

Dr. Sonja Dünnwald, LL.M. (University College London)\*

# Die Rechtsnatur des Überwachungsvertrags zwischen einer technischen Überwachungsorganisation und einem Entsorgungsfachbetrieb

## I. Einführung

Das Kreislaufwirtschaftsgesetz („KrWG“)<sup>1</sup> sieht in seinem § 56 eine wichtige Rolle für Entsorgungsfachbetriebe bei der Förderung der Kreislaufwirtschaft und dem Schutz von Mensch und Umwelt bei der Erzeugung und Bewirtschaftung von Abfällen vor.<sup>2</sup> Mit dieser Zielvorgabe kommt dem Prozess der Zertifizierung des Entsorgungsfachbetriebs besondere Bedeutung zu: Das Zertifikat, also die Erlaubnis zum Führen eines Überwachungszeichens in Verbindung mit einem Hinweis auf die Tätigkeiten, für die der Betrieb als Entsorgungsfachbetrieb zertifiziert ist, soll die Gewähr bieten, dass die zertifizierten Tätigkeiten entsprechend den umweltrechtlichen Standards durchgeführt werden. Dadurch können die Erzeuger und Besitzer von Abfällen gleichsam ihre Haftungsrisiken im Rahmen der Drittbeauftragung gemäß § 22 KrWG begrenzen.<sup>3</sup> Dies gilt, obwohl die Zertifizierung nicht durch eine Behörde abgenommen wird. Es sind vielmehr privatrechtlich organisierte Rechtssubjekte, die durch ihre eigenen Sachverständigen sicherstellen sollen, dass die erforderlichen Anforderungen eingehalten werden.

## II. Hintergrund zur Zertifizierung und Überwachung

Gemäß § 56 Abs. 2 Nr. 2 KrWG kann die Zertifizierung zum Entsorgungsfachbetrieb erteilt werden entweder durch eine technische Überwachungsorganisation („TÜO“), einen auf dauernde Zusammenarbeit angelegten rechtsfähigen Zusammenschluss mehrerer Sachverständiger (§ 56 Abs. 5 S. 1 KrWG), oder durch eine Entsorgungsgemeinschaft, einen rechtsfähigen und von der zuständigen Behörde anerkannten Zusammenschluss von Entsorgungsfachbetrieben (§ 56 Abs. 6 S. 1 und 2 KrWG). Die Grundlage für die Erteilung des Zertifikats ist im Fall einer TÜO der zwischen der TÜO und dem Betrieb geschlossene Überwachungsvertrag, der die insofern relevanten Anforderungen beinhaltet (§ 56 Abs. 5 S. 2 KrWG) und der der Zustimmung der zuständigen Behörde bedarf (§ 56 Abs. 5 S. 2 und 3 KrWG). Im Fall der Entsorgungsgemeinschaft erfüllen die Satzung oder sonstige Regelungen diese Funktion (§ 56 Abs. 6 S. 3 KrWG).

Die für Entsorgungsfachbetriebe geltenden gesetzlichen Regelungen und die Grundsätze für deren Zertifizierung werden in der überarbeiteten Entsorgungsfachbetriebsver-

ordnung („EfbV“)<sup>4</sup> ausgestaltet. Die EfbV konkretisiert beide Zertifizierungswege und verfolgt das Ziel, die Anforderungen an die Zertifizierung und Überwachung so weit wie möglich zu vereinheitlichen, um ein einheitliches Regelwerk für Entsorgungsfachbetriebe zu schaffen.<sup>5</sup> Ein Beispiel hierfür ist, dass nunmehr eine TÜO einen Überwachungsvertrag mit einem noch nicht zertifizierten Betrieb nur nach Durchführung einer förmlichen Vorprüfung schließen darf (§ 11 Abs. 5 EfbV). Diese Prüfung, die bereits im Vorfeld sicherstellen soll, dass der entsprechende Betrieb die gesetzlichen Anforderungen der Zertifizierung grundsätzlich erfüllen kann, war zuvor nur für die Entsorgungsgemeinschaften vorgesehen.<sup>6</sup>

Die überarbeitete EfbV hat gleichzeitig die Anforderungen an die Überwachung präzisiert und verschärft. Mit § 22 EfbV ist eine detaillierte Regelung über Inhalt und Ablauf der erstmaligen und der jährlichen Überprüfung der Zertifizierungsanforderungen hinzugekommen. Hervorzuheben sind hierbei insbesondere die Regelungen für die Vor-Ort-Termine und die Berechtigung der zuständigen Behörden, an diesen Terminen teilzunehmen. Zudem präzisiert § 24 EfbV die Möglichkeiten der Teilzertifizierung und der Beschränkung der Zertifizierung auf bestimmte Abfallarten, Tätigkeiten oder Standorte.

\* Die Autorin ist Referentin im Referat WR II 2 „Recht der Kreislaufwirtschaft“ im Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit in Bonn. Die Autorin gibt ausschließlich ihre persönliche Auffassung wieder.

1 Gesetz zur Förderung der Kreislaufwirtschaft und Sicherung der umweltverträglichen Bewirtschaftung von Abfällen (Kreislaufwirtschaftsgesetz – KrWG) vom 24.2.2012 (BGBl. I S. 212), zuletzt geändert durch Art. 15 G vom 27.6.2017.

2 Doumet, in: von Lersner/Wendenburg/Versteyl, Recht der Abfall- und Kreislaufwirtschaft, 2017, § 56 Rn. 19; Brinktrine, in: Schmehl, GK-KrWG, 2013, § 56 Rn. 11; Schomerus, in: Versteyl/Mann/Schomerus, KrWG, 3. Auflage 2012, § 56 Rn. 13.

3 Hurst, in: Jarass/Petersen, KrWG, 2014, § 56 Rn. 3 und 41; Ley, in: Schink/Versteyl, KrWG, 2. Aufl. 2016, § 56 Rn. 10; Schomerus, in: Versteyl/Mann/Schomerus, KrWG, 3. Aufl. 2012, § 56 Rn. 5.

4 Verordnung über Entsorgungsfachbetriebe, technische Überwachungsorganisationen und Entsorgungsgemeinschaften (Entsorgungsfachbetriebsverordnung – EfbV) vom 2.12.2016 (BGBl. I S. 2770).

5 Regierungsentwurf zur Zweiten Verordnung zur Fortentwicklung der abfallrechtlichen Überwachung, BR-Drucks. 477/16, S. 49.

6 Doumet, in: von Lersner/Wendenburg/Versteyl, Recht der Abfall- und Kreislaufwirtschaft, 2017, § 56 Rn. 76.

Damit sind die Voraussetzungen an eine Zertifizierung detailliert und für TÜOs und Entsorgungsgemeinschaften weitgehend gleichlaufend geregelt. Auch wenn ein Überwachungsvertrag grundsätzlich nur zwischen einer TüO und einem Betrieb geschlossen wird, können die wechselseitigen Verpflichtungen im Kontext der Entsorgungsgemeinschaft nicht wesentlich abweichen. Da die Entsorgungsgemeinschaften aber die rechtliche Ausgestaltung der Bindung und Überprüfung ihrer Mitglieder im Rahmen der §§ 13, 14 EfbV freier wählen können, beschränkt sich die folgende Untersuchung auf den Überwachungsvertrag und das Verhältnis von TüO und Betrieb. Dieser Beitrag behandelt die Frage, welche Rechtsnatur dem Überwachungsvertrag zukommt und diskutiert, ob er zivilrechtlich als Dienstvertrag oder als Werkvertrag zu klassifizieren ist.

### III. Die Rechtsnatur des Überwachungsvertrags

#### 1. Der Überwachungsvertrag als zivilrechtlicher Vertrag

Der Überwachungsvertrag ist nach herrschender Auffassung ein zivilrechtlicher und kein öffentlich-rechtlicher Vertrag.<sup>7</sup> Die TüO ist privatrechtlich verfasst; der Entsorgungsbetrieb kann privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich verfasst sein (§ 56 Abs. 2 Nr. 1 KrWG). Der TüO kommen auch keine hoheitlichen Aufgaben zu: Die Anforderungen an die Zertifizierung sind zwar bestimmt durch öffentlich-

rechtliche Vorschriften; sie selbst ist aber privatrechtlicher Natur.<sup>8</sup> Es erscheint überzeugend, das Zertifizierungsverfahren als ein System der Selbstkontrolle zu verstehen,<sup>9</sup> das lediglich behördlich überwacht wird. Die TüO ist somit nicht als Verwaltungsbehörde tätig und auch nicht als Belehene einer Behörde.<sup>10</sup>

Zwar sind die durch eine Zertifizierung ausgelösten verfahrensrechtlichen Privilegierungen für den zertifizierten Betrieb öffentlich-rechtlicher Natur (wie der Verzicht auf die Erlaubnis für das Sammeln und Befördern von bzw. Handeln und Makeln mit gefährlichen Abfällen gemäß § 54 Abs. 3 Nr. 2 KrWG). Diese Privilegierungen werden jedoch nicht durch den Überwachungsvertrag begründet, sondern durch ihn lediglich veranlasst. Die gesetzlichen und verordnungsrechtlichen Bestimmungen knüpfen an das Bestehen der Zertifizierung an.<sup>11</sup> Damit beruhen sie auf dem Gesetz und der Verordnung – und nicht auf dem Vertrag.

#### 2. Werkvertrag oder Dienstvertrag?

Da der Überwachungsvertrag also ein zivilrechtlicher Vertrag ist, stellt sich die Frage, ob er als Werk- oder als Dienstvertrag zu kategorisieren ist. Dafür werden zunächst die besonderen Merkmale beider Vertragsarten im Überblick dargestellt. Im Anschluss werden diese mit den charakteristischen Merkmalen des Überwachungsvertrags verglichen, um zu einer Einordnung zu gelangen.

##### a. Merkmale des Werkvertrags

Der Werkvertrag gemäß § 631 BGB ist ein gegenseitiger entgeltlicher Vertrag, in dem sich der Unternehmer verpflichtet, ein bestimmtes Werk herzustellen und sich der Besteller im Gegenzug dazu verpflichtet, die vereinbarte Vergütung bei der Abnahme der Werkleistung zu entrichten.<sup>12</sup> Die vertragstypische Leistung kann dabei in einem durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführenden Erfolg bestehen.<sup>13</sup> Beim Werkvertrag steht also nicht das Tätigwerden des Unternehmers als solches, sondern die Erfolgsbezogenheit seiner Verpflichtung im Vordergrund: Der Unternehmer hat ein zur Zeit des Vertragsabschlusses noch nicht bestehendes Werk zu schaffen oder einen anderen zunächst nur gedanklich vorstellbaren Erfolg herbeizuführen.<sup>14</sup>

Gemäß § 633 BGB ist der Unternehmer verpflichtet, sein Werk frei von Sach- und Rechtsmängeln herzustellen, sodass es sich für eine im Vertrag vorausgesetzte oder für die gewöhnliche Verwendung eignet. Die genauen Anforderungen an das Werk ergeben sich regelmäßig aus der vertraglichen Konkretisierung des Leistungserfolgs.<sup>15</sup> Die Rechte des Bestellers bei Mangelhaftigkeit des Werkes gemäß § 634 BGB stehen in einem Stufenverhältnis zueinander:<sup>16</sup> Er muss zunächst die Nacherfüllung verlangen, wonach der Unternehmer nach seiner Wahl den Mangel beseitigen oder ein neues Werk herstellen kann. Erst im Falle eines Schei-

7 *Brinktrine*, in: Schmehl, GK-KrWG, 2013, § 56 Rn. 25 und 50; *Schomerus*, in: Versteyl/Mann/Schomerus, KrWG, 3. Aufl. 2012, § 56 Rn. 34; *Strohmeier*, in: Kopp-Assenmacher, KrWG, 2015, § 56 Rn. 64 und § 57 Rn. 46; *Doumet*, in: von Lersner/Wendenburg/Versteyl, Recht der Abfall- und Kreislaufwirtschaft, 2017, § 56 Rn. 108; *Ley*, in: Schink/Versteyl, KrWG, 2. Aufl. 2016, § 56 Rn. 50.

8 *Doumet*, in: von Lersner/Wendenburg/Versteyl, Recht der Abfall- und Kreislaufwirtschaft, 2017, § 56 Rn. 108.

9 *Strohmeier*, in: Kopp-Assenmacher, KrWG, 2015, § 56 Rn. 64.

10 *Strohmeier*, in: Kopp-Assenmacher, KrWG, 2015, § 56 Rn. 65.

11 *Doumet*, in: von Lersner/Wendenburg/Versteyl, Recht der Abfall- und Kreislaufwirtschaft, 2017, § 56 Rn. 108.

12 *Busche*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 631 Rn. 1; *Voit*, in: BeckOK BGB, 43. Edition, Stand: 1.2.2017, § 631 Rn. 6; *Scheuch/Ebert*, in: Schulze, Bürgerliches Gesetzbuch, 9. Aufl. 2017, § 631 Rn. 1.

13 *Busche*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 631 Rn. 1.

14 *Busche*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 631 Rn. 1; *Voit*, in: BeckOK BGB, 43. Edition, Stand: 1.2.2017, § 631 Rn. 8 und 9.

15 *Busche*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 631 Rn. 64; *Voit*, in: BeckOK BGB, 43. Edition, Stand: 1.2.2017, § 634 Rn. 4.

16 *Busche*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 634 Rn. 72; *Scheuch/Ebert*, in: Schulze, Bürgerliches Gesetzbuch, 9. Aufl. 2017, § 634 Rn. 2.

terns der Nacherfüllung kann der Besteller vom Vertrag zurücktreten, die Vergütung mindern oder Aufwendungs- oder Schadensersatz verlangen. Die Verjährung etwaiger Ansprüche auf Mängelgewährleistung gemäß § 634a BGB unterscheidet sich nach der Art des herzustellenden Werkes: Gewährleistungsansprüche hinsichtlich eines Werkes, dessen Erfolg in der Herstellung einer Sache oder in der Erbringung von Planungs- oder Überwachungsleistungen hierfür besteht, verjähren in zwei Jahren. Gewährleistungsansprüche für sonstige, insbesondere nichtkörperliche Werkleistungen unterliegen der längeren, regelmäßigen Verjährungsfrist, die drei Jahre beträgt (§ 195 BGB).

§ 642 BGB regelt die Konsequenzen einer unterlassenen Mitwirkung des Bestellers, die für die Herstellung des Werkes erforderlich gewesen wäre. Danach hat der Unternehmer in Fällen, in denen die unterlassene Mitwirkung zu einem Annahmeverzug führt, einen Anspruch auf eine angemessene Entschädigung. Zudem kann der Besteller gemäß § 643 BGB in dieser Situation eine angemessene Frist zur Nachholung der erforderlichen Mitwirkung setzen und diese mit einer Kündigungserklärung verbinden, für den Fall, dass die Mitwirkung ausbleibt. Verstreicht die Frist ohne die Mitwirkungshandlung, gilt der Vertrag als aufgehoben.

Im Übrigen kann ein Werkvertrag gemäß § 649 BGB vom Besteller bis zur Vollendung des Werkes jederzeit gekündigt werden. Es handelt sich also um ein freies Kündigungsrecht des Bestellers, das er ohne jegliche Veranlassung durch den Unternehmer ausüben kann.<sup>17</sup> Das gesetzliche Leitbild stellt es somit in das Belieben des Bestellers, auf die weitere Herstellung des Werkes gänzlich oder zumindest durch seinen bisherigen Vertragspartner zu verzichten.<sup>18</sup> Der resultierende Entschädigungsanspruch des Unternehmers bezieht sich auf die vereinbarte Vergütung abzüglich der durch die Aufhebung ersparten Anwendungen. Daneben besteht für beide Vertragsparteien ein Kündigungsrecht aus wichtigem Grund gemäß § 314 BGB.

#### b. Merkmale des Dienstvertrags

Der Dienstvertrag gemäß § 611 BGB ist ein gegenseitiger, entgeltlicher Vertrag, in dem sich eine Partei zur Erbringung von Dienstleistungen verpflichtet und die andere im Gegenzug zur Zahlung einer Vergütung. Die vertragstypische Leistung ist hier die ordnungsgemäße Erbringung der vertraglich vereinbarten Dienstleistung.<sup>19</sup>

Aus diesem Grund treffen den Dienstverpflichteten auch keine Pflichten zur Mängelgewährleistung.<sup>20</sup> Eine Pflicht zum Schadensersatz kann sich nur aus den allgemeinen Grundsätzen des § 280 Abs. 1 BGB ergeben, wenn dem Dienstberechtigten ein Schaden durch eine Pflichtverletzung des Dienstverpflichteten entsteht. Ein solcher Anspruch unterliegt der regelmäßigen Verjährung.

§ 615 BGB regelt die Konsequenzen einer unterlassenen Mitwirkung des Dienstberechtigten. Kommt er mit der Annahme der Dienste in Verzug, so kann der Dienstverpflich-

tete für die infolge des Verzugs nicht geleisteten Dienste die vereinbarte Vergütung verlangen, ohne zur Nachleistung verpflichtet zu sein. Er muss sich aber den Wert desjenigen anrechnen lassen, was er infolge des Unterbleibens der Dienstleistung erspart hat oder hätte anderweitig erwerben können.

Ein Dienstvertrag kann gemäß den §§ 620 und 621 BGB von jedem Vertragspartner unter Einhaltung der entsprechenden Fristen gekündigt werden. Der Dienstvertrag sieht insofern also keine Privilegierung des einen Vertragspartners vor. Darüber hinaus besteht für beide Parteien ein fristloses Kündigungsrecht aus wichtigem Grund (§ 626 BGB) und bei besonderer Vertrauensstellung (§ 627 BGB). Bei einer Kündigung bei besonderer Vertrauensstellung hat der Dienstverpflichtete die Belange des Dienstberechtigten besonders zu beachten.

### 3. Einordnung des Überwachungsvertrags

Der Überwachungsvertrag soll gemäß § 56 Abs. 5 S. 2 KrWG „insbesondere die Anforderungen an den Betrieb und seine Überwachung sowie an die Erteilung und den Entzug des Zertifikats und der Berechtigung zum Führen des Überwachungszeichens“ festlegen. Diese Anforderungen und Voraussetzungen werden in § 11 Abs. 2 und 3 EfbV weiter konkretisiert: Hier ist vor allem § 11 Abs. 2 EfbV von Bedeutung, der die Prüfungs- und Dokumentationsverpflichtungen der TÜO normiert. Die Ausgestaltung und Normierung dieser Verpflichtungen stellt das Herzstück eines Überwachungsvertrags dar. Es ist schließlich das erfolgreiche Durchlaufen des aufgegebenen Prüfungsprogramms, das zur Zertifizierung des Betriebs führt. Dahingegen regelt § 11 Abs. 3 EfbV lediglich Mitwirkungsverpflichtungen des Betriebs, die sicherstellen sollen, dass die TÜO in der Lage ist, ihren Prüf- und Dokumentationspflichten nachzukommen. Es steht damit nicht infrage, dass die vertragscharakteristischen Leistungen des Überwachungsvertrags von der TÜO erbracht werden.

Über diese Mindestelemente hinaus kann der Überwachungsvertrag auch weitere Vereinbarungen beinhalten, sofern diese nicht den gesetzlich normierten Anforderungen widersprechen (§ 11 Abs. 4 EfbV). Die weitere Ausgestal-

17 *Busche*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 649 Rn. 1; *Voit*, in: BeckOK BGB, 43. Edition, Stand: 1.2.2017, § 649 Rn. 5.

18 *Busche*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 649 Rn. 2; *Voit*, in: BeckOK BGB, 43. Edition, Stand: 1.2.2017, § 649 Rn. 5.

19 BGH, Urteil vom 16.7.2002 – X ZR 27/01, NJW 2002, 3323; *Fuchs*, in: BeckOK BGB, 43. Edition, Stand: 15.6.2017, § 611 Rn. 10; *Schreiber*, in: Schulze, Bürgerliches Gesetzbuch, 9. Aufl. 2017, § 611 Rn. 1.

20 *Busche*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 631 Rn. 9; *Müller-Glöge*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2016, § 611 Rn. 19.

tung ist in der Praxis häufig. Ausschlaggebend für die Einordnung eines Vertrags als Werk- oder Dienstvertrag ist immer die individuelle vertragliche Bestimmung des Leistungsgegenstandes durch die Vertragsschließenden.<sup>21</sup> Da sich diese Vertragsauslegung aber nicht nur am Wortlaut zu orientieren hat, sondern an den gesamten Umständen, in die der Vertragsschluss eingebettet ist,<sup>22</sup> ist es möglich, eine allgemeine Einschätzung zum Vertragstyp eines Überwachungsvertrags vorzunehmen, ohne spezifischen Ausgestaltungen zu viel Gewicht einzuräumen. Bei dieser allgemeinen Einschätzung ist trotzdem nicht außer Acht zu lassen, dass der einzelne Überwachungsvertrag Regelungen treffen kann, die ihn näher an oder weiter weg von den gesetzlichen Leitbildern des Werk- und Dienstvertrags rücken lassen.

Für die Beurteilung in der Praxis ist zudem zu bedenken, dass die überwiegende Mehrzahl der unterzeichneten Überwachungsverträge auf Mustern basieren, die von einer TÜO entwickelt wurden, da eine TÜO regelmäßig eine Vielzahl von Überwachungsverträgen abschließt. Insofern wird die Ausgestaltung regelmäßig die Interessen der TÜO besonders schützen. Vor diesem Hintergrund ist auch zu bedenken, dass der Überwachungsvertrag, wie jeder andere zivilrechtliche Vertrag, der grundsätzlichen Vertragskontrolle des AGB-Rechts unterliegt, wenn er auf einem entsprechenden Muster basiert. Insofern ist auch der Betrieb vor ihm unangemessen benachteiligenden Klauseln geschützt (§ 307 Abs. 1 und 2 BGB).

#### a. Natur des Leistungsgegenstandes

Ein wesentliches Kriterium zur Unterscheidung von Werk- und Dienstverträgen ist die Natur des Leistungsgegenstandes des Vertrags: Bei einem Dienstvertrag wird grundsätzlich die Dienstleistung als solche, also das Tätigsein, geschuldet, wohingegen der Werkunternehmer das Ergebnis seiner Tätigkeit, den Erfolg, das Werk schuldet.<sup>23</sup> Insofern ist die Frage, ob der Überwachungsvertrag die Verpflichtungen der TÜO als Tätigwerden oder als Herbeiführung eines Erfolgs beschreibt, besonders wichtig. Ein relevantes Indiz ist also

die Ausgestaltung der Verpflichtungen der TÜO in § 11 Abs. 2 EfbV.

Danach muss sich die TÜO verpflichten:

1. den Betrieb hinsichtlich seiner zu zertifizierenden Tätigkeit entsprechend § 56 Abs. 2 Nr. 1 KrWG einzustufen, einschließlich einer Beschreibung der abfallwirtschaftlichen Tätigkeit und der Bezeichnung der verwendeten Anlagentechnik;
2. die dort festgelegten Anforderungen bei wesentlichen Änderungen und ansonsten zumindest einmal jährlich zu überprüfen;
3. bei der Überprüfung die einschlägigen Rechtsvorschriften und die amtlich veröffentlichten Verwaltungsvorschriften zu beachten;
4. den Verlauf und das Ergebnis der Überprüfung gegenüber dem Betrieb schriftlich in einem Überwachungsbericht zu dokumentieren;
5. bei der Prüfung eventuell festgestellte Mängel dem Betrieb gegenüber konkret zu bezeichnen; und
6. alle Unterlagen und Informationen, von denen die TÜO oder die von ihr beauftragten Sachverständigen Kenntnis erlangt haben, vertraulich zu behandeln.

Die Auflistung der Verpflichtungen macht deutlich, dass ihr Schwerpunkt auf der erstmaligen Einstufung des Betriebs hinsichtlich seiner zu zertifizierenden Tätigkeit (§ 11 Abs. 2 Nr. 1 EfbV) und der fortlaufenden Überprüfung dieser Anforderungen (§ 11 Abs. 2 Nr. 2 EfbV) liegt. Die Verpflichtungen in § 11 Abs. 2 Nr. 3 bis 5 EfbV sind ausdrücklich nur weitere Konkretisierungen der vorzunehmenden Überprüfung. Die beiden Hauptverpflichtungen sind deutlich als Tätigkeiten ausgestaltet: Die TÜO hat „einzustufen“ und „zu überprüfen“. Gleiches gilt für die anderen von der TÜO zu übernehmenden Verpflichtungen, wobei die Vertraulichkeitsverpflichtung (§ 11 Abs. 2 Nr. 6 EfbV) als Nebenpflicht anzusehen ist. Der Fokus auf das Tätigwerden als solches spricht dafür, den Überwachungsvertrag als Dienstvertrag zu begreifen.

Es stellt sich allerdings die Frage, ob ein Überwachungsvertrag diese Verpflichtungen in zulässiger Weise nicht auch als geschuldeten Erfolg ausgestalten könnte. Es erscheint nicht fernliegend, beispielsweise einen „Überwachungsbericht“ als geschuldetes Werk zu betrachten. Schließlich ist dieser einem Gutachten ähnlich, welches regelmäßig Gegenstand eines Werkvertrags ist.<sup>24</sup> Indessen ist der Überwachungsbericht nur ein Teil der von der TÜO zu leistenden Einstufungs- und Überprüfungsleistung. Entscheidend ist vielmehr, ob die Zertifizierung des Betriebs als Entsorgungsfachbetrieb der von der TÜO geschuldete Erfolg sein könnte.

#### b. Vertragliche Risikoverteilung

Gegen ein solches Verständnis spricht die vertragliche Risikoverteilung. Die Risikoverteilung ist ein wesentliches Kri-

21 *Busche*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 631 Rn. 15; *Scheuch/Ebert*, in: Schulze, Bürgerliches Gesetzbuch, 9. Aufl. 2017, § 631 Rn. 2.

22 *Busche*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 631 Rn. 16; *Scheuch/Ebert*, in: Schulze, Bürgerliches Gesetzbuch, 9. Aufl. 2017, § 631 Rn. 2.

23 *Busche*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 631 Rn. 14; *Scheuch/Ebert*, in: Schulze, Bürgerliches Gesetzbuch, 9. Aufl. 2017, § 631 Rn. 2.

24 BGH, Urteil vom 10.11.1994 – III ZR 50/94, NJW 1995, 392 (393); BGH, Urteil vom 10.10.2006 – X ZR 42/06, NJW-RR 2007, 123 (124); BGH, Urteil vom 8.12.1966 – VII ZR 114/64, NJW 1967, 719 (720); BGH, Urteil vom 29.11.1965 – VII ZR 265/63, NJW 1966, 539; *Busche*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 631 Rn. 261.

terium für die Unterscheidung von Werk- und Dienstverträgen.<sup>25</sup> Entscheidend ist hierfür nicht die Formulierung der Verpflichtungen im Überwachungsvertrag oder in der EfbV, sondern die praxisorientierte Auslegung der Interessen der Vertragspartner. Im Kontext des Überwachungsvertrags sind die wirtschaftlichen Interessen der Beteiligten und die gesetzlichen Rahmenbedingungen für die Ermittlung der Risikoverteilung relevant.

Im Rahmen des Zertifizierungsprozesses überprüft die TÜO durch ihre Sachverständigen, ob der Betrieb die an einen Entsorgungsfachbetrieb gestellten gesetzlichen Anforderungen erfüllt. Die TÜO ist aber weder rechtlich noch tatsächlich in der Lage, die Einhaltung dieser Anforderungen beim Betrieb umzusetzen: Die Ausgestaltung der Betriebs-tätigkeit verbleibt in der Handlungssphäre des Betriebs und dessen Verantwortlichen. In Ermangelung einer tatsächlichen Einwirkungsmöglichkeit darauf, ob der zu zertifizierende Betrieb die Anforderungen an einen Entsorgungsfachbetrieb erfüllt, ist offensichtlich, dass die TÜO das Risiko der erfolgreichen Zertifizierung nicht tragen will. Die Risiken der Einhaltung der an einen Entsorgungsfachbetrieb gestellten Anforderungen und damit der Erteilung des Zertifikats verbleiben beim Betrieb. Die TÜO kann nur das Risiko dafür übernehmen, dass der Prüfungsprozess ordnungsgemäß abläuft – also dafür, dass sie ihre Dienstleistung ordnungsgemäß erbringt.

Schließlich werden auch in der Praxis nur wenige Überwachungsverträge eine werkvertragliche Ausgestaltung haben, da die meist den Entwurf des Überwachungsvertrags erstellenden TÜOs kein Interesse an der Übernahme des Erfolgsrisikos haben. Damit spricht auch die vertragliche Risikoverteilung für das Vorliegen eines Dienstvertrags.

### c. Regelungen zur Mängelgewährleistung und Mitwirkung

Außerdem kann bei der Typisierung des Überwachungsvertrags die Zweckmäßigkeit der jeweiligen Regelungen zur Mängelgewährleistung und zur Mitwirkung von Bedeutung sein.

Im Werkvertragsrecht hat der Besteller ein Recht auf Mängelgewährleistung, wonach er bei Mängeln zunächst die Nacherfüllung zu verlangen hat, sodass der Unternehmer nach seiner Wahl den Mangel beseitigen oder ein neues Werk herstellen kann. Im Dienstvertrag fehlt eine solche Regelung und der Dienstberechtigte ist bei der fehlerhaften Ausführung der Dienstleistung auf den allgemeinen Schadensersatzanspruch des § 280 Abs. 1 BGB verwiesen. Wollte man die Erteilung des Zertifikats als von der TÜO geschuldetes Werk begreifen, zeigten auch die Regelungen zur Mängelgewährleistung im Werkvertragsrecht die Problematik des Ansatzes: Die TÜO hat das Zertifikat ohne weiteres Hinzukommen anderer Umstände zu erteilen, wenn sie sich vom Vorliegen der Anforderungen überzeugt hat. In dem Fall, in dem sie diese Überzeugung nicht erlangen konnte, darf sie das Zertifikat nicht erteilen – auch nicht im Rah-

men einer Nacherfüllung. Ein Anspruch auf Mängelgewährleistung gegen die TÜO würde also ins Leere laufen. Sollte die TÜO hingegen ihrer Prüfpflicht nicht ordnungsgemäß nachgekommen sein und zu Unrecht davon ausgehen, dass der Betrieb die Anforderungen nicht erfüllt hat, ist ein Anspruch aus § 280 Abs. 1 BGB, wie er im Dienstvertragsrecht vorgesehen ist, passender.

Die in beiden Vertragstypen unterschiedlichen Regelungen zur Mitwirkung sind zur Einordnung weniger hilfreich, widersprechen aber nicht der Einordnung des Überwachungsvertrags als Dienstvertrag: Das Werkvertragsrecht gibt dem Besteller im Fall der fehlenden Mitwirkung einen Anspruch auf eine angemessene Entschädigung sowie die Möglichkeit, eine Kündigung des Vertrags herbeizuführen. Im Dienstvertragsrecht kann der Dienstverpflichtete die für die infolge des Verzugs nicht geleisteten Dienste vereinbarte Vergütung verlangen. Da der Überwachungsvertrag gemäß § 11 Abs. 3 EfbV Regelungen zur Mitwirkung des Betriebs enthalten muss, ist es naheliegend, dass sich ein Überwachungsvertrag auch ausdrücklich mit den Konsequenzen der fehlenden Mitwirkung des Betriebs beschäftigt und damit von gesetzlichen Leitbildern abrückt.

Die Mitwirkungshandlungen des Betriebs beinhalten die Verpflichtung, den von der TÜO beauftragten Sachverständigen die für die Überprüfung der relevanten Voraussetzungen erforderlichen Informationen, Unterlagen und Nachweise zur Verfügung zu stellen (§ 11 Abs. 3 Nr. 1 EfbV), ihnen das Betreten des Grundstücks und der Geschäfts- und Betriebsräume, Einsicht in relevante Unterlagen und die Durchführung von technischen Ermittlungen und Überprüfungen zu gestatten sowie Arbeitskräfte und Werkzeuge zur Verfügung zu stellen (§ 11 Abs. 3 Nr. 2 EfbV) und der TÜO alle relevanten Änderungen im Betrieb unverzüglich anzuzeigen (§ 11 Abs. 3 Nr. 3 EfbV). Ohne diese Informationen ist es der TÜO nicht möglich, die Erfüllung der Anforderungen zu prüfen, wodurch dem Betrieb das Zertifikat nicht verliehen werden kann. Da die Zertifizierung für den Betrieb aber von herausragender Bedeutung ist, ist die TÜO in diesem Zusammenhang nicht besonders schutzwürdig. Es erscheint deshalb angemessen, wenn sie etwa für einen vereitelten angekündigten Vor-Ort-Termin die für diesen Termin kalkulierten Kosten erstattet bekommt.

### d. Dauerschuldcharakter

Der Gesetz- und Ordnungsgeber geht von einem gewissen zeitlichen Bestand des Überwachungsvertrags aus: Mit der Erstzertifizierung ist die Arbeit nicht getan; vielmehr ist eine kontinuierliche Überprüfung angezeigt. Gemäß § 56

25 OLG Düsseldorf, Urteil vom 18.7.1997 – 22 U 3/97, NJW-RR 1998, 345 (346); Busche, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 631 Rn. 17; Schreiber, in: Schulze, Bürgerliches Gesetzbuch, 9. Aufl. 2017, § 611 Rn. 6.

Abs. 3 S. 3 und 4 KrWG ist das Zertifikat auf maximal 18 Monate zu befristen und die Voraussetzungen zur Erteilung des Zertifikats mindestens jährlich von der TüO zu überprüfen. Dass eine längerfristige Zusammenarbeit intendiert ist, zeigt sich auch in § 22 Abs. 1 S. 2 EfbV, nach dem bei der Überprüfung der Überwachungsplan zugrunde zu legen ist. Somit sind bei der jährlichen Überprüfung nicht nur die Anforderungen des Gesetzes und der Verordnung relevant, sondern gerade auch die Anforderungen, die die TüO für diesen Betrieb vorher verbindlich festgelegt hat.<sup>26</sup> Ein weiterer Anhaltspunkt für die gewollte Dauerhaftigkeit der Beziehung besteht im Erfordernis der Zustimmung der zuständigen Behörde zum Überwachungsvertrag gemäß § 56 Abs. 5 S. 3 KrWG. Auch der systematische Vergleich mit der Möglichkeit der Zertifizierung durch die Mitgliedschaft in einer Entsorgungsgemeinschaft spricht für die gewollte Dauerhaftigkeit: Schließlich ist eine Mitgliedschaft in den regelmäßig als eingetragene Vereine organisierten Entsorgungsgemeinschaften<sup>27</sup> auch langfristige angelegt.

Zwar kann sich im Rahmen eines Werkvertrags der Leistungsaustausch zwischen den Vertragsparteien über einen längeren Zeitraum hinziehen.<sup>28</sup> Beim Überwachungsvertrag entstehen aber durch den Zeitablauf jeweils neue Überprüfungspflichten, sodass schwerlich von einem fortbestehenden Werk gesprochen werden kann. Vielmehr spricht die zumindest jährliche Überprüfungspflicht dafür, dass der Überwachungsvertrag ein Dauerschuldverhältnis begründet. Auch dies legt nahe, ihn als Dienstvertrag einzuordnen, da dieser grundsätzlich das geeignete Instrument für eine langfristige Zusammenarbeit im Rahmen eines Dauerschuldverhältnisses ist.

#### e. Regelungen zur Kündigung

Abschließend ist noch die Zweckmäßigkeit der Regelungen zur Kündigung zu betrachten. Im Werkvertragsrecht kann der Besteller bis zur Vollendung des Werkes den Vertrag jederzeit kündigen, der Werkunternehmer demgegenüber nur aus wichtigem Grund. Der Besteller hat also hinsichtlich des Kündigungsrechts eine privilegierte Stellung. Im Dienstvertragsrecht können beide Parteien gleichberechtigt unter Einhaltung der entsprechenden Fristen kündigen.

§ 27 EfbV normiert eine Pflicht zur Kündigung des Überwachungsvertrags, wenn der Betrieb nicht innerhalb von

zwei Jahren nach Zustimmung der Behörde zum Überwachungsvertrag zertifiziert wird, ein erteiltes Zertifikat nach Ablauf nicht neu erteilt oder entzogen wird und wenn der Betrieb die zertifizierte Tätigkeit einstellt. Diese Kündigungspflichten sollen die ordnungsgemäße Zusammenarbeit von TüOs und Betrieben sicherstellen und in Fällen, in denen ein Betrieb die geforderten Anforderungen offensichtlich nicht erfüllen kann, für klare Verhältnisse sorgen.

§ 27 EfbV ist zwar nicht entscheidend für die den Parteien zustehenden Kündigungsrechte. Er veranschaulicht aber, dass der Verordnungsgeber dem Betrieb in diesem Kontext eine nachgeordnete Rolle zuweist, denn offensichtlich sieht die EfbV den Betrieb nicht als den Vertragspartner mit der stärkeren Kontrolle über das Bestehen des Überwachungsvertrags an. So ist auch im Rahmen der generellen Kündigungsrechte nicht von einer Privilegierung des Betriebs im Vergleich zur TüO auszugehen. Ein jederzeitiges Kündigungsrecht zum Schutz des Betriebs, der die Zertifizierung wünscht, erscheint zudem nicht erforderlich. Da die Erteilung des Zertifikats durch die TüO allein aufgrund der objektiven Erfüllung der Anforderungen erfolgen soll, sollte es für den Betrieb regelmäßig kein Interesse geben, sich plötzlich eine andere TüO zur Zertifizierung zu suchen, wie das dem Besteller eines Werkes gesetzlich zugebilligt wird. Es ist zudem zu vermuten, dass die das Muster des Vertrags entwerfende TüO das Kündigungsrecht des Betriebs in der Praxis nicht stärker als ihr eigenes ausgestaltet.

Somit spricht die Interessenlage im Kontext der Kündigung ebenfalls dafür, den Überwachungsvertrag als Dienstvertrag zu verstehen. Gegen diese Einschätzung spricht letztlich auch nicht, dass bei einem Dienstvertrag regelmäßig von der Weisungsgebundenheit des Dienstleisters auszugehen ist.<sup>29</sup> Schließlich kann der Betrieb gemäß § 24 Abs. 2 EfbV bestimmen, welche Abfallarten, Tätigkeiten und Standorte seines Betriebs zertifiziert werden sollen. Dass der Betrieb hinsichtlich des Ablaufs des Zertifizierungsprozesses nicht weisungsbefugt ist, ist unschädlich. Die im Dienstvertragsrecht bestehende Kündigungsregelung des § 627 BGB macht deutlich, dass gerade auch Dienste höherer Art im Rahmen eines solchen Vertrags erbracht werden können. Bei diesen Tätigkeiten wird die unmittelbare Weisungsbefugnis des Dienstberechtigten regelmäßig auch beschränkt sein. Dies gilt zumindest in Fällen, in denen wie beim Überwachungsvertrag einer starken Bindung des Dienstverpflichteten an einen gesetzlichen Rahmen besteht.

#### IV. Fazit

Auf der Grundlage der Regelungen der EfbV, insbesondere mit Blick auf den Vertragsgegenstand und die Risikoverteilung ergibt sich, dass der Überwachungsvertrag im Regelfall als Dienstvertrag ausgestaltet ist. Vorbehaltlich abwei-

26 *Doumet*, in: von Lersner/Wendenburg/Versteyl, *Recht der Abfall- und Kreislaufwirtschaft*, 2017, § 56 Rn. 62.

27 *Doumet*, in: von Lersner/Wendenburg/Versteyl, *Recht der Abfall- und Kreislaufwirtschaft*, 2017, § 56 Rn. 80; *Schomerus*, in: Versteyl/Mann/Schomerus, *KrWG*, 3. Aufl. 2012, § 56 Rn. 38.

28 *Busche*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 649 Rn. 31.

29 *Busche*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 631 Rn. 17; *Fuchs*, in: BeckOK BGB, 43. Edition, Stand: 15.6.2017, § 611 Rn. 10.

chender Regelungen durch die Parteien in einem individuellen Vertrag sollten zur Auslegung von Überwachungsverträgen die Vorschriften der §§ 611 ff. BGB ergänzend herangezogen werden. Vor Vertragsabschluss ist es für die Parteien also ratsam, den Vertragsentwurf auch in diesem Lichte zu lesen und gegebenenfalls unpassende Vorschriften durch vertragliche Regelungen abzubedingen. Was nach dem Vor-

stehenden aber nicht möglich erscheint, ist die Erteilung des Zertifikats und die Berechtigung zum Führen des Überwachungszeichens als von der TÜO zu erzielenden „Erfolg“ zu beschreiben. Das Risiko für das Erfüllen der Anforderungen an einen Entsorgungsfachbetrieb und damit für die Erteilung des Zertifikats liegt dafür zu deutlich beim Betrieb selbst.

Miryam Denz-Hedlund und Dr. Markus W. Pauly\*

## Aktuelle Fragen zur novellierten Gewerbeabfallverordnung

### I. Hintergrund der Novelle

Die Beweggründe für die Novelle der am 1.8.2017 in Kraft getretenen Gewerbeabfallverordnung sind der Verordnungsbegründung zu entnehmen.<sup>1</sup> Dementsprechend ist Motiv für die Novelle, die fast 15 Jahre alten Regelungen der Gewerbeabfallverordnung vom 19.6.2002<sup>2</sup> an die Vorgaben der Abfallrahmenrichtlinie<sup>3</sup> und des Kreislaufwirtschaftsgesetzes vom 24.2.2012,<sup>4</sup> insbesondere an die in beiden Regelwerken verankerte fünfstufige Abfallhierarchie anzupassen. Maßgeblich sei insoweit insbesondere, dass Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 2008/98/EG die Mitgliedstaaten ausdrücklich verpflichte, die Abfallhierarchie als „Prioritätenreihenfolge den Rechtsvorschriften und politischen Maßnahmen zugrunde zu legen“.<sup>5</sup> Insoweit hätten die Mitgliedstaaten bei Anwendung der Abfallhierarchie die Maßnahmen zur Förderung der besten Umweltoptionen zu treffen. Diesem Ziel werde die neue Gewerbeabfallverordnung gerecht. Insbesondere wird in der Verordnungsbegründung hervorgehoben, dass in Ansehung der fünfstufigen Abfallhierarchie der in der alten Gewerbeabfallverordnung enthaltene grundsätzliche Gleichrang zwischen stofflicher und energetischer Verwertung zu korrigieren gewesen sei. Insofern trage die Novelle dem Gedanken eines verstärkten Ressourcenschutzes Rechnung.

Nach alledem darf aber nicht außer Acht gelassen werden, was der eigentliche Grund für den Erlass der Gewerbeabfallverordnung im Jahre 2002 gewesen ist. Die damalige Motivlage dürfte unverändert von grundlegender Bedeutung sein. Ausschlaggebend war damals das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 15.6.2000.<sup>6</sup> Das Bundesverwaltungsgericht hatte seinerzeit entschieden, dass Abfallgemische, die sowohl Abfälle zur Verwertung als auch Abfälle zur Beseitigung enthalten, nicht generell als überlassungspflichtige Abfälle zur Beseitigung anzusehen seien. Dies vor-

allem vor dem Hintergrund, dass das damalige Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz kein generelles Vermischungsverbot kenne, sondern lediglich ein relatives Getrennthaltungsgebot. Dementsprechend könne eine Getrennthaltung von Abfällen zur Verwertung und Abfällen zur Beseitigung nur verlangt werden, wenn das Vermischen von Abfällen nach den konkreten Umständen gegen die Grundpflicht des Erzeugers oder Besitzers zur gemeinwohlverträglichen Entsorgung verstoße. Dies gelte zumindest solange, als nicht von den Möglichkeiten Gebrauch gemacht worden sei, gemäß § 7 Abs. 1 Nr. 2 bzw. § 12 Abs. 1 Nr. 1 KrW-/AbfG durch Rechtsverordnung Anforderungen an die Getrennthaltung von Abfällen zur Verwertung bzw. zur Beseitigung aufzustellen.<sup>7</sup>

In Ansehung der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts vom 15.6.2000 sahen sich die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger der Situation ausgesetzt, dass immer weniger Abfälle zur Beseitigung der Überlassungspflicht unterfallen und so kommunale Kapazitäten eine verringerte Auslastung erfahren. Dies wurde vom Verordnungsgeber wörtlich als „Fehlentwicklung“<sup>8</sup> bezeichnet, da die Vermischung von verwertbaren Materialien mit Schad-

\* Miryam Denz-Hedlund, Justiziarin beim Bundesverband Sekundärrohstoffe und Entsorgung e.V.  
Dr. Markus W. Pauly, PAULY Rechtsanwälte, Köln.

1 BT-Drucks. 19/10345, S. 70.

2 BGBl. I S. 938.

3 Richtlinie 2008/98/EG vom 19.11.2008, ABl. Nr. L 312, S. 3.

4 BGBl. I S. 212.

5 BT-Drucks. 18/10345, S. 28.

6 3 C 4/00.

7 Ausdrücklich BT-Drucks. 14/7328, S. 11.

8 A.a.O.

oder Störstoffen, so die damalige Verordnungsbegründung, oftmals dazu führe, dass eine schadlose oder hochwertige Verwertung von vorneherein unmöglich werde. Der von dem Bundesverwaltungsgericht entschiedene Fall betraf jedoch einen Sachverhalt, der nicht das gezielte Vermischen von Abfällen zur Verwertung und Abfällen zur Beseitigung zum Gegenstand hatte, sondern den gemischten Anfall von Abfällen. Auch betraf der dem Urteil zugrunde liegende Sachverhalt nicht den Fall, dass das Gemisch keiner schadlosen oder hochwertigen Verwertung zugeführt werden konnte. Der in dem Abfallgemisch enthaltene Anteil an Beseitigungsabfällen stand vielmehr der Verwertung der Abfälle insgesamt nicht entgegen.

Vor dem Hintergrund der zitierten Rechtsprechung aus dem Jahr 2000 und dem ggf. damit einhergehenden Leerlauf der Überlassungspflichten erklärt sich zum einen, dass sich der persönliche Anwendungsbereich auch der Novelle der Gewerbeabfallverordnung nicht auf die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger erstreckt und zum anderen, dass die Regelung über den sogenannten Pflichtrestabfallbehälter in § 7 Abs. 2 GewAbfV unverändert geblieben ist. Bemerkenswert ist insoweit auch, dass die (offizielle) Begründung für die Ausnahme zugunsten der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger einen Wandel erfahren hat. Wurde die frühere Regelung noch damit begründet, dass die Qualität der den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern überlassenen Abfallgemische die Erfüllung einer Verwertungsquote nicht zulässt,<sup>9</sup> so geht die aktuelle Begründung der Regelung in die Richtung, dass der öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger keinen Einfluss auf die stoffliche Zusammensetzung der Gemische habe. Im Übrigen wird aber mittlerweile klargestellt, dass die Ausnahme nur für die Überlassung fremder Abfälle an den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger gilt und nicht für den Fall, dass die Kommune selbst Abfallerzeuger ist, etwa wenn sie öffentliche Einrichtungen betreibt oder ähnliches. In diesen Fällen sei die Gewerbeabfallverordnung auch für die Kommunen bindend.<sup>10</sup>

9 BR-Drucks. 278/02, S. 25.

10 So ausdrücklich BT-Drucks. 18/10345, S. 69.

11 BT-Drucks. 18/10345, S. 68.

12 S.u. zu II.2.

13 Verordnung (EG) Nr. 1013/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14.7.2006 über die Verbringung von Abfällen, Abl. Nr. L 190 S. 1, ber. Nr. L 299 S. 50, 2008 Nr. L 318 S. 15, 2013 Nr. L 334 S. 46 und 2015 Nr. L 277 S. 61; Celex-Nr. 3 2006 R 1013.

14 Eine Zusammenfassung des Meinungsstandes findet sich bei: *Thärichen/Prelle*, in: von Lersner/Wendenburg/Versteyl, *Recht der Abfallbeseitigung*, Kommentar, § 1 Gewerbeabfallverordnung (a.F.), Rn. 17 ff.

15 <http://www.bmub.bund.de/themen/wasser-abfall-boden/abfallwirtschaft/internationales/abfallverbringung/verordnung-eg-fuer-verbringungen-von-abfaellen/>.

16 So aber fälschlicherweise offenbar die LAGA-Vollzugshilfe, S. 30, 31.

17 A.A. und weiterer Meinungsstand *Thärichen/Prelle*, in: von Lersner/Wendenburg/Versteyl, *Recht der Abfallbeseitigung*, Kommentar, § 1 Gewerbeabfallverordnung (a.F.), Rn. 17 ff.

## II. Anwendungsbereich

### 1. Abgrenzung zu anderen Rechtsvorschriften

Der Anwendungsbereich der Gewerbeabfallverordnung ist in § 1 GewAbfV definiert. Der sachliche Anwendungsbereich der Verordnung erstreckt sich gemäß § 1 Abs. 1 GewAbfV auf gewerbliche Siedlungsabfälle und bestimmte Bau- und Abbruchabfälle. Ferner ist in § 1 Abs. 4 GewAbfV geregelt, dass die Verordnung nicht für Abfälle gilt, die dem Elektro- und Elektronikgerätegesetz (Nr. 1) und dem Batteriegesetz (Nr. 2) unterliegen. Damit wird eine inhaltliche Kollision mit spezialgesetzlichen Regelungen zur Umsetzung der Produktverantwortung ausgeschlossen.<sup>11</sup> Auf die bereits erwähnte Anwendbarkeit der Verordnung bezogen auf die Tätigkeit eines öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers (Nr. 3) wird im Folgenden noch näher eingegangen.<sup>12</sup>

Schließlich versteht es sich von selbst, dass die Regelung der Altholzverordnung gemäß § 1 Abs. 5 GewAbfV unberührt bleibt, soweit getrennt gesammelte Altholzfractionen anfallen. Dies gilt insbesondere für die Zuordnung zu den Altholzkategorien gemäß § 5 AltholzV und die Erfüllung der Anforderungen an die Verwertung gemäß § 3 AltholzV.

#### a. Abfallverbringungsverordnung

Das Verhältnis der Gewerbeabfallverordnung zur EG-Abfallverbringungsverordnung<sup>13</sup> war bisher umstritten.<sup>14</sup>

Deutschland hat am 17.10.2017 eine Unterrichtung der Kommission und der anderen EU-Mitgliedstaaten nach Art. 12 Abs. 1 lit c) iii) und Abs. 6 VVA in Bezug auf die Regelungen der Gewerbeabfallverordnung vorgenommen.<sup>15</sup> Nach der Unterrichtung ist die Gewerbeabfallverordnung eine Rechtsvorschrift auf die sich die von den zuständigen Behörden in Deutschland gemäß Art. 12 Abs. 1 lit. c) VVA erhobenen Einwände gegen die Verbringung im Rahmen der Unterrichtung künftig stützen können. Bei der Entscheidung zur Erhebung des Einwandes ist allerdings zu beachten, dass Art. 12 VVA eine Ermessensvorschrift ist. Artikel 13 Abs. 1 lit. c) VVA gibt außerdem vor, dass bei der Abwägung, ob ein Einwand zu erheben ist, immer auch die Notwendigkeit eines reibungslosen Funktionierens des Binnenmarktes zu beachten ist. Eine automatische Verpflichtung zur Erhebung eines Einwandes, wenn die genannten Voraussetzungen erfüllt sind, besteht nicht.<sup>16</sup> Zu beachten ist auch, dass die Regelungen der VVA im Falle des direkten Exportes als höherrangiges Recht den Regelungen der Gewerbeabfallverordnung immer vorgehen.<sup>17</sup>

Die Unterrichtung Deutschlands bezieht sich auf gewerbliche Siedlungsabfälle nach § 2 Nr. 1 GewAbfV, die als Gemische nach § 4 Abs. 1 S. 1 GewAbfV der Pflicht zur Zuführung zu einer Vorbehandlungsanlage unterliegen, sowie auf bestimmte Bau- und Abbruchabfälle nach § 2 Nr. 3 GewAbfV, die als Gemische nach § 9 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und