



Die europarechtlichen
**Rahmenbedingungen
für eine Neugestaltung**
der Überlassungspflichten
im **deutschen**
Abfallrecht

Rechtsgutachten der Anwaltskanzlei [Gaßner, Groth, Siederer & Coll.]

im Auftrag der ASA e.V. –
Arbeitsgemeinschaft
Stoffspezifische Abfallbehandlung

IMPRESSUM:

Herausgeber:

ASA e.V.
Arbeitsgemeinschaft
Stoffspezifische Abfallbehandlung
im Hause der Abfallwirtschaftsgesellschaft
des Kreises Warendorf mbH

- Geschäftsstelle -
Westring 10
59320 Ennigerloh
Tel.: +49 2524 9307.18
Fax: +49 2524 9307.12
www.asa-ev.de

Gutachter:

Rechtsanwalt Hartmut Gaßner
Rechtsanwalt Wolfgang Siederer
Rechtsanwalt Dr. Holger Thärichen

Stralauer Platz 34
10243 Berlin
Tel.: +49 30 7261026.0
Fax: +49 30 7261026.10
berlin@ggsc.de
www.ggsc.de



Sehr geehrte Damen und Herren,

die ASA begleitet seit längerem die Vorschläge zur Novellierung des Kreislaufwirtschaftsgesetzes. Uns geht es um den weiteren Ausbau der Kreislaufwirtschaft verbunden mit einer Steigerung der Ressourcen- und Klimaeffizienz! Recycling und Verwertung sind Herausforderungen, denen sich unsere Mitgliedsbetriebe seit Jahren erfolgreich stellen. Unsere MBA-Anlagen sind deshalb vielerorts ein wichtiger Baustein eines ökologischen Abfallwirtschaftskonzepts des jeweiligen öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers. Deshalb sehen sich die Mitgliedsbetriebe der ASA auch in der Pflicht, einer Aushöhlung der kommunalen Entsorgungsverantwortung entgegenzutreten. Die Konkurrenz mit der privaten Entsorgungswirtschaft hat ihren Platz bei der Entsorgung gewerblicher und industrieller Abfallerzeuger. Die Abfallentsorgung der privaten Haushalte ist kommunal organisiert und soll auch nicht über die Hintertür gewerblicher Sammlungen der kommunalen Entsorgungspflicht entzogen werden.

Die ASA hat das Anwaltsbüro Gaßner, Groth, Siederer & Coll. beauftragt, das vorliegende Gutachten zu erstellen. Es zeigt auf, dass ein Verzicht auf gewerbliche Sammlungen im Bereich privater Haushalte europarechtlich keine Bedenken erfährt. Das müssen alle wissen, die im laufenden Gesetzgebungsverfahren Position beziehen. Die ASA will eine Änderung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung vom 30.03.2011. Gewerbliche Sammlungen von Abfällen und Wertstoffen aus privaten Haushalten sind im neuen Kreislaufwirtschaftsgesetz nicht vorzusehen.

A handwritten signature in blue ink that reads "Thomas Grundmann". The signature is fluid and cursive, with the first name being more prominent.

Thomas Grundmann
Vorsitzender der
ASA e.V. Arbeitsgemeinschaft Stoffspezifische Abfallbehandlung

Die europarechtlichen Rahmenbedingungen für eine Neugestaltung der Überlassungspflichten im deutschen Abfallrecht

Rechtsgutachten

im Auftrag der ASA e.V. – Arbeitsgemeinschaft Stoffspezifische Abfallbehandlung

März 2011

Rechtsanwalt Hartmut Gaßner
Rechtsanwalt Wolfgang Siederer
Rechtsanwalt Dr. Holger Thärichen

Inhaltsverzeichnis

Vorbemerkung:	3
A. Zusammenfassung der Ergebnisse	4
I. Die Umkehrung der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts vom 18.06.2009 durch den Gesetzentwurf vom 30.03.2011.....	4
II. Die Vorgaben des Europarechts	5
III. Die Rechtsprechung des EuGH zum Schutz öffentlicher Daseinsvorsorgeleistungen.....	8
IV. Erforderlichkeit einer ausschließlichen Zuständigkeit der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger für die Hausmüllentsorgung	10
V. Fazit	12
B. Einleitung und Aufgabenstellung	14
C. Die Überlassungspflicht für Haushaltsabfälle de lege lata	16
I. Der Ausnahmetatbestand der „gewerblichen Sammlung“	16
II. Das Altpapier-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 18.06.2009	18
D. Der Referentenentwurf des BMU eines Gesetzes zur Neuordnung des Kreislaufwirtschafts- und Abfallrechts	21
I. Ausweitung des Sammlungsbegriffs.....	21
II. Legaldefinition „Überwiegender öffentlicher Interessen“	23
III. Wesentliche Verschärfungen der Entwurfsfassung vom 18.03.2011 gegenüber der Entwurfsfassung vom 02.11.2010 zu Lasten der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger.....	25
IV. Vorläufige Bewertung der Regelungskonzeption des Referentenentwurfs für Überlassungspflichten für Haushaltsabfälle	30
V. Der europarechtliche Begründungszusammenhang	32
E. Europarechtliche Vorgaben für mitgliedstaatliche Überlassungspflichten	34
I. Nähe- und Autarkieprinzip im gemeinschaftlichen Sekundärrecht	36
1. Die Novellen von Abfallverbringungsverordnung und Abfallrahmenrichtlinie.....	36

2.	Bedeutung von Nähe- und Autarkieprinzip für die „gewerbliche Sammlung“ separierter Wertstofffraktionen	39
3.	Die Bedeutung des DaimlerChrysler-Verfahrens	40
4.	Das Beschwerdeverfahren 2000/4769	44
II.	Überlassungspflichten und das gemeinschaftliche Wettbewerbsrecht	47
1.	Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse	50
2.	Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten	51
3.	Die Entsorgung von Haushaltsabfällen als „Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“	53
4.	Die Sammlung von getrennten Wertstoffen als „Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“	55
a)	Hohe Volatilität der Sekundärrohstoffpreise	56
b)	Ermöglichung eines wirtschaftlichen Binnenausgleiches	57
c)	Wertstofffassung als mitgliedstaatliche Aufgaben nach der AbfallRRL	58
d)	Zusätzliche Stärkung des mitgliedstaatlichen Gestaltungsspielraums durch das Protokoll Nr. 26 über Dienste von allgemeinem Interesse	60
e)	Erste Schlussfolgerungen für die Beschränkbarkeit gewerblicher Wertstoffsammlungen	62
5.	Betrug	65
6.	Verhinderung der Erfüllung der übertragenen Aufgabe	70
a)	Entwicklung der EuGH-Rechtsprechung zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse	71
aa)	Der Paradigmenwechsel des EuGH: Die Entscheidungen Corbeau und Almelo	71
bb)	Konsequente Fortführung des Schutzes öffentlicher Daseinsvorsorge in den Entscheidungen zu Energiemonopolen	80
cc)	Anerkennung der Vorhaltekosten öffentlicher Dienstleistungen durch die Entscheidung Corsica Ferries	84
dd)	Zulassung eines Ausgleichs zwischen „guten“ und „schlechten“ Risiken in einem Betriebsrentenfonds durch die Brentjens-Entscheidung	86
ee)	Schutzwürdigkeit der wirtschaftlichen Betriebsführung von Teilleistungsbereichen in der Entscheidung Deutsche Post	88

ff)	Jüngere Entscheidungen zu postalischen Universaldienstleistungen: TNT Traco und International Mail Spain.....	89
gg)	Zusammenfassung der EuGH-Rechtsprechung zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse.....	96
b)	Der Bedeutungsgewinn öffentlicher Daseinsvorsorge durch Art. 14 AEUV.....	99
c)	Europäisches Wettbewerbsrecht und öffentliche Entsorgungsmonopole.....	103
d)	Erforderlichkeit der Wettbewerbsbeschränkung.....	108
aa)	Unzulässigkeit der „Monopolisierung höherwertiger Dienstleistungen“?.....	108
bb)	Bedeutung der EuGH-Entscheidungen Corbeau und Ambulanz Glöckner für gewerbliche Sammlungen.....	111
cc)	Aushöhlung des kommunalen Organisationsermessens.....	114
e)	Zulassung gewerblicher Sammlungen widerspricht den materiellen Trenn- und Verwertungspflichten der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger.....	117
ee)	Einwände gegen den restriktiven Sammlungsbegriff des BVerwG ungerechtfertigt.....	119
III.	Reichweite der Freistellungswirkung von Art. 106 Abs. 2 AEUV.....	121

Vorbemerkung:

Kurz vor der abschließenden Fertigstellung des Gutachtens hat die Bundesregierung am 30.03.2011 den Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des Kreislaufwirtschafts- und Abfallrechts beschlossen. Unser Gutachten stützt sich auf den BMU-Referentenentwurf vom 18.03.2011. Wir haben gleichwohl auch den Gesetzentwurf der Bundesregierung bereits ausgewertet und festgestellt, dass sich im hiesigen Gutachtenzusammenhang keine Änderungen ergeben. Alle betreffenden Fundstellen sind parallel für den Referentenentwurf vom 18.03. und den Gesetzentwurf vom 30.03.2011 angeführt.

A. Zusammenfassung der Ergebnisse

I. Die Umkehrung der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts vom 18.06.2009 durch den Gesetzentwurf vom 30.03.2011

1. Die Umsetzung der europäischen Abfallrahmenrichtlinie bildet für die Bundesregierung den formalen Anlass, auch die Regelungen über die Überlassungspflicht von Haushaltsabfällen zu verändern und hierbei den Tätigkeitsspielraum gewerblicher Sammler auszuweiten. Die Abfallrahmenrichtlinie selbst verhält sich nicht zu nationalstaatlichen Zuständigkeitsfragen und zwingt daher nicht zu einer Änderung der Überlassungspflichten. Dieser Änderungsbedarf wird von der Bundesregierung jedoch aus den europäischen Verträgen, also dem europäischen Primärrecht hergeleitet.
2. Das Bundesverwaltungsgericht hat in seinem „Altpapier-Urteil“ vom 18.06.2009 das Betätigungsfeld gewerblicher Sammler restriktiv gefasst, da bereits solche Sammlungen aus dem Sammlungsbegriff des § 13 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 KrW-/AbfG ausgeschlossen werden, die nach Art eines Entsorgungsträgers in dauerhaften festen Strukturen erfolgen. Außerdem stehen einer gewerblichen Sammlung überwiegende öffentliche Interessen entgegen, wenn die Sammlung mehr als nur geringfügige Auswirkungen auf Organisation und Planungssicherheit des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers nach sich zieht. Sammlungsbegriff und Abwägungsklausel stehen dabei in einem inneren Zusammenhang, indem über den Sammlungsbegriff vorab grundsätzlich private Parallelstrukturen zur öffentlich-rechtlichen Hausmüllentsorgung ausgeschlossen werden, während der Abwägungsklausel nach dieser Rechtsprechung die Aufgabe einer Feinsteuerung des Konflikts zwischen kommunaler Hausmüllentsorgung und gewerblicher Erfassungstätigkeit zukommt.
3. Aufgrund der Vorarbeiten des BMU und mit dem Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 30.03.2011 wird die gewerbliche Sammlung von Haushaltsabfällen erheblich ausgeweitet und im Ergebnis zu einem eigenständigen Privatisierungsmodell für die Hausmüllentsorgung ausgeformt. Dem Sammlungsbegriff selbst soll keine einschränkende Funktion mehr zukommen. Obwohl die gewerbliche Sammlung „gemischter Abfälle“

ausgeschlossen wird, soll dies nicht für eine einheitliche Wertstofftonne gelten. Damit kommen neben den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern und den dualen Systembetreibern künftig auch gewerblicher Sammler als Träger einer einheitlichen Wertstofftonne in Betracht. Der abfallwirtschaftliche Konflikt um die Systemträgerschaft einer Wertstofftonne erfährt hierdurch eine erhebliche Verschärfung.

4. Nach der Regelungskonzeption des Gesetzentwurfes sollen überwiegende öffentliche Interesse einer gewerblichen Sammlung nur noch dann entgegenstehen, wenn die Funktionsfähigkeit der gesamten kommunalen Hausmüllentsorgung gefährdet ist. Dies entspricht im Wesentlichen dem Abwägungsmaßstab der obergerichtlichen Rechtsprechung bis zum Altpapier-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts. Im Ergebnis dieses – verfehlten – Abwägungsmaßstabs sind gewerbliche Altpapiersammlungen regelmäßig zugelassen worden, da es kaum vorstellbar ist, dass eine gewerbliche Wertstoffsammlung die Entsorgungstätigkeit des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers in Gänze gefährdet. Auch die Schranke der überwiegenden öffentlichen Interessen für gewerbliche Sammler wird damit weitgehend funktionslos. Im Ergebnis kann festgehalten werden, dass mit dem Gesetzentwurf die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts in ihr Gegenteil verkehrt wird, da das Bundesverwaltungsgericht die gewerbliche Sammlung in Abgrenzung zur kommunalen Entsorgungstätigkeit definiert hatte, während der Gesetzentwurf die gewerbliche Sammlung nunmehr der kommunalen Hausmüllentsorgung strukturell annähert.

II. Die Vorgaben des Europarechts

1. Die europarechtlichen Grundlagen und Maßstäbe für mitgliedstaatliche Überlassungspflichten sind nicht in den Prinzipien von Entsorgungsnähe und Entsorgungsautarkie zu suchen. Überlassungspflichten für Haushaltsabfälle sind keine „autarkiebezogenen Maßnahmen“, sondern sie konstituieren die Hausmüllentsorgung als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse. Das Einwandsregime des Abfallverbringungsrechts ist insofern kein sachadäquater Prüfungsmaßstab, da es auf die spezifischen Umweltgefahren durch Abfallverbringung zugeschnitten ist.

2. Mit dem Beschwerdeverfahren 2000/4769 ist die gewerbliche Sammlung in unzulässiger Weise europarechtlich „aufgeladen“ worden, da das BMU die Prämisse der Kommission ungeprüft akzeptiert hat, die gewerbliche Sammlung sei geeignet, Ausfuhrhindernisse für Haushaltsabfälle zur Verwertung auszuschließen. Die allein kompetenzrechtlich argumentierende Antwort des BMU ist der eigentlichen Rechtsfrage, nämlich der Erforderlichkeit der Überlassungspflicht zur Gewährleistung der Funktionsfähigkeit einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, ausgewichen. Seit diesem Beschwerdeverfahren aus dem Jahr 2003 wird der gewerblichen Sammlung durch das BMU zu Unrecht eine wesentliche europarechtliche Funktion zugeschrieben.
3. Art. 106 Abs. 2 AEUV ist die zentrale Regelung des europäischen Primärrechts zur Beurteilung der Zulässigkeit mitgliedstaatlicher Dienstleistungsmonopole. Voraussetzung ist zunächst die Betrauung von Unternehmen mit einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse. Hierbei steht den Mitgliedstaaten eine weite Gestaltungsfreiheit zu, deren Ausübung nur auf offensichtliche Fehler überprüft werden kann. Kennzeichnend für eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse ist eine besondere Gemeinwohlbindung des betrauten Unternehmens, die insbesondere darin zum Ausdruck kommt, dass im Einzelfall auch unrentable Leistungsbereiche entgegen einem reinen Gewinninteresse übernommen werden.
4. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist die Hausmüllentsorgung eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, da zu ihrer flächendeckenden Erbringung die Angebote privater Entsorgungsunternehmen möglicherweise nicht ausreichen. Die Mitgliedstaaten dürfen daher die Hausmüllentsorgung grundsätzlich durch staatliche Behörden wahrnehmen lassen oder hierauf einen entscheidenden Einfluss behalten (Arnheim).
5. Auch die Erfassung separierter Wertstofffraktionen stellt eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse dar. Dies folgt zunächst daraus, dass auch solche „Wertstoffe“ Abfälle im Rechtssinne sind und damit das abfalltypische Gefahrenpotential aufweisen, weshalb das

Hauptinteresse des Besitzers in der „Entledigung“ besteht. Hinzu kommt, dass auch „Wertstoffe“ aus privaten Haushalten keinesfalls durchgängig einen positiven Marktwert aufweisen und die Sekundärrohstoffpreise einer hohen Volatilität unterliegen. Zudem ist die Einbeziehung auch rentabler Leistungsbereiche in ein öffentliches Dienstleistungsmonopol ein von der Kommission anerkannter, legitimer Finanzierungsmodus.

6. Weiter ist zu beachten, dass die Abfallrahmenrichtlinie selbst die Trennung und das Recycling von Wertstoffen aus privaten Haushalten als Aufgabe der Mitgliedstaaten formuliert und damit nicht den Marktgesetzen von Angebot und Nachfrage überantwortet wissen will. Schließlich ist der mitgliedstaatliche Gestaltungsspielraum bei der Definition und Zuweisung von Daseinsvorsorgeleistungen durch das Protokoll (Nr. 26) zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse bestätigt und ausgeweitet worden. Das tradierte Verständnis des Zuschnitts kommunaler Daseinsvorsorge in den einzelnen Mitgliedstaaten hat damit auch im europäischen Vertragsrecht eine normative Anerkennung erfahren.
7. Mit § 14 Abs. 1 i.V.m. § 20 Abs. 1 des Gesetzentwurfes werden die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger künftig auch mit der getrennten Erfassung und hochwertigen Verwertung von Wertstoffen aus privaten Haushalten betraut. Zugleich dementiert der Gesetzentwurf jedoch seine eigene Betrauungsentscheidung dadurch, dass gewerbliche Sammlungen dann zugelassen werden sollen, wenn die Kommunen zu einer hochwertigen Verwertung der Haushaltsabfälle nicht in der Lage sind. Eine solche Regelungskonzeption ist widersprüchlich, da sie ein Misstrauen des Gesetzes in seinen eigenen Betrauungsakt zum Ausdruck bringt. Wäre ein Gesetzgeber tatsächlich der Auffassung, die Kommunen könnten im Einzelfall außer Stande sein, eine hochwertige Hausmüllverwertung zu gewährleisten, so müsste er auf ihre Betrauung verzichten. Begründet wird dieses Misstrauen in die kommunale Leistungsfähigkeit von BMU und Bundesregierung allerdings nicht.

III. Die Rechtsprechung des EuGH zum Schutz öffentlicher Daseinsvorsorgeleistungen

1. Bereits mit der Corbeau-Entscheidung aus dem Jahr 1993 hat der EuGH anerkannt, dass Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse zu wirtschaftlich ausgewogenen Bedingungen erbracht werden dürfen. Hierzu gehört auch die Möglichkeit eines Ausgleichs zwischen den rentablen und den weniger rentablen Tätigkeitsbereichen und das Recht, den Wettbewerb von Seiten einzelner Unternehmen in wirtschaftlich rentablen Bereichen auszuschließen. Der Träger einer Daseinsvorsorgeleistung ist daher nicht gezwungen, ein „Rosinenpicken“ durch private Wettbewerber schutzlos hinzunehmen.
2. In der Corbeau-Entscheidung hat der EuGH zudem entschieden, dass der Träger einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse selbst dann in der wirtschaftlich ausgeglichenen Leistungserbringung geschützt ist, wenn ein privater Wettbewerber „höherwertige“, abtrennbare spezifische Dienstleistungen erbringt. Schon hier verlässt der Gesetzentwurf die Linie der EuGH-Rechtsprechung, da den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern der Schutz einer wirtschaftlichen Aufgabenerfüllung im Falle „höherwertiger“ gewerblicher Sammlungen gerade versagt wird (vgl. § 17 Abs. 3 Sätze 2 und 3). Zudem negiert der Gesetzentwurf, dass die kommunale Wertstoffeffassung selbst eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse darstellt und damit als solche in ihrer wirtschaftlichen Betriebsführung europarechtlich geschützt ist.
3. In der EuGH-Rechtsprechung (Almelo) ist auch anerkannt, dass bei der Prüfung des wettbewerbsrechtlichen Schutzes einer Daseinsvorsorgeleistung zu berücksichtigen ist, ob der Aufgabenträger besonderen umweltrechtlichen Anforderungen unterliegt. Die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger haben eine gesteigerte Verwertungspflicht, da sie zur Verwertung selbst dann verpflichtet sind, wenn die einzelnen Abfallerzeuger und -besitzer zu einer Verwertung ihrer Abfälle nicht in der Lage sind. Die gesteigerte Verwertungspflicht folgt gerade aus der besonderen Leistungsfähigkeit und dem hohen Organisationsgrad der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger, deren dauerhafte Gewährleistung mithin auch einen Wettbewerbsausschluss rechtfertigen kann.

4. Hinsichtlich der Frage, ob eine Anwendung der Vertragsvorschriften (Warenverkehrs- und Wettbewerbsfreiheit) die wirtschaftliche Erbringung einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse gefährdet, ist eine Prognoseentscheidung zu treffen, die nur auf offensichtliche Fehlerhaftigkeit zu überprüfen ist. Eine generalisierende Prognoseentscheidung des nationalen Gesetzgebers, dass gewerbliche Sammlungen auf Grund ihres selektiven Zugriffs auf die lukrativsten Hausmüllbestandteile grundsätzlich geeignet sind, eine wirtschaftlich ausgeglichene kommunale Wertstoffeffassung zu gefährden, kann nicht als offensichtlich fehlerhaft gelten.
5. Nach der EuGH-Rechtsprechung kommt es für einen Dispens von den Vertragsvorschriften nicht darauf an, ob der Träger der Gemeinwohlaufgabe in Gänze durch die Zulassung von Wettbewerb in eine finanzielle Schiefelage gerät. Vielmehr reicht es aus, wenn einzelne Leistungsbereiche nicht mehr zu wirtschaftlich ausgewogenen Bedingungen betrieben werden können (Deutsche Post). Diese Wertung wird durch den Gesetzentwurf verletzt, da nach der Begründung auf das wirtschaftliche Gleichgewicht der kommunalen Hausmüllentsorgung in ihrer Gesamtheit abgestellt wird, nicht hingegen auf die einzelnen Leistungsbereiche der Wertstoffeffassung, die jeder für sich eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse darstellen.
6. Weiter hat der EuGH anerkannt, dass die Mitgliedstaaten das Ziel verfolgen dürfen, eine Dienstleistung der Daseinsvorsorge zu möglichst niedrigen Kosten und zu sozialverträglichen Preisen zu erbringen (Energimonopole Niederlande). Dies spricht dafür, im Bereich der kommunalen Hausmüllentsorgung auch die Wertstoffefflöse für den Gebührenhaushalt zu sichern. Nach der Rechtsprechung überschreiten die Mitgliedstaaten zudem ihr Gestaltungsermessen erst dann, wenn sie Monopolrechte mit reinen Zweckmäßigkeitserwägungen begründen (International Mail Spain). Kann hingegen dargelegt werden, dass die Einräumung von Monopolrechten erforderlich ist, um eine wirtschaftlich ausgeglichene Aufgabenerfüllung vor einer möglichen Gefährdung durch privaten Wettbewerb zu schützen, so hat hiergegen der EuGH regelmäßig keine Einwände erhoben.

7. Die Daseinsvorsorge hat im Gefüge des europäischen Vertragsrechts eine wesentliche Stärkung durch Art. 16 EGV/Art. 14 AEUV erfahren. Diese Norm sichert die bislang schon praktizierte EuGH-Rechtsprechung ab, dass bereits eine Gefährdung einer zweckentsprechenden, gemeinwohlorientierten Aufgabenerfüllung unter wirtschaftlich ausgeglichenen Bedingungen ausreicht, um die Einräumung eines Ausschließlichkeitsrechts zu legitimieren. Mit Art. 16 EGV/Art. 14 AEUV ist auf der Ebene des Primärrechts ein Gleichgewicht zwischen Wettbewerbsprinzip und gemeinwohlorientierter Daseinsvorsorge hergestellt worden; letztere stellt mithin keine rechtfertigungsbedürftige Ausnahme mehr da.
8. Das europäische Recht ist im Ergebnis seit mehreren Jahren von der Tendenz geprägt, den Stellenwert der öffentlichen Daseinsvorsorge aufzuwerten und dieser gegenüber dem Wettbewerbsprinzip eine eigenständige Legitimation zuzusprechen. Diese Entwicklung kommt nicht nur in der EuGH-Rechtsprechung zu Art. 86 Abs. 2 EGV/Art. 106 Abs. 2 AEUV zum Ausdruck, sondern auch in Art. 16 EGV/Art. 14 AEUV, im Weißbuch der Kommission zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse aus dem Jahr 2004 sowie im Protokoll (Nr. 26) zu den Diensten von allgemeinem Interesse zum Vertrag von Lissabon. Vor diesem Hintergrund ist es nicht begründbar, die Betätigungsmöglichkeiten gewerblicher Sammler de lege ferenda zu Lasten der kommunalen Entsorgungszuständigkeit für Haushaltsabfälle auszuweiten. Der Gesetzentwurf fällt damit weit hinter den erreichten Stellenwert öffentlicher Dienstleistungen im europäischen Recht zurück und negiert die grundlegenden Wertungsentscheidungen des EuGH und der europäischen Organe.

IV. Erforderlichkeit einer ausschließlichen Zuständigkeit der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger für die Hausmüllentsorgung

1. Der Gesetzentwurf will mit der Zulassung „höherwertiger“ gewerblicher Sammlungen offensichtlich der Gefahr begegnen, dass Entsorgungsleistungen zunächst monopolisiert, anschließend jedoch nicht in hochwertiger Art und Weise wahrgenommen werden (Rechtsgedanke aus der Entscheidung Ambulanz Glöckner). Diese Gefahr besteht jedoch bei der Wertstoffeffassung aus privaten Haushaltungen nicht, da die öffentlich-

rechtlichen Entsorgungsträger diesbezüglich gerade mit ausdifferenzierten Verwertungspflichten betraut werden (s. §§ 6 Abs. 1, 14 Abs. 1, 20 Abs. 1 des Kabinettsentwurfs). Anders als in der Rechtssache Ambulanz Glöckner geht es hier also nicht um die Monopolisierung von lediglich fakultativ wahrzunehmenden Leistungsbereichen.

2. Mit der Zulassung „höherwertiger“ gewerblicher Sammlungen durch § 17 Abs. 3 S. 3 des Gesetzentwurfes wird im Ergebnis das Ausgestaltungsermessen bei der Organisation der Hausmüllentsorgung vom öffentlichen auf den privaten Sektor verlagert. Denn die gewerblichen Sammler wären berechtigt, dasjenige „Dienstleistungsniveau“ zu definieren, unterhalb dessen der öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger dem Wettbewerb schutzlos ausgeliefert wäre. Dies ist schon deshalb verfehlt, weil eine umfassend zur Hausmüllentsorgung verpflichtete Kommune nicht immer den gleichen Komfort in einzelnen Segmenten anbieten kann wie ein gewerblicher Sammler, der sein Angebot allein auf die kurzfristig rentablen Leistungsbereiche ausrichten kann. Der isolierte Vergleich des „Dienstleistungsniveaus“ zwischen öffentlich-rechtlichem Entsorgungsträger und gewerblichem Sammler benachteiligt strukturell die kommunale Aufgabenwahrnehmung, da ein gewerblicher Sammler sich allein an den kurzfristigen Marktbedingungen orientieren kann und keine langfristigen Vorhaltekosten kalkulieren muss.
3. Der „Dienstleistungsvergleich“ nach § 17 Abs. 3 S. 3 krankt insbesondere daran, dass hier der untaugliche Versuch unternommen wird, politische Abwägungskriterien – Qualität, Effizienz, Dauer – in Rechtsbegriffe zu transformieren. Dieser Versuch der Verrechtlichung eines „Dienstleistungsvergleichs“ ist zum Scheitern verurteilt, da er insbesondere die politisch-demokratische Dimension des kommunalen Organisationsermessens negiert. Rechtssicherheit kann auf dieser Grundlage schon gar nicht gewonnen werden.
4. Auch die gegen den restriktiven Sammlungs-begriff des Bundesverwaltungsgerichts vorgebrachten Einwände (Koch/Reese) überzeugen nicht. Der insoweit herangezogene Konflikt zwischen einer gewerblichen Wertstoff- und einer kommunalen Restabfallsammlung ist ein fiktives Szenario, das so weder in der Entsorgungspraxis noch im geltenden oder künfti-

gen Abfallrecht eine Grundlage findet. Die juristischen Auseinandersetzungen wurden stets zwischen gewerblichen Sammlern und öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern geführt, die ebenfalls über ein Getrennterfassungssystem für die gewerblich erfassten Mengen verfügten (im Regelfall Altpapier). Da die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger de lege ferenda explizit zur Wertstofftrennung verpflichtet sind, werden gewerbliche Sammler auch stets mit diesen Getrennterfassungssystemen im Konflikt stehen, nicht jedoch mit der Restmüllentsorgung. Auf eine potentielle Schädigung der kommunalen Restmüllfassung kommt es daher nicht an.

Im Rahmen der Erforderlichkeitsprüfung und damit der Verhältnismäßigkeit ist auch zu berücksichtigen, dass mit der Umsetzung der Abfallrahmenrichtlinie der Verwertungsbegriff erheblich ausgeweitet und insbesondere die Verbrennung von Abfällen in weitem Umfang als energetische Verwertung anerkannt wird. Dies hat bereits zur Folge, dass es zu einer Zunahme von Wettbewerb in der Entsorgungswirtschaft um die Entsorgung gewerblicher Abfälle und zu Einschnitten in den kommunalen Aufgabenbestand kommen wird. Vor diesem Hintergrund erscheint es in besonderem Maße gerechtfertigt, jedenfalls die Hausmüllentsorgung umfassend den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern zuzuweisen, um die wirtschaftlichen Grundlagen der kommunalen Abfallentsorgung zu erhalten.

V. Fazit

Der Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 30.03.2011 schwächt ohne Not die kommunale Hausmüllentsorgung. Die vorgesehene Ausweitung der Möglichkeit gewerblicher Sammlungen von Wertstoffen aus privaten Haushaltungen ist europarechtlich nicht erforderlich.

Der EuGH sieht in der Hausmüllentsorgung eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, um eine flächendeckende Leistungserbringung gewährleistet zu sehen. Auch die Erfassung separierter Wertstofffraktionen ist als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse einzuordnen. Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse sind so zu gestalten, dass sie zu wirtschaftlich ausgewogenen Bedingungen erbracht werden können. Hierzu zählt zum einen die Verhinderung eines „Rosinenpickens“ durch

private Wettbewerber. Dabei ist nicht gefordert, dass die Gemeinwohlaufgabe in ihrer Gesamtheit durch den privaten Wettbewerb gefährdet wäre, sondern nach dem Europarecht reicht es aus, wenn einzelnen Leistungsbereiche nicht mehr wirtschaftlich betrieben werden könnten.

Des Weiteren ist es europarechtlich gerechtfertigt, die wirtschaftliche Ausgewogenheit der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse dadurch sicherzustellen, dass den Trägern der Dienstleistung die Möglichkeit eines Ausgleichs zwischen den rentablen und den weniger rentablen Tätigkeiten eingeräumt wird. Um im Sinne des EuGH für eine Dienstleistung der Daseinsvorsorge möglichst niedrige Kosten und sozialverträgliche Preise gewährleistet zu sehen, begegnet eine gesetzliche Gestaltung, die für den Bereich der kommunalen Hausmüllentsorgung die Wertstoff Erlöse für den Gebührenhaushalt gegen private Konkurrenz sichert, keinerlei rechtlichen Bedenken.

BMU und Bundesregierung behaupten, die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts vom 18.06.2009 (Altpapierurteil) sei mit Blick auf das Europarecht von Gesetzes wegen zu korrigieren. Sie setzen dabei eine Fehlinterpretation der Bedeutung gewerblicher Sammlungen zur Begründung von Überlassungspflichten fort, die das BMU im Zuge eines Beschwerdeverfahrens der Europäischen Kommission 2003 in die europarechtliche Debatte in Deutschland eingebracht hat.

BMU und Bundesregierung lassen infolge den verbleibenden Gestaltungsspielraum des EU-Rechts, der den Mitgliedstaaten bei der Schaffung und Absicherung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse eröffnet ist, völlig ungenutzt. Das EU-Recht und seine Organe sind sich der Bedeutung der Daseinsvorsorge als demokratische und gesellschaftliche Einrichtung neben der Vernetzung durch den Markt zunehmend bewusst geworden.

Der vorgelegte Gesetzentwurf verweigert sich dagegen den europarechtlichen Möglichkeiten, nach denen insbesondere der Verzicht auf jeglichen privatwirtschaftlichen Wettbewerb im Bereich der kommunalen Haushaltsentsorgung ohne weiteres gesetzlich vorgesehen werden kann.

B. Einleitung und Aufgabenstellung

Das bundesdeutsche Abfallrecht befindet sich derzeit im Umbruch. Die im November 2008 verkündete neue europäische Abfallrahmenrichtlinie¹ hätte bis zum 12.12.2010 in nationales Recht umgesetzt werden müssen², was jedoch nicht rechtzeitig erfolgt ist. Nunmehr wird damit gerechnet, dass der Umsetzungsprozess Ende 2011/Anfang 2012 abgeschlossen werden kann.

Bei Gelegenheit dieses Novellierungsprozesses des Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetzes (KrW-/AbfG)³ sollen auch die nationalen Regelungen über die Überlassungspflicht von Abfällen und damit über die Zuständigkeitsabgrenzung zwischen kommunaler und privater Entsorgungsverantwortung überarbeitet werden. Dies überrascht zunächst schon deshalb, weil die Abfallrahmenrichtlinie für die mitgliedstaatliche Zuweisung von Entsorgungszuständigkeiten keine Vorgaben macht. Eine Veränderung der Regelungen über die Überlassungspflichten nach § 13 KrW-/AbfG kann damit nicht mit den Umsetzungserfordernissen der Abfallrahmenrichtlinie begründet werden.

Allerdings sieht sich das Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit aufgrund des europäischen Primärrechts dazu veranlasst, auch die Überlassungspflichten gegenüber dem bisherigen Rechtszustand zu verändern. Hintergrund ist dabei insbesondere das sog. Altpapier-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 18.06.2009⁴, das für die „gewerbliche Sammlung“ von Haushaltsabfällen zur Verwertung nur ein eng umgrenztes Betätigungsbild anerkannt hat. Hier sieht das Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit die Notwendigkeit, den gewerblichen Sammlungen von Haushaltsabfällen wieder größere Handlungsspielräume zu eröffnen, da hierdurch der Warenverkehrs- und Wettbewerbsfreiheit nach dem gemeinschaftlichen Primärrecht der notwendige Raum gegeben werde.⁵

¹ Richtlinie 2008/98/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19.11.2008 über Abfälle und zur Aufhebung bestimmter Richtlinien, Abfallrahmenrichtlinie, AbfallIRRL, Amtsblatt EU-Nr. L 312, S. 3.

² S. Art. 40 Abs. 1 S. 1 AbfallIRRL.

³ Gesetz zur Förderung der Kreislaufwirtschaft und Sicherung der umweltverträglichen Beseitigung von Abfällen vom 27.09.1994, BGBl. I S. 2705, zuletzt geändert durch Art. 8 des Gesetzes zur Umsetzung der DienstleistungsRL auf dem Gebiet des Umweltrechts sowie zur Änderung umweltrechtlicher Vorschriften vom 11.08.2010 (BGBl. I S. 1163).

⁴ Az.: 7 C 16/08, NVwZ 2009, 1292 ff.

⁵ BMU, Referentenentwurf mit Stand vom 18.03.2011, S. 178; GesetzE BReg., S. 175.

Obwohl also das Bundesverwaltungsgericht in seiner Entscheidung vom 18.06.2009 die Vereinbarkeit seiner Leitsätze mit dem Europarecht ausdrücklich geprüft und bestätigt hat⁶, wird auf Seiten des federführenden Fachministeriums insoweit ein Korrekturbedarf gesehen. Vor diesem Hintergrund des derzeitigen Novellierungsverfahrens des deutschen Abfallrechts hat uns die ASA e.V. – Arbeitsgemeinschaft Stoffspezifische Abfallbehandlung – mit der Erarbeitung eines Rechtsgutachtens beauftragt, das die mitgliedstaatlichen Spielräume bei der Ausgestaltung von Überlassungspflichten für Abfälle aus privaten Haushaltungen ausleuchten soll. Zu prüfen ist hierbei die Prämisse des BMU, dass weitergehende Betätigungsspielräume für gewerbliche Abfallsammlungen erforderlich sind, um die nationalen Überlassungspflichten in ihrer Gesamtheit „europafest“ zu machen. Darüber hinaus wird untersucht, ob dem Europarecht überhaupt das Gebot entnommen werden kann, eine Ausnahmeklausel für „gewerbliche Sammlungen“ von Haushaltsabfällen zu schaffen.

Hierzu wird die zu diesem Themenkreis einschlägige und umfangreiche Rechtsprechung des europäischen Gerichtshofes intensiv ausgewertet. Schließlich werden auch die Rechtsgutachten, die zur Frage der Europarechtskonformität nationaler Überlassungspflichten vorliegen, in die Betrachtung einbezogen.⁷

Im Folgenden wird untersucht, ob der deutsche Abfallgesetzgeber bei der Novellierung des KrW-/AbfG gemeinschaftsrechtlich berechtigt wäre, von einer Ausnahmeklausel für die „gewerbliche Sammlung“ von Haushaltsabfällen abzusehen. In diesem

⁶ Siehe Rn. 37 ff. der Entscheidung, NVwZ 2009, 1292, 1295 f.

⁷ Inzwischen liegen hierzu zahlreiche Rechtsgutachten vor: Gaßner/Willand/Pippke, Vereinbarkeit einer Neuordnung der abfallrechtlichen Überlassungspflichten mit dem EG-Recht, Rechtsgutachten im Auftrag der Bundesländer Baden-Württemberg, Rheinland-Pfalz und Nordrhein-Westfalen, September 2000; Frenz, Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse nach Gemeinschaftsrecht und Folgen für die Abfallwirtschaft, Rechtsgutachten im Auftrag von VKS und VKE, Juni 2000; Schmelz/Ermacora, Rechtsgutachten zur Europarechtskonformität der vorgeschlagenen Novellierung des KrW-/AbfG, Rechtsgutachten im Auftrag der kommunalen Spitzenverbände und des VKU, August 2001; Koch/Reese, Hausmüllentsorgung zwischen kommunaler Trägerschaft und gewerblichen Sammelsystemen, Rechtsgutachten im Auftrag des VKS im VKU und der SRHV, Oktober 2008; dieselben, Hausmüllentsorgung als Aufgabe der Daseinsvorsorge – nach der Altpapier-Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 18.06.2009, Rechtsgutachten im Auftrag des VKS im VKU und der SRHV, Mai 2010; Karpenstein, Haushaltsabfälle zwischen Privatisierung und Kommunalisierung, Rechtsgutachten im Auftrag des BMU, Januar 2009; Dieckmann, Europarechtliche Spielräume und Grenzen für mitgliedstaatliche Überlassungspflichten für verwertbare Abfälle aus privaten Haushaltungen, Rechtsgutachten im Auftrag des BDE, September 2009.

Zusammenhang werden auch diejenigen gemeinschaftsrechtlichen Einwände überprüft, die dem Altpapier-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 18.06.2009 entgegengehalten werden. Denn wären diese Einwände berechtigt, so könnte auch eine vollständige Aufgabe der „gewerblichen Sammlung“ durch den Gesetzgeber nicht europarechtskonform erfolgen.

C. Die Überlassungspflicht für Haushaltsabfälle *de lege lata*

Nach § 13 Abs. 1 Satz 1 KrW-/AbfG sind abweichend von § 5 Abs. 2 und § 11 Abs. 1 Erzeuger oder Besitzer von Abfällen aus privaten Haushaltungen verpflichtet, diese den nach Landesrecht zur Entsorgung verpflichteten juristischen Personen (öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger) zu überlassen, soweit sie zu einer Verwertung nicht in der Lage sind oder diese nicht beabsichtigen.

§ 13 Abs. 3 Satz 1 KrW-/AbfG sieht verschiedene Ausnahmetatbestände von der Überlassungspflicht vor. Im hiesigen Zusammenhang entscheidend ist der Ausnahmetatbestand des § 13 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 KrW-/AbfG. Danach besteht die Überlassungspflicht nicht für Abfälle, die durch gewerbliche Sammlung einer ordnungsgemäßen und schadlosen Verwertung zugeführt werden, soweit dies den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern nachgewiesen wird und nicht überwiegende öffentliche Interessen entgegenstehen.

I. Der Ausnahmetatbestand der „gewerblichen Sammlung“

Zur Frage der konkreten Reichweite der Überlassungspflicht für Haushaltsabfälle sowie zur Reichweite der entsprechenden Ausnahmetatbestände hat es in der abfallrechtlichen Rechtsprechung und in der Literatur lange und intensive Diskussionen gegeben.⁸ Der Ausnahmetatbestand der „gewerblichen Sammlung“

⁸ Siehe aus der äußerst umfangreichen Literatur: *Thärichen*, Öffentliche Interessen im Abfallrecht, Dis 2004; *Hurst*, Optionsspielräume Privater im Kreislaufwirtschafts- und Abfallrecht, Dis 2005; *Lange*, Zur Zulässigkeit gewerblicher Sammlung und Verwertung von Altpapier, Gewerbearchiv 1996, 217; *Doose*, Die Verwertung von Haushaltsabfällen durch Dritte, Der Städtetag 1997, 234 ff.; *Zandonella/Thärichen*, Bioabfälle zwischen öffentlicher und privater Entsorgung: Zum Begriff der „überwiegenden öffentlichen Interessen“ in § 13 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 KrW-/AbfG, NVwZ 1998, 1160 ff.; *Klöck*, Die Verwertung von Hausmüll nach der KrW-/AbfG, NuR 1999, 441 ff.; *Rindtorff*, Götterdämmerung für die kommunale Hausmüllentsorgung?, DVBl. 2001, 1038 ff.; *Dörr*, Zu den gesetzlichen Grenzen gewerblicher Hausmüllverwertung, DÖV 2003, 838 ff.; *Paschlau/Rindtorff*, Verwertung von Hausmüll: Wohin führt die „gewerbliche Sammlung“?, Müll und Abfall 2004, 534 ff.; *Rindtorff/Gabriel*, Die gewerbliche Sammlung und Verwertung von Hausmüll, AbfallR 2004, 194 ff.; *Prelle/Thärichen*, Gewerbliche Abfallsammlungen zwischen öffentli-

spielte dabei zunächst keine größere Rolle. So sind bis zum Ende der 90er Jahre des letzten Jahrhunderts verwaltungsgerichtliche Entscheidungen zu § 13 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 KrW-/AbfG vereinzelt geblieben.⁹

Einen erheblichen Bedeutungszuwachs erfuhr der Ausnahmetatbestand der gewerblichen Sammlung erst mit dem massiven Anstieg der Altpapierpreise in den Jahren 2007/2008.¹⁰ Die Preissteigerungen auf den globalen Rohstoffmärkten und damit auch beim Altpapier führten dazu, dass sich die „gewerbliche Sammlung“ von Altpapier mittels „Blauer Tonnen“ als neuartiges Geschäftsmodell privater Entsorgungsunternehmen rasant ausbreitete.

Infolge des vermehrten Einsatzes von „Blauen Tonnen“ zur Altpapierentsorgung durch gewerbliche Sammler kam es zu zahlreichen Rechtsstreitigkeiten, da die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger den Entzug eingeplanter, lukrativer Altpapiermengen aus ihrer Entsorgungszuständigkeit nicht hinzunehmen gewillt waren.¹¹ Allerdings setzte sich in der verwaltungsgerichtlichen Rechtspre-

chen Interessen und unternehmerischer Freiheit, AbfallR 2004, 206 ff.; *Hurst*, Reichweite der Überlassungspflichten für Abfälle zur Verwertung aus privaten Haushaltungen, AbfallR 2004, 146 ff.; *Queitsch*, Gemeinnützige und gewerbliche Abfallsammlungen nach § 13 Abs. 3 KrW-/AbfG, UPR 2005, 88 ff.; *Klages*, Sind private Altpapiersammlungen zulässig?, AbfallR 2007, 229 ff.; *Dinger*, Voraussetzungen für die Zulässigkeit von Altpapiersammlungen durch private Abfallunternehmen, UPR 2007, 373 ff.; *Knopp/Küchenhoff*, Private Sammlung contra öffentliche Entsorgung beim Altpapier, UPR 2007, 216 ff.; *Bleicher*, Rechtliche Grenzen der gewerblichen Sammlung und der „Behälteroptimierung“, AbfallR 2007, 260 ff.; *Queitsch*, Gewerbliche Abfallsammlungen als Ausnahmetatbestand, AbfallR 2008, 78 ff.; *Gruber*, Die gewerbliche Sammlung von Altpapier mittels „Blauer Tonnen“, AbfallR 2008, 31 ff.; *Spannagel*, Kommunale Handlungsoptionen gegen gewerbliche Altpapiersammlungen vor der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts, AbfallR 2008, 232 ff.; *Kleve*, Kampf um die Abfälle aus privaten Haushaltungen, AbfallR 2008, 272 ff.; *Wenzel*, Überlassungspflichten für Verwertungsabfälle aus privaten Haushaltungen – Regel- oder Ausnahmefall?, ZUR 2008, 411 ff.; *Schmehl*, Auffang- oder Gewährleistungsverantwortung bei privat-öffentlicher Konkurrenz? Das Beispiel des „Altpapierstreits“, NVwZ 2009, 1262 ff.; *Meyer/Konrad*, Der Kampf ums Altpapier – Zur Frage der „überwiegenden öffentlichen Interessen“ und „ordnungsgemäßen und schadlosen Verwertung“ im Sinne des § 13 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 KrW-/AbfG, Bayerisches Verwaltungsblatt 2009, 73 ff.; *Hurst*, Altpapiersammlung – Endstation Bundesverwaltungsgericht, NUR 2010, 180 ff.

⁹ Vgl. VG Frankfurt, Beschluss vom 23.05.1997, NVwZ 1998, 167; VG Regensburg, Urteil vom 10.11.1997, NVwZ 1998, 431; VG Sigmaringen, Beschluss vom 26.01.1998, NVwZ 1998, 429.

¹⁰ S. auch Dolde/Vetter, AbfallR 2011, 22, 23; s. beispielhaft zur Preisentwicklung: „Der Häuserkampf ums Altpapier“, Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung vom 16.03.2008, S. 57.

¹¹ Siehe den Überblick hierzu bei Wenzel, ZuR 2008, 411 ff.

chung zunächst die Tendenz durch, „gewerbliche Sammlungen“ weitgehend zuzulassen und ein Entgegenstehen „überwiegender öffentlicher Interessen“ nur dann anzuerkennen, wenn die Funktionsfähigkeit des öffentlich-rechtlichen Entsorgungssystems gefährdet ist.¹² Erst im Juni 2009 hat das Bundesverwaltungsgericht mit seinem sog. „Altpapier-Urteil“ höchstrichterlich entschieden, in welchem Umfang sich gewerbliche Sammler betätigen dürfen.

II. Das Altpapier-Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 18.06.2009

Mit seiner Entscheidung vom 18.06.2009¹³ hat das Bundesverwaltungsgericht zwei wesentliche Hürden für die „gewerbliche Sammlung“ von Haushaltsabfällen zur Verwertung errichtet. Diese Hürden liegen einerseits in einem restriktiven Verständnis des Begriffs der „gewerblichen Sammlung“ und andererseits in einer weiten Auslegung des Rechtsbegriffs der „überwiegenden öffentlichen Interessen“.

Nach dem Bundesverwaltungsgericht schließt zunächst schon der Begriff der „gewerblichen Sammlung“ im Sinne von § 13 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 KrW-/AbfG solche Tätigkeiten aus, die nach Art eines Entsorgungsträgers auf der Grundlage vertraglicher Bindungen zwischen dem sammelnden Unternehmen und den privaten Haushalten in dauerhaften Strukturen abgewickelt werden. Dabei hat sich die im Wege einer Gesamtwürdigung vorzunehmende Abgrenzung an einem Vergleich mit dem Bild des Entsorgungsträgers zu orientieren (2. Leitsatz).

Darüber hinaus stehen überwiegende öffentliche Interessen einer „gewerblichen Sammlung“ nicht erst bei einer Existenzgefährdung des öffentlich-rechtlichen Entsorgungssystems, sondern schon dann entgegen, wenn die Sammlungstätigkeit nach ihrer konkreten Ausgestaltung mehr als nur geringfügige Auswirkungen auf die Organisation und die Planungssicherheit des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers nach sich zieht (3. Leitsatz).

¹² Siehe die Auswertung der verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen zu gewerblichen Sammlungen bei *Karpenstein*, Rechtsgutachten 2009, S. 6 ff.

¹³ BVerwG 7 C 16/08, NVwZ 2009, 1292.

In der Konsequenz der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts sind zahlreiche Verbote gewerblicher Altpapiersammlungen gerichtlich – zumeist in Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes – bestätigt worden. Ausschlaggebend war hierbei vielfach der Umstand, dass die Altpapiersammlungen mittels fester Abfallbehälter („Blaue Tonne“) und regelmäßiger Entleerungstouren auf – zumindest konkludenter – vertraglicher Grundlage erfolgten.

Da solche Sammlungen nach den Grundsätzen des Bundesverwaltungsgerichts nicht mehr als „gewerbliche Sammlung“ i.S.v. § 13 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 KrW-/AbfG gewertet werden können, konnten sich die beteiligten privaten Entsorgungsunternehmen schon dem Grunde nach nicht auf diese Ausnahmeklausel von der Überlassungspflicht für Haushaltsabfälle berufen.¹⁴

Nach der Rechtsprechung könne eine „gewerbliche Sammlung“ z.B. dann noch in Betracht kommen, wenn nur 10 bis 15 % des gesamten Altpapieraufkommens im Gebiet eines öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers gewerblich erfasst werden, da diese geringe Quote gegen eine Tätigkeit nach Art des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers spreche.¹⁵

Nach dem Urteil des Obergerichtes Schleswig-Holstein vom 07.12.2010¹⁶ könne eine „gewerbliche Sammlung“ z.B. noch in Gestalt grundstücksferner Straßenbündelsammlungen oder durch Altpapiersammelcontainer an zentralen Orten und auf Parkplätzen von Supermärkten durchgeführt werden. Grundstücksferne Sammelformen könnten danach noch dem Sammlungsbegriff des § 13 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 KrW-/AbfG zugeordnet werden, da ihr Erscheinungsbild sich wesentlich von der gegenüber privaten Haushalten angebotenen öffentlich-rechtlichen Entsorgungsleistung über Sammelbehältnisse unmittelbar am Grundstück unterscheide.¹⁷

¹⁴ Vgl. OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 21.12.2009, Az.: OVG 11 S 50.08; VG Oldenburg, Beschl. v. 09.02.2010, Az.: 5 B 3188/09; VG München, Beschl. v. 22.02.2010, Az.: M 17 S 10.141; VG Hannover, Urt. v. 19.08.2010, Az.: 12 A 1672/10; VG Hamburg, Beschl. v. 10.09.2010, Az.: 4 E 2180/10; VG Dresden, Beschl. v. 16.12.2010, Az.: 3 L 422/10.

¹⁵ OVG Niedersachsen, Beschl. v. 26.05.2010, Az.: 7 ME 20/10; Rötisch, hierzu Queitsch, AbfallR 2011, 30, 33.

¹⁶ Az.: 4 LB 8/09.

¹⁷ OVG Schleswig-Holstein, Urt. v. 07.12.2010, Az.: 4 LB 8/09, S. 27 des Urteilsabdrucks.

Damit kann die geltende Rechtslage in ihrer Konkretisierung durch das Bundesverwaltungsgericht so zusammengefasst werden, dass „gewerbliche Sammlungen“ nur insoweit zulässig sein können, als sie Haushaltsabfälle zur Verwertung gelegentlich und unstrukturiert erfassen, also insbesondere eine regelmäßige Abholung bei den einzelnen Hausgrundstücken unterbleibt. Strukturierte und dauerhafte Sammlungen mittels fester Abfallbehälter sind regelmäßig unzulässig, so dass für solche Sammlungen nicht mehr einzelfallbezogen geprüft werden muss, ob sie mehr als nur geringfügige Auswirkungen auf Organisation und Planungssicherheit des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers nach sich ziehen.

Dabei wäre es eine unzulässige Verkürzung der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, in dem restriktiven Sammlungs begriff lediglich ein formales Kriterium ohne materiellen Gehalt zu erblicken. So sei namentlich nach *Dieckmann* die Form der Sammlung kein Kriterium, das das Maß der Beeinträchtigung der öffentlichen Aufgabenerfüllung erfassen könne.¹⁸

Der restriktive Sammlungs begriff des Bundesverwaltungsgerichts ist vielmehr Ausdruck der materiellen Wertung des Gesetzgebers, über die Ausnahmevorschrift des § 13 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 KrW-/AbfG kein Einfallstor zur Etablierung paralleler privater Entsorgungs- und Verwertungsstrukturen beim Hausmüll schaffen zu wollen.¹⁹ Der Sammlungs begriff in § 13 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 KrW-/AbfG ist damit von vornherein auf Tätigkeitsformen gemünzt, die mit der öffentlich-rechtlichen Hausmüllentsorgung vereinbar sind.²⁰ Zwischen dem Sammlungs begriff und der Abwägungsklausel in § 13 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 KrW-/AbfG besteht somit ein innerer Zusammenhang, bei dem bereits auf der Ebene des Sammlungs begriffs solche gewerblichen Tätigkeiten ausgeklammert werden, die aufgrund ihres Charakters als privater Parallelstruktur zur kommunalen Hausmüllentsorgung schon dem Grunde nach mit dem öffentlichen Interesse an einer funktionsfähigen kommunalen Hausmüllentsorgung unvereinbar sind. Insoweit kommt nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts der Prüfung eines Entgegenstehens überwiegender öffentlicher Interessen die Funktion ei-

¹⁸ *Dieckmann*, AbfallR 2010, 301, 306.

¹⁹ *BVerwG*, Urteil v. 18.06.2009, Az.: 7 C 16/08, Rn. 32 der Gründe.

²⁰ So zutreffend *Schmehl*, NVwZ 2009, 1262, 1264.

ner Feinsteuerung des Konflikts zwischen kommunaler Hausmüllentsorgung und gewerblichen Erfassungstätigkeiten zu.

D. Der Referentenentwurf des BMU eines Gesetzes zur Neuordnung des Kreislaufwirtschafts- und Abfallrechts

Nachdem das Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit am 23.02.2010 zunächst einen Arbeitsentwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des Kreislaufwirtschafts- und Abfallrechts vorgelegt hatte, folgte am 06.08.2010 ein erster Referentenentwurf und am 02.11.2010 ein weiterer Referentenentwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des Kreislaufwirtschafts- und Abfallrechts. Zwischenzeitlich legte das BMU den Entwurf vom 18.03.2011 vor, der gegenüber der Fassung vom 02.11.2010 weitergehende Einschnitte in den kommunalen Zuständigkeitsbereich beinhaltet. Nunmehr gibt es den Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 30.03.2011.

Die BMU-Entwürfe sind bereits Gegenstand intensiver Diskussionen im abfallrechtlichen Schrifttum.²¹ Hinsichtlich der hier interessierenden Überlassungspflichten nimmt das BMU eine Abkehr von den Grundsätzen der Altpapierentscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 18.06.2009 vor.²²

I. Ausweitung des Sammlungsbegriffs

Von zentraler Bedeutung ist zunächst, dass nach der Regelungskonzeption des BMU dem Sammlungs begriff keine einschränkende Bedeutung mehr zukommen soll. Vielmehr wird der Begriff der „gewerblichen Sammlung“ in § 3 Abs. 18 Referentenentwurf nunmehr wie folgt definiert:

„Eine gewerbliche Sammlung von Abfällen im Sinne dieses Gesetzes ist eine Sammlung, die zum Zweck der Einnahmeerzielung erfolgt. Die Durchführung der Sammeltätigkeit auf der Grundlage vertraglicher Bindungen zwischen dem Sammler und der privaten Haushaltung in dauerhaften Strukturen steht einer gewerblichen Sammlung nicht entgegen.“²³

²¹ Vgl. nur Dieckmann, AbfallR 2010, 64 ff. und 301 ff.; Beckmann, AbfallR 2010, 54 ff.; Kopp/Piroch, UPR 2010, 438 ff.; Leinius/Wiemken, AbfallR 2011, 15 ff.; Dolde/Vetter, AbfallR 2011, 22 ff.; Queitsch, AbfallR 2011, 30 ff.

²² S. auch Dolde/Vetter, AbfallR 2011, 22, 24 ff.

²³ BMU, Referentenentwurf mit Stand vom 18.03.2011, S. 14; GesetzE BReg., S. 11.

Verständlich wird diese Definition erst, wenn man sie mit der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 18.06.2009 kontrastiert²⁴. Denn das Bundesverwaltungsgericht hatte ja gerade solche Sammlungen aus dem Begriff der „gewerblichen Sammlung“ i.S.v. § 13 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 KrW-/AbfG ausgeschlossen, die auf der Grundlage vertraglicher Bindungen zwischen den sammelnden Unternehmen und den privaten Haushaltungen in dauerhaften Strukturen abgewickelt werden. Diese Einschränkung des Sammlungsbegriffs durch das Bundesverwaltungsgericht soll also nunmehr durch den Gesetzgeber „korrigiert“ werden.²⁵

Das BMU begründet diese „Korrektur“ damit, dass andernfalls die kommunalen Überlassungspflichtigen europarechtlichen Risiken ausgesetzt seien²⁶. Insoweit käme der „gewerblichen Sammlung“ eine „EU-rechtliche Funktion“ zu.²⁷ Durch die gesetzlich eingeräumte Möglichkeit gewerblicher Sammlungen werde im Bereich der Hausmüllentsorgung der Warenverkehrs- und Wettbewerbsfreiheit der notwendige Raum gegeben. Der Begriff der „gewerblichen Sammlung“ sei vor diesem Hintergrund EU-rechtskonform auszulegen.

Die Größe, der Organisationsgrad und die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Sammlung sowie deren Intensität oder Marktverhalten gegenüber dem Bürger spielten für die Definition daher keine Rolle. Derartige Aspekte könnten allerdings im Zusammenhang mit der behördlichen Prüfung, ob einer gewerblichen Sammlung auf Grund ihrer Auswirkungen auf bestehende Entsorgungsstrukturen überwiegende öffentliche Interessen entgegenstehen, relevant sein (vgl. dazu § 17 Abs. 3).²⁸

²⁴ Vgl. Leinius/Wiemken, AbfallR 2011, 15, 18; OVG Hamburg, Beschl. v. 18.02.2011, Az.: 5 Bs 196/10, S. 10 der Gründe.

²⁵ Queitsch, AbfallR 2011, 30, 33, spricht davon, durch die Definition in § 3 Abs. 18 RefE werde das Urteil des BVerwG „komplett ausgehebelt“.

²⁶ Trotz befürchteter Nachteile für die Vollzugspraxis zustimmend Dolde/Vetter, AbfallR 2011, 22, 25.

²⁷ BMU, Referentenentwurf mit Stand vom 18.03.2011, S. 178; GesetzE BReg., S. 175.

²⁸ BMU, Referentenentwurf mit Stand vom 18.03.2011, S. 179; GesetzE BReg., S. 175 f.

II. Legaldefinition „Überwiegender öffentlicher Interessen“

Neben der Ausweitung des Sammlungsbegriffs beinhaltet die Regelungskonzeption des BMU eine Legaldefinition der „überwiegenden öffentlichen Interessen“. In § 17 als zukünftige Regelung für die Überlassungspflichten soll danach folgender Abs. 3 aufgenommen werden:

„Überwiegende öffentliche Interessen nach Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 stehen einer gewerblichen Sammlung [insbesondere dann] entgegen, wenn die Sammlung in ihrer konkreten Ausgestaltung die Funktionsfähigkeit des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers, des von diesem beauftragten Dritten oder des auf Grund einer Rechtsverordnung nach § 25 eingerichteten Rücknahmesystems [beeinträchtigt] gefährdet.

Eine [Beeinträchtigung] Gefährdung der Funktionsfähigkeit des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers oder des von diesem beauftragten Dritten ist anzunehmen, wenn die Erfüllung der nach § 20 bestehenden Entsorgungspflichten zu wirtschaftlich ausgewogenen Bedingungen verhindert wird; Auswirkungen der gewerblichen Sammlung auf die Planungssicherheit und die Organisation der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger sind [besonders] zu berücksichtigen.

Satz 2 gilt nicht, wenn der öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger [offensichtlich] nicht in der Lage ist, die von der gewerblichen Sammlung angebotenen Sammel- und Verwertungsleistungen in gleicher Qualität, Effizienz und Dauer selbst oder unter Beauftragung Dritter zu erbringen.²⁹

Darüber hinaus werden auch die formellen Anforderungen an „gewerbliche Sammlungen“ präzisiert. § 18 Referentenentwurf sieht insoweit vor, dass eine gemeinnützige oder gewerbliche Sammlung spätestens einen Monat vor ihrer beabsichtigten Aufnahme durch ihren Träger der für die Abfallwirtschaft zu-

²⁹ In der Fassung vom 18.03.2011 bzw. der Gesetzentwurfsfassung vom 30.03.2011 sind die in Klammern gesetzten Worte gegenüber der Fassung vom 02.11.2010 gestrichen und die „Beeinträchtigung“ durch „Gefährdung“ ersetzt worden.

ständigen obersten Landesbehörde oder der von ihr bestimmten Behörde anzuzeigen ist (§ 18 Abs. 1 Satz 1 Referentenentwurf). Dabei darf jedoch die von der obersten Landesbehörde bestimmte Behörde oder ihr Träger nicht mit den Aufgaben eines öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers nach § 20 Abs. 1 betraut sein (§ 18 Abs. 1 Satz 2 Referentenentwurf).

Nach § 18 Abs. 2 Referentenentwurf sind der Anzeige einer gewerblichen Sammlung beizufügen:

1. Angaben über die Größe und Organisation des Sammlungsunternehmens,
2. Angaben über Art, Ausmaß und Dauer, insbesondere Mindestdauer der Sammlung,
3. Angaben über Art, Menge und Verbleib der zu verwertenden Abfälle,
4. eine Darlegung der innerhalb des angezeigten Zeitraums vorgesehenen Verwertungswege einschließlich der erforderlichen Maßnahmen zur Sicherstellung ihrer Kapazitäten sowie
5. eine Darlegung, wie die ordnungsgemäße und schadlose Verwertung der gesammelten Abfälle im Rahmen der Verwertungswege nach Nr. 4 gewährleistet wird.

§ 18 Abs. 4 Referentenentwurf sieht weiter vor, dass die zuständige Behörde die angezeigte Sammlung von Bedingungen abhängig machen, sie zeitlich befristet oder Auflagen für sie vorsehen kann, soweit dies erforderlich ist, um die Erfüllung der Voraussetzungen nach § 17 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 oder Nr. 4 Referentenentwurf sicherzustellen. Die zuständige Behörde hat darüber hinaus die Durchführung der angezeigten Sammlung zu untersagen, wenn Tatsachen bekannt sind, aus denen sich Bedenken gegen die Zuverlässigkeit des Anzeigepflichtigen oder der für die Leitung und Beaufsichtigung der Sammlung verantwortlichen Personen ergeben oder die Einhaltung der in § 17 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 oder Nr. 4 Referentenentwurf genannten Voraussetzungen anders nicht zu gewährleisten ist.

Schließlich kann nach § 18 Abs. 5 Referentenentwurf die zuständige Behörde bestimmen, dass eine gewerbliche Sammlung für einen Zeitraum von mindestens einem Jahr durchgeführt wird. Wird die gewerbliche Sammlung dabei vor Ablauf des nach Satz 1 bestimmten Mindestzeitraums eingestellt oder innerhalb dieses Zeitraums in ihrer Art und ihrem Ausmaß in Abweichung von den von der

Behörde nach Abs. 4 Satz 1 festgelegten Bedingungen oder Auflagen wesentlich eingeschränkt, ist der Träger der gewerblichen Sammlung dem betroffenen öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger gegenüber zum Ersatz der Mehraufwendungen verpflichtet, die für die Sammlung und Verwertung der bislang von der gewerblichen Sammlung erfassten Abfälle erforderlich sind. Zur Absicherung des Ersatzanspruchs kann die zuständige Behörde dem Träger der gewerblichen Sammlung eine Sicherheitsleistung auferlegen.

Die gegenüber der geltenden Rechtslage gesteigerten formellen Anforderungen bei der Anzeige einer gewerblichen Sammlung stehen mit der Legaldefinition der überwiegenden öffentlichen Interessen in einem systematischen Zusammenhang. Denn die Informationen, die nach § 18 Abs. 2 Referentenentwurf der Anzeige einer gewerblichen Sammlung beizufügen sind, sollen der zuständigen Behörde gerade die Prüfung ermöglichen, ob die Funktionsfähigkeit des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers durch die gewerbliche Sammlung gefährdet werden kann. Dies gilt jedenfalls für die Nummern 1 und 2 in § 18 Abs. 2 Referentenentwurf, während die Nummern 3 bis 5 insbesondere die Prüfung ermöglichen sollen, ob die durch die gewerbliche Sammlung erfassten Haushaltsabfälle einer ordnungsgemäßen und schadlosen Verwertung zugeführt werden.

III. Wesentliche Verschärfungen der Entwurfsfassung vom 18.03.2011 gegenüber der Entwurfsfassung vom 02.11.2010 zu Lasten der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger

Während der Sammlungsbegriff nach § 3 Abs. 18 in der Entwurfsfassung vom 18.03.2011 gegenüber der Entwurfsfassung vom 02.11.2010 unverändert geblieben ist, hat es bei der Legaldefinition der überwiegenden öffentlichen Interessen in § 17 Abs. 3 wesentliche Verschärfungen zu Lasten der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger gegeben, die im Zusammenhang mit entsprechenden Veränderungen des Begründungstextes den Betätigungsspielraum gewerblicher Sammler weiter ausweiten. Hierauf wird nachfolgend eingegangen, um eine umfassende Einschätzung der Auswirkungen des aktuellen Entwurfs auf die bestehenden kommunalen Entsorgungsstrukturen zu ermöglichen.

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass mit der Fassung vom 18.03.2011 nunmehr in § 17 Abs. 2 Satz 2 geregelt wird, dass sich gemeinnützige oder gewerbliche

Sammlungen nicht auf „gemischte Abfälle“ aus privaten Haushaltungen beziehen dürfen. Dies erscheint zunächst als eine Stärkung der Rechtsposition der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger, da die Formulierung so verstanden werden könnte, dass sich gewerbliche Sammlungen nur auf separierte Reinfractionen beziehen dürfen.

Allerdings enthält die Begründung zu dieser Regelung in § 17 Abs. 2 Satz 2 Referentenentwurf äußerst missverständliche Formulierungen, die die Gefahr in sich bergen, dass der Zuständigkeitsbereich der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger für Haushaltsabfälle weiter eingeschnürt wird. Hier heißt es wörtlich:

„Ausgenommen sind nunmehr auch gemischte Abfälle aus privaten Haushaltungen. Hintergrund ist Art. 16 Abs. 1 Abfallrahmenrichtlinie, der nicht nur für Abfälle zur Beseitigung, sondern auch für „gemischte Siedlungsabfälle (Abfallschlüssel 20 03 01), die von privaten Haushaltungen eingesammelt werden [...]“, das Prinzip der Entsorgungsausartikie und -nähe statuiert. Die Entsorgung dieser Abfälle zählt zum Kernbereich der kommunalen Entsorgungspflichten im Rahmen der Daseinsvorsorge. Dieser Entsorgungsbereich steht gewerblichen und gemeinnützigen Sammlungen nicht offen.

Auf – auch unter Verwendung einer einheitlichen Wertstofftonne – getrennt gesammelte Abfälle ist die Regelung nicht anwendbar.“³⁰

Diese Sätze der Entwurfsbegründung sind offensichtlich so zu verstehen, dass auch eine einheitliche Wertstofftonne – obwohl hiermit regelmäßig ein Abfallgemisch erfasst wird – in der Form einer gewerblichen Sammlung außerhalb des kommunalen Verantwortungsbereichs eingeführt werden kann. Durch diese nach dem Referentenentwurf mögliche Option einer Wertstofftonne in Gestalt einer gewerblichen Sammlung erhält der Konflikt um die Systemführerschaft für die Wertstofftonne eine neue Dimension, da neben den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern und den Dualen Systembetreibern nach der Verpackungsverordnung nunmehr auch gewerbliche Sammelunternehmen als Träger einer Wertstofftonne in Betracht kommen können. Insoweit wird die

³⁰ BMU, Referentenentwurf mit Stand vom 18.03.2011, S. 207; GesetzE BReg., S. 206 (dort heißt es: „Angenommen sind damit nunmehr auch gemischte Abfälle aus privaten Haushaltungen (...).“).

Diskussion um die Einführung einer einheitlichen Wertstofftonne mit einem erheblichen Konfliktpotential belastet, das in seinen verschiedenen Auswirkungen und Rechtsfragen jedoch nicht Gegenstand des Gutachtens ist.

Auch die Veränderungen, die mit der Fassung vom 18.03.2011 in § 17 Abs. 3 vorgenommen wurden, schränken die Rechtsposition der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger weiter ein. So wurden zunächst in Satz 1 die Worte „insbesondere dann“ gestrichen. Dies hat zur Folge, dass überwiegende öffentliche Interessen nur noch bei einer Gefährdung der Funktionsfähigkeit des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers, eines beauftragten Dritten oder eines Rücknahmesystems für Produktabfälle entgegenstehen können. Sonstige öffentliche Interessen jenseits der „Funktionsfähigkeit“ eines Entsorgungssystems sollen demnach nicht mehr berücksichtigungsfähig sein.

Von Bedeutung ist in diesem Zusammenhang auch die Veränderung der Entwurfsbegründung. Hier hieß es in der Fassung vom 02.11.2010 noch, dass öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger, Drittbeauftragte oder Rücknahmesysteme zwar geringere Beeinträchtigungen hinzunehmen hätten, ihre Funktionsfähigkeit jedoch nicht beeinträchtigt werden dürfe.³¹ Mit der Fassung vom 18.03.2011 wurde nunmehr das Wort „geringere“ gestrichen,³² so dass insbesondere die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger nunmehr auch Beeinträchtigungen durch gewerbliche Sammlungen hinzunehmen haben. Zudem ist die ursprüngliche Einschränkung gewerblicher Sammlungen, dass die Funktionsfähigkeit nicht beeinträchtigt werden dürfe, nunmehr durch die Formulierung ersetzt worden, dass die Funktionsfähigkeit jedoch gewahrt bleiben müsse. Auch hierdurch wird der Abwägungsmaßstab zugunsten gewerblicher Sammler verschoben.

Von Bedeutung ist weiterhin, dass es nach der ursprünglichen Fassung von § 17 Abs. 3 auf eine Beeinträchtigung des Entsorgungssystems des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers bzw. eines Rücknahmesystems für Produktabfälle ankam, während nunmehr die Funktionsfähigkeit „gefährdet“ sein muss. Dieses Erfordernis einer Gefährdung der Funktionsfähigkeit muss im Zusammenhang mit wesentlichen Streichungen im Begründungstext gesehen werden. Hier sah

³¹ BMU, Referentenentwurf mit Stand vom 02.11.2010, S. 209.

³² BMU, Referentenentwurf mit Stand vom 18.03.2011, S. 208; GesetzE BReg., S. 206.

die ursprüngliche Entwurfsfassung vom 02.11.2010 vor, dass der konkrete Aufgabenbereich, der in seiner Funktionsfähigkeit geschützt wird, vom öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger durch Satzung selbst präzisiert werden könne. Die Funktionsfähigkeit sei danach nicht erst dann berührt, wenn die Existenz des Trägers gefährdet sei oder die Erfüllung der Aufgabe durch die Sammlung vereitelt werde. Es reiche vielmehr aus, wenn die Aufgabe nicht mehr zu wirtschaftlich ausgewogenen Bedingungen erfüllt werden könne.³³

Mit dem Entwurf vom 18.03.2011 wurden im Begründungstext nunmehr die Bezugnahmen auf konkrete Aufgabenbereiche der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger gestrichen. Maßstab für die Funktionsfähigkeit ist danach nur noch die Erfüllung der gesetzlichen Verpflichtung des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers oder des einbezogenen Drittbeauftragten zur umweltverträglichen Verwertung und ggf. Beseitigung *aller überlassenen oder im Entsorgungsgebiet anfallenden Haushaltsabfälle* (Hervorh. durch die Verfasser).

Damit wird der langjährige Streit, ob bei der Prüfung des Entgegenstehens überwiegender öffentlicher Interessen auf die Funktionsfähigkeit des konkret betroffenen Wertstofffassungssystems des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers oder auf die Hausmüllentsorgung in ihrer Gesamtheit abzustellen ist, vom BMU offensichtlich zu Gunsten der 2. Alternative entschieden. Nach der Regelungskonzeption des BMU müsste also bei der Prüfung der Zulässigkeit einer gewerblichen Altpapiersammlung danach gefragt werden, ob hierdurch die öffentlich-rechtliche Hausmüllentsorgung in ihrer Gesamtheit nicht mehr wirtschaftlich betrieben werden kann.

In der Rechtspraxis konnte ein solcher Nachweis von den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern bislang nie geführt werden und es erscheint denklogisch auch ausgeschlossen, dass die gewerbliche Sammlung einer einzelnen Wertstofffraktion die Funktionsfähigkeit der kommunalen Hausmüllentsorgung in Gänze gefährden könnte. Ob diese Maßstabsbildung als europarechtskonform angesehen werden kann, wird im Rahmen dieses Gutachten zu untersuchen sein.

³³ BMU, Referentenentwurf mit Stand vom 02.11.2010, S. 209.

Auch weitere redaktionelle Veränderungen des Entwurfstextes in der Fassung vom 18.03.2011 gegenüber der Fassung vom 02.11.2010 können erhebliche Auswirkungen auf die im Einzelfall zu treffende Abwägungsentscheidung haben. So heißt es in § 17 Abs. 3 Satz 2 2. Halbs. nunmehr lediglich noch, dass Auswirkungen der gewerblichen Sammlung auf die Planungssicherheit und die Organisation des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers zu berücksichtigen sind. In der Fassung vom 02.11.2010 waren diese Auswirkungen noch *besonders* zu berücksichtigen.

Schließlich hat eine Verschiebung des Abwägungsmaßstabs dadurch stattgefunden, dass nach § 17 Abs. 3 Satz 3 der Satz 2 nunmehr dann nicht gelten soll, wenn der öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger nicht in der Lage ist, die von der gewerblichen Sammlung angebotenen Sammel- und Verwertungsleistungen in gleicher Qualität, Effizienz und Dauer selbst oder unter Beauftragung Dritter zu erbringen. Der Referentenentwurf vom 02.11.2010 hatte insoweit noch verlangt, dass der öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger *offensichtlich* nicht in der Lage sein müsse, gleichwertige Sammel- und Verwertungsleistungen anzubieten. Durch die Streichung des Wortes „offensichtlich“ wird im Ergebnis die Darlegungslast des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers im Rahmen des vorzunehmenden „Leistungsvergleichs“ erhöht.

Neu ist nach der Begründung des Entwurfs vom 18.03.2011, dass es bei dem Vergleich zwischen den Entsorgungsleistungen des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers und denen der gewerblichen Sammlung nunmehr auch auf die „Kosteneffizienz“ ankommen soll. Dies könnte so verstanden werden, dass beispielsweise geringe Personalkosten eines gewerblichen Sammlers dessen Rechtsposition im Rahmen der Abwägungsentscheidung verbessern können. Denn bezogen auf die Erbringung bestimmter Sammel- oder Verwertungsleistungen erhöhen niedrigere Personalkosten zweifelsfrei auch die „Kosteneffizienz“.

Abschließend ist darauf hinzuweisen, dass mit der Entwurfsfassung vom 18.03.2011 ein neuer Abs. 6 in § 18 eingefügt werden soll, der folgenden Wortlaut hat:

„Soweit eine gewerbliche Sammlung, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Gesetzes bereits durchgeführt wurde, die Funktions-

fähigkeit des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers, des von diesem beauftragten Dritten oder des auf Grund einer Rechtsverordnung nach § 25 eingerichteten Rücknahmesystems bislang nicht gefährdet hat, ist bei Anordnungen nach Abs. 4 oder 5 der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, insbesondere ein schutzwürdiges Vertrauen des Trägers der Sammlung auf ihre weitere Durchführung, zu beachten.³⁴

Hierdurch wird in gewisser Weise ein Bestandsschutz bestehender gewerblicher Sammlungen erreicht, gegenüber denen bislang keine Untersagungsverfügungen nach geltender Rechtslage ergangen sind. Diese Bestandsschutzklausel überrascht deshalb, weil mit dem Referentenentwurf das Recht zur Durchführung gewerblicher Sammlungen gegenüber der geltenden Rechtslage ja nicht eingeschränkt, sondern ausgeweitet wird. Ein schutzwürdiges Vertrauen des Trägers einer gewerblichen Sammlung auf ihre weitere Durchführung kann es nach dem bestehenden Recht ja nur für solche Sammlungen geben, die unter den – engen – Sammlungsbegriff des Bundesverwaltungsgerichts fallen. Solche gelegentlichen, unstrukturierten Sammlungen, die sich nicht als Parallelstruktur zur kommunalen Hausmüllentsorgung darstellen, können regelmäßig schon nicht Gegenstand einer Anordnung nach § 18 Abs. 4 oder Abs. 5 des Referentenentwurfs werden. Insbesondere ist die Anordnung einer Mindestdauer für eine gelegentliche, unstrukturierte Sammlung, wie sie nach geltendem Recht allein zulässig ist, regelmäßig fernliegend. Der Sinn der Bestandsschutzklausel nach § 18 Abs. 6 Referentenentwurf bleibt daher im Dunkeln.

IV. Vorläufige Bewertung der Regelungskonzeption des Referentenentwurfs für Überlassungspflichten für Haushaltsabfälle

Bevor auf die europarechtliche Tragfähigkeit der Argumentation des BMU eingegangen wird, sind an dieser Stelle ein paar allgemeine Bemerkungen zu den vorgelegten Entwurfsfassungen festzuhalten.

Zunächst ist zu konstatieren, dass die Regelungskonzeption des BMU der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts diametral entgegengesetzt ist: Das Bundesverwaltungsgericht hat in seinem Altpapier-Urteil vom 18.06.2009 den

³⁴ BMU, Referentenentwurf Stand v. 18.03.2011, S. 31 f.; GesetzE BReg., S. 28 f.

Schutz der kommunalen Hausmüllentsorgung dadurch hergestellt, dass es die „gewerbliche Sammlung“ auf gelegentliche und unstrukturierte Tätigkeitsformen reduziert, mit anderen Worten den Sammlungsbegriff entformalisiert hat. Nach der Argumentationslinie des Bundesverwaltungsgerichts muss die „gewerbliche Sammlung“ gerade in Abgrenzung zur formalisierten, strukturierten Entsorgungstätigkeit der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger definiert werden.

Das BMU geht nun den genau entgegengesetzten Weg: Die „gewerbliche Sammlung“ wird nicht von der öffentlich-rechtlichen Entsorgungstätigkeit abgegrenzt, sondern dieser vielmehr strukturell angenähert. Während für das Bundesverwaltungsgericht ein steigendes Maß an Formalisierung und Strukturierung für die *Unzulässigkeit* einer „gewerblichen Sammlung“ spricht, sprechen für das BMU diese Kriterien gerade für die *Zulässigkeit* der Sammlung. Denn nach der Begründung des Referentenentwurfs soll es für das BMU ja gerade darauf ankommen, ob die gewerbliche Sammlung dauerhaft und nachhaltig betrieben wird sowie ob sie eine höhere Qualität und Effizienz als die kommunale Entsorgung aufweist. Gerade das Kriterium „Dauerhaftigkeit“ spricht für das Bundesverwaltungsgericht gegen den Sammlungscharakter.

Mit der Regelungskonzeption des BMU bekommt somit die „gewerbliche Sammlung“ einen neuen Charakter, da sie gerade *a/s* privates Parallelsystem zur Entsorgungstätigkeit des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers mit dieser koordiniert werden soll. Die „gewerbliche Sammlung“ wird somit zu einem eigenständigen Privatisierungsmodell der Hausmüllentsorgung aufgewertet, das gleichrangig neben die Erfüllungsprivatisierung nach § 16 Abs. 1 KrW-/AbfG in Gestalt der kommunalen Drittbeauftragung tritt. Volkswirtschaftlich betrachtet begegnen sich nach den Vorstellungen des BMU künftig der „Wettbewerb im Markt“ und der „Wettbewerb um den Markt“ der Hausmüllentsorgung auf der gleichen Wertungsebene. Dass das Liberalisierungsmodell eines „Wettbewerbs im Markt“ der Hausmüllentsorgung zwingendes Ergebnis des europäischen Vertragsrechts ist, ist die zentrale Hypothese des BMU, die nachfolgend kritisch untersucht wird.

V. Der europarechtliche Begründungszusammenhang

Die vorgeschlagene Legaldefinition der „überwiegenden öffentlichen Interessen“ in § 17 Abs. 3 Referentenentwurf wird vom BMU ebenso wie die Aufgabe des restriktiven Sammlungsbegriffs des BVerwG maßgeblich mit europarechtlichen Argumenten begründet. Überlassungspflichten seien danach, insbesondere bei grenzüberschreitenden Sachverhalten, EU-rechtlich rechtfertigungsbedürftig.³⁵ Zwar gebe es für gemischte Siedlungsabfälle aus privaten Haushaltungen eine Rechtfertigung durch Art. 16 Abs. 1 Abfallrahmenrichtlinie sowie durch Art. 3 Abs. 5 der Abfallverbringungsverordnung. Da in diese Regelungen über Entsorgungsnähe und Entsorgungsautarkie jedoch getrennt gesammelte Abfälle zur Verwertung aus privaten Haushaltungen nicht eingeschlossen seien, müsse hier die europarechtliche Rechtfertigung über Art. 106 Abs. 2 AEUV hergestellt werden.³⁶

Zwar ist nach Auffassung des BMU die Abholung und Behandlung von Haushaltsabfällen eine Dienstleistung im allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, deren wirtschaftlich tragfähige Erfüllung durch eine kongruente Überlassungspflicht abgesichert werden müsse. Die Einräumung exklusiver Rechte stehe jedoch unter dem Vorbehalt der „Erforderlichkeit“, dürfe also nicht angewandt werden, wenn es ein milderes Mittel zur Absicherung der Funktionstüchtigkeit der kommunalen Entsorgung gebe. Daher komme dem Ausnahmetatbestand der „gewerblichen Sammlung“ eine wichtige Funktion zu.³⁷

Eine wesentliche Einschränkung des Schutzes der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsstrukturen nimmt das BMU dadurch vor, dass die Erfüllung der öffentlich-rechtlichen Entsorgungspflichten zu wirtschaftlich ausgewogenen Bedingungen dann nicht mehr geschützt ist, wenn der öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger nicht in der Lage ist, die von der gewerblichen Sammlung angebotenen Sammel- und Verwertungsleistungen in gleicher Qualität, Effizienz und Dauer selbst oder unter Beauftragung Dritter zu erbringen (siehe § 17 Abs. 3 Satz 3 Referentenentwurf)³⁸.

³⁵ BMU, Referentenentwurf mit Stand vom 18.03.2010, S. 204; GesetzE BReg., S. 201.

³⁶ BMU, Referentenentwurf mit Stand vom 18.03.2010, S. 204; GesetzE BReg., S. 202.

³⁷ BMU, Referentenentwurf mit Stand vom 18.03.2010, S. 205; GesetzE BReg., S. 202.

³⁸ Kritisch hierzu Leinius/Wiemken, AbfallR 2011, 15, 19; Dolde/Vetter, AbfallR 2011, 22, 26.

Auch diese Einschränkung des Schutzes öffentlich-rechtlicher Entsorgungsstrukturen begründet das BMU mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes zu Art. 106 Abs. 2 AEUV. Eine schützenswerte Gefährdung des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers – so heißt es auch in der Begründung – könne danach nicht angenommen werden, wenn dieser nicht in der Lage sei, die von der gewerblichen Sammlung angebotenen Sammel- und Verwertungsleistungen in gleicher Qualität, Effizienz und Dauer zu erbringen.³⁹

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass dem Referentenentwurf des BMU die Rechtsauffassung zu Grunde liegt, der Fortbestand der kommunalen Überlassungspflichten im deutschen Abfallrecht in ihrer Gesamtheit könne europarechtlich nur durch eine Ausweitung der Betätigungsmöglichkeiten für „gewerbliche Sammler“ gegenüber der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts abgesichert werden. Diese Prämisse des BMU wird nachfolgend einer kritischen Untersuchung unterzogen, wobei grundsätzlich die Frage gestellt wird, ob das Europarecht und namentlich die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs überhaupt eine Ausnahmeklausel für „gewerbliche Sammlungen“ von Haushaltsabfällen verlangt.

Das BMU vermittelt jedenfalls den Eindruck, der Europäische Gerichtshof habe ihm die Regelungsvorschläge zu den Überlassungspflichten sozusagen „in die Feder diktiert“. Wäre die These des BMU richtig, so wären die mitgliedstaatlichen Gestaltungsspielräume bei der Organisation der Hausmüllentsorgung erheblich eingeschränkt, da eine umfassende Entsorgungszuständigkeit öffentlich-rechtlicher Körperschaften mit Ausschließlichkeitwirkung nicht begründet werden dürfte. Vielmehr müssten auch in diesem Kernbereich kommunaler Daseinsvorsorge stets Freiräume für eine privatautonome Betätigung jenseits kommunaler Drittbeauftragung belassen werden. Ob die Rechtsprechung des EuGH eine solche Relativierung einer öffentlichen Allzuständigkeit für die Hausmüllentsorgung tatsächlich gebietet, wird nachfolgend umfassend untersucht.

³⁹ BMU, Referentenentwurf mit Stand vom 18.03.2010, S. 208 f.; GesetzE BReg., S. 207.

E. Europarechtliche Vorgaben für mitgliedstaatliche Überlassungspflichten

Es ist bereits umstritten, welche europarechtlichen Regelungskomplexe für die Beurteilung mitgliedstaatlicher Überlassungspflichten für Abfälle überhaupt maßgeblich sind. Die diesbezüglichen Unsicherheiten rühren daher, dass Überlassungspflichten sowohl als Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit, der wiederum auf die sekundärrechtlichen Prinzipien der Entsorgungsnähe und der Entsorgungsautarkie gestützt werden könnte, als auch als Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit begriffen werden können. Wird beides angenommen, so ergibt sich die Folgefrage, in welchem Verhältnis Warenverkehrs- und Wettbewerbsfreiheit sowie die jeweiligen Rechtfertigungstatbestände für entsprechende Eingriffe zueinander stehen.

In jüngerer Zeit hat sich die Auffassung weitgehend durchgesetzt, dass maßgeblicher Prüfungsmaßstab das europäische Wettbewerbsrecht und hier insbesondere Art. 106 Abs. 2 AEUV ist.⁴⁰ So hat das BVerwG in seiner Altpapierentscheidung die Heranziehung der Wettbewerbsregeln des EG-Vertrages als Prüfungsmaßstab damit begründet, dass sich die Abfallrahmenrichtlinie⁴¹ zur Frage der Überlassungspflicht für sortenreine Abfallfraktionen aus privaten Haushaltungen nicht verhalte und die EG-Abfallverbringungsverordnung⁴² nicht anwendbar sei, da die Überlassungspflicht für Abfälle nur das Stadium des Einsammelns erfasse und einer anschließenden Verbringung nicht entgegenstehe.⁴³

Auch das BMU stützt sich zur Begründung seines Regelungsvorschlags auf Art. 106 Abs. 2 AEUV, da die speziellen Schutzregelungen nach Art. 16 Abs. 1 Abfallrahmenrichtlinie und Art. 3 Abs. 5 der Abfallverbringungsverordnung nicht für getrennt gesammelte Abfälle zur Verwertung aus privaten Haushaltungen Anwendung fänden.⁴⁴ Diese Auffassung des BMU stützt sich wiederum auf das Rechtsgutachten von *Karpenstein*, der zu dem Ergebnis kommt, dass das europäische Sekundärrecht hinsicht-

⁴⁰ Siehe zur Maßgeblichkeit des primären Gemeinschaftsrechts als Prüfungsmaßstab bei der Regelung von Abfallüberlassungspflichten bereits Gaßner/Willand/Pippke, Vereinbarkeit einer Neuordnung der abfallrechtlichen Überlassungspflichten mit dem EG-Recht, Rechtsgutachten September 2000, S. 37 f.

⁴¹ Richtlinie 2008/98/EG v. 19.11.2008.

⁴² Verordnung (EG) Nr. 1013/2006 v. 14.06.2006.

⁴³ BVerwG, Urt. v. 18.06.2009, Az.: 7 C 16/08, NVwZ 1292, 1295.

⁴⁴ BMU, Referentenentwurf mit Stand vom 18.03.2010, S. 204; GesetzE BReg., S. 202.

lich des Umgangs mit sortenreinen Hausmüllfraktionen nicht als abschließende Harmonisierungsmaßnahme verstanden werden könne.⁴⁵

Im Ergebnis ist die Auffassung, dass mitgliedstaatliche Abfallüberlassungspflichten an Art. 106 Abs. 2 AEUV gemessen werden müssen, zutreffend. Die diesbezüglichen Missverständnisse rühren jedoch zu einem guten Teil daher, dass das BMU lange Zeit den Eindruck erweckt hat, die Überlassungspflichten nach § 13 Abs. 1 KrW-/AbfG könnten nur über das Nähe- und Autarkieprinzip abgesichert werden⁴⁶. Demgemäß wurden in den Neufassungen der Abfallverbringungsverordnung und der Abfallrahmenrichtlinie Nähe- und Autarkieprinzip auf gemischte Haushaltsabfälle zur Verwertung ausgeweitet, um die künftig mehrheitlich mit einem „Verwerterstatus“ versehenen Müllverbrennungsanlagen in ihren Auslastungsinteressen und vor Überlastungen zu schützen.

Vor diesem Hintergrund überrascht es jedoch durchaus, wenn das BMU nunmehr – unseres Erachtens zutreffend – hinsichtlich der europarechtlichen Bewertung von Überlassungspflichten für sortenreine Abfallfraktionen auf den primärrechtlichen Prüfungsmaßstab des Art. 106 Abs. 2 AEUV zurückgreift. Denn dies bedeutet in der Konsequenz, dass eine Ausweitung von Nähe- und Autarkieprinzip auf gemischte Siedlungsabfälle aus privaten Haushaltungen zur Verwertung im Grunde gar nicht erforderlich war, da auch hier Art. 106 Abs. 2 AEUV zur Absicherung der Überlassungspflichten hätte herangezogen werden können und auch müssen. Insofern ist mit der These, abfallrechtliche Überlassungspflichten müssten auf das Nähe- und Autarkieprinzip gestützt werden können, die Diskussion „auf das falsche Gleis“ gesetzt worden, von dem sie nun wieder heruntergeholt werden muss⁴⁷.

Bevor auf das europäische Wettbewerbsrecht im Einzelnen eingegangen wird, wird zunächst dargelegt, warum in diesen Regelungen der entscheidungserhebliche Maßstab zu suchen ist. Denn namentlich *Dieckmann* vertritt die Auffassung, Überlassungspflichten seien autarkiebezogene Maßnahmen, die abschließend durch das gemeinschaftliche Sekundärrecht harmonisiert worden seien. Nach *Dieckmann* schließe das sekundäre Gemeinschaftsrecht für alle anderen verwertbaren Abfälle als gemischte Siedlungsabfälle Überlassungspflichten als autarkiebezogene Maßnah-

⁴⁵ *Karpenstein*, Haushaltsabfälle zwischen Privatisierung und Kommunalisierung, Rechtsgutachten Januar 2009, S. 33, Rn. 80.

⁴⁶ S. nur Petersen, ZUR 2007, 449, 456.

⁴⁷ S. hierzu auch Koch/Reese, Hausmüllentsorgung als Aufgabe der Daseinsvorsorge, Rechtsgutachten Mai 2010, S. 34 ff.

men zwingend aus.⁴⁸ Hierbei stützt sich *Dieckmann* maßgeblich auf die Entscheidung des EuGH in der Sache Daimler Chrysler AG ./. Land Baden-Württemberg.⁴⁹

Um also den nach wie vor im Schrifttum bestehenden Vorbehalten gegen eine Anwendbarkeit von Art. 106 Abs. 2 AEUV Rechnung zu tragen, wird nachfolgend untersucht, welche Bedeutung Nähe- und Autarkieprinzip sowie die primärrechtliche Warenverkehrsfreiheit für die Beurteilung von mitgliedstaatlichen Überlassungspflichten haben.

I. Nähe- und Autarkieprinzip im gemeinschaftlichen Sekundärrecht

1. Die Novellen von Abfallverbringungsverordnung und Abfallrahmenrichtlinie

Durch die Novellen der Abfallverbringungsverordnung sowie der Abfallrahmenrichtlinie sind die bisher auf Beseitigungsabfälle beschränkten Prinzipien der Entsorgungsnähe und der Entsorgungsautarkie auf gemischte Siedlungsabfälle aus privaten Haushaltungen zur Verwertung ausgeweitet worden. So hat zunächst die EG-Abfallverbringungsverordnung im Jahr 2006 die Verbringung von gemischten Siedlungsabfällen aus privaten Haushaltungen zur Verwertung den gleichen Bestimmungen unterworfen, die für die Verbringung von Beseitigungsabfällen gelten.⁵⁰

Der insoweit maßgebliche Art. 3 Abs. 5 der VO (EG) Nr. 1013/2006 lautet:

„Die Verbringung von gemischten Siedlungsabfällen (Abfallschlüssel 20 03 01), die in privaten Haushalten eingesammelt worden sind – einschließlich wenn dabei auch solche Abfälle anderer Erzeuger eingesammelt werden –, zu Verwertungs- oder Beseitigungsanlagen unterliegt gemäß dieser Verord-

⁴⁸ *Dieckmann*, Europarechtliche Spielräume und Grenzen für mitgliedstaatliche Überlassungspflichten für verwertbare Abfälle aus privaten Haushaltungen, Rechtsgutachten September 2009, S. 17 ff.

⁴⁹ EuGH, Urt. v. 13.12.2001 – Rs. C-324/99 – Daimler Chrysler, EuZW 2002, 89.

⁵⁰ *Dieckmann* spricht insoweit von einer „Fiktion“ des Art. 3 Abs. 5 der novellierten Verordnung, siehe *Dieckmann*, Europarechtliche Spielräume und Grenzen für mitgliedstaatliche Überlassungspflichten für verwertbare Abfälle aus privaten Haushaltungen, Rechtsgutachten September 2009, S. 12.

nung den gleichen Bestimmungen wie die Verbringung von zur Beseitigung bestimmten Abfällen.“

Diese Ausweitung von Nähe- und Autarkieprinzip auf gemischte Siedlungsabfälle zur Verwertung hat auch die novellierte Abfallrahmenrichtlinie aufgenommen. Art. 16 Abs. 1 Abfallrahmenrichtlinie lautet:

„Die Mitgliedstaaten treffen – in Zusammenarbeit mit anderen Mitgliedstaaten, wenn dies notwendig oder zweckmäßig ist – geeignete Maßnahmen, um ein integriertes und angemessenes Netz von Abfallbeseitigungsanlagen und Anlagen zur Verwertung von gemischten Siedlungsabfällen, die von privaten Haushaltungen eingesammelt worden sind, zu errichten, auch wenn dabei Abfälle anderer Erzeuger eingesammelt werden; die besten verfügbaren Techniken sind dabei zu berücksichtigen.“

Mit der Ausweitung von Nähe- und Autarkieprinzip auf gemischte Siedlungsabfälle zur Verwertung aus privaten Haushaltungen soll es den Mitgliedstaaten insbesondere ermöglicht werden, ihre Entsorgungsinfrastrukturen für die Verbrennung von Abfällen zu schützen, da mit der novellierten Abfallrahmenrichtlinie die Müllverbrennung – jedenfalls bei Erfüllung der Energieeffizienzformel „R1“ – als energetische Verwertung eingestuft wird. So heißt es in Erwägungsgrund 32 der Abfallrahmenrichtlinie:

„Damit die Gemeinschaft insgesamt zu einer Autarkie bei der Abfallbeseitigung und bei der Verwertung von gemischten Siedlungsabfällen aus privaten Haushaltungen gelangt und jeder Mitgliedstaat dieses Ziel jeweils für sich erreichen kann, ist ein Kooperationsnetz für Abfallbeseitigungsanlagen und Anlagen für die Verwertung von gemischten Siedlungsabfällen aus privaten Haushaltungen aufzubauen, wobei die geografischen Gegebenheiten und der Bedarf nach besonderen Anlagen für bestimmte Abfallarten zu berücksichtigen sind.“

Ergänzend führt Erwägungsgrund 39 der Abfallrahmenrichtlinie aus:

„Die Mitgliedstaaten können nach der Verordnung (EG) Nr. 1013/2006 die Maßnahmen ergreifen, die erforderlich sind, um Verbringungen von Abfällen zu verhindern, die nicht mit ihren Abfallbewirtschaftungsplänen in Einklang stehen. Abweichend von der genannten Verordnung sollten die Mitgliedstaaten eingehende Abfallverbringungen zu Verbrennungsanlagen, die als Verwertung eingestuft sind, begrenzen dürfen, wenn infolgedessen erwiesenermaßen inländische Abfälle beseitigt werden müssten oder Abfälle in einer Weise zu behandeln wären, die nicht mit ihren Abfallbewirtschaftungsplänen vereinbar ist. Es wird anerkannt, dass bestimmte Mitgliedstaaten möglicherweise nicht in der Lage sind, in ihrem Hoheitsgebiet ein Netz bereitzustellen, das die gesamte Bandbreite von Anlagen zur endgültigen Verwertung bietet.“

Fraglich ist, welche Bedeutung die zitierten Regelungen und Erwägungen für eine stärkere Reglementierung bzw. den Ausschluss von „gewerblichen Abfallsammlungen“ im Haushaltsbereich haben. Sieht man die sekundärrechtlichen Prinzipien der Entsorgungsnähe und der Entsorgungsausartikulation als Grundlage mitgliedstaatlicher Überlassungspflichten an, so könnte nur die „gewerbliche Sammlung“ gemischter Haushaltsabfälle unterbunden werden, nicht aber solche bezogen auf einzelne Abfall- bzw. Wertstofffraktionen.

Folgt man dieser Betrachtung, so wäre jedenfalls eine „einheitliche Wertstofftonne“ in der Form einer „gewerblichen Sammlung“ unzulässig, wenn der Inhalt einer solchen „einheitlichen Wertstofftonne“ nur der Abfallschlüsselnummer 20 03 01 AVV zugeordnet werden könnte⁵¹. Das BMU hält jedoch selbst eine „einheitliche Wertstofftonne“ in Gestalt einer gewerblichen Sammlung für denkbar und betrachtet demnach den Inhalt einer „einheitlichen Wertstofftonne“ nicht als „Abfallgemisch“ im Sinne des europäischen Sekundärrechts.⁵²

⁵¹ S. zum Ausschluss der gewerblichen Sammlung von Gemischen aufgrund von Art. 16 AbfallRRL auch Dolde/Vetter, AbfallR 2011, 22, 29.

⁵² BMU, Referentenentwurf mit Stand vom 18.03.2011, S. 207; GesetzE BReg., S. 206.

Unabhängig hiervon bleibt klärungsbedürftig, wie „gewerbliche Sammlungen“ zu beurteilen sind, die sich nicht auf gemischte Siedlungsabfälle im Sinne der Abfallschlüsselnummer 20 03 01 AVV, sondern auf separierte Wertstofffraktionen beziehen.

2. Bedeutung von Nähe- und Autarkieprinzip für die „gewerbliche Sammlung“ separierter Wertstofffraktionen

Eine Auffassung entnimmt der Ausweitung von Nähe- und Autarkieprinzip auf „gemischte Siedlungsabfälle“ zur Verwertung den Umkehrschluss, dass „gewerbliche Sammlungen“ von separierten Wertstofffraktionen gerade nicht im Hinblick auf Nähe- und Autarkieprinzip eingeschränkt werden dürften.⁵³ Insoweit könnte man Art. 3 Abs. 5 VO (EG) 1013/2006 und Art. 16 Abs. 1 Abfallrahmenrichtlinie so verstehen, dass hierdurch der aktuell geltende Umfang der Überlassungspflichten nach § 13 KrW-/AbfG zwar einerseits abgesichert werde, andererseits der Umfang der Überlassungspflichten nicht zu Lasten „gewerblicher Sammlungen“ ausgeweitet werden dürfe.⁵⁴

Dieckmann stützt den Umkehrschluss aus den zitierten sekundärrechtlichen Regelungen für die fehlende Geltung von Überlassungspflichten für separierte Wertstofffraktionen maßgeblich auf das Urteil des EuGH in Sachen DaimlerChrysler.⁵⁵ So hätte der EuGH im DaimlerChrysler-Urteil festgestellt, dass sich der Geltungsbereich der EG-Abfallverbringungsverordnung auch auf abstrakt-generelle Maßnahmen wie Andienungspflichten erstrecke. Diese Rechtsauffassung des EuGH lasse sich ohne Weiteres auf die Überlassungspflichten übertragen: Denn ebenso wie eine Andienungspflicht für gefährliche Abfälle auf Grundlage von § 13 Abs. 4 KrW-/AbfG habe eine Überlassungspflicht nach § 13 Abs. 1 KrW-/AbfG zur Folge, dass der Abfallerzeuger gehindert werde, sich zur Erfüllung seiner Entsorgungspflicht eines von ihm frei gewählten Dritten im In- oder Ausland zu bedienen. Jedenfalls in ihrer maßgeblichen Wirkung in Gestalt der

⁵³ Siehe Spannagel, AbfallR 2008, 232, 235; Dieckmann, ZuR 2008, 505, 512.

⁵⁴ So Petersen, ZuR 2007, 449, 456 f.; derselbe, AbfallR 2008, 154, 158 f.

⁵⁵ EuGH, Urteil vom 13.12.2001, Rs. C-324/99, EuZW 2002, 89.

Beschränkung der Abfallausfuhr würden sich Andienungs- und Überlassungspflichten nicht unterscheiden. Es sei daher kein Grund ersichtlich, weshalb der Ausspruch des EuGH im DaimlerChrysler-Urteil nicht gleichermaßen Geltung für mitgliedstaatliche Überlassungspflichten beanspruchen sollte.⁵⁶

Vor dem Hintergrund der Argumentation *Dieckmanns* wird nachfolgend das DaimlerChrysler-Verfahren darauf hin untersucht, ob diesem Verfahren tatsächlich die von *Dieckmann* gezogenen Schlussfolgerungen entnommen werden können. Im Anschluss hieran wird ergänzend auf das Beschwerdeverfahren der Kommission 2000/4769 eingegangen, das eine ähnliche Fragestellung aufgeworfen hatte.

3. Die Bedeutung des DaimlerChrysler-Verfahrens

Im DaimlerChrysler-Verfahren hatte das BVerwG in einem Vorlagebeschluss zum EuGH die gemeinschaftsrechtliche Zulässigkeit der baden-württembergischen Andienungspflichten für besonders überwachungsbedürftige Abfälle zur Beseitigung geprüft.⁵⁷

Dem baden-württembergischen Regime für Sonderabfälle lag ein spezielles Kooperationsverhältnis zwischen der Sonderabfallentsorgung Baden-Württemberg GmbH und der Abfall-Verwertungsgesellschaft mbH Hamburg zugrunde.⁵⁸

Danach bestand seitens der Sonderabfallentsorgung Baden-Württemberg GmbH (SBW) eine Lieferverpflichtung in Höhe von jährlich 20.000 t, während umgekehrt eine Abnahmeverpflichtung der Abfall-Verwertungsgesellschaft mbH Hamburg bis zu einer Höhe von jährlich 30.000 t Sonderabfall bestand. Unterschritt die SBW die Garantiemenge

⁵⁶ Dieckmann, Europarechtliche Spielräume und Grenzen für mitgliedstaatliche Überlassungspflichten für verwertbare Abfälle aus privaten Haushaltungen, Rechtsgutachten September 2009, S. 21 f.

⁵⁷ BVerwG, Beschluss vom 29.7.1999, AbfallPrax 1999, 181, NVwZ 1999, 1228.

⁵⁸ S. hierzu auch Winter, DVBl. 2000, 657, 663; Versteyl, NVwZ 2002, 565, 566; Schlussanträge in der Rs. C-324/99 des Generalanwalts Léger v. 20.09.2001, Rn. 14-27; ausführlich zum Ganzen Dihlmann, Beseitigung von Sonderabfällen in Baden-Württemberg, Müll-Handbuch, Kennzahl 8055, Lfg. 7/02.

von 20.000 t, musste sie den jeweils geltenden Entsorgungspreis auch für die nicht angelieferten Mengen zahlen. Für diese Ausfallzahlungen hatte das Land Baden-Württemberg eine auf den Höchstbetrag von 180 Mio. DM begrenzte Garantieerklärung abgegeben. Hintergrund der Kooperation war die Tatsache, dass Baden-Württemberg über keine eigene Verbrennungsanlage für Sonderabfälle verfügte.

Das BVerwG hat im Hinblick auf die dargestellte Fallkonstellation angenommen, dass sich ein durch die mitgliedstaatliche Gesetzgebung eingeführtes, mengenmäßig beschränktes Ausfuhrverbot von Abfällen zur Beseitigung – das von der Vorschrift des Art. 4 Abs. 3 Buchst. a Ziff. i der Verordnung (EWG) Nr. 259/93 a.F. gedeckt ist – als „zwingendes Erfordernis des Umweltschutzes“ im Sinne der Rechtsprechung des EuGH erweist und damit schon aus diesem Grunde nicht gegen die Art. 28ff. EGV a.F. verstößt.⁵⁹

Der EuGH hat in seinem Urteil zunächst festgestellt, dass eine nationale Verbringungsbeschränkung, die mit der EG-Abfallverbringungsverordnung vereinbar ist, nicht zusätzlich auf Vereinbarkeit mit den Grundsätzen des EG-Vertrages zu prüfen ist. Von Bedeutung ist, dass sich der EuGH auch den abfallwirtschaftlichen Argumenten des BVerwG anschließt. Anknüpfungspunkt ist hierbei der Grundsatz der Entsorgungsautarkie nach Art. 5 der Abfallrahmenrichtlinie a.F., der es der Gemeinschaft insgesamt erlauben soll, die Entsorgungsautarkie zu erreichen, und der es jedem einzelnen Mitgliedstaat ermöglichen soll, diese Autarkie anzustreben, und zwar durch ein integriertes und angemessenes Netz von Beseitigungsanlagen.⁶⁰

Über Art. 4 Abs. 3 Buchst. a Ziff. i der Abfallverbringungsverordnung a.F. legitimiert das Autarkieprinzip auch allgemeine Verbringungsverbote für Beseitigungsabfälle. Die Anwendung dieses Grundsatzes kann dabei auch eine Regelung rechtfertigen,

⁵⁹ BVerwG, Beschluss vom 29.7.1999, AbfallPrax 1999, 181, 185.

⁶⁰ EuGH, Rs. C-324/99, Rn. 61.

„mit der die Pflicht eingeführt wird, die zur Beseitigung bestimmten Abfälle einer bestimmten Stelle anzudienen, die sie von ihr kontrollierten zentralen Einrichtungen zuweist, soweit diese Pflicht erforderlich ist, um einen für die Wirtschaftlichkeit dieser Entsorgungsanlagen unerlässlichen Auslastungsgrad sicherzustellen, und dadurch bestehende Entsorgungskapazitäten erhalten werden können, die zur Verwirklichung des Grundsatzes der Entsorgungsautarkie auf einzelstaatlicher Ebene beitragen.“⁶¹

Darüber hinaus hatte das Bundesverwaltungsgericht dem EuGH jedoch auch die Frage vorgelegt, ob nach Art. 4 Abs. 3 der Verordnung (EWG) Nr. 259/93 a.F. ein Mitgliedstaat mit einer Regelung, nach der die Pflicht besteht, die zur Beseitigung bestimmten Abfälle einer bestimmten Stelle anzudienen, vorsehen darf, dass die Verbringung von Abfällen, die nicht einer dieser Stelle unterstehenden zentralen Einrichtung zugewiesen werden, in Entsorgungsanlagen in anderen Mitgliedstaaten nur unter der Voraussetzung erlaubt ist, dass die beabsichtigte Beseitigung den Anforderungen des Umweltrechts dieses Staates entspricht.

Zu dieser Vorlagefrage hat der EuGH ausgeführt, dass die entsprechenden Verbringungseinwände abschließend in Art. 4 Abs. 6 der Verordnung (EWG) Nr. 259/93 a.F. aufgeführt sind (Rn. 50). Weiter hat der EuGH festgestellt, dass die Sonderabfallverordnung des Landes Baden-Württemberg eine abstrakt-generelle Maßnahme eines Mitgliedstaates im Sinne von Art. 4 Abs. 3 lit. a) Nr. i Verordnung (EWG) Nr. 259/93 a.F. sei, so dass die Frage, ob das Gemeinschaftsrecht eine nationale Maßnahme wie die Sonderabfallverordnung gestatte, anhand dieser Bestimmung zu prüfen sei.

Hier ist jedoch der EuGH der Auffassung des Landes Baden-Württemberg entgegengetreten, es könne in der Sonderabfallverordnung verlangen, dass bei einer Beseitigung der Abfälle im Ausland seine eigenen Umweltstandards gewährleistet würden (Rn. 55). Dieser Einwand sei insoweit durch die gemeinschaftliche Abfallverbringungsverordnung nicht gedeckt. Daraus folgt nach Auffassung des EuGH, dass es Art. 4 Abs. 3 Verordnung

⁶¹ EuGH, Rs. C-324/99, Rn. 62; s.a. Versteyl, NVwZ 2002, 565, 567; BVerwG, Urteil vom 11.04.2002 – 7 CN 1.02, S. 14.

(EWG) Nr. 259/93 a.F. einem Mitgliedstaat, der die Verbringung von Abfällen in vom Erzeuger oder Besitzer der Abfälle vorgeschlagene Entsorgungsanlagen eines anderen Mitgliedstaates erlaubt, nicht gestattet, vorzuschreiben, dass die beabsichtigte Beseitigung den Anforderungen seines eigenen Rechts entsprechen muss (Rn. 64).

Hieraus wird deutlich, dass die Sonderabfallverordnung des Landes Baden-Württemberg, die Gegenstand der DaimlerChrysler-Entscheidung des EuGH war, spezifisch verbringungsrechtliche Regelungen getroffen hatte, die so mit der EG-Abfallverbringungsverordnung nicht im Einklang stehen. Denn in der Sonderabfallverordnung wurde der Versuch unternommen, die im Inland geltenden umweltrechtlichen Standards auch für den Fall des Exports der Abfälle zur Anwendung zu bringen. Zurecht hat der EuGH hierin eine abstrakt-generelle Regelung des Verbringungsrechts gesehen.

Hierdurch wird aber auch deutlich, dass das DaimlerChrysler-Urteil des EuGH gerade nicht auf die Überlassungspflichten nach § 13 Abs. 1 KrW-/AbfG übertragen werden kann, wie *Dieckmann* es versucht. Denn während die Sonderabfallverordnung des Landes Baden-Württemberg in der Tat in das abschließend normierte europäische Verbringungsrecht eingegriffen hat, fehlt den Überlassungspflichten für Haushaltsabfälle jeglicher Bezug zur Abfallverbringung und damit auch zu den Prinzipien der Entsorgungsnähe und der Entsorgungsautarkie.

Wie namentlich *Koch/Reese* herausgearbeitet haben, handelt es sich bei der Überlassungspflicht gerade nicht um eine „autarkiebezogene Maßnahme“, deren Zulässigkeit durch die EG-Abfallverbringungsverordnung abschließend geregelt ist⁶². Die Aufgabe des Europäischen Abfallverbringungsrechts besteht darin, den spezifischen Umweltgefahren zu begegnen, die aus der grenzüberschreitenden Verbringung von Abfällen herrühren. Die Abfallüberlassungspflicht für Haushaltsabfälle weist jedoch einen Verbringungsbezug nicht auf, sondern ist konstitutiv für die Hausmüllentsorgung als Daseinsvorsorgeleistung und damit als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse. Unter Beachtung der Daseinsvorsorgezwecke der Überlassungspflicht und des diesen Zwecken gewährten

⁶² Koch/Reese, Hausmüllentsorgung als Aufgabe der Daseinsvorsorge, Rechtsgutachten Mai 2010, S. 34 ff.

Schutzes aus Art. 106 Abs. 2 AEUV kann das auf Umweltaspekte der Abfallverbringung reduzierte Einwandsregime der EG-Abfallverbringungsverordnung ausschließlich so verstanden werden, dass es a priori nicht darauf abzielt, einer nach Art. 106 Abs. 2 AEUV gerechtfertigten Monopolisierung der öffentlichen Hausmüllentsorgung sekundärrechtliche Grenzen zu ziehen⁶³.

Auch wenn damit die Überlassungspflicht für Abfälle die faktische Folge haben kann, dass die Abfälle keiner grenzüberschreitenden Entsorgung mehr zugeführt werden können, so ist dies lediglich eine notwendige Nebenfolge der Monopolisierung einer Daseinsvorsorgeleistung, deren Zweck jedoch nicht darin besteht, gezielt ein Verbringungshindernis zu begründen. Die Prüfung von mitgliedstaatlichen Überlassungspflichten anhand der Regelungen über Nähe- und Autarkieprinzip verfehlt damit den maßgeblichen Bezugspunkt der mit der Überlassungspflicht verknüpften Zuweisung der Hausmüllentsorgung an die öffentlichrechtlichen Entsorgungsträger. Hier geht es allein darum, wie die Mitgliedstaaten eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse organisieren dürfen und ob sie hierbei befugt sind, Ausschließlichkeitsrechte für nationale juristische Personen zu begründen. Das Einwandsregime des Verbringungsrechts kann auf diese Frage keine Antwort geben.

4. Das Beschwerdeverfahren 2000/4769

Auch das Beschwerdeverfahren der Europäischen Kommission 2000/4769 aus dem Jahr 2003 hat die Frage aufgeworfen, ob und inwieweit durch Überlassungspflichten für Haushaltsabfälle ein unzulässiges Ausfuhrhindernis geschaffen werden kann. Dieses Beschwerdeverfahren ist für die hiesige Fragestellung deshalb von Bedeutung, weil es häufig dahingehend interpretiert wird, die gewerbliche Sammlung von Haushaltsabfällen müsse schon deshalb zugelassen werden, um der Warenverkehrsfreiheit hinreichend Rechnung zu tragen.⁶⁴

⁶³ Koch/Reese, Hausmüllentsorgung als Aufgabe der Daseinsvorsorge, Rechtsgutachten Mai 2010, S. 36.

⁶⁴ Siehe zum Beschwerdeverfahren der Kommission 2000/4769 Petersen, NVwZ 2009, 1063, 1070.

In dem Verfahren trug der Beschwerdeführer vor, ihm sei von einer Stadt in Deutschland untersagt worden, bei Privathaushalten Altpapier zu sammeln, das er in Zusammenarbeit mit einem niederländischen Unternehmen in den Niederlanden verwerten wollte. Diese Beschwerde nahm die Kommission zum Anlass, die in Deutschland geltenden Vorschriften zur Sammlung von Haushaltsabfällen zur Verwertung zu untersuchen. Eine Durchsicht der einschlägigen Regelungen in Deutschland zeige danach, dass Ausfuhrhindernisse für Abfälle, insbesondere Abfälle zur Verwertung, durch die Vorschriften über die Sammlung von Abfällen privater Haushaltungen nicht ausgeschlossen würden.

Zwar bestehe nach § 13 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 KrW-/AbfG die Überlassungspflicht nicht für Abfälle, die durch gewerbliche Sammlung einer ordnungsgemäßen und schadlosen Verwertung zugeführt werden, soweit dies dem öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger nachgewiesen werde und nicht überwiegende öffentliche Interessen entgegenstünden. Für sich allein betrachtet und unter der Voraussetzung, dass diese Vorschrift im Einklang mit Gemeinschaftsrecht ausgelegt und angewendet werde, erscheine sie ausreichend, um Bedenken im Zusammenhang mit der Ausfuhr von Abfall zur Verwertung auszuräumen.

Demgegenüber schienen jedoch auf lokaler Ebene vielfach ausschließliche Rechte für die Sammlung der Abfälle von Privathaushalten zu bestehen. Es ergebe sich der Eindruck, dass viele deutsche Kommunen die Ausfuhr von Abfällen privater Haushalte, insbesondere von Abfällen zur Verwertung, aktiv behinderten, wenn nicht sogar verhinderten. Dies werfe für die Kommission die Frage auf, ob und ggf. wie die Anwendung von § 13 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 KrW-/AbfG in den Gebietskörperschaften praktisch sichergestellt werde.⁶⁵

Dem Auskunftersuchen der Kommission lag mithin die Einschätzung zu Grunde, über die Ausnahmeklausel des § 13 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 KrW-/AbfG könne gemeinschaftsrechtskonform eine Ausfuhr von Haushaltsabfällen zur Verwertung ermöglicht werden, sofern diese Regelung von den zuständigen Stellen in Deutschland beachtet werde.

⁶⁵ Beschwerdeschreiben der Europäischen Kommission v. 03.04.2003, 2000/4769.

Man hätte auf dieses Auskunftersuchen der Kommission im Jahr 2003 zutreffender Weise antworten können, dass schon fraglich ist, ob Überlassungspflichten für Haushaltsabfälle überhaupt einen Verbringungsbezug aufweisen, da sie keinesfalls auf grenzüberschreitende Tatbestände abzielen. Jedenfalls aber hätte dargestellt werden können, dass die Überlassungspflicht für Haushaltsabfälle erforderlich ist, um die Funktionsfähigkeit der kommunalen Hausmüllentsorgung als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse zu sichern. Hierzu hätte weiter vorgetragen werden können, dass durch Art. 86 Abs. 2 EGV a. F. auch Einschränkungen der Warenverkehrsfreiheit gerechtfertigt werden können und es insoweit der Möglichkeit der gewerblichen Sammlung von Haushaltsabfällen zur Verneinung einer Verletzung der Warenverkehrsfreiheit nicht bedarf.

Dies hat jedoch das BMU in seiner Mitteilung der Regierung der Bundesrepublik Deutschland an die Kommission zur Beantwortung des Auskunftersuchens nicht getan. Vielmehr hat das BMU die Prämisse der Kommission akzeptiert, die gewerbliche Sammlung von Haushaltsabfällen nach § 13 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 KrW-/AbfG sei zur Gewährleistung der Warenverkehrsfreiheit erforderlich.

Danach teile die Bundesregierung der Bundesrepublik Deutschland die Auffassung der Europäischen Kommission, wonach europarechtliche Bedenken gegenüber der bundesrechtlichen Überlassungspflicht des § 13 Abs. 1 KrW-/AbfG durch die Befreiungsmöglichkeiten des § 13 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 KrW-/AbfG ausgeräumt werden könnten. Eine Anwendung dieser Befreiungsmöglichkeit sei entgegen der Einschätzung der Kommission auch in den kommunalen Gebietskörperschaften gewährleistet, da § 13 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 KrW-/AbfG aufgrund der verfassungsrechtlich vorgegebenen Normenhierarchie innerhalb der deutschen Rechtsordnung dort unmittelbar und zwingend zur Geltung komme. Da für das Abfallrecht die Gesetzgebungszuständigkeit beim Bund liege, sei es den Kommunen versagt, dem Bundesrecht inhaltlich entgegenstehende Regelungen zu schaffen.⁶⁶

⁶⁶ Mitteilung der Regierung der Bundesrepublik Deutschland an die Kommission der Europäischen Gemeinschaften im Beschwerdeverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland Nr. 2000/4769.

Mit dieser allein kompetenzrechtlichen Argumentation ist das BMU der entscheidenden inhaltlichen Auseinandersetzung mit der Kommission darüber ausgewichen, ob und inwieweit der Ausnahmetatbestand für die „gewerbliche Sammlung“ von Haushaltsabfällen tatsächlich gemeinschaftsrechtlichen Erfordernissen entspricht. Dies ist schon deshalb erstaunlich, weil bis dahin die „gewerbliche Sammlung“ keinesfalls als europarechtlich gebotener Freistellungstatbestand begriffen wurde, sondern vielmehr eine Bestandsschutzklausel für das traditionelle Altstoffgewerbe dargestellt hat, wie das Bundesverwaltungsgericht in seiner Entscheidung vom 18.06.2009 zurecht hervorhebt. Erst mit dem Beschwerdeverfahren 2000/4769 wurde die „gewerbliche Sammlung“ europarechtlich „aufgeladen“, da sie nunmehr unwidersprochen als geeignet erschien, gemeinschaftswidrige Ausfuhrhindernisse für Verwertungsabfälle auszuräumen.

Mit der allein kompetenzrechtlich argumentierenden Beantwortung des Auskunftersuchens der Kommission im Verfahren 2000/4769 hat sich das BMU jedoch selbst in eine Sackgasse manövriert. Denn mit der Akzeptanz der Prämisse, dass die Befreiungsmöglichkeit für „gewerbliche Sammlungen“ erforderlich sei, um europarechtliche Bedenken gegenüber der bundesrechtlichen Überlassungspflicht des § 13 Abs. 1 KrW-/AbfG auszuräumen, gewinnt die „gewerbliche Sammlung“ eine Bedeutung, die sich nach den materiellen Maßstäben des europäischen Primärrechts nicht begründen lässt. Es kann im Ergebnis gar nicht darauf ankommen, ob nach der bundesdeutschen Kompetenzordnung die kommunalen Gebietskörperschaften befugt sind, den Umfang der Überlassungspflichten selbst zu bestimmen. Entscheidend ist allein, ob nach den Maßstäben von Art. 106 Abs. 2 AEUV die Bundesrepublik Deutschland berechtigt ist, die Hausmüllentsorgung ausschließlich den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern zuzuweisen. Diese Frage, die bereits bei der Beantwortung des Auskunftersuchens der Kommission im Jahr 2003 im Mittelpunkt hätte stehen müssen, wird nachfolgend untersucht.

II. Überlassungspflichten und das gemeinschaftliche Wettbewerbsrecht

Die umfassende Durchsetzung von Überlassungspflichten aufgrund eines Ausschlusses „gewerblicher Sammlungen“ könnte mit dem gemeinschaftlichen

Wettbewerbsrecht in Konflikt geraten. In Betracht kommt hierbei insbesondere der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung nach Art. 82 EGV/Art. 102 AEUV. Dabei könnte zum einen auf das Verhalten des entsprechenden öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers selbst abgestellt werden. Zum anderen könnte darauf abgestellt werden, dass durch die Einräumung der Rechtsmacht, Überlassungspflichten für Haushaltsabfälle umfassend durchzusetzen, der Mitgliedstaat gegen Art. 86 i.V.m. Art. 82 EGV/Art. 106 i.V.m. Art. 102 AEUV verstößt.

Der Mitgliedstaat würde danach im Bereich der Gesetzgebung eine Maßnahme treffen, die ein Unternehmen, dem er ausschließliche Rechte eingeräumt hat, zum Missbrauch seiner beherrschenden Stellung veranlasst⁶⁷, bzw. er könnte durch die entsprechenden Rechte eine Lage geschaffen haben, in der das Unternehmen einen solchen Missbrauch begeht.⁶⁸

Dabei fallen die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger unproblematisch unter den funktionalen Unternehmensbegriff im Sinne der Rechtsprechung des EuGH.⁶⁹

Danach umfasst der Begriff des Unternehmens im Rahmen des Wettbewerbsrechts jede Einheit unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung, die eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt. Eine wirtschaftliche Tätigkeit ist dabei jede Tätigkeit, die darin besteht, Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten.⁷⁰ Es ist damit auch unerheblich, dass eine Einheit ohne Gewinnerzielungsabsicht handelt bzw. nicht wirtschaftliche Ziele verfolgt. Ebenso unbeachtlich ist demnach die Wahrnehmung einer im öffentlichen Interesse liegenden Aufgabe oder der Umstand, dass es sich um eine Tätigkeit handelt, die normalerweise von öffentlichen Stellen wahrgenommen wird. Der weitreichend formulierte Geltungsanspruch des europäischen Wett-

⁶⁷ Vgl. EuGH, Rs. C-203/96, Dusseldorf, NVwZ 1998, 1169, 1171f., Rn. 61.

⁶⁸ Vgl. EuGH, Rs. C-209/98, Kopenhagen, EuZW 2000, 594, 597, Rn. 66; Hellermann, Örtliche Daseinsvorsorge und gemeindliche Selbstverwaltung, S. 100.

⁶⁹ Hellermann, Örtliche Daseinsvorsorge und gemeindliche Selbstverwaltung, S. 98.; s. zum Unternehmensbegriff des Art. 86 Abs. 1 EGV ferner Schwintowski, ZögU 2003, 283, 296.

⁷⁰ EuGH, Urt. v. 25.10.2001, Rs. C-475/99 – Ambulanz Glöckner, Rz. 19.

bewerbsrechts erfasst vielmehr jedes marktbezogene Verhalten, das auf Angebot und Nachfrage von Waren oder Dienstleistungen gerichtet ist.⁷¹

Die Zentralnorm für die wettbewerbsrechtliche Bewertung öffentlicher Entsorgungsunternehmen und der diesen übertragenen Sonderrechte ist Art. 86 EGV/Art. 106 AEUV. Gemäß Art. 106 Abs. 1 AEUV werden die Mitgliedstaaten in Bezug auf öffentliche Unternehmen und auf Unternehmen, denen sie besondere oder ausschließliche Rechte gewähren, keine den Verträgen und insbesondere den Artikeln 18 und 101 bis 109 AEUV widersprechende Maßnahmen treffen oder beibehalten.

Von besonderer Bedeutung ist im hiesigen Zusammenhang die Ausnahme Klausel in Abs. 2. Danach gelten für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind oder den Charakter eines Finanzmonopols haben, die Vorschriften der Verträge, insbesondere die Wettbewerbsregeln, soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert. Die Entwicklung des Handelsverkehrs darf dabei nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt werden, das dem Interesse der Union zuwiderläuft.

Nach der Rechtsprechung des EuGH sind die ersten beiden Absätze von Art. 86 EGV/Art. 106 AEUV im Zusammenhang zu lesen mit der Folge, dass die Mitgliedstaaten einem Unternehmen ausschließliche Rechte erteilen und damit den Wettbewerb beschränken oder ausschließen können, soweit dies erforderlich ist, um die Erfüllung der diesem Unternehmen übertragenen besonderen Aufgaben von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse sicherzustellen.⁷²

Damit wird Art. 86 Abs. 2 EGV/Art. 106 Abs. 2 AEUV zum maßgeblichen primärrechtlichen Prüfungsmaßstab für die Zulässigkeit von Dienstleistungsmonopolen.

⁷¹ Siehe von Danwitz, NWVBl. 2002, 132, 133; Frenz, Handbuch Europarecht, Bd. II, Europäisches Kartellrecht, S. 744, Rz. 1999.

⁷² EuGH, Urteil vom 23.5.2000, Rs. C-209/98, AbfallPrax 2000, 160, 162, Rn. 74; EuGH, Rs. C-320/91 Corbeau, Slg. 1993, 2533, 2568, Rn. 14; vgl. auch Grill, in: Lenz, EGV-Kommentar, 2. Aufl., Art 86 Rn. 17; Jung, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 86 Rn. 33; Hellermann, Örtliche Daseinsvorsorge und gemeindliche Selbstverwaltung, S. 110f.; Calliess/Korte, Dienstleistungsrecht in der EU, § 3, Rn. 158, S. 126.

Ob demnach ein öffentliches Entsorgungsunternehmen mit Ausschließlichkeitsrechten gegenüber privaten Konkurrenten ausgestattet werden darf, wie hier im Fall eines Verbots „gewerblicher Sammlung“, ist anhand der drei in Art. 86 Abs. 2 EGV/Art. 106 Abs. 2 AEUV genannten Tatbestandsvoraussetzungen sowie nach dem Kriterium der „Erforderlichkeit“ zu prüfen.

1. Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse

Die erste Tatbestandsvoraussetzung fordert, dass das entsprechende Unternehmen „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“ wahrnimmt. Damit wird eine besondere Bindung des Unternehmens an einen öffentlichen Zweck bzw. an ein öffentliches Interesse zum Ausdruck gebracht, die dem betriebswirtschaftlichen Kalkül des Unternehmens übergeordnet ist. Das betreffende Unternehmen muss also zumindest auch im öffentlichen Interesse – z.B. durch die Bereitstellung von Leistungen oder Infrastruktur wie im Bereich der Daseinsvorsorge – tätig werden, was insbesondere die Unrentabilität von Tätigkeitsteilbereichen indiziert.⁷³

Die Europäische Kommission hat den Begriff der „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“ in ihrem Weißbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse aus dem Jahr 2004 wie folgt definiert:

„Der Begriff „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“ bzw. „Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“ wird in Art. 16 und Art. 86 Abs. 2 des EG-Vertrages verwendet. Er ist weder dort noch im abgeleiteten Recht näher bestimmt. In der Gemeinschaftspraxis herrscht jedoch weitgehende Übereinstimmung dahingehend, dass er sich auf wirtschaftliche Tätigkeiten bezieht, die von den Mitgliedstaaten oder der Gemeinschaft mit besonderen Gemeinwohlverpflichtungen verbunden werden und für die das Kriterium gilt, dass sie im Interesse der Allgemeinheit erbracht werden.“

⁷³ Callies/Korte, Dienstleistungsrecht in der EU, § 3, Rn. 156, S. 125.

*Das Konzept der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse umfasst daher insbesondere bestimmte Leistungen der großen netzgebundenen Wirtschaftszweige wie des Verkehrswesens, der Postdienste, des Energiesektors und der Telekommunikation. Der Begriff gilt jedoch auch für jede sonstige wirtschaftliche Tätigkeiten, die mit Gemeinwohlverpflichtungen verknüpft ist.*⁷⁴

Ein allgemeines Interesse im Sinne von Art. 86 Abs. 2 EGV/Art. 106 Abs. 2 AEUV liegt damit vor, wenn das wirtschaftliche Verhalten des Unternehmens einem rechtsverbindlich festgelegten besonderen Zweck dient und es zur Erfüllung dieses besonderen Zweckes auch dann verpflichtet sein soll, wenn sein unternehmerisches Eigeninteresse dem entgegenstehen sollte.⁷⁵

Insbesondere die Pflicht, allen Nutzungsinteressenten notfalls entgegen ökonomischer Ratio die gleiche Leistung zu gewähren (sog. Universaldienstverpflichtung), sowie die Pflicht zur Einhaltung sozialer und/oder ökologischer Standards über das allgemein gültige Maß hinaus, sind in die Ermittlung der Voraussetzungen für die Befreiung von gemeinschaftsrechtlichen Bindungen einzubeziehen.⁷⁶

2. Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten

Die konkrete Inhaltsbestimmung der „allgemeinem wirtschaftlichen Interessen“ ist jedoch gemeinschaftsrechtlich nicht vorgegeben, sondern in erster Linie Sache der einzelnen Mitgliedstaaten. Wann eine Dienstleistung eine solche von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse ist, richtet sich daher nach nationalen Kriterien und nicht nach etwaigen Interessen der Gemeinschaft⁷⁷, wobei dies eine Einbeziehung gemeinschaftsrechtlicher Wertungen nicht ausschließt.

⁷⁴ Europäische Kommission, Weißbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM (2004) 374 endg., Anhang 1.

⁷⁵ Khan, in: Geiger/Khan/Kotzur, EUV/AEUV, 5. Aufl., Art. 106 Rn. 13; Voet van Vormzeele, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 2. Aufl., Art. 86, Rn. 61; Fesenmair, Öffentliche Dienstleistungsmonopole im europäischen Recht, S. 202; Tettinger, DVBl. 1997, 341, 344; Scharpf, EuR 2005, 605, 610.

⁷⁶ Burgi, EuR 1997, 261, 275; Frenz, NuR 2000, 611, 612.

⁷⁷ Ehrlicke, EuZW 1993, 211, 214; Scharpf, EuR 2005, 605, 609; Bartosch, ZIP 1999, 1787, 1793.

Der EU-Vertrag geht damit prinzipiell von der mitgliedstaatlichen Befugnis aus, im öffentlichen Interesse liegende Aufgaben der Daseinsvorsorge der wettbewerblichen Wirtschaftsordnung zu entziehen und durch Gesetz öffentlichen Monopolunternehmen zuzuweisen.⁷⁸

Der weite Definitionsspielraum zugunsten der Mitgliedstaaten ist dabei nur auf missbräuchliche Einordnung im Sinne offenkundiger Fehler überprüfbar.⁷⁹

Der mitgliedstaatliche Gestaltungsspielraum bei der Definition der „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“ ist auch im hiesigen Zusammenhang von besonderer Bedeutung, denn von diesem Gestaltungsspielraum hängt zunächst ab, ob der nationale Abfallgesetzgeber berechtigt ist, die Hausmüllentsorgung umfassend – also auch im Hinblick auf einzelne Wertstofffraktionen – als eine solche Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse zu definieren.

Der EuGH hat hierzu mehrfach entschieden, dass Art. 106 Abs. 2 AEUV/Art. 86 Abs. 2 EGV dadurch, dass er unter bestimmten Voraussetzungen Ausnahmen von den allgemeinen Vorschriften des EU-Vertrages zulässt, das Interesse der Mitgliedstaaten am Einsatz bestimmter Unternehmen, insbesondere solcher des öffentlichen Sektors, als Instrument der Wirtschafts- oder Fiskalpolitik mit dem Interesse der Gemeinschaft an der Einhaltung der Wettbewerbsregeln unter Wahrung der Einheit des gemeinsamen Marktes in Einklang bringen soll. Unter Berücksichtigung dieses Interesses der Mitgliedstaaten könne es nach Auffassung des EuGH diesen nicht verboten sein, bei der Umschreibung der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, mit denen sie bestimmte Unternehmen betrauen, die eigenen Ziele ihrer staatlichen Politik zu berücksichtigen und diese vermittels von Verpflichtungen und Beschränkungen

⁷⁸ Hailbronner, NJW 1991, 593, 601; Ehrlicke, EnZW 1993, 211, 214; Khan, in: Geiger/Khan/Kotzur, EUV/AEUV, 5. Aufl., Art. 106 Rn. 14; Scharpf, EuR 2005, 605, 610.

⁷⁹ Callies/Korte, Dienstleistungsrecht in der EU, § 3, Rn. 156, S. 125.

zu verwirklichen zu suchen, die sie den fraglichen Unternehmen auferlegen.⁸⁰

Im Ergebnis kommt damit den Mitgliedstaaten – wie gezeigt - bei der Definition und Zuordnung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse eine weite Gestaltungsfreiheit zu, deren Ausübung nur auf offensichtliche Fehler überprüft werden kann.⁸¹ So hat der EuGH z.B. in der Entscheidung *Ambulanz Glöckner* anerkannt, dass hinsichtlich des Rettungsdienstes Sanitätsorganisationen mit einer Aufgabe von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind, da sie ohne Rücksicht auf besondere Situationen oder die Wirtschaftlichkeit des konkreten Einsatzes den Notfalltransport von kranken oder verletzten Personen flächendeckend zu jeder Zeit, zu einheitlichen Benutzungsentgelten und bei gleicher Qualität sicherzustellen haben.⁸²

Nachfolgend sind diese Grundsätze auf die Entsorgung von Haushaltsabfällen anzuwenden.

3. Die Entsorgung von Haushaltsabfällen als „Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse

Hinsichtlich der Abfallwirtschaft ist inzwischen allgemein anerkannt, dass öffentliche Entsorgungsleistungen Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse sind.⁸³

Dies hat der EuGH zunächst für die Hausmüllentsorgung bejaht.⁸⁴

⁸⁰ EuGH, Urteil vom 23.10.1997, Rs. C-157/94, *Energiemonopole Niederlande*, Ziff. 39 f.; EuGH, Urteil vom 23.10.1997, Rs. C-159/94, *Energiemonopole Frankreich*, Ziff. 55 f.

⁸¹ Mestmäcker/Schweizer, in: Immenga/Mestmäcker, *WettbewerbsR*, EG/Teil 1, 4. Aufl., Art. 86 Abs. 2, Rn. 72; Khan, in: Geiger/Khan/Kotzur, *EUV/AEUV*, 5. Aufl., Art. 106, Rn. 14; Frenz, *Handbuch Europarecht*, Band 2, *Europäisches Kartellrecht*, S. 755, Rn. 2027; von Danwitz, *NWVBL* 2002, 132, 137.

⁸² EuGH, Urteil vom 25.10.2001, Rs. C-495/99, *Ambulanz Glöckner*, Rn. 55.

⁸³ Siehe hierzu nur Frenz, *KrW-/AbfG*, 3. Aufl., § 13 Rn. 66; Dörr, *DÖV* 2003, 838, 843; Püttner, *ZöGU* 2000, 373, 374; ausführlich Krämer, *AbfallR* 2010, 40 ff.; im Ausgangspunkt so auch das BMU, Referentenentwurf vom 18.03.2011, S. 205 für die Abholung und Behandlung von Haushaltsabfällen; *GesetzE BReg.*, S. 205.

⁸⁴ EuGH, Rs. C-360/96, *Arnheim*; s. a. Frenz, *NuR* 2000, 611, 612; Krämer, *AbfallR* 2010, 40, 43.

Danach ist das Abholen und die Behandlung von Haushaltsabfällen unbestreitbar eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe. Diese Aufgabe kann möglicherweise durch das Angebot von Dienstleistungen der Müllabfuhr, das zur Gänze oder zum Teil private Unternehmer den Bürgern machen, nicht in dem Maße erfüllt werden, das aus Gründen der öffentlichen Gesundheit und des Umweltschutzes für erforderlich gehalten wird. Daher gehört sie zu denjenigen Aufgaben, die ein Staat von Behörden wahrnehmen lassen kann oder auf die er einen entscheidenden Einfluss behalten möchte.⁸⁵

Bei der Hausmüllentsorgung handelt es sich traditionell um eine Aufgabe der Daseinsvorsorge, die auch wahrgenommen werden muss, wenn dabei dauerhaft Verluste entstehen. Somit liegt sie im Allgemeininteresse.⁸⁶ Zurecht wurde daher die Abfallentsorgung durch öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger als Aufgabe der ortsnahen Grundversorgung (Daseinsvorsorge) gekennzeichnet.⁸⁷

Zu beachten ist dabei, dass der Gerichtshof die *bloße Möglichkeit*, eine private Entsorgung verwirkliche nicht in vollem Umfang die Grundsätze der öffentlichen Gesundheit und des Umweltschutzes, genügen lässt, um eine öffentlich-rechtliche Organisation der Abfallentsorgung zuzulassen. Diese Auslegung des Unionsrechts deckt sich mit der oben geschilderten Orientierung der europäischen Verträge, die den Mitgliedstaaten und ihren zuständigen Behörden einen weiten Ermessensspielraum bei der Frage lassen, ob eine privatrechtliche Entsorgung den öffentlichen Belangen von Gesundheit und Umweltschutz auch wirklich gerecht werden konnte.⁸⁸

⁸⁵ EuGH, Rs. C-360/96, Arnheim, Rn. 52; s. hierzu auch Frenz, Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse nach Gemeinschaftsrecht und Folgen für die Abfallwirtschaft, Rechtsgutachten Juni 2000, S. 8; Sura, EuZW 1999, 19; Weidemann/Otting, EWS 1999, 41, 42

⁸⁶ Heise, LKV 1999, 210, 212.

⁸⁷ Queitsch, AbfallR 2011, 30, 33.

⁸⁸ Krämer, AbfallR 2010, 40, 43.

Der EuGH hat die Annahme einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse jedoch nicht auf die Hausmüllentsorgung beschränkt, sondern auch auf die Verwertung von ungefährlichen Bauabfällen erstreckt.⁸⁹

Die Bewirtschaftung bestimmter Abfälle kann danach Gegenstand einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse sein, insbesondere wenn diese Dienstleistung ein Umweltproblem beseitigen soll. Unternehmen, die mit der Behandlung der in einer Gemeinde anfallenden Bauabfälle betraut und verpflichtet sind, diese Abfälle anzunehmen und einer Verwertung zuzuführen, soweit eine solche möglich ist, sind danach mit einer Aufgabe von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut worden.⁹⁰

Im Ergebnis kann daher festgehalten werden, dass öffentliche Entsorgungsleistungen im umfassenden Sinne Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse im Sinne von Art. 86 Abs. 2 EGV/Art. 106 Abs. 2 AEUV darstellen.

4. Die Sammlung von getrennten Wertstoffen als „Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“

Fraglich könnte jedoch sein, ob auch die Einsammlung von getrennt gehaltenen Wertstoffen eine „Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“ im Sinne von Art. 106 Abs. 2 AEUV darstellt. Namentlich *Dieckmann* hat hieran Zweifel angemeldet. So sei die Verwertung getrennt erfasster Verwertungsabfälle, wie z.B. Altpapier, nicht als ein Umweltproblem anzusehen und im Übrigen bestünde in Bezug auf Altpapier ein funktionierender Wettbewerb durch private Entsorgungsunternehmen.⁹¹

⁸⁹ EuGH, Rs. C-209/98, Kopenhagen, AbfallPrax 2000, 160, 162; vgl. hierzu auch Gruneberg, AbfallPrax 2000, 163, 164; Frenz, NuR 2000, 611, 612; Reese, ZUR 2000, 410, 415; Frenz, Handbuch Europarecht, Band 2, Europäisches Kartellrecht, S. 758, Rn. 2033.

⁹⁰ EuGH, Rs. C-209/98, Kopenhagen, AbfallPrax 2000, 160, 162, Rn. 75, 76.

⁹¹ Dieckmann, Europarechtliche Spielräume und Grenzen für mitgliedstaatliche Überlassungspflichten für verwertbare Abfälle aus privaten Haushaltungen, Rechtsgutachten September 2009, S. 37 f.

Diese Einwände können jedoch nicht überzeugen. Zunächst ist erneut zu betonen, dass den Mitgliedstaaten beim Zuschnitt derjenigen Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, die sie durch öffentliche Unternehmen wahrnehmen lassen, ein weiter Gestaltungsspielraum zukommt.⁹² Den Mitgliedstaaten kann es danach nicht verboten sein, bei der Umschreibung der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse die eigenen Ziele ihrer staatlichen Politik zu berücksichtigen und diese durch Verpflichtungen und Beschränkungen zu verwirklichen suchen, die sie den öffentlichen Unternehmen auferlegen.⁹³

a) Hohe Volatilität der Sekundärrohstoffpreise

Zu berücksichtigen ist dabei, dass auch „Wertstofffraktionen“ aus privaten Haushalten regelmäßig Abfälle im Rechtssinne darstellen und ihnen damit ein Umweltgefährdungspotential immanent ist, da das Hauptinteresse des Besitzers in der „Entledigung“ besteht. Auch sog. „Wertstoffen“ aus privaten Haushalten kommt dabei keinesfalls regelmäßig und durchgängig ein positiver Marktwert zu.

So hat insbesondere die Entwicklung bei den gewerblichen Altpapiersammlungen gezeigt, dass die Altpapiererlöse erheblichen Marktschwankungen unterliegen und es im Fall eines Preiseinbruchs auch zum Rückzug gewerblicher Sammler kommen kann.⁹⁴ Vor diesem Hintergrund hoch volatiler Sekundärrohstoffpreise ist der nationale Gesetzgeber nicht daran gehindert, auch die Einsammlung getrennter Wertstoffe als eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse zu fassen, um damit auch dem „Ressourcenrisiko“, also dem Risiko des Verlustes wichtiger Sekundärrohstoffe bei sinkenden Rohstoffpreisen Rechnung zu tragen.⁹⁵

⁹² Siehe auch Schwarze, EnZW 2001, 334, 337 f.

⁹³ EuGH, Urteil vom 21.09.1999, Rs. C-115/97, Brentjens, Rn. 104.

⁹⁴ Siehe „Aus Wertstoff wird wieder Abfall“, Die Welt vom 14.11.2008.

⁹⁵ Siehe hierzu umfassend Koch/Reese, Hausmüllentsorgung als Aufgabe der Daseinsvorsorge, Rechtsgutachten Mai 2010, S. 47 f.

Die Erfahrung mit gewerblichen Altpapiersammlern hat zudem gezeigt, dass diese regelmäßig zu einer flächendeckenden Sammlung nicht in der Lage sind und diese häufig auch nicht anstreben, sondern sich vielmehr auf kostengünstig zu entsorgende Siedlungsgebiete beschränken. Das politische Ziel, Wertstoffe unabhängig von Marktschwankungen flächendeckend und kontinuierlich einzusammeln, rechtfertigt es demnach, auch die Wertstoffsammlung den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern als Daseinsvorsorgeleistung zuzuweisen.⁹⁶

b) Ermöglichung eines wirtschaftlichen Binnenausgleiches

Auch für den Fall, dass Wertstofffraktionen Erlöse erbringen, die in den Abfallgebührenhaushalt einfließen, rechtfertigt dies nicht, die Wertstoffentsorgung aus den öffentlich wahrzunehmenden Dienstleistungen auszugrenzen. Denn wie die Kommission in ihrem Weißbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse festgehalten hat, verfügen die Mitgliedstaaten über einen großen Ermessensspielraum bei der Entscheidungsfindung darüber, ob und wie die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse finanziert werden soll. Die Mitgliedstaaten greifen dabei auf unterschiedliche Finanzierungsmechanismen zurück wie finanzielle Direkthilfen aus dem Staatshaushalt, besondere oder ausschließliche Rechte, Beiträge von Marktteilnehmern, Gebührenvereinheitlichung und Finanzierung nach dem Solidarprinzip. Grundregel ist dabei, dass die Mitgliedstaaten selbst entscheiden können, welchen Finanzierungsmechanismus sie einsetzen möchten.⁹⁷

Hieraus folgt, dass den Mitgliedstaaten gemeinschaftsrechtlich der Weg offensteht, auch durch die Zuweisung ausschließlicher Rechte die Finanzierung einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse zu ermöglichen. Wird demnach durch das bundesdeutsche Abfallrecht den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern

⁹⁶ So im Übrigen auch Karpenstein, Haushaltsabfälle zwischen Privatisierung und Kommunalisierung, Rechtsgutachten Januar 2009, S. 41, Rn. 105.

⁹⁷ Weißbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse vom 12.05.2004, KOM (2004) 374 endgültig, S. 15.

die umfassende Entsorgungsverantwortung für Haushaltsabfälle zugewiesen, so liegt hierin die legitime Entscheidung des nationalen Gesetzgebers, eine – jedenfalls partielle - Finanzierung der Hausmüllentsorgung durch die wertstoffhaltigen Hausmüllbestandteile zu ermöglichen. Dem Europäischen Wettbewerbsrecht kann damit gerade nicht die Wertung entnommen werden, die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger hätten sich auf die reine Restmüllentsorgung zu beschränken, deren Kosten vollständig von den Gebührenzahlern – also ohne Anrechnung erzielter Wertstoff Erlöse – aufzubringen wären.

c) Wertstofffassung als mitgliedstaatliche Aufgaben nach der AbfallRRL

Hinzu kommt, dass es das Gemeinschaftsrecht selbst ist, das die Wertstofffassung aus privaten Haushaltungen als eine von den Mitgliedstaaten wahrzunehmende öffentliche Aufgabe konzipiert. So ergreifen nach Art. 11 Abs. 1 Satz 2 der Abfallrahmenrichtlinie die Mitgliedstaaten Maßnahmen zur Förderung eines qualitativ hochwertigen Recyclings. Hierzu führen sie die getrennten Sammlungen von Abfällen ein, soweit sie technisch, ökologisch und ökonomisch durchführbar und dazu geeignet ist, die für die jeweiligen Recycling-Sektoren erforderlichen Qualitätsniveaus zu erreichen. Vorbehaltlich des Art. 10 Abs. 2 werden die Mitgliedstaaten aufgefordert, bis 2015 die getrennte Sammlung von Papier, Metall, Kunststoffen und Glas einzuführen (Art. 11 Abs. 1 Satz 3 Abfallrahmenrichtlinie). Darüber hinaus schreibt Art. 22 Satz 1 a) vor, dass die Mitgliedstaaten die getrennte Sammlung von Bioabfällen einführen, um diese zu kompostieren und vergären zu lassen.

Nach dem insoweit klaren Wortlaut von Art. 11 Abs. 1 Satz 2 Abfallrahmenrichtlinie ist die Einführung der getrennten Sammlung von Abfällen eine Maßnahme, die von den Mitgliedstaaten getroffen wird. Die Abfallrahmenrichtlinie geht also davon aus, dass die getrennte Erfassung von Wertstoffen aus privaten Haushaltungen nicht dem marktformigen Prozess von Angebot und Nachfrage

überantwortet werden darf, sondern es hierzu staatlicher Maßnahmen bedarf.

Anders als *Dieckmann*, der hinsichtlich der Sammlung von Altpapier aus privaten Haushaltungen von einem „funktionierenden Wettbewerb“ ausgeht⁹⁸, sieht das Gemeinschaftsrecht auch und gerade für die Altpapierfraktion die Mitgliedstaaten in der Verantwortung, eine Getrennterfassung und ein qualitativ hochwertiges Recycling dauerhaft sicherzustellen.

In Umsetzung der Abfallrahmenrichtlinie sieht § 14 Abs. 1 des Referentenentwurfs des BMU⁹⁹ vor, dass zum Zweck des ordnungsgemäßen, schadlosen und hochwertigen Recyclings Papier-, Metall-, Kunststoff- und Glasabfälle spätestens ab dem 01.01.2015 getrennt zu sammeln sind, soweit dies technisch möglich und wirtschaftlich zumutbar ist. Ausweislich der Begründung des Referentenentwurfs richtet sich diese Pflicht sowohl an die Abfallerzeuger und -besitzer als auch an die im Rahmen des § 20 verpflichteten öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger.¹⁰⁰

Damit wird in konsequenter Umsetzung der Abfallrahmenrichtlinie auch durch den Referentenentwurf des BMU die Erfassung von Wertstoffen aus privaten Haushaltungen als hoheitliche Aufgabe der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger konzipiert. Der Referentenentwurf hat hierdurch nicht nur die materiellen Umweltauflagen der Abfallrahmenrichtlinie umgesetzt, sondern zugleich die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse definiert, wie sie von den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern zu erbringen sind. Auch aufgrund der entsprechenden Vorgaben der Abfallrahmenrichtlinie sind Zweifel an der Zulässigkeit dieser Festlegung vor dem Hintergrund des Wettbewerbsrechts der EU-Verträge nicht angezeigt.

⁹⁸ Dieckmann, Europarechtliche Spielräume und Grenzen für mitgliedstaatliche Überlassungspflichten für verwertbare Abfälle aus privaten Haushaltungen, Rechtsgutachten September 2009, S. 37.

⁹⁹ Referentenentwurf mit Stand 18.03.2011, S. 26; GesetzE BReg., S. 23.

¹⁰⁰ Referentenentwurf mit Stand 18.03.2011, S. 200; GesetzE BReg., S. 197.

Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden, dass sowohl die Abfallrahmenrichtlinie als auch im Grundsatz der Referentenentwurf des BMU davon ausgehen, dass die Erfassung von Wertstoffen aus privaten Haushalten als öffentliche Entsorgungspflicht wahrzunehmen ist. Auch die Erfassung von Wertstoffen stellt damit eine Daseinsvorsorgeleistung dar, da sie unabhängig von Marktschwankungen und etwaigen Defiziten flächendeckend erbracht werden soll. Hier kommt also die Wertung zum Ausdruck, dass auch die Erfassung solcher Abfälle, die potenziell erlösträchtig sind, nicht den jeweiligen Marktgegebenheiten überantwortet werden soll. Obschon mithin die Definition von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse in die Kompetenz der Mitgliedstaaten fällt, erfährt die Zuordnung der Wertstofffassung zur kommunalen Daseinsvorsorge durch das sekundäre Gemeinschaftsrecht in Gestalt der Abfallrahmenrichtlinie eine wesentliche Unterstützung.

d) Zusätzliche Stärkung des mitgliedstaatlichen Gestaltungsspielraums durch das Protokoll Nr. 26 über Dienste von allgemeinem Interesse

Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass der Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten bei der Definition ihrer allgemeinen wirtschaftlichen Interessen durch das Protokoll Nr. 26 über Dienste von allgemeinem Interesse, das nach Art. 51 EUV Bestandteil der Verträge ist, nochmals bekräftigt wurde.¹⁰¹ Art. 1 (Gemeinsame Werte) des Protokolls Nr. 26 hat folgenden Wortlaut:

„Zu den gemeinsamen Werten der Union in Bezug auf Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse im Sinne des Art. 14 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union zählen insbesondere:

¹⁰¹ Siehe hierzu im gegebenen Zusammenhang auch Karpenstein, Haushaltsabfälle zwischen Privatisierung und Kommunalisierung, Rechtsgutachten Januar 2009, S. 42, Rn. 108; Koch/Reese, Hausmüllentsorgung als Aufgabe der Daseinsvorsorge, Rechtsgutachten Mai 2010, S. 26 f.

- *die wichtige Rolle und der weite Ermessensspielraum der nationalen, regionalen und lokalen Behörden in der Frage, wie Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse auf eine den Bedürfnissen der Nutzer so gut wie möglich entsprechende Weise zur Verfügung zu stellen, in Auftrag zu geben und zu organisieren sind;*
- *die Vielfalt der jeweiligen Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse und die Unterschiede bei den Bedürfnissen und Präferenzen der Nutzer, die aus unterschiedlichen geographischen, sozialen oder kulturellen Gegebenheiten folgen können;*
- *ein hohes Niveau in Bezug auf Qualität, Sicherheit und Bezahlbarkeit, Gleichbehandlung und Förderung des universellen Zugangs und der Nutzerrechte.“*

Durch diese primärrechtlichen Neuerungen haben die Mitgliedstaaten zum Ausdruck gebracht, dass sie die Rolle der öffentlichen Daseinsvorsorge in der Gemeinschaft zukünftig stärken wollen.¹⁰² Der weite Ermessensspielraum, der den Mitgliedstaaten bei der Umschreibung und der Organisation der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse zusteht, wird dabei nicht nur auf die nationale Ebene bezogen, sondern auch auf die regionale sowie die lokale Ebene.¹⁰³ Dies kommt dem deutschen Rechtsverständnis entgegen, wonach den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern ein weites Organisationsermessen bei der Ausgestaltung der kommunalen Entsorgungsaufgaben zuzubilligen ist.

In der Literatur wird dem Protokoll Nr. 26 über Dienste von allgemeinem Interesse die Wirkungsweise zuerkannt, auch die Auslegung der maßgeblichen Wettbewerbsvorschriften und insbesondere

¹⁰² So ausdrücklich Koch/Reese, Hausmüllentsorgung als Aufgabe der Daseinsvorsorge, Rechtsgutachten Mai 2010, S. 26.

¹⁰³ Siehe hierzu auch Schwarze, EuZW 2001, 334, 339, nach dem die Kompetenzabgrenzungsregeln des Vertrages den Mitgliedstaaten und damit vor allem den Ländern und Gemeinden einen Spielraum zu verantwortlicher Entscheidung über die Anerkennung und Ausgestaltung der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse belassen.

von Art. 106 AEUV zu beeinflussen.¹⁰⁴ Frenz hat zutreffend hervorgehoben, dass das Protokoll Nr. 26 über Dienste von allgemeinem Interesse den Mitgliedstaaten und ihren Untergliederungen und damit auch den Kommunen einen umfassenden Gestaltungsspielraum für die Organisation der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse und damit auch für die Abfallwirtschaft zubilligt.¹⁰⁵

Das Protokoll Nr. 26 über Dienste von allgemeinem Interesse steht damit für eine grundlegende Entwicklung des europäischen Primärrechts, das Interesse der Mitgliedstaaten am Erhalt und an der Funktionsfähigkeit ihrer Leistungen der Daseinsvorsorge aufzuwerten und zum Wettbewerbsziel der Europäischen Union in ein gleichrangiges Verhältnis zu setzen.¹⁰⁶

e) Erste Schlussfolgerungen für die Beschränkbarkeit gewerblicher Wertstoffsammlungen

Auch und gerade vor dem Hintergrund des Protokolls Nr. 26 über Dienste von allgemeinem Interesse ist die Argumentation, dass europäische Primärrecht gebiete Freiräume für die „gewerbliche Sammlung“ von Haushaltsabfällen, wenig überzeugend. Wäre diese Argumentation richtig, so würde insbesondere dieses Zusatzprotokoll zu den europäischen Verträgen im hiesigen Zusammenhang leerlaufen, da es gerade den Mitgliedstaaten und den regionalen wie lokalen Behörden freistellen will, wie Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse nutzerfreundlich zur Verfügung gestellt und organisiert werden.

Dabei betont das Protokoll Nr. 26 auch das hohe Niveau der Dienstleistungen, ihre Sicherheit und Bezahlbarkeit sowie die Gleichbehandlung und die Förderung des universellen Zugangs. Gerade diese Kriterien können durch „gewerbliche Sammlungen“, die ausschließlich nach den aktuellen Marktbedingungen operieren, nicht erfüllt

¹⁰⁴ Ruge, *Wirtschaft und Verwaltung* 2008, 263, 265; Knauff, *EuR* 2010, 725, 737.

¹⁰⁵ Frenz, *AbfallR* 2007, 242, 253.

¹⁰⁶ Siehe hierzu umfassend Schorkopf, *Wirtschaft und Verwaltung* 2008, 253 ff.

werden. Es kann den Mitgliedstaaten somit nach Sinn und Zweck des Protokolls Nr. 26 nicht verwehrt sein, die Hausmüllentsorgung einschließlich der nach Maßgabe der Abfallrahmenrichtlinie getrennt zu erfassenden Fraktionen umfassend in öffentlicher Trägerschaft zu organisieren, um so eine verlässliche Entsorgung sämtlicher Haushalte im Gebiet eines öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers zu gleichen Bedingungen zu gewährleisten.

An dieser Stelle soll bereits darauf hingewiesen werden, dass das Protokoll Nr. 26 auch der Vielfalt der jeweiligen Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse und den unterschiedlichen sozialen oder kulturellen Gegebenheiten in den einzelnen Mitgliedstaaten Rechnung trägt. Vor diesem Hintergrund gewinnt das Argument des Bundesverwaltungsgerichts in seinem Altpapier-Urteil an Gewicht, das restriktive Verständnis des Sammlungsbegriffs in § 13 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 KrW-/AbfG auch aus der Entstehungsgeschichte der Norm herzuleiten.¹⁰⁷

Wenn demnach das Primärrecht die sozialen und kulturellen Gegebenheiten in den einzelnen Mitgliedstaaten bei der Ausgestaltung der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betont, so kann der nationale Gesetzgeber auch berücksichtigen, ob ein bestimmtes Feld der öffentlichen Daseinsvorsorge traditionell durch die hoheitliche Aufgabenverantwortung bestimmt ist. Denn der Tätigkeitsbereich der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse ist oft historisch geprägt und richtet sich nach den besonderen Gegebenheiten in dem jeweiligen Mitgliedstaat. Daher ist an die jeweiligen mitgliedstaatlichen Aufgabenzuschnitte und die darin zum Ausdruck kommende Bedeutungszuweisung anzuknüpfen.¹⁰⁸

Das europäische Wettbewerbsrecht zwingt mithin nicht dazu, den tradierten Zuschnitt einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse aufzugeben, sofern das entsprechende Sachgebiet nicht explizit zum Gegenstand sekundärrechtlicher Liberali-

¹⁰⁷ BVerwG, Urteil vom 18.06.2009, NVwZ 2009, 1292, 1295, Rn. 32 der Entscheidung.

¹⁰⁸ Siehe Frenz, Handbuch Europarecht, Band 2, Europäisches Kartellrecht, S. 785, Rn. 2098.

sierungsbestrebungen wird. Für den gesetzgeberischen Umgang mit „gewerblichen Sammlungen“ von Haushaltsabfällen bedeutet dies, dass der Gesetzgeber berücksichtigen darf, dass solche Sammlungen bis zum Anziehen der Weltmarktpreise für Altpapier in den Jahren 2007/2008 allenfalls ein Nischendasein beanspruchen konnten. Strukturierte Parallelsysteme zur kommunalen Hausmüllentsorgung waren in Deutschland bis zu den Auseinandersetzungen um die gewerbliche „Blaue Papiertonne“ nicht bekannt. Das tradierte Verständnis einer umfassenden kommunalen Zuständigkeit für die Hausmüllentsorgung bildet sich insoweit auch im Sammlungs-begriff des Bundesverwaltungsgerichts ab, der eben nur gelegentliche und vom Tätigkeitsbild der kommunalen Entsorgung deutlich unterscheidbare Sammelformen erfasst.

Vor diesem Hintergrund ist auch *Koch/Reese* zu widersprechen, nach denen zwar der restriktive Sammlungs-begriff im Sinne der Altpapier-Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts die historischen Vorstellungen des Gesetzgebers treffend erfasst habe, aber unter den gegenwärtigen Rahmenbedingungen als europarechtlich fragwürdig aufgegeben werden sollte.¹⁰⁹ Ohne an dieser Stelle bereits umfassend auf die Kritik von *Koch/Reese* am Sammlungs-begriff des Bundesverwaltungsgerichts einzugehen, soll doch darauf hingewiesen werden, dass die Feststellung zu kurz greift, das Bundesverwaltungsgericht habe allein die historischen Vorstellungen des Gesetzgebers über „gewerbliche Sammlungen“ zutreffend erfasst.

Unabhängig davon, ob die gegenwärtigen europarechtlichen Rahmenbedingungen eine Abweichung vom tradierten Begriffsverständnis der „gewerblichen Sammlung“ verlangen, ist zu betonen, dass auch ein solches tradiertes Verständnis der Reichweite kommunaler Hausmüllentsorgung – in Abgrenzung zur „gewerblichen Sammlung“ – im europäischen Primärrecht eine normative Anerkennung erfährt. Sollte also die Auffassung vertreten werden, im deutschen Abfallrecht müsse das tradierte Verständnis privatautonomer Sammeltätigkeiten außerhalb der kommunalen Entsor-

¹⁰⁹ So Koch/Reese, Hausmüllentsorgung als Aufgabe der Daseinsvorsorge, Rechtsgutachten Mai 2010, S. 55, 65.

gungsverantwortung aufgegeben werden, so bedarf diese Betrachtung einer besonderen Rechtfertigung. Denn die europäischen Verträge und namentlich das Protokoll Nr. 26 über Dienste von allgemeinem Interesse schützen gerade den historisch vorgefundenen Bestand an öffentlicher Daseinsvorsorge, wie er sich in den einzelnen Mitgliedstaaten ausgebildet hat.

Insoweit darf auch das historisch tradierte Begriffsverständnis der „gewerblichen Sammlung“ bei der Bestimmung des Verhältnisses von Daseinsvorsorge und Wettbewerb bei der Hausmüllentsorgung im Kontext von Art. 106 Abs. 2 AEUV nicht außen vor bleiben.

5. **Betraung**

Als weitere Tatbestandsvoraussetzung verlangt Art. 86 Abs. 2 EGV/Art. 106 Abs. 2 AEUV eine „Betraung“ mit der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse. Hierunter ist zu verstehen, dass das Eigeninteresse des Unternehmens durch einen staatlichen Hoheitsakt der Verpflichtung untergeordnet wird, einen bestimmten, von der Rechtsordnung formulierten Auftrag zu erfüllen.¹¹⁰

Bei der Beurteilung ist dabei allerdings auf den Inhalt einer Maßnahme und ihre wirtschaftlichen Folgen stärker abzustellen als auf ihre formale Gestaltung. Demzufolge muss die Betraung zur Folge haben, dass die Tätigkeit des Unternehmens einem verbindlich festgelegten besonderen Zweck dient, so dass es seine Leistungen auch dann zu erbringen hat, wenn die Marktlage und damit das unternehmerische Eigeninteresse dem entgegenstehen.¹¹¹

Betraute Unternehmen sind somit von anderen Unternehmen dadurch abzugrenzen, dass sie auch dann nicht von der Erbringung einer unrentablen Leistung Abstand nehmen können, wenn dies unter betriebs-

¹¹⁰ v. Wilmowsky, ZHR 155 (1991), 545, 552; Jung, in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, 3. Aufl., Art. 86, Rn. 39.

¹¹¹ v. Wilmowsky, ZHR 155 (1991), 545, 552; vgl. auch Ehrlicke, EuZW 1993, 211, 214; Hellermann, Örtliche Daseinsvorsorge und gemeindliche Selbstverwaltung, S. 117; Scharpf, EuR 2005, 605, 612; Mestmäcker/Schweitzer, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EG/Teil 1, 4. Aufl., Art. 86 Abs. 2, Rn. 45.

wirtschaftlichen Gesichtspunkten angezeigt ist. Daraus folgt zunächst, dass sämtliche öffentliche Unternehmen als betraute Unternehmen zu qualifizieren sind, da diese definitionsgemäß dem beherrschenden und steuernden Einfluss des Staates unterworfen sind.¹¹²

Gleiches gilt unproblematisch auch für die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger, deren öffentlich-rechtliche Pflichtenstellung durch §§ 13 Abs. 1, 15 Abs. 1 KrW-/AbfG festgelegt wird.¹¹³

Diesbezüglich ist im hiesigen Zusammenhang auch die Betrauung der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger mit der Wertstoffeffassung hervorzuheben, wie sie in Art. 11 der Abfallrahmenrichtlinie bereits angelegt und durch § 14 Abs. 1 i.V.m. § 20 Abs. 1 des Referentenentwurfs des BMU umgesetzt wird. Konnte man auch nach der geltenden Rechtslage unter dem KrW-/AbfG davon ausgehen, dass die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger gemäß § 15 Abs. 1 Satz 2 KrW-/AbfG einer gesteigerten Verwertungspflicht unterliegen und demzufolge auch zur Getrennteffassung von Wertstoffen aus privaten Haushaltungen verpflichtet sind, so ist diese Verpflichtung de lege ferenda explizit im deutschen Abfallrecht geregelt.

In diesem Zusammenhang ist zu betonen, dass es eine wesentliche Funktion von Art. 106 Abs. 2 AEUV ist, den Konflikt zwischen der Erfüllung bestimmter Instrumentalfunktionen, die Mitgliedstaaten bestimmten Unternehmen zuweisen, und der Anwendung des Gemeinschaftsrechts zu verrechtlichen. Die Bedeutung des Betrauungserfordernisses liegt in dieser Hinsicht darin, Inhalt und Reichweite der Instrumentalfunktion offenzulegen. Der Inhalt der Betrauung bildet die Grundlage für die Prüfung, ob und inwieweit die Anwendung der Vertrags- und insbesondere der Wettbewerbsregeln die Erfüllung der besonderen Aufgabe verhindern würde. Der Betrauungsakt muss dabei die „besondere Aufgabe“ in einer Weise definieren, die eine solche Prüfung ermöglicht.¹¹⁴

¹¹² Burgi, EuR 1997, 261, 276.

¹¹³ Vgl. v. Wilmowsky, ZHR 155 (1991), 545, 553; Heise, LKV 1999, 210, 212; Schmelz/Ermacora, Rechtsgutachten zur Europarechtskonformität der vorgeschlagenen Novellierung des Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetzes, 2001, S. 53.

¹¹⁴ Umfassend hierzu Mestmäcker/Schweitzer, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EG/Teil 1, 4. Aufl., Art. 86 Abs. 2, Rz.

Mit der Betrauung der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger mit der Wertstofffassung, wie sie in § 14 Abs. 1 des Referentenentwurfs explizit normiert wird, wird die Entscheidung des nationalen Gesetzgebers getroffen, die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger für die Erfassung von Wertstoffen aus privaten Haushaltungen in die Pflicht zu nehmen. An *dieser* Aufgabenzuweisung muss demzufolge auch die Prüfung ausgerichtet werden, ob „gewerbliche Sammlungen“ die Erfüllung der zugewiesenen Entsorgungsaufgabe verhindern würden. Ebenso darf die Prüfung der Voraussetzungen von Art. 106 Abs. 2 AEUV hinter diese Aufgabenzuweisung nicht mehr zurückfallen.

Der Referentenentwurf des BMU vom 18.03.2011 krankt u.a. daran, dass die europarechtliche Dimension der Betrauung der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger mit der Einsammlung der Wertstoffe nicht erfasst wird. Diesbezüglich ist der Referentenentwurf auch von einer inneren Widersprüchlichkeit geprägt, die notwendigerweise zu falschen Schlussfolgerungen führen muss. So wird in der Begründung des Referentenentwurfs zum einen zutreffend festgestellt, dass sich die Entsorgungsaufgabe des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers auf die hochwertige und umweltverträgliche Verwertung und Beseitigung aller in seinem Gebiet angefallenen und überlassenen Haushaltsabfälle erstreckt.¹¹⁵

Im Widerspruch hierzu werden jedoch vermeintlich „höherwertige“ „gewerbliche Sammlungen“ mit dem Argument zugelassen, dass der Schutz der Funktionsfähigkeit des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers nur dann gerechtfertigt sei, wenn dieser auch seine Entsorgungsfunktion in hochwertiger Art und Weise zu erfüllen vermag.¹¹⁶

Im Ergebnis wird damit die Zulassung „gewerblicher Sammlungen“ mit dem Argument gerechtfertigt, dass die Betrauung der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger mit der gebotenen hochwertigen Hausmüllverwertung im Ergebnis nicht gelingt. Denn die Zulassung der gewerblichen Sammlung wäre die Reaktion darauf, dass ein öffentlich-

¹¹⁵ BMU, Referentenentwurf mit Stand vom 18.03.2011, S. 205; GesetzE BReg., S. 202.

¹¹⁶ BMU, Referentenentwurf mit Stand vom 18.03.2011, S. 208; GesetzE BReg., S. 207.

rechtlicher Entsorgungsträger nicht dazu in der Lage ist, seine Entsorgungsfunktion in hochwertiger Art und Weise zu erfüllen. Die Zulassung gewerblicher Sammlungen ist also mit anderen Worten nichts anderes als ein Ausdruck des Misstrauens des Gesetzgebers in die von ihm selbst getroffene Betrauungsentscheidung.

Eine solch widersprüchliche gesetzgeberische Konzeption kann jedoch nur zu widersprüchlichen Ergebnissen führen, da die Adressaten des Betrauungsaktes – in diesem Fall die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger – einerseits mit einer komplexen Daseinsvorsorgeleistung betraut werden, sie hierbei jedoch nicht vor Wettbewerb in lukrativen Teilsegmenten geschützt werden, da der Gesetzgeber selbst von einer – jedenfalls partiellen – Erfolglosigkeit seines Betrauungsaktes ausgeht. Anders formuliert dementiert der Gesetzgeber seinen eigenen Betrauungsakt, wenn er hochwertige Entsorgungsleistungen durch gewerbliche Wettbewerber zulassen will, die eben Gegenstand der Betrauung der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger sind. Ginge der Gesetzgeber tatsächlich davon aus, dass die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger im Einzelfall nicht dazu in der Lage sind, ihre Entsorgungsfunktion in hochwertiger Art und Weise zu erfüllen, so müsste er davon absehen, sie mit der Sammlung und Verwertung von Haushaltsabfällen zu betrauen. Betraut er sie jedoch in der Erwartung, dass die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger zur hochwertigen Verwertung von Haushaltsabfällen in der Lage sind, so fehlt daneben für die Zulassung gewerblicher Sammlung jede Rechtfertigung.

Was die Betrauung der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger mit der Hausmüllentsorgung und in diesem Zusammenhang auch mit der Wertstofffassung betrifft, so ist ein weiterer Gesichtspunkt hervorzuheben: In der Rechtsprechung des EuGH ist inzwischen anerkannt, dass eine Betrauung nicht durch eine Rechtsvorschrift erfolgen muss. Vielmehr kann ein Unternehmen mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse z.B. auch durch eine öffentlich-rechtliche Konzession betraut werden.¹¹⁷ Das Betrauungsmerkmal dient demnach primär der Rechtssicherheit und -klarheit, indem es die Feststellung der tatsächlichen

¹¹⁷ Siehe EuGH, Urteil vom 27.04.1994, Rs. C-393/92, Gemeinde Almelo, Rn. 47, EuZW 1994, 408, 410; EuGH, Urteil vom 23.10.1997, Rs. C-159/94, Energiemonopole Frankreich, Rn. 66.

Übertragung einer besonderen Aufgabenstellung sowie der damit einhergehenden Verpflichtungen und Belastungen ermöglicht.¹¹⁸

Darüber hinaus hat jedoch die Betrauung mit einer öffentlichen Dienstleistung auch eine rechtsstaatliche und demokratische Dimension, worauf *Franzius* hingewiesen hat.¹¹⁹ Die Betrauung eines Unternehmens mit einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse ist insoweit Ausdruck der primärrechtlich eingeräumten Einschätzungsprärogative der Mitgliedstaaten und das Ergebnis einer in erster Linie politisch zu treffenden Abwägungsentscheidung.¹²⁰

Erfolgt dabei – wie hier – die Betrauung der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger mit der umfassenden Wahrnehmung der Hausmüllentsorgung durch den parlamentarischen Gesetzgeber, so kommt einem solchen Betrauungsakt ein besonders hohes Maß demokratischer Legitimation zu. Dies ist deshalb hervorzuheben, weil neben einer gesetzförmigen Betrauung auch anerkannt wird, dass sich die entsprechende Aufgabenzuweisung aus dem Gesamtzusammenhang ergibt und hierbei allein entscheidend ist, dass der Staat bestimmte Unternehmen aus Gründen des Gemeinwohls und damit als Instrument der Wirtschafts- oder Sozialpolitik einsetzt.¹²¹ Die Betrauung durch den parlamentarischen Gesetzgeber, wie sie bezüglich der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger und der Hausmüllentsorgung durch die §§ 13, 15 KrW-/AbfG erfolgt ist und zukünftig durch die §§ 17, 20 KrWG erfolgen soll, ist damit in besonderer Form geeignet, den mitgliedstaatlichen Gestaltungsspielraum zur Geltung zu bringen und ein Zurücktreten des gemeinschaftlichen Wettbewerbsprinzips zu rechtfertigen.

Die gesetzförmige Betrauung der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger mit der Hausmüllentsorgung, an der auch im Rahmen der Novellierung des Kreislaufwirtschafts- und Abfallrechts festgehalten werden soll,

¹¹⁸ v. Danwitz, NWVBl. 2002, 132, 137; siehe hierzu auch Frenz, Handbuch Europarecht, Band 2, Europäisches Kartellrecht, S. 759 f., Rn. 2034 ff.

¹¹⁹ Franzius, Der Staat 45 (2006), 547, 560.

¹²⁰ So ausdrücklich Franzius, Der Staat 45 (2006), 547, 561.

¹²¹ Frenz, Handbuch Europarecht, Band 2, Europäisches Kartellrecht, S. 760, Rn. 2036.

verleiht damit dem Charakter der Hausmüllentsorgung als öffentliche Daseinsvorsorgeleistung ein besonderes Gewicht.

6. Verhinderung der Erfüllung der übertragenen Aufgabe

Zentrale Bedeutung im Rahmen von Art. 86 Abs. 2 EGV/Art. 106 Abs. 2 AEUV kommt der dritten Tatbestandsvoraussetzung zu, wonach die Anwendung der Vertragsvorschriften die Erfüllung der dem Unternehmen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindern muss, um einen Dispens von den entsprechenden Vorschriften zu bewirken. Da die Regelung des Art. 86 Abs. 2 EGV/Art. 106 Abs. 2 AEUV lange Zeit keine praktische Bedeutung entfaltete, war bis in die 90er Jahre hinein unklar, ob dessen Voraussetzungen überhaupt je erfüllt sein könnten. Teilweise wurde dies grundsätzlich in Frage gestellt mit der Konsequenz, dass die Regelung insgesamt für obsolet erklärt wurde.¹²²

Namentlich für die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsmonopole wurde die Möglichkeit der Mitgliedstaaten bestritten, deren Wirtschaftlichkeit durch die Gewährung von Ausschließlichkeitsrechten abzusichern.

Der EuGH hätte sich im Grundsatz gegen das Modell des Kostenausgleichs im Monopol und für das sog. Zukaufmodell entschieden, in dem es den Mitgliedstaaten freigestellt sei, Leistungen, die im Wettbewerb nicht erbracht würden, selbst hinzuzukaufen. Grundsätzlich seien damit Dienstleistungsmonopole auch solcher Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind, aufzulösen und in eine Ordnung zu überführen, die Wettbewerb durch EU-ausländische Anbieter zulasse.¹²³

Auch *Dieckmann* vertritt insoweit noch eine restriktive Auffassung, nach der eine mögliche Verhinderung der Aufgabenerfüllung festgestellt werden muss, um einen Dispens von den Vertragsvorschriften zu rechtferti-

¹²² v. Wilmowsky, ZHR 155 (1991), 545, 554; restriktiv auch Müller, Dienstleistungsmonopole im System des EWGV, S. 241f.; vgl. auch Ehrlicke, EuZW 1993, 211, 214; ein rechtshistorischer Überblick findet sich auch bei Schorkopf, Wirtschaft und Verwaltung 2008, 253, 254 ff.

¹²³ v. Wilmowsky, ZHR 155 (1991), 545, 569.

gen. Vor diesem Hintergrund gelangt *Dieckmann* auch zur Europarechtswidrigkeit der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 18.06.2009, da der dort aufgestellte Prüfungsmaßstab mit demjenigen von Art. 86 Abs. 2 EGV/Art. 106 Abs. 2 AEUV nicht vereinbar sei.¹²⁴

Nach Art. 86 Abs. 2 EGV/Art. 106 Abs. 2 AEUV bedürfe es nach *Dieckmann* des Nachweises, dass ohne die grundsätzlich vom Gemeinschaftsrecht abweichende mitgliedstaatliche Maßnahme – hier die Überlassungspflicht – die Erfüllung der den begünstigten Monopolunternehmen zugewiesenen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert bzw. zumindest gefährdet würde. Die bewusste Herabsetzung dieser Eingriffsschwelle durch das Bundesverwaltungsgericht gleichsam um mehrere Größenordnungen bis auf ein Niveau, wonach schon mehr als nur geringfügige Auswirkungen auf die Organisation und Planungssicherheit ein Verbot der Sammlung rechtfertigen, stehe in keinem tragfähigen Begründungszusammenhang mehr zu den Vorgaben des Art. 86 Abs. 2 EGV/Art. 106 Abs. 2 AEUV.¹²⁵

Diese restriktive Auffassung kann jedoch inzwischen aufgrund der Fortentwicklung der EuGH-Rechtsprechung und der rechtswissenschaftlichen Lehre als überholt gelten.¹²⁶ Diese Entwicklung wird im Folgenden nachgezeichnet.

a) Entwicklung der EuGH-Rechtsprechung zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse

aa) Der Paradigmenwechsel des EuGH: Die Entscheidungen Corbeau und Almelo

Namentlich in der Corbeau-Entscheidung hat der EuGH erstmals die wirtschaftlichen Bedingungen der Aufgabenerfüllung

¹²⁴ Dieckmann, Europarechtliche Spielräume und Grenzen für mitgliedstaatliche Überlassungspflichten für verwertbare Abfälle aus privaten Haushaltungen, Rechtsgutachten September 2009, S. 68.

¹²⁵ Dieckmann, Europarechtliche Spielräume und Grenzen für mitgliedstaatliche Überlassungspflichten für verwertbare Abfälle aus privaten Haushaltungen, Rechtsgutachten September 2009, S. 62.

¹²⁶ Vgl. nur Fesenmair, Öffentliche Dienstleistungsmonopole im europäischen Recht, S. 211, Fn. 847; Hellermann, Örtliche Daseinsvorsorge und gemeindliche Selbstverwaltung, S. 89, 117 f; Scharpf, EuR 2005, 605 ff.; Schwarze, EnZW 2001, 334 f.

durch das entsprechende Unternehmen in die Prüfung einer zur Aufgabenerfüllung erforderlichen Dispensierung der Wettbewerbsvorschriften einbezogen. Hier ging es um die Vertragskonformität des belgischen Postmonopols, das durch die Konkurrenz eines privaten lokalen Schnell-Zustelldienstes des Kaufmanns Corbeau in Frage gestellt wurde. Der EuGH hat dabei ausdrücklich festgestellt, dass es dem Inhaber des ausschließlichen Rechts ermöglicht werden dürfe, seine im allgemeinen Interesse liegende Aufgabe unter wirtschaftlich tragbaren Bedingungen zu erfüllen.¹²⁷

Der EuGH hat zur Prüfung der wirtschaftlichen Erforderlichkeit einer Beschränkung des Wettbewerbs weiter ausgeführt:

„Bei dieser Prüfung ist davon auszugehen, dass die Verpflichtung des mit dieser Aufgabe Betrauten, seine Dienstleistungen unter wirtschaftlich ausgewogenen Bedingungen sicherzustellen, die Möglichkeit eines Ausgleichs zwischen den rentablen und den weniger rentablen Tätigkeitsbereichen voraussetzt und daher eine Einschränkung des Wettbewerbs von Seiten einzelner Unternehmer in wirtschaftlich rentablen Bereichen rechtfertigt.

Wenn es einzelnen Unternehmen gestattet wäre, mit dem Inhaber ausschließlicher Rechte in Bereichen ihrer Wahl in Wettbewerb zu treten, in denen diese Rechte bestehen, würden sie nämlich in die Lage versetzt, sich auf die wirtschaftlich rentablen Tätigkeiten zu konzentrieren und dort günstigere als die von den Inhabern der ausschließlichen Rechte angewandten Tarife anzubieten, da sie im Gegensatz zu diesen nicht wirt-

¹²⁷ Rs. C-320/91, Slg. 1993, 2533, 2569, Rn. 16; s.a. Lehr, DÖV 2005, 542, 547 f.; Schorkopf, Wirtschaft und Verwaltung 2008, 253, 255, Möstl, in: Brenner/Huber/Möstl, Der Staat des Grundgesetzes, FS Badura, 2004, 951, 954.

schaftlich gezwungen sind, einen Ausgleich zwischen den in den unrentablen Bereichen entstandenen Verlusten und den in den rentableren Bereichen erzielten Gewinnen vorzunehmen“¹²⁸

Der EuGH hat mit der Corbeau-Entscheidung die Möglichkeit geschaffen, bei der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinen wirtschaftlichen Interessen durch öffentliche Monopolunternehmen das sog. „Rosinenpicken“ durch private Wettbewerber zu unterbinden.¹²⁹

Der EuGH anerkennt im Bereich von Art. 86 Abs. 2 EGV/Art. 106 Abs. 2 AEUV die wirtschaftliche Schutzwürdigkeit mitsamt der Möglichkeit eines Binnenausgleichs zwischen Gewinnen und Verlusten derjenigen Unternehmen, denen aufgrund öffentlicher Interessen Sonderpflichten auferlegt sind.¹³⁰

Die mit der kontinuierlichen und flächendeckenden Leistungserbringung verbundenen Nachteile öffentlicher Unternehmen gegenüber privaten Konkurrenten, die den entsprechenden Sonderpflichten nicht unterliegen, können demnach durch die Verleihung besonderer Rechte im Sinne von Art. 86 Abs. 2 EGV/Art. 106 Abs. 2 AEUV und Dispense von den Wettbewerbsbestimmungen gemeinschaftskonform ausgeglichen werden, ohne dass hierin der EuGH eine Verletzung des europäischen Wettbewerbsrechts oder des Gleichbehandlungsgrundsatzes sieht.¹³¹

¹²⁸ Rs. C-320/91, Slg. 1993, 2533, 2569, Rn. 17, 18.

¹²⁹ So auch Heinemann, Grenzen staatlicher Monopole im EG-Vertrag, S. 183; Rapp-Jung, RdE 1994, 165, 169; Lehr, DÖV 2005, 542, 548; Voet van Vormizeele, in: Schwarze (Hrsg.) EU-Kommentar, 2. Aufl., Art. 86 Rn. 69; Scharpf, EuR 2005, 605, 619.

¹³⁰ Rapp-Jung, RdE 1994, 165, 169; vgl. auch Tettinger, DVBl. 1997, 341, 344f.; Heinemann, Grenzen staatlicher Monopole im EG-Vertrag, S. 184; Le Nestour/Zinow, Energiewirtschaftliche Tagesfragen 1995, 78, 79; Frenz, NuR 2000, 611, 613; Khan, in: Geiger/Khan/Kotzur, EGV/AEUV, 5. Aufl., Art. 106 Rn. 20; Scharpf, EuR 2005, 605, 619; Calliess/Korte, Dienstleistungsrecht in der EU, § 3, Rn. 160, S. 127..

¹³¹ Frenz, Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse nach Gemeinschaftsrecht und Folgen für die Abfallwirtschaft, Rechtsgutachten Juni 2000, S. 14; derselbe, AbfallR 2007, 242, 245.

An dieser Stelle ist bereits auf eine wesentliche Weichenstellung durch die Corbeau-Entscheidung hinzuweisen, die für die hiesige Fragestellung von grundlegender Bedeutung ist. Denn der EuGH hat eine Beschränkung des Wettbewerbs auch dort zugelassen, wo es um Dienstleistungen geht, die von den eigentlichen „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“ abtrennbar sind. Die maßgebliche Passage lautet wie folgt:

„Der Ausschluss des Wettbewerbs ist jedoch dann nicht gerechtfertigt, wenn es sich um spezifische, von den Dienstleistungen von allgemeinem Interesse trennbare Dienstleistungen handelt, die besonderen Bedürfnissen von Wirtschaftsteilnehmern entsprechen und bestimmte zusätzliche Leistungen verlangen, die der herkömmliche Postdienst nicht anbietet wie die Abholung beim Absender, eine schnellere und zuverlässigere Verteilung oder auch die Möglichkeit, den Bestimmungsort während der Beförderung zu ändern, und sofern diese Dienstleistungen aufgrund ihrer Art und der Umstände, unter denen sie angeboten werden, wie etwa des Gebiets, in dem sie erbracht werden, das wirtschaftliche Gleichgewicht der vom Inhaber des ausschließlichen Rechts übernommenen Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse nicht in Frage stellen.“¹³²

Hier ist also zu beachten, dass der EuGH den Markt für postalische Universaldienste von den Märkten für andere „spezifische Dienstleistungen“ trennt. Hier steht die Pflicht zur Wettbewerbseröffnung auf den Märkten für „spezifische Dienstleistungen“ unter dem Vorbehalt, dass dadurch das wirtschaftliche Gleichgewicht des betrauten Unternehmens auf dem

¹³² EuGH, Urteil vom 19.05.1993, Rs. C-320/91, Corbeau, Rn. 19.

Markt für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse nicht in Frage gestellt werden darf.¹³³

Zwar wird man annehmen können, dass der vom EuGH errichtete Vorbehalt grundsätzlich nur in den Fällen eingreifen soll, in denen zwischen dem Markt für „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“ und angrenzenden Märkten ein so enger Zusammenhang besteht, dass sie faktisch kaum voneinander zu trennen sind, bzw. dass die Eröffnung von Wettbewerb auf dem angrenzenden Markt die Wirtschaftlichkeit des Marktes für „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“ nahezu zwangsläufig beeinträchtigt.¹³⁴ Nicht umfasst ist daher das Übergreifen in Nachbarbereiche, die von den mit Sonderpflichten behafteten Feldern thematisch losgelöst sind.¹³⁵

Zu beachten ist aber, dass die Grundsätze der Corbeau-Entscheidung nicht in der Form auf die hiesige Fragestellung übertragen werden können, dass die Restmüllentsorgung der privaten Haushaltungen als „Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“ begriffen wird, während die Wertstoffentsorgung als „spezifische, trennbare Dienstleistung“ eingestuft würde. In diesem Fall könnte zwar argumentiert werden, dass die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger in den abgetrennten Markt der Wertstoffeffassung übergreifen dürfen, um die Restmüllentsorgung zu wirtschaftlich ausgewogenen Bedingungen betreiben zu können.

So liegt es aber gerade nicht. Denn wie bereits umfassend herausgearbeitet wurde, stellt die Wertstoffentsorgung von privaten Haushaltungen *selbst* eine „Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“ dar, die also in sich zu wirtschaftlich ausgewogenen Bedingungen betrieben werden

¹³³ Mestmäcker/Schweitzer, in: Immenga/Mestmäcker, WettbewerbsR, EG/Teil 1, 4. Aufl., Art. 86 Abs. 2, Rn. 90.

¹³⁴ Mestmäcker/Schweitzer, a.a.O.,

¹³⁵ Frenz, Handbuch Europarecht, Band 2, Europäisches Kartellrecht, S. 767, Rn. 2043.

können muss. Als „spezifische, trennbare Dienstleistung“ im Sinne der Corbeau-Entscheidung wäre also z.B. bei der Altpapiersammlung allenfalls ein Holsystem mittels „Blauer Tonnen“ zu bewerten, das nicht bereits vom öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger angeboten wird.

Hier wäre also nach den Vorgaben der Corbeau-Entscheidung danach zu fragen, ob ein gewerbliches Holsystem für Altpapier das wirtschaftliche Gleichgewicht eines entsprechenden Bringsystems des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers in Frage stellen könnte. Allein das kommunale Bringsystem für Altpapier wäre demnach der zulässige Bezugspunkt der Prüfung, ob die Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse zu wirtschaftlich ausgewogenen Bedingungen erbracht werden kann, nicht jedoch die kommunale Hausmüllentsorgung in ihrer Gesamtheit. Legt man zutreffend diesen Maßstab zugrunde, so spricht viel für die Prognose, dass ein gewerbliches Holsystem generell geeignet ist, den wirtschaftlichen Betrieb eines kommunalen Bringsystems zu gefährden.

Schon aus diesen Ausführungen wird deutlich, dass sich der Referentenentwurf des BMU für ein neues Kreislaufwirtschaftsgesetz nicht auf die Rechtsprechung des EuGH stützen kann. Denn der Referentenentwurf entnimmt zwar insoweit der EuGH-Rechtsprechung bestimmte Argumentationsfiguren, verwendet diese jedoch ganz anders als der EuGH.

So soll nach § 17 Abs. 3 Satz 3 des Referentenentwurfs die Erfüllung der kommunalen Entsorgungspflichten zu wirtschaftlich ausgewogenen Bedingungen dann nicht mehr geschützt sein, wenn der öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger nicht in der Lage ist, die von der gewerblichen Sammlung angebotenen Sammel- und Verwertungsleistungen in gleicher Qualität, Effizienz und Dauer selbst oder unter Beauftragung Dritter zu erbringen.

Der EuGH hat jedoch in der Corbeau-Entscheidung ausdrücklich betont, dass auch bei „höherwertiger“ Dienstleistungen privater Wettbewerber das wirtschaftliche Gleichgewicht der vom Inhaber des ausschließlichen Rechts übernommenen Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse nicht in Frage gestellt werden darf. Mit anderen Worten entzieht der Referentenentwurf den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern das Recht zur wirtschaftlichen Aufgabenerfüllung, das ihnen nach der EuGH-Rechtsprechung selbst im Fall „höherwertiger“ Dienstleistungen privater Wettbewerber zusteht. Damit bewegt sich der Referentenentwurf jedoch deutlich außerhalb der Wertungen, die der EuGH zum Schutz der wirtschaftlichen Erfüllung öffentlicher Daseinsvorsorgeleistungen vorgenommen hat.

Verschärfend kommt hinzu, dass nach der Begründung des Referentenentwurfs Maßstab für die wirtschaftliche Aufgabenerfüllung der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger offensichtlich die Gesamtheit der kommunalen Hausmüllentsorgung sein soll.¹³⁶ Damit wird jedoch unzulässigerweise negiert, dass die Wertstoffeffassung durch die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger selbst eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse darstellt.

Nach den §§ 6 Abs. 1, 9 Abs. 1, 11 Abs. 1, 14 Abs. 1, 20 Abs. 1 Referentenentwurf sind die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger explizit mit der Getrennteffassung von Wertstoffen (Papier, Metalle, Kunststoffe, Glas, Bioabfälle) aus privaten Haushaltungen betraut. Damit sind die entsprechenden Erfassungsleistungen selbst Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, die durch gewerbliche Sammlungen nicht in ihrem wirtschaftlichen Betrieb gefährdet werden dürfen. Mit der Negation der kommunalen Wertstoffeffassung als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse verletzt der Referentenentwurf den selbst gestellten Anspruch,

¹³⁶ Siehe BMU, Referentenentwurf mit Stand vom 18.03.2011, S. 208; GesetzE BReg., S. 207.

bei der Ausgestaltung der Überlassungspflichten lediglich die Grundsätze der EuGH-Rechtsprechung zur Anwendung zu bringen.

Die Grundsätze der Corbeau-Entscheidung hat der EuGH in der Almelo-Entscheidung bestätigt. Danach sind Beschränkungen des Wettbewerbs von Seiten anderer Wirtschaftsteilnehmer zuzulassen, soweit sie erforderlich sind, um dem mit einer Aufgabe von allgemeinem Interesse betrauten Unternehmen die Erfüllung dieser Aufgabe zu ermöglichen. Dabei sind auch die wirtschaftlichen Voraussetzungen, unter denen das Unternehmen tätig wird, u.a. die Kosten, die es zu tragen hat, und die – insbesondere umweltrechtlichen – Vorschriften zu berücksichtigen, die es zu beachten hat.¹³⁷

Auch diese Grundsätze der Almelo-Entscheidung des EuGH sind im hiesigen Zusammenhang von besonderem Interesse. Denn die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger unterliegen in gesteigerter Form den Verwertungsanforderungen des Kreislaufwirtschaftsrechts. So haben nach § 20 Abs. 1 Referentenentwurf die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger die in ihrem Gebiet angefallenen und überlassenen Abfälle aus privaten Haushaltungen und Abfälle zur Beseitigung aus anderen Herkunftsbereichen nach Maßgabe der §§ 6 bis 11 zu verwerten oder nach Maßgabe der §§ 15 und 16 zu beseitigen. Werden Abfälle zur Beseitigung überlassen, weil die Pflicht zur Verwertung aus den in § 7 Abs. 4 genannten Gründen nicht erfüllt werden muss, sind die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger zur Verwertung verpflichtet, soweit bei ihnen diese Gründe nicht vorliegen.

Insbesondere aus der Formulierung in § 20 Abs. 1 Satz 2 des Referentenentwurfs folgt, dass die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger auch dann zur Verwertung verpflichtet bleiben, wenn die einzelnen Abfallerzeuger bzw. -besitzer von ihrer

¹³⁷ Rs. C-393/92, Slg. 1994, 1477, 1521, Rn. 49.

Verwertungspflicht entbunden sind. Die Begründung des Referentenentwurfs führt hierzu aus:

„Aufgrund ihrer Leistungsfähigkeit und ihres Organisationsgrades sind diese (öffentlich-rechtlichen) Entsorgungsträger regelmäßig auch in den Fällen noch zu einer hochrangigen und hochwertigen Verwertung in der Lage, in denen die privaten Abfallerzeuger und -besitzer bereits an die Grenze der technischen Machbarkeit und wirtschaftlichen Zumutbarkeit nach § 7 Abs. 4 stoßen. Überlässt ein Erzeuger oder Besitzer seine Abfälle dem öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger als Abfälle zur Beseitigung, weil er die Verwertungspflicht aus den in § 7 Abs. 4 genannten Gründen nicht erfüllen kann, kann der öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger gleichwohl zur Verwertung verpflichtet sein, wenn bei ihm diese Gründe nicht vorliegen.“¹³⁸

Damit geht aus dem Referentenentwurf selbst hervor, dass bei den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern aufgrund der hier vorliegenden besonderen Leistungsfähigkeit und des hohen Organisationsgrades in gesteigertem Maße von einer Pflicht zur hochwertigen Abfallverwertung ausgegangen werden kann. Nach den Grundsätzen der Almelo-Entscheidung kann diese gesteigerte Verwertungspflicht der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger ebenfalls zur Begründung der Einschränkung bzw. des Ausschlusses des Wettbewerbs durch gewerbliche Sammlungen herangezogen werden, zumal solche Sammlungen dazu geeignet sind, Leistungs- und Organisationsfähigkeit der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger zu schädigen.

¹³⁸ BMU, Referentenentwurf mit Stand vom 18.03.2011, S. 213; GesetzE BReg., S. 211.

bb) Konsequente Fortführung des Schutzes öffentlicher Daseinsvorsorge in den Entscheidungen zu Energiemonopolen

Wesentliche Akzente hat der EuGH auch in seinen Entscheidungen aus dem Jahr 1997 zu den Energiemonopolen in den Niederlanden und in Frankreich gesetzt.¹³⁹ Den Schutz der wirtschaftlichen Bedingungen für die Erbringung einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse hat der EuGH dahingehend präzisiert, dass die Vorschriften des Vertrages bereits dann nicht auf ein Unternehmen anwendbar sind, das mit einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut ist, wenn ihre Anwendung die Erfüllung der besonderen Verpflichtungen, die diesem Unternehmen obliegen, tatsächlich oder rechtlich gefährden würde. Es ist danach nicht erforderlich, dass das Überleben des Unternehmens bedroht ist.¹⁴⁰

Zentrale Aussagen des EuGH in der Sache Energiemonopole Niederlande seien an dieser Stelle wiedergegeben:

„Rn. 52

Der Gerichtshof hat jedoch in den Rn. 37 bis 43 festgestellt, dass der Tatbestand des Art. 90 Abs. 2 EGV entgegen der Auffassung der Kommission nicht erst dann erfüllt ist, wenn das finanzielle Gleichgewicht oder das wirtschaftliche Überleben des mit einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betrauten Unternehmens bedroht ist. Vielmehr genügt es, wenn ohne die streitigen Rechte die Erfüllung der dem Unternehmen übertragenen besonderen Aufgaben gefährdet wäre, wie sie sich aus den ihm obliegenden Verpflichtungen und Beschränkungen ergeben.

¹³⁹ EuGH, Urteil vom 23.10.1997, Rs. C-157/94, Energiemonopole Niederlande; EuGH, Urteil vom 23.10.1997, Rs. C-159/94, Energiemonopole Frankreich.

¹⁴⁰ Siehe hierzu Mestmäcker/Schweitzer, in: Immenga/Mestmäcker, WettbewerbsR EG/Teil 1, 4. Aufl., Art. 86 Abs. 2, Rn. 86.

Rn. 53

Im Übrigen ergibt sich aus dem Urteil Corbeau (Rn. 14 bis 16), dass der Tatbestand des Art. 90 Abs. 2 namentlich dann erfüllt ist, wenn die Beibehaltung dieser Rechte erforderlich ist, um ihrem Inhaber die Erfüllung seiner im allgemeinem wirtschaftlichen Interesse liegenden Aufgaben zu wirtschaftlich tragbaren Bedingungen zu ermöglichen.

Rn. 54

Im Rahmen einer Aufhebung der ausschließlichen Einfuhrrechte der SEP würden sich nicht nur bestimmte Verbraucher, sondern auch Versorgungsunternehmen offenkundig auf ausländischen Märkten versorgen, wenn die dortigen Preise niedriger als die Preise der SEP wären. Diese Möglichkeit wäre sogar ein wesentliches Ziel der Marktöffnung.

Rn. 55

Angesichts der Besonderheiten von Elektrizität sowie der Modalitäten ihrer Erzeugung, Fortleitung und Abgabe, wie sie in den Niederlanden existieren, hätte eine solche Marktöffnung ebenso offenkundig wesentliche Änderungen der Verwaltung des nationalen Versorgungssystems zur Folge, was namentlich die Verpflichtung der SEP betrifft, vermittels der ihr übertragenen Planung zum Funktionieren dieses Systems zu möglichst niedrigen Kosten und auf sozialverträgliche Weise beizutragen.¹⁴¹

Diese Ausführungen des EuGH sind für die hiesige Fragestellung deshalb von Belang, weil deutlich wird, dass bei der Frage, ob die wirtschaftliche Aufgabenerfüllung gefährdet ist, eine Prognoseentscheidung zu treffen ist.

¹⁴¹ EuGH, Urteil vom 23.10.1997, Rs. C-157/94, Energiemonopole Niederlande, Rn. 52 bis 55.

Diesbezüglich ist zutreffend darauf hingewiesen worden, dass es bei der Frage, wann von einer Gefährdung der wirtschaftlichen Aufgabenerfüllung auszugehen ist, um eine komplexe Prognoseentscheidung der Mitgliedstaaten geht, die ihrer Natur nach nur auf offensichtliche Fehlerhaftigkeit hin überprüft werden kann. Die konsequente Beschränkung der gerichtlichen Überprüfung auf offensichtliche Fehleinschätzungen beruht dabei maßgeblich auf der funktionalrechtlichen Erkenntnis, dass Kommission und Gemeinschaftsgerichte nicht befugt sind, über den Umfang und die Höhe der Kosten für Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, über die Zweckmäßigkeit der von den nationalen Institutionen getroffenen politischen Entscheidungen oder über ihre wirtschaftliche Effizienz zu befinden, da sie nicht in rechtlicher, sondern in politischer Verantwortung zu entscheiden sind.¹⁴²

Darüber hinaus hat der EuGH in den Energiemonopol-Urteilen auch klargestellt, dass die Mitgliedstaaten nicht positiv belegen müssen, dass keine andere Maßnahme zur sachgerechten Aufgabenerfüllung vorstellbar wäre und sei sie auch nur hypothetisch.¹⁴³

Zurecht ist gerade aus der Rechtsprechung des EuGH zur Energiewirtschaft die zunehmende Anerkennung der öffentlichen Daseinsvorsorge im Rahmen des Gemeinschaftsrechts gefolgert worden.¹⁴⁴ Auch für die hiesige Fragestellung können aus der Rechtsprechung des EuGH zu den Energiemonopolen wesentliche Erkenntnisse gewonnen werden. So wäre ein genereller Ausschluss gewerblicher Sammlungen von Wertstoffen aus privaten Haushaltungen dann zulässig, wenn dieser Ausschluss auf die Prognose gestützt werden könnte, dass ge-

¹⁴² So ausdrücklich von Danwitz, NWVBL 2002, 132, 138.

¹⁴³ EuGH, Urt. v. 23.10.1997, Rs. C-157/94, Energiemonopole Niederlande, Rn. 58; s. hierzu auch Frenz, Handbuch Europarecht, Band 2, Europäisches Kartellrecht, S. 770, Rn. 2063; Mestmäcker/Schweitzer, in: Immenga/Mestmäcker, WettbewerbsR, EG/Teil 1, 4. Aufl., Art. 86 Abs. 2 Rn. 92.

¹⁴⁴ Siehe Schwarze, EuZW 2001, 334, 338.

werbliche Sammlungen die kommunale Wertstoffsammlung zu wirtschaftlich tragbaren Bedingungen gefährden können.

Eine solche Prognose ist schon deshalb naheliegend, weil sich gewerbliche Sammlungen immer auf die lukrativsten Bestandteile des Hausmülls beziehen werden und zudem von dem Interesse geprägt sind, möglichst große Wertstoffmengen der kommunalen Zuständigkeit zu entziehen. Der nationale Gesetzgeber wäre also nach den Wertungen der EuGH-Rechtsprechung nicht daran gehindert, in einer generalisierenden Gefahrenprognose davon auszugehen, dass die wirtschaftlichen Grundlagen der kommunalen Wertstofffassung durch gewerbliche Sammlungen geschädigt werden können.

Hinzu kommt, dass der EuGH in seinen Entscheidungen zu den Energiemonopolen ausdrücklich anerkannt hat, dass ein legitimes Interesse der Mitgliedstaaten darin liegen kann, eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse zu möglichst niedrigen Kosten und auf sozialverträgliche Weise zu erbringen.¹⁴⁵ Bezogen auf die hiesige Fragestellung bedeutet dies, dass die Monopolisierung der Hausmüllentsorgung auch von dem Ziel getragen sein kann, die Wertstofflöse zur Stabilisierung der Abfallgebühren einsetzen zu können. Dieses Argument trifft sich mit der Aussage der Kommission, dass die Gewährung von ausschließlichen Rechten auch als ein Mechanismus zur Finanzierung einer Daseinsvorsorgeleistung durch die Mitgliedstaaten eingesetzt werden kann.¹⁴⁶

Von Bedeutung sind schließlich die Ausführungen des EuGH zur Darlegungslast der Mitgliedstaaten, wenn sie zur wirtschaftlichen Erbringung von Leistungen der Daseinsvorsorge Ausschließlichkeitsrechte begründen. Hier stehen die Mitgliedstaaten gerade nicht in der Verpflichtung, auch positiv belegen zu müssen, dass keine andere vorstellbare, der Natur der Sache

¹⁴⁵ EuGH, Urteil vom 23.10.1997, Rs. C-157/94, Energiemonopole Niederlande, Rn. 55.

¹⁴⁶ Weißbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse vom 12.05.2004, KOM (2004) 374 endgültig, S. 15.

nach hypothetische Maßnahme es erlaubte, die Erfüllung dieser Aufgaben unter wirtschaftlichen Bedingungen sicherzustellen.¹⁴⁷ Auch im Fall eines Ausschlusses gewerblicher Wertstoffsammlungen von privaten Haushaltungen wäre der nationale Abfallgesetzgeber also nicht verpflichtet, nachzuweisen, dass auch andere Maßnahmen eine flächendeckende kommunale Wertstoffeffassung zu sozialverträglichen Gebühren gewährleisten könnten. Ausreichend ist insoweit, dass eine monopolisierte Zuständigkeit der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger für die Haushaltsabfallentsorgung erforderlich ist, um auch die Wertstoffeffassung zu wirtschaftlich tragbaren Bedingungen und damit im Ergebnis zu sozialverträglichen Gebühren organisieren zu können.

cc) Anerkennung der Vorhaltekosten öffentlicher Dienstleistungen durch die Entscheidung Corsica Ferries

Auch in der Entscheidung „Corsica Ferries II.“ hat der EuGH den Mitgliedstaaten weitgehende Gestaltungsfreiräume bei der Organisation der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse zugestanden. Hier hat der EuGH die Leistungen eines Festmacherdienstes im Hafen von Genua als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse gewertet, da die Festmacher verpflichtet seien, jederzeit für alle Hafenbenutzer einen allgemeinen Festmacherdienst bereitzustellen, und zwar aus Gründen der Sicherheit in den Hafengewässern (Rn. 45).

Den örtlichen Festmachergruppen durfte dabei das ausschließliche Recht eingeräumt werden, den allgemeinen Festmacherdienst sicherzustellen, und in den Preis der Dienstleistung einen Bestandteil aufzunehmen, durch den die Kosten der Bereitstellung des allgemeinen Festmacherdienstes gedeckt werden sollen (Rn. 46). Darüber hinaus führt der EuGH aus:

¹⁴⁷ EuGH, Urteil vom 23.10.1997, Rs. C-157/94, Energiemonopole Niederlande, Rn. 58.

„Rn. 60

Was die Frage einer möglichen Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs in Bezug auf die Seeschifffahrt betrifft, so ist die Dienstleistung des Festmachens eine nautische Leistung, die für die Aufrechterhaltung der Sicherheit in Hafengewässern wesentlich ist und die die Merkmale eines öffentlichen Versorgungsdienstes (Allgemeinheit, Beständigkeit, Erfüllung von im öffentlichen Interesse liegenden Erfordernissen, Regelung und Aufsicht durch die Verwaltung) aufweist. Unter dem Vorbehalt, dass der über die tatsächlichen Kosten der Leistung hinausgehende Teil des Entgelts tatsächlich den zusätzlichen Kosten entspricht, die die Bereitstellung eines allgemeinen Festmacherdienstes mit sich bringt, könnte die Verpflichtung zur Inanspruchnahme eines örtlichen Festmacherdienstes, selbst wenn sie eine Behinderung oder Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit im Bereich der Seeschifffahrt darstellen könnte, nach Art. 56 EGV aus den von den Festmachergruppen geltend gemachten Erwägungen der öffentlichen Sicherheit, auf deren Grundlage die nationale Regelung über das Festmachen erlassen wurde, gerechtfertigt werden.¹⁴⁸

Auch in dieser Entscheidung wird somit den besonderen Erfordernissen eines öffentlichen Versorgungsdienstes dadurch entsprochen, dass diesem ein Ausschließlichkeitsrecht zugebilligt wird. Insoweit hält der EuGH auch eine Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit für gerechtfertigt. Damit ist geklärt, dass der Freistellungstatbestand des Art. 106 Abs. 2 AEUV auch Eingriffe in die Grundfreiheiten erfasst, worauf abschließend intensiver eingegangen werden wird.

¹⁴⁸ EuGH, Urteil vom 18.06.1998, Rs. C-266/96, Corsica Ferries II., Rn. 60.

dd) Zulassung eines Ausgleichs zwischen „guten“ und „schlechten“ Risiken in einem Betriebsrentenfonds durch die Brentjens-Entscheidung

In der Entscheidung „Brentjens“ ging es um die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit einer Pflichtmitgliedschaft in einem Betriebsrentenfonds.¹⁴⁹ In dieser Entscheidung stellt der EuGH fest, dass es den Mitgliedstaaten nicht verboten sein könne, bei der Umschreibung der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse die eigenen Ziele ihrer staatlichen Politik zu berücksichtigen und diese durch Verpflichtungen und Beschränkungen zu verwirklichen, die sie diesen Unternehmen auferlegen (Rn. 104).

Ferner sei der Tatbestand des Art. 90 Abs. 2 a.F. des Vertrages nicht erst dann erfüllt, wenn das finanzielle Gleichgewicht oder das wirtschaftliche Überleben des mit einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betrauten Unternehmens bedroht sei. Vielmehr genüge es, dass ohne die streitigen Rechte die Erfüllung der dem Unternehmen übertragenen besonderen Aufgaben gefährdet wäre, wie sie sich aus den ihm obliegenden Verpflichtungen und Beschränkungen ergeben, oder dass die Beibehaltung dieser Rechte erforderlich ist, um ihrem Inhaber die Erfüllung seiner im allgemeinem wirtschaftlichen Interesse liegenden Aufgaben zu wirtschaftlich tragbaren Bedingungen zu ermöglichen (Rn. 107).

Bezogen auf das streitgegenständliche Betriebsrentensystem führt der EuGH weiter aus:

„Rn. 108

Bei Wegfall des ausschließlichen Rechts des Fonds, das Zusatzrentensystem für alle Arbeitnehmer eines bestimmten Wirtschaftszweigs zu verwalten, würden sich die Unternehmen, die junges und gesundes Personal

¹⁴⁹ EuGH, Urteil vom 21.09.1999, Rs. C-115/97, Brentjens.

mit nicht gefährlichen Tätigkeiten beschäftigen, bei privaten Versicherern um günstigere Versicherungsbedingungen bemühen. Das fortschreitende Ausscheiden von „guten“ Risiken beließe dem Betriebsrentenfonds die Verwaltung eines wachsenden Anteils von „schlechten“ Risiken, was zu einer Erhöhung des Aufwands für die Renten der Arbeitnehmer, insbesondere derjenigen kleiner und mittlerer Unternehmen mit einem älteren, gefährliche Tätigkeiten ausübenden Personal, führen würde, denen der Fonds zu annehmbaren Kosten keine Renten mehr anbieten könnte.“¹⁵⁰

In dieser Entscheidung wird also besonders anschaulich die Gefahr eines „Rosinenpickens“ beschrieben, der ein Mitgliedstaat in wettbewerbsrechtlich zulässiger Weise durch die Gewährung eines Ausschließlichkeitsrechts entgegenwirken dürfe. Darüber hinaus lässt es der EuGH ausreichen, dass die Entziehung des Ausschließlichkeitsrechts zu einer Gefährdung des Fondsbetriebes zu wirtschaftlich annehmbaren Bedingungen führen könnte (Rn. 111). Auch hier geht es also um eine plausible Prognose, dass dem Träger einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse im Fall einer Wettbewerbsöffnung lukrative Teilbereiche entzogen würden, was die Gefährdung einer wirtschaftlich ausgewogenen Aufgabenerfüllung zur Folge hätte.¹⁵¹

Übertragen auf die hiesige Fragestellung bedeutet das, dass gewerbliche Hausmüllsammlungen dann zulässigerweise unterbunden werden können, wenn diese dem öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger lukrative Leistungssegmente zu entziehen drohen, womit eine wirtschaftlich ausgewogene Aufgabenerfüllung nicht mehr gewährleistet wäre. Mit Blick auf die Erfahrungen mit den gewerblichen Altpapiersammlungen („Blaue Tonne“) kann jedoch eine solche Prognose plausi-

¹⁵⁰ EuGH, Urteil vom 21.09.1999, Rs. C-115/97, Brentjens, Rn. 108.

¹⁵¹ Siehe hierzu auch Mestmäcker/Schweitzer, in: Immenga/Mestmäcker, WettbewerbsR EG/Teil 1, 4. Aufl., Art. 86 Abs. 2, Rn. 94.

bel gestellt werden, da sich gewerbliche Sammler stets nur auf die erlösträchtigen Wertstoffe orientieren, womit sich die finanzielle Belastung der Gesamtheit der Gebührenzahler tendenziell erhöht.

ee) Schutzwürdigkeit der wirtschaftlichen Betriebsführung von Teilleistungsbereichen in der Entscheidung Deutsche Post

In der Entscheidung „Deutsche Post“ hat es der EuGH nach Art. 86 Abs. 2 EGV a.F. als gerechtfertigt betrachtet, wenn die Deutsche Post sog. Remailing-Sendungen mit ihren Inlandsgebühren belegt, falls in Deutschland ansässige Absender Sendungen in großer Zahl bei den Postdiensten anderer Mitgliedstaaten einliefern oder einliefern lassen, um sie nach Deutschland zu versenden.¹⁵²

Von Bedeutung ist diese Entscheidung im hiesigen Zusammenhang deshalb, weil der EuGH nicht auf den wirtschaftlich ausgewogenen Postbetrieb in seiner Gesamtheit abstellt, sondern isoliert nur das Remailing-Geschäft betrachtet hat. Im Gegensatz hierzu hatte der Generalanwalt in seinen Schlussanträgen dem vorlegenden nationalen Gericht aufgegeben, die Deutsche Post AG Beweis antreten zu lassen für ihre Behauptung, dass sie infolge der Einnahmeverluste, die sie aufgrund des Remailings erleide, nicht mehr in der Lage sei, ihren Universaldienstverpflichtungen nachzukommen.

Insbesondere hatte der Generalanwalt abgelehnt, dass zur Begründung der Ausnahme nach Art. 86 Abs. 2 EGV lediglich die Unmöglichkeit dargelegt werden müsse, jeden Dienst, der in dem der Postverwaltung vorbehaltenen Bereich falle, unter finanziell ausgewogenen Bedingungen anzubieten. Abgestellt werden müsse allein darauf, ob die Deutsche Post AG infolge der ihr aus dem Remailing entstehenden Einnahmeverluste

¹⁵² EuGH, Urteil vom 10.02.2000, Rs. C-147/97, Deutsche Post.

nicht mehr in der Lage sei, die ihr vorbehaltenen Dienstleistungen insgesamt kostendeckend zu erbringen.¹⁵³

Gegen die Auffassung des Generalanwalts hat jedoch der EuGH bestätigt, dass jeder Unterbereich einer vorbehaltenen Tätigkeit für sich wirtschaftlich betrieben werden können muss. Es kommt also gerade nicht darauf an, ob der Postbetrieb in seiner Gesamtheit wirtschaftlich geschädigt wird.¹⁵⁴

Für den Bereich der öffentlichen Hausmüllentsorgung kann hieraus abgeleitet werden, dass es hier nicht um das wirtschaftliche Verhältnis und die wirtschaftlichen Gewichte zwischen der Wertstoffeffassung einerseits und der übrigen Hausmüllentsorgung in ihrer Gesamtheit andererseits geht. Vielmehr ist danach zu fragen, ob die einzelnen Leistungsbereiche der Wertstoffeffassung, die auch jeweils für sich Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse darstellen, bei Zulassung privater Konkurrenz noch zu wirtschaftlich ausgewogenen Bedingungen betrieben werden könnten. Angesichts der an die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger gerichteten Anforderung, ihre Entsorgungsleistung flächendeckend, dauerhaft und zu sozial verträglichen Gebühren zu erbringen, spricht viel dafür, in einer Öffnung des Wettbewerbs für „gewerbliche Sammler“ die Gefährdung der Wertstoffeffassung zu wirtschaftlich ausgewogenen Bedingungen zu sehen.

ff) Jüngere Entscheidungen zu postalischen Universaldienstleistungen: TNT Traco und International Mail Spain

Der EuGH hat die aufgezeigte Linie seiner Rechtsprechung zum Schutz der öffentlichen Daseinsvorsorge auch in jüngeren Entscheidungen zu postalischen Universaldienstleistungen beibe-

¹⁵³ Siehe hierzu den Bericht bei Bartosch, NJW 2000, 2251, 2252.

¹⁵⁴ Siehe zu dieser Entscheidung auch Mestmäcker/Schweitzer, in: Immenga/Mestmäcker, WettbewerbsR, EG/Teil 1, 4. Aufl., Art. 86 Abs. 2, Rn. 99.

halten. In der Entscheidung TNT Traco ging es darum, ob ein privates Unternehmen, das Eil-Kurier-Dienstleistungen erbringt, verpflichtet werden darf, zugunsten der mit dem Universaldienst Beauftragten staatlichen Post eine Postgebühr zu entrichten.¹⁵⁵ Hierzu hat der EuGH zunächst festgestellt, dass ein Unternehmen wie die Poste Italiane, das nach der Regelung eines Mitgliedstaates mit der Gewährleistung des postalischen Universaldienstes betraut ist, ein Unternehmen ist, das mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse im Sinne von Art. 90 Abs. 2 EGV a.F. betraut ist, da insbesondere der postalische Universaldienst die Verpflichtung mit sich bringt, Briefsendungen im gesamten Hoheitsgebiet des betreffenden Mitgliedstaates, unabhängig von der Rentabilität des bedienten Gebietes, einzusammeln, zu befördern und zuzustellen (Rn. 53).

Weiter führt der EuGH aus:

„Rn. 54

Drittens ist nach der Rechtsprechung des EuGH der Tatbestand des Art. 90 Abs. 2 EGV nicht erst dann verwirklicht, wenn das finanzielle Gleichgewicht oder das wirtschaftliche Überleben des mit einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betrauten Unternehmens bedroht ist. Vielmehr genügt es, dass ohne die streitigen Rechte die Erfüllung der dem Unternehmen übertragenen besonderen Aufgaben gefährdet wäre, wie sie sich aus den ihm obliegenden Verpflichtungen und Beschränkungen ergeben, oder dass die Beibehaltung dieser Rechte erforderlich ist, um ihrem Inhaber die Erfüllung seiner im allgemeinem wirtschaftlichen Interesse liegenden Aufgaben zu wirtschaftlich annehmbaren Bedingungen zu ermöglichen.

Rn. 55

¹⁵⁵ EuGH, Urteil vom 17.05.2001, Rs. C-340/99, TNT Traco.

Insoweit könnte es sich als erforderlich erweisen, nicht nur die Möglichkeiten eines Ausgleiches zwischen den rentablen und den weniger rentablen Tätigkeitsbereichen desjenigen, dem die im Allgemeininteresse liegende Aufgabe des Betriebes des Universaldienstes übertragen worden ist, sondern auch die Verpflichtung der Erbringer von nicht zu diesem Universaldienst gehörenden Postdienstleistungen vorzusehen, durch die Entrichtung einer Postgebühr der im Ausgangsverfahren fraglichen Art zur Finanzierung dieses Universaldienstes beizutragen und damit dem Träger dieser im Allgemeininteresse liegenden Aufgabe deren Erfüllung unter wirtschaftlich ausgeglichenen Bedingungen zu ermöglichen.¹⁵⁶

Mit dieser Entscheidung bestätigt der EuGH den Grundsatz, dass es unterschiedliche Modelle zur Finanzierung von Leistungen der öffentlichen Daseinsvorsorge gibt, deren Auswahl Sache und Entscheidungsbefugnis der einzelnen Mitgliedstaaten ist. Insoweit ist es sogar zulässig, „Mehrwertleistungen“, die durch Wettbewerbsunternehmen erbracht werden, mit öffentlichen Gebühren zu belegen, um hierdurch die Finanzierung eines postalischen Universaldienstes sicherstellen zu können. Voraussetzung ist insoweit allein, dass das Aufkommen aus dieser Zahlung erforderlich ist, um dem Aufgabenträger die Gewährleistung des postalischen Universaldienstes unter wirtschaftlich annehmbaren Bedingungen zu ermöglichen, und dass dieses Unternehmen zur Zahlung der gleichen Gebühr verpflichtet ist, wenn es selbst Eil-Kurier-Dienstleistungen erbringt, die nicht zu diesem Universaldienst gehören.

Diese Entscheidung ist für die hiesige Fragestellung dadurch von Interesse, dass mit dem Eil-Kurier-Dienst eine abtrennbare „Mehrwertleistung“ in Rede stand, die nach Auffassung des

¹⁵⁶ EuGH, Urteil vom 17.05.2001, Rs. C-340/99, TNT Traco, Rn. 54, 55.

BMU – hier z.B. in Gestalt eines gewerblichen Holsystems für Wertstoffe – generell zugelassen werden müsse. Auch bezüglich der Eil-Kurier-Dienstleistung hatte das vorliegende nationale Gericht festgestellt, dass sich dieser Eil-Kurier-Dienst durch Schnelligkeit und Sicherheit der Zustellung sowie persönliche Betreuung hierbei auszeichne und dass er sich damit deutlich von der gewöhnlichen Postzustellung durch die Poste Italiane im Rahmen des Universaldienstes unterscheide.

Ein solcher Eil-Kurier-Dienst sei unabhängig davon, ob er von der Klägerin, der Poste Italiane, oder einem anderem Unternehmen angeboten werde, eine Leistung mit Wertschöpfungscharakter, die keine zusätzliche Leistung zu einer Grundleistung, sondern eine hiervon verschiedene, unabhängige Leistung darstelle, die sich durch ihre Merkmale, Eigenschaften und Kosten abhebe (Rn. 19).

Obwohl der Referentenentwurf ausdrücklich die Entscheidung des EuGH in der Sache TNT Traco anführt¹⁵⁷, wird die wesentliche Aussage dieser Entscheidung nicht zur Kenntnis genommen, dass eine von einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse abtrennbare Zusatzdienstleistung – hier: Eil-Kurier-Dienst – mit Gebühren belastet werden darf, um eine wirtschaftlich ausgeglichene Erbringung des Universaldienstes zu ermöglichen.¹⁵⁸

Würde man die Wertung des EuGH in der Rechtssache TNT Traco auf die hiesige Fragstellung übertragen, so hieße dies, dass z.B. von einem gewerblichen Sammler von Altpapier eine Entsorgungsgebühr für jede „Blaue Tonne“ verlangt werden könnte, um es damit dem öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger zu ermöglichen, seine flächendeckenden Entsorgungsleistungen weiterhin zu wirtschaftlich ausgeglichenen Bedingungen zu erbringen. Dass der gewerbliche Sammler insoweit

¹⁵⁷ BMU, Referentenentwurf mit Stand vom 18.03.2011, S. 205; GesetzE BReg., S. 202.

¹⁵⁸ Siehe hierzu auch Mestmäcker/Schweitzer, in: Immenga/Mestmäcker, WettbewerbsR, EG/Teil 1, 4. Aufl., Art. 86 Abs. 2, Rn. 100.

überhaupt keine Entsorgungsleistung des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers in Anspruch nimmt, ist dabei unerheblich, da auch in der Entscheidung TNT Traco der Betreiber des Eil-Kurier-Dienstes eine Postgebühr ohne entsprechende Gegenleistung zu entrichten hatte. Auch hier wird deutlich, dass der Referentenentwurf für ein neues Kreislaufwirtschaftsgesetz die Rechtsprechung des EuGH zur öffentlichen Daseinsvorsorge nur einseitig und oberflächlich rezipiert, ohne die grundlegenden Wertungsentscheidungen des EuGH zur Kenntnis zu nehmen.

Dies tritt noch deutlicher bei einer Analyse der Entscheidung International Mail Spain zu Tage, die ebenfalls vom Referentenentwurf zitiert wird.¹⁵⁹ Hier ging es um die Frage, ob die Mitgliedstaaten das Recht haben, die grenzüberschreitende Post für den Anbieter des postalischen Universaldienstes zu reservieren, um insoweit dessen wirtschaftlichen Betrieb abzusichern. Der EuGH führt hierzu aus:

„Rn. 34

Nach dieser Rechtsprechung dürfen die Mitgliedstaaten einem Anbieter von postalischen Universaldienstleistungen als einem mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betrauten Unternehmen ausschließliche Rechte verleihen, die den Wettbewerb in dem Maß beschränken oder sogar ausschließen, in dem dies erforderlich ist, um es ihm zu ermöglichen, seine im allgemeinen Interesse liegende Aufgabe zu erfüllen, und zwar zu wirtschaftlich annehmbaren Bedingungen (vgl. Urteil vom 19.05.1993, Corbeau, Rs. C-320/91, Slg. 1993, I-2533, Rn. 14 bis 16).

¹⁵⁹ EuGH, Urteil vom 15.11.2007, Rs. C-162/06, International Mail Spain; siehe BMU, Referentenentwurf mit Stand vom 18.03.2011, S. 205; GesetzE BReg., S. 205.

Rn. 35

Es ist nach dieser Rechtsprechung nicht erforderlich, dass das finanzielle Gleichgewicht oder das wirtschaftliche Überleben des mit einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betrauten Unternehmens bedroht ist. Vielmehr genügt es, dass ohne die streitigen Rechte die Erfüllung der dem Unternehmen übertragenen besonderen Aufgaben gefährdet wäre oder dass die Beibehaltung dieser Rechte erforderlich ist, um ihrem Inhaber die Erfüllung seiner im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse liegenden Aufgaben zu wirtschaftlich annehmbaren Bedingungen zu ermöglichen (vgl. Urteil vom 17.05.2001, TNT Traco, Rs. C-340/99, Slg. 2001, I-4109, Rn. 54).

Rn. 36

In diesem Zusammenhang hat der Gerichtshof festgestellt, dass die Verpflichtung des mit dieser Aufgabe betrauten, seine Dienstleistungen unter wirtschaftlich ausgewogenen Bedingungen sicherzustellen, die Möglichkeit eines Ausgleichs zwischen den rentablen und den weniger rentablen Tätigkeitsbereichen voraussetzt und daher eine Einschränkung des Wettbewerbs von Seiten einzelner Unternehmer in wirtschaftlich rentablen Bereichen rechtfertigt (vgl. Urteil Corbeau, Rn. 17).

(...)

Rn. 40

Jedoch folgt aus dieser Rechtsprechung auch, dass die in Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie 97/67 aufgestellte Bedingung nicht allein auf diesen finanziellen Aspekt reduziert werden darf, da nicht ausgeschlossen werden kann, dass es andere Gründe gibt, aus denen die Mitgliedstaaten gemäß Art. 86 Abs. 2 EG beschließen können, die grenzüberschreitende Post zu reservieren, um sich zu vergewissern, dass die Erfüllung der besonderen,

dem Anbieter von postalischen Universaldienstleistungen übertragenen Aufgabe nicht vereitelt wird.

Rn. 41

Erwägungen, wie die der Zweckmäßigkeit, die sich auf die allgemeine Situation des Postsektors, einschließlich der mit dem Grad der Liberalisierung dieses Sektors im Zeitpunkt des Erlasses einer Entscheidung über die grenzüberschreitende Post zusammenhängenden Situation beziehen, genügen nicht als Rechtfertigung dafür, dass die grenzüberschreitende Post reserviert wird, es sei denn, dass ohne eine solche reservierte Zuweisung die Ausführung des postalischen Universaldienstes vereitelt wird oder dass diese reservierte Zuweisung erforderlich ist, damit diese Dienstleistung zu wirtschaftlich annehmbaren Bedingungen erbracht werden kann.

Rn. 42

Daher ist festzustellen, dass sowohl der Wortlaut des Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie 97/67 als auch das Ziel dieser Vorschrift einer Rechtfertigung der Entscheidung, die grenzüberschreitende Post für den Anbieter von Universalpostdienstleistungen zu reservieren, durch bloße Zweckmäßigkeitserwägungen entgegenstehen.¹⁶⁰

Bemerkenswert an der Entscheidung des EuGH in der Sache International Mail Spain ist insbesondere, dass der mitgliedstaatliche Gestaltungsspielraum bei der Zuweisung von Monopolrechten an den Träger einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse erst dort verlassen wird, wo die Schaffung eines Ausschließlichkeitsrechtes mit bloßen Zweckmäßigkeitserwägungen begründet wird. Reine Zweckmäßigkeitserwägungen reichen demnach nicht aus, um dem Träger einer Daseinsvorsorgeleistung eine Monopolstellung zu verschaffen.

¹⁶⁰ EuGH, Urteil vom 15.11.2007, Rs. C-162/06, International Mail Spain, Rn. 34 ff.

Dies bedeutet jedoch im Umkehrschluss, dass Gründe, die über bloße Zweckmäßigkeitserwägungen hinausgehen und insbesondere die Erforderlichkeit der Maßnahme zur Sicherung einer wirtschaftlichen Aufgabenerfüllung belegen, die Einräumung von Monopolrechten an Träger von Daseinsvorsorgeleistungen rechtfertigen können. Mit den „bloßen Zweckmäßigkeitserwägungen“ ist also die äußere Grenze der mitgliedstaatlichen Handlungsbefugnisse markiert, jenseits derer eine Verletzung des Wettbewerbsrechts vorliegt. Kann jedoch der betreffende Mitgliedstaat begründen, dass ohne die Schaffung eines Monopolrechts die Daseinsvorsorgeleistung nicht zu wirtschaftlich annehmbaren Bedingungen erbracht werden kann, so ist hiergegen aus der Perspektive des Gemeinschaftsrechts nichts zu erinnern.

gg) Zusammenfassung der EuGH-Rechtsprechung zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse

Im Kern lässt sich die EuGH-Rechtsprechung damit zusammenfassen, dass die wettbewerbsrechtliche Privilegierung in Form von Ausschließlichkeits- bzw. Monopolrechten das Korrelat bildet zu den im öffentlichen Interesse auferlegten Sonderpflichten. Der Verpflichtung, auch unrentable Leistungen im öffentlichen Interesse flächendeckend und zu jeder Zeit zu erbringen, entspricht das Recht, die rentablen Leistungen zum Zwecke interner Quersubventionierung und zur Gewährleistung einer wirtschaftlich ausgewogenen Aufgabenerfüllung dem privaten Wettbewerb vorzuenthalten.

Der EuGH hat dabei den Mitgliedstaaten einen weiten Gestaltungsspielraum zuerkannt und unterschiedliche Finanzierungsmechanismen für die Erbringung von Daseinsvorsorgeleistungen gebilligt. Es ist danach Sache der Mitgliedstaaten, die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse zu definieren und die betrauten Unternehmen für die Ziele der eigenen staatlichen Politik in Dienst zu nehmen. In

diesem Zusammenhang hat der EuGH auch anerkannt, dass die Mitgliedstaaten das Ziel verfolgen dürfen, Daseinsvorsorgeleistungen zu möglichst niedrigen Kosten und auf sozialverträgliche Weise zu erbringen.

Weiter kann als Ergebnis der Analyse der EuGH-Rechtsprechung festgehalten werden, dass es nicht darauf ankommt, dass der jeweilige Träger der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse in Gänze im Fall einer Wettbewerbsöffnung in eine finanzielle Schieflage geriete. Ausreichend ist insoweit vielmehr, dass der entsprechende Teilleistungsbereich, in dem sich private Wettbewerber etablieren wollen, nicht mehr zu wirtschaftlich ausgeglichenen Bedingungen organisiert werden kann.

Großes Verständnis bringt der EuGH den Spezifika von Daseinsvorsorgeleistungen entgegen, also insbesondere den Vorhaltekosten, die unabhängig von einer konkreten Leistungsanspruchnahme durch den Aufgabenträger aufgebracht werden müssen. Die Finanzierung dieser Vorhaltekosten kann dabei sowohl durch die Gewährung eines Ausschließlichkeitsrechtes als auch durch Zusatzgebühren für private Leistungsangebote sichergestellt werden.

Hinsichtlich der Darlegungslast der Mitgliedstaaten im Fall einer Berufung auf Art. 106 Abs. 2 AEUV verlangt der EuGH nicht, dass positiv belegt wird, dass keine anderen Maßnahmen zur Gewährleistung einer wirtschaftlich ausgeglichenen Aufgabenerfüllung getroffen werden könnten. Insoweit reicht es aus, dass die Gefahr aufgezeigt wird, dass im Fall einer Wettbewerbsöffnung lukrative Leistungsbereiche durch private Anbieter übernommen werden und so die Gemeinwohldienstleistung nicht mehr zu wirtschaftlich ausgeglichenen Bedingungen erbracht werden kann.

Die Grenze ihres Gestaltungsermessens überschreiten die Mitgliedstaaten nach der jüngeren EuGH-Rechtsprechung erst

dann, wenn sie Monopolrechte mit bloßen Zweckmäßigkeitserwägungen begründen. Insoweit unterliegen die Mitgliedstaaten einer Missbrauchskontrolle, um das Wettbewerbsprinzip auch bei mit Daseinsvorsorgeleistungen betrauten Unternehmen zur Geltung zu bringen.

Nach alledem ist nicht erkennbar, dass der deutsche Abfallgesetzgeber bei einer Monopolisierung der Hausmüllentsorgung und einem Ausschluss der „gewerblichen Sammlung“ sein durch Art. 106 Abs. 2 AEUV eingeräumtes Gestaltungsermessen überschreiten würde. Sowohl die Entsorgung des Restmülls als auch die Entsorgung von Wertstoffen aus privaten Haushaltungen sind Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse. Diese Dienstleistungen dürfen so organisiert werden, dass sie zu wirtschaftlich ausgeglichenen Bedingungen erbracht werden können. Hierbei darf auch das Ziel berücksichtigt werden, eine sozialverträgliche Abfallgebührengestaltung zu gewährleisten.

Grundsätzlich muss nicht hingenommen werden, dass sich private Entsorgungsunternehmen auf wirtschaftlich rentable Wertstofffraktionen konzentrieren und damit den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern ein Ausgleich zwischen den in den unrentablen Bereichen entstandenen Verlusten und den in den rentableren Bereichen erzielten Gewinnen unmöglich gemacht wird.

Es entspricht auch einer realistischen Annahme, dass sich gewerbliche Sammler stets auf die lukrativen Wertstofffraktionen konzentrieren werden, die damit der kommunalen Entsorgungszuständigkeit und bezüglich ihrer Erlöse dem Gebührenerhalt verloren gehen. Da die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger eine umfassende Entsorgungsverantwortung haben, sind gewerbliche Sammlungen auch zwingend mit der Wirkung verbunden, Wertstoffe der kommunalen Entsorgungszuständigkeit zu entziehen. Dass damit auch der wirtschaftlich ausgeglichene Betrieb der kommunalen Abfallent-

sorgung gefährdet wird, kann jedenfalls für diejenigen Teilleistungsbereiche generalisierend angenommen werden, die von den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern in Erfüllung ihrer Verwertungspflicht für die betreffende Wertstofffraktion vorgehalten werden.

b) Der Bedeutungsgewinn öffentlicher Daseinsvorsorge durch Art. 14 AEUV

Gestärkt wird der geschilderte Trend der EuGH-Rechtsprechung schließlich durch den mit dem Vertrag von Amsterdam neu eingefügten Art. 16 EGV, nunmehr Art. 14 AEUV.¹⁶¹

Danach tragen unbeschadet des Art. 4 des Vertrages über die Europäische Union und der Art. 93, 106 und 107 dieses Vertrages und in Anbetracht des Stellenwertes, den Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse innerhalb der gemeinsamen Werte der Union einnehmen, sowie ihrer Bedeutung bei der Förderung des sozialen und territorialen Zusammenhalts die Union und die Mitgliedstaaten im Rahmen ihrer jeweiligen Befugnisse im Anwendungsbereich der Verträge dafür Sorge, dass die Grundsätze und Bedingungen, insbesondere jene wirtschaftlicher und finanzieller Art, für das Funktionieren dieser Dienste so gestaltet sind, dass diese ihren Aufgaben nachkommen können. Diese Grundsätze und Bedingungen werden vom Europäischen Parlament und vom Rat durch Verordnung gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren festgelegt, unbeschadet der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten, diese Dienste im Einklang mit den Verträgen zur Verfügung zu stellen, in Auftrag zu geben und zu finanzieren.

Obwohl Art. 14 AEUV nur „unbeschadet“ der wettbewerbsrechtlichen Art. 106 und 107 AEUV gilt, kann er als Vertragsgrundsatz die Auslegung gerade auch von Art. 106 Abs. 2 AEUV steuern und in die-

¹⁶¹ S. auch Frenz, KrW-/AbfG, 3. Aufl., § 13 Rn. 66; derselbe, GewArch 2011, 16 ff.; Püttner, ZögU 2000, 373 ff.

sem Rahmen die Spielräume mitgliedstaatlicher Regulierung erweitern.¹⁶²

Die Sicherung der Funktionsfähigkeit der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse umfasst dabei gerade auch die Gewährleistung einer wirtschaftlich tragbaren Aufgabenerfüllung.

Art. 16 EGV/Art. 14 AEUV sichert damit die schon bislang praktizierte EuGH-Rechtsprechung ab, dass bereits eine Gefährdung einer zweckentsprechenden, gemeinwohlorientierten Aufgabenerfüllung unter wirtschaftlich ausgeglichenen Bedingungen ausreicht, um eine Verhinderung nach Art. 86 Abs. 2 EGV/Art. 106 Abs. 2 AEUV anzunehmen und eine partielle Befreiung zu gewähren.¹⁶³ Art. 16 EGV/Art. 14 AEUV wirkt darüber hinaus auf die Auslegung von Art. 86 Abs. 2 EGV/Art. 106 Abs. 2 AEUV ein und verschiebt den Ausgestaltungsrahmen zu einer Legalausnahme für mitgliedstaatlich definierte Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, da sich das Gemeinschaftsinteresse nicht länger auf den wettbewerbsrechtlichen Schutz des Binnenmarktes beschränkt und auch durch die Mitgliedstaaten realisiert wird.¹⁶⁴

Die Bedeutung von Art. 16 EGV/Art. 14 AEUV als Auslegungsdirektive ist mithin gerade bei der Anwendung der Wettbewerbsvorschriften zu beachten. Die materielle Zulässigkeitsschwelle für Wettbewerbsbeschränkungen zugunsten der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse ist somit nicht mehr – wie nach dem Wortlaut von Art. 106 Abs. 2 AEUV – bei der rechtlichen oder tatsächlichen Verhinderung der Aufgabenerfüllung anzusiedeln. Vielmehr wird

¹⁶² S. Hellermann, *Örtliche Daseinsvorsorge und gemeindliche Selbstverwaltung*, S. 112; Schmelz/Ermacora, *Rechtsgutachten zur Europarechtskonformität der vorgeschlagenen Novellierung des Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetzes*, 2001, S. 35; Bonberg/Kiefer, *UPR* 2001, 381, 383; Lecheler, *JuS* 1998, 392, 397; Frenz, *KrW-/AbfG*, 3. Aufl., § 13 Rn. 146; Kotzur/Franz, *Müll und Abfall* 2001, 397, 404 (Fn. 70); Jung, in: Calliess/Ruffert, *EUV/EGV*, 3. Aufl., Art. 86 Rn. 49; Scharpf, *EuR* 2005, 605, 619, umfassend Knauff, *EuR* 2010., 725 ff..

¹⁶³ Frenz, *AbfallR* 2007, 242, 244; derselbe, *GewArch.* 2011, 16, 18.

¹⁶⁴ Franzius, *Der Staat* 45 (2006), 547, 557; vgl. auch Knauff, *EuR* 2010, 725, 731, nach dem Art. 14 AEUV als Vertragsgrundsatz und Unionsstrukturprinzip auf die Auslegung europarechtlicher Normen aller Sachbereiche einwirkt.

diese Zulässigkeitschwelle in Art. 16 EGV/Art. 14 AEUV nunmehr positiv dahingehend umschrieben, dass das Funktionieren der gemeinwohlorientierten Dienste entsprechend der besonderen Aufgabenstellung zu gewährleisten ist.¹⁶⁵

Im Ergebnis kann mit der jüngeren Literatur festgehalten werden, dass Art. 16 EGV / Art. 14 AEUV die öffentliche Daseinsvorsorge nicht mehr als rechtfertigungsbedürftige Ausnahme von den Wettbewerbsregeln des Vertrages begreift, sondern als ein eigenständiges legitimes Ziel, das sowohl von einzelnen Mitgliedsstaaten als auch von der Union insgesamt zu verfolgen ist. Insofern ist mit Art. 16 EGV / Art. 14 AEUV ein Gleichgewicht zwischen Marktwirtschaft und gemeinwohlorientierter Daseinsvorsorge im Gefüge der europäischen Verträge hergestellt worden. Der Ausgleich zwischen Daseinsvorsorge und Wettbewerb darf nunmehr nicht mehr einseitig erfolgen, sondern die Erbringung von Dienstleistungen der öffentlichen Daseinsvorsorge ist nunmehr auch aus der Perspektive der Union von grundlegender Bedeutung für den sozialen und territorialen Zusammenhalt.¹⁶⁶

Art. 16 EGV/Art. 14 AEUV wird auch in den Gutachten von *Karpenstein*¹⁶⁷ und *Koch/Reese*¹⁶⁸ angesprochen, wobei die mit dieser Norm verbundene Aufwertung von Daseinsvorsorgeleistungen nicht ausreichend gewürdigt wird. Art. 16 EGV/Art. 14 AEUV ist als Auslegungskriterium auch bei der Anwendung von Art. 106 Abs. 2 AEUV zu berücksichtigen und verstärkt dort die Stellung der gemeinwohlorientierten Unternehmen.¹⁶⁹ Die positive Festschreibung, die Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse in Art. 16 EGV/Art. 14 AEUV erfahren haben, impliziert eine Sorge- und Schutzpflicht der

¹⁶⁵ v. Danwitz, NWVBl. 2002, 132, 136.

¹⁶⁶ Siehe hierzu *Püttner*, ZögU 2000, 373, 375; *Schwarze*, EuZW 2001, 334, 336; *Möstl*, in: Brenner/Huber/Möstl, Der Staat des Grundgesetzes, Festschrift Badura 2004, 951, 955; *Kahn*, in: Geiger/Kahn/Kotzur, EUV/AEUV, 5. Aufl., Art. 106, Rn. 14; *Calliess/Korte*, Dienstleistungsrecht in der EU, § 3, Rn. 160, S. 127.

¹⁶⁷ Karpenstein, Haushaltsabfälle zwischen Privatisierung und Kommunalisierung, Rechtsgutachten Januar 2009, S. 46, Rn. 122.

¹⁶⁸ Koch/Reese, Hausmüllentsorgung als Aufgabe der Daseinsvorsorge, Rechtsgutachten Mai 2010, S. 25 f.

¹⁶⁹ Kotzur, in: Geiger/Kahn/Kotzur, EUV/AEUV, 5. Aufl., Art. 14 AEUV, Rn. 5.

Union wie der Mitgliedstaaten für diese Dienstleistungen der Daseinsvorsorge.¹⁷⁰

Für den hiesigen Zusammenhang ist von Bedeutung, dass mit dem Vertrag von Lissabon die wirtschaftlichen und finanziellen Bedingungen für das Funktionieren der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse in Art. 14 AEUV gegenüber der Ursprungsfassung von Art. 16 EGV besonders herausgestellt worden sind. Damit erfahren diejenigen Begründungselemente der einschlägigen EuGH-Rechtsprechung eine Bestärkung, in denen die Gewährung von Ausschließlichkeitsrechten mit dem Ziel legitimiert wird, der möglichen Gefährdung einer wirtschaftlich ausgeglichenen Aufgabenerfüllung entgegen zu wirken.

Angesichts dessen, dass der mitgliedstaatliche Gestaltungsspielraum bei der Organisation und Finanzierung von Daseinsvorsorgeleistungen durch Art. 16 EGV/Art. 14 AEUV sowie durch das Protokoll (Nr. 26) über Dienste von allgemeinem Interesse deutlich gestärkt wurde, erscheint es nicht nachvollziehbar, warum das Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit die Auffassung vertritt, der Betätigungsspielraum „gewerblicher Sammler“ müsse de lege ferenda zu Lasten der kommunalen Entsorgungszuständigkeit für Haushaltsabfälle ausgeweitet werden.

In jüngerer Zeit ist mehrfach herausgearbeitet worden, dass das aktuelle europäische Vertragsrecht gerade von der gegenläufigen Tendenz, nämlich von der Stärkung öffentlicher Dienstleistungen geprägt ist.¹⁷¹

Zurecht weisen zwar *Mestmäcker/Schweitzer* darauf hin, dass die Rechtsprechung zur Verhältnismäßigkeit von Ausschließlichkeitsrechten im Rahmen des Art. 86 Abs. 2 EGV/Art. 106 Abs. 2 AEUV von Gesamtwürdigungen geprägt ist, deren Kriterien sich einer Verall-

¹⁷⁰ So ausdrücklich Frenz, AbfallR 2007, 242, 245; derselbe GewArch 2011, 16, 18.

¹⁷¹ Siehe hierzu ausführlich Knauff, EuR 2010, 725 ff.; Frenz, AbfallR 2007, 242 ff.; Franzius, Der Staat 45 (2006), S. 547 ff.

gemeinerung weitgehend entziehen.¹⁷² Vorliegend fällt jedoch besonders ins Gewicht, dass die Wertstofffassung von privaten Haushalten durch das gemeinschaftliche Sekundärrecht bereits selbst als von den Mitgliedstaaten wahrzunehmende Aufgabe konzipiert wird (siehe Art. 11 Abfallrahmenrichtlinie). Damit ist hier bereits die gemeinschaftsrechtliche Grundlage dafür geschaffen, die Wertstofffassung von privaten Haushaltungen als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse zu definieren und sie den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern zur ausschließlichen Wahrnehmung zuzuweisen. Eine solche ausschließliche Zuweisung der Entsorgungsverantwortung für Haushaltsabfälle an die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger kann dabei auch an die Rechtsprechung des EuGH anknüpfen, die spezifisch zu Dienstleistungen der Abfallentsorgung ergangen ist. Hierauf wird nachfolgend eingegangen.

c) Europäisches Wettbewerbsrecht und öffentliche Entsorgungsmonopole

Der EuGH hat die dargestellten Grundsätze zur Auslegung von Art. 86 Abs. 2 EGV/Art. 106 Abs. 2 AEUV auch bei der Bewertung von öffentlichen Entsorgungsmonopolen zur Anwendung gebracht. In der Dusseldorf-Entscheidung scheiterte die Rechtfertigung eines Wettbewerbsverstoßes durch Art. 86 Abs. 2 EGV noch an dem Fehlen des konkreten Nachweises, dass das entsprechende Entsorgungsunternehmen die ihm übertragene Aufgabe ohne das gewährte Ausschließlichkeitsrecht nicht erfüllen könnte. Der pauschale Hinweis auf die beabsichtigten Kostensenkungen und die damit bezweckte Sicherung der wirtschaftlichen Existenzfähigkeit des Unternehmens reichten dem EuGH insofern nicht aus.¹⁷³

Der EuGH stellte daher fest, dass das Ausschließlichkeitsrecht gegen Art. 90 EGV in Verbindung mit Art. 86 EGV a.F. verstößt, wenn es – ohne objektiven Grund und ohne dass es zur Erfüllung einer im all-

¹⁷² Mestmäcker/Schweitzer, in: Immenga/Westmäcker, WettbewerbsR, EG/Teil 1, 4. Aufl., Art. 86 Abs. 2, Rn. 97.

¹⁷³ Urteil vom 25.06.1998, Rs. C-203/96, NVwZ 1998, 1169, 1172.

gemeinem Interesse liegenden Aufgabe erforderlich wäre – eine Begünstigung des betreffenden Unternehmens und den Ausbau seiner beherrschenden Stellung zur Folge hat.¹⁷⁴

Erforderlich ist damit eine substantiierte Darlegung derjenigen Tatsachen, die zur Erfüllung der besonderen, durch Hoheitsakt übertragenen Aufgabe eine Befreiung von den Wettbewerbsregeln erforderlich machen. Dabei geht allerdings die Darlegungslast nicht so weit, dass auch noch positiv belegt werden müsste, dass keine andere vorstellbare Maßnahme es erlaubt, die Erfüllung dieser Aufgaben unter wirtschaftlich tragbaren Bedingungen sicherzustellen.¹⁷⁵

Im Gegensatz zur Dusseldorf-Entscheidung hat der EuGH in der jüngeren Kopenhagen-Entscheidung¹⁷⁶ den Rechtfertigungstatbestand des Art. 86 Abs. 2 EGV a.F. durchgreifen lassen.

Im Kopenhagen-Fall hatte die Stadt Kopenhagen zur hochwertigen Verwertung der in der Gemeinde anfallenden Bauabfälle entsprechende Entsorgungskapazitäten geschaffen, da bisher ein Großteil der Abfälle aufgrund fehlender Kapazitäten nicht verwertet werden konnte. Zudem war die Stadt Kopenhagen der Auffassung, dass es zur Sicherstellung der Rentabilität der neu geschaffenen Entsorgungsanlagen notwendig sei, diesen durch die Gewährung eines Ausschließlichkeitsrechts für die Abfallbehandlung die Lieferung erheblicher Mengen zu garantieren. Der EuGH hielt dieses Vorgehen trotz der damit verbundenen Wettbewerbsbeschränkung für rechtmäßig:

¹⁷⁴ Rs. C-203/96, NVwZ 1998, 1169, 1172.

¹⁷⁵ EuGH, Urteil vom 23.10.1997, Rs. C-157/94, Energiemonopole Niederlande, Rn. 58; Frenz, Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse nach Gemeinschaftsrecht und Folgen für die Abfallwirtschaft, Rechtsgutachten Juni 2000, S. 34; Rumpff, Das Ende der öffentlichen Dienstleistungen in der Europäischen Union?, S. 252.

¹⁷⁶ Urteil vom 23.5.2000, Rs. C-209/98, AbfallPrax 2000, 160, EuZW 2000, 594; s. hierzu Reese, ZUR 2000, 410, 415; Krämer, AbfallR 2010, 40, 44.

„Rn. 79.

Die Stadt Kopenhagen konnte jedoch wegen des Mangels an Unternehmen, die in der Lage waren, die fraglichen Abfälle zu behandeln, von der Notwendigkeit der Errichtung eines Zentrums mit einer erheblichen Annahmekapazität ausgehen. Sie konnte ebenfalls davon ausgehen, dass ein Ausschließlichkeitsrecht, das zeitlich auf den voraussichtlichen Abschreibungszeitraum für die Investitionen und räumlich auf das Gebiet der Gemeinde begrenzt ist, erforderlich war, um Unternehmen für eine Beteiligung am Betrieb eines Zentrums mit einer großen Annahmekapazität zu gewinnen. (...)

Rn. 83.

Somit ist auf den zweiten Teil der ersten Frage zu antworten, dass Art. 90 in Verbindung mit Art. 86 EGV der Einführung einer Gemeindefassung wie der im Ausgangsverfahren streitigen nicht entgegensteht, die zur Lösung eines Umweltproblems, das durch den Mangel an Behandlungskapazitäten für ungefährliche, zur Verwertung bestimmte Bauabfälle bedingt ist, die Möglichkeit vorsieht, dass solche in dem betreffenden Gebiet anfallenden Abfälle von einer begrenzten Anzahl besonders ausgewählter Unternehmen behandelt werden, um auf diese Weise sicherzustellen, dass diesen Unternehmen hinreichend große Mengen solcher Abfälle geliefert werden, und die damit andere Unternehmen ausschließt, obwohl sie für eine solche Abfallbehandlung zugelassen sind.¹⁷⁷

Mit dem Kopenhagen-Urteil hat der EuGH ausdrücklich den wirtschaftlichen Betrieb öffentlicher Entsorgungsunternehmen zur Rechtfertigung der Beschränkung der Wettbewerbsfreiheit anerkannt.

¹⁷⁷ Rs. C-209/98, AbfallPrax 2000, 160, 162, EuZW 2000, 594, 598.

Die Überlegungen, die der EuGH in der Kopenhagen-Entscheidung und in den zuvor erörterten Entscheidungen angestellt hat, lassen sich auf die hiesige Fragestellung eines Ausschlusses gewerblicher Wertstoffsammlungen ohne Weiteres übertragen. Auch hier geht es darum, ob einem öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger, der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse wahrnimmt, ein lukrativer Tätigkeitsbereich durch gewerbliche Sammlung entzogen werden kann, der für den Ausgleich der Kosten derjenigen Leistungsbereiche benötigt wird, die keine Erlöse generieren können, wie insbesondere die Restabfallentsorgung.

Das Wettbewerbsrecht der europäischen Verträge will gerade ein „Rosinenpicken“ verhindern, um sicherzustellen, dass die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse zu wirtschaftlich tragbaren Bedingungen erbracht werden können. Insoweit wird für die Zwecke einer wirtschaftlichen Aufgabenerfüllung eine Quersubventionierung zwischen rentablen und weniger rentablen Tätigkeitsbereichen ausdrücklich als zulässig angesehen.¹⁷⁸

Für die Prüfung nach Art. 86 Abs. 2 EGV bzw. Art. 106 Abs. 2 AEUV kommt es gerade nicht (mehr) auf die Verhinderung der Aufgabenerfüllung an, sondern darauf, ob die Aufgabe, die im öffentlichen Interesse liegt, zu wirtschaftlich ausgeglichenen Bedingungen erfüllt werden kann.

Dies ist im Ausgangspunkt auch der Prüfungsmaßstab, den das BMU seinem Referentenentwurf vom 02.11.2010 zu Grunde gelegt hat. Hier heißt es in der Begründung:

„Die Funktionsfähigkeit ist nicht erst dann berührt, wenn die Existenz des Trägers gefährdet ist oder die Erfüllung der Aufgabe durch die Sammlung vereitelt wird. Es reicht vielmehr aus, wenn die Aufgabe nicht

¹⁷⁸ Voet van Vormizeele, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 2. Aufl., Art. 86 Rn. 69; Khan, in: Geiger/Khan/Kotzur, AEUV 5. Aufl., Art. 106, Rn. 20; Lehr, DÖV 2005, 542, 548 ff.; v. Danwitz, NWVBl. 2002, 132, 135.

mehr zu wirtschaftlich ausgewogenen Bedingungen erfüllt werden kann. Mit dieser Schranke folgt das Gesetz der vom EuGH in ständiger Rechtsprechung konkretisierten Grenzziehung des Art. 106 Abs. 2 AEUV.

Dieser Maßstab ermöglicht insbesondere einen Ausgleich zwischen rentablen und weniger rentablen Tätigkeiten. Die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger sind daher nicht gezwungen, den Wettbewerb einzelner gewerblicher Sammlungen in rentablen Entsorgungsbereichen nach Art des „Rosinenpickens“ schutzlos hinzunehmen.“¹⁷⁹

Obwohl die zitierten Passagen aus der Begründung des Referentenentwurfs vom 02.11.2010 die einschlägige EuGH-Judikatur fast wörtlich wiedergeben, sind diese Sätze in der Begründung des Referentenentwurfs vom 18.03.2011 ersatzlos gestrichen worden. Diese Streichung in der aktuellen Entwurfsfassung muss im besonderen Maße misstrauisch stimmen, da es hierbei um zentrale Aussagen des europäischen Primärrechts zu dem Verhältnis von öffentlicher Daseinsvorsorge und Wettbewerbsprinzip geht. Die Streichung erweckt mithin den Eindruck, dass das Europarecht nur in seinen wettbewerbsfördernden Bezügen herangezogen wird, die gleichrangig hierzu stehenden Ziele der öffentlichen Daseinsvorsorge jedoch ausgeblendet werden. Das Europarecht gewinnt vor diesem Hintergrund den Charakter eines Vorwands, mit dem bestimmte Liberalisierungsmodelle bei der Hausmüllentsorgung durchgesetzt werden sollen. Wie gezeigt worden ist, ist das europäische Primärrecht keinesfalls so einseitig auf die Durchsetzung von Wettbewerb orientiert, wie der Referentenentwurf vorgibt.

Aus den bisherigen Ausführungen folgt vielmehr, dass den Mitgliedstaaten ein weiter Gestaltungsspielraum bei der Definition und Ausgestaltung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse zukommt und dass sie insbesondere berechtigt sind,

¹⁷⁹ BMU, Referentenentwurf vom 02.11.2010, S. 209 f.

betraute Unternehmen mit Ausschließlichkeitsrechten zu versehen, sofern dies erforderlich ist, um die Daseinsvorsorgeleistung zu wirtschaftlich ausgewogenen Bedingungen erbringen zu können. Insbesondere folgt aus dem europäischen Wettbewerbsrecht nicht die Verpflichtung, lukrative Leistungssegmente für einen selektiven Wettbewerb nach Art eines „Rosinenpickens“ zu öffnen.

d) Erforderlichkeit der Wettbewerbsbeschränkung

Allerdings stellt sich abschließend die Frage, ob den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern im deutschen Abfallrecht auch dann die ausschließliche Entsorgungsverantwortung für Haushaltsabfälle zugewiesen werden könnte, wenn gewerbliche Abfallsammler in Teilbereichen in der Lage sind, „höherwertige Dienstleistungen“ anzubieten. Diesbezüglich hat namentlich *Karpenstein* Einwände gegen eine Beschränkung gewerblicher Sammlungen erhoben, denen sich das BMU in seinem Referentenentwurf weitgehend angeschlossen hat und die nachfolgend untersucht werden.

aa) Unzulässigkeit der „Monopolisierung höherwertiger Dienstleistungen“?

Zwar geht auch *Karpenstein* davon aus, dass Art. 86 Abs. 2 EGV/Art. 106 Abs. 2 AEUV *grundsätzlich* eine uneingeschränkte Überlassungspflicht für den gesamten Hausmüll inklusive sortierter Abfallfraktionen rechtfertigen könne.¹⁸⁰ Allerdings folgt *Karpenstein* aus der Rechtsprechung des EuGH, dass es nicht zu einer „Monopolisierung höherwertiger Dienstleistungen“ kommen dürfe.

Dies entnimmt *Karpenstein* namentlich den Entscheidungen des EuGH in der Rechtsache Corbeau¹⁸¹ und in der Rechtssache Ambulanz Glöckner¹⁸². Hier habe der EuGH festgestellt, dass der Ausschluss des Wettbewerbs dem Erforderlichkeitsgrund-

¹⁸⁰ Karpenstein, Haushaltsabfälle zwischen Privatisierung und Kommunalisierung, Rechtsgutachten Januar 2009, S. 45, Rn. 117.

¹⁸¹ EuGH, Rs. C-320/91.

¹⁸² EuGH, Rs. C-475/99.

satz widerspreche, wenn es sich um spezifische, von den Dienstleistungen von allgemeinem Interesse trennbare Dienstleistungen handele, die besonderen Bedürfnissen von Wirtschaftsteilnehmern entsprächen und bestimmte zusätzliche Leistungen verlangten, die die mit Ausschließlichkeitsrechten betraute Einrichtung nicht anböte.

Für Postdienste habe der EuGH als derartige „Mehrwertdienste“ beispielhaft die Abholung beim Absender, eine schnellere oder zuverlässigere Verteilung oder auch die Möglichkeit genannt, den Bestimmungsort während der Beförderung zu ändern. Auch derartige Dienstleistungen dürften allerdings aufgrund ihrer Art und der Umstände, unter denen sie angeboten werden, das wirtschaftliche Gleichgewicht der vom Inhaber des ausschließlichen Rechts übernommenen Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse nicht in Frage stellen.¹⁸³

Für den konkreten Konflikt zwischen kommunaler Hausmüllentsorgung und gewerblichen Sammlungen zieht *Karpenstein* hieraus die Schlussfolgerung, dass gewerbliche Sammlungen namentlich dann zuzulassen seien, wenn ein öffentlich-rechtlicher Entsorgungsträger zum Zeitpunkt der Verwaltungsentscheidung nicht in Hol-, sondern lediglich in Bringsysteme investiert habe. Ebenso sei dies der Fall, wenn entgegen fachlicher Standards eine möglichst sortenreine Sammlung und Verwertung derartiger Abfallfraktionen nicht gewährleistet sei, weil diese z.B. in sog. „Mischtonnen“ gesammelt würden oder die Leerungen „Blauer Tonnen“ so unregelmäßig erfolgten, dass eine gewerbliche Doppelung zu keinerlei Mengenverlusten zu Lasten des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers führe.¹⁸⁴

¹⁸³ Karpenstein, Haushaltsabfälle zwischen Privatisierung und Kommunalisierung, Rechtsgutachten Januar 2009, S. 47, Rn. 125.

¹⁸⁴ Karpenstein, Haushaltsabfälle zwischen Privatisierung und Kommunalisierung, Rechtsgutachten Januar 2009, S. 48 f, Rn. 130.

Diese Überlegungen hat sich das BMU in seinem Referentenentwurf weitgehend zu eigen gemacht und in § 17 Abs. 3 einen entsprechenden „Qualitätsvergleich“ im Rahmen der Prüfung „überwiegender öffentlicher Interessen“ eingebaut. So gilt nach § 17 Abs. 3 Satz 3 der Satz 2 – also der Schutz der Aufgabenerfüllung zu wirtschaftlich ausgewogenen Bedingungen – dann nicht, wenn der öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger nicht in der Lage ist, die von der gewerblichen Sammlung angebotenen Sammel- und Verwertungsleistungen in gleicher Qualität, Effizienz und Dauer selbst oder unter Beauftragung Dritter zu erbringen.¹⁸⁵

In der Begründung führt das BMU zu § 17 Abs. 3 Satz 3 Referentenentwurf Folgendes aus:

„Satz 3 allerdings stellt klar, dass der Schutz der Funktionsfähigkeit des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers nur dann gerechtfertigt ist, wenn dieser auch seine Entsorgungsfunktion in hochwertiger Art und Weise zu erfüllen vermag.

Hintergrund der Regelung ist wiederum die Rechtsprechung des EuGH zu Art. 106 Abs. 2 AEUV. Eine schützenswerte Gefährdung des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers kann nicht angenommen werden, wenn dieser nicht in der Lage ist, die von der gewerblichen Sammlung angebotenen Sammel- und Verwertungsleistungen in gleicher Qualität, Effizienz und Dauer selbst oder unter Einschaltung Dritter nach § 22 zu erbringen.

Für die prognostische Beurteilung ist insbesondere auf die bisherige Entsorgungsplanung und -möglichkeiten des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers abzustellen. Bei dem prognostischen Vergleich zwischen den

¹⁸⁵ BMU, Referentenentwurf Stand 18.03.2011, S. 30; GesetzE BReg., S. 27.

Entsorgungsleistungen des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers und denen der gewerblichen Sammlung spielen zunächst deren Qualität und Effizienz, wie etwa die Kosteneffizienz, Sortenreinheit und Servicefreundlichkeit der Erfassungssysteme (beispielsweise Bring- oder Holsysteme) sowie die Hochwertigkeit und Ressourceneffizienz der anschließenden Verwertung eine Rolle.

Zu berücksichtigen wäre daher etwa der Umstand, dass der öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger für eine Fraktion ein Holsystem bisher nicht angeboten hat und dies auch zukünftig nicht intendiert, der gewerbliche Sammler ein entsprechendes Holsystem aber einrichten möchte. Bedeutsam ist zudem der Aspekt der Dauerhaftigkeit, d. h. die Nachhaltigkeit der Sammlungs- und Verwertungsleistung. Zu prüfen ist, ob die konkurrierenden gewerblichen Sammelsysteme auf dem vorgegebenen Qualitäts- und Effizienzniveau nicht nur kurzfristig, sondern – auch in Zeiten schwankender Rohstoffpreise und Vermarktungserlöse – über eine angemessene Dauer betrieben werden können.¹⁸⁶

Die Rechtsprechung des EuGH gibt die von *Karpenstein* und vom BMU gezogenen Schlussfolgerungen nicht her.

bb) Bedeutung der EuGH-Entscheidungen *Corbeau* und *Ambulanz Glöckner* für gewerbliche Sammlungen

In der Rechtssache *Corbeau* hatte der EuGH entschieden, dass im Bereich der Postdienstleistungen der Ausschluss des Wettbewerbs dann nicht gerechtfertigt werden könne, wenn es sich um spezifische, von den Dienstleistungen von allgemeinem Interesse trennbare Dienstleistungen handele, die besondere Bedürfnisse von Wirtschaftsteilnehmern abdecken würden.

¹⁸⁶ BMU, Referentenentwurf mit Stand vom 18.03.2011, S. 208 f.; GesetzE BReg., S. 207.

Aber selbst dann dürfen diese „Mehrwertleistungen“ das wirtschaftliche Gleichgewicht der vom Inhaber des ausschließlichen Rechts übernommenen Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse nicht in Frage stellen.¹⁸⁷

Hierzu ist zunächst festzuhalten, dass sich das BMU für seine Regelungskonzeption gerade nicht auf diese EuGH-Rechtsprechung berufen kann. Denn nach der Rechtsprechung des EuGH ist selbst dann, wenn ein privater Wettbewerber höherwertige trennbare Dienstleistungen anbietet, die Prüfung vorzunehmen, ob der Inhaber des Ausschließlichkeitsrechts seine Leistung noch zu wirtschaftlich ausgewogenen Bedingungen anbieten kann.

Nach der Struktur von § 17 Abs. 3 des Referentenentwurfs führt jedoch eine „höherwertige“ private Dienstleistung gerade dazu, dass die Prüfung, ob der öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger seine Entsorgungsaufgaben noch zu wirtschaftlich ausgewogenen Bedingungen erfüllen kann, nicht mehr stattfinden soll. Dies widerspricht offensichtlich dem Grundansatz der EuGH-Rechtsprechung, wonach auch bei „höherwertigen“ privaten Wettbewerbsdiensten der Schutz des wirtschaftlichen Gleichgewichts des Trägers der Daseinsvorsorgeleistung und seiner Leistungen nicht in Frage gestellt werden darf.

Darüber hinaus verkennen *Karpenstein* und das BMU, dass sich die EuGH-Entscheidungen in der Sache *Corbeau* und in der Sache *Ambulanz Glöckner* auf Fallkonstellationen bezogen haben, in denen es um einen Wettbewerb auf benachbarten, aber deutlich getrennten und selbstständigen Märkten ging.¹⁸⁸ So ging es in der Rechtssache *Ambulanz Glöckner* darum, ob Sanitätsorganisationen, die mit den Notfalltransporten eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe erfüllen, auch den Bereich der regulären Krankentransporte exklusiv wahrnehmen

¹⁸⁷ EuGH, Urteil vom 19.05.1993, Rs. C-320/91, Rn. 19.

¹⁸⁸ Siehe Voet van Vormizeele, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 2. Aufl., Art. 86, Rn. 70.

dürfen, um so eine wirtschaftliche Auslastung sicherstellen zu können.

Fraglich war also, ob die Inhaber der Aufgabe von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse dazu berechtigt waren, in sachlich verwandte Nachbarbereiche auszugreifen, um die eigentliche Daseinsvorsorgeleistung wirtschaftlich rentabel betreiben zu können.¹⁸⁹ Hier hatte der EuGH ausgeführt, dass eine Erstreckung der ausschließlichen Rechte der Sanitätsorganisationen dann nicht mit ihrer Aufgabe von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse zu rechtfertigen sei, wenn die mit dem Rettungsdienst betrauten Sanitätsorganisationen offensichtlich nicht in der Lage wären, die Nachfrage nach Notfalltransport und nach Krankentransport jederzeit zu decken.¹⁹⁰

Im hiesigen Zusammenhang ist jedoch bereits fraglich, ob diejenigen Dienstleistungen, die von „gewerblichen Sammlern“ erbracht werden können – wie z.B. das Angebot eines Holsystems anstelle des kommunalen Bringsystems – überhaupt als „spezifische, trennbare Dienstleistung“ verstanden werden können, oder ob es sich nicht vielmehr um geringfügige Leistungsmodifikationen handelt, die es nicht rechtfertigen, von einer trennbaren Dienstleistung zu sprechen.

Auch die Grundsätze der Entscheidung „Ambulanz Glöckner“ sind auf die hiesige Fragestellung nicht übertragbar. Denn dort ging es darum, ob Sanitätsorganisationen – neben dem Rettungsdienst – auch den Krankentransport ausschließlich durchführen dürfen, zu dessen Durchführung sie jedoch rechtlich nicht verpflichtet sind. Mangels Rechtspflicht der Sanitätsorganisationen zur Durchführung der normalen Krankentransporte war die Wertung des EuGH zutreffend, dass durch die Übernahme der Krankentransporte durch die Inhaber der Daseinsvorsorgeleistung jedenfalls nicht die Gefahr begründet

¹⁸⁹ Siehe hierzu auch Frenz, Handbuch Europarecht, Band 2, Europäisches Kartellrecht, S. 767 f., Rn. 2053 ff.

¹⁹⁰ EuGH, Urteil vom 25.10.2001, Rs. C-475/99, Ambulanz Glöckner, Rn. 62.

werden darf, dass die Krankentransportleistungen überhaupt nicht mehr effizient angeboten werden.

Auf den Bereich der öffentlich-rechtlichen Hausmüllentsorgung sind diese Überlegungen nicht übertragbar, da die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger umfassend zur Entsorgung sämtlicher Abfälle – einschließlich der Wertstoffe – aus privaten Haushaltungen verpflichtet sind. Auch die Wertstoff-erfassung ist mithin Bestandteil der kommunalen Entsorgungspflichten, für die auch entsprechende Getrennterfassungssysteme vorzuhalten sind und in der Praxis auch vorgehalten werden (vgl. im Übrigen § 14 Abs. 1 Referentenentwurf). Die Gefahr, dass bestimmte Entsorgungsleistungen für Haushaltsabfälle gar nicht angeboten werden, besteht insoweit aufgrund der umfassenden rechtlichen Reglementierung der Hausmüllentsorgung durch Bundes-, Landes- und Satzungsrecht gar nicht.

Während also in der Entscheidung „Ambulanz Glöckner“ der EuGH der Gefahr entgegenwirken musste, dass ein Leistungsbereich – hier der Krankentransport – zunächst monopolisiert, anschließend mangels rechtlicher Verpflichtung aber nicht wahrgenommen wird, entspricht bei der Hausmüllentsorgung dem Ausschließlichkeitsrecht der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger auch eine umfassende Verpflichtung zur Sammlung und Verwertung der anfallenden Haushaltsabfälle (siehe § 15 Abs. 1 KrW-/AbfG, § 20 Abs. 1 Referentenentwurf).

cc) **Aushöhlung des kommunalen Organisationsermessens**

Im Kern geht es bei den Überlegungen von *Karpenstein* und bei dem Regelungskonzept des BMU nicht darum, sicherzustellen, dass die monopolisierte Hausmüllentsorgung auch tatsächlich umfassend wahrgenommen wird, sondern es geht um die Privilegierung gewerblicher Sammlungen, sofern diese be-

stimmte Komfortvorteile anbieten.¹⁹¹ Hiermit ist jedoch die technische Ausgestaltung der Hausmüllfassung und das Organisationsermessen berührt, das grundsätzlich den Mitgliedstaaten bzw. den regionalen und lokalen Ebenen zukommt.

Die Regelungskonzeption des BMU in § 17 Abs. 3 Referentenentwurf hätte insbesondere zur Folge, das kommunale Organisationsermessen bei der Ausgestaltung der Hausmüllentsorgung weitgehend auszuhöhlen. Denn nach diesem Regelungsmodell hätten es die gewerblichen Wettbewerber über die Ausgestaltung ihrer Sammlung in der Hand, das „Dienstleistungsniveau“ festzulegen, unterhalb dessen der öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger dem Wettbewerb schutzlos ausgesetzt wäre. Die Definitionsmacht darüber, wie die Hausmüllentsorgung auszugestaltet ist, ginge danach vom öffentlichen auf den privaten Bereich über, da die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger stets bestrebt sein müssten, dasjenige Komfortniveau, das gewerbliche Sammler in Teilssegmenten anbieten, zu erreichen, um insbesondere nicht Gefahr zu laufen, Einschnitte in die eigenen Planungsgrundlagen und den Verlust erlösträchtiger Wertstoffe zu erleiden.

Eine solche De-facto-Verlagerung der maßgeblichen Organisationsentscheidungen für die Ausgestaltung der Hausmüllentsorgung als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse vom öffentlichen auf den privaten Sektor ist mit den europarechtlichen Vorgaben nicht vereinbar. Das BMU erkennt, dass die Ausgestaltung der Hausmüllentsorgung im jeweiligen Zuständigkeitsbereich eines öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers eine politische Abwägungsentscheidung ist, die durch das europäische Wettbewerbsrecht nicht determiniert wird. Die Versuche, diese politische Abwägungsentscheidung über die Kriterien der „Qualität, Effizienz und Dauer“ in § 17 Abs. 3 Satz 3 Referentenentwurf zu verrechtlichen, ist schon im Ansatz zum Scheitern verurteilt.

¹⁹¹ So zutreffend Koch/Reese, Hausmüllentsorgung als Aufgabe der Daseinsvorsorge, Rechtsgutachten Mai 2000, S. 56 f.

Es kann schon im Ausgangspunkt nicht richtig sein, die Frage einer Wettbewerbsöffnung der Hausmüllentsorgung davon abhängig zu machen, welches Komfortniveau ein gewerblicher Sammler für bestimmte Verwertungsabfälle zu bestimmten Zeiten in bestimmten Gebieten anbieten kann. Insoweit liegt es nach *Koch/Reese* in der Tat in der Natur der Sache, dass ein öffentlich-rechtlicher Entsorgungsträger, der flächendeckende, dauerhafte Leistungen zu gleichen Preisen anzubieten hat und mithin auf Querfinanzierungen angewiesen ist, nicht immer den gleichen Komfort in einzelnen lukrativen Segmenten bieten kann oder will wie ein gewerblicher Sammler, der sein Angebot auf dieses Segment beschränkt und dies auch nicht dauerhaft sicherstellen muss.¹⁹²

Unter Komfort lassen sich auch sehr verschiedenen Wahrnehmungen zusammenfassen. Deshalb wäre es beispielsweise verfehlt das bayerische System der Wertstoffhöfe als nicht komfortabel einzuordnen. Die Wertstoffhöfe genießen großen Zuspruch, nicht zuletzt weil dort die verschiedensten Abfall- und Wertstofffraktionen entsorgt werden können und die Bürgerinnen und Bürger ihren aktiven Beitrag zu einer nachhaltigen Kreislaufwirtschaft gerne erbringen.

Da ein öffentlich-rechtlicher Entsorgungsträger immer für die gesamte Hausmüllentsorgung zuständig ist, muss ihm auch ein Organisationsermessen dahingehend eingeräumt werden, selbst für die Entsorgung erlösträchtiger Wertstoffe nicht stets das maximal mögliche Komfortniveau anzubieten.¹⁹³ Denn die ökologisch-ökonomisch orientierte Abwägungsentscheidung eines öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers muss stets die Gesamtkosten im Blick behalten, während ein gewerblicher Sammler nur mit den Kosten seiner selektiven Wertstoffeffassung zu kalkulieren hat. Der isolierte Vergleich des „Dienstleis-

¹⁹² Koch/Reese, Hausmüllentsorgung als Aufgabe der Daseinsvorsorge, Rechtsgutachten Mai 2010, S. 57.

¹⁹³ So auch Leinius/Wiemken, AbfallR 2011, 15, 19; Dolde/Vetter, AbfallR 2011, 22, 26.

tungsniveaus“ zwischen öffentlich-rechtlichem Entsorgungsträger und gewerblichem Sammler benachteiligt strukturell die kommunale Aufgabenwahrnehmung, da ein gewerblicher Sammler sich allein an den kurzfristigen Marktbedingungen orientieren kann und keine langfristigen Vorhaltekosten kalkulieren muss.

Zurecht ist daher gegen die Konzeption des § 17 Abs. 3 Referentenentwurf eingewandt worden, dass den Trägern der Daseinsvorsorgeverantwortung ein technisches Organisationsermessen zukommen muss und der solidarischen Daseinsvorsorgegemeinschaft eine gewisse demokratische Autonomie darin einzuräumen ist, wie sie bestimmte Nutzervorteile würdigt und welche Kosten sie dafür in Kauf nehmen möchte.¹⁹⁴

e) Zulassung gewerblicher Sammlungen widerspricht den materiellen Trenn- und Verwertungspflichten der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger

Der Weg, den das BMU mit § 17 Abs. 3 Referentenentwurf eingeschlagen hat, führt darüber hinaus zu erheblichen Wertungswidersprüchen innerhalb der Gesamtkonzeption des Referentenentwurfes für ein neues Kreislaufwirtschaftsgesetz.

Denn einerseits werden die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger mit der Erfüllung umfassender Trenn- und Verwertungspflichten betraut, die wiederum unter den Vorbehalt der technischen Möglichkeit und der wirtschaftlichen Zumutbarkeit gestellt werden (siehe §§ 7 Abs. 4, 11 Abs. 1, 14 Abs. 1, 20 Abs. 1 Referentenentwurf). Wenn das BMU darüber hinaus meint, über die Regelung des § 17 Abs. 3 Satz 3 Referentenentwurf sicherstellen zu müssen, dass die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger auch tatsächlich effektive Sammel- und Verwertungsleistungen erbringen, so spricht es offenbar den selbst aufgestellten Trenn- und Verwertungspflichten die

¹⁹⁴ Koch/Reese, Hausmüllentsorgung als Aufgabe der Daseinsvorsorge, Rechtsgutachten Mai 2010, S. 58.

Wirksamkeit ab. Anders ist nicht erklärbar, dass für gewerbliche Sammlungen dort ein Freiraum geschaffen wird, wo der öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger „seine Entsorgungsfunktion nicht in hochwertiger Art und Weise zu erfüllen vermag“.¹⁹⁵

Es muss als grundsätzlich verfehlt bewertet werden, das Handeln der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger über die umfassenden materiellen Umweltauforderungen des Kreislaufwirtschaftsrechts hinaus über eine „Anreizregulierung“ steuern zu wollen, die mit unscharfen Kriterien die Hausmüllentsorgung dem Wettbewerb dort öffnet, wo die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger kein vergleichbares „Dienstleistungsniveau“ erfüllen. Denn dass bei der Ausgestaltung der Hausmüllentsorgung eine ökologisch-ökonomische Gesamtabwägung vorzunehmen ist, bringen insbesondere auch die §§ 6 Abs. 2, 7 Abs. 4 und 8 Abs. 1 Referentenentwurf deutlich zum Ausdruck.

Kommt demnach ein öffentlich-rechtlicher Entsorgungsträger im Rahmen der politischen Willensbildung zu dem Ergebnis, dass ein Bringsystem für bestimmte Abfallfraktionen in der Gesamtbetrachtung vorzugswürdig ist (höhere Sortenreinheit der Abfälle, kein zusätzlicher Platzbedarf auf den Hausgrundstücken, Einsparung von Logistikkosten und Transportaufwand), so kann eine solche Abwägungsentscheidung nicht dadurch unterlaufen werden, dass der öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger sie mit der Öffnung für den Wettbewerb und der privaten Wertstoffabschöpfung „bezahlen“ muss.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass die Rechtsprechung des EuGH nicht verlangt, die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger einem Wettbewerb um das „Dienstleistungsniveau“ mit gewerblichen Sammlern auszusetzen, da zum einen die materiellen Trenn- und Verwertungsanforderungen den öffentlich-

¹⁹⁵ BMU, Referentenentwurf mit Stand vom 18.03.2011, S. 208; GesetzE BReg., S. 207.

rechtlichen Entsorgungsträgern bereits gesetzlich aufgegeben sind und zum anderen die Ausgestaltung der Hausmüllentsorgung im konkreten Einzelfall dem Organisationsermessen des jeweiligen öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers und damit einem politischen Abwägungsprozess obliegt.

ee) Einwände gegen den restriktiven Sammlungsbe­griff des BVerwG ungerechtfertigt

Aus diesen Gründen ist im Übrigen auch den Einwänden zu widersprechen, die *Koch/Reese* gegen den restriktiven Sammlungsbe­griff des Bundesverwaltungsgerichts vorgebracht haben. Nach *Koch/Reese* ließe sich die enge Auslegung des Be­griffs der gewerblichen Sammlung durch das Bundesverwal­tungsgericht nur dann europarechtlich durch Art. 106 Abs. 2 AEUV rechtfertigen, wenn der Nachweis gelänge, dass die da­von ausgegrenzten gewerblichen Sammlungen auch dann eine Gefährdung der angemessenen und wirtschaftlich ausgewo­genen öffentlichen Aufgabenwahrnehmung bewirken könn­ten, wenn die öffentliche Entsorgung gar keine entsprechende Getrenntfassung vorsehe. Es müsste in solchen Fallgestal­tungen eine Gefährdung der sonstigen Hausmüllentsorgungs­strukturen, namentlich der Restmüllentsorgung, dargelegt werden können, wofür beim gegenwärtigen Stand der Haus­müllentsorgung aber nichts ersichtlich sei.¹⁹⁶

Diese Argumentation von *Koch/Reese* überrascht und kann nicht überzeugen. Den Konflikt zwischen der gewerblichen Sammlung von bestimmten Verwertungsabfällen und einem öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger, der für diese Abfälle überhaupt keine Getrenntfassung vorsieht, hat es in der Ent­sorgungspraxis nicht gegeben und es kann ihn von Rechts we­gen auch nicht geben. So ist namentlich bei den Auseinander­setzungen um die gewerbliche „Blaue Altpapiertonne“ die Ar­gumentation der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger nie

¹⁹⁶ Koch/Reese, Hausmüllentsorgung als Aufgabe der Daseinsvorsorge, Rechtsgutachten Mai 2010, S. 54 f.

diejenige gewesen, das Altpapier würde der eigenen Restmüllentsorgung entzogen. Denn stets verfügen die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger über ein Getrennterfassungssystem für Altpapier, das jedoch – angepasst an die Gegebenheiten vor Ort – unterschiedliche Ausgestaltungsvarianten erfährt.

Die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger unterliegen einer Verwertungspflicht, die durch § 15 Abs. 1 Satz 2 KrW-/AbfG sogar gegenüber derjenigen der einzelnen Abfallerzeuger und -besitzer gesteigert ist. Auch landesabfallrechtlich werden die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger häufig zur Getrennterfassung und Verwertung ihrer Abfälle verpflichtet.¹⁹⁷

Die von *Koch/Reese* als Argument gegen den restriktiven Sammlungs-begriff des Bundesverwaltungsgerichts angeführte Konfliktlage zwischen gewerblicher Wertstoff- und kommunaler Restmüllentsorgung ist damit ein fiktives Szenario, das auch und gerade vor dem Hintergrund der Trenn- und Verwertungspflichten der Abfallrahmenrichtlinie und des Referentenentwurfs nicht überzeugen kann. Bestünde die von *Koch/Reese* behauptete Gefahr „erheblich defizitärer öffentlich-rechtlicher Entsorgungsstrukturen“¹⁹⁸ tatsächlich, so könnte diesen Defiziten nur durch einen wirksamen Vollzug des Abfallrechts abgeholfen werden, nicht jedoch durch eine Öffnung für den Wettbewerb, der kommunale Defizite auch nur in rentablen Leistungsfeldern „kompensieren“ könnte. Es ist auch nicht erkennbar, wo öffentlich-rechtliche Entsorgungsstrukturen erhebliche Defizite aufweisen sollten. Der Referentenentwurf geht jedenfalls weiterhin implizit von einer entsprechenden Leistungsfähigkeit der Kommunen aus.

Umgekehrt bringt der restriktive Sammlungs-begriff des Bundesverwaltungsgerichts zutreffend die Wertung des Art. 106

¹⁹⁷ Vgl. § 11 KrW-/AbfG Bln; Art. 4 Abs. 1 BayAbfG; § 4 Abs. 1 LAbfG MV; § 7 Abs. 2 SAWG.

¹⁹⁸ Koch/Reese, Hausmüllentsorgung als Aufgabe der Daseinsvorsorge, Rechtsgutachten Mai 2010, S. 55.

Abs. 2 AEUV zum Ausdruck, dass die Mitgliedstaaten bei der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse keine gewerblichen Parallelstrukturen zulassen müssen, weil und soweit diese die Aufgabenerfüllung zu wirtschaftlich ausgewogenen Bedingungen gefährden. Mit der Bezugnahme auf die Vorstellungen des historischen Gesetzgebers trägt das Bundesverwaltungsgericht darüber hinaus dem Umstand Rechnung, dass der Tätigkeitsbereich der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse – und im Umkehrschluss derjenige gewerblicher Anbieter – regelmäßig historisch geprägt ist und sich dabei nach den besonderen Gegebenheiten in dem jeweiligen Mitgliedstaat richtet.¹⁹⁹

Sofern man der hier vertretenen Auffassung, nach der der nationale Gesetzgeber befugt ist, die Hausmüllentsorgung mit Ausschließlichkeitwirkung den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern zuzuweisen, nicht folgt, so kann jedenfalls das geltende Recht in seiner Konkretisierung durch das Bundesverwaltungsgericht auf die europäischen Verträge und die Rechtsprechung des EuGH zu Art. 106 Abs. 2 AEUV gestützt werden.

III. Reichweite der Freistellungswirkung von Art. 106 Abs. 2 AEUV

Mit der Bejahung der Voraussetzungen des Art. 106 Abs. 2 AEUV stellen sich Konflikte mit der Warenverkehrsfreiheit nicht mehr. Mit der ganz herrschenden Meinung und dem EuGH ist eine umfassende Freistellungswirkung hinsichtlich sämtlicher Regelungen des EUV/AEUV einschließlich der Grundfreiheiten durch Art. 106 Abs. 2 AEUV anzunehmen.²⁰⁰

¹⁹⁹ Vgl. Frenz, Handbuch Europarecht, Band 2, Europäisches Kartellrecht, S. 785, Rn. 2098.

²⁰⁰ Rumpff, Das Ende der öffentlichen Dienstleistungen in der Europäischen Union?, S. 161ff.; Pernice, in: Grabitz/Hilf, EGV, Art. 90 Rn. 59; Seidel, in: Baur (Hrsg.), Energiewirtschaft zwischen Wettbewerb und öffentlichen Aufgaben, S. 73, 87f.; Rapp-Jung, RdE 1994, 165, 169; Burgi, EuR 1997, 261, 278; Hellermann, Örtliche Daseinsvorsorge und gemeindliche Selbstverwaltung, S. 120f.; Voet van Vermizeele, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 2. Aufl., Art. 86, Rn. 53; Krämer, AbfallR 2010, 40, 41; offengelassen in EuGH, Urteil vom 23.5.2000, Rs. C-209/98, AbfallPrax 2000, 160, EuZW 2000, 594, 595, Rn. 31.; bestätigt durch EuGH, Urteil vom

Dafür spricht zunächst schon der Wortlaut der Regelung, da dieser insoweit keine Einschränkungen vorsieht, sondern vielmehr von einer (eingeschränkten) Geltung der „Vorschriften dieses Vertrages“ spricht. Zudem würde eine Einschränkung der Freistellungswirkung des Art. 86 Abs. 2 EGV/Art. 106 Abs. 2 AEUV diese Regelung zu einer Scheinausnahme degradieren.

Die üblichen Formen staatlicher Regulierung mit spezifischem Unternehmensbezug – wie die Durchsetzung von Überlassungspflichten zugunsten öffentlich-rechtlicher Entsorgungsträger – tangieren sowohl die Wettbewerbsregeln als auch die Grundfreiheiten, da in beiden Fällen die Eignung zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels- bzw. Wirtschaftsverkehrs Voraussetzung für einen Verstoß ist (vgl. Art. 82 S. 1 EGV/Art. 102 Satz 1 AEUV).

Könnte Art. 86 Abs. 2 EGV/Art. 106 Abs. 2 AEUV lediglich von der Anwendung des Kartell- und Missbrauchsverbotes befreien, wären sämtliche staatliche Regulierungen praktisch unhaltbar, da die Anwendung der betroffenen Grundfreiheit die Mitgliedstaaten letztlich doch zu deren Abschaffung zwingen würde. Art. 86 Abs. 2 EGV/Art. 106 Abs. 2 AEUV wäre dann ganz unabhängig vom Vorliegen seiner Voraussetzungen vollkommen bedeutungslos für staatliche Regulierungen und damit tatsächlich obsolet, da das Ziel der Vorschrift, nämlich die Sicherstellung von Sonderaufgaben durch Nichtanwendung der Vertragsvorschriften auf bestimmte staatliche Regulierungen, gar nicht erreicht werden könnte.²⁰¹

Daher muss im Ergebnis Art. 86 Abs. 2 EGV/Art. 106 Abs. 2 AEUV staatliche Regulierungen mit spezifischem Unternehmensbezug, die sowohl die Grundfreiheiten als auch den freien Wettbewerb beeinträchtigen, von der Anwendung sämtlicher Vertragsvorschriften freistellen können, da sich die beiden genannten Wirkungsrichtungen staatlicher Regulierungen mit spezifischem Unternehmensbezug eben nicht voneinander trennen lassen.²⁰²

18.06.1998, Rs. C-266/96, *Corsica Ferries II*, Rn. 59; so auch Karpenstein, *Haushaltsabfälle zwischen Privatisierung und Kommunalisierung*, Rechtsgutachten Januar 2009, S. 39, Rn. 99.

²⁰¹ Rumpff, *Das Ende der öffentlichen Dienstleistungen in der Europäischen Union?*, S. 163 f.

²⁰² Rumpff, *Das Ende der öffentlichen Dienstleistungen in der Europäischen Union?*, S. 166.

Im Ergebnis verlagert sich bei den abfallrechtlichen Überlassungspflichten die primärrechtliche Prüfung in den Bereich des Wettbewerbsrechts, da die Überlassungspflicht eine staatliche Maßnahme mit spezifischem Unternehmensbezug darstellt. Prüfungsmaßstab ist daher ausschließlich die wettbewerbsrechtliche Norm des Art. 86 Abs. 2 EGV/Art. 106 Abs. 2 AEUV, die Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind, von den Vertragsvorschriften ausnimmt, sofern die Anwendung dieser Vorschriften die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgaben zu wirtschaftlich ausgewogenen Bedingungen verhindert.

Die öffentliche Abfallentsorgung ist auch bezogen auf getrennt erfasste Haushaltsabfälle eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse im Sinne des Europarechts und wird daher auch hinsichtlich ihrer Wirtschaftlichkeit geschützt. Der Gesetzgeber ist damit befugt, „gewerbliche Sammlungen“ von lukrativen Abfallfraktionen auch generell zu unterbinden, um die Wertstofflöse für die kommunalen Gebührenhaushalte zu erhalten und somit die Hausmüllentsorgung insgesamt zu wirtschaftlich ausgewogenen Bedingungen zu organisieren.



ASA e.V.
Arbeitsgemeinschaft
Stoffspezifische Abfallbehandlung
im Hause der Abfallwirtschaftsgesellschaft
des Kreises Warendorf mbH

- Geschäftsstelle -
Westring 10
59320 Ennigerloh
Tel.: +49 2524 9307.18
Fax: +49 2524 9307.12
www.asa-ev.de

[Gaßner, Groth, Siederer & Coll.]
Partnerschaft von Rechtsanwälten

Rechtsanwaltskanzlei
[Gaßner, Groth, Siederer & Coll.]
Stralauer Platz 34
10243 Berlin
Tel.: +49 30 7261026.0
Fax: +49 30 7261026.10
berlin@ggsc.de
www.ggsc.de