorgung von Abfällen näher eingegangen werden soll³⁸², ist zu klären, welche Abfälle überhaupt aus dem Anwendungsbereich des Abfallrechts herausfallen können. Diese Voraussetzungen werden durch das zweite Merkmal der Rückausnahme beschrieben, wonach die Anwendung des Abfallrechts

380 *Boldt/Weller*, § 4 BBergG, Rn. 17.

381 *Boldt/Weller*, § 4 BBergG, Rn. 17.

382 S. u., b).

nur für solche Abfälle ausgeschlossen ist, die üblicherweise nur bei einer der bergbaulichen Tätigkeiten anfallen.

a) Üblicher Anfall nur im Bergbau

Die Beschränkung des „Bergbauprivilegs“ auf bergbauspezifische Abfälle wurde mit dem KrW-/AbfG eingeführt. Darin kommt die Bemühung zum Ausdruck, das abfallrechtliche Regime gegenüber der Rechtslage nach dem Abfallgesetz auf solche bergbaulichen Rückstände auszudehnen, die nicht typischerweise in den der Bergaufsicht unterstehenden Betrieben anfallen.³⁸³ Auch die weitere Beratung des Gesetzentwurfes lässt den Zweck erkennen, die Ausnahme lediglich auf bergbauspezifische Abfälle zu begrenzen.³⁸⁴

Die Anwendung des Kriteriums des Abfallanfalls „üblicherweise nur“ bei einer der bergbaulichen Tätigkeiten legt zwei gedankliche Schritte nahe:

Die Beurteilung der **Üblichkeit** erfordert zunächst eine typisierende Betrachtungsweise: es ist zu prüfen, ob es sich um Stoffe handelt, die regelmäßig und typischerweise bei den in § 2 Abs. 2 Nr. 4 KrW-/AbfG genannten Tätigkeiten anfallen.³⁸⁵ In den Anwendungsbereich des Abfallrechts fallen dagegen solche Abfälle, deren (unmittelbarer) Anfall bei einer der bergbaulichen Tätigkeiten ein im konkreten Fall untypischer Vorgang war. In der Literatur und Rechtsprechung finden sich keine praktikablen Beispiele für eine solche Fallgruppe.

Praktische Bedeutung kommt jedoch dem zweiten gedanklichen Schritt zu, der durch das Wort „**nur**“ repräsentiert wird. Danach unterfallen dem Abfallrecht diejenigen Bergbauabfälle, die – typi-

³⁸³ Vgl. die Begründung des Regierungsentwurfs zu § 2 Abs. 2, BT-Drucksache 12/5672 vom 15.09.1993. Der Regierungsentwurf sah ursprünglich allerdings nur die Anwendung bestimmter Vorschriften des KrW-/AbfG vor.

³⁸⁴ So ausdrücklich die Begründung im Bericht des Ausschusses für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit, BT-Drucksache 12/7284, Begründung zu § 2 unter b)ee).

³⁸⁵ *Fluck*, § 2 KrW-/AbfG, Rn. 126; *Kunig*, in: *Kunig/Paetow/Versteyl*, § 2 KrW-/AbfG, Rn. 37; *Hösel/v. Lersner/Wendenburg*, § 2 KrW-/AbfG, Rn.17.

scherweise - **auch** bei anderen Tätigkeiten anfallen.³⁸⁶ Es reicht also für den Ausschluss des Abfallrechts nicht aus, dass die Abfälle bergbautypisch sind. Sie müssen darüber hinaus bergbauspezifisch in dem Sinne sein, dass sie typisch **gerade** für den Bergbau im Unterschied zu anderen abfallverursachenden Tätigkeiten sind. Es ist deshalb im Einzelfall zu prüfen, ob die fraglichen Abfälle üblicherweise auch bei anderen abfallverursachenden Tätigkeiten anfallen.

Unbestritten fallen in diesem Sinne üblicherweise nur im Bergbau Abraummassen, Grob- und Waschberge sowie sonstiges Material für Halden an.³⁸⁷

In der älteren – noch zur Zeit des Abfallgesetzes veröffentlichten – Literatur werden darüber hinaus generell Abfälle, die typischerweise bei den bergbaulichen Tätigkeiten anfallen, in das Bergbauprivileg einbezogen.³⁸⁸ Auch in der neueren Literatur findet sich teilweise eine solche Auffassung.³⁸⁹ Dieses weite Verständnis des Bergbauprivilegs ist wegen der mit dem KrW-/AbfG gegenüber der Vorläuferregelung in § 1 Abs. 3 AbfG eingeführten Begrenzung auf bergbauspezifische Abfälle und wegen des eindeutigen Wortlautes des § 2 Abs. 2 Nr. 4 und der erläuterten Zielsetzung des Gesetzgebers nicht mehr haltbar.

Deshalb fallen beispielsweise Erdmassen, die durch den Aushub für Bauwerke entstehen³⁹⁰, unter das Abfallrecht, weil Erdmassen regelmäßig auch beim Aushub für Bauwerke in anderen Wirtschaftsbereichen anfallen. Gleiches gilt für Altöle, für deren synthetische Ersatzstoffe wie PCB und für Hydraulikflüssigkeiten aus den technischen Einrichtungen des Bergbaus, weil diese Stoffe gewöhnlich auch in anderen Wirtschaftszweigen anfallen.³⁹¹ Auch

³⁸⁶ *Fluck*, § 2 KrW-/AbfG, Rn. 126; *Kunig*, in: *Kunig/Paetow/Versteyl*, § 2 KrW-/AbfG, Rn.37.

³⁸⁷ *Boldt/Weller*, § 55 BBergG, Rn.30; *Hösel/v. Lersner/Wendenburg*, § 2 KrW-/AbfG, Rn.17; *Fluck*, § 2 KrW-/AbfG, Rn. 127; *Kunig*, in: *Kunig/Paetow/Versteyl*, § 2 KrW-/AbfG, Rn.37.

³⁸⁸ Siehe insbesondere *Boldt/Weller*, § 55 BBergG, Rn. 30.

³⁸⁹ Vgl. *Fluck*, § 2 KrW-/AbfG, Rn. 127.

³⁹⁰ *Kunig*, in: *Kunig/Paetow/Versteyl*, § 2 KrW-/AbfG, Rn.37; a.A. *Fluck*, § 2 KrW-/AbfG, Rn.127.

³⁹¹ *Fouquet*; *Umweltrechtliche Anforderungen*, S. 69; *Fritsch*, *Das neue KrW-/AbfG*³⁹¹ *Fritsch*, *Das neue Kreislaufwirtschafts- und Abfallrecht*, Rn. 198; *Kunig*, in: *Kunig/Paetow/Versteyl* § 2 KrW-/AbfG

der beim Abbruch von Betriebsanlagen anfallende Bauschutt weist keine Bergbauspezifika auf.³⁹²

Kraftwerksaschen und Entschwefelungsrückstände aus den der Bergaufsicht unterstehenden Kraftwerken³⁹³ können zwar beim Aufbereiten und Weiterverarbeiten anfallen, jedoch fehlt es auch hier an der Voraussetzung, dass diese üblicherweise nur beim Aufbereiten bzw. Weiterverarbeiten von Bodenschätzen anfallen.³⁹⁴ Solche als Abfall zu qualifizierenden Kraftwerksrückstände fallen typischerweise auch in nicht der Bergaufsicht unterstehenden Kraftwerken an. Nicht bergbauspezifisch sind auch die hausmüllähnlichen Abfälle aus den der Bergaufsicht unterstehenden Betrieben wie Kantinen, Verwaltungsgebäuden und Wohnheimen.³⁹⁵

b) Unmittelbarkeitskriterium

Nach Maßgabe des vorstehend unter 3. erörterten Kriteriums fallen nur bergbauspezifische Abfälle aus dem Anwendungsbereich des Abfallrechts heraus. Nach dem Wortlaut des § 2 Abs. 2 Nr. 4 KrW-/AbfG müssen die Abfälle zudem *unmittelbar* bei einer der genannten bergbaulichen Tätigkeiten anfallen. Allgemein wird davon ausgegangen, dass dieses Unmittelbarkeitskriterium an § 2 Abs. 1 Nr. 1 BBergG anknüpft. Zunächst ist deshalb auf den Regelungsgehalt dieser Vorschrift einzugehen.

Rn. 37; Kunig/Paetow/Versteyl, § 2 KrW-/AbfG, Rn. 37; a.A. *Boldt/Weller*, § 55 BBergG Rn. 30. § 55 BBergG, Rn. 30.

³⁹² *Fouquet*; Umweltrechtliche Anforderungen, S. 69; *Fritsch*, Das neue Kreislaufwirtschafts- und Abfallrecht, Rn. 198; *Kunig*, in: Kunig/Paetow/Versteyl, § 2 KrW-/AbfG Rn. 37; a.A. *Boldt/Weller*, § 55 BBergG, Rn. 30.

³⁹³ § 173 Abs. 2 BBergG enthält eine Verordnungsermächtigung für die Landesregierung, durch die Kraftwerke oder Schamottfabriken in den Geltungsbereich des BBergG einbezogen werden können, so dass diese der Bergaufsicht unterstehen. Mit der in § 173 Abs. 2 BBergG enthaltenen Ermächtigung wollte es der Gesetzgeber ermöglichen, dass dem für den Steinkohlebergbau typischen Energieverbund zwischen Bergwerk und Kraftwerk durch Einbeziehung von Kraftwerken in den Geltungsbereich des BBergG Rechnung getragen werden kann; vgl. *Boldt/Weller* § 173 BBergG, Rn. 2.

³⁹⁴ *Hösel/v. Lersner/Wendenburg*, § 2 KrW-/AbfG, Rn. 17; *Fouquet*; Umweltrechtliche Anforderungen, S. 69; *Kunig*, in: Kunig/Paetow/Versteyl, § 2 KrW-/AbfG, Rn. 37; *Fluck*, § 2 KrW-/AbfG, Rn. 128; a.A. *Boldt/Weller*, § 55 BBergG, Rn. 30.

³⁹⁵ *Fritsch*, Das neue Kreislaufwirtschafts- und Abfallrecht, Rn. 199; *Kunig*, in: Kunig/Paetow/Versteyl, § 2 KrW-/AbfG, Rn. 37; *Fluck*, § 2 KrW-/AbfG, Rn. 128; *Boldt/Weller*, § 55 BBergG, Rn. 30.

aa) Der unmittelbare betriebliche Zusammenhang i.S.d. Bergrechts

Auch für den Geltungsbereich des Bergrechts ist eine Unmittelbarkeitsbeziehung maßgeblich: Das Gesetz gilt nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 BBergG für

„das Aufsuchen, Gewinnen und Aufbereiten von bergfreien und grundeigenen Bodenschätzen einschließlich des Verladens, Beförderns, Abladens, Lagerns und Ablagern von Bodenschätzen, Edelmetalle und sonstigen Massen, soweit es im unmittelbaren betrieblichen Zusammenhang mit dem Aufsuchen, Gewinnen oder Aufbereiten steht ...“

Es darf sich somit nicht um eine bergbaufremde Tätigkeit handeln. Alles, was sachlich als zum ordnungsgemäßen Betrieb eines Bergwerkes gehörig zu verstehen ist, steht in unmittelbarem betrieblichen Zusammenhang mit den genannten Tätigkeiten. Von einem unmittelbaren betrieblichen Zusammenhang kann dann nicht mehr gesprochen werden, wenn die Tätigkeit vornehmlich sonstigen, bergbaufremden Zwecken dient und nicht in erster Linie funktionell dem Aufsuchen, Gewinnen und Aufbereiten von Bodenschätzen zuzuordnen ist.³⁹⁶ Das Bergrecht ist deshalb auf das Verladen, Befördern, Abladen, Lagern und Ablagern von Abfällen nur insoweit anwendbar, als diese Tätigkeiten in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Aufsuchen, Gewinnen oder Aufbereiten stehen. Bergbaufremde Tätigkeiten, die nicht sachlich als zum ordnungsgemäßen Betrieb eines Bergwerkes gehörig zu verstehen sind, scheiden aus dem Bergrechtsregime aus.

Werden zum bergmännischen Versatz³⁹⁷ oder zur Verfüllung³⁹⁸ Abfälle verwendet, ist hinsichtlich der Anwendung des

³⁹⁶ VGH Mannheim, ZuR 1999, S. 103 (104).

³⁹⁷ Darunter versteht man die Auffüllung von Hohlräumen in Untertagebauen zur Erfüllung bergtechnischer, bergsicherheitlicher oder bergwirtschaftlicher Zwecke, vgl. Freytag, NuR 1996, S. 334.

³⁹⁸ Darunter versteht man die teilweise oder vollständige Auffüllung von Tagebauen zu bergtechnischen Zwecken oder zur Wiedernutzbarmachung der Oberfläche, vgl. Freytag, NuR 1996, S. 334.

Berg- und/oder des Abfallrechts zwischen verschiedenen Konstellationen zu unterscheiden. Grundsätzlich kommt die Anwendung des Bergrechts unter dem Gesichtspunkt des Ablagerns von sonstigen Massen (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 BBergG) in Betracht.³⁹⁹ Bei **bergbaufremden** Abfällen findet das Abfallrecht in jedem Fall Anwendung. Versatz oder Verfüllung mit bergbaufremden Abfällen unterfällt nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 BBergG parallel dem Bergrecht, wenn der Versatz eine Verwertung i.S.d. § 4 Abs. 3 KrW-/AbfG darstellt, da nur unter dieser Voraussetzung ein unmittelbarer betrieblicher Zusammenhang mit dem Gewinnen von Bodenschätzen besteht.⁴⁰⁰ Insoweit sind Abfallrecht und Bergrecht parallel anwendbar, wobei das Abfallrecht für die Abgrenzung zwischen Verwertung und Beseitigung und für die Anforderungen an die Verwertung maßgeblich bleibt. Auf bergbaueigene Abfälle findet das Bergrecht nach Maßgabe des § 2 Abs. 1 Nr. 1 BBergG Anwendung. Das Abfallrecht bleibt parallel anwendbar, wenn nicht die Voraussetzungen des § 2 Abs. 2 Nr. 4 KrW-/AbfG vorliegen. Nur insoweit besteht für bergbaueigene Abfälle das „Bergbauprivileg“.

Der Wortlaut des § 2 Abs. 2 Nr. 4 KrW-/AbfG stellt maßgeblich auf den **Anfall** des Abfalls „beim Aufsuchen, Gewinnen, Aufbereiten und Weiterverarbeiten von Bodenschätzen“ ab. Als Abfall angefallen sind Stoffe oder Gegenstände dann, wenn die Abfalleigenschaft bei einer der genannten bergbaulichen Tätigkeiten entsteht. Erzeuger der beim Aufsuchen, Gewinnen, Aufbereiten und Weiterverarbeiten von Bodenschätzen anfallenden Abfälle ist der Bergbauunternehmer, bei dem die Merkmale des Abfallbegriffs erstmals erfüllt sind.⁴⁰¹ Ein Anfall „bei“ einer der genannten Tätigkeiten liegt stets im Anwendungsbereich des Bergrechts, ohne dass es zusätzlich auf einen Unmittelbarkeits-Zusammenhang ankä-

³⁹⁹ VGH Mannheim, ZuR 1999, S. 103 (104).

⁴⁰⁰ Die Beseitigung von bergbaufremden Abfällen unterliegt dagegen ausschließlich dem Abfallrecht, vgl. BVerwG, NVwZ 2000, S. 1057 f., VGH Mannheim, ZUR 1999, S. 103 (104).

⁴⁰¹ Vgl. *Frenz*, Rechtliche Grundsatzfragen der Auslegung der neuen abfallrechtlichen Vorschriften des Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetzes – Anforderungen an die Verwertung und sonstige Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Verwertung (Gutachten), 2000, S.168.

me. Es sind die zentralen bergbaulichen Tätigkeiten des Aufsuchens, Gewinnens oder Aufbereitens von Bodenschätzen selbst, die insoweit abfallerzeugend sind. Nach Maßgabe des Kriteriums des „unmittelbaren betrieblichen Zusammenhangs“ werden dagegen **weitere** Tätigkeiten in das Bergrechtsregime einbezogen, nämlich die des Verladens, Beförderns, Abladens, Lagerns und Ablagerns.⁴⁰² Diese Tätigkeiten sind in der Regel nicht mit dem Anfall von Abfällen verbunden. Bei den bergrechtlich einbezogenen Tätigkeiten kann es sich jedoch um Abfalltransporte und Teilakte der Abfallentsorgung handeln.⁴⁰³

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, welche Bedeutung dem in § 2 Abs. 2 Nr. 4 KrW-/AbfG eingefügten Merkmal des **unmittelbaren** Anfalls zukommt. Ein „mittelbarer“ Anfall eines Abfalls „beim“ Aufsuchen, Gewinnen oder Aufbereiten ist streng genommen kaum denkbar. Obwohl das Kriterium des „unmittelbaren betrieblichen Zusammenhangs“ nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 BBergG – wie dargestellt – **andere** Tätigkeiten als das Aufsuchen, Gewinnen oder Aufbereiten dem Bergrecht unterstellt, wird in der Literatur allgemein davon ausgegangen, dass das Wort „unmittelbar“ in § 2 Abs. 2 Nr. 4 KrW-/AbfG an die bergrechtlich geprägte Unmittelbarkeitsbeziehung anknüpfe.⁴⁰⁴ Hervorzuheben ist allerdings, dass der unmittelbare betriebliche Zusammenhang weniger mit Blick auf den **Anfall** des Abfalls, als vielmehr mit Blick auf seine **weitere Behandlung und Entsorgung** erörtert wird.⁴⁰⁵ Im Zentrum der Überlegungen stehen dabei Abfälle, die nach ihrem Anfall in dem der Bergaufsicht unterliegenden Betrieb oder außerhalb behandelt oder entsorgt werden.⁴⁰⁶

⁴⁰² Zu Abfällen als „Massen“ im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 1 BBergG s. VGH Mannheim, NuR 1999, S. 336;

⁴⁰³ Dabei unterliegt die Beseitigung bergbaufremder Abfälle ausschließlich dem Abfallrecht, vgl. BVerwG, NVwZ 2000, S. 1057.

⁴⁰⁴ So ausdrücklich *Kunig*, in: *Kunig/Paetow/Versteyl*, § 2 KrW-/AbfG, Rn. 36; *Fritsch*, Das neue Kreislaufwirtschafts- und Abfallrecht, Rn. 195; *Hösel/v. Lersner/Wendenburg*, § 2 KrW-/AbfG, Rn. 17

⁴⁰⁵ Näher s. u. bb).

⁴⁰⁶ Vgl. z. B. *Fouquet*, S. 68 f; *Kunig*, in: *Kunig/Paetow/Versteyl*, § 2 KrW-/AbfG, Rn. 36; *Fluck*, § 2 KrW-/AbfG, Rn. 120.

Dem Unmittelbarkeitsmerkmal kommt also im Hinblick auf den Anfall der Abfälle keine selbstständige Bedeutung zu. Wirkung entfaltet es nach der überwiegend vertretenden Auffassung dagegen bei der Frage, inwieweit die weitere Behandlung und Entsorgung der bergbauspezifischen (s. o., a)) Abfälle von der Anwendung des Abfallrechts ausgeschlossen sein kann.

bb) Bedeutung des Unmittelbarkeitsmerkmals

Nach anderer Auffassung bezieht sich der Unmittelbarkeits-Zusammenhang lediglich auf den **Anfall** des Abfalls.⁴⁰⁷ Ist der Abfall in diesem Sinne bei einer in § 2 Abs. 2 Nr. 4 KrW-/AbfG genannten Tätigkeiten angefallen, ist er nach dieser Auffassung dem Abfallrecht entzogen, ohne dass es hinsichtlich seiner weiteren Behandlung, Lagerung und Entsorgung auf einen unmittelbaren betrieblichen Zusammenhang ankäme. Diese Auffassung hat den Wortlaut des § 2 Abs. 2 Nr. 4 KrW-/AbfG für sich, wonach alle Abfälle, die einmal unter diesen Voraussetzungen angefallen sind, unabhängig von ihrem weiteren Werdegang dem Abfallrecht entzogen scheinen. Dem Merkmal „unmittelbar“ in § 2 Abs. 2 Nr. 4 KrW-/AbfG käme indes nach dieser Auslegung keine Bedeutung zu. Ferner steht sie nicht im Einklang mit der Zielsetzung des § 2 Abs. 2 KrW-/AbfG insgesamt und des „Bergbauprivilegs“ im besonderen. Käme es für die weitere Entsorgung der Bergbauabfälle nicht auf den unmittelbaren betrieblichen Zusammenhang an, so wäre nämlich das Abfallrecht selbst dann nicht anwendbar, wenn die Abfälle das bergrechtliche Regime verlassen. Das Abfallrecht soll sich aber nach § 2 Abs. 2 KrW-/AbfG nur insoweit zurückziehen, als Fachgesetze regelnd greifen. Insbesondere die Befreiung des Bergbaus von abfallrechtlichen Anforderungen ist von der Zielsetzung her begrenzt auf den Anfall und den Umgang mit bergbaueigenen und –spezifischen (s. o., a) Abfällen unter der Regie des Bergrechts.

407

Fluck, § 2 KrW-/AbfG, Rn. 120

Vor dem Hintergrund dieser Überlegungen besteht der Sinn des in § 2 Abs. 2 Nr. 4 KrW-/AbfG enthaltenen Unmittelbarkeitskriteriums darin, den Ausschluss des Abfallrechts auf das bergrechtliche Regime für die Entsorgung bergbaueigener Abfälle zu begrenzen. Das Abfallrecht ist nur ausgeschlossen, soweit die Abfälle beim Aufsuchen, Gewinnen oder Aufbereiten angefallen sind und ihre weitere Behandlung oder Entsorgung in unmittelbarem betrieblichen Zusammenhang mit diesen Tätigkeiten steht. Nur soweit diese Voraussetzung während der Behandlung oder Entsorgung der bergbaueigenen Abfälle nach ihrem Anfall erfüllt ist, bleibt das Abfallrecht unanwendbar. Stets ist aber zu beachten, dass dies nur für solche das Unmittelbarkeitskriterium erfüllenden Abfälle gilt, die zudem bergbauspezifisch (dazu s. o., a) sind.

Für das Bedürfnis nach einer möglichst klaren Abgrenzung ist es fruchtbar, die Unmittelbarkeitsbeziehung weniger deskriptiv im Hinblick auf die technischen Betriebsabläufe, sondern eher normativ zu bestimmen. So wird teilweise für die Beurteilung des Unmittelbarkeitszusammenhangs auf die Reichweite der Betriebsplanpflicht gemäß § 51 Abs. 1 Satz 1 BBergG⁴⁰⁸ oder auf den Inhalt des bergrechtlichen Betriebsplans und auf dessen abfallbezogenen Festsetzungen nach §§ 51, 55 BBergG abgestellt.⁴⁰⁹

Nach § 51 BBergG bedarf die Errichtung, Führung und Einstellung von Aufsuchungs- und Gewinnbetrieben sowie Betrieben zur Aufbereitung eines Betriebsplans. Die materiellrechtlichen Anforderungen sind in § 55 BBergG normiert. Nach § 55 Abs. 1 Nr. 6 BBergG darf ein Betriebsplan nur zugelassen werden, wenn sichergestellt ist, dass die beim Aufsuchen, Gewinnen und Aufbereiten von Bodenschätzen anfallenden Abfälle ordnungsgemäß beseitigt werden. Die ordnungsgemäße Beseitigung von Abfällen ist aber nicht nur

⁴⁰⁸ Fluck, § 2 KrW-/AbfG, Rn. 119.

⁴⁰⁹ Hösel/v. Lersner/Wendenburg, § 2 KrW-/AbfG, Rn. 17; Schwermer, in: Kunig/Schwermer/Versteyl, § 1 AbfG Rn. 65; Fritsch, Rn. 200.

Voraussetzung für die Erteilung eines Betriebsplans, sondern zugleich Gegenstand der diese Pflichten konkretisierenden Festlegungen des Betriebsplans. Das Bergrecht unterstellt damit bestimmte Formen des Umgangs mit Abfällen einem Zulassungsvorbehalt und hält ein Instrumentarium zur Durchsetzung von auf die Abfallentsorgung bezogenen Pflichten bereit. Nur soweit solche Pflichten bestehen, kann eine das Abfallrecht ausschließende Fachregelung angenommen werden.

Die allgemeine Aussage, der unmittelbare betriebliche Zusammenhang sei nach Maßgabe der Reichweite der bergrechtlichen Betriebsplanpflicht⁴¹⁰ und anhand des bergrechtlichen Betriebsplans⁴¹¹ zu bestimmen, bedarf allerdings noch der Präzisierung. Die Betriebsplan**pflicht** bezieht sich umfassend auf den Geltungsbereich des Bergrechts (§ 2 Abs. 1 BBergG) und unterwirft insoweit alle bergbaulichen Tätigkeiten einem Zulassungsvorbehalt. Im Zusammenhang mit dem Anfall und der Entsorgung von Abfällen tätig werden darf der Bergbauunternehmer jedoch nur auf der Grundlage eines Betriebsplans, der solche Tätigkeiten zulässt. Wären alle der Betriebsplanpflicht unterliegenden Tätigkeiten – einschließlich des Umgangs mit Bergbauabfällen – dem Abfallrecht entzogen, so gälte dies auch für eine im Einzelfall nicht zugelassene bergbauliche Tätigkeit.

Auf die zentrale Bedeutung der bergrechtlichen Betriebsplanzulassung als rechtlicher Rahmen, der die Ordnungsgemäßheit und Schadlosgkeit der Abfallentsorgung sicherstellt, hat auch das Bundesverwaltungsgericht hingewiesen.⁴¹²

Dem Zweck des § 2 Abs. 2 Nr. 4 – „Bergbauprivileg“ – entspricht es deshalb allein, nur solche bergbaulichen Tätigkei-

⁴¹⁰ *Fritsch*, Das neue Kreislaufwirtschafts- und Abfallrecht, Rn. 195

⁴¹¹ *Hösel/v. Lersner/Wendenburg*, § 2 KrW-/AbfG, Rn. 17; *Fritsch*, Das neue Kreislaufwirtschafts- und Abfallrecht, Rn. 196

⁴¹² NVwZ 1994, S. 897 (898); vgl. auch OVG Münster, NVwZ-RR 1995, S. 441 (442).

ten im Zusammenhang mit bergbauspezifischen Abfällen von der Anwendung des Abfallrechts freizustellen, die bergrechtlich zugelassen sind. Das historisch überkommene „Bergbauprivileg“ gründet auf der Motivation, einen bergrechtlich zulässigen Umgang mit Abfällen von überlagernden abfallrechtlichen Anforderungen freizuhalten. Voraussetzung für die Privilegierung ist deshalb, dass der Umgang mit den Abfällen auf der Grundlage einer bergrechtlichen Zulassung erfolgt. Soweit der Umgang mit den Abfällen durch diese Zulassung gedeckt ist, ist das Abfallrecht nicht anwendbar. Unterliegt die mit dem Anfall von Abfällen verbundene Tätigkeit zwar der Bergaufsicht, ist sie jedoch nicht vom Betriebsplan gedeckt, ist das Abfallrecht uneingeschränkt anwendbar.

Maßgebliche Bedeutung kommt nach diesen Grundsätzen der Reichweite, den Festlegungen und Grenzen des Betriebsplans zu. Vorbehaltlich der nachfolgend unter dd) erörterten Einschränkung fallen unter das Bergbauprivileg Abfälle, die im Rahmen des technischen Betriebsablaufs – wie er im Betriebsplan zugelassen und zugleich sachlich begrenzt ist - beim Aufsuchen, Gewinnen, Aufbereiten und Weiterverarbeiten von Bodenschätzen anfallen.⁴¹³ Abfälle in diesem Sinne können – je nach Zulassung - z. B. Abraummassen, Grob- und Waschberge, Kraftwerksasche, Flotationsabgänge, Kalkschlämme aus Kokereien, Bleischlämme und Rückstandssalze sein.⁴¹⁴ Zu beachten ist aber, dass diesen Abfällen – je nach Fallgestaltung – bereits das Merkmal der Bergbauspezifität (s. o. a)) fehlen kann.⁴¹⁵ An dem unmittelbaren betrieblichen Zusammenhang fehlt es, wenn die bei der bergbaulichen Tätigkeit angefallenen Abfälle einer Anlage zur weiteren Behandlung zugeführt werden, die mit der bergbaulichen Tätigkeit nicht zulassungsrechtlich zu einer betrieblichen Einheit verbunden ist. Nur die bei der bergbaulichen Tätigkeit angefallenen und anschließend im Rahmen der Zulassung behandelten Abfälle fallen unter das Bergbau-

⁴¹³ *Fritsch*, Das neue Kreislaufwirtschafts- und Abfallrecht, Rn. 196; *Boldt/Weller*, § 55 BBergG, Rn.30.

⁴¹⁴ *Fritsch*, Das neue Kreislaufwirtschafts- und Abfallrecht, Rn. 196; *Boldt/Weller*, § 55 BBergG, Rn.30.

⁴¹⁵ Z. B. Kraftwerksasche.

privileg. Dies schließt ggf. die Konditionierung der bei der Bergbautätigkeit angefallenen Abfälle, zum Zwecke des anschließenden Versatzes ein.

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten:

Der Ausschluss des Abfallrechts für bergbaueigene Abfälle wird durch die Betriebsplanzulassung begründet und zugleich begrenzt. Ist eine bergbauliche Tätigkeit i.S.d. § 2 Abs. 1 Nr. 1 BBergG nicht zugelassen, findet das Abfallrecht uneingeschränkt Anwendung. Erstreckt sich die Betriebsplanzulassung beispielsweise nicht auf die Weiterverarbeitung von Bodenschätzen, so unterliegen die bei einer gleichwohl betriebenen Weiterverarbeitung anfallenden Abfälle dem Abfallrecht.

cc) Räumliche Entfernung zwischen Anfallort und dem Ort der weiteren Behandlung oder Entsorgung

Auf dieser Grundlage ergibt sich folgender Lösungsvorschlag für den Fall der räumlichen Entfernung zwischen dem Anfallort des Abfalls und dem Ort dessen weiterer Behandlung oder Ablagerung. Nach gängiger Auffassung in der Literatur kann eine von dem Gewinnungsbetrieb über größere Entfernungen getrennte Halde gleichwohl im unmittelbaren betrieblichen Zusammenhang mit diesem stehen⁴¹⁶. Es dürfte schwerlich möglich sein, aufgrund des technischen Betriebsablaufs Kriterien dafür zu entwickeln, unter welchen Voraussetzungen eine räumliche Entfernung zwischen Anfall- und Behandlungsort des Abfalls in „unmittelbarem betrieblichen Zusammenhang“ stehen. Entscheidend für die Unmittelbarkeit des Abfalls dürften dagegen weniger räumliche oder technisch-betriebliche Aspekte sein. Sind die räumlich voneinander entfernten Tätigkeiten durch einen einheitlichen Betriebsplan zugelassen, so ist nach dem hier vertretenen Lösungsvorschlag – ungeachtet räumlicher Entfernungen – ein

⁴¹⁶ *Fouquet*, Umweltrechtliche Anforderungen an das Verbringen von Rückständen in bergbauliche Hohlräume, S.69; *Fritsch*, Das neue Kreislaufwirtschafts- und Abfallrecht, Rn. 200; nach *Hösel/v. Lersner/Wendenburg*, § 2 KrW-/AbfG, Rn. 17, ist der betriebliche Zusammenhang noch zu bejahen, wenn die Halde im Betriebsplan der Grube zugeordnet wurde.

unmittelbarer betrieblicher Zusammenhang zu bejahen. In diesen Fällen ist deshalb die Anwendung des Abfallrechts ausgeschlossen. Allerdings ist zu beachten, dass das Abfallrecht für den Transport im öffentlichen Schienen-, Straßen- und Schiffsverkehr anwendbar bleibt, da insoweit das Bergrecht nicht gilt (§ 2 Abs. 4 BBergG).

dd) Behandlung oder Entsorgung der Abfälle außerhalb des Bergbaubetriebes

Dies betrifft beispielsweise bergbaueigene Reststoffe, die der Bergbauunternehmer einem Dritten überlässt, um sich der Abfälle zu entledigen oder sie von dem Dritten behandeln und gegebenenfalls verwerten zu lassen. Solche Fälle der Behandlung oder Entsorgung der in dem Bergbaubetrieb angefallenen Abfälle außerhalb dieses Betriebes werden in der Literatur vielfach erörtert. Einigkeit besteht zunächst darüber, dass die bei einer Behandlung von bergbauspezifischen Abfällen durch Dritte gegebenenfalls entstehende neue Abfälle nicht mehr dem Bergrecht unterliegen, also nicht durch § 2 Abs. 2 Nr. 4 KrW-/AbfG privilegiert werden.⁴¹⁷

Umstritten ist allerdings, ob dies auch für die von dem Dritten übernommenen Abfälle selbst gilt. Nach Auffassung von *Fluck* umfasst die Privilegierung gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 4 KrW-/AbfG auch den Fall, dass unmittelbar beim Bergbau angefallene Abfälle von einem Dritten zur bloßen Ablagerung übernommen werden⁴¹⁸, also keine weitere Behandlung der Abfälle durch den Dritten erfolgt.

Diese Auffassung wird von der überwiegenden Literaturmeinung⁴¹⁹ abgelehnt, die insbesondere den sachlichen Geltungsbereich des BBergG und den Zweck des Bergbauprivi-

⁴¹⁷ *Fluck*, § 2 KrW-/AbfG, Rn.120; *Kunig*, in: Kunig/Paetow/Versteyl, § 2 KrW-/AbfG, Rn.36; *Fouquet*, Umweltrechtliche Anforderungen an das Verbringen von Rückständen in bergbauliche Hohlräume, S. 69 f.

⁴¹⁸ *Fluck*, § 2 KrW-/AbfG, Rn.120.

⁴¹⁹ *Fritsch*, Das neue Kreislaufwirtschafts- und Abfallrecht, Rn. 200; *Hösel/v. Lersner/Wendenburg*, § 2 KrW-/AbfG, Rn. 17; *Kunig*, in: Kunig/Paetow/Versteyl, § 2 KrW-/AbfG, Rn.36; *Freytag*, NuR 1996, S. 334 (335 f.); *Bartels*, Abfallrecht, S. 32; *Schulte*, ZfB 1987, S. 179 (203); ebenso *Schwermer* in Kunig/Schwermer/Versteyl, § 1 AbfG, Rn. 65, allerdings noch zum alten Recht.

legs als Argumentationshilfe heranzieht. Zum einen wird eingewandt, dass Reststoffe, die einem Dritten zur Weiterverwertung übergeben werden, derer sich dieser entledigen will oder die wegen ihrer Beschaffenheit entsorgt werden müssen, den sachlichen Anwendungsbereich des BBergG verließen, da die Bergbauabfälle dem durch Plan zugelassenen Betrieb nicht mehr zugeordnet werden könnten.⁴²⁰

Weiterhin wird eingewandt, eine fortbestehende Privilegierung solcher Abfälle führe zu einem widersinnigen Ergebnis. Das Bergbauprivileg solle „den Bergbau“ begünstigen, aber nicht Abfallbesitzer, in deren Hände Bergbauabfälle gelangen. Privilegierter Abfall verliere das Privileg daher, sobald er den sachlichen Anwendungsbereich des BBergG verlasse⁴²¹. Der herrschenden Meinung ist auf Grundlage des hier vertretenen Lösungsansatzes mit folgender zusätzlichen Einschränkung zuzustimmen: Die Anwendung des Abfallrechts beginnt nicht erst dort, wo der Abfall den sachlichen Anwendungsbereich des BBergG verlässt, sondern bereits dort, wo der Umgang mit den Abfällen nicht mehr durch die Betriebsplanzulassung gedeckt ist.

4. Mittelbare Anwendung des KrW-/AbfG im Bergrecht

Soweit das Bergbauprivileg reicht, ist die unmittelbare Anwendung des KrW-/AbfG ausgeschlossen. So gilt beispielsweise die TA-Abfall unter den Voraussetzungen des § 2 Abs. 2 Nr. 4 KrW-/AbfG nicht für die Beseitigung von bergbaueigenen Abfällen.⁴²² Gleichwohl können die Anforderungen an den Umgang mit Abfällen im Rahmen des Vollzuges des Bergrechts (s.o., II. 3. a) durch das Abfallrecht beeinflusst sein. Anforderungen, die das KrW-/AbfG aufstellt, können über unbestimmte Rechtsbegriffe oder Verweisungen des BBergG in das Bergrecht einfließen („mittelbare Anwendung“).

⁴²⁰ Schwemer in Kunig/Schwemer/Versteyl, § 1 AbfG, Rn. 65, allerdings noch zum alten Recht.

⁴²¹ Kunig, in: Kunig/Paetow/Versteyl, § 2 KrW-/AbfG, Rn. 36; Freytag, NuR 1996, S. 334 (335 f.); im Ergebnis ebenso, jedoch ohne eingehende Begründung Hösel/v. Lersner/Versteyl, § 2 KrW-/AbfG, Rn. 17.

⁴²² Brach, ZuR 1995, S. 114.

Nach einer in der abfallrechtlichen Literatur verbreiteten Auffassung⁴²³, der sich auch die Rechtsprechung⁴²⁴ angeschlossen hat, gilt im Bergrecht insbesondere der selbe Abfallbegriff wie im Abfallrecht; für die Unterscheidung von Abfällen zur Verwertung und Abfällen zur Beseitigung sind deshalb die abfallrechtlichen Regelungen anzuwenden. Dies wird unter anderem damit begründet, dass nähere Definitionen dieser Begriffe im BBergG fehlen, so dass diese abfallrechtlich zu bestimmen seien.⁴²⁵ Schließlich öffnete sich das Bergrecht ausweislich des § 48 Abs. 2 BBergG anderen öffentlich-rechtlichen Vorschriften und den in ihnen normierten Voraussetzungen.⁴²⁶

Ein weiteres Beispiel für eine mittelbare Anwendung des Abfallrechts liefert § 55 Abs. 1 Nr. 6 BBERGG, wonach die Zulassung eines Betriebsplans u.a. voraussetzt, dass „die anfallenden Abfälle ordnungsgemäß beseitigt werden“. Konkrete Vorschriften, was unter einer ordnungsgemäßen Beseitigung zu verstehen ist, enthält das BBergG jedoch nicht. Die Anwendung der Maßgaben des KrW-/AbfG wird von der ganz überwiegenden Literatur –bejaht.⁴²⁷ Ein Begründungsansatz geht dahin, mangels gesetzlicher Konkretisierung des Tatbestandsmerkmals „ordnungsgemäße Beseitigung“ im Bergrecht die Anforderungen der §§ 10–12 KrW-/AbfG, insbesondere des § 10 Abs. 4 KrW-/AbfG heranzuziehen. Dazu gehören insbesondere der Schutz vor einer schädlichen Verunreinigung des Bodens und der Gewässer, die Vermeidung schädlicher Umwelteinwirkungen durch Luftverunreinigung oder Lärm sowie die Wahrung der Belange des Naturschutzes, der Landschaftspflege, des Städtebaus und der Raumordnung. Nach einem zweiten Begründungsansatz soll der Begriff „ordnungsgemäß“ wie in § 5 Abs. 3 KrW-/AbfG und § 5 Abs. 1 Nr. 3 BImSchG als Verweis auf andere öffentlich-rechtliche Vorschriften verstanden werden, die Vorgaben für die Abfall-

⁴²³ Schink, Anmerkungen zum Urteil des VGH Mannheim v. 20.10.98 in ZuR 1999, S. 106 (107); Mann in Brandt/Ruchay/Weidemann, § 7 KrW-/AbfG, Rn. 49; Kunig, in: Kunig/Paetow/Versteyl, § 7 KrW-/AbfG, Rn. 19; Freytag, Anm. zum Urteil des VG Stuttgart v. 26.11.96, NuR 1997, S. 518.

⁴²⁴ VG Stuttgart, NuR 1997, S. 516 (517); VGH Mannheim, ZuR 1999, S. 103 (104 f.).

⁴²⁵ Frenz, Abfallverwertung im Bergbau, S. 31; VG Stuttgart, NuR 1997, S. 516 (517).

⁴²⁶ Frenz, Abfallverwertung im Bergbau, S. 31; VG Stuttgart, NuR 1997, S. 516 (517).

⁴²⁷ Bartels, Abfallrecht, S. 32; Hösel/v. Lersner/Wendenburg, § 2 KrW-/AbfG, Rn. 17, a.E.; Fritsch, Das neue Kreislaufwirtschafts- und Abfallrecht, Rn. 203; Kunig, in: Kunig/Paetow/Versteyl, § 2 KrW-/AbfG, Rn. 38; Fluck, § 2 KrW-/AbfG, Rn. 131; Boldt/Weller, § 55 BBergG, Rn. 31; Schwermer, in: Kunig/Schwermer/Versteyl, § 1 AbfG, Rn. 68.

beseitigung enthalten.⁴²⁸ Die Anforderungen an eine „ordnungsgemäße Beseitigung“ seien daher den § 10 – 12 KrW-/AbfG zu entnehmen.

5. Zusammenfassung

Das Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz hat mit der Abgrenzungsregelung in § 2 Abs. 2 Nr. 4 das sogenannte „Bergbauprivileg“ gegenüber der Vorläuferregelung im Abfallgesetz eingeschränkt. Die Anwendung des Abfallrechts ist nur noch für solche Bergbauabfälle ausgeschlossen, die „unmittelbar und üblicherweise nur“ bei den genannten bergbaulichen Tätigkeiten anfallen.

Die Anwendung des Abfallrechts ist nach § 2 Abs. 2 Nr. 4 KrW-/AbfG ausgeschlossen, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

- Die Abfälle müssen beim Aufsuchen, Gewinnen, Aufbereiten und Weiterverarbeiten von Bodenschätzen in einem der Bergaufsicht unterstehenden Betrieb angefallen sein. Als Abfall angefallen sind Stoffe oder Gegenstände, wenn die Abfalleigenschaft bei einer der genannten bergbaulichen Tätigkeiten entsteht. Erzeuger der bei den genannten Bergbautätigkeiten anfallenden Abfälle ist der Bergbauunternehmer, bei dem die Merkmale des Abfallbegriffs erstmals erfüllt sind.
- Die Rückausnahme im 2. Halbsatzes des § 2 Abs. 2 Nr. 4 KrW-/AbfG lautet positiv formuliert: Nur für solche Abfälle ist die Anwendung des Abfallrechts ausgeschlossen, die unmittelbar und üblicherweise nur bei einer der im 1. Halbsatzes genannten, bergbaulichen Tätigkeiten anfallen. Die Abfälle müssen kumulativ die Merkmale „unmittelbar“ und „üblicherweise nur“ erfüllen:
 - Die Abfälle sind „üblicherweise nur“ bei der Bergbautätigkeit angefallen, wenn sie bergbautypisch **und** bergbauspezifisch in dem Sinne sind, dass sie typisch gerade für den Bergbau – im Unterschied zu anderen abfallverursachenden Tätigkeiten – sind. Deshalb fallen beispielsweise Erdmassen, die durch den Aushub für Bauwerke entstehen, nicht unter das Bergbauprivileg.
 - Die Funktion des Merkmals „unmittelbar“ besteht im Wesentlichen darin, den Ausschluss des Abfallrechts bei der weiteren Behandlung oder Entsorgung der angefallenen Bergbauabfälle (siehe vorstehende Voraussetzungen) zu begrenzen.

⁴²⁸

Fluck, § 2 KrW-/AbfG, Rn. 131; ähnlich auch Kunig, in: Kunig/Paetow/Versteyl, § 2 KrW-/AbfG, Rn. 38.

Die weitere Behandlung oder Entsorgung der angefallenen Bergbauabfälle muss in unmittelbarem betrieblichen Zusammenhang mit dem Aufsuchen, Gewinnen, Aufbereiten oder Weiterverarbeiten von Bodenschätzen stehen. Diese Unmittelbarkeitsbeziehung ist normativ zu bestimmen. Die Anwendung des Abfallrechts ist ausgeschlossen, soweit der Umgang mit den Bergbauabfällen von einer bergrechtlichen Betriebsplanzulassung gedeckt ist. Umgekehrt greift das Abfallrecht ein, wenn die weitere Behandlung oder Entsorgung der Bergbauabfälle – sei es durch den Bergverantwortlichen oder durch einen Dritten – nicht mehr von Inhalt und Reichweite der Betriebsplanzulassung umfasst ist. Für die Anwendung des Abfallrechts im Falle einer räumlichen Entfernung zwischen dem Ort des Anfalls des Abfalls und dem Ort der Weiterverarbeitung oder (Ab-)Lagerung bedeutet dies, dass das Abfallrecht nur dann ausgeschlossen ist, wenn die räumlich von einander entfernten Tätigkeiten durch einen einheitlichen Betriebsplan zugelassen sind.

IV. Abgrenzung zwischen Abfallrecht und Wasserrecht (§ 2 Abs. 2 Nr. 6 KrW-/AbfG)

Nach § 2 Nr. 6 KrW-/AbfG gelten die Vorschriften dieses Gesetzes nicht für ...

„Stoffe, sobald diese in Gewässer oder Abwasseranlagen eingeleitet oder eingebracht werden ...“

1. Einleitung

Werden feste oder flüssige Stoffe, die sich als Abfall im Sinne von § 3 Abs. 1 KrW-/AbfG darstellen, in Gewässer oder Abwasserbehandlungsanlagen eingeleitet oder eingebracht, so stellt sich die Frage, welches Rechtsregime auf diese Stoffe anwendbar ist: das Abfallrecht, das Wasserrecht oder beide nebeneinander.

Insbesondere stellen sich folgende Fragen:

- Richten sich die Zulässigkeit der Beseitigung und die Anforderungen an eine Genehmigung nach Wasserrecht oder nach Abfallrecht? Gilt das Verwertungsgebot in § 5 Abs. 2 KrW-/AbfG?
- Nach welchem Recht ist eine Behandlungsanlage für die jeweiligen Stoffe zu genehmigen?
- Wie sind die Stoffe zu kategorisieren und welches untergesetzliche Regelwerk ist zu beachten? Kann z. B. ein Nachweis gemäß der AbfNachwVO verlangt werden, findet die Bestimmungsverordnung über besonders überwachungsbedürftige Abfälle Anwendung, bedarf der Transport der Stoffe einer Genehmigung nach § 49 KrW-/AbfG, ist die Abwasserverordnung zu beachten?

Eine Regelung zur Abgrenzung der Anwendungsbereiche von Abfall- und Wasserrecht fand sich bereits in § 1 Abs. 3 Nr. 5 des AbfG von 1977: Danach war **“Abwasser, soweit es in Gewässer oder Abwasseranlagen eingeleitet wird”**, vom Anwendungsbereich des Gesetzes ausgenommen. Diese Regelung führte jedoch zu Abgrenzungsproblemen, da insbesondere der Begriff des Abwassers streitig war (und ist).⁴²⁹ Deshalb wurde die Vorschrift 1986 geändert. Vom Geltungsbe-

⁴²⁹

Hierzu ausführlich unten unter 3. a) bb).

reich des Abfallgesetzes ausgenommen waren nunmehr **“Stoffe, die in Gewässer oder Abwasseranlagen eingeleitet oder eingebracht werden”**.

Durch das KrW-/AbfG wurde der Ausnahmetatbestand in § 2 Abs. 2 Nr. 6 neu formuliert. Danach gilt das Gesetz nicht für **“Stoffe, sobald diese in Gewässer oder Abwasseranlagen eingeleitet oder eingebracht werden”**.

Im Folgenden soll untersucht werden, wie sich nach dieser letzten Novelle die Anwendungsbereiche von Wasser- und Abfallrecht abgrenzen lassen. Da § 2 Abs. 2 Nr. 6 KrW-/AbfG für das Abfallrecht eine zeitliche Anwendbarkeitsbestimmung – “sobald” – trifft, ist zwischen der Zeit **vor** und **nach** Beginn der Einleitung/Einbringung eines Stoffes in ein Gewässer oder eine Abwasserbehandlungsanlage zu unterscheiden. Im Anschluss daran wird die Anwendbarkeit des Abfallgesetzes auf Stoffe, die wieder aus Gewässern entnommen werden (insbesondere Klärschlamm) erörtert werden.

2. Das anwendbare Recht *nach* Beginn der Einleitung oder Einbringung

Für die Zeit nach Beginn der Einleitung oder Einbringung eines Stoffes in ein Gewässer oder eine Abwasserbehandlungsanlage trifft § 2 Abs. 2 Nr. 6 KrW-/AbfG eine eindeutige Aussage: von diesem Zeitpunkt an ist das KrW-/AbfG und damit auch das untergesetzliche Regelwerk zu diesem Gesetz nicht anwendbar, es findet allein das Wasserrecht Anwendung.

Ob der Stoff, der eingeleitet oder eingebracht wird, **vor** dem Beginn der Einleitung oder Einbringung dem Abfallrecht unterfällt, ist für die Frage nach dem anwendbaren Recht **nach** Beginn der Einleitung oder Einbringung insoweit völlig irrelevant: das Abfallrecht findet jedenfalls jetzt keine Anwendung mehr.

Um die Trennlinie, die § 2 Abs. 2 Nr. 6 KrW-/AbfG mit zeitlichem Ansatz zieht, genau zu verdeutlichen, sind die Begriffe des § 2 Abs. 2 Nr. 6 KrW-/AbfG zu definieren.

Der Begriff der **Stoffe** in § 2 Abs. 2 Nr. 6 KrW-/AbfG wird weiter als in § 3 Nr. 1 des Chemikaliengesetzes⁴³⁰ ausgelegt. Stoffe im Sinne des Abfallrechts sind auch Zubereitungen und Erzeugnisse.⁴³¹ Stoffe können jeden Aggregatzustand haben, also fest, flüssig oder gasförmig sein.⁴³²

Der Begriff der **Gewässer** ist wasserrechtlich zu bestimmen.⁴³³ Nach § 1 Abs. 1 WHG fallen hierunter oberirdische Gewässer, Küstengewässer und das Grundwasser.

Abwasseranlagen sind im Wasserhaushaltsgesetz⁴³⁴ nicht definiert. Bei der Auslegung dieses Begriffes wird die Definition der Abwasserbehandlungsanlagen in § 2 Abs. 3 AbwAG nicht herangezogen, da sich insbesondere die Ausdehnung auf Anlagen, die dazu dienen, die Entstehung von Abwasser ganz oder teilweise zu verhindern, an den Möglichkeiten der Abgabenerhebung oder –freistellung und Zuwendungen für bestimmte Anlagen orientiert und nicht an den im WHG geregelten Standortfragen und technischen Anforderungen.⁴³⁵ Nach der Literatur gehören zu den Abwasseranlagen im Sinne des § 2 Abs. 2 Nr. 6 KrW-/AbfG bzw. im Sinne des WHG alle auf eine gewisse Dauer angelegten, nicht notwendig ortsfesten Anlagen zur Abwasserbeseitigung, insbesondere zum Sammeln, Fortleiten, Behandeln, Einleiten, Versickern, Verregnen oder Verrieseln von Abwasser sowie zur Klärschlammwässerung.⁴³⁶ Dabei ist es unerheblich, ob die Anlagen öffentlich oder privat betrieben werden. Anlagen, die dazu dienen, die Entstehung von Abwasser ganz oder teilweise zu verhindern, sind keine Abwasseranlagen im Sinne des WHG. Zu den Abwasseranlagen sind auch häusliche

⁴³⁰ Gesetz zum Schutz vor gefährlichen Stoffen i.d.F. vom 25.07.1994 (BGBl. I, S. 1963), zuletzt geändert durch Gesetz vom 14.05.1998 (BGBl. I, S. 950).

⁴³¹ *Fluck*, ZfW 1996, S. 489 ff. (489).

⁴³² *Fluck*, § 2 KrW-/AbfG, Rn 140.

⁴³³ *Fluck*, § 2 KrW-/AbfG, Rn. 145; *Kunig*, in: Kunig/Paetow/Versteyl, § 2 KrW-/AbfG Rn. 41.

⁴³⁴ Gesetz zur Ordnung des Wasserhaushaltes i.d.F. vom 12.11.1996 (BGBl. I, S. 1695), zuletzt geändert durch Gesetz vom 25.08.1998 (BGBl. I, S. 2455), im Folgenden: „WHG“.

⁴³⁵ Vgl. hierzu *Dahme*, in Sieder/Zeitler/Dahme, § 18a WHG, Rn. 26; § 18b WHG, Rn. 6.

⁴³⁶ *Nisipeanu*, Abwasserrecht, S. 451 ff.; *Czychowski*, § 18b Rn. 2 f.; *Dahme*, in Sieder/Zeitler/Dahme, § 18b WHG, Rn. 6; *Fluck*, § 2 KrW-/AbfG, Rn. 146; *Hösel/v. Lersner/Wendenburg*, § 2 KrW-/AbfG, Rn. 6.

Anlagen zur Fortleitung von Abwasser zu zählen, etwa Toiletten und Abflüsse, sowie die Kanalisation.⁴³⁷

Der Begriff des **Einleitens** bezieht sich auf flüssige, schlammige und gasförmige Stoffe.⁴³⁸ Er bezeichnet das unmittelbare Verbringen von Abwasser in ein Gewässer.⁴³⁹ Stoffe können auch in das Grundwasser eingeleitet werden, indem sie in den Untergrund verbracht werden, so z.B. wenn Gülle allein zum Zweck der Beseitigung und nicht auch zum Zweck der Verwertung (als Dünger) aufgebracht wird. Wird mit der Aufbringung jedoch unmittelbar nicht die Beseitigung, sondern eine Bodenverbesserung beabsichtigt, so fällt dies nicht unter Einleiten.⁴⁴⁰ **Einbringen** ist das Zuführen fester Stoffe zum Wasser.⁴⁴¹ Sowohl das Einleiten als auch das Einbringen setzt eine unmittelbare zweckgerichtete Einwirkung auf das Gewässer voraus.⁴⁴² **„Sobald“** bedeutet mit Beginn der Einleitung oder Einbringung.⁴⁴³

Auf die abfall- und wasserrechtliche **Zulässigkeit** der Einleitung oder Einbringung kommt es nach ganz herrschender Meinung in Literatur⁴⁴⁴ und Rechtsprechung⁴⁴⁵ nicht an. Dies ergibt sich bereits aus der Entstehungsgeschichte der Norm. Der Bundesrat schlug im Rahmen der Novelle des Abfallgesetzes 1986 die Formulierung „Stoffe, die in Gewässer oder Abwasseranlagen eingeleitet oder eingebracht werden dürfen“ vor.⁴⁴⁶ Damit wäre auf die Legalität der Einleitung abgestellt worden. Nach der Gegenäußerung der Bundesregierung⁴⁴⁷ wurde bewusst auf einen Bezug zur Legalität des Zuführens verzichtet. Auch aus dem Zweck der Norm ergibt sich, dass es auf die Zulässigkeit des Zuführens

⁴³⁷ Hösel/v. Lersner/Wendenburg, § 2 KrW-/AbfG, Rn. 19; Fluck, § 2 KrW-/AbfG, Rn. 146; Kunig, in: Kunig/Paetow/Versteyl, § 2 KrW-/AbfG, Rn. 41.

⁴³⁸ Knopp, in Sieder/Zeitler/Dahme, § 3 WHG, Rn. 17; Czychowski, § 3 Rn 32; BayObLG v. 29.9.1994, DÖV 1995, 74 f.

⁴³⁹ Hösel/v. Lersner/Wendenburg, § 2 KrW-/AbfG, Rn. 19

⁴⁴⁰ Hierzu Birn, § 2 KrW-/AbfG, S. 6; OVG Münster v. 28.10.1988, ZfW 1989, S. 226 (227).

⁴⁴¹ Czychowski, § 3 Rn 25; Knopp, in Sieder/Zeitler/Dahme, § 3 WHG, Rn. 17.

⁴⁴² Knopp, in Sieder/Zeitler/Dahme, § 3 WHG, Rn. 3.

⁴⁴³ Fluck, § 2 KrW-/AbfG, Rn. 141; Kunig, in: Kunig/Paetow/Versteyl, § 2 KrW-/AbfG, Rn. 43.

⁴⁴⁴ Kunig, in: Kunig/Paetow/Versteyl, § 2 KrW-/AbfG, Rn. 43; Fritsch, Kreislaufwirtschafts- und Abfallrecht, Rn. 206; Czychowski, § 7a Rn 6; v. Köller, Leitfaden S. 77; zur Rechtslage nach dem AbfG (1972), Bickel, DÖV 1983, S. 256.

⁴⁴⁵ So zur Rechtslage vor Inkrafttreten des KrW-/AbfG BayObLG v. 29.9.1994, DÖV 1995, S. 74 f.; VG Köln v. 30.11.1988 Az 4 L 1144/88 (juris).

⁴⁴⁶ BT-Drs 10/2885, S. 41.

⁴⁴⁷ BT-Drs 10/2885, S. 48.

nicht ankommen kann: werden Stoffe in Gewässer eingeleitet oder eingebracht, so soll allein Wasserrecht gelten, weil Stoffe, die sich nunmehr im Gewässer befinden, diesem in aller Regel nicht wieder entzogen und entsprechend den Regelungen des Abfallrechts entsorgt werden können.⁴⁴⁸ Dieses Problem stellt sich aber unabhängig davon, ob die Einleitung rechtmäßig oder rechtswidrig geschah.

Folglich ist allein auf die tatsächliche Einleitung oder Einbringung abzustellen, nicht aber auf deren rechtliche Zulässigkeit.

Der Ausschluss des Abfallrechts führt auch dazu, dass sich Sanktionen gegen eine unzulässige Einleitung oder Einbringung nicht nach Abfallrecht, sondern allein nach Wasserrecht richten – auch wenn ein Verstoß gegen Abfallrecht vorliegt.⁴⁴⁹

3. Das anwendbare Recht vor Beginn der Einleitung oder Einbringung

Zu untersuchen ist nun, welches Recht auf Stoffe im Sinne des § 2 Abs. 2 Nr. 6 KrW-/AbfG, also Stoffe, die in ein Gewässer oder eine Abwasseranlage eingeleitet oder eingebracht werden sollen, vor Beginn der Einleitung oder Einbringung Anwendung findet.

Dabei kommen folgende Möglichkeiten in Betracht

- allein das Wasserrecht ist anwendbar,
- allein das Abfallrecht ist anwendbar,
- Abfallrecht und Wasserrecht sind nebeneinander anwendbar.

Als Ausgangspunkt ist dabei zu beachten, dass Stoffe, die Abfall im Sinne des § 3 Abs. 1 KrW-/AbfG sind und deren Einleitung oder Einbringung in Gewässer oder Abwasseranlagen beabsichtigt ist, grundsätzlich dem Anwendungsbereich beider Rechtsregime unterfallen.

⁴⁴⁸ So die Stellungnahme der Bundesregierung in BT-Drs 10/2885, S. 48.

⁴⁴⁹ *Birn*, § 2 KrW-/AbfG, S. 5; zur Rechtslage vor Inkrafttreten des KrW-/AbfG BayObLG v. 29.9.1994, DÖV 1995, S. 74 (75); OLG Karlsruhe v. 24.5.1994, NuR 1996, S. 163.

Das **Wasserrecht** ist mediales Umweltrecht. Es regelt umfassend alle Einwirkungen auf das Umweltmedium "Wasser", unabhängig von der Charakterisierung des einwirkenden Stoffes.⁴⁵⁰

Nach § 3 Abs. 1 Nr. 4, 4a und 5 WHG sind das Einbringen und Einleiten von Stoffen in Gewässer **Benutzungen** im Sinne dieses Gesetzes.

Einbringung oder Einleiten von Stoffen (inklusive Abwasser) in Gewässer fällt also grundsätzlich in den Anwendungsbereich des WHG, und zwar unabhängig davon, ob diese Stoffe als Abfall im Sinne des KrW-/AbfG anzusehen sind oder nicht. Diese Benutzungen bedürfen gemäß § 2 Abs. 1 WHG immer einer wasserrechtlichen Erlaubnis, die nur unter den Voraussetzungen der §§ 6, 7a WHG erteilt werden darf.

Hierbei ist zu beachten, dass das Einbringen von **festen** Stoffen in oberirdische Gewässer und Küstengewässer zum Zwecke ihrer Entledigung gemäß §§ 26 Abs. 1, 32b Abs. 1 WHG nicht zulässig ist. Schlammige Stoffe zählen allerdings nicht zu den festen Stoffen.

Im Gegensatz zum Wasserrecht hat das **Abfallrecht** keinen medialen, sondern einen kausalen Ansatz, es knüpft nicht an ein bestimmtes Umweltmedium an, sondern erfasst die Einwirkungen von bestimmten Stoffen (Abfällen) auf alle Umweltmedien.⁴⁵¹ Wegen dieses unterschiedlichen Regulierungsansatzes wäre im allgemeinen kein größerer Koordinationsbedarf zwischen Abfall- und Wasserrecht zu erwarten.

Im Bereich der Abwasserbeseitigung ist jedoch eine weitgehende Kongruenz in der Zielsetzung und teilweise auch des Instrumentariums des Wasserrechts mit dem Abfallrecht zu verzeichnen. Dieser Überschneidungsbereich soll im Folgenden näher betrachtet werden.

a) **Die wasserrechtlichen Vorschriften zur Abwasserbeseitigung (§§ 18a bis 18c WHG)**

Das Wasserrecht enthält mit den §§ 18a – 18c WHG und den darauf basierenden landesrechtlichen Regelungen Vorschriften über

⁴⁵⁰ Zum „medialen Umweltschutz“ Hoppe/Beckmann, § 2 Rn. 51 ff.

⁴⁵¹ Zu diesen unterschiedlichen Ansatzpunkten Hoppe/Beckmann, § 2 Rn. 51 ff.

die Abwasserbeseitigung, z. B. über die für die Abwasserbeseitigung zuständigen Körperschaften oder über Anschluss- und Benutzungszwänge.⁴⁵² Gelten beide Normbereiche nebeneinander, kann es somit zu einer Überlagerung von Zuständigkeiten und Anforderungen kommen. Um die daraus entstehenden Konflikte zu vermeiden, gehen deshalb Teile der Literatur von einer Spezialität des Wasserrechts aus.⁴⁵³ Die wasserrechtlichen Vorschriften über die Abwasserbeseitigung in §§ 18a – 18c WHG und den darauf basierenden landes- und kommunalrechtlichen Regelungen sind nicht mehr allein dem medialen Umweltrecht zuzurechnen, sondern verfolgen daneben einen stoffbezogenen Ansatz.⁴⁵⁴ Die Vorschriften knüpfen an einen bestimmten, potentiell gefährlichen Stoff, nämlich Abwasser, an und regeln, wie er zu beseitigen ist. Zwar birgt Abwasser insbesondere Gefahren für Oberflächengewässer und das Grundwasser. Die §§ 18a ff. WHG stellen jedoch nicht allein auf den Schutz der Gewässer ab, nach § 18a WHG ist Abwasser vielmehr so zu beseitigen, dass das Wohl der Allgemeinheit nicht beeinträchtigt wird.

Für den Überschneidungsbereich dieser wasserrechtlichen Vorschriften mit dem Abfallrecht ist der Abwasserbegriff von Bedeutung, der nachfolgend skizziert werden soll.

b) Der Abwasserbegriff des WHG

Das WHG enthält keine Legaldefinition des Abwasserbegriffs, auch im AbfG und im KrW-/AbfG wurde "Abwasser" nicht definiert. Legaldefinitionen des Abwassers enthalten allerdings § 2 Abs. 1 AbwAG und die Landeswassergesetze.⁴⁵⁵ Diese Begriffsbildungen können jedoch nicht zur Bestimmung des bundesrechtlichen Abwasserbegriffs im WHG herangezogen werden.⁴⁵⁶ Die Definition in

⁴⁵² Vgl. z.B. § 40 Abs. 2 M-V WG; § 149 NdsWG; § 52 Abs. 4 Rh-PfWG; § 50b SaarlWG.

⁴⁵³ *Nisipeanu*, UPR 1998, S. 93 (95 ff.); *Schulte*, KA 1996, S. 1760 (1761); unklar insoweit *Fluck*, ZfW 1996, S. 489 ff.; zur Rechtslage vor Inkrafttreten des KrW-/AbfG *Klages*, S. 68; *Henseler*, NuR 1984, 249ff; *Breuer*, Abgrenzung, S. 9, 77 ff. und Wasserrecht, S. 80 Rn. 113 und S. 196 f., Rn. 299.

⁴⁵⁴ *Henseler*, NuR 1984, S. 249 (250).

⁴⁵⁵ § 45a Abs. 3 WG BaWü; Art. 41a Abs. 1 BayWG; § 64 Abs. 1 BbgWG; § 132 Abs. 3 BrWG; § 51 Abs. 1 HessWG; § 39 Abs. 1 LWG M-V; § 51 Abs. 1 LWG NW; § 51 Abs. 1 LWG RhPf; § 49 Abs. 1 SaarlWG; § 62 Abs. 1 SächsWG; § 150 Abs. 1 WG LSA; § 30 Abs. 1 LWG SH; § 57 Abs. 1 ThürWG.

⁴⁵⁶ *Schulte*, KA 1996, 1760, 1765; *Czychowski*, § 7a Rn. 4; anderer Ansicht *Breuer*, Wasserrecht, Rn. 294.

§ 2 Abs. 1 AbwAG ist ausdrücklich auf den Geltungsbereich des AbwAG beschränkt ("Abwasser im Sinne dieses Gesetzes"). Außerdem ist der abgabenrechtliche Abwasserbegriff orientiert an den Funktionen der Abwasserabgabe: Das AbwAG regelt das Verhältnis zwischen Abgabeschuldner und Abgabebehörde und trägt ordnungs- und bewirtschaftungsrechtlichen Grundsätzen nicht Rechnung.⁴⁵⁷ Die landesrechtlichen Abwasserbegriffe können zwar Anhaltspunkte zur Auslegung des bundesrechtlichen Begriffes geben, der bundesrechtliche Abwasserbegriff kann durch Landesrecht aber nicht verbindlich definiert werden.⁴⁵⁸

Wie der Abwasserbegriff des WHG zu definieren ist, ist bis heute in der Literatur sehr umstritten.⁴⁵⁹ Dabei geht die wohl überwiegende Ansicht und auch die Rechtsprechung⁴⁶⁰ von einem weiten Abwasserbegriff aus. Danach ist Abwasser Wasser, das durch menschliche Einwirkung in seinen Eigenschaften verändert wurde sowie das abfließende und zum Fortleiten gesammelte (d.h. nicht das an Ort und Stelle in den Untergrund einsickernde) Niederschlagswasser.⁴⁶¹ Mindestvoraussetzung sei, dass es sich um einen wasserhaltigen flüssigen Stoff oder Stoffgemisch handelt; feste Stoffe könnten schon nach dem allgemeinen Sprachgebrauch kein Abwasser sein. Der Wassergehalt des Stoffes könne zwar nicht entscheidend sein, allerdings sei bei einem ganz unerheblichen Wasseranteil nicht mehr von Abwasser auszugehen; der Wasseranteil müsse deshalb so hoch sein, dass er sich nicht nur als Verunreinigung der Flüssigkeit darstellt.⁴⁶² Daneben werden auch engere Abwasserbegriffe vertreten.⁴⁶³

⁴⁵⁷ Henseler, NuR 1984, S. 250 (257); Czychowski, § 7a Rn. 4.

⁴⁵⁸ Czychowski, § 7a Rn 4; Schulte, KA 1996, 1760, 1765; VG Karlsruhe v. 16.5.1989, ZfW 1990, 423 ff.

⁴⁵⁹ Ausführlich hierzu Breuer, Wasserrecht, Rn. 286 ff.; Dahme, in Sieder/Zeitler/Dahme, § 7a WHG Rn. 5 ff.; Poncelet, S. 60ff.

⁴⁶⁰ OVG Koblenz v. 12.4.1991, NuR 1992, S. 287 (288 f.); OVG Münster v. 12.11.1984, ZfW 1985, S. 195 (197); VG Köln v. 15.11.1982, DÖV 1983, S. 254 (255).

⁴⁶¹ Schulte, KA 1996, 1760, 1765; Poncelet, S. 63; Czychowski, § 7a Rn 4ff; Dahme, in: Sieder/Zeitler/Dahme, § 7a WHG Rn. 5; Breuer, Abgrenzung, S. 69; derselbe, Wasserrecht, Rn. 286 ff.; Henseler, NuR 1984, 249, 254f., 257; Nisipeanu, Abwasserrecht, S. 142.

⁴⁶² Dahme, in: Sieder/Zeitler/Dahme, § 7a WHG Rn. 5; Schulte, KA 1996, S. 1760 (1765); Breuer, Wasserrecht, Rn. 298; Poncelet, S. 60.

⁴⁶³ Praml, ZfW 1983, S. 92 ff., setzt voraus, dass als Ausgangsstoff eines Gebrauchsvorganges Wasser in seiner natürlichen Form vorgelegen hat; Bickel, DÖV 1981, 448 ff., spricht erst von Abwasser, wenn es tatsächlich in ein Gewässer oder eine Abwasseranlage eingeleitet wird; Überblick bei Breuer, Wasserrecht, Rn. 294 ff.

Im Ergebnis ist von der weiten Auslegung des Abwasserbegriffs der herrschenden Ansicht auszugehen. Sie entspricht dem Wortlaut des Begriffs "Abwasser", der eine Flüssigkeit mit nicht ganz unerheblichem Wasseranteil voraussetzt.⁴⁶⁴ Auch der historische Abwasserbegriff ähnelt der hier vertretenen, weiten Auslegung.⁴⁶⁵ Vor allem aber sprechen Sinn und Zweck der §§ 7a, 18a ff. WHG für eine weite Auslegung des Abwasserbegriffs. Ziel dieser Vorschriften ist es, die Allgemeinheit und Einzelne vor Gefahren zu schützen, die von Abwasser und seiner Beseitigung ausgehen können sowie eine allen Anforderungen gerecht werdende Bewirtschaftung und Nutzung der Gewässer zu ermöglichen.⁴⁶⁶ Dieser Zweck kann am besten erreicht werden, wenn als Abwasser jedes durch menschliche Einwirkung veränderte Wasser angesehen wird. Allerdings können auch von verändertem Wasser keine Gefahren ausgehen, solange es sich noch im betrieblichen Kreislauf befindet. Erst wenn sich der Besitzer seiner entledigen will oder wenn ein objektives Bedürfnis nach einer geordneten Entsorgung besteht, ist deshalb von Abwasser auszugehen.⁴⁶⁷ Dabei muss die Entledigung auf eine Entsorgung auf dem Abwasserpfad gerichtet sein.⁴⁶⁸ Nach diesem Begriffsverständnis fällt Abwasser bereits beim Erzeuger oder Besitzer an und nicht erst mit der Übergabe an die entsorgungspflichtige Körperschaft.⁴⁶⁹

Abwässer sind danach zunächst alle üblicherweise im Rahmen der kommunalen Abwasserbeseitigung abgeleiteten Stoffe, inklusive des Niederschlagswassers. Unter den Abwasserbegriff fällt ferner das in der Industrie durch innerbetriebliche Prozesse (wie Kühlung, Reinigung oder Abtransport von Stoffen) veränderte Wasser. Ausgenommen ist jedoch Abwasser, das wieder der Produktion zugeführt werden soll.⁴⁷⁰

464 *Poncelet*, S. 60.

465 Dazu ausführlich *Breuer*, Wasserrecht Rn. 289.

466 *Czychowski*, § 7a Rn 1af.; *Poncelet*, S. 62.

467 *Poncelet*, S. 63; *Schulte*, KA 1996, 1760, 1765; *Czychowski* § 7a Rn. 4.

468 *Schulte*, KA 1996, 1760, 1765; *Fluck*, § 2 KrW-/AbfG Rn 176.

469 *Fluck*, § 2 KrW-/AbfG Rn. 184.

470 Zu diesen und weiteren Beispielen insbesondere *Dahme*, in: *Sieder/Zeitler/Dahme*, § 7a WHG Rn. 5a; *Czychowski*, § 7a Rn. 5f.

c) Abwasser als Abfall i.S.d. KrW-/AbfG

Das KrW-/AbfG findet Anwendung auf Abfälle im Sinne von § 3 Abs. 1 KrW-/AbfG. Danach sind Abfälle alle beweglichen Sachen, die unter die in Anhang 1 aufgeführten Gruppen fallen und derer sich ihr Besitzer entledigt, entledigen will oder entledigen muss. Der Begriff der beweglichen Sache entspricht dem in § 90 BGB.⁴⁷¹ Bewegliche Sachen sind danach alle körperlichen, d.h. im Raum abgrenzbaren Gegenstände, ohne dass es auf ihren Aggregatzustand (fest, flüssig, gasförmig) ankommt.⁴⁷² Damit kann zwar frei fließendes Wasser unabhängig von seiner Verschmutzung nie als Abfall angesehen werden, in Behältern gesammelte Flüssigkeiten sind aber "bewegliche Sachen" im Sinne von § 3 Abs. 1 KrW-/AbfG.

Folglich fallen auch Abwasser und andere Flüssigkeiten unter den Abfallbegriff, sofern sie körperlich abgrenzbar, d.h. gefasst sind.⁴⁷³

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass Abfälle im Sinne des § 3 Abs. 1 KrW-/AbfG, die in Gewässer oder in Abwasseranlagen eingebracht oder eingeleitet werden sollen, in den Anwendungsbereich sowohl des Abfall- als auch des Wasserrechts fallen.

Es kommt jedoch nicht im gesamten Bereich der Abwasserentsorgung zu einer Überlagerung des Wasserrechts mit dem Abfallrecht. So trifft das Abwasserrecht beispielsweise keine ausdrücklichen Aussagen über eine Vermeidung oder Verwertung von Abwasser und damit zusammenhängende Nachweispflichten. § 21 WHG ermächtigt lediglich zu bestimmten Überwachungsmaßnahmen, wenn ein Gewässer benutzt wird oder ein Antrag auf Erteilung einer Erlaubnis oder Bewilligung gestellt worden ist.

Wegen der Lücken zwischen Abfall- und Wasserrecht wird in der Literatur die Anwendung des Abfallrechts auf Abwasser vor des-

⁴⁷¹ BayObLG v. 12.11.1985 UPR 1986, 226.

⁴⁷² Kunig, in: Kunig/Paetow/Versteyl, § 3 Rn 12; Fluck, § 3 KrW-/AbfG Rn. 84.

⁴⁷³ Fluck, ZfW 1996, 489, 501; Schulte, KA 1996, 1760; Nisipeanu, UPR 1998, 93, 94; v. Köller, Leitfaden S. 78; zur Rechtslage vor 1986 auch Breuer, Abgrenzung, S. 45; Stöhr, Wasser und Abfall 1999, S. 14 7 (15).

sen Einleitung in Abwasseranlagen befürwortet und die in § 2 Abs. 2 Nr. 6 vorgenommene, zeitliche Abgrenzung begrüßt.⁴⁷⁴ Das Verwaltungsgericht Köln ging in einer Entscheidung zum AbfG (1986) vom 30.11.1988⁴⁷⁵ trotzdem davon aus, das Abfallrecht sei auf Stoffe, deren Beseitigung auf dem Abwasserpfad erlaubt ist, im ganzen nicht anwendbar, und verneinte entsprechend eine abfallrechtliche Nachweispflicht für deren Entsorgung. Begründet hat das Gericht dies mit der fehlenden Notwendigkeit, derartige Stoffe neben dem Wasserrecht auch dem Abfallrecht zu unterwerfen. Dieser Ansicht ist schon auf der Basis der damaligen Rechtslage, erst recht auf der Basis des § 2 Abs. 2 Nr. 6 KrW-/AbfG, nicht zu folgen.⁴⁷⁶ Das Abfallrecht bleibt vielmehr grundsätzlich anwendbar, und zwar unabhängig davon, ob es sich bei den Stoffen, deren Einleitung oder Einbringung in ein Gewässer oder eine Abwasseranlage beabsichtigt ist, um Abwasser handelt oder nicht. Auch nach der herrschenden Ansicht in der Literatur⁴⁷⁷, bleibt das Abfallrecht vor dem Beginn der Einleitung oder Einbringung anwendbar.

d) Kollisionslage zwischen Abwasser- und Abfallrecht - Lösungsvorschlag

aa) Kein genereller Ausschluss des Abfallrechts

Gelten beide Normbereiche grundsätzlich nebeneinander, kann es zu einer Überlagerung von Zuständigkeiten und Anforderungen kommen. Um die daraus entstehenden Konflikte zu vermeiden, gehen Teile der Literatur von einer Spezialität – jedenfalls hinsichtlich bestimmter Vorschriften – des Wasserrechts aus.⁴⁷⁸ Allerdings ist – wie oben (I. 3. b)) dargelegt

⁴⁷⁴ Hösel/von Lersner/Wendenburg, § 2 KrW-/AbfG, Rn. 19.

⁴⁷⁵ VG Köln v. 30.11.1988, Az 4 L 1144/88 (juris); ähnlich schon die Entscheidung desselben Gerichts v. 15.11.1982, DÖV 1983, 254, 256, wonach das AbfG dann und erst dann Anwendung finde, wenn die Einleitung des Stoffes in die Kanalisation ausgeschlossen worden sei.

⁴⁷⁶ Vgl. hierzu Fluck, § 2 KrW-/AbfG, Rn. 154, der sich auf mündliche Äußerungen von Ministerialbeamten beruft, denen zufolge gerade der Fall eines Transportes von Abwasser per Tankwagen zu einer Abwasserbehandlungsanlage eindeutig dem Abfallrecht zugeordnet werden sollte.

⁴⁷⁷ Hösel/v. Lersner/Wendenburg, § 2 KrW-/AbfG, Rn. 19; Kunig, in: Kunig/Paetow/Versteyl, § 2 KrW-/AbfG, Rn. 43; Fritsch, Kreislaufwirtschafts- und Abfallrecht, Rn. 206; v. Köller, § 2 S. 87; Fluck, ZfW 1996, 489, 496.

⁴⁷⁸ Nisipeanu, UPR 1998, S. 93 (95 ff.); Schulte, KA 1996, S. 1760 (1761); unklar insoweit Fluck, ZfW 1996, S. 489 ff.; zur Rechtslage vor Inkrafttreten des KrW-/AbfG Klages, S. 68; Henseler, NuR 1984, 249ff; Breuer, Abgrenzung, S. 9, 77 ff. und Wasserrecht, S. 80, Rn. 113 und S. 196 f., Rn. 299.

wurde – für die Annahme einer Spezialität der Fachgesetze unabhängig von § 2 Abs. 2 Nr. 6 KrW-/AbfG grundsätzlich kein Raum. Im Rahmen der Auslegung dieser Vorschrift bleibt aber ein Vorrang der Vorschriften über die Abwasserbeseitigung möglich. Denn ausdrücklich regelt § 2 Abs. 2 Nr. 6 KrW-/AbfG nur das Verhältnis von Wasser- und Abfallrecht für die Zeit nach Einbringung oder Einleitung. Im Gegensatz z. B. zu § 2 Abs. 2 Nr. 2 und 3 KrW-/AbfG wird in Nr. 6 daher nur eine Teilregelung zum Anwendungsbereich getroffen.

Solange der Ausschlussstatbestand in § 1 Abs. 3 Nr. 5 des Abfallgesetzes allein an den einzubringenden oder einzuleitenden Stoff anknüpfte, wurde diese Norm von Teilen der Literatur so ausgelegt, dass mit ihr die Anwendbarkeit des Abfallrechts auf Stoffe, deren Einleitung oder Einbringung in Gewässer oder Abwasseranlagen beabsichtigt war, auch vor dem Beginn der Einleitung oder Einbringung ausgeschlossen werden sollte.⁴⁷⁹

Die Neuregelung des § 2 Abs. 2 Nr. 6 KrW-/AbfG knüpft nach ihrem Wortlaut – “sobald” – an den Beginn der Einleitung oder Einbringung an. Das Abstellen auf einen bestimmten Zeitpunkt deutet darauf hin, dass die Ausnahme vor diesem Zeitpunkt grundsätzlich nicht gelten soll.⁴⁸⁰ Eine generelle Ausdehnung des Ausnahmetatbestandes auf die Zeit **vor** Beginn der Einleitung oder Entsorgung hätte außerdem zur Folge, dass sich jeder Abfallbesitzer allein durch die Absicht einer – womöglich abfall- und/oder wasserrechtlich unzulässigen – Handlung dem Abfallrechtsregime und seinen Anforderungen entziehen könnte. Das ist ersichtlich nicht Zweck der Regelung.⁴⁸¹ Der Wortlaut des § 2 Abs. 2 Nr. 6 KrW-/AbfG lässt also für die Zeit vor dem Beginn der Einbringung oder Einleitung das

⁴⁷⁹ So zu § 1 Abs. 3 Nr. 5 AbfG (1986) v. Köller, KrW-/AbfG, § 2 S. 87f; wohl auch Fritsch, Kreislaufwirtschafts- und Abfallrecht, Rn. 206; OVG Münster, 28.10.1988, ZfW 1989, 226, 227; zur entsprechenden Auslegung des § 1 Abs. 3 Nr. 5 AbfG (1977) Breuer, Abgrenzung, S. 9, 75ff.

⁴⁸⁰ So v. Köller, KrW-/AbfG, § 2 S. 87f; Schulte, KA 1996, 1760, 1761; wohl auch Fritsch, Rn. 206.

⁴⁸¹ So im Ergebnis auch Kunig, in: Kunig/Paetow/Versteyl, § 3 KrW-/AbfG, Rn. 42.

bringung oder Einleitung das grundsätzliche Nebeneinander von Abfallrecht und Wasserrecht zu.⁴⁸²

Auch aus der Entstehungsgeschichte des § 2 Abs. 2 Nr. 6 KrW-/AbfG lässt sich nichts anderes ableiten. Nach der Begründung des Gesetzentwurfs zum AbfG (1972)⁴⁸³ wurden die bestehenden Regeln der Abwasserbeseitigung als ausreichend angesehen. Durch die Novelle zum Abfallgesetz 1986, mit der der Begriff "Abwasser" in § 1 Abs. 3 Nr. 5 AbfG durch den Begriff "Stoffe" ersetzt worden ist, sollte der Streit um die Definition von "Abwasser" entschärft werden. Die Anwendbarkeit des Ausnahmetatbestandes hängt seitdem nicht mehr von dieser Definition ab. Nach den Gesetzesmaterialien⁴⁸⁴ sollte damit eine klare Abgrenzung der Anwendungsbereiche von Wasser- und Abfallrecht ermöglicht und ein Nebeneinander beider Gesetze verhindert werden. Die Gesetzgebungsmaterialien zum KrW-/AbfG enthalten keine Äußerung zu der Änderung des Ausnahmetatbestandes in § 2 Abs. 2 Nr. 6 KrW-/AbfG. Es findet sich lediglich der allgemeine Hinweis, dass bestimmte Rückstände und Stoffe, deren Entsorgung in Sondergesetzen bereits geregelt oder dort regelbar sind, vom Anwendungsbereich des Gesetzes ausgenommen sein sollen.⁴⁸⁵

bb) Spezialität der Vorschriften zur Abwasserbeseitigung

Eine durchgängig parallele Anwendung des Abfallrechts auch im Bereich der Vorschriften zur Abwasserbeseitigung (§§ 18 a bis 18 c WHG) würde erhebliche Probleme aufwerfen. Wie oben festgestellt, unterfällt Abwasser dem Abfallbegriff des KrW-/AbfG, wenn es gefasst ist. Es unterliefe damit grundsätzlich der abfallrechtlichen Überlassungspflicht

⁴⁸² So die herrschende Ansicht in der Literatur, vgl. *Kunig*, in: *Kunig/Paetow/Versteyl*, § 2 KrW-/AbfG, Rn. 43; v. *Köller*, § 2 Seite 87f; *Birn*, § 2 KrW-/AbfG S. 5; *Frenz*, § 2 Rn 21; *Fluck*, § 2 KrW-/AbfG Rn 189; wohl auch *Hösel/v. Lersner/Wendenburg*, § 2 KrW-/AbfG Rn 19; vgl. auch BayObLG v. 29.9.1994, DÖV 1995, 74, 75.

⁴⁸³ BT-Drs. 6/2401, S. 11.

⁴⁸⁴ Beschlussempfehlung und Bericht des Innenausschusses, BT-Drs. 10/5656, S. 55.

⁴⁸⁵ Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 12/5672, S. 39.

nach § 13 Abs. 1 Satz 2 KrW-/AbfG und dem Anlagenbenutzungszwang nach § 27 Abs. 1 KrW-/AbfG, Abfälle zum Zweck der Beseitigung nur in den dort genannten Anlagen zu behandeln, zu lagern oder abzulagern.

Demgegenüber enthalten die §§ 18 a bis 18 c WHG und die darauf basierenden landesrechtlichen Regelungen Anschluss- und Benutzungszwänge. Dadurch ist eine Pflicht zur Überlassung des Abwassers an die für die Abwasserbeseitigung zuständigen Körperschaften begründet; ebenso ist Abwasser nicht in Abfallbeseitigungsanlagen i.S.v. § 27 Abs. 1 KrW-/AbfG zu entsorgen, sondern in Abwasseranlagen nach den §§ 18 a bis 18 c WHG.

Für die frühere Rechtslage nach § 1 Abs. 3 Nr. 5 AbfG wurde stets vertreten, dass die Anwendbarkeit des Abfallrechts auch vor dem Beginn der Einleitung oder Einbringung ausgeschlossen sein sollte.⁴⁸⁶ Mit dem Inkrafttreten des KrW-/AbfG und der zeitlichen Komponente in § 2 Abs. 2 Nr. 6 – „sobald“ – ist diese Auslegung jedenfalls nicht mehr zweifelsfrei. Nach neuer Rechtslage ist das Abfallrecht grundsätzlich anwendbar.

Dies kann aber für die unmittelbar mit den Vorschriften zur Abwasserbeseitigung konkurrierenden Vorschriften nicht gelten. Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber an dem Ausschluss der diesbezüglichen Vorschriften des Abfallrechts – insbesondere der Überlassungspflichten und der Anforderungen an die Beseitigung – etwas ändern wollte.⁴⁸⁷

Der Zweck der mit dem zeitlichen Kriterium erreichten Ausweitung des Abfallrechts in den Zeitraum vor der Einleitung bzw. Einbringung besteht vor allem darin, Lücken im wasserrechtlichen Regime, insbesondere hinsichtlich der Verwertungspflichten und der damit zusammenhängenden Nach-

⁴⁸⁶ S. o., dd) m.w.N.

⁴⁸⁷ Zur Entstehungsgeschichte s. o., a).

weisverfahren, zu schließen.⁴⁸⁸ Eine solche ergänzende Anwendung des Abfallrechts, nicht aber eine unmittelbare Konkurrenz zwischen wasserrechtlichen und abfallrechtlichen Anforderungen, ist allein zweckmäßig. Die Vorschriften zur Abwasserbeseitigung stellen spezielle, medienbezogene Anforderungen dar, die sich nicht auf die „Beseitigung“ im abfallrechtlichen Sinne beschränken, sondern auch die Rückführung der behandelten Abwässer in den Naturkreislauf oder ihre Nutzung regeln. Die Vorschriften über die Abwasserbeseitigung stellen vor diesem Hintergrund gegenüber dem Abfallrecht eine Spezialregelung für die Entsorgung von Abwasser dar, welche sachlich auch die Verwertung in Form der Rückführung in den Naturkreislauf umfasst.

Im Ergebnis ist also den Stimmen in der Literatur beizupflichten, die von einer Spezialität der Vorschriften über die Abwasserbeseitigung (§§ 18 a bis 18 c WHG) ausgehen.⁴⁸⁹ Dies gilt insbesondere für die Überlassungspflichten. Soweit die Vorschriften über die Abwasserbeseitigung keine Regelungen enthalten, insbesondere keine abwasserrechtliche Überlassungspflicht besteht, bleibt das Abfallrecht ergänzend anzuwenden. In diesem Falle greifen insbesondere die abfallrechtlichen Verwertungspflichten. Zu beachten ist auch, dass ein Abfallstoff, dessen Einleitung oder Einbringung in ein Gewässer oder eine Abwasseranlage nicht zulässig ist, nach Abfallrecht zu beseitigen oder zu verwerten ist, und zwar unabhängig davon, ob er auch als Abwasser anzusehen ist oder nicht.⁴⁹⁰ Steht fest, dass die Beseitigung des Stoffes auf dem Abwasserwege nicht zulässig ist, unterliegt er daher den abfallrechtlichen Überlassungspflichten sowie dem Anlagenbenutzungszwang des § 27 KrW-/AbfG.

⁴⁸⁸ Vgl. *Hösel/von Lersner/Wendenburg*, § 2 KrW-/AbfG, Rn. 19; *Stöhr*, Wasser und Abfall 1999, S. 14 (15).

⁴⁸⁹ S. o., aa) m.w.N.

⁴⁹⁰ *Nisipeanu*, UPR 1998, 93, 96; zur Rechtslage vor Inkrafttreten des KrW-/AbfG ebenso *Breuer*, Abgrenzung, S. 107f.; *Salzwedel*, NVwZ 1989, 820, 827f.; VG Köln v. 30.11.1988, Az: 4 L 1144/88 (juris).

4. Anwendbares Recht bei der Entnahme von Stoffen aus Gewässern

Eine weitere Frage, die sich im Zusammenhang mit dem Ausnahmetatbestand des § 2 Abs. 2 Nr. 6 KrW-/AbfG stellt, ist die, welches Recht bei der Entnahme von Stoffen aus Gewässern anwendbar ist. Dieses Problem stellt sich insbesondere hinsichtlich von Klärschlamm: unterfällt dieser dem Wasser- oder dem Abfallrecht bzw. zu welchem Zeitpunkt findet ein Wechsel zwischen den Rechtsregimen statt?

Auszugehen ist zunächst von § 18a Abs. 1 WHG, wonach das "Entwässern von Klärschlamm in Zusammenhang mit der Abwasserbeseitigung" noch zur Abwasserbeseitigung gehört und damit gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 6 KrW-/AbfG nicht dem Abfallrecht unterfällt.

Unter Entwässerung von Klärschlamm ist nach der Formulierung des VGH Mannheim⁴⁹¹ jeder auf die Verringerung des Wassergehalts gerichtete Vorgang zu verstehen. Dazu gehören die mechanische Herabsetzung des Wassergehalts und alle sonstigen natürlichen und künstlichen Behandlungen, welche die Beseitigung oder Wiederverwertung des Schlammes erleichtern (Stabilisieren, Eindicken, Konditionieren).⁴⁹² Auch die Trocknung des Schlammes ist nach dem VGH Mannheim noch zur Entwässerung zu zählen; die Ablagerung, oder Veraschung des Restschlammes werden hingegen nicht mehr als Entwässerung angesehen.⁴⁹³

In dem Zeitpunkt, in dem die Abwasserbehandlung abgeschlossen ist und auch keine Wiedierzuführung des Schlammes in eine Abwasseranlage erfolgt, ist der Schlamm jedoch als Abfall im Sinne des § 3 Abs. 1 KrW-/AbfG anzusehen.⁴⁹⁴ Seine weitere Behandlung etc. unterliegt damit dem Abfallrecht.

Dem steht auch die Regelung in § 2 Abs. 2 Nr. 6 KrW-/AbfG nicht entgegen. Danach endet die Anwendbarkeit des Abfallrechts zwar mit Beginn der Einleitung/Einbringung eines Stoffes in eine Abwasserbehand-

⁴⁹¹ VGH Mannheim v. 20.7.1995, UPR 1996, 36f.

⁴⁹² *Fluck*, § 2 KrW-/AbfG Rn 169; *Hösel/v. Lersner/Wendenburg*, § 2 KrW-/AbfG Rn 19.

⁴⁹³ *Fluck*, § 2 KrW-/AbfG Rn 169; *Hösel/v. Lersner/Wendenburg*, § 2 KrW-/AbfG Rn 19.

⁴⁹⁴ *Hösel/v. Lersner* § 2 KrW-/AbfG Rn 19; *Czychowski*, § 18a Rn 7; *Dahme*, in: *Sieder/Zeitler/Dahme*, § 7a WHG Rn 8; *OVG Greifswald v. 19.6.1997*, NVwZ 1997, 1027, 1028.

lungsanlage, dies schließt jedoch nicht aus, dass der Stoff nach seiner Entnahme aus der Anlage wieder unter das KrW-/AbfG fällt. Dementsprechend ist das "sobald" in § 2 Abs. 2 Nr. 6 KrW-/AbfG um ein "solange" zu ergänzen.⁴⁹⁵

Daraus folgt, dass auf Stoffe, die aus Gewässern oder Abwasseranlagen wieder endgültig entfernt werden und die den Abfallbegriff des § 3 Abs. 1 KrW-/AbfG erfüllen, das Abfallrecht (wieder) anwendbar ist.

5. Zusammenfassung

Die Frage nach der Anwendbarkeit von Abfallrecht und Wasserrecht auf Stoffe, die zu Entledigungszwecken in Gewässer oder Abwasseranlagen eingeleitet werden sollen, lässt sich zusammenfassend wie folgt beantworten:

- a) **Nach** Beginn der Einleitung oder Einbringung des Stoffes in das Gewässer oder die Abwasserbehandlungsanlage gilt allein das Wasserrecht, das KrW-/AbfG findet keine Anwendung (mehr) und zwar unabhängig von der Zulässigkeit der Einleitung und unabhängig von der Charakterisierung des Stoffes als Abwasser, flüssiger Abfall oder fester Abfall.
- b) **Vor** Beginn der Einleitung oder Einbringung sind grundsätzlich sowohl das Wasserrecht als auch das Abfallrecht anwendbar. Im einzelnen gilt:
 - Feste Abfälle sind wegen der grundsätzlichen Unzulässigkeit einer Einbringung in Gewässer allein nach den Vorschriften des KrW-/AbfG zu entsorgen.
 - Handelt es sich um Abwasser, so richten sich die Beseitigungszuständigkeit, die Überlassungspflichten und die Genehmigung der Einleitung allein nach Wasserrecht.
 - Ist die Einleitung von Abwässern in Gewässer oder Abwasseranlagen nach Wasserrecht ausgeschlossen, greift das KrW-/AbfG ein; Zuständigkeiten, Überlassungspflichten, die Genehmigung der Entsorgung und die Verwertungspflichten richten sich dann nach Abfallrecht.

⁴⁹⁵

Frenz, § 2 Rn 22.

- Handelt es sich um flüssigen Abfall, der nicht den Abwasserbegriff erfüllt, richten sich Beseitigungs- und Überlassungspflichten sowie die Genehmigung eines bestimmten Entsorgungsweges nach dem KrW-/AbfG. Für eine Entsorgung in Gewässern oder Abwasseranlagen ist daneben auch eine wasserrechtliche Erlaubnis erforderlich.
 - Die übrigen abfallrechtlichen Vorschriften, insbesondere das Verwertungsgebot und die Nachweisregelungen einschließlich der Überwachungsvorschriften nach den §§ 40 ff. KrW-/AbfG sind unabhängig von dem Vorliegen der Abwassermerkmale auf flüssige Abfälle anwendbar.
- c) Werden Stoffe aus einem Gewässer oder einer Abwasseranlage entnommen und erfüllen sie den Abfallbegriff des § 3 Abs. 1 KrW-/AbfG, so findet das Abfallrecht (wieder) Anwendung.

V. Abgrenzung des Abfallrechts von der Kampfmittelbeseitigung (§ 2 Abs. 2 Nr. 7 KrW-/AbfG)

Nach § 2 Abs. 2 Nr. 7 KrW-/AbfG gelten die Vorschriften dieses Gesetzes nicht für ...
„das Aufsuchen, Bergen, Befördern, Lagern, Behandeln von Kampfmitteln.“

1. Einleitung

Eine bundeseinheitliche normative Definition des Begriffs „Kampfmittel“ gibt es nicht. Was unter „Kampfmittel“ zu verstehen ist, ist auch abfallrechtlich nicht näher bestimmt. Definitionen enthalten mehrere polizeiliche „Kampfmittelverordnungen“ der Bundesländer auf Grundlage des Sicherheits- und Ordnungsrechts. Der Bedeutungsgehalt des Begriffs in § 2 Abs. 2 Nr. 7 KrW-/AbfG ist daher auf Grundlage der Gesetzesmaterialien und der landesrechtlichen Regelungen sowie weiterer Definitionsansätze zu bestimmen. Maßgeblich hierfür ist vor allem der Regelungszweck des Ausnahmetatbestandes, der nachstehend erörtert wird.

Die Vorschrift des § 2 Abs. 2 Nr. 7 KrW-/AbfG entspricht wörtlich der Ausnahme des § 1 Abs. 3 Nr. 8 AbfG.⁴⁹⁶ Diese wurde im Jahre 1982 durch das 2. Änderungsgesetz auf Vorschlag des Bundesrates eingeführt.⁴⁹⁷ Damit wollte der Bundesrat klarstellen, dass die Kampfmittelbeseitigung nicht zur Abfallbeseitigung nach dem AbfG gehöre. In der Begründung des Bundesrates⁴⁹⁸ ist durch zweimaligen Klammerzusatz hinter dem Begriff der Kampfmittel hervorgehoben, dass auch Kampfstoffe mit umfasst sein sollten. Die Bundesregierung hat dem Vorschlag zugestimmt.⁴⁹⁹

Hintergrund des Ergänzungsvorschlages zum Abfallgesetz waren Missstände bei der Beseitigung alter chemischer Kampfstoffe und negative Kompetenzkonflikte bei der Beseitigung von in das Meer versenkten Geschossen aus dem 2. Weltkrieg.⁵⁰⁰ Die Regelung ist daher im We-

⁴⁹⁶ Gesetz über die Beseitigung von Abfallstoffen (AbfG) vom 07.06.1972 (BGBl. I S. 873) in der Fassung des 2. Änderungsgesetzes vom 04.03.1982 (BGBl. I S. 281).

⁴⁹⁷ Vgl. BT-Drs. 8/3887, S. 9, 12; BT-Drs. 9/667, S. 8.

⁴⁹⁸ BT-Drs. 9/667, S. 8

⁴⁹⁹ BT-Drs. 9/667, S. 10.

⁵⁰⁰ Vgl. Hösel/v. Lersner/Wendenburg, § 2 KrW-/AbfG, Rn. 20.

sentlichen im Zusammenhang mit der Kampfmittelbeseitigung von explosiven und chemisch, ggf. auch biologisch wirkenden Kampfmitteln aus dem 2. Weltkrieg zu sehen. Neues Gewicht erhält sie durch Rückstände der Bundeswehr aus Beständen der ehemaligen Nationalen Volksarmee und der abziehenden Streitkräfte der ehemaligen Sowjetunion.⁵⁰¹

Zweck der seinerzeit in das Abfallgesetz eingefügten Ausnahme war es nicht, eine neue positive Regelung zu treffen, sondern lediglich eine Klarstellung.⁵⁰² In der Praxis ist die Aufgabe der Kampfmittelbeseitigung zu keiner Zeit durch die Abfallbehörden wahrgenommen worden.⁵⁰³

In rechtlicher Hinsicht wird dementsprechend die Auffassung vertreten, dass ein Kampfmittel, solange es diesen Begriff noch verdiene, auch ohne die Ausnahmegvorschrift des § 1 Abs. 3 Nr. 8 AbfG (§ 2 Abs. 2 Nr. 7 KrW-/AbfG) in der Regel nicht als Abfall beseitigt werden dürfte, weil es den objektiven Abfallbegriff nicht erfülle.⁵⁰⁴ Maßgebend für diese Einschätzung dürfte die Überlegung sein, dass eine Entsorgung nach den Vorschriften des KrW-/AbfG gemäß 3 Abs. 4 KrW-/AbfG in besonders gelagerten Fällen nicht „geboten“ ist, wenn das Gefährdungspotenzial durch andere Rechtsvorschriften hinreichend beherrschbar ist.⁵⁰⁵ Im Hinblick auf Kampfmittel könnte die Fragestellung dahingehend zugespitzt werden, ob eine Entsorgung nach dem KrW-/AbfG schon deshalb nicht „geboten“ sein könnte, weil die abfallrechtlichen Vorschriften für die Beherrschung des spezifischen Gefährdungspotenzials keine hinreichende Eignung aufweisen. Mag deshalb Einiges dafür sprechen, dass Kampfmittel nicht unter den objektiven Abfallbegriff fallen, so kann sich die grundsätzliche Anwendung des Abfallrechts aber aus dem Ent-

501 Vgl. Umweltbundesamt, Jahresbericht 1992, S. 301.

502 Vgl. BT-Drs. 9/667.

503 Vgl. die Stellungnahme des Bundesrates, BT-WS. 9/667, Begründung zu § 1 Abs. 3

504 Vgl. Hösel/v. Lersner/Wendenburg, § 2 KrW-/AbfG, Rn. 20. § 3 Abs. 4 KrW-/AbfG führt den objektiven Abfallbegriff des § 1 Abs. 1 AbfG fort. Zur heute weiterhin gebräuchlichen auf der früheren Rechtslage entwickelten Formel: das Gefährdungspotenzial muss eine Entsorgung aufgrund der Vorschriften des KrW-/AbfG als geboten erscheinen lassen „(BVerwG, UPR 1989, 33; BVerwGE 92, 353) vgl. Hösel/v. Lersner/Wendenburg, § 3 KrW-/AbfG, Rn. 30, *Kunig* in: *Kunig/Paetow/Versteyl*, § 3 KrW-/AbfG Rn. 50.

505 *Kunig*, in: *Kunig/Paetow/Versteyl*, § 3 Rn. 52 KrW-/AbfG. Soweit *Kunig* sich zur Begründung auf die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts im Hinblick auf das Gefahrstoff-, das Chemikalien-, das Wasser-, das Emissionsschutz- und das Baurecht beruft, dürfte es sich allerdings um eine Fehldeutung dieser Rechtsprechung handeln. In der zitierten Entscheidung, in BVerwGE 92, S. 353 (355) stellt das BVerwG lediglich klar, dass die von einer Sache ausgehende Gefährdung dann allein mit Hilfe des Ordnungsrechts zu gewährleisten ist, wenn die Sache noch zu ihrem ursprünglichen Zweck verwendet wird. In diesem Falle kommt das Abfallregime schon deshalb nicht in Betracht, weil es am Entledigungstatbestand (§ 3 Abs. 1 – 4 KrW-/AbfG) fehlt.

ledigungswillen gemäß § 3 Abs. 1 in Verbindung mit Abs. 3 – insbesondere der Entledigungsfiktion der Nr. 2 – ergeben.⁵⁰⁶ Vor diesem Hintergrund dürfte § 2 Abs. 2 Nr. 7 KrW-/AbfG nicht lediglich deklaratorischer Natur sein, vielmehr kommt der Vorschrift im Hinblick auf die Abgrenzung zwischen Kampfmittelbeseitigung und Abfallrecht ein eigenständiger Regelungsgehalt zu.

Den Gesetzgebungsmaterialien, die seinerzeit der Einfügung der Regelung in das Abfallgesetz zugrunde lagen, ist als Kern des Regelungszwecks zu entnehmen, dass das abfallrechtliche Regime den besonderen Erfordernissen der Kampfmittelbeseitigung nicht gerecht werde, da Kampfmittel wegen der besonderen Gefahren, die von ihnen ausgehen eine separate Behandlung erfordern. Die durch Kampfmittel hervorgerufene, spezifische Gefährdungssituation beruht vor allem darauf, dass es sich um Objekte aus militärischer Herkunft mit folgenden Merkmalen handelt:

- starke Reiz- oder Giftwirkung von Kampfstoffen,
- hohe Toxizität von Stoffen aus Treib- und Brandmitteln,
- Explosions- oder Brandgefahr,
- Gefahr der spontanen Selbstentzündung,
- Eignung zur Verwendung bei der Vorbereitung oder Begehung von Straftaten.

Ein adäquates Regelwerk muss daher sicherstellen, dass jeder menschliche Kontakt mit den Objekten, einschließlich des Betretens von Grundstücken, vermieden wird. Ausschlaggebend ist die überragende unmittelbare Gefährdung von Menschen, weniger die Gefährdung der Umwelt. Die Kampfmittelbeseitigung erfordert eigens geschultes Personal und jeweils besondere Sicherheitsvorkehrungen beim Aufsuchen, Bergen, Befördern, Lagern oder Behandeln. Der Besitzer eines Kampfmittels oder ein Entsorgungspflichtiger darf den besonderen Gefahren nicht ausgesetzt werden. Das geltende Abfallrecht deckt diesen Regulierungsbedarf ersichtlich nicht ab.

Der Zweck, Kampfmittel mit Rücksicht auf die durch sie ausgelöste, besondere Gefährdungslage vom Geltungsbereich des Abfallrechts auszunehmen, ist erschöpft, wenn von der Sache die spezifische Gefähr-

⁵⁰⁶

Kunig, in: *Kunig/Paetow/Versteyl*, § 2 KrW-/AbfG, Rn. 44.

dung nicht mehr ausgeht. Soweit die o. g. besonderen Gefahrenlagen ausgeräumt sind, bestehen deshalb keine Bedenken, auf Objekte und Stoffe das Abfallrecht anzuwenden. Dies wird in der Regel nach der De-laborierung von Kampfmitteln (Entschärfung, Zerlegung und Vernich-tung) der Fall sein. Dieser inhaltlichen und zeitlichen Begrenzung des Ausschlusses des Abfallrechts ist bei der Auslegung des § 2 Abs. 2 Nr. 7 KrW-/AbfG dadurch Rechnung zu tragen, dass unter bestimmten Voraussetzungen oder von einem bestimmten Zeitpunkt an Stoffe nicht mehr als Kampfmittel i. S. der Regelung anzusehen sind.

Rufen in Betracht kommende Objekte militärischer Herkunft keine im Vergleich zu den abfallrechtlichen Regelungen erhöhte oder spezifische Gefahrenlage hervor, so bestehen keine Gründe, die Kampfmittelbesei-tigung vom abfallrechtlichen Regime auszunehmen.

2. Begriffsbestimmungen und Definitionsansätze

a) Bundesrechtliche Definitionen

In der Praxis wird der Begriff der **Kampfmittel** unter Rückgriff auf die Kriegswaffenliste nach dem Gesetz über die Kontrolle von Kriegswaffen näher ausgefüllt.⁵⁰⁷ § 1 Abs. 1 des Gesetzes be-stimmt die Kriegswaffen als die in der Anlage zu diesem Gesetz (Kriegswaffenliste) aufgeführten Gegenstände, Stoffe und Orga-nismen. Gemäß § 1 Abs. 2 des Gesetzes wird die Kriegswaffenlis-te⁵⁰⁸ durch Rechtsverordnung der Bundesregierung nach dem Stand der Erkenntnis so erstellt, dass sie die zur Kriegsführung geeigneten Gegenstände, Stoffe und Organismen umfassend ent-hält. Die Kriegswaffenliste zählt unter Teil A II. Ziff. 3 „biologische Kampfmittel“ auf. Unter Teil A. III. spricht die Liste dagegen nicht von „chemischen Kampfmitteln“, sondern von „chemischen Waf-fen“. Diese werden unterteilt in Ziff. 5 A. „Toxische Chemikalien“ und Ziff. 5 B „Ausgangsstoffe“. Im Teil B. „Sonstige Kriegswaffen“ können die unter I. aufgezählten Flugkörper und ihre Triebwerke sowie die unter VII. bis IX. genannte Munition (Torpedos, Minen, Bomben, Patronen, Granaten, Sprengkörper, sonstigen Munition

⁵⁰⁷ Vgl. Hösel/v. Lersner/Wendenburg, § 2 KrW-/AbfG, Rn. 20, Fn. 79.

⁵⁰⁸ In der Fassung vom 22.11.1990 (BGBl. I S. 2506), geändert durch Verordnung vom 19.04.1991 (GVBl. I, S. 913).

sowie sonstige wesentliche Bestandteile wie Gefechtsköpfe und Zünder) als Kampfmittel relevant werden.

Die Bundesregierung versteht unter Kampfmitteln insbesondere Behälter, die chemische Kampfstoffe mit oder ohne Sprengstoff bzw. Zündstoff enthalten.⁵⁰⁹

Für **chemische Kampfstoffe** gibt die Antwort der Bundesregierung auf die Große Anfrage⁵¹⁰ eine umfassende Definition: „Unter chemischen Kampfstoffen versteht man nach h. M. flüssige, feste oder gasförmige Stoffe, die dazu dienen, einen Gegner kampfunfähig zu machen. Nach ihrer Einwirkung ergibt sich eine meist starke Reiz- oder Giftwirkung, die vorübergehend sein kann, aber auch bleibende Gesundheitsschäden oder den Tod zur Folge haben kann.“⁵¹¹ Nach ihrer Wirkweise werden die chemischen Kampfstoffe eingeteilt in:

- Augenreizstoffe (Weißkreuz-Kampfstoffe)
- Nasen- und Rachenreizstoffe (Blaukreuz-Kampfstoffe)
- lungenschädigende Kampfstoffe (Grünkreuz-Kampfstoffe)
- hautschädigende Kampfstoffe (Gelbkreuz-Kampfstoffe)
- blutschädigende Kampfstoffe (Atem- oder Blut-Kampfstoffe)
- nervenschädigende Kampfstoffe (Nervenkampfstoffe)
- psychochemische Kampfstoffe (psychotoxische Kampfstoffe)⁵¹²

„Kampfmittel“ enthalten allerdings nicht allein chemische Kampfstoffe, sondern auch:

- Sprengmittel
- Treibmittel
- Brandmittel
- Nebel- und Rauchmittel.⁵¹³

Sprengmittel bestehen in erster Linie aus einem Nitrokörper, wie z. B. Trinitrotoluol (TNT), Hexanitrodiphenylamin (HND), Trinitrokresole (TNK), Tetranitroanilin (Tetryl), Tetranitronaphthalin

⁵⁰⁹ Vgl. BT-Drs. 11/6972, S. 22 Gefährdung von Mensch und Umwelt durch kontaminierte Standorte der chemischen Rüstungsproduktion – Rüstungsalasten, Antwort der Bundesregierung auf eine große Anfrage aus dem Jahre 1989.

⁵¹⁰ Vgl. BT-Drs. 11/4261.

⁵¹¹ Vgl. BT-Drs. 11/6972, S. 22.

⁵¹² Vgl. BT-Drs. 11/6972, S. 22, sowie Altlasten-ABC des Landes Nordrhein-Westfalen.

⁵¹³ Vgl. zum Begriff der Rüstungsalasten, BT-Drs. 11/6972, S. 22.

(TNN), Amoniumprikat (EX "D"), Hexogen (RDX), Nitroguanidin (Nigu)⁵¹⁴

Treibmittel bestehen aus Gemischen von Nitrocellulose (Schießbaumwolle) mit Salpetersäureestern wie Nitroguanidin. Darüber hinaus enthalten sie Stoffe als Stabilisatoren (z. B. Diphenylamin und Phenol-Ethyl-Urethan).⁵¹⁵

Brandmittel wie z. B. gelber und roter Phosphor sind zum Teil mit Kohlenwasserstoffen und Magnesiumlegierungen gemischt.

Nebel- und Rauchmittel bestehen meist aus Zink im Gemisch mit polychlorierten Kohlenwasserstoffen, z. B. Hexachlorethan.

Einen Definitionsvorschlag u. a. für Kampfmittel enthält weiterhin der Entwurf eines Gesetzes über die Finanzierung der Sanierung von **Rüstungsaltslasten** in der Bundesrepublik Deutschland (Rüstungsaltslastenfinanzierungsgesetz – RüstAltFG)⁵¹⁶, der nicht verabschiedet wurde. § 2 Abs. 3 des Entwurfes lautet:

„Kriegsmittel im Sinne dieses Gesetzes sind Sprengstoffe, Pulver und Kampfstoffe, die zu ihrer Herstellung verwendeten Vor-, Zwischen- und Hilfsprodukte sowie Kampfmittel (Bomben, Minen, Handgranaten, Hohl-, Haft- und andere Sprengladungen, Munition und Geschosse für Kriegswaffen sowie unbrauchbar gewordene Kriegswaffen, jeweils einschl. der wesentlichen Bestandteile), Kriegswaffen und –mittel zu ihrem Antrieb, soweit die genannten Stoffe oder Sachen der Kriegsführung oder der Vorbereitung der Kriegsführung dienen oder dienen sollten.“

Dieser Vorschlag grenzt Kampfmittel als durch Klammerzusatz näher definierte Gegenstände von den Kampfstoffen („Kampfstoffe sowie Kampfmittel“) ab und stellt auf ihre Verwendung in bzw. ehemals als Kriegswaffen ab. Kampfmittel und Kampfstoffe werden hier im Hinblick auf Rüstungsaltslasten definiert. Die Bundesregie-

⁵¹⁴ Vgl. BT-Drs. 11/6972, S. 22.

⁵¹⁵ Vgl. BT-Drs. 11/6972, S. 22.

⁵¹⁶ Vgl. BT-Drs. 12/3257, S. 4.

zung⁵¹⁷ versteht darunter in umfassender Weise alle Boden-/Wasser- und Luftverunreinigungen durch Chemikalien aus konventionellen und chemischen Kampfstoffen. Hierbei handelt es sich insbesondere um

- chemische Kampfstoffe,
- Sprengstoffe,
- Brand-, Nebel- und Rauchstoffe,
- Treibmittel,
- Chemikalien, die den Kampfstoffen zur Erreichung taktischer Erfordernisse zugesetzt werden,
- produktionsbedingte Vor- und Abfallprodukte sowie die
- Rückstände aus der Vernichtung konventioneller und chemischer Kampfmittel.

Die **Altlasten** selbst unterliegen nicht dem Abfallrecht, da der Abfallbegriff gemäß § 2 Abs. 1, § 3 Abs. 1 KrW-/AbfG eine bewegliche Sache voraussetzt. Fest mit dem Erdreich verbundene Munitionsreste sind keine beweglichen Sachen. Erst der aus dem Erdreich entnommene Aushub fällt unter den Abfallbegriff.

b) Landesrechtliche Definitionen

Vor der Einfügung der Ausnahme für die Kampfmittelbeseitigung hatte allein das Land Nordrhein-Westfalen in § 1 Abs. 3 Nr. 8 AbfG eine Kampfmittelverordnung erlassen. Der damalige Wortlaut der ordnungsbehördlichen Verordnung zur Verhütung von Schäden durch Kampfmittel (Kampfmittelverordnung) vom 04. Oktober 1973⁵¹⁸ lautete:

„Kampfmittel im Sinne dieser Verordnung sind gewahrlosamlos gewordene

- 1. Munition und mit explosionsgefährlichen Stoffen behaftete Munitionsbestandteile militärischer Herkunft (z.B. Bomben, Granaten, Zünder, Patronen, Kartuschen und Hülsen) sowie*
- 2. andere explosionsgefährliche Gegenstände militärischer Herkunft (z.B. Spreng- und Zündmittel).“*

⁵¹⁷ Vgl. BT-Drs. 11/6972, S. 1.

⁵¹⁸ GVBl. NW S. 476; die Kampfmittelverordnung galt für 10 Jahre und ist inzwischen durch die Nachfolgeverordnungen aus den Jahren 1983 und 1993 mit Änderungen im Wortlaut ersetzt (s. u. sogleich).

Diese Definition versteht unter „Kampfmittel“ im Wesentlichen noch funktionsfähige Einheiten oder Teileinheiten. Sie trägt der Gesetzesbegründung nicht ausreichend Rechnung, unter dem Begriff Kampfmittel auch Kampfstoffe einzuschließen. Als Gefahr nennt sie allein die Explosionsgefahr. Daher ist diese Definition als zu eng abzulehnen.

Deutlich weiter und für die Abgrenzung zum Abfallrecht geeigneter – sind die jüngeren Definitionsansätze im Landesrecht.

Eine Reihe von Bundesländern haben den Begriff der Kampfmittel in sog. **Kampfmittelverordnungen** definiert. Es handelt sich dabei um Verordnungen auf Grundlage des allgemeinen Sicherheits- und Ordnungsrechts der Länder. Es bestehen folgende landesrechtliche Vorschriften:

- **Hamburg:** Verordnung zur Verhütung von Schäden durch Kampfmittel vom 26. Juni 1990 (Hamburgisches GVBl. S. 131)
- **Mecklenburg-Vorpommern:** Landesverordnung zur Verhütung von Schäden durch Kampfmittel (Kampfmittelverordnung) vom 08. Juni 1993 (GVOBl. M.-V. S. 575)
- **Niedersachsen:** Rd.Erl. des Umweltministeriums vom 08.12.1995 (MBI. 1996 S. 111) sowie § 32 Abs. 2 NAbfG in der Fassung vom 14. Oktober 1994 (Nds.GVBl. S. 467).
- **Nordrhein-Westfalen:** Ordnungsbehördliche Verordnung zur Verhütung von Schäden durch Kampfmittel (Kampfmittelverordnung) vom 03. November 1993 (GV.NW. S. 887); davor bereits Kampfmittelverordnung vom 28. Oktober 1983 (GV. NW S. 510) sowie Kampfmittelverordnung vom 04. Oktober 1973 (GV. NW. S. 476).
- **Sachsen:** Polizeiverordnung des Sächsischen Staatsministeriums des Innern zur Verhütung von Schäden durch Kampfmittel (Kampfmittelverordnung) vom 04. Februar 1994 (Sächs.GVBl. S. 317) sowie Polizeiverordnung des Sächsischen Staatsministeriums des Innern zur Abwehr der von dem Kampfmittel belasteten Gebiet Königsbrück ausgehenden Gefahren (Polizeiverordnung kampfmittelbelastetes Gebiet Königsbrück) vom 28. Juli 1995 (Sächs.GVBl. S. 238).
- **Sachsen-Anhalt:** Gefahrenabwehrverordnung zur Verhütung von Schäden durch Kampfmittel (KampfM-GAVO) vom 05. Mai 1995 (GVBl. LSA S. 118), geändert durch Verordnung vom 27. Mai 1997 (GVBl. LSA S. 549).

Die ausgewerteten Kampfmittelverordnungen der Bundesländer lauten **im Wesentlichen** ähnlich:

„Kampfmittel im Sinne dieser Verordnung sind gewahrsamlos gewordene Gegenstände militärischer Herkunft und Teile solcher Gegenstände, die

- 1. Explosivstoffe enthalten oder aus Explosivstoffen bestehen (z.B. Patronen, Granaten, Bomben, Zünder, Minen, Spreng-, Treib- und Zündmittel; dazu gehören auch Raketen für militärische Anwendung einschließlich der Treibsätze),*
- 2. Kampfstoffe, Nebelstoffe, Brandkampfstoffe und Reizstoffe enthalten.“⁵¹⁹*

Sie unterscheiden sich geringfügig in der beispielhaften Aufzählung der Explosivstoffe (Gewehrpatronen, Granaten, Bomben, Zünder etc.).

Etwas ausführlicher erfasst die Definition von Mecklenburg-Vorpommern auch Stoffe, die den explosionsgefährlichen Stoffen gleichstehen sowie außerdem die unkonventionellen Spreng- und Brandvorrichtungen. Kürzer, aber wohl inhaltlich umfassender ist die Definition in Sachsen:

„Kampfmittel im Sinne dieser Polizeiverordnung sind gewahrsamlos gewordene Gegenstände militärischer Herkunft und Teile solcher Gegenstände, die Spreng-, Zünd-, Brand-, Nebel-, Reiz-, Rauch-, Leucht- und Kampfstoffe enthalten oder aus solchen bestehen.“⁵²⁰

Von der Definition eingeschränkter auf Munition oder Munitionsteile ist demgegenüber die Verordnung des Landes Sachsen-Anhalt.⁵²¹

Hinsichtlich des Verständnisses von Kampfmitteln als „gewahrsamlos gewordene Gegenstände“ sind die Länderdefinitionen weitgehend kongruent. Unterschiede ergeben sich daraus, ob

⁵¹⁹ Vgl. die Kampfmittelverordnung des Landes Nordrhein-Westfalen. Fast gleichlautend die Kampfmittelverordnungen des Landes Hamburg.

⁵²⁰ Kampfmittelverordnung vom 4. Februar 1994 (Sächs. GVBl. S. 317).

⁵²¹ KampfM-GAVO vom 5. Mai 1995 (GVBl. LSA S. 118).

Kampfmittel bestimmte Stoffe „enthalten“ oder aus ihnen „bestehen“ müssen.

Die Reichweite dieser Länderregelungen ist deshalb ein besonders wichtiges Indiz für den Kampfmittelbegriff im Sinne des § 2 Abs. 2 Nr. 7 KrW-/AbfG, weil die sicherheitsrechtlichen Kampfmittelverordnungen derjenigen spezifischen Gefahrenlage begegnen sollen, die den Gesetzgeber veranlasst hat, die Anwendung des Abfallrechts auszuschließen (s. o., 1.). Trotz der Bedeutung der geringfügig differierenden landesrechtlichen Definitionen – die über diejenige der bundesrechtlichen Definitionsansätze wegen deren teilweise anderer Zielsetzung hinausgeht – muss für den Kampfmittelbegriff des § 2 Abs. 2 Nr. 7 KrW-/AbfG eine einheitliche Auslegung entwickelt werden, die insbesondere dem Zweck der Ausnahme Rechnung trägt.

Eine methodische Schwierigkeit bei der Auslegung besteht in der außerordentlichen technischen Vielfalt und den völlig unterschiedlichen Wirkungsmechanismen und Gefährdungspotentialen der Kampfmittel. Einer Annäherung durch beispielhafte Aufzählung sind deshalb – nicht zuletzt wegen der technischen Entwicklung – Grenzen gesetzt.

Allgemein lassen sich den Kampfmittelverordnungen der Länder folgende Merkmale des Kampfmittelbegriffs entnehmen:

- Es handelt sich um Gegenstände (gegenständlicher Aspekt).
- Sie sind für den Zweck der Kriegsführung hergestellt und geeignet (funktionaler Aspekt/Herkunft).
- Die Gegenstände enthalten bestimmte Stoffe (u. a. der Kriegswaffenliste) oder bestehen aus ihnen (stofflicher Aspekt).

c) Einbeziehung von Kampfstoffen, die sich außerhalb von Kampfmitteln i. e. S. befinden

Infolge der unterschiedlichen bundesrechtlichen und landesrechtlichen Definitionsansätze der Bundesländer wird der Begriff „Kampfmittel“ des § 2 Abs. 2 Nr. 7 KrW-/AbfG unterschiedlich an-

gewandt bzw. ausgelegt.⁵²² Dabei stehen praktische Abgrenzungsfragen im Vordergrund, insbesondere inwieweit **Kampfstoffe** auch über eine enge Definition der Kampfmittel hinaus von der Anwendbarkeit des Abfallrechts ausgeschlossen werden.

In Frage kommen hierzu folgende Positionen:

- Kampfstoffe werden nur dann von der Anwendung des Abfallrechts ausgeschlossen, wenn sie in einem Kampfmittel i.e.S. (Behälter) enthalten sind. Folge: Nur im Wesentlichen funktionsfähige Einheiten oder Teileinheiten (Bomben, Granaten, Patronen, Zünder etc.) sind gesondert zu handhaben.
- Auf außerhalb eines Kampfmittels i.e.S. aufgefundene Gegenstände, die aus Kampfstoffen bestehen, ist das Abfallrecht ebenfalls nicht anzuwenden. Folge: Auch gegenständliche Ansammlungen von aus Kampfmitteln entwichenen Stoffen, Kampfmittelinhalte vor Delaborierung, gelagerte Kampfstoffe (z. B. in Behältern gefasste) sind dem Abfallrecht entzogen. Zu berücksichtigen ist, dass Brand- und Sprengstoffe oder Zünder auch ohne Ummantelung oder Behälter wirksam sind.
- Nicht gefasste bzw. ummantelte Kampfstoffe sind grundsätzlich dem Anwendungsbereich des Abfallrechts entzogen. Das Vorliegen eines Kampfstoffes nach der Kriegswaffenliste indiziert auch in geringer Konzentration oder Beimengung zu anderen Gegenständen diesen Ausschluss. Folge: Rückstände aus der Vernichtung konventioneller und chemischer Kampfmittel, mit Kampfstoffen verunreinigtes Bodenmaterial nach Bodenentnahme sowie Vor- und Abfallprodukte aus der Kampfmittelproduktion sind auch bei geringen Kampfstoffrestgehalten dem Regime des Abfallrechts entzogen.

Übereinstimmend verstehen die Bundesländer unter Kampfmitteln nicht allein die funktionsfähige Einheit eines ehemals zur Kriegsführung bestimmten Gegenstandes, sondern auch die für sich gesehen gefährlichen Teile solcher Einheiten - insbesondere Explosivstoffe und Zünder. Danach wäre auf **Explosivstoffe**, soweit sie ohne Ummantelung in gegenständlicher Form vorliegen, die Anwendbarkeit des Abfallrechtes ausgeschlossen. Andere Kampf-, Nebel-, Brand- und Reizstoffe wären demgegenüber nur dann vom

522

Auf dieses Problem weist das Umweltbundesamt, Jahresbericht 1992, S. 301, hin.

Abfallrecht ausgeschlossen, wenn diese Stoffe in einem Kampfmittel oder Kampfmittelteil enthalten sind. Eine Ausnahme bildet insofern die Definition des Landes Sachsen, wonach auch diese Stoffe ohne Einbeziehung in eine ehemals funktionstüchtige kriegswaffengeeignete Einheit Kampfmittel i.S. der Kampfmittelverordnung sind.

Der Gesetzgeber wollte, dem Wunsch des Bundesrates folgend, "Kampfmittel (einschl. der Kampfstoffe)" vom Abfallrecht ausnehmen. Dies spricht dafür, den Kampfmittelbegriff nicht eng zu verstehen, wie dies z. B. im Vorschlag des Rüstungsaltslastenfinanzierungsgesetzes zum Ausdruck kommt. Eine Auslegung dergestalt, dass nur die in einem Kampfmittel (Munition oder Munitionsteilen) enthaltenen Kampfstoffe umfasst sein sollen, wird der Praxis nicht gerecht. Es kann keinen Unterschied machen, ob z. B. Stoffe aus Gewehrpatronen noch in diesen enthalten sind oder infolge von Zerstörung der Munition ausgetreten sind. Insbesondere bei Sprengstoffen ist eine Aufteilung in Stoffe innerhalb einer Ummantelung oder außerhalb unpraktikabel, da die Stoffe ihre Wirkung in der Regel auch ohne Ummantelung erfüllen.

Andererseits ist die grundsätzliche Einbeziehung von Kampfstoffen in den Kampfmittelbegriff begrenzt. Hätte der Gesetzgeber Kampfstoffe in jeglicher Form vom Anwendungsbereich ausnehmen wollen, hätte er die beiden Begriffe „Kampfmittel und Kampfstoffe“ im Gesetz und nicht allein in der Begründung benennen müssen.

Als eingrenzendes Kriterium ist im Hinblick auf die Zielsetzung des Ausnahmetatbestandes auf die durch Kampfmittel hervorgerufene, spezifische Gefahrenlage abzustellen. Im Vordergrund stehen dabei notwendige Sicherungsmaßnahmen im Zusammenhang mit der Bergung und spezifische Gefahren, die für die übliche Abfallentsorgung untypisch sind, z. B. Explosionsgefahr, Gefahr der Selbstentzündung oder eine nicht mit den Mitteln der abfallrechtlichen Überwachung zu bewältigende Toxizität.

Kampfstoffe sind deshalb dann als Kampfmittel i. S. des Gesetzes zu verstehen, wenn sie die Aspekte eines „Kampfmittels“ aufweisen und sie spezifische Gefährdungspotential für den Menschen aufweisen.

Demgegenüber fallen Kampfstoffe ohne eine solche Kampfmittel-eigenschaft – beispielweise wenn sie in geringer Konzentration vorliegen oder in geringer Menge Abfällen beigemischt sind – nicht unter den Kampfmittelbegriff des § 2 Abs. 2 Nr. 7 KrW-/AbfG. Auf solche Kampfstoffe findet das Abfallrecht deshalb uneingeschränkt Anwendung.

d) Nach welchen Vorschriften sind „Kampfmittel“ zu entsorgen?

Die Beseitigung von Kampfmitteln erfolgt nach völlig herrschender Meinung nach dem Sicherheits- und Ordnungsrecht der Bundesländer.⁵²³ In jeder Phase der Beseitigung von Kampfmitteln, die sich nach dem Recht der Gefahrenabwehr vollzieht, sind von besonders ausgebildetem Personal – ggf. mit Hilfe der Bundeswehr – bestimmte, der Gefahrenlage angepasste Sicherheitsvorkehrungen zu treffen.

Diese Aufgaben sind zu keiner Zeit von den mit der Abfallbeseitigung beauftragten Behörden wahrgenommen worden, weil die Abfallbeseitigung tatsächlich anders verläuft als die Kampfmittelbeseitigung. Die Abfallbeseitigung knüpft an die Überlassungspflicht des Abfallbesitzers gegenüber einer beseitigungspflichtigen Körperschaft an. Diese hat die Abfälle bei dem Abfallbesitzer einzusammeln und dann zum Zwecke der Behandlung, Lagerung oder Ablagerung zu einer zugelassenen Abfallbeseitigungsanlage zu befördern.⁵²⁴

Bei der Beseitigung von Kampfmitteln steht immer der Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung im Vordergrund. Daher ver-

⁵²³ Vgl. *Fluck* (Anm. 11), Rn. 190; Hösel/v. Lersner/Wendenburg, § 2 KrW-/AbfG, Rn. 20.

⁵²⁴ Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drs. 9/667, S. 8.

drängen die Eingriffsbefugnisse der Behörden der Gefahrenabwehr das Abfallrecht, aber auch andere Regelungen.⁵²⁵

Die Bundesregierung hat im Gesetzgebungsverfahren aus gegebenem Anlass darauf hingewiesen, dass für die Kampfmittelbeseitigung folglich die dafür vorgesehenen Dienststellen der Länder zuständig seien. Das schließe eine Hilfestellung der Bundeswehr bei besonders schweren Unglücksfällen und dringenden Notfällen nicht aus.⁵²⁶

e) Verhältnis zu § 58 KrW-/AbfG

Fraglich ist, wie sich diese Ausnahmebestimmung zur Kampfmittelbeseitigung zum Vollzug des Abfallrechts im Bereich der Bundeswehr gem. § 58 KrW-/AbfG verhält. § 58 Abs. 1 KrW-/AbfG lautet:

„Im Geschäftsbereich des Bundesministeriums der Verteidigung obliegt der Vollzug des Gesetzes und der darauf gestützten Rechtsverordnungen für die Verwertung und Beseitigung militäreigentümlicher Abfälle dem Bundesminister der Verteidigung und den von ihm bestimmten Stellen.“

Diese Bestimmung entspricht im Wesentlichen § 29a AbfG und wurde dem erweiterten Anwendungsbereich des KrW-/AbfG angepasst.⁵²⁷

Dabei handelt es sich um eine Zuständigkeitsvorschrift, mit der in größerem Umfang als bisher Zuständigkeiten für den Gesetzesvollzug von den Ländern auf den Bundesminister der Verteidigung (BMV) verlagert wurden.⁵²⁸ Eine Regelung über den Geltungsbereich des Gesetzes enthält § 58 Abs. 1 KrW-/AbfG nicht. Auch für den BMV sind die Regeln des § 2 KrW-/AbfG verbindlich.

⁵²⁵ Vgl. Stellungnahme des Bundesrates a.a.O.

⁵²⁶ Stellungnahme der Bundesregierung, BT-Drs. 9/667, S. 10.

⁵²⁷ Vgl. Regierungsentwurf BT-Drs. 12/5672, S. 25

⁵²⁸ Vgl. Stellungnahme des Bundesrates BT-Drs. 12/5672, S. 83 sowie Gegenäußerung der Bundesregierung BT-Drs. 12/5672, S. 136.

Die ordnungsbehördliche Kampfmittelbeseitigung dient der Abwehr von Gefahren, die von gewahrsamlos gewordenen Stoffen und Teilen ausgeht. Aus § 58 Abs. 1 KrW-/AbfG folgt keine Verpflichtung der Bundeswehr zur Beseitigung von Abfällen aus militärischer Herkunft, die nicht im Eigentum oder Gewahrsam der Bundeswehr stehen.

Von der Regelung zu trennen ist die Frage der Haftung des Bundes als Verantwortlicher oder Rechtsnachfolger von Verursachern von Rüstungsaltslasten.

Die Bundeswehr ist - wie Stationierungstreitkräfte, Bundesgrenzschutz, Zollgrenzdienst oder Polizei - im eigenen Wirkungsbereich verpflichtet, für die Beseitigung von Munition und Munitionsresten Sorge zu tragen. Dies ergibt sich aus den jeweiligen innerdienstlichen Vorschriften zur Sicherheit und Ordnung. Insbesondere obliegt den genannten Einrichtungen die Behandlung (Delaborierung) von Kampfmitteln und -stoffen bis zur Herstellung eines Zustandes, nach dem eine ordnungsgemäße Entsorgung der entstehenden Abfälle möglich ist.

Im Übrigen unterliegt die Entsorgung von Wehrmaterial den Bestimmungen des Abfallrechts, das abweichend gemäß § 58 KrW-/AbfG vom BMV vollzogen wird.⁵²⁹

f) Zusammenfassung

Die Reichweite der Ausnahmebestimmung des § 2 Abs. 2 Nr. 7 KrW-/AbfG ist wie folgt zusammenzufassen:

- Kampfmittel können als Gegenstände, Stoffe und Organismen mit Eignung zur Kriegsführung (u. a. nach der Kriegswaffenliste) beschrieben werden.
- Eine gesonderte Behandlung der Kampfmittel folgt aus der besonderen Gefahrenlage für den Menschen (Sicherheits- und Ordnungsrecht) über die Gefährdung der Umwelt (Abfallrecht und andere umweltrechtliche Vorschriften) hinaus, die

⁵²⁹

Vgl. zu den abfallrechtlichen Problemen bei der Entsorgung von Wehrmaterial, Umweltbundesamt, Jahresbericht 1992, S. 300 ff. sowie Schneider BWV 1986, S. 75 f.

besonders geschultes Personal und an die Gefahrenlage angepasste Sicherheitsvorkehrungen erfordert.

- Kampfstoffe (insbesondere in Form von chemischen Stoffen oder biologischen Organismen) sind vom Begriff der Kampfmittel nur umfasst, wenn sie in gegenständlicher Form vorliegen und mit oder ohne Ummantelung bzw. Verarbeitung zu einer funktionsfähigen Einheit eine besondere Gefahrenlage (s. vorstehender Spiegelstrich) begründen.
- Kampfmittelverordnungen der Bundesländer stützen sich auf die Zuständigkeit der Länder für Gefahrenabwehr. Liegen Kampfstoffe in einer Form vor, die keine besonders erhöhte Gefahrenlage für den Menschen begründet, ist den Bundesländern eine das Abfallrecht ergänzende Definitionsmacht entzogen.
- Für Kampfstoffreste nach Delaborierung oder Beimengungen von Kampfstoffen im Bodenaushub unterhalb der besonderen Gefahrenschwelle gilt das Abfallrecht.
- Die Kampfmittelbeseitigung erfolgt durch die von den Bundesländern bestimmten Stellen nach dem Sicherheits- und Ordnungsrecht. Für die Beseitigung von Kampfmitteln im Gewahrsam der Bundeswehr oder vergleichbarer Einrichtungen (Munition bzw. Munitionsreste) haben diese für eine Delaborierung Sorge zu tragen, um anschließend eine ordnungsgemäße Entsorgung der entstehenden Abfälle zu ermöglichen.

F. Maßnahmen der Überwachung nach § 40 Abs. 1 KrW-/AbfG

Die Ziele des KrW-/AbfG – allgemein die Schonung der natürlichen Ressourcen und die Sicherung der umweltverträglichen Beseitigung, § 1 KrW-/AbfG – können nur dann erreicht werden, wenn die abfallrechtlichen Pflichten effektiv durchgesetzt werden. Die Abfallbehörden können die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen aber nur sicherstellen und Vollzugsdefizite vermeiden, wenn sie über Informationen verfügen, ob und inwieweit die Betroffenen ihre Pflichten tatsächlich einhalten. Die Erlangung solcher Informationen ist in den Vorschriften über die Überwachung der §§ 40 ff. KrW-/AbfG geregelt.

Nach § 40 Abs. 1 KrW-/AbfG, unterliegt die Vermeidung, Verwertung und Beseitigung von Abfällen der Überwachung durch die zuständige Behörde. Im folgenden soll der Inhalt und Umfang dieser Überwachungsbefugnis und ihr Verhältnis zu den Regelungen des § 40 Abs. 2 – 4 und der §§ 42ff. sowie zu Überwachungsaufgaben anderer Behörden geklärt werden.

Bei der Auslegung des § 40 Abs. 1 KrW-/AbfG kann neben der abfallrechtlichen Literatur und Rechtsprechung auch auf Material zu § 52 Abs. 1 BImSchG zurückgegriffen werden.⁵³⁰ Diese Vorschrift lautet

„Die zuständigen Behörden haben die Durchführung dieses Gesetzes und der auf dieses Gesetz gestützten Rechtsverordnungen zu überwachen.“

und ist damit sowohl in ihrer Formulierung als auch in ihrer Funktion dem § 40 Abs. 1 KrW-/AbfG vergleichbar.

I. Gegenstand der Überwachung nach § 40 KrW-/AbfG

1. Vermeidung, Verwertung und Beseitigung von Abfällen

Die Überwachungsbefugnis nach § 40 Abs. 1 bezieht sich auf die Vermeidung, Verwertung und Beseitigung von Abfällen.

a) Vermeidung von Abfällen

Neu gegenüber der Vorgängernorm des § 11 Abs. 1 AbfG ist die Ausdehnung der Überwachung auf die Abfallvermeidung. Was von dem Begriff der Vermeidung umfasst wird, bestimmt sich insbesondere nach § 4 Abs. 2 KrW-/AbfG.⁵³¹ Danach gehört zur Abfallvermeidung die anlageninterne Kreislaufführung von Stoffen, die abfallarme Produktgestaltung sowie ein auf den Erwerb abfall- und

⁵³⁰ Donner/Röckeisen, in: Brandt/Ruchay/Weidemann, § 40 KrW-/AbfG Rn 49.

⁵³¹ Donner/Röckeisen in: Brandt/Ruchay/Weidemann, § 40 KrW-/AbfG Rn 89.

schadstoffarmer Produkte gerichtetes Konsumverhalten. Die Überwachung nach § 40 KrW-/AbfG bezieht sich aber nach dem Wortlaut dieser Vorschrift lediglich auf die Vermeidung, wie sie von aufgrund der §§ 23 und 24 KrW-/AbfG erlassenen Rechtsverordnungen gefordert wird.

Daraus folgt, dass die Abfallüberwachungsbehörde insbesondere nicht zuständig ist für die Überwachung der Abfallvermeidungspflichten nach §§ 5 Abs. 1, 9 KrW-/AbfG in Verbindung mit BImSchG, da sich diese Pflichten eben nicht aus Verordnungen nach §§ 23, 24 KrW-/AbfG ergeben.⁵³²

Die Überwachung der Abfallvermeidung ist ferner auf die Vermeidung „nach Maßgabe“ der jeweiligen Rechtsverordnung beschränkt. Diese Beschränkung trägt dem Umstand Rechnung, dass nach § 5 Abs. 1 KrW-/AbfG eben keine allgemeine, unmittelbar verbindliche Pflicht zur Abfallvermeidung existiert. Folglich sind nur die in den Rechtsverordnungen statuierten konkreten Vermeidungspflichten zu überwachen.⁵³³

b) Verwertung und Beseitigung von Abfällen

Neben der Vermeidung unterliegt der gesamte Bereich der Verwertung und Beseitigung von Abfällen der Überwachung. Zur Abfallverwertung zählen gemäß § 4 Abs. 5 KrW-/AbfG das Bereitstellen, Überlassen, Sammeln, Einsammeln durch Hol- und Bringsysteme, Befördern, Lagern und Behandeln von Abfällen zur Verwertung. Dabei sind unter Behandeln auch die konkreten Verwertungsvorgänge zu verstehen.⁵³⁴ Unter Beseitigung fällt nach § 10 Abs. 2 KrW-/AbfG das Bereitstellen, Überlassen, Einsammeln, die Beförderung, Behandlung, Lagerung und Ablagerung von Abfällen zur Beseitigung. Es werden also alle Phasen der Abfallentsorgung

⁵³² *Donner/Röckeisen* in: Brandt/Ruchay/Weidemann, § 40 KrW-/AbfG Rn 90; *Fluck*, § 40 KrW-/AbfG Rn 37; *Wendenburg*, in: Hösel/v. Lersner/Wendenburg, § 40 KrW-/AbfG Rn 15.

⁵³³ *Donner/Röckeisen* in: Brandt/Ruchay/Weidemann, § 40 KrW-/AbfG Rn 91; *Wendenburg*, in: Hösel/v. Lersner/Wendenburg, § 40 KrW-/AbfG Rn 14; *Frenz*, § 40 Rn 3.

⁵³⁴ *Wendenburg*, in: Hösel/v. Lersner/Wendenburg, § 40 KrW-/AbfG Rn 14;

erfasst.⁵³⁵ Ebenso bezieht sich die Überwachung auch auf die Errichtung und den Betrieb von Abfallentsorgungsanlagen.⁵³⁶

Gegenüber der Überwachung nach dem AbfG ergibt sich eine Neuerung aus der Einbeziehung der Überlassung, Bereitstellung und Sammlung, die auch eine Getrennthaltung oder Sortierung von Abfällen mitumfassen können. Von dem Entsorgungsbegriff des AbfG waren diese Handlungen nicht erfasst, so dass eine Überwachung diesbezüglich nur stattfand, wenn dies durch Landes- oder Satzungsrecht vorgesehen war.⁵³⁷ Durch die Neuregelung des KrW-/AbfG ist bundesrechtlich eine Überwachung jetzt schon vor einer Entledigung der Abfälle (im Sinne einer Besitzaufgabe) möglich.

2. Reichweite der Überwachung

Zunächst ist festzustellen, dass sich die Überwachung nach § 40 Abs. 1 KrW-/AbfG auf alle Abfallarten erstreckt und nicht etwa nur die (besonders) überwachungsbedürftigen Abfälle im Sinne des § 41 KrW-/AbfG erfasst.⁵³⁸ An diese Abfälle werden vielmehr über die allgemeine Überwachung hinaus besondere zusätzliche Anforderungen gestellt.

Gegenstand der Überwachung ist die Einhaltung der rechtlichen Anforderungen an die Abfallvermeidung, -verwertung und -beseitigung. Unstreitig zählen dazu die Regelungen des KrW-/AbfG und darauf beruhender Vorschriften (Rechtsverordnungen, Verwaltungsvorschriften) sowie behördliche Anordnungen und sonstige Verwaltungsakte auf der Grundlage dieser Normen (z.B. Genehmigungen, Genehmigungsaufgaben, Planfeststellungsbeschlüsse).⁵³⁹

⁵³⁵ Vgl. hierzu *Donner/Röckeisen* in: Brandt/Ruchay/Weidemann, § 40 KrW-/AbfG Rn 96; *Wendenburg*, in: Hösel/v. Lersner/Wendenburg, § 40 KrW-/AbfG Rn 16; *Paetow*, in: Kunig/Paetow/Versteyl, § 40 KrW-/AbfG Rn 9.

⁵³⁶ *Paetow*, in: Kunig/Paetow/Versteyl, § 40 KrW-/AbfG Rn 2.

⁵³⁷ Vgl. die Definition der Abfallentsorgung in § 1 Abs. 2 AbfG, die diese Handlungen nicht umfasste; siehe auch *Röckeisen/Donner* in Brandt/Ruchay/Weidemann, § 40 KrW-/AbfG Rn 97; *Birn/Jung* § 11 AbfG S. 5; siehe hierzu auch den Beschluß des VGH München v. 14.7.1993, NVwZ-RR 1994, 251f., wonach die Überlassungspflicht nicht der Überwachung nach § 11 Abs. 2 – 5 AbfG unterliegt.

⁵³⁸ *Fluck*, § 40 KrW-/AbfG Rn 38; *Paetow*, in: Kunig/Paetow/Versteyl, § 40 Rn 9; *Wendenburg*, in: Hösel/v. Lersner/Wendenburg, § 40 KrW-/AbfG Rn 16.

⁵³⁹ *Röckeisen/Donner* in: Brandt/Ruchay/Weidemann, § 40 KrW-/AbfG Rn 68; *Fluck*, § 40 KrW-/AbfG Rn 27.

Umstritten ist, welche weiteren Vorschriften Gegenstand der Überwachung nach § 40 KrW-/AbfG sein können. Dabei ist zunächst festzuhalten, dass sich die Überwachungsbefugnis nach dem KrW-/AbfG auf die Einhaltung solcher Pflichten beschränkt, die auf Bundesrecht basieren. Landes- oder satzungsrechtliche Konkretisierungen und Ausgestaltungen des Bundesrechts sind nur nach Maßgabe von landes- oder satzungsrechtlichen Befugnissen zu überwachen.⁵⁴⁰

Die Grenzen der Überwachung nach § 40 KrW-/AbfG werden von einer Ansicht in der Literatur sehr weit gezogen: Gegenstand der Überwachung sei die Einhaltung aller für die Entsorgung von Abfall relevanten Vorschriften des öffentlichen Rechts einschließlich des Strafrechts.⁵⁴¹ Auch das OVG Schleswig ging in seinem Urteil vom 19.1.1993⁵⁴² davon aus, dass sich die Überwachungsbefugnis nicht auf die Kontrolle beschränkt, ob die Vorschriften des AbfG eingehalten sind, sondern sich auch darauf erstreckt, ob alle übrigen öffentlich-rechtlichen Vorschriften eingehalten sind, die bei der Beseitigung von Abfall zu beachten sind.

Eine andere Ansicht beschränkt hingegen die Überwachung nach § 40 KrW-/AbfG auf die Pflichten, die aus dem KrW-/AbfG und den darauf gestützten Rechtsvorschriften folgen.⁵⁴³ Die Einhaltung anderer Rechtsvorschriften könne nur insoweit überprüft werden, wie die abfallrechtlichen Vorschriften auf diese Bezug nehmen, z.B. über den Begriff der ordnungsgemäßen Verwertung. Hingegen sei insbesondere die Einhaltung strafrechtlicher Bestimmungen nicht Gegenstand der behördlichen Überwachung.

Nach einer dritten Ansicht bezieht sich die Überwachung nach § 40 KrW-/AbfG nur auf die Ermittlung von Sachverhalten und Daten zur Prüfung der Einhaltung der Pflichten, die sich aus dem KrW-/AbfG selbst ergeben.⁵⁴⁴ Soweit deren Einhaltung sich auch nach Normen außerhalb des Abfallrechts richtet, seien die dafür erforderlichen Informationen von

⁵⁴⁰ So das BVerwG zu § 11 Abs. 4 S. 2 AbfG, Beschluß v. 29.12.1993, NVwZ-RR 1994, 251; zustimmend Kluth, WiB 1994, 250f.; Röckeisen/Donner in: Brandt/Ruchay/Weidemann, § 40 KrW-/AbfG Rn 69.

⁵⁴¹ So Paetow, in: Kunig/Paetow/Versteyl, § 40 Rn 11; Wendenburg, in Hösel/v. Lersner/Wendenburg, § 40 KrW-/AbfG Rn 17; wohl auch Birn, § 40 KrW-/AbfG S. 3.

⁵⁴² ZfW 1993, 232, 233.

⁵⁴³ Fluck, § 40 KrW-/AbfG Rn 27; wohl auch Frenz, § 40 Rn 3.

⁵⁴⁴ Donner/Röckeisen, in: Brandt/Ruchay/Weidemann, § 40 KrW-/AbfG Rn 75ff.

der jeweiligen Fachbehörde anzufordern bzw. diese zur Durchführung von Ermittlungen aufzufordern. Fachspezifische Ermittlungen im fremden Sachgebiet hätten jedoch grundsätzlich zu unterbleiben bzw. seien nur im Auftrag der Fachbehörde zulässig.

Die Reichweite der Überwachungsbefugnis nach § 40 KrW-/AbfG muß sich vor allem an dem Ziel orientieren, eine wirksame Kontrolle der abfallrechtlichen Pflichten zu ermöglichen. Die abfallrechtlichen Verwertungs- und Beseitigungspflichten nach den §§ 5 Abs. 3 S. 2, 10 Abs. 4 KrW-/AbfG verweisen jedoch auch auf Pflichten außerhalb des Abfallrechts: die Verwertung bzw. Beseitigung hat im Einklang mit anderen öffentlich-rechtlichen Vorschriften zu erfolgen.

Relevant sind hier vor allem Regelungen des Immissionsschutzrechts - insbesondere die Anforderungen an genehmigungsbedürftige Anlagen nach § 5 BImSchG; des Wasserrechts - insbesondere die Reinhaltungsgebote nach §§ 26, 32b und 34 WHG; des Baurechts - die baurechtlichen Anforderungen an Abfallverwertungs-, Abfallbehandlungs- und Abfallbeseitigungsanlagen.⁵⁴⁵ Weiterhin haben Vorschriften des Chemikalien- und des Düngemittelrechts Gewicht. Eine wirksame Kontrolle der abfallrechtlichen Vorschriften ist deshalb nur möglich, wenn die Behörde auch die Einhaltung von Vorschriften außerhalb des KrW-/AbfG überwachen kann.⁵⁴⁶ Soweit hierzu nötig, ist deshalb die Überwachung nach § 40 KrW-/AbfG auf außerabfallrechtliche Normen auszuweiten. Eine darüberhinausgehende Kontrolle durch die Abfallüberwachungsbehörden ist jedoch aus Gründen der Verwaltungseffizienz und im Falle grundrechtsrelevanter Überwachungsmaßnahmen zur Wahrung des Verhältnismäßigkeitsprinzips abzulehnen.⁵⁴⁷ Daraus folgt, dass die Abfallüberwachungsbehörden z.B. nicht die Einhaltung von Steuerpflichten oder Arbeitsschutznormen überwachen können.

Soweit sich nach dem Gesagten die Überwachung auch auf Vorschriften außerhalb des KrW-/AbfG beziehen kann, dürfen Maßnahmen zur Reaktion auf festgestellte Rechtsverstöße trotzdem nur im Rahmen der

⁵⁴⁵ *Birn*, § 40 KrW-/AbfG S. 3; Hösel/v. Lersner/Wendenburg, § 5 KrW-/AbfG Rn 13 und § 10 KrW-/AbfG Rn 24ff.

⁵⁴⁶ So *Paetow*, in: Kunig/Paetow/Versteyl, § 40 Rn 11.

⁵⁴⁷ Zum Grundsatz der Verwaltungseffizienz und dem Verhältnismäßigkeitsprinzip als Begrenzung der Überwachung vgl. *Donner/Rockseisen*, in: Brandt/Ruchay/Weidemann, § 40 KrW-/AbfG Rn 76.

jeweiligen Fachzuständigkeit vorgenommen werden.⁵⁴⁸ Auch die Ahndung von Ordnungswidrigkeiten oder Straftaten gehört nicht mehr zur Überwachung, wohl aber die Aufklärung von etwaigen Rechtsverstößen.⁵⁴⁹

3. Abgrenzung zu Kompetenzbereichen anderer Überwachungsbehörden

Aufgrund der großen Reichweite der Überwachung nach § 40 KrW-/AbfG kommt es häufig zu Überschneidungen mit Überwachungszuständigkeiten anderer Behörden (z.B. ist die Wasserbehörde zuständig, wenn von einer Abfallablagerung Gefahren für Gewässer ausgehen können). In diesen Fällen bleiben die Zuständigkeiten der verschiedenen Behörden grundsätzlich erhalten.⁵⁵⁰

Aus dieser parallelen Zuständigkeit folgt jedoch nicht, dass jede Behörde auch für den Erlass konkreter Anordnungen, z.B. als Reaktion auf einen festgestellten rechtswidrigen Zustand, zuständig ist. Nach der Rechtsprechung und der Literatur⁵⁵¹ kommt es hierfür vielmehr auf das primäre Ziel der jeweiligen Maßnahme an. Als grundlegende Entscheidung kann das Urteil des BVerwG vom 18.10.1991⁵⁵² zitiert werden. Dort ging es um die Frage, ob bei einer illegalen Lagerung von Abfällen nur nach Abfallrecht eingeschritten werden darf, oder ob auch landesrechtliche Ordnungsverfügungen ergehen dürfen. Das BVerwG hat das jeweils einschlägige Ordnungsrecht für anwendbar gehalten, wenn es nicht vorrangig um die Beseitigung eines abfallrechtswidrigen Zustandes geht, sondern um die Bekämpfung konkreter Gefahren unabhängig von der Abfalleigenschaft der störenden Sache (hier: Gefahren für das Grundwasser). Die Ordnungsverfügung dürfe jedoch nicht dem Abfall-

⁵⁴⁸ *Donner/Röckeisen*, in: Brandt/Ruchay/Weidemann, § 40 KrW-/AbfG Rn 84; *Paetow*, in: Kunig/Paetow/Versteyl, § 40 Rn 11; entsprechende Erwägungen hat auch das BVerwG in seinem Urteil v. 20.1.1984, NJW 84, 2427, 2428 angestellt.

⁵⁴⁹ *Paetow*, in: Kunig/Paetow/Versteyl, § 40 Rn 9; *Donner/Röckeisen*, in: Brandt/Ruchay/Weidemann, § 40 KrW-/AbfG Rn 84; *Birn*, § 40 KrW-/AbfG S. 2.

⁵⁵⁰ *Birn*, § 40 KrW-/AbfG S. 3; *Donner/Röckeisen*, in: Brandt/Ruchay/Weidemann, § 40 KrW-/AbfG Rn 80; *Paetow*, in: Kunig/Paetow/Versteyl, § 40 Rn 11.

⁵⁵¹ *Paetow*, in: Kunig/Paetow/Versteyl, § 40 Rn 11; *Donner/Röckeisen*, in: Brandt/Ruchay/Weidemann, § 40 KrW-/AbfG Rn 84.

⁵⁵² NVwZ 1992, 480ff; ähnlich auch BVerwG, Beschluss v. 10.11.1993, NVwZ 1994, 296; bestätigend auch der VGH Mannheim, Beschluss v. 23.2.1996, NVwZ 1996, 1035f.

recht widersprechen. Dieser Entscheidung haben sich auch zahlreiche andere Gerichte angeschlossen.⁵⁵³

Entsprechend diesen Gerichtsentscheidungen ist für die Abgrenzung der Überwachungszuständigkeiten verschiedener Behörden folgendes festzuhalten: unterfällt ein Sachverhalt verschiedenen Regelungsbereichen, sind grundsätzlich die jeweiligen Fachbehörden nebeneinander für die Überwachung zuständig. Welche Behörde welche konkreten Maßnahmen ergreifen darf, richtet sich nach der primären Zielrichtung dieser Maßnahmen.

Besonderheiten ergeben sich für die Abgrenzung des § 40 KrW-/AbfG zum Überwachungsregime des Immissionsschutzrechtes. Wie oben bereits dargestellt, obliegt den Abfallüberwachungsbehörden nicht die Überwachung der **Vermeidungspflichten** von Betreibern von genehmigungsbedürftigen Anlagen nach dem BImSchG. Die Überwachung der Einhaltung dieser Pflicht ist Aufgabe der Immissionsschutzbehörden.⁵⁵⁴ Auch für die Abfallentsorgung, also die **Verwertung und Beseitigung**, bestimmt § 9 S. 1 KrW-/AbfG, dass sich die entsprechenden Anforderungen bei Errichtung und Betrieb von BImSchG-Anlagen nach dem BImSchG richten. Daraus folgt, dass sich auch die Überwachung nach dem BImSchG richtet und insoweit die Immissionsschutzbehörden zuständig sind.⁵⁵⁵

Nach § 9 S. 2 KrW-/AbfG bleiben jedoch stoffbezogene Anforderungen an die Verwertung und Beseitigung nach dem KrW-/AbfG unberührt. Damit richtet sich auch die Überwachung dieser Anforderungen nach dem KrW-/AbfG.⁵⁵⁶ Die Entscheidung des VG Düsseldorf vom 6.11.1997⁵⁵⁷, die Abfallbehörde sei nicht zuständig für ein Verbot der Verwertung belasteter Böden in einer nach BImSchG genehmigten Anlage, das an den Anlagenbetreiber gerichtet war, steht hierzu nicht im Widerspruch. Das Verwertungsverbot ließ sich nach Ansicht des Ge-

⁵⁵³ Vgl. OVG Schleswig, Urteil v. 19.1.1993, ZfW 1993, 232, 234; OVG Schleswig, Urteil v. 17.6.1997, Az 2 L 363/95 (juris); OVG Koblenz, Beschluss v. 6.5.1993, NVwZ 1994, 511ff; OVG Münster, Beschluss v. 31.10.1994, NVwZ-RR 1995, 491ff.

⁵⁵⁴ *Wendenburg*, in: Hösel/v. Lersner/Wendenburg, § 40 KrW-/AbfG Rn 15.

⁵⁵⁵ *Donner/Röckeisen*, in: Brandt/Ruchay/Weidemann, § 40 KrW-/AbfG Rn 82; *Fluck*, § 40 KrW-/AbfG Rn 29; *Wendenburg*, in: Hösel/v. Lersner/Wendenburg, § 40 KrW-/AbfG Rn 15.

⁵⁵⁶ *Donner/Röckeisen*, in: Brandt/Ruchay/Weidemann, § 40 KrW-/AbfG Rn 82.

⁵⁵⁷ Az 17 L 5223/97 (juris).

richts nämlich nicht mit einem Verstoß gegen stoffliche Anforderungen begründen. Folglich fiel es in die Zuständigkeit der für die Überwachung des Betriebes der BImSchG-Anlage zuständigen Genehmigungsbehörde.

Eine Ansicht in der Literatur⁵⁵⁸ nimmt die anlageninterne Verwertung von Stoffen auch hinsichtlich der stoffbezogenen Anforderungen von der abfallrechtlichen Überwachung aus: die entsprechenden Pflichten der Betreiber ergäben sich unmittelbar allein aus § 5 Abs. 1 Nr. 3 BImSchG; es ginge also nicht um Pflichten, die direkt aus dem KrW-/AbfG folgten, folglich sei auch nicht die Abfallüberwachungsbehörde zuständig. Diese Ansicht übersieht, dass die anlageninterne Verwertung vor Inkrafttreten des KrW-/AbfG immissionsschutzrechtlich als Vermeidung angesehen wurde und das BImSchG in § 5 Abs. 1 Nr. 3 gerade keine stoffbezogenen Anforderungen an die Vermeidung stellt.⁵⁵⁹ Stoffbezogene Anforderungen an die anlageninterne Verwertung sind nach § 9 Satz 3 KrW-/AbfG durch eine abfallrechtliche Rechtsverordnung festzulegen. Sie ergeben sich dann aber direkt aus dem Abfallrecht und unterfallen folglich auch der abfallrechtlichen Überwachung.⁵⁶⁰

Für Anlagen, die keiner Genehmigung nach dem BImSchG bedürfen, ist eine spezielle immissionsschutzrechtliche Abfallvermeidungs- und –verwertungspflicht nicht vorgesehen. § 22 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BImSchG verpflichtet den Anlagenbetreiber lediglich dazu, die Anlage so zu errichten und zu betreiben, dass anfallende Abfälle ordnungsgemäß beseitigt werden können. Die Einhaltung dieser immissionsschutzrechtlichen Pflicht unterliegt genauso wie die immissionsschutzrechtlichen Pflichten der Betreiber genehmigungsbedürftiger Anlagen der Überwachung durch die Immissionsschutzbehörden, nicht der abfallrechtlichen Überwachung.

Aufgrund der Regelung in § 22 Abs. 2 BImSchG, wonach weitergehende öffentlich-rechtliche Vorschriften unberührt bleiben, finden die abfallrechtlichen Vermeidungs- und Verwertungspflichten auf nicht genehmi-

⁵⁵⁸ Fluck, § 40 KrW-/AbfG Rn 37.

⁵⁵⁹ So der Umweltausschuß in seinem Bericht zum Entwurf des KrW-/AbfG, BT-Drs. 12/7284, S. 16.

⁵⁶⁰ So auch Donner/Röckeisen, in: Brandt/Ruchay/Weidemann, § 40 KrW-/AbfG Rn 82.

gungsbedürftige Anlagen Anwendung.⁵⁶¹ Die Einhaltung der abfallrechtlichen Vermeidungs- und Verwertungspflichten für die Errichtung und den Betrieb nicht genehmigungsbedürftiger Anlagen wird von den abfallrechtlich zuständigen Behörden überwacht; sofern eine Rechtsverordnung die entsprechende Geltung des § 5 Abs. 1 Nr. 3 BImSchG anordnet, sind allerdings die Immissionsschutzbehörden für die Überwachung zuständig.

⁵⁶¹

So die herrschende Ansicht im Schrifttum: v. Lersner, in: Hösel/v. Lersner/Wendenburg, § 9 KrW-/AbfG Rn 11; *Wendenburg*, in: Hösel/v. Lersner/Wendenburg, § 40 KrW-/AbfG Rn 15; *Jarass*, BImSchG, § 22 Rn 40; ebenso auch der Umweltausschuß in seinem Bericht zum Entwurf des KrW-/AbfG, BT-Drs. 12/7284, S. 15. Anderer Ansicht *Beckmann/Kersting*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, § 9 KrW-/AbfG Rn 13, wonach § 9 Satz 1 KrW-/AbfG einen absoluten Anwendungsvorrang des BImSchG vorsieht mit der Folge, dass für nicht genehmigungsbedürftige Anlagen keine Abfallvermeidungs- und –verwertungspflichten bestehen, wenn nicht durch Rechtsverordnung nach § 22 Abs. 1 Satz 2 BImSchG die entsprechende Geltung des § 5 Abs. 1 Nr. 3 BImSchG angeordnet ist

II. Maßnahmen der Überwachung nach § 40 Abs. 1 KrW-/AbfG

Zu klären ist nun, welche Maßnahmen die zuständige Behörde im Rahmen der Überwachung nach § 40 Abs. 1 ergreifen kann.

1. Verhältnis zu § 40 Abs. 2 – 4 KrW-/AbfG

§ 40 Abs. 1 KrW-/AbfG weist der zuständigen Behörde allgemein die Aufgabe der Überwachung in dem oben ermittelten Umfang zu. Die Absätze 2 bis 4 sprechen einzelne Instrumente der Überwachung an und begründen Befugnisse sowie mit diesen korrespondierende Handlungs- und Duldungspflichten. Dabei wird deren Anwendungsbereich durch Absatz 1 bestimmt und begrenzt, die Instrumente nach Abs. 2 - 4 dürfen nur insoweit angewandt werden, wie der Behörde die Überwachungsaufgabe nach Absatz 1 zugewiesen ist.⁵⁶²

Die Aufzählung der Überwachungsinstrumente in den Absätzen 2 - 4 ist nicht abschließend, im Rahmen der Überwachung nach § 40 Abs. 1 KrW-/AbfG können daher auch andere Mittel angewandt werden.⁵⁶³

2. Verhältnis zu den §§ 42 ff. KrW-/AbfG

Während § 40 KrW-/AbfG Überwachungsbefugnisse hinsichtlich aller Abfälle vorsieht, statuieren die §§ 42 ff. KrW-/AbfG zusätzliche Anforderungen und Pflichten für überwachungsbedürftige und besonders überwachungsbedürftige Abfälle. Dabei besteht zwischen der allgemeinen Überwachung nach § 40 KrW-/AbfG und den speziellen Pflichten der §§ 42 ff. KrW-/AbfG weder ein Ausschließlichkeits- noch ein generelles Hierarchieverhältnis.⁵⁶⁴ Daraus folgt, dass auch die Erfüllung der Pflichten nach den §§ 42 ff. KrW-/AbfG durch Maßnahmen nach § 40 KrW-/AbfG überwacht werden kann.

⁵⁶² Donner/Röckeisen, in: Brandt/Ruchay/Weidemann, § 40 KrW-/AbfG Rn 54.

⁵⁶³ Paetow, in: Kunig/Paetow/Versteyl, § 40 KrW-/AbfG, Rn 3f; Fluck, § 40 KrW-/AbfG Rn 54.

⁵⁶⁴ Donner/Röckeisen, in: Brandt/Ruchay/Weidemann, § 40 KrW-/AbfG Rn 12.

3. Beschränkung auf Handeln ohne Eingriffscharakter?

Nach der herrschenden Meinung im Schrifttum⁵⁶⁵ ermächtigt § 40 Abs. 1 KrW-/AbfG nicht zu Eingriffen in individuelle Rechtspositionen. Das der Überwachung nach dieser Vorschrift dienende Handeln darf nur schlicht-hoheitlicher Natur ohne Eingriffscharakter sein. Zu § 52 Abs. 1 BImSchG wird jedoch auch die Ansicht vertreten, diese Norm ermächtigt zu sogenannten **unselbständigen Verfügungen**.⁵⁶⁶ Unselbständige Verfügungen sind behördliche Anordnungen, die nicht selbst eine bestimmte Pflicht begründen oder eine allgemeine Pflicht konkretisieren, sondern durch die bestehende konkrete Pflichten lediglich rechtsverbindlich aktualisiert werden sollen mit dem Ziel, sie gegebenenfalls mit Verwaltungszwang durchzusetzen. Diese bestehenden konkreten Pflichten sollen sich dabei aus einer Rechtsnorm oder einem Verwaltungsakt (z.B. einer Genehmigung) ergeben können. Für die Durchsetzung konkreter Pflichten bedürfe es neben dem Überwachungsrecht als solchem keiner weiteren Ermächtigungsgrundlage, da sie zum „Wesen der behördlichen Überwachung“ gehöre.⁵⁶⁷

Mit der gleichen Begründung könnte man auch im Rahmen des § 40 Abs. 1 KrW-/AbfG verbindliche behördliche Anordnungen, die in individuelle Rechtspositionen eingreifen, für zulässig erachten.

Gegen die Argumentationsführung unter Rückgriff auf das „Wesen der Überwachung“ spricht, dass genauso wie die Durchsetzung konkreter Pflichten auch die Begründung von Pflichten und die Konkretisierung allgemeiner Pflichten notwendige Bestandteile der Überwachung sind.⁵⁶⁸ Für derartige Anordnungen wird aber unstreitig anerkannt, dass sie sich nicht auf die allgemeine Überwachungsnorm stützen lassen.⁵⁶⁹

Als gewichtigeres Gegenargument ist jedoch der Wortlaut des § 40 Abs. 1 KrW-/AbfG heranzuziehen. Danach ist von einer reinen Aufga-

⁵⁶⁵ *Donner/Röckeisen* in: Brandt/Ruchay/Weidemann, § 40 KrW-/AbfG Rn 51; *Paetow*, in: Paetow/Kunig/Versteyl, § 40 Rn 12 *Fluck*, § 40 KrW-/AbfG Rn 55; wohl auch *Wendenburg*, in Hösel/v. Lersner/Wendenburg, § 40 KrW-/AbfG Rn 17; zu § 52 BImSchG auch *Jarass*, BImSchG, § 52 Rn 4f und *Mösbauer*, NVwZ 1985, 457.

⁵⁶⁶ So *Hansmann*, in: Landmann/Rohmer, § 52 BImSchG Rn 20.

⁵⁶⁷ *Hansmann*, in: Landmann/Rohmer, § 52 BImSchG Rn 20.

⁵⁶⁸ So *Lechelt*, in: GK-BImSchG § 52 Rn 69.

⁵⁶⁹ Für § 52 BImSchG *Hansmann*, in: Landmann/Rohmer, § 52 BImSchG Rn 20.

benzuweisungsnorm, nicht jedoch von einer Befugnisnorm auszugehen. Dies ergibt sich insbesondere aus dem Wortlaut „unterliegt der Überwachung“. Die rechtsstaatlichen Gebote der Rechtsklarheit und der Rechtssicherheit verlangen aber gerade für belastendes Verwaltungshandeln, dass eindeutig als solche erkennbare Ermächtigungsgrundlagen bestehen.⁵⁷⁰ Das ist bei § 40 Abs. 1 KrW-/AbfG aber gerade nicht der Fall. Auch ein Vergleich des § 40 Abs. 1 KrW-/AbfG mit den Wortlauten anderer Normen des KrW-/AbfG, die unzweifelhaft eine Ermächtigungsgrundlage für belastende Verwaltungsakte darstellen, zeigt, dass § 40 Abs. 1 KrW-/AbfG nicht als Befugnisnorm konzipiert ist. So machen in § 21 Abs. 1 KrW-/AbfG die Worte „Die zuständige Behörde kann ... Anordnungen ... treffen“ deutlich, dass es sich hierbei um eine Ermächtigung handelt. Ähnlich sind die Formulierungen in § 21 Abs. 2 („Die zuständige Behörde kann anordnen“), § 28 Abs. 1 S. 1, S. 4 und S. 5 („Die zuständige Behörde kann den Betreiber ... verpflichten“ „Die zuständige Behörde hat ... zu verlangen“ „... kann ... verpflichtet werden“), § 32 Abs. 3 („Die zuständige Behörde kann verlangen“), § 33 Abs. 2 („Die zuständige Behörde hat ... zu verlangen“), § 35 Abs. 1 („Die zuständige Behörde ... kann ... anordnen“ „Sie kann ... untersagen“), um nur einige Ermächtigungsgrundlagen des KrW-/AbfG zu nennen. Aus der Formulierung dieser Normen ist eindeutig erkennbar, dass sie zum Erlass von Verwaltungsakten und zu Eingriffen ermächtigen. Der Gesetzgeber hat also seinen Willen, die Verwaltung zu belastenden Verfügungen zu ermächtigen, regelmäßig deutlich zum Ausdruck gebracht. Dass er dies in § 40 Abs. 1 KrW-/AbfG nicht getan hat, deutet darauf hin, dass eine solche Ermächtigung hier auch nicht gewollt war.⁵⁷¹

Nach der Rechtsprechung des BVerwG ist eine ausdrückliche Ermächtigung zwar nicht erforderlich, es genüge vielmehr, wenn sich eine Ermächtigung zum Erlass von Verwaltungsakten durch Auslegung der pflichtenbegründenden Norm ergebe.⁵⁷² So hat das BVerwG aus der Anzeigepflicht nach § 14 GewO die Befugnis abgeleitet, durch Verwaltungsakt die Erfüllung der Anzeigepflicht zu verlangen⁵⁷³ und aus der Genehmigungspflicht des § 34 c Abs. 1 Nr. 1a GewO die Befugnis,

⁵⁷⁰ *Lechelt*, in: GK-BImSchG § 52 Rn 70; *Herzog*, in: Maunz/Dürig, § 20 Rn VI 55ff, 64; ausführlich zu den unselbständigen Verfügungen Osterloh, JuS 1983, 280ff.

⁵⁷¹ So zu § 52 Abs. 1 BImSchG *Lechelt*, DVBl. 1993, 1048, 1049.

⁵⁷² BVerwGE 72, 265, 268.

⁵⁷³ BVerwGE 78, 6, 7.

durch Verwaltungsakt das Bestehen der Genehmigungspflicht festzustellen.⁵⁷⁴ Voraussetzung ist aber, dass eine Auslegung der jeweiligen Vorschrift dahingehend, dass diese eine Ermächtigung zum Erlass eines Verwaltungsaktes enthält, auch möglich ist. Eine solche Auslegung des § 40 Abs. 1 KrW-/AbfG ist jedoch nicht möglich. Das ergibt sich sowohl aus dem Wortlaut der Norm, die – anders als §§ 14 und 34c GewO – noch nicht einmal eine ausdrückliche Pflicht der überwachten Personen vorsieht (Pflichten finden sich vielmehr erst in § 40 Abs. 2 und 3 KrW-/AbfG), als auch aus dem angestellten Vergleich mit Ermächtigungsnormen des KrW-/AbfG.

Folglich ist die Ansicht, § 40 Abs. 1 KrW-/AbfG ermächtige zumindest zu sog. unselbständigen Verfügungen, abzulehnen und mit der herrschenden Meinung davon auszugehen, dass auf der Grundlage des § 40 Abs. 1 KrW-/AbfG allein schlicht-hoheitliche Maßnahmen ohne Eingriffscharakter ergriffen werden können. Dies schließt auch Überwachungsmaßnahmen aus, die zu faktischen oder mittelbaren Eingriffen in Rechtspositionen – insbesondere Grundrechten - führen.⁵⁷⁵

4. Mögliche Maßnahmen nach § 40 Abs. 1 KrW-/AbfG

Aus dem Ausschluss von Maßnahmen, die in Rechte der überwachten Personen eingreifen, ergibt sich, dass die Möglichkeiten der Behörde, Maßnahmen allein auf der Grundlage des § 40 Abs. 1 KrW-/AbfG zu treffen, sehr beschränkt sind. In Betracht kommen insbesondere: die Einholung von Sachverständigengutachten, Erkundigungen bei Personen, die keiner Auskunftspflicht nach § 40 Abs. 2 KrW-/AbfG unterliegen (wobei die Überwachungsbehörde jedoch keine Informations- oder Mitwirkungspflichten vortäuschen darf⁵⁷⁶), eigene Beobachtungen⁵⁷⁷ sowie die Beratung, Aufklärung und Warnung der zu Überwachenden und ihrer Bediensteten.⁵⁷⁸ Grundstücke dürfen nur dann betreten werden, wenn der Berechtigte zustimmt oder es sich um öffentliches Gelände

⁵⁷⁴ BVerwG NVwZ 1991, 267.

⁵⁷⁵ *Donner/Röckeisen*, in: Brandt/Ruchay/Weidemann, § 40 KrW-/AbfG Rn 100.

⁵⁷⁶ *Fluck*, § 40 KrW-/AbfG Rn 56.

⁵⁷⁷ Zu diesen möglichen Instrumenten *Fluck*, § 40 KrW-/AbfG Rn 54; *Donner/Röckeisen*, in: Brandt/Ruchay/Weidemann, § 40 KrW-/AbfG Rn 58 ff.

⁵⁷⁸ *Fluck*, § 40 KrW-/AbfG Rn 54; *Donner/Röckeisen*, in: Brandt/Ruchay/Weidemann, § 40 KrW-/AbfG Rn 56 sehen demgegenüber die Beratung, Aufklärung und Warnung nicht als Überwachung, sondern als nachgeschaltete oder begleitende Maßnahmen an.

handelt.⁵⁷⁹ Auch andere Maßnahmen sind nach § 40 Abs. 1 KrW-/AbfG zulässig, wenn die betroffene Person diesen zustimmt.⁵⁸⁰

Die Bedeutung des § 40 Abs. 1 KrW-/AbfG für die tatsächliche Überwachungspraxis der Behörden liegt also nicht darin, dass eine Ermächtigungsgrundlage für konkrete Maßnahmen geschaffen wird, die wegen ihres Eingriffscharakters ohne eine solche Grundlage nicht ergriffen werden könnten. Bedeutsam ist diese Vorschrift vielmehr deshalb, weil sie zum einen die allgemeine Überwachung überhaupt erst zu einer behördlichen Aufgabe macht und zum anderen die Reichweite der allgemeinen Überwachung beschreibt.

Welche konkreten Überwachungsmaßnahmen im jeweiligen Einzelfall ergriffen und wie diese im einzelnen durchgeführt werden, hat die zuständige Behörde nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden.⁵⁸¹ Dieses Ermessen kann jedoch durch Verfahrensregelungen wie Rechtsverordnungen aufgrund der §§ 7 Abs. 3, 12 Abs. 1 Nr. 3 KrW-/AbfG eingeschränkt sein. Auch die zum AbfG ergangenen Verwaltungsvorschriften, insbesondere die Technische Anleitung Abfall und die Technische Anleitung Siedlungsabfall, enthalten nähere Anforderungen an die Art der Überwachung.⁵⁸²

Hinsichtlich der **Abfallvermeidung** wird teilweise vertreten, dass nur die Überwachungsinstrumente ergriffen werden dürfen, die in der Rechtsverordnung, aus der sich die Vermeidungspflicht ergibt, selbst bestimmt sind.⁵⁸³ Danach kämen Maßnahmen nach § 40 KrW-/AbfG hier nicht in Betracht.

Diese Ansicht ist jedoch abzulehnen.⁵⁸⁴ Die §§ 23, 24 KrW-/AbfG sind keine Rechtsgrundlage für die Statuierung von Instrumenten zur Über-

⁵⁷⁹ *Donner/Röckeisen*, in: Brandt/Ruchay/Weidemann, § 40 KrW-/AbfG Rn 59.

⁵⁸⁰ *Donner/Röckeisen*, in: Brandt/Ruchay/Weidemann, § 40 KrW-/AbfG Rn 59.

⁵⁸¹ *Fluck*, § 40 KrW-/AbfG Rn 65; *Donner/Röckeisen*, in: Brandt/Ruchay/Weidemann, § 40 KrW-/AbfG Rn

57.

⁵⁸² Hierzu *Donner/Röckeisen*, in: Brandt/Ruchay/Weidemann, § 40 KrW-/AbfG Rn 62.

⁵⁸³ *Birn*, § 40 KrW-/AbfG S. 3; v. *Köller*, § 40 KrW-/AbfG S. 296; *Paetow*, in: Kunig/Paetow/Versteyl, § 40 KrW-/AbfG, Rn 8.

⁵⁸⁴ So auch *Donner/Röckeisen*, in: Brandt/Ruchay/Weidemann, § 40 KrW-/AbfG Rn 95; auch *Fluck*, § 40 KrW-/AbfG Rn 37 Fn 8.

wachung der Vermeidungspflichten.⁵⁸⁵ Zwar ermächtigt § 24 Abs. 1 Nr. 4 KrW-/AbfG den Verordnungsgeber, eine Nachweispflicht für rücknahmepflichtige Produkthersteller oder –vertreiber einzuführen. Diese Nachweispflicht bezieht sich aber nur auf die Rücknahme von Abfällen – nicht hingegen auf die Vermeidung von Abfällen. So kann z. B. eine Pflicht, die Einhaltung einer Mehrwegquote nachzuweisen, nicht auf diese Norm gestützt werden. Folglich können sich Instrumente zur Überwachung von Vermeidungspflichten nicht aus den Rechtsverordnungen ergeben. Gegen die genannte Ansicht spricht weiterhin, dass § 40 Abs. 1 KrW-/AbfG bezüglich der Überwachung der Vermeidung sinnlos wäre, wenn sich aus dieser Norm nicht auch Überwachungsinstrumente ergeben könnten.⁵⁸⁶

Daher kann auch die Einhaltung der Vermeidungspflichten mit den nach § 40 KrW-/AbfG zulässigen Instrumenten überwacht werden.

III. Durchsetzbarkeit der Maßnahmen und Sanktionierung von festgestellten Verstößen

Verweigert der Verpflichtete die Durchführung einer Überwachungsmaßnahme nach § 40 Abs. 1 KrW-/AbfG, so muss die Pflicht zur Duldung der Überwachung durch Verwaltungsakt konkretisiert werden, der dann mit den Mitteln des Verwaltungszwanges durchgesetzt werden kann.⁵⁸⁷ Ermächtigungsgrundlage für einen solchen Verwaltungsakt kann aber aus den oben genannten Gründen nicht § 40 Abs. 1 KrW-/AbfG sein, er ist vielmehr auf die Generalklausel des § 21 Abs. 1 KrW-/AbfG zu stützen.⁵⁸⁸ Für die in § 40 Abs. 2 und 3 KrW-/AbfG genannten Überwachungsinstrumente kann sich eine Ermächtigungsgrundlage für ihre Durchsetzung auch aus diesen Vorschriften selbst ergeben.⁵⁸⁹

Stellt die Behörde bei ihrer Überwachung nach § 40 Abs. 1 KrW-/AbfG Verstöße gegen Rechtspflichten fest, so können Anordnungen zur Durchsetzung dieser Pflichten ebenfalls auf der Grundlage des § 21 Abs. 1 KrW-/AbfG er-

⁵⁸⁵ So *Donner/Röckeisen*, in: Brandt/Ruchay/Weidemann, § 40 KrW-/AbfG Rn 93.

⁵⁸⁶ So *Donner/Röckeisen*, in: Brandt/Ruchay/Weidemann, § 40 KrW-/AbfG Rn 94.

⁵⁸⁷ *Paetow*, in: Kunig/Paetow/Versteyl, § 40 KrW-/AbfG, Rn 12.

⁵⁸⁸ *Fluck*, § 40 KrW-/AbfG Rn 55; *Paetow*, in: Kunig/Paetow/Versteyl, § 40 KrW-/AbfG, Rn 12.

⁵⁸⁹ *Donner/Röckeisen*, in: Brandt/Ruchay/Weidemann, § 40 KrW-/AbfG Rn 8, 154.

gehen⁵⁹⁰, soweit nicht spezielle Vorschriften eine Anordnung ermöglichen (z.B. §§ 32 Abs. 4 S. 2, 35, 50 Abs. 1 S. 3 KrW-/AbfG). § 40 Abs. 1 KrW-/AbfG kann jedoch keinesfalls Ermächtigungsgrundlage für derartige Verfügungen sein.⁵⁹¹ Auch die Rechtsprechung sieht § 21 Abs. 1 KrW-/AbfG als die einschlägige Rechtsgrundlage für den Erlass von Einzelfallanordnungen im Rahmen der Abfallüberwachung an.⁵⁹² Anordnungen nach § 21 Abs. 1 KrW-/AbfG können mit allen üblichen Mitteln des Verwaltungszwangs (in der Regel Zwangsgeld und Ersatzvornahme) durchgesetzt werden.⁵⁹³

IV. Zeitpunkt und Dauer der Maßnahmen

Die Behörden haben ihre Überwachungsaufgabe nach § 40 Abs. 1 KrW-/AbfG ständig wahrzunehmen, unabhängig vom Eintritt eines bestimmten Ereignisses (z. B. Verdacht eines Rechtsverstößes).⁵⁹⁴ Es handelt sich also um eine anlassunabhängige Aufgabe. Dabei sind kontinuierliche Beobachtungen, routinemäßige Prüfungen sowie Messungen und Stichproben im Einzelfall möglich.⁵⁹⁵ Ob und wie häufig sie tätig wird, steht ebenso wie die Art der Überwachungsmaßnahmen im Ermessen der zuständigen Behörde.⁵⁹⁶ Bei der Ermessensentscheidung ist insbesondere zu berücksichtigen, ob und welche Gefahren von einer Anlage oder den Abfällen ausgehen, die Größe des Betriebes und eventuelle frühere Rechtsverstöße.⁵⁹⁷

⁵⁹⁰ *Fluck*, § 40 KrW-/AbfG Rn 55; *Wendenburg*, in: Hösel/v. Lersner/Wendenburg, § 40 KrW-/AbfG Rn 19.

⁵⁹¹ Ebenso zu § 52 BImSchG *Jarass*, § 52 Rn 6.

⁵⁹² OVG Greifswald, Beschluss v. 19.6.1997, NVwZ 1997, 1027; OVG Koblenz, 13.2.1998, Az 8 B 13077/97 (juris); VG Regensburg, Urteil v. 10.11.1997, NVwZ 1998, 431, 432 (bestätigt vom VGH München durch Beschluss v. 3.2.1998, NVwZ 1998, 1205); VGH Mannheim, Beschluss v. 24.3.1998, NVwZ 1998, 1206f.; VG Düsseldorf, Beschluss v. 6.11.1997, Az 17 L 5223/97 (nicht veröffentlicht) mit der Einschränkung, dass derartige Einzelfallanordnungen nicht der Gesamtordnung des Abfallrechts widersprechen dürfen – wobei es sich hierfür auf Urteile des BVerwG (v. 18.10.1991, NVwZ 1992, 480) und des OVG Koblenz (v. 6.5.1993, NVwZ 1994, 511) beruft, die eine solche Einschränkung jedoch für Maßnahmen annehmen, die zwar Abfälle betreffen, aber auf eine Rechtsgrundlage außerhalb des Abfallrechts gestützt werden.

⁵⁹³ *Versteyl*, in: Kunig/Paetow/Versteyl, § 21 KrW-/AbfG, Rn 15; *Fluck*, § 21 KrW-/AbfG Rn 100.

⁵⁹⁴ *Donner/Röckeisen*, in: Brandt/Ruchay/Weidemann, § 40 KrW-/AbfG Rn 64; *Fluck*, § 40 KrW-/AbfG Rn 21; *Wendenburg*, in: Hösel/v. Lersner/Wendenburg, § 40 KrW-/AbfG Rn 17.

⁵⁹⁵ *Paetow*, in: Kunig/Paetow/Versteyl, § 40 KrW-/AbfG, Rn 9.

⁵⁹⁶ *Fluck*, § 40 KrW-/AbfG Rn 65; *Donner/Röckeisen*, in: Brandt/Ruchay/Weidemann, § 40 KrW-/AbfG Rn

64f.

⁵⁹⁷ So zu § 52 BImSchG *Lechelt*, in: GK-BImSchG, § 52 Rn 211ff.

V. Adressaten der Maßnahmen

Da § 40 Abs. 1 KrW-/AbfG die Überwachung von Vermeidung, Verwertung und Beseitigung ermöglichen soll, müssen grundsätzlich alle Personen, denen bezüglich dieser Vorgänge Pflichten obliegen, der Überwachung unterliegen. Dazu gehören zunächst die in Absatz 2 genannten Personen, also jeder Abfallerzeuger, jeder Entsorgungspflichtige sowie jeder Betreiber von Anlagen, in denen mit Abfall umgegangen wird.⁵⁹⁸ Daneben unterliegen der Überwachung beauftragte Dritte i.S.d. § 16 Abs. 1, § 17 Abs. 1, § 18 Abs. 1 KrW-/AbfG, etwa wenn diese als Makler, Transporteure oder Entsorgungsfachbetriebe besonderen gesetzlichen Anforderungen unterliegen (§§ 49 - 51 KrW-/AbfG) oder Adressaten allgemeinerer Pflichten sind (z. B. § 50 Abs. 3 KrW-/AbfG).⁵⁹⁹

Der Überwachung nach § 40 KrW-/AbfG unterliegen auch Hoheitsträger, sofern bei ihnen Abfälle anfallen, die sie wie jedermann zu entsorgen haben.⁶⁰⁰ Die Befugnisse der Überwachungsbehörde sind jedoch insoweit eingeschränkt, als der zu überwachende Hoheitsträger nicht in der Wahrnehmung seiner hoheitlichen Aufgaben behindert werden darf.⁶⁰¹

Umstritten ist, inwieweit Hoheitsträger der Überwachung nach § 40 KrW-/AbfG unterliegen, soweit es um die Erfüllung ihrer abfallrechtlichen Aufgaben und Pflichten geht. Eine Ansicht nimmt an, dass auch die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger im Sinne des § 15 KrW-/AbfG sowie die beliebigen privaten Entsorgungsträger im Sinne von §§ 16 Abs. 2, 17 Abs. 3 und 4, 18 Abs. 2 KrW-/AbfG der Überwachung unterliegen⁶⁰²; nach anderer Auffassung greift in diesen Fällen anstelle der Überwachung die Kontrolle durch die zuständigen Aufsichtsbehörden ein⁶⁰³.

Richtigweise ist zu differenzieren: Nach den allgemeinen Grundsätzen unterliegt die Erfüllung der gesetzlich vorgesehenen Aufgaben durch die dafür zuständigen Behörden der Fachaufsicht oder der Kommunalaufsicht der **Aufsichtsbehörden**. Die Ordnungsbehörden dürfen hingegen Anordnungen

⁵⁹⁸ *Wendenburg*, in Hösel/v. Lersner/Wendenburg, § 40 KrW-/AbfG Rn 16.

⁵⁹⁹ *Fluck*, § 40 KrW-/AbfG Rn 45.

⁶⁰⁰ *Fluck*, § 40 KrW-/AbfG Rn 46.

⁶⁰¹ BVerwG, Urteil v. 16.1.1969, E 29, 52, 57f.; *Fluck*, § 40 KrW-/AbfG Rn 46.

⁶⁰² So *Paetow*, in: Kunig/Paetow/Versteyl, § 40 Rn 9; *Wendenburg*, in Hösel/v. Lersner/Wendenburg, § 40 KrW-/AbfG Rn 16; wohl auch das OLG Düsseldorf zu § 11 AbfG, Beschluss vom 28.7.1982, NVwZ 1982, 646.

⁶⁰³ So *Fluck*, § 40 KrW-/AbfG Rn 46; *Röckeisen/Donner*, in: Brandt/Ruchay/Weidemann, § 40 KrW-/AbfG Rn. 101; zu § 52 BImSchG auch *Hansmann*, in: Landmann/Rohmer, § 52 BImSchG Rn 15.

sichtsbehörden. Die Ordnungsbehörden dürfen hingegen Anordnungen gegenüber anderen Hoheitsträgern nur insoweit erlassen, als hierdurch nicht deren hoheitliche Aufgabenwahrnehmung behindert wird.⁶⁰⁴ Zwar ermächtigt die Überwachung nach § 40 Abs. 1 KrW-/AbfG nicht zum Erlass von Anordnungen, trotzdem kann für die Bestimmung der Überwachungsbefugnis auf die Grundsätze zum Umfang der Anordnungsbefugnis zurückgegriffen werden. Da den öffentlichen Entsorgungsträgern gerade die Aufgabe der Abfallentsorgung gesetzlich zugewiesen ist, ist ihnen gegenüber eine Durchsetzung der abfallrechtlichen Pflichten seitens der Aufsichtsbehörden immer zulässig.⁶⁰⁵ Behörden, die andere Hoheitsaufgaben erfüllen, unterliegen der abfallrechtlichen Überwachung insoweit, als ihre Aufgabenerfüllung dadurch nicht behindert wird, sondern sie nur wie jedermann zur Entsorgung der bei ihnen entstandenen Abfälle verpflichtet sind.

Ebenfalls umstritten ist, ob neben den Personen, denen bezüglich der Vermeidung, Verwertung oder Beseitigung von Abfällen direkt bestimmte Pflichten obliegen, auch andere Personen, die als solche nicht selbst Pflichtenadressaten sind, der Überwachung unterliegen und Adressat von Überwachungsmaßnahmen sein können. In Betracht kommen etwa Personen, die von den Pflichtigen als Erfüllungsgehilfen eingeschaltet werden (z. B. Vermittler) oder in sonstiger Weise an der Vermeidung oder Entsorgung mitwirken (z. B. Verbraucher bei der Sortierung und Getrennthaltung von Abfällen oder bei der Mehrwegführung von Produkten) sowie Mitarbeiter oder Nachbarn eines nach § 40 Abs. 2 - 3 KrW-/AbfG Verpflichteten.⁶⁰⁶

Dabei ist zunächst darauf hinzuweisen, dass § 40 Abs. 1 KrW-/AbfG im Unterschied zu § 40 Abs. 2 und 3 KrW-/AbfG nicht von vorneherein nur einen bestimmten Personenkreis erwähnt. Auszugehen ist deshalb von dem Zweck der Vorschrift, der Überwachungsbehörde umfassend die Prüfung der Einhaltung von Vermeidungs- und Entsorgungspflichten zu ermöglichen. Um diesem Zweck gerecht zu werden, ist es nötig, den Kreis der möglichen überwachten Personen auf alle diejenigen auszudehnen, die auf die ordnungsge-

⁶⁰⁴ BVerwG, Urteil v. 16.1.1969, E 29, 52, 57f; *Drews/Wacke/Vogel/Martens*, § 15 3b.

⁶⁰⁵ So können öffentlich-rechtliche Adressaten von Anordnungen nach § 21 KrW-/AbfG sein, vgl. *Fluck*, § 21 KrW-/AbfG, Rn. 63.

⁶⁰⁶ Dafür, dass auch die genannten Personen der Überwachung unterliegen *Röckeisen/Donner*, in: *Brandt/Ruchay/Weidemann*, § 40 KrW-/AbfG Rn 99; wohl auch *Paetow*, in: *Kunig/Paetow/Versteyl*, der alle an der Entsorgung Beteiligten der Überwachung unterwirft; ähnlich *Wendenburg*, in: *Hösel/v. Lersner/Wendenburg*, § 40 KrW-/AbfG Rn 16; gegen eine Einbeziehung der Angestellten und Mitarbeiter der überwachten Personen *Fluck*, § 40 KrW-/AbfG Rn 47.

mäße Erfüllung der Pflichten Einfluss haben oder über Informationen verfügen, die für die Überwachung nützlich sein können.⁶⁰⁷ Folglich können auch die oben genannten, nicht selbst pflichtigen Personen Adressaten von Überwachungsmaßnahmen nach § 40 Abs. 1 KrW-/AbfG sein. Diese Ausdehnung des überwachten Personenkreises begegnet insofern keinen Bedenken, als dass § 40 Abs. 1 KrW-/AbfG wie festgestellt nicht zu Eingriffen ermächtigt und die Überwachungsbehörde insbesondere auch keine Informations- oder Mitwirkungspflichten vortäuschen darf.⁶⁰⁸ Soweit hingegen im Rahmen des § 40 Abs. 2 und 3 KrW-/AbfG grundrechtsrelevante Überwachungsmaßnahmen zulässig sind, ist der Kreis möglicher Adressaten durch Absatz 2 auf die Pflichtigen beschränkt.

VI. Überwachende Personen

Die Aufgabe der Überwachung obliegt nach § 40 Abs. 1 KrW-/AbfG der zuständigen Behörde. Welche Behörde das ist, bestimmt nach § 63 KrW-/AbfG das Landesrecht.⁶⁰⁹ Auch wenn dies in § 40 Abs. 1 KrW-/AbfG nicht ausdrücklich erwähnt ist, können die hiernach zuständigen Behörden Angehörige anderer Behörden oder behördenexterne Privatpersonen mit der Überwachung beauftragen, die dann die entsprechenden Maßnahmen ergreifen dürfen.⁶¹⁰ Da auf § 40 Abs. 1 KrW-/AbfG keine Maßnahmen mit Grundrechtsrelevanz gestützt werden können, bedürfen private Beauftragte auch keiner hoheitlichen Befugnisse, so dass eine Beleihung nicht erforderlich ist.⁶¹¹

VII. Zusammenfassung

- Die allgemeine Überwachung nach § 40 Abs. 1 KrW-/AbfG erstreckt sich auf die Einhaltung aller sich aus dem KrW-/AbfG und dem untergesetzlichen Regelwerk ergebenden Pflichten zur Verwertung und Beseitigung von Abfällen. Die Abfallvermeidung unterliegt der Überwachung, soweit Rechtsverordnungen nach §§ 23, 24 KrW-/AbfG konkrete Vermeidungspflichten vorsehen. Soweit die abfallrechtlichen Pflichten Bezug auf Normen außerhalb des Abfallrechts nehmen, erstreckt sich die Zuständigkeit der Abfallüberwachungsbehörde auch auf die Kontrolle der Einhaltung dieser Normen.

⁶⁰⁷ So *Röckeisen/Donner*, in: Brandt/Ruchay/Weidemann, § 40 KrW-/AbfG Rn 99

⁶⁰⁸ *Fluck*, § 40 KrW-/AbfG Rn 56.

⁶⁰⁹ Übersicht über die in den einzelnen Ländern zuständigen Behörden bei *Wendenburg*, in: Hösel/v. Lersner/Wendenburg, § 40 KrW-/AbfG Rn 18.

⁶¹⁰ *Paetow*, in: Kunig/Paetow/Versteyl, § 40 Rn 10; *Röcksisen/Donner*, in: Brandt/Ruchay/Weidemann, § 40 KrW-/AbfG Rn 104; *Birn*, § 40 KrW-/AbfG S. 2.

⁶¹¹ *Röckeisen/Donner*, in: Brandt/Ruchay/Weidemann, § 40 KrW-/AbfG Rn 106.

- Soweit sich die Kompetenzbereiche mehrerer Überwachungsbehörden überschneiden, besteht grundsätzlich eine parallele Zuständigkeit. Welche Behörde für eine konkrete Maßnahme zuständig ist, richtet sich nach der Zielrichtung der Maßnahme.
- § 40 Abs. 1 KrW-/AbfG ermächtigt die Überwachungsbehörde nur zu schlicht-hoheitlichem Verwaltungshandeln ohne Eingriffscharakter, nicht hingegen zu Anordnungen oder sonstigen Eingriffen in Rechtspositionen. Sollen Überwachungsmaßnahmen durchgesetzt oder festgestellte Rechtsverstöße sanktioniert werden, so können Anordnungen auf § 21 Abs. 1 KrW-/AbfG gestützt werden, sofern dies zur Durchsetzung von Pflichten nach dem KrW-/AbfG erforderlich ist.
- Ob und wie häufig überwacht wird und welche konkreten Überwachungsinstrumente eingesetzt werden, entscheidet die zuständige Behörde nach ihrem pflichtgemäßen Ermessen.
- Adressaten von Überwachungsmaßnahmen nach § 40 Abs. 1 KrW-/AbfG können alle Personen sein, die auf die ordnungsgemäße Erfüllung der Pflichten Einfluss haben oder über Informationen verfügen, die für die Überwachung nützlich sein können. Soweit es um die Erfüllung gesetzlicher Aufgaben durch Hoheitsträger geht, unterliegen diese nicht der Überwachung nach § 40 KrW-/AbfG, sondern der Fachaufsicht.

G. Abstract des Gutachtens in deutsch und englisch

Rechtliche Grundsatzfragen der Auslegung der neuen abfallrechtlichen Vorschriften des Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetzes (KrW-/AbfG-/AbfG)

Das Rechtsgutachten untersucht Auslegungsprobleme des KrW-/AbfG auf unterschiedlichen Themenfeldern. Im ersten Komplex wird der Bedeutungsgehalt des Begriffs der „überwiegenden öffentlichen Interessen“ untersucht. Diese sind Tatbestandsmerkmal von mehreren Vorschriften im Zusammenhang mit den Überlassungspflichten und mit der Pflichtenübertragung. Ferner werden verschiedene Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Zustimmung der Entsorgungsträger zu einer Pflichtenübertragung erörtert. Weiter wird untersucht, ob Innungen von der Ermächtigung zur Bildung von Einrichtungen nach § 18 Abs. 1 KrW-/AbfG Gebrauch machen können. Außerdem werden Merkmale der Zuverlässigkeit von Drittbeauftragten nach § 16 Abs. 1 Satz 3 KrW-/AbfG und die Verantwortlichkeit des Auftraggebers erörtert. Im Themenkomplex „Einzelfragen der Ausnahmen vom Anwendungsbereich des KrW-/AbfG“ wird die Abgrenzung des Abfallrechts zum Tierkörperbeseitigungsrecht, zum Bergrecht, zum Wasserrecht und zum Recht der Kampfmittelbeseitigung untersucht. Gegenstand des letzten Themenkomplexes sind Art und Umfang der Maßnahmen der Überwachung nach § 40 Abs. 1 KrW-/AbfG.

Abfallwirtschaft, Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz, öffentliche Interessen, Überlassungspflichten, Pflichtenübertragung, Zuverlässigkeit, Tierkörperbeseitigung, Bergrecht, Abwasser, Kampfmittel, Überwachung.

Fundamental legal questions regarding the interpretation of the new provisions of the Recycling Management and Waste Act (Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz, the KrW-/AbfG)

The legal expert opinion examines problems of interpreting the KrW-/AbfG with regard to various issues. The first section deals with the meaning of the term ‘overriding public interests’. This concept is part of several provisions concerning obligations to hand over waste to the legal persons responsible for waste management under State Law (public waste managers, the öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger) and of those concerning the transfer of duties. The opinion then discusses several questions relating to the public waste managers’ consent to a transfer of duties. The third section examines whether craft-guilds are allowed to form institutions under § 18 (1) KrW-/AbfG. Furthermore the opinion discusses aspects of the reliability of appointed third parties required by § 16 (1) Sentence 3 KrW-/AbfG and deals with the responsibility of the principal. The section “Questions concerning exemptions from the provisions of the KrW-/AbfG” deals with the dividing line between the waste law on one hand and the law on the disposal of animal carcasses, mining law, water law and the law relating to the disposal of warfare agents on the other hand. The last section discusses the scope and types of monitoring measures under § 40 (1) KrW-/AbfG.

Waste management, Recycling Management and Waste Act (Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz), public interests, obligations to hand over waste to public waste managers, transfer of duties, reliability, disposal of animal carcasses, mining law, waste water, warfare agents, monitoring and control.

H. Kurzfassung des Gutachtens

Inhaltsverzeichnis

I.	Deutsche Fassung	223
Teil 1.	Öffentliche und private Abfallentsorgung.....	223
1.	Der Begriff der „überwiegenden öffentlichen Interessen“ in den §§ 13 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 3 Satz 1 Nr. 3, 16 Abs. 2 Nr. 3, 17 Abs. 3 Nr. 3 KrW-/AbfG.....	223
2.	Die Zustimmung der (öffentlich-rechtlichen) Entsorgungsträger gemäß §§ 16 Abs. 2, 17 Abs. 3, 18 Abs. 2 Satz 2 KrW-/AbfG.....	223
3.	Ermessen der (öffentlich-rechtlichen) Entsorgungsträger bei der Entscheidung über die Zustimmung zur Pflichtenübertragung	224
4.	Innungen als „Handwerkskammern“ i.S.d. § 18 Abs. 1 KrW-/AbfG?	224
5.	Zuverlässigkeit von Dritten i.S.v. § 16 Abs. 1 Satz 3 KrW-/AbfG.....	225
Teil 2.	Einzelfragen der Ausnahmen vom Anwendungsbereich des KrW-/AbfG und der allgemeinen Überwachung	226
1.	Abgrenzung des Abfallrechts zum Tierkörperbeseitigungsrecht (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 KrW-/AbfG).....	226
2.	Abgrenzung des Abfallrechts zum Bergrecht (§ 2 Abs. 2 Nr. 4 KrW-/AbfG)	227
3.	Abgrenzung des Abfallrechts zum Wasserrecht (§ 2 Abs. 2 Nr. 6 KrW-/AbfG)	228
4.	Abgrenzung des Abfallrechts zum Recht der Kampfmittelbeseitigung (§ 2 Abs. 2 Nr. 7 KrW-/AbfG).....	229
5.	Allgemeine Überwachung nach § 40 Abs. 1 KrW-/AbfG	230
II.	Englische Fassung	231
Part 1:	Public and private waste management.....	231
	Fundamental legal questions regarding the interpretation of the Recycling Management and Waste Act, (Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz, the Krw-/AbfG)	231
1.	The concept of ‘overriding public interests’ in §§ 13 (1) Sentence 2 and (3) Sentence 1 No. 3, 16 (2) No. 3, 17 (3) No. 3 KrW-/AbfG	231
2.	The consent of (public) waste managers according to §§ 16 (2), 17 (3) and 18 (2) Sentence 2 KrW-/AbfG	232
3.	(Public) waste managers’ discretion in deciding about the consent to a transfer of duties	232
4.	Craft-guilds (Innungen) as “chambers of handicrafts” (Handwerkskammern) according to § 18 (1) KrW-/AbfG?	232
5.	Reliability of third parties according to § 16 (1) Sentence 3 KrW-/AbfG	233
Part 2:	Questions concerning exemptions from the provisions of the KrW-/AbfG and regarding the provisions on general monitoring and control.....	234
1.	The dividing line between waste law and the law on the disposal of animal carcasses (§ 2 (2) No. 1 KrW-/AbfG).....	234
2.	The dividing line between waste law and mining law (§ 2 (2) No. 4 KrW-/AbfG)	235
3.	The dividing line between waste law and water law (§ 2 (2) No. 6 KrW-/AbfG)	236

4. The dividing line between waste law and the law relating to the disposal of warfare agents (§ 2 (2) No. 7 KrW-/AbfG).....237
5. General requirements for monitoring under § 40 (1) KrW-/AbfG237

I. Deutsche Fassung

Teil 1. Öffentliche und private Abfallentsorgung

1. Der Begriff der „überwiegenden öffentlichen Interessen“ in den §§ 13 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 3 Satz 1 Nr. 3, 16 Abs. 2 Nr. 3, 17 Abs. 3 Nr. 3 KrW-/AbfG

- a) Öffentliche Interessen sind bei einer Beseitigung in eigenen Anlagen nach § 13 Abs. 1 Satz 2 KrW-/AbfG und bei einer gewerblichen Sammlung nach § 13 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 KrW-/AbfG betroffen, wenn Bestand, Funktionsfähigkeit oder Wirtschaftlichkeit des Betriebes der Anlagen des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers beeinträchtigt sind. Das Auslastungsinteresse ist nur dann als öffentliches Interesse anzuerkennen, wenn die entstehenden Leerkosten nach gebührenrechtlichen Maßstäben ansatzfähig sind.
- b) Öffentliche Interessen als Ausschlusskriterium für eine Pflichtenübertragung nach den §§ 16 Abs. 2 Nr. 3, 17 Abs. 3 Nr. 3 KrW-/AbfG umfassen die unter a) genannten Belange und darüber hinaus die abfallwirtschaftliche Situation in dem Entsorgungsgebiet insgesamt, das von der Übertragungsentscheidung betroffen ist.
- c) Ob die öffentlichen Interessen „überwiegen“, ist anhand einer Abwägung mit den betroffenen Belangen zu prüfen, soweit sie rechtlichen Schutz genießen. Die öffentlichen Interessen überwiegen jedenfalls dann, wenn in den unterschiedlichen Konstellationen – Eigenbeseitigung, gewerbliche Sammlung oder Pflichtenübertragung – Bestands- oder Funktionsfähigkeit der öffentlichen Entsorgungsinfrastruktur gefährdet ist.

2. Die Zustimmung der (öffentlich-rechtlichen) Entsorgungsträger gemäß §§ 16 Abs. 2, 17 Abs. 3, 18 Abs. 2 Satz 2 KrW-/AbfG

Die Zustimmung der Entsorgungsträger zur Pflichtenübertragung ist ein Verwaltungsinternum ohne Verwaltungsaktqualität. Für diese Beurteilung ist maßgeblich, dass die Zustimmung nicht gegenüber dem Betroffenen, sondern gegenüber der federführenden Behörde erklärt wird und

dass der zustimmungsberechtigten Behörde nicht die ausschließliche Wahrnehmung bestimmter Aufgaben oder die alleinige Geltendmachung besonderer Gesichtspunkte übertragen ist.

3. Ermessen der (öffentlich-rechtlichen) Entsorgungsträger bei der Entscheidung über die Zustimmung zur Pflichtenübertragung

- a) Bei der Pflichtenübertragung nach § 16 Abs. 2 Satz 1 KrW-/AbfG hat der - öffentlich-rechtliche oder private - Entsorgungsträger einen weiten Ermessensspielraum, da es um den Entzug seiner bisherigen Entsorgungspflicht geht. Der Ermessensspielraum ist weit und erlaubt die Berücksichtigung aller vom (öffentlich-rechtlichen) Entsorgungsträger zu wahren abfallwirtschaftlichen Belange, zu denen insbesondere betriebswirtschaftliche, fiskalische, personalwirtschaftliche und die Gemeinwohlbelange des § 10 Abs. 4 KrW-/AbfG zählen.
- b) Bei der Pflichtenübertragung nach den §§ 16 Abs. 2 Satz 2, 17 Abs. 3 und 18 Abs. 2 KrW-/AbfG ist dem öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger nur dann ein Ermessensspielraum einzuräumen, wenn er von der Übertragungsentscheidung in seinem Aufgabenbereich faktisch berührt wird.

4. Innungen als „Handwerkskammern“ i.S.d. § 18 Abs. 1 KrW-/AbfG?

- a) Die in § 18 Abs. 1 KrW-/AbfG genannten Kammern – insbesondere die Handwerkskammern – unterscheiden sich hinsichtlich ihrer Funktion und Organisationsstruktur erheblich von den in der Handwerksordnung geregelten Innungen.
- b) Der Wortlaut von § 18 Abs. 1 Satz 1 KrW-/AbfG ließe eine Einbeziehung von Innungen allenfalls unter dem Oberbegriff der „Selbstverwaltungskörperschaften der Wirtschaft“ zu.
- c) Auch die systematische Betrachtung spricht gegen eine Einbeziehung, vor allem weil sich ein etwaiges branchenspezifisches Entsorgungsinteresse für die Innungsmitglieder auch auf Grundlage der §§ 16 und 17 KrW-/AbfG verwirklichen ließe.

- d) Schließlich spricht die Gesetzesentstehung eindeutig gegen eine Einbeziehung von Innungen, zumal ursprünglich geplant war, den genannten Selbstverwaltungskörperschaften der Wirtschaft die Verpflichtung zur Bildung von Abfallentsorgungseinrichtungen aufzuerlegen.
- e) Eine analoge Anwendung des § 18 Abs. 1 Satz 1 KrW-/AbfG auf Innungen verbietet sich mangels „planwidriger Regelungslücke“.

5. Zuverlässigkeit von Dritten i.S.v. § 16 Abs. 1 Satz 3 KrW-/AbfG

- a) Das Zuverlässigkeitserfordernis nach § 16 Abs. 1 Satz 3 KrW-/AbfG regelt die Anforderungen an den beauftragten Dritten. Die Zuverlässigkeit des Dritten ist vom Auftraggeber zu überprüfen. Kommt der Auftraggeber seinen Sorgfaltspflichten bei der Überprüfung der Zuverlässigkeit nicht nach, so kann der Auftraggeber ggf. auf zivilrechtlicher, öffentlich-rechtlicher und/oder strafrechtlicher Grundlage zur Verantwortung gezogen werden.
- b) Der Auftraggeber muss sich nicht nur bei der Auswahl des Dritten seiner Zuverlässigkeit vergewissern; vielmehr erstreckt sich seine Prüfungspflicht auf das dauerhafte Vorliegen der Zuverlässigkeit während aller Phasen der Auftragserfüllung. Je nach Komplexität und Gefahrenpotential der beauftragten Entsorgungsmaßnahme muss der Auftraggeber den Dritten während der Leistungserbringung überwachen, um sich des Fortbestehens der Zuverlässigkeit zu vergewissern. Dazu ist es ggf. erforderlich, dass der Auftraggeber sich im Entsorgungsvertrag entsprechende Kontroll- und Überwachungsrechte einräumen lässt.
- c) Auftraggeber, die Entsorgungsfachbetriebe als Drittbeauftragte einschalten, genügen in der Regel ohne weiteres den Sorgfaltsanforderungen bei der Überprüfung der Zuverlässigkeit, wenn der Auftraggeber nicht aufgrund konkreter Anhaltspunkte Anlass zu Zweifeln an der Zuverlässigkeit hatte. Bei beauftragten Dritten, die keine Entsorgungsfachbetriebe sind, hängen Art und Umfang der Prüfung wie der zu fordernden Nachweise von Komplexität und Gefahrenpotential der Entsorgungsmaßnahme ab.

Teil 2: Einzelfragen der Ausnahmen vom Anwendungsbereich des KrW-/AbfG und der allgemeinen Überwachung

1. Abgrenzung des Abfallrechts zum Tierkörperbeseitigungsrecht (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 KrW-/AbfG)

Die Anwendbarkeit des Abfallrechts auf Tierkörper, Tierkörperteile und Erzeugnisse tierischer Herkunft ist nach § 2 Abs. 2 Nr.1 KrW-/AbfG ausgeschlossen, soweit diese Stoffe vom TierKBG erfasst werden und dieses Gesetz dann die Beseitigung von Tieren, Tierkörpern oder Erzeugnissen bestimmten Anforderungen unterwirft.

Die Anwendung des Abfallrechts ist ausgeschlossen,

- wenn kraft Gesetzes oder aufgrund behördlicher Anordnung eine Beseitigungspflicht in Tierkörperbeseitigungsanstalten besteht oder herbeigeführt wird, oder
- wenn zwar aufgrund einer gesetzlichen oder aufgrund einer im Einzelfall zugelassenen Ausnahme keine Beseitigungspflicht in einer Tierkörperbeseitigungsanstalt besteht, die Beseitigung aber gleichwohl bestimmten gesetzlichen Anforderungen unterliegt; dies gilt auch, soweit das TierKBG die technische Bearbeitung oder industrielle Verarbeitung von Tierkörperteilen mit bestimmten Maßgaben zulässt.

Soweit eine Entsorgungsmaßnahme zwar in den Anwendungsbereich des TierKBG fällt, dieses Gesetz aber keine Maßgaben für die Beseitigungsmaßnahme enthält, bleibt das Abfallrecht dagegen anwendbar.

Im Ergebnis ist die Anwendung des Abfallrechts ausgeschlossen, wenn die Voraussetzungen folgender Regelungen des TierKBG erfüllt sind:

- § 5 Abs. 1 Satz 1
- § 5 Abs. 1 Satz 2, wenn die Behörde eine Anordnung nach dieser Vorschrift erlässt
- § 5 Abs. 2
- § 6 Abs. 1
- § 6 Abs. 2 Nrn. 1 und 2
- § 6 Abs. 3
- § 7 Abs. 1 Satz 1 und
- § 8.

Anwendbar bleibt das Abfallrecht, wenn die Voraussetzungen folgender Regelungen des TierKBG erfüllt sind:

- § 5 Abs. 1 Satz 2, wenn die zuständige Behörde keine Anordnung nach dieser Vorschrift erlässt
- § 6 Abs. 2 Nr. 3
- § 7 Abs. 2.

2. **Abgrenzung des Abfallrechts zum Bergrecht (§ 2 Abs. 2 Nr. 4 KrW-/AbfG)**

Das Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz hat mit der Abgrenzungsregelung in § 2 Abs. 2 Nr. 4 das sog. „Bergbauprivileg“ gegenüber der früheren Regelung eingeschränkt, in dem die Anwendung des Abfallrechts nur noch für solche Bergbauabfälle ausgeschlossen ist, die „unmittelbar und üblicherweise nur“ bei bestimmten bergbaulichen Tätigkeiten anfallen.

Die Anwendung des Abfallrechts ist ausgeschlossen, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

Die Abfälle müssen beim Aufsuchen, Gewinnen, Aufbereiten und Weiterverarbeiten von Bodenschätzen in einem der Bergaufsicht unterstehenden Betrieb angefallen sein. Als Abfall angefallen sind Stoffe oder Gegenstände, wenn die Abfalleigenschaft bei einer der genannten bergbaulichen Tätigkeiten entsteht. Erzeuger der beim Aufsuchen, Gewinnen, Aufbereiten und Weiterverarbeiten von Bodenschätzen anfallenden Abfälle ist der Bergbauunternehmer, bei dem die Merkmale des Abfallbegriffs erstmals erfüllt sind.

- Die Rückausnahme im 2. Halbs. des § 2 Abs. 2 Nr. 4 KrW-/AbfG lautet positiv formuliert: Nur für solche Abfälle ist die Anwendung des Abfallrechts ausgeschlossen, die unmittelbar und üblicherweise nur bei einer der im 1. Halbs. genannten, bergbaulichen Tätigkeiten anfallen. Die Abfälle müssen kumulativ die Merkmale „unmittelbar“ und „üblicherweise nur“ erfüllen.

- Die Abfälle sind „üblicherweise nur“ bei der Bergbautätigkeit angefallen, wenn sie bergbautypisch **und** bergbauspezifisch in dem Sinne sind, dass sie typisch gerade für den Bergbau – im Unterschied zu anderen abfallverursachenden Tätigkeiten – sind. Deshalb fallen beispielsweise Erdmassen, die durch den Aushub für Bauwerke entstehen, nicht unter das Bergbauprivileg.

Die weitere Behandlung oder Entsorgung der angefallenen Abfälle muss in unmittelbarem betrieblichen Zusammenhang mit dem Aufsuchen, Gewinnen oder Aufbereiten stehen. Diese Unmittelbarkeitsbeziehung ist normativ zu bestimmen. Die Anwendung des Abfallrechts ist deshalb ausgeschlossen, soweit der Umgang mit den Bergbauabfällen von einer bergrechtlichen Betriebsplanzulassung gedeckt ist. Das Abfallrecht greift erst dann wieder ein, wenn die weitere Behandlung oder Entsorgung der Abfälle – sei es durch den Bergverantwortlichen oder durch einen Dritten – nicht mehr von Inhalt und Reichweite der Betriebsplanzulassung umfasst ist.

Für die Anwendung des Abfallrechts im Falle einer räumlichen Entfernung zwischen dem Ort des Anfalls des Abfalls und dem Ort der Weiterverarbeitung oder (Ab-)Lagerung bedeutet dies, dass das Abfallrecht nur dann ausgeschlossen ist, wenn die räumlich von einander entfernten Tätigkeiten durch einen einheitlichen Betriebsplan zugelassen sind.

3. Abgrenzung des Abfallrechts zum Wasserrecht (§ 2 Abs. 2 Nr. 6 KrW-/AbfG)

Die Anwendungsbereiche von Abfallrecht und Wasserrecht auf Stoffe, die zu Entledigungszwecken in Gewässer oder Abwasseranlagen eingeleitet werden sollen, lassen sich wie folgt zusammenfassen:

- a) Nach Beginn der Einleitung oder Einbringung des Stoffes in das Gewässer oder die Abwasserbehandlungsanlage gilt allein das Wasserrecht, das KrW-/AbfG findet keine Anwendung (mehr) - unabhängig von der Zulässigkeit der Einleitung und unabhängig von der Charakterisierung des Stoffes als Abwasser, flüssiger Abfall oder fester Abfall.
- b) Vor Beginn der Einleitung oder Einbringung sind grundsätzlich sowohl das Wasserrecht als auch das Abfallrecht anwendbar. Im einzelnen gilt:
 - Feste Abfälle sind wegen der grundsätzlichen Unzulässigkeit einer Einbringung in Gewässer allein nach den Vorschriften des KrW-/AbfG zu beseitigen.

- Handelt es sich um Abwasser, so richten sich die Beseitigungszuständigkeit, die Überlassungspflichten und die Genehmigung der Einleitung allein nach Wasserrecht.
 - Ist die Einleitung von Abwässern in Gewässer oder Abwasseranlagen nach Wasserrecht ausgeschlossen, greift das KrW-/AbfG ein; Überlassungspflichten, die Genehmigung der Entsorgung und die Verwertungspflichten richten sich dann nach Abfallrecht.
 - Handelt es sich um flüssigen Abfall, der nicht den Abwasserbegriff erfüllt oder nicht den wasserrechtlichen Überlassungspflichten unterliegt, richten sich Verwertungs-, Beseitigungs- und Überlassungspflichten sowie die Genehmigung eines bestimmten Entsorgungsweges nach dem KrW-/AbfG. Für eine Entsorgung in Gewässern oder Abwasseranlagen ist daneben auch eine wasserrechtliche Erlaubnis erforderlich.
- c) Werden Stoffe aus einem Gewässer oder einer Abwasseranlage entnommen und erfüllen sie den Abfallbegriff des § 3 Abs. 1 KrW-/AbfG, so findet das Abfallrecht (wieder) Anwendung.

4. Abgrenzung des Abfallrechts zum Recht der Kampfmittelbeseitigung (§ 2 Abs. 2 Nr. 7 KrW-/AbfG)

- a) Kampfmittel sind Gegenstände, Stoffe und Organismen, die zur Kriegsführung geeignet sind.
- b) Kampfstoffe – insbesondere in Form von chemischen Stoffen oder biologischen Organismen – sind vom Begriff der Kampfmittel umfasst, wenn sie in gegenständlicher Form – mit oder ohne Umhüllung oder Verarbeitung zu einer funktionsfähigen Einheit – vorliegen und eine Gefahr für Leben oder Gesundheit von Menschen verursachen, sofern dies besonders geschultes Personal und an die Gefahrenlage angepasste Sicherheitsvorkehrungen erfordert.
- c) Für Kampfstoffreste nach Delaborierung und für Beimengungen von Kampfstoffen im Bodenaushub und ähnliches unterhalb der in b) genannten Gefahrenschwelle gilt das Abfallrecht.

5. Allgemeine Überwachung nach § 40 Abs. 1 KrW-/AbfG

- a) Die allgemeine Überwachung nach § 40 Abs. 1 KrW-/AbfG erstreckt sich auf die Einhaltung aller sich aus dem KrW-/AbfG und dem untergesetzlichen Regelwerk ergebenden Pflichten zur Verwertung und Beseitigung von Abfällen. Die Abfallvermeidung unterliegt der Überwachung, soweit Rechtsverordnungen nach §§ 23, 24 KrW-/AbfG konkrete Vermeidungspflichten vorsehen. Soweit die abfallrechtlichen Pflichten Bezug auf Normen außerhalb des Abfallrechts nehmen, erstreckt sich die Zuständigkeit der Abfallüberwachungsbehörde auch auf die Kontrolle der Einhaltung dieser Normen.
- b) Soweit sich die Kompetenzbereiche mehrerer Überwachungsbehörden überschneiden, besteht grundsätzlich eine parallele Zuständigkeit. Welche Behörde für eine konkrete Maßnahme zuständig ist, richtet sich nach der Zielrichtung der Maßnahme.
- c) § 40 Abs. 1 KrW-/AbfG ermächtigt die Überwachungsbehörde nur zu schlicht-hoheitlichem Verwaltungshandeln ohne Eingriffscharakter, nicht hingegen zu Anordnungen oder sonstigen Eingriffen in Rechtspositionen. Sollen Überwachungsmaßnahmen durchgesetzt oder festgestellte Rechtsverstöße sanktioniert werden, so können Anordnungen auf § 21 Abs. 1 KrW-/AbfG gestützt werden, sofern dies zur Durchsetzung von Pflichten nach dem KrW-/AbfG erforderlich ist.
- d) Ob überwacht wird und welche konkreten Überwachungsinstrumente eingesetzt werden, entscheidet die zuständige Behörde nach pflichtgemäßem Ermessen.
- e) Adressaten von Überwachungsmaßnahmen nach § 40 Abs. 1 KrW-/AbfG können alle Personen sein, die auf die ordnungsgemäße Erfüllung der Pflichten Einfluss haben oder über Informationen verfügen, die für die Überwachung nützlich sein können.

II. Englische Fassung

Part 1: Public and private waste management

Fundamental legal questions regarding the interpretation of the Recycling Management and Waste Act, (Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz, the KrW-/AbfG)

1. **The concept of ‘overriding public interests’ in §§ 13 (1) Sentence 2 and (3) Sentence 1 No. 3, 16 (2) No. 3, 17 (3) No. 3 KrW-/AbfG**
 - a) Where producers or holders of waste dispose of the waste in their own installations according to § 13 (1) Sentence 2 KrW-/AbfG and in cases of commercial collection according to § 13 (3) Sentence 1 No. 3 KrW-/AbfG, public interests are affected if the disposal or collection impairs the existence, functioning or economic viability of the waste treatment facilities belonging to the legal person responsible for waste management under State Law (public waste manager). The endeavour to use these facilities to capacity can be classed as in the public interest only where the costs arising from them running idle may be taken into account when charging for the use of the facilities.
 - b) Public interests that may preclude a transfer of duties under §§ 16 (2) No. 3 and 17 (3) No. 3 KrW-/AbfG comprise the concerns mentioned in section a) above as well as the general situation relating to the waste management in the area that would be affected by the transfer.
 - c) To establish whether the public interests are ‘overriding’, they have to be balanced against other affected concerns that are protected by law. In the constellations described above – disposal in the producer’s or holder’s own installation, commercial collection or transfer of duties – the public interests are in any event overriding if the existence or functioning of the public waste management infrastructure is endangered.

2. The consent of (public) waste managers according to §§ 16 (2), 17 (3) and 18 (2) Sentence 2 KrW-/AbfG

The waste managers' consent to a transfer of duties is an action within the internal sphere of the administration and does not amount to an administrative order (Verwaltungsakt). This classification is based on the fact that the consent is not addressed to the applicant, but to the competent authority. Moreover, the consenting waste manager has neither exclusive responsibility for carrying out specific functions nor is it the sole body able to raise concerns against the transfer.

3. (Public) waste managers' discretion in deciding about the consent to a transfer of duties

- a) Regarding a transfer of duties under § 16 (2) Sentence 1 KrW-/AbfG, the – public or private – waste manager enjoys a wide discretion, as the transfer removes his existing waste management duties. This wide discretion allows the (public) waste manager to take into account all waste management concerns that are to be safeguarded by him, particularly management, fiscal and personnel-related concerns and the general welfare concerns laid down in § 10 (4) KrW-/AbfG.
- b) Regarding a transfer of duties under §§ 16 (2) Sentence 2, 17 (3) and 18 (2) KrW-/AbfG, the public waste manager has discretion only if the decision about the transfer actually affects the sphere of his functions or duties.

4. Craft-guilds (Innungen) as “chambers of handicrafts” (Handwerkskammern) according to § 18 (1) KrW-/AbfG?

- a) The functions and the organisational structure of the chambers mentioned in § 18 (1) KrW-/AbfG – particularly the chambers of handicrafts – differ significantly from those of the craft-guilds, which are regulated in the Handicrafts Code (Handwerksordnung).
- b) Considering the wording of § 18 (1) Sentence 1 KrW-/AbfG, the scope of this provision could encompass craft-guilds only under

the generic term of “self-regulating trade and industry bodies” (“Selbstverwaltungskörperschaften der Wirtschaft”) (if at all).

- c) Consideration of the Act as a whole also suggests that craft-guilds cannot be classified as “chambers of handicrafts”, particularly because §§ 16 and 17 KrW-/AbfG already allow their members to pursue any waste management interests specific to the line of business covered by the craft-guild.
- d) The history of the enactment provides a further argument against an application to craft-guilds, since it was originally proposed to impose an obligation to form waste management institutions upon the self-regulating trade and industry bodies mentioned in § 18 (1) Sentence 1 KrW-/AbfG.
- e) An application of § 18 (1) Sentence 1 to craft-guilds *mutatis mutandis* is precluded because the provisions of the Act lack the unintended gap required for an analogy.

5. Reliability of third parties according to § 16 (1) Sentence 3 KrW-/AbfG

- a) According to § 16 (1) Sentence 3 KrW-/AbfG the appointed third party has to be “reliable”. The principal has to establish the third party’s reliability. If the principal does not act with due diligence regarding the verification of the third party’s reliability, he can possibly be held liable under civil, public and/or criminal law.
- b) The principal not only has to ascertain the third party’s reliability at the time of the appointment, but his duty of care requires checking that the third party remains reliable throughout all stages of the completion of the job. The nature and level of supervision and control necessary to ascertain the continuance of reliability depend on the complexity and potential risks of the delegated waste treatment measures. If necessary, the principal has to secure respective supervision and control powers in the delegation contract.
- c) If the third party is a specialised waste treatment operator under § 52 (1) KrW-/AbfG, a principal is generally deemed to have acted

with due diligence regarding the verification of the third party's reliability, unless he had specific evidence giving reasons to doubt the reliability. If the third party is not a specialised waste treatment operator, the nature and level of enquiries to be undertaken and proofs of reliability to be demanded by the principal are determined by the complexity and potential risks of the delegated measures.

Part 2: Questions concerning exemptions from the provisions of the KrW-/AbfG and regarding the provisions on general monitoring and control

1. The dividing line between waste law and the law on the disposal of animal carcasses (§ 2 (2) No. 1 KrW-/AbfG)

According to § 2 (2) No. 1 KrW-/AbfG animal carcasses, parts thereof and animal products are not subject to waste law if and as far as these substances are covered by the Animal Carcasses Disposal Act (Tierkörperbeseitigungsgesetz, the TierKBG) and specific requirements for their disposal are stipulated by this Act.

Waste law does not apply

- Where an obligation to deliver the matter to an animal carcasses disposal installation is imposed by statute or brought about by an administrative order, or
- where a statutory provision or the authority grants an exemption from the obligation to deliver the matter to an animal carcasses disposal installation but the disposal is nevertheless subject to other specific statutory requirements; waste law also does not apply where the TierKBG allows for the technical treatment or industrial use of parts of animal carcasses subject to specific requirements.

However, if the disposal falls within the scope of the TierKBG, but this Act does not contain specific requirements for the disposal, waste law remains applicable.

In conclusion, waste law does not apply in cases where the conditions of the following provisions of the TierKBG are met:

- § 5 (1), Sentence 1
- § 5 (1), Sentence 2, if the enforcing authority issues an order under this provision
- § 5 (2)
- § 6 (1)

- § 6 (2), No. 1 and 2
- § 6 (3)
- § 7 (1), Sentence 1
- § 8.

Waste law remains applicable where the conditions of the following provisions of the TierKBG are met:

- § 5 (1), Sentence 2, if the enforcing authority does not issue an order under this provision
- § 6 (2), No. 3
- § 7 (2).

2. The dividing line between waste law and mining law (§ 2 (2) No. 4 KrW-/AbfG)

Waste law is not applicable if the following conditions are met:

- The waste results from the search for, or extraction, refining or processing of mineral resources carried out by an undertaking subject to control by the mining authorities. Waste resulting from the processing of mineral resources meets this condition only if the processing is subject to mining law.
- The treatment or disposal of the waste is directly and operationally connected to the search for, or extraction, refining or processing of the mineral resources. The direct connection has to result from the rules governing the activities. Therefore waste law does not apply to the treatment of the mining waste as far as the treatment is covered by the approval of the mining operation plan under mining law. The “mining privilege” ends where the waste does not result from an activity permitted by the mining operation plan or where the treatment or disposal of the waste – whether carried out by the person responsible under mining law or by a third party – is not covered by the scope and content of the approval of the mining operation plan.
- Where there is a geographical distance between the place of waste production and the place of processing or storage, the application of waste law is thus only precluded if the geographically distant activities are covered by a single mining operation plan.
- The application of waste law is only precluded regarding waste that “typically only” results from mining activities. Waste is “typically only” a result of mining if it is typical of and specific to mining activities, in that it is a typical result of mining but not of other waste creating activities. Therefore the mining privilege does not cover for example soil resulting from the digging for construction works.

3. The dividing line between waste law and water law (§ 2 (2) No. 6 KrW-/AbfG)

The respective scopes of waste law and water law regarding substances that are to be disposed of by discharge into bodies of water or sewage works can be summarised as follows:

- a) After the discharge of the substance into the body of water or sewage treatment work has begun, water law alone is applicable, waste law does not apply. This is the case whether or not the discharge is permitted and independently of the classification of the substance as waste water, liquid waste or solid waste.
- b) Before the beginning of the discharge, both waste and water law are generally applicable. This means:
 - The discharge of solid wastes into waters is generally prohibited, they have to be disposed of in compliance with the provisions of the KrW-/AbfG.
 - If the substance can be classified as waste water, the responsibilities for disposal, obligations to dispose of the waste water by discharge into public sewerage systems alone and the authorisation of discharges are regulated by water law.
 - If water law prohibits the discharge of waste water into waters or sewage works, waste law applies; responsibilities, obligations to hand the waste over to the public waste manager and the authorisation of the disposal are governed by waste law.
 - Regarding liquid waste that does not constitute waste water, waste law determines the duties concerning its disposal, obligations to hand the waste over to the public waste manager and the authorisation of the disposal. A disposal by discharge to waters or sewage works additionally requires authorisation under water law.
 - Liquid wastes, whether or not they fall within the definition of waste water, are in any case subject to the other provisions of the KrW-/AbfG, particularly the obligation to recover waste and the provisions on monitoring and control, including notification procedures and obligations regarding documentation and keeping of records.
- c) Where substances are taken from a body of water or a sewage work and where they come within the definition of waste in § 3 (1) KrW-/AbfG, waste law (once again) applies.

4. The dividing line between waste law and the law relating to the disposal of warfare agents (§ 2 (2) No. 7 KrW-/AbfG)

- a) Warfare agents are objects, substances and organisms suitable for warfare.
- b) The definition of warfare agents covers substances (particularly chemical substances or biological organisms) of a tangible form – whether coated or not or parts of a functioning unit – that pose a danger to the life or health of humans, if this danger requires specially trained personnel and specifically adopted safety precautions.
- c) Waste law is applicable to remainders of decommissioned warfare agents, warfare agents contained in excavated soil and the like, provided that they do not reach the threshold of danger to life or health mentioned in b) above.

5. General requirements for monitoring under § 40 (1) KrW-/AbfG

- a) § 40 (1) KrW-/AbfG subjects the fulfilment of all duties concerning the recovery and disposal of wastes following from the KrW-/AbfG and the relevant secondary law to general monitoring. The prevention of waste is subject to monitoring as far as ordinances under §§ 23 and 24 KrW-/AbfG provide for specific obligations to prevent the production of waste. If and as far as the duties under waste law refer to provisions outside the waste law, the waste supervision authority has the competence to also monitor the observance of these provisions.
- b) Where the spheres of responsibility of several supervision authorities overlap, they are generally both competent. Which authority is competent to take a specific measure depends on the aim of the measure.
- c) § 40 (1) KrW-/AbfG empowers the supervision authority only to take measures that do not amount to an administrative order and do not entail coercion. It does not allow for orders or other interference with rights and liberties. Orders to enforce supervisory

measures or to sanction breaches of law can be made under § 21 (1) KrW-/AbfG, if the order is necessary to enforce duties following from the KrW-/AbfG.

- d) The competent authority has discretion as to whether it monitors and what specific measures of supervision and control it adopts.
- e) Supervisory measures under § 40 (1) KrW-/AbfG may be issued against all persons who can impact upon the proper discharge of the duties or who possess information potentially useful to the monitoring.

LITERATURVERZEICHNIS

- Altenmüller, Reinhard** Zum Begriff „Abfall“ im Recht der Abfallbeseitigung, DÖV 1978, 27.
- Arndt, Hans-Wolfgang** Kreislaufwirtschaft und kommunale Entsorgung – Zur Rechtsstellung der Kommunen und ihrer Wirtschaftsunternehmen im System des Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetzes, Köln 1996, Beiträge zur kommunalen Versorgungswirtschaft, Heft 87.
- Arndt, Hans-Wolfgang/
Walter, Christine** Zur Verteilung der Abfallentsorgung zwischen Verursacher, öffentlich-rechtlichem Entsorgungsträger, privatem Dritten und Verbänden, WiVerw 1997, 183.
- Backes, Christoph** Das neue Abfallgesetz des Bundes und seine Entstehung, DVBl. 1987, 333.
- Bartels, Elke** Abfallrecht – Eine systematische Darstellung, Köln 1987.
- Beckmann, Martin** Grundsätze des Zulassungsrechts und der Abfallüberwachung, NWVBl. 1995, 81.
- Beckmann, Martin/
Kersting, Andreas** Von der öffentlichen Daseinsvorsorge zur privaten Kreislaufwirtschaft, BB 1997, 161.
- Bergmüller, Reinhard** Die Neuordnung des Abfallrechts durch das Gesetz über die Vermeidung und Entsorgung von Abfällen (Abfallgesetz – AbfG) vom 27. August 1986, BayVBl. 1987, 193.
- Bickel, Christian** 20 Jahre Abfallbegriff – Ortsbestimmung und Neuansatz, NuR 1992, 361.
- Ders.** Anmerkungen zum Urteil des VG Köln v. 15.11.1982 (Az 14 K 755/80), DÖV 1983, 256.
- Ders.** Grenzgebiete des Wasserrechts, DÖV 1981, 448.
- Birn, Helmut** Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz in der betrieblichen Praxis, Stand 11/1995.
- Birn, Helmut/
Jung, Gottfried** Abfallbeseitigungsgesetz für die betriebliche Praxis, Stand: 10/1995.
- Bleicher, Ralf** Auswirkungen des Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetzes auf die Abfallwirtschaft, Der Landkreis 1994, 552.

- Boldt, Gerhard/
Weller, Herbert** Bundesberggesetz – Kommentar, 1984.
- Bongen, Martina** Das Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz – Eine neue Ära im Abfallrecht, WiB 1996, 713.
- Bothe, Ulrike/
Müller, Wolf** Abfallbeseitigung im Spannungsfeld zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht, Der Städtetag 1984, 630.
- Brach, Monika** Verbringung von Rückständen in bergbauliche Hohlräume, ZuR 1995, 114.
- Brandt, Edmund/
Ruchay, Dietrich/
Weidemann, Clemens** Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz, Kommentar, Loseblattsammlung, Stand 15.1.1999
- Bree, Axel** Die Privatisierung der Abfallentsorgung nach dem Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz, Berlin 1998, zugl. jur. Diss. Georg-August-Universität Göttingen.
- Breuer, Rüdiger** Die Abgrenzung zwischen Abwasserbeseitigung, Abfallbeseitigung und Reststoffverwertung, 1985.
- Ders.** Umweltschutzrecht, in: v. Münch, Besonderes Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 1988,601.
- Ders.** Die Entwicklung des Wasser- und Abfallrechts 1974-1976, NJW 1977, 1174.
- Breuer, Rüdiger/
Czychowski, Manfred** Öffentliches und privates Wasserrecht, 2. Auflage 1987
Wasserhaushaltsgesetz, Kommentar, 7. Auflage 1998.
- Bruns, Dirk/
Jasper, Karl-Heinz** Das neue Abfallgesetz, VR 1987, 365.
- Cronauge, Ulrich** Auswirkungen des neuen Abfallgesetzes auf Kreise und Gemeinden, Städte- und Gemeinderat 1987, 99.
- Deubert, Michael** Kommunale Kompetenzen im Bereich der Abfallwirtschaft, Köln 1992.
- Dolde, Klaus-Peter/
Vetter, Andrea** Aktuelle Fragen der Verwertung und Beseitigung von Abfällen nach dem Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz, Rechtsgutachten Stuttgart, Mai 1999.
- Drews, Bill/
Wacke, Gerhard/
Vogel, Klaus/
Martens, Wolfgang** Gefahrenabwehr, Allgemeines Polizeirecht (Ordnungsrecht) des Bundes und der Länder, 9. Auflage 1986.

- Fertig, Hans** Aufgabenqualität und Aufgabenträger der Tierkörperbeseitigung, Der Landkreis 1995, 518.
- Ders.** Tierkörperbeseitigung außerhalb des Tierkörperbeseitigungsgesetzes, NuR 1999, 434.
- Ders.** Die anstaltsfreie Tierkörperbeseitigung, NuR 1998, 459.
- Fluck, Jürgen** Zum Begriff des Abwassers, ZfW 1996, 489.
- Ders. (Hrsg.)** Kreislaufwirtschafts-, Abfall- und Bodenschutzrecht, Kommentar, Loseblattsammlung, Stand 04/1999.
- Ders.** Rechtsfragen der Abfallverwertung nach dem KrW-/AbfG, NuR 1995, 233.
- Fouquet, Helmut** Umweltrechtliche Anforderungen an das Verbringen von Rückständen in bergbauliche Hohlräume, 1997.
- Frenz, Walter** Abfallverwertung im Bergbau, 1999.
- Ders.** Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz, 2. Auflage 1998
- Ders.** Rechtliche Grundsatzfragen der Auslegung der neuen abfallrechtlichen Vorschriften des Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetzes – Anforderungen an die Verwertung und sonstige Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Verwertung (Gutachten, 2000).
- Freytag, Georg** Anmerkungen zum Urteil des VG Stuttgart vom 26.11.1996, NuR 1997, 518.
- Ders.** Der Einsatz von Rückständen im Bergbau - An der Nahtstelle von Berg- und Abfallrecht, NuR 1996, 334.
- Fritsch, Klaus** Das neue Kreislaufwirtschafts- und Abfallrecht, 1996.
- Gaisbauer, Georg** Die Rechtsprechung zum Abfallbeseitigungsgesetz, GewArch 1978, 1.
- Grünewald, Klaus** Genehmigung der Kompostierung von Bioabfällen tierischer Herkunft nach TKBG, UPR 1995, 97.
- Grünewald, Klaus** Das Tierkörperbeseitigungsrecht, Dissertation Münster 1993.
- Häder, Michael/
Weiland, Raimund** Entsorgungspflichten als Instrument der Abfallwirtschaft – Inhalt und Einsatzvoraussetzungen eines neueren Instruments, ZAU 1996, 247.

- Helmrich, Herbert** Entwicklung und Struktur von Definitionen in der 4. Novelle zum Abfallbeseitigungsgesetz, Zeitschrift für Gesetzgebung 1986, 53.
- Henseler, Paul** Der Abwasserbegriff des Wasser- und Abfallrechts, NuR 1984, 249.
- Hoschützky, Arnold/
Kreft, Hansjürgen** Recht der Abfallwirtschaft, Kommentar, Loseblattsammlung
- Hoppe, Werner/
Beckmann, Martin** Umweltrecht, 1989.
- Hösel, Gottfried/
von Lersner, Heinrich** Recht der Abfallbeseitigung des Bundes, der Länder und der Europäischen Union, Kommentar, Loseblattsammlung, Stand 06/1999.
- Jarass, Hans D.** Bundes-Immissionsschutzgesetz, Kommentar, 3. Auflage 1995.
- Joachim, Hermann** Auswirkungen des Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetzes auf die kommunale Abfallwirtschaft, Der Städtetag 1997, 649.
- Jung, Gottfried** Fachplanerische Aspekte von Entsorgungskonzepten, Informationen zur Raumentwicklung 1988, 675.
- Jungnickel, Sebastian/
Winands, Petra** Verbände nach § 17 Abs. 1, 3 Krw-/AbfG – ein verkann-tes oder unattraktives Instrument?, LKV 1999, 289.
- Kersting, Andreas** Die Abgrenzung zwischen Abfall und Wirtschaftsgut, Düsseldorf 1992.
- Klages, Christoph** Vermeidungs- und Verwertungsgebote als Prinzipien des Abfallrechts, Düsseldorf 1991.
- Klages** Vermeidungs- und Verwertungsgebote als Prinzipien des Abfallrechts, Umwelt- und Technikrecht Band 13, Dissertation, Trier 1990.
- Kluth, Winfried** Anmerkungen zum Beschluss des BVerwG vom 29.12.1993, WiB 1994, S. 250ff.
- Knack, Hans Joachim** Verwaltungsverfahrensgesetz, 6. Aufl., Köln u.a. 1998.
- Knauber, Raffael** Abfallentsorgungskonzeptionen der Kreise und ihre Umsetzung, Eildienst Landkreistag Nordrhein-Westfalen 1986, 362.

- v. Köller, Henning** Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz, 2., überarbeitete und erweiterte Auflage, Berlin 1996.
- Ders.** Leitfaden Abfallrecht, 5. Auflage 1997.
- Kommission der Niedersächsischen Landesregierung zur Vermeidung und Verwertung von Abfällen** Abschlußbericht des Arbeitskreises 20 „Zukünftige Wahrnehmung von Entsorgungsaufgaben durch öffentliche und/oder private Entsorger“.
- Kunig, Philip/
Paetow, Stefan/
Versteyl, Ludger-Anselm** Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz, Kommentar, 1998.
- Kunig, Philip/
Schwermer, Gerfried/
Versteyl, Ludger-Anselm** Abfallgesetz, Kommentar, 2. Auflage 1992.
- Landmann, Robert/
Rohmer, Gustav** Umweltrecht, Stand 10/1998.
- Landsberg, Gerd:** Privatisierung und Organisationsstrukturen in der Abfallentsorgung, Stadt und Gemeinde 1995, 203.
- Landsberg, Gerd/
Schink, Alexander** Ein Ende vom Elend des (Bundes-) Abfallgesetzes?, Städte- und Gemeinderat 1994, 67.
- Lange, Klaus:** Zur Zulässigkeit gewerblicher Sammlung und Verwertung von Altpapier, GewArch 1996, 217.
- Larenz, Karl** Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 5. Aufl., München 1983.
- Lechelt, Rainer** § 52 Abs. 1 BImSchG - Eine „immissionschutzrechtliche Generalklausel?“, DVBl 1993, 1048.
- v. Lersner, Heinrich** Abfall als Wirtschaftsgut, NuR 1981, 1.
- Ders.** Pflichtenstellung bei Einschaltung Dritter sowie bei Überlassungs- und Andienungspflichten, in: 5. Kölner Abfalltage – Abfall und Haftung, 1996, 55.
- Loher, Matthias** Anzeigepflicht bei der Drittentsorgung von Abfällen, NuR 1997, 170.
- Maunz, Theodor/
Dürig, Günter** Grundgesetz, Kommentar, Loseblattsammlung, Stand 6/1998

- Maurer, Hartmut** Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl., München 1999.
- Meins, Jürgen W.** Das neue Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz, BayVBl. 1997, 66, 100.
- Mösbauer, Heinz** Der verwaltungsrechtliche Überwachungsauftrag im Immissionsschutzrecht, NVwZ 1985, 457.
- von Mutius, Albert/
Schidlowski, Frank** Rechtsfragen bei der Beseitigung tierischer Abfälle; NuR 1993, 419.
- Nisipeanu, Peter** Rechtliche Aspekte der Entsorgung von Chemietoiletteninhalten, UPR 1998, 93.
- Osterloh, Lerke** Erfordernis gesetzlicher Ermächtigung für Verwaltungshandeln in der Form des Verwaltungsaktes; JuS 1983, 280.
- Peine, Franz-Joseph** Recht der Abfallwirtschaft, in: Reiner Schmidt (Hrsg.), Öffentliches Wirtschaftsrecht, Besonderer Teil 2, 1996, 371.
- Ders.** Allgemeines Verwaltungsrecht, 4., überarbeitete Aufl., Heidelberg 1998.
- Petersen, Frank** Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz – quo vadis?, NVwZ 1998, 1113.
- Poncelet, Claudia** Der wasserrechtliche Anlagenbegriff; Dissertation Köln 1995
- Praml, Rolf** Abfall und Abwasser - Abgrenzungsfragen, Referat auf dem 216. Kolloquium des Instituts für das Recht der Wasserwirtschaft an der Universität Bonn am 18.12.1986; ZfW 1983, 92.
- Queitsch, Peter** Abfallvermeidung und Abfallverwertung, Städte- und Gemeinderat 1994, 86.
- Ders.** Kreislaufwirtschafts- und Abfallrecht – Erläuterte Ausgabe, Köln 1995.
- Ders.** Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz, Ergänzungsband, 1. Aufl. 1997.
- Ders.** Das neue Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz, Stadt und Gemeinde 1995, 55.
- Ders.:** Das neue Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz, UPR 1995, 412.

- Ders.** Abfallbegriff und Abfallüberlassungspflicht, Städte- und Gemeinderat 1996, 330.
- Ders.** Wann entfällt die Abfallüberlassungspflicht bei Sammlungen nach § 13 Abs. 3 KrW-/AbfG?, AbfallPrax 1999, 91.
- Rabanus, Meike** Der bundesrechtliche Abfallbegriff, Bochum 1993.
- Redeker, Konrad/
v. Oertzen, Hans-Joachim** Verwaltungsgerichtsordnung, 12. Aufl., Stuttgart 1997.
- Salzwedel, Jürgen** Abfall und Abwasser - Abgrenzungsfragen, Referat auf dem 216. Kolloquium des Instituts für das Recht der Wasserwirtschaft an der Universität Bonn am 18.12.1986, ZfW 1983, 84.
- Salzwedel, Jürgen** Probleme der Abfallentsorgung; NVwZ 1989, 820.
- Schink, Alexander** Anmerkungen zum Urteil des VGH Mannheim vom 20.10.1998, ZUR 1999, 106.
- Ders.** Auswirkungen der europäischen Abfallpolitik auf die Kommunen, Stadt und Gemeinde 1995, 103.
- Schmalz, Dieter** Methodenlehre, 2. Aufl., Baden-Baden, 1990.
- Schulte, Martin** Die Abgrenzung zwischen Abwasserbeseitigung und Abwasserentsorgung; Korrespondenz Abwasser 1996, 1760
- Schweer, Dieter:** Das neue Abfallgesetz, DB 1986, 2371.
- Sieder, Frank/
Zeitler, Herbert/
Dahme, Heinz** Wasserhaushaltsgesetz und Abwasserabgabengesetz, Kommentar, Loseblattsammlung; Stand 04/97.
- Stelkens, Paul/
Bonk, Heinz Joachim/
Sachs, Michael** Verwaltungsverfahrensgesetz, 5. Aufl., München 1998.
- Stöhr/Günter** Verwertung von häuslichem oder landwirtschaftlichem Schmutzwasser nach dem KrW-/AbfG Wasser und Abfallrecht 1999, 14.
- Struß, Stephan** Abfallwirtschaftsrecht, Köln, 1991.
- Tettinger, Peter J.** Randnotizen zum neuen Recht der Abfallwirtschaft, GewArch 1988, 41.

- Töpfer, Klaus** Von der Abfallbeseitigung zur Kreislaufwirtschaft, Der Landkreis 1994, 349.
- Umweltbundesamt (Hrsg)** Jahresbericht 1992.
- Versteyl, Ludger-Anselm/ Wendenburg, Helge** Änderungen des Abfallrechts, NVwZ 1994, 833.
- Dies.** Änderungen des Abfallrechts: Aktuelles zum Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz sowie dem untergesetzlichen Regelwerk, NVwZ 1996, 937.
- Walter, Christine** Die Verteilung der Entsorgungspflichten zwischen Abfallverursacher und öffentlich-rechtlichem Entsorgungsträger nach dem KrW-/AbfG, jur. Diss. Universität Mannheim 1997.
- Weidemann, Clemens** Übergangsprobleme bei der Privatisierung des Abfallwesens, NJW 1996, 2757.
- Weinheimer** Aktuelle Probleme des Abfallrechts, ZfW 1977, 7.
- Wolff, Hans J./ Bachof, Otto/ Stober, Rolf** Verwaltungsrecht I, 10. Aufl., München 1994.
- Zandonella, Carlo/ Thärichen, Holger** Bioabfälle zwischen öffentlicher und privater Entsorgung: Zum Begriff der „überwiegenden öffentlichen Interessen“ in § 13 III 1 Nr. 3 KrW-/AbfG, NVwZ 1998, 1160.