

# Übungsfall: „Rosinenpicken“ im Abfallgewerbe

Von Wiss. Mitarbeiter **Dr. Sönke E. Schulz**, Wiss. Mitarbeiter dipl.-iur. **Maximilian Tallich**, Kiel\*

## Sachverhalt

Die A-GmbH ist ein seit ca. 30 Jahren in der „Abfall- und Entsorgungsbranche“ tätiges Unternehmen. Sie führt diverse Dienstleistungen der Abfallentsorgung in verschiedenen Bereichen durch.

In diesem Zusammenhang wurde sie auch von der schleswig-holsteinischen kreisfreien Stadt K gelegentlich als sogenannte Drittbeauftragte (§ 16 Abs. 1 KrW-/AbfG) tätig und erledigte diese Aufgaben ordnungsgemäß.

Als der Preis für Altpapier enorm anstieg, witterte die A-GmbH ein lukratives Geschäft. Sie stellte blaue Altpapiercontainer auf, die von Einzelhaushalten und größeren Wohneinheiten mit Papier, Pappe und Karton („PPK“) befüllt werden sollten. Die Zustimmung zum Aufstellen erfolgte dabei zum Teil mündlich, zum Teil wurden Verträge mit einer Laufzeit von zwei Jahren abgeschlossen, in denen sich die Haushaltungen verpflichteten, den Entsorgungsvertrag mit dem bisherigen Entsorgungspartner zu kündigen. A übernahm die Leerung und ließ das gesammelte Altpapier von der Papierrecyclinggesellschaft R ordnungsgemäß verwerten. Die mit R abgeschlossenen Verträge ließ sie der zuständigen Behörde zukommen.

Die Stadt K bewertete die Situation hingegen anders. Da immer mehr private Haushalte ihr Altpapier in die blauen Container der A-GmbH warfen, entgingen ihr erhebliche Einnahmen. Sie empfand dieses „Rosinenpicken“ nicht nur als ungerecht, sondern sogar als rechtswidrig. Schließlich müsse sie im Falle des Abzugs der A wieder in die „Bresche“ springen. Zudem führten die finanziellen Auswirkungen zu einer Verteuerung der öffentlichen Entsorgung. Diese Entwicklung widerspreche dem öffentlichen Interesse. Aufgrund der vorherigen Geschäftsbeziehungen standen die Stadt K und die A-GmbH über diese Entwicklungen in ständigem Kontakt.

Die Stadt K erließ gegenüber der A-GmbH schließlich eine „Verfügung“, die mit einer ordnungsgemäßen Rechtsbehelfsbelehrung versehen war. Diese sollte vom immer zuverlässigen städtischen Bediensteten P am Freitag, den 19.6.2009, nach Dienstschluss zur Post gebracht werden. Er vergaß dies jedoch, erinnerte sich auf seinem Sonntagsspaziergang wieder an den Brief und warf ihm am Sonntag, den 21.6.2009 in einen Briefkasten am Hauptpostamt. Nach der Verfügung sollte die A-GmbH das Aufstellen von Altpapiercontainern zum Zwecke der Befüllung mit PPK-Abfällen aus privaten Haushalten und deren Leerung unterlassen sowie die bisher aufgestellten Altpapiercontainer entfernen. Für den Fall der Zuwiderhandlung wurde ein Zwangsgeld von 5.000 € festgesetzt.

Erst am Abend des 24.7.2009 kam der Geschäftsführer der A-GmbH (C) das Schreiben wieder in den Sinn. Um der Stadt nicht noch ihr „gutes Papier“ zukommen zu lassen, setzte sie sich an den PC, um einen „Einspruch“ als Computerfax an die Stadt zu schicken. Diesen begründete sie ausführlich. Unter anderem führte sie an, dass sie das Altpapier für die privaten Haushalte verwerte. Die Überlassungspflicht

für Private entfalle auch, wenn diese sich hierzu privater Dritter, wie bspw. der A-GmbH, bedienen. Weiterhin erfolge die Sammlung freiwillig und kostenlos. Aufgrund ihrer früheren Tätigkeit als Drittbeauftragte der Stadt K wisse man auch, wie alle Anforderungen an eine ordnungsgemäße und schadlose Verwertung erfüllt werden. Nur weil der Stadt Einnahmeausfälle entstehen, sei dies kein Grund ihr Geschäftsmodell zu verbieten. In diesem Fall müsse die Stadt die Gebühren jährlich maximal um 10 € pro Einwohner erhöhen.

Beim Verfassen merkte C, dass sie über keine qualifizierte Signatur oder eine eingescannte Unterschrift verfügte; dachte sich aber, dass es egal sei. Auch einen Hinweis darauf hielt sie für entbehrlich. Schließlich betreibe sie als einziges Unternehmen die Entsorgung von Altpapier in der Stadt K. Zudem stehe ihr Name auf dem Briefkopf. Beim Abschicken stellte sie fest, dass ein Fehler bei der Übertragung aufgetreten ist. „Schuld“ war ihr PC. Darüber ist sie insofern erbost, als dass sie ihn erst letzte Woche von einer renommierten Fachfirma warten ließ und auch sonst nie Probleme mit ihm hatte. Nach einigen Versuchen gelang es ihr, den Rechner selber wieder in Gang zu setzen. Allerdings kam das Computerfax dadurch erst am nächsten Tag (25.7.2009) um 0.30 Uhr bei der Behörde an. Die C wies die Behörde auf die Computerprobleme hin und rechtfertigte sich mit der regelmäßigen Wartung.

Hat der Rechtsbehelf Aussicht auf Erfolg?

*Bearbeitervermerk:* Europarechtliche Vorschriften und die Verpackungsverordnung sind nicht zu beachten.

Jun 09							Jul 09						
Mo	Di	Mi	Do	Fr	Sa	So	Mo	Di	Mi	Do	Fr	Sa	So
1	2	3	4	5	6	7			1	2	3	4	5
8	9	10	11	12	13	14	6	7	8	9	10	11	12
15	16	17	18	19	20	21	13	14	15	16	17	18	19
22	23	24	25	26	27	28	20	21	22	23	24	25	26
29	30						27	28	29	30	31	32	33

## Lösung:

Der Rechtsbehelf der A-GmbH gegen die Untersagungsverfügung hat Aussicht auf Erfolg, soweit er zulässig und begründet ist.<sup>1</sup> Die Bezeichnung durch die A-GmbH als „Ein-

\* Die Verf. sind wissenschaftliche Mitarbeiter am Lorenz-von-Stein-Institut für Verwaltungswissenschaften an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel.

<sup>1</sup> Es handelt sich um eine Klausur mit hohem Schwierigkeitsgrad; allerdings lassen sich bereits durch eine Lösung der Zulässigkeits- und Fristprobleme durchschnittliche Ergebnisse erzielen. Im Rahmen der Begründetheit sind ein sauberes Arbeiten an der (unbekannten) Norm und eine eigene Argu-

spruch“ und nicht als „Widerspruch“ ist insoweit unschädlich. Maßgeblich ist lediglich, dass das Rechtsschutzziel des Bürgers erkennbar ist. Die A-GmbH wendet sich gegen eine behördliche Entscheidung, so dass das Vorverfahren nach § 68 VwGO einen tauglichen Rechtsbehelf zur Verfügung stellt.

## I. Zulässigkeit des Widerspruchs

### 1. Streitigkeit, für die der Verwaltungsrechtsweg eröffnet wäre<sup>2</sup>

Die Zulässigkeit des Widerspruchs setzt zunächst voraus, dass die nachfolgende gerichtliche Auseinandersetzung öffentlich-rechtlicher Natur nicht verfassungsrechtlicher Art ist und daher der Verwaltungsrechtsweg eröffnet wäre. Aufgrund des „Vorschaltcharakters“ des Widerspruchsverfahrens<sup>3</sup> nach § 68 Abs. 1 S. 1 VwGO findet § 40 Abs. 1 VwGO entsprechende Anwendung. Mangels einer aufdrängenden Sonderzuweisung zu den Verwaltungsgerichten oder einer spezialgesetzlichen Anordnung des Vorverfahrens<sup>4</sup> ist zu prüfen, ob die streitentscheidenden Normen dem öffentlichen Recht zugehörig sind, d.h. einen Träger öffentlicher Gewalt einseitig berechtigen oder verpflichten (mod. Subjektstheorie).

Vorliegend kommen insbesondere Normen aus dem Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz (KrW-/AbfG) als Rechtsgrundlage für die Verfügung der Stadt K in Betracht. Die Untersagungsverfügung kann dabei mglw. auf § 21 KrW-/AbfG gestützt werden, der der zuständigen Behörde eine Anordnungsbefugnis im Einzelfall zur Durchführung des Gesetzes einräumt. Diese Vorschrift berechtigt einseitig eine hoheitliche Stelle. Zudem ist der Streit nicht-verfassungsrechtlicher Art, da auf beiden Seiten keine Verfassungsorgane beteiligt sind und der Streitgegenstand nicht dem Verfassungsrecht entstammt. Eine abdrängende Sonderzuweisung ist ebenfalls nicht ersichtlich, so dass der Verwaltungsrechtsweg im Fall eines sich anschließenden Gerichtsverfahrens eröffnet wäre.

### 2. Statthaftigkeit des Widerspruchsverfahrens

Ein Widerspruchsverfahren ist nach § 68 Abs. 1 S. 1 VwGO nur statthaft, wenn in der Hauptsache eine Anfechtungs- oder nach § 68 Abs. 2 VwGO eine Verpflichtungsklage vorliegt. In Betracht kommt hier ein Anfechtungswiderspruch, der gegen einen Verwaltungsakt nach § 106 Abs. 1 LVwG (§ 35

mentation zur „Drittverwertung“ und zum „öffentlichen Interesse“ gefordert.

<sup>2</sup> § 40 Abs. 1 VwGO analog ist im Rahmen des Widerspruchsverfahrens in jedem Fall *innerhalb* der Zulässigkeit zu prüfen, da § 17a GVG im Verwaltungsverfahren nicht anwendbar ist.

<sup>3</sup> *Brüning/Suerbaum*, Examensfälle zum Öffentlichen Recht, 2005, S. 95.

<sup>4</sup> Eine solche findet sich bspw. in § 126 Abs. 3 BRRG, nunmehr § 54 Abs. 2 BeamStG.

Abs. 1 VwVfG<sup>5</sup>) zu richten ist, der sich noch nicht erledigt hat. Für die Klassifizierung als Verwaltungsakt spricht bereits die Bezeichnung seitens der Behörde als „Verfügung“.<sup>6</sup> Hinzu kommt, dass ausschließlich die A-GmbH, also ein Einzelfall, adressiert wird. Die Androhung eines Zwangsgeldes für den Fall der Zuwiderhandlung zeigt zudem, dass die Verfügung notfalls mit Zwangsmitteln durchgesetzt werden soll. Die Verfügung ist somit ein tauglicher Verfahrensgegenstand einer Anfechtungsklage sowie eines Widerspruchsverfahrens. Eine Fallgruppe der Entbehrlichkeit des Widerspruchsverfahrens nach § 68 Abs. 1 S. 2 VwGO liegt nicht vor.<sup>7</sup>

### 3. Widerspruchsbefugnis

Da auch das Vorverfahren nach § 68 VwGO kein objektives Rechtsbeanstandungsverfahren ist, sondern der Durchsetzung subjektiver Rechte dient, müsste die A-GmbH auch widerspruchsbefugt sein. Zudem können behördliche Rechtsbehelfe nicht weiter reichen als das sich anschließende Gerichtsverfahren; auch die §§ 68 Abs. 1 Nr. 2, 70 Abs. 1, 78 Abs. 2 und 79 VwGO zeigen das Erfordernis einer subjektiven „Beschwerde“<sup>8</sup>. Insoweit muss § 42 Abs. 2 VwGO analoge Anwendung finden. Die Verletzung subjektiver Rechte der A-GmbH müsste also möglich erscheinen, d.h. nicht von vornherein ausgeschlossen sein und vom Widerspruchsführer substantiiert vorgetragen werden.<sup>9</sup> Das Verbot, gewerblich Abfälle von Privathaushalten zu sammeln, ist möglicherweise geeignet, die Berufsfreiheit der A-GmbH aus Art. 12 Abs. 1 GG zu beeinträchtigen. Für die A-GmbH als Adressat der streitgegenständlichen Verfügung, die eine belastende Regelung enthält, kommt in jedem Fall auch eine Verletzung des Art. 2 Abs. 1 GG in Betracht. Gem. Art. 19 Abs. 3 GG ist es der A-GmbH als juristische Person des Privatrechts möglich, sich auf Grundrechte zu berufen, zumal sie sich – insbesondere hinsichtlich der Rechte aus Art. 12 Abs. 1 GG – in einer grundrechtsspezifischen Gefährdungslage befindet.

<sup>5</sup> Der Fall war nach schleswig-holsteinischem Landesrecht zu lösen. Nachfolgend werden jeweils die bundesrechtlichen Parallelvorschriften in Klammern angegeben. Auch wenn sich – wie vorliegend – die Ermächtigungsgrundlage im Bundesrecht finden lässt, richtet sich das Verwaltungsverfahren gem. § 1 Abs. 3 VwVfG nach den Landes-VwVfG.

<sup>6</sup> Vgl. zum Verhältnis von formellen und materiellen Kriterien zur Ermittlung des VA-Charakters hoheitlicher Maßnahmen *Stelkens*, in: Ders/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, 7. Aufl. 2008, § 35 Rn. 15 ff.

<sup>7</sup> Wäre eine der genannten Fallgruppen einschlägig, würde dies im Übrigen nicht zur Unstatthaftigkeit des Widerspruchsverfahrens, sondern lediglich zur Entbehrlichkeit führen.

<sup>8</sup> *Brüning/Suerbaum* (Fn. 3), S. 96 f.

<sup>9</sup> Beachte: Im Rahmen des Vorverfahrens ist für die Begründetheit ausreichend, dass der VA zweckwidrig ist und der Widerspruchsführer dadurch in seinen rechtlich geschützten Interessen verletzt wird. Der gleiche Maßstab gilt auch bei der Prüfung der Widerspruchsbefugnis.

#### 4. Form

§ 70 Abs. 1 VwGO schreibt für die Erhebung des Widerspruchs die Schriftform vor. Diese kann gem. § 52a Abs. 2 LVwG (§ 3a Abs. 2 VwVfG), der angesichts des Charakters des Vorverfahrens als Verwaltungsverfahren anwendbar ist, nur durch ein elektronisches Dokument ersetzt werden, wenn dieses mit einer qualifizierten elektronischen Signatur versehen ist. Diese stand der A-GmbH nicht zur Verfügung; zudem wollte die Geschäftsführerin ihren Widerspruch auch nicht per E-Mail, sondern in Form eines Computerfaxes an die Stadt K senden.

Mittlerweile ist anerkannt, dass auch moderne Übermittlungsformen der Schriftform genügen können. Ausnahmen von der Schriftform, vor allem vom Erfordernis der eigenhändigen Unterschrift auf dem bei der Behörde eingehenden Originaldokument sind von der Rechtsprechung immer dann zugelassen worden, wenn sich aus dem Widerspruchsschreiben oder den ihm beigelegten Anlagen eindeutig und ohne Beweiserhebung ergibt, dass das Schriftstück vom Kläger herrührt und willentlich an die zuständige Behörde gelangt ist. Es muss sich aus anderen Anhaltspunkten eine der Unterschrift vergleichbare Gewähr für die Urheberschaft und den Rechtsverkehrswillen des Absenders ergeben. Ausreichend kann es daher sein, wenn die Übermittlung durch Telegramm, Fernschreiben, Telekopie, Computerfax o.ä. erfolgt. Erforderlich ist zudem, dass der gewählte Übertragungsweg einer Original-Unterschrift technisch entgegensteht.<sup>10</sup>

Einschränkend zu verlangen, dass einem Computerfax eine eingescannte Unterschrift oder der Hinweis beigelegt wird, dass eine Unterschrift aufgrund der gewählten Übermittlungsform nicht hinzugefügt werden kann, erscheint nicht sachgerecht, da es sich bei einer solchen „Erklärung“ um eine „inhaltsleere Floskel“ handeln würde.<sup>11</sup>

Vielmehr ist zu verlangen, dass der Absender eindeutig zu identifizieren ist und ausgeschlossen werden kann, dass es sich lediglich um einen Entwurf handelt. Beides ist vorliegend gegeben. Die A-GmbH war der Behörde bekannt, ebenso aufgrund der vorherigen Vertragsbeziehungen die Eigenschaft der C als vertretungsberechtigte Person. Auch das Vorliegen eines Entwurfes kann ausgeschlossen werden – angesichts der weniger weitreichenden Folgen eines Widerspruchsverfahrens im Vergleich zu einem gerichtlichen Verfahren dürfen aus Gründen der effektiven Rechtsschutzgewähr (Art. 19 Abs. 4 GG) keine zu hohen Anforderungen an diese Voraussetzung gestellt werden.

Insoweit wurde die Schriftform des § 70 Abs. 1 VwGO gewahrt. Die Stadt K als Ausgangsbehörde (und gem. § 73 Abs. 1 Nr. 2 VwGO auch als Widerspruchsbehörde) war zudem der richtige Adressat des Widerspruchs.

#### 5. Frist

Fraglich ist indes, ob der Widerspruch fristgerecht eingereicht wurde. Die Frist bemisst sich ebenfalls nach § 70 Abs. 1

VwGO, beträgt einen Monat ab Bekanntgabe<sup>12</sup> und wird nach vorzugswürdiger Ansicht nach § 119 i.V.m. § 89 Abs. 1 LVwG (§ 79 i.V.m. § 31 Abs. 1 VwVfG) und §§ 187 ff. BGB berechnet. Die Verfügung wurde von der Stadt K am 21.6.2009 zur Post gegeben, und gilt daher gem. § 110 Abs. 2 S. 1 LVwG (§ 41 Abs. 2 VwVfG) am dritten Tage nach der Aufgabe zur Post als bekanntgegeben.

Unerheblich ist dabei, dass die Aufgabe zur Post an einem Sonntag erfolgte. Die Regelungen der § 89 Abs. 3 LVwG (§ 31 Abs. 3 VwVfG), § 193 BGB und § 222 Abs. 2 ZPO gelten unmittelbar nur für das Fristende. Eine analoge Anwendung der Vorschriften ist ebenfalls nicht möglich.

Die Bekanntgabe der Verfügung an die A-GmbH erfolgte nach der Drei-Tages-Fiktion also am 24.6.2009. Gem. § 187 Abs. 1 BGB wird, wenn für den Anfang einer Frist ein Ereignis maßgebend ist, bei der Berechnung der Tag nicht mitgerechnet, in welchen das Ereignis fällt. Die Monatsfrist beginnt also am 25.6.2009 (00.00 Uhr) und endet demgemäß am 24.7.2009 (24.00 Uhr). Der Eingang des Computerfaxes erfolgte jedoch erst am 25.7.2009 um 00.30 Uhr, so dass Verfristung eingetreten ist.

In Betracht kommt jedoch eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Auch im Vorverfahren richtet sich die Wiedereinsetzung nach § 60 VwGO und nicht nach der landesrechtlichen Parallelvorschrift des § 90 LVwG (§ 32 VwVfG); vgl. § 70 Abs. 2 VwGO. Der Antrag müsste statthaft, zulässig und begründet sein.

#### a) Statthaftigkeit und Zulässigkeit des Antrages

§ 60 Abs. 1 VwGO verlangt die Versäumung einer gesetzlichen Frist. Als eine solche kommen insbesondere Rechtsbehelfsfristen und somit auch die Monatsfrist des § 70 Abs. 1 VwGO in Betracht.

Grundsätzlich wird eine Wiedereinsetzung nur auf Antrag des Säumigen gewährt. Holt der Beteiligte die versäumte Rechtshandlung innerhalb der Antragsfrist nach, so kommt gem. § 60 Abs. 2 S. 4 VwGO aber auch eine Wiedereinsetzung ohne Antrag in Betracht, da der Säumige durch das Stellen des Antrags nicht nur zum Ausdruck bringt, dass er das Verfahren fortsetzen will, sondern auch, dass er prozesuale Nachteile aus der Fristversäumung beseitigt wissen will.<sup>13</sup>

Die Wiedereinsetzungsfrist des § 60 Abs. 2 S. 1 VwGO („binnen zwei Wochen nach Wegfall des Hindernisses“) wurde gewahrt;<sup>14</sup> die maßgebliche Rechtshandlung gem. § 60 Abs. 2 S. 3 VwGO nachgeholt. Da C im Namen der A-GmbH in ihrem Computerfax auch auf die Computerprobleme hinwies und sich mit der regelmäßigen Wartung rechtfertigte, wurden die Anforderungen des § 60 Abs. 2 S. 2 VwGO an

<sup>12</sup> Laut Sachverhalt war eine ordnungsgemäße Rechtsbehelfsbelehrung beigelegt. Die Jahresfrist des § 70 Abs. 2 i.V.m. § 58 Abs. 2 VwGO ist daher nicht einschlägig.

<sup>13</sup> *Brink*, in: Posser/Wolff (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zur VwGO, Stand: 1.10.2009, § 60 Rn. 28.

<sup>14</sup> Zu beachten ist bei längerfristigen Hindernissen zudem die absolute Ausschlussfrist des § 60 Abs. 3 VwGO von einem Jahr.

<sup>10</sup> Lesenswert das Urteil des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes (NJW 2000, 2340).

<sup>11</sup> BVerwG NJW 2006, 1989.

das Glaubhaftmachen der maßgeblichen Tatsachen erfüllt<sup>15</sup>. Die Stadt K ist als Widerspruchsbehörde auch gem. § 60 Abs. 4 VwGO zuständig, über den Antrag auf Wiedereinsetzung zu entscheiden.<sup>16</sup>

#### b) Begründetheit

Begründet ist ein Antrag auf Wiedereinsetzung gem. § 60 Abs. 1 VwGO nur, wenn jemand ohne Verschulden verhindert war, eine gesetzliche Frist einzuhalten. Dabei wird das Verschulden der Geschäftsführerin gem. § 173 VwGO i.V.m. § 51 Abs. 2 ZPO der A-GmbH zugerechnet. Das BVerwG geht von einem (gemäßigt) subjektiven Fahrlässigkeitsmaßstab aus, wonach eine unverschuldete Fristversäumnis vorliegt, wenn den jeweiligen Betroffenen nach den Umständen des Einzelfalls kein Vorwurf bzgl. der Säumnis trifft.<sup>17</sup> Nach der Rechtsprechung des BVerfG setzt Verschulden stets den Verstoß gegen eine individuelle Sorgfaltspflicht voraus, auf die der Beteiligte sich einstellen konnte.<sup>18</sup> Der Computer der C wurde regelmäßig durch eine Fachfirma gewartet. Da in der Vergangenheit Probleme nicht aufgetreten waren, durfte die C von der Funktionsfähigkeit ausgehen, so dass die aufgetretenen Übermittlungsprobleme nicht von ihr bzw. der A-GmbH zu vertreten sind.

#### 6. Beteiligten- und Handlungsfähigkeit

Die A-GmbH ist gem. § 76 Nr. 1 2. Alt. LVwG i.V.m. § 119 LVwG (§ 11 Nr. 1 2. Alt. i.V.m. § 79 VwVfG) beteiligten- und nach § 77 Abs. 1 Nr. 3 LVwG (§ 12 Abs. 1 Nr. 3 VwVfG) durch ihre gesetzliche Vertreterin, die Geschäftsführerin (§ 35 Abs. 1 S. 1 GmbHG), handlungsfähig.

## II. Begründetheit des Widerspruchs

Der Rechtsbehelf hat nur Aussicht auf Erfolg, wenn der Verwaltungsakt rechtswidrig oder zweckwidrig ist und der Widerspruchsführer dadurch in seinen Rechten verletzt wird.

#### 1. Rechtsgrundlage: § 21 KrW-/AbfG

Aufgrund des Vorbehalts des Gesetzes bedarf ein belastender Verwaltungsakt einer Rechtsgrundlage. Diese könnte sich aus § 21 KrW-/AbfG ergeben. Danach kann die zuständige Behörde im Einzelfall die erforderliche Anordnung zur Durchführung dieses Gesetzes treffen.

#### 2. Formelle Rechtmäßigkeit

Der Verwaltungsakt müsste formell rechtmäßig sein, d.h. es müsste die zuständige Behörde gehandelt haben und die allgemeinen oder speziellen Verfahrensvorschriften und Formvorgaben müssten gewahrt sein. Nach § 63 KrW-/AbfG i.V.m. § 25 Abs. 1 Nr. 3 LAbfWG SH ist die Stadt K als

untere Abfallentsorgungsbehörde zuständig. Eine explizit als solche bezeichnete Anhörung hat zwar nicht stattgefunden. Jedoch waren der Stadt K die Argumente der A-GmbH aus zahlreichen Gesprächen bekannt, so dass Sinn und Zweck des § 87 LVwG (§ 28 VwVfG) gewahrt sind. Zudem kann die Anhörung im Widerspruchsverfahren nachgeholt werden. Besondere Formvorschriften waren bei Erlass der Untersagungsverfügung nicht zu beachten.

#### 3. Materielle Rechtmäßigkeit

Nach § 21 KrW-/AbfG ist die zuständige Behörde berechtigt, die erforderlichen Anordnungen zur Durchführung des KrW-/AbfG zu treffen. Als eine solche abfallrechtliche Pflicht, die es durchzuführen gilt, kommt die Abfallüberlassungspflicht nach § 13 Abs. 1 KrW-/AbfG in Betracht.

#### a) Anwendbarkeit des KrW-/AbfG

Das KrW-/AbfG müsste zunächst anwendbar sein. Nach § 2 Abs. 1 Nr. 2 KrW-/AbfG gelten die Vorschriften für die Verwertung von Abfällen. Abfälle sind gem. § 2 Abs. 1 KrW-/AbfG alle beweglichen Sachen, die unter die in Anhang I des Gesetzes aufgeführten Gruppen fallen und derer sich ihr Besitzer entledigt, entledigen will oder entledigen muss. Altpapier erfüllt diese Voraussetzungen. Es liegt bereits ein „Entledigen“ i.S.v. § 3 Abs. 2 KrW-/AbfG vor, da die Stoffe einem Verwertungsverfahren zugeführt werden. Damit handelt es sich um Abfall; der Anwendungsbereich des KrW-/AbfG ist eröffnet.

#### b) Überlassungspflicht

§ 13 Abs. 1 S. 1, 1. Hs. KrW-/AbfG sieht abweichend von § 5 Abs. 2 und § 11 Abs. 1 KrW-/AbfG eine Überlassungspflicht von Erzeugern oder Besitzern von Abfällen an die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger (öRE) vor.

#### c) Ausnahme nach § 13 Abs. 1 S. 1, 2. Hs. i.V.m. § 16 Abs. 1 KrW-/AbfG

Die Überlassungspflicht für Abfälle zur Verwertung besteht jedoch nur „soweit sie zu einer Verwertung nicht in der Lage sind oder diese nicht beabsichtigen“, § 13 Abs. 1 S. 1, 2. Hs. i.V.m. § 16 Abs. 1 KrW-/AbfG. Vorliegend wollen die privaten Haushalte das Altpapier nicht selbst verwerten. Daher stellt sich die Frage, ob § 13 Abs. 1 S. 1, 1. Hs. KrW-/AbfG auch die Verwertung durch die Beauftragung eines Dritten gem. § 16 Abs. 1 KrW-/AbfG erfasst. Sowohl in der Rechtsprechung<sup>19</sup> als auch in der Literatur<sup>20</sup> wird diese Problematik

<sup>15</sup> Hinweis: Die Glaubhaftmachung richtet sich über den Verweis des § 173 VwGO auch im Verwaltungsprozess und Vorverfahren nach der Vorschrift des § 294 ZPO.

<sup>16</sup> Ob es sich um einen Fall der analogen oder direkten Anwendung des § 60 Abs. 4 VwGO handelt, kann dahinstehen.

<sup>17</sup> BVerwGE 50, 248 (254).

<sup>18</sup> BVerfGE 86, 280 (284).

<sup>19</sup> Für eine Drittbeauftragung: OVG Schleswig NVwZ 2008, 922 (924 f.); dagegen: BVerwG, Urt. v.18.6.2009 – 7 C 16/08, DVBl 2009, 1242 (zitiert nach juris); VGH Mannheim NVwZ 1998, 1200; OVG Lüneburg NVwZ-RR 2004, 175 (176).

<sup>20</sup> Für eine Drittbeauftragung bspw. *Fluck/Giesberts*, in: *Fluck* (Hrsg.), *KrW-/AbfG*, Kommentar, Loseblatt (Stand: 10/2008), § 13 Rn. 86b f.; *Beckmann/Kersting*, in: *Landmann/Rohmer* (Hrsg.), *Umweltrecht*, Loseblatt (Stand: 7/2009), § 13 *KrW-/AbfG*, Rn. 26 f.; *Giesberts*, in:

kontrovers diskutiert. Aus diesem Grunde ist eine Auslegung nach den vier Auslegungsmethoden vorzunehmen:

#### aa) Wortlaut

Anknüpfungspunkt der Wortlautauslegung ist die Formulierung „soweit sie [...] in der Lage sind [...]“. Zum Teil wird vertreten, das verwendete Wort „sie“ beziehe sich auf das Subjekt des Hauptsatzes und damit nur auf die Erzeuger oder Besitzer von Abfällen.<sup>21</sup> Die fehlende Erwähnung der Drittbeauftragung, obwohl eine eindeutige Bezugnahme auf Dritte möglich gewesen wäre, soll zudem eine enge Auslegung nahe legen.<sup>22</sup> Dagegen spricht allerdings, dass es allgemein zulässig ist, Pflichten – soweit keine unvertretbaren Handlungen erforderlich sind – durch Einschaltung Dritter (Verrichtungs- oder Erfüllungsgehilfen) zu erfüllen. Wenn dies ausnahmsweise gesetzlich ausgenommen sein soll, bedarf es einer gesetzlichen Regelung, anderenfalls spricht es für die Zulässigkeit der Einschaltung Dritter.<sup>23</sup> Somit lässt sich festhalten, dass die Wortlautauslegung zu keinem eindeutigen Ergebnis kommt.<sup>24</sup>

#### bb) Systematik

Bei der systematischen Auslegung ist vor allem die Stellung der Regelung im Normgefüge zu beachten. Nach § 13 Abs. 1 S. 2 KrW-/AbfG gilt Satz 1 nicht, „soweit sie diese nicht in eigenen Anlagen beseitigen“. Der Hinweis auf die eigenen Anlagen legt den Schluss nahe, dass der Gesetzgeber in Satz 1 gerade keine Beschränkung auf „eigene Anlagen“ bezwecke und somit eine Drittbeauftragung zulässig ist.<sup>25</sup> Dennoch muss beachtet werden, dass Satz 1 und 2 von den geregelten Sachverhalten her nicht vergleichbar sind. Selbst für den Fall der Vergleichbarkeit könnte es näher liegen, die jeweiligen Tatbestandsmerkmale „in eigenen Anlagen“ (Satz 2) und „in der Lage sind“ (Satz 1) als einander entsprechende Äquivalente anzusehen und deshalb auch in Satz 1 die entsprechende „höchstpersönliche Beziehung“ zu verankern.<sup>26</sup> Zudem spricht § 13 Abs. 3 KrW-/AbfG mit seinen speziellen Voraussetzungen gegen eine extensive Auslegung.<sup>27</sup> Wenn nämlich die Abfallbesitzer schon nach § 13 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 16 Abs. 1 KrW-/AbfG berechtigt wären, ihre Abfälle „selbst“ zu entsorgen, könnten die weiteren

Voraussetzungen von § 13 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 und 3 KrW-/AbfG umgangen werden. Damit wären die spezielleren Regelungen praktisch obsolet.<sup>28</sup> Bei systematischer Betrachtung wird zudem deutlich, dass das KrW-/AbfG in einer Vielzahl von Bestimmungen die Einbeziehung Dritter bei der Verwertung und Beseitigung von Abfällen ausdrücklich regelt. So können nach §§ 16 Abs. 2, 17 Abs. 3 und 18 Abs. 2 KrW-/AbfG Erzeuger- und Besitzerpflichten ganz oder teilweise auf Dritte übertragen werden, wobei hierfür jeweils gesonderte Anforderungen gestellt werden. Entsprechende Regelungen fehlen für die Bestimmungen des § 13 Abs. 1 S. 1 KrW-/AbfG, was wiederum gegen die Möglichkeit der Einbeziehung Dritter bei der Verwertung von Haushaltsabfällen spricht.<sup>29</sup>

#### cc) Sinn und Zweck

Mit der Überlassungspflicht des § 13 Abs. 1 S. 1 KrW-/AbfG für Abfälle aus privaten Haushalten an den öffentlichen Entsorgungsträger wollte der Gesetzgeber eine ordnungsgemäße, schadlose und damit umweltverträgliche Abfallentsorgung sichergestellt sehen.<sup>30</sup> Dies könnte ebenfalls dafür sprechen, private Haushaltungen nur eingeschränkt von der Überlassungspflicht freizustellen. § 13 Abs. 1 S. 1 KrW-/AbfG liegt die gesetzliche Regelvermutung zu Grunde, dass private Haushaltungen zu einer ordnungsgemäßen und schadlosen Verwertung nicht in der Lage sind.<sup>31</sup> Anders als bei Erzeugern industrieller oder gewerblicher Abfälle, bei denen eine besondere Sachkenntnis und technische Vorkehrungen vorhanden sind, ist die umweltgerechte Entsorgung bei privaten Haushaltungen vielfach nicht gewährleistet. Allerdings stellt die Drittbeauftragung gerade die ordnungsgemäße, schadlose und damit umweltverträgliche Abfallentsorgung sicher, so dass Sinn und Zweck auch bei einer Einbeziehung erreicht werden könnten.

#### dd) Historische Auslegung/Gesetzesbegründung

Bei der historischen Auslegung sind vor allem die Entstehungsgeschichte und die Gesetzesbegründung heranzuziehen. In der Begründung des federführenden Ausschusses heißt es: „§ 13 fordert eine Überlassung von Rückständen (an den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger) nur soweit, als der

ders./Reinhardt (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar KrW-/AbfG, Stand: 1.7.2010, § 13 Rn. 13; dagegen: *Queitsch*, AbfallR 2008, 178 (180).

<sup>21</sup> OVG Hamburg NVwZ 2008, 1133 (1134); OVG Lüneburg NVwZ-RR 2004, 175; *Braun*, ThürVBI 2009, 49 (50); a.A. OVG Schleswig NVwZ 2008, 922 (924).

<sup>22</sup> VGH Mannheim NVwZ 1998, 1200.

<sup>23</sup> OVG Schleswig NVwZ 2008, 922 (924).

<sup>24</sup> So auch das BVerwG, Urt. v.18.6.2009 – 7 C 16/08, Rn. 19.

<sup>25</sup> So *Kunig*, in: Ders./Paetow/Versteyl (Hrsg.), KrW/AbfG, 2. Aufl. 2003, § 13 Rn.15; hiergegen VGH Mannheim NVwZ 1998, 1200 (1200 f.).

<sup>26</sup> BVerwG, Urt. v. 18.6.2009 – 7 C 16/08, Rn. 23.

<sup>27</sup> BVerwG, Urt. v. 18.6.2009 – 7 C 16/08, Rn. 20; OVG Hamburg NVwZ 2008, 1133 (1134).

<sup>28</sup> BVerwG, Urt. v.18.6.2009 – 7 C 16/08, Rn. 24; VGH Mannheim NVwZ 1998, 1200; *Kahl*, NordÖR 2009, 10 (12); *Hutsch*, NJ 2009, 314 (317); *Braun*, ThürVBI 2009, 49 (50); *Karpenstein*, Haushaltsabfälle zwischen Privatisierung und Kommunalisierung, 2009, S.30. Hieran zeigt sich auch eine Schwäche der Entscheidung des OVG Schleswig (NVwZ 2008, 922), das nämlich zuerst davon ausgeht, dass die Überlassungspflicht nach § 13 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 KrW-/AbfG in dem zu entscheidenden Fall entfällt, um anschließend festzustellen, dass die Überlassungspflicht bereits nach § 13 Abs. 1 S. 1, 2. Hs. i.V.m. § 16 Abs. 1 S. 1 KrW-/AbfG entfiel.

<sup>29</sup> BVerwG, Urt. v. 18.6.2009 – 7 C 16/08 – Rn. 22.

<sup>30</sup> BVerwG, Urt. v. 18.6.2009 – 7 C 16/08, Rn. 28; *Braun*, ThürVBI 2009, 49 (50).

<sup>31</sup> BVerwG, Urt. v. 18.6.2009 – 7 C 16/08, Rn. 28.

Erzeuger oder Besitzer zur Verwertung oder Entsorgung selbst – auch unter Einschaltung eines Dritten (§ 16) nicht in der Lage ist [...].<sup>32</sup> Daraus könnte der Schluss gezogen werden, dass eine Eigenverwertung auch bei der Einschaltung Dritter gegeben ist.<sup>33</sup> Dennoch formuliert der Ausschuss weiter: „a) Absatz 1 Satz 1 ordnet Überlassungspflichten für Rückstände aus privaten Haushaltungen an. Ausnahmen bestehen bei der Eigenverwertung von Sekundärrohstoffen (z.B. Eigenkompostierung oder Altkleiderspenden für die Caritas)“.<sup>34</sup> Zudem beziehen sich die Ausführungen des Unterausschusses auf § 13 KrW-/AbfG insgesamt; für die Auslegung von § 13 Abs. 1 S. 1, 2. Hs. KrW-/AbfG kann diese Aussage damit nicht herangezogen werden, da beispielsweise § 13 Abs. 3 KrW-/AbfG verschiedene Formen der Einschaltung Dritter aufführt.<sup>35</sup> Auch die Gesetzesbegründung nennt lediglich die „Eigenentsorgung“ und „Eigenkompostierung“.<sup>36</sup> Durch dieses Begriffspaar sollte zum Ausdruck gebracht werden, dass nur eine höchstpersönliche Entsorgung durch die Besitzer und Erzeuger gewollt war.<sup>37</sup> Andererseits sah der ursprüngliche Regierungsentwurf die Formulierung „Verwertung durch den Überlassungspflichtigen“<sup>38</sup> vor, was die Annahme nahe legt, dass nur eine Selbstverwertung zulässig gewesen wäre.<sup>39</sup> Aus der Streichung dieser Formulierung könnte der Schluss gezogen werden, dass im Rahmen der Verwertung eine Einschaltung Dritter zulässig ist. Dennoch zeichnet diese Auslegungsmethode kein eindeutiges Bild.<sup>40</sup>

#### ee) Zwischenergebnis

Bei der Auslegung des § 13 Abs. 1 S. 1, 2. Hs. KrW-/AbfG ist festzustellen, dass Wortlaut, Entstehungsgeschichte sowie Sinn und Zweck verschiedene Rückschlüsse zulassen. Die systematische Auslegung spricht jedoch eher<sup>41</sup> gegen die Möglichkeit der Drittbeauftragung. Entscheidend ist der Vergleich mit § 13 Abs. 3 KrW-/AbfG. Eine durch § 13 Abs. 1 S. 1, 2. Hs. KrW-/AbfG eröffnete beliebige Beauftragung Dritter hätte eine weitgehend voraussetzungslose Freistellung von der Überlassungspflicht zur Folge und würde damit die an bestimmte Voraussetzungen geknüpften Ausnahmen gem. § 13 Abs. 3 KrW-/AbfG unterlaufen.<sup>42</sup> Daher sprechen die überwiegenden Gründe gegen eine Drittbeauftragung bei § 13 Abs. 1 S. 1, 2. Hs. KrW-/AbfG.<sup>43</sup>

<sup>32</sup> BT-Drs. 12/7284, S. 17.

<sup>33</sup> OVG Schleswig NVwZ 2008, 922 (925).

<sup>34</sup> BT-Drs. 12/7284, S. 17.

<sup>35</sup> OVG Hamburg NVwZ 2008, 1133 (1135); Kahle, NordÖR 2009, 10 (12).

<sup>36</sup> BT-Drs. 12/5672, S. 44.

<sup>37</sup> Kahle, NordÖR 2009, 10 (11).

<sup>38</sup> BT-Drs. 12/5672, S. 11.

<sup>39</sup> OVG Schleswig NVwZ 2008, 922 (925); anders wohl Kahle, NordÖR 2009, 10 (11).

<sup>40</sup> Hutsch, NJ 2009, 314 (317).

<sup>41</sup> Eine a.A. ist an dieser Stelle gut vertretbar.

<sup>42</sup> BVerwG, Urt. v. 18.6.2009 – 7 C 16/08, Rn. 24.

<sup>43</sup> Zu diesem Ergebnis kommen auch BVerwG, Urt. v. 18.6.2009 – 7 C 16/08, Rn. 28; OVG Hamburg NVwZ 2008,

#### d) Ausnahme nach § 13 Abs. 2 KrW-/AbfG

Möglicherweise könnte die Überlassungspflicht aber nach § 13 Abs. 2 KrW-/AbfG entfallen. Dies setzt voraus, dass Dritten oder privaten Entsorgungsträgern Pflichten zur Verwertung und Beseitigung nach §§ 16, 17 oder § 18 KrW-/AbfG übertragen worden sind. Von diesen Normen angesprochen ist die Pflichtenübertragung.<sup>44</sup> Werden die genannten Rechtssubjekte hingegen lediglich mit der Erfüllung von Entsorgungspflichten beauftragt, bleibt die Trägerschaft unbeeinflusst; dieser Fall ist von § 13 Abs. 1 S. 2 KrW-/AbfG erfasst.<sup>45</sup> Diese Pflichtenübertragung muss vom Dritten beantragt werden und kann nur durch die zuständige (Überwachungs-) Behörde erfolgen.<sup>46</sup> Vorliegend ist keine „echte Pflichtenübertragung“<sup>47</sup> gegeben, so dass § 13 Abs. 2 KrW-/AbfG nicht einschlägig ist.

#### d) Ausnahme nach § 13 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 KrW-/AbfG

Weiterhin könnte die Überlassungspflicht nach § 13 Abs. 3 Nr. 3 KrW-/AbfG entfallen. Dies setzt voraus, dass die Abfälle durch gewerbliche Sammlung einer ordnungsgemäßen und schadlosen Verwertung zugefügt werden, dies nachgewiesen wird und keine überwiegenden öffentlichen Interessen entgegenstehen.

#### aa) Nachweispflicht

Die A-GmbH müsste die ordnungsgemäße und schadlose Verwertung nachweisen. Das bedeutet allerdings nicht, dass ein Genehmigungs- oder sonstiges Zulassungsverfahren durchzuführen ist.<sup>48</sup> Vielmehr sind – jedenfalls im Altpapierbereich – keine allzu hohen Anforderungen anzulegen.<sup>49</sup> Anerkannt ist etwa, dass der Nachweis durch die Vorlage eines Vertrages zum Weiterverkauf des Altpapiers erbracht werden kann oder dass das Unternehmen vorher für den öffentlichen Entsorgungsträger tätig war.<sup>50</sup> Diese Nachweispflicht ist zudem vor der Aufnahme der Tätigkeit zu erbringen.<sup>51</sup> Die A-GmbH ist ein seit Jahren in dieser Branche operierendes Unternehmen und war sogar für die Stadt K als Drittbeauftragte tätig. Zudem hat sie der Stadt die Verträge mit der Papierrecyclinggesellschaft zukommen lassen. Somit ist das Nachweiserfordernis erfüllt.

1133 (1134 f.); VGH Mannheim NVwZ 1998, 1200 (1201 f.); Schwind, DVBl 2009, 1246 (1246); Hutsch, NJ 2009, 314 (318); Braun, ThürVBl 2009, 49 (50); Karpenstein (Fn. 28), S. 32.

<sup>44</sup> Kunig (Fn. 25), § 13 Rn. 27.

<sup>45</sup> Kunig (Fn. 25), § 13 Rn. 27; Fluck/Giesberts (Fn. 20), § 13 Rn. 128a.

<sup>46</sup> Fluck/Giesberts (Fn. 20), § 13 Rn. 128.

<sup>47</sup> Fluck/Giesberts (Fn. 20), § 13 Rn. 128a.

<sup>48</sup> OVG Weimar, Beschl. v. 1.12.2008 – 1 EO 566/08, Rn.17 (zitiert nach juris); Fluck/Giesberts (Fn. 20), § 13 Rn. 156b.

<sup>49</sup> VGH Mannheim NVwZ 2008, 919 (920); OVG Schleswig NVwZ 2008, 922 (923); Karpenstein (Fn. 28), S. 39.

<sup>50</sup> Kunig (Fn. 25), § 13 Rn. 10; Karpenstein (Fn. 28), S. 39.

<sup>51</sup> VGH Mannheim NVwZ 2008, 919 (920); Wenzel, ZUR 2008, 411 (413); Kahle, NordÖR 2009, 10 (13).

bb) *Gewerbliche Sammlung*<sup>52</sup>

Es müsste eine gewerbliche Sammlung vorliegen. Der Begriff der „Sammlung“ hat, anders als ihre „Gewerblichkeit“, für die entsprechend § 15 Abs. 2 S. 1 EStG die bloße Gewinnerzielungsabsicht ausreicht, keine Legaldefinition erfahren.<sup>53</sup> Zwar differenziert § 4 Abs. 5 KrW-/AbfG zwischen „Sammeln“ und „Einsammeln“, ohne jedoch damit zur Begriffsklärung beizutragen. Vielmehr ist bei der Auslegung das Leitbild der gesetzlichen Grundzuständigkeit des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers bei den privaten Haushalten heranzuziehen.<sup>54</sup> Danach ist die gewerbliche Sammlung als Ausnahmenvorschrift grundsätzlich restriktiv auszulegen. Sie ist von den Entsorgungstätigkeiten der öRE und der nach § 16 Abs. 1 Satz 1 KrW-/AbfG beauftragten gewerblichen Entsorgungsunternehmen abzugrenzen.<sup>55</sup> Der Gesetzgeber hatte mit dieser Vorschrift das tradierte Bild der – gelegentlichen und sich deutlich vom Tätigkeitsbild des Entsorgungsträgers abhebenden – Sammlung vor Augen.<sup>56</sup> Es sollte jedoch kein Einfallstor zur Etablierung paralleler privater Entsorgungs- und Verwertungsstrukturen beim Hausmüll geschaffen werden.<sup>57</sup> Gewerbliche Sammlungen sind dagegen typischerweise ein allgemeines, auf freiwilliger Basis beruhendes Angebot der unentgeltlichen Überlassung verwertbarer Abfälle, was somit Tätigkeiten ausschließt, die nach Art eines Entsorgungsträgers auf der Grundlage vertraglicher Bindungen zwischen den sammelnden Unternehmen und den privaten Haushalten in dauerhaften festen Strukturen abgewickelt werden.<sup>58</sup>

Vorliegend hat die A-GmbH teilweise mündlich mit den Haushalten das Aufstellen der „blauen Tonnen“ vereinbart, teilweise aber auch Verträge über eine Laufzeit von zwei Jahren abgeschlossen. Zumindest letzteres lässt eine feste Struktur erkennen, die den Entsorgungstätigkeiten der öRE und der nach § 16 Abs. 1 S. 1 KrW-/AbfG beauftragten gewerblichen Entsorgungsunternehmen ähnelt. Ob jedoch die Tätigkeiten der A-GmbH unter den Begriff der gewerblichen Sammlung fallen oder nicht, kann dahingestellt bleiben, wenn ihr überwiegende öffentliche Interessen entgegenstehen.

cc) *Überwiegende öffentliche Interessen*

Es dürfen der gewerblichen Sammlung – soweit man sie annimmt – keine überwiegenden öffentlichen Interessen entgegenstehen. Hierbei handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der einer gerichtlichen Kontrolle vollum-

fänglich zugänglich ist. Hierbei ist umstritten, ob der Begriff tendenziell restriktiv auszulegen ist und damit nur die auf den Gesetzeszweck und die Zielvorgaben des KrW-/AbfG gerichteten Interessen erfasst.<sup>59</sup> Andererseits ist Wortlaut, Systematik und Telos eine solche restriktive Auslegung nicht zu entnehmen, so dass nicht nur auf das Abfallrecht beschränkte öffentliche Interessen Berücksichtigung finden, sondern auch weitere Aspekte herangezogen werden können.<sup>60</sup> Letztlich ist dies durch eine Abwägung im Einzelfall zu bestimmen.<sup>61</sup>

Auf Seiten der Stadt könnten die fiskalischen Interessen herangezogen werden.<sup>62</sup> Denn durch die gewerbliche Sammlung sinken die Einnahmen der Stadt, die sie durch die Verwertungserlöse erzielt. Dies schlägt auf die Abfallgebühren durch, da die Gebühren in einem angemessenen Verhältnis zu der erbrachten Leistung zu stehen haben. Die so durchzuführende Gebührensteigerung wird dann die Einwohner der Stadt treffen. Inwieweit die wirtschaftlichen Interessen Berücksichtigung beim überwiegenden öffentlichen Interesse finden, wird nicht einheitlich beantwortet.<sup>63</sup> Zum Teil bestehen „grundsätzliche Bedenken“ gegen die Berücksichtigung von Fiskalinteressen,<sup>64</sup> da sie nicht auf die Verfolgung der Zielvorgaben des KrW-/AbfG gerichtet sind und der Gesetzgeber durch die Normierung der Ausnahme des § 13 Abs. 3 Nr. 1 KrW-/AbfG die „Rosinenpickerei“ als zulässig bewertet hat.<sup>65</sup> Andere sprechen sich für eine „nachrangige“ Berücksichtigung aus:<sup>66</sup> wirtschaftliche Interessen könnten erst dann berücksichtigt werden, wenn durch die gewerbliche Sammel-tätigkeit eine betriebswirtschaftliche Führung der Abfallwirtschaft „unmöglich“ werde oder zu einer „gebührenrechtlichen Überforderung“ privater Haushalte führe.<sup>67</sup> Schließlich wird die „ernsthafte Gefährdung der Betriebswirtschaftlichkeit“ der öffentlich-rechtlichen Entsorgung für erforderlich erachtet. Vorliegend betätigt sich die A-GmbH in einem Ausmaß, das eine Gebührenerhöhung von max. 10 € pro Bewohner bewirken könnte – eine Entscheidung zwischen den unterschiedlichen Ansichten ist mithin entbehrlich; eine ernsthafte Gefährdung ist nicht erkennbar.

Ein wesentlicher Aspekt ist die Entsorgungssicherheit.<sup>68</sup> Unter diesem Aspekt kann das öffentliche Interesse auch schon unterhalb der Schwelle der Existenzgefährdung des öffentlich-rechtlichen Entsorgungssystems berührt werden.

<sup>52</sup> Das Problematisieren des Begriffs der „gewerblichen Sammlung“ kann von einem Studenten in einer Klausur nicht erwartet werden, zumal die meisten Gerichte eine gewerbliche Sammlung unproblematisch annehmen und das dezidierte Auseinandersetzen des BVerwG als „eigentliche Innovation“ bezeichnet wird, so *Schwind*, DVBl 2009, 1246 (1247).

<sup>53</sup> *Wenzel*, ZUR 2008, 411 (412).

<sup>54</sup> *Schwind*, DVBl 2009, 1246 (1247).

<sup>55</sup> BVerwG, Urt. v. 18.6.2009 – 7 C 16/08, Rn. 31.

<sup>56</sup> BVerwG, Urt. v. 18.6.2009 – 7 C 16/08, Rn. 32.

<sup>57</sup> BVerwG, Urt. v. 18.6.2009 – 7 C 16/08, Rn. 32.

<sup>58</sup> BVerwG, Urt. v. 18.6.2009 – 7 C 16/08, Rn. 31.

<sup>59</sup> So VGH Mannheim NVwZ 2008, 1133 (1135); *Fluck/Giesberts* (Fn. 20), § 13 Rn. 107 ff. u. 160.

<sup>60</sup> OVG Hamburg NVwZ 2008, 1133 (1135); *Wenzel*, ZUR 2008, 411 (413); *Fluck/Giesberts* (Fn. 20), § 13 Rn. 112.

<sup>61</sup> OVG Lüneburg NVwZ 2008, 1137 (1138); *Wenzel*, ZUR 2008, 411 (414).

<sup>62</sup> Diesen Aspekt betont vor allem das OVG Schleswig NVwZ 2008, 922 (924).

<sup>63</sup> *Karpenstein* (Fn. 28), S. 33.

<sup>64</sup> VGH Mannheim NVwZ 2008, 1133 (1138).

<sup>65</sup> *Fluck/Giesberts* (Fn. 20), § 13 Rn. 160.

<sup>66</sup> BVerwG, Urt. v. 18.6.2009 – 7 C 16/08, Rn. 33 f.; OVG Schleswig NVwZ 2008, 922 (924).

<sup>67</sup> *Karpenstein* (Fn. 28), S. 33.

<sup>68</sup> So ganz dezidiert das BVerwG, Urt. v. 18.6.2009 – 7 C 16/08, Rn. 34.

Die Kommunen sind zur flächendeckenden Entsorgung verpflichtet und für den Ausfall des gewerblichen Sammlers trifft sie grundsätzlich eine Reserve- oder Auffangverantwortung.<sup>69</sup> Denn mit der Überlassungspflicht nach § 13 Abs. 1 KrW-/AbfG korrespondiert ein Entsorgungsanspruch nach § 15 Abs. 1 KrW-/AbfG. Auf Grund dieser flächendeckenden und umfassenden Entsorgung ist eine entsprechende Infrastruktur mit öffentlichen Mitteln errichtet worden, angesichts dessen überwiegende Interessen einer gewerblichen Sammlung schon dann entgegenstehen können, wenn die Sammlung nach ihrer konkreten Ausgestaltung mehr als nur geringfügige Auswirkungen auf die Organisation und Planungssicherheit nach sich zieht.<sup>70</sup> Von Bedeutung ist, ob der öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger zu einer wesentlichen Änderung und Anpassung seiner Entsorgungsstruktur – zum Beispiel durch Vorhaltung von Personal für den Fall, dass der gewerbliche Sammler infolge veränderter Marktbedingungen seine Tätigkeit einstellt und der öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger deshalb möglicherweise unvermittelt zur Übernahme der Entsorgungstätigkeit genötigt sein sollte – gezwungen würde.<sup>71</sup>

Die A-GmbH kann sich vor Arbeit kaum noch retten. Allerdings basiert ihre Geschäftsidee darauf, dass der Preis für die PPK-Abfälle dauerhaft auf einem so hohen Niveau bleibt, dass sich ihre Tätigkeit noch gewinnbringend ausführen lässt. Für den Fall, dass die Preise für Rohstoffe auf den internationalen Märkten zusammenbrechen und aufgrund einer weltweiten Wirtschafts- und Finanzkrise eine schnelle Erholung nicht zu erwarten ist, erscheint ein Rückzug aus diesem Bereich durchaus wahrscheinlich. Damit verbunden wäre ggf. auch eine Veränderung der Entsorgungsstruktur des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers.

Seitens der Stadt K sind verschiedene Aspekte zu beachten<sup>72</sup>, wobei gerade der Gesichtspunkt der Planungssicherheit entscheidend ist. Dieser überwiegt auch gegenüber der Berufsfreiheit der A-GmbH, so dass letztlich die besseren Argumente für ein Entgegenstehen überwiegender öffentlicher Interessen sprechen.

#### f) Adressat der Verfügung

Zudem müsste sich die Untersagungsverfügung mit der A-GmbH an den richtigen Adressaten richten. Zumal das KrW-/AbfG zu dieser Frage keine speziellen Regelungen enthält,

kann insoweit auf die Grundsätze des allgemeinen Polizei- und Ordnungsrechts zurückgegriffen werden. Die Polizeipflichtigkeit oder Störereigenschaft bestimmt sich also nach § 218 Abs. 1 LVwG. Daran, dass die A-GmbH der richtige Adressat ist, könnte man aufgrund der Tatsache Zweifeln, dass die Pflicht des § 13 KrW-/AbfG zur Überlassung an die privaten Haushalte gerichtet ist. Allerdings führt letztlich erst das Auftreten eines gewerblichen Altpapiersammlers zum Entfallen der Überlassungspflicht, so dass er unmittelbar als Störer im polizeirechtlichen Sinn anzusehen ist. Eine Verfügung an die privaten Haushalte wäre insoweit auch nicht sachgerecht, da damit dann lediglich eine schon gesetzlich bestehende Pflicht aktualisiert werden könnte. Hilfsweise lässt sich die Störereigenschaft der A-GmbH auch über die Rechtsfigur des Zweckveranlassers begründen.<sup>73</sup>

#### g) Zwischenergebnis

Die Untersagungsverfügung der Stadt K ist daher auch materiell rechtmäßig.

#### 4. Zweckmäßigkeit

Die Begründetheit eines Widerspruchs kann sich neben der Rechtswidrigkeit auch aus der Zweckwidrigkeit der Verfügung ergeben. Allerdings sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass sich die Behörde von sachfremden Motiven hat leiten lassen oder dass andere besser geeignete Maßnahmen zur Zielerreichung zur Verfügung stünden.

### III. Ergebnis

Der Widerspruch der A-GmbH hat keine Aussicht auf Erfolg.

<sup>69</sup> Kahles, NordÖR 2009, 10 (14).

<sup>70</sup> BVerwG, Urt. v. 18.6.2009 – 7 C 16/08, Rn. 34.

<sup>71</sup> BVerwG, Urt. v. 18.6.2009 – 7 C 16/08, Rn. 34.

<sup>72</sup> Des Weiteren wäre es denkbar, auf Art. 12 Abs. 1 GG hinzuweisen. Allerdings dürfte es sich nur um eine Ausübungsregelung handeln (BVerwG, Urt. v. 18.6.2009 – 7 C 16/08, Rn. 36), die durch vernünftige Gründe des Allgemeinwohls zu rechtfertigen ist. Auf Seiten der privaten Haushaltungen könnten auch noch Art. 2 Abs. 1 GG und Art. 14 GG angesprochen werden, wobei diese Aspekte nicht entscheidend sind, vgl. *Karpenstein* (Fn. 28), S. 94 ff. Im Rahmen einer Klausurlösung kann hingegen eine Auseinandersetzung mit den vergaberechtlichen Auswirkungen nicht erwartet werden, s. dazu *Wenzel*, ZUR 2008, 411 (415).

<sup>73</sup> So OVG Hamburg NVwZ 2008, 1133 (1134).