

Disposal of Construction Waste – Public and Private Liability between Authority, Waste Producer and Disposal Companies

Andrea Versteyl

§ 22 of the Closed Substance Cycle and Waste Management Act (*Kreislaufwirtschaftsgesetz*) permits clients to hire specialised disposal companies as regards the disposal of construction waste, especially in case clients lack the expert knowledge needed. As a general rule, clients hiring such companies conserve their capacity as waste producers (*Abfallerzeuger*). Their liability lasts until construction waste has been disposed of safely. However, in particular cases, the disposal company may be legally qualified as waste producer, specifically in case it operates on its own responsibility and without instruction.

Such working relationships frequently happen to provoke legal disputes in terms of both administrative and civil proceedings.

As regards the drafting of civil law waste disposal contracts, individual responsibilities must be demarcated clearly in order to clarify the public law obligations. This entails in particular determination of the clients' authorities/disposal companies' autonomy as well as decisions of the specific disposal options and classification of the waste. Contract provisions on incorporation of subcontractors are recommended.

Die öffentlich-rechtliche und zivilrechtliche Haftung bei der Entsorgung von Bauabfällen im Verhältnis Behörde – Entsorgungspflichtiger – Entsorger

Andrea Versteyl

1.	Verantwortung und Haftung im Abfallrecht	50
1.1.	Entsorgungspflichtige nach dem KrWG	51
1.2.	Auslegung der Abfallerzeugereigenschaft durch die Rechtsprechung	51
1.3.	Drittbeauftragung und Reichweite der Erzeuger-/Besitzerhaftung (§ 22 KrWG)	52
1.3.1.	Andauernde Verantwortung (<i>Ewigkeitshaftung</i>).....	53
1.3.2.	Zuverlässigkeit des beauftragten Dritten (Auswahl- und Aufsichtspflicht)	53
1.4.	Rechtsfolgen bei nicht ordnungsgemäßer Entsorgung	54
2.	Möglichkeiten der Risikominimierung mit Vertragsrecht	55
2.1.	Vertragsverhältnis zwischen Auftraggeber und Entsorgungsunternehmen	55
2.1.1.	Vertragspflichten und Leistungsstörungen.....	55
2.1.2.	Vertragliche Zuordnung der Abfallerzeugereigenschaft.....	56
2.2.	Maßgaben für die Vertragsgestaltung	57
2.2.1.	Weisungsfreie Ausführung/Entscheidung über die Entsorgung	57
2.2.2.	Einstufung des Materials.....	58
2.2.3.	Auswahl des Entsorgungsweges.....	59
2.2.4.	Regelung über Mehrkosten.....	59
2.2.5.	Regelungen über die Einbeziehung von Subunternehmern.....	60
3.	Zusammenfassung	60

Im Rahmen einer Bau- bzw. Sanierungsmaßnahme fällt Bodenaushub an. Der Bauherr (Auftraggeber) beauftragt mit der *Dekontamination* der Baufläche ein Entsorgungsunternehmen (Entsorger). Auftraggeber und Entsorger legen durch Vertrag fest, auf welcher fachlichen Grundlage die Einstufung der Abfälle und die Festlegung des Entsorgungswegs zu erfolgen hat. Nicht selten wird dabei ein Passus aufgenommen, aus dem sich ergibt, dass der Auftragnehmer mit der Aufnahme seiner Tätigkeit zugleich Abfallerzeuger wird und die Pflichten des Bauherrn und Auftraggebers zur Verwertung

und Beseitigung der Bau- und Abbruchabfälle unter Beachtung der einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen sowie des Standes der Technik übernimmt. Wird die Entsorgung durch Einheitspreise abgegolten, dann kann es zwischen den Beteiligten darüber zum Streit kommen, wie Abfälle *richtig* einzustufen und zu entsorgen sind und wessen Einschätzung als abrechnungsrelevant zugrunde zu legen ist.

Ebenfalls einschlägig sind die Konstellationen nicht ordnungsgemäßer Entsorgungen von Bau-, Abbruch- und Bodenabfällen. Bundesweite Schlagzeilen hat der TechnoSan-Fall gemacht. Das Unternehmen betrieb bis zur Untersagung durch den Landkreis Abfallbehandlungs-/Entsorgungsanlagen, u.a. eine thermische Anlage. Kunde von TechnoSan waren u.a. die deutsche Automobilindustrie sowie bundesweit tätige Entsorgungsunternehmen und auch öffentlich-rechtliche Körperschaften. Dass am Standort weder die thermische Anlage betrieben noch sonst eine ordnungsgemäße Entsorgung stattfand, ist den Behörden erst nach Jahren aufgefallen; zum Zeitpunkt der Betriebs-einstellung 2012 und der anschließenden Insolvenz lagen auf dem Gelände Abfälle verteilt auf Hunderte von Haufwerken. Trotz umfangreicher Untersuchungen können diese Haufwerke bis heute den Anlieferern und Erzeugern, die auf ordnungsgemäße Entsorgung gerichtlich in Anspruch genommen werden, nicht eindeutig zugeordnet werden. Die Abfälle liegen teilweise weiter unbehandelt auf dem Betriebsgelände, während eine Vielzahl von Prozessen vor den Verwaltungsgerichten und den Zivilgerichten zwischen Auftraggebern (ursprünglichen Abfallerzeugern/-besitzern) und Entsorgungsunternehmen noch über Jahre anhängig sein werden.

Abfallrechtlich gilt gemäß § 22 KrWG eine sog. andauernde Verantwortung, d.h. dass sowohl der Bauherr als (ggf.) entsorgungspflichtiger Abfallerzeuger, als auch der beauftragte private Entsorger verantwortlich bleiben, bis die ordnungsgemäße Entsorgung abgeschlossen ist. Das Risiko für alle Beteiligten ist auch deshalb so hoch, weil diese andauernde Verantwortlichkeit im Abfallrecht kein Verschulden voraussetzt und damit auch diejenigen Abfallerzeuger und -besitzer trifft, die ihren Vertragspartner sorgfältig ausgesucht haben. Dies ist freilich für die vertraglichen Beziehungen und die daraus folgenden Pflichten höchst unbefriedigend und häufig Ursache gerichtlicher Auseinandersetzungen sowohl vor den Verwaltungsgerichten als auch den Zivilgerichten. Auch im Hinblick auf Erfüllung der öffentlich-rechtlichen Pflichten (und strafrechtliche Konsequenzen im Fall der Nichterfüllung) sind klare Zuständigkeiten wünschenswert. Nicht zuletzt geht es im Streitfall häufig um die Tragung von Kosten für zusätzliche Entsorgungsleistungen. Daher gilt es, durch zivilrechtliche Vertragsgestaltung eine klare Zuordnung der Verantwortlichkeiten zwischen entsorgungspflichtigem und Entsorger bzw. Subunternehmern zu treffen.

1. Verantwortung und Haftung im Abfallrecht

Die persönliche Verantwortung zur Erfüllung abfallrechtlicher Verpflichtungen knüpft regelmäßig an die Abfallerzeuger- und Abfallbesitzereigenschaft, darunter die Pflicht, die Abfälle zu verwerten (§ 7 Abs. 2 KrWG), zu beseitigen (§ 15 Abs. 1 KrWG) oder zu überlassen (§ 17 Abs. 1 Satz 1 KrWG).

1.1. Entsorgungspflichtige nach dem KrWG

Der Begriff *Abfallerzeuger* ist in § 3 Abs. 8 KrWG wie folgt definiert:

Erzeuger von Abfällen im Sinne dieses Gesetzes ist jede natürliche oder juristische Person,

1. *durch deren Tätigkeit Abfälle anfallen (Ersterzeuger) oder*
2. *die Vorbehandlungen, Mischungen oder sonstige Behandlungen vornimmt, die eine Veränderung der Beschaffenheit dieser Abfälle bewirken (Zweiterzeuger).*

§ 3 Abs. 9 KrWG definiert den Begriff *Abfallbesitzer* wie folgt:

Besitzer von Abfällen im Sinne dieses Gesetzes ist jede natürliche oder juristische Person, die die tatsächliche Sachherrschaft über Abfälle hat.

Ein Besitzbegründungswille ist laut Rechtsprechung nicht erforderlich; die Eigenschaft als Abfallbesitzer gilt auch bei aufgedrängtem Abfall: Lagern zum Beispiel Dritte auf einem Grundstück Dämmmaterial ab, so kann eine Abfallbesitzereigenschaft des Grundstückseigentümers anzunehmen sein.¹

Der Begriff des Abfallerzeugers (§ 3 Abs. 8 KrWG) steht neben dem Begriff des Abfallbesitzers (§ 3 Abs. 9 KrWG) und hat vor allem dann Bedeutung, wenn beide Eigenschaften auseinanderfallen und der Erzeuger des Abfalls gerade keine Sachherrschaft bei der Entstehung des Abfalls hat.

1.2. Auslegung der Abfallerzeugereigenschaft durch die Rechtsprechung

Aus der Kasuistik der Gerichte ergibt sich kein einheitliches Bild, welche Tatsachen/Regelungen zum Übergang der Verantwortung führen; erst recht nicht, ob dieser Übergang – ausnahmsweise – zur *Enthaftung*/Entpflichtung des Erzeugers/Vorbesitzers führt. Zwecks Konkretisierung von § 3 Abs. 8 KrWG hat das BVerwG mit Urteil vom 15.10.2014 – 7 C 1.13 und Beschluss vom 24.10.2014 – 7 C 2.13 zumindest die folgenden maßgeblichen Auslegungskriterien aufgestellt:

Regelmäßig wird demjenigen, der im Zeitpunkt der Umwandlung einer Sache in Abfall die Sachherrschaft über sie ausübt und durch sein Verhalten die letzte Ursache für die Abfallentstehung gesetzt hat, die Eigenschaft als Abfallerzeuger zugewiesen. In Bau- und Abbruchfällen ist dies nicht der Bauherr, sondern der Abbruchunternehmer. Davon kann *ausnahmsweise* abgewichen werden, wenn dies eine einzelfallbezogene Wertung gebietet.

Wesentliches Gewicht für die Frage der Zurechenbarkeit kommt der *Herrschaft über den Vorgang der Entstehung* des Abfalls zu, der dem Vorgang der unmittelbaren Entstehung des Abfalls vorgelagert sein kann. So ist zumindest bei Abfällen, die durch Schadensfälle oder sonstige außergewöhnliche Ereignisse entstehen, in der Kausalkette auch die jeweilige *Risikosphäre* zu berücksichtigen bzw. die Zurechnung von vorgelagerten Verursachungsbeiträgen, wie etwa der Auftragsvergabe.

¹ VG Darmstadt, 18.07.2012 - 6 L 819/12.DA.

Daraus folgt: Abfallerzeuger kann auch sein, wer nicht durch das eigene Tun an Ort und Stelle in die Abfallentstehung involviert ist. Abfallerzeuger kann also insbesondere auch der Auftraggeber einer Maßnahme sein, die konkret erst durch das Tätigwerden des Auftragnehmers zur Entstehung von Abfall führt.² Daraus folgt jedoch nicht, dass jeder als Abfallerzeuger anzusehen ist, der irgendeine Ursache zum Anfall des Abfalls gesetzt hat. Vielmehr gilt nach allgemeinen ordnungsrechtlichen Grundsätzen, dass in der Regel nur derjenige als Verursacher anzusehen ist, der die im konkreten Fall bestehende *Gefahreschwelle* überschreitet.³ Dem entspricht die Rechtsprechung des BVerwG, wonach sich die Qualifizierung als Abfallerzeuger/-besitzer mittels einer wertenden Betrachtung vornehmlich an dem Verursachungsbeitrag und der Risikorelevanz der Tätigkeit des potentiellen Abfallerzeugers orientiert.⁴ Es kommt demgemäß entscheidend darauf an, ob der Ursachenzusammenhang zwischen dem Einsatz und dem Entstehen des Abfalls bei wertender Betrachtung unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit die Verantwortlichkeit für die Entsorgung des Abfalls rechtfertigt. Im Rahmen von Auftragsverhältnissen ist insoweit eine wertende Entscheidung zu treffen, wessen Sphäre bzw. Organisationsbereich die entstehenden Abfälle zuzuordnen sind.

Letzteres wird von der Eigenverantwortung bzw. der Weisungsgebundenheit des Auftragnehmers abhängen. Wird der Auftragnehmer eigenverantwortlich und weisungsunabhängig tätig und wurde dies vertraglich auch ausdrücklich so geregelt (vgl. dazu nachfolgend unter 2.1.2.), dann ist die Eigenschaft als Abfallerzeuger in aller Regel ihm zuzuordnen. Dieser Ansicht folgt übrigens nicht zuletzt auch das Bundesumweltministerium in seinem letzten Referentenentwurf für eine Ersatzbaustoffverordnung, in deren Begründung es unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des BVerwG in Zusammenhang mit einem neuen Unterabschnitt über die Untersuchung von nichtaufbereitetem Bodenmaterial und Baggergut heißt: *Im Rahmen von Auftragsverhältnissen – wie dies auf der Baustelle im Hinblick auf den Bauherren und den Bauunternehmer zutrifft – ist Abfallerzeuger in aller Regel der Auftragnehmer, da dieser den Anfall des Bodenaushubs durch seine Tätigkeit tatsächlich bewirkt und im Zeitpunkt der Entstehung des Abfalls die tatsächliche Sachherrschaft inne hat [...].*⁵

1.3. Drittbeauftragung und Reichweite der Erzeuger-/Besitzerhaftung (§ 22 KrWG)

Abfallrechtlich Verpflichtete dürfen sich gemäß § 22 Satz 1 KrWG eines sog. *Dritten*, also eines Entsorgungsunternehmens, zur vollständigen oder teilweisen (operativen) Erfüllung ihrer Entsorgungspflichten bedienen. Einer gesonderten behördlichen Genehmigung bedarf es hierfür nicht. Unter *beauftragen* im Sinne des § 22 Satz 1 KrWG

² Kopp-Assenmacher, ZUR 2015, 239.

³ Vgl. BVerwG, Beschl. v. 12.04.2006 – 7 B 30.06 Rn. 4.

⁴ Vgl. BVerwG, Urt. v. 28.06.2007 – 7 C 5.07, ZUR 2007, 474; BVerwG, Urt. v. 13.03.2008 – 7 C 45.07, ZUR 2008, 419 ff.

⁵ BT-Drs. 18/12213, S. 267.

ist nicht die Erteilung eines (unentgeltlichen) Auftrags im Sinne des § 662 BGB zu verstehen, sondern sämtliche (zivilrechtliche) Rechtsverhältnisse zu einem Dritten, aufgrund derer dieser an der Erfüllung der Pflichten mitwirkt.⁶

1.3.1. Andauernde Verantwortung (*Ewigkeitshaftung*)

Auch nach einer Beauftragung im Sinne von § 22 Satz 1 KrWG bleibt der Entsorgungspflichtige für die Erfüllung der Pflichten so lange öffentlich-rechtlich verantwortlich, bis die Entsorgung ordnungsgemäß abgeschlossen wurde (sog. *Ewigkeitshaftung*, § 22 Satz 2 KrWG). Die Beauftragung eines Dritten dient also lediglich der (operativen) Erfüllung eigener Pflichten, die als solche nicht abgewälzt werden können. Das bedeutet: Im Falle der fehlgeschlagenen *Entsorgung* durch den Dritten bzw. einen seiner Subunternehmer, hat der Entsorgungspflichtige selbst wieder die ihm nach dem Abfallrecht obliegenden Pflichten wahrzunehmen und ggf. für Pflichtverstöße einzustehen. Diese andauernde Verantwortlichkeit des Entsorgungspflichtigen kann im Extremfall dazu führen, dass ein Entsorgungspflichtiger z.B. im Falle der Insolvenz des Entsorgungsunternehmens die Entsorgungskosten ein weiteres Mal zu bezahlen hat.

1.3.2. Zuverlässigkeit des beauftragten Dritten (*Auswahl- und Aufsichtspflicht*)

§ 22 Satz 3 KrWG gibt vor, dass nur solche Dritte beauftragt werden dürfen, die über die erforderliche Zuverlässigkeit verfügen. Eine Definition der Zuverlässigkeit findet sich in § 8 Abs. 1 S. 2 EfbV: *Die erforderliche Zuverlässigkeit ist gegeben, wenn die betroffene Person auf Grund ihrer persönlichen Eigenschaften, ihres Verhaltens und ihrer Fähigkeiten zur ordnungsgemäßen Erfüllung der ihr obliegenden Aufgaben geeignet ist.* Ob der (potentielle) Vertragspartner die erforderliche Zuverlässigkeit besitzt, ist vom Auftraggeber bei der erstmaligen Beauftragung und auch im späteren Verlauf der Beauftragung in eigener Verantwortung zu überprüfen. Dem Auftraggeber obliegt folglich die Pflicht, vor der ersten Erteilung eines Entsorgungsauftrags an einen Entsorger dessen Zuverlässigkeit zu prüfen (**Auswahlpflicht**). Diese Auswahlpflicht setzt sich während der Dauer der Beauftragung in einer – nicht weiter formalisierten – **Aufsichtspflicht** fort. Gegen die persönliche Eignung eines Dritten spricht, wenn der Betreffende wegen eines schweren Kriminaldelikts, eines Verstoßes gegen einen umweltrechtlichen Ordnungswidrigkeiten- oder Straftatbestand oder wegen der Vorschriften nach dem Betäubungsmittel-, Waffen- oder Sprengstoffrecht zu einer Geldbuße von mehr als 5.000 EUR oder einer Strafe belegt wurde,⁷ was sich freilich im Zweifel nur durch ein polizeiliches Führungszeugnis belegen lässt. Zudem soll der Begriff der Zuverlässigkeit neben der Sachkenntnis und den finanziellen Voraussetzungen auch die sonstigen persönlichen Verhältnisse umfassen.⁸ Dazu gehört, dass der Dritte rechtlich befugt ist, die zu übernehmenden Entsorgungsleistungen durchzuführen und über die erforderlichen Genehmigungen verfügt. Hierzu bedarf es jeweils eines konkreten Nachweises;

⁶ Vgl. Dieckmann, in: Jarass/Petersen, KrWG, § 22 Rn. 27 ff.

⁷ Vgl. § 8 Abs. 2 EfbV.

⁸ BT-Drs. 12/7284, S. 18.

die bloße Behauptung des Dritten reicht nicht aus. Die Anforderungen an die Zuverlässigkeit steigen tendenziell mit der Gefährlichkeit des überlassenen Abfalls und dem Umfang der übernommenen Tätigkeit. Handelt es sich etwa um nicht kontaminierten Bauschutt, der nach Aussage des Entsorgungsunternehmens als Wegebefestigung auf einer Deponie gebraucht werde, wird die Prüfung der Zuverlässigkeit weniger tief reichen, als bei der Verbringung ins Ausland als *Wirtschaftsgut*.⁹

Eine besondere Form des Dritten im Sinne des § 22 Satz 1 KrWG stellen Entsorgungsfachbetriebe nach § 56 ff. KrWG in Verbindung mit den Vorschriften der Entsorgungsfachbetriebeverordnung (EfbV) dar. Die Qualifikationsmerkmale an die Zuverlässigkeit können regelmäßig als erfüllt angesehen werden, wenn ein nach §§ 12 ff. EfbV zertifizierter Entsorgungsfachbetrieb beauftragt wird. Hier ist die Zuverlässigkeit des Betriebsinhabers sowie des betriebsleitenden und sonstigen Personals nämlich Gegenstand periodischer Überwachung durch eine technische Überwachungsorganisation oder durch unabhängige Sachverständige.

Bei Subunternehmerverträgen gelten die Sorgfaltsanforderungen übrigens auch für die Subunternehmer.¹⁰ Derjenige, der Drittbeauftragte einschaltet und mit dem Abschluss von Subunternehmerverträgen rechnen muss, hat dafür Sorge zu tragen, dass der Subunternehmer die gleichen persönlichen und fachlichen Qualifikationsmerkmale an die Zuverlässigkeit erfüllt, wie sein Vertragspartner.

1.4. Rechtsfolgen bei nicht ordnungsgemäßer Entsorgung

Die zuständige Abfallbehörde kann auf Grundlage von § 62 KrWG Anordnungen zur ordnungsgemäßen Entsorgung von Abfällen erlassen. Die Norm gibt der Behörde Ermessen zum Erlass einer Entsorgungsanordnung und zwar sowohl über die Art und Weise des Einschreitens, als auch über die Auswahl des Pflichtigen, der in Anspruch genommen werden soll. Adressaten einer entsprechenden Anordnung sind Abfallerzeuger sowie alle zwischenzeitlichen Abfallbesitzer bei Drittbeauftragungen gemäß § 22 Satz 1 KrWG. Auch hier schlägt wieder die andauernde Verantwortlichkeit im Abfallrecht durch.

Die Störerauswahl ist unter Berücksichtigung folgender Kriterien zu treffen: Effektivität, Zumutbarkeit, wirtschaftliche Leistungsfähigkeit sowie Verursacherprinzip. Liegt ein Vertragsverhältnis vor, durch welches der Auftraggeber den grundsätzlich weisungsgebundenen Auftragnehmer zu einer Tätigkeit veranlasst und verpflichtet hat, die zur Entstehung von Abfall führt, so zeigen Beispiele aus der behördlichen Vollzugspraxis, dass der Auftraggeber als Abfallerzeuger angesehen und in die Pflicht genommen wird, weil er die Abfallentstehung mit Blick auf die Weisungsgebundenheit des Auftragnehmers beherrscht hat.¹¹ Umgekehrt gilt, dass durch eine entsprechende Vertragsgestaltung auch der Auftragnehmer als Abfallerzeuger gelten kann, nämlich dann, wenn er auf der

⁹ Beispiel nach Versteyl, in: Versteyl/Mann/Schomerus, KrWG, 3. Aufl. 2012, § 22 Rn. 18.

¹⁰ Siehe bereits Petersen, UPR 1997, 211.

¹¹ Vgl. OVG Münster, Urt. v. 10.08.2012 – 20 A 222/10, Rn. 52 (juris).

Baustelle eigenverantwortlich und weisungsunabhängig tätig werden darf und das auch vertraglich so geregelt wurde. Es kommt also auf die konkret getroffenen vertraglichen Regelungen an. Hierauf wird im Folgenden ausführlich eingegangen.

2. Möglichkeiten der Risikominimierung mit Vertragsrecht

Möglichkeiten zur Risikominimierung bietet eine problembewusste Gestaltung des dem Entsorgungsvorgang zugrunde liegenden Vertragswerks. Auf die Gestaltung des Entsorgungsvertrags und dort insbesondere die Zuordnung von Verantwortlichkeiten kommt es nicht zuletzt deshalb maßgeblich an, weil hierauf abgestellt wird, wenn im Falle einer nicht ordnungsgemäßen Entsorgung die zuständige Abfallbehörde in die Störerauswahl eintritt. Eine detaillierte vertragliche Regelung der Handlungs- und Nachweispflichten des (Sub-) Entsorgungsunternehmens sowie der Kontroll- und Überwachungsrechte des Bauherrn einschließlich Regelungen zur Sanktionierung (Vertragsstrafen) von den vertraglich eingeräumten Rechten ist daher dringend anzuraten und auch gängige Praxis.

2.1. Vertragsverhältnis zwischen Auftraggeber und Entsorgungsunternehmen

Rechtlicher Dreh- und Angelpunkt des gesamten Entsorgungsvorgangs ist der Entsorgungsvertrag. Aus ihm ergeben sich u.a. die vom Entsorger zu erbringende Entsorgungsleistung, die vom Auftraggeber zu zahlende Vergütung und die Folgen mangelhafter Entsorgungsleistungen.

2.1.1. Vertragspflichten und Leistungsstörungen

Der Mindestinhalt eines Entsorgungsvertrags besteht darin, dass sich eine Partei zur Entsorgung bestimmter Abfälle und die andere Partei im Gegenzug zur Zahlung einer bestimmten Vergütung verpflichtet. Art und Umfang dieser Leistungspflichten werden in der Praxis ganz unterschiedlich detailliert beschrieben und ausgestaltet. Im Vertragsrecht gilt im Übrigen der Grundsatz der Vertragsfreiheit. Den Vertragsparteien steht es frei, für sie maßgeschneiderte Verträge zu schließen, sofern sie nicht gegen zwingende Vorschriften des geltenden Rechts, gesetzliche Verbote oder die guten Sitten verstoßen. Nichts anderes gilt für Entsorgungsverträge.

Zu beachten ist allerdings stets, dass die abfallrechtlich *richtige* Entsorgungsmaßnahme den zivilrechtlich/nach Vertragslage geschuldeten Leistungsumfang vorgibt. Die Regelungen in § 7 Abs. 2 und § 15 Abs. 1 KrWG enthalten die abfallrechtlichen Grundpflichten, die von jedem Abfallerzeuger und -besitzer erfüllt werden müssen. Zur Ermittlung der zulässigen Entsorgungsmaßnahme gemäß § 8 Abs. 1 Satz 1 KrWG ist eine Abwägung unter Berücksichtigung der in § 6 Abs. 2 Satz 2 und 3 KrWG genannten Anwendungsregeln der Abfallhierarchie durchzuführen.

Haben die Parteien in dem Vertrag bestimmte Punkte nicht geregelt, können ergänzend die gesetzlichen Vorschriften des BGB Anwendung finden und so den Inhalt des Vertrags gestalten. In der Regel handelt es sich bei dem Entsorgungsvertrag um einen

Werkvertrag gemäß §§ 631 ff. BGB bzw. einen Vertrag mit im Wesentlichen werkvertraglichen Elementen. Der Werkerfolg, den der Entsorger im Entsorgungsvertrag verspricht, ist die Verwertung/Beseitigung der überlassenen Abfälle. Dazu gehört, dass die Entsorgung entsprechend dem geltenden Abfallrecht zu erfolgen hat – also insbesondere unter Beachtung der abfallrechtlichen Grundpflichten und aller für den Abfall geltenden rechtlichen Vorgaben –, so dass der Abfallerzeuger/Auftraggeber vor einer öffentlich-rechtlichen Inanspruchnahme verschont bleibt.

Die Abnahme als vertragsgemäße Leistung kann für die vollständige Leistung oder als eine Teilabnahme für in sich geschlossene Teilleistungen erfolgen. Rechtliche Grundlage ist § 640 BGB (bei Ausschreibungen: § 12 VOB/B). Die Abnahme setzt zugleich die Verjährungsfristen in Gang und ist gemäß § 641 BGB maßgeblich für die Fälligkeit der Vergütung.

Im Falle von Leistungsstörungen, also Nicht- und Schlechtleistungen, gelten vorrangig die hierzu getroffenen vertraglichen Vereinbarungen und ergänzend die gesetzlichen Vorschriften. Soweit es um Schlechtleistungen in Bezug auf die Pflicht zur Abfallentsorgung geht, handelt es sich dabei um das werkvertragliche Gewährleistungsrecht der §§ 633 ff. BGB.

Anders als z.B. das BBodSchG (vgl. § 24 Abs. 2 Satz 1 BBodSchG) enthält das KrWG im Übrigen keinen finanziellen Rückgriffsanspruch gegen andere verantwortliche Personen. Schadenersatz- bzw. Entschädigungsansprüche können sich von daher nur aus zivilrechtlichen Anspruchsgrundlagen, insbesondere dem Entsorgungsvertrag ergeben.

2.1.2. Vertragliche Zuordnung der Abfallerzeugereigenschaft

Bereits der EuGH hatte in seiner *Van de Walle*-Rechtsprechung für eine Prüfung der abfallrechtlichen Verantwortlichkeit insbesondere auf die einzelnen Regelungen in der vertraglichen Vereinbarung abgestellt, die zwischen den Parteien verabredet worden war: Im Fall des Mineralölunternehmens *Van de Walle* war im Rahmen der Handlungsherrschaft zu berücksichtigen, dass zwar ein Auftraggeber theoretisch die Abläufe bestimmen kann; er diese aber regelmäßig nur grob vorzeichnet, so dass letztendlich doch der Auftragnehmer schon aufgrund seiner Nähe zu den Abfällen und der übernommenen Verantwortung hierfür die Tätigkeitsherrschaft innehat, die es rechtfertigt, ihm auch die Verantwortung für die Entsorgung der Abfälle zu übertragen. Die vertraglichen Vereinbarungen sollen dabei im Einzelfall zu berücksichtigen sein, so der EuGH.¹² Diese Rechtsprechung hat das OVG Münster auf Bau- und Abbruchfälle übertragen; in seinen Worten: *Die zivilrechtliche Bestimmung oder Veranlassung des ‚Auftragnehmers‘ kann abfallrechtlich sachgerecht auch auf der Ermessensebene berücksichtigt werden, wenn es um die Entscheidung geht, welcher von mehreren Verantwortlichen (Erzeuger/Besitzer) herangezogen wird.*¹³ Wenn die einem im Sinne des § 20 Satz 1 KrWG beauftragten Unternehmen vom Auftraggeber erteilte Erlaubnis zur Benutzung des Grundstücks einen uneingeschränkt umfassenden Herrschaftsbereich

¹² EuGH – Rs. C-1/03 (van der Walle), Rn. 60.

¹³ OVG Münster, Urt. v. 10.08.2012 – 20 A 222/10, Rn. 52 (juris).

vermittelt, der zugleich die tatsächliche Gewalt über die dort anfallenden Materialien beinhaltet, wird die Abfallerzeugereigenschaft im Rahmen der Störerauswahl folglich dem Auftragnehmer zuzuordnen sein – nichts anderes vertritt das Bundesumweltministerium in seiner Begründung für eine Ersatzbaustoffverordnung (vgl. dazu oben unter 1.2.). Indem beide Vertragspartner zivilvertraglich vereinbaren, dass und wie einer von ihnen die Entsorgungsaufgabe wahrnimmt, disponieren diese *nicht* über öffentlich-rechtliche Pflichten, sondern regeln lediglich, wer intern die durch das öffentliche Recht statuierte (Entsorgungs-) Pflicht erfüllen wird. Eine solche vertragliche Regelung lässt eine (möglicherweise) bestehende öffentlich-rechtliche Pflichtenstellung z.B. des Auftraggebers nicht entfallen, verschafft diesem aber privatrechtliche Ansprüche gegen seinen Vertragspartner, wenn dieser die Entsorgung vertragswidrig nicht oder nicht ordnungsgemäß durchführt. Die zuständige Behörde wiederum würde das ihr im Rahmen der Störerauswahl zustehende Ermessen falsch ausüben, wenn sie gerade denjenigen in Anspruch nimmt, der nach dem zivilrechtlichen Vertrag *nicht* zur Entsorgung der Abfälle verpflichtet ist. Ausnahmen sind freilich denkbar – so wenn derjenige, der laut Vertrag zur Entsorgung der Abfälle verpflichtet war, nicht greifbar oder nicht leistungsfähig ist.

Als Abfallerzeuger kann also, das zeigen die vorstehenden Ausführungen, derjenige verantwortlich zeichnen, der vor Ort z.B. die grundlegende Charakterisierung der Abfälle tatsächlich verantwortlich durchgeführt und die anschließende Entsorgungsoption gewählt hat. Diese Verantwortung kann durch Vertragsgestaltung dem Auftragnehmer zugeordnet werden. Sind elektronische Entsorgungsnachweise zu führen, so kann die Verantwortung hierfür ebenfalls dem Auftragnehmer zugeordnet werden.

2.2. Maßgaben für die Vertragsgestaltung

Generell richtet sich der Inhalt eines Entsorgungsvertrags nach Art und Umfang der Entsorgungsaufgabe. Vertragsinhalte können z.B. das Einsammeln, das Befördern, das Behandeln, Lagern, Verwerten und Beseitigen sein. An dieser Stelle interessieren besonders vertragliche Regelungen zur Aufteilung der Verantwortung zwischen Auftragnehmer und Auftraggeber für die weisungsfreie Ausführung/Entscheidung über die Entsorgung, die Einstufung des Materials, die Auswahl des Entsorgungsweges sowie über Mehrkosten und Subunternehmer.

2.2.1. Weisungsfreie Ausführung / Entscheidung über die Entsorgung

Der Bauherr/Auftraggeber kann festlegen, dass dem Auftragnehmer alle Tätigkeiten, die mit der Entstehung und der nachfolgenden Entsorgung von Abfällen in Grund und Boden und Gebäuden auf der Baustelle entstehen, zur weisungsfreien Ausführung übertragen werden, so dass die auftraggebende Firma keine Herrschaft über den Entsorgungsvorgang hat und dieser auch nicht in ihrer Risikosphäre liegt. Hierfür sollte vertraglich festgeschrieben werden, dass der Auftragnehmer zur vollständigen und eigenverantwortlichen Planung und Durchführung der ordnungsgemäßen Entsorgung verpflichtet wird. Zur Klarstellung sollte auch die Abfallerzeugereigenschaft in diesem Zusammenhang dem Auftragnehmer zugeordnet werden. Nachfolgend ein

Textbeispiel hierfür:

Die Planungsleistung des Auftragnehmers umfasst insbesondere die Planung des Abbruchs und der anschließenden Entsorgung aller baulicher Anlagen, fester Körper und sonstiger fester Bestandteile auf oder in dem Grundstück.

Der Auftragnehmer wird mit Aufnahme seiner Tätigkeit Abfallerzeuger und zugleich Besitzer der Bau- und Abbruchabfälle. Er übernimmt die Pflichten des Auftraggebers zur Verwertung und Beseitigung der Bau- und Abbruchabfälle unter Beachtung der einschlägigen gesetzlichen, insbesondere abfallrechtlichen Bestimmungen sowie des Standes der Technik. Die gesamte Abfallentsorgung auf der Baustelle erfolgt in Verantwortung und auf Kosten des Auftragnehmers.

2.2.2. Einstufung des Materials

Eine abfallrechtskonforme Entsorgung setzt eine ordnungsgemäße Deklaration der anfallenden Abfälle voraus. Die Deklaration beinhaltet die Zuordnung und Einstufung von Abfällen in eine bestimmte Einbauklasse (z.B. LAGA Z0-Z2 bzw. Zuordnung zu Deponieklassen) sowie ggf. eine chemische Analyse sowie weitergehende Beschreibung des Abfalls. Dies ist einerseits erforderlich, um den richtigen Entsorgungsweg wählen zu können und andererseits die öffentlich-rechtlichen Pflichten zu erfüllen. Für die Deklaration ist es erforderlich, eine repräsentative Haufwerksbeprobung am Entstehungsort, d.h. auf der Baustelle, durchzuführen.

Das Interesse des Auftraggebers wird regelmäßig darin bestehen, Planungs- und Kostensicherheit zu erlangen, indem Aushub, Abfuhr und Entsorgung gemäß verlässlicher Analytik vorgenommen werden muss, auf die er auch vertrauen kann. Möchte ein Auftraggeber die Einstufung der angefallenen Abfälle nicht aus der Hand geben, dann wird er eine Klausel festlegen, wonach die Probenahme zur Deklaration und Einstufung durch ihn durchgeführt wird. Die Festlegung des Entsorgungswegs hat dann vom Auftragnehmer auf Grundlage dieser Einstufung zu erfolgen. Nachfolgend ein Textbeispiel hierfür:

Relevant ist ausschließlich die eingestufte und vom Auftraggeber bzw. dessen Fachbüro freigegebene Schadstoffklasse.

Von großer Praxisrelevanz ist die Frage, was im Falle abweichender Analytik gilt – etwa, wenn der Auftragnehmer der Auffassung ist, eigene Einschätzungen über Schadstoffklassifikationen treffen zu können und diese als abrechnungsrelevant zugrunde zu legen. Hier gilt grundsätzlich laut der zivilrechtlichen Rechtsprechung: Wurde klar bestimmt, wer für die Abfalldeklaration aufkommen muss (z.B. der Auftraggeber), dann liegt das Risiko für eine Unterkalkulation bei dem Vertragspartner (z.B. der Auftragnehmer). Er hat sich laut Rechtsprechung an dem Vertrag festhalten zu lassen, wenn er insoweit ein (kaufmännisches) Risiko eingegangen ist, weil er seinen Angebotspreis zu knapp kalkuliert hat.¹⁴ Etwas anderes kann allenfalls dann gelten, wenn der Auftragnehmer konkrete, objektive und durch materialtechnische Untersuchungen begründete Anhaltspunkte dafür anführen kann, dass im Einzelfall die vorgenommene Einstufung/

¹⁴ Vgl. OLG Koblenz, Urt. v. 26.10.2012 – 10 U 336/11, Rn. 138 (juris) unter Verweis auf BGH, Urt. v. 22.12.2011 – VII ZR 67/11 (= NJW 2012, 518).

Deklaration objektiv unzutreffend ist und das Abfallmaterial zwingend in eine höhere Schadstoffklasse einzustufen ist.

2.2.3. Auswahl des Entsorgungsweges

Die vorstehend beschriebene Einstufung/Deklaration ist kein Selbstzweck, sondern sie dient dazu, das jeweilige Abfallmaterial einer bestimmten Einbauklasse zuzuordnen, um auf diese Weise die Bedingungen für eine rechtlich zulässige Entsorgung festzulegen. Dabei gilt, dass die Einstufung/Deklaration der Abfälle in eine bestimmte Schadstoffklasse (s.o.) dem Auftragnehmer noch keinen bestimmten Entsorgungsweg zwingend vorschreibt. Im Rahmen des einschlägigen Abfallrechts bleibt es dem Auftragnehmer vielmehr überlassen, die abfallrechtlich *richtige* Entsorgungsoption zu finden und zwar ggf. auch über eine Einzelfallgenehmigung oder eine Befreiung vom Anlagenzwang gemäß § 28 Abs. 2 KrWG.

Wie bereits vorstehend beschrieben (vgl. unter 2.1.1.) gibt die so gefundene abfallrechtlich *richtige* Entsorgungsmaßnahme den zivilrechtlich geschuldeten Leistungsumfang für die Entsorgung und damit auch die Auswahl des Entsorgungsweges bzw. der Entsorgungsoption vor. Diese hat unter Berücksichtigung der abfallrechtlichen Grundpflichten zu erfolgen und muss beispielsweise die Prämissen der Abfallhierarchie berücksichtigen. Zur Klarstellung kann hierauf im Entsorgungsvertrag hingewiesen werden, zum Beispiel wie folgt:

Der Auftragnehmer hat die Baustelle so einzurichten, dass Bau- und Abbruchabfälle nach den einschlägigen abfallrechtlichen Vorgaben, insbesondere der Gewerbeabfallverordnung, getrennt gehalten und entsorgt werden.

Eine aufwendige Entsorgung von Bodenaushub zur Verwertung auf einer DK II-Deponie wäre regelmäßig nicht mehr mit der Abfallhierarchie zu vereinbaren und würde von daher einen Verstoß gegen einschlägige abfallrechtliche Vorgaben darstellen.

2.2.4. Regelung über Mehrkosten

Werden die Kosten für die Suche nach einer geeigneten Verwertungs- bzw. Entsorgungsstelle sowie das Einholen und Liefern aller erforderlichen Genehmigungen durch vertragliche Einheitspreise abgegolten, dann kann sich im Einzelfall ein Streit daran entzünden, in welcher Höhe vom Auftraggeber ggf. Mehrkosten zu tragen sind. Wurde ein Pauschalbetrag vereinbart, dann ist der Auftragnehmer darlegungs- und beweisbelastet, wenn er weitergehende Zahlungspositionen geltend machen möchte. Beispiele aus der Rechtsprechung zeigen, dass auch hierbei wesentlich auf das abzustellen ist, was vertraglich vereinbart wurde und nicht auf den tatsächlich vom Auftragnehmer gewählten Entsorgungsweg. Mit den Worten des LG Dortmund: *Vorliegend kommt es für einen Zahlungsanspruch der Klägerin auch nicht darauf an, ob diese die entsprechenden Böden tatsächlich nach DK I deponiert hat, da die tatsächliche Deponierung der Böden nichts darüber aussagt, ob eine solche kostenintensive Deponierung vereinbart und aufgrund der tatsächlichen Gegebenheiten zwingend erforderlich war.*¹⁵

¹⁵ LG Dortmund, Urt. v. 11.03.2014 – 25 O 265/13, S. 10 UA (nicht veröffentlicht).

2.2.5. Regelungen über die Einbeziehung von Subunternehmern

Entsorger bedienen sich regelmäßig Subunternehmern zur weiteren Behandlung/Entsorgung von Abfällen. Auftraggeber werden – auch im Hinblick auf ihre Sorgfaltspflichten aus § 22 Satz 3 KrWG (vgl. dazu vorstehend unter 1.3.2.) – regelmäßig ein Interesse daran haben, dass ihnen hier ein Recht eingeräumt wird, bei Vorliegen wichtiger Gründe auch die Auswechslung eines Subunternehmers des Auftragnehmers zu verlangen. Dies kann beispielsweise wie folgt geregelt werden:

Auch nach Beginn der Arbeiten durch einen einzelnen Subunternehmer kann der Auftraggeber aus wichtigen Gründen dessen Auswechslung durch einen anderen Subunternehmer verlangen. Dies gilt insbesondere dann, wenn sich erweist, dass der bisherige Subunternehmer nicht über die Sachkenntnisse und/oder Leistungsfähigkeit verfügt, die zur Erfüllung der ihm übertragenen Aufgaben notwendig sind, oder dass unter Berücksichtigung der erbrachten Teilleistung mit einer mangelfreien und/oder termingerechten Durchführung des Subunternehmervertrages nicht gerechnet werden kann. Der Auftragnehmer hat in seinen Subunternehmerverträgen eine entsprechende Möglichkeit zur Vertragsbeendigung in solchen Fällen vorzusehen.

Bei öffentlichen Auftragsvergaben droht über die Einbindung von Subunternehmern übrigens ein praktisch bedeutsames Haftungsrisiko für Auftragnehmer aus § 13 Abs. 7 Nr. 2 VOB/B, wonach abweichend von §§ 276, 278 BGB gilt, dass der Auftragnehmer auch bei vorsätzlichen und grob fahrlässigen Handlungen seiner Subunternehmer handelt.¹⁶ D.h. bei allen Schäden, die dem Auftraggeber entstehen, wird das Verschulden des Subunternehmers dem Auftragnehmer zugerechnet – auch wenn der Subunternehmer vorsätzlich handelt.

3. Zusammenfassung

Verfügt ein Bauherr nicht über eigene Fachkunde in den Bereichen Planung und Entsorgung, wird er regelmäßig geeignete Unternehmen beauftragen, die ihn bei der Erfüllung der Verantwortung in den vorgenannten Bereichen operativ unterstützen. § 22 Satz 1 KrWG lässt dies zu. Abhängig von der Vertragsgestaltung kann im Einzelfall eine Zuordnung der Abfallerzeugereigenschaft beim Entsorger das Ergebnis einer wertenden Betrachtung sein; nämlich dann, wenn der Auftraggeber eigenverantwortlich und weisungsunabhängig tätig wird.

Grundsätzlich gilt, dass die Verantwortung/Haftung bei dem Entsorgungspflichtigen verbleibt, wenn er Aufgaben an Dritte delegiert. § 22 KrWG statuiert eine andauernde Verantwortung, die solange anhält, bis die Entsorgung ordnungsgemäß und schadlos abgeschlossen ist. Diese abfallrechtliche *Ewigkeitshaftung* setzt kein Verschulden voraus und ist innerhalb von Mehrpersonen- bzw. Auftragsverhältnissen häufig Ursache gerichtlicher Auseinandersetzungen sowohl vor den Verwaltungsgerichten als auch den Zivilgerichten.

¹⁶ § 13 Abs. 7 Nr. 2 VOB/B lautet wie folgt: *Bei vorsätzlich oder grob fahrlässig verursachten Mängeln haftet er für alle Schäden.*

Im Hinblick auf die Erfüllung der öffentlich-rechtlichen Pflichten sind klare Zuständigkeiten wünschenswert. Folglich gilt es, durch zivilrechtliche Vertragsgestaltung eine eindeutige Zuordnung der Verantwortlichkeiten zwischen Entsorgungspflichtigem und Entsorger bzw. Subunternehmern in dem Entsorgungsvertrag zu treffen. Auf dieser Ebene lässt sich die Auswahl des Pflichtigen, der bei einer nicht ordnungsgemäßen Entsorgung behördlich in Anspruch genommen wird (sog. Störerauswahl), beeinflussen. Liegt ein Vertragsverhältnis vor, durch welches der Auftraggeber den grundsätzlich weisungsgebundenen Auftragnehmer zu einer Tätigkeit veranlasst und verpflichtet hat, die zur Entstehung von Abfall führt, so zeigen Beispiele aus der behördlichen Vollzugspraxis, dass der Auftraggeber als Abfallerzeuger angesehen und in die Pflicht genommen wird, weil er die Abfallentstehung mit Blick auf die Weisungsgebundenheit des Auftragnehmers beherrscht hat.

Regelungen in Entsorgungsverträgen sollten daher die Weisungsbefugnisse des Bauherrn bzw. die Weisungsfreiheit des Entsorgers ebenso klar bestimmen, wie die Einstufung der anfallenden Abfälle und die Entscheidung über die konkrete Entsorgungsoption. Empfehlenswert sind insbesondere auch Regelungen über die Einbeziehung von Subunternehmern.

Ansprechpartnerin



Rechtsanwältin Professor Dr. Andrea Versteyl

avr – Andrea Versteyl Rechtsanwälte
Partnerschaftsgesellschaft mbB
Trabener Straße 25
14193 Berlin (D)
Telefon: 0049-(0)30-31804170
E-Mail: berlin@andreaversteyl.de

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar

Stephanie Thiel, Elisabeth Thomé-Kozmiensky,
Bernd Friedrich, Thomas Pretz, Peter Quicker, Dieter Georg Senk, Hermann Wotruba (Hrsg.):

Mineralische Nebenprodukte und Abfälle 5
– Aschen, Schlacken, Stäube und Baurestmassen –

ISBN 978-3-944310-41-1 Thomé-Kozmiensky Verlag GmbH

Copyright: Elisabeth Thomé-Kozmiensky, M.Sc., Dr.-Ing. Stephanie Thiel
Alle Rechte vorbehalten

Verlag: Thomé-Kozmiensky Verlag GmbH • Neuruppin 2018

Redaktion und Lektorat: Dr.-Ing. Stephanie Thiel, Dr.-Ing. Olaf Holm,
Elisabeth Thomé-Kozmiensky, M.Sc.

Erfassung und Layout: Claudia Naumann-Deppe, Janin Burbott-Seidel, Sandra Peters,
Ginette Teske, Roland Richter, Cordula Müller, Gabi Spiegel

Druck: Universal Medien GmbH, München

Dieses Werk ist urheberrechtlich geschützt. Die dadurch begründeten Rechte, insbesondere die der Übersetzung, des Nachdrucks, des Vortrags, der Entnahme von Abbildungen und Tabellen, der Funksendung, der Mikroverfilmung oder der Vervielfältigung auf anderen Wegen und der Speicherung in Datenverarbeitungsanlagen, bleiben, auch bei nur auszugsweiser Verwertung, vorbehalten. Eine Vervielfältigung dieses Werkes oder von Teilen dieses Werkes ist auch im Einzelfall nur in den Grenzen der gesetzlichen Bestimmungen des Urheberrechtsgesetzes der Bundesrepublik Deutschland vom 9. September 1965 in der jeweils geltenden Fassung zulässig. Sie ist grundsätzlich vergütungspflichtig. Zuwiderhandlungen unterliegen den Strafbestimmungen des Urheberrechtsgesetzes.

Die Wiedergabe von Gebrauchsnamen, Handelsnamen, Warenbezeichnungen usw. in diesem Werk berechtigt auch ohne besondere Kennzeichnung nicht zu der Annahme, dass solche Namen im Sinne der Warenzeichen- und Markenschutz-Gesetzgebung als frei zu betrachten wären und daher von jedermann benutzt werden dürfen.

Sollte in diesem Werk direkt oder indirekt auf Gesetze, Vorschriften oder Richtlinien, z.B. DIN, VDI, VDE, VGB Bezug genommen oder aus ihnen zitiert worden sein, so kann der Verlag keine Gewähr für Richtigkeit, Vollständigkeit oder Aktualität übernehmen. Es empfiehlt sich, gegebenenfalls für die eigenen Arbeiten die vollständigen Vorschriften oder Richtlinien in der jeweils gültigen Fassung hinzuzuziehen.