

[Gaßner, Groth, Siederer & Coll.] Postfach 171160 · 10203 Berlin

per E-Mail:
kathrin.gardner@stadt.leverkusen.de

Stadt Leverkusen
Frau Gardner
Miselohsestraße 4
51379 Leverkusen

Berlin, 14.11.2016

Unser Zeichen Leverkusen;Stadt [769/16] FW-NT/NM

Beratung Stadt Leverkusen zur Entsorgung des Aushubs aus der Altablagerung Dhünnaue

Sehr geehrte Frau Gardner,

mit Schreiben vom 08.11.2016 wurden wir mit der rechtlichen Prüfung zu den Überlassungspflichten von Abfällen aus der Altablagerung Dhünnaue der Deponieklasse III, die im Zusammenhang mit dem Neubau Rheinbrücke A1 entstehen werden, beauftragt.

Zur besseren Übersicht stellen wir unseren Ausführungen folgendes Inhaltsverzeichnis voran:

Berlin

EnergieForum Berlin
Stralauer Platz 34
10243 Berlin
Tel. 030 726 10 26 0
Fax. 030 726 10 26 10
berlin@ggsc.de
www.ggsc.de

Berlin

Hartmut Gaßner
Dr. Klaus-Martin Groth
Wolfgang Siederer
Katrin Jänicke
Angela Zimmermann
Caroline von Bechtolsheim
Dr. Achim Willand
Dr. Jochen Fischer
Dr. Frank Wenzel
Dr. Maren Wittzack
Dr. Gerrit Aschmann
Dr. Georg Buchholz
Jens Kröcher
Dr. Sebastian Schattenfroh
Dr. Jörg Beckmann
Dr. Joachim Wrase
Isabelle-Konstanze Charlier, M.E.S.
Dr. Markus Behnisch
Wiebke Richmann
Annette Sander
Julia Templin
Linus Viezens
Grigori Lagodinsky
Malika Meyer-Schwickerath
Dr. Jasper von Detten
Udo Paschedag
Gabriel Babel
Dr. Franziska Drohsel

Augsburg

Dr. Thomas Reif
Robert Kutschick
Prof. Dr. Valentin Köppert, LL.M.

I.	Sachverhalt.....	3
II.	Rechtliche Würdigung	5
1.	Grundsätzliche Entsorgungspflicht des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers (Frage 1)	5
a)	Zur Überlassungs- und Entsorgungspflicht nach dem KrWG und der Abfallentsorgungssatzung der Stadt Leverkusen	5
aa)	Überlassungspflicht, sofern Abfälle nicht in eigener Anlage beseitigt werden	5
bb)	Entsorgungspflicht des örE	7
b)	Ausnahmen von der Entsorgungs- und Überlassungspflicht nach der Abfallentsorgungssatzung der Stadt Leverkusen	7
aa)	Grundsätzliche Möglichkeit des „Ausschlusses von Abfällen“	7
bb)	Vorgaben der Abfallentsorgungssatzung zum „Ausschluss von Abfällen“	8
(1)	§ 3 Abs. 1 Nr. 1 Abfallentsorgungssatzung	8
(2)	§ 3 Abs. 2 Abfallentsorgungssatzung	9
(3)	§ 3 Abs. 3 Abfallentsorgungssatzung	9
c)	Schlussfolgerungen	12
2.	Möglichkeiten der Abfallannahme durch den örE (Frage 2).....	14
a)	Entsorgungspflicht der betreffenden Abfälle durch AVEA.....	14
b)	Keine Notwendigkeit einer Änderung der Abfallentsorgungssatzung	14
c)	Zuweisung der betreffenden Abfälle an die Currenta	14
3.	Weiteres Vorgehen bei Entsorgungspflicht des örE (Frage 3).....	15
a)	Erforderlichkeit der öffentlichen Ausschreibung	15
b)	Kurze Darstellung der öffentlichen Ausschreibung	16
III.	Zusammenfassung.....	18

I. Sachverhalt

Die Rheinbrücke der Autobahn A 1 soll kurzfristig durch eine neue zweiteilige Brückenkonstruktion ersetzt werden.

Für die Realisierung hat der Landesbetrieb Straßen.NRW ein Verkehrskonzept erarbeitet. Dieses Konzept soll im Nahbereich der alten Brücke in Anbindung an das neue Autobahnkreuz Leverkusen-West (Anschluss der A 59) realisiert werden, das ebenfalls vollständig umgebaut und angepasst werden muss. Um die endgültige Trasse festlegen zu können, hat Straßen.NRW Baugrunduntersuchungen u. a. im Bereich der gesicherten Altablagerungen Dhünnaue-Mitte und Dhünnaue-Nord durchgeführt. Beide Altablagerungen wurden in den Jahren 1990 bis 2005 unter anderem durch Oberflächenabdichtungen und eine Grundwasserbarriere umfassend saniert.

Das Grundstück steht im Eigentum der Straßen.NRW, der Bayer Real Estate GmbH, der Fünften Bayer Real Estate GmbH & Co. KG und der Stadt Leverkusen. Zwischen diesen Beteiligten ist unstreitig, dass durch die Bauarbeiten Abfälle der Deponieklassen I, II und III anfallen werden.

Die Stadt Leverkusen hat zur Erfüllung ihrer Entsorgungspflicht von Abfällen mit AVEA GmbH & Co. KG (im Folgenden: AVEA) einen Entsorgungsvertrag vom 29.09.2011 abgeschlossen.

Weder die Stadt Leverkusen noch die AVEA verfügen über eine Anlage, die Abfälle der Deponiekategorie III annehmen darf.

Im Rahmen des Planfeststellungsverfahrens Neubau Rheinbrücke A1 hat sich die Frage nach der Überlassungspflicht von gefährlichen und nicht gefährlichen Abfällen (z. B. Deponat als „Boden und Steine, die gefährliche Stoffe enthalten“ – ASN 170503* und „Boden und Steine mit Ausnahme derjenigen, die unter 170503* fallen“ – ASN 170504) an den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger (im Folgenden: örE) ergeben.

Die Stadt Leverkusen ist der Auffassung, dass die anfallenden Abfälle der Deponiekategorie III nicht dem Anschluss- und Benutzungszwang unterlägen und daher nicht angenommen werden müssten. Der Ausschluss dieser Abfallströme würde daher zur

Verpflichtung des Erzeugers Straßen.NRW zur eigenen Ausschreibung der Entsorgung führen.

Die AVEA ist der Auffassung, dass die anfallenden Abfälle der Deponieklasse III der Abfallentsorgungssatzung der Stadt Leverkusen unterfielen, da sie in der Anlage 3 dieser Satzung genannt seien. Sie müssten daher an die AVEA weitergegeben werden. Die AVEA müsste die Entsorgung dann ausschreiben.

Straßen.NRW hat sich am 31.08.2016 und am 12.10.2016 an die Stadt Leverkusen gewandt und um Stellungnahme zur Frage der Überlassungspflicht gebeten.

Die rechtliche Prüfung soll insbesondere folgende drei Fragestellungen umfassen:

1. Die grundsätzliche Überlassungspflicht aller in Anlage 3 der Abfallentsorgungssatzung aufgelisteten beseitigungspflichtigen Abfälle unabhängig einer in der Abfallentsorgungssatzung genannten eigenen Anlage.
2. Für den Fall, dass eine Überlassungspflicht an den örE bzw. die AVEA nicht besteht, wird um rechtliche Prüfung gebeten, ob Möglichkeiten des örE bzw. der AVEA bestünden, die Abfälle trotzdem anzunehmen (Änderung der Abfallentsorgungssatzung?) und sie durch die Currenta entsorgen zu lassen.
3. Für den Fall, dass eine Überlassungspflicht an den örE bzw. die AVEA besteht, wird um kurze Darstellung gebeten, welche weiteren Verfahren durchzuführen wären (Ausschreibung je nach Schwellenwert?).

Die Stadt Leverkusen hat uns zur rechtlichen Prüfung insbesondere folgende Unterlagen übersandt:

- Schreiben der Straßen.NRW vom 12.10.2016 und vom 31.08.2016,
- den Entsorgungsvertrag zwischen der Stadt Leverkusen und der AVEA GmbH & Co. KG vom 29.09.2011,
- die Satzung über die Abfallentsorgung in der Stadt Leverkusen,
- Vermerk von Frau Gardner vom 04.11.2016,
- Ergänzende Angaben (insbesondere Lagepläne) von Frau Gardner per Mail auf unsere Nachfrage, jeweils vom 10.11.2016.

II. Rechtliche Würdigung

1. Grundsätzliche Entsorgungspflicht des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers (Frage 1)

a) Zur Überlassungs- und Entsorgungspflicht nach dem KrWG und der Abfallentsorgungssatzung der Stadt Leverkusen

Das Regelungsregime des KrWG geht im Grundsatz von der Überlassungspflicht der Erzeuger und Besitzer von Abfällen an den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger aus und verpflichtet diesen zur Entsorgung.

aa) Überlassungspflicht, sofern Abfälle nicht in eigener Anlage beseitigt werden

Das KrWG regelt die Überlassungspflicht von Erzeugern oder Besitzern in § 17 KrWG. Hiernach

„(...) sind Erzeuger oder Besitzer von Abfällen aus privaten Haushaltungen verpflichtet, diese Abfälle den nach Landesrecht zur Entsorgung verpflichteten juristischen Personen (öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger) zu überlassen, soweit sie zu einer Verwertung auf den von ihnen im Rahmen ihrer privaten Lebensführung genutzten Grundstücken nicht in der Lage sind oder diese nicht

beabsichtigen. Satz 1 gilt auch für Erzeuger und Besitzer von Abfällen zur Beseitigung aus anderen Herkunftsreichen, soweit sie diese nicht in eigenen Anlagen beseitigen.“

Nicht an den öRE zu überlassen sind Abfälle demnach dann, wenn der Erzeuger und Besitzer von Abfällen in der Lage ist, sie in eigenen Anlagen zu beseitigen.

Zwar halten die Unternehmen der Bayer AG mit der Currenta eine Entsorgungsanlage für Abfälle der Deponieklasse III vor. Allerdings unterfällt der noch nicht ausgehobene Boden auf den Grundstücken der Bayer AG nicht dem Regime des Kreislaufwirtschaftsrechts: § 2 Abs. 2 Nr. 10 KrWG sieht vor, dass die Vorschriften des KrWG nicht für Böden am Ursprungsort (Böden in situ), einschließlich nicht ausgehobener, kontaminierter Böden und Bauwerke, die dauerhaft mit dem Grund und Boden verbunden sind, gelten.¹ Da die Unternehmen der Bayer AG, den Bodenaushub nicht selbst vornehmen oder vornehmen lassen, sondern ihre Grundstücke lediglich für die Baumaßnahmen zur Verfügung stellen, sind sie insoweit nicht vom Anwendungsbereich des KrWG erfasst. Auch wenn sie eine eigene Anlage zur Beseitigung von Abfällen der Deponieklasse III vorhalten, gilt für sie nicht die Überlassungspflicht für Abfälle. Auf ihre selbst betriebene Entsorgungsanlage für Abfälle der Deponieklasse III kommt es daher nicht an.

Erst durch die Baumaßnahmen des Landesbetriebes Straßen.NRW wird der Boden ausgehoben und damit Abfall erzeugt. Die Straßen.NRW ist damit Abfallerzeuger, weil durch seine Tätigkeit Abfälle anfallen (§ 3 Abs. 8 Nr. 1 KrWG).

¹ Dazu und zur Korrektur der *Van de Walle*-Entscheidung des *EuGH* vom 07.09.2004 s. *Prelle*, in: Schmehl, in: GK-KrWG, § 2 Rn. 27 f.

Der Landesbetrieb Straßen.NRW verfügt soweit ersichtlich über keine eigene Entsorgungsanlage. Folglich hat der Landesbetrieb Straßen.NRW die Abfälle als Abfallerzeuger gem. § 17 Abs. 1 Satz 2 KrWG dem örE zu überlassen.

bb) Entsorgungspflicht des örE

Mit der Überlassungspflicht korrespondiert die Entsorgungspflicht des örE. Nach § 20 KrWG haben

„die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger die in ihrem Gebiet angefallenen und überlassenen Abfälle aus privaten Haushaltungen und Abfälle zur Beseitigung aus anderen Herkunftsbereichen (...) zu verwerten oder nach Maßgabe der §§ 15 und 16 zu beseitigen.“

§ 1 Abs. 1 Abfallentsorgungssatzung legt die Stadt Leverkusen als öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger fest und konkretisiert insoweit § 5 Abs. 1 LAbfG NRW, wonach im Grundsatz die Kreise und kreisfreien Städte öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger sind. Die Stadt Leverkusen bedient sich zur Erfüllung ihrer Entsorgungspflichten der AVEA GmbH & Co. KG. Diese ist damit Dritter i. S. v. § 22 KrWG. In den §§ 5 ff. Abfallentsorgungssatzung werden dann die Überlassungspflichten der Abfallerzeuger und -besitzer insbesondere durch die Regelungen zum Anschluss- und Benutzungszwang konkretisiert.

b) Ausnahmen von der Entsorgungs- und Überlassungspflicht nach der Abfallentsorgungssatzung der Stadt Leverkusen

aa) Grundsätzliche Möglichkeit des „Ausschlusses von Abfällen“

Die Stadt Leverkusen kann in ihrer Satzung in zulässiger Weise bestimmte Abfälle von der Entsorgung ausschließen.

§ 20 Abs. 2 Satz 1 und 2 KrWG ermöglicht dem öRE mit Zustimmung der zuständigen Behörde den Ausschluss von Abfällen von der Entsorgung auch für Abfälle zur Beseitigung aus anderen Herkunftsbereichen als privaten Haushaltungen, soweit diese nach Art, Menge oder Beschaffenheit nicht mit den in Haushaltungen anfallenden Abfällen entsorgt werden können oder die Sicherheit der umweltverträglichen Beseitigung im Einklang mit den Abfallwirtschaftsplänen der Länder durch einen anderen öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger oder Dritten gewährleistet ist.

§ 8 LAbfG NRW bestimmt dann auf Landesebene, dass der Ausschluss von Abfällen von der Entsorgung (unter anderem) allgemein durch Satzung festgelegt werden kann. Der Ausschluss kann auf die bezeichneten Abfälle insgesamt oder auf Teilmengen erstreckt werden.

Die Regelung des § 3 Abfallentsorgungssatzung, in der der Ausschluss von Abfällen vorgesehen ist, stimmt mit diesen Anforderungen überein. Während durch § 3 Abs. 1 und 2 Abfallentsorgungssatzung bestimmte Abfälle von Satzungen wegen ausgeschlossen sind, kann die Stadt nach § 3 Abs. 3 Abfallentsorgungssatzung in Einzelfällen mit Zustimmung der Genehmigungsbehörde weitere Abfälle ausschließen. Hierzu muss sie einen Antrag bei der Genehmigungsbehörde stellen.

bb) Vorgaben der Abfallentsorgungssatzung zum „Ausschluss von Abfällen“

(1) § 3 Abs. 1 Nr. 1 Abfallentsorgungssatzung

Nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 Abfallentsorgungssatzung ist das „Einsammeln, Befördern, Entsorgen“ für Abfälle ausgeschlossen, die nicht in der Anlage 3 der Abfallentsorgungssatzung aufgeführt werden.

Hier sind die (wohl nur beispielhaft) aufgeführten Abfälle mit den ASN 17 05 03* und 17 05 04* allerdings in der Anlage 3 der Abfallentsorgungssatzung, dort Kapitel 17 – Bau- und Abbruchabfälle (einschließlich Aushub von verunreinigten Standorten) aufgeführt.

Die Folge ist, dass diese Abfälle nicht nach § 3 Abs. 1 Abfallentsorgungssatzung ausgeschlossen sind und damit der Entsorgungspflicht des öRE unterliegen.

(2) § 3 Abs. 2 Abfallentsorgungssatzung

Mit der Regelung des § 3 Abs. 2 Abfallentsorgungssatzung werden bestimmte Abfälle vom Einsammeln und Befördern ausgeschlossen. Auch wenn § 3 Abs. 2 Nr. 2 Abfallentsorgungssatzung den „Erdaushub“ grundsätzlich benennt, ist fraglich, ob darunter auch die vorliegend betroffenen gefährlichen Abfälle erfasst wären. Dagegen spricht, dass „Erdaushub“ an sich in der Abfallverzeichnis-Verordnung nicht mit einer eigenen Abfallschlüsselnummer vorgesehen ist und die „übliche“ Zusammensetzung des Erdaushubs sich eher auf andere Abfallschlüsselnummern erstreckt (z. B. Kies- und Gesteinsbruch sowie Abfälle von Sand und Ton ASN 01 04 08 und ASN 01 04 09).

Selbst wenn die betreffenden Abfälle von der Reichweite des Tatbestandes erfasst wären, sind diese Abfälle aber nicht von der Entsorgungspflicht des öRE ausgeschlossen. Es ist nach § 3 Abs. 2 i. V. m. § 20 auch keine Deponie DK III bestimmt. Damit ist AVEA jedenfalls zur Entsorgung verpflichtet.

(3) § 3 Abs. 3 Abfallentsorgungssatzung

Entscheidend für den die vorliegende Konstellation ist die Regelung des § 3 Abs. 3 Abfallentsorgungssatzung.

Der Tatbestand der Regelung sieht vor:

„Über den Absatz (...) 1 und 2 hinaus kann die Stadt in Einzelfällen mit Zustimmung der zuständigen Genehmigungsbehörde Abfälle zur Beseitigung aus anderen Herkunftsbereichen als privaten Haushaltungen von der Entsorgung insgesamt oder teilweise ausschließen, soweit diese nach ihrer Art oder Menge nicht mit den in Haushaltungen anfallenden Abfällen entsorgt werden können.“

Der vorliegende Sachverhalt erfüllt zunächst das Tatbestandsmerkmal „soweit die Abfälle nach ihrer Art oder Menge nicht mit den in Haushaltungen anfallenden Abfällen entsorgt werden können“. Die Stadt Leverkusen bzw. die AVEA halten nämlich keine Anlage zur Beseitigung von Abfällen der Depo-nieklasse III vor.

Problematisch kann aber die Herbeiführung der erforderlichen Zustimmung der Genehmigungsbehörde sein. Hierbei handelt es sich um ein Verwaltungsverfahren, das mit einer Entscheidung durch Verwaltungsakt endet.² Die Entscheidung über den Ausschluss liegt insofern nicht allein in den Händen der Stadt Leverkusen. Die Stadt Leverkusen (nicht AVEA) muss vielmehr einen förmlichen Antrag auf Zustimmung zum Ausschluss der betreffenden Abfälle stellen. Die Genehmigungsbehörde prüft dann, ob eine anderweitige Entsorgung auch praktisch umgesetzt und verwirklicht ist.³ Die Folgen für die Entsorgungspflicht des öRE hängen von der Beurteilung der Genehmigungsbehörde ab.

Wenn die Genehmigungsbehörde dem Ausschluss der betreffenden Abfälle zustimmt, gilt die Rechtsfolge des § 3 Abs. 4 Abfallentsorgungssatzung: Soweit Abfälle von der Entsorgung

² BeckOK UmweltR, *Dippel*, KrWG § 20 Rn. 21.

³ *Queitsch*, in: Schmehl, GK-KrWG, § 20 Rn. 42.

durch den örE ausgeschlossen sind, ist der Erzeuger/Besitzer dieser Abfälle, nach den Vorschriften des KrWG und des LAbfG selbst zur Entsorgung der Abfälle verpflichtet. In diesem Fall wäre die AVEA aus ihrer Entsorgungspflicht entlassen und die Straßen.NRW für die Entsorgung der Abfälle verantwortlich. Die Stadt kann sich auf Verlangen von Straßen.NRW durch entsprechende Belege die ordnungsgemäße Entsorgung dieser Abfälle nachweisen lassen (§ 3 Abs. 3 Satz 3 Abfallentsorgungssatzung).

Anders wäre es, wenn die Genehmigungsbehörde ihre Zustimmung verweigert. Dann wären die Abfälle nicht von der Entsorgungspflicht ausgeschlossen und die AVEA bliebe entsorgungspflichtig. In diesem Fall gewinnt die Rechtsfrage an Bedeutung, ob der Stadt Leverkusen ein Anspruch auf Erteilung der Zustimmung gegenüber der Genehmigungsbehörde zusteht, der dann unmittelbar gerichtlich durchgesetzt werden kann.

Dies ist zu verneinen: Die Genehmigungsbehörde prüft nicht nur die Rechtmäßigkeit, sondern auch die Zweckmäßigkeit der behördlichen Ausschlussentscheidung. Dafür spricht zum einen der Sinn des Zustimmungserfordernisses, welches die Ausschlussinteressen des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers mit anderen berechtigten Gemeinwohlinteressen in Einklang bringen soll.⁴ Zum anderen spricht hierfür die besondere Rechtslage in Nordrhein-Westfalen: Die Zustimmung erteilt die für den Vollzug des KrWG zuständige Sonderordnungsbehörde (§ 35 Abs. 2 LAbfG NRW, § 12 OBG NRW). Sie prüft nach § 9 Abs. 2 OBG NRW auch die Zweckmäßigkeit der behördlichen Entscheidung.

Lehnt die Genehmigungsbehörde die Erteilung der Zustimmung ab, kann die Stadt Leverkusen im Wege der Verpflichtung

⁴ So *Schomerus*, in: VMS, KrWG, Rn. 15; Zum Meinungsstand s. BeckOK UmweltR, *Dippel*, KrWG, § 20 Rn. 21.

tungsklage ihren Anspruch zwar gerichtlich weiter verfolgen; dieser ist inhaltlich jedoch nur auf eine ermessensfehlerfreie Entscheidung gerichtet, da den Verwaltungsgerichten nicht die Überprüfung der Zweckmäßigkeit obliegt.⁵ Das bedeutet, dass im Ergebnis einer verwaltungsgerichtlichen Kontrolle nicht die Zustimmung erteilt werden kann, sondern das Gericht auch bei einer erfolgreichen Klage nur die Genehmigungsbehörde verpflichten kann, die Stadt Leverkusen unter Beachtung seiner Rechtsauffassung erneut zu bescheiden. Eine Ausnahme besteht nur für den Fall, dass das behördliche Ermessen ausnahmsweise „auf Null reduziert“ ist.

Eine dritte Konstellation ist möglich: Die Genehmigungsbehörde bleibt untätig. Dies ist vor allem mit Blick auf den zeitlich begrenzten Handlungsspielraum problematisch. Hier kommt zum einen ein Vorgehen im einstweiligen Rechtsschutz (§ 123 Abs. 1 VwGO) in Betracht. Außerdem ist die Erhebung einer Untätigkeitsklage nach Ablauf von drei Monaten nach Antragstellung denkbar (§ 75 VwGO).

Insgesamt kann einer ablehnenden Reaktion der Genehmigungsbehörde in der Weise vorgebeugt werden, dass der an sie gestellte Antrag besonders sorgfältig begründet wird. Dies würde auch die Zahl und Intensität möglicher Nachfragen reduzieren, die zur Aufklärung des Sachverhalts durch die Genehmigungsbehörde gestellt werden könnten.

c) **Schlussfolgerungen**

- Die Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 und Abs. 2 Abfallentsorgungssatzung sind nicht erfüllt. Damit sind die betreffenden Abfälle nicht bereits aufgrund der bestehenden Satzungsregelungen von der Entsorgung durch den örE ausgeschlossen.

⁵ BeckOK UmweltR, *Dippel*, KrWG § 20 Rn. 21.

- Allerdings kommt die Anwendung des Regelungsregimes in § 3 Abs. 3 Abfallentsorgungssatzung in Betracht. Dies erfordert eine Einzelfallentscheidung der Stadt Leverkusen.
- Um die betreffenden Abfälle gem. § 3 Abs. 3 Abfallentsorgungssatzung von der Entsorgungspflicht auszuschließen, muss zudem die Zustimmung der Genehmigungsbehörde durch die Stellung eines förmlichen Antrags eingeholt werden. Dieser Antrag ist zu begründen.
- Die weiteren Handlungsmöglichkeiten des öRE hängen von der Entscheidung der Genehmigungsbehörde ab.
- Versagt die Genehmigungsbehörde ihre Zustimmung, kann die Stadt gegen die Ablehnung vor dem Verwaltungsgericht klagen. Diese sog. Versagungsgegenklage ist auf einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung gerichtet. Das bedeutet im Falle des Erfolgs der Klage, dass in dem Urteil nicht die Zustimmung zum Ausschluss der betreffenden Abfälle erteilt wird. Vielmehr liegt die Entscheidung über die Zustimmung weiterhin bei der Genehmigungsbehörde. Sie ist bei ihrer Entscheidung dann aber an die Rechtsauffassung des Gerichts gebunden.
- Soweit die Abfälle zulässiger Weise von der Entsorgung ausgeschlossen werden, ist der Erzeuger/Besitzer dieser Abfälle, nach den Vorschriften des KrWG und des LAbfG selbst zur Entsorgung der Abfälle verpflichtet. In diesem Fall wäre die AVEA aus ihrer Entsorgungspflicht entlassen und die Straßen.NRW für die Entsorgung der Abfälle verantwortlich.

2. Möglichkeiten der Abfallannahme durch den örE (Frage 2)**a) Entsorgungspflicht der betreffenden Abfälle durch AVEA**

Im Ergebnis der Ausführungen zu 1. besteht die Entsorgungspflicht für den örE fort, sofern und soweit die Stadt Leverkusen nicht einen (erfolgreichen) Antrag bei der Genehmigungsbehörde auf Erteilung der Zustimmung zum Ausschluss der betreffenden Abfälle von der Entsorgung stellt.

Ohne einen solchen Antrag (d. h. bei bloßem Untätig bleiben) ist der örE verpflichtet, die Abfälle, die durch den Aushub entstehen, zu entsorgen.

b) Keine Notwendigkeit einer Änderung der Abfallentsorgungssatzung

Auf die Möglichkeit einer Änderung der Abfallwirtschaftssatzung mit dem Ziel, die betreffenden Abfälle trotzdem anzunehmen, kommt es nach dem Ergebnis zu 1. nicht an.

Grundsätzlich denkbar und zulässig ist es, eine Satzungsänderung mit dem Ziel herbeizuführen, die betreffenden Abfälle von der Entsorgung ausdrücklich auszuschließen. Unabhängig von der Rechtmäßigkeit der Reichweite einer solchen Änderung wäre der formelle Aufwand eines etwaigen Satzungsänderungsverfahrens im Vergleich zum Antrag eines Ausschlusses nach der bestehenden Regelung des § 3 Abs. 3 Abfallentsorgungssatzung zu berücksichtigen. Allerdings bestünde im Falle des Widerstandes der Genehmigungsbehörde ein Vorteil darin, dass mangels ausdrücklicher Regelung die Genehmigung der Aufsichtsbehörde nicht erforderlich ist (§ 7 Abs. 1 Satz 2 GO NRW).

c) Zuweisung der betreffenden Abfälle an die Currenta

Die Zuweisung der betreffenden Abfälle an die Currenta, die eine Entsorgungsanlage für Abfälle der Deponieklasse III vorhält, kommt nicht in Betracht.

§ 17 Abs. 4 KrWG sieht zwar grundsätzlich die Möglichkeit für die Bundesländer vor, zur Sicherstellung der umweltverträglichen Beseitigung Andienungs- und Überlassungspflichten für gefährliche Abfälle zur Beseitigung bestimmen.

Die Mehrzahl der Bundesländer hat von der bundesgesetzlichen Ermächtigung des § 17 Abs. 4 KrWG allerdings keinen Gebrauch gemacht. Nachdem das sog. Lizenzmodell in Nordrhein-Westfalen wegen einer Überschreitung der Landeskompetenzen für verfassungswidrig erklärt wurde,⁶ sind die Andienungspflichten hier ersatzlos entfallen.⁷

3. Weiteres Vorgehen bei Entsorgungspflicht des örE (Frage 3)

Im Ergebnis der Prüfung unter 1. und 2. ist die Stadt für die anfallenden Abfälle Leverkusen entsorgungspflichtig. Eine Entsorgungsmöglichkeit für diese Abfälle besteht gegenwärtig nicht.

a) Erforderlichkeit der öffentlichen Ausschreibung

Da gegenwärtig keine Entsorgungsanlage für Abfälle der Deponieklasse III besteht und der Entsorgungsvertrag zwischen der Stadt Leverkusen und der AVEA die Entsorgung der Abfälle Deponieklasse III nicht ausdrücklich erfasst sowie ohne vergaberechtliche Bedenken keiner Erweiterung zugänglich ist, kommt eine Ausschreibung der Entsorgungsleistung in Betracht.

Abzulehnen ist die Möglichkeit einer sog. Inhouse-Beauftragung der Currenta. Bei ihr handelt es sich um ein rein privates Gemeinschaftsunternehmen der Bayer AG, die 60 % der Anteile hält, und der Lanxess AG, die mit 40 % beteiligt ist. Damit fehlt es schon an der Möglichkeit der Stadt Leverkusen, die Currenta wie eine eigene Dienststelle zu beherrschen.

⁶ BVerfGE 102, 99.

⁷ *Klement*, in: Schmehl, GK-KrWG, § 17 Rn. 202.

b) Kurze Darstellung der öffentlichen Ausschreibung

Im Falle einer öffentlichen Ausschreibung ist zuerst zu klären, wer der zuständige öffentliche Auftraggeber für die Entsorgungsleistung ist. Dem öffentlichen Auftraggeber obliegt es, das Vergabeverfahren durchzuführen. Die Stadt Leverkusen hat mit der AVEA einen Entsorgungsvertrag abgeschlossen und die AVEA als Dritte mit der Einsammlung und dem Transport von Abfällen sowie der Verwertung und Beseitigung der ihrer Entsorgungspflicht unterliegenden Abfälle beauftragt (§ 1 Entsorgungsvertrag vom 29.09.2011).

Bei der AVEA handelt es sich um einen öffentlichen Auftraggeber i. S. v. § 99 Nr. 2 GWB. Sie ist damit für die Ausschreibung zuständig. Danach sind auch andere juristische Personen des öffentlichen und des privaten Rechts öffentliche Auftraggeber, wenn sie (neben weiteren Voraussetzungen) zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen.

Wir gehen ferner davon aus, dass der Entsorgungsauftrag den sog. Schwellenwert von 209.000 € (§ 106 Abs. 2 Nr. 1 GWB i. V. m. Art. 4 Buchst. c) der Richtlinie 2014/24/EU i. V. m. Art. 1 Abs. 1 Buchst. c) Delegierte Verordnung 2015/2170) übersteigen und damit das Regelungsregime des europäischen Vergaberechts bzw. des GWB Anwendung finden wird.

Damit gelten für den vorliegenden Entsorgungsauftrag auch die Regelungen der Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (VgV).

Hier ist zunächst eine Entscheidung über das vergaberechtlich vorgesehene und zulässige Verfahren zu treffen. Nach § 14 Abs. 2 Satz 1 VgV stehen dem öffentlichen Auftraggeber das offene Verfahren und das nicht offene Verfahren, das stets einen Teilnahmewettbewerb erfordert, nach seiner Wahl zur Verfügung.

Bei der Wahl des geeigneten Vergabeverfahrens spielt vor allem Maß und Umfang des erwarteten bzw. gewünschten Wettbewerbs und die zur Verfügung stehende Zeit bis zum Bedarf der Leistung eine entscheidende Rolle.

Bei einem **offenen Verfahren** fordert der öffentliche Auftraggeber eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen öffentlich zur Abgabe von Angeboten auf. Jedes interessierte Unternehmen kann ein Angebot abgeben (§ 15 Abs. 1 VgV).

Die Frist für den Eingang der Angebote (Angebotsfrist) beträgt mindestens 35 Tage, gerechnet ab dem Tag nach der Absendung der Auftragsbekanntmachung.

Bei einem **nicht offenen Verfahren** fordert der öffentliche Auftraggeber eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen im Rahmen eines Teilnahmewettbewerbs öffentlich zur Abgabe von Teilnahmeanträgen auf. Jedes interessierte Unternehmen kann einen Teilnahmeantrag abgeben. Mit dem Teilnahmeantrag übermitteln die Unternehmen die vom öffentlichen Auftraggeber geforderten Informationen für die Prüfung ihrer Eignung (§ 16 Abs. 1 VgV). Nach § 16 Abs. 2 VgV gilt: Die Frist für den Eingang der Teilnahmeanträge (Teilnahmefrist) beträgt mindestens 30 Tage, gerechnet ab dem Tag nach der Absendung der Auftragsbekanntmachung. Auf einer zweiten Stufe fordert der Auftraggeber die geeigneten Bieter zur Abgabe eines Angebots auf. Dabei kann er bei Vergaben nach den Vorschriften der VgV die Zahl der Unternehmen auf maximal fünf beschränken (§ 51 Abs. 2 VgV). Mit Blick auf den knappen Zeitrahmen einerseits und das mutmaßlich begrenzte Bieterfeld andererseits gehen wir allerdings davon aus, dass ein vorgeschalteter Teilnahmewettbewerb nicht in Erwägung gezogen wird.

Für den Fall, dass eine hinreichend begründete Dringlichkeit vorliegt, kann der öffentliche Auftraggeber in beiden Verfahren eine Frist festlegen, die 15 Tage, gerechnet ab dem Tag nach der Absendung der Auftragsbekanntmachung, nicht unterschreiten darf. Bei der Beurteilung einer hinreichend begründeten Dringlichkeit ist aber auch die Regelung des § 20 Abs. 1 VgV zu beachten (und damit die hinreichend begründete Dringlichkeit sofern und soweit keine weiteren – uns nicht vorliegenden – Anhaltspunkte dafür vorliegen zu verneinen), wonach bei der Festlegung der Fristen für den Eingang der Angebote und der Teilnahmeanträge die

Komplexität der Leistung und die Zeit für die Ausarbeitung der Angebote angemessen zu berücksichtigen sind.

Der öffentliche Auftraggeber kann auch **Aufträge im Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb** unter den Voraussetzungen des § 14 Abs. 3 Nr. 3 VgV vergeben. Die insoweit erforderlichen Anhaltspunkte dafür, dass äußerst dringliche, zwingende Gründe im Zusammenhang mit Ereignissen, die der betreffende öffentliche Auftraggeber nicht voraussehen konnte, es nicht zulassen, sind nicht gegeben: Wir konnten den Unterlagen entnehmen, dass sich der Landesbetrieb Straßen.NRW bereits mit Schreiben vom 31.08.2016 an die Stadt Leverkusen gewandt hat. Der Sachverhalt liegt der Stadt schon seit längerer Zeit vor. Bis zum Abschluss des Planfeststellungsverfahrens und dem Baubeginn ist auch noch ausreichend Zeit. Dies steht der Annahme einer besonderen Dringlichkeit entgegen.

Eine weitere vereinfachte Möglichkeit, nämlich den Entsorgungsauftrag im sog. **Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb** nach § 14 Abs. 4 VgV zu vergeben, da die Voraussetzungen des Tatbestandes nicht vorliegen. Es handelt sich bei der Vergabe eines Auftrages für Entsorgungsleistungen von Abfällen der Deponieklasse III nämlich nicht um einen Auftrag, der nur von einem bestimmten Unternehmen erbracht oder bereitgestellt werden kann (§ 14 Abs. 4 Nr. 2 VgV).

Zur Vorbereitung der Bekanntmachung sind die Vergabeunterlagen zu erstellen (§ 29 VgV) und insbesondere die Leistungsbeschreibung zu erarbeiten (§ 31 VgV) Der Auftrag ist sodann ordnungsgemäß bekannt zu machen (§ 37 VgV).

III. Zusammenfassung

Wir fassen die wesentlichen Ergebnisse zusammen:

- Die im Zuge der Bauarbeiten anfallenden Abfälle der Deponieklasse III sind der AVEA zur Beseitigung zu überlassen. Etwas anderes gilt nur dann, wenn die Stadt Leverkusen einen Antrag bei der zuständigen Genehmigungsbehörde gem. § 3 Abs. 3 Abfallentsorgungssatzung stellt und die hier betroffenen Abfälle von der Beseitigung ausschließt.

- Soweit die Abfälle zulässigerweise von der Entsorgung ausgeschlossen werden, ist der Erzeuger/Besitzer dieser Abfälle, nach den Vorschriften des KrWG und des LAbfG selbst zur Entsorgung der Abfälle verpflichtet. In diesem Fall wäre die AVEA aus ihrer Entsorgungspflicht entlassen und die Straßen.NRW für die Entsorgung der Abfälle verantwortlich.
- Ein Anspruch gegenüber der Genehmigungsbehörde auf Zustimmung zum Ausschluss weiterer Abfälle besteht allerdings nicht. Im Falle der ablehnenden Entscheidung der Genehmigungsbehörde und einer anschließenden verwaltungsgerichtlichen Durchsetzung des Anspruches ist dieser auch bei Erfolg der Klage lediglich auf eine ermessensfehlerfreie Entscheidung gerichtet.
- Sofern und soweit eine Änderung der Abfallentsorgungssatzung mit dem Ziel herbeigeführt werden soll, die betreffenden Abfälle von der Entsorgung auszuschließen, ist der formelle Aufwand eines Satzungsänderungsverfahrens im Vergleich zum Antrag eines Ausschlusses gem. § 3 Abs. 3 Abfallentsorgungssatzung zu bedenken.
- Wenn die betreffenden Abfälle nicht von der Entsorgung ausgeschlossen werden (kein Antrag nach § 3 Abs. 3 Abfallentsorgungssatzung; keine Satzungsänderung), bleibt es bei der Entsorgungspflicht der AVEA. Da keine Anlage zur Beseitigung von Abfällen der Deponieklasse III vorhanden ist, kommt eine Ausschreibung der Entsorgungsleistung in Betracht. Diese ist von der AVEA als öffentliche Auftraggeberin i. S. v. § 99 Nr. 2 GWB vorzunehmen.
- Da der Schwellenwert von derzeit 209.000 € für die Leistung überschritten sein dürfte, findet das Regelungsregime des Europäischen Vergaberechts Anwendung.
- Anschließend ist das nach der Vergabeverordnung (VgV) zulässige und vergaberechtliche vorgesehene Verfahren zu wählen. Hierbei kommen grundsätzlich das offene Verfahren und das nicht offene Verfahren in Betracht. Anhaltspunkte für eine hinreichende begründete Dringlichkeit, wonach die vom öffentlichen Auftraggeber einzuhaltenden Fristen verkürzt werden könnten, sind uns zum Zeitpunkt unserer Begutachtung nicht bekannt. Das weitere Verfahren dürfte sich somit in der grundsätzlich vorgesehenen Weise gestalten, sodass zur Vor-

bereitung der Bekanntmachung die Vergabeunterlagen zu erstellen sind, insbesondere die Leistungsbeschreibung zu erarbeiten und der Auftrag sodann ordnungsgemäß bekannt zu machen ist.

Gerne stehen wir bei der weiteren Begleitung des Verfahrens, ggf. auch bei der Durchführung des Vergabeverfahrens kurzfristig zur Verfügung. Gleiches gilt für Rückfragen zu dieser rechtlichen Prüfung.

Mit freundlichen Grüßen

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Wenzel', is positioned below the closing text.

Dr. Wenzel
Rechtsanwalt