

Olaf Kropp

Erzeuger und Besitzer von Bauabfällen

Die Erzeuger und Besitzer von Abfällen sind nach dem Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz für ihre Abfälle bis zum Abschluss der ordnungsgemäßen Entsorgung verantwortlich. Insbesondere im Bauwesen wird vielfach vom Auftraggeber versucht, die Verantwortung vertraglich auf andere zu übertragen. Seit dem 1.4.2010 hat sich diese Problematik deutlich verschärft, weil seitdem für gefährliche Abfälle eine Verpflichtung zur elektronischen Nachweis- und Registerführung gilt, die für die Betroffenen mit organisatorischen und technischen Umstellungen verbunden ist. Vor allem die öffentliche Bauverwaltung versucht sich dieser Verpflichtung durch eine Übertragung der Erzeuger- und Besitzerstellung auf den Auftragnehmer zu entziehen. In einer gemeinsamen Stellungnahme vom 25.5.2010 wurde diese Verfahrensweise vom Bundesverband der deutschen Entsorgungs-, Wasser- und Rohstoffwirtschaft (BDE), dem Gesamtverband Schadstoffsanierung und dem Deutschen Abbruchverband zu Recht kritisiert.

A. Problemstellung

Die Erzeuger und Besitzer von Abfällen, die nicht dem öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger überlassen werden müssen, sind nach § 5 Abs. 2 Satz 1, § 11 Abs. 1 und § 13 Abs. 1 Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz (KrW-/AbfG) verpflichtet, die Abfälle gesetzeskonform zu verwerten oder zu beseitigen. Die Entsorgung solcher Abfälle unterliegt damit der abfallrechtlichen Verantwortung des Abfallerzeugers und -besitzers. Handelt es sich um gefährliche Abfälle, ist nach den §§ 42, 43 und 45 KrW-/AbfG i.V.m der Nachweisverordnung (NachwV) die Führung von Nachweisen und Registern vorgeschrieben. Seit dem 1.4.2010 müssen diese Nachweise und Register in elektronischer Form geführt werden.¹ Zwar können sich die Erzeuger und Besitzer zur Erfüllung ihrer abfallrechtlichen Pflichten eines Dritten bedienen. Ihre Verantwortlichkeit für die ordnungsgemäße Pflichterfüllung bleibt hiervon aber unberührt (§ 16 Abs. 1 Satz 2 KrW-/AbfG).²

Im Baubereich ist insoweit zwischen Abfällen aus dem Bereich des Auftraggebers und Abfällen aus dem Bereich des Auftragnehmers zu unterscheiden. Dies entspricht der Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB), Teil C. Dort ist in Nr. 4.2.12 vorgesehen, dass die Entsorgung von Abfällen aus dem Verantwortungsbereich des Bauherrn gesondert ausgeschrieben und berechnet werden muss. Die Entsorgung von Abfällen aus dem Bereich des Auftragnehmers wird hingegen nach Nr. 4.1.11 und 4.1.12 nicht gesondert ausgeschrieben, sondern ist Bestandteil der Hauptleistung.

Abfälle aus dem Bereich des Auftragnehmers sind solche Abfälle, die allein dem Organisationsbereich des Auftragnehmers zuzuordnen sind. Dabei handelt es sich beispielsweise um Abfälle aus dem Betrieb von Baumaschinen (Fette, Öle) und aus der Baustelleneinrichtung (hausmüllähnliche Abfälle, benutzte Arbeitsschutzkleidung etc.) sowie um Verpackungsmaterialien von eingesetzten Baustoffen. Für diese Abfälle ist ohne Zweifel der Auftragnehmer der Erzeuger und Besitzer.

Fraglich ist hingegen, wer bei Abfällen aus dem Bereich des Auftraggebers Erzeuger und Besitzer ist. Dies betrifft Abfälle, die durch die baulichen Tätigkeiten aus dem Grundstück des Auftraggebers

bzw. den darauf befindlichen Gebäuden oder Gegenständen entstehen (Straßenaufbruch, Bodenaushub, Bauschutt etc.). Probleme bei der Zuordnung der Verantwortlichkeiten entstehen hier deshalb, weil regelmäßig mehrere – natürliche oder juristische – Personen mittelbar oder unmittelbar an der Abfallentstehung und -entsorgung beteiligt sind (z.B. Bauherr/Auftraggeber, Architekt, Fachplaner, Bauleiter, Bauunternehmer/Auftragnehmer, Subunternehmer, Beförderer, Entsorger).

Vielfach wird die abfallrechtliche Verantwortung vertraglich dem Auftragnehmer oder einem anderen Beteiligten (z.B. dem Architekten oder Fachplaner) zugewiesen. Nach der Dienstweisung Nr. 01/2010-33/1 des Landesamtes für Bau und Verkehr des Freistaates Thüringen vom 10.3.2010 muss beispielsweise von den nachgeordneten Behörden in den Ausschreibungen für Straßenbaumaßnahmen festgelegt werden, dass die Sachherrschaft an den anfallenden gefährlichen Abfällen auf den Auftragnehmer übergeht. Weiter heißt es, der Auftragnehmer werde hierdurch zum Abfallerzeuger und habe sämtliche damit verbundenen Pflichten zu erfüllen. Vom Auftraggeber dürfe kein Entsorgungsweg vorgegeben werden. Auch in anderen Bundesländern wird häufig in Ausschreibungen festgelegt, dass der Auftragnehmer als Erzeuger gilt. Würden die Abfälle auf dem Grundstück des Auftraggebers für den späteren Abtransport bereitgestellt, gelte der Auftragnehmer gleichzeitig als Besitzer. Insoweit würden dem Auftragnehmer alle Pflichten obliegen, die an den Erzeuger/Besitzer hinsichtlich einer ordnungsgemäßen Abfallentsorgung gestellt würden.

Bemerkenswert daran ist, dass auf diese Weise gerade im öffentlichen Baubereich immer wieder versucht wird, sich der abfallrechtlichen Verantwortung für die Abfälle zu entziehen. Insbesondere soll dem Auftragnehmer die elektronische Nachweis- und Registerführung für die anfallenden gefährlichen Abfälle aufgebürdet werden. Bei Auftragsverhältnissen im gewerblichen und industriellen Bereich ist es hingegen meist selbstverständlich, dass der Auftraggeber selbst und nicht der Dienstleister als Erzeuger gilt und den Nachweis- und Registerpflichten nachkommt.

Die Frage, wer sich aufgrund von Vorgaben in Ausschreibungen oder Verträgen in den abfallrechtlichen Nachweisdokumenten als Abfallerzeuger einträgt, ist letztlich für die definitorische Bestimmung der Begriffe »Erzeuger« und »Besitzer« nicht maßgeblich. Wer tatsächlich Erzeuger und Besitzer von Abfällen ist und die abfallrechtlichen Verpflichtungen zu erfüllen hat, beurteilt sich allein nach § 3 Abs. 5 und 6 KrW-/AbfG.³ Nur wenn insoweit feststeht, wer Erzeuger und wer Besitzer ist, kann zivilvertraglich zwischen diesen Beteiligten vereinbart werden, wer die abfallrechtlichen Nachweise führt.⁴ Denn für die Nachweisführung enthält § 1

1 Im Einzelnen Stöhr, ZUR 2007, 77 ff.; Kropp, ZUR 2007, 82 ff.

2 Näher zu den Pflichten des Erzeugers/Besitzers Kropp, ZUR 2008, 401 ff.; ders., UPR 2003, 285 (287); Enders, AbfallR 2008, 56 ff.; ders., NVwZ 2005, 381 ff.

3 OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 23.11.2006 – 11 B 5.05, ZUR 2007, 149; Enders, AbfallR 2008, 56, 57; ders., NVwZ 2005, 381, 382.

4 Müggendorf, NVwZ 1998, 1121, 1124 f.

Abs. 1 Nr. 1 NachwV zur besseren Lesbarkeit der Verordnung einen eigenen Erzeugerbegriff,⁵ der es gestattet, dass die Nachweise entweder vom Erzeuger oder vom Besitzer der Abfälle geführt werden (unten D).

B. Begriff des Abfallbesitzers

Besitzer von Abfällen ist nach § 3 Abs. 6 KrW-/AbfG jede natürliche oder juristische Person, die die tatsächliche Sachherrschaft über die Abfälle hat (Erstbesitzer, Zweitbesitzer etc.). Maßgeblich ist ein Mindestmaß an tatsächlicher Sachherrschaft.⁶ Der Besitzer muss also die tatsächliche Verfügungsgewalt über den Abfall haben, die es ihm erlaubt, andere sowohl rechtlich als auch tatsächlich von der Einwirkung auf den Abfall auszuschließen. Insoweit liegt dem KrW-/AbfG ein eigenständiger Besitzbegriff zugrunde, der nicht mit dem zivilrechtlichen identisch ist, weil es im Abfallrecht nicht auf einen Besitzbegründungswillen ankommt.⁷ Deshalb befinden sich z.B. Abfälle, die von Dritten verbotswidrig auf nicht der Allgemeinheit zugänglichen Grundstücken weggeworfen oder abgestellt werden, im Besitz des Grundstücksbesitzers.⁸ Gleiches gilt für Abfälle, die im Rahmen eines Hochwassers auf einem flussnahen Grundstück angeschwemmt werden.⁹ Dabei ist Besitzer nicht nur der Eigenbesitzer, sondern auch der Fremdbesitzer.¹⁰ Eigenbesitzer ist derjenige, der den Abfall als ihm gehörend besitzt. Fremdbesitzer ist derjenige, der den Abfall für einen anderen besitzt. Bei juristischen Personen wird der Abfallbesitz nur bei der Gesellschaft, nicht bei den Geschäftsführungsorganen¹¹ und erst recht nicht bei den Angestellten begründet. Die Angestellten üben die Sachherrschaft regelmäßig weisungsgebunden für ihren Dienstherrn aus und handeln dabei nach dessen Willen. Es handelt sich um Besitzdiener.¹² Deshalb hat etwa der Fahrer eines Abfalltransporters, der die Sachherrschaft für seinen Arbeitgeber ausübt und dessen Weisungen unterworfen ist, keinen Besitz an den transportierten Abfällen.¹³

Der Abfallersterzeuger ist immer auch erster Abfallbesitzer.¹⁴ Tritt etwa aus einer Tankstelle Kraftstoff aus, ist im Regelfall der Betreiber der Tankstelle Erzeuger des ausgetretenen Kraftstoffs. Denn er hat diesen zu dem Zeitpunkt, in dem er zu Abfall wird, in seinem Besitz und ist damit dafür verantwortlich, dass der Abfall anfällt.¹⁵ Im Falle eines Tankschiffunglücks, bei dem Erdöl ausläuft, hat der Eigentümer des Schiffes das Erdöl vor seiner Verwandlung in Abfall in seinem Besitz. Er ist derjenige, durch den der Abfall anfällt, also Abfallerzeuger und -besitzer.¹⁶ Während die Erzeugereigenschaft bis zur Entsorgung bestehen bleibt, kann der Besitz vorher durch Weitergabe oder Dereliktion enden.¹⁷ Gleichwohl bleibt der Erzeuger als erster Besitzer – wie auch jeder andere aktuelle oder frühere Besitzer – für die ordnungsgemäße Entsorgung verantwortlich.¹⁸

Im Baubereich ist der Grundstückseigentümer als unmittelbarer Grundstückbesitzer zugleich Besitzer der auf dem Grundstück anfallenden Abfälle. Dem Bauunternehmer ist regelmäßig für die Dauer seiner Tätigkeit nur ein Recht zum Betreten des Grundstücks eingeräumt, nicht aber die Sachherrschaft über alle auf dem Grundstück befindlichen Gegenstände. Folglich ist allein der Bauherr der (Erst-)Besitzer der Abfälle. Dies gilt jedenfalls solange, wie die abgebrochenen oder ausgehobenen Materialien noch auf dem Grundstück lagern.¹⁹ Etwas anderes soll nach Ansicht von Reese/Schütte²⁰ gelten, wenn der Bauunternehmer die Abfälle auf dem Grundstück des Bauherrn in eigenen Containern sammelt, da er hierdurch zum Ausdruck bringe, dass letztlich er über den Verbleib der Abfälle bestimme. Wegen der Verknüpfung der Erstbesitzermit der Erzeugereigenschaft würde dies allerdings voraussetzen, dass der Bauunternehmer zugleich Erzeuger der Abfälle ist. Das ist jedoch nicht der Fall (unten C), so dass der Bauunternehmer nicht als Erst-Besitzer angesehen werden kann. Ist er aber mit der eigen-

verantwortlichen Organisation von Transport und Entsorgung der Abfälle beauftragt, erlangt er die tatsächliche Sachherrschaft bei der Auftragsdurchführung und behält sie während des Transportvorgangs.²¹ Werden in einem solchen Fall die Abfälle von einem Subunternehmer des Bauunternehmens abtransportiert, geht der Besitz zuvor vom Bauunternehmer auf den Subunternehmer über.²² Der Betreiber der Entsorgungsanlage wird schließlich mit der Annahme der Abfälle neuer Besitzer und mit der Behandlung, die eine Veränderung der Natur oder der Zusammensetzung der Abfälle bewirkt, neuer Abfallerzeuger i.S.v. § 3 Abs. 5 KrW-/AbfG (Zweit-Erzeuger).

C. Begriff des Abfallerzeugers

Mit der Einbeziehung des Abfallerzeugers in den Kreis der Entsorgungspflichtigen soll gemäß dem Verursacherprinzip auch derjenige zur Entsorgung herangezogen werden, der den Abfall hat entstehen lassen, selbst wenn er kein Besitzer mehr ist.²³ Dabei ist der Erzeugerbegriff als unbestimmter Rechtsbegriff stark wertungsabhängig:²⁴ Nach § 3 Abs. 5 KrW-/AbfG ist Erzeuger jede natürliche oder juristische Person, durch deren Tätigkeit Abfälle angefallen sind (Erst-Erzeuger²⁵), oder jede Person, die Vorbehandlungen, Mischungen oder sonstige Behandlungen vorgenommen hat, die eine Veränderung der Natur oder Zusammensetzung dieser Abfälle bewirken (Zweit-, Dritt-Erzeuger etc.).

Im Rahmen der für den Bereich der Bauabfälle relevanten ersten Alternative dieser Definition fällt ein Abfall zu dem Zeitpunkt an, in dem die Merkmale des Abfallbegriffs (§ 3 Abs. 1 bis 4 KrW-/AbfG)

5 Kropp, in: Fluck, KrW-/Abf-/BodSchR, § 1 NachwV Rn. 75 (Stand: 12/2007).

6 Vgl. BVerwG, Urt. v. 8.5.2003 – 7 C 15/02, NVwZ 2003, 1252 m.w.N.

7 Breuer, in: Jarass/Ruchay/Weidemann, KrW-/AbfG, § 3 Rn. 138 (Stand: 8/2000); Frenz, KrW-/AbfG, 3. Aufl. 2002, § 3 Rn. 88; Kunig, in: Kunig/Paetow/Versteyl, KrW-/AbfG, 2. Aufl. 2003, § 3 Rn. 57; v. Lersner, in: v. Lersner/Wendenburg/Versteyl, Recht der Abfallbeseitigung, § 1 KrW-/AbfG Rn. 45 (Stand: 5/2007); kritisch Fluck, in: Fluck, KrW-/Abf-/BodSchR, § 3 KrW-/AbfG, Rn. 309 ff. (Stand: 1995); Reese/Schütte, ZUR 1999, 136, 137; Müggenborg, NVwZ 1998, 1121, 1125 f.

8 BVerwG, Urt. v. 19.1.1989 – 7 C 82/87, NJW 1989, 1295; Beschl. v. 20.7.1988 – 7 B 9/88, NVwZ 1988, 1021; Urt. v. 11.2.1983 – 7 C 45/80, NVwZ 1984, 40.

9 BVerwG, Urt. v. 8.5.2003 – 7 C 15/02, NVwZ 2003, 1252; Urt. v. 11.12.1997 – 7 C 58/96, NJW 1998, 1004 ff.

10 Vgl. EuGH, Urt. v. 7.9.2004, Rs. C-1/03 (van der Walle), Slg. 2004, I-7613, Rn. 55.

11 Enders, AbfallR 2008, 56, 58; ders., NVwZ 2005, 381, 383. Juristische Personen üben ihren Besitz durch ihre Organe aus.

12 Breuer (Fn. 7), Rn. 143; Fluck (Fn. 7), Rn. 315; v. Lersner (Fn. 7), Rn. 46, 48; Reese/Schütte, ZUR 1999, 136, 137; Klett/Enders, BB 1996, 2003, 2005; Enders, AbfallR 2008, 56, 58; ders., NVwZ 2005, 381, 383.

13 OLG Naumburg, Urt. v. 22.6.2000 – 7 U (Hs) 64/99, NVwZ 2002, 251, 253; Breuer (Fn. 7), Rn. 141; Fluck (Fn. 7), Rn. 313; v. Lersner (Fn. 7), Rn. 46.

14 VG Arnberg, Urt. v. 19.4.2010 – 14 K 2368/09, Rn. 28; Breuer (Fn. 7), Rn. 129; Frenz (Fn. 7), Rn. 72; Enders, AbfallR 2008, 56, 57; ders., NVwZ 2005, 381; Müggenborg, NVwZ 1998, 1121, 1124; Klett/Enders, BB 1996, 2003, 2005; vgl. auch Reese/Schütte, ZUR 1999, 136, 137.

15 EuGH, Urt. v. 7.9.2004, Rs. C-1/03 (van der Walle), Slg. 2004, I-7613, Rn. 59, 61.

16 EuGH, Urt. v. 24.6.2008, Rs. C-188/07 (Commune de Mesquer), Slg. 2008, I-4501, Rn. 74.

17 Breuer (Fn. 7), Rn. 125; Frenz (Fn. 7), Rn. 86.

18 BVerwG, Urt. v. 28.6.2007 – 7 C 5.07, Rn. 15 ff., NVwZ 2007, 1185, 1186.

19 VG Ansbach, Urt. v. 22.6.2006 – AN 11 K 06.00144 und AN 11 K 05.01428, AbfallR 2006, 240 (Ls.); v. Lersner (Fn. 7), Rn. 46; Klett/Enders, BB 1996, 2003, 2004.

20 Reese/Schütte, ZUR 1999, 136, 138.

21 VG Ansbach, Urt. v. 22.6.2006 – AN 11 K 06.00144 und AN 11 K 05.01428, AbfallR 2006, 240 (Ls.); Kunig (Fn. 7), Rn. 58; v. Lersner (Fn. 7), Rn. 44; Klett/Enders, BB 1996, 2003, 2004.

22 Vgl. OLG Naumburg, Urt. v. 22.6.2000 – 7 U (Hs) 64/99, NVwZ 2002, 251, 253.

23 VG Arnberg, Urt. v. 19.4.2010 – 14 K 2368/09, Rn. 30 ff.; Reese/Schütte, ZUR 1999, 136.

24 Frenz (Fn. 7), Rn. 73.

25 Vom »Ersterzeuger« spricht auch Art. 1 Nr. 5 der Richtlinie 2008/98/EG über Abfälle vom 19.11.2008, ABl. L 312 S. 3, ber. ABl. 2009 L 127 S. 24.

erstmalig erfüllt sind.²⁶ Dazu bedarf es einer bestimmten Tätigkeit der Person, d.h. einer in der Außenwelt in Erscheinung tretenden Handlung.²⁷ Erforderlich ist ein willentlich gesteuertes Verhalten, das auch in einem Unterlassen bestehen kann und nicht von dem Vorsatz, Abfall entstehen zu lassen, getragen sein muss.²⁸ Soweit sich jemand einer Sache objektiv entledigt (§ 3 Abs. 2), manifestiert sich der Entledigungswille zwar in der Entledigungshandlung. Allerdings liegt ein erkennbarer oder fiktiver Entledigungswille (§ 3 Abs. 3) regelmäßig schon vor der eigentlichen Entledigungshandlung vor. Insoweit ist Erzeuger derjenige, der den Abfall als unbeabsichtigtes Nebenerzeugnis einer auf dessen Anfall nicht gerichteten Handlung i.S.v. § 3 Abs. 3 Nr. 1 entstehen lässt oder der eine Sache durch Entwidmung i.S.v. § 3 Abs. 3 Nr. 2 zu Abfall macht.²⁹ Im Falle des Entledigungszwangs (§ 3 Abs. 4) fällt der Abfall durch ein Handeln oder Unterlassen des Besitzers einer Sache an, welches ihn dazu zwingt, sich der Sache als Abfall zu entledigen.

Dabei ist erstens zu beachten, dass der deutsche Abfallbegriff – noch – auf bewegliche Sachen beschränkt ist, so dass ein zum Abriss bestimmtes Gebäude erst durch den Abriss und ein nicht ausgehobener verunreinigter Boden erst durch das Ausbaggern zum Abfall wird (sog. Spatenprinzip).³⁰ Zweitens reicht für die den Anfall verursachende Tätigkeit nicht jedes Handeln oder Unterlassen aus, das in irgendeiner Art und Weise ursächlich für die Abfallentstehung ist. Ansonsten wäre auch der Produzent einer Ware, die später einmal entsorgt werden muss, Abfallerzeuger. Dies widerspricht jedoch der Konzeption des KrW-/AbfG, weil den Produzenten zwar eine Produktverantwortung (§§ 22 ff.), jedoch – mit Ausnahme des § 26 – keine Entsorgungspflicht trifft.³¹ Andererseits erfasst § 3 Abs. 5 nicht nur solche Tätigkeiten, die durch direkte Einwirkung auf eine Sache unmittelbar zum Anfall des Abfalls führen.³² Vielmehr kann auch derjenige als Erzeuger angesehen werden, der durch sein Handeln oder Unterlassen den späteren Anfall des Abfalls bewirkt, dem also der Abfall bei wertender Betrachtung unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung zuzurechnen ist. Beruht beispielsweise das Austreten von Kraftstoffen aus dem Tank einer Tankstelle auf dem schlechten Zustand der Tanks und das Austreten der Kraftstoffe auf einem Verstoß des die Tankstelle beliefernden Mineralölunternehmens gegen seine vertraglichen Verpflichtungen oder auf sonstigen ihm zurechenbaren Umständen, kann nach der Rechtsprechung des EuGH auch das Mineralölunternehmen als Erzeuger des Abfalls betrachtet werden.³³ Bei einem Ölunfall auf See soll nach Ansicht des Gerichtshofes auch derjenige, der das Erdöl an den Endempfänger verkauft und hierfür das Schiff gechartert und befrachtet hat, als Erzeuger und früherer Besitzer der Abfälle angesehen werden können, wenn er zu der Gefahr einer Verschmutzung, wie sie durch die Havarie eingetreten ist, beigetragen hat, etwa weil er es versäumt hat, Maßnahmen zur Verhütung eines solchen Ereignisses (z.B. durch die Auswahl des Schiffes) zu treffen.³⁴ Anders liegt der Fall, wenn die Entstehung des Abfalls auf einem Umstand beruht, der zwar kausal für die Abfallentstehung war, aber letztlich dem »Verursacher« nicht zuzurechnen ist. Wird etwa ein durch den Betrieb einer defekten Anlage ausgelöstes Feuer von der Feuerwehr mit chemisch belastetem Löschwasser gelöscht, ist der Betrieb der Anlage zwar ursächlich für den Anfall des Löschwassers; der Anlagenbetreiber ist insoweit aber kein Abfallerzeuger, weil ihm die Entstehung des Abfalls nicht zuzurechnen ist.³⁵

Zu der Frage, wer für die im Bauwesen anfallenden Abfälle aus dem Bereich des Auftraggebers als Abfallerzeuger anzusehen ist, gibt es bisher keine einhellige Auffassung. Klar ist nur, dass die den eigentlichen Abfallanfall bewirkenden Mitarbeiter des Bau- oder Abrissunternehmens als Abfallerzeuger ausscheiden. Denn sie handeln lediglich im Auftrag ihres Dienstherrn und weisungsgebunden. Ihnen eine abfallrechtliche Erzeugerhaftung aufzuer-

legen, widerspräche dem dieser Haftung zugrunde liegenden Verursacherprinzip.³⁶

I. Auftragnehmer als Erzeuger

V. Lersner sieht den Auftragnehmer als Abfallerzeuger an. Auch wenn beispielsweise im Falle eines Hausabbruchs der Bauherr Besitzer der dabei entstehenden Abfälle bleibe, könne man dem beauftragten Unternehmen diesbezüglich die Erzeugereigenschaft nicht absprechen, gerade weil das Gesetz zwischen Besitzer und Erzeuger unterscheidet.³⁷

Der Abfallrechtsausschuss (ARA) der Länderarbeitsgemeinschaft Abfall (LAGA)³⁸ stuft ebenfalls die unmittelbar handelnde juristische oder natürliche Person, also den Bau- und Abbruchunternehmer, als Abfallerzeuger ein. Dies folge sowohl aus der Formulierung des § 3 Abs. 5 KrW-/AbfG, die das Erzeugen von Abfall an die konkrete »Tätigkeit« im Sinne eines tatsächlichen Umgangs mit einer Sache knüpfe, als auch aus dem systematischen und inhaltlichen Zusammenhang des Erzeugerbegriffs mit dem Abfallbegriff, der auf die Entledigung durch den Besitzer abstelle. Der Auftragnehmer sei nur ausnahmsweise nicht Erzeuger, wenn er durch eine vertragliche Regelung der Abfallentstehung und -entsorgung und ggf. durch die tatsächliche Vertragserfüllung in besonderer Weise gebunden und detailliert der Weisungsgewalt des Auftraggebers unterworfen sei.

Auch Reese/Schütte³⁹ wollen die Erzeugerstellung vom Organisationsbereich und von der Verfügungsgewalt über den Abfall abhängig machen. Danach sei im Verhältnis von Auftraggeber und Auftragnehmer demjenigen die Entsorgungsverantwortung zu geben, der den größten Verursachungsanteil an der Abfallentstehung trage, der am besten die Vermeidung der Abfälle fördern könne und der organisatorisch am besten in der Lage sei, die Abfälle tatsächlich sicher einer Verwertung oder Beseitigung zuzuführen. Das Grundstückseigentum bilde dabei (nur) ein Indiz für den Besitz an den darauf befindlichen Abfällen. Demgegenüber könne sich der Besitz des Bauunternehmers z.B. daraus ergeben, dass er die Abfälle in eigenen Containern sammle und dadurch zum Ausdruck bringe, dass er über ihren Verbleib bestimmen solle.

Frenz⁴⁰ räumt ein, dass ein Hauseigentümer zwar zunächst durch die Erteilung des Auftrages zum Abriss die Entscheidung darüber treffe, dass Abfall entstehen solle. Aus dieser Perspektive sei der Auftraggeber als derjenige anzusehen, der sich einer Sache entledige. Letztlich werde aber der Entledigungsvorgang dadurch geprägt, inwieweit der Auftraggeber Weisungen erteile. Nur in diesem Umfang habe er die Tätigkeitsherrschaft, andernfalls habe sie

26 VG Arnsberg, Urt. v. 19.4.2010 – 14 K 2368/09, Rn. 23; Breuer (Fn. 7), Rn. 129; Fluck (Fn. 7), Rn. 274; Frenz (Fn. 7), Rn. 72; Kunig (Fn. 7), Rn. 55; v. Lersner (Fn. 7), Rn. 40; Müggenborg, NVwZ 1998, 1121, 1123.

27 VG Arnsberg, Urt. v. 19.4.2010 – 14 K 2368/09, Rn. 21; Breuer (Fn. 7), Rn. 130.

28 v. Lersner (Fn. 7), Rn. 39; Müggenborg, NVwZ 1998, 1121, 1124; siehe auch EuGH, Urt. v. 7.9.2004, Rs. C-1/03 (van der Walle), Slg. 2004, I-7613, Rn. 51 f.

29 Reese/Schütte, ZUR 1999, 136, 138; siehe auch Müggenborg, NVwZ 1998, 1121, 1123 f.

30 BVerwG, Beschl. v. 21.12.1998 – B 211.98, NVwZ 1999, 421; BGH, Urt. v. 4.7.1991 – 4 StR 179/91, NJW 1992, 122, 123.

31 Fluck (Fn. 7), Rn. 268; Enders, NVwZ 2005, 381, 382; Reese/Schütte, ZUR 1999, 136, 138.

32 So aber Reese/Schütte, ZUR 1999, 136, 138.

33 EuGH, Urt. v. 7.9.2004, Rs. C-1/03 (van der Walle), Slg. 2004, I-7613, Rn. 60 f.

34 EuGH, Urt. v. 24.6.2008, Rs. C-188/07 (Commune de Mesquer), Slg. 2008, I-4501, Rn. 78, 89.

35 VG Arnsberg, Urt. v. 19.4.2010 – 14 K 2368/09, Rn. 55.

36 Reese/Schütte, ZUR 1999, 136, 137; Klett/Enders, BB 1996, 2003, 2005.

37 V. Lersner (Fn. 7), Rn. 40.

38 ARA, Sondersitzung am 9./10.6.1998, TOP 1, und 98. Sitzung am 22./23.6.2010, TOP 5.2.

39 Reese/Schütte, ZUR 1999, 136, 139.

40 Frenz (Fn. 7), Rn. 74 ff.; ders., ZUR 2005, 57, 59.

der Unternehmer. Soweit danach der Unternehmer als Erzeuger anzusehen sei, könne er auch einen Subunternehmer einschalten, ohne dass dieser zum Erzeuger werde. Denn der Subunternehmer handele nach den Vorgaben des Hauptunternehmers.

II. Auftraggeber als Erzeuger

Die überwiegende Auffassung sieht hingegen grundsätzlich den Auftraggeber als Abfallersterzeuger an. Klett/Enders⁴¹ begründen dies mit der untrennbaren Verknüpfung des Erstbesitzes und der Stellung als Ersterzeuger. Der Bauherr sei als Grundstückseigentümer und -besitzer zugleich der Besitzer der auf dem Grundstück anfallenden Abfälle, so dass er zwingend auch als Abfallerzeuger anzusehen sei. Dabei will Enders⁴² eine Ausnahme zu Lasten des beauftragten Unternehmens nur dann zulassen, wenn ihm die vom Bauherrn erteilte Erlaubnis zur auftragsgemäßen Benutzung des Grundstücks nach der Verkehrsanschauung einen uneingeschränkt umfassenden Herrschaftsbereich vermittele, der zugleich die tatsächliche Gewalt über die dort anfallenden Materialien beinhalte. Dann könne freilich nur der Hauptunternehmer, dem diese Sachherrschaft eingeräumt wurde, und nicht ein von ihm beauftragtes Subunternehmen als Ersterzeuger angesehen werden. Ein Beispiel für einen solchen Fall sehen Fink/Fluck⁴³ in der Erstellung eines Neubaus beim Kauf vom Bauträger, wo das oder die Bauunternehmen während der Bauerstellung Besitz an der Anlage hätten. Ansonsten sei der Eigentümer und Besitzer von baulichen oder sonstigen Anlagen stets als Erzeuger anzusehen, auch wenn die Abfälle durch die Tätigkeit von ihm beauftragter Unternehmen in diesen Anlagen anfallen würden. Dies gelte auch für den Abriss von Anlagen.

Klett/Enders⁴⁴ verweisen zudem darauf, dass die Tätigkeit des Bauunternehmers ausschließlich im Auftrag bzw. nach Weisung des Bauherrn erfolge, was ebenfalls für dessen Erzeugerstellung spreche. Auch Versteyl⁴⁵ sieht denjenigen, der durch sein Handeln oder Beauftragen (etwa als Eigentümer den Hausabriss) im Sinne einer *Conditio-sine-qua-non*-Voraussetzung den Abfall schafft, als Ersterzeuger an. Beckmann/Kersting⁴⁶ führen hierzu aus, der Handwerker, der beispielsweise im Auftrag des Wohnungsinhabers ein Waschbecken demontiere, sei als Besitzdiener kein Abfallerzeuger. Er würde zwar bei wortgetreuer Auslegung nach § 3 Abs. 5 KrW-/AbfG als Erzeuger gelten, so dass ihn auch die Verwertungs- und Beseitigungspflichten treffen würden. Dieses Ergebnis stehe aber mit Sinn und Zweck der Regelung nicht in Einklang. Eine Einbeziehung von auftrags- und weisungsabhängigen Personen in den Abfallerzeugerbegriff und die dadurch begründete Verantwortlichkeit laufe der Zielrichtung des Verursachergedenkens zuwider. Wegen ihrer Weisungsgebundenheit hätten diese Personen den Abfallanfall nicht verursacht. Versmann⁴⁷ sieht dies genau so und führt aus, dass es – wie in anderen Rechtsbereichen – nicht allein darauf ankomme, wer die Tätigkeit körperlich ausführe, sondern auch, wem sie wirtschaftlich und sozial zuzurechnen sei. Stoffe, deren gezielte Erzeugung Gegenstand des Auftrags des Bauherrn an das bauausführende Unternehmen seien (wie z.B. Abbruchmassen oder Böden), würden lediglich aus der Sicht des Bauherrn anfallen, ohne dass die Zweckbestimmung der Maßnahme darauf gerichtet sei. Der Bauherr wolle ein neues Haus (Zweckbestimmung seiner Bautätigkeit). Ziel seiner Maßnahme sei nicht die Erzeugung von Abbruchmaterial oder der Aushub von Boden. Daher sei der Bauherr bei Abbruchmaßnahmen für die Abbruchmassen, bei Tiefbauarbeiten für den Bodenaushub und bei Demontearbeiten für die dabei anfallenden Massen als Abfallerzeuger anzusehen. Enders⁴⁸ hält dieses Ergebnis auch für sachgerecht: Denn der Bauherr, der durch seinen Auftrag das Entstehen von Abfällen auf dem eigenen Grundstück bewirke, sei in aller Regel auch derjenige, der am besten, nämlich im Rahmen der vertraglichen Auftragsvergabe,

die Vermeidung bzw. Verringerung der Abfälle steuern bzw. dem Auftragnehmer verbindlich vorgeben könne, wo und wie die anfallenden Abfälle zu entsorgen seien. Dabei komme es nicht darauf an, ob er dies tatsächlich auch tue. Insoweit könne sich der Bauherr seiner abfallrechtlichen Verantwortlichkeit nicht durch vertragliche Vereinbarungen mit dem beauftragten Unternehmen entziehen.

Für die (elektronische) Nachweisführung über die Entsorgung von gefährlichen Abfällen aus dem Baubereich bedeutet dies, dass nachweis- und damit auch registerpflichtig derjenige ist, der die Baumaßnahme oder die Sanierung einer Altlast »steuert«, also der Bauherr als Auftraggeber.⁴⁹ Rüdiger⁵⁰ meint zwar, man könne in Einzelfällen auch dem beauftragten Unternehmen eine Erzeugereigenschaft nicht absprechen, aber nur dann, wenn dies vertraglich so bestimmt sei und der Bauherr zulässigerweise seine abfallrechtliche Verantwortung so übertragen habe, dass der Auftragnehmer völlig selbständig und ohne Weisungen durch den Auftraggeber die Entsorgung durchführen könne. Das sei aber nur in Ausnahmefällen gegeben, denn die Tätigkeit des Bauunternehmens und/oder eines eingeschalteten Sachverständigen, der die Baumaßnahmen überwache, oder des Dienstleisters (z.B. bei der Asbestentsorgung) sei regelmäßig durch den Auftrag »geprägt« und unterliege damit zumindest der allgemeinen Weisungsbefugnis des Auftraggebers. Bei wertender Betrachtung sei deshalb im Regelfall davon auszugehen, dass der Auftraggeber die Tätigkeit, bei der Abfall entstehe, steuere und damit auch den Abfallanfall bewirke. Auch die LAGA⁵¹ geht hiervon aus. Im Hinblick darauf, dass im Nachweisverfahren gemäß § 1 Nr. 1 NachwV nicht nur der Erzeuger (i.S.v. § 3 Abs. 5 KrW-/AbfG) sondern auch der Besitzer (i.S.v. § 3 Abs. 6 KrW-/AbfG) »Abfallerzeuger« ist, wird ausgeführt, soweit ein Dienstleistungsunternehmen Besitzer der bei seiner Tätigkeit anfallenden Abfälle werde, habe es die gleichen Pflichten zur Nachweisführung wie sein Auftraggeber als Abfallerzeuger. Damit wird einerseits anerkannt, dass der Auftraggeber als Erzeuger anzusehen ist. Andererseits wird eine Nachweisführung durch den Auftragnehmer nur dann zugelassen, wenn dieser zugleich Besitzer der Abfälle wird.

Verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung gibt es zu der Thematik nur wenig. Das OVG Berlin-Brandenburg⁵² hat es ausdrücklich offen gelassen, ob die den Abfallanfall verursachenden Bau- und Abbrucharbeiten bei Einschaltung von Bau- oder gar Subunternehmen dem unmittelbar Ausführenden oder seinen Auftraggebern bis hin zum Bauherrn abfallrechtlich zuzurechnen sind. Das VG Ansbach⁵³ hat unter Bezugnahme auf Klett/Enders den Bauherrn als Abfall(erst)erzeuger angesehen. In einem neueren Urteil des VG Arnberg⁵⁴ wird ausgeführt, dass eine Abrissfirma selbst nicht Abfallerzeugerin sei, weil sie lediglich weisungsgemäß im Auftrag

41 Klett/Enders, BB 1996, 2003, 2004 ff.; zustimmend Kropp, UPR 2003, 285.

42 Enders, NVwZ 2005, 381, 383.

43 Fink/Fluck, in: Fluck, KrW-/Abf-/BodSchR, § 1 NachwV a.F., Rn. 34 (Stand: 10/1997).

44 Klett/Enders, BB 1996, 2003, 2004 ff.; zustimmend Kropp, UPR 2003, 285 f.

45 Versteyl, NVwZ 2007, 1150, 1151.

46 Beckmann/Kersting, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Bd. III, § 3 KrW-/AbfG Rn. 80 f. (Stand: 10/1997).

47 Versmann, Abfallvermeidung und Abfallentsorgung in der Bauwirtschaft – Verantwortlichkeiten und Rechtspflichten, 4.1.1.2 und 4.1.1.3, UB Media, Abfallrecht, Praxisbeiträge (Stand: 8/2000).

48 Enders, AbfallR 2008, 56, 57; ders., NVwZ 2005, 381, 383.

49 Kropp (Fn. 5), Rn. 84.

50 Rüdiger, in: v. Lersner/Wendenburg/Versteyl, Recht der Abfallbeseitigung, § 1 NachwV Rn. 11 (Stand: 8/2008); ders., Nachweisverordnung, § 1 Rn. 11.

51 LAGA, Vollzugshilfe zum abfallrechtlichen Nachweisverfahren, Stand: 30.9.2009, Rn. 70-72.

52 OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 23.11.2006 – OVG 11 B 5.05, ZUR 2007, 149.

53 VG Ansbach, Urt. v. 22.6.2006 – AN 11 K 06.00144 und AN 11 K 05.01428, AbfallR 2006, 240 (Ls.).

54 VG Arnberg, Urt. v. 7.12.2009 – 14 K 868/09, AbfallR 2010, 110 (Ls.).

handele. Auftrags- und weisungsabhängige Personen in den Abfallerzeugerbegriff einzubeziehen, widerspreche dem Verursacherprinzip; wegen ihrer Weisungsgebundenheit hätten diese Personen den Abfallanfall nicht verursacht. Die Arbeiten der Abrissfirma seien mithin aus abfallrechtlicher Sicht Maßnahmen des Auftraggebers, der sich dieses Unternehmens gleichsam als »verlängerter Arm« bediene.

III. Bewertung

Die Begriffsbestimmung des Abfallerzeugers stellt allein auf die Tätigkeit ab, durch die Abfall anfällt. Die Frage, wer die Art und Weise der Lagerung, Abfuhr und Entsorgung des Abfalls vorgibt oder festlegt, ist zwar für den Begriff des Besitzers von Bedeutung (tatsächliche Sachherrschaft), spielt aber für den Abfallbegriff und damit auch für die Erzeugerdefinition keine Rolle. Denn das Zuführen der Abfälle zu einer Entsorgung spielt allein bei der Entledigung (§ 3 Abs. 2 KrW-/AbfG) eine Rolle. Bauabfälle entstehen aber nicht erst durch die Entledigungshandlung, sondern bereits vorher, z.B. durch den Gebäudeabriss oder Bodenaushub. Hierin manifestiert sich bereits der Entledigungswille (§ 3 Abs. 2 KrW-/AbfG). Würde ein Bauherr zwei verschiedene Unternehmen beauftragen, das eine mit dem Abriss eines Gebäudes und das andere mit der Containerstellung, dem Abtransport und der Entsorgung des Bauschuttes in eigener Verantwortung, müsste ansonsten das zweite Unternehmen als Erzeuger eingestuft werden, obgleich es mit der eigentlichen Abfallentstehung gar nichts zu tun hat.⁵⁵ Auch wäre nicht zu erklären, weshalb der private Haushalt, der seine Abfälle dem öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger in von diesem bereit gestellten Mülltonnen überlässt (§ 13 Abs. 1 Satz 1 KrW-/AbfG) und auf die eigentliche Entsorgung keinerlei Einfluss hat (vgl. § 15 Abs. 1 KrW-/AbfG), dennoch als Erzeuger angesehen wird. Wer die Verfügungs- oder Weisungsgewalt bezüglich der Entsorgung innehat, kann folglich keine Rolle spielen. Alles andere würde zu willkürlichen Ergebnissen führen, weil dann der öffentlich-rechtliche Begriff des Erzeugers, an den zahlreiche Rechtspflichten geknüpft sind, von der inhaltlichen Ausgestaltung von privatrechtlichen Verträgen abhinge.

Im Übrigen kann sich der Auftraggeber gar nicht völlig von jeglicher Einflussnahme auf die Entsorgung freizeichnen. Denn er ist beispielsweise nach dem Gefahrstoffrecht zur Informationsermittlung für die Gefährdungsbeurteilung verpflichtet. Insbesondere für Arbeiten in kontaminierten Liegenschaften, Grundstücken und baulichen Anlagen ist der Auftraggeber (Bauherr) nach den Nrn. 2.5, 3.1, 3.2 und 4 der Technischen Regeln für Gefahrstoffe (TRGS 524) zur Erkundung und Beschreibung eventueller Gefahrstoffe verpflichtet. Dies bildet zugleich die wesentliche Grundlage für die richtige Deklaration und ordnungsgemäße Entsorgung der Abfälle.

Maßgeblich für die Erzeugerstellung ist letztlich allein die Tätigkeit, durch welche die Merkmale des Abfallbegriffs erstmals erfüllt werden. Dabei kommt es nicht auf den tatsächlichen Abriss eines Gebäudes oder den Aushub von Erdreich durch die Mitarbeiter des Bau- oder Abbruchunternehmens an. Denn diese handeln nur im Auftrag bzw. nach Weisung ihres Dienstherrn. Aber auch der Bau- oder Abbruchunternehmer führt lediglich einen Auftrag des Bauherrn aus, so dass bei wertender Betrachtung letztlich dieser den Abfallanfall bewirkt. Denn der Bauherr trifft die Entscheidung, dass das Gebäude abgerissen oder Boden ausgehoben werden soll. Damit entscheidet er, dass Abfall entstehen soll. Dies gilt unabhängig davon, ob die Bauabfälle lose auf dem Grundstück angehäuft oder in einem Container gesammelt werden. Die gegenteilige Auffassung von Reese/Schütte kommt zu willkürlichen Ergebnissen, weil die abfallrechtliche Verantwortung als Erzeuger im Zweifel von der Art der Baustelleneinrichtung bzw. der Verfügbarkeit ei-

nes Containers zum Zeitpunkt des Abfallanfalls abhängen würde. Wird der Container nicht vom Bauunternehmer, sondern von einem Containerdienst gestellt, müsste gar dieser als Erzeuger angesehen werden, obwohl er mit dem Abfallanfall gar nichts zu tun hat. Im Übrigen fallen die Abfälle, selbst wenn sie in einem Container gesammelt werden, auf dem Grundstück des Bauherrn, also in seinem Herrschaftsbereich an. Hierin unterscheiden sich die Bau- und Abbruchfälle von den Dienstleistungs- und Reparaturfällen, bei denen die hierdurch verursachten Abfälle im Organisations- und Herrschaftsbereich des Auftragnehmers entstehen (z.B. in einer Schreinerei oder Werkstatt).⁵⁶

Künftig ist der Zeitpunkt des Anfalls von Abfällen noch weiter vorverlagert: In Art. 1 § 3 Abs. 1 des Referentenentwurfs des Bundesumweltministeriums vom 6.8.2010 für ein Gesetz zur Neuordnung des Kreislaufwirtschafts- und Abfallrechts wird die Beschränkung des Abfallbegriffs auf bewegliche Sachen in Umsetzung von Art. 3 Nr. 1 der Richtlinie 2008/98/EG über Abfälle aufgegeben. Danach wird ein zum Abriss bestimmtes Gebäude nicht erst durch den Abriss und ein zum Aushub bestimmter Boden nicht erst durch das Ausbaggern zum Abfall. Auch wenn das Abfallrecht auf solche unbeweglichen Gegenstände nach Art. 1 § 2 Abs. 2 Nr. 10 des Entwurfs keine Anwendung findet, ändert dies nichts daran, dass es sich um Abfälle handelt. Soweit es aufgrund eines unabsichtlichen Austretens von Kraftstoffen aus einer Tankstelle zu einer Kontamination des Erdreichs kommt und insoweit eine Entsorgungsverpflichtung (vgl. Art. 1 § 3 Abs. 4 des Entwurfs) besteht, wird das Erdreich bereits dadurch zu Abfall.⁵⁷ Insoweit erlangt der Boden seine Abfalleigenschaft nicht originär, sondern derivativ, nämlich dadurch, dass er sich mit einer zuvor als Abfall eingestuften Sache (austretende Kraftstoffe) vermischt bzw. »infiziert« und eine isolierte Entsorgung dieser Sache nicht möglich ist.⁵⁸ Entscheidend ist, dass die Kontaminierung durch Stoffe erfolgt, die ihrerseits bereits als Abfälle einzustufen sind. Durch asbesthaltige Baustoffe belastete Gebäude oder durch Luftschadstoffe kontaminierte Flächen fallen danach nicht ohne weiteres unter den Abfallbegriff.⁵⁹ Allerdings beinhaltet die Entscheidung des Grundstückseigentümers bzw. -besitzers, einen verunreinigten Boden auszuheben oder ein altes Gebäude abzureißen (egal ob aus bau-, bodenschutz-, immissionsschutz-, naturschutz-, gewässerschutzrechtlichen oder anderen Gründen) und den Boden oder Bauschutt abfahren und entsorgen zu lassen,⁶⁰ den die Abfalleigenschaft begründenden Entledigungswillen. Dieser manifestiert sich zumindest in der Auftragsvergabe. Soweit sich dann im Rahmen der Auftragserfüllung die Natur und/oder Zusammensetzung des Abfalls ändert,⁶¹ etwa indem bei einem selektiven Rückbau eines Gebäudes bestimmte Abfallarten separiert werden (z.B. Altholz, Bauschutt), ist auch dies dem Auftraggeber zuzurechnen und nicht dem auftragsgemäß handelnden Bau- oder Abrissunternehmer. Folglich ist hier der Auftraggeber zugleich auch Zweiterzeuger.

⁵⁵ Die Erzeugereigenschaft eines Containerdienstes lehnt auch das *OVG Berlin-Brandenburg* ab, Urt. v. 23.11.2006 – OVG 11 B 5.05, ZUR 2007, 149.

⁵⁶ *Enders*, AbfallR 2008, 56, 58; *ders.*, NVwZ 2005, 381, 383; *Kropp*, UPR 2003, 285, 286.

⁵⁷ *EuGH*, Urt. v. 7.9.2004, Rs. C-1/03 (van der Walle), Slg. 2004, I-7613, Rn. 55 f.

⁵⁸ *Dieckmann*, AbfallR 2005, 171, 173; *Murswiek*, JuS 2005, 361, 362.

⁵⁹ *Petersen/Lorenz*, NVwZ 2005, 257, 258.

⁶⁰ Zur In-situ-Behandlung (im Kontaminationskörper) oder On-site-Behandlung (mit Auskoffierung und Wiedereinfüllung nach Sanierung) siehe *Versteyl*, NVwZ 2004, 1297, 1300.

⁶¹ Veränderungen der »Natur« beziehen sich auf die chemische bzw. physikalische Beschaffenheit des Abfalls, Veränderungen der »Zusammensetzung« auf den Inhalt und die anteilmäßige Zusammensetzung des Abfalls; vgl. *Breuer* (Fn. 7), Rn. 133; *Fluck*, in: *Fluck* (Fn. 7), Rn. 290; *Kunig* (Fn. 7), Rn. 56.

D. Ergebnis

Bau- und Abbruchabfälle, die durch bauliche Tätigkeiten aus dem Grundstück des Auftraggebers bzw. den darauf befindlichen Gebäuden oder Gegenständen entstehen (Straßenabruch, Bodenaushub, Bauschutt etc.), sind generell dem Verantwortungsbereich des Auftraggebers zuzurechnen, und zwar unabhängig davon, ob er dem Auftragnehmer Vorgaben zur Lagerung, Abfuhr und Entsorgung der Abfälle macht. Die abfallrechtlichen Pflichten treffen immer den Auftraggeber als Ersterzeuger und Erstbesitzer.

Dies gilt auch für die Nachweis- und Registerpflicht bei gefährlichen Abfällen. Folglich muss grundsätzlich der Auftraggeber im elektronischen Formblatt »Verantwortliche Erklärung (VE)« und in den Begleitscheinen als Abfallerzeuger eingetragen werden. Nur dadurch ist sichergestellt, dass gefährliche Abfälle nach ihrer tatsächlichen Anfallstelle und ihrem tatsächlichen Verursacher erfasst und kontrolliert werden können. Vertraglich kann allerdings vereinbart werden, dass der Auftragnehmer die Erklärungen im Rahmen einer Dienstleistung für den Auftraggeber vorbereitet oder sogar die VE mit entsprechender Vollmacht signiert (§ 3 Abs. 4 NachwV). Dabei wird die Auffassung vertreten, alternativ könne auch derjenige zur Nachweisführung in der Rolle des Abfallerzeugers (i.S.v. § 1 Abs. 1 Nr. 1 NachwV) verpflichtet sein, der die Abfälle als neuer Besitzer abtransportiert (bei Komplettauftrag der Bauunternehmer, ansonsten der Beförderer).⁶² Dies erscheint jedoch zweifelhaft. Normadressat der in § 3 Abs. 1 NachwV geregelten Pflicht zur Führung eines Entsorgungsnachweises ist der Abfallerzeuger. Zwar ist »Abfallerzeuger« i.S.d. NachwV auch der Besitzer von Abfällen. Da aber die Regelungen zur Nachweisführung klar zwischen dem Abfallerzeuger und dem Abfallbeförderer unterscheiden (vgl. etwa § 6 Abs. 3, § 11 Abs. 2 NachwV), kann der Beförderer nicht zugleich Adressat der den Abfallerzeuger treffenden Nachweispflicht sein. Erfasst wird nur derjenige Besitzer, der seinen Besitz bereits vor dem Transport bzw. vor der Entsorgung erlangt, also der Erstbesitzer (= Ersterzeuger) oder ein Zweitbesitzer wie etwa der Insolvenzverwalter, der mit der Erlangung des Besitzes über in der Insolvenzmasse befindliche Abfälle entsorgungspflichtig wird, obwohl er nicht Erzeuger der Abfälle ist.⁶³ Auch Auftragnehmer, die eigenverantwortlich die Abfuhr und Entsorgung der Abfälle organisieren, haben bereits vor dem Abtransport den Abfallbesitz (oben B.). Sie können deshalb im Nachweisverfahren selbst als Abfallerzeuger auftreten (anstelle des Auftraggebers). Wenn auf einer Baustelle kleinere Abfallmengen anfallen, reicht es im Übrigen aus, wenn diese auf der Grundlage eines Sammelentsorgungsnachweises des Auftragnehmers (§ 9 NachwV) abtransportiert und entsorgt werden.

Der Auftraggeber kann ansonsten seine abfallrechtlichen Verpflichtungen wie die Pflicht zur elektronischen Nachweis- und Registerführung nicht rechtswirksam in Verträgen auf den Auftragnehmer abwälzen. Vielmehr bleibt er in der Verantwortung, auch wenn er sich zur Pflichterfüllung eines Dritten, wie z.B. eines Bau- und Abbruchunternehmers, bedient (§ 16 Abs. 1 Satz 2 KrW-/AbfG). Verkennt oder ignoriert der Auftraggeber dies und kommt er fahrlässig oder vorsätzlich seiner Sorgfaltspflicht bei der Auswahl und Überwachung des Auftragnehmers (vgl. § 16 Abs. 1 Satz 3 KrW-/AbfG) nicht nach, hat er unter Umständen die aus Rechtsverstößen des Auftragnehmers erwachsenden Konsequenzen zu tragen.

Dr. Olaf Kropp

Justitiar und Prokurist der SAM – Sonderabfall-Management-Gesellschaft Rheinland-Pfalz mbH, Wilh.-Th.-Römheld-Straße 34, 55130 Mainz, E-Mail: olaf.kropp@sam-rlp.de; Leiter der Geschäftsstelle der Arbeitsgemeinschaft der Sonderabfall-Entsorgungs-Gesellschaften der Länder (AGS), c/o SAM.

Tätigkeitsschwerpunkte: Verwaltungs- und Umweltrecht, insbesondere Abfallrecht.

Aktuelle Veröffentlichungen: Noch Abfall oder schon Produkt? – Zum Ende der Abfalleigenschaft bei der stofflichen Verwertung, AbfallR 2010, 124 ff.; Die Energieeffizienzformel der neuen Abfallrichtlinie, ZUR 2009, 584 ff.; Die Anwendung der neuen Abfallrichtlinie auf tierische Nebenprodukte und Tierkörper, NuR 2009, 841 ff.; Zulässigkeit von Gebühren für die Begleitscheinbearbeitung, AbfallR 2009, 254 ff.; Exportbeschränkungen für Sekundärrohstoffe, AbfallR 2009, 7 ff.; Die Bedeutung von § 3a VwVfG für die abfallrechtliche Überwachung, NVwZ 2008, 1055 ff.; Umfang und Dauer der abfallrechtlichen Verantwortung des Abfallerzeugers und -besitzers, ZUR 2008, 401 ff.; Einstufung der Abfallvorbehandlung als Verwertung oder Beseitigung, AbfallR 2008, 162 ff.; Zuständigkeiten und Vorgehensweise bei der Kontrolle grenzüberschreitender Abfalltransporte, UPR 2008, 213 ff.

⁶² LAGA (Fn. 51), Rn. 70-72.

⁶³ Kaminski/Konzak, Das untergesetzliche Regelwerk zum KrW-/AbfG, 1997, § 1 NachwV Rn. 10.