



Abfall • Newsletter

Juli 2010

Liebe Mandantschaft,
sehr geehrte Damen und Herren,

in unserem Juli-Abfall · Newsletter informieren wir Sie wieder über Aktuelles aus unserer Arbeit im Bereich Abfall.

Die Abfallwirtschaft kennt kein „Sommerloch“, schon gar nicht in einem Jahr, in dem die Neufassung der wichtigsten Bestimmungen des Abfallrechts diskutiert wird. Neben der Wertstofftonne bleiben die Überlassungspflichten allgemein im Focus der abfallpolitischen Diskussionen. Wir möchten Sie über das Abfallrecht hinaus auch über wichtige Fälle im Vergabe-, Steuer- und Strafrecht informieren.

An dieser Stelle möchten wir Sie ferner auf den gemeinsamen Workshop von [GGSC] und dem MUGV hinweisen.

Workshop „Photovoltaikanlagen auf Konversions-, Deponie- und anderen Freiflächen“ am 24.08.2010 in Luckenwalde

[Das Programm und Anmeldeformular erhalten Sie hier.](#)

DIE THEMEN DIESER AUSGABE:

- [Aktuelles zur Wertstofftonne](#)
- [Abfälle einer US-Kaserne sind überlassungspflichtig!](#)
- [Altpapier und kein Ende](#)
- [Deponieanordnung vor Gericht](#)
- [Ausschreibungsfreie Pacht von Anlagen](#)
- [MBA Wiefels wird um Trockenvergä-rungsanlage erweitert](#)
- [Vorsicht bei der Vereinnahmung von Umsatzsteuer bei Erlösen](#)
- [Strafbarkeit von Mindestlohnunter-schreitung](#)
- [\[GGSC\] Seminare](#)
- [\[GGSC\] auf Veranstaltungen](#)
- [\[GGSC\] Veröffentlichungen](#)

Wir wünschen viel Spaß bei der Lektüre!

Mit freundlichen Grüßen aus Berlin, Köln, Frankfurt (O) und Augsburg

Ihr [GGSC] Anwaltsteam



[AKTUELLES ZUR WERTSTOFFTonne]

Schon die bloße Diskussion um den Arbeitsentwurf Kreislaufwirtschaftsgesetz (AE KrWG) führt auf kommunaler wie auf privater Seite zu konkreten Überlegungen, zeitnah eine Wertstofftonne einzuführen.

Der „Rückzieher“ eines privaten Entsorgers in Berlin verdeutlicht allerdings, dass die Einführung einer privaten Wertstofftonne nur in sehr engen Grenzen möglich ist, zumal nach der Altpapier-Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts eine private Wertstofftonne als „gewerbliche Sammlung“ kaum möglich ist.

Da bereits nach der bestehenden Gesetzeslage Kommunen dagegen – im Rahmen ihres Organisationsermessens – die Einführung einer kommunalen Wertstofftonne möglich ist, zeigen Kommunen hier ein großes Interesse, wie sich in der Beratungspraxis von [GGSC] aktuell zeigt.

Dies mag auch erklären, weshalb der BDE ein Rechtsgutachten zur (vermeintlichen) Unzulässigkeit einer kommunalen Wertstofftonne beauftragt hat – und nicht etwa zur Zulässigkeit einer privaten Wertstofftonne. [GGSC] wird in seinem nächsten Abfall-Newsletter hierzu ausführlich Stellung nehmen.

Bei alledem wird der eigentlich „vor der Sommerpause“ angekündigte Referentenentwurf zum Kreislaufwirtschaftsgesetz, der weiterhin aussteht, mit Spannung erwartet. [GGSC] wird auch hierzu nach Vorlage ausführlich berichten.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an



Rechtsanwalt
[Wolfgang Siederer](#)
und



Rechtsanwalt
[Dr. Frank Wenzel](#)

[->zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)

[ABFÄLLE EINER US-KASERNE SIND ÜBERLASSUNGSPFLICHTIG!]

Die Abfälle, die auf dem Gelände einer US-Kaserne anfallen, müssen dem öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger überlassen werden. Diese Rechtsauffassung eines Landratsamtes in Baden-Württemberg, das in dem Verfahren von [GGSC] vertreten wurde, hat das Verwaltungsgericht Stuttgart in einem Beschluss vom 21.05.2010 bestätigt. Die Abfälle unterlägen dabei zu einem Teil als Abfälle aus privaten Haushaltungen, zu einem anderen Teil als gewerbliche Abfälle



zur Beseitigung der Überlassungspflicht. Diese Überlassungspflicht könne dabei auch gegenüber dem privaten Entsorgungsunternehmen durchgesetzt werden, das mit der Entsorgung von den US-Streitkräften beauftragt wurde und insoweit Besitzer der Abfälle geworden ist. Von einem Vorgehen gegen die US-Streitkräfte als Abfallerzeuger könne das Landratsamt aufgrund der fehlenden Vollstreckungsmöglichkeiten absehen.

Der aktuelle Beschluss des Verwaltungsgerichts Stuttgart vom 21.05.2010 (Az.: 2 K 497/10) behandelt eine ganze Reihe interessanter abfallrechtlicher Fragen. Vorliegend hatten die US-Streitkräfte ein privates Entsorgungsunternehmen mit der Entsorgung der Abfälle eines Kasernengeländes beauftragt. Von diesem Entsorgungsauftrag waren sowohl die Abfälle aus dem sog. „Housing-Bereich“ als auch aus dem eigentlichen Kasernenbereich umfasst. Das zuständige Landratsamt hatte das beauftragte private Entsorgungsunternehmen verpflichtet, die vom Kasernengelände eingesammelten Abfälle zu überlassen. Das Entsorgungsunternehmen wurde deshalb gewählt, weil eine hoheitliche Durchsetzung von abfallrechtlichen Pflichten gegenüber den US-Streitkräften selbst nicht möglich ist.

Überlassungsanordnung auch gegenüber Entsorgungsunternehmen zulässig

Das VG Stuttgart hat die Überlassungspflichtigkeit der Abfälle bejaht. Das Verwaltungsgericht stellte dabei zunächst fest, dass das private Entsorgungsunternehmen als Besitzerin der Abfälle der richtige Adressat der Verfügung war. Darüber hinaus bestätigte das Verwaltungsgericht die Auffassung des Landratsamtes, dass die Liegenschaften der US-Streitkräfte den Bestimmungen des deutschen Abfallrechts unterliegen. Dies folgerte das Gericht aus den Regelungen des Zusatzabkommens zum Nato-Truppenstatut (ZA-NTS). Damit unterliegen die US-Streitkräfte auch den Getrennthaltungsvorschriften der Gewerbeabfallverordnung.

Das VG Stuttgart billigte in diesem Zusammenhang ausdrücklich die Vorgehensweise des Landratsamtes, aufgrund der fehlenden Vollstreckungsmöglichkeiten gegenüber den US-Streitkräften nicht diese, sondern das beauftragte Entsorgungsunternehmen durch die Verfügung in Anspruch zu nehmen.



Im Wohnbereich einer US-Kaserne fallen Haushaltsabfälle an

In der Sache folgt die Überlassungspflicht der Abfälle aus der US-Kaserne aus § 13 Abs. 1 KrW-/AbfG. Dabei ist zunächst der Bereich „Army-Family-Housing“ als Herkunftsbereich von Haushaltsabfällen einzustufen, da die dort wohnenden Soldaten über eine geschlossene Wohneinheit mit eingerichteter Küche bzw. Kochnische verfügen und mit ihren Familien eine selbstbestimmte Lebensgestaltung vornehmen können. Die Eigenständigkeit der privaten Haushaltsführung wird dabei auch nicht durch das Leben innerhalb der Kaserne ausgeschlossen.

Insoweit ist abfallrechtlich eine Unterscheidung zwischen den Kasernen der US-Streitkräfte einerseits und den Kasernen der Bundeswehr andererseits zu treffen, sofern letztere nicht – wie regelmäßig – über abgeschlossene Wohneinheiten mit eingerichteter Küche bzw. Kochnische verfügen. Die Abfälle aus dem Housing-Bereich einer US-Kaserne sind damit bereits als Haushaltsabfälle gem. § 13 Abs. 1 Satz 1 KrW-/AbfG überlassungspflichtig.

Unzulässige Vermischung von Haushalts- und Gewerbeabfällen führt zur Überlassungspflicht

Die Überlassungspflicht bestand vorliegend jedoch nicht allein für die Abfälle aus dem Housing-Bereich, sondern auch für die Abfälle aus der eigentlichen Panzerkaserne. Dies begründete das VG Stuttgart zunächst damit, dass die Soldaten auch den in außerhalb des Kasernenbereichs gelegenen privaten Wohnungen anfallenden Abfall innerhalb des Kasernengeländes entsorgen. Damit würden sie Haushaltsabfall mit gewerblichen Abfällen unzulässigerweise vermischen, was die Überlassungspflichtigkeit des so erzeugten Gemisches zur Folge habe. Darüber hinaus konnte das Landratsamt mittels einer Fotodokumentation belegen, dass in der Panzerkaserne Mischabfälle u. a. aus Papierhandtüchern, Hygieneabfällen aus dem Sanitärbereich, Speiseresten, Zigarettenkippen und Aschen erfasst werden.

Hierzu stellte das Verwaltungsgericht fest, dass es wenig wahrscheinlich sei, dass diese Materialien einer Verwertung zugeführt werden könnten. Im Übrigen war nach Auffassung des Gerichts eine entsprechende Verwertung auch nicht nachgewiesen worden; ein vorgelegtes Zertifikat als Entsorgungsfachbetrieb reiche hierzu nicht aus.



Sofortvollzug wegen Beeinträchtigung des öffentlichen Entsorgungssystems gerechtfertigt

Erwähnenswert ist schließlich, dass das VG Stuttgart das öffentliche Interesse an der sofortigen Vollziehung der Überlassungsanordnung auch damit begründet hat, dass dem Landkreis nicht zugemutet werden könne, den erheblichen Gebührenaufschlag hinzunehmen. Die Begründung des Sofortvollzugs einer Überlassungsanordnung könne darauf gestützt werden, dass die untersagte Fremdentsorgung mehr als nur geringfügige Auswirkungen auf die Organisation und die Planungssicherheit des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers nach sich zieht.

Hiermit greift das VG Stuttgart die Formel des Bundesverwaltungsgerichts aus seinem Urteil vom 18.06.2007 (Az.: 7 C 16.08) auf, bei der es um die einer gewerblichen Sammlung entgegenstehenden „überwiegenden öffentlichen Interessen“ ging. Die höchstgerichtliche Interpretation des Begriffs der „überwiegenden öffentlichen Interessen“ in § 13 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 KrW-/AbfG lasse sich insoweit auch zur Konkretisierung des öffentlichen Vollzugsinteresses i.S.v. § 80 Abs. 2 Nr. 4, Abs. 3 VwGO heranziehen. Gegen die Entscheidung des VG Stuttgart hat das Entsorgungsunternehmen Beschwerde vor dem VGH Baden-Württemberg erhoben.

Über den Fortgang des Verfahrens werden wir berichten.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an



Rechtsanwalt
[Dr. Holger Thärichen](#)



und
Rechtsanwalt
[Dr. Peter Neusüß](#).

[-> zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)

[ALTPAPIER UND KEIN ENDE]

Das Niedersächsische OVG (OVG Nds.) bleibt seiner bisherigen Rechtsprechung treu und setzt Untersagungsverfügungen gegenüber gewerblichen Sammlern enge Grenzen. Die dabei zu Grunde gelegte Interpretation der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG) ist wenig überzeugend.

Das OVG Nds. hatte sich erstmals nach der grundlegenden Entscheidung des BVerwG vom 18.06.2009 – 7 C 16.08 – mit der Zulässigkeit der Untersagung einer gewerblichen Altpapiersammlung zu beschäftigen.

Der Antragstellerin war mit einer Verfügung untersagt worden, eine von ihr bisher angebotene sog. Straßensammlung von Altpapier



aus privaten Haushaltungen durchzuführen. Die Verfügung wurde für sofort vollziehbar erklärt.

Die Antragstellerin stellt daher beim VG Hannover einen Antrag, die aufschiebende Wirkung ihres Widerspruchs gegen die Untersagungsverfügung wiederherzustellen. Dieses wies den Antrag mit Beschluss vom 17.02.2010 – 12 B 5464/09 – unter Hinweis auf die Rechtsprechung des BVerwG im Urteil vom 18.06.2009 zurück. Hiergegen richtete sich die beim OVG Nds. eingelegte Beschwerde der Antragstellerin.

Offenes Hauptsacheverfahren

Im Rahmen einer Einzelfallentscheidung gelangt das OVG Nds. in seinem Beschluss vom 26.05.2010 zu der Erkenntnis, dass es im zu entscheidenden Sachverhalt bisher nicht hinreichend geklärt sei, ob es sich bei der Tätigkeit der Antragstellerin um eine gewerbliche Sammlung i.S.v. § 13 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 KrW-/AbfG handele, die eine Überlassungspflicht privater Haushalte selbst in der engen Auslegung des BVerwG entfallen lasse. Der Ausgang des Hauptsacheverfahrens sei offen.

Nach den vom BVerwG hierzu aufgestellten Kriterien spreche die Regelmäßigkeit und auf Dauer angebotene Entsorgungsleistung

gegen eine gewerbliche Sammlung der Antragstellerin, das Fehlen verbindlicher Einzelverträge mit den privaten Haushalten und von Entgeltvereinbarungen erfülle hingegen die Kriterien für eine gewerbliche Sammlung.

Vergleich zu ÖRE-Tätigkeit

Ergänzend führt das OVG Nds. an, dass die Antragstellerin nicht flächendeckend, sondern nur in bestimmten Ortschaften und nur von etwa zweitausend Haushaltungen Altpapier im Wege der Straßensammlung entsorgen wolle. Damit sammle die Antragstellerin lediglich 10 bis 15 % des gesamten Altpapieraufkommens im Gebiet des Antragsgegners. Eine solch geringe Quote spreche eher gegen eine der öffentlich-rechtlichen Entsorgung ähnlicher Tätigkeit. Zwar habe die Antragstellerin ausweislich eines Schreibens aus dem Jahr 2008 eine flächendeckende Entsorgung beabsichtigt, andererseits sei aber nur die tatsächliche Verbreitung der von der Antragstellerin angebotenen Leistung Gegenstand der Untersagungsverfügung.

Das OVG Nds. sei jedenfalls nicht vom Ansatz des VG Hannover überzeugt, das Vorliegen eines der zu betrachtenden Kriterien (hier der Regelmäßigkeit der Leerung oder Mitteilung der Termine in einem Abfuhrka-



lender) lasse den Tatbestand der gewerblichen Sammlung entfallen.

Überlegungen des BVerwG bleiben außer Betracht

Dieser Standpunkt zum Begriff der gewerblichen Sammlung überrascht. Das BVerwG hatte ausgeführt, dass der Sammlungs-begriff Tätigkeiten ausschlieÙe, die nach Art eines Entsorgungsträgers auf der Grundlage vertraglicher Bindungen zwischen den sammelnden Unternehmen und den privaten Haushalten, in dauerhaft festen Strukturen abgewickelt werden. Lediglich das tradierte Bild des gelegentlichen Sammlers solle erfasst sein. Von einer solchen Ausgangslage kann in dem vom OVG Nds. entschiedenen Fall keine Rede sein.

Das OVG Nds. hat auch Zweifel, ob die Untersagung auf überwiegende öffentliche Interessen im Sinne von § 13 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 KrW-/AbfG gestützt werden könne. Allein eine mit der Untersagungsverfügung zu Lasten der Antragstellerin zu erreichende Verbesserung der Einnahmesituation des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers dürfte nicht ausreichend sein, um ein überwiegendes öffentliches Interesse zu bejahen, weil damit der Anwendungsbereich dieser Ausnahmeregelung nahezu auf Null reduziert wäre.

Die bei offenem Ausgang des Hauptsacheverfahrens notwendige Abwägung der widerstreitenden Interessen falle zu Lasten des Antragsgegners aus.

Zu Gunsten der Antragstellerin wiege hierbei insbesondere, dass mit der sofortigen Vollziehung die Hauptsache mit hoher Wahrscheinlichkeit vorweggenommen würde. Die Haushalte, die durch Einstellen der Sammlung seitens der Antragstellerin auf die Blaue Tonne des Antragsgegners umstellen müssten, dürften keine Veranlassung sehen, die Tonnen nochmals zu wechseln, wenn sich die Antragstellerin in der Hauptsache durchsetzen sollte.

Die Folge wäre, dass der Antragsgegner die Antragstellerin bei der Erfassung des Altpapiers in seinem Zuständigkeitsbereich vom Markt verdrängt hätte. Dieser Gesichtspunkt dürfte allerdings anders zu bewerten sein, wenn sich zwei konkurrierende Systeme von Blauen Tonnen gegenüberstehen.

Kein Freibrief für „gewerbliche Sammlungen“

Das OVG Nds. ordnet immerhin an, dass die aufschiebende Wirkung der – zwischenzeitlich erhobenen – Klage der Antragstellerin lediglich mit der Maßgabe wieder hergestellt wird, dass die Antragstellerin die StraÙensammlung über die bisher erfassten Ge-



biete/Haushalte im Zuständigkeitsbereich des Antragsgegners bis zur Rechtskraft des Hauptsacheverfahrens nicht ausdehnt. Ein Freibrief für gewerbliche Sammlungen ist damit also nicht verbunden.

Es bleibt abzuwarten, ob andere Obergerichte der Argumentation aus Lüneburg folgen werden.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an



Rechtsanwalt
[Jens Kröcher](#)



und Rechtsanwältin
[Isabelle-Konstanze Charlier,](#)
[M.E.S.](#)

[->zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)

[DEPONIEANORDNUNG VOR GERICHT]

Der Folgenutzer eines Deponiegeländes hat nach Auffassung des VG Trier keinen Anspruch auf Anordnung bestimmter Rekultivierungs- oder Sanierungsmaßnahmen

Bei einer in den 80er Jahren geschlossenen Hausmülldeponie traten nach Durchführung der Rekultivierungsmaßnahmen erhebliche Setzungsrisse auf. Außerdem stellte sich heraus, dass die Rekultivierungsschicht an

vielen Stellen die in der Planfeststellung vorgegebene Mächtigkeit von 50 cm unterschritt. Der Folgenutzer konnte die Fläche nicht wie beabsichtigt landwirtschaftlich nutzen. Er hatte bei der Flächenübertragung auf Ansprüche jeglicher Art wegen Mängeln des Deponiegeländes verzichtet. Die Behörde hat eine Sanierungsanordnung nach BBodSchG gegenüber dem ehemaligen Deponiebetreiber (Kommune) erlassen und insbesondere das Schließen der Setzungsrisse und das Auffüllen der Rekultivierungsschicht gefordert. Der Kläger (Folgenutzer) forderte noch weitergehende Rekultivierungsmaßnahmen zur Ermöglichung der landwirtschaftlichen Folgenutzung.

Keine Anwendung des KrW-/AbfG

Das VG Trier wies die Klage ab (Az.: 5 K 611/09). Als Rechtsgrundlage für den Erlass eines weitergehenden Sanierungskonzepts kommen nach Auffassung des Gerichts allein die §§ 10 Abs. 1, 15 Abs. 2 BBodSchG in Betracht. Bei einer stillgelegten Deponie fänden die Vorschriften des KrW-/AbfG zur Rekultivierung keine Anwendung mehr. Nach § 36 Abs. 2 Satz 2 KrW-/AbfG könnten nur noch Anordnungen nach BBodSchG bezüglich schädlicher Bodenveränderungen oder sonstiger Gefahren getroffen werden. Die Vorschriften des BBodSchG gäben dem Folgenutzer aber keinen Anspruch auf An-



ordnung bestimmter Sanierungsmaßnahmen.

Zweifelhafte Begründung

Die Entscheidung ist im Ergebnis richtig, die Begründung ist dagegen zweifelhaft. Offenbar wurde die Rekultivierung der Deponie nicht ordnungsgemäß durchgeführt oder hat jedenfalls nicht dauerhaft zu einem ordnungsgemäßen Zustand geführt (Setzungsrisse). Insofern sind integrale Pflichten zur Rekultivierung aus der Planfeststellung sowie nach § 36 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 KrW-/AbfG nicht erfüllt worden. Daher überrascht der von der Behörde wie vom Gericht vollzogene „Regimewechsel“ zum BBodSchG.

Die Durchsetzung von Pflichten aus dem abfallrechtlichen Planfeststellungsbeschluss ist Sache des Abfallrechts. Es mag zwar richtig sein, dass die relevanten Vorschriften des BBodSchG bei Deponien nach dem Ende der Ablagerungsphase anwendbar sind (so die überwiegende Auffassung der Rechtsprechung). Gerade der vorliegende Fall zeigt jedoch, dass – nach richtigem Verständnis – daneben insbesondere die abfallrechtlichen Vorgaben zur Rekultivierung weiterhin Gültigkeit behalten müssen.

Nur Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung

Im vorliegenden Falle forderte der Folgenutzer mehr, als im Planfeststellungsbeschluss vorgesehen war. Angesichts dieser weiterhin wirksamen Regelung schied ein Anspruch auf weitergehende Rekultivierungsmaßnahmen von vornherein aus. Im Übrigen hat der Folgenutzer in der Regel keinen Anspruch auf die Durchführung bestimmter Rekultivierungs- und Sanierungsmaßnahmen – weder nach § 36 KrW-/AbfG noch nach BBodSchG. Er kann nur verlangen, dass die Behörde über seine rechtlich geschützten Belange ermessensfehlerfrei entscheidet. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass die Rekultivierung einer stillgelegten Deponie in erster Linie dem Natur- und Landschaftsschutz und nicht dem Interesse des Folgenutzers dient.

Hinweis: Bei der (zweifelhaften) Rechtsauffassung der Behörde (und des VG Trier) hätte auch der Folgenutzer nach dem BBodSchG verpflichtet werden können (als „Zustandsstörer“), die Setzungsrisse zu schließen und der Sache nach die „Rekultivierung“ zu komplettieren.



Fazit

Der Fall zeigt: Auch eine vor Jahrzehnten stillgelegte Deponie kann schlummernde Restaufgaben für den letzten Inhaber bergen – aber auch Risiken für den Folgenutzer. Die Regelung des Gesetzgebers zur Abgrenzung zwischen KrW-/AbfG und BBodSchG bei Deponien in der Stilllegungsphase (§ 36 Abs. 2 Satz 2 KrW-/AbfG) führt nicht immer zu praxisgerechten Lösungen und einer ausgewogenen Risikoverteilung. Umso wichtiger ist es, dass die Beteiligten – letzter Inhaber der Deponie und Folgenutzer – bei der Übertragung einer stillgelegten Deponie angemessene vertragliche Regelungen zur Reaktivierung und Nutzung treffen.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an



Rechtsanwalt
[Dr. Achim Willand](#)

[->zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)

[AUSCHREIBUNGSFREIE PACTH VON ANLAGEN]

Die Pacht einer Entsorgungsanlage unterliegt nicht dem Vergaberecht, wenn nicht zugleich vergabepflichtige Leistungen Vertragsgegenstand sind.

Wie bereits die VK Köln im Jahr 2008 (AZ: VK VOL/ 2/08) (vgl. dazu Vergabe-Newsletter Januar 2009) hat sich nun auch die VK Halle in einem Beschluss vom 09.11.2009 (Az. 1 VK LVwA 19/09) mit der Reichweite der Ausnahmegesetzgebung des § 100 Abs.2 lit. h) GWB befasst und kommt im konkreten Fall zum Ergebnis, dass die Anpachtung eines Kessels in einer EBS-Verbrennungsanlage als ausschreibungsfreies Rechtsgeschäft zu qualifizieren ist.

Gemäß § 100 Abs. 2 h) GWB sind Aufträge über den Erwerb oder Mietverhältnisse oder über Rechte an Grundstücken oder vorhandenen Gebäuden oder anderem unbeweglichem Vermögen ungeachtet ihrer Finanzierung vom Anwendungsbereich des Vergaberechts ausgenommen.

Zugrunde liegender Sachverhalt

Die nationale und europäische Rechtsprechung legen diese Ausnahmeregelungen vom Anwendungsbereich des Vergaberechts sehr eng aus. Rechtsprechung und Literatur gibt es nur wenig zu diesem Thema. Umso erfreulicher für die kommunalen Organisationsmöglichkeiten ist es daher, dass nach der Entscheidung der Vergabekammer Köln aus dem Jahre 2008 nunmehr eine weitere Entscheidung zu diesem Thema vorliegt.



Im zugrunde liegenden Fall pachtete ein gemischtwirtschaftliches Entsorgungsunternehmen, das vom öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger mit der Entsorgung der in einem sachsen-anhaltinischen Landkreis anfallenden Abfälle beauftragt ist, Teile einer Verbrennungsanlage, um Ersatzbrennstoffe (EBS) aus dem von ihm zu entsorgenden Hausmüll herzustellen. Der Pachtvertrag wurde nicht ausgeschrieben. Die Antragstellerin beantragte daraufhin im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens die Feststellung der Nichtigkeit des Pachtvertrages sowie die Verpflichtung der Antragsgegnerin, den streitgegenständlichen Vertrag nicht ohne die Durchführung eines Vergabeverfahrens zu schließen.

Diese Vorgehensweise wurde von der VK Sachsen-Anhalt bestätigt. Nach der Ausnahmevorschrift des § 100 Abs. 2 lit. h) GWB seien Rechtsgeschäfte über den Erwerb oder Mietverhältnisse an Grundstücken bzw. vorhandenen Gebäuden von den Ausschreibungspflichten des Vergaberechts befreit.

„Situative Einmaligkeit“

Als Grund für diese Freistellung wird angeführt, dass die situative Einmaligkeit von Immobilien ein Vergabeverfahren mangels Austauschbarkeit als unangemessen erscheinen lässt. Nach Ansicht der VK Halle

hat sich der Pachtvertrag auf das unbewegliche Anlagevermögen beschränkt. Die Pächterin habe sich keine Dienstleistung beschafft, da sie den gepachteten Kessel der EBS-Anlage eigenverantwortlich und mit eigenem Personal bewirtschaftete. Die mit der Einbindung des verpachteten Verbrennungskessels in die Gesamtanlage verbundenen Verpflichtungen des Verpächters bewegen sich im Übrigen innerhalb des jedem Verpächter obliegenden Pflichtenkreises zur Aufrechterhaltung der vertraglichen Nutzungsmöglichkeiten an dem Pachtobjekt und führen nicht zu einer anderen Qualifikation des Vertrages. Zur Verdeutlichung ihrer Argumentation führt die Vergabekammer aus, dass sich auch die Rechtsnatur eines Mietvertrages nicht dadurch ändere, dass der Gebäudeeigentümer die Funktionstauglichkeit der Heizanlage zu gewährleisten habe.

Ausnahmeregelung kann auch bei noch zu errichtenden Anlagen greifen

Weiter führt die Vergabekammer aus, dass für ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal der Ortsgebundenheit im Rahmen des § 100 Abs.2 lit. h) GWB kein Raum sei. Würde ein derartiges Merkmal für das Eingreifen des Ausnahmetatbestandes von Bedeutung sein, so würde dies nach Auffassung der Vergabekammer die Anwendungsmöglichkeiten angesichts der Lebenswirklichkeit na-



hezu ausschließen. Dies könne weder im Sinne des Gesetzgebers noch des EU-Richtliniengabers sein.

Die Vergabekammer hebt außerdem hervor, dass der Anwendungsbereich des § 100 Abs. 2 lit. h) GWB nicht allein dadurch ausgeschlossen werde, dass Teile der verpachteten Anlage noch nicht vollständig errichtet, d.h. noch nicht „vorhanden“ seien. Sinn und Zweck des unter Verwendung des Begriffs „vorhanden“ formulierten Freistellungstatbestandes sei es, Mietverträge über Immobilien dann dem Vergaberecht zu entziehen, wenn keine Bauleistung vorliegt, da der öffentliche Auftraggeber auf die Planung und Errichtung des Gebäudes keinen Einfluss nimmt. Nach Ansicht der erkennenden Kammer konnte hier auf Grund der bereits errichteten angrenzenden, funktional zusammenhängenden Anlagen jedoch von einer abgeschlossenen Bauplanung ausgegangen werden.

Gemischtwirtschaftliches Entsorgungsunternehmen ist kein öffentlicher Auftraggeber i.S.d. § 98 Nr. 2GWB

Die Vergabekammer begründet die Unzulässigkeit des Nachprüfungsantrags im Übrigen damit, dass es sich bei dem gemischtwirtschaftlichen Entsorgungsunternehmen nicht um einen öffentlichen Auftraggeber i.S.d. § 98 Nr. 2 GWB handele, da dieses gewerb-

lich tätig geworden sei. Hinsichtlich der Abgrenzung zwischen gewerblichen und nicht-gewerblichen Tätigkeiten beruft sich die Vergabekammer auf die vom EuGH entwickelten Kriterien. Der EuGH bejaht die Gewerblichkeit des Handelns, wenn das Unternehmen unter normalen Bedingungen am Markt tätig ist, Gewinnerzielungsabsicht verfolgt und das mit seiner Tätigkeit verbundene Verlustrisiko trägt. Diese Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen. Hinsichtlich des Merkmals der Gewinnerzielungsabsicht bestätigt die Vergabekammer, dass bereits die Gesellschaftsstruktur eines Unternehmens „einen Garant für diese Zielsetzung“ darstelle. Indizien für eine Gewinnerzielungsabsicht können außerdem die Organisation als Kapitalgesellschaft, die Beteiligung privater Unternehmen sowie das Fehlen einer Nachschusspflicht der Gesellschafter sein.

Parallele zur Entscheidung der Vergabekammer Köln

Die Entscheidung weist Parallelen zur Entscheidung der Vergabekammer Köln aus dem Jahre 2008 auf, in der die Ausschreibungspflicht für die Pacht einer Arbeitsschicht in einer Sortieranlage ebenfalls mit Verweis auf die Ausnahmenvorschrift des § 100 Abs. 2 lit. h GWB verneint wurde.



Maßgebend war für die Vergabekammer Köln insbesondere, dass der Betrieb der Sortieranlage mit eigenem Personal durchgeführt wurde und somit keine Dienstleistungselemente außerhalb des Pachtvertrages vorlagen. Auch den Einwand, dass die Ausnahmevorschrift des § 100 Abs. 2 lit. h) GWB nicht einschlägig sei, da es sich um eine sowohl in tatsächlicher als auch in technischer Hinsicht komplexe Anlage handele, die ohne zusätzliche Dienstleistungen im Rahmen der Pachtvertragserfüllung nicht auskomme, ließ die Vergabekammer Köln nicht gelten. Maßgeblich war demnach, dass der Gesetzgeber im Rahmen des § 100 Abs. 2 lit. h) GWB ersichtlich Aufträge mit Grundstücksbezug, die auch darauf vorhandene Gebäude zum Gegenstand haben, vergaberechtsfrei stellen wollte.

Rückfragen bei GGSC bitte an



Rechtsanwalt
[Dr. Ralf Gruneberg](#) (Köln)



und Rechtsanwältin
[Caroline v. Bechtolsheim](#)
(Berlin).

[->zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)

[MBA WIEFELS WIRD UM TROCKEN- VERGÄRUNGSANLAGE ERWEITERT]

Der Zweckverband Abfallwirtschaftszentrum Friesland-Wittmund hat am 05.07.2010 den Auftrag zur Erweiterung der mechanisch-biologischen Aufbereitungsanlage (MBA) Wiefels um eine Trockenvergärungsanlage mit einer Kapazität von 20.000 Mg/a erteilt. Der Gesamtauftragswert liegt bei rund 6.600.000 €.

[GGSC] hat sowohl die Auswahl des Planers dieser Erweiterung der MBA Wiefels im Rahmen eines europaweiten Vergabeverfahrens nach den Vorschriften der VOF, als auch die Vergabe der Bauleistungen zur Errichtung der Trockenvergärungsanlage nach den Vorschriften der VOB/A umfassend begleitet. Nachprüfungsverfahren wurden in beiden Fällen nicht angestrengt.

Eine besondere Herausforderung stellt bei der Realisierung der Trockenvergärungsanlage die Anbindung an die Bestandsanlagen dar. Der laufende Betrieb der MBA soll nicht wesentlich gestört werden.

[GGSC] wird die Baumaßnahme weiterhin rechtlich begleiten, bis voraussichtlich im Juni 2011 Abnahmereife hergestellt werden kann.



Rückfragen bei [GGSC] bitte an



Rechtsanwältin
[Katrin Jänicke](#)
und



Rechtsanwalt
[Jens Kröcher](#).

[->zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)

[VORSICHT BEI DER VEREINNAHMUNG VON UMSATZSTEUER BEI ERLÖSEN]

Die Ausweisung (und Zahlung) von Umsatzsteuer auf Wertstoff Erlöse kann dazu führen, dass an sich nicht steuerpflichtige Hoheitsbetriebe Umsatzsteuer dem Finanzamt abführen müssen und anderenfalls strafrechtliche Risiken bestehen.

Nachdem eine Reihe von Wertstoffen bekanntlich ihrer Bezeichnung gerecht werden und den Entsorgungsträgern Erlöse verschaffen, kann dies – wie bereits wiederholt berichtet ([vgl. insbesondere Abfall-Newsletter Januar 2009, S. 16](#)) – zu Problemen bei der Wahl der richtigen Bemessungsgrundlage für die Umsatzsteuer führen.

In der Praxis zeigt sich aber auch, dass die damit verbundenen Schwierigkeiten dazu

führen, dass private Entsorger die Abrechnungspraxis umstellen und fehlerhafte Gutschriften für die Erlöse (z. B. bei Altpapier) ausstellen. Dies kann zur Folge haben, dass die Kommune Umsatzsteuer vereinnahmt, obwohl sie nicht steuerpflichtig ist.

Fehlerhafte Ausweisung und gefährliche Vereinnahmung

In diesen Fällen ist zunächst zu prüfen, ob die betreffende Abrechnungspraxis steuerrechtlich korrekt ist. In der Beratungspraxis konnten wiederholt Fälle festgestellt werden, in denen die Ausweisung von Umsatzsteuer nicht korrekt war. Wird die Umsatzsteuer gleichwohl ausgewiesen und vereinnahmt, kann dies die Steuerpflicht auch für an sich nicht steuerpflichtige Hoheitsbetriebe begründen. Es wird daher eine genaue Prüfung empfohlen, um die Kommune einerseits vor Rückforderungen des Entsorgers und Nachforderungen des Finanzamtes und andererseits vor einer strafrechtlichen Verfolgung wegen (ungewollter) Steuerhinterziehung zu schützen.

Zusammen mit der [GGSC] Treuhand, die die steuerrechtliche Prüfung und erforderlichenfalls die notwendigen Steuererklärungen und -voranmeldungen übernehmen kann, kann [GGSC] seiner Mandantschaft in vergleichbaren Angelegenheiten eine umfas-



sende Beratung und Vertretung gegenüber den Finanzbehörden anbieten.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an



Rechtsanwalt
[Wolfgang Siederer](#)
und



Rechtsanwalt
[Dr. Frank Wenzel](#)

[->zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)

[STRAFBARKEIT VON MINDESTLOHNUNTERSCHREITUNG]

Wer bislang meinte, ein Verstoß gegen die Pflicht zur Zahlung des Mindestlohns in der Abfallbranche sei eine Lappalie, wird nach einer aktuellen Entscheidung des Landgerichts Magdeburg umdenken müssen. Zwar sieht das Arbeitnehmerentsendegesetz nach § 23 Abs. 1 Nr. 1 eine Ordnungswidrigkeit für den Fall vor, dass der Mindestlohn nicht gezahlt wird.

Das Landgericht Magdeburg hat jedoch einen Unternehmer, der seinen Angestellten (hier: aus der Reinigungsbranche) nicht den gesetzlich vorgeschriebenen Mindestlohn gezahlt hatte, zu einer Geldstrafe verurteilt (Urt. v. 05.07.2010, Az.: 21 Ns 17/09 – nicht rechtskräftig).

Das Gericht sah eine Strafbarkeit nach § 266 a StGB als gegeben an. Demnach wird bestraft, „wer als Arbeitgeber der Einzugsstelle Beiträge des Arbeitnehmers zur Sozialversicherung einschl. der Arbeitsförderung, unabhängig davon, ob Arbeitsentgelt gezahlt wird, vorenthält“. Dem Täter wurde damit nicht etwa der (skandalöse) Stundenlohn von ca. 1,00 € zum Verhängnis, sondern der Umstand, dass er die Beiträge zur Sozialversicherung (Kranken-, Renten-, Arbeitslosenversicherung) nur aus diesem geringeren, tatsächlich gezahlten Lohn und nicht aus dem gesetzlichen Mindestlohn berechnete. In der Folge war nach Ermittlung der Staatsanwaltschaft den betreffenden Sozialkassen ein Schaden von insgesamt 69.000,00 € entstanden.

Als Auftraggeber Haftung vermeiden!

Nachdem das zuständige Oberlandesgericht in einer Revisionsentscheidung (08.07.2009, Az.: 2 Ss 90/09) bereits entschieden hatte, dass bei der Festsetzung der an die Sozialkassen abzuführenden Beiträge auf den Mindestlohn abzustellen ist, bleibt abzuwarten, ob gegen die Entscheidung Rechtsmittel eingelegt werden.

Auch wenn die Einhaltung des Mindestlohnes grundsätzlich von den zuständigen Zollbehörden zu überwachen ist, ist öffentlichen



Auftraggebern ebenso wie Auftragnehmern, die ihrerseits Unterauftragnehmer (oder gar Unter-Unterauftragnehmer) einsetzen, eine zusätzliche Kontrolle zu empfehlen. Dies gilt insbesondere für Auftraggeber, die nach Maßgabe von § 14 Arbeitnehmerentsendegesetz für die Zahlung des Mindestlohns „wie ein Bürge (haften), der auf die Einredeverausklage verzichtet hat“. [GGSC] hat für seine Mandantschaft ein Maßnahmenpaket für das betreffende Risk Management vorbereitet.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an



Rechtsanwältin
[Katrin Jänicke](#)
und



Rechtsanwalt
[Dr. Frank Wenzel](#).

[->zurück zum Inhaltsverzeichnis](#)

[GGSC-SEMINARE]

Photovoltaikanlagen auf Konversions-, Deponie- und anderen Freiflächen

Workshop am 24.08.2010 in Luckenwalde in Kooperation mit dem Ministerium für Umwelt, Gesundheit und Verbraucherschutz im Land Brandenburg

[Das Programm und die Anmeldung finden Sie hier.](#)

Hinweis: [GGSC] hat eine Vielzahl von Mandanten bereits zu energie-, abfall-, bau-, vertrags- und steuerrechtlichen Fragestellungen bei der Errichtung und für den Betrieb von Photovoltaikanlagen beraten.

Rückfragen bei [GGSC] bitte an



Rechtsanwalt
[Hartmut Gaßner](#).

[GGSC AUF VERANSTALTUNGEN]

Rechtsanwältin Caroline von Bechtolsheim

Trockene Wertstofftonne als Alternative zum bisherigen Erfassungssystem?

19.08. und 20.08.2010 in Halle

[VKS im VKU –](#)

[19. Jahresfachtagung und Mitgliederversammlung der Landesgruppe Ost](#)

Rechtsanwalt Hartmut Gaßner

Rechtliche Rahmenbedingungen für die Wertstoffeffassung

02.09. und 03.09.2010 in Bonn



[VKS im VKU – Fachtagung der Landesgruppe Nordrhein-Westfalen](#)

Rechtsanwältin Caroline von Bechtolsheim

Aktuelle Tendenzen zur Sächsischen Abfallgebühr

22.09.2010 in Dresden

[Sächsische Verwaltungs- und Wirtschaftsakademie – VII. Dresdner KAG-Gebühren-Tag](#)

Rechtsanwalt Dr. Frank Wenzel

Aktuelles Abfallrecht

27.10.2010 und 10.11.2010 in Berlin

[Verwaltungsakademie des Landes Berlin](#)

Rechtsanwalt Dr. Holger Thärichen

Bedeutung der 5. Novelle, Probleme der PPK-Miterfassung, Geschäftsmodell „Gelbe Tonne Plus“?

12.11.2010 in Mannheim

[VKS im VKU-Seminar Verpackungsverordnung](#)

Rechtsanwalt Dr. Holger Thärichen

Handlungsempfehlungen, Überlassungspflichten, Mindestbehältervolumen, Gebührenmodelle, Anforderungen an den Vertrieb

19.11.2010 in Hamburg

[VKS im VKU-Seminar Praxis der Gewerbeabfallverordnung](#)

Rechtsanwalt Dr. Holger Thärichen

Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz, Untergesetzliches Regelwerk, Branchenwissen im Überblick

02. und 03.12.2010 in Essen

[VKS im VKU-Seminar Grundkurs Abfallrecht](#)

[GGSC-VERÖFFENTLICHUNGEN]

In der aktuellen Ausgabe der Zeitschrift Müll und Abfall (Heft 07/2010, S. 351-352) finden sich Beiträge von [GGSC] Rechtsanwältinnen u. a. zu folgenden Themen:

- **VG Stuttgart zur Überlassungspflicht der Abfälle einer US-Kaserne**
- **VK Halle: Pacht eines Kessels in EBS-Kraftwerk nicht ausschreibungspflichtig**



- **Altpapier und kein Ende**

[HINWEIS AUF ANDERE GGSC-NEWSLETTER]

ÖPP/Vergabe · Newsletter

Juni 2010

Einige Themen dieser Ausgabe:

- Vergabeverordnung in Kraft – neue VOB/A, VOL/A und VOF 2009 für europaweite Vergaben anwendbar!
- EuGH entscheidet zu Rettungsdiensten
- [GGSC] Inhouse-Schulung zum neuen Vergaberecht – Maßgeschneidert nach Ihren Anforderungen

HOAI · Newsletter

Juni 2010

- HOAI – Kommt die Reform der Reform?
- VOF-Verfahren und Inländer-HOAI – Wie passt das zusammen?

Bau · Newsletter

Mai 2010

- EuGH: Rechtssichere kommunale Grundstücksverkäufer außerhalb des Vergaberechts

- Berücksichtigung der Sanierungskosten kontaminierter Grundstücke bei Festsetzung der Grunderwerbssteuer

Wenn Sie Interesse an dem Bezug weiterer Newsletter aus anderen Bereichen haben, senden Sie uns bitte eine E-Mail an berlin@ggsc.de oder nutzen Sie im Internet das [Newsletter-Archiv](#).