

# Information 81



## **DIE KOMMUNALE SAMMLUNG VON ALTKLEIDERN**

Handlungshilfe für öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger  
und kommunale Entsorgungsunternehmen

# Inhalt

---

Vorwort	4
<b>Die Untersagung gewerblicher Sammlungen von Alttextilien</b> Dr. Angela Dageförde und Dr. Holger Thärichen	6
<b>Sammlung und Verwertung von Alttextilien</b> Andreas Voget	30
<b>Straßenrechtliche Bewertung gewerblicher und gemeinnütziger Alttextilsammlungen</b> Heike Ameskamp und Dr. Holger Thärichen	36
<b>Umgang und Möglichkeiten einer Kooperation mit gemeinnützigen Alttextilsammlern</b> Dr. Frank Wenzel	48
<b>Die öffentliche Vergabe von Alttextilentsorgungsleistungen</b> Dr. Angela Dageförde	53

## Impressum

Herausgeber Verband kommunaler Unternehmen e.V. (VKU)  
Invalidenstraße 91, 10115 Berlin  
Fon +49 30 58580-0, Fax +49 30 58580-100  
www.vku.de, info@vku.de

Produktion Sigillum-Verlag GmbH, Berlin/München  
Invalidenstraße 91, 10115 Berlin  
Fon +49 30 58580-850

Gestaltung Barbara Dunkl, Berlin

Fotonachweis Shutterstock (Titel)

# Vorwort

---

Die Sammlung und Verwertung von Alttextilien hat sich in den letzten Jahren zu einem stark umkämpften Feld der Entsorgungswirtschaft entwickelt. Für viele überraschend waren es insbesondere gewerbliche und gemeinnützige Altkleidersammler, die mit Inkrafttreten des neuen Kreislaufwirtschaftsgesetzes zum 1. Juni 2012 ihre Sammlungen bei den zuständigen Behörden anzeigten und so das neu gestaltete Prüfungsverfahren in Gang setzten. In vielen Kommunen liegen 20, 30 und mehr Anzeigen von Alttextilsammlungen den Behörden sowie den anzuhörenden öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern zur rechtlichen Bewertung vor. Vielfach werden Alttextilien allerdings auch durch unseriöse Sammler ohne förmliche Anzeige illegal gesammelt – etwa durch Altkleidercontainer, die ohne straßenrechtliche Erlaubnis im öffentlichen Straßenraum aufgestellt werden, oder über Plastikeimer oder Wäschekörbe, die zum Zwecke der Textil- und Schuh-sammlung ungefragt vor Haustüren gestellt werden. Die massive Zunahme illegal aufgestellter Container stellt in vielen Kommunen ein wachsendes Ärgernis dar, das die Behörden zum Eingreifen zwingt. Hintergrund der zunehmenden Altkleidersammlungen sind die hohen Preise, die sich mittlerweile für Altkleider erzielen lassen und die häufig bis zu 500 Euro pro Tonne erreichen. Ob diese hohen Erlöse allerdings bruchlos in die Zukunft fortgeschrieben werden können, kann bezweifelt werden. Rückschläge auf

den Altkleidermärkten sind jedenfalls nicht ausgeschlossen. Die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger bauen inzwischen vielerorts eigene Alttextilsammlungen auf. Die Gründe hierfür sind vielfältig. So sieht manche Kommune den Aufbau einer eigenen Sammlung als probates Mittel, um durch die Verdrängung illegaler Container wieder zu geordneten städtebaulichen und straßenrechtlichen Verhältnissen zu gelangen.

Für andere Kommunen ist das Motiv bestimmend, gemeinnützige Sammlungen zu schützen und diese in das eigene System zu integrieren. Wieder andere wollen die gestiegenen Erlöse für Alttextilien zur Stabilisierung beziehungsweise Senkung der Abfallgebühren einsetzen. Der Aufbau kommunaler Sammelstrukturen für Alttextilien wirft jedoch zahlreiche, insbesondere rechtliche Fragen auf: Wann ist nach dem neuen Kreislaufwirtschaftsgesetz eine kommunale Sammlung vor gewerblicher Konkurrenz geschützt? Welchen Stellenwert hat insbesondere die Vergabe einer Dienstleistungskonzession? Wie kann die Entfernung illegal aufgestellter Behälter straßenrechtlich durchgesetzt werden? Welche Kooperationsmodelle stehen für die Zusammenarbeit mit gemeinnützigen Einrichtungen zur Verfügung? Was ist bei der Ausschreibung der Sammlung und Verwertung von Altkleidern zu beachten?

Die hier vorliegende Informationsschrift will Antworten auf diese Fragen geben und eine praxisorientierte Hilfestellung für den Aufbau kommunaler Altkleidersammlungen sein. Die namentlich gekennzeichneten Beiträge geben dabei die Auffassungen der jeweiligen Autoren wieder. Einen Schwerpunkt bildet das Zusammenspiel von Abfallrecht, Straßenrecht und Vergaberecht, das aktuell auch zahlreiche Gerichte beschäftigt. Wir hoffen, mit dieser Schrift zu etwas mehr Klarheit beitragen zu können, und sind für Kritik und Anregungen stets dankbar.



**Patrick Hasenkamp**  
VKU-Vizepräsident



**Hans-Joachim Reck**  
VKU-Hauptgeschäftsführer

Dr. Angela Dageförde und Dr. Holger Thärichen<sup>1</sup>

# Die Untersagung gewerblicher Sammlungen von Alttextilien

Aktuelle Rechtsprechung und kommunale Handlungsoptionen

Die konkrete Ausgestaltung der Alttextilsammlung ist vor dem Hintergrund des neuen Kreislaufwirtschaftsgesetzes für die Kommunen ein wichtiges aktuelles Thema. Der Artikel gibt Hinweise auf die verschiedenen zu beachtenden rechtlichen Aspekte und Beschränkungsmöglichkeiten mit Blick auf potenzielle gewerbliche Sammlungen.

Die Neuregelung der gewerblichen Sammlung durch die §§ 17, 18 KrWG wirft nach wie vor eine Fülle von Rechtsfragen auf und beschäftigt zunehmend die Gerichte. Eine Abfallfraktion rückt dabei mehr und mehr in den Fokus: Altkleider und Alttextilien. Aufgrund der hohen Erlöse, die derzeit für diesen Stoffstrom erzielt werden können, treten vielerorts gewerbliche Sammler auf, teilweise aber auch illegale Sammler, die ihre Container ohne Erlaubnis auf öffentlichen

und privaten Flächen platzieren. Für die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger wirft dies die Frage auf, wie sie kommunale Sammlungen vor gewerblicher und illegaler Konkurrenz schützen können. Neben der Zuverlässigkeitsprüfung steht hierbei die Geltendmachung überwiegender öffentlicher Interessen im Sinne von § 17 Abs. 3 KrWG im Vordergrund.

Besondere Aufmerksamkeit verdient dabei der durch § 17 Abs. 3 S. 3 Nr. 3 KrWG normierte Schutz von

wettbewerblichen Ausschreibungen. Durch dieses Schutzgut erlangen auch vergaberechtliche Fragestellungen im Kontext der öffentlichen Interessen gemäß § 17 Abs. 3 KrWG Relevanz. Hinsichtlich der Alttextilien ist klärungsbedürftig, ob auch die Ausschreibung einer Dienstleistungskonzession, die für diesen Abfallstrom von erheblicher praktischer Relevanz ist, ein öffentliches Interesse im Sinne des § 17 Abs. 3 S. 3 Nr. 3 KrWG begründet.

Darüber hinaus wird in der bislang vorliegenden Rechtsprechung die Frage kontrovers diskutiert, ob bei Darlegung öffentlicher Interessen durch den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger beziehungsweise die zuständige Abfallbehörde unter Inbezugnahme auf eine der drei Fallgruppen des § 17 Abs. 3 S. 3 KrWG auch das Erreichen einer „Wesentlichkeitsschwelle“ im Sinne einer bestimmten quantitativen Auswirkung der gewerblichen Sammlung belegt werden muss. Gerade bei der Fallgruppe des kommunalen Ausschreibungswettbewerbs nach § 17 Abs. 3 Satz 3 Nr. 3 KrWG begegnet das Erfordernis einer „Wesentlichkeitsschwelle“ jedoch einer ganzen Reihe rechtssystematischer Einwände.

Nachfolgend werden die eben skizzierten Rechtsfragen erörtert. Dabei wird auch ein Überblick über die bereits recht umfangreiche Rechtsprechung zu gewerblichen Altkleidersammlungen gegeben.

## I. Ausgangsfragen

Bei der Prüfung der Anzeigen gewerblicher Alttextilsammler stellen sich in der Praxis regelmäßig wiederkehrende Rechtsfragen, die von den Gerichten aktuell sehr unterschiedlich beantwortet werden. Zu diesen Rechtsfragen, die nachfolgend diskutiert werden, gehören insbesondere folgende:

- Wie ist die **Zuverlässigkeitsprüfung** durchzuführen?
- Gehört zur Zuverlässigkeit eines Sammlers insbesondere die Einhaltung des straßenrechtlichen Erfordernisses einer **Sondernutzungserlaubnis** für das Aufstellen von Sammelcontainern?
- Welche Anforderungen sind an den **Verwertungsnachweis** zu stellen?

- Welche **überwiegenden öffentlichen Interessen** können einer gewerblichen Altkleidersammlung entgegengehalten werden?
- Kommt es bei der Prüfung öffentlicher Interessen auf das Erreichen einer bestimmten **Wesentlichkeits- beziehungsweise Erheblichkeitsschwelle** durch die Sammlung an?
- Wann ist eine kommunale **Ausschreibung** der Altkleidersammlung beziehungsweise –verwertung geschützt?
- Gilt der Schutz nach § 17 Abs. 3 S. 3 Nr. 3 KrWG auch im Falle der Vergabe einer **Dienstleistungskonzession**?
- Unter welchen Voraussetzungen genießt ein gewerblicher Sammler **Vertrauensschutz** nach § 18 Abs. 7 KrWG?

## II. Rechtliche Würdigung

Gemäß § 18 Abs. 5 S. 2 KrWG hat die zuständige Behörde die Durchführung der angezeigten Sammlung zu untersagen, wenn Tatsachen bekannt sind, aus denen sich Bedenken gegen die Zuverlässigkeit des Anzeigenden oder der für die Leitung und Beaufsichtigung der Sammlung verantwortlichen Personen ergeben (dazu unter 1), oder die Einhaltung der in § 17 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 oder Nr. 4 KrWG genannten Voraussetzungen anders nicht zu gewährleisten ist (dazu unter 2).

### 1. Untersagung aufgrund fehlender Zuverlässigkeit gemäß § 18 Abs. 5 S. 2 Alt. 1 KrWG

Eine Untersagungsverfügung kann bereits auf § 18 Abs. 5 S. 2 Alt. 1 KrWG gestützt werden, wenn Bedenken gegen die Zuverlässigkeit der Geschäftsführung des sammelnden Unternehmens bestehen. Diese Zuverlässigkeitsprüfung hat gerade bei gewerblichen Altkleidersammlungen eine erhebliche praktische Bedeutung, da hier vielerorts unseriöse Sammler ohne Beachtung der rechtlichen Rahmenbedingungen tätig sind. In der Rechtsprechung ist inzwischen anerkannt, dass eine Unzuverlässigkeit sowohl aus der systematischen Verletzung des straßenrechtlichen

<sup>1</sup> Dr. Angela Dageförde ist Fachanwältin für Verwaltungsrecht sowie für Bau- und Architektenrecht mit eigener Kanzlei in Hannover, Dr. Holger Thärichen ist Rechtsanwalt und Geschäftsführer der Sparte Abfallwirtschaft und Stadtreinigung VKS im VKU. Die Verfasser danken Frau Rechtsanwältin Katharina Aye für ihre Unterstützung bei der Erstellung des Beitrags.



Erfordernisses von Sondernutzungsgenehmigungen für die aufgestellten Container als auch aus der missbräuchlichen Vortäuschung einer tatsächlich nicht gegebenen Gemeinnützigkeit gefolgert werden kann.

Für die fehlende Zuverlässigkeit kann danach insbesondere bereits der Umstand sprechen, dass das anzeigende Unternehmen in erheblichem Umfang (angezeigt wurde eine flächendeckende Sammlung) ohne Zustimmung und Kenntnis des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers (öRE) Sammelcontainer aufgestellt hat. Geht das sammelnde Unternehmen in keiner Weise der Frage nach, ob es jeweils befugt ist, seine Container an den dafür ausgesuchten Standorten aufzustellen, so spricht dieser Umstand bereits für die fehlende Zuverlässigkeit der Geschäftsführung des Unternehmens. Das VG Arnsberg hat hierzu festgestellt, dass die Unzuverlässigkeit handgreiflich ist, wenn dem Sammelunternehmen in jeder Hinsicht die Bereitschaft fehlt, sich an die einschlägigen Rechtsvorschriften zu halten.<sup>2</sup>

Auch nach einer jüngeren Entscheidung des Verwaltungsgerichts Würzburg ist ein Sammelunternehmen unzuverlässig, wenn es Altkleider und sonstige Wertstoffe mittels Wäschekörben bei privaten Haushalten einsammelt, ohne über die behördlichen beziehungsweise privaten Abstellerlaubnisse zu verfügen.<sup>3</sup> Die Unzuverlässigkeit eines Sammlers folgt demnach regelmäßig aus einer systematischen Missachtung der normativen Grundlagen der eigenen Sammeltätigkeit.

Hieraus folgt aber auch, dass – entgegen der früheren Rechtsprechung des VG Würzburg<sup>4</sup> – die zuständige Behörde die Möglichkeit haben muss, die Vorlage von Standortlisten und dazugehörigen Sondernutzungserlaubnissen vom gewerblichen Sammler anzufordern, da andernfalls nicht geprüft werden kann, ob das Sammelunternehmen die normativen Grundlagen der eigenen Sammeltätigkeit beachtet. Folgerichtig hat der Bayerische Verwaltungsgerichtshof entschieden, dass die zuständige Behörde nach § 18 Abs. 2 Nr. 2 KrWG – „Ausmaß“ der Sammlung – berechtigt ist, Angaben zu verlangen, an welchen Standorten und in welcher Anzahl Altkleidercontainer im Stadtgebiet aufgestellt wurden beziehungsweise werden sollen.<sup>5</sup> Ergibt sich dabei, dass das

Sammelunternehmen seine Container ohne Erlaubnis aufgestellt hat, so liegt der Untersagungsgrund der Unzuverlässigkeit vor. Dementsprechend kann bei systematischer Missachtung des Straßenrechts die gewerbliche Sammlung bereits nach § 18 Abs. 5 S. 2 Alt. 1 KrWG von der Behörde untersagt werden, sodass es auf die Beeinträchtigung öffentlicher Interessen nicht mehr ankommt.

Umstritten ist, wie gravierend die Verstöße gegen das Straßenrecht sein müssen, um die Unzuverlässigkeit des gewerblichen Sammlers annehmen zu können. So hat das OVG Nordrhein-Westfalen durchaus auch straßenrechtlichen Verstößen eine Bedeutung für die Zuverlässigkeitsprüfung zuerkannt.<sup>6</sup> Allerdings bedürfe § 18 Abs. 5 S. 2 1. Alt. aufgrund der Grundrechtsrelevanz einer Untersagungsverfügung der einschränkenden Auslegung. Bedenken gegen die Zuverlässigkeit des Sammlers müssten danach ein so starkes Gewicht haben, dass sie den Grundrechtseingriff durch die Sammlungsuntersagung rechtfertigen könnten. Grundsätzlich könne eine Unzuverlässigkeit auch aus der **systematischen und massiven Verletzung von Straßenrecht** folgen. § 8 Abs. 2 EfbV – der das Straßenrecht nicht benennt – sei insoweit nicht abschließend, sondern nur eine Orientierungshilfe. Im konkreten Fall konnte das OVG mangels ausreichender Tatsachengrundlage (rechtmäßiges Aufstellen von Containern in anderen Kommunen, Anträge auf Nutzungserlaubnisse, Abberufung des früheren Geschäftsführers) eine Unzuverlässigkeit des Sammlers jedoch nicht feststellen, woran durchaus Zweifel angemeldet werden können.

Nicht nur die illegale Sondernutzung, sondern auch die unbefugte Inanspruchnahme privater Grundstücke für das Aufstellen von Sammelcontainern kann dazu führen, dass der Sammler als unzuverlässig gilt.<sup>7</sup>

<sup>2</sup> Vgl. VG Arnsberg, Beschluss v. 20.03.2013 – 8 L 978/12.

<sup>3</sup> VG Würzburg Beschluss v. 15.04.2013 – W 4 S 13.145.

<sup>4</sup> VG Würzburg, Beschluss v. 11.10.2012 – W 4 S 12.820, AbfallR 2013, 45.

<sup>5</sup> BayVGH v. 08.04.2013 – 20 CS 13.377.

<sup>6</sup> Beschluss v. 19.07.2013, Az. 20 B 530/13.

<sup>7</sup> S. z.B. VGH München, Beschluss v. 08.04.2013, Az.: 20 CS 13.33712.

Einen Riegel hat die Rechtsprechung auch vor solche unseriösen Sammler geschoben, die mittels phantasievoller Firmennamen einen gemeinnützigen Zweck lediglich vortäuschen, um die Privilegierungen gemeinnütziger Sammlungen im Sinne von § 3 Abs. 17 KrWG in Anspruch nehmen zu können. Die missbräuchliche Vortäuschung der Gemeinnützigkeit – im entschiedenen Fall wurde lediglich eine „vorläufige Bescheinigung“ des Finanzamtes ohne tatsächliche gemeinnützige Aktivitäten vorgelegt – begründet danach den Untersagungsstatbestand der Unzuverlässigkeit.<sup>8</sup> Hieraus folgt, dass die zuständigen Behörden bei angezeigten „gemeinnützigen Altkleidersammlungen“ stets sorgfältig prüfen sollten, ob die Tatbestandsvoraussetzungen einer gemeinnützigen Sammlung tatsächlich vorliegen. Die Definition des § 3 Abs. 17 KrWG verfolgt gerade den Zweck, eine missbräuchliche Umgehung der öffentlichen Interessen gemäß § 17 Abs. 3 KrWG auszuschließen.

#### Praxistipp:

##### Untersagung bei Unzuverlässigkeit

- Eine gewerbliche Sammlung kann bei **Unzuverlässigkeit** des Sammlers nach § 18 Abs. 5 S. 2 1. Alt. KrWG untersagt werden.
- Unzuverlässig ist ein Sammler auch im Falle einer **systematischen und massiven Verletzung des Straßenrechts** durch das ungenehmigte Aufstellen von Sammelcontainern auf öffentlichem Straßenland. Die Rechtsverstöße sollten durch die Behörde beziehungsweise den öRE umfassend dokumentiert werden.
- Eine Unzuverlässigkeit kann ferner aus der **missbräuchlichen Vortäuschung eines gemeinnützigen Sammelzwecks** folgen.

#### Praxistipp:

##### Anhaltspunkte für unzuverlässige Sammler

- **Indizien für die Unzuverlässigkeit eines Sammlers, die Anlass für weitere Ermittlungen sein könnten, können vorliegen, wenn:**
- in unterschiedlichen Unternehmen immer die selben Beteiligten wahlweise als Inhaber, Geschäftsführer oder für den Betrieb verantwortliche Person auftreten;
- ein gemeinnütziger Verein lediglich einen vorläufigen Freistellungsbescheid des zuständigen Finanzamtes vorlegen kann;
- der Inhaber eines Recyclingunternehmens als Vorstand eines gemeinnützigen Vereins eingetragen ist, der die Recyclingfirma mit der Sammlung beauftragt hat;
- die Vorlage von Führungszeugnissen oder Auszügen aus dem Handels- oder Gewereregister verweigert wird;
- Containerstandorte oder der Nachweis von Sondernutzungserlaubnissen oder Einverständniserklärungen von privaten Grundstückseigentümern nicht vorgelegt werden;
- eine Gewerbeuntersagung vorliegt;
- bereits aus anderen Gebieten bekannt ist, dass der Sammler Container ohne Sondernutzungserlaubnis aufstellt;
- Bestandssammlungen angezeigt werden, ohne dass ein für den Zeitraum vor dem 1. Juni 2012 erforderlicher Nachweis einer ordnungsgemäßen und schadlosen Verwertung und gegebenenfalls Sondernutzungserlaubnisse nachgereicht werden können;
- nach Erlass von Untersagungsverfügungen der Firmenname geändert wird, eine andere Firma gegründet wird, verantwortliche Personen ausgetauscht werden;

<sup>8</sup> VG Arnsberg v. 20.03.2013 – 8 L 916/12; ähnlich VG Würzburg v. 15.04.2013 – W 4 S 13.145.

- eine gewerbliche Sammlung nicht durch den Sammler selbst, sondern durch einen Mitarbeiter eines anderen Sammlungsunternehmens für diesen angezeigt wird;
- Entsorgungsverträge mit den Verwertungsunternehmen nicht vorgelegt werden können;
- Verträge vorgelegt werden, die sich nicht auf eine ordnungsgemäße Verwertung, sondern auf die Verbringung ins Ausland beziehen;
- mehrere, sich widersprechende Verträge vorgelegt werden;
- Anzeigeunterlagen selbst nach Aufforderung nicht unterschrieben werden;
- Verträge ohne Unterschrift vorgelegt werden;
- sich die Verantwortlichen gemeinnütziger Vereine auf mehrmonatigen Auslandsaufenthalten befinden und dadurch weitere Angaben zunächst nicht möglich sein sollen.

## 2. Untersagung gemäß § 18 Abs. 5 S. 2 Alt. 2 in Verbindung mit § 17 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 KrWG

Daneben kommt als Rechtsgrundlage für eine Untersagungsverfügung § 18 Abs. 5 S. 2 Alt. 2 KrWG in Betracht. Die gewerbliche Sammlung von Alttextilien durch das anzeigende Unternehmen kann auch dann untersagt werden, wenn die Einhaltung der in § 17 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 KrWG genannten Voraussetzungen anders nicht zu gewährleisten ist.

Gemäß § 17 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 KrWG besteht die in Abs. 1 normierte Überlassungspflicht von Abfällen aus privaten Haushalten nicht für Abfälle, die durch gewerbliche Sammlung einer ordnungsgemäßen und schadlosen Verwertung zugeführt werden, soweit überwiegende öffentliche Interessen dieser Sammlung nicht entgegenstehen.

### a) Fehlender Nachweis der ordnungsgemäßen und schadlosen Verwertung

Weist ein Unternehmen im Anzeigeverfahren nach § 18 Abs. 1 KrWG nicht nach, dass die von ihm gesammelten Abfälle einer ordnungsgemäßen und schadlosen Verwertung zugeführt werden, so bleibt die Überlassungspflicht des § 17 Abs. 1 KrWG an den öRE bestehen. Die gewerbliche Sammlung ist dann nicht rechtmäßig.

Gemäß § 7 Abs. 3 S. 2 und 3 KrWG erfolgt die Verwertung ordnungsgemäß, wenn sie im Einklang mit den Vorschriften dieses Gesetzes und anderen öffentlich-rechtlichen Vorschriften steht. Sie erfolgt schadlos, wenn nach der Beschaffenheit der Abfälle, dem Ausmaß der Verunreinigungen und der Art der Verwertung Beeinträchtigungen des Wohls der Allgemeinheit nicht zu erwarten sind, insbesondere keine Schadstoffanreicherung im Wertstoffkreislauf erfolgt.

Bereits der fehlende Nachweis über diese Voraussetzungen stellt nach der überwiegenden Rechtsprechung einen Untersagungsgrund im Sinne des § 18 Abs. 5 KrWG dar.<sup>9</sup> Das Verwaltungsgericht Düsseldorf hat allerdings für die Untersagung einer überhaupt nicht angezeigten Sammlung § 62 KrWG als maßgebliche Rechtsgrundlage herangezogen, womit sich freilich am Ergebnis der Unzulässigkeit der Sammlung nichts ändert.<sup>10</sup> Die zuständige Behörde konnte mangels Anzeige die laufende Sammlung nicht abschließend auf ihre materielle Rechtmäßigkeit überprüfen. Beruht dieser Zustand – wie hier – allein auf in der Sphäre des sammelnden Unternehmens liegenden Gründen, die diesem auch bewusst sind, ist es ihm zumutbar, seine Sammlung (zunächst) zu unterbrechen und das Anzeigeverfahren ordnungsgemäß zu betreiben.

Das VG Ansbach<sup>11</sup> hat die Anforderungen an den Verwertungsnachweis konkretisiert und dabei festgestellt, dass sich die Anforderungen durch das Inkrafttreten des KrWG nicht geändert haben:

*[...] Verwertet der Einsammler diese Abfälle nicht selbst, muss er die Verwertung in diesem Sinn durch den Verwerter nachweisen. Die Nachweisführung bezog sich dabei auf den Gegenstand der Sammlung, auf das beabsichtigte Verwertungsverfahren und bei Nichtidentität von Sammler und Verwerter auf Offenlegung des vertraglichen Innenverhältnisses mit einem Verwertungsunternehmen. Dabei dürfte der Nachweis (nur) erbracht gewesen sein, wenn der gewerbliche Sammler einen solchen Vertrag mit dem Verwerter vorlegt, in dem dieser unabhängig vom jeweiligen Erlös die Abnahme der Stoffe garantiert. An dieser Rechtslage hat sich ebenfalls nichts geändert, wie sich nunmehr aus §§ 18 Abs. 2, insbesondere Nr. 5, 17 Abs. 2 Nr. 4, 7 Abs. 3 KrWG ergibt. [...]*

Alternativ könne nach Auffassung des VG Ansbach auch eine verbindliche Abnahmebestätigung des Verwertungsunternehmens mit dem vorgenannten erforderlichen Inhalt vorgelegt werden. Das VG Würzburg hat einen Nachweis eines Sammlers, der mittels Wäschkörben verschiedene Fraktionen wie Glas, Bekleidung, Textilien, Porzellan, Reifen, Werkzeuge, et cetera gesammelt hatte, als unzureichend gewertet, da sich die Nachweise nur auf die Textilabfälle bezogen.<sup>12</sup> Es ist also darauf zu achten, dass stets Verwertungsnachweise für sämtliche Abfallfraktionen beigebracht werden, die gewerblich gesammelt werden sollen.

Das VG Neustadt kommt in seinem Beschluss vom 06.05.2013<sup>13</sup> zu dem unseres Erachtens richtigen Ergebnis, dass der Fall der völlig unzureichenden Anzeige gleichzusetzen ist mit dem der fehlenden Anzeige, und zwar auch dann, wenn das Vorliegen einer Bestandssammlung behauptet wird. Bei der hier vorliegenden Sach- und Rechtslage bestehe auch ein überwiegendes öffentliches Interesse am Sofortvollzug der Untersagung, „weil anderenfalls der Regelungszweck des § 18 KrWG, nämlich sicherzustellen, dass die zu-

ständige Behörde rechtzeitig vor der Aufnahme der beabsichtigten Sammlung prüfen kann, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für das Sammlungssystem vorliegen, verfehlt würde.“

Daran änderte nach Auffassung des VG Neustadt auch der Umstand nichts, dass es sich angeblich um eine Bestandssammlung im Sinne des § 18 Abs. 7 KrWG handelte. Gemäß § 72 Abs. 2 KrWG hätte der Antragsteller diese Sammlung nämlich bis zum 31.08.2013 angezeigt haben müssen – in einer den Anforderungen des § 18 KrWG genügenden Form.

Das VG Neustadt hat ferner die Anforderungen präzisiert, die an den Verwertungsnachweis eines Alttextilsammlers zu stellen sind.<sup>14</sup> Die bloße Benennung einer litauischen Firma und eines inländischen Müllheizkraftwerks als Verwertungsbetriebe ist danach unzureichend, da mit diesen Angaben die Verwertung der Abfälle in ordnungsgemäßer und schadloser Weise noch nicht nachgewiesen ist.

Zu beachten ist, dass die Rechtsfolgen von Verstößen gegen die Anzeigepflicht von den Gerichten noch sehr unterschiedlich bewertet werden. So begründet nach dem VG Bremen ein Sammler Bedenken gegen seine Zuverlässigkeit, wenn er eine Sammlung ohne die nach § 18 Abs. 2 KrWG erforderliche vollständige Anzeige beginnt.

Bedenken gegen seine Zuverlässigkeit, wenn er eine Sammlung ohne die nach § 18 Abs. 2 KrWG erforderliche vollständige Anzeige beginnt.<sup>15</sup>

Hingegen rechtfertigt nach dem OVG NRW<sup>16</sup> eine unvollständige Anzeige die Untersagung nicht. Eine Untersagung sei vielmehr nur bei **positiver Feststellung** der Behörde zulässig, dass ohne die Untersagung die Einhaltung der gesetzlichen Voraussetzungen nicht gewährleistet ist. Diese Rechtsprechung des OVG NRW widerspricht jedoch der Regelungssystematik des § 18 KrWG, nach dem das Anzeigeverfahren mit den Reaktionsmöglichkeiten nach § 18 Abs. 5 und Abs. 6 KrWG der Aufnahme einer gewerblichen Sammlung gerade vorgeschaltet ist. Dem öRE beziehungsweise der zuständigen Behörde kann demnach nicht abverlangt werden, solange zuzuwarten, bis sich eine Beeinträchtigung öffentlicher Interessen oder eine nicht-ordnungsgemäße Verwertung tatsächlich realisieren. Andernfalls würde auch die dreimonatige Wartefrist in § 18 Abs. 1 keinen Sinn ergeben.

<sup>9</sup> VG Ansbach, Urteil v. 16.01.2013, Az.: AN 11 K 12.00358; VGH München, Beschluss vom 24.07.2012 – 20 CS 12.841; VG Würzburg, Beschluss v. 15.04.2013 – W 4 S 13.145.

<sup>10</sup> VG Düsseldorf, Beschluss v. 21.03.2013 – 17 L 260/13.

<sup>11</sup> a.a.O.

<sup>12</sup> VG Würzburg v. 15.04.2013 – W 4 S 13.145.

<sup>13</sup> Az.: 4 L 318/13.NW.

<sup>14</sup> Beschluss v. 12.07.2013 – 4 L 499/13.NW.

<sup>15</sup> Beschluss v. 25.06.2013, Az. 5 V 2112/12.

<sup>16</sup> Beschluss v. 19.07.2013, Az. 20 B 530/13.

**Praxistipp**

- Bei einem **fehlenden Nachweis** der ordnungsgemäßen und schadlosen Verwertung und einer demzufolge unzureichenden Anzeige kann eine gewerbliche Sammlung nach überwiegender Rechtsprechung untersagt werden. Die gegenläufige Rechtsprechung des OVG NRW überzeugt nicht.
- Ein Sammlungsbeginn trotz unzureichender Anzeige kann auch die Unzuverlässigkeit des Sammlers indizieren.
- Ein Verwertungsnachweis ist bei gewerblichen Alttextilsammlern insbesondere noch nicht durch die **Benennung von Sortieranlagen** erbracht, da diese der eigentlichen Verwertung (Wiederverwendung, Recycling) lediglich vorgeschaltet sind.
- Vom Verwertungsnachweis müssen **sämtliche gewerblich gesammelten Abfälle** umfasst sein (bedeutsam zum Beispiel für „Wäschekorb-sammlungen“).
- Vor einer Untersagung hat die Behörde zunächst auf die **Vervollständigung der Unterlagen** hinzuwirken, gegebenenfalls durch separaten Bescheid nach § 62 KrWG.

**b) Entgegenstehende überwiegende öffentliche Interessen**

Schließlich können einer gewerblichen Sammlung von Alttextilien durch das anzeigende Unternehmen überwiegende öffentliche Interessen entgegenstehen, § 17 Abs. 2 S. 1 Nr. 4, Abs. 3 KrWG. Unter welchen Voraussetzungen überwiegende öffentliche Interessen einer gewerblichen Sammlung entgegenstehen, ist in § 17 Abs. 3 KrWG geregelt. Dies ist der Fall, wenn die Sammlung in ihrer konkreten Ausgestaltung, auch im Zusammenwirken mit anderen Sammlungen, die Funktionsfähigkeit des öRE, des von diesem beauftragten Dritten oder des aufgrund einer Rechtsverordnung nach § 25 KrWG eingerichteten Rücknahmesystems gefährdet.

Geschützt wird demnach nicht nur die Funktionsfähigkeit des öRE, sondern auch die eines von diesem beauftragten Dritten, gegebenenfalls also auch diejenige eines solchen Unternehmens, das mit der Stadt einen Vertrag über die Sondernutzung von öffentlichen Flächen für die Aufstellung der Sammelcontainer geschlossen hat. Zur Art und Weise der Beauftragung macht die Regelung in § 17 Abs. 3 KrWG keine Einschränkung, so dass es unseres Erachtens unschädlich ist, dass der Schwerpunkt des Vertragsverhältnisses in der Nutzung öffentlicher Flächen für die Alttextilcontainer des Vertragspartners der Stadt liegt, die auch zu erbringenden Entsorgungsdienstleistungen des Vertragspartners also nur ein Teilaspekt des Vertragsverhältnisses sind.

Weiter ist gemäß § 17 Abs. 3 S. 2 KrWG eine Gefährdung der Funktionsfähigkeit des öRE oder des von diesem beauftragten Dritten anzunehmen, wenn die Erfüllung der nach § 20 KrWG bestehenden Entsorgungspflichten zu wirtschaftlich ausgewogenen Bedingungen verhindert wird oder die Planungssicherheit und Organisationsverantwortung wesentlich beeinträchtigt werden.

In § 17 Abs. 3 S. 3 KrWG sind schließlich drei Fallgruppen genannt, bei deren Vorliegen eine wesentliche Beeinträchtigung der Planungssicherheit und Organisationsverantwortung des öRE insbesondere anzunehmen ist, nämlich wenn durch die Sammlung

1. Abfälle erfasst werden, für die der öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger oder der von diesem beauftragte Dritte eine haushaltsnahe oder sonstige hochwertige getrennte Erfassung und Verwertung der Abfälle durchführt,
2. die Stabilität der Gebühren gefährdet wird oder
3. die diskriminierungsfreie und transparente Vergabe von Entsorgungsleistungen im Wettbewerb erheblich erschwert oder unterlaufen wird.

Die durch ein gewerbliches Sammelunternehmen angezeigte Sammlung zum Beispiel mittels Altkleidercontainern kann eine wesentliche Beeinträchtigung der Planungssicherheit und Organisationsverantwortung sowohl des öRE als auch des beauftragten Dritten darstellen.

**aa) Haushaltsnahe oder sonstiges hochwertiges Erfassungssystem**

Je nach Fallgestaltung stellt eine bereits bestehende und flächendeckende kommunale Sammlung von Altkleidern und -schuhen eine haushaltsnahe beziehungsweise hochwertige getrennte Erfassung und Verwertung dieser Abfälle dar. Denn unter „hochwertig“ ist zu verstehen, dass das konkret zu beurteilende Erfassungssystem nach seiner räumlichen Ausgestaltung, seiner Beschaffenheit und seinem konkreten Betrieb die werthaltigen Abfälle aus den privaten Haushalten in gleichem Umfang, gleicher Qualität und gleicher Effizienz wie ein haushaltsnahe Holsystem erfassen kann.<sup>17</sup> Es kommt also darauf an, dass die kommunale Altkleidersammlung über Container so ausgestaltet wird, dass für sämtliche Einwohner des Entsorgungsgebietes eine mit zumutbarem Aufwand erreichbare Möglichkeit der Abgabe von Altkleidern besteht.

Eine besondere Fragestellung taucht dann auf, wenn die kommunale Altkleidersammlung auf einem Konzessionsmodell beruht, bei dem dem sammelnden Unternehmen öffentliche Standplätze gegen ein Nutzungsentgelt zur Aufstellung von Sammelcontainern überlassen werden. Kann in einer solchen Konstellation von einem hochwertigen kommunalen Erfassungssystem im Sinne von § 17 Abs. 3 S. 3 Nr. 1 KrWG ausgegangen und können demzufolge der angezeigten gewerblichen Sammlung überwiegende öffentliche Interessen entgegengehalten werden?

Dies ist deshalb klärungsbedürftig, weil für die Vergabe von Standplätzen auf öffentlichem Straßenland regelmäßig nicht der öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger, sondern der Straßenbaulastträger zuständig ist. Nur in Ausnahmefällen fallen beide Funktionen bei einer Gebietskörperschaft zusammen. Darüber hinaus ist der Inhaber der Konzession abfallrechtlich selbst als gewerblicher Sammler im Sinne von § 3 Abs. 18 KrWG und nicht als Auftragnehmer des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers im Sinne von § 22 KrWG einzuordnen. Kann also die zuständige Be-

hörde zugunsten dieses gewerblichen Sammlers und Konzessionsinhabers öffentliche Interessen im Sinne von § 17 Abs. 3 Satz 3 Nr. 1 KrWG gegenüber weiteren gewerblichen Sammlern geltend machen?

Dies hat das VG Ansbach abgelehnt. Von § 17 Abs. 3 S. 3 Nr. 1 KrWG seien danach nur abfallrechtliche Beauftragungen im Sinne von § 22 KrWG erfasst. Nur wenn der Dritte abfallrechtliche Pflichten vom öRE übertragen bekommen habe und diese erfülle, sei es gerechtfertigt, ihn und den ihn beauftragenden öRE unter den Schutz des § 17 Abs. 3 S. 3 Nr. 1 KrWG zu stellen. Würden dem Konzessionsinhaber nur Stellflächen vom öRE zur Verfügung gestellt, so nehme er grundsätzlich nur die Stellung eines von eventuell mehreren gewerblichen Sammlern ein, der sich aber gegenüber Konkurrenten nicht auf eine geschützte Stellung berufen könne.<sup>18</sup>

Nach unserer Auffassung sprechen jedoch gute Gründe dafür, das Schutzgut des § 17 Abs. 3 S. 3 Nr. 1 KrWG auch im Falle einer straßenrechtlichen Konzessionsvergabe an einen Altkleidersammler für anwendbar zu halten. Wertungsmäßig kann es keinen Unterschied machen, ob in einer Kommune die Altkleidersammlung auf der Grundlage eines Entsorgungsauftrags oder auf der Grundlage einer Konzessionsvergabe organisiert wird. In beiden Fällen geht es um ein kommunales Sammelsystem, das den privaten Haushalten im öffentlichen Auftrag eine Entsorgungsmöglichkeit für deren Altkleider zur Verfügung stellt. Würde man dem Konzessionsmodell einen Schutzanspruch versagen, so würde dieses Instrument zur Organisation der kommunalen Altkleidersammlung stark entwertet. Dies wäre jedoch ein unangemessener Eingriff in das kommunale Organisationsermessen. § 17 Abs. 3 S. 3 Nr. 1 KrWG verlangt von der Kommune lediglich, eine hochwertige getrennte Erfassung und Verwertung der betreffenden Abfallfraktion durchzuführen, will sie gewerbliche Sammlungen der gleichen Fraktion ausschließen. Die Art und Weise, wie die Kommune das hochwertige Entsorgungsangebot organisiert, muss ihr überlassen bleiben.

<sup>17</sup> Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit, BT-Drs. 17/7505, S. 44.

<sup>18</sup> VG Ansbach, Urteil v. 03.07.2013 – AN 11 K 12.02034.

Die Gesetzesinterpretation des VG Ansbach ist zu schematisch und verkennt insbesondere, dass in die Vergabe einer Dienstleistungskonzession zur Aufstellung von Altkleidercontainern auf öffentlichem Straßenland notwendigerweise Entsorgungsleistungen eingeschlossen sind. So sehen auch die vertraglichen Regelungen regelmäßig die Verpflichtung des Konzessionärs zur Leerung der Container und zur Sauberhaltung der Standflächen vor. Mit der Vergabe einer Dienstleistungskonzession für die Altkleidersammlung und der damit verbundenen Zulassung des Konzessionärs als gewerblicher Sammler entpflichtet zudem der Konzessionär den öRE von seiner an sich bestehenden Entsorgungspflicht für die erfassten Altkleider (§ 20 Abs. 1 KrWG). Da die Konzessionsvergabe auf die Verleihung eines ausschließlichen Nutzungsrechts abzielt, muss sie auch als abfallrechtliches öffentliches Interesse im Sinne von § 17 Abs. 3 S. 3 Nr. 1 KrWG weiteren Sammlern entgegengehalten werden können. Schließlich kommt auch in der Regelung des § 18 Abs. 6 KrWG – Bestimmung eines Mindestsammelzeitraums – zum Ausdruck, dass gewerbliche Sammler zumindest mittelbar in die Erfüllung öffentlicher Entsorgungsaufgaben einbezogen werden können. Für den Inhaber einer Dienstleistungskonzession für die Altkleidersammlung muss das erst recht gelten.

#### Praxistipp

- Ob eine **Dienstleistungskonzession** für das Aufstellen von Altkleidersammelcontainern auf öffentlichem Straßenland als öffentliches Interesse nach § 17 Abs. 3 S. 3 Nr. 1 KrWG geschützt ist, ist umstritten.
- Ein solcher Schutzanspruch ist jedenfalls dann erforderlich und unseres Erachtens auch zu bejahen, wenn weitere gewerbliche Sammlungen auf **Privatgrundstücken** unterbunden werden sollen.
- Für die **straßenrechtliche Abwehr** gewerblicher

Sammelcontainer Dritter reicht hingegen regelmäßig die wettbewerbliche Vergabe der Konzession aus. Denn, wenn an weitere Sammler Sondernutzungserlaubnisse nicht mehr vergeben werden, ist diese Ungleichbehandlung aufgrund der wettbewerblichen Konzessionsvergabe sachlich begründet.

#### bb) Gefährdung der Gebührenstabilität

Daneben kann die von dem anzeigenden Unternehmen durchgeführte beziehungsweise beabsichtigte Sammlung auch die Stabilität der Gebühren gefährden, § 17 Abs. 3 S. 3 Nr. 2 KrWG.

Aufgrund einer parallel (illegal) stattfindenden Sammlung von Altkleidern entstehen beim beauftragten Unternehmen erhebliche Mengenschwankungen hinsichtlich der zu sammelnden, zu transportierenden und zu verwertenden Gesamtmenge an Alttextilien. Der mögliche Mengenverlust ist dabei nicht nur von der Intensität der Sammlung durch das anzeigende Unternehmen abhängig, sondern auch vom unvorhersehbaren Verhalten der Bürger, welches wiederum von unberechenbaren Vorlieben und Bequemlichkeiten geprägt ist.<sup>19</sup>

Dieser unkalkulierbare Mengenverlust führt dazu, dass sich das im Rahmen des Vergabeverfahrens abgegebene Angebot des beauftragten Dritten beziehungsweise die vertraglichen Regelungen als unwirtschaftlich und nicht mehr tragbar darstellen, insbesondere wenn das darin vereinbarte Entgelt mengenunabhängig an die Stadt zu zahlen ist. Dementsprechend können in Zukunft aufgrund der entstehenden Mengenverluste die vertraglichen Konditionen, insbesondere die Höhe des zu zahlenden Entgelts, nicht mehr aufrecht erhalten werden, was einen erheblichen Einnahmeverlust für die Kommune zur Folge hat. Dieser Einnahmeverlust müsste in die Gebührenkalkulation einfließen, sofern im konkreten Einzelfall ein nicht

unerheblicher Teil des bisher gezahlten Entgelts der Stabilisierung der Abfallgebühren zugute kommt.

Hier ist allerdings zu beachten, dass zwar im Falle eines kommunalen Entsorgungsauftrags für Altkleider die Erlöse regelmäßig dem Gebührenhaushalt zufließen werden, dies jedoch nicht gleichermaßen für eine straßenrechtliche Konzession gelten muss. Vergibt die Gemeinde als Straßenbaulastträger eine Nutzungskonzession an einen Altkleidersammler, so werden die Erlöse vielmehr im Regelfall dem Gemeindehaushalt zufließen. Im Falle eines Konzessionsmodells wird also das Schutzgut des § 17 Abs. 3 S. 3 Nr. 2 KrWG nur dann einschlägig sein können, wenn das vom Konzessionär entrichtete Nutzungsentgelt dem Abfallgebührenhaushalt auch zugute kommt. Andernfalls käme allenfalls eine analoge Anwendung dieser Bestimmung in Betracht.

#### Praxistipp

- Soll die kommunale Organisation der Altkleidersammlung im Wege der Dienstleistungskonzession das Schutzgut des § 17 Abs. 3 S. 3 Nr. 2 KrWG – Gebührenstabilität – begründen, muss die Verwendung von Konzessionseinnahmen für den Abfallgebührenhaushalt nachgewiesen werden.

Im Rahmen eines Falles des § 17 Abs. 3 S. 3 Nr. 1 oder Nr. 2 KrWG (nicht bei § 17 Abs. 3 S. 3 Nr. 3 KrWG!<sup>20</sup>) ist noch darauf hinzuweisen, dass gemäß § 17 Abs. 3 S. 4 bis 6 KrWG zu prüfen ist, ob die vom gewerblichen Unternehmen angezeigte Sammlung und Verwertung der Abfälle wesentlich leistungsfähiger ist als die von dem öRE oder dem von ihm beauftragten Dritten bereits erbrachte oder konkret geplante Leistung. Liegen diese Voraussetzungen vor, gelten die Regelungen des § 17 Abs. 3 S. 3 Nr. 1 und 2 KrWG nicht; diese Schutz-

güter können also von wesentlich leistungsfähigeren Sammlern überwunden werden.

Klarzustellen ist in Bezug auf Altkleidersammlungen, dass der Nachweis der wesentlich höheren Leistungsfähigkeit nach § 17 Abs. 3 S. 4 bis 6 KrWG prinzipiell nie von Sammlern geführt werden kann, die ihre Container ohne die erforderliche Sondernutzungserlaubnis, also illegal, aufgestellt haben. Dies folgt schon daraus, dass illegal aufgestellte Container stets dem latenten Risiko unterliegen, dass die zuständige Behörde deren Abzug anordnet, wofür nach einheitlicher Rechtsprechung die formelle Illegalität ausreicht.<sup>21</sup> Eine Sammlung, deren Einstellung aus straßenrechtlichen Gründen jederzeit angeordnet und durchgesetzt werden kann, vermag ein dauerhaft leistungsfähiges Entsorgungsangebot nicht zu begründen.

Schließlich stellt sich die Frage, ob darüber hinaus zu prüfen ist, in welchem Umfang das anzeigende Unternehmen tatsächlich sammelt und die Sammlung daher geeignet ist, eine wesentliche Beeinträchtigung der Planungssicherheit und Organisationsverantwortung herbeizuführen (siehe dazu sogleich unter c).

#### cc) Unterlaufen eines diskriminierungsfreien und transparenten Vergabeverfahrens

Durch eine gewerbliche Sammlung kann zudem die diskriminierungsfreie und transparente Vergabe von Entsorgungsleistungen im Wettbewerb sowohl unterlaufen als auch für die Zukunft erheblich erschwert werden. Schutzgut von § 17 Abs. 3 S. 3 Nr. 3 KrWG ist die transparente und diskriminierungsfreie Vergabe von Entsorgungsleistungen im Wettbewerb.

In diesem Zusammenhang ist zunächst zu klären, welche Möglichkeiten eine Gemeinde hinsichtlich der Rechtsform des abzuschließenden Vertrages hat und welche Konsequenzen sich daraus für ein durch-

<sup>19</sup> vgl. VG Ansbach v. 23.01.2013 – AN 11 K 12.01588.

<sup>20</sup> Diese Differenzierung in § 17 Abs. 3 S. 4 bis 6 KrWG hat nicht zuletzt deshalb Sinn, weil die Leistungsfähigkeit des Sammlers im Rahmen des von § 17 Abs. 3 S. 3 Nr. 3 KrWG erfassten Vergabewettbewerbs geprüft wird und nur ein solcher Sammler den Zuschlag erhalten darf, der die erforderliche Leistungsfähigkeit aufweist

<sup>21</sup> S. nur OVG NRW v. 17.12.2012 – 11 B 1330/12, AbfallR 2013, 89; VG Leipzig v. 21.01.2013 – 1 L 54/2/12, AbfallR 2013, 89.



zuführendes Vergabeverfahren und den entsprechenden Schutz über § 17 Abs. 3 S. 3 Nr. 3 KrWG ergeben.

## (1) Dienstleistungsauftrag

Abfallrechtlich können die Entsorgungsleistungen nach dem KrWG nur als ausschreibungspflichtiger Dienstleistungsauftrag vergeben werden. Denn nach Inkrafttreten der neuen Regelungen des KrWG wäre die Erteilung einer abfallrechtlichen Dienstleistungskonzession zur Erbringung von Entsorgungsleistungen, hier in Bezug auf Alttextilien, durch die Stadt in jedem Falle unzulässig. Grund dafür ist, dass die in § 16 Abs. 2 bis 4 KrWG-/AbfG enthaltenen Regelungen zur befreienden Pflichtenübertragung von öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern, Verbänden und Selbstverwaltungskörperschaften der Wirtschaft auf Dritte im KrWG ersatzlos entfallen sind. So bleibt gemäß der nun allein noch bestehenden Möglichkeit der Drittbeauftragung nach § 22 KrWG die Verantwortlichkeit für die Erfüllung der kommunalen Entsorgungspflichten stets beim öRE. Dritte können folglich nur in die Erfüllung eingeschaltet werden. Die Vergabe einer Konzession hingegen würde voraussetzen, dass Dritte ein eigenes Recht auf Wahrnehmung abfallwirtschaftlicher Aufgaben erhalten.<sup>22</sup>

Ein entsprechender Dienstleistungsauftrag kann aufgrund der bestehenden gesetzlichen Regelungen dabei nur im Rahmen eines transparenten und diskriminierungsfreien Vergabewettbewerbs vergeben werden. Im Bereich oberhalb des EU-Schwellenwerts (das geschätzte Volumen des konkreten Auftrags erreicht beziehungsweise übersteigt 200.000 EUR netto) ergibt sich dies aus §§ 97 ff. des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), der Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (VGV) und schließlich aus dem 2. Abschnitt der Vergabeordnung für Leistungen (VOL/A), den sogenannten „EG-Paragrafen“. Im Bereich unterhalb des EU-Schwellenwerts von 200.000

EUR netto ergibt sich diese Verpflichtung aus den haushaltsrechtlichen Vorschriften des Bundes und der Länder und aus dem ersten Abschnitt der VOL/A. Ein (abfallrechtlicher) Dienstleistungsauftrag unterfällt somit dem Schutzbereich des § 17 Abs. 3 S. 3 Nr. 3 KrWG.

## (2) Dienstleistungskonzession

Neben dem Dienstleistungsauftrag besteht auch die Möglichkeit, dass die Gemeinde eine straßenrechtliche Nutzungs- beziehungsweise Dienstleistungskonzession vergibt, bei der sie als Träger der Straßenbaulast dem Sammelunternehmen Sondernutzungserlaubnisse für den öffentlichen Straßenraum für das Aufstellen von Alttextilcontainern erteilt.<sup>23</sup> Die Gegenleistung des Erlaubnisinhabers besteht in der Zahlung eines Sondernutzungsentgelts (Sondernutzungsgebühr); das wirtschaftliche Verwertungsrisiko liegt jedoch im Wesentlichen beim Konzessionär.

Bei einer Dienstleistungskonzession (Art. 1 Abs. 4 RL 2004/18/EG – VKR) schließt ein öffentlicher Auftraggeber mit einem Unternehmen ebenfalls einen Vertrag über eine Dienstleistung; das Entgelt für die Dienstleistung besteht jedoch im Gegensatz zum Dienstleistungsauftrag in dem Recht zur Verwertung der Dienstleistung. Maßgebliches Kennzeichen der Dienstleistungskonzession ist es, dass der Unternehmer das Risiko der Möglichkeit der Verwertung der Dienstleistung selber trägt, das heißt ganz oder zumindest zu einem erheblichen Teil das Nutzungsrisiko übernimmt. Es ist dabei zwar nicht ausgeschlossen, dass der öffentliche Auftraggeber dem Unternehmer auch einen Preis zahlt. Maßgeblich ist aber, dass der Leistungserbringer das Risiko des Ausfalls des Vergütungsanspruchs oder der Nichtinanspruchnahme seiner Leistung ganz oder zumindest zum wesentlichen Teil selbst trägt.<sup>24</sup> Im Einzelfall zu berücksichtigende Faktoren sind zum Beispiel die Drittbeeinflussung der Nutzungsentgelte, keine vollständige

Kostendeckung oder das Risiko von Entgeltausfällen. Wird zum Beispiel bei einer vermeintlichen Dienstleistungskonzession durch die Zahlung eines Zuschusses das wirtschaftliche Risiko des Auftragnehmers wesentlich minimiert, spricht dies für einen – dem Vergaberecht unterfallenden – Dienstleistungsauftrag.<sup>25</sup>

Nach Maßgabe dieser Voraussetzungen liegt eine Dienstleistungskonzession vor, wenn auf straßenrechtlicher Grundlage das Nutzungsrecht an öffentlichem Straßenland zur Aufstellung von Altkleidercontainern gegen Entgelt an einen Sammler vergeben wird und der Sammler die Leerung der Behälter und die Entsorgung der gesammelten Altkleider übernimmt.

Zu diesem Ergebnis gelangt man auch mit dem OLG Düsseldorf.<sup>26</sup> In dem dort entschiedenen Fall hatte die Kommune einen dreijährigen Vertrag über Sammlung, Transport und Verwertung von Alttextilien im Stadtgebiet ausgeschrieben. Der Vertragspartner sollte eine bestimmte Anzahl an Altkleidercontainern an bestimmten Plätzen aufstellen und die Altkleider verwerten. Er hatte an die Kommune einen monatlichen Preis pro Standort inklusive einer Sondernutzungsgebühr zu entrichten. Das OLG Düsseldorf stufte den Vertrag als eine nicht dem EU-Vergaberecht unterfallende Dienstleistungskonzession ein, da der Vertragspartner von der Kommune lediglich das Recht zur Nutzung der Standorte, zum Aufstellen der Container und zur Verwertung der von den Bürgern eingeworfenen Altkleider, jedoch kein Entgelt für diese Leistung erhielt. Vielmehr bestand seine Pflicht zur Zahlung eines monatlichen Preises an die Stadt unabhängig von der ihm tatsächlich überlassenen Altkleidermenge.

Die VK Schleswig-Holstein hatte einen ähnlichen Fall zu entscheiden: Dort hatte der öRE mit einem Unternehmen vertraglich vereinbart, dass Letzteres Alttextilsammelbehälter aufzustellen und wöchentlich zu entleeren hatte. Für die Behältergestaltung erhielt das Unternehmen vom öRE ein Entgelt. Dieses betrug circa ein Sechstel der umgekehrt von dem Unternehmen an

den öRE zu zahlenden Vergütung für die Alttextilien, die „pro kg gesammelter Alttextilien und Altschuhe“ zu entrichten war. Obwohl das Unternehmen also (im Vergleich zum Düsseldorfer Fall: lediglich) eine mengenabhängige Vergütung schuldete, stufte die Vergabekammer den Vertrag als – nicht dem Vergaberecht unterworfenen – Dienstleistungskonzession ein. Sie stellte dabei maßgeblich darauf ab, dass das Unternehmen angesichts des geringen Entgelts des öRE für die Behältergestaltung „stets ein vereinbarungsgemäßes Defizit“ überwinden musste, ferner, dass das Unternehmen die Behälter unabhängig von der Menge der eingeworfenen Altkleider wöchentlich zu leeren hatte, und schließlich, dass das Unternehmen einer scharfen Konkurrenzsituation durch eine Vielzahl anderer gewerblicher und gemeinnütziger sowie auch illegaler Sammlungen unterlag.<sup>27</sup>

In dem von der Vergabekammer Schleswig-Holstein entschiedenen Fall erhielt der Auftragnehmer von der Kommune ein Nutzungsrecht, da das Sammelunternehmen die Altkleider selbstständig verwerten durfte und auch Eigentum an den Altkleidern erlangte. Eine Entgeltlichkeit lag ebenfalls nicht vor, da die Gegenleistung hier nicht im Wesentlichen vom Auftraggeber stammte. Das Entgelt des Auftraggebers konnte allenfalls als eine Art Aufwandsentschädigung eingeordnet werden und betrug auch nur ein Sechstel der vom Auftragnehmer gezahlten Vergütung für die Altkleider. Zudem steht die Zahlung eines Preises zusätzlich zum Nutzungsrecht einer Konzession nicht entgegen.

Ein Entgelt erhielt der Konzessionär von der Kommune auch nicht in Gestalt der Altkleider, da diese nicht vom Auftraggeber, sondern von den Nutzern der Container überlassen wurden. Abfallrechtlich führte der mit der Konzession betraute Sammler eine gewerbliche Sammlung durch, eine Überlassung der Altkleider an den öRE erfolgte hingegen gerade nicht.

Eine Entgeltlichkeit als Voraussetzung eines Dienstleistungsauftrags würde nach Auffassung der

<sup>22</sup> So jedenfalls Schink in Schink/Versteyl, Kommentar zum KrWG, 2012, § 22 Rn. 3, 5, 40.

<sup>23</sup> vgl. VG Braunschweig, Urteil v. 10.02.2009, – 6 A 240/07; OVG Lüneburg, Beschluss v. 31.01.2013 – 7 LA 160/11.

<sup>24</sup> EuGH, VergabR 2012, 164; OLG Düsseldorf, Beschluss v. 7.3.2012, Az. VII-Verg 78/11.

<sup>25</sup> VK Baden-Württemberg, Beschluss v. 25.7.2012, Az. 1 VK 20/12: dort am Fall einer Fahrrad-Vermietstation entschieden bei einem 20%igen Investitionszuschuss und einer Wettbewerber ausschließenden Vertragsklausel.

<sup>26</sup> OLG Düsseldorf, Beschluss v. 07.03.2012 – VII-Verg 78/11.

<sup>27</sup> VK SH, Beschluss v. 12.3.2013, Az. VK-SH 37/12.

Vergabekammer Schleswig-Holstein voraussetzen, dass der Auftragnehmer genau weiß, welche Gegenleistung er bei Zuschlagserteilung erhält. Dies war hier aber nicht der Fall. Vielmehr trug das Sammelunternehmen das wirtschaftliche Betriebsrisiko. Die Abmilderung dieses Risikos durch eine Vergütung pro Kilogramm Alttextilien – und nicht pro Stellplatz! – war ebenfalls für die Annahme einer Konzession unschädlich. Das Sammelunternehmen musste schlussendlich selbst am Markt einen auskömmlichen Preis erzielen, um wirtschaftlich arbeiten zu können. Es trug das Risiko der Konkurrenz – auch durch illegale Sammler – sowie saisonaler Schwankungen von Mengen und Qualität der Alttextilien.

Der Fall zeigt die erhebliche praktische Bedeutung des Konzessionsmodells für die kommunale Alttextiliensammlung, da selbst ein mengenbezogenes an die Kommune zu entrichtendes Entgelt – im Gegensatz zu einer standplatzbezogenen Vergütung – das wirtschaftliche Vermarktungsrisiko beim Auftragnehmer belässt.

Im Ergebnis ist jedoch auch im Falle der Vergabe einer auf die Nutzung bestimmter Flächen (öffentliches Straßenland, kommunale Wertstoffhöfe) gegründeten Dienstleistungskonzession ein transparentes und diskriminierungsfreies Vergabeverfahren durchzuführen, um den primärrechtlichen Anforderungen Rechnung zu tragen. Die Vergabe einer Dienstleistungskonzession im Sinne von Art. 1 Abs. 4 RL 2004/18/EG (VKR) unterliegt zwar unmittelbar keiner Pflicht zur Durchführung eines (EU-weiten) Vergabeverfahrens. Dennoch ist die konzessionsvergebende Kommune bei der Konzessionsvergabe nicht vollkommen frei.<sup>28</sup> Sie ist vielmehr verpflichtet, die Konzession im Rahmen eines transparenten Wettbewerbs zu erteilen und alle interessierten Unternehmen gleich zu behandeln. Wenn die Konzession die sogenannte „Binnenmarkt-relevanz“ aufweist, an der Vergabe also grenzüberschreitendes Interesse besteht, ist sogar wiederum die EU-weite Ausschreibung geboten. Diese Pflicht ergibt

sich dann nicht aus dem EU-Vergaberecht, sondern aus dem europäischen Primärrecht, das heißt dem Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV), insbesondere aus den Art. 49 und 56.<sup>29</sup> Folglich sind auch bei der Vergabe einer Dienstleistungskonzession Gleichbehandlungs-, Nichtdiskriminierungs- und Transparenzgebote von der konzessionsvergebenden Stelle zu beachten. Diesen Anforderungen wird die Kommune wiederum mit einem (EU-weiten) Vergabeverfahren in besonderem Maße gerecht.

Aus diesem Grund fällt auch die Dienstleistungskonzession in den Schutzbereich des § 17 Abs. 3 S. 3 Nr. 3 KrWG, da es eben nicht auf die Anwendung des GWB-Vergaberechts ankommt. Dieses Schutzgut setzt allein ein diskriminierungsfreies und transparentes Vergabeverfahren voraus, das auch der Vergabe einer Konzession vorausgehen muss.

Dem könnte zwar entgegengehalten werden, dass § 17 Abs. 3 S. 3 Nr. 3 KrWG insoweit lediglich von der Vergabe von Entsorgungsleistungen spricht und dass das Vorliegen dieser Voraussetzung im Rahmen einer Dienstleistungskonzession, mit der insbesondere straßenrechtliche Sondernutzungserlaubnisse erteilt werden, angezweifelt werden könnte.<sup>30</sup> Die Interessenlage der Vertragsparteien und die abfallrechtliche Rechtslage sprechen jedoch dafür, dass auch die Vergabe einer Dienstleistungskonzession in den Schutzbereich von § 17 Abs. 3 S. 3 Nr. 3 KrWG fällt beziehungsweise zumindest analog auf diesen Fall anzuwenden ist.

Maßgeblich für diese Wertung ist insbesondere, dass es aus der Perspektive der an der Alttextiliensammlung interessierten Unternehmen gleichgültig ist, ob das Zugriffsrecht auf die Alttextilien über einen Dienstleistungsauftrag oder über eine Dienstleistungskonzession vermittelt wird. Auch im Falle der Vergabe einer Konzession haben alle interessierten Sammelunternehmen die Chance, als Bestbieter das Zugriffsrecht auf die Alttextilien zu erhalten. Einer neben der Sammlung des Konzessionärs durchgeführten gewerblichen

Sammlung steht damit das in § 17 Abs. 3 S. 3 Nr. 3 KrWG zum Ausdruck kommende Argument entgegen, dass neben einem Ausschreibungswettbewerb (dem Wettbewerb „um den Markt“) für einen Wettbewerb „im Markt“ kein Raum mehr ist und alle Unternehmen das Ergebnis der Ausschreibung auch sich selbst gegenüber gelten lassen müssen, eben weil sie die gleichberechtigte Chance der Teilnahme am Wettbewerb und damit die Chance des Zuschlags auf ihr Gebot hatten. Mit anderen Worten kann die Nichtbeteiligung an oder das Unterliegen in einem Vergabewettbewerb nicht im Wege der Durchführung einer gewerblichen Sammlung im Nachhinein „korrigiert“ werden.

Die Rechtsprechung des VG Ansbach vermag hingegen nicht zu überzeugen. Danach müsse eine abfallrechtliche Beauftragung Dritter vorliegen, da nur die Abfallentsorgung als kommunale Pflichtaufgabe im eigenen Wirkungskreis und als Ausprägung des kommunalen Selbstverwaltungsrechts geschützt sei.<sup>31</sup> Aus der Selbstverwaltungsgarantie folgt jedoch gerade umgekehrt die Wahlfreiheit bezüglich der Organisation der Alttextiliensammlung. Das Argument der Selbstverwaltungshoheit spricht mit anderen Worten gerade dafür, auch die Vergabe einer Dienstleistungskonzession als öffentliches Interesse anzuerkennen. Weiter müsse nach dem VG Ansbach der öRE maßgeblichen Einfluss auf den Dritten haben, was nur bei der Drittbeauftragung nach § 22 KrWG der Fall sei. Hiergegen spricht jedoch, dass auch durch eine Konzession das Handeln des Konzessionärs umfassend geregelt und mit Entsorgungsleistungen verknüpft werden kann. Ein entsprechender Einfluss des öRE ist jedenfalls dann gegeben, wenn öRE-Funktion und Straßenbaulast bei derselben Körperschaft zusammenfallen.

### (3) Unterlaufen des durchgeführten Vergabeverfahrens

Auch die Vergabe einer Dienstleistungskonzession basiert bei Erfüllung der europarechtlichen Anforderungen auf einem diskriminierungsfreien und transparenten durchgeführten Vergabewettbewerb. Das anzeigende Sammelunternehmen hat daher das Ergebnis auch eines solchen Wettbewerbs gegen sich gelten zu lassen. Wenn es gleichwohl eigenmächtig Alttextiliencontainer aufstellt, unterläuft es aus folgenden Gründen das Ergebnis des Vergabeverfahrens.

Selbst wenn im Einzelfall keine öffentliche Ausschreibung oder ein offenes Verfahren nach den Regelungen der VOL/A durchgeführt worden ist, weil die Stadt jedenfalls vordergründig nicht die Entsorgungsleistung als Dienstleistungsauftrag, sondern („nur“) die Standplätze für die Sammelbehälter im Wettbewerb vergeben hat, können die nachfolgenden vergaberechtlichen Grundsätze herangezogen werden. Denn die Regelungen der VOL/A konkretisieren die in § 97 Abs. 1, 2 GWB normierten vergaberechtlichen Grundsätze des Wettbewerbs, der Transparenz und der Gleichbehandlung (Nichtdiskriminierung). Die in der VOL/A enthaltenen Bekanntmachungs-, Informations- und Dokumentationspflichten sollen die transparente und diskriminierungsfreie Vergabe im Wettbewerb gewährleisten. Die Grundsätze des Wettbewerbs, der Transparenz und der Gleichbehandlung gelten aber gleichermaßen auch dann, wenn die öffentliche Hand nicht eine (Entsorgungs-) Leistung einkauft, sondern etwas Anderes (im hiesigen Kontext: die Standplätze für die Alttextiliensammelbehälter) zu vergeben hat. Denn unstrittig und nach ständiger Rechtsprechung sind Dienstleistungskonzessionen zwar nicht dem Vergaberecht unterworfen, aber in einem transparenten fairen Verfahren dem Wettbewerb der interessierten Unternehmen zur Verfügung zu stellen. Deshalb wird sich eine Kommune auch bei der Vergabe von Standplätzen eng an das VOL-Verfahren anlehnen.

<sup>28</sup> vgl. Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Konzessionsvergabe v. 20.12.2011, KOM (2011) 897, endgültig 2011/0437 (COD).

<sup>29</sup> vgl. BGH, Urteil v. 30.08.2011 – X ZR 55/10, VergabeR 2012, S. 26 ff. m.w.N.

<sup>30</sup> So das VG Ansbach in vier parallel ergangenen Urteilen v. 03.07.2013, u.a. AN 11 K 13.00617.

<sup>31</sup> VG Ansbach, Urteil v. 03.07.2013 – AN 11 K 13.00617.

**Praxistipp**

- Wird die Altkleidersammlung im Wege einer Dienstleistungskonzession vergeben, finden das GWB-Vergaberecht und die VOL/A keine Anwendung.
- Dennoch kann eine **enge Anlehnung an das VOL-Verfahren** sinnvoll sein, um das Schutzgut des § 17 Abs. 3 S. 3 Nr. 2 KrWG – diskriminierungsfreie und transparente Vergabe im Wettbewerb – zu begründen.

Zunächst ist es einem VOL-Vergabeverfahren immanent, dass ein einziger Anbieter den Zuschlag erhält. § 18 Abs. 1 VOL/A und § 21 Abs. 1 VOL/A-EG bestimmen gleichlautend, dass „der Zuschlag auf das unter Berücksichtigung aller Umstände wirtschaftlichste Angebot“ zu erteilen ist.

Mit der Bekanntmachung, dass eine bestimmte Anzahl Alttextilcontainerstandplätze im Stadtgebiet an einen einzigen gewerblichen Sammler vergeben werden soll, eröffnet die Kommune den Wettbewerb um diese Standplätze.

Ferner hat die Kommune die Verpflichtung, die zu vergebende Leistung eindeutig und erschöpfend zu beschreiben und so den Teilnehmern am Vergabewettbewerb als Anbieter der Leistung eine (verlässliche!) Grundlage für ihre Kalkulation zu geben. Nach den Bestimmungen der VOL/A ist der öffentliche Auftraggeber verpflichtet, die Leistung eindeutig und erschöpfend zu beschreiben, sodass alle Bewerber die Beschreibung in gleichem Sinne verstehen müssen und dass miteinander vergleichbare Angebote zu erwarten sind (§ 7 Abs. 1 VOL/A und § 8 Abs. 1 VOL/A-EG). Dies dient der Herstellung größtmöglichen Wettbewerbs, denn nur bei einer eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung, die sämtliche kalkulationsrelevanten Umstände enthält, ist gewährleistet, dass sich möglichst viele Anbieter an dem Vergabeverfahren beteiligen.

Auf Basis der Leistungsbeschreibung kalkulieren die Bieter ihre Angebote, wobei der Zuschlag sodann auf das Angebot des Bestbieters erteilt wird.

Die Leistungsbeschreibung ist daher als Kernstück der Vergabeunterlagen sowohl die Basis für die Erstellung der Angebote der Bieter als auch die Grundlage für die spätere Vertragserfüllung durch den erfolgreichen Bestbieter, der als Ausschreibungsgewinner den Zuschlag erhalten hat.

Der erfolgreiche Bieter muss davon ausgehen können, dass im Rahmen der Vertragserfüllung die Leistungsbeschreibung als Grundlage seiner Angebotskalkulation Bestand hat. Er darf darauf vertrauen, dass die vergebende Kommune die Exklusivität seiner Leistung für die Dauer des Vertragsverhältnisses anerkennt und ihrerseits den Vertrag erfüllt. Dies beinhaltet im hiesigen Kontext das berechnete Vertrauen des Vertragspartners der Kommune darauf, dass diese weder illegal aufgestellte Behälter duldet noch weitere gewerbliche Sammlungen für die Dauer des Vertrages zulässt. Vielmehr darf das Unternehmen, das den offenen und transparent geführten Vergabewettbewerb um die Standplätze gewonnen hat, auf die bekanntgegebenen Kalkulationsgrundlagen vertrauen.

In der hiesigen Konstellation bedeutet dies, dass das beauftragte Unternehmen als Vertragspartner der Stadt für die Dauer des Vertrages darauf vertrauen darf, dass die im Rahmen des Vergabewettbewerbs von der Stadt bekanntgegebene Kalkulationsgrundlage, wonach eine bestimmte Zahl an Containerstandplätzen im Stadtgebiet an einen einzigen Sammler vergeben wird, Bestand hat. Das beauftragte Unternehmen kann, bei regelmäßig vorliegender Fachkunde und Branchenkenntnis, anhand dieser bekanntgegebenen Informationen kalkulieren, welche Alttextilmengen es im Rahmen seiner Sammlung erzielen kann. Auf Basis dieser Kalkulation gibt das beauftragte Unternehmen im Rahmen des Vergabewettbewerbs das Angebot für die Containerstandplätze ab und ist als höchstbietendes Unternehmen als Sieger aus dem Wettbewerb hervorgegangen.

Wenn die Stadt es nun dulden würde, dass andere Sammler Altkleiderbehälter aufstellen, würde dies die seinerzeit vom beauftragten Unternehmen im berechtigten Vertrauen auf die Angaben der Stadt vorgenommene Angebotskalkulation beeinträchtigen, da die kalkulierten Mengen nicht mehr zur Verfügung stehen. Diese Situation würde auch entstehen, wenn die Stadt

auf Anzeigen durch andere Sammler nach § 18 KrWG nicht mit einer auf § 18 Abs. 5 S. 2 Alt. 2 in Verbindung mit § 17 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 KrWG gestützten Untersagung reagieren würde, sodass weitere gewerbliche Sammler sich auf dem Markt (das Stadtgebiet) betätigen würden und so die dem beauftragten Unternehmen zugesagte Exklusivität aufgehoben würde.

Hinzu kommt, dass das von der Stadt beauftragte Unternehmen bereits bestehende Unsicherheiten aufgrund der Sammlungen durch gemeinnützige Organisationen in seiner Mengenkalkulation hinnehmen muss, da diese nicht wegen entgegenstehender öffentlicher Interessen untersagt werden können, § 17 Abs. 2 Nr. 3 KrWG. Dieser Umstand ist auch im Rahmen der Prüfung der angezeigten Sammlung zu berücksichtigen, da bei der Frage der Gefährdung der Funktionsfähigkeit und Organisationsverantwortung des öRE beziehungsweise des beauftragten Dritten gemäß § 17 Abs. 3 S. 1 KrWG die betreffende Sammlung in ihrer konkreten Ausgestaltung, auch im Zusammenwirken mit anderen Sammlungen, zu werten ist. Aufgrund der offenen Formulierung dieser Regelung, die ein etwaiges Zusammenwirken nicht auf gewerbliche Sammlungen beschränkt, ist auch ein Zusammenwirken mit gemeinnützigen Sammlungen entscheidungserheblich, selbst wenn diese gemeinnützigen Sammlungen nicht unter Berufung auf überwiegende öffentliche Interessen unterbunden werden können. Denn es kommt stets auf die Gesamtbelastung des öRE beziehungsweise des beauftragten Dritten an.<sup>32</sup>

Im Rahmen dieser Gesamtschau sind schließlich auch noch Sammlungen durch weitere gewerbliche sowie illegale Sammler mit einzubeziehen. Es handelt sich bei der Sammlung von Altkleidern um einen stark umkämpften Markt, an dem sich derzeit viele gewerbliche Unternehmen (illegal) beteiligen wollen. Im Ergebnis steht damit ein durchgeführtes Vergabeverfahren der Zulässigkeit der angezeigten gewerblichen Sammlung auch dann entgegen, wenn es um die Vergabe einer Dienstleistungskonzession geht.

**Praxistipp**

- Nach § 17 Abs. 3 S. 1 KrWG kommt es bei der Prüfung öffentlicher Interessen auf eine Gesamtschau der Auswirkungen der Sammlungen – „auch im Zusammenwirken mit anderen Sammlungen“ – an.
- Zu den „anderen Sammlungen“ gehören dabei auch die **gemeinnützigen Sammlungen**, da der Gesetzeswortlaut insoweit keine Begrenzung vornimmt.
- Dem steht nicht entgegen, dass gemeinnützige Sammlungen für sich genommen nicht mit Verweis auf entgegenstehende öffentliche Interessen unterbunden werden können.

**dd) Erschweren zukünftiger Vergabeverfahren**

Da § 17 Abs. 3 S. 3 Nr. 3 KrWG zwei Tatbestandsalternativen enthält, ist neben dem Unterlaufen eines abgeschlossenen regelmäßig auch das erhebliche Erschweren eines zukünftigen Vergabeverfahrens zu prüfen. Eine parallele gewerbliche Altkleidersammlung kann auch die zukünftige Vergabe von Entsorgungsleistungen im Bereich der Alttextilsammlung erheblich erschweren.

Nach Ablauf der Vertragslaufzeit eines bestehenden Vertrages ist die Stadt in jedem Falle verpflichtet, erneut ein transparentes und diskriminierungsfreies Vergabeverfahren durchzuführen. Dies gilt unabhängig davon, ob sich die Stadt für das Modell eines Dienstleistungsauftrages oder einer Dienstleistungskonzession entscheidet. Denn wie bereits erläutert, muss die Stadt in beiden Fällen ein Vergabeverfahren durchführen, in welchem Gleichbehandlungs-, Nichtdiskriminierungs- und Transparenzgebote zu beachten sind (siehe oben).

<sup>32</sup> Vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit, a.a.O., S. 44.

Die Vergabe einer Dienstleistungskonzession, die transparent und diskriminierungsfrei durchzuführen ist, darf durch die Sammlung konkurrierender gewerblicher Unternehmen also ebenso wenig erschwert werden wie die Vergabe eines Dienstleistungsauftrags.

Aufgrund der parallel stattfindenden Sammlung(en) würde eine unkalkulierbare Schwankungsbreite in Bezug auf die einzusammelnde, zu transportierende und zu verwertende Gesamtmenge an Alttextilien entstehen (siehe oben). Eine kaufmännisch vernünftige Kalkulation ist auf Grundlage dessen nicht mehr möglich und kann in der Leistungsbeschreibung auch nicht durch Angabe von Schwankungsbreiten gelöst werden, da derartige Schwankungsbreiten „rein spekulativ“ wären.<sup>33</sup> Folglich wäre auch eine im Rahmen des Ausschreibungsverfahrens erforderliche eindeutige und erschöpfende Leistungsbeschreibung hinsichtlich der einzusammelnden Menge an Alttextilien nicht möglich. Das zukünftig durchzuführende Vergabeverfahren würde demnach im Ergebnis erheblich erschwert werden, weil es sich bei der einzusammelnden Menge um einen notwendigen Grundparameter für die Kalkulation handelt.

Die Anbieter von Entsorgungsleistungen, die sich an dem Vergabeverfahren der Kommune beteiligen wollten, und insbesondere der in der vorangegangenen Ausschreibung bezuschlagte Sammler hätten die Erfahrung gemacht, dass ihnen der Zuschlag im Vergabeverfahren nun gerade keine Exklusivität gewährleistet, wenn die Stadt konkurrierende gewerbliche Sammlungen nicht auf Basis des § 17 Abs. 3 S. 3 Nr. 3 KrWG unterbindet beziehungsweise unterbinden könnte. Die Anbieter würden sich an folgenden Ausschreibungen entweder gar nicht mehr beteiligen oder aber mit erheblichen Wagniszuschlägen arbeiten (müssen), um dem beträchtlichen Risiko aufgrund der unkalkulier-

baren Schwankungsbreite Rechnung zu tragen. Eine wirtschaftliche Vergabe in einem größtmöglichen Wettbewerb wäre daher zumindest ganz erheblich erschwert, wenn nicht gar unmöglich geworden.

Daran ändert sich auch nichts, wenn im Wege einer Konzession lediglich Standplätze vergeben werden. Denn auch in diesem Falle müssen die Bieter kalkulieren, welche Mengen über die ausgeschriebenen Standplätze voraussichtlich gesammelt werden können. Aus der Perspektive des Auftraggebers, aber auch des Auftragnehmers, ist der wirtschaftliche Wert der Konzession im Übrigen entscheidend davon abhängig, dass mit der Konzession das exklusive Recht zur Durchführung der Sammeltätigkeit verknüpft ist. Auch dies spricht dafür, die Vergabe einer Dienstleistungskonzession der Vergabe eines Entsorgungsauftrags in dem hiesigen Kontext gleichzustellen.

### c) Keine darüber hinausgehende „Wesentlichkeitsprüfung“

Aktuell umstritten ist, ob im Falle des Vorliegens einer Fallgruppe im Sinne des § 17 Abs. 3 S. 3 KrWG zusätzlich noch zu prüfen ist, ob sich die Beeinträchtigung öffentlicher Interessen als „wesentlich“ darstellt, ob also die konkreten Auswirkungen der gewerblichen Sammlung mengenmäßig und finanziell quantifiziert werden müssen.<sup>34</sup> Auf das Erreichen einer „Wesentlichkeitsschwelle“ kann es jedoch im Falle des Vorliegens eines der Regelbeispiele des § 17 Abs. 3 S. 3 KrWG nicht mehr ankommen, wie nachfolgend dargelegt wird. Dies gilt in besonderem Maße für das Regelbeispiel des § 17 Abs. 3 S. 3 Nr. 3 KrWG, also beim Unterlaufen oder Erschweren eines kommunalen Ausschreibungswettbewerbs.

### aa) Wörtliche Auslegung

So ist bereits zweifelhaft, ob § 17 Abs. 3 S. 3 KrWG überhaupt eine widerlegbare Vermutung enthält und damit Raum für eine Wesentlichkeitsprüfung lässt. So gibt der Wortlaut des § 17 Abs. 3 S. 3 KrWG eine solche Auslegung nicht her, denn dort ist davon die Rede, dass eine wesentliche Beeinträchtigung bei Vorliegen eines der Regelbeispiele der Nrn. 1 bis 3 insbesondere anzunehmen „ist“.

Zwar beinhaltet das Wort „annehmen“ grundsätzlich eine offene Formulierung, die nicht unmittelbar das zwingende Vorliegen einer wesentlichen Beeinträchtigung impliziert. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass sich der Gesetzgeber für die Formulierung entschieden hat, dass eine wesentliche Beeinträchtigung anzunehmen „ist“. Er hat sich dagegen nicht für die Variante entschieden, dass eine wesentliche Beeinträchtigung bei Vorliegen einer der Fallgruppen angenommen werden „kann“. Durch eine solche schwächere Formulierung hätte der Gesetzgeber eine Widerlegbarkeit der Vermutung ohne weiteres zum Ausdruck bringen können, er hat sich aber für die unbedingte Formulierung „ist ... anzunehmen“ entschieden.

Darüber hinaus hat der Gesetzgeber auch nicht die Formulierung verwendet, dass eine wesentliche Beeinträchtigung angenommen werden „soll“. Eine solche Formulierung hätte bedeutet, dass im Regelfall von einer wesentlichen Beeinträchtigung bei Vorliegen einer der Fallgruppen auszugehen ist; nur in atypischen Fällen wäre überhaupt zu prüfen, ob tatsächlich eine wesentliche Beeinträchtigung gegeben ist. Die Formulierung „soll“ beinhaltet demnach, dass bei Vorliegen einer der Regelbeispiele ohne weitere Überprüfung vom Vorliegen einer wesentlichen Beeinträchtigung auszugehen ist. Nur in atypischen Ausnahmefällen wäre ein Abweichen von der gesetzlichen Regelung, das heißt eine Widerlegung dieser Vermutung möglich.

Im Gegensatz dazu enthält die Gesetz gewordene Formulierung, dass eine Beeinträchtigung anzunehmen

ist, eine unbedingte Schlussfolgerung. Sie lässt keinen Raum für eine Widerlegbarkeit der gesetzlichen Vermutung. Zu berücksichtigen ist auch, dass das Wesentlichkeitskriterium den einzelnen Fallbeispielen des § 17 Abs. 3 S. 3 KrWG vorangestellt ist und dementsprechend durch diese ausgefüllt wird. Es ist demnach verfehlt, das Wesentlichkeitskriterium zusätzlich noch in die Fallbeispiele selbst hineinzulesen.

Auch das VG Köln<sup>35</sup> geht davon aus, dass das Gesetz auf einen bestimmten Grad der Gefährdung nicht abstellt. Das Gericht hatte ebenfalls über einen Fall der Sammlung von Altkleidern zu entscheiden, wobei die bereits bestehende kommunale Sammlung aus gut 200 Sammelcontainern bestand. Das sich gegen eine entsprechende Untersagungsverfügung wehrende Unternehmen begehrte hingegen die Aufstellung von lediglich acht Containern. Das Verwaltungsgericht Köln hielt die Regelbeispiele in § 17 Abs. 3 S. 3 Nr. 1 und 2 KrWG für einschlägig und überprüfte darüber hinaus nicht, ob aufgrund der Mengenverhältnisse überhaupt von einer wesentlichen Beeinträchtigung ausgegangen werden könne. Denn die Gesetzesformulierung, insbesondere die Regelung des § 17 Abs. 3 S. 3 Nr. 2 KrWG, stelle gerade nicht auf ein bestimmtes Ausmaß der Gefährdung ab.

Diesem Ergebnis könnte zwar entgegen gehalten werden, dass § 17 Abs. 3 S. 4 KrWG einen Ausnahmetatbestand, nämlich den Fall eines wesentlich leistungsfähigeren Sammlers enthält, bei dessen Vorliegen die Nrn. 1 und 2 nicht gelten sollen. Diese Ausnahmeregelung lässt jedoch gerade nicht den Schluss zu, dass die Vermutungen des Satzes 3 widerleglich sind. Denn die Regelbeispiele der Nrn. 1 und 2 in § 17 Abs. 3 S. 3 KrWG sollen nach der gesetzlichen Wertung eben nur dann überwunden werden können, wenn die gewerbliche Sammlung wesentlich leistungsfähiger ist als das kommunale Erfassungssystem. Es wäre wertungswidersprüchlich, würde man es zulassen, dass auch Sammlungen geringer Mengen – und damit geringer Leistungsfähigkeit – die Schutzgüter in § 17 Abs. 3 S. 3 Nr. 1 und 2 KrWG überwinden könnten.

<sup>33</sup> vgl. VK Sachsen, Beschluss v. 10.05.2011 – 1/SVK/009–11; VG Ansbach, Urteil v. 23.01.2013 – AN 11 K 12.01588.

<sup>34</sup> So könne nach dem VG Würzburg, Beschluss v. 28.01.2013 – W 4 S 12.1130, der Umfang des Abfallentzugs nicht unberücksichtigt bleiben, eine wesentliche Beeinträchtigung sei bei zehn bis fünfzehn Prozent Mengenverlust nicht festzustellen. Das VG Ansbach, Urteil v. 23.01.2013 – AN 11 K 12.01588, sieht keine wesentliche Beeinträchtigung, wenn sich die Auswirkungen auf die Müllgebühren auf sieben Prozent belaufen, da dies innerhalb der abgabenrechtlichen Erheblichkeitsgrenze von zehn bis zwölf Prozent liege. Laut OVG Hamburg, Beschluss v. 20.03.2013 – 5 Bs 208/12, liege keine wesentliche Beeinträchtigung bei einem PPK-Mengenverlust von ein bis zwei Prozent vor, zumal bei trotz der gewerblichen Sammlung stetig steigenden öRE-Mengen.

<sup>35</sup> VG Köln, Beschluss v. 25.01.2013, Az.: 13 L 1796/12.



## bb) Historische und teleologische Auslegung

In diesem Zusammenhang ist auch auf die Gesetzesbegründung des Ausschusses für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit zur aktuellen Regelung des § 17 Abs. 3 S. 3 KrWG hinzuweisen, in der es heißt, dass durch Einfügung dieser nicht abschließenden Fallgruppen die Schwelle konkretisiert wird, „ab der eine wesentliche Beeinträchtigung der Planungssicherheit und Organisationsverantwortung“ angenommen werden kann und den Betroffenen und den Behörden damit „eine klare Leitlinie“ vorgegeben wird.<sup>36</sup> Diese Formulierung spricht dafür, dass die durch die Fallgruppen des § 17 Abs. 3 S. 3 KrWG begründeten Vermutungen für das Vorliegen einer wesentlichen Beeinträchtigung der Planungssicherheit und Organisationsverantwortung einem Gegenbeweis nicht zugänglich sind.<sup>37</sup>

Es ist daran zu erinnern, dass ein wesentliches Ziel der Neuregelung des Rechts der gewerblichen Sammlung darin bestand, die Rechtssicherheit zu erhöhen.<sup>38</sup> Dieses Ziel würde verfehlt, würde es bei Vorliegen eines Fallbeispiels im Sinne des § 17 Abs. 3 S. 3 KrWG zusätzlich noch auf das Erreichen einer Wesentlichkeitsschwelle ankommen, die mangels gesetzlicher Vorgaben kaum konkret und willkürfrei bestimmt werden könnte. Im Ergebnis würde durch eine solche Interpretation die Zulässigkeitsprüfung gewerblicher Sammlungen mit den gleichen Unsicherheiten belastet, die für die Rechtslage nach dem KrW-AbfG kennzeichnend waren und die durch KrWG eigentlich überwunden werden sollten.

## cc) Insbesondere: Keine Wesentlichkeitsprüfung bei § 17 Abs. 3 S. 3 Nr. 3 KrWG

Die Argumente, die gegen die Prüfung einer „Wesentlichkeitsschwelle“ innerhalb der Fallbeispiele des §

17 Abs. 3 S. 3 KrWG sprechen, treffen in besonderem Maße auf das Fallbeispiel der Nr. 3, also auf einen kommunalen Ausschreibungswettbewerb zu. Diesem Schutzgut liegt zudem folgende spezifische gesetzgeberische Wertung zugrunde: Ein Sammelunternehmen, das eine Abfallfraktion gewerblich sammeln will, für die der öRE einen Ausschreibungswettbewerb eröffnet hat, an dem sich dieses Unternehmen entweder gar nicht oder erfolglos beteiligt hat, handelt „treuwidrig“, wenn es trotz der zuvor unterlassenen oder erfolglosen Beteiligung am Vergabeverfahren den unmittelbaren Zugriff auf die betreffende Abfallfraktion neben dem erfolgreichen Bieter beansprucht. Ein solches Unternehmen akzeptiert entweder nicht sein Unterliegen im Ausschreibungswettbewerb oder es versucht, das Ergebnis eines Ausschreibungswettbewerbs zu konterkarieren, dem es sich selbst gar nicht gestellt hat.

Dem Schutzgut des § 17 Abs. 3 S. 3 Nr. 3 KrWG liegt also die Wertung zugrunde, dass ein gewerblicher Sammler ein widersprüchliches Verhalten zeigt (*venire contra factum proprium*), wenn er das Ergebnis eines für alle zugänglichen, diskriminierungsfreien Vergabeverfahrens nicht akzeptiert und dieses zudem durch seine eigene fortdauernde Sammeltätigkeit wirtschaftlich entwertet. Dieser Vorwurf eines widersprüchlichen Verhaltens des gewerblichen Sammlers gilt unabhängig davon, ob sich die gewerblich erfasste Abfallmenge als wesentlich darstellt oder nicht.

Weiter lässt sich der Regelung des § 17 Abs. 3 S. 4 KrWG entnehmen, dass der Gesetzgeber das Schutzgut eines Vergabewettbewerbs selbst dann nicht zur Disposition stellt, wenn die gewerbliche Sammlung wesentlich leistungsfähiger ist. Ein Ausschreibungswettbewerb kann mithin durch wesentlich leistungsfähigere Sammlungen nicht überwunden werden. Dieses Ergebnis muss dann erst recht für solche Sammlungen gelten, die nur geringe Mengen erfassen. Grundsätzlich beinhaltet die Regelung des S. 4 zwar, dass leistungsfähigere Sammler als zulässig zu erachten sind. Aufgrund der expliziten Herausnahme

eines kommunalen Ausschreibungswettbewerbs aus einem Leistungsvergleich gilt diese Einstufung jedoch nicht im Falle der Durchführung eines Vergabewettbewerbs. Die gesetzliche Regelung stuft demnach ein wettbewerbliches Vergabeverfahren gegenüber gewerblichen Sammlungen generell höher ein, was einen Schutzanspruch gegenüber geringfügigen Sammlungen einschließen muss.

Das VG Würzburg<sup>39</sup> vertritt in diesem Zusammenhang die Ansicht, dass § 17 Abs. 3 KrWG grundsätzlich eine widerlegbare Vermutung enthalte. Das Gericht hatte dabei ebenfalls über den Fall einer Untersagungsverfügung gegenüber einer Sammlung von Altkleidern zu entscheiden, wobei es jedoch konkret um die Fallgruppe des § 17 Abs. 3 S. 3 Nr. 1 KrWG ging. Im Ergebnis lehnte das VG Würzburg das Vorliegen einer „wesentlichen Beeinträchtigung“ der Planungssicherheit und Organisationsverantwortung ab, da es die Menge der dem öRE entzogenen Abfälle durch den konkurrierenden gewerblichen Sammler als zu gering erachtete. Das Gericht argumentierte in seiner Entscheidung, dass aus Gründen der Europarechtskonformität eine einschränkende Auslegung der Vorschrift des § 17 Abs. 3 S. 2 und 3 KrWG vorzunehmen sei, da die Überlassungspflichten des § 17 KrWG für getrennt gesammelte Abfälle zur Verwertung aus privaten Haushalten nach allgemeiner Ansicht die europäische Warenverkehrs- und Wettbewerbsfreiheit im Sinne des Art. 28 ff. AEUV einschränken würden.<sup>40</sup>

Unabhängig davon, dass die europarechtlichen Erwägungen des VG Würzburg eine einschränkende Auslegung von § 17 Abs. 3 KrWG nicht zu begründen vermögen<sup>41</sup>, kann dieses Argument von vornherein für § 17 Abs. 3 S. 3 Nr. 3 KrWG nicht gelten. Denn in der von dieser Norm erfassten Fallkonstellation hat sich die Kommune mit der Durchführung eines Vergabeverfahrens ja gerade für eine wettbewerbskonforme Form der Organisation der Hausmüllentsorgung entschieden.

Schutzgut ist hier allein der Ausschreibungswettbewerb, dem nicht wiederum das Argument der unzulässigen Beschränkung des Wettbewerbs durch Unterbindung gewerblicher Sammlungen entgegengehalten werden kann. Der öRE hat in der Fallgruppe 3 bereits alles getan, um einen transparenten und diskriminierungsfreien Wettbewerb herzustellen. Eine Einschränkung des Schutzes dieses Ausschreibungswettbewerbs aus wettbewerbsrechtlichen Gründen kann dann nicht mehr in Betracht kommen.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass bei Erfüllung einer Fallkonstellation des § 17 Abs. 3 S. 3 KrWG eine Wesentlichkeitsprüfung nicht mehr zu erfolgen hat, da bei Vorliegen einer solchen Fallkonstellation die wesentliche Beeinträchtigung der Planungssicherheit und Organisationsverantwortung des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers bereits unwiderlegbar vermutet wird. Hält man entgegen der hier vertretenen Auffassung dennoch eine Wesentlichkeitsprüfung für erforderlich, so hat diese jedenfalls beim Schutzgut eines kommunalen Ausschreibungswettbewerbs nach Nr. 3 zu unterbleiben. Denn dieses öffentliche Interesse wird durch § 17 Abs. 3 S. 4 KrWG besonders privilegiert und soll den erfolgreichen Bieter vor jedweder Konkurrenz durch gewerbliche Sammler, selbst solcher mit wesentlich höherer Leistungsfähigkeit, schützen. Zudem trifft hier auch den Sammler geringer Mengen der Vorwurf eines widersprüchlichen Verhaltens, da ihm die Chance einer erfolgreichen Beteiligung am Ausschreibungswettbewerb offen stand. Schließlich kann eine einschränkende Interpretation von § 17 Abs. 3 S. 3 Nr. 3 KrWG auch nicht auf wettbewerbsrechtliche Erwägungen gestützt werden, da das beauftragte Sammelunternehmen ja bereits im Wettbewerb ermittelt wurde. Mit anderen Worten kann das Schutzgut eines kommunalen Ausschreibungswettbewerbs nicht mit Wettbewerbsargumenten beschränkt werden.

<sup>36</sup> BT-Drs. 17/7505, S.42 ff.

<sup>37</sup> So auch Queitsch, AbfallR 2013, 169, 174.

<sup>38</sup> BT-Drs. 17/6052, S. 2.

<sup>39</sup> VG Würzburg, Beschluss v. 28.01.2013, Az.: W 4 S 12.1130.

<sup>40</sup> VG Würzburg a.a.O. unter Hinweis auf die Gesetzesbegründung der BReg., BT-Drs. 17/6052, S. 85; Beckmann in Landmann/Rohmer, Umweltrecht, RdNr. 141 zu § 17 KrWG m.w.N.

<sup>41</sup> S. hierzu ausführlich Thärichen, AbfallR 2012, 150ff.

**Praxistipp**

- Greift ein Fallbeispiel des § 17 Abs. 3 S. 3 KrWG ein, so sprechen gute Argumente dafür, dass es nicht mehr darauf ankommt, ob die Auswirkungen der betreffenden gewerblichen Sammlung in quantitativer oder finanzieller Hinsicht „wesentlich“ sind.
- Da die Gerichte dies jedoch teilweise anders sehen, sollte in einer auf entgegenstehende öffentliche Interessen gestützten Untersagungsverfügung auch die „**Wesentlichkeit**“ beziehungsweise die „**Erheblichkeit**“ der Auswirkungen der gewerblichen Altkleidersammlung dargelegt werden.

**d) Kein anderes geeignetes Mittel?**

§ 18 Abs. 5 S. 2 Alt. 2 KrWG bringt zum Ausdruck, dass eine gewerbliche Sammlung nur dann untersagt werden kann, wenn die Einhaltung der Voraussetzungen des § 17 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 KrWG anders nicht zu gewährleisten ist. Zu prüfen ist also stets, ob es ein anderes, gleich gut geeignetes Mittel anstelle der Untersagung gibt, das dem Schutz der öffentlichen Interessen gerecht wird. Im Falle einer Konzessionsvergabe im Wettbewerb stellt sich also zum Beispiel die Frage, ob der durchgeführte Ausschreibungswettbewerb auch durch Auflagen, Bedingungen oder Befristungen geschützt werden könnte.

Da es jedoch im Rahmen der Fallgruppe 3 – wie ausgeführt – nicht auf die konkrete Menge der gesammelten Textilien durch den parallel sammelnden Konkurrenten ankommt, sondern vielmehr die konkurrierende Sammlung an sich schon zu einer wesentlichen Beeinträchtigung des öRE sowie des Bestbieters führt, kann als milderes Mittel hier nicht beispielsweise die Auflage einer mengenmäßigen Begrenzung der gewerblichen Sammlung in Betracht kommen. Insofern ist der bereits erfolgte Ausschreibungswettbewerb absolut geschützt.

Darüber hinaus käme als Mengenbegrenzung einer Altkleidersammlung als einzig praktikable Lösung die Begrenzung auf eine bestimmte Anzahl an Containern in Betracht. Allerdings könnte auf diese Weise nicht zugleich eine wirksame Beschränkung der Sammelmenge herbeigeführt werden. Denn die Menge der gesammelten Textilien hängt von der tatsächlichen Nutzung der Container seitens der Bürger ab, die aufgrund vielfältiger Faktoren weder vorhersehbar noch steuerbar ist.

Des Weiteren wäre fraglich, auf welche Weise eine mengenmäßige Beschränkung überhaupt kontrolliert werden könnte. Eine ständige Überprüfung, ob weitere Container aufgestellt wurden, ist praktisch kaum möglich. So ist die Entdeckung von illegal aufgestellten Sammelbehältern regelmäßig mit einer erheblichen zeitlichen Verzögerung verbunden, in welcher es bereits zu beachtlichen Mengenverlusten kommen kann. Ferner werden in der Regel nicht sämtliche illegal aufgestellten Container entdeckt, was stets Mengenverluste zur Folge hat.

Letztlich ist noch zu beachten, dass weitere gewerbliche Unternehmen die Aufstellung von Sammelcontainern begehren dürften, sobald einem gewerblichen Sammler, der sich zuvor nicht am Ausschreibungsverfahren beteiligt hat, die angezeigte (oder auch nicht angezeigte) Sammlung nicht untersagt wird. Aus Gründen des Gleichbehandlungsgrundsatzes müsste dann auch diesen Bewerbern das Aufstellen von zumindest einer bestimmten Anzahl an Containern gewährt werden. Dies hätte weitere Mengenreduzierungen für den Ausschreibungsgewinner zur Folge, welche insgesamt gemäß § 17 Abs. 3 S. 1 KrWG in einer Gesamtschau zu berücksichtigen sind. Das Ergebnis des Ausschreibungsverfahrens würde in immer stärkerem Maße hinfällig werden. Dem Schutzgedanken des § 17 Abs. 3 S. 3 Nr. 3 KrWG wäre damit in keinerlei Hinsicht Rechnung getragen.

Im Ergebnis kommt nur die Untersagung der gewerblichen Sammlung in Betracht, um den Wertungen des Gesetzes zu entsprechen. Die Durchführung des Vergabeverfahrens, welches auch erhebliche Kosten mit sich bringt, würde in unzumutbarer Weise entwertet, wenn sich der Gewinner nicht auf die exklusive Beauftragung verlassen könnte. Zudem

wird mit der Durchführung eines Ausschreibungswettbewerbs gerade das Wettbewerbsprinzip optimal verwirklicht.

**Praxistipp**

- Nach herrschender Meinung verlangt § 18 Abs. 5 KrWG eine **zweistufige Prüfung**, nach der vor einer Untersagungsverfügung zunächst zu prüfen ist, ob Bedingungen, Befristungen oder Auflagen als mildere Mittel in Betracht kommen.
- Im Falle einer Untersagung sollte daher die Behörde stets begründen, weshalb im konkreten Einzelfall ein **milderes Mittel nicht in Betracht** kommt, um die Einhaltung der gesetzlichen Zulässigkeitsvoraussetzungen der gewerblichen Sammlung sicherzustellen.

**e) Vertrauensschutz gemäß § 18 Abs. 7 KrWG?**

§ 18 Abs. 7 KrWG ordnet an, dass, soweit eine gewerbliche Sammlung, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Gesetzes bereits durchgeführt wurde, die Funktionsfähigkeit des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers, des von diesem beauftragten Dritten oder des auf Grund einer Rechtsverordnung nach § 25 eingerichteten Rücknahmesystems bislang nicht gefährdet hat, bei Anordnungen nach Absatz 5 oder 6 der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, insbesondere ein schutzwürdiges Vertrauen des Trägers der Sammlung auf ihre weitere Durchführung, zu beachten ist.

Sofern man § 18 Abs. 7 KrWG überhaupt im Bereich der Untersagungsverfügung gemäß § 18 Abs. 5 S. 2 KrWG, der eine gebundene Entscheidung enthält, für anwendbar hält<sup>42</sup>, greift der Einwand des

schutzwürdigen Vertrauens beziehungsweise des Bestandsschutzes dann nicht durch, wenn die Sammlung in der Vergangenheit nicht rechtskonform durchgeführt wurde.

So hat der Bayerische Verwaltungsgerichtshof entschieden, dass § 18 Abs. 7 KrWG nicht für Sammlungen gilt, die nicht auf der Basis des KrW-/AbfG durchgeführt wurden und die die Abfälle nicht nach § 13 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 KrW-/AbfG einer ordnungsgemäßen und schadlosen Verwertung zugeführt beziehungsweise dieses nicht nachgewiesen haben.<sup>43</sup> Auch nach dem Verwaltungsgericht Ansbach setzt Vertrauensschutz nach § 18 Abs. 7 KrWG voraus, dass vor Inkrafttreten des KrWG eine rechtmäßige gewerbliche Sammlung bestanden hat. Da bereits nach § 13 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 KrW-/AbfG eine vor Aufnahme der Sammlung zu erfüllende Nachweispflicht bestand, könne eine gewerbliche Sammlung insoweit bereits in formeller Hinsicht rechtswidrig sein, was für die Versagung von Vertrauensschutz ausreiche. Auf die weiteren Voraussetzungen der Vorschrift komme es dann nicht mehr an.<sup>44</sup> Schließlich hat das Verwaltungsgericht Würzburg festgestellt, dass kein schützenswertes Vertrauen bei Bedenken gegen die Zuverlässigkeit oder bei unzureichender Darlegung der ordnungsgemäßen und schadlosen Verwertung bestehen könne.<sup>45</sup>

Dies bedeutet, dass ein Vertrauensschutz zugunsten einer angezeigten Altkleidersammlung nach überwiegender Auffassung bereits dann ausscheidet, wenn – wie häufig – der Nachweis der ordnungsgemäßen und schadlosen Verwertung nach § 13 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 KrW-/AbfG in der Vergangenheit nicht geführt und daher die Sammlung formell illegal durchgeführt wurde. Ein Vertrauensschutz kommt ferner dann nicht in Betracht, wenn aufgrund der systematischen Missachtung des Erfordernisses von straßenrechtlichen Sondernutzungserlaubnissen für das Aufstellen der Sammelcontainer der Untersagungstatbestand der Unzuverlässigkeit, § 18 Abs. 5 S. 2 Alt. 1 KrWG, eingreift. Gleiches hat im Übrigen dann zu gelten, wenn die

<sup>42</sup> Ablehnend zum Beispiel VG Köln, Beschluss v. 25.01.2013, Az.: 13 L 1796/12.

<sup>43</sup> Bayerischer VGH, Beschluss v. 24.07.2012 – 20 CS 12.841; so auch VG Neustadt v. 12.07.2013 – 4 L 499/13.NW.

<sup>44</sup> VG Ansbach v. 16.01.2013 – AN 11 K 12.00358 und v. 23.01.2013 – AN 11 K 12.01588.

<sup>45</sup> VG Würzburg v. 15.04.2013 – W 4 S 13.145.

Unzuverlässigkeit aus der missbräuchlichen Vortäuschung einer gemeinnützigen Sammlung gefolgert werden muss. Aufgrund der häufig zu beobachtenden Praxis gewerblicher Alttextilsammler, ohne Verwertungsnachweis und Standplatzgenehmigungen zu sammeln, dürfte die Bedeutung von § 18 Abs. 7 KrWG in diesem Segment gering sein.

Eine andere Auffassung hierzu vertritt allerdings das OVG NRW. Die Materialien zum KrWG enthielten danach keine Anhaltspunkte dafür, dass die Anwendung der Vertrauensschutzregelung des § 18 Abs. 7 KrWG gerade von der Nachweisführung gemäß § 13 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 Halbs. 2 KrWG-AbfG im Zeitraum vor dem 1. Juni 2012 abhängen solle.<sup>46</sup> Hier verkennt jedoch das OVG NRW die Rechtslage und die Intentionen des Gesetzgebers. So hat die Bundesregierung im Rahmen einer parlamentarischen Anfrage<sup>47</sup> wie folgt zu den Voraussetzungen von § 18 Abs. 7 KrWG Stellung genommen:

*„Die Bundesregierung verweist darauf, dass bereits nach dem bisherigen Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz entsprechende Nachweise gegenüber dem öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger zu führen waren (vgl. § 13 Absatz 3 Satz 1 Nummer 3 KrWG-AbfG). Soweit sich „Altsammlungen“ nach § 18 Absatz 7 KrWG auf ein „schutzwürdiges Vertrauen ... auf ihre weitere Durchführung“ berufen, ist die bisher, d. h. vor dem Inkrafttreten des Kreislaufwirtschaftsgesetzes, durchgeführte ordnungsgemäße und schadlose Verwertung nach den zum damaligen Zeitpunkt geltenden Anforderungen nachzuweisen. Diese sahen genau wie das heutige Recht eine Darlegung der einzelnen Verwertungswege vor. Welche konkreten Nachweise für den nunmehr abgeschlossenen Vorgang beizubringen sind, bestimmen die Länder in eigener Zuständigkeit.“*

Das VG Düsseldorf hat in einem Beschluss vom 26.04.2013<sup>48</sup> zur Anwendung des § 18 Abs. 7 KrWG auf Bestandssammlungen, die dem öRE auf anderem Wege als über den Verwertungsnachweis nach § 13

Abs. 3 S. 1 Nr. 3 KrWG-AbfG bekannt geworden waren, die Auffassung vertreten, es obliege der Behörde, diesbezüglich Ermittlungen anzustellen und sodann ein schlüssiges Konzept zur Gewährleistung von Vertrauensschutz für den gewerblichen Sammler zu erarbeiten. Allein auf das Fehlen von Verwertungsnachweisen in der Vergangenheit und eine daraus folgende formelle Illegalität der Sammlung könne die Verneinung von Vertrauensschutz nicht gestützt werden.

#### Praxistipp

- Nach der überwiegenden Auffassung in der Rechtsprechung scheidet ein Vertrauensschutz nach § 18 Abs. 7 KrWG aus, wenn der gewerbliche Sammler in der Vergangenheit nicht den Verwertungsnachweis nach § 13 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 KrWG-AbfG geführt und daher **formell illegal** gesammelt hat.
- Die Vertrauensschutzregelung sollte von der zuständigen Behörde jedoch **nicht schematisch und formalistisch gehandhabt** werden, da nach der Rechtsprechung teilweise auch das langjährige und materiell rechtmäßige Sammeln Vertrauensschutz begründen kann.
- Es empfiehlt sich, alle für und gegen Vertrauensschutz sprechenden Gesichtspunkte zu ermitteln, wozu unter anderem auch die für die Sammlung getätigten **Investitionen** und deren Restbuchwerte gehören.
- Einem etwaigen Vertrauensschutz kann insbesondere durch **Übergangsfristen** entsprochen werden, die in Anhängigkeit von der bisherigen Dauer der Sammeltätigkeit bemessen werden sollten.
- Großzügige Übergangsfristen können die Angreifbarkeit einer Untersagungsverfügung vermindern, wobei die Frist stets aus den **Besonderheiten des Einzelfalls** abzuleiten ist.

### III. Fazit

§ 17 Abs. 3 S. 3 Nr. 3 KrWG stellt ein diskriminierungsfrei und transparent durchgeführtes Vergabeverfahren im Bereich der Entsorgungsleistungen unter absoluten Schutz gegenüber gewerblicher Konkurrenz. Daher hat jedenfalls im Falle der Nr. 3 eine weitergehende Überprüfung, ob die jeweilige konkurrierende Sammlung zu einer mengenmäßig wesentlichen Beeinträchtigung führt, zu unterbleiben. Wurde ein Vergabewettbewerb ordnungsgemäß durchgeführt, müssen sich sämtliche unterlegenen Bieter und auch diejenigen Unternehmen, die sich dem Wettbewerb nicht gestellt haben, an das Ergebnis des Vergabewettbewerbs halten. Dies gilt selbst dann, wenn sie im Einzelfall nur geringe Mengen an Alttextilien sammeln. Wenn sich die Gemeinde für einen transparenten und diskriminierungsfreien Vergabewettbewerb entscheidet, kann das Ergebnis des Vergabeverfahrens nicht wiederum aus Wettbewerbsgründen eingeschränkt werden.

Hinsichtlich der Rechtsform des aufgrund des Vergabeverfahrens zu schließenden Vertrages ist zu beachten, dass nicht nur der abfallrechtliche Dienstleistungsauftrag (§ 22 KrWG) den Schutz des § 17 Abs. 3 S. 3 Nr. 3 KrWG genießt, sondern auch die Dienstleistungskonzession, die mit dem Nutzungsrecht kommunaler Flächen für das Aufstellen der Sammelbehälter verknüpft wird. Denn auch eine solche Konzession hat Entsorgungsleistungen zum Gegenstand, da der Vertrag aufgrund der Rechts- und Interessenlage der Parteien regelmäßig die Pflicht zur Sammlung und zur Verwertung der Alttextilien durch den Konzessionär beinhaltet. Für das Schutzgut des Ausschreibungswettbewerbs kann es im Ergebnis keine Rolle spielen, ob die Kommune die Altkleidersammlung als Entsorgungsauftrag oder als Dienstleistungskonzession organisiert.

<sup>46</sup> OVG NRW, Beschluss v. 19.07.2013, Az. 20 B 122/13.

<sup>47</sup> BT-Drs. 17/11991 v. 28.12.2012.

<sup>48</sup> Az.: 17 L 580/13.

Andreas Voget<sup>1</sup>

# Sammlung und Verwertung von Gebrauchstextilien

Eine Bewertung aus der Perspektive der gemeinnützigen Träger

Die gesellschaftliche Diskussion zur Altkleidersammlung betrifft sowohl organisatorische Aspekte der Altkleidersammlung als auch ihre Transparenz und Zielgerichtetheit. Der Bericht zeigt die derzeitigen Herausforderungen der Altkleidersammlung aus Sicht der gemeinnützigen Sammler auf und diskutiert Lösungsansätze.

„Meine Altkleider sollen direkt an Bedürftige gehen. Ich möchte nicht, dass mit meiner abgelegten Kleidung Geschäfte gemacht werden.“ Diese Äußerungen zeigen, wie emotional das Thema Kleidersammlungen besetzt ist. Sie machen aber auch deutlich, wie wenig über das Mengenaufkommen und die Verwertungswege von Gebrauchstextilien bekannt ist.

Jedes Jahr werden in Deutschland mehr als 750.000 Tonnen gebrauchte Kleidung und Textilien in eine Kleidersammlung gegeben.<sup>2</sup> Das entspricht fast

47.000 voll beladenen LKW-Zügen. Würde man diese aneinanderreihen, ergäbe sich eine LKW-Schlange von Kiel bis München. Die Menge ist um ein Vielfaches höher, als soziale Projekte in Deutschland benötigen. Die Erwartung, dass diese Textilien ausschließlich für die Sozialarbeit in Deutschland verwendet werden, ist demnach unrealistisch.

In den letzten zwanzig Jahren ist das Aufkommen an Gebrauchstextilien zudem enorm gestiegen. Der Mengenanstieg ist vor allem eine Folge der immer

kürzer werdenden Modezyklen und Ausdruck einer „Ex- und-hopp“-Mentalität im Umgang mit Kleidung. Viele Kleidungsstücke werden nicht länger als ein Jahr lang getragen.

Grundsätzlich lassen sich zwei verschiedene Sammel- und Verwertungswege unterscheiden:

- Bringesammlungen: Kleiderkammern, Sozialkaufhäuser sowie Hilfsgüterinitiativen nehmen Kleidung entgegen, suchen die guten Sachen heraus und geben sie kostenlos oder zu sozialen Preisen weiter. Nur die Überschüsse und die nicht geeigneten Textilien gehen an gewerbliche Abnehmer.
- Container- oder Haustürsammlungen: Der weit überwiegende Teil der ausrangierten Kleidung wird auf diesem Weg erfasst. Die so gesammelte Kleidung wird in der Regel unsortiert an Textilrecycling-Firmen verkauft.

Lange Zeit war das Sammeln von Gebrauchstextilien eine Domäne gemeinnütziger und kirchlicher Organisationen. Bis Anfang der 1990er Jahre wurde Gebrauchstextilien zumeist über Straßensammlungen gemeinnütziger Organisationen oder über Kirchengemeinden erfasst. Ehrenamtliche Helferinnen und Helfer verteilten vor einer Sammlung Sammelbeutel und -zettel an alle Haushalte und sammelten die Säcke samstags vormittags in den Straßen ein. Mit dem Erlös aus dem Verkauf an Textilverwerter wurden soziale Projekte im In- und Ausland finanziert.

Mit dem Aufkommen der Sammelcontainer verlor die gemeinnützige Straßensammlung allerdings an Bedeutung. An ihre Stelle traten zunehmend gewerbliche Sammler, die über die Finanzmittel zum Aufbau eines Containernetzes und einer Leerungslogistik verfügten.

Parallel dazu entstanden in den letzten 15 Jahren vielerorts Gebrauchtkaufhäuser und Kleiderläden, die vielfach von kirchlichen Einrichtungen und gemeinnützigen Beschäftigungsgesellschaften getragen werden. Sie schaffen vor Ort ein Secondhand-Angebot zu erschwinglichen Preisen und sorgen so für eine direkte Wiederverwendung eines Teils der Textilien. Nicht wenige Einrichtungen bieten darüber hinaus

Beschäftigungs- und Qualifizierungsmöglichkeiten zum Beispiel für Menschen, die von Langzeitarbeitslosigkeit betroffen oder aufgrund von Handicaps eingeschränkt sind.

Der Einstieg vieler Kommunen beziehungsweise Abfallwirtschaftsbetriebe in die Erfassung von Alttextilien führt zu einer neuen Aufteilung des Sammelmarktes. Dabei sollten aber gemeinnützige Sammler und Einrichtungen nicht ins Abseits gedrängt werden. Vielmehr sollten sie auch in einem veränderten Markt ihren festen Platz behalten.

## I. Der weitere Weg der Gebrauchstextilien

Der größte Teil der Gebrauchstextilien wird seit langem gewerblich verwertet. Abnehmer am Ende der Kette sind Textil-Sortierbetriebe, die alle Textilien per Hand sortieren und auf ihre weitere Verwendbarkeit prüfen. Nach der Sortierung werden die einzelnen Artikelgruppen an spezialisierte Verwerter verkauft.

Durchschnittlich sind nur 45 – 50 Prozent der Textilien und Schuhe für den Secondhand-Gebrauch geeignet. Ungefähr 40 – 45 Prozent können nur noch für die Putzlappenherstellung oder als Rohstoff für Recyclingprodukte verwertet werden. Zehn bis zwölf Prozent sind Fremdstoffe oder nicht verwertbare Materialien, die als Abfall kostenpflichtig entsorgt werden müssen.

Die Secondhand-Kleidung wird von den Sortierbetrieben insbesondere nach Osteuropa, Afrika und in den Mittleren Osten verkauft. Denn dem wachsenden Berg an ausrangierten Textilien bei uns steht eine kontinuierlich steigende Nachfrage nach Secondhand-Kleidung in anderen Teilen der Welt gegenüber. Insbesondere bei Menschen mit geringem Einkommen ist Secondhand-Kleidung sehr gefragt, da sie die preisgünstigste Möglichkeit ist, sich mit Kleidung zu versorgen.

Minderwertige, ausgeleierte oder beschädigte Textilien werden von den Sortierbetrieben an Putzlappenhersteller oder Rohstoffverwerter im In- und Ausland verkauft. Insgesamt können bei einer guten Sortierung und entsprechender Marktkenntnis demnach

<sup>1</sup> Andreas Voget ist Geschäftsführer des Dachverbands FairWertung e.V. in Essen. Der Dachverband FairWertung ist ein bundesweites Netzwerk gemeinnütziger Sammelorganisationen, die sich auf Standards für eine faire und transparente Sammlung verpflichtet haben ([www.fairwertung.de](http://www.fairwertung.de)).

<sup>2</sup> Yinan Gu: Textilrecycling in Deutschland. RWTH Aachen 2008.



88 – 90 Prozent der Textilien als Kleidung oder Rohstoff weiter verwendet werden.

Während Sortierbetriebe in den 1950–1960er Jahren überwiegend von der Verwertung der Stoffreste aus der Textilherstellung und der Rohstoffe aus den sogenannten Lumpensammlungen lebten, ist heute der Verkauf der Secondhand-Kleidung die zentrale Einnahmequelle der Betriebe. Die Erlöse aus dem Verkauf der Putzlappen- und Rohstoffqualitäten sind dagegen niedriger als die Erfassungs- und Sortierkosten. Die beim Sortieren der schlechten Textilien entstandenen Verluste werden also betriebsintern durch die Gewinne aus dem Secondhand-Verkauf ausgeglichen.

Das Sortieren von Kleidung ist reine Handarbeit und damit lohnintensiv. Auch im Textilrecycling ist daher seit Jahren eine zunehmende Globalisierung zu beobachten. Waren bis in die 1990er Jahre insbesondere Deutschland und einige Nachbarländer die „klassischen Sortierländer“, so sind in den letzten 15 Jahren zunehmend Sortierungen in Mittel- und Osteuropa, aber auch in Freihandelszonen zum Beispiel der Türkei, Dubais und Nordafrikas aufgebaut worden. Inzwischen werden mehr als 50 Prozent der in Deutschland gesammelten Kleidung im Ausland sortiert und weiter verwertet.<sup>3</sup>

## II. Der weltweite Handel – Schaden oder Nutzen?

Anfang der 1990er Jahre setzte in Deutschland eine kontrovers und sehr emotional geführte Diskussion über das Für und Wider von Altkleiderexporten insbesondere nach Afrika ein. Kritiker argumentieren, die Secondhand-Kleidung sei maßgeblich für den Niedergang afrikanischer Textilfabriken verantwortlich. Mehrere Untersuchungen dazu kommen aber zu einem anderen Ergebnis: Der Hauptgrund für den Rückgang afrikanischer Textilproduktion war demnach die man-

gelnde Wettbewerbsfähigkeit, insbesondere gegenüber asiatischen Produzenten. Sie ist teilweise auch klaren Standortnachteilen geschuldet – so wird die Produktion zum Beispiel durch häufige Stromausfälle, mangelnde Versorgung mit Ersatzteilen, Kapitalmangel und so weiter erschwert.

In der Diskussion wird außerdem übersehen, dass Transport, Handel und Bearbeitung von Gebrauchtkleidung vielen Menschen Beschäftigung und Einkommen bieten. Im Rahmen einer von FairWertung durchgeführten mehrjährigen Untersuchung in verschiedenen afrikanischen Ländern haben Gesprächspartner immer wieder darauf hingewiesen, dass sie die in Deutschland geführten Diskussionen kennen, aber nicht nachvollziehen können. Denn die Vorstellung, dass es vielerorts ein ausreichendes und preisgünstiges Angebot an Kleidung aus lokaler Produktion gäbe, wenn keine Gebrauchtkleidung importiert würde, sei nicht realistisch.<sup>4</sup> Allerdings wurde auch darauf verwiesen, dass Afrika kein Müllablageplatz für minderwertige Textilien sein darf. Wichtig ist daher, dass nur Secondhand-Kleidung exportiert wird, die vorher eine Qualitätsprüfung in einem Sortierbetrieb durchlaufen hat.

Dass die Nachfrage nach Secondhand-Kleidung in Afrika immer weiter steigt, zeigt auch, wie realitätsfern die hiesige Diskussion geführt wird. Denn die große Nachfrage ist vor allem dadurch bedingt, dass insbesondere für Menschen mit geringem Einkommen der Secondhand-Markt die preisgünstigste Möglichkeit zur Versorgung mit Kleidung darstellt. Dass durch Fernsehen und Internet längst auch Modetrends global geworden sind, passt außerdem nicht ins (vorgefasste) Bild.

Die auf den ersten Blick schlüssige These von der „zerstörerischen Wirkung“ der Secondhand-Kleidung wird allerdings immer wieder in deutschen Medien aufgegriffen, ohne dass sie stichhaltig belegt werden kann. Insgesamt wird eine Diskussion ohne Einbezie-

hung der eigentlich Betroffenen geführt, ohne dass daraus sinnvolle Handlungsoptionen erwachsen. Beispiele aus mehreren deutschen Städten zeigen sogar, dass die Afrikadiskussion die Umsetzung sinnvoller Sammelkonzepte auf Ortsebene verhindert, weil Bezirksvertretungen oder Mitglieder des Stadtrates nicht wollen, „dass mit Kleidersammlungen Märkte zerstört werden“. Dies führt nicht selten dazu, dass derweil dubiosen Kleidersammlern das Feld überlassen wird.

## III. Undurchschaubare Sammelmodelle

Die Zusammenhänge des Textilrecyclings und die weiteren Wege der Gebrauchtkleidung waren lange Zeit auch vielen gemeinnützigen Sammlern nicht bekannt. Daher gründeten mehrere gemeinnützige Organisationen 1994 den Dachverband FairWertung, um für mehr Transparenz auf dem Altkleidermarkt einzutreten.

Allerdings stellte FairWertung bald fest, dass bereits beim Sammeln von Gebrauchtkleidung intransparente Methoden verbreitet waren und bis heute sind. Dazu gehört insbesondere das Modell der „Logoüberlassung“. Dabei räumen gemeinnützige Organisationen einem gewerblichen Sammler das Recht ein, ihren Namen und ihr Logo gegen Zahlung eines (Fest-) Betrages für Kleidersammlungen verwenden zu dürfen. Diese Praxis ist beziehungsweise war juristisch zulässig und wird sogar steuerlich begünstigt. Im Ergebnis hat sie aber einer Irreführung über den tatsächlichen Charakter der Sammlung Vorschub geleistet.

Der Dachverband FairWertung hat daher Standards für ein faires Sammeln und Verwerten von Gebrauchtkleidung entwickelt, die für alle angeschlossenen Organisationen verbindlich sind.<sup>5</sup> Die Standards umfassen unter anderem eine wahrheitsgemäße Öffentlichkeitsarbeit und eine transparente Verwertung beziehungsweise Vermarktung der Textilien, die auch durch externe Wirtschaftsprüfer untersucht wird. Die Logoüberlassung ist in den Standards explizit ausgeschlossen.

Aktuelle Rückmeldungen aus Kommunen und Behörden lassen darauf schließen, dass die Logoüberlassung unter gemeinnützigen Organisationen und Wohlfahrtsverbänden weit verbreitet war – auch wenn viele Organisationen dies immer öffentlich bestritten haben. Durch das Kreislaufwirtschaftsgesetz ist erstmalig auch juristisch klargestellt, dass es sich dabei um gewerbliche Sammlungen handelt, auch wenn gemeinnützige Logos verwendet werden.

Allerdings werden jetzt fälschlicherweise alle gemeinnützigen Organisationen, die Containersammlungen durchführen, unter den Generalverdacht der Logoüberlassung gestellt. Damit wird denen Unrecht getan, die sehr bewusst Sammelsysteme in eigener Regie und Verantwortung aufgebaut und dabei auch „beauftragte Dritte“ einbezogen haben.

## IV. Pseudokaritative und dubiose Haustürsammlungen

In den letzten fünf Jahren haben dubiose Haustürsammlungen wieder stark zugenommen. Dazu werden entweder Sammelaufrufe an die Haustüren geklebt oder Wäschekörbe/Sammeleimer vor der Haustür abgestellt. Häufig wird dabei ein fiktiver Name (zum Beispiel „Pater Rodriguez“), ein nachgemachtes Logo oder ein stilisiertes Symbol wie Kirche oder Weltkugel verwendet, um den Eindruck einer karitativen Sammlung zu erwecken. Außerdem werden bewusst emotionale Formulierungen (zum Beispiel „Helfen Sie, damit wir helfen können!“) oder nebulöse Formulierungen verwendet („Ihre Kleidung kommt nicht in den Reißwolf, sondern wird sortiert und weitergetragen.“).

Die Sammlungen werden überwiegend von kleinen Firmen durchgeführt, nicht selten mit schwarz bezahlten Einsammlern. Da auf Sammelaufrufen oder Wäschekörben häufig keine Adresse, sondern nur eine (fiktive) Handy-Nummer angegeben wird, ist die Identität dieser Sammler schwer zu ermitteln. Es muss auch davon ausgegangen werden, dass die meisten Sammlungen nicht bei den zuständigen Behörden

<sup>3</sup> Dialogprogramm Gebrauchtkleidung in Afrika – Entwarnung für Gebrauchtkleiderexporte? (Hg: Dachverband Fair-Wertung e.V., 2005).

<sup>4</sup> Dialogprogramm Gebrauchtkleidung in Afrika – Entwarnung für Gebrauchtkleiderexporte? (Hg: Dachverband Fair-Wertung e.V., 2005).

<sup>5</sup> Selbstverständnis und Arbeitsweise des Dachverbandes FairWertung e.V. (aktualisiert im Mai 2012).

angezeigt wurden und die gesammelten Textilien auf undurchschaubaren Wegen verwertet werden.

Die Zunahme von pseudokaritativen Sammlungen wurde ungewollt durch das Abschaffen der sogenannten Sammlungsgesetze in fast allen Bundesländern seit 1998 ermöglicht und gefördert. Die Sammlungsgesetze legten eindeutig fest, was als gemeinnützige Sammlung galt; dies wurde auch von den kommunalen Ordnungsämtern kontrolliert. Damit bestand eine Möglichkeit, gegen gewerbliche Trittbrettfahrer vorzugehen. Allerdings zeigten sich mit der ansteigenden Zahl der Sammlungen auch zunehmend „Vollzugsdefizite“. Das Kreislaufwirtschaftsgesetz bietet jetzt die Handhabe, die durch die Abschaffung der Sammlungsgesetze entstandene Rechtslücke wirksam zu schließen.

## V. Illegal aufgestellte Sammelcontainer

Das weitaus größte Problem stellt seit mehreren Jahren die große Zahl der ungenehmigten Altkleidercontainer dar. Ihre Zahl wird bundesweit auf weit über 10.000 Stück geschätzt; fast jede Stadt und jeder Landkreis ist davon betroffen. Allerdings wurde diesem Phänomen bis zum Inkrafttreten des KrWG (lange Zeit) von vielen Behörden kaum Beachtung geschenkt. Auf Beschwerden von karitativen Organisationen oder seriösen gewerblichen Sammlern wurde nicht selten ausweichend („Dafür sind wir nicht zuständig“) oder ablehnend reagiert („Wir haben keine Handhabe dagegen“). Im Ergebnis führte das dazu, dass die illegalen Container zum Teil mehrere Jahre ungehindert stehen blieben, sodass ihre Aufsteller immer größere Marktanteile erobern konnten. Die Firmen beobachteten sehr genau, wo nichts gegen die Container unternommen wurde – und erschlossen so sehr gezielt immer weiteres Terrain. Zu den Akteuren gehören auch Firmen, die als Entsorgungsbetrieb zertifiziert sind – was auch zeigt, dass ein Efb-Zertifikat im Alttextilsektor nur von begrenzter Aussagefähigkeit ist.

Durch das gezielte und systematische Aufstellen von Containern ohne Genehmigung haben die dahinter

stehenden Firmen in den letzten Jahren enorme Gewinne erwirtschaftet. Dieses Geld wird jetzt vermutlich auch dazu verwendet, um Kommunen mit Einsprüchen oder Klagen zu überziehen, wenn sie (endlich) gegen die ungenehmigten Container einschreiten.

Insgesamt haben die illegalen Container zu einer gigantischen Marktverzerrung geführt: Zum einen sind die Sammelergebnisse der Organisationen und Firmen, die sich an die Gesetze halten und über eine (kostenpflichtige) Sondernutzungserlaubnis verfügen, spürbar zurückgegangen. Auch für hiesige Sortierbetriebe wurde dadurch Ware immer knapper, da die Textilien aus den illegalen Containern auf undurchsichtigen Wegen vermutlich Richtung Osteuropa verschwinden. In diesem Frühjahr mussten daher auch namhafte Sortierbetriebe aus Mangel an Ware Kurzarbeit anmelden.

Gleichzeitig ist durch die Konkurrenz der Sortierbetriebe um die Ware der Ankaufpreis für Textilien weiter angestiegen. Das jetzt aufgerufene Preisniveau liegt teilweise bereits über den Erträgen, die ein Sortierbetrieb unter den in Deutschland geltenden Standards erwirtschaften kann. Einige Branchenkenner warnen bereits vor einer Blase, die bald platzen könnte. Der Preisanstieg wird durch die zunehmenden kommunalen Ausschreibungen weiter verstärkt. Da in den Ausschreibungen in erster Linie auf das Efb-Zertifikat abgestellt wird, aber qualitative Kriterien in Bezug auf die Sortierung fehlen, insbesondere Öko- und Sozialstandards, zählt ausschließlich der höchste Preis. Im Ergebnis führt das dazu, dass zunehmend Händlerfirmen bei Ausschreibungen gewinnen, die keine eigene Sortierung unterhalten, sondern die Ware an Abnehmer im Ausland verkaufen, die nicht den hiesigen Öko- und Sozialstandards unterliegen.

## VI. Inhaltliche Herausforderungen

Die zentrale Herausforderung liegt daher in einer inhaltlichen Weiterentwicklung der Ausschreibungskriterien. Firmen, die durch ungenehmigtes Aufstellen von Containern aktenkundig geworden sind, sollten außerdem von Ausschreibungen ausgeschlossen werden. In anderen Branchen gibt es bereits Regelungen,

nach denen Firmen, die nachweislich gegen Gesetze verstoßen haben, zunächst bei Ausschreibungen nicht mehr zugelassen werden. Außerdem muss – ähnlich wie im Beschaffungswesen – eine Diskussion über die Bedeutung und den Wert von Öko- und Sozialstandards geführt werden.

Vielerorts stellt sich zudem die Frage, welche Auswirkungen kommunale Sammlungen auf die gemeinnützigen Sammler haben. Nicht wenige gemeinnützige Organisationen befürchten einen zum Teil existenzbedrohenden Rückgang ihrer Sammelmengen

und Erlöse. Allerdings gibt es bei vielen Kommunen und Abfallwirtschaftsbetrieben auch eine grundsätzliche Bereitschaft, Kooperationen mit gemeinnützigen Sammlern einzugehen. Dazu müssen noch rechtssichere Modelle entwickelt werden, bei denen die Eigenständigkeit der gemeinnützigen Sammler gewahrt bleibt. Sie sollten weder zu einer „Zentralvermarktung“ über kommunale Betriebe gezwungen noch in Kooperationsmodelle integriert werden, die eine Logoüberlassung der gemeinnützigen Organisationen an die Abfallwirtschaftsbetriebe vorsehen.

## Wie erkennt man dubiose Sammlungen?

Prinzipiell gilt: Sammelauftrufe und Containerbeschriftungen sehr genau lesen und Aussagen kritisch hinterfragen! Immer wieder wird eine gemeinnützige oder karitative Sammlung vorgetauscht, zum Beispiel durch Verwendung von gemieteten oder frei erfundenen Vereinsnamen.

Einige **Merkmale**, die stutzig machen sollten:

- Emotional klingende Vereinsnamen („Hilfe für Flutopfer“, „Notopferhilfe e.V.“);
- aufdringliche Appelle an die Hilfsbereitschaft („Helfen Sie, damit wir helfen können.“);
- Symbole wie Kirche, Kreuz, Weltkugel;
- irreführende Formulierungen: „Ihre Kleider kommen nicht in den Reißwolf, sondern werden weiter getragen“;
- es ist lediglich eine Handy-Nummer angegeben, aber kein Name oder Adresse;
- der angeblich sammelnde Verein kommt aus einer weit entfernten Region.

### Sammlungen mit Wäschekörben oder Sammeleimern:

Dabei handelt es sich zumeist um kleine gewerbliche Sammelfirmen, die ungefragt einen Behälter vor der Haustür abstellen. Dazu werden private und öffentliche Flächen genutzt, ohne dass die Grundstückseigentümer gefragt werden. Die Sammlungen müssen daher auch nicht toleriert werden.

### Illegal aufgestellte Altkleidercontainer:

- Häufig ohne Namen und Adresse des Sammlers. Es ist lediglich eine Handynummer angegeben, unter der niemand zu erreichen ist;
- Aufkleber verspricht Belohnung, wenn ein Entfernen des Containers gemeldet wird;
- Standort ist nicht eindeutig einem Besitzer zuzuordnen (Grünstreifen, Bushaltestelle, Supermarktparkplatz).

Heike Ameskamp und Dr. Holger Thärichen<sup>1</sup>

# Straßenrechtliche Bewertung gewerblicher und gemeinnütziger Alttextilsammlungen

Eine Analyse vor dem Hintergrund aktueller Entwicklungen

Die sprunghafte Zunahme der Anträge, betreffend die Aufstellung von Containern für gewerbliche Altkleidersammlungen einerseits und die illegale Aufstellung von Containern andererseits, stellt eine aktuelle Herausforderung für die Kommunen dar. Der Artikel beleuchtet die straßenrechtlichen Möglichkeiten der Kommunen zur Verhinderung der Beeinträchtigung des Stadtbilds sowie zur Untersagung illegaler Nutzung öffentlichen Straßenlands und unlauteren Wettbewerbs.

Seit einiger Zeit spielt das Straßen- und Wegerecht für die Abfallwirtschaft eine zunehmende Rolle. Das betrifft vor allem gewerbliche Altkleidersammlungen, deren Anzahl in den letzten Jahren sprunghaft angestiegen ist. Altkleidersammlungen im Bringsystem be-

nötigen Stellplätze für die aufzustellenden Altkleidercontainer. Sollen Sammelcontainer auf öffentlichem Straßenland aufgestellt werden, so ist dafür in jedem Fall eine Sondernutzungserlaubnis erforderlich. Viele Kommunen werden inzwischen mit einer wahren Flut

von genehmigungslos aufgestellten Containern sowie von Anträgen auf Erteilung von Sondernutzungserlaubnissen für Altkleidercontainer überzogen. Die Zahl der Anträge übersteigt in vielen Fällen die Anzahl der von den Kommunen vorgesehenen Stellplätze. Abgewiesene Antragsteller versuchen oftmals, ihre vermeintlichen Ansprüche auf dem Rechtsweg durchzusetzen. Dazu hat es in den vergangenen Monaten eine Reihe grundsätzlicher Gerichtsentscheidungen gegeben.

Eine besondere Herausforderung für den behördlichen Vollzug stellen die zahlreichen illegalen Sondernutzungen dar. Die „schwarzen Schafe“ unter den gewerblichen Altkleidersammlern stellen ihre Container einfach auf, ohne über die erforderlichen Erlaubnisse zu verfügen. Nicht nur, dass diese Container das Ortsbild verschandeln, die Aufsteller verschaffen sich mit diesem Verhalten einen illegalen Wettbewerbsvorteil gegenüber den legal agierenden Sammlern. Zahlreiche Städte gehen inzwischen rigoros und erfolgreich gegen die illegale Inanspruchnahme des öffentlichen Straßenlandes vor. Auch zu diesem Themenfeld gibt es aktuelle Rechtsprechung.

## I. Anliegergebrauch oder Sondernutzung?

Im Zusammenhang mit der Abfallentsorgung haben sich die Verwaltungsgerichte auch in früheren Jahren mit straßenrechtlichen Fällen befassen müssen. Meistens ging es dabei um die Abgrenzung des – genehmigungsfreien – Anliegergebrauchs von der – genehmigungspflichtigen – Sondernutzung.

Das vorübergehende Abstellen von Abfallbehältern auf dem Gehweg oder am Straßenrand ist nach der Rechtsprechung zumindest dann Anliegergebrauch, wenn der Anlieger die Abfälle dem öffent-

lich-rechtlichen Entsorgungsträger zu überlassen hat.<sup>2</sup> Das Aufstellen der Tonnen dient dabei der für eine wirtschaftliche Nutzung des Grundstücks notwendigen ordnungsgemäßen Entsorgung der auf dem Grundstück anfallenden Abfälle; das Recht zur Inanspruchnahme öffentlichen Straßenlandes für Entsorgungszwecke ist insoweit Ausfluss des Eigentumsgrundrechts. Der erlaubnisfreie Anliegergebrauch ist mit Blick auf die Nutzungsinteressen der Allgemeinheit dabei auf den für eine übliche turnusmäßige Entleerung der Behälter erforderlichen Zeitraum beschränkt, wobei auch das Bereitstellen der Tonnen in den Abendstunden des Vortags einer turnusmäßigen Leerung als noch zulässig erachtet wird.<sup>3</sup> Eine solche vorübergehende Nutzung des öffentlichen Straßenlandes, nicht aber ein dauerhaftes Aufstellen der Tonnen auf dem Gehweg, ist vom Anliegergebrauch gedeckt und somit erlaubnisfrei.

Kein Anliegergebrauch, sondern eine Sondernutzung durch den gewerblichen Sammler liegt nach unserer Auffassung dagegen vor, wenn Abfallbehälter, die Bestandteil der gewerblichen Sammlung sind, vorübergehend auf dem Gehweg oder Straßenrand abgestellt werden. Das muss zumindest dann gelten, wenn es ein eigenes Sammelsystem des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers für die betreffende Abfallfraktion gibt, sodass der Anlieger nicht auf die Inanspruchnahme der gewerblichen Sammlung angewiesen ist, um sich seiner Abfälle zu entledigen.<sup>4</sup> Die Nutzung öffentlichen Straßenlandes ist insoweit für eine ordnungsgemäße Grundstücksentsorgung nicht erforderlich, da und soweit ein kommunales Entsorgungsangebot zur Verfügung steht.

Die gegenteilige Auffassung des OVG Sachsen vermag nicht zu überzeugen, wenn man mit dem Bayerischen Verwaltungsgerichtshof davon ausgeht, dass die Reichweite des eigentumsrechtlich geschützten Anliegergebrauchs (nur) soweit reicht,

<sup>1</sup> Heike Ameskamp ist Fachgebietsleiterin Öffentliches Recht im Bereich Recht des VKU, Dr. Holger Thärichen ist Geschäftsführer der Sparte Abfallwirtschaft und Stadtreinigung VKS im VKU.

<sup>2</sup> OVG Münster, Urteil v. 24.02.1975 – II A 1021/73, BayVG, Urteil v. 08.04.1992 – 4 B 88.933, VG Dresden, Urteil v. 09.04.2009 – 3 K 1901/08.

<sup>3</sup> OVG Sachsen, Urteil v. 05.03.2012 – 1 A 966/10.

<sup>4</sup> a. A.: OVG Sachsen, Urteil v. 05.03.2012 – 1 A 966/10, und zwar für legale und illegale gewerbliche Sammlungen, zutreffend das voran gegangene Urteil des VG Dresden v. 09.04.2009 – 3 K 1901/08.

„wie die angemessene, insbesondere der Rechtslage entsprechende Nutzung des Grundeigentums eine Benutzung der Straße erfordert“.<sup>5</sup>

Unzweifelhaft dagegen ist das Aufstellen von Abfallgefäßen im öffentlichen Straßenraum in Grundstücksnähe dann eine Sondernutzung des gewerblichen Sammlers, wenn der Anlieger den Behälter des gewerblichen Sammlers nicht bestellt hat. Das Aufstellen der Behälter dient in diesen Fällen nicht der Grundstücksentsorgung, sondern die Behälter werden zur Bewerbung der Dienstleistungen des gewerblichen Sammlers eingesetzt und dienen damit allein dessen Interessen. Das gilt sowohl für Mülltonnen als auch für andere Sammelgefäße, wie etwa Eimer oder Wäschekörbe, die gerne von Altkleidersammlern flächendeckend unaufgefordert in Wohngebieten auf der Straße abgestellt werden.

Selbst wenn Sammelgefäße zunächst auf den Privatgrundstücken abgestellt werden, letztlich aber auf die Straße gelangen, handelt es sich um eine dem gewerblichen Sammler zuzurechnende Sondernutzung: Regelmäßig entfernt nämlich der Grundstückseigentümer, der die Sammlung nicht in Anspruch nehmen möchte, das Sammelgefäß, indem er es auf den Gehweg beziehungsweise den Straßenrand stellt. Dieses Verhalten der Anlieger muss sich der gewerbliche Sammler zurechnen lassen, denn er hat dieses – erwartbare – Verhalten der privaten Haushalte veranlasst.<sup>6</sup> Bezogen auf die privaten Hausgrundstücke selbst liegt durch die unautorisierte Aufstellung der Behälter eine Besitzstörung vor, die jedoch auf dem Zivilrechtsweg abgewehrt werden müsste (s. § 1004 BGB).

## II. Sondernutzung durch Aufstellen von Altkleidercontainern im öffentlichen Straßenraum

Der Betrieb, also die Aufstellung und Nutzung von Altkleidercontainern auf öffentlichem Straßenland, ist kein Gemeingebrauch, sondern Sondernutzung, denn er dient vorrangig Entsorgungszwecken beziehungsweise der Abschöpfung von Wertstoffen, nicht hingegen Verkehrszwecken.<sup>7</sup> Das gilt auch für das Aufstellen von Sammelcontainern durch gemeinnützige Organisationen; Zwecke und Motive des Sammlungsträgers sind insoweit unerheblich.<sup>8</sup>

Eine Sondernutzung liegt auch dann vor, wenn der Container selbst nicht auf öffentlichem Straßenrand steht, jedoch derart an der Grenze zu diesem, dass er nur von der öffentlichen Straße aus benutzt werden kann. Personen, die einen am Rand der öffentlichen Verkehrsfläche aufgestellten Container nutzen, handeln nicht mehr im Rahmen des zugelassenen Gemeingebrauchs, denn die mit der Benutzung verbundenen Handlungen – Lektüre einer Gebrauchsanweisung, Öffnen einer Klappe, Einwerfen von Schuhen oder Kleidung – sind keine Vorgänge, die überwiegend dem Verkehr dienen, sondern sie sind ausschließlich der gewerblichen Betätigung des Aufstellers zuzurechnen.<sup>9</sup> Diese inzwischen gefestigte Rechtsprechung ist deshalb von großer praktischer Bedeutung, weil viele unseriöse Altkleidersammler das straßenrechtliche Genehmigungserfordernis dadurch zu umgehen versuchen, dass sie unmittelbar an öffentliches Straßenland angrenzendes Privatgelände nutzen, dessen Eigentümer hiervon keine Kenntnis erlangt. Auch solchen Praktiken kann die zuständige Straßenbehörde wirksam begegnen.

Da die Sondernutzung stets erlaubnispflichtig ist, ist eine Sondernutzung ohne Erlaubnis formell illegal. Die Landesstraßengesetze gewähren dabei

keinen Anspruch auf Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis, sondern stellen die Erteilung der Erlaubnis in das Ermessen der zuständigen Behörde.<sup>10</sup> Dabei ist zu beachten, dass die straßenrechtliche Sondernutzungserlaubnis eine Ausgleichs- und Verteilungsfunktion hat und die Behörde konfligierende Nutzungsinteressen, bezogen auf das knappe Gut „öffentliches Straßenland“, häufig miteinander abwägen muss. Verpflichtungsklagen auf Erteilung von Sondernutzungserlaubnissen haben daher nur äußerst geringe Erfolgsaussichten, da das behördliche Ermessen insoweit auf Null reduziert sein müsste. Selbst wenn die Behörde ermessensfehlerhaft entschieden hat, wird das Gericht sie regelmäßig lediglich zur Neubescheidung des Antragstellers verpflichten, § 113 Abs. 5 S. 2 VwGO. In den meisten Fällen werden Klagen auf Erteilung von Sondernutzungserlaubnissen für das Aufstellen von Altkleidercontainern daher als unbegründet abgewiesen.

## III. Zulässige Aspekte bei der Ermessensentscheidung über Sondernutzungsanträge gewerblicher Sammler

### 1. Allgemeines

Gemäß § 40 VwVfG hat die Behörde ihr Ermessen pflichtgemäß auszuüben, das heißt entsprechend dem Zweck der Ermächtigung und unter Einhaltung der gesetzlichen Grenzen des Ermessens. Zu den gesetzlichen Grenzen des Ermessens zählt besonders Art. 3 GG. Die Behörde ist daher gehalten, grundsätzlich alle Antragsteller gleich zu behandeln, eine Ungleichbehandlung bedarf einer sachlichen Rechtfertigung. Welche Aspekte bei der Ausübung des Ermessens zulässigerweise zu berücksichtigen sind beziehungs-

weise berücksichtigt werden dürfen, hat das VG Köln treffend wie folgt zusammengefasst:

*„Der gesetzliche Erlaubnisvorbehalt für eine straßenrechtliche Sondernutzung soll allein eine Nutzung der betroffenen Straßen und Wege sicherstellen, die den Widmungszweck, insbesondere den Gemeingebrauch, nicht wesentlich beeinträchtigt. Damit dient das präventive Verbot mit Erlaubnisvorbehalt in erster Linie der Sicherheit und Leichtigkeit des Straßenverkehrs, so wie ihn die Widmung der öffentlichen Sache zulässt. Nach der ständigen obergerichtlichen Rechtsprechung hat sich die behördliche Ermessensausübung bei der Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis daher an Gründen zu orientieren, die einen sachlichen Bezug zur Straße haben. Zu diesen Gründen können insbesondere zählen ein einwandfreier Straßenzustand (Schutz des Straßengrundes und des Zubehörs), die Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs, der Ausgleich zeitlich und örtlich gegenläufiger Interessen verschiedener Straßenbenutzer und Straßenanlieger (etwa Schutz vor Abgasen, Lärm oder sonstigen Störungen) oder Belange des Straßen- und Stadtbildes, d. h. baugestalterische oder städtebauliche Vorstellungen mit Bezug zur Straße und auf Grund eines konkreten Gestaltungskonzepts (etwa Vermeidung einer „Übermöblierung“ des öffentlichen Straßenraums, Schutz eines bestimmten Straßen- oder Platzbildes).“<sup>11</sup>*

Nach wie vor spielt der Aspekt der Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs eine bedeutende Rolle. Insbesondere in dicht bebauten Innenstadtkartieren führt eine Containeraufstellung auf Gehwegen oftmals zu Behinderungen oder gar Gefährdungen für den Fußgängerverkehr.<sup>12</sup>

Unter Umständen ist bei der Entscheidung über die Erteilung oder Ablehnung von Sondernutzungserlaubnissen auch das Kommunalverfassungsrecht zu beachten. So hat das OVG Lüneburg kürzlich entschieden,

<sup>5</sup> BayVGH, Urteil v.08.04.1992 – 4 B 88.933

<sup>6</sup> Vgl. zur Zurechnung des Verhaltens Dritter: VG Ansbach, Beschluss v. 03.07.2007 – AN 10 S 07.01177.

<sup>7</sup> Unstreitig, s. statt vieler: VG Düsseldorf, Urteil v. 20.06.2012 – 16 K 7510/11.

<sup>8</sup> OVG Münster, Beschluss v. 17.12.2012 – 11 B 1330/12.

<sup>9</sup> VG Düsseldorf, a.a.O.; VG Köln, Urteil v. 06.07.2012 – 18 K 73/12; VG Neustadt an der Weinstraße, Urteil v. 27.02.2013 – 4 L 90/13.NW; vgl. auch Queitsch, UPR 2013, 222, 224.

<sup>10</sup> S. nur VG Gießen, Urteil v. 02.11.2009 – 10 K 1099/09.GI; VG Gelsenkirchen, Urteil v. 12.03.2013 – 14 K 889/12; Queitsch, UPR 2013, 222, 225.

<sup>11</sup> Urteil v. 06.07.2012 – 18 K 73/12, s. auch VG Augsburg, Urteil v. 04.08.2011 – Au 6 K 10.2022.

<sup>12</sup> Aufschlussreich dazu: VG Berlin, Beschluss v. 12.07.2012 – 1 L 156.12; s.a. Queitsch, UPR 2013, 222, 225.



dass die Entscheidung über Sondernutzungserlaubnisse für mehrere Hundert Containerstandplätze im Stadtgebiet nach neu gestalteten Grundsätzen auch in einer Großstadt kein laufendes Geschäft der Verwaltung ist, das allein vom Hauptverwaltungsbeamten besorgt werden könne. Die fehlerhafte Nichtbeteiligung des Rates schlägt für einen betroffenen Dritten als Verfahrensfehler gemäß §§ 45 Abs. 1 Nr. 4, 46 VwVfG, 1 NVwVfG durch.<sup>13</sup>

## 2. Die Berücksichtigung städtebaulicher Gesichtspunkte

Seit einiger Zeit spielen städtebauliche Gesichtspunkte eine zunehmende Rolle bei der Entscheidung über die Erteilung von Sondernutzungserlaubnissen. Waren Altkleidersammlungen über Jahrzehnte eine Domäne gemeinnütziger Organisationen, so sind in den letzten Jahren verstärkt gewerbliche und auch unseriöse Sammler in dieses Marktsegment vorgestoßen. Dies macht sich in vielen Orten durch eine wahre Flut von Altkleidercontainern bemerkbar. Erfahrungsgemäß werden Containerstandplätze (dies ist allerdings nicht auf Altkleidercontainer beschränkt) schnell zu illegalen Abfalllagerungsflächen und „vermüllen“. Die Verunstaltung der Container mit Graffiti ist ein weiteres Problem. Unansehnliche, vermüllte Stellplätze verunstalten das Ortsbild und führen zu Bürgerbeschwerden. Die Kommunen stehen unter Handlungsdruck.

Städtebauliche Gesichtspunkte sind anerkannte öffentliche Interessen, die bei der Entscheidung über die Erteilung von Sondernutzungserlaubnissen berücksichtigt werden dürfen.<sup>14</sup> So kann zum Beispiel die Versagung der Nutzung öffentlichen Straßenlandes mit der Begründung erfolgen, dass die Zuspitzung des allgemeinen Wildwuchses von nicht genehmigten Altkleidersammelbehältern mit den damit einhergehenden Verwahrlosungstendenzen im öffentlichen Raum unterbunden werden solle.<sup>15</sup>

Eine grundlegende Entscheidung zur Berücksichtigung städtebaulicher Interessen hat das Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg getroffen. Den Bezirken in Berlin stehe, so das OVG, bei der Festlegung der öffentlichen Interessen, an denen der Bezirk die Bewilligung von Sondernutzungserlaubnissen ausrichtet, ein Gestaltungsspielraum zu. Es sei nicht zweifelhaft, so das OVG weiter, dass das Interesse, das Stadtbild von wilden Müllablagerungen und Graffiti frei zu halten, ein anerkanntes öffentliches Interesse sei. Es stehe außer Frage, dass die mit der Sondernutzung durch das Aufstellen von Altkleidercontainern auf öffentlichem Straßenland verbundene Vermüllung der Umgebung der Standorte sowie die Beschmierungen der Container mit Graffiti das Stadtbild des Bezirks beeinträchtigen. Ebenso sei es nach der Rechtsprechung des Senats nicht zweifelhaft, dass das öffentliche Interesse an der Erhaltung eines sauberen Stadtbildes zur Versagung der Sondernutzungserlaubnis herangezogen werden dürfe, auch wenn es sich nicht um einen unmittelbar straßenbezogenen Belang handle.<sup>16</sup>

In dem vom OVG Berlin-Brandenburg entschiedenen Fall hatte das Bezirksamt des Bezirks Neukölln den Beschluss gefasst, künftig gar keine Sondernutzungserlaubnisse mehr für Altkleidercontainer zu erteilen. Zuvor hatte das Bezirksamt über einen längeren Zeitraum negative Erfahrungen aufgrund der Vermüllung und Verschmutzung von Containerstellplätzen gemacht. Die Bemühungen der Verwaltung, mit den Aufstellern ein Konzept zur Sauberhaltung der Stellplätze zu verwirklichen, waren letztlich erfolglos. Nach Auffassung des OVG sei es nicht zu beanstanden, dass die Behörde die Ablehnung der Sondernutzungserlaubnis auf den Beschluss des Bezirksamts gestützt habe, der die generelle Versagung von Sondernutzungserlaubnissen für die Aufstellung von Altkleidercontainern im gesamten Bezirk vorsieht. Das Bezirksamt habe sich durch diesen Beschluss auf eine einheitliche und gleichmäßige Verwaltungspraxis

festgelegt, die dem Gleichbehandlungsgrundsatz Rechnung trage.<sup>17</sup>

Die abweichende Behandlung von Sondernutzungsanträgen für Glascontainer, für die entsprechende Genehmigungen erteilt werden, ist nach Auffassung des OVG Berlin-Brandenburg mit Art. 3 GG vereinbar. Die Aufstellung von Glascontainern beruhe im Land Berlin auf einem Konzept des Senats und falle nicht in die Zuständigkeit der Bezirke. Auch in anderen Bundesländern haben die Gerichte eine abweichende Behandlung von Sondernutzungsanträgen für Glascontainer gerechtfertigt. Betreiber dieser Container sind regelmäßig die Dualen Systeme beziehungsweise deren Vertragspartner für die operative Leistungserbringung. Die Dualen Systeme erfüllen mit der Aufstellung der Glasbehälter ihre Pflicht nach der Verpackungsverordnung, ein flächendeckendes haushaltsnahes Rücknahmesystem für Verpackungen einzurichten. Gewerbliche Altkleidersammler können sich dagegen auf eine solche Verpflichtung nicht berufen.<sup>18</sup>

Auch eine Ungleichbehandlung mit kommunalen Depotcontainern, zum Beispiel für die Altpapiersammlung, ist sachlich gerechtfertigt, da die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger mittels solcher Container ihre gesetzliche Entsorgungspflicht im Sinne von § 20 Abs. 1 KrWG erfüllen, während gewerbliche oder gemeinnützige Sammler von Alttextilien eine vergleichbare Entsorgungsverantwortung gerade nicht tragen. Im Hinblick auf die gesetzlich zugewiesene Entsorgungspflicht für die Haushaltsabfälle wird man zugunsten der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger häufig auch einen Rechtsanspruch auf Erteilung einer Sondernutzungserlaubnis für Abfallcontainer annehmen können, sofern der konkrete Standplatz geeignet ist, insbesondere der Verkehr nicht beeinträchtigt wird und nicht gegenläufige Nutzungsinteressen überwiegen. Befreit vom straßenrechtlichen Genehmigungserfordernis sind allerdings auch die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger nicht.

## 3. Kommunales Sondernutzungskonzept für Altkleidercontainer

Die Berücksichtigung des Gleichheitsgrundsatzes bei der Entscheidung über Anträge auf Sondernutzungserlaubnisse erfordert eine einheitliche Verwaltungspraxis. Als rechtssicheres Instrument hat sich in diesem Zusammenhang die Erstellung eines kommunalen Sondernutzungskonzepts für Altkleidercontainer erwiesen, das nach Möglichkeit vom Rat der Kommune beschlossen werden sollte. Ein solches Konzept ist eine zulässige Grundlage für eine einheitliche und rechtssichere Verwaltungspraxis.<sup>19</sup>

In diesem Konzept sollten die konkreten Standorte für Altkleidercontainer und damit auch deren maximale Anzahl benannt werden. In der Praxis hat sich hier das „Wertstoffinsel-Konzept“ bewährt, das heißt Stellplätze für Altkleidercontainer werden nur an Plätzen vorgesehen, an denen sich bereits andere Wertstoffcontainer, meistens Glas- und Altpapiercontainer, befinden. Einem solchen Konzept liegt die nachvollziehbare Überlegung zugrunde, die im Bringsystem zu entsorgenden Haushaltsabfälle an ausgewählten Standorten zu bündeln, um sowohl Transport- als auch Überwachungsaufwand zu minimieren und ein gepflegtes Ortsbild zu erhalten.

Bei der Bestimmung der maximal zuzulassenden Anzahl der Altkleidercontainer kann auch der in der Praxis geläufige Maßstab herangezogen werden, nach dem für 1.000 Einwohner einer Gemeinde ein Altkleidercontainer wirtschaftlich betrieben werden kann. Wird die so ermittelte Anzahl von Containerstandplätzen gleichmäßig beziehungsweise entsprechend der Bevölkerungsdichte auf das Gemeindegebiet verteilt, sodass jedem Bewohner in zumutbarer Entfernung eine Entsorgungsmöglichkeit für seine Altkleider zur Verfügung steht, so können weitere Containerstandplätze mangels erforderlicher Inanspruchnahme des öffentlichen Straßenlandes ermessensfehlerfrei abgelehnt werden.

<sup>13</sup> OVG Lüneburg, Beschluss v. 31.01.2013 – 7 LA 160/11.

<sup>14</sup> OVG Berlin-Brandenburg, Urteil v. 08.12.2011 – OVG 1 B 66.10.

<sup>15</sup> VG Berlin, Beschluss v. 18.07.2012 – 1 L 156/12.

<sup>16</sup> OVG Berlin-Brandenburg, a.a.O.

<sup>17</sup> OVG Berlin-Brandenburg, a.a.O.

<sup>18</sup> VG Köln, Urteil v. 06.07.2012 – 18 K 73/12.

<sup>19</sup> VG Hannover, Urteile v. 30.04.2013 – 7 A 3176/12, 7 A 5454/12 und 7 A 4277/12, VG Braunschweig, Urteil v. 10.02.2009 – 6 A 240/07.

#### 4. Konzept „Entsorgung und Wartung aus einer Hand“

Die Vermüllung von Containerstandplätzen betrifft nicht nur Standplätze von Altkleidercontainern. Auch die Standplätze für die von den Dualen Systemen und von den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern aufgestellten Container sind betroffen. Viele Kommunen haben negative Erfahrungen mit der Standplatzpflege und –sauberhaltung gemacht, wenn verschiedene Entsorger ihre Container auf einer „gemeinsamen“ Fläche aufstellen. Wilde Müllablagerungen lassen sich nicht einer bestimmten Abfallfraktion und damit einem bestimmten Containeraufsteller zuordnen. Die zuständige Behörde hat so erhebliche Probleme, einen Adressaten für die Anordnung der Beseitigung der wilden Müllablagerungen zu bestimmen. Aus diesen Erfahrungen resultiert das Bedürfnis, die Zuständigkeit für die Stellplatzsauberhaltung in „eine Hand“ zu geben, zum Beispiel in die des ortsansässigen kommunalen Entsorgungsunternehmens, das täglich erreichbar und einsatzbereit ist, um Verschmutzungen und wilde Müllablagerungen zeitnah und effektiv zu beseitigen.

Ein kommunales Konzept „Entsorgung und Wartung aus einer Hand“ erlaubt es, Sondernutzungserlaubnisse ermessensfehlerfrei nur an das Unternehmen zu vergeben, das mit der Standplatzpflege und –sauberhaltung von der Kommune beauftragt ist und beispielsweise schon für andere Abfallfraktionen zuständig ist. Es gilt auch hier, dass ein solches Konzept nach Möglichkeit vom Rat beschlossen werden sollte.<sup>20</sup> Ist das vor Ort zuständige kommunale Entsorgungsunternehmen bereits mit der Entsorgung verschiedener Abfallfraktionen über Depotcontainerstandplätze und mit der Standplatzpflege betraut, so können ihm auch die Standplätze für Altkleidercontainer exklusiv zugewiesen werden, wenn auf diesem Weg das Konzept der „Entsorgung und Wartung aus einer Hand“ effektiv umgesetzt werden kann.

Weitere Sondernutzungserlaubnisse zum Beispiel von gewerblichen Sammlern für Alttextilcontainer darf die Gemeinde dann ablehnen, um für die eingerichteten Wertstoffsammelplätze die Wartung und Entsorgung „aus einer Hand“ sicherzustellen, auf den Gleichheitsgrundsatz gestützte Folgeanträge zu verhindern, den Überwachungsaufwand zu begrenzen und damit insgesamt effektiver gegen die an den Containerstandorten auftretenden Verschmutzungen vorgehen zu können.<sup>21</sup>

#### 5. Straßenrechtliches Sondernutzungskonzept und abfallrechtliche öffentliche Interessen

An dieser Stelle ist darauf hinzuweisen, dass ein straßenrechtliches Sondernutzungskonzept für Alttextilcontainer nicht losgelöst von der abfallrechtlichen Auseinandersetzung mit gewerblichen Sammlern entwickelt werden sollte. Baut eine Kommune eine eigene Altkleidersammlung, gegebenenfalls in Kooperation mit gemeinnützigen Trägern, auf, so sollte diese Sammlung sowohl straßenrechtlich als auch abfallrechtlich gegen die Konkurrenz durch gewerbliche Sammler abgesichert werden. Straßenrechtlich kann eine solche Absicherung durch das skizzierte Konzept der „Entsorgung und Wartung aus einer Hand“ erfolgen, das die Ablehnung weiterer Standplatzgenehmigungen im Rahmen des straßenrechtlichen Ermessensspielraums legitimiert. Das entsprechende Sammelkonzept sollte aber zugleich geeignet sein, überwiegende öffentliche Interessen im Sinne von § 17 Abs. 3 KrWG gegenüber gewerblichen Sammlern geltend machen zu können. So stehen nach § 17 Abs. 3 S. 3 Nr. 1 KrWG überwiegende öffentliche Interessen einer gewerblichen Sammlung insbesondere dann entgegen, wenn durch die gewerbliche Sammlung Abfälle erfasst werden, für die der öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger oder der

von diesem beauftragte Dritte eine haushaltsnahe oder sonstige hochwertige getrennte Erfassung und Verwertung der Abfälle durchführt. Dementsprechend muss das kommunale Sammelkonzept auch geeignet sein, eine hochwertige Getrennterfassung der Alttextilien darzulegen. Die Wartung und Entsorgung der Standplätze aus einer Hand kann dabei auch zur Begründung der Hochwertigkeit der kommunalen Erfassung mit herangezogen werden.

Empfehlenswert ist also eine doppelte rechtliche Fundierung einer kommunalen Altkleidersammlung: Das straßenrechtliche Konzept der „Entsorgung und Wartung aus einer Hand“ sichert die exklusive Betreuung der für die Altkleidersammlung zu vergebenden Standplätze ab; das damit verknüpfte hochwertige Erfassungskonzept ermöglicht den Ausschluss gewerblicher Sammlungen über § 17 Abs. 3 S. 3 Nr. 1 in Verbindung mit § 18 Abs. 5 S. 2 KrWG. Letzteres hat eine praktische Relevanz für solche gewerbliche Sammlungen, die ausschließlich private Grundstücke nutzen. Diesen gegenüber können nur abfallrechtliche Untersagungsgründe herangezogen werden. Insbesondere dann, wenn – wie vielerorts angestrebt – gemeinnützige Einrichtungen in die Alttextilsammlung einbezogen werden sollen, sind die entsprechenden Sondernutzungs- und Entsorgungskonzepte sorgfältig zu erstellen und durch den Rat zu beschließen.

### IV. Vorgehen gegen illegale Sondernutzer

#### 1. Die Beseitigungsverfügung auf Grundlage des Straßenrechts

Nach gefestigter Rechtsprechung berechtigt allein die formelle Illegalität, das heißt die Sondernutzung ohne Erlaubnis, die Behörde zum Einschreiten gegen die aufgestellten Container. Eine vorherige Prüfung, ob möglicherweise ein Anspruch auf Erteilung einer

Sondernutzungserlaubnis besteht beziehungsweise der Container materiell-rechtlich erlaubnisfähig wäre, ist entbehrlich.<sup>22</sup> Ein effektives Vorgehen gegen illegale Sondernutzer gestaltet sich wie folgt:

- Erlass einer Verfügung, den Container binnen einer kurz bemessenen Frist zu entfernen,
- Anordnung des Sofortvollzugs gemäß § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO in einer den Anforderungen des § 80 Abs. 3 VwGO genügenden Weise,
- Androhung der kostenpflichtigen Ersatzvornahme,
- Gegebenenfalls generelle Untersagung künftiger Sondernutzungen,
- Gegebenenfalls Vollstreckung nach den Vorgaben des Landesrechts.

#### 2. Anforderungen des Bestimmtheitsgebots

Neben der häufig vorkommenden Nichtermittelbarkeit des Containerbetreibers kann in der Praxis bei umfangreichen illegalen Sammlungen die Berücksichtigung des Bestimmtheitsgebots Schwierigkeiten bereiten. Je größer die Anzahl der illegal aufgestellten Container im Stadt- beziehungsweise Gemeindegebiet ist, desto schwieriger wird es, jeden einzelnen Container mit Standort genau anzugeben. Am eindrucksvollsten ist hier der Fall der Stadt Leipzig, wo das unseriöse Sammelunternehmen 760 Container illegal aufgestellt hatte. Hier wird deutlich, dass die ortsnahe Bezeichnung jedes Containers die Anforderungen des Bestimmtheitsgrundsatzes überspannen würde, zumal illegale Sondernutzer die Container gerne immer wieder umsetzen, sodass es der Behörde gar nicht möglich wäre, die genauen Containerstandorte stets genau zu benennen.<sup>23</sup>

Bei illegalen Sondernutzungen erheblichen Umfangs lässt es die Rechtsprechung daher genügen, einige Beispielfälle zu benennen und im Übrigen die Entfernung sämtlicher Container des betreffenden

<sup>20</sup> VG Gelsenkirchen, Urteil v. 12.03.2013 – 14 K 889/12, VG Hannover, Urteile v. 30.04.2013 – 7 A 3176/12, 7 A 5454/12 und 7 A 4277/12.

<sup>21</sup> S. ausführlich VG Braunschweig, Urteil v. 10.02.2009 – 6 A 240/07.

<sup>22</sup> OVG Münster, Beschluss v. 17.12.2012 – 11 B 1330/12, OVG Sachsen, Beschluss v. 25.03.2013 – 1 B 300/13.

<sup>23</sup> S. VG Leipzig, Beschluss v. 21.01.2013 – 1 L 542/12, s. auch Pressemitteilung des VG Leipzig v. 23.01.2013.

Sammlers im Stadtgebiet zu verlangen. Die Ausflüchte der illegalen Sondernutzer, man könne nicht wissen, welche Container an welchen Standorten gemeint seien, haben die Gerichte aus guten Gründen nicht überzeugt.<sup>24</sup>

Eine hinreichende inhaltliche Bestimmtheit im Sinne von § 37 Abs. 1 VwVfG setzt voraus, dass insbesondere für den Adressaten des Verwaltungsakts die von der Behörde getroffene Regelung so vollständig, klar und unzweideutig erkennbar ist, dass er sein Verhalten danach ausrichten kann. Dabei reicht es aus, wenn sich die Regelung aus dem gesamten Inhalt des Bescheides, insbesondere seiner Begründung, sowie den weiteren den Beteiligten bekannten oder ohne Weiteres erkennbaren Umständen unzweifelhaft erkennen lässt. Im Einzelnen richten sich die Anforderungen an die notwendige Bestimmtheit nach den Besonderheiten des jeweils anzuwendenden und mit dem Verwaltungsakt umzusetzenden materiellen Rechts.<sup>25</sup> Demnach ist auch ohne die konkrete Auflistung sämtlicher illegal aufgestellter Container für den Aufsteller regelmäßig hinreichend deutlich, was er zu tun hat, wenn die Behörde die Beräumung seiner illegal aufgestellten Container anordnet. Ähnlich hat sich jüngst das VG Saarlouis<sup>26</sup> geäußert: „Einer weiteren Konkretisierung bedarf es angesichts der Vielzahl von verschiedenen und zudem offenbar auch wechselnden Standorten der Altkleidercontainer ...nicht, zumal die Antragsgegnerin beispielhaft ihr bekannte Altkleidercontainer ...benannt hat.“

Im Einzelfall zu prüfen ist, ob vor Erlass einer Beseitigungsverfügung eine Anhörung durchzuführen ist, oder ob diese gemäß § 28 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG verzichtbar ist. Ist der Containeraufsteller nicht ermittelbar, erübrigt sich die Durchführung einer Anhörung. Zur Begründung des Gebots, den Container zu entfernen,

genügt allein der Verweis auf die illegale Sondernutzung.<sup>27</sup> Nicht erforderlich sind dagegen Ausführungen zur Frage der materiellen Erlaubnisfähigkeit der Sondernutzung. Ist der Aufsteller des Containers nicht zu ermitteln, so kann die Aufforderung, den Container zu entfernen, deutlich sichtbar am Container angebracht werden. Dieser Vorgang sollte fotografisch und von Zeugen dokumentiert werden. Um eine weitere Befüllung des illegalen Containers zu verhindern, wodurch auch die Verletzung der Überlassungspflicht perpetuiert würde, hat sich teilweise die Umwicklung des Containers mit Stretchfolie bewährt.

### 3. Die Beseitigungsverfügung auf Grundlage des Abfallrechts

Eine Ermächtigungsgrundlage für die Anordnung der Beseitigung von Sammelcontainern kann sich nicht nur aus dem Straßenrecht, sondern auch aus § 18 Abs. 5 KrWG (Untersagung der gewerblichen Sammlung) ergeben. Allerdings kann nicht empfohlen werden, gegen illegale Sondernutzungen isoliert auf Grundlage des § 18 Abs. 5 KrWG vorzugehen, denn hier gestaltet sich die Anordnung des Sofortvollzugs als schwierig, wie der Beschluss des OVG Münster vom 19.07.2013<sup>28</sup> zeigt.

Eher beiläufig hat sich das VG Gelsenkirchen<sup>29</sup> mit der Frage befasst, ob sich eine Verpflichtung des gewerblichen Sammlers, die Sammelcontainer zu entfernen, bereits aus der Untersagung der gewerblichen Sammlung ergibt.

Diese Frage mag auf den ersten Blick irritieren, bietet doch das Straßenrecht ein effizientes Instrumentarium, um gegen illegale Sondernutzungen vorzugehen. Die Frage ist jedoch von praktischer Bedeutung,

weil es häufig verschiedene Zuständigkeiten für den Vollzug des Abfallrechts einerseits und den Vollzug des Straßenrechts andererseits gibt. Viele für den Vollzug des Abfallrechts zuständige Behörden beklagen ein halbherziges oder fehlendes Engagement der für die Sondernutzung zuständigen Behörden. Daraus erwächst das Bedürfnis, selbst, auf Grundlage des Abfallrechts, gegen illegale Sondernutzer vorgehen zu können.

Das VG Gelsenkirchen ist davon ausgegangen, dass sich die Pflicht, die Container abziehen, unmittelbar aus § 18 Abs. 5 KrWG ergibt, wenn die Sammlung untersagt wird.<sup>30</sup> Dazu greift das VG überzeugend auf den Sammlungsbegriff des § 3 Abs. 15 KrWG zurück. Aus dem Gesetzentwurf der Bundesregierung (BT-Drs. 17/6052, S. 73, rechte Spalte) ergebe sich, dass das Wort „Einsammeln“ in § 3 Abs. 15 KrWG nicht nur das Abholen oder Entleeren befüllter Sammelgefäße umfasse, sondern auch das Aufstellen von Sammelbehältnissen. Gleichsam als „actus contrarius“ zur Aufstellung von Sammelgefäßen sei der gewerbliche Sammler daher aufgrund des Sammlungsverbots verpflichtet, bereits aufgestellte Sammelcontainer zu entfernen. Von diesem – Vorbereitungshandlungen umfassenden – Verständnis des Begriffs der Sammlung sei der Gesetzgeber ausgegangen, und dieses Verständnis entspreche dem Begriff der Sammlung in Art. 3 Nr. 10 Abfallrahmenrichtlinie.

Zeitnah durchsetzen lässt sich auch die auf § 18 Abs. 5 KrWG gestützte Beseitigungsverfügung nur, wenn der Sofortvollzug der Untersagung der gewerblichen Sammlung angeordnet wird. Hat der gewerbliche Sammler seine Sammelcontainer systematisch und fortwährend illegal aufgestellt, so wird die zuständige Behörde die Untersagung der gewerblichen Sammlung gemäß § 18 Abs. 5 S. 2 Alt. 1 KrWG vor allem mit der daraus folgenden Unzuverlässigkeit des Sammlers begründen. Das heißt, die illegale Sondernutzung ist letztlich der Grund der Untersagung der gewerblichen Sammlung.

Das OVG Münster hat allerdings in seinem Beschluss vom 19.07.2013<sup>31</sup> in einem solchen Fall das öffentliche Interesse am Sofortvollzug der Untersagung verneint.

Die Untersagung wegen Unzuverlässigkeit, die mit massiver und systematischer illegaler Sondernutzung begründet werde, erfordere nämlich eine auf fundierter Tatsachenbasis angestellte Prognose, dass der Sammler auch in Zukunft illegale Sondernutzungen vornehmen werde. Daran fehlte es im entschiedenen Fall nach Auffassung des OVG. Die Untersagung sei daher nicht offensichtlich rechtmäßig, so dass es auf das Ergebnis der Interessenabwägung ankam. Wegen der Schwere des Eingriffs in die Grundrechte des Sammlers, der mit der Untersagung einhergehe, überwiege sein Aussetzungsinteresse das öffentliche Interesse am Sofortvollzug der Sammlungsuntersagung. Das öffentliche Interesse am Sofortvollzug sei nämlich als gering zu bewerten. **Die zuständige Behörde könne schließlich jederzeit auf Grundlage des Straßenrechts gegen die illegale Sondernutzung vorgehen, und zwar auch dann, wenn das Gericht die aufschiebende Wirkung der Klage gegen die Sammlungsuntersagung angeordnet habe.**

Aus dieser Argumentation muss der Schluss gezogen werden, dass **Anordnungen zur Beseitigung von Containern primär auf das Straßenrecht gestützt werden sollten.** Diese Vorgehensweise hat sich auch als gerichtsfest erwiesen.

### 4. Anordnung des Sofortvollzugs

Die Anordnung des Sofortvollzugs ist erforderlich, um zu verhindern, dass Widerspruch beziehungsweise Anfechtungsklage aufschiebende Wirkung entfalten können, § 80 Abs. 1 S. 1 VwGO. Ohne Anordnung des Sofortvollzugs bliebe der Container ansonsten gegebenenfalls über Jahre hinweg auch ohne Sondernutzungserlaubnis stehen. Der Sofortvollzug eines Verwaltungsakts kann gemäß § 80 Abs. 2 Nr. 4

<sup>24</sup> OVG Münster, Beschluss v. 17.12.2012 – 11 B 1330/12, OVG Sachsen, Beschluss v. 25.03.2013 – 1 B 300/13, VG Hannover, Beschluss v. 14.09.2012 – 7 B 4449/12, VG Gelsenkirchen, Beschluss v. 29.10.2012 – 14 L 1166/12.

<sup>25</sup> OVG Sachsen, Beschluss v. 25.03.2013 – 1 B 300/13.

<sup>26</sup> Beschluss v. 08.07.2013 – 1 B 300/13.

<sup>27</sup> OVG Münster, Beschluss v. 17.12.2012 – 11 B 1330/12, VG Hannover, Beschluss vom 14.09.2012 – 7 B 4449/12, VG Leipzig, Beschluss v. 21.01.2013 – 1 L 542/12.

<sup>28</sup> OVG Münster, Beschluss v. 19.07.2013 – 20 B 530/13.

<sup>29</sup> VG Gelsenkirchen, Beschluss v. 29.05.2013 – 9 L 1622/12.

<sup>30</sup> VG Gelsenkirchen, a.a.O.

<sup>31</sup> OVG Münster, Beschluss v. 19.07.2013 – 20 B 530/12.

angeordnet werden, wenn die sofortige Vollziehung im überwiegenden öffentlichen Interesse ist.

Von der materiell-rechtlichen Frage, ob ein überwiegendes öffentliches Interesse am Sofortvollzug besteht, ist die Pflicht nach § 80 Abs. 3 VwGO, die Anordnung des Sofortvollzugs besonders zu begründen, zu unterscheiden. Erforderlich ist eine auf den konkreten Einzelfall abstellende Darlegung des besonderen öffentlichen Interesses dafür, dass ausnahmsweise die sofortige Vollziehung notwendig ist. Von der Rechtsprechung anerkannte Argumente für die Begründung der Anordnung des Sofortvollzugs sind im hiesigen Zusammenhang die negative Signalwirkung, die von einer fortgesetzten illegalen Sondernutzung ausgehen würde, und der Verweis auf den unberechtigten Wettbewerbsvorteil, den sich der illegale Sondernutzer gegenüber legal handelnden Altkleidersammlern verschafft.<sup>32</sup> Das VG Hannover hat außerdem den Hinweis auf Gefahren der Verkehrssicherheit für den Fall, dass die Container nicht schnellstmöglich entfernt werden, als ausreichende Begründung im Sinne des § 80 Abs. 3 VwGO genügen lassen.<sup>33</sup>

Wiegt das Verhalten des Sammlers wegen des erheblichen Ausmaßes der illegalen Sondernutzung besonders schwer, dann genügt auch der Verweis auf „die Notwendigkeit eines nachdrücklichen und wirksamen Einschreitens, um der Signalwirkung vorzubeugen, die eine beharrliche Ignoranz von Rechtsnormen in der Öffentlichkeit haben kann“.<sup>34</sup> Ab welcher Anzahl von illegal aufgestellten Containern diese Begründung genügt, lässt sich nicht pauschal festlegen. Dabei dürfte es auch auf die Größe der Kommune ankommen.

Gemäß § 80 Abs. 5 VwGO kann das Gericht auf Antrag des Betroffenen die aufschiebende Wirkung eines Rechtsbehelfs wiederherstellen, wenn das Interesse des Antragstellers, vom Vollzug vorerst verschont zu bleiben, das öffentliche Vollzugsinteresse überwiegt. Bei der hierzu erforderlichen Interessenabwägung orientiert sich das Gericht in erster Linie an

den Erfolgsaussichten des Rechtsbehelfs. Erweist sich der angefochtene Verwaltungsakt als voraussichtlich rechtmäßig, spricht dies bereits für ein überwiegendes Vollzugsinteresse. Im Falle der illegalen Sondernutzung bereitet diese Prüfung regelmäßig keine Probleme, da ein Rechtsbehelf gegen eine Bäumungsanordnung für illegal aufgestellte Container regelmäßig keine Erfolgsaussichten hat.

Kommt der Verpflichtete der Aufforderung, die Container abziehen, nicht nach, so kann die Beseitigungsverfügung nach den Vorschriften des Landesrechts vollstreckt werden, wenn der Bescheid bestandskräftig oder der Sofortvollzug angeordnet worden ist. In diesem Fall kann der Container im Wege der Ersatzvornahme auf Kosten des Aufstellers abgezogen und in Verwahrung genommen werden. Androhung der Ersatzvornahme und Anhörung dazu sollten aus Zeitgründen bereits in die Beseitigungsverfügung aufgenommen werden. Mit der Durchführung der Ersatzvornahme beauftragen einige Behörden die kommunalen Entsorgungsbetriebe, die über das erforderliche Gerät zum Entfernen der Container verfügen und die Container auch in Verwahrung nehmen, sofern der erforderliche Platz – zum Beispiel auf dem Bauhof – zur Verfügung steht. Diese Vorgehensweise kommt allen Beteiligten zugute, denn sie ist schnell und effizient.

## 5. Die generelle Untersagung künftiger Sondernutzung

In Fällen hartnäckiger und umfangreicher illegaler Sondernutzung hat die Kommune ein Interesse daran, künftigen illegalen Sondernutzungen vorzubeugen. Das geeignete Mittel in diesem Fall ist die generelle Untersagung künftiger Sondernutzungen. Eine solche Versagung kann ermessensfehlerfrei ausgesprochen werden. Nach ständiger Rechtsprechung des OVG Münster beinhaltet das Recht der Behörde,

rechtswidrige Nutzungen der Straße zu untersagen, auch die Befugnis, Unterlassungsverfügungen auszusprechen und dadurch künftige Sondernutzungen zu unterbinden. Das gelte, so das OVG, auch dann, wenn die unerlaubten Sondernutzungen nicht ständig, sondern in unregelmäßigen Zeitabständen und immer nur kurzfristig erfolgten und wegen des fortlaufend

illegalen Verhaltens mit einer Fortsetzung gerechnet werden müsse.<sup>35</sup> Nach Auffassung des OVG Münster ergibt sich die Rechtsgrundlage für eine solche Anordnung bereits aus dem StWG NRW; nach Auffassung des VG Leipzig ist Rechtsgrundlage für zukunftsgerichtete Untersagungsverfügungen die polizeirechtliche Generalklausel des § 3 SächsPolG.<sup>36</sup>

## V. Fazit

Mit den straßenrechtlichen Regelungen der Länder stehen wirksame Instrumente gegen illegal, das heißt ohne Sondernutzungserlaubnis aufgestellte Altkleidercontainer im öffentlichen Straßenraum zur Verfügung. Die Rechtsprechung lässt durchgehend die formelle Illegalität für den Erlass einer Bäumungsanordnung genügen, auf die materielle Erlaubnisfähigkeit des Containers kommt es nicht an. Über das verwaltungsvollstreckungsrechtliche Instrument der Ersatzvornahme können die illegal aufgestellten Container auch zügig vom öffentlichen Straßenland entfernt und in Verwahrung genommen werden.

Will die Kommune selbst beziehungsweise in Kooperation mit gemeinnützigen Trägern die Altkleidersammlung betreiben und soll verhindert werden, dass daneben weitere Sondernutzungserlaubnisse an Dritte für Altkleidercontainer erteilt werden, so kann dies durch das Sondernutzungskonzept der „Wartung und Entsorgung aus einer Hand“

erreicht werden. Voraussetzung ist insoweit ein stimmiges und vom Rat beschlossenes Gesamtkonzept für die Altkleidersammlung, das für sämtliche Gemeindebewohner eine erreichbare Entsorgungsmöglichkeit anbietet und für sämtliche Containerstandplätze einen zentralen Ansprechpartner benennt. Sichert beispielsweise das kommunale Entsorgungsunternehmen die verlässliche Pflege und Sauberhaltung der Standplätze zu, ohne dass Vermüllungen zunächst aufwendig einem bestimmten Container beziehungsweise einer bestimmten Abfallfraktion zugerechnet werden müssten, kann es die zuständige Straßenbaubehörde ermessensfehlerfrei ablehnen, weitere Nutzungserlaubnisse zu erteilen. Ein solches Konzept kann schließlich auch dafür herangezogen werden, um ein hochwertiges Erfassungssystem und damit überwiegende öffentliche Interessen im Sinne von § 17 Abs. 3 S. 3 Nr. 1 KrWG zu begründen.

<sup>32</sup> VG Leipzig, a.a.O.

<sup>33</sup> Beschluss v. 14.09.2012 – 7 B 4449/12.

<sup>34</sup> OVG Münster, Beschluss v. 17.12.2012 – 11 B 1330/12.

<sup>35</sup> OVG Münster, Beschluss v. 17.12.2012 – 11 B 1330/12.

<sup>36</sup> OVG Münster, Beschluss v. 17.12.2012 – 11 B 1330/12, VG Leipzig, Beschluss v. 21.01.2013 – 1 L 542/12.



Dr. Frank Wenzel<sup>1</sup>

# Umgang und Möglichkeiten einer Kooperation mit gemeinnützigen Alttextilsammlern

Rechtliche Rahmenbedingungen und Handlungsoptionen

Für die effektive Organisation der Alttextilsammlung haben die Kommunen verschiedene Handlungs- und Kooperationsoptionen. Der Artikel erörtert die verschiedenen Optionen unter rechtlichen wie praktischen Gesichtspunkten.

Mit dem Inkrafttreten des Kreislaufwirtschaftsgesetzes ist auch die Sammlung von Alttextilien in den Fokus der Abfallwirtschaft gerückt. Öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger (öRE), die nach Maßgabe von § 20 KrWG unter anderem zur Entsorgung der in ihrem Gebiet anfallenden Verwertungsabfälle aus privaten Haushalten verpflichtet sind, verfügen über unterschiedliche Entsorgungssysteme. Alttextilien werden an Wertstoffhöfen, über Depot-Container und auch über Holsysteme (zum Beispiel im Wechsel mit Altpapier über „Blaue Tonnen“) erfasst und verwertet.

Mit dem KrWG und dem neu geschaffenen Anzeigeverfahren ist eine Vielzahl von neuen gewerblichen und gemeinnützigen Sammlungen angezeigt worden. Im Bereich der Alttextilsammlung ist es zudem zu einem deutlichen Anstieg nicht angezeigter Sammlungen gekommen, die mancherorts durch das „wilde Aufstellen“ von Behältern für deutlichen Unmut sorgen. Aktuell hohe Verwertungserlöse sind ein gewichtiger Grund für den Boom der Alttextilerfassung.

Vor diesem Hintergrund sehen sich viele Kommunen veranlasst, ihre Organisation der Alttextiler-

fassung einer kritischen Überprüfung zu unterziehen. Dabei steht die Gewährleistung der hochwertigen Verwertung einer möglichst großen Menge von Alttextilien sowie eine für den Bürger attraktive (insbesondere: bequeme) Getrennterfassung des Stoffstroms im Mittelpunkt. Insoweit kann sich auch die Frage stellen, inwieweit gemeinnützige Sammlungen Teil des geschützten öffentlichen Entsorgungssystems sein können (dazu II.) und was bei Kooperationen zwischen öRE und gemeinnützigen Trägern beachtet werden muss (dazu III.). Zunächst aber ist der Frage nachzugehen, inwieweit öRE gemeinnützige Sammlungen dulden müssen (dazu I.).

## I. Umgang mit gemeinnützigen Sammlungen

Der Gesetzgeber sieht ein Nebeneinander von öffentlicher Abfallwirtschaft und gemeinnütziger Vereinstätigkeit dadurch vor, dass er gemeinnützige Sammlungen als Ausnahme von der Überlassungspflicht in § 17 Abs. 2 KrWG bei Vorliegen der dort genannten Voraussetzungen gestattet. Darüber hinaus privilegiert er gemeinnützige Sammlungen gegenüber gewerblichen Sammlungen, indem gemeinnützige Sammlungen geringere Voraussetzungen erfüllen müssen als ihre gewerbliche Konkurrenz. Nach § 17 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 KrWG muss es sich um eine gemeinnützige Sammlung handeln [dazu a)], die die Abfälle einer ordnungsgemäßen und schadlosen Verwertung zuführt [dazu b)].

### a) Begriff der gemeinnützigen Sammlung

§ 3 Abs. 17 KrWG definiert den Begriff einer gemeinnützigen Sammlung. Nach Satz 1 der Vorschrift muss es sich zunächst um eine Sammlung handeln, die durch eine nach § 5 Abs. 1 Nr. 9 KrWG steuerbefreite Körperschaft, Personenvereinigung oder Vermögensmasse getragen wird. In der Praxis wird der Nachweis im Regelfall durch einen entsprechenden Freistellungsbescheid des zuständigen Finanzamtes

erbracht, wobei darauf zu achten ist, dass dieser den maßgeblichen Zeitraum der Sammlung miterfasst. Ein vorläufiger Bescheid über die Vereinbarkeit der Regelungen der Satzung mit den Vorgaben der AO genügt hingegen nicht. Nach der Begriffsbestimmung ist es sodann erforderlich, dass die Sammlung „der Beschaffung von Mitteln zur Verwirklichung ihrer gemeinnützigen, mildtätigen oder kirchlichen Zwecke im Sinne der §§ 52 bis 54 der Abgabenordnung dient“. In der Praxis wird diese zweite Voraussetzung regelmäßig verkannt und unterstellt, dass die Voraussetzung als erfüllt angesehen werden kann, wenn ein Freistellungsbescheid vorgelegt wird. Da es sich nach dem insoweit eindeutigen Wortlaut der Regelung („und“) um eine zusätzliche (zweite) Voraussetzung handelt, kann aber der Freistellungsbescheid nicht zum Nachweis der Mittelverwendung dienen.

Da Träger gemeinnütziger Sammlungen die Anwendung einer Ausnahmevorschrift (von der Überlassungspflicht) für sich beanspruchen, sind diese insoweit beweispflichtig. Gerade in den Fällen, in denen Anhaltspunkte für Zweifel am tatsächlichen Vereinszweck angebracht sein können (zum Beispiel ein neuer und unbekannter Verein mit wenigen Mitgliedern; Nähe oder Personenidentität von Vereinsmitgliedern und Mitarbeitern eines Entsorgungunternehmens), sollte auf Vorlage entsprechender Nachweise bestanden und im Übrigen als Auflage im Sinne von § 18 Abs. 5 S. 1 KrWG bestimmt werden, dass mindestens jährlich geeignete Verwendungsnachweise vorgelegt werden.

Da in der Praxis die wenigsten gemeinnützigen Sammlungen selbst tätig sind, sondern vielmehr für (Teil-) Leistungen, insbesondere die eigentliche Verwertung, private Unternehmen beauftragen, müssen zudem die Voraussetzungen des § 3 Abs. 17 S. 2 KrWG vorliegen, um begrifflich von einer gemeinnützigen Sammlung ausgehen zu können. Voraussetzung ist, dass es sich insoweit bei dem beauftragten Dritten um einen gewerblichen Sammler handelt und „dieser den Veräußerungserlös nach Abzug seiner Kosten und eines angemessenen Gewinns vollständig an die Körperschaft, Personenvereinigung oder Vermögensmasse auskehrt“. Insoweit ist der gemeinnützige Sammler zu einer Offenlegung seiner Erlöskalkulation

<sup>1</sup> Dr. Frank Wenzel ist Rechtsanwalt in der Gaßner, Groth, Siederer & Coll. Partnerschaft von Rechtsanwälten ([www.ggsc.de](http://www.ggsc.de))

verpflichtet, aus der sich zunächst ergeben muss, dass marktübliche Verwertungserlöse vollständig angesetzt werden. Da nach dem insoweit eindeutigen Wortlaut ein „angemessener Gewinn“ von dem Verwertungserlös abgezogen werden kann, ist es unzulässig, marktübliche Verwertungserlöse anzusetzen oder gewinnersetzende Kostenpositionen wie Kommissionsentgelte oder Ähnliches zum Abzug zu bringen. Basis für die Gewinnermittlung sind dabei die Kosten, nicht aber die Erlöse. Diese stehen vielmehr dem gemeinnützigen Sammler zu und können nicht Bezugspunkt für eine Umsatzrendite sein.

Zugleich ist bei der Ermittlung der Angemessenheit des Gewinns zu berücksichtigen, dass die Gewinnmargen in der Entsorgungswirtschaft im Wettbewerb bekanntlich im unteren einstelligen Bereich liegen. Hierzu verfügen öRE in aller Regel aufgrund eigener (Ausschreibungs-) Erfahrungen über belastbare Benchmarks für Kosten- und Gewinnansätze. Auch wenn in der behördlichen Praxis bislang eine gewisse Zurückhaltung zu verzeichnen ist, sollten Vereine zum Nachweis des Vorliegens der Voraussetzungen von § 3 Abs. 17 S. 2 KrWG zur Offenlegung der Erlöskalkulation beziehungsweise Vorlage entsprechender Nachweise aufgefordert werden. Es ist aus der bisherigen Praxis bekannt, dass eine Vielzahl von Vereinen durch die Entsorger lediglich mit Pauschalbeträgen vergütet worden sind. Derartige Pauschalbeträge sind nach dem insoweit eindeutigen Wortlaut der Vorschrift unzulässig. Da auch die gemeinnützigen Träger insoweit geschützt werden, als sie die ihnen zustehenden Verwertungserlöse erhalten sollen, muss die tatsächliche Auskehrung der Verwertungserlöse nicht nur bei zweifelhaften Vereinen, sondern auch bei bekannten gemeinnützigen Trägern einer genauen Prüfung unterzogen werden. Die bisherige Praxis zeigt, dass Vereine immer häufiger von privaten Entsorgungsunternehmen genutzt werden („Logo-Shopping“), um hierdurch die Voraussetzungen der gewerblichen Sammlung gemäß § 17 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 KrWG zu umgehen.

## b) ordnungsgemäße und schadlose Verwertung

Eine gemeinnützige Sammlung setzt des Weiteren voraus, dass die Abfälle einer ordnungsgemäßen und schadlosen Verwertung zugeführt werden. Nach der Legaldefinition des § 7 Abs. 3 S. 2 und 3 KrWG erfolgt die Verwertung ordnungsgemäß, wenn sie im Einklang mit den Vorschriften dieses Gesetzes und anderen öffentlich-rechtlichen Vorschriften steht, und schadlos, wenn nach der Beschaffenheit der Abfälle, dem Ausmaß der Verunreinigungen und der Art der Verwertung Beeinträchtigungen des Wohls der Allgemeinheit nicht zu erwarten sind, insbesondere keine Schadstoffanreicherung im Wertstoffkreislauf erfolgt. Der Träger der gemeinnützigen Sammlung ist insoweit darlegungspflichtig (§ 18 Abs. 3 S. 2 KrWG).

Nach der Rechtsprechung kann die gemeinnützige Sammlung mangels entsprechenden Nachweises untersagt werden, wenn der Träger diesen trotz ausdrücklicher Aufforderung nicht vorlegt. Ansonsten wird zum Teil vertreten, dass es bei werthaltigen Abfällen, für die etablierte Verwertungswege bestehen, ausreichend sei, sich auf eine plausible und pauschale Angabe des Verwertungsweges zu beschränken. Richtigerweise wird jedoch der Verwertungsweg konkret zu belegen sein, da das Gesetz keine derartige Privilegierung bestimmter Verwertungsabfälle kennt und im Übrigen auch bei diesen regelmäßig als Abfälle zur Beseitigung zu qualifizierende Sortierreste (durch Fehlwürfe) gegeben sind.

## II. Gemeinnützige Sammlungen als Bestandteil des öRE-Entsorgungssystems

Sodann stellt sich die Frage, ob gemeinnützige Sammlungen auch Bestandteil des geschützten öffentlichen Entsorgungssystems sein können. Dabei ist zunächst im Einzelfall das konkrete System dahingehend zu untersuchen, welche Bestandteile das Entsorgungssystem des öRE konkret umfasst. Denn der öRE stellt in Kooperationen regelmäßig Teile des Entsorgungs-

systems, zum Beispiel Wertstoff-Höfe oder -Sammelplätze, Depot-Container oder andere Sammelbehälter. Soweit das vom öRE selbst vorgehaltene System reicht, steht sein Schutz nach Maßgabe von § 17 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 in Verbindung mit Abs. 3 KrWG außer Frage. Das Entsorgungssystem des öRE selbst kann gegebenenfalls ausreichen, um – auch zum Schutz der gemeinnützigen Sammlungen – konkurrierende gewerbliche Sammlungen zu unterbinden.

Darüber hinaus stehen überwiegende öffentliche Interessen einer gewerblichen Sammlung nach § 17 Abs. 3 S. 1 KrWG auch entgegen, wenn die Sammlung die Funktionsfähigkeit „des vom öRE beauftragten Dritten“ gefährdet. Dies setzt zunächst voraus, dass der gemeinnützige Träger, zum Beispiel im Rahmen einer entsprechenden Kooperationsvereinbarung, vom öRE mit der Entsorgung beauftragt ist. Sodann spricht der Wortlaut der Regelung dafür, dass es auf die Gefährdung der Funktionsfähigkeit des gemeinnützigen Trägers selbst ankommt. Wann eine solche Gefährdung vorliegt, wird – anders als für die Funktionsfähigkeit des öRE (Satz 2) – nicht gesetzlich definiert. Auch liegt hierzu, soweit ersichtlich, bislang keine Rechtsprechung vor. Es spricht jedoch einiges dafür, dass die Definition des Satzes 2 entsprechend zugrunde gelegt werden kann, also insbesondere die Sammlung nicht mehr zu „wirtschaftlich ausgewogenen Bedingungen“ erbracht werden kann beziehungsweise verhindert wird. Insoweit wird insbesondere zu prüfen sein, welche Auswirkungen die betreffende gewerbliche Sammlung auf die Erlöse beziehungsweise Einnahmen der gemeinnützigen Sammlung voraussichtlich haben wird. Je stärker der gemeinnützige Träger in der Folge bei der Verwirklichung seiner gemeinnützigen, mildtätigen oder kirchlichen Zwecke beeinträchtigt wird, je größer also die „wirtschaftliche“ Bedeutung der Sammlung für ihn ist, umso eher wird man die Gefährdung seiner Funktionsfähigkeit bejahen können.

Es ist aber auch davon auszugehen, dass der öRE für die Prüfung der öffentlichen Interessen im Sinne von § 17 Abs. 3 KrWG eine Gefährdung seiner Funktionsfähigkeit geltend machen kann, wenn die Sammlung (gegebenenfalls auch) durch den gemeinnützigen Träger erfolgt. Dies ergibt sich aus folgenden Überlegungen:

Soweit der öRE die ihm obliegenden Entsorgungsergebnisse nicht in Eigenleistung erbringt, sondern hiermit private Unternehmen beauftragt, steht es nach der Rechtsprechung außer Frage, dass er auch die durch das drittbeauftragte Unternehmen erbrachten Leistungen beziehungsweise vorgehaltenen Entsorgungssysteme bei Prüfung der Voraussetzungen des § 17 Abs. 3 KrWG anführen kann. Beauftragt der öRE einen gemeinnützigen Träger mit der Erbringung von (Teil-)Leistungen, so ergibt sich weder aus dem Gesetz noch aus sonstigen Überlegungen, dass eine solche Art der Drittbeauftragung für die Prüfung der Voraussetzungen von § 17 Abs. 3 KrWG unberücksichtigt bleiben müsste.

In der Praxis führt allerdings der Umstand, dass die Verwertungserlöse im Regelfall vollständig dem gemeinnützigen Träger überlassen werden, dazu, dass die Tatbestandsmerkmale des § 17 Abs. 3 S. 2 KrWG („Erfüllung ... zu wirtschaftlich ausgewogenen Bedingungen“) und des Abs. 3 S. 3 Nr. 2 („Stabilität der Gebühren gefährdet ...“) nicht angeführt werden können. Dagegen wird der öRE, der von dem gemeinnützigen Träger unterstützt wird, gegebenenfalls eine „wesentliche Beeinträchtigung der Planungssicherheit und Organisationsverantwortung“ im Sinne von § 17 Abs. 3 S. 3 Nr. 1 KrWG begründen können, wenn das Gesamtsystem „eine haushaltsnahe oder sonstige hochwertige getrennte Erfassung und Verwertung der Abfälle“ zum Gegenstand hat.

## III. Vereinbarung von Kooperationen zwischen öRE und gemeinnützigen Trägern

Für öRE kann sich die Frage stellen, ob mit gemeinnützigen Trägern eine Kooperation zur gemeinsamen Alttextilerfassung eingegangen werden soll. Hierdurch kann beispielsweise einem bisherigen „Nebeneinander“ von öRE-System und gemeinnütziger Sammlung ein formeller Rahmen gegeben werden, der der Planungssicherheit und Organisationsverantwortung des öRE Rechnung trägt. Wie unter II. ausgeführt, kann in der Folge das Gesamtsystem bei Prüfung der Vor-

aussetzungen des § 17 Abs. 3 KrWG Berücksichtigung finden, sodass im Ergebnis nicht nur der öRE, sondern auch die gemeinnützigen Träger von der Konkurrenz durch gewerbliche Sammler und den einhergehenden negativen Folgen für die Erreichung öffentlicher und gemeinnütziger Zwecke geschützt werden können.

Unter welchen Voraussetzungen und wie eine Kommune (als öRE) eine Vereinbarung (oder Zweckgemeinschaft oder Ähnliches) mit gemeinnützigen Trägern eingehen kann, bestimmt sich nach dem jeweiligen Landesrecht, begegnet jedoch in der Praxis im Regelfall keinen Problemen. Aus Gründen des Vergaberechts darf im Rahmen der Kooperation keine Vergabe von Aufträgen an die gemeinnützigen Sammler erfolgen, also kein öffentlicher Auftrag im Sinne des § 99 Abs. 1 GWB vorliegen. Solange allerdings beispielsweise nur eine Abstimmung der Standorte der

Altkleidercontainer erfolgt, liegt keine Vergabe eines öffentlichen Auftrages im Sinne des § 99 Abs. 1 GWB vor. Handelt der gemeinnützige Sammler auf eigene Rechnung, liegt auch kein entgeltlicher Auftrag vor.

Schließlich ist auch das Wettbewerbsrecht zu beachten: Dieses untersagt Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Fälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken. Zur Begründung der „Zweckgemeinschaft“ mit den kooperierenden gemeinnützigen Sammlern wird eine Absprache getroffen, die so ausgestaltet werden muss, dass keine Wettbewerbsbeschränkung erfolgt. Weiteren gemeinnützigen Sammlern muss daher der Zutritt zur „Zweckgemeinschaft“ ermöglicht werden.

Dr. Angela Dageförde<sup>1</sup>

## Die öffentliche Vergabe von Alttextilentsorgungsleistungen

Handreichung für die Praxis

Bei der öffentlichen Vergabe von Alttextilentsorgungsleistungen sind zahlreiche rechtliche Anforderungen zu beachten. Der Artikel stellt einen Handlungsleitfaden für die Praxis dar.<sup>2</sup>

Gemäß § 7 Abs. 2 S. 1, Abs. 3 S. 1 KrWG sind Erzeuger oder Besitzer von Abfällen zur **ordnungsgemäßen und schadlosen Verwertung** ihrer Abfälle verpflichtet. Abweichend von § 7 Abs. 2 sind Erzeuger oder Besitzer von Abfällen aus privaten Haushaltungen verpflichtet, diese Abfälle **den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern zu überlassen**, soweit sie zu einer Verwertung auf dem eigenen Grundstück nicht

in der Lage sind oder diese nicht beabsichtigen (§ 17 Abs. 1 S. 1 KrWG). Die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger haben die in ihrem Gebiet angefallenen und überlassenen Abfälle aus privaten Haushaltungen nach Maßgabe der §§ 6 bis 11 KrWG zu verwerten. **Vorrang** bei der Erfüllung dieser Verwertungspflicht hat diejenige der in § 6 Abs. 1 Nr. 2 bis 4 KrWG genannten Verwertungsmaßnahmen (in dieser

<sup>1</sup> Dr. Angela Dageförde ist Fachanwältin für Verwaltungsrecht, Fachanwältin für Bau- und Architektenrecht ([www.kanzlei-dagefoerde.de](http://www.kanzlei-dagefoerde.de)) sowie Lehrbeauftragte der Leibniz Universität Hannover.

<sup>2</sup> Als solcher wurde er im Auftrag der EFIBA Handelsgesellschaft mbH, Bassum, erstellt.

<sup>3</sup> Vorbereitung zur Wiederverwendung ist jedes Verwertungsverfahren der Prüfung, Reinigung oder Reparatur, bei dem Erzeugnisse oder Bestandteile davon, die zu Abfällen geworden sind, so vorbereitet werden, dass sie ohne weitere Vorbehandlung wieder für denselben Zweck verwendet werden können, für den sie ursprünglich bestimmt waren (§ 3 Abs. 24 KrWG).

Reihenfolge: Vorbereitung zur Wiederverwendung<sup>3</sup>, Recycling<sup>4</sup> sowie sonstige Verwertung<sup>5</sup>, insbesondere energetische Verwertung), die den Schutz von Mensch und Umwelt nach der Art und Beschaffenheit des Abfalls unter Berücksichtigung der in § 6 Abs. 2 S. 2 und 3 festgelegten Kriterien am besten gewährleistet; bei der Ausgestaltung der Verwertungsmaßnahme ist eine den Schutz von Mensch und Umwelt am besten gewährleistende, **hochwertige Verwertung** anzustreben (§ 8 Abs. 1 KrWG).

Die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger können sich Dritter bedienen, die für sie die Verwertung durchführen; die Beauftragung Dritter lässt die Verantwortung des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers zur Erfüllung seiner oben genannten Pflichten unberührt (§ 22 KrWG).

Die Entsorgungsleistungen sind, da die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger öffentliche Auftraggeber sind, generell **auszuschreiben**. Wenn das in Rede stehende Auftragsvolumen den für EU-weite Ausschreibungen geltenden Schwellenwert von aktuell **200.000 EUR netto**<sup>6</sup> erreicht, ist ein **EU-weites Vergabeverfahren** durchzuführen.<sup>7</sup>

Alttextilentsorgungsleistungen werden in einem scharfen **Wettbewerb** vergeben, da öffentliche Entsorgungsträger diese bislang in aller Regel nicht selbst verwerten. Einem enormen Bedarf an Originalsammelware steht ein äußerst knappes und damit teures Angebot gegenüber<sup>8</sup>.

Bei der Beauftragung von Alttextilentsorgungsleistungen müssen ebenso wie bei der Vergabe von Containerstandplätzen abfallrechtliche Rahmenbedingungen, nicht zuletzt der **Vorrang einer hochwertigen Verwertung**, eingehalten werden. Ferner ist ein **fairer Wettbewerb** unter Beachtung der Grundsätze der **Gleichbehandlung** und **Transparenz** zu gewährleisten. Es sind **fachkundige, leistungsfähige, zuverlässige und gesetzestreue Unternehmen** zu beauftragen. Schließlich ist dem Lohndumping vorzubeugen.

Die vergebenden Stellen sollten deshalb größte Sorgfalt auf die Formulierung der Anforderungen für die Leistungserbringung legen. Für die Überprüfung der Eignung der in Betracht kommenden Anbieter sind ebenso wie für die Auswahl der Angebote Kriterien aufzustellen, die den soeben geschilderten Zielen hinreichend Rechnung tragen und zu einem wirtschaftlichen Ergebnis führen.

Angesichts der Komplexität des Vergaberechts und der Fehleranfälligkeit des sehr förmlichen Vergabeverfahrens besteht in der Praxis häufig Unsicherheit, wie im konkreten Fall vergaberechtskonform vorzugehen ist. Hinzu kommt, dass die Sammlung und Verwertung von Alttextilien bislang kaum Gegenstand von Ausschreibungen war, was sich derzeit nicht zuletzt deshalb ändert, weil Kommunen in diesem Bereich eigene Tätigkeiten entfalten, um illegale Sammlungen einzudämmen.

Dieser Beitrag soll daher eine Handreichung für die Praxis bilden.<sup>9</sup>

## I. Allgemeiner Teil

Vorangestellt werden einige allgemeine Vorbemerkungen, und zwar zunächst zum Anwendungsbereich des EU-rechtlich geprägten Vergaberechts in §§ 97 ff. GWB (nachfolgend Ziff. 1), des Weiteren zum Begriff der Dienstleistungskonzession (nachfolgend Ziff. 2), und schließlich zum Gebot der Losvergabe (nachfolgend Ziff. 3).

### 1. Anwendungsbereich des Vergaberechts

#### a) Öffentlicher Auftraggeber

§ 98 GWB listet auf, wer zur Anwendung des Vergaberechts verpflichtet ist. Dies sind zunächst einmal die klassischen **öffentlichen Hände**, also die Gebietskörperschaften wie Bund, Länder, Kommunen sowie deren Sondervermögen (zum Beispiel Eigenbetriebe).

Ferner werden die sogenannten **„funktionalen Auftraggeber“** dem Vergaberecht unterworfen. Dies sind „andere juristische Personen des öffentlichen und des privaten Rechts, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen, wenn öffentliche Hände sie einzeln oder gemeinsam durch Beteiligung oder auf sonstige Weise überwiegend finanzieren oder über ihre Leitung die Aufsicht ausüben oder mehr als die Hälfte der Mitglieder eines ihrer zur Geschäftsführung oder zur Aufsicht berufenen Organe bestimmt haben“ (§ 98 Nr. 2 GWB<sup>10</sup>). Wandelt eine Kommune ihren Abfallwirtschaftsbetrieb also zum Beispiel vom Eigenbetrieb in eine Eigenengesellschaft in Form einer GmbH um, ist auch diese GmbH als öffentlicher Auftraggeber dem Vergaberecht unterworfen und muss Aufträge öffentlich ausschreiben.

Daneben werden **Verbände**, deren Mitglieder unter § 98 Nr. 1 oder Nr. 2 fallen, dem Vergaberecht unterworfen. Diese Vorschrift erfasst insbesondere Abfallzweckverbände.

#### b) Begriff des öffentlichen Auftrags

Öffentliche Aufträge sind gemäß § 99 Abs. 1 GWB entgeltliche **Verträge von öffentlichen Auftraggebern mit Unternehmen über die Beschaffung von Leistungen**, die Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen zum Gegenstand haben. Lieferaufträge sind gemäß § 99 Abs. 2 GWB Verträge zur Beschaffung von Waren. Bauaufträge sind Verträge über die Ausführung oder die gleichzeitige Planung und Ausführung eines Bauvorhabens oder eines Bauwerkes für den öffentlichen Auftraggeber, das Ergebnis von Tief- oder Hochbauarbeiten ist und eine wirtschaftliche oder technische Funktion erfüllen soll, oder einer dem Auftraggeber unmittelbar wirtschaftlich zugutekommenden Bauleistung durch Dritte gemäß den vom Auftraggeber genannten Erfordernissen (§ 99 Abs. 3 GWB). Als Dienstleistungsaufträge gelten Verträge über die Erbringung von Leistungen, die weder als Liefer- noch als Bauaufträge einzustufen sind (§ 99 Abs. 4 GWB).

#### Exkurs: Inhouse-Geschäft

Eine ungeschriebene Ausnahme vom ausschreibungs-pflichtigen öffentlichen Auftrag stellt das sogenannte Inhouse-Geschäft dar. Nach gefestigter Rechtsprechung des EuGH und der Vergabesenate liegt ein vergabefreies Eigengeschäft, ein sogenanntes Inhouse-Geschäft, nur vor, wenn zum einen der öffentliche Auftraggeber eine Gesellschaft mit Dienstleistungen beauftragt, die sich in seinem **alleinigen Anteilsbesitz** befindet und über die er eine **Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle** ausübt, und zum anderen die beauftragte Gesellschaft ihre **Tätigkeit im Wesentlichen für diesen öffentlichen Auftraggeber** verrichtet.<sup>101</sup>

<sup>4</sup> Recycling ist jedes Verwertungsverfahren, durch das Abfälle zu Erzeugnissen, Materialien oder Stoffen entweder für den ursprünglichen Zweck oder für andere Zwecke aufbereitet werden (§ 3 Abs. 25 KrWG).

<sup>5</sup> Verwertung ist jedes Verfahren, als dessen Hauptergebnis die Abfälle einem sinnvollen Zweck zugeführt werden, indem sie entweder andere Materialien ersetzen, die sonst zur Erfüllung einer bestimmten Funktion verwendet worden wären, oder indem die Abfälle so vorbereitet werden, dass sie diese Funktion erfüllen (§ 3 Abs. 23 KrWG).

<sup>6</sup> § 2 Nr. 2 VgV.

<sup>7</sup> Im Folgenden werden die Bestimmungen des GWB und der VOL/A EG zugrunde gelegt, da unterstellt wird, dass die Gesamtentgelte sich oberhalb des Schwellenwertes von 200.000 EUR netto bewegen; wird dieser Wert nicht erreicht, gelten die Vorschriften des Abschnittes 1 der VOL/A 2009, die in den hier zu untersuchenden Punkten indes im Wesentlichen inhaltsgleiche Regelungen aufweisen.

<sup>8</sup> EUWID Recycling und Entsorgung 14.2013, Seite 17.

<sup>9</sup> Vgl. auch (allgemeiner): Dageförde, Umweltschutz im öffentlichen Vergabeverfahren, Praxisleitfaden für Auftraggeber, Erich-Schmidt-Verlag, Berlin 2012.

<sup>10</sup> So kürzlich beispielsweise für die BSR entschieden vom KG Berlin, Beschluss v. 29.2.2012, Az. Verg 8/11.

<sup>11</sup> SOLG Düsseldorf, Beschluss v. 12.1.2004, Az. Verg 71/03.



Eine private Beteiligung am leistungserbringenden Unternehmen – egal in welcher Höhe – widerspricht diesen Anforderungen und führt zu einem Wegfall der Inhouse-Privilegierung.<sup>12</sup> Ein Ausschluss von dieser Privilegierung kann auch dann vorliegen, wenn eine zwar zu 100 Prozent dem öffentlichen Auftraggeber gehörende Tochter mit dem Auftrag betraut wird, diese jedoch weitgehend frei und unabhängig von der Kontrolle durch den Auftraggeber agieren kann.

Zu dem erstgenannten Tatbestandsmerkmal des „**alleinigen Anteilsbesitzes**“ ist anzumerken, dass dies auch bei der sogenannten mehrstufigen Beauftragung vorliegt, das heißt wenn der alleinige Anteilsbesitz über eine weitere Gesellschaft, die wiederum im alleinigen Anteilsbesitz des öffentlichen Auftraggebers steht, vermittelt wird.<sup>13</sup> Dass das Tochterunternehmen dabei nicht vom öffentlichen Auftraggeber unmittelbar beauftragt wird, sondern den Auftrag im Wege der Vertragsübernahme erhalten mag, soll dabei keine Rolle spielen. Solange in Bezug auf das mit der Dienstleistung beauftragte Unternehmen die Voraussetzungen für ein vergabefreies Eigengeschäft erfüllt sind, ist es für die vergaberechtliche Beurteilung ohne Belang, ob sich der öffentliche Auftraggeber zur Aufgabenerfüllung eines Tochter- oder eines „Enkel“-Unternehmens bedient. Das heißt: Wenn es sich bei dem Tochterunternehmen um ein im unmittelbaren Anteilsbesitz des öffentlichen Auftraggebers stehendes Unternehmen handeln würde, lägen die Voraussetzungen eines vergabefreien Inhouse-Geschäfts in jedem Fall vor.

Das Tatbestandsmerkmal der „**Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle**“ wird als erfüllt angesehen, wenn alle Geschäftsanteile vom öffentlichen Auftraggeber gehalten werden und die Auswahl der Rechtsform des künftigen Auftragnehmers (insbesondere zum Beispiel als GmbH) dem öffentlichen Auftraggeber aufgrund der ihr eigenen Organisationsstruktur **umfassende Einfluss- und Steuerungsmöglichkeiten**

einräumt, die sicherstellen, dass der künftige Auftragnehmer keine eigene Entscheidungsgewalt hat.

In Hinblick auf das Tatbestandsmerkmal, wonach das beauftragte Tochterunternehmen nahezu ausschließlich für den öffentlichen Auftraggeber tätig wird, ist ein strenger Prüfungsmaßstab anzulegen. Dies hat seinen Grund darin, dass ein staatlich kontrolliertes Unternehmen, das in nicht ganz unerheblichem Umfang auch für Dritte tätig wird, in Wettbewerb zu anderen Unternehmen tritt und eine Befreiung der Auftragserteilung an ein solches Unternehmen von dem Vergaberecht eine Diskriminierung im Vergleich zu potentiellen Mitbewerbern bedeuten würde.<sup>14</sup>

„Im Wesentlichen für den Auftraggeber tätig werden“ bedeutet sicherlich, dass mehr als 50 Prozent der Aufträge des Unternehmens für diesen Auftraggeber erbracht werden. Basis für eine entsprechende Beurteilung ist die gesamte Geschäftstätigkeit des künftigen Auftragnehmers in der gegenwärtigen Geschäftssituation des laufenden Geschäftsjahres.<sup>15</sup> Bei der Beurteilung des Wesentlichkeitskriteriums sind auch die von einer Tochtergesellschaft erzielten Umsatzerlöse mit Dritten zu berücksichtigen und muss die Verpflichtung bestehen, dass ein konsolidierter Jahresabschluss durchgeführt wird. Die Rechtsprechung deutscher Vergabekammern und OLG-Vergabesenate tendiert dazu, bereits knapp zehn Prozent Fremdgeschäft als zu hoch zu erachten, um noch von einer Tätigkeit „im Wesentlichen“ für den Anteilinhaber sprechen zu können<sup>16</sup>.

Im Zusammenhang mit der Beauftragung der Tochtergesellschaft im Wege des sogenannten Inhouse-Geschäfts ist allerdings zu beachten, dass es einer erneuten Prüfung bedarf, ob die Tochter ihrerseits als öffentlicher Auftraggeber im Sinne von § 98 Nr. 2 GWB bei weiteren Beauftragungen (beispielsweise zur Einbindung von Nachunternehmern) dem Vergaberecht verpflichtet ist.

### c) Schwellenwerte/Wertgrenzen

Das durch die europäischen Vergaberichtlinien geprägte Vergaberecht in Deutschland (für den hiesigen Kontext primär relevant: §§ 97 ff. GWB, VgV, VOL/A-EG) gelangt nur dann zur Anwendung, wenn der konkret zur Vergabe anstehende öffentliche Auftrag ein geschätztes Auftragsvolumen von 200.000 EUR netto erreicht beziehungsweise übersteigt. Das Auftragsvolumen ist vom Auftraggeber im Vorfeld der Bekanntmachung zu schätzen; dabei darf er sich nicht allein von der Erwägung leiten lassen, das EU-Vergabeverfahren zu umgehen. Bei der Schätzung des Auftragswertes ist von der geschätzten Gesamtvergütung für die vorgesehene Leistung auszugehen; Optionen, etwaige Vertragsverlängerungen sind zu berücksichtigen; Lose sind zu addieren (§ 3 Abs. 1, 7 VgV). Berechnungsgrundlage für den geschätzten Auftragswert ist bei Aufträgen mit einer Laufzeit bis zu 48 Monaten die gesamte Laufzeit des vorgesehenen Vertrages; bei Aufträgen mit unbestimmter Laufzeit oder mit einer Laufzeit von mehr als 48 Monaten bildet der 48-fache Monatswert die Schätzgrundlage (§ 3 Abs. 4 VgV).

Unterhalb des Schwellenwerts für EU-weite Vergaben sind bei der Wahl der Vergabeart und bestimmten Veröffentlichungspflichten ebenfalls Wertgrenzen zu beachten. Ob eine Dienstleistung der öffentlichen Hand beschränkt ausgeschrieben oder freihändig vergeben werden darf und somit eine Ausnahme von der Regel der öffentlichen Ausschreibung zugelassen ist, richtet sich unter anderem nach den jeweiligen Wertgrenzen der einzelnen Länder. Während Kommunen beispielsweise in Bayern bis zu einem Auftragswert von 30.000 EUR VOL-Leistungen freihändig vergeben

dürfen, liegt dieser Wert in Sachsen bei 25.000 EUR, in Thüringen bei 20.000 EUR, in Niedersachsen bei 50.000 EUR, in anderen Bundesländern (zum Beispiel Nordrhein-Westfalen, Mecklenburg-Vorpommern, Hessen, Schleswig-Holstein) bei 100.000 EUR.<sup>17</sup> Freihändige Vergaben sind Verfahren, bei denen sich der öffentliche Auftraggeber mit oder auch ohne Teilnahmewettbewerb grundsätzlich an mehrere ausgewählte Unternehmen wendet, um mit einem oder mehreren über die Auftragsbedingungen zu verhandeln (§ 3 Abs. 1 S. 3 VOL/A). In der Praxis werden freihändige Vergaben dergestalt durchgeführt, dass der Auftraggeber ihm bekannte Unternehmen anspricht und Angebote von ihnen einholt. Das Verfahren ist mithin von einer wesentlich geringeren Formlichkeit geprägt als die anderen Vergabeverfahren.

Der Auftraggeber hat die Möglichkeit, die Höhe des Auftragsvolumens durch eine Reduzierung der Laufzeit des zur Vergabe anstehenden Auftrags zu gestalten. Eine dauerhafte Vergabepaxis dergestalt, dass in kurzen Zeitabschnitten regelmäßig inhaltsgleiche Aufträge vergeben werden, die eine geringe Laufzeit haben und deshalb vom Auftragsvolumen her unterhalb der Wertgrenzen für die freihändige Vergabe liegen, ist nicht empfehlenswert. Eine solche Vergabepaxis setzt sich dem Vorwurf aus, dauerhaft bewusst die Formlichkeiten der öffentlichen Ausschreibung oder des EU-weiten offenen Verfahrens zu umgehen. Dies kann sich überdies zulasten der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit auswirken. Ferner ist der Geheimwettbewerb bei dieser Vergabepaxis nicht auf Dauer gewährleistet, so dass die Gefahr besteht, wettbewerbsbeschränkenden Abreden unseriöser Anbieter Vorschub zu leisten. Die freihändige Vergabe ist ferner häufig kein taugliches

<sup>12</sup> EuGH, Urteil v. 11.1.2005, Rs. C-26/03, EuGHE I 2005, 1 = NVwZ 2005, 187 – Stadt Halle.

<sup>13</sup> OLG Düsseldorf, Beschluss v. 12.1.2004, Az. Verg 71/03.

<sup>14</sup> OLG Düsseldorf, Beschluss v. 12.1.2004, Az. Verg 71/03.

<sup>15</sup> VK beim RP Halle, Beschluss v. 27.5.2002, Az. VA Hal 3/02; VK Düsseldorf, Beschluss v. 16.3.2004, Az. VK-3/2004-L.

<sup>16</sup> Vgl. Beschluss des OLG-Celle v. 29.10.2009, das bereits 7,5 % des Umsatzes ausreichen lässt, um eine erhebliche Tätigkeit für Dritte anzunehmen. Der Ende 2011 von der Europäischen Kommission vorgelegte Vorschlag für eine neue Vergabekoordinierungsrichtlinie (Vorschlag für eine Richtlinie des europäischen Parlaments und des Rates über die öffentliche Auftragsvergabe vom 20.12.2011, KOM(2011) 896 endg. 2011/0438 (COD)) sah in Art. 11 die Schwelle von 90 Prozent Tätigkeit für den die Kontrolle ausübenden öffentlichen Auftraggeber vor und bestätigte damit die 10 Prozent-Grenze beim Fremdgeschäft. Nachdem der Fremdgeschäftsanteil im Kompromisstext vom 2.10.2012 (14418/12) zunächst auf 85 Prozent abgesenkt worden war, wurde er im Kompromisstext vom 30.11.2012 (16725/1/12) auf **80 Prozent** reduziert. Die im Frühjahr 2013 aufgenommenen Verhandlungen über die Richtlinien zwischen Rat, EU-Kommission und EU-Parlament (so genannter „Trilog“) haben diese Quote von 80 Prozent im Ergebnis bestätigt.

<sup>17</sup> Eine Übersicht halten die Auftragsberatungsstellen unter [www.abst.de](http://www.abst.de) bereit.

Instrument zur Beschaffung qualitativ hochwertiger Leistungen, da in der Regel lediglich Preise auf Basis einer rudimentären Leistungsbeschreibung abgefragt werden. Die wettbewerblichen Vorteile und Kennzeichen einer Ausschreibung (Transparenz, Wettbewerb, Geheimwettbewerb et cetera) sind mit einer freihändigen Vergabe gerade nicht verbunden. Es ist schließlich mehr als fraglich, ob mit einer freihändigen Vergabe die Sperrwirkung des § 17 Abs. 3 S. 3 Nr. 3 KrWG im Hinblick auf weitere angezeigte gewerbliche Sammlungen erzielt werden kann.

## 2. Begriff der Dienstleistungskonzession

Bei Abfallentsorgungsleistungen handelt es sich in der Regel um öffentliche **Dienstleistungsaufträge** im Sinne von § 99 Abs. 4 GWB.<sup>18</sup> Diese müssen von **Dienstleistungskonzessionen** abgegrenzt werden. Denn im Gegensatz zum Dienstleistungsauftrag im Sinne von § 99 Abs. 1 GWB ist eine Dienstleistungskonzession **nicht** dem EU-rechtlich geprägten Vergaberecht (§§ 97 ff. GWB, VgV, VOL/A-EG) unterworfen.<sup>19</sup>

Bei einer Dienstleistungskonzession (Art. 1 Abs. 4 RL 2004/18/EG – VKR) schließt ein öffentlicher Auftraggeber mit einem Unternehmen ebenfalls einen Vertrag über eine Dienstleistung; das Entgelt für die Dienstleistung besteht jedoch im Gegensatz zum Dienstleistungsauftrag in dem **Recht** zur Verwertung

der Dienstleistung. Maßgebliches Kennzeichen der Dienstleistungskonzession ist es, dass der Unternehmer das Risiko der Möglichkeit der Verwertung der Dienstleistung selber trägt, das heißt ganz oder zumindest zu einem erheblichen Teil das **Nutzungs- beziehungsweise Verwertungsrisiko** übernimmt. Es ist dabei zwar nicht ausgeschlossen, dass der öffentliche Auftraggeber dem Unternehmer auch einen Preis zahlt. Maßgeblich aber ist, dass der Leistungserbringer das Risiko des Ausfalls des Vergütungsanspruchs oder der Nichtinanspruchnahme seiner Leistung ganz oder zumindest zum wesentlichen Teil selbst trägt.<sup>20</sup> Im Einzelfall zu berücksichtigende Faktoren sind zum Beispiel die Drittbeeinflussung der Nutzungsentgelte, keine vollständige Kostendeckung oder das Risiko von Entgeltausfällen. Wird zum Beispiel bei einer vermeintlichen Dienstleistungskonzession durch die Zahlung eines Zuschusses das wirtschaftliche Risiko des Auftragnehmers wesentlich minimiert, spricht dies für einen – dem Vergaberecht unterfallenden – Dienstleistungsauftrag.<sup>21</sup>

Die Erteilung einer (vom Vergaberecht grundsätzlich nicht erfassten) Dienstleistungskonzession zur Erbringung von Abfallentsorgungsleistungen (hier: Verwertung von Alttextilien) durch den öRE an einen Alttextilverwerter soll nach dem KrWG unzulässig sein.<sup>22</sup>

Abfallrechtlich soll die Erbringung von Abfallentsorgungsleistungen zwar nur als (ausschreibungspflichtiger) Dienstleistungsauftrag in Auftrag gegeben werden können.<sup>23</sup>

In diesem Kontext ist im Alttextilbereich allerdings die Erlaubnis, **öffentlichen Raum** wie Straßen oder kommunale Recyclinghof-Flächen in den Blick zu nehmen, bei der der zuständige Träger der Straßenbaulast – nicht der öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger (!) – einem Bürger/Unternehmen beispielsweise erlaubt, öffentlichen Straßenraum zum Abstellen von Alttextilcontainern zu nutzen.<sup>24</sup> Dafür entrichtet der Erlaubnisinhaber ein Sondernutzungsentgelt (Sondernutzungsgebühr).

Steht die Erteilung einer **straßenrechtlichen Nutzungserlaubnis** durch den Träger der Straßenbaulast mit einem Sammlungs-/Verwertungsauftrag im Zusammenhang (was ein entsprechendes Zusammenwirken mit dem öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger erfordert), gelten die allgemeinen vergaberechtlichen Anforderungen: Geht die straßenrechtliche Nutzungserlaubnis mit einem entgeltlichen Dienstleistungsauftrag im Sinne von § 99 Abs. 1 GWB einher, so ist dieser als öffentlicher Auftrag dem Vergaberecht unterworfen und muss in einem EU-weiten Vergabeverfahren dem Wettbewerb zur Verfügung gestellt werden. Handelt es sich in dem konkreten Fall jedoch nicht um einen Dienstleistungsauftrag, sondern um eine Dienstleistungskonzession im Sinne von Art. 1 Abs. 4 RL 2004/18/EG (VKR), so besteht keine Pflicht zur Durchführung eines EU-weiten Vergabeverfahrens.

Dies zeigt auch die Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 7.3.2012.<sup>25</sup> Dort hatte die Kommune einen dreijährigen Vertrag über Sammlung, Transport und Verwertung von Alttextilien im Stadtgebiet ausgeschrieben. Der Vertragspartner sollte eine bestimmte Anzahl Altkleidercontainer an bestimmten Plätzen aufstellen und die Altkleider verwerten. Er hatte an die Kommune einen monatlichen Preis pro Standort inklusive Sondernutzungsgebühr zu entrichten. Das OLG Düsseldorf stufte den Vertrag als eine – nicht dem EU-Vergaberecht unterfallende – Dienstleistungskonzession ein, da der Vertragspartner von der Kommune lediglich das **Recht** zur Nutzung der Standorte, zum

Aufstellen der Container und zur Verwertung der von den Bürgern eingeworfenen Altkleider, jedoch kein Entgelt für diese Leistung erhielt. Seine **Pflicht zur Zahlung** eines monatlichen Preises an die Stadt bestand überdies **unabhängig von** der ihm tatsächlich überlassene **Altkleidermenge**, das heißt ungeachtet der Tatsache, dass die dem Vertragspartner der Stadt durch die privaten Haushaltungen überlassene Altkleidermenge bedingt durch Sammlungen anderer Unternehmen auf privaten Grundstücken (zum Beispiel Supermarktparkplätzen) oder durch gemeinnützige Sammlungen schwanken konnte.

Die VK Schleswig-Holstein hatte kürzlich einen ähnlichen Fall zu entscheiden: Dort hatte der öRE mit einem Unternehmen vertraglich vereinbart, dass Letzteres Alttextilsammelbehälter aufzustellen und wöchentlich zu entleeren hatte. Für die Behältergestaltung erhielt das Unternehmen vom öRE ein Entgelt. Dieses betrug ca. ein Sechstel der umgekehrt von dem Unternehmen an den öRE zu zahlenden Vergütung für die Alttextilien, die „pro kg gesammelter Alttextilien und Altschuhe“ zu entrichten war. Obwohl das Unternehmen also (im Vergleich zum Düsseldorfer Fall lediglich) eine mengenabhängige Vergütung schuldet, stufte die Vergabekammer den Vertrag als – nicht dem Vergaberecht unterworfenen – Dienstleistungskonzession ein. Sie stellte dabei maßgeblich darauf ab, dass das Unternehmen angesichts des geringen Entgelts des öRE für die Behältergestaltung „stets ein vereinbarungsgemäßes Defizit“ überwinden musste, ferner, dass das Unternehmen die Behälter unabhängig von der Menge der eingeworfenen Altkleider wöchentlich zu leeren hatte, und schließlich, dass das Unternehmen einer scharfen Konkurrenzsituation durch eine Vielzahl anderer gewerblicher und gemeinnütziger sowie auch illegaler Sammlungen unterlag.<sup>26</sup>

Wie das OLG Düsseldorf in seiner oben genannten Entscheidung klarstellt und auch aus dem Entwurf einer EU-Richtlinie für die Konzessionsvergabe<sup>27</sup> hervorgeht, ist die konzessionsvergebende Kommune bei

<sup>18</sup> Vgl. zum Beispiel OLG Brandenburg, Beschluss v. 15.5.2007, Az. Verg W 2/07 für Abfalltransportleistungen;

OLG Düsseldorf, Beschluss v. 9.4.2003, Az. Verg 66/02 für Suche nach einem Geschäftspartner für Abfallentsorgungstochtergesellschaft; OLG Rostock, Beschluss v. 6.3.2009, Az. 17 Verg 1/09 für Altpapierverwertung.

<sup>19</sup> So u. a. BGH, Beschluss v. 23.1.2012, Az. X ZB 5/11 m. w. N.

<sup>20</sup> EuGH, VergabeR 2012, 164; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 7.3.2012, Az. VII-Verg 78/11.

<sup>21</sup> VK Baden-Württemberg, Beschl. v. 25.7.2012, Az. 1 VK 20/12: Dort am Fall einer Fahrrad-Vermietstation entschieden bei einem 20-prozentigen Investitionszuschuss und einer Wettbewerber ausschließenden Vertragsklausel.

<sup>22</sup> Die bislang in § 16 Abs. 2 bis 4 KrW-/AbfG enthaltenen Regelungen zur befreienden Pflichtenübertragung von öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern, Verbänden und Selbstverwaltungskörperschaften der Wirtschaft auf Dritte sind im KrWG ersatzlos gestrichen worden. Eine Pflichtenübertragung auf Dritte ist hiernach nicht mehr zulässig. Da § 22 S. 2 KrWG nur Drittbeauftragungen zulässt, bei denen die abfallrechtliche Pflicht beim öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger bleibt, Dritte also nur in die Erfüllung eingeschaltet werden können, ist die Vergabe von Konzessionen im Abfallrecht unzulässig. Denn dies würde – so jedenfalls Schink, in: Schink/Versteyl, Kommentar zum KrWG, 2012, § 22 Rn 3, 5, 40 – voraussetzen, dass Dritte ein eigenes Recht auf Wahrnehmung abfallwirtschaftlicher Aufgaben erhalten.

<sup>23</sup> Vgl. auch OLG Düsseldorf, Beschluss v. 19.10.2011, Az. Verg 51/11 zu § 16 Abs. 1 KrW-/AbfG mit Hinweis, dass die Rechtslage bei § 22 KrWG unverändert sei.

<sup>24</sup> Vgl. VG Braunschweig, Urteil v. 10.3.2009, Az. 6 A 250/07; OVG Lüneburg, Beschluss v. 31.1.2013, Az. 7 LA 160/11.

<sup>25</sup> Az. VII-Verg 78/11.

<sup>26</sup> VK SH, Beschluss v. 12.3.2013, Az. VK-SH 37/12.

der Konzessionsvergabe allerdings nicht vollkommen frei. Sie ist vielmehr verpflichtet, die Konzession im Rahmen eines transparenten Wettbewerbs zu erteilen und alle interessierten Unternehmen gleich zu behandeln (Stichwort: „**Vergaberecht light**“). Wenn die Konzession die sog. „Binnenmarktrelevanz“ aufweist (also die angesprochenen Branchenkreise bereit sind, Aufträge ggfs. in Anbetracht ihres Volumens auch grenzüberschreitend auszuführen), ist sogar wiederum die EU-weite Ausschreibung geboten. Diese Pflicht resultiert dann allerdings nicht aus dem EU-Vergaberecht<sup>28</sup>, sondern aus dem europäischen Primärrecht, genauer: dem Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)<sup>29</sup>, und dort insbesondere den Art. 49 und 56.<sup>30</sup> Daraus ergeben sich Gleichbehandlungs-, Nichtdiskriminierungs- und Transparenzgebote für die konzessionsvergebende öffentliche Stelle, denen diese mit einer EU-weiten Ausschreibung in besonderem Maße gerecht wird.<sup>31</sup>

Aus hiesiger Sicht empfiehlt es sich schon deshalb, auch bei der Erteilung der straßenrechtlichen Nutzungserlaubnis beziehungsweise einer Dienstleistungskonzession zur Aufstellung von Alttextilcontainern, die mit dem Recht der gewerblichen Sammlung einhergeht, welche nach § 18 KrWG der Anzeige bedarf, ein Vergabeverfahren nach der VOL/A durchzuführen. Überdies sichert die Durchführung eines Vergabeverfahrens nach der VOL/A die Beziehung zu dem Konzessionsnehmer im Hinblick auf dessen Kalkulationssicherheit und die Stabilisierung der Gebühren nicht zuletzt auch im Hinblick auf (weitere) gewerbliche Sammlungen – jedenfalls für die Laufzeit der mit diesem geschlossenen Vereinbarung – ab, da Letztere nach § 18 Abs. 5 S. 2 KrWG untersagt werden

können, wenn „durch die gewerbliche Sammlung die **diskriminierungsfreie und transparente Vergabe** von Entsorgungsleistungen **im Wettbewerb** (...) unterlaufen wird“ (§ 17 Abs. 3 Nr. 3 KrWG). Dass vordergründig (nur) eine straßenrechtliche Nutzungserlaubnis beziehungsweise eine Dienstleistungskonzession erteilt und keine „Entsorgungsleistungen“ beauftragt werden, steht dem nicht entgegen. Denn weil die abfallrechtliche Rechtslage und die Interessenlage der Vertragsparteien dafür sprechen, dass auch die Beförderung und Verwertung der Alttextilien als Leistungen erbracht werden sollen, auch wenn entsprechende Pflichten dem Vertragspartner nicht ausdrücklich auferlegt werden<sup>32</sup> (die Überlassungspflicht entfällt gemäß § 17 Abs. 2 Nr. 4 KrWG für Abfälle, die durch gewerbliche Sammlung einer ordnungsgemäßen und schadlosen Verwertung zugeführt werden), ist § 17 Abs. 3 Nr. 3 KrWG zumindest analog anwendbar.<sup>33</sup> Auf die Frage, ob die konzessionsvergebende Stelle auch zur Übertragung der Verwertungsaufgabe und nicht nur der Sammlungs- und Transportaufgabe nach den Vorschriften des Landesabfallgesetzes berechtigt ist, kommt es vergaberechtlich nicht an<sup>34</sup>.

### 3. Losweise Vergabe von Alttextil-Entsorgungsleistungen

Gemäß § 97 Abs. 3 GWB sind mittelständische Interessen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vornehmlich zu berücksichtigen. Diese seit 2009 geltende Gesetzesfassung bestimmt, dass Leistungen grundsätzlich von den öffentlichen Auftraggebern in der Menge aufgeteilt (**Teillose**) und getrennt nach Art oder Fachgebiet

(**Fachlose**) zu vergeben sind. Mehrere Teil- oder Fachlose dürfen (nur dann) zusammen vergeben werden, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern. Diese wirtschaftlichen oder technischen Gründe, die eine Gesamtvergabe erforderlich machen, sind am konkreten Einzelfall ausgerichtet im Vergabevermerk zu dokumentieren.

Aus der Pflicht zur Losvergabe resultiert das *Erfordernis einer zweistufigen Prüfung*. Zunächst ist *danach abzugrenzen, ob das der Ausschreibung zugrunde gelegte Leistungsprofil der Gestaltungsfreiheit der Vergabestelle unterfällt oder ob innerhalb dieses Dispositionsrahmens eine weitere (von der Vergabestelle unterlassene) Zerlegung in Teil- beziehungsweise Fachlose möglich wäre* und damit die mittelstandschützenden Anforderungen zum Tragen kommen. *Maßgebend für diese Abgrenzung sind die mit dem Beschaffungsprojekt verfolgten Ziele und Zwecke im Rahmen einer funktionalen Betrachtung*. Ergibt sie, dass die benötigte Leistung auch in Form einer Losvergabe erbracht werden könnte, so ist *auf der Stufe der dann erforderlich werdenden Einzelfallabwägung zu untersuchen, ob die Vergabestelle sich gegebenenfalls auf besondere – namentlich wirtschaftliche oder technische – Gründe stützen kann, wonach sie zur Vermeidung erheblicher Nachteile dennoch von einer losweisen Vergabe absehen durfte*.<sup>35</sup> Die *Zweckmäßigkeit* der Losaufteilung ist immer *auf Grund des Einzelfalls zu beurteilen*.<sup>36</sup> Dabei spielen *der Umfang des Auftrags, die Gewährleistung* in Bezug auf die Durchführung des Auftrags und die *Wirtschaftlichkeit* eine Rolle. *Grund für eine Gesamtvergabe kann auch sein, eine unwirtschaftliche Zersplitterung der Auftragsvergabe zu vermeiden*.<sup>37</sup>

Bei der Ausschreibung von Alttextil-Entsorgungsleistungen ist eine getrennte Ausschreibung der **Sammlung/Erfassung** zum einen, der **Behältergestaltung** zum zweiten sowie schließlich (drittens) der **Verwertung** denkbar.

Hierbei kommt allerdings eine **unwirtschaftliche Zersplitterung** weniger bei der Aufteilung in solche Fachlose in Betracht, sondern eher bei der mengenmäßigen Aufteilung in Teillose. Eine unwirtschaftliche Zersplitterung würde die Aufteilung in Teillose mit **weniger als 500 Mg** pro Los darstellen. In der Praxis haben Teillose in der Regel einen Umfang **von 1.000 Mg**.

## II. Mögliche Anforderungen in Vergabeverfahren

Im Folgenden werden eine Reihe von Anforderungen aufgelistet, bei denen es denkbar erscheint, dass der öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger als Auftraggeber sie bei der Ausschreibung einer Alttextilentsorgungsleistung verwendet.

Diese Anforderungen werden unterteilt in Spezifikationen der Leistungsbeschreibung, Auftragsausführungsbedingungen sowie Eignungsanforderungen und schließlich Zuschlagskriterien.

Die vergaberechtliche Zulässigkeit dieser verschiedenen Anforderungen, die nachfolgend zunächst einmal ohne rechtliche Bewertung dargestellt werden, wird in Teil III. untersucht.

### 1. Spezifikationen in der Leistungsbeschreibung

#### a) Vorgaben zur Art und Qualität der Sammelcontainer, zur Zahl der Behälter, zu Standplätzen und zum Entleerungsrhythmus

Zunächst kommen Vorgaben des Auftraggebers zur Zahl der vom Auftragnehmer aufzustellenden Alttextilsammel-

<sup>27</sup> Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Konzessionsvergabe vom 20.12.2011, KOM(2011) 897 endgültig 2011/0437 (COD).

<sup>28</sup> RL 2004/18/EG = VKR.

<sup>29</sup> Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Fassung aufgrund des am 1.12.2009 in Kraft getretenen Vertrages von Lissabon, Konsolidierte Fassung bekanntgemacht im Abl. EG Nr. C 115 vom 9.5.2008, S. 47.

<sup>30</sup> Vgl. BGH, 30.8.2011, Az. X ZR 55/10, VergabeR 2012, S. 26 ff. m. w. N.

<sup>31</sup> OLG Düsseldorf, Beschluss v. 7.3.2012, Az. VII – Verg 78/11, NZBau 2012, S. 382 ff.

<sup>32</sup> OLG Düsseldorf, a. a. O. (Fn 28).

<sup>33</sup> So auch Dageförde/Thärichen, AbfallR 2013, 125, 132; a. A. VG Ansbach, Urteil v. 3.7.2013 – Az. AN 11 K 13.00617.

<sup>34</sup> OLG Düsseldorf, a. a. O. (Fn 28) unter Hinweis auf Hailbronner, in: Byok/Jaeger, Kommentar zum Vergaberecht, 3. Aufl. § 99 Rn 56; Eschenbruch, in: Kulartz u. a., Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 2. Aufl., § 99 GWB Rn 235.

<sup>35</sup> OLG Celle, Beschluss v. 26.04.2010, Az. 13 Verg 4/10; OLG Thüringen, Beschluss v. 06.06.2007, Az. 9 Verg 3/07.

<sup>36</sup> VK Südbayern, Beschluss v. 29.06.2010 – Az. Z3-3-3194-1-35-05-10.

<sup>37</sup> OLG Düsseldorf, Beschluss v. 21.03.2012, Az. VII-Verg 92/11; B. v. 11.01.201, Az. VII-Verg 52/11.

behälter, zu den Standplätzen und deren Reinhaltung sowie zur Entleerung der Behälter in Betracht.

## b) Vorgaben zur Art der Erfassung

Um eine hochwertige Alttextil-Entsorgung zu gewährleisten, empfiehlt sich die **händische Entnahme** der Alttextilien aus den Sammelbehältern „von vorne“, da so unmittelbar bei der Entnahme eine erste Müllselektion stattfinden kann. Erfahrungsgemäß können circa sechs Prozent Störstoffe direkt bei der Entnahme der Alttextilien aus dem Sammelbehälter separiert werden. Geringere Anteile an Restabfällen beziehungsweise nicht mehr verwertbaren Textilien erhöhen die Qualität des Sammelgutes<sup>38</sup>, das in Großstadtlagen lose Anteile von bis zu 40 Prozent aufweist.

Eine mechanische Aufnahme in der Form, dass der Alttextilcontainer angehoben und in den LKW entleert wird, weist im Vergleich zur beschriebenen händischen Entnahme den Nachteil auf, dass eine Vermischung des Inhalts eines Containers mit der gesamten LKW-Ladung droht. Wenn in dem einzelnen entleerten Alttextilcontainer sogenannte Störstoffe enthalten sind, können diese unter Umständen die schon im LKW befindlichen Alttextilien beeinträchtigen.

Höhere Qualitäten lassen sich mithin bei der händischen Entnahme der Alttextilien aus dem Sammelbehälter erzielen.

## c) Anforderungen/Mindestanforderungen an Art und Detailgrad der Sortierung sowie Verwertung

Zur Gewährleistung einer hochwertigen Verwertung kommt es ferner in Betracht, in der Leistungsbeschreibung eine bestimmte **Qualität der Sortierung** der Alttextilien **verbindlich** vorzugeben.

Als alternative Vorgehensweise ist es denkbar, dass der Auftraggeber in der Leistungsbeschreibung **Mindestanforderungen** an die Qualität der Sortierung

definiert und ein „Mehr an Qualität“, also eine höherwertige Sortierung, sodann im Rahmen der Angebotswertung entsprechend bewertet, beispielsweise, indem eine höhere Wiederverwendungs- oder (stoffliche) Verwertungsquote mit Zusatzpunkten honoriert wird.

Zu differenzieren sind mithin grundsätzlich zwei denkbare Vorgehensweisen:

Der Auftraggeber kann entweder hohe Qualitätsanforderungen in seiner Leistungsbeschreibung definieren. Alternativ kommt es in Betracht, dass der Auftraggeber geringere Qualitätsanforderungen in Form von Mindestanforderungen an die Sortierqualität definiert und diese sodann aber zum Gegenstand der Prüfung und Wertung der Angebote macht. Ein Anbieter, der einen hohen Qualitätsstandard nicht erreichen kann, kann dies dann unter Umständen durch einen günstigeren Preis kompensieren.

## 2. Anforderungen an die Eignung der Bieter (Fachkunde, Leistungsfähigkeit, Zuverlässigkeit, Gesetzestreue)

Gemäß § 97 Abs. 4 S. 1 GWB werden öffentliche Aufträge (nur) an fachkundige, leistungsfähige sowie gesetzestreu und zuverlässige, mithin: geeignete Unternehmen vergeben.

Als mögliche Eignungsanforderungen kommen bei der Ausschreibung von Alttextilentsorgungsleistungen folgende Kriterien, Erklärungen oder Nachweise in Betracht:

- a) Handelsregisterauszug
- b) Versicherungsbestätigung Betriebshaftpflichtversicherung
- c) Führungszeugnis der Geschäftsführung und der für die Sammlung verantwortlichen Personen
- d) Unbedenklichkeitsbescheinigung von Krankenkasse und Finanzamt darüber, dass Sozialversicherungsbeiträge und Steuern gezahlt werden:

- e) Referenzen von öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern (öRE), Städten/Gemeinden, karitativen Verbänden
- f) Benennung des Gesamtumsatzes und des operativen Umsatzes aus dem Bereich der Alttextilerfassung und -verwertung beziehungsweise sonstige geeignete Nachweise zur Vermögens-, Finanz- und Ertragslage aus den letzten zwei bis drei abgeschlossenen Geschäftsjahren
- g) Zertifikat eines Qualitätsmanagementsystems nach DIN EN ISO 9001:2008 zur Erfassung von Sammelware oder eines Umweltmanagementsystems nach DIN EN ISO 14001
- h) Behördliche Genehmigungen, zum Beispiel nach Güterkraftverkehrsgesetz (GüKG) oder Bundesimmissionsschutzgesetz (BImSchG)
- i) Zertifikat „Entsorgungsfachbetrieb“ beziehungsweise EU-vergleichbar
- j) Bestätigung der Anzeige nach § 53 KrWG von der zuständigen Behörde
- k) Verpflichtung zur Zahlung des Mindestlohns in der Entsorgungsbranche.

Als Aspekt der Zuverlässigkeit kommt ferner in Betracht, dass der Auftraggeber berücksichtigt, ob der Bieter in der Vergangenheit illegal, das heißt ohne entsprechende Nutzungsgenehmigung Container aufgestellt und damit Alttextilien gesammelt hat, ohne ein Nutzungsentgelt für den Standplatz zu entrichten. Hierbei können illegale Sammeltätigkeiten innerhalb und außerhalb des zur Vergabe anstehenden Gebietes in den Blick genommen werden, gerade weil über solche hohe Angebote andernorts erst möglich werden.<sup>39</sup>

## 3. Auftragsausführungsbedingungen

Gemäß § 97 Abs. 4 S. 2 GWB können öffentliche Auftraggeber für die Auftragsausführung zusätzliche An-

forderungen an Auftragnehmer stellen, die insbesondere **soziale, umweltbezogene oder innovative Aspekte** betreffen, wenn sie im sachlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen und sich aus der Leistungsbeschreibung ergeben. Diese im Jahr 2009 aus der europäischen Vergaberichtlinie 2004/18/EG in nationales Recht übernommenen sogenannten Auftragsausführungsbedingungen betreffen nicht die Eignung der Bieter, sondern die **Phase der Leistungserfüllung** nach Zuschlagserteilung. Es handelt sich mithin auch um Bedingungen, die in der Leistungsbeschreibung vom öffentlichen Auftraggeber vorzugeben sind. Der Auftraggeber verlangt damit von dem späteren Auftragnehmer ein bestimmtes Verhalten während der Ausführung des Auftrags, auch wenn sich das Unternehmen sonst am Markt anders verhält.

Bei der Ausschreibung von Alttextilentsorgungsleistungen kommt als eine Auftragsausführungsbedingung die Vorgabe des Auftraggebers in Betracht, dass der (spätere) Auftragnehmer die für die Ausführung des Auftrags eingesetzten Mitarbeiter in einer bestimmten Art und Weise **entlohnt**. Diese Möglichkeit wird unter Ziff. IV.3. unabhängig von der in Ziff. 2 lit. k) genannten Mindestlohnverpflichtung untersucht.

Eine weitere Auftragsausführungsbedingung könnte die Vorgabe des Auftraggebers in der Leistungsbeschreibung sein, dass der (spätere) Auftragnehmer eine bestimmte Art von Arbeitnehmern, wie beispielsweise **Langzeitarbeitslose**, bei der Ausführung des Auftrags einzusetzen hat.

Ferner sind umweltbezogene Anforderungen wie zum Beispiel die Vorgabe einer bestimmten **Wiederverwendungs- oder (stofflichen) Verwertungsquote** denkbar.

## 4. Zuschlagskriterien

Bei der Wertung der Angebote beziehungsweise bei der Entscheidung über den Zuschlag berücksichtigt

<sup>38</sup> Bayerisches Landesamt für Umwelt, InfoBlatt Abfallwirtschaft zu Alttextilien, Januar 2009, S. 2.

<sup>39</sup> Nach § 7 Abs. 4 EG VOL/A können die Auftraggeber Eignungsnachweise, die durch Präqualifizierungsverfahren erworben wurden, zulassen. Ein derartiges Verfahren erleichtert den Unternehmen die Nachweisführung und dem Auftraggeber die Prüfung von auftragsunabhängigen Eignungsnachweisen. Es minimiert die Ausschlussgefahr wegen formaler Mängel. Dem Auftraggeber verbleibt daneben der von der VOL/A vorgegebene Spielraum für die Anforderung auftragsbezogener Nachweise. Näheres hierzu siehe unter [www.pq-vol.de](http://www.pq-vol.de).



der Auftraggeber **verschiedene** durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigte Kriterien wie beispielsweise Qualität, Preis, Umwelteigenschaften, Rentabilität und andere (§ 19 Abs. 9 VOL/A-EG). Diese sogenannten Zuschlagskriterien legt der öffentliche Auftraggeber im Vorfeld der Angebotsabgabe fest und gibt sie den Bietern einschließlich ihrer Gewichtung bekannt (§ 19 Abs. 8 VOL/A-EG).

Bei der Ausschreibung von Alttextilentsorgungsleistungen kommt in Betracht, im Rahmen der Angebotswertung eine höherwertigere Verwertung gegenüber einer qualitativ weniger hochwertigen Verwertung (zum Beispiel thermische Verwertung) zu bewerten. Hier könnten **Wiederverwendungs- oder Verwertungsquoten** eine Rolle spielen. In diesem Zusammenhang spielen die oben genannten Mindestanforderungen in der Leistungsbeschreibung eine Rolle.

## 5. Landesvergaberechtliche Besonderheiten

Ausgehend von der Ermächtigung in § 97 Abs. 4 GWB haben die meisten Bundesländer von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, eigene landesvergaberechtliche Regelungen vorsehen, die insbesondere weitergehende Anforderungen an die Bieter und an die Auftragsdurchführung vorzusehen. Dazu gehören beispielsweise unter anderem die Verpflichtung zur Zahlung eines vergabespezifischen Mindestlohnes, die Berücksichtigung von Maßnahmen der Frauenförderung und der Vereinbarkeit von Familie und Beruf, der Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen sowie der Forderung von Nachhaltigkeitskriterien.

Die Landesvergabegesetze verpflichten in ihrem Anwendungsbereich den öffentlichen Auftraggeber zu entsprechendem Handeln, nämlich der Forderung von bestimmten Erklärungen der Bieter und zur Verwendung Besonderer Vertragsbedingungen.

### Praxistipp:

Die Vergabestelle muss sich über die jeweils geltenden Bestimmungen in ihrem Bundesland bei Erstellung der Ausschreibungsunterlagen informieren. Eine Synopse mit der Wiedergabe der aktuellen einzelnen Landesvergabegesetze und deren Inhalt findet sich im WSI-Tarifarchiv unter [www.boeckler.de](http://www.boeckler.de).

## III. Untersuchung der rechtlichen Zulässigkeit dieser Anforderungen

Im Folgenden wird geprüft, ob die oben aufgelisteten Anforderungen in Vergabeverfahren vergaberechtskonform Verwendung finden können.<sup>40</sup> Die Untersuchung wird ergänzt durch Tipps für die praktische Umsetzung.

### 1. Spezifikationen in der Leistungsbeschreibung

Gemäß § 8 Abs. 1 VOL/A-EG ist die ausgeschriebene Leistung **eindeutig und erschöpfend** zu beschreiben, sodass alle Bewerber die Beschreibung im gleichen Sinne verstehen müssen und miteinander vergleichbare Angebote zu erwarten sind. Die Leistungsbeschreibung ist damit als Basis der Angebote der Bieter und als Grundlage für die spätere Vertragserfüllung das **Kernstück der Vergabeunterlagen** (§ 9 Abs. 1 VOL/A-EG).

Im Hinblick auf die Beschreibung der Leistung hat der öffentliche Auftraggeber ein weitgehendes **Leistungsbestimmungsrecht**, das heißt er ist grundsätzlich frei in der Definition dessen, was er beschaffen möchte. In der Konsequenz können Bieter im Nachprüfungsverfahren nicht beanspruchen, dem Auf-

traggeber eine andere Leistung mit anderen Beschaffungsmerkmalen und Eigenschaften, als von ihm in den Verdingungsunterlagen festgelegt, anzudienen.<sup>41</sup> Dafür fehlt es sowohl an einem vergaberechtlichen Anknüpfungspunkt als auch an einer Kompetenz der Vergabenachprüfungsinstanzen.<sup>42</sup> Überdies ist die öffentliche Hand nicht verpflichtet, den Ausschreibungsgegenstand so auszurichten, dass möglichst alle auf dem Markt agierenden Teilnehmer leistungs- und angebotsfähig sind<sup>43</sup>, was einer innovativen oder umweltfreundlichen Beschaffung schon im Ansatz entgegenstehen würde. Eine Einengung des Wettbewerbs als Folge des Bestimmungsrechts des Auftraggebers ist vielmehr grundsätzlich hinzunehmen, wenn dessen Wahl einer bestimmten Technologie an sach- und auftragsbezogenen Kriterien orientiert ist.<sup>44</sup>

Der Vergabesenat des OLG Düsseldorf hat in einem aktuellen Beschluss seine Auffassung zu der eingangs aufgeworfenen Frage in Abgrenzung zur abweichenden Rechtsprechung der Oberlandesgerichte Jena und Celle bekräftigt: Die Vergabestelle hat danach das Recht zu bestimmen, ob und welchen Gegenstand sie wie beschaffen will. Solange dabei nicht – offen oder versteckt – ein bestimmtes Produkt bevorzugt wird (und andere Anbieter diskriminiert werden), genießt der öffentliche Auftraggeber Freiheit bei der Definition des Auftragsgegenstandes. Eine Markterkundung, ob auch eine andere als die gewählte Lösung möglich ist, ist grundsätzlich nicht erforderlich.<sup>45</sup>

Freilich muss die Vergabestelle gleichwohl die Grundsätze des Wettbewerbs, der Transparenz und der Gleichbehandlung beachten.<sup>46</sup> Die Freiheit des Auftraggebers zur Bedarfsdefinition wird insbeson-

dere durch den in den Vergabeordnungen normierten Grundsatz der produktneutralen Ausschreibung begrenzt<sup>47</sup>, der allerdings wiederum im Lichte des Bestimmungsrechts des öffentlichen Auftraggebers auszulegen und anzuwenden ist.<sup>48</sup> Die Vergabestellen müssen deshalb auf die – in der Praxis nicht immer einfache – Abgrenzung achten, ob die Leistungsbeschreibung im konkreten Fall allein der der Disposition der Vergabestelle überlassenen „Festlegung des Auftragsgegenstands“ zuzurechnen ist, oder ob sie stattdessen als eine produkt- beziehungsweise verfahrensspezifische Beschränkung einzustufen ist, die den bieterschützenden Anforderungen der Regeln der Vergabe- und Vertragsordnungen zur Leistungsbeschreibung wie beispielsweise dem Gebot der Produktneutralität unterliegt.

Nach der jüngeren Rechtsprechung des OLG Düsseldorf können sogar Rechtsvorschriften außerhalb des Vergaberechts, namentlich auch des Abfallrechts, das Leistungsbestimmungsrecht des Auftraggebers beeinflussen. Hierauf wird sogleich näher eingegangen.

### a) Vorgaben zur Art und Qualität der Sammelcontainer, zur Zahl der Behälter, zu Standplätzen und zum Entleerungsrhythmus

Vorgaben zur Art und Qualität sowie zur Zahl der vom Auftragnehmer aufzustellenden Behälter, zu den konkreten Standorten und ihrer Reinhaltung sowie zur (regelmäßigen) Entleerung stoßen nicht auf vergaberechtliche Bedenken. Solche – **die Leistungs-**

<sup>41</sup> OLG Düsseldorf, a. a. O.; Scharen, GRUR 2009, 345, 346.

<sup>42</sup> OLG Düsseldorf, Beschluss v. 09.12.2009, Az. VII-Verg 37/09; Beschluss v. 17.11.2008, Az. VII-Verg 52/08; Beschluss v. 06.07.2005, Az. VII-Verg 26/05; OLG München, Beschluss v. 02.03.2009, Az. Verg 01/09; Beschluss v. 28.07.2008, Az. Verg 10/08.

<sup>43</sup> OLG Düsseldorf, a. a. O. (Fn 38).

<sup>44</sup> OLG Düsseldorf, a. a. O. (Fn 38).

<sup>45</sup> OLG Düsseldorf, Beschluss v. 27.6.2012, Az. VII-Verg 7/12.

<sup>46</sup> Statt vieler: VK Baden-Württemberg, Beschluss v. 28.05.2009, Az. 1 VK 21/09; VK Nordbayern, Beschluss v. 10.02.2010, Az. 21.VK – 3194 – 01/10; Beschluss v. 16.04.2008, Az. 21.VK – 3194 – 14/08; 1. VK Sachsen, Beschluss v. 06.03.2009, Az. 1/SVK/001-09.

<sup>47</sup> OLG München, Beschluss v. 05.11.2009, Az. Verg 15/09.

<sup>48</sup> OLG Düsseldorf, Beschluss v. 17.2.2010, Az. VII-Verg 42/09.

<sup>40</sup> Im Folgenden werden die Bestimmungen des GWB und der VOL/A EG zugrunde gelegt, da unterstellt wird, dass die Gesamtentgelte sich oberhalb des Schwellenwertes von 200.000 EUR netto bewegen; wird dieser Wert nicht erreicht, gelten die Vorschriften des Abschnittes 1 der VOL/A 2009, die in den hier zu untersuchenden Punkten indes im Wesentlichen inhaltsgleiche Regelungen aufweisen.

**fähigkeit des kommunalen Systems** kennzeichnenden – **qualitativen Anforderungen** können nicht zuletzt im Hinblick auf eine Untersagung weiterer gewerblicher Sammlungen nach § 18 Abs. 5 S. 2 KrWG durchaus zweckmäßig sein. Denn § 17 Abs. 3 S. 4 KrWG schließt als Rückausnahme zu S. 3 Nrn. 1 und 2 die Annahme einer wesentlichen Beeinträchtigung der Planungssicherheit und Organisationsverantwortung des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers aus, wenn die vom gewerblichen Sammler angebotene Sammlung und Verwertung der Abfälle wesentlich leistungsfähiger ist als die von dem öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger oder dem von ihm beauftragten Dritten bereits angebotene oder konkret geplante Leistung. Bei der Beurteilung der Leistungsfähigkeit sind sowohl die in Bezug auf die Ziele der Kreislaufwirtschaft zu beurteilenden Kriterien der Qualität und der Effizienz, des Umfangs und der Dauer der Erfassung und Verwertung der Abfälle als auch die aus Sicht aller privaten Haushalte im Gebiet des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers zu beurteilende gemeinwohlorientierte Servicegerechtigkeit der Leistung zugrunde zu legen (§ 17 Abs. 3 S. 5 KrWG).

#### Praxistipp

Erfahrungsgemäß ist eine Vorgabe des Auftraggebers, wonach vom Auftragnehmer pro 1.000 Einwohnern ein Behälter aufzustellen ist, der einmal wöchentlich entleert wird, empfehlenswert.

Weitere mögliche Vorgaben: Äußere/farbliche Gestaltung der Sammelbehälter, Übernahme der Verkehrssicherungspflicht für den Aufstellungs-ort der einzelnen Sammelbehälter, regelmäßige Reinigung des Umfeldes derselben, zulässige Leerungszeiten derselben.

#### b) Vorgaben zur Art der Erfassung

Auch die Anforderung des Auftraggebers in der Leistungsbeschreibung, wonach eine **händische Entnahme** der Alttextilien aus den Alttextilsammelbehältern „von vorne“ erfolgt, um eine erste Müllselektion vornehmen zu können und so eine hochwertige Verwertung zu gewährleisten, begegnet keinen vergaberechtlichen Bedenken, vorausgesetzt, diese Art der Aufnahme der Alttextilien wird nicht nur von einem einzigen oder sehr wenigen Unternehmen am Markt praktiziert (wofür keine Anhaltspunkte ersichtlich sind).

Sieht der öffentliche Auftraggeber in den Vergabeunterlagen hingegen umgekehrt vor, dass die Aufnahme der Alttextilien mechanisch durch Anhebung von bodenentleerten Alttextilcontainern und Entleerung in den LKW erfolgt, wirft dies Bedenken im Hinblick auf das **Hochwertigkeitsgebot** des § 8 Abs. 1 S. 3 in Verbindung mit § 6 KrWG auf. Denn bei dieser Art der Aufnahme der Alttextilien droht eine Vermischung des Inhalts eines Containers mit der gesamten schon im LKW befindlichen Ladung sowie gegebenenfalls eine Verschmutzung der schon im LKW befindlichen Alttextilien durch Störstoffe oder Restmüll.

Dass eine nicht abfallrechtskonforme Leistungsbeschreibung zum Gegenstand eines Nachprüfungsverfahrens gemacht werden kann, zeigt das OLG Düsseldorf mit den Worten

*„Es gibt keinen allgemeinen Rechtssatz des Inhalts, dass außervergaberechtliche Normen im Vergabeprozess nachprüfungsverfahren nicht zu prüfen sind“.*<sup>49</sup>

In der genannten Entscheidung ging es um die Ausschreibung von Transport und Entsorgung von circa 40.000 Tonnen/Jahr Rest- und Sperrmüll eines Landkreises. Der Auftraggeber stellte zwei verschiedene Entsorgungskonzepte zur Auswahl. Ein Bieter rügte im Vergabeverfahren mehrere Rechtsverstöße, unter anderem solche gegen Bestimmungen der Abfall-Richt-

linie 2008/98/EG, die der Auftraggeber aber zurückwies. Der Bieter, der daraufhin vor der Vergabekammer beantragte, dem Auftraggeber solle der Zuschlag untersagt werden, blieb über zwei Instanzen erfolglos. Das OLG Düsseldorf prüfte im Zusammenhang mit der Bestimmung des Auftragsgegenstandes unter anderem, ob der Auftraggeber die bei der Abfallbewirtschaftung zu beachtende Rangfolge der Maßnahmen in den Vergabeunterlagen in vertretbarer Weise berücksichtigt hatte und führte aus: Dem Entsorgungskonzept in der Variante 1 liege die Vorstellung einer energetischen Verwertung zugrunde. Die Verbrennung in einer MVA erfülle das Kriterium R 1 der Anlage 2 zum KrWG und des Anhangs II zur Richtlinie 2008/98 (Hauptverwendung als Brennstoff oder als anderes Mittel der Energieerzeugung). Das Entsorgungskonzept in der Variante 2 sei in erster Linie auf eine stoffliche oder eine energetische Verwertung angelegt.

Dies zeigt, dass auch abfallrechtliche Vorgaben von dem öffentlichen Auftraggeber bei der Definition der auszuschreibenden Leistung zu berücksichtigen sind und unter Umständen von Anbietern im Rahmen eines vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahrens sogar eingefordert werden können. Denn das OLG Düsseldorf hat in der oben genannten Entscheidung betont, dass „normative Grenzziehungen und Vorgaben“, die die Bestimmungsfreiheit des Auftraggebers einschränken, Bestimmungen über das Vergabeverfahren sind, und zwar entweder unmittelbar oder in Verbindung mit entsprechenden vergaberechtlichen Anknüpfungsnormen, die in aller Regel einen bieterschützenden Charakter haben.<sup>50</sup>

#### c) Anforderungen/Mindestanforderungen an Art und Detailgrad der Sortierung sowie Verwertung

Wenn der öffentliche Auftraggeber in der Leistungsbeschreibung eine bestimmte Qualität der Sortierung der Alttextilien verbindlich vorgeben möchte, ist die

Vorgabe von Quoten für die direkte Wiederverwendung und für die stoffliche Verwertung denkbar. Mit der Vorgabe entsprechend hoher Quoten wird der öffentliche Auftraggeber den in der Abfallhierarchie hoch angesiedelten Geboten der Wiederverwendung und stofflichen Verwertung von Abfällen (§ 6 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 3 KrWG) in besonderem Maße gerecht.

#### Praxistipp

Auftraggeber sollten bei **Qualitätsvorgaben** in der Leistungsbeschreibung **Wiederverwendungs- und Verwertungsquoten** benutzen und nicht selbst Klassifizierungen bilden, um sich nicht dem Vorwurf der Willkür auszusetzen. Gegenüber selbst gebildeten Klassifizierungen (zum Beispiel „Sortiertiefen“) haben Wiederverwendungs- und Verwertungsquoten den Vorteil, dass sich an die Regelungen des KrWG anknüpfen lässt.

Die Vorgabe von bestimmten Wiederverwendungs- oder (stofflichen) Verwertungsquoten begegnet keinen durchgreifenden vergaberechtlichen Bedenken, wenn und soweit der Auftraggeber mit solchen Vorgaben nicht – offen oder versteckt – einen oder sehr wenige Anbieter bevorzugt und andere Anbieter diskriminiert. Denn sämtliche Bieter, die die vom Auftraggeber dergestalt definierten hohen Qualitätsanforderungen nicht anbieten können, sind mit ihrem Angebot im Vergabeverfahren zwingend auszuschließen. Ein Anbieter, der nicht exakt die ausgeschriebene Leistung anbietet, ändert die Vergabeunterlagen und ist zwingend gemäß § 19 Abs. 3 d) VOL/A-EG vom Verfahren auszuschließen. (Eine Ausnahme hiervon bilden allenfalls Nebenangebote, die vom Auftraggeber zugelassen worden sein müssen und die inhaltlich gleichwertig zur ausgeschriebenen Leistung sein müssen, um in der Wertung berücksichtigt werden zu können.<sup>51</sup>) Wenn die vom Auftraggeber im Einzel-

<sup>49</sup> Beschluss v. 1.8.2012 – Az. Verg 105/11.

<sup>50</sup> OLG Düsseldorf, a. a. O.

<sup>51</sup> Auf die aktuelle vergaberechtliche Diskussion rund um das Thema der „zweiten Hauptangebote“ soll an dieser Stelle nicht eingegangen werden.

fall vorgegebene Quote also konkret dazu führt, dass bis auf einen alle Bieter ausgeschlossen oder an der Angebotsabgabe von vornherein gehindert werden, könnte dies gegen das Gebot der produkt- (hier: verfahrens-) neutralen Ausschreibung verstoßen.

#### Praxistipp:

Wenn der Auftraggeber mit seinen Leistungsanforderungen/Qualitätsanforderungen den Wettbewerb von vornherein stark einschränkt, muss er **sachliche und auftragsbezogene Gründe** für die Anforderung in seinem **Vergabevermerk** dokumentieren.

#### Praxistipp

Die vom Auftraggeber definierten Qualitätsvorgaben sollten auch in der **Vertragsgestaltung** Berücksichtigung finden. Die Vertragsbedingungen (§ 9 Abs. 1 c) VOL/A-EG) sollten **Sanktionen** vorsehen für den Fall, dass der Auftragnehmer/Ausschreibungsgewinner bei der Erfüllung des Vertrages die verbindlich ausgeschriebenen Qualitätsvorgaben nicht einhält. In Betracht kommen **Vertragsstrafen** und **Kündigungsrechte** für den Auftraggeber. Um die Einhaltung der Qualitätsvorgaben nachhalten zu können, sollten die Vertragsbedingungen ein sogenanntes Reporting des Auftragnehmers vorsehen, zum Beispiel durch Input-Output-Nachweise, Verwertungs- und Mengenstromnachweise oder Ähnliches.

## 2. Anforderungen an die Eignung der Bieter (Fachkunde, Leistungsfähigkeit, Zuverlässigkeit und Gesetzestreue)

Gemäß § 97 Abs. 4 S. 1 GWB und S. 2 VOL/A-EG werden Aufträge an fachkundige, leistungsfähige sowie gesetzestreue und zuverlässige Unternehmen vergeben.

Die Eignungsprüfung ist eine eigenständige Prüfung und von der materiellen Prüfung des Angebots abzugrenzen (vergleiche auch die in § 19 VOL/A-EG vorgegebenen Wertungsstufen). Die Kriterien der Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit können durch Unterkriterien konkretisiert werden; diese müssen aber mit den Kriterien Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit zusammenhängen, denn diese Kriterien sind abschließend und die Heranziehung zusätzlicher Kriterien zur Beurteilung der Eignung ist weder im deutschen Vergaberecht noch in den europäischen Vergaberichtlinien vorgesehen.<sup>52</sup> Unter dem Begriff der Fachkunde werden die technischen Kenntnisse eines Bewerbers zusammengefasst, die für die Vorbereitung und Ausführung der betreffenden Leistung erforderlich sind.<sup>53</sup> Die Fachkunde ist anhand objektiver Kriterien wie der Ausbildung und Erfahrung des Bewerbers zu beurteilen. Der geforderte Maßstab der Fachkunde hängt von der Komplexität und dem Schwierigkeitsgrad der zu vergebenden Leistung ab.

Ein Unternehmen ist leistungsfähig, wenn sein Betrieb in technischer, kaufmännischer, personeller und finanzieller Hinsicht so ausgestattet ist, dass es eine fach- und fristgerechte Ausführung der zu erbringenden Bau- und der sonstigen Leistungen garantieren kann.<sup>54</sup>

Ein Unternehmen ist zuverlässig, wenn es seinen gesetzlichen Verpflichtungen bislang nachgekommen ist und eine sorgfältige und einwandfreie Ausführung der ausgeschriebenen Leistungen entsprechend den

rechtlichen und technischen Normen (einschließlich Gewährleistung) erwarten lässt.<sup>55</sup>

Gemäß § 7 VOL/A-EG Abs. 1 dürfen öffentliche Auftraggeber von den Unternehmen zum Nachweis ihrer Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit Unterlagen und Angaben fordern. Es dürfen nur solche Unterlagen und Angaben gefordert werden, die durch den Gegenstand des Auftrags gerechtfertigt sind. Grundsätzlich sind Eigenerklärungen zu verlangen. Die Forderung von anderen Nachweisen (also amtlichen Bescheinigungen oder Dritterklärungen et cetera) haben die Auftraggeber in der Dokumentation (dem Vergabevermerk) zu begründen. Um überzogene Nachweisforderungen der Auftraggeber einzudämmen, wurden mit der VOL/A 2009 verschärfte Begründungspflichten für die Forderung von Eignungsnachweisen, die über Eigenerklärungen der Unternehmen hinausgehen, eingeführt. Damit soll ein wesentlicher Beitrag zur Senkung der Bürokratie-Kosten in den Unternehmen geleistet werden.

#### Praxistipp

Auftraggeber können sich zunächst darauf beschränken, von den Bietern lediglich **Eigenerklärungen** zu bestimmten Aspekten der Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit sowie Gesetzestreue zu verlangen, gleichzeitig aber in den Vergabeunterlagen festlegen, dass von den Bietern in der engeren Wahl oder auch nur von dem für den Zuschlag vorgesehenen Bieter vor Zuschlagserteilung noch entsprechende Nachweise verlangt werden, um die Eigenerklärung(en) zu verifizieren.

In finanzieller und wirtschaftlicher Hinsicht können von den Bewerbern beziehungsweise Bietern zum

Nachweis der Leistungsfähigkeit in der Regel Bankauskünfte, Bankerklärungen, Berufshaftpflichtversicherungen, Bilanzen und Umsatzerklärungen verlangt werden. In fachlicher und technischer Hinsicht kann das Unternehmen seine Leistungsfähigkeit durch Referenzlisten, durch Beschreibung der technischen Ausrüstung und der Maßnahmen zur Gewährleistung der Qualität, durch Angaben über die technische Leitung, durch Studiennachweise und Bescheinigungen über die berufliche Fähigkeit nachweisen.<sup>56</sup> Der Auftraggeber muss bereits in der Bekanntmachung angeben, welche Nachweise vorzulegen sind. Kann ein Unternehmen aus einem stichhaltigen Grund die vom Auftraggeber geforderten Nachweise nicht beibringen, so kann es seine Leistungsfähigkeit durch Vorlage anderer, vom Auftraggeber für geeignet erachteter Belege nachweisen.

Werden Erklärungen und Nachweise verlangt, sind diese in einer abschließenden Liste zusammenzustellen (§ 9 Abs. 4 EG VOL/A); fehlt diese Liste, sind diese nach der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf „nicht gefordert“.

Auftraggeber können nicht nur bestimmte Nachweise für die Eignung fordern, sondern auch Mindestanforderungen für eine Zulassung zum Vergabeverfahren aufstellen, denen die Bewerber und Bieter genügen müssen. Das betrifft in erster Linie den Bereich der Leistungsfähigkeit und Fachkunde. In den Bekanntmachungsformularen des EU-Amtsblattes ist die Vorgabe solcher Mindestanforderungen ausdrücklich vorgesehen. Mindestanforderungen sind inhaltliche Anforderungen an die Eignung. So können zum Beispiel – je nach Umfang und Bedeutung des zu vergebenden Auftrags – bestimmte Mindestumsätze vorgesehen sein, eine bestimmte von der Mitarbeiterzahl abgeleitete Unternehmensgröße oder bestimmte Referenzen beziehungsweise besondere fachliche Qualifikationen, wie zum Beispiel eine Zertifizierung

<sup>52</sup> Hausmann/von Hoff in: Kulartz/Marx/Portz/Prieß, VOL/A 2. Auflage 2011, § 7 Rn. 4 f.

<sup>53</sup> VK Düsseldorf, Beschl. v. 21.01.2009 – Az. VK-43/2008-L; VK Bund, Beschl. v. 10.12.2003 – Az. VK 1-116/03.

<sup>54</sup> VK Schleswig-Holstein, Beschl. v. 27.01.2009 – Az. VK-SH 19/08; VK Düsseldorf, Beschl. v. 21.01.2009 – Az. VK-43/2008-11.

<sup>55</sup> OLG Rostock, Beschl. v. 06.03.2009 – Az. 17 Verg 1/09; OLG Celle, Beschl. v. 13.12.2007 – Az. 13 Verg 10/07; VK Schleswig-Holstein, Beschl. v. 27.01.2009 – Az. VK-SH 19/08.

<sup>56</sup> Vgl. den abschließenden (!) Katalog in § 7 Abs. 3 VOL/A-EG, der allenfalls um die weiteren in Art. 48 Abs. 2 VKR genannten Eignungsnachweise ergänzt werden kann (vgl. Hausmann/von Hoff, in: Kulartz/Marx/Portz/Prieß, Kommentar zur VOL/A, 2. Aufl. 2011, § 7 EG Rn 60 f.).

als Entsorgungsfachbetrieb im Rahmen der Vergabe eines Auftrages für Entsorgungsdienstleistungen.<sup>57</sup>

Bei der Ermittlung des Sachverhalts, der der Eignungsbeurteilung zugrunde zu legen ist, muss der öffentliche Auftraggeber zunächst von den vom Bieter selbst eingereichten Unterlagen, wie etwa Referenzen über die Erbringung vergleichbarer Leistungen, ausgehen. Hierüber hinaus ist der öffentliche Auftraggeber jedoch grundsätzlich frei, wie er sich die für die Eignungsbeurteilung erforderlichen Kenntnisse verschafft, zum Beispiel durch die Einholung von Auskünften.<sup>58</sup> Jedenfalls dann, wenn hinreichende Anhaltspunkte vorhanden sind, zum Beispiel die Leistungsfähigkeit eines Bieters anzuzweifeln, muss der öffentliche Auftraggeber seine Prüfung auch von Amts wegen hierauf erstrecken<sup>59</sup> und sogar eine gegebenenfalls bereits durchgeführte Eignungsprüfung im laufenden Vergabeverfahren noch einmal wiederholen.

Zu den oben genannten Eignungsanforderungen im Einzelnen:

### a) Auskunft aus dem Gewerbezentralregister und Handelsregisterauszug

Nach § 21 AEntG muss der Auftraggeber vor der Erteilung eines Auftrages mit einem Auftragsvolumen von mehr als 30.000 EUR eine Auskunft aus dem Gewerbezentralregister einholen.

Gemäß § 7 Abs. 8 VOL/A-EG können öffentliche Auftraggeber in Ausschreibungen Bieter dazu auffordern, den Nachweis darüber zu erbringen, dass sie im **Berufs- oder Handelsregister** nach Maßgabe der Rechtsvorschriften des EU-Mitgliedstaates eingetragen sind, in dem sie ansässig sind.

Für die Bundesrepublik Deutschland ist dies das „Handelsregister“, die „Handwerksrolle“ und das „Vereinsregister“. In anderen EU-Mitgliedstaaten gibt es ähnliche Register und Einrichtungen. Diese sind in

der EU-Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG in Anhang IV (Teil B) aufgeführt.

Die Forderung des öffentlichen Auftraggebers nach Vorlage des aktuellen Berufs- oder Handelsregisterauszuges dient dazu, zu überprüfen, ob das Unternehmen aktuell existiert und welche Personen in dem Unternehmen zur Vertretung berechtigt sind, also über Handlungsvollmachten verfügen.

#### Praxistipp

Die Forderung nach einem Handelsregisterauszug, bei dem es sich nicht um eine Eigenerklärung des Bieters handelt, sondern um einen „amtlichen Nachweis“, muss in dem Vergabevermerk gesondert begründet werden.

#### Praxistipp

Die Forderung nach Vorlage eines Handelsregisterauszuges kommt insbesondere dann in Betracht, wenn die Ausschreibung in einer Branche stattfindet, die starken Umwälzungen wie beispielsweise Firmenübernahmen, Verschmelzungen et cetera unterworfen ist. In einer solchen Konstellation kann es für den öffentlichen Auftraggeber sinnvoll sein, sich von der aktuellen Rechtsform und Existenz des anbietenden Unternehmens zu überzeugen. Ferner erscheint die Forderung nach einem Handelsregisterauszug unverzichtbar, wenn der öffentliche Auftraggeber in den Bewerbungsbedingungen die rechtsverbindliche Unterschrift unter das Angebot verlangt hat. Eine rechtsverbindliche Unterschrift liegt nur dann vor, wenn ein Mitarbeiter des anbietenden Unternehmens unterschrieben hat, der über eine entspre-

chende Vollmacht verfügt. Diese lässt sich anhand des Handelsregisterauszuges verifizieren.

### b) Versicherungsbestätigung Betriebshaftpflichtversicherung

Gemäß § 7 Abs. 2 b VOL/A-EG kann der öffentliche Auftraggeber von Bietern zum Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit verlangen, dass der Bieter eine „entsprechende Betriebshaftpflichtversicherungsdeckung“ nachweist. Der Auftraggeber sollte gleichzeitig in den Vergabeunterlagen eine bestimmte (Mindest-) Haftpflichtversicherungsdeckungssumme verlangen, damit den Bietern klar ist, in welcher Höhe die Betriebshaftpflichtversicherung nachgewiesen werden muss.

#### Praxistipp

Die Forderung nach einer Versicherungsbestätigung, bei der es sich nicht um eine Eigenerklärung des Bieters handelt, sondern um einen „amtlichen Nachweis“, muss in dem Vergabevermerk gesondert begründet werden.

#### Praxistipp

Bei der Festlegung der Deckungssumme sollte sich der Auftraggeber von der Überlegung leiten lassen, welchen Schaden der spätere Auftragnehmer im Rahmen der Vertragserfüllung ihm oder Dritten zufügen kann und welche Haftpflichtversicherungsdeckungssumme erforderlich ist, um diese denkbaren Schäden abzudecken.

### c) Führungszeugnis der Geschäftsführung und der für die Sammlung/Verwertung verantwortlichen Personen

Gemäß § 6 Abs. 4 VOL/A-EG ist ein Unternehmen **zwingend** wegen Unzuverlässigkeit vom Vergabeverfahren auszuschließen, wenn der Auftraggeber Kenntnis davon hat, dass eine Person, deren Verhalten dem Unternehmen zuzurechnen ist, wegen bestimmter, in dem Paragraphen einzeln genannter Straftaten im Geschäftsverkehr (zum Beispiel Betrug, Bestechung) **rechtskräftig verurteilt** ist. Als Nachweis dafür, dass eine solche Verurteilung nicht vorliegt, haben die Auftraggeber einen Auszug aus dem Bundeszentralregister oder eine gleichwertige Urkunde einer zuständigen Gerichts- oder Verwaltungsbehörde des Herkunftslands des Bieters zu akzeptieren (§ 7 Abs. 6 VOL/A-EG).

Unabhängig davon **kann** ein Auftraggeber einen Bewerber vom Vergabeverfahren ausschließen, wenn dieser nachweislich eine **schwere Verfehlung** begangen hat, die seine Zuverlässigkeit als Bewerber in Frage stellt (§ 6 Abs. 6 lit. c) VOL/A-EG). Diesbezüglich ist es in der Praxis üblich, sich von den Unternehmen im Rahmen einer Eigenerklärung versichern zu lassen, dass eine schwere Verfehlung, die die Zuverlässigkeit in Frage stellt, nicht begangen wurde. Bei dem Begriff der „schweren Verfehlung“ handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, bei dessen Auslegung der Vergabestelle ein Beurteilungsspielraum zukommt.<sup>60</sup> Grundsätzlich fallen unter den Begriff der schweren Verfehlung vor allem auf den Geschäftsverkehr bezogene Ordnungswidrigkeiten und Verstöße gegen strafrechtliche Bestimmungen.<sup>61</sup> Als Bezugspunkt für die Prüfung einer einem Bieterunternehmen anzulastenden schwerwiegenden Verfehlung ist auf die verantwortlich handelnden Personen des Unternehmens abzustellen. Grundsätzlich gilt ein Bewerber als zuverlässig, wenn er seinen gesetzlichen Verpflichtungen nachgekommen ist und eine ein-

<sup>57</sup> Hausmann/von Hoff, a.a.O. Rn. 29; VK Lüneburg, Beschluss v. 14.05.2004 – Az. 203-VgK-13/2004.

<sup>58</sup> Thüringer OLG, Beschluss v. 18.05.2009 – Az. 9 Verg 4/09; OLG Frankfurt am Main, Beschluss v. 24.02.2009 – Az. 11 Verg 19/08; OLG Düsseldorf, Beschluss v. 02.12.2009 – Az. VII-Verg 39/09.

<sup>59</sup> OLG Düsseldorf, Beschluss v. 02.12.2009, Az. VII-Verg 39/09; Beschluss v. 24.11.2006 – Az. VII-Verg 82/05.

<sup>60</sup> VK Düsseldorf, Beschluss v. 31.10.2005, Az. VK-30/2005-B.

<sup>61</sup> VK Lüneburg, Beschluss v. 12.12.2011, Az. VgK – 53/2011.



wandfreie Ausführung des Auftrags erwarten lässt.<sup>62</sup> Die einwandfreie Ausführung des Auftrags hängt dabei maßgeblich von den verantwortlich handelnden Personen ab.

Gemäß § 7 Abs. 3 S. 1 KrWG hat die Verwertung von Abfällen **ordnungsgemäß und schadlos** zu erfolgen. Gemäß § 7 Abs. 3 S. 2 KrWG erfolgt die Verwertung ordnungsgemäß, wenn sie im Einklang mit den Vorschriften des KrWG „und anderen öffentlich-rechtlichen Vorschriften“ steht. In diesem Zusammenhang sind nicht zuletzt auch die straßenrechtlichen Vorschriften zur Nutzung öffentlichen Straßenraums in den Blick zu nehmen.

In der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung wird das **ungenehmigte Abstellen von Altkleidersammelcontainern** als Verhalten gewertet, das jedenfalls erhebliche Bedenken gegen die Zuverlässigkeit des Unternehmens aufwirft.<sup>63</sup> Der dabei von den Verwaltungsgerichten herangezogene Begriff der „Unzuverlässigkeit“, der in zahlreichen Vorschriften des Wirtschaftsverwaltungsrechts Verwendung findet, ist erfüllt, wenn

„ein Gewerbetreibender nach dem Gesamteindruck seines Verhaltens nicht die Gewähr dafür bietet, dass er sein Gewerbe künftig ordnungsgemäß betreibt“.<sup>64</sup>

#### Praxistipp

Der öffentliche Auftraggeber sollte die Eigenerklärung zur Zuverlässigkeit selbst vorbereiten und sie zum Gegenstand der Vergabeunterlagen machen. Der Auftraggeber sollte die Eigenerklärung zur Zuverlässigkeit dahingehend ergänzen, dass der Bewerber beziehungsweise Bieter explizit auch versichert, in der Vergangenheit keine Alttextilbehälter aufgestellt zu haben,

ohne zuvor die entsprechende Anzeige nach § 18 KrWG vorgenommen und/oder eine erforderliche Nutzungserlaubnis nach (Landes-) Straßenrecht eingeholt zu haben. Verifizieren lässt sich diese Eigenerklärung des Bieters durch den Gewerbezentralregisterauszug, den Auftraggeber gemäß § 21 AEntG ab einem Auftragsvolumen von 30.000 € einzuholen haben (siehe oben).

#### d) Unbedenklichkeitsbescheinigung von Krankenkasse und Finanzamt darüber, dass Sozialversicherungsbeiträge und Steuern gezahlt werden

Gleiches gilt für die Verpflichtung zur Zahlung von Steuern und Abgaben sowie der Beiträge zur gesetzlichen Sozialversicherung: Gemäß § 6 Abs. 6 lit. d) VOL/A-EG **kann** ein Bewerber, der diese Verpflichtungen nicht ordnungsgemäß erfüllt hat, von dem Vergabeverfahren wegen Unzuverlässigkeit ausgeschlossen werden.

#### Praxistipp

Auftraggeber fordern von Bewerbern/Bietern im Rahmen einer Eigenerklärung zur Zuverlässigkeit, dass diese Verpflichtungen ordnungsgemäß erfüllt wurden. Sollte der Auftraggeber im konkreten Einzelfall eine Eigenerklärung nicht für ausreichend erachten, müsste er die Forderung nach Unbedenklichkeitsbescheinigungen (also „Nachweisen“) im Vergabevermerk begründen.

#### e) Referenzen von öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern (öRE), Städten/Gemeinden, karitativen Verbänden

In fachlicher und technischer Hinsicht kann der öffentliche Auftraggeber von den Bietern zum Nachweis der Leistungsfähigkeit eine Liste der wesentlichen in den letzten drei Jahren erbrachten Leistungen verlangen (§ 7 Abs. 3 VOL/A-EG). Betreffen die Referenzen Leistungen für öffentliche Auftraggeber, kann das Unternehmen dazu verpflichtet werden, eine von der zuständigen Behörde ausgestellte oder beglaubigte Bescheinigung vorzulegen (§ 7 Abs. 3 a) VOL/A-EG).

Die **Referenzliste** ist ein sehr geeignetes Mittel, um die Leistungsfähigkeit, aber auch die Zuverlässigkeit eines anbietenden Unternehmens zu überprüfen. Der Auftraggeber ist darüber hinaus auch berechtigt, eigene schlechte Erfahrungen mit einem Unternehmen zum Gegenstand der Eignungsprüfung in einem nachfolgenden Vergabeverfahren zu machen.<sup>65</sup> Sachliche Meinungsverschiedenheiten, zum Beispiel ein Streit über Gewährleistungs- oder Abrechnungsfragen werden dabei aber nicht für einen Ausschluss des Bieters reichen können.

#### Praxistipp

Öffentliche Auftraggeber sollten die Möglichkeit nutzen, die von den Bietern genannten Ansprechpersonen bei dem Referenzkunden zu kontaktieren, um sich über die Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit des Bieters zu vergewissern. Ist es in der Vergangenheit bei anderen öffentlichen Auftraggebern zu erheblichen Vertragsverletzungen gekommen oder hat sich der Bieter bei der Auftragserfüllung gegenüber anderen öffentlichen Auftraggebern/Kunden in anderer Art und Weise in erheblichem Maße unzuverlässig gezeigt,

kann die Vergabestelle diese Erkenntnisse in dem Vergabevermerk dokumentieren und auch zur Grundlage eines Ausschlusses des Bieters machen, wenn die Erkenntnisse den Schluss zulassen, dass der Bieter den konkret in Rede stehenden Vertrag nicht vertragsgerecht, fristgerecht und zuverlässig wird ausführen können. Ebenso sind eigene schlechte Erfahrungen im Sinne von erheblichen Vertragspflichtverletzungen und Ähnlichem in einem Vermerk zu dokumentieren, wenn diese zum Gegenstand der Eignungsprüfung gemacht werden sollen.

Ein entsorgungspflichtiger Landkreis ist berechtigt, zu fordern, dass der Bieter eine entsprechende Leistung **zumindest** schon einmal **für eine andere kommunale Gebietskörperschaft mit einer bestimmten Größe** erbracht hat oder derzeit erbringt. Denn auch bei der Festlegung des auftragsbezogenen Eignungsprofils ist der Auftraggeber weitgehend frei; die Grenze zur Rechtswidrigkeit ist erst überschritten, wenn eine Forderung unzumutbar ist oder nicht mehr der Befriedigung eines mit Blick auf das konkrete Beschaffungsvorhaben berechtigten Informations- und/oder Prüfungsbedürfnisses dient, sondern ohne jeden sachlichen Grund ausgrenzend und damit wettbewerbsbeschränkend wird.<sup>66</sup>

#### Praxistipp

Der Auftraggeber sollte im Vorfeld einer Ausschreibung für Alttextilentsorgungsleistungen sorgfältig erwägen, ob er **Mindestanforderungen** an die Referenzen stellt, etwa indem er eine Mindestanzahl an Referenzen fordert oder inhaltliche Anforderungen an die Referenzen beziehungsweise die Referenzgeber stellt. Diese

<sup>62</sup> OLG Düsseldorf, Beschluss v. 15.12.2004 – Verg 48/04 = VergabeR 2005, S. 207 ff., 210

<sup>63</sup> VG Arnsberg, Urteil v. 20.3.2013, Az. 8 L 978/12; Bay. VGH, Beschluss v. 8.4.2013, Az. 20 CS 13.377; VG Düsseldorf, Urteil v. 19.04.2013 – Az. 17 L 440/13; in der Tendenz ähnlich: VG Gelsenkirchen, Urteil v. 3.05.2013 – Az. 9 L 1622/12.

<sup>64</sup> Vgl. etwa BVerwG, Urteil v. 2.2.1982, Az. 1 C 146.80; BVerwGE 65, S. 1 ff.

<sup>65</sup> Vgl. den lesenswerten Beschluss der VK Sachsen-Anhalt vom 15.7.2010, Az. 2 VK LSA 11/10.

<sup>66</sup> OLG Koblenz, Beschluss v. 13.6.2012, Az. 1 Verg 2/12.

Mindestanforderungen sind in dem entsprechenden Feld des EU-Formulares für die bei TED zu veröffentlichende Vergabebekanntmachung anzugeben, da sie sonst nicht wirksam gefordert sind. Die Bewerber oder Bieter, die diese Mindestanforderungen an die Eignung nicht erfüllen, werden vom Vergabeverfahren ausgeschlossen.

#### f) Benennung des Gesamtumsatzes und des operativen Umsatzes aus dem Bereich der Alttextilerfassung und -verwertung beziehungsweise sonstige geeignete Nachweise zur Vermögens-, Finanz- und Ertragslage aus den letzten zwei bis drei abgeschlossenen Geschäftsjahren

Gemäß § 7 Abs. 2 d VOL/A-EG dürfen öffentliche Auftraggeber von Bieter zum Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit Erklärungen über den Gesamtumsatz des Unternehmens sowie den Umsatz bezüglich der besonderen Leistungsart, die Gegenstand der Vergabe ist, jeweils bezogen auf die letzten drei Geschäftsjahre, fordern.

##### Praxistipp

Die Erklärung über den Gesamtumsatz und über den Umsatz mit vergleichbaren Leistungen sollte jeweils aufgeschlüsselt auf die letzten drei Geschäftsjahre gefordert werden. Eine Gesamtangabe, bei der der Umsatz der letzten drei Geschäftsjahre addiert wird, ist nicht hinreichend aussagekräftig. Anhand des Gesamtumsatzes der letzten drei Geschäftsjahre kann der öffentliche Auftraggeber die Geschäftsentwicklung des Unternehmens ablesen. An den Umsatzzahlen zu den vergleichbaren Leistungen kann der Auftraggeber erkennen, wie die Geschäftsentwicklung mit den vergleichbaren Leistungen ist und auch,

welchen Anteil die vergleichbaren Leistungen am Gesamtgeschäft des Bieters haben (mithin: ob sie nur einen kleinen Teil des Dienstleistungsportfolios darstellen oder ob es sich um sein „Kerngeschäft“ handelt).

#### g) Zertifikat eines Qualitätsmanagementsystems nach DIN EN ISO 9001:2008 zur Erfassung von Sammelware oder eines Umweltmanagementsystems nach DIN EN ISO 14001

Gemäß § 7 Abs. 10 VOL/A-EG können öffentliche Auftraggeber von Bieter **Qualitätssicherungsmaßnahmen** verlangen. Dies dient dem Nachweis dafür, dass das Unternehmen bestimmte **Qualitätsanforderungen** erfüllt. Die Auftraggeber können in Ausschreibungen die Vorlage von Bescheinigungen von unabhängigen Qualitätsstellen verlangen. Dabei müssen sie dann aber auf **Qualitätsnachweisverfahren** auf der Grundlage der einschlägigen Normen und auf Bescheinigungen Bezug nehmen, die durch Stellen zertifiziert sind, die den europäischen Zertifizierungsnormen entsprechen. § 7 Abs. 10 VOL/A-EG legt damit abschließend fest, auf welche Normen und Verfahren öffentliche Auftraggeber hinsichtlich eines Qualitätsmanagements Bezug nehmen dürfen. Dadurch sollen gemeinschaftsweit einheitliche Standards gewährleistet werden, um zu verhindern, dass ausländische Bieter gegenüber inländischen Bieter benachteiligt werden. Die einschlägigen Normen sind beispielsweise die DIN EN ISO 9000 ff.

Gleichwertige Bescheinigungen von Stellen aus anderen Mitgliedstaaten muss der Auftraggeber allerdings ebenso anerkennen wie andere gleichwertige Nachweise für Qualitätssicherungsmaßnahmen.

Für Dienstleistungsaufträge gibt es ähnlich den Vorgaben zu Qualitätsmanagementsystemen in der VOL/A-EG die Möglichkeit, ein **Umweltmanagementsystem** zu verlangen. In Fällen, in denen es durch den Ausschreibungsgegenstand gerechtfertigt ist, also

beispielsweise dann, wenn der zu vergebende Auftrag die Erbringung von Dienstleistungen mit Umweltbezug oder erhöhten Umweltgefahren oder -auswirkungen betrifft und die umweltrelevanten Tätigkeiten mehr als nur die Bedeutung einer Hilfstätigkeit zur Erbringung der Hauptleistung aufweisen beziehungsweise das Gesamtbild mit prägen<sup>67</sup>, dürfen Auftraggeber Umweltmanagementsysteme fordern. Tun sie dies, sollen sie auf Normen Bezug nehmen, die auf einschlägigen europäischen oder internationalen Normen beruhen. Auch dort sind gleichwertige Bescheinigungen von Stellen anderer Mitgliedstaaten und andere, von den Bieter vorgelegte Nachweise für gleichwertige Maßnahmen des Umweltmanagements zu akzeptieren. Die Angaben zum Umweltmanagementsystem beziehen sich auf die Maßnahmen und Prozesse, die ein Unternehmen zur Sicherung einer nachhaltigen Umweltverträglichkeit der betrieblichen Produkte und Prozesse einerseits sowie der Verhaltensweisen der Mitarbeiter andererseits vorsieht.<sup>68</sup>

##### Praxistipp

Der Auftraggeber sollte darauf achten, dass von ihm verlangte Qualitäts- oder Umweltmanagementnormen den Zusatz „EN“ tragen. Denn es muss sich um eine europäische Zertifizierungsnorm handeln beziehungsweise um eine Stelle, die nur europäische Zertifizierungsnormen anwendet. Dies gibt § 7 Abs. 11 VOL/A-EG mit den Worten „die durch Stellen zertifiziert sind, die den europäischen Zertifizierungsnormen entsprechen“ ausdrücklich vor. Eine europäische Norm trägt immer den Zusatz „EN“.<sup>69</sup>

#### h) Behördliche Genehmigungen zum Beispiel nach Güterkraftverkehrsgesetz (GüKG) oder Bundesimmissionsschutzgesetz (BImSchG)

Es begegnet keinen vergaberechtlichen Bedenken, wenn der öffentliche Auftraggeber im Vergabeverfahren den Nachweis dafür verlangt, dass der Bieter über die für die Erbringung der Leistungen erforderlichen **Genehmigungen** verfügt.

In Betracht kommt eine **Güterkraftverkehrserlaubnis** für Fahrzeuge mit zulässigem Gesamtgewicht <3,5 Tonnen nach §§ 1 Abs. 1, 3 Abs. 1 GüKG oder eine BImSch-Genehmigung für den Umschlag, die gemäß § 4 BImSchG in Verbindung mit Nr. 8.12 Spalte 2 b des Anhangs der 4. BImSchV bei Lager- und Umschlagplätzen bei Tonnagen über 100 Tonnen notwendig ist.

§ 7 Abs. 3 lit. b) VOL/A-EG regelt, dass der Auftraggeber zum Nachweis der fachlichen und technischen Leistungsfähigkeit eine **Beschreibung der technischen Ausrüstung** fordern kann. Wenn ein Unternehmen für die Herrichtung oder den Betrieb seiner technischen Ausrüstung eine **behördliche Genehmigung** benötigt, ist der Bewerber beziehungsweise Bieter nur bei Vorliegen dieser Genehmigung leistungsfähig. Daher ist die Anforderung einer zur Errichtung und/oder zum Betrieb der technischen Ausrüstung benötigten behördlichen Erlaubnis von § 7 Abs. 3 lit. b) VOL/A-EG gedeckt.<sup>70</sup>

##### Praxistipp

Der Auftraggeber kann sich zunächst mittels einer Eigenerklärung von den Bieter bestätigen

<sup>67</sup> So BMU, Hinweise zu den rechtlichen Möglichkeiten der Berücksichtigung der Teilnahme von Organisationen am europäischen Gemeinschaftssystem für das Umweltmanagement und die Umweltprüfung EMAS bei öffentlicher Vergabe vom 17.08.2004, Seite 5.

<sup>68</sup> Vgl. VK SH, Beschluss v. 22.04.2008, Az. VK-SH 03/08.

<sup>69</sup> Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 28.07.2011, Az. VII-Verg 38/11.

<sup>70</sup> Hausmann/von Hoff, in: Kulartz/Marx/Portz/Prieß, Kommentar zur VOL/A, 2. Aufl. 2011, § 7 EG Rn 57 unter Hinweis auf OLG Düsseldorf, Beschluss v. 9.7.2003, Az. Verg 26/03.

lassen, dass die erforderlichen Genehmigungen vorliegen, sollte sich sodann aber vor Zuschlagserteilung von dem für den Zuschlag vorgesehenen Bieter die Genehmigungen vorlegen lassen, um so seine Angaben in der Eigenerklärung zu verifizieren.

### i) Zertifikat „Entsorgungsfachbetrieb“ beziehungsweise EU-vergleichbar

In der abfallrechtlichen Kommentarliteratur wird die Beauftragung zertifizierter Entsorgungsfachbetriebe im Sinne des § 56 KrWG empfohlen.<sup>71</sup>

Die Vergabe-Rechtsprechung hält dies für zulässig: Es stehe der Vergabestelle grundsätzlich frei, welche **Qualitätsanforderungen** sie an die zu erbringende Leistung stellt. Zur Gewährleistung der vom Auftraggeber geforderten Qualitätsstandards ist die Zertifizierung nach der **Entsorgungsfachbetriebsverordnung** sowohl geeignet als auch erforderlich, auch wenn die ausgeschriebenen Leistungen als solche auch ohne Zertifizierung erbracht werden könnten. Sie ist auch im engeren Sinne verhältnismäßig. Zwar sind die organisatorischen, personellen und sachlichen Voraussetzungen für die Zertifizierung nach der Entsorgungsfachbetriebsverordnung (EfbV) hoch. Jedoch haben die abfallrechtlich relevanten Tätigkeiten mehr als nur die Bedeutung einer Hilfstätigkeit zur Erbringung der Hauptleistung und prägen das Gesamtbild der Leistungen mit. Insofern unterscheiden sie sich von abfallrechtlich relevanten Tätigkeiten, wie sie in jedem Gewerbebetrieb untergeordnet anfallen.<sup>72</sup>

Die Anforderung „Zertifizierung als Entsorgungsfachbetrieb oder gleichwertige Nachweise“ ist von einem fachkundigen Bieter so zu verstehen, dass ent-

weder eine Zertifizierung des Gesamtbetriebes des Bieters (§ 2 Abs. 1 der EfbV) oder eine Zertifizierung der mit der Durchführung des Auftrages beauftragten Niederlassung (§ 2 Abs. 2 Nr. 3 EfbV) vorzulegen ist.

Enthält die Bekanntmachung hinsichtlich der technischen Leistungsfähigkeit den Antrag „*Angaben und Formalitäten, die erforderlich sind, um die Einhaltung der Auflagen zu überprüfen: Zertifikat als Entsorgungsfachbetrieb oder eine vergleichbare Qualifikation für den zu verwertenden Abfall*“, ist diese Vorgabe nach dem objektiven Empfängerhorizont auszulegen. Ein Bieter muss diese Bestimmung nicht so verstehen, dass zwingend auch der für die Auftragsausführung vorgesehene Standort von der Zertifizierung als Entsorgungsfachbetrieb umfasst sein muss. Vielmehr darf er davon ausgehen, dass es ausreicht, wenn das Unternehmen als solches und nicht notwendigerweise auch gerade die für die Auftragsausführung vorgesehene Stelle zertifiziert ist. Zu beachten ist insoweit unter anderem, dass von Gesetzes wegen ein **Entsorgungsfachbetriebezertifikat** für den zur Ausführung des Auftrags bestimmten Standort nicht zwingend verlangt wird. Auch aus der Verordnung über Entsorgungsfachbetriebe ergibt sich nicht zwingend, dass nur die Zertifizierung an dem für die Auftragsausführung vorgesehenen Standort gemeint sein könnte. Ausweislich § 14 Abs. 1 EfbV enthält das Zertifikat den Namen und den Sitz des Betriebes und seiner zertifizierten Standorte. Gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 3 EfbV kann ein Entsorgungsfachbetrieb seine Fachbetriebstätigkeit auf bestimmte Standorte beschränken. Ausweislich § 2 Abs. 3 EfbV ist die Verwendung der Bezeichnung „Entsorgungsfachbetrieb“ für Standorte, für die ein Unternehmen kein Zertifikat besitzt, verboten. Aus keiner dieser Bestimmungen muss aber ein Bieter herleiten, dass mit dem Begriff „Zertifikat“ als Entsorgungsfachbetrieb (...) für den zu verwertenden „Abfall“ gemeint ist, dass zwingend auch der für die Ausführung des Auftrags vorgesehene Standort – der

zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe noch nicht einmal in Betrieb sein musste – zu zertifizieren war.<sup>73</sup>

Die Einreichung eines eine andere Niederlassung betreffenden Zertifikats ist demgegenüber unzureichend. Die Anforderung soll dem Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit des Bieters dienen. Für die Durchführung des Auftrages ist die technische Eignung anderer Niederlassungen als derjenigen, von der aus die Leistungen durchgeführt werden sollten, ohne wesentlichen Belang. Vielmehr interessiert den Auftraggeber die Niederlassung, der der Bieter die Durchführung des Auftrages zugedacht hat.<sup>74</sup>

Fordert der Auftraggeber die Vorlage eines Zertifikats als Entsorgungsfachbetrieb in der Vergabebekanntmachung und bestimmt er in den Vergabeunterlagen hierfür eine Vorlagefrist („mit dem Angebot“) und macht er zur Geltungsdauer des Zertifikats keine Angaben, ist diese Anforderung dahingehend auszulegen, dass jeder Bieter ein zum Zeitpunkt des Ablaufes der Angebotsfrist gültiges Zertifikat einreichen muss. Auch für die Auslegung einer solchen Forderung kommt es auf die objektive Sicht eines fachkundigen Bieters an. Zwar ist für einen fachkundigen Bieter erkennbar, dass der Auftraggeber objektiv ein Interesse daran hat, dass das Zertifikat während der gesamten Laufzeit des Vertrages Gültigkeit besitzt. Ihm ist aber auch bekannt, dass derartige Zertifikate generell nur mit einer Gültigkeitsdauer von 18 Monaten erteilt werden, so dass objektiv kein Unternehmen in der Lage ist, ein Zertifikat mit einer zum Beispiel mindestens 8½ jährigen Laufzeit vorzulegen. Angesichts dieser Umstände kann sich die Forderung des Auftraggebers nur auf ein **derzeit gültiges** Zertifikat beziehen.<sup>75</sup>

#### Praxistipp

Bei mehrjährigen Vertragslaufzeiten sollte in den Vertragsbedingungen geregelt werden, dass den

Auftragnehmer eine Nachweispflicht trifft, dass das Zertifikat entsprechend verlängert wurde. Für den Fall der Nichtverlängerung oder Aberkennung sollte ein außerordentliches Kündigungsrecht vorgesehen werden.

#### Praxistipp

Der öffentliche Auftraggeber sollte sowohl in der Vergabebekanntmachung als auch in den Vergabeunterlagen klarstellen, dass die Bieter **ein aktuell gültiges** Entsorgungsfachbetriebezertifikat **für die** im Auftragsfall mit der Durchführung des Auftrags befasste **Niederlassung** vorzulegen haben, um diesbezügliche Unklarheiten und daraus resultierende Bieterfragen, Rügen oder gar Nachprüfungsverfahren sowie Unsicherheiten bei der Prüfung und Wertung der Angebote zu vermeiden. Ferner sollte der Auftraggeber darauf achten, ein Entsorgungsfachbetriebezertifikat für die ausgeschriebene Tätigkeit (Sammeln, Handeln, Makeln, Befördern, Verwerten) zu verlangen.

#### Praxistipp

Der Auftraggeber kann sich zunächst mittels einer Eigenerklärung von den Bietern bestätigen lassen, dass die betreffende Niederlassung über ein aktuell gültiges Entsorgungsfachbetriebezertifikat für die ausgeschriebene Tätigkeit verfügt, sollte sich sodann aber vor Zuschlagserteilung von dem durch den Zuschlag vorgesehenen Bieter das Zertifikat vorlegen lassen, um so dessen Angaben in der Eigenerklärung zu verifizieren.

<sup>71</sup> Schink, in: Schink/Versteyl, Kommentar zum KrWG, § 20 Rn 72.

<sup>72</sup> OLG Saarbrücken, Beschluss v. 13.11.2002, Az. 5 Verg 1/02; im Ergebnis ebenso OLG Naumburg, Beschl. v. 02.08.2012, Az. 2 Verg 3/12; 1 VK Sachsen-Anhalt, Beschluss v. 07.07.2006, Az. 1 VK-LVwA 11/06; VK BaWü, Beschluss v. 16.08.2005, Az. 1 VK 48/05; VK Lüneburg, Beschluss v. 10.02.2004, Az. 203-VgK-43/2003.

<sup>73</sup> VK Rheinland-Pfalz, Beschluss v. 14.08.2012, Az. VK 2 – 17/12.

<sup>74</sup> OLG Düsseldorf, Beschluss v. 23.03.2010, Az. VII-Verg 54/09.

<sup>75</sup> OLG Naumburg, Beschluss v. 02.08.2012, Az. 2 Verg 3/12.

### Exkurs: Einsatz von (nicht zertifizierten) Nachunternehmern

Ein bereits zertifizierter Entsorgungsfachbetrieb darf auch nicht zertifizierte Dritte unterbeauftragen, sofern sich die Beauftragung – gemessen an der eigenen Tätigkeit – in einem insgesamt unerheblichen Umfang hält.<sup>76</sup>

#### Praxistipp

Die nach den jeweiligen landesvergaberechtlichen Bestimmungen zu fordernden Erklärungen (zum Beispiel zur Zahlung von Mindestlöhnen) sind auch für den Nachunternehmer abzugeben.

### j) Bestätigung der Anzeige nach § 53 KrWG von der zuständigen Behörde

**Sammler, Beförderer, Händler und Makler** von Abfällen haben gemäß § 53 KrWG die Tätigkeit ihres Betriebes vor Aufnahme der Tätigkeit der zuständigen Behörde anzuzeigen, es sei denn, der Betrieb verfügt über eine Erlaubnis nach § 54 KrWG. Die Tätigkeit darf nicht ohne vorherige Anzeige aufgenommen werden.<sup>77</sup> Der Eingang der Anzeige wird dem Anzeigenden gemäß § 53 Abs. 1 S. 2 KrWG von der zuständigen Behörde unverzüglich bestätigt; diese unverzügliche Bestätigung ist erforderlich, damit die nach § 53 KrWG Verpflichteten bei einer eventuellen Kontrolle die erfolgte Anzeige nachweisen können.<sup>78</sup> Der Inhaber des Betriebes sowie die für die Betriebsleitung verantwortlichen Personen müssen **zuverlässig** sein (§ 53 Abs. 2 S. 1 KrWG). Ferner muss der Inhaber, soweit er für die Leitung des Betriebes verantwortlich ist, die

für die Leitung und Beaufsichtigung des Betriebes verantwortlichen Personen und das sonstige Personal über die für ihre Tätigkeit notwendige **Fach- und Sachkunde** verfügen (§ 53 Abs. 2 S. 2 KrWG). Die zuständige Behörde kann Unterlagen über den Nachweis der Zuverlässigkeit und der Fach- und Sachkunde vom Anzeigenden verlangen (§ 53 Abs. 3 S. 2 KrWG). Sie hat die angezeigte Tätigkeit zu untersagen, wenn Tatsachen bekannt sind, aus denen sich Bedenken gegen die Zuverlässigkeit des Inhabers oder der für die Leitung und Beaufsichtigung des Betriebes verantwortlichen Personen ergeben oder wenn die erforderliche Fach- oder Sachkunde nicht nachgewiesen wurde (§ 53 Abs. 3 S. 3 KrWG).

Bei den in § 53 KrWG verwendeten Begrifflichkeiten drängt sich die Parallele zu den oben genannten vergaberechtlichen Eignungsaspekten **Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit inkl. Gesetzestreue** (§ 97 Abs. 3 GWB) auf. Gleichwohl kann die Anzeige nach § 53 KrWG die Eignungsprüfung im Rahmen des Vergabeverfahrens nicht vollständig ersetzen. Denn bei der Prüfung der Zuverlässigkeit im Rahmen von § 53 KrWG ist primär die Einhaltung abfallrechtlicher Vorschriften maßgeblich; Bedenken gegen die Zuverlässigkeit können lediglich auf Tatsachen gestützt werden, die für die **schadlose und umweltfreundliche** Ausführung der von § 53 KrWG erfassten Tätigkeiten relevant sein können.<sup>79</sup> Die vergaberechtliche Überprüfung der Zuverlässigkeit geht jedoch weit darüber hinaus: Ein Unternehmen ist zuverlässig, wenn es seinen gesetzlichen Verpflichtungen bislang nachgekommen ist und eine sorgfältige und einwandfreie Ausführung der ausgeschriebenen Leistungen entsprechend den rechtlichen und technischen Normen (einschließlich Gewährleistung) erwarten lässt.<sup>80</sup> Die Zuverlässigkeit ist unter anderem dann regelmäßig ausgeschlossen, wenn der Bieter bereits früher vertragswidriges Verhalten, z. B. in Form von

Schlechtleistung, zeigte.<sup>81</sup> Weitere typische Tatbestände, die eine Unzuverlässigkeit des Bewerbers beziehungsweise Bieters nahelegen, sind die Beantragung oder Eröffnung eines Insolvenzverfahrens beziehungsweise die Ablehnung der Eröffnung mangels Insolvenzmasse, die mangelnde Zahlung von Steuern und Abgaben sowie Sozialversicherungsbeiträgen<sup>82</sup>, ferner die illegale Beschäftigung von Arbeitnehmern, die illegale Aufstellung von Alttextilsammelbehältern und Ähnliches.

Die Bestätigung der Anzeige nach § 53 KrWG kann auch deshalb die vergaberechtliche Eignungsprüfung nicht ersetzen, weil bei Letzterer auch die Leistungsfähigkeit des Bewerbers beziehungsweise Bieters überprüft wird. Ein Unternehmen ist leistungsfähig, wenn sein Betrieb in technischer, kaufmännischer, personeller und finanzieller Hinsicht so ausgestattet ist, dass es eine fach- und fristgerechte Ausführung der zu erbringenden Bau- und der sonstigen Leistungen garantieren kann.<sup>83</sup> Dies wird jedoch im Rahmen von § 53 KrWG nicht überprüft.

#### Praxistipp

Die Bestätigung der Anzeige nach § 53 KrWG kann im Rahmen der Vergabe von Entsorgungsleistungen ein Indiz für die abfallrechtliche Zuverlässigkeit sowie Fach-/Sachkunde sein. Ausschreibende Stellen sollten sich indes nicht allein auf dieses Dokument verlassen, sondern eine darüber hinausgehende eigene Eignungsprüfung durchführen.

#### Praxistipp

Der Auftraggeber kann sich zunächst mittels einer Eigenerklärung von den Bietern bestätigen lassen, dass diese über eine Bestätigung der Anzeige nach § 53 KrWG verfügen, sollte sich sodann aber vor Zuschlagserteilung von dem für den Zuschlag vorgesehenen Bieter die Bestätigung vorlegen lassen, um so dessen Angaben in der Eigenerklärung zu verifizieren.

### k) Verpflichtung zur Zahlung des Mindestlohns in der Entsorgungsbranche

Dass die Bieter zur Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften verpflichtet sind, ist durch das Merkmal der **Gesetzestreue** seit 2009 vom Gesetzgeber in § 97 Abs. 4 S. 1 GBB ausdrücklich herausgestellt worden. Zuverlässig ist daher nur ein Bieter, der seinen gesetzlichen Verpflichtungen nachkommt (und auch zukünftig nachkommen wird). Der Gesetzgeber wollte mit der Vergaberechtsnovelle 2009 klarstellen, dass eine Bindung an für **allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge** im Anwendungsbereich der Entsorgung im Einklang mit der Rechtsprechung des EUGH zur Tariftreue steht und im Vergabeverfahren beachtlich ist. Damit ist es zur Erfüllung des Tatbestandsmerkmals „gesetzestreu“ ausreichend, dass ein Mindestlohn nach dem im AEntG vorgesehenen Verfahren bundesweit für verbindlich erklärt wurde. Es ist insoweit nicht notwendig, dass der Mindestlohn durch ein formelles Gesetz vorgesehen wird.<sup>84</sup>

Zum 1. Januar 2013 ist für die **Branche Abfallwirtschaft** ein allgemeinverbindlicher Mindestlohn tarif-

<sup>76</sup> VK Lüneburg, Beschluss v. 10.02.2004, Az. 203-VgK-43/2003.

<sup>77</sup> Dippel, in: Schink/Versteyl, KrWG, § 53 Rn 9.

<sup>78</sup> Dippel, a. a. O. (Fn 65).

<sup>79</sup> Dippel, in: Schink/Versteyl, KrWG, § 53 Rn 16, 18 unter Hinweis auf VG Koblenz, Urteil v. 17.11.2009, Az. 7 K 724/09.KO.

<sup>80</sup> Hausmann/von Hoff, in: Kulartz/Marx/Portz/Prieß, VOL/A 2. Aufl. 2011, § 7 EG Rn 16 m. w. N.

<sup>81</sup> Hailbronner, in: Byok/Jaeger, GWB 2. Aufl. 2005, § 97 Rn. 243.

<sup>82</sup> Vgl. die Auflistung in § 6 Abs. 6 lit. a) bis e) VOL/A-EG.

<sup>83</sup> VK Schleswig-Holstein, Beschluss v. 27.1.2009, Az. VK-SH 19/08; VK Düsseldorf, Beschluss v. 21.01.2009, Az. VK-43/2008-L; VK Saarland, Beschluss v. 12.1.2009, Az. 1 VK 07/2008.

<sup>84</sup> OLG Düsseldorf, Beschluss v. 20.01.2010, Az. VII-Verg 1/10; 3. VK Bund, Beschluss v. 09.09.2009, Az. VK 3 – 163/09.



vertrag in Kraft getreten, der eine Entlohnung mit 8,68 EUR pro Stunde vorsieht.<sup>85</sup> Der Tarifvertrag gilt für die Branche Abfallwirtschaft. Diese umfasst alle Betriebe oder selbständigen Betriebsabteilungen, die überwiegend gewerbs- oder geschäftsmäßig Abfälle sammeln, befördern, lagern, behandeln, verwerten oder beseitigen und/oder öffentliche Verkehrsflächen reinigen. Der Tarifvertrag gilt für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die in solchen Betrieben oder selbständigen Betriebsabteilungen tätig sind. Gemäß § 1 der Fünften Abfallarbeitsbedingungenverordnung vom 28. Januar 2013 **finden die Rechtsnormen des Mindestlohntarifvertrages für die Branche Abfallwirtschaft auf alle unter seinen Geltungsbereich fallenden und nicht an ihn gebundenen Arbeitgeber sowie Arbeitnehmer/-innen Anwendung, wenn der Betrieb oder die selbständige Betriebsabteilung überwiegend Abfälle im Sinne des § 3 Abs. 1 S. 1 KrWG sammelt, befördert, lagert, beseitigt oder verwertet.** Die Rechtsnormen des Tarifvertrages gelten auch für Arbeitsverhältnisse zwischen einem Arbeitgeber mit Sitz im Ausland und seinen im Geltungsbereich der 5. AbfallArbbV beschäftigten Arbeitnehmern/-innen. Wird ein/e Leiharbeiter/-in von einem Entleiher mit Tätigkeiten beschäftigt, die in den Geltungsbereich der 5. AbfallArbbV fallen, so hat der Verleiher ihm/ihr nach § 8 Abs. 3 des AEntG zumindest die nach der 5. AbfallArbbV vorgeschriebenen Arbeitsbedingungen zu gewähren.

Für die in § 97 Abs. 4 S. 1 GWB enthaltenen Eignungsmerkmale „Gesetzestreue“ und „Zuverlässigkeit“ ist auch relevant, ob der Bieter die Vorgaben allgemeinverbindlicher Tarifverträge erfüllt. Eine Forderung des Auftraggebers nach einer Erklärung der Bieter, dass diese ihren Mitarbeitern den im allgemeinverbindlichen Tarifvertrag vorgesehenen Min-

destlohn zahlen, ist daher nicht zu beanstanden, weil diese Forderung lediglich eine Konkretisierung der gesetzlichen Vorgabe darstellt.<sup>86</sup>

#### Praxistipp

Zu beachten ist dabei, dass der Auftraggeber nicht berechtigt ist, eine Bindung an Mindestlöhne **konstitutiv** durch seine Ausschreibung herbeizuführen. Er darf lediglich die Beachtung gültiger und anwendbarer, das heißt bundesweit nach dem im AEntG vorgesehenen Verfahren für verbindlich erklärter, Mindestlohnregelungen verlangen.<sup>87</sup>

Die Forderung nach einer Erklärung über die Einhaltung eines Mindestlohns in Form einer Verpflichtungserklärung ist auch mit § 7 Abs. 1 S. 1 VOL/A-EG vereinbar, der regelt, dass von den Unternehmen zum Nachweis ihrer Eignung nur Unterlagen und Angaben gefordert werden dürfen, die durch den Gegenstand des Auftrags gerechtfertigt sind. Zwar ist im Falle eines für allgemeinverbindlich erklärten Mindestlohns jeder Bieter ohnehin rechtlich verpflichtet, den Mindestlohn einzuhalten. Eine entsprechende Verpflichtungserklärung hat daher prinzipiell nur deklaratorischen Charakter. Allerdings dient sie dem Auftraggeber zum Nachweis darüber, dass der Bieter sich an die rechtlichen Rahmenbedingungen auf der Grundlage des AEntG halten wird und damit insoweit zuverlässig ist. Eine derartige Eigenerklärung ist zweckmäßig.<sup>88</sup>

Dies steht auch im Einklang mit dem europäischen Vergaberecht. Nach Erwägungsgrund 34 der Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG (VKR) sind die im

Bereich der Arbeitsbedingungen und der Sicherheit am Arbeitsplatz geltenden nationalen und gemeinschaftlichen Gesetze, Regelungen und Tarifverträge während der Ausführung eines öffentlichen Auftrags anwendbar, sofern derartige Vorschriften mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sind. Die Entsenderrichtlinie ist in nationales Recht mit dem Gesetz über zwingende Arbeitsbedingungen für grenzüberschreitend entsandte und für regelmäßig im Inland beschäftigte Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen<sup>89</sup> für verschiedene Branchen (siehe § 4 AEntG) umgesetzt worden. So finden für diese Branchen nach § 3 in Verbindung mit § 4 AEntG die Rechtsnormen eines bundesweiten Tarifvertrages zwischen einem Arbeitgeber mit Sitz im Ausland und seinen im räumlichen Geltungsbereich des Tarifvertrages beschäftigten Arbeitnehmern zwingend Anwendung, wenn der Tarifvertrag für allgemeinverbindlich erklärt ist oder eine Rechtsverordnung nach § 7 AEntG vorliegt. Sie finden daher auch Anwendung in einem Auftragsverhältnis mit einem öffentlichen Auftraggeber. Die Bindung an zwingende Regelungen auf der Grundlage des AEntG ist daher im Vergabeverfahren über eine Verpflichtungserklärung im Rahmen der Eignungsprüfung abfragbar und darf somit der Eignungsprüfung zugrunde gelegt werden.<sup>90</sup>

#### Praxistipp

Je nach landesvergabegesetzlicher Regelung ist zu prüfen, ob ein vergabespezifischer Mindestlohn vorgesehen ist und wie sich dieser zu dem unter das AEntG fallenden Mindestlohn verhält. So liegt beispielsweise der vergabespezifische Mindestlohn in Schleswig-Holstein bei aktuell 9,18 EUR/Stunde, also über dem aktuellen für allgemeinverbindlich erklärten Mindestlohn der Abfallwirtschaftsbranche. In NRW gilt für derartige Fälle nach § 4 Abs. 4 TVgG das sogenannte „Günstigkeitsprinzip“: Die für die Beschäftigten jeweils günstigste Lösung ist vorzugeben.

### 3. Auftragsausführungsbedingungen

Mit dem Vergaberechtsmodernisierungsgesetz 2009 wurde § 97 Abs. 4 S. 2 GWB neu eingefügt. Nach dieser Regelung können für die Auftragsdurchführung **zusätzliche Anforderungen an Auftragnehmer gestellt werden, die insbesondere soziale, umweltbezogene oder innovative Aspekte betreffen, wenn sie im sachlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen und sich aus der Leistungsbeschreibung ergeben.**

Mit dieser Bestimmung wird eine *weitere Kategorie von Anforderungen aufgenommen, die an die Ausführung des Auftrages geknüpft sind und zugleich konkrete Verhaltensanweisungen an das ausführende Unternehmen für die Ausführung des Auftrages darstellen.* Damit wird an die Formulierung des Artikel 26 der Richtlinie 2004/18/EG angeknüpft und klargestellt, dass öffentliche Auftraggeber von ihren Auftragnehmern ein bestimmtes Verhalten während der Ausführung des Auftrages verlangen können, auch wenn sich Letztere ansonsten am Markt anders verhalten.

*Diese zusätzlichen Anforderungen an Auftragnehmer für die Ausführung des Auftrags stellen somit Leistungsanforderungen dar und sind daher Gegenstand der Leistungsbeschreibung.* Sie müssen allen Wettbewerbern zu Beginn des Vergabeverfahrens bekannt gemacht werden. In der Leistungsbeschreibung kann der öffentliche Auftraggeber durch Spezifizierung des Auftragsgegenstandes beispielsweise **Innovations- oder Umweltschutzaspekte** berücksichtigen, wie die Begrenzung des Schadstoffausstoßes von Dienstkraftfahrzeugen oder die Brennstoffzellentechnologie. Durch die Beschreibung der Leistung als „Strom aus erneuerbaren Energiequellen“ oder „Recycling-Papier“ können dem Auftragnehmer auch mittelbar bestimmte Produktionsverfahren bei der Ausführung des Auftrags vorgegeben werden. Bei der Beschaffung von Gütern und Dienstleistungen kann die *Berücksichtigung innovativer Verfahren oder Produkte* im Stadium der Bedarfsanalyse nicht nur

<sup>85</sup> Fünfte Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen für die Abfallwirtschaft einschließlich Straßenreinigung und Winterdienst (5. AbfallArbbV) nebst Anlage 1: Rechtsnormen des Mindestlohntarifvertrags für die Branche Abfallwirtschaft vom 7. Januar 2009 in der Fassung der Änderungstarifverträge vom 12. August 2009, 19. August 2010, 16. Juni 2011, 6. März 2012 und 15. Oktober 2013, BAnz AT 30.1.2013.

<sup>86</sup> OLG Düsseldorf, Beschluss v. 30.12.2010, Az. VII-Verg 24/10.

<sup>87</sup> 2. VK Bund, Beschluss v. 29.12.2009, Az. VK 2 – 207/09.

<sup>88</sup> 3. VK Bund, Beschluss v. 9.9.2009, Az. VK 3 – 163/09.

<sup>89</sup> Arbeitnehmer-Entsendegesetz vom 20.04.2009, BGBl. I Seite 799

<sup>90</sup> 3. VK Bund, Beschluss v. 09.09.2009, Az. VK 3 – 163/09.

bessere Lösungen bringen, sondern auch ein Signal für die Innovationsbereitschaft öffentlicher Auftraggeber sein. In vielen Fällen kann es aber auch schon darauf ankommen, durch eine funktionale Leistungsbeschreibung oder die ausdrückliche Zulassung von Nebenangeboten Angebote über innovative Lösungen zu erhalten.

Die Anforderungen des öffentlichen Auftraggebers können zum Beispiel die **Beschäftigung von Auszubildenden oder Langzeitarbeitslosen bezogen auf den konkreten Auftrag** betreffen. Sie können eine **angemessene Bezahlung** zur Sicherstellung der Qualifikation von Wachpersonal fordern.<sup>91</sup>

Im Hinblick auf die Zahlung von Tarif- oder Mindestlöhnen ist festzuhalten: Wo kein allgemeinverbindlicher Tarifvertrag greift, ergänzt § 97 Abs. 4 S. 2 GWB das Merkmal „Zuverlässigkeit“. Der öffentliche Auftraggeber darf nach dieser Vorschrift von den Bietern beziehungsweise dem späteren Auftragnehmer fordern, dass er den Mitarbeitern, die er bei der Ausführung des Auftrags einsetzt, bestimmte Tarife oder einen bestimmten Mindestlohn zahlt.<sup>92</sup>

#### Praxistipp

Zu beachten ist, dass der Auftraggeber über § 97 Abs. 4 S. 2 GWB – die Auftragsausführungsbedingung – nicht berechtigt ist, von dem Auftragnehmer zu verlangen, dass dieser generell allen seinen Mitarbeitern im Betrieb bestimmte Tarife zahlt. Weil Auftragsausführungsbedingungen einen Bezug zum konkreten Auftragsgegenstand aufweisen müssen, darf der Auftraggeber den Auftragnehmer nur soweit verpflichten, wie es um die Ausführung seines Auftrags geht.

Der Bekämpfung der Arbeitslosigkeit kann die Verpflichtung des Auftragnehmers dienen, bei der Auftragsdurchführung (*Langzeit-)Arbeitslose zu beschäftigen*. Dementsprechend können öffentliche Auftraggeber fordern, dass der Auftragnehmer sich verpflichtet, für eine festgelegte Zeit eine bestimmte Zahl von Arbeitslosen zu beschäftigen, die von der Agentur für Arbeit zugewiesen werden.<sup>93</sup> Ferner kann bei der Vergabe eines öffentlichen Auftrags die Zuweisung geförderter Arbeitnehmer nichtdiskriminierend für alle Bewerber als vertragliche Nebenbestimmung aufgenommen werden (§262 SGB III).<sup>94</sup>

#### Praxistipp

Ist dem Auftraggeber zum Beispiel der Aspekt der Nachhaltigkeit besonders wichtig, kann er beispielsweise vorgeben, dass bei der Ausführung des Auftrages nur Fahrzeuge zum Einsatz gelangen dürfen, die besonders schadstoffarm sind.

## 4. Zuschlagskriterien

Gemäß § 97 Abs. 5 GWB wird der Zuschlag auf das **wirtschaftlichste** Angebot erteilt. Dies ergibt sich auch aus § 19 Abs. 9 VOL/A-EG. Dort heißt es, dass bei der Entscheidung über den Zuschlag verschiedene durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigte Kriterien wie **beispielsweise** Qualität, Preis, technischer Wert, Zweckmäßigkeit, Umwelteigenschaften, Betriebskosten, Rentabilität und anderes berücksichtigt werden.<sup>95</sup> **Der niedrigste Preis allein** ist damit **nicht entscheidend**.

Der öffentliche Auftraggeber muss die Kriterien nach **plichtgemäßem Ermessen** auswählen, gewichten

und den Bietern im Vorfeld der Angebotsabgabe, das heißt bereits in der Vergabebekanntmachung, spätestens aber mit den Vergabeunterlagen, bekanntgeben, damit sich diese bei der Erstellung ihrer Angebote darauf einstellen können (§ 19 Abs. 8 VOL/A-EG).

Denkbar sind **einfache Anforderungen**, deren Vorliegen allein mit „erfüllt“ oder „nicht erfüllt“ bewertet werden. Bei **komplexeren** Anforderungen ist hingegen eine Bewertung nach dem Erfüllungsgrad sachgerechter, und – dem Gleichbehandlungsgebot gemäß § 97 Abs. 2 GWB nachkommend – auch genauer. Beide Anforderungskategorien können in ein- und derselben **Wertungsmatrix** auch vermischt werden. Im Rahmen der Angebotswertung können des Weiteren durchaus auch **k.o.-Kriterien** verwendet werden, weil auch Zuschlagskriterien als Ausschlusskriterien ausgestaltet werden können.<sup>96</sup>

Die Wahrung der Grundsätze der **Gleichheit**, der **Nichtdiskriminierung** und der **Transparenz** verlangt es, dass die vom öffentlichen Auftraggeber gewählten Zuschlagskriterien objektiv sind, was gewährleistet, dass der Vergleich und die Bewertung der Angebote in objektiver Weise und somit unter den Bedingungen eines wirksamen Wettbewerbs erfolgen. Die vom Auftraggeber als Zuschlagskriterien für die Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots festgelegten Kriterien müssen insbesondere mit dem **Gegenstand des Auftrags** zusammenhängen.<sup>97</sup> Sie müssen aber nicht notwendigerweise quantitativer Art oder ausschließlich auf die Preise ausgerichtet sein.<sup>98</sup> Deshalb gehört zu den Zuschlagskriterien auch das Kriterium „Umwelteigenschaften“. **Umweltschutzkriterien** darf der Auf-

traggeber bei der Angebotswertung berücksichtigen, sofern sie:

- mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängen,
- dem Auftraggeber keine unbeschränkte Entscheidungsfreiheit einräumen,
- ausdrücklich im Leistungsverzeichnis oder in der Bekanntmachung des Auftrags genannt sind
- und bei ihnen alle wesentlichen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts, insbesondere das Diskriminierungsverbot, beachtet werden.<sup>100</sup>

Verfolgt der Auftraggeber mit Zuschlagskriterien bestimmte Zwecke, z. B. Förderung des Umweltschutzes, so ist dies im Grundsatz zulässig.<sup>101</sup>

Als mögliches Zuschlagskriterium kommen deshalb bei der Alttextilentsorgung nicht nur **Transportkosten pro Mg oder Transportentfernung pro Mg**<sup>102</sup>, sondern auch die qualitativ höherwertigere Verwertung gegenüber qualitativ weniger hochwertigen Verwertungen (zum Beispiel thermische Verwertung) in Betracht. Hier könnten **Wiederverwendungs- oder (stoffliche) Verwertungsquoten** eine Rolle spielen. Im Rahmen eines solchen Kriteriums könnten beispielsweise Zusatzpunkte vergeben werden. Damit würde sich der Auftraggeber vom Grundsatz her nicht angreifbar machen; Zuschlagskriterien, nach denen Angebote, die bestimmten spezifischen und objektiv quantifizierbaren Umwelanforderungen entsprechen, Zusatzpunkte erhalten, sind nämlich nach der Rechtsprechung des EuGH nicht so geartet, dass dem Auftraggeber eine unbeschränkte Entscheidungsfreiheit eingeräumt wird.<sup>103</sup>

<sup>91</sup> Vgl. die Gesetzesbegründung der BReg zum GesE auf BT-Drucks. 16/10117 vom 13.8.2008, Seite 16.

<sup>92</sup> OLG Düsseldorf, Beschluss v. 30.12.2010, Az. VII-Verg 24/10.

<sup>93</sup> So ausdrücklich der mittlerweile aufgehobene § 279a Abs. 1 Nr. 1 SGB III aF; vgl. dazu 1. VK Sachsen-Anhalt, Beschluss v. 27.7.2000, Az. VK Hal 20/00, S. 13 ff.

<sup>94</sup> Schellenberg/Pünder, Vergaberecht, 1. Aufl. 2011, § 97 Rn 139.

<sup>95</sup> Die Aufzählung ist nicht abschließend, wie bereits der Wortlaut („beispielsweise“) deutlich macht.

<sup>96</sup> 2. VK Bund, Beschluss v. 17.3.2005, Az. VK 2 – 09/05; 3. VK Bund, Beschluss v. 29.1.2009, Az. VK 3 – 200/08; Beschluss v. 29.01.2009, Az. VK 3 – 197/08.

<sup>97</sup> OLG Düsseldorf, Beschluss v. 1.8.2012, Az. VII-Verg 105/11.

<sup>98</sup> EuGH, Urteil v. 17.9.2002, Rs. C-513/99 („Concordia Bus“); Urteil v. 4.12.2003, Rs. C-448/01 („Wienstrom“).

<sup>99</sup> EuGH, Urteil v. 10.5.2012, Rs. C-368/10 („Max Havelaar“).

<sup>100</sup> EuGH, Urteil v. 17.9.2002, Rs. C-513/99 („Concordia Bus“); Urteil v. 4.12.2003, Rs. C-448/01 („Wienstrom“).

<sup>101</sup> Weyand, in: *ibr-online-Kommentar zum Vergaberecht*, Stand: 26.11.2012, § 97 Rn. 1004 unter Hinweis auf die Wienstrom-Entscheidung des EuGH (Urteil vom 4.12.2003, Rs. C-448/01), in der dieser betont, dass es auch nicht schadet, wenn sich möglicherweise das mittels des Zuschlagskriteriums angestrebte Ziel mit diesem gar nicht erreichen lässt.

<sup>102</sup> VK Brandenburg, Beschluss v. 17.10.2011, Az. VK 39/11; Beschluss v. 28.7.2011, Az. VK 18/11; OLG Rostock, Beschluss v. 30.5.2005, Az. 17 Verg 4/05.

<sup>103</sup> EuGH, Urteil v. 17.9.2002, Rs. C-513/99 („Concordia Bus“), Rn 66.

Der öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger als Auftraggeber der Alttextilentsorgungsleistung ist gemäß § 8 Abs. 1 S. 3 KrWG verpflichtet, eine möglichst hochwertige Verwertung anzustreben (sogenannter „Strebsamkeitsappell“).<sup>104</sup> Die Anforderungen an die **Hochwertigkeit der Verwertung** werden in § 8 Abs. 1 S. 3 KrWG nicht näher konkretisiert. Vorgeschlagen wird, zur Konkretisierung auf die Zielbestimmung des § 1 und die Hierarchiestufen des § 6 Abs. 1 KrWG zurückzugreifen.<sup>105</sup> Rein praktisch soll dies bedeuten, dass eine Wiederverwendung von Abfällen hochwertiger als ihr Recycling und dies hochwertiger als die sonstige Verwertung und hier insbesondere die thermische Verwertung ist.<sup>106</sup>

Vergaberechtlich erscheint es nach hiesiger Einschätzung daher zulässig, wenn der öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger als Auftraggeber bei der Ausschreibung von Entsorgungsleistungen in der Bekanntmachung oder den Vergabeunterlagen festlegt, dass er im Rahmen der Angebotswertung eine von den Bietern angebotene **Wiederverwendungsquote** berücksichtigen wird. Mit einem solchen Zuschlagskriterium würde der Auftraggeber das abfall-(umwelt-)rechtliche Ziel verfolgen, eine möglichst hochwertige Verwertung entsprechend der Hierarchiestufen des § 6 Abs. 1 KrWG im Rahmen der Ausschreibung zu erzielen. Eine Diskriminierung einzelner Bieter ist dabei nicht ersichtlich, wenn das Zuschlagskriterium objektiv und unterschiedslos auf die Angebote aller Bieter angewandt wird.

#### Praxistipp

Da Umweltschutzkriterien wie alle Zuschlagskriterien mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängen müssen, sollte sich der Auftraggeber darauf beschränken, Wiederverwendungsquoten für die den konkreten Auftrag betreffenden Alttextilien zu bewerten. Eine Bewertung der generell in dem Betrieb des Bieters erreichten Wiederverwendungsquote sollte unterbleiben.

#### Praxistipp

Da es dem öffentlichen Auftraggeber verwehrt ist, Zuschlagskriterien zu verwenden, bei denen er die Angaben der Bieter in ihren Angeboten nicht überprüfen kann<sup>107</sup>, sollte der Auftraggeber bei der Verwendung eines solchen Zuschlagskriteriums „Wiederverwendungs-/Verwertungsquote“ gleichzeitig Anforderungen festlegen, die ihm eine effektive Kontrolle der Richtigkeit der Angaben der Bieter ermöglichen. Eine effektive Kontrolle ist zum Beispiel möglich über die Verrechnung der Input-Output-Mengen unter Einbeziehung der Restmüllanteile an andere Verwerter (E-Schrott, thermisch, Pappe und Papier).

### 5. Entscheidung über den Zuschlag

Nach § 19 Abs. 6 S. 2 VOL/A-EG darf auf Angebote, deren Preise in offenbarem Missverhältnis zur Leistung stehen, der Zuschlag nicht erteilt werden. Für den Geltungsbereich des AEntG bedeutet dies, dass sich der Auftraggeber mit der Preiskalkulation des Bieters befassen und prüfen muss, ob dieser in der Lage ist, hieraus seinen Beschäftigten den Mindestlohn zu zahlen. Unterlässt der Auftraggeber diese Prüfung, riskiert er nach dem AEntG sowohl die Verwirklichung eines Bußgeldtatbestandes als auch eine Haftung hinsichtlich der Mindestlohnzahlung den Beschäftigten des Auftragnehmers gegenüber. Entsprechende Prüfpflichten sehen die einschlägigen Landesvergabegesetze vor (vergleiche § 10 Abs. 1 TVgG NRW).

<sup>104</sup> Vgl. Schink, in: Schink/Versteyl, KrWG, § 8 Rn 13.

<sup>105</sup> Schink, in: Schink/Versteyl, KrWG, § 8 Rn 15.

<sup>106</sup> Schink, in: Schink/Versteyl, KrWG, § 8 Rn 15.

<sup>107</sup> EuGH, Urteil v. 4.12.2003, Rs. C-448/01 („Wienstrom“).

Vergaberechtlich gilt: Unterschreiten die angesetzten Kosten die nach der Leistungsbeschreibung notwendigen oder angebotenen Leistungen, ist dies entweder auf eine untertarifliche Entlohnung der Arbeitnehmer

oder auf den fehlenden Willen des Bieters zurückzuführen, die angebotenen Leistungen vollständig und ordnungsgemäß zu erfüllen; beide denkbaren Gründe führen zum Ausschluss des betreffenden Angebotes.<sup>108</sup>

### IV. Fazit/Zusammenfassung

Umwelt- und vergaberechtliche Anforderungen lassen sich miteinander in Einklang bringen, um so auf vielfältige Art und Weise in allen Phasen des Vergabeverfahrens, also sowohl bei der Formulierung der Leistungsbeschreibung als auch bei der Eignungsprüfung und schließlich der Angebotswertung, eine hochwertige Verwertung in einem transparenten und fairen Wettbewerb an geeignete Unternehmen wirtschaftlich zu vergeben.

Die wesentlichen Empfehlungen sind nachfolgend übersichtlich zusammengefasst:

- Qualitative Vorgaben zu Sammelcontainern, Standplätzen und Entleerungsrhythmus als Kennzeichen der Leistungsfähigkeit des kommunalen Systems zum Inhalt der Leistungsbeschreibung machen.
- Verpflichtung zur händischen Entnahme der Alttextilien aus den Alttextilsammelbehältern „von vorne“ und eine erste Müllselektion zur Gewährleistung einer hochwertigen Verwertung in die Leistungsbeschreibung aufnehmen.
- Wiederverwendungs- und Verwertungsquoten in der Leistungsbeschreibung vorgeben, um den in der Abfallhierarchie hoch angesiedelten Geboten der Wiederverwendung und stofflichen Verwertung von Abfällen (§ 6 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 3 KrWG) gerecht zu werden. Spiegelbildlich dazu in den Vertragsbedingungen Berichtspflichten des Auftragnehmers (Input-Output-Nachweise, Verwertungs-

und Mengenstromnachweise oder Ähnliches) sowie Sanktionen (Vertragsstrafen, Kündigungsrechte) für den Fall der Nichterfüllung vorsehen.

- Von Bietern zunächst Eigenerklärungen zu bestimmten Aspekten der Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit/Gesetzestreue verlangen, gleichzeitig aber in den Vergabeunterlagen festlegen, dass von den Bietern in der engeren Wahl (oder auch nur von dem für den Zuschlag vorgesehenen Bieter) **vor** Zuschlagserteilung noch entsprechende Nachweise verlangt werden und daran dann die Eigenerklärung(en) verifizieren.
- Eigenerklärung zur Zuverlässigkeit dahingehend ergänzen, dass der Bewerber beziehungsweise Bieter explizit auch versichert, in der Vergangenheit keine Alttextilbehälter aufgestellt zu haben, ohne zuvor die entsprechende Anzeige nach § 18 KrWG vorgenommen und/oder ohne eine erforderliche Nutzungserlaubnis nach (Landes-) Straßenrecht eingeholt zu haben.
- Von den Bietern genannte Referenzkunden kontaktieren, um sich über die Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit des Bieters zu vergewissern.
- Erhebliche Vertragsverletzungen in der Vergangenheit zur Grundlage eines Ausschlusses des Bieters machen, wenn die Erkenntnisse den Schluss zulassen, dass der Bieter den konkret in Rede stehenden Vertrag nicht vertragsgerecht, fristgerecht und zuverlässig wird ausführen können.

<sup>108</sup> So ausdrücklich: OLG Düsseldorf, Beschluss v. 08.09.2012 – VII-Verg 80/11.

- Eigene schlechte Erfahrungen im Sinne von erheblichen Vertragspflichtverletzungen und Ähnlichem in einem Vermerk dokumentieren und zum Gegenstand der Eignungsprüfung machen.
- In Vergabebekanntmachung und Vergabeunterlagen ein aktuell gültiges Entsorgungsfachbetriebezertifikat für die im Auftragsfall mit der Durchführung des Auftrags befasste Niederlassung und für die ausgeschriebene Tätigkeit (Sammeln, Handeln, Makeln, Befördern, Verwerten) verlangen.
- Bestätigung der Anzeige nach § 53 KrWG allenfalls als Indiz für die abfallrechtliche Zuverlässigkeit sowie Fach-/Sachkunde einstufen. Auf eine vergaberechtliche Eignungsprüfung (Fachkunde, Leistungsfähigkeit, Zuverlässigkeit, Gesetzestreue) nicht verzichten.
- Den zum 1. Januar 2013 für die Branche Abfallwirtschaft in Kraft getretenen allgemeinverbindlichen Mindestlohtarifvertrag, der eine Entlohnung mit 8,68 EUR pro Stunde vorsieht, in den Vergabeunterlagen vorgeben für alle Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer solcher Betriebe oder selbständigen Betriebsabteilungen, die überwiegend gewerbs- oder geschäftsmäßig Abfälle sammeln, befördern, lagern, behandeln, verwerten oder beseitigen und/oder öffentliche Verkehrsflächen reinigen.
- Bei der Verwendung des Zuschlagskriteriums „Wiederverwendungs-/Verwertungsquote“ gleichzeitig Anforderungen festlegen, die eine effektive Kontrolle der Richtigkeit der Angaben der Bieter ermöglichen (zum Beispiel Input-Output-Mengen unter Einbeziehung der Restmüllanteile).



