

GUTACHTEN

**zur Tragweite der EuGH-Entscheidungen
vom 13.02.2003
in den Rechtssachen
C-228/00 (EU-Kommission ./ BRD) und
C-458/00 (EU-Kommission ./ Luxemburg)
auf der Linie der Schlussanträge
des Generalanwalts Jacobs
vom 26.09.2002**

Erstellt von

Rechtsanwalt Dr. Bodo A. Baars, M. A.,
Kuhbier Rechtsanwälte, Hamburg,

in Zusammenarbeit mit

Dr. Ing. A. Nottrodt,
Dr. Ing. A. Nottrodt GmbH, Hamburg

im Auftrag der

Arbeitsgemeinschaft der Sonderabfall-
Entsorgungsgesellschaften der Länder
(AGS)

und des

Bundesverbands der
Sonderabfallverbrennungsanlagen
(BDSVA).

Hamburg, den 05. März 2003.

GUTACHTEN

zur Tragweite der EuGH-Entscheidungen vom 13.02.2003 in den Rechtssachen C–228/00 (EU-Kommission ./ BRD) und C-458/00 (EU-Kommission ./ Luxemburg) auf der Linie der Schlussanträge des Generalanwalts Jacobs vom 26.09.2002

A. Veranlassung

Zur immer noch streitigen Frage der Abgrenzung von Verwertung und Beseitigung bei der Abfallverbrennung, den Voraussetzungen einer energetischen Verwertung und in der Folge auch zum Stellenwert der Abfallverbrennungsanlagen sind auf europäischer Ebene am 13.02.2003 zwei grundlegende Entscheidungen ergangen, die in der gerade auch in Deutschland seit Inkrafttreten des KrW-/AbfG laufenden Dauerdiskussion eine gewisse Klärung bringen können. In den beiden Verfahren C-228/00 (EU-Kommission ./ BRD betreffend Verbrennung in belgischen Zementöfen) und C-458/00 (EU-Kommission ./ Luxemburg betreffend Verbrennung in französischer HMVA) hat der EuGH auf der Basis der vom Generalanwalt Jacobs in seinen Schlussanträgen vom 26.09.2002 vertretenen Positionen zwei Urteile gefällt, die erhebliche Auswirkungen auf den Bereich der Abfallverbrennung in Deutschland haben und dabei auch den Vollzug der bestehenden nationalen Regelungen im KrW-/AbfG teilweise in Frage stellen werden

Vor diesem Hintergrund hatten die AGS-Arbeitsgemeinschaft der Sonderabfall-Entsorgungsgesellschaften der Länder und der BDSVA-Bundesverband der Sonderabfallverbrennungsanlagen die Unterzeichner gebeten, zunächst den Inhalt der Schlussanträge und nach deren Verkündung auch die am 13.02.2003 ergangenen Urteile im Hinblick auf die möglichen Auswirkungen auf die Vollzugssituation in Deutschland zu analysieren.

Grundlage dieses Gutachtens sind die von den Auftraggebern formulierten Fragenkomplexe. Das Gutachten wurde von RA Dr. Bodo A. Baars als Auftragnehmer in Zusammenarbeit mit Herrn Dr. A. Nottrodt, Dr. Ing. A. Nottrodt GmbH, erarbeitet, wobei Herr Baars die Fragen 1 bis 3 und Herr Nottrodt die Frage 4 übernommen hat.

B. Gutachten

I. Frage 1: *Welche Auswirkungen hätte das Urteil des Europäischen Gerichtshofes - unterstellt es entspricht inhaltlich dem Votum des Generalanwalts - für nationale Verbringungen? Insbesondere:*

1.1 *Auslegung des § 4 Abs. 4 KrW-/AbfG*

1.2 *Hat § 6 Abs. 2 KrW-/AbfG weiterhin Bestand,*

ggf. als „verstärkte Schutzvorschrift“ im Sinne des EU-Rechts?

1.3 *Ist die Entscheidung, dass die Verbrennung von Hausmüll in Hausmüllverbrennungsanlagen keine Verwertung darstellt, auf Sonderabfallverbrennungsanlagen übertragbar?*

Das Gutachten geht also von der Prämisse aus, dass der EuGH in seinen Urteilen die Position der Schlussanträge des Generalanwalts übernimmt. Davon kann nach der bisherigen Praxis des EuGH als wahrscheinlich ausgegangen werden.

1. Auswirkungen der Verfahren auf nationale Entsorgungsmaßnahmen

a) Generelle Wirkung von EuGH-Urteilen

Beiden Rechtssachen liegen Aufsichtsklagen der Kommission wegen behaupteter Vertragsverletzungen der Mitgliedstaaten nach Art. 226 EGV zu Grunde.

In der Rechtssache C-458/00 (EU-Komm ./.. Lux) schlägt der Generalanwalt vor, die Klage abzuweisen.¹ Diesem Vorschlag ist der EuGH gefolgt.²

In der Rechtssache C-228/00 (EU-Komm ./.. BRD) schlägt der Generalanwalt vor, der Klage stattzugeben, mithin entsprechend dem Antrag der Kommission eine Vertragsverletzung der BRD festzustellen.³ Auch diesem Vorschlag ist der EuGH gefolgt.⁴

¹ Vgl. Schlussanträge vom 26.09.2002, Rs. C-458/00, Ziffer 48.

² Vgl. EuGH Urteil vom 13.02.2003, C-458/00, Rz. 46 f.

³ Vgl. Schlussanträge vom 26.09.2002, Rs. C-228/00, Ziffer 84.

⁴ Vgl. EuGH Urteil vom 13.02.2003, C-228/00, Rz. 55 f.

Nach Art. 228 Abs. 1 EGV stellt der Gerichtshof bei einem erfolgreichen Vertragsverletzungsverfahren fest, dass der betreffende Mitgliedstaat gegen eine Verpflichtung aus dem Vertrag (ergänze: oder aus einem auf dem EGV beruhenden Rechtsakt) verstoßen hat. Es handelt sich um ein reines Feststellungsurteil, das keinen nach Art. 244 EGV i.V.m. Art. 256 EGV vollstreckungsfähigen Inhalt aufweist. Der betreffende Mitgliedstaat hat aber nach Art. 228 Abs. 1 EGV die Maßnahmen zu ergreifen, die sich aus dem Urteil des Gerichtshofes ergeben. Diese Verpflichtung trifft über Art. 20 Abs. 3 GG alle Träger öffentlicher Gewalt in dem betroffenen Mitgliedsstaat, also Legislative, Exekutive und auch Judikative.

Werden diese Maßnahmen nach Auffassung der Kommission nicht ergriffen, kann diese nach Art. 228 Abs. 3 EGV die BRD in einer mit Gründen versehenen Stellungnahme unter Fristsetzung zur Abhilfe auffordern. Erfolgt keine Abhilfe, kann die Kommission erneut den EuGH anrufen und die Verhängung eines den Umständen nach angemessenen Pauschalbetrags oder Zwangsgelds beantragen. Verhängt der EuGH einen Pauschalbetrag oder ein Zwangsgeld, kann dieses nach Art. 244 EGV i.V.m. Art. 256 EGV vollstreckt werden. Ergreift der Mitgliedstaat auch dann noch nicht die erforderlichen Abhilfen, bleibt für die Kommission (oder einen anderen Mitgliedstaat, Art. 227 EGV) im Ergebnis nur die Möglichkeit, erneut ein Vertragsverletzungsverfahren anzustrengen.

Abgesehen von derartigen, sich aus den Urteilen ergebenden konkreten Vorgaben, die in der Regel die Verwaltungsentscheidungen betreffen, die Gegenstand der Verfahren sind, ist eine weitere Wirkung bedeutsam.

Nimmt der EuGH in seinem Urteil eine bestimmte Auslegung einer EG-Verordnung vor, die gem. Art. 249 Abs. 2 allgemein und unmittelbar in der EU gilt, so wird gem. Art. 228 Abs. 1 EGV auch diese Auslegung des EuGH verbindlich. Dieser Aspekt ist in den hier zu untersuchenden Verfahren, bei denen es um die Auslegung der EG-AbfVerbrVO geht, besonders zu beachten.

b) Spezifische Auswirkungen der beiden EuGH-Verfahren

Im Hinblick auf die spezifischen Auswirkungen der beiden zwischenzeitlich ergangenen EuGH-Urteile ist zwischen der grenzüberschreitenden Verbringung von Abfällen einerseits und der rein innerstaatlichen Verbringung von Abfällen andererseits zu unterscheiden.

Nach den Schlussanträgen des Generalanwalts in der Rs. C-228/00 sollte festgestellt werden, dass die BRD gegen ihre Verpflichtungen aus Art. 7 Abs. 2 und 4 EG-AbfVerbrVO verstoßen hat, indem sie unter Berufung auf die Entsorgungsautarkie bei der Beseitigung von Abfällen Einwände gegen die Verbringung von Abfällen in andere Mitgliedstaaten zur energetischen Verwertung erhoben hat. Folglich bezieht sich die vorgeschlagene und darauf ergangene Entscheidung unmittelbar nur auf die grenzüberschreitende Verbringung von Abfällen aus der BRD in andere Mitgliedstaaten, nicht aber auf die Verbringung von Abfällen innerhalb der BRD.

Die Geltung der EG-Verbringungsverordnung für die Verbringung von Abfällen innerhalb der Mitgliedstaaten regelt Art. 13 EG-AbfVerbrVO. Nach Art. 13 Abs. 1 EG-AbfVerbrVO gelten die Titel II (einschließlich Art. 7 EG-AbfVerbrVO), VII und VIII der Verordnung dafür nicht. Die Mitgliedstaaten können diese nach Art. 13 Abs. 4 EG-AbfVerbrVO vielmehr nach ihrem Ermessen anwenden.

Nach Art. 13 Abs. 2 EG-AbfVerbrVO gilt für innerstaatliche Verbringungen aber das sog. **Kohärenzgebot**. Nach Art. 13 Abs. 2 Satz 1 EG-AbfVerbrVO sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, eine geeignete Regelung für die Überwachung und Kontrolle der (innerstaatlichen) Verbringung von Abfällen in ihrem Zuständigkeitsbereich festzulegen, die nach Art. 13 Abs. 2 Satz 2 EG-AbfVerbrVO eine gewisse Kohärenz zwischen dieser (nationalgesetzlichen) Regelung und der gemeinschaftlichen Regelung (EG-AbfVerbrVO) wahren soll. Ob und inwieweit die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben nach der Rechtsauffassung des Generalanwalts und der Rechtsfindung des EuGH eine Änderung der nationalrechtlichen Bestimmungen in § 4 Abs. 4 KrW-/AbfG und § 6 Abs. 2 KrW-/AbfG erforderlich machen, wird Gegenstand der nachfolgenden Ausführungen unter Ziffer 1.1 und 1.2 sein.

Ob und inwieweit sich die Rechtsauffassung des Generalanwalts und die Rechtsfindung des EuGH in der Rechtssache C-458/00 auf die Verbrennung von Abfällen in Sonderabfallverbrennungsanlagen übertragen lässt, wird Gegenstand der Ausführungen unter Ziffer 1.3 sein.

1.1 Auswirkungen auf § 4 Abs. 4 KrW-/AbfG

§ 4 Abs. 4 KrW-/AbfG lautet:

(4) ¹ Die energetische Verwertung beinhaltet den Einsatz von Abfällen als Ersatzbrennstoff; vom Vorrang der energetischen Verwertung unberührt bleibt die thermische Behandlung von Abfällen zur Beseitigung, insbesondere von Hausmüll.

² Für die Abgrenzung ist auf den Hauptzweck der Maßnahme abzustellen.

³ Ausgehend vom einzelnen Abfall, ohne Vermischung mit anderen Stoffen, bestimmen Art und Ausmaß seiner Verunreinigungen sowie die durch seine Behandlung anfallenden weiteren Abfälle und entstehende Emissionen, ob der Hauptzweck auf die Verwertung oder die Beseitigung gerichtet ist.

Zum besseren Verständnis sollen zunächst die bislang in der deutschen Rechtsprechung und im deutschen Schrifttum vertretenen Auffassungen über die Einordnung von ursprünglich angefallenen bzw. nachträglich hergestellten Abfallgemischen als Abfälle zur Verwertung oder Beseitigung dargestellt werden. Die Abgrenzungsdiskussion entstand vor allem wegen der nur für Abfälle zur Beseitigung bestehenden Überlassungspflicht an die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger nach § 13 Abs. 1 Satz 2 KrW-/AbfG und entbrannte im wesentlichen um den in den § 4 Abs. 4 und § 6 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 KrW-/AbfG vorgesehenen Bezugspunkt des „einzelnen“ Abfalls.

Im Anschluss daran werden die Rechtsauffassung des Generalanwalts und die Rechtsfindung des EuGH und die Folgen für die deutsche Rechtslage erläutert.

1.1.1 Einordnung von Abfallgemischen nach § 4 Abs. 4 KrW-/AbfG

Für die Einordnung von Abfallgemischen als Abfälle zur Verwertung oder Beseitigung finden sich im wesentlichen drei unterschiedliche Ansätze, namentlich die beseitigungsorientierte Auslegung, die verwertungsorientierte Auslegung und vermittelnde Auffassungen. Es geht dabei vornehmlich um die Frage, ob und inwieweit Abfallgemische aus verwertbaren und nichtverwertbaren Abfällen insgesamt als Abfälle zur Verwertung eingeordnet werden können oder nicht vielmehr insgesamt als Abfälle zur Beseitigung eingestuft werden müssen. Streitig ist vor allem, ob unter dem „einzelnen“ Abfall im Sinne der § 4 Abs. 4 und § 6 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 KrW-/AbfG auch ein Abfallgemisch verstanden werden kann.

1.1.1.1 Beseitigungsorientierte Auslegung

Die beseitigungsorientierte Auslegung geht insbesondere auf das erste Arbeitspapier der Länderarbeitsgemeinschaft Abfall (LAGA) zur „Definition und Abgrenzung von Abfallverwertung und Abfallbeseitigung sowie von Abfall und Produkt“⁵ vom 17./18.03.1997 zurück. Diese fand anfänglich Eingang in die Verwaltungspraxis und auch in die Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte.⁶

⁵ Vgl. Länderarbeitsgemeinschaft Abfall (LAGA), Definition und Abgrenzung von Abfallverwertung und Abfallbeseitigung sowie von Abfall und Produkt nach dem KrW-/AbfG, Papier vom 17.03.1997, Nr. 6 f., S. 31 ff.; auf dieser Linie auch das sog. Konsenspapier der 49. Umweltministerkonferenz vom November 1997.

⁶ OVG Lüneburg in: NVwZ 1998, 1202 (1204); VGH Mannheim in: NVwZ 1998, 1206 (1206 f.); zunächst auch noch VGH München in: NVwZ 1998, 1205 (1205); VG Regensburg in: NVwZ 1998, 431 (432); VG Sigmaringen in: NVwZ 1998, 429 (431); VG Würzburg, Urteil vom 23.02.1999 – W 6 K 98/302; VG Minden, Beschluss vom 13.06.1997 – 8 L 438/97; VG Aachen, Beschluss vom 03.07.1997 – 7 L 950/97; weitere Nachweise aus dem Schrifttum bei Koch/Reese, Getrennthaltung und Überlassung von Abfällen zur Beseitigung aus Gewerbebetrieben, 2002, S. 25 Fn. 42.

Nach dieser Auffassung kann ein Abfallgemisch nur unter drei Voraussetzungen unter den Begriff des „einzelnen“ Abfalls gefasst und in der Folge als Abfall zur (energetischen) Verwertung angesehen werden:

- Es muss sich um ein bereits ursprünglich als solches angefallenes Abfallgemisch (im Gegensatz zu einem nachträglich hergestellten Abfallgemisch) handeln.
- Jeder Bestandteil des Abfallgemisches muss für sich besehen die Heizwertkriterien des § 6 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 KrW-/ AbfG erfüllen.
- Es muss durch die vorgesehene Entsorgungsmaßnahme mindestens der hälftige Gewichtsanteil des ursprünglich angefallenen Abfallgemisches verwertet werden.

Falls es sich dagegen um ein nachträglich hergestelltes Abfallgemisch handelt, soll dieses insgesamt als Abfall zur Beseitigung mit der Folge der Überlassungspflicht nach § 13 Abs. 1 Satz 2 KrW-/AbfG anzusehen sein.

Die Frage, wann der Abfall ursprünglich anfällt, wird unter Rückgriff auf § 3 Abs. 3 Nr. 1 und 2 KrW-/AbfG mit der Bestimmung eines sehr frühen Zeitpunkts beantwortet, so dass nach dieser Auffassung schon die gemeinsame Erfassung von Abfällen zur Verwertung und solchen zur Beseitigung in einem bereit gestellten Sammelbehältnis zur Annahme einer nachträglichen Vermischung einzelner Abfälle führt. Begründet wird diese Auffassung mit dem Begriff des „einzelnen“ Abfalls in § 4 Abs. 4 und § 6 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 KrW-/AbfG und mit dem Bedürfnis zu unterbinden, dass die Überlassungspflichten nach § 13 Abs. 1 Satz 2 KrW-/ AbfG durch eine nachträgliche Vermischung von Abfällen umgangen werden.

1.1.1.2 Verwertungsorientierte Auslegung

Die verwertungsorientierte Auslegung findet sich in dem grundlegenden Urteil des Bundesverwaltungsgerichtes vom 15.06.2000,⁷ womit es ein Urteil des VGH München vom 30.11.1999⁸ im Ergebnis bestätigte.

⁷ in: NVwZ 2000, 1178 (1178).

Der VGH München hatte geurteilt, dass auch ein nachträglich hergestelltes Abfallgemisch als „einzelner“ Abfall im Sinne der § 4 Abs. 4, § 6 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 KrW-/AbfG anzusehen sei, wenn der Erzeuger oder Besitzer des Abfalls mit der Vermischung nicht gegen **besondere** gesetzliche Getrennthaltungspflichten verstoßen hat. Eine allgemeine Verpflichtung zur getrennten Erfassung von verwertbaren Abfällen einerseits und unverwertbaren Abfällen andererseits besteht nach Auffassung des Gerichts nicht. Wegen des Fehlens einer auf § 7 Abs. 1 Nr. 2 KrW-/AbfG (ergänze: § 12 Abs. 1 Nr. 1 KrW-/AbfG) gestützten Rechtsverordnung ließen sich auch aus § 5 Abs. 3 und 4 KrW-/AbfG keine konkreten (Getrennthaltungs-) Pflichten für die Art und Weise der Erfassung ableiten. Die allgemeinen Getrennthaltungs- und Getrenntbehandlungsgebote in § 5 Abs. 2 Satz 4 KrW-/AbfG für Abfälle zur Verwertung bzw. in § 11 Abs. 2 KrW-/AbfG für Abfälle zur Beseitigung, „soweit“ dies zur Erfüllung der Anforderungen nach den §§ 4 bis 5 KrW-/AbfG bzw. § 10 KrW-/AbfG erforderlich ist, könnten nach Auffassung des Gerichts insoweit nicht als ausreichend angesehen werden.

Das Bundesverwaltungsgericht bestätigte diese Auffassung. Zunächst stellt das Gericht fest, dass die § 5 Abs. 2 Satz 4, § 11 Abs. 2 KrW-/AbfG entgegen dem insoweit etwas missverständlichen Wortlaut nicht nur die „intra-kategoriale“ Trennung (Vermischung von Abfällen zur Verwertung bzw. Abfällen zur Beseitigung *untereinander*), sondern wegen der abfallwirtschaftlichen Zwecksetzung auch die „inter-kategoriale“ Trennung (Vermischung von Abfällen zur Verwertung *mit* Abfällen zur Beseitigung) betreffen. Aus dieser abstrakten gesetzlichen Regelung folgert das Gericht sodann, dass eine konkrete Pflicht zur Getrennthaltung nur begründet werden kann, wenn im Einzelfall die nachträgliche Vermischung – nachweislich – zu einer nicht mehr schadlosen Verwertung der verwertbaren Abfälle bzw. einer nicht mehr gemeinwohlverträglichen Beseitigung der unverwertbaren Abfälle führt. Weitergehende Trennungspflichten könnten wegen des Vorbehalts von Rechtsverordnungen in den § 7 Abs. 1 Nr. 2, § 12 Abs. 1 Nr. 1 KrW-/AbfG nur auf entsprechende Bestimmungen in noch zu erlassenden Regelwerken gestützt werden.

⁸ in: ZUR 2000, 211 (211).

Da dem Verfahren die Entsorgung hausmüllähnlicher Gewerbeabfälle zu Grunde lag, musste sich das Bundesverwaltungsgericht in dem zu entscheidenden Fall nicht mit der Frage der Geltung des Vermischungsverbots für gefährliche Abfälle in Art. 2 Abs. 2 EG-GefAbfRL befassen. Dies wäre allerdings durchaus angebracht gewesen, um die vordergründig sehr weitgehend erscheinenden Folgen dieser Rechtsprechung zu relativieren.⁹

1.1.1.3 Vermittelnde Auffassungen

Die vermittelnden Auffassungen lassen sich im wesentlichen in vier Ansätze einteilen. Nach der ersten Auffassung¹⁰ wird der Zeitpunkt des Anfalls des Abfallgemischs auf einen späteren Zeitpunkt verlegt, nach der zweiten Auffassung¹¹ wird die Einordnung als Abfall zur Verwertung oder Abfall zur Beseitigung auf die einzelnen abtrennbaren Teile des Abfallgemischs bezogen und nach der dritten Auffassung¹² soll die Vermischung uneingeschränkt möglich sein, solange sie nicht der Gesetzesumgehung dient, weil die Hauptzweckklausel in § 4 Abs. 4 Sätze 2 und 3 KrW-/AbfG nur eine Missbrauchsregelung darstelle.

Von einer eingehenderen Darstellung dieser vermittelnden Auffassungen kann an dieser Stelle abgesehen werden.¹³

⁹ Vgl. die kritische Würdigung des Urteils bei Koch/Reese, aaO, S. 37 ff.

¹⁰ OVG Münster in: NVwZ 1999, 674; OVG Lüneburg in: NVwZ 1998, 1202.

¹¹ OVG Koblenz in: DÖV 1999, 432; OVG Koblenz in: NVwZ 1999, 682; ähnlich Dolde/Vetter, Abgrenzung von Abfallverwertung und Abfallbeseitigung nach dem Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz, 1997, S. 113 ff.; Queitsch, Gibt es noch „Abfälle zur Beseitigung“ nach dem Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz?, UPR 2000, 1.

¹² Weidemann in: Jarass/Ruchay/Weidemann, KrW-/AbfG, Kommentar, Loseblattsammlung, § 4 Rz. 106 ff.; ihm folgend VG Düsseldorf in: NVwZ-RR 1997, 347.

¹³ Vgl. statt dessen die ausführliche Darstellung bei Koch/Reese, aaO, S. 27 ff.

1.1.2.1 Auffassung des Generalanwalts in der Rechtssache C-228/00

Der Generalanwalt ist der grundsätzlichen Auffassung, dass es unbeschadet einer näheren Bestimmung in der EG-AbfVerbrVO und der potentiellen Überschneidung zwischen dem Beseitigungsverfahren D 10 des Anhang II A zur EG-AbfRRL („Verbrennung an Land“) einerseits und dem Verwertungsverfahren R 1 des Anhang II B zur EG-AbfRRL („Hauptverwendung als Brennstoff oder andere Mittel der Energieerzeugung“) andererseits nicht im „freien Ermessen“ der Mitgliedstaaten stehe, einseitig weitere Unterscheidungsmerkmale für die Abgrenzung zwischen den Begriffen der „Beseitigung“ und der „Verwertung“ aufzustellen.¹⁴ Zur Begründung verweist er am Beispiel des Heizwertkriteriums (vgl. § 6 Abs. Satz 1 Nr. 1 KrW-/AbfG) auf die nach seiner Ansicht unannehmbaren Folgen, die sich für den Binnenmarkt ergeben, wenn es den Mitgliedstaaten ermöglicht wird, eine Zuordnung zum Verwertungs- oder Beseitigungsverfahren unter Zugrundelegung eines von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat unterschiedlichen Mindestheizwerts vorzunehmen.

Dies würde dem mit der EG-AbfVerbrVO verfolgten Ziel einer gemeinsamen Terminologie¹⁵ und dem Ausnahmecharakter begründeter Einwände gegen die grenzüberschreitende Verbringung von Abfällen zur Verwertung in Art. 7 Abs. 4 EG-AbfVerbrVO entschieden zuwiderlaufen, weil es sonst im Ergebnis von den nationalrechtlichen Begriffsbestimmungen abhängig wäre, ob an Stelle der für Abfälle zur Verwertung nur ausnahmsweise vorgesehenen und abschließend¹⁶ aufgeführten Einwände die viel umfassenderen Einwendungsmöglichkeiten bei der Verbringung von Abfällen zur Beseitigung in Art. 4 Abs. 3 EG-AbfVerbrVO vorgebracht werden könnten.¹⁷

¹⁴ Vgl. Schlussanträge vom 26.09.2002, Rs. C-228/00, Ziffer 47.

¹⁵ Ebenso die dritte Begründungserwägung der Richtlinie (EWG) 91/156, die die EG-AbfRRL änderte: „Für eine effizientere Abfallbewirtschaftung in der Gemeinschaft sind eine **gemeinsame Terminologie** und eine Definition der Abfälle erforderlich.“

¹⁶ Vgl. EuGH, Urteil vom 27.02.2002, Rs. 6/00, Slg. 2002, I 1986 Rz. 36 – ASA Abfall.

¹⁷ Vgl. Schlussanträge vom 26.09.2002, Rs. C-228/00, Ziffer 51.

Zwar könne der Heizwert ein brauchbares Abgrenzungskriterium sein. Doch bedürfe dies einer einheitlichen Regelung auf der Gemeinschaftsebene, die bislang wegen der unterschiedlichen Vorstellungen der Mitgliedstaaten nicht zustande gekommen ist.¹⁸

In der Folge behandelt der Generalanwalt die Frage der zutreffenden Auslegung des Begriffs der „**Haupt**verwendung als Brennstoff oder andere Mittel der Energieerzeugung“ (R 1 des Anhangs II B. zur EG-AbfRRL) als Verwertungsverfahren im allgemeinen¹⁹ und der Einordnung der Verbrennung von Abfallgemischen im besonderen.²⁰ Die Auffassung Deutschlands, wonach eine Verwertung im Sinne von R 1 des Anhangs II B zur EG-AbfRRL nur vorliege, wenn der vorrangige Zweck der Verbrennung in der Verwendung der Abfälle als Energiequelle liege, lehnt der Generalanwalt dabei ausdrücklich ab.²¹ Er folgt dagegen der Auffassung der Kommission, wonach eine Verwertung anzunehmen ist, wenn die Abfälle „**hauptsächlich**“ als Brennstoff verwendet werden, was anzunehmen ist, wenn

- (1) durch die Verbrennung des **überwiegenden** (!) Teils²² der verbrachten **Abfälle** thermische Energie erzeugt und
- (2) der **überwiegende** Teil²³ der dadurch gewonnene **Energie** auch verwendet wird, so dass die verbrannten Abfälle andere Energiequellen ersetzen.²⁴

Mit anderen Worten: Für die „*Haupt*verwendung als Brennstoff oder andere Mittel der Energieerzeugung“ als Verwertungsverfahren ist erforderlich, aber auch ausreichend, dass (nur) *der überwiegende Teil* des zu verbringenden Abfalls verbrannt wird, wenn dadurch ein Energieüberschuss erzeugt wird, der auch tatsächlich überwiegend genutzt wird und dadurch *hauptsächlich* andere natürliche Rohstoffe (Brennstoffe) ersetzt werden.

¹⁸ Vgl. Schlussanträge vom 26.09.2002, Rs. C-228/00, Ziffer 52.

¹⁹ Vgl. Schlussanträge vom 26.09.2002, Rs. C-228/00, Ziffer 54 ff.

²⁰ Vgl. Schlussanträge vom 26.09.2002, Rs. C-228/00, Ziffer 72 ff.

²¹ Vgl. Schlussanträge vom 26.09.2002, Rs. C-228/00, Ziffer 56.

²² Vgl. Schlussanträge vom 26.09.2002, Rs. C-228/00, Ziffer 55 f. i.V.m. 63 ff.

²³ Vgl. Schlussanträge vom 26.09.2002, Rs. C-228/00, Ziffer 55 f. i.V.m. 63 ff.

²⁴ Vgl. auch Schlussanträge vom 14.11.2002, Rs. C-116/01, Ziffer 62, 74; Schlussanträge vom 26.09.2002, Rs. C-458/00, Ziffer 41, 66.

Unter Berufung auf das ASA-Urteil des EuGH²⁵ wird der Hauptzweck einer Verwertungsmaßnahme dahingehend umschrieben, dass die Abfälle eine sinnvolle Aufgabe erfüllen, wenn sie andere Materialien ersetzen, die (ansonsten) für diese Aufgabe verwendet werden müssten, wodurch im Sinne der Ressourcenschonung natürliche Rohstoffquellen erhalten bleiben. Entscheidende Frage sei deshalb, ob die Abfälle für einen realen Zweck verwendet werden. Daraus leitet der Generalanwalt folgende, für die Abgrenzung letztlich entscheidende **Kontrollfrage** ab:

Wenn die Abfälle für die in Aussicht genommene Maßnahme nicht zur Verfügung stünden, würde diese Maßnahme dann gleichwohl mit anderem Material (Brennstoffe) durchgeführt ?²⁶

Im zu entscheidenden Einzelfall wird dies für die Verwendung der streitgegenständlichen Abfälle in den belgischen Zementwerken befürwortet, für die Verbrennung der Abfälle aus Luxemburg in einer französischen Hausmüllverbrennungsanlage (Rechtssache C-458/00, EU-Kommission ./ Luxemburg) dagegen verneint, weil dort die Verwertung der erzeugten Energie nur *gelegentlich* der Verbrennung von Hausmüll erfolge und nicht Hauptzweck der Verbrennung ist.²⁷ Würde der zu verbrennende Hausmüll aus Luxemburg nicht nach Frankreich verbracht, würde dort insoweit auch keine Verbrennung stattfinden.

Der Generalanwalt macht zwar noch auf das Erfordernis der einzelfallbezogenen Prüfung und des möglichen Einwandes nach Art. 7 Abs. 4 a) 5. Tirée EG-AbfVerbVO in denkbaren Ausnahmefällen aufmerksam.²⁸

Seine auf den konkreten Verbrennungsvorgang verkürzte Fragestellung blendet aber gesamtökologisch wichtige, umfassendere Fragen aus:

²⁵ Vgl. EuGH, Urteil vom 27.02.2002, Rs. 6/00, Slg. 2002, I 1986 Rz. 69 – ASA Abfall.

²⁶ Vgl. Schlussanträge vom 26.09.2002, Rs. C-228/00, Ziffer 57.

²⁷ Vgl. Schlussanträge vom 26.09.2002, Rs. C-228/00, Ziffer 57 f.

²⁸ Vgl. Schlussanträge vom 26.09.2002, Rs. C-228/00, Ziffer 65 und 67.

Ob nämlich die konkreten Zementöfen ohne Abfälle als Brennstoff tatsächlich aus technisch-wirtschaftlichen Gründen betrieben werden würden und ob durch die von einem Müllheizkraftwerk erzeugte (Wärme-) Energie andere Verbrennungsanlagen auf Basis fossiler Energieträger ersetzt werden.

Im Hinblick auf die Einordnung von Abfallgemischen wird die Auffassung Deutschlands, dass bei diesen auf die Eigenschaften der (darin enthaltenen) einzelnen Abfälle und nicht auf die Eigenschaften des jeweiligen Abfallgemisches abzustellen sei, vom Generalanwalt ebenfalls eindeutig abgelehnt. Wesentlich für die Einordnung als (energetische) Verwertung sei allein, dass die schwer brennbaren Abfälle aufgrund ihrer Vermischung mit leicht brennbaren Abfällen tatsächlich brennen und die durch die gemeinsame Verbrennung gewonnene Energie verwendet wird, nicht dagegen die gedachte Reaktion der einzelnen Abfälle im Falle der tatsächlich nicht stattfindenden Einzelverbrennung.²⁹ Diese Rechtsauffassung wird durch den Wortlaut des möglichen Einwandes nach Art. 7 Abs. 4 a) 5. Tirèe EG-AbfVerbVO gestützt, wo im Hinblick auf die Verbringung von zur Verwertung bestimmten Abfällen ausdrücklich vom „Anteil an verwertbarem und nicht verwertbarem Abfall“, von „letztlich verwertbaren Stoffe“ und von „der Beseitigung des nicht verwertbaren Anteils“ gesprochen wird. Ferner ist Art. 6 Abs. 5, 6. und 7. Tirèe EG-AbfVerbrVO anzuführen, wo ausdrücklich von (nicht verwertbaren) Restabfallmengen nach stattgefundener Verwertung die Rede ist.

Der Generalanwalt hält es auch für unzulässig, zum Zwecke der Abgrenzung zwischen Verwertung und Beseitigung auf die Art und Menge der in den Abfällen enthaltenen Schadstoffe abzustellen.³⁰ Unter Bezugnahme auf das ASA-Urteil des EuGH³¹ wird ausgeführt, dass sich aus der EG-AbfRRL, auf die die EG-AbfVerbVO wegen der Definition der Begriffe „Beseitigung“ und „Verwertung“ verweist, nicht ergebe, dass die Gefährlichkeit oder Ungefährlichkeit der Abfälle als solche für die Frage der Einordnung eines Verfahrens als Verwertung bestimmend sei.

²⁹ Vgl. Schlussanträge vom 26.09.2002, Rs. C-228/00, Ziffer 69 ff.

³⁰ Vgl. Schlussanträge vom 26.09.2002, Rs. C-228/00, Ziffer 75.

³¹ EuGH, Urteil vom 27.02.2002, Rs. 6/00, Slg. 2002, I 1986 Rz. 69 – ASA Abfall

Vielmehr ergebe sich bereits aus Art. 3 Abs. 1 a) 3. Tirée EG-AbfRRL, wonach die Mitgliedstaaten geeignete Techniken zur Beseitigung gefährlicher Stoffe in Abfällen zur Verwertung entwickeln sollen, dass auch Abfälle zur Verwertung gefährliche Stoffe enthalten können. Auch der Wortlaut des Art. 3 Abs. 2 1. Tirée der Richtlinie 91/689/EWG für gefährliche Abfälle (EG-GefAbfRL) der im Zusammenhang mit Abfällen zur Verwertung ausdrücklich „Grenzwerte für die in den Abfällen enthaltenen gefährlichen Stoffe“ nennt, spricht für diese Auffassung.

In diesem Zusammenhang weist der Generalstaatsanwalt ausdrücklich darauf hin, dass Deutschland zur Verhinderung der Vermischung von gefährlichen und nicht gefährlichen Abfällen nach Art. 2 Abs. 2 bis 4 EG-GefAbfRL entsprechende Maßnahmen ergreifen könnte, um solche Praktiken zu unterbinden. Deutschland habe eine derartige allgemeine Regelung aber (noch) nicht getroffen. Die Frage, ob die entsprechende EU-Richtlinie für die Vollzugspraxis in Deutschland nutzbar gemacht werden kann, wird vom Generalanwalt nicht aufgeworfen.

1.1.2.2 Auffassung des EuGH in der Rechtssache C-228/00

Das Urteil des EuGH in der Rechtssache C-228/00 liegt auf der Linie der Schlussanträge.

Der EuGH betont zwar die nach wie vor verbleibende Konkretisierungsbefugnis der Mitgliedsstaaten, in allgemeinen Entscheidungen Kriterien zur Abgrenzung zwischen einem Verwertungsverfahren und einem Beseitigungsverfahren festzulegen.³² Diese Kriterien zur Abgrenzung müssen aber im Einklang mit den im Wortlaut der Anhänge II A und II B zur EG-AbfRRL (vom EuGH an einer Stelle versehentlich als „Verordnung“³³ bezeichnet) bereits angelegten Kriterien zur Abgrenzung stehen.³⁴

³² Ob der Generalanwalt in seinen diesbezüglichen Ausführungen den Mitgliedstaaten wirklich jegliche weitere Konkretisierungsbefugnis absprechen wollte, wie Petersen in: AbfallR 2002, 7 (7, 9) meint, bedarf folglich keiner Erörterung.

³³ Vgl. EuGH, Urteil vom 13.02.2003, Rs. C-228/00, Rz. 36,

³⁴ Vgl. EuGH, Urteil vom 13.02.2003, Rs. C-228/00, Rz. 35 ff,

Der EuGH postuliert in der Folge vier Voraussetzungen, die zur Annahme der „Hauptverwendung als Brennstoff oder andere Mittel der Energieerzeugung“ (Verfahren R 1 des Anhangs II B zur EG-AbfRRL bzw. zum KrW-/AbfG) führen, die zusammenfassend auch als zwei Anforderungen gefasst werden können:

(1) **Hauptzweck** des fraglichen Verfahrens ist die **Verwendung der Abfälle als Mittel der Energieerzeugung**.³⁵

(2) **Die Verbrennung des überwiegenden Teils der Abfälle erzeugt einen überwiegend erfassten und auch tatsächlich** (in Form von Verbrennungswärme oder nach Umwandlung in Form von Elektrizität) **genutzten Energieüberschuss**.³⁶

Die erste Voraussetzung entspricht § 4 Abs. 4 Satz 2 KrW-/AbfG.

Die zweite Voraussetzung entspricht den beiden vom Generalanwalt geforderten und bereits dargestellten Voraussetzungen.

Erfüllt das (vorgesehene) Verfahren diese Voraussetzungen, ist es nach der Rechtsfindung des EuGH als Verfahren R 1 des Anhangs II B zur EG-AbfRRL anzuerkennen, ohne dass bei der Abgrenzung auf zusätzliche Kriterien wie etwa den Heizwert der Abfälle, den Schadstoffgehalt der verbrachten (bzw. zu verbringenden) Abfälle oder die Frage der Vermischung der Abfälle zurückgegriffen werden darf.³⁷

Der grenzüberschreitenden Verbringung dieser folgerichtig vom EuGH ausdrücklich als „**Abfälle zur Verwertung**“³⁸ bezeichneten Abfälle können aber die Einwände nach Art. 7 Abs. 4 EG-AbfVerbrVO entgegen gehalten werden, wenn und soweit die erforderlichen Voraussetzungen vorliegen.

³⁵ Vgl. EuGH, Urteil vom 13.02.2003, Rs. C-228/00, Rz. 41,

³⁶ Vgl. EuGH, Urteil vom 13.02.2003, Rs. C-228/00, Rz. 42 f,

³⁷ Vgl. EuGH, Urteil vom 13.02.2003, Rs. C-228/00, Rz. 47, 54.

³⁸ Vgl. EuGH, Urteil vom 13.02.2003, Rs. C-228/00, Rz. 48.

Ausschließlich im Hinblick auf die Frage der **Zulässigkeit der grenzüberschreitenden Verbringung von Abfällen zur Verwertung** lässt der EuGH einen Rückgriff auf den Heizwert der Abfälle, den Schadstoffgehalt der zu verbringenden Abfälle oder die Frage der Vermischung der Abfälle zu, um den möglichen Einwand nach Art. 7 Abs. 4 a) Tirée 5 EG-AbfVerbrVO im konkreten Einzelfall zu begründen. Die besagten Kriterien können mithin nur bei der Begründung von **Einwänden gegen die grenzüberschreitende Verbringung von Abfällen zur Verwertung** nach Art. 7 Abs. 4 a) Tirée 5, **nicht aber für die Frage der Abgrenzung** zwischen den Verfahren D 10 und R 1 des Anhangs II A bzw. B zur EG-AbfRRL bzw. zum KrW-/AbfG zugrunde gelegt werden.

1.1.3 Auswirkungen auf § 4 Abs. 4 KrW-/AbfG

Die Folgen der Rechtsauffassung des Generalanwalts und des EuGH für § 4 Abs. 4 KrW-/AbfG liegen nach der vorstehenden ausführlichen Darstellung auf der Hand:

Zunächst ist daran zu erinnern, dass die EG-AbfVerbrVO nach Art. 249 Satz 2 EGV allgemeine Geltung hat, in allen ihren Teilen verbindlich ist und unmittelbar in jedem Mitgliedsstaat gilt. Deshalb gelten wegen der Bezugnahme in Art. 2 i) und k) EG-AbfallVerbrVO auf Art. 1e) und f) EG-AbfRRL auch die unter Bezugnahme auf die Anhänge II A und B geregelten Definitionen allgemein und unmittelbar und sind in allen ihren Teilen für die Mitgliedstaaten und deren Bürger verbindlich. Dass diese Verfahren über § 3 Abs. 2 KrW-/AbfG i.V.m. Anhang II A bzw. B zum KrW-/AbfG auch Eingang in das deutsche Abfallrecht gefunden haben, ist mithin nur von deklaratorischer Bedeutung. Daraus folgt, dass die Begriffe „Beseitigung“ und „Verwertung“ den Mitgliedstaaten durch die Verordnung konstitutiv vorgegeben sind und unmittelbare Geltung beanspruchen.

Die Definitionen für die Begriffe der „Verwertung“ und „Beseitigung“ beanspruchen diese unmittelbare Geltung indessen nicht nur für die grenzüberschreitende Verbringung, sondern allgemein, also auch für die innerstaatliche Verbringung.

Abweichende Auffassungen zu der Bedeutung und Reichweite des Art. 13 EG-AbfVerbrVO³⁹ lassen sich angesichts des eindeutigen Wortlauts der Vorschrift nicht (mehr) aufrecht halten. In rechtsdogmatischer Hinsicht werden in Art. 13 Abs. 1 EG-AbfVerbrVO für die Verbringung von Abfällen innerhalb der Mitgliedstaaten nur die Titel II, VII und VIII vom Anwendungsbereich der EG-AbfVerbrVO ausgenommen. In Art. 13 Abs. 4 EG-AbfVerbrVO wird den Mitgliedstaaten aber die Option eingeräumt, **auch** diese Titel für die Verbringung von Abfällen innerhalb der Mitgliedstaaten anzuwenden.

Titel I der EG-AbfVerbrVO und die darin in Art. 2 i) bzw. k) EG-AbfVerbrVO i.V.m. Art. 1 e) bzw. f) EG-AbfRRL enthaltenen Begriffsbestimmungen für „Beseitigung“ und „Verwertung“ sind jedoch vom Anwendungsbereich ausdrücklich nicht ausgenommen.

Folgerichtig wurde von vornherein teilweise die Auffassung vertreten, dass die Begriffsbestimmungen in Art. 2 EG-AbfVerbrVO unmittelbar auch in Deutschland gelten. Die Gegenauffassung bezeichnete dies als falschen „Umkehrschluss“ und versuchte, unter Hinweis auf die Systematik und die Entstehungsgeschichte des Art. 13 Abs. 1 EG-AbfVerbrVO diesen lediglich eine deklaratorische Bedeutung beizumessen.

Diese Gegenauffassung verkennt, dass die unmittelbare Anwendbarkeit des Titels I der EG-AbfVerbrVO nicht einen „Umkehrschluss“, sondern einen Fall folgerichtiger Gesetzesanwendung darstellt. Schwerer wiegt indessen, dass nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen eine Auslegung entgegen dem eindeutigen Wortlaut einer Vorschrift unter Berufung auf die nachrangigen Auslegungshilfen der Systematik und Entstehungsgeschichte grundsätzlich nicht zulässig ist.⁴⁰

³⁹ Vgl. von Köller/Klett/Konzak, EG-Abfallverbringungsverordnung, 1994, § 13 Rz. 2 ff. auch mit vermittelnder Auffassung; Kasten, Europarechtliche und völkerrechtliche Aspekte der grenzüberschreitenden Abfallverbringung, 1996, S. 91 ff.; jeweils vor allem wegen der Geltung der Begriffsbestimmung für Abfälle in Art. 2 a) EG-AbfVerbrVO; Szelinski/Schneider, Grenzüberschreitende Abfallverbringungen, 1. Auflage, 1995, Art. 13, Anmerkung 2 (Seite 57).

⁴⁰ Vgl. zu Auslegungsmethoden bei Gesetzen nur Heinrichs in: Palandt, BGB, 62. Auflage, Einleitung Rz. 35.

Der Gegenauffassung ist zwischenzeitlich aber durch das Tombesi-Urteil des EuGH auch eindeutig die Grundlage entzogen worden:

“44. Those points having been noted, it should be borne in mind that Article 2(a) of Regulation No 259/93, **forming part of the Title I** ('Scope and definitions'), provides that, for the purposes of the regulation, 'waste' means the substances or objects defined in Article 1(a) of Directive 75/442.

45. According to Article 1(1) thereof, Regulation No 259/93 applies to shipments of waste within, into and out of the Community. Under Title III ('Shipments of waste within Member States') **Article 13(1) makes clear that Title II** (Shipments of waste between Member States), **Title VII** (Common provisions) **and Title VIII** (Other provisions) **do not apply to shipments within a Member State.**

46. **Accordingly, it must be concluded that**, in order to ensure that the national systems for supervision and control of shipments of waste conform with minimum criteria, **Article 2(a) in Title I** of Regulation No 259/93, referring to Article 1(a) of Directive 75/442, as amended, laid down a common definition of the concept of waste which **is of direct application, even** to shipments **within any Member State.**”⁴¹

Diese folgerichtige Position der Anwendbarkeit der Begriffsbestimmungen auch auf die innerstaatliche Verbringung wird in der nationalen verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung auch bei den Begriffen der „Beseitigung“ und „Verwertung“ im Sinne des Art. 2 i) bzw. k) EG-AbfVerbrVO zugrunde gelegt:

„[...] Denn ausweislich des fünften Erwägungsgrundes der Verordnung 259/93 verpflichtet das **Kohärenzgebot [!]** nur zur Wahrung bestimmter **Mindestkriterien**, wie dies **etwa** beim **Abfallbegriff** der Fall ist (EuGH, Urte. v. 25.06.1997, Rs. C-304/94 u.a., Slg. I 1997, 3561 = ZUR 1997, 267 = NUR 1999, 36 - Tz. 45 f.).

⁴¹ EuGH, Urteil vom 25.06.1997, Rs. C-304/94 u. a., Slg. I 1997 3561 = ZUR 1997, 267 = NUR 1999, 36 – Tz. 45 f.

Eine vollständige Harmonisierung mit der Gemeinschaftsregelung wird nicht angestrebt (so auch EuGH, Urte. v. 22.06.2000, Rs. C-318/98, EuZW 2000, 605 = NVwZ 2001, 313 - Tz. 46 zur Entsorgung „gefährlicher Abfälle“ im Sinne der Richtlinie 91/689/EWG). **Das Kohärenzgebot des Art. 13 Abs. 2 EG-AbfVerbrVO verlangt in erster Linie, dass auch bei der innerstaatlichen Abfallverbringung der Unterschied zwischen Abfällen zur Beseitigung und Abfällen zur Verwertung beachtet wird** (so die EG-Kommission in ihrem Schreiben an den Bundesaußenminister vom 30.04.1999 – SG (99) D/3014 – S. 5).“⁴²

Festzuhalten ist, dass nach dieser Rechtsprechung das in Art. 13 Abs. 2 EG-AbfVerbrVO verankerte Kohärenzgebot die Beachtung der Unterschiede zwischen Abfällen zur Beseitigung und Abfällen zur Verwertung entsprechend der EU-rechtlichen Definition gebietet. Nur der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass die unmittelbare Geltung der Begriffsbestimmungen für „Verwertung“ und „Beseitigung“ in Art. 1e) und f) EG-AbfRRL auch aus dem Umstand gefolgert werden könnte, dass Richtlinien nach vorherrschender Auffassung durchaus detaillierte und abschließende Begriffsbestimmungen enthalten können, die einer inhaltlichen Veränderung im Rahmen der nationalstaatlichen Umsetzung nicht zugänglich sind.⁴³ Auf dieser Linie liegt auch das bereits vor dem Tombesi-Urteil ergangene sog. „Tongrubenurteil“ des BVerwG.⁴⁴ Das vor dem Inkrafttreten des KrW-/AbfG ergangene höchstrichterliche Urteil bezog sich im Zusammenhang mit der Anlagengenehmigung bei der Frage der Abgrenzung zwischen Wertstoffen (nun: Abfälle zur Verwertung) und Abfällen (nun: Abfälle zur Beseitigung) nach altem Recht ausdrücklich auf das „Begriffsverständnis“ der EG-AbfRRL, woraus folgt, dass es den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben in dieser Richtlinie maßgebliche Bedeutung beimisst. Das sog. „Tongrubenurteil“ des BVerwG und das später ergangene Tombesi-Urteil des EuGH stehen mithin ohne weiteres in Einklang.

⁴² VGH Mannheim, Urteil vom 22. Mai 2001, 10 S 1405/99, Umdruck Seite 9 = ZUR 2002, 51; (auch) insoweit eindeutig bestätigt durch BVerwG, Beschluss vom 31.01.2002, 7 B 1/02, Umdruck Seite 3 = DVBl 2002, 569.

⁴³ Vgl. statt aller nur Posser in: Giesberts/Posser, Grundfragen des Abfallrechts, 2001, Rz. 187 m.w.N.

⁴⁴ In: ZUR 1995, 140 [142, rechte Spalte].

Im Hinblick auf die konkreten Auswirkungen der Rechtsauffassung des Generalanwalts und des EuGH für § 4 Abs. 4 KrW-/AbfG ergibt sich:

1.1.3.1 Keine Auswirkungen auf § 4 Abs. 4 Satz 1 Hs. 1 KrW-/AbfG

§ 4 Abs. 4 Satz 1 Hs. 1 KrW-/AbfG, wonach die energetische Verwertung den Einsatz von Abfällen als Ersatzbrennstoff beinhaltet, steht mit den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben ohne weiteres in Einklang.

1.1.3.2 Keine Auswirkungen auf § 4 Abs. 4 Satz 1 Hs. 2 KrW-/AbfG

Auch die sog. „Hausmüllklausel“ in § 4 Abs. 4 S. 1 Hs. 2 KrW-/AbfG widerspricht bei gemeinschaftsrechtskonformer Auslegung der Rechtsauffassung des Generalanwalts und des EuGH in dem Verfahren C-458/00 nicht:

§ 4 Abs. 4 Satz 1 Hs. 2 KrW-/AbfG lautet:

„vom Vorrang der energetischen Verwertung unberührt bleibt die thermische Behandlung von Abfällen **zur Beseitigung, insbesondere** von Hausmüll“

Die Bedeutung und Reichweite der sog. „Hausmüllklausel“ in § 4 Abs. 4 Satz 1 Hs. 2 KrW-/AbfG ist seit ihrer Einführung vielfach Gegenstand von Kontroversen mit sehr unterschiedlichen Ergebnissen gewesen.⁴⁵ Die Meinungsvielfalt reicht von der Auffassung, der Gesetzgeber habe die (thermische) Behandlung von Abfällen mit inhomogener und wechselnder Zusammensetzung stets als Beseitigung einstufen wollen,⁴⁶ über die Auffassung, der Vorschrift komme lediglich deklaratorische Bedeutung im Hinblick auf das Entfallen der Verwertungspflicht zu,⁴⁷ bis zu der Auffassung, der zweite Halbsatz sei ohne Inhalt.⁴⁸

⁴⁵ Vgl. Posser in: Giesbert/Posser, aaO, Rz. 281 m.w.N.

⁴⁶ Vgl. etwa Weidemann in: Brandt/Ruchay/Weidemann, aaO § 4 Rz. 157 unter Abstellen auf den Betriebszweck einer MVA; Dolde/Vetter, NVwZ 1997, 937 (938),

⁴⁷ Vgl. Fluck, Kreislaufwirtschafts-, Abfall- und Bodenschutzrecht, Stand der Bearbeitung: 21. EL Dezember 1999, § 4 Rz. 155; Kunig in: Kunig/Paetow/Versteyl, KrW-/AbfG, § 4 Rz. 39; Baars in: UPR 1997, 229 (232).

⁴⁸ Vgl. Bothe in: UPR 1996, 170 (176); ähnlich Beckmann/Kersting in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Band III, Stand der Bearbeitung: 28. EL März 1998, § 4 KrW-/AbfG Rz. 86, 93 f.

Zunächst ist festzustellen, dass sich der Anwendungsbereich der Vorschrift nicht auf Hausmüll beschränkt, was aus der Voranstellung des Wortes „insbesondere“ folgt. Vorzugswürdig erscheint die Auffassung, den Regelungsbereich dieser Vorschrift wegen der heterogenen Natur des (nur) beispielhaft angeführten Hausmülls auf alle Abfälle zu erstrecken, die typischerweise inhomogen sind und in wechselnder Zusammensetzung anfallen, wozu auch die hausmüllähnlichen Gewerbeabfälle gehören.⁴⁹ Diese Auffassung wird durch die Abfallschlüssel Nr. 20 03 01 der Anlage zur Verordnung über das Europäische Abfallverzeichnis (AVV) bestätigt, wonach sowohl Hausmüll als auch hausmüllähnliche Gewerbeabfälle einem einheitlichen Abfallschlüssel unter dem Oberbegriff „gemischte Siedlungsabfälle“ unterfallen.⁵⁰

Dagegen ist die weitergehende Auffassung, wonach im Lichte des § 4 Abs. 4 Satz 1 Hs. 2 KrW-/AbfG Hausmüll oder andere Abfälle mit inhomogener und wechselnder Zusammensetzung stets als Abfälle zur Beseitigung einzustufen seien, nicht (mehr) haltbar. Gegen diese Auffassung spricht neben dem Wortlaut, der sich nur auf die thermische Behandlung von Abfällen *zur Beseitigung* bezieht, auch die Regelung des § 13 Abs. 1 Satz 1 KrW-/AbfG, die auch Abfälle zur Verwertung aus privaten Haushaltungen kennt.⁵¹

Nach dem richtigen Verständnis der Vorschrift begründet diese mithin kein Verwertungsverbot, sondern lässt nur den Vorrang der energetischen Verwertung des „Hausmülls“ oder anderer inhomogener Abfälle gegenüber deren Beseitigung (durch thermische Behandlung) entfallen.

⁴⁹ Vgl. Posser in: Giesbert/Posser, aaO, Rz. 284 m.w.N. in Fn. 399, der des weiteren zutreffend darauf hinweist, dass die Begriffsbestimmung in Ziffer 2.2.1 TA-Siedlungsabfall schon deshalb nicht entgegenstehen kann, weil Hausmüll dort als Abfälle „hauptsächlich“ aus privaten Haushaltungen definiert wird.

⁵⁰ Vgl. auch die Begriffsbestimmung in Art. 3 Ziffer 3 der Richtlinie 2000/76/EG vom 04.12.2000 über die Verbrennung von Abfällen; ferner EuGH, Urteil vom 25.06.1998, Rs. C 192/96, Rz. 32.

⁵¹ Vgl. Dolde/Vetter, Rechtsfragen der Verwertung und Beseitigung von Abfällen, 1999, 92 ff. (97).

Dem Erzeuger / Besitzer ist also auch bei grundsätzlich möglicher energetischer Verwertung freigestellt, statt dessen eine Beseitigung vorzunehmen, falls nicht auch eine vorrangige stoffliche Verwertung in Betracht kommt. Er kann, muss aber nicht energetisch verwerten.⁵²

Ein solches differenziertes Verständnis des § 4 Abs. 4 S. 1 Hs. 2 KrW-/AbfG entspricht einer gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung und wird auch nicht durch die Begründung des Generalanwalts und des EuGH in Frage gestellt.

1.1.3.3 Keine Auswirkungen auf § 4 Abs. 4 Satz 2 KrW-/AbfG

Auch § 4 Abs. 4 Satz 2 KrW-/AbfG, wonach für die Abgrenzung auf den Hauptzweck der Maßnahme abzustellen ist, steht mit den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben und der Rechtsauffassung des Generalanwalts⁵³ sowie der Rechtsprechung des EuGH⁵⁴ in Einklang.⁵⁵

1.1.3.4 Problematik des § 4 Abs. 4 Satz 3 KrW-/AbfG

Die Regelung des § 4 Abs. 4 Satz 3 KrW-/AbfG ist nach der Bestätigung der Position des Generalanwalts durch den EuGH aber nur bei einer gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung noch haltbar.

§ 4 Abs. 4 Satz 3 KrW-/AbfG lautet:

(4)³ Ausgehend vom **einzelnen Abfall, ohne Vermischung** mit anderen Stoffen, bestimmen **Art und Ausmaß seiner Verunreinigungen** sowie die **durch seine Behandlung anfallenden weiteren Abfälle** und **entstehende Emissionen**, ob der Hauptzweck auf die Verwertung oder die Beseitigung gerichtet ist.

⁵² Vgl. Beckmann/Kersting in: Landmann/Rohmer, aaO, § 4 Rz. 88 ff.

⁵³ Vgl. Schlussanträge vom 26.09.2002, Rs. C-458/00, Ziffer 43: „Der Begriff Hauptzweck kann somit als allgemeingültiges Merkmal angesehen werden [...]“; Schlussanträge vom 26.09.2002, Rs. C-228/00, Ziffer 57 ff.

⁵⁴ EuGH, Urteil vom 27.02.2002, Rs. 6/00, Slg. 2002, I 1986 Rz. 69 – ASA Abfall; EuGH, Urteil vom 13.02.2003, Rs. C-458/00, Rz. 32, 41 ff.; EuGH, Urteil vom 13.02.2003, Rs. C-228/00, Rz. 41,

⁵⁵ Im Ergebnis ebenso Posser in Giesberts/Posser, aaO, Rz. 266.

Im Hinblick auf Bedeutung und Reichweite der Vorschrift ist einleitend festzustellen, dass der deutsche Gesetzgeber durch diese Vorschrift nicht nur Hilfstatsachen normieren, sondern für den als konkretisierungsbedürftig erachteten Teilbereich des brennstofflichen Einsatzes von Abfällen eine konstitutive Abgrenzung zwischen (energetischer) Verwertung und (thermischer Behandlung von Abfällen zur) Beseitigung schaffen wollte.⁵⁶ Vorauszuschicken ist ferner, dass die Anhänge II A und B zur EG-AbfRRL (und zum KrW-/AbfG) durch Aufzählung der in der Praxis angewendeten Beseitigungs- und Verwertungsverfahren eine konkret-typisierende Abgrenzung zwischen „Beseitigung“ und „Verwertung“ vornehmen, während § 4 Abs. 4 Satz 3 KrW-/AbfG (zusätzlich) eine abstrakt-generelle Beschreibung durch Vorhalten von (zusätzlichen) Abgrenzungsmerkmalen bereitstellt, um zu ermitteln, was der Gesetzgeber unter (energetischer) Verwertung verstanden wissen will und was nicht. In der Folge sollen die einzelnen abstrakt-generellen Vorgaben des Gesetzgebers in § 4 Abs. 4 Satz 3 KrW-/AbfG einer Bewertung im Lichte der Rechtsauffassung des Generalanwalts und des EuGH unterzogen werden.

1.1.3.4.1 Der „einzelne Abfall ohne Vermischung“ als Anknüpfungspunkt

Diese Formulierung führte zu der ursprünglich vorherrschenden Vollzugspraxis in Deutschland, die bei der Frage der Einordnung von Abfallgemischen als Abfall zur Verwertung oder Beseitigung auf die Eigenschaften der einzelnen vermischten Abfälle abstellen wollte.⁵⁷

Der Generalanwalt⁵⁸ und ihm folgend der EuGH⁵⁹ hat dagegen die Position der EU-Kommission bestätigt und eindeutig festgestellt, dass es nicht auf die einzelnen in einem Abfallgemisch enthaltenen Abfälle ankomme, sondern auf die Eigenschaften des Abfallgemischs abzustellen sei, um festzustellen, ob die beabsichtigte Entsorgung eine (energetische) Verwertung oder Beseitigung darstellt.

⁵⁶ Vgl. die Darstellung der vorherrschenden Auffassung bei Kunig in: Kunig/Paetow/Versteyl, § 4 Tz. 36, 40; widersprüchlich Beckmann/Kersting in: Landmann/Rohmer, aaO, § 4 Rz. 64 ff. einerseits und Rz. 80 andererseits.

⁵⁷ Im Anschluss an die LAGA („Abgrenzungspapier“ vom 17./18.03.1997 [siehe FN 3], S. 35 f); siehe z. B. Kunig in Kunig/Paetow/Versteyl, aaO, § 4 Tz. 40

⁵⁸ Schlussanträge vom 26.09.2000, Rs. C-228/00 Ziffer 71

⁵⁹ EuGH, Urteil vom 13.02.2003, Rs. C-228/00, Rz. 47, 54,

Die Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland hatte sich dieser europarechtlich gebotenen Position bereits angenähert, in dem sie zunächst darauf abstellte, ob das Abfallgemisch als solches in einer Anlage anfällt. Geschieht das, wie etwa bei Sortierresten, ist das Gemisch als „einzelner Abfall“ zu qualifizieren.⁶⁰

Diese Rechtsprechung wurde dann durch das Bundesverwaltungsgericht im Ergebnis erweitert, das Abfallgemische als relevanten Bezugspunkt anerkennt, solange die Vermischung als zulässig zu gelten hat.⁶¹

Mit dieser Begründung vermag das Bundesverwaltungsgericht aber nicht zu überzeugen. Ein Verstoß gegen ein bestehendes Vermischungsverbot kann zwar die (energetische) Verwertung unzulässig machen, doch ermöglicht der Verstoß für sich besehen noch keine Abgrenzung zwischen (energetischer) Verwertung und Beseitigung.⁶²

Es ist vielmehr grundlegend zwischen dem begrifflichen Vorliegen einer Verwertung und den Anforderungen an deren **Zulässigkeit** zu unterscheiden. Nicht der Verstoß gegen Getrennthaltungs- oder Getrenntbehandlungsgebote kann zur Einordnung eines Abfalls als Abfall zur Beseitigung führen, sondern nur der Umstand, dass durch die Vermischung ein solches qualitatives oder quantitatives Ausmaß erreicht wird, dass der Hauptzweck der Verbrennung nicht mehr in der „Hauptverwendung als Brennstoff“, sondern nur noch in der Beseitigung (etwa des darin enthaltenen Schadstoffpotentials) gesehen werden kann, mithin nach § 10 Abs. 2 Satz 3 KrW-/AbfG die Nutzung der bei der Verbrennung anfallenden Energie nur untergeordneter **Nebenzweck** der Beseitigung ist. Diese Auffassung wird im Ergebnis auch durch Art. 2 Abs. 4 EG-GefAbfRL bestätigt, wonach bei einer entgegen Art. 2 Abs. 2 und 3 EG-GefAbfRL vorgenommenen Vermischung mit gefährlichen Abfällen eine Trennung (nur) vorzunehmen ist, wenn dies technisch und wirtschaftlich möglich sowie notwendig ist, um Art. 4 EG-AbfRRL nachzukommen.

⁶⁰ OVG Münster in: NVwZ 1998, 1207; OVG Münster in: NVwZ 1999, 674; OVG Lüneburg in: NVwZ 1998, 1202.

⁶¹ BVerwG in: ZUR 2000, 211

⁶² So zutreffend und ausführlich Posser in Giesberts/Posser, aaO, Rz. 350 ff. m.w.N.; bei BVerwG in: ZUR 2000, 211 wird dieser Ansatz aber auch erkennbar.

In Art. 4 EG-AbfRRL ist sowohl von der Verwertung als auch der Beseitigung von Abfällen die Rede, so dass eine Verwertung möglich bleibt. Eine rechtswidrige Vermischung führt also nicht zwangsläufig zu einer Zuordnung des Abfalls zur Beseitigung. Nach den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben ist für die Frage der Abgrenzung zwischen Verwertung und Beseitigung mithin nicht auf die einzelnen Abfälle oder auf die Art und Weise der Entstehung des Abfallgemisches, sondern allein darauf abzustellen, ob die mit dem Abfallgemisch beabsichtigte konkrete Maßnahme der „Hauptverwendung (des Abfalls) als Mittel der Energieerzeugung“ dient oder nur Nebenzweck einer vorrangigen anderen Maßnahme (etwa Zerstörung eines Schadstoffpotentials) ist.

Mit der Auffassung des Generalanwalts und des EuGH stimmte es deshalb nicht überein, für die Abgrenzung zwischen Verwertung und Beseitigung auf die Bewertung der einzelnen Bestandteile eines Abfallgemisches abzustellen. Die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben kennen eine solche stoffbezogene Einzelbetrachtung nicht. Der Begriff des „einzelnen“ Abfalls in § 4 Abs. 4 Satz 3 KrW-/AbfG und § 6 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 KrW-/AbfG ist folglich für Abfallgemische nicht fruchtbar zu machen. Vielmehr sind diese stets als „einzelner Abfall“ im Sinne dieser Vorschriften zu erachten.⁶³

1.1.3.4.2 Weitere Abgrenzungskriterien in § 4 Abs. 4 Satz 3 KrW-/AbfG

Auch die weiteren Abgrenzungskriterien in § 4 Abs. 4 Satz 3 KrW-/AbfG (Art und Ausmaß der Verunreinigungen, durch Behandlung entstehende weitere Abfälle und entstehende Emissionen) sind den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben zur **Abgrenzung** zwischen Verwertung und Beseitigung grundsätzlich fremd und mit einer Ausnahme (durch Behandlung entstehende weitere Abfälle) im Ergebnis nur für die Frage der **Zulässigkeit der Verwertung** von Bedeutung.

⁶³ Ebenso Beckmann/Kersting in: Landmann/Rohmer, aaO, § 4 Rz. 85; Posser in Giesberts/Posser, aaO, Rz. 300.

1.1.3.4.2.1 Art und Ausmaß der Verunreinigungen

Art und Ausmaß der Verunreinigungen sind stoffbezogene Kriterien. Nach der Rechtsauffassung des Generalanwalts⁶⁴ und des EuGH⁶⁵ ist es nicht zulässig, für die Abgrenzung zwischen Verwertung und Beseitigung auf das stoffbezogene Kriterium des Schadstoffgehalts der Abfälle abzustellen. Das KrW-/AbfG unterscheidet in § 4 Abs. 3 Satz 2 zwar Schadstoffgehalt und Art und Ausmaß der Verunreinigungen. Die Argumentation des Generalanwalts ist aber auch auf das ebenfalls stoffbezogene Kriterium „Art und Ausmaß der Verunreinigungen“ zu übertragen, zumal in diesem Zusammenhang teilweise auch der Schadstoffgehalt einbezogen wird.⁶⁶

Vorliegend sind folgende Ausführungen des Generalanwalts in der Rechtssache C-228/00 von besonderem Interesse:

„Die von den betroffenen Ländern aufgestellten **Kriterien** beziehen sich auf die Art und Menge der Schadstoffe in Abfallgemischen; wenn demnach die Konzentration bestimmter Substanzen **einen gegebenen Grenzwert überschreitet**, ist die Abfallverbrennung als Beseitigung zu betrachten. Deutschland erklärt, dies beruhe – wie schon die Einleitung zu Anhang II B der Richtlinie (62) erkennen lasse – darauf, dass ein Verwertungsverfahren **schadlos und umweltverträglich** sein müsse. Da jedoch die Einleitung zu Anhang II A (63) bezüglich der Beseitigungsverfahren gleichlautend abgefasst ist, **kann dieses Kriterium als solches nicht zur Unterscheidung zwischen Verwertungs- und Beseitigungsverfahren beitragen.**“⁶⁷

Der Gesetzgeber selbst nennt das Ausmaß der Verunreinigungen erneut (und richtigerweise) unter dem Gesichtspunkt der schadlosen Verwertung bei der Frage der **Zulässigkeit** der Verwertung in § 5 Abs. 3 Satz 3 KrW-/AbfG. Von der Einordnung einer Entsorgungshandlung als Verwertung ist mithin die Frage zu trennen, ob diese in Anbetracht bestehender Verunreinigungen schadlos erfolgt bzw. erfolgen kann.

⁶⁴ Vgl. Schlussanträge vom 26.09.2002, Rs. C-228/00, Ziffer 77 ff.

⁶⁵ EuGH, Urteil vom 13.02.2003, Rs. C-228/00, Rz. 47, 54,

⁶⁶ Vgl. nur Beckmann/Kersting in: Landmann/Rohmer, aaO, § 4 Rz. 72.

⁶⁷ Vgl. Schlussanträge vom 26.09.2002, Rs. C-228/00, Ziffer 75.

Nach alledem ist es unter Zugrundelegung der Rechtsauffassung des Generalanwalts und des EuGH nicht zulässig, für die Abgrenzung zwischen Verwertung und Beseitigung auf das stoffbezogene Abgrenzungskriterium Art und Ausmaß der Verunreinigungen der Abfälle abzustellen. Dies ist vielmehr eine bei den Anforderungen an die **Zulässigkeit der Verwertung (Schadlosigkeit)** zu stellende Frage.⁶⁸

1.1.3.4.2.2 Zu erwartende Emissionen

Die vorstehend wörtlich wiedergegebenen Ausführungen des Generalanwalts sind auch für das in § 4 Abs. 4 Satz 3 KrW-/AbfG vorgesehene weitere Abgrenzungskriterium der **entstehenden Emissionen** von Bedeutung. Auch diesbezüglich ist darauf zu verweisen, dass nach den Einleitungen zu Anhang II A und B zur EG-AbfRRL (zum KrW-/AbfG) das Beseitigungsverfahren und das Verwertungsverfahren gleichermaßen schadlos und umweltverträglich („ohne dass die menschliche Gesundheit gefährdet und ohne dass Verfahren und Methoden verwendet werden, welche die Umwelt schädigen können“) sein müssen. Folglich taugen die zu erwartenden Emissionen als solche nicht wirklich zur Unterscheidung zwischen Verwertungs- und Beseitigungsverfahren. Sie sind bei beiden Verfahren von Belang. Nach den vorstehenden Ausführungen kann nicht weiter verwundern, dass der Gesetzgeber die zu erwartenden Emissionen erneut (und richtigerweise) unter dem Gesichtspunkt des ausnahmsweise entfallenden Vorrangs der Verwertung bei der Frage der **Zulässigkeit** der Verwertung in § 5 Abs. 5 Satz 2 Nr. 1 KrW-/AbfG anführt, wonach sich die Beseitigung im Einzelfall als **umweltverträglichere Lösung** darstellen kann.

⁶⁸ Die PCBAfallIV führt zu keiner abweichenden Beurteilung: Diese bestimmt in § 2 Abs. 2 PCBAfallIV Anforderungen an die *Zulässigkeit* der Verwertung und enthält im übrigen die Anordnung der Beseitigung, wie dies bereits in der Richtlinie 96/59/EG angelegt ist. Der Umstand, dass in bestimmten Fällen der Schadstoffgehalt im Gemeinschaftsrecht eine Rolle spielt, steht dieser Auffassung nicht entgegen. Aus diesem Umstand nur vereinzelt ergangener Richtlinien wird zum Teil – richtigerweise – gefolgert, dass im Übrigen eine nationalrechtliche Abgrenzung zwischen Verwertung und Beseitigung an Hand des Schadstoffgehalts aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht nicht in Betracht kommt (vgl. nur VGH Baden-Württemberg in: NVwZ 2001, 577 [580] unter Ziffer III. 1. b) m.w.N.; Fluck in: DVBl. 2000, 1650 [1657]; Petersen in: ZUR Sonderheft 2000, 60 [67]).

Die abstrakt-generelle Abgrenzung an Hand der (durch keinen Grenzwert konkretisierten) zu erwartenden Emissionen macht auch wenig Sinn. Die Emissionen können bei der Verbrennung von Abfall zu Abfall sehr unterschiedlich sein. Sinnvoll erscheint allein ein Vergleich zwischen den zu erwartenden Emissionen bei einer gedachten Verwertung des konkreten Abfalls einerseits und bei einer gedachten Beseitigung des konkreten Abfalls andererseits, um im Rahmen des § 5 Abs. 5 Satz 2 die umweltverträglichere Lösung auszuloten. Dies ist eine Frage des Vorrangs des einen zu Gunsten des anderen Verfahrens unter dem Gesichtspunkt der Umweltverträglichkeit, nicht aber eine Frage der Zuordnung zum Verwertungs- oder Beseitigungsverfahren. Von der Einordnung einer Entsorgungshandlung als Verwertung ist mithin die Frage zu trennen, ob diese umweltverträglich erfolgt bzw. erfolgen kann.

Nach alledem wird es im Lichte der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben in Anhang II A und B zur EG-AbfRRL als **nicht zulässig** erachtet, für die **Abgrenzung** zwischen Verwertung und Beseitigung auf die zu erwartenden Emissionen abzustellen. Dies ist vielmehr eine bei den Anforderungen an die **Zulässigkeit** der Verwertung (**Umweltverträglichkeit**) zu stellende Frage.

Die Frage der zu erwartenden Emissionen dürfte zudem von geringer praktischer Bedeutung sein, weil genehmigungsbedürftige Anlagen die in der 17. BImSchV vorgesehene Anforderungen erfüllen müssen und (auch) bei nicht genehmigungsbedürftigen Anlagen die Anforderungen nach § 22 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und 2 BImSchG gelten.

1.1.3.4.2.3 Durch die Behandlung anfallende weitere Abfälle

Das Abgrenzungskriterium der durch die Behandlung des Abfalls anfallenden weiteren Abfälle unterliegt im Ergebnis keinen gemeinschaftsrechtlichen Bedenken.

Die Tatsache der Entstehung von Restabfällen im Rahmen des Verwertungsverfahrens ist in Art. 6 Abs. 5 6. und 7. Tirée EG-AbfVerbrVO ausdrücklich genannt.

Zwar ist nach Art. 7 Abs. 4 (a) 5. Tirée EG-AbfVerbrVO ein Einwand gegen die (grenzüberschreitende) Verbringung vorgesehen, wenn unter anderem der Anteil an verwertbarem und nicht verwertbarem Abfall eine Verwertung unter wirtschaftlichen und ökologischen Gesichtspunkten nicht rechtfertigt. Davon unberührt bleibt aber die Einordnung als grundsätzlich denkbare Verwertung. Titel II. Abschnitt B. der EG-AbfVerbrVO regelt ausschließlich Vorgaben für die zur Verwertung bestimmten Abfälle.

Soweit aber nach der Rechtsauffassung des Generalanwalts⁶⁹ und des EuGH⁷⁰ eine Einordnung als (energetische) Verwertung nur in Betracht kommt, wenn ein Verbrauch (Verbrennung) des *überwiegenden* Teils der Abfälle erfolgt, lässt sich daraus für die energetische Verwertung folgern, dass im Verfahren R 1 des Anhangs II B zur EG-AbfRRL mehr als 50 % des zur Verwertung verbrachten Abfalls als Mittel der Energieerzeugung verbraucht bzw. verbrannt werden muss.

Zusammenfassend bleibt festzuhalten:

Die vom deutschen Gesetzgeber in § 4 Abs. 4 Satz 3 KrW-/AbfG vorgesehenen Kriterien zur Abgrenzung zwischen (energetischer) Verwertung und Beseitigung finden in den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben zur Abgrenzung zwischen Verwertung und Beseitigung in den Anhängen II A und B zur EG-AbfRRL im wesentlichen keine Stütze. Nach Auffassung des Generalanwalts und des EuGH ist es nicht zulässig, für die Abgrenzung zwischen Verwertung und Beseitigung auf die Bewertung der Einzelabfälle in einem zur Entsorgung anstehenden Abfallgemisch abzustellen, so dass ein solches stets als „einzelner Abfall, ohne Vermischungen mit anderen Stoffen“ anzusehen ist. Art und Ausmaß der Verunreinigungen können als Abgrenzungskriterium zwischen einem Verfahren der Verwertung und der Beseitigung ebenso wenig zu Grunde gelegt werden wie die entstehenden Emissionen. Diese Kriterien sind richtigerweise bei den Anforderungen an die Zulässigkeit der Verwertung von Bedeutung, nicht aber bei der Frage, ob begrifflich eine Verwertung oder eine Beseitigung vorliegt.

⁶⁹ Vgl. Schlussanträge vom 26.09.2002, Rs. C-228/00, Ziffer 55 f. i.V.m. 63 ff.

⁷⁰ EuGH, Urteil vom 13.02.2003, Rs. C-228/00, Rz. 43

Diese Einordnung ist nach Auffassung des Generalanwalts und des EuGH allein nach den Anhängen II A und B zur EG-AbfRRL vorzunehmen. Das Abgrenzungskriterium der durch die Behandlung des Abfalls anfallenden weiteren Abfälle begegnet insoweit keinen Bedenken, als nach der Auffassung des Generalanwalts und des EuGH im Verfahren R 1 des Anhangs II B zur EG-AbfRRL mehr als 50 % des zur (energetischen) Verwertung verbrachten Abfalls verbraucht bzw. verbrannt werden muss. Im Hinblick auf dieses Kriterium der anfallenden weiteren Abfälle handelt es sich um eine nach wie vor zulässige Konkretisierung der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben zur Abgrenzung von Beseitigungsverfahren und Verwertungsverfahren in den Anhängen II A und II B zur EG-AbfRRL,⁷¹ was aber nicht für die sonstigen Kriterien in § 4 Abs. 4 Satz 3 KrW-/AbfG gilt.

Nach alledem kann § 4 Abs. 4 Satz 3 KrW-/AbfG in der bislang vorherrschenden Auslegung in wesentlichen Teilen nicht als mit den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben in Einklang stehend erachtet werden, weil mit einer Ausnahme eine in den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben nicht angelegte und mit diesen nicht in Einklang stehende Konkretisierung vorgenommen wird.⁷²

Bis zu einer etwaigen Änderung oder Streichung der Vorschrift ist diese - entgegen dem Gesetzeswortlaut - gemeinschaftskonform dahingehend auszulegen, dass § 4 Abs. 4 Satz 3 KrW-/AbfG nur widerlegbare Hilfstatsachen (Indizien) für jene (eng begrenzte) Ausnahmefälle bereitstellt, in denen die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH eine endgültige Zuordnung zum Verfahren der energetischen Verwertung in Abgrenzung zur Beseitigung nicht ermöglichen.⁷³

⁷¹ Vgl. EuGH, Urteil vom 13.02.2003, Rs. C-228/00, Ziffer 35 ff.

⁷² Ebenso seit Jahren die EU-Kommission in Schreiben vom 03.07.1997, 09.02.1998 und 18.06.1998, wonach die Bundesrepublik Deutschland nicht die von ihr in Anspruch genommene verbindliche Konkretisierungsbefugnis besitze und keine Kriterien aufstellen dürfe, die dazu führen, dass die Bestimmungen über die Abgrenzung der Verwendungsarten im Einzelfall unterlaufen werden.

⁷³ Auf dieser Linie bereits Beckmann/Kersting in: Landmann/Rohmer, aaO, § 4 Rz. 79 f.; ausführlich Posser in: Giesberts/Posser, aaO, Rz. 190 ff („Missbrauchsklausel für Einzelfälle“) auch zur (verneinten) Frage der verstärkten Schutzmaßnahme nach Art. 176 EGV.

1.2 Auswirkungen auf § 6 Abs. 2 KrW-/AbfG

§ 6 Abs. 2 Satz 1 KrW-/AbfG lautet:

(2) ¹ Soweit der Vorrang einer Verwertungsart nicht in einer Rechtsverordnung nach Absatz 1 festgelegt ist, ist eine **energetische Verwertung im Sinne des § 4 Abs. 4 nur zulässig, wenn**

1. der Heizwert des einzelnen Abfalls, ohne Vermischung mit anderen Stoffen, mindestens 11000 kj / kg beträgt,
2. ein Feuerungswirkungsgrad von mindestens 75 % erzielt wird,
3. entstehende Wärme selbst genutzt oder an Dritte abgegeben wird und
4. die im Rahmen der Verwertung anfallenden weiteren Abfälle möglichst ohne weitere Behandlung abgelagert werden können.

² Abfälle aus nachwachsenden Rohstoffen können energetisch verwertet werden, wenn die in Satz 1 Nr. 2 bis 4 genannten Voraussetzungen vorliegen.

Zum besseren Verständnis sollen zunächst die in der deutschen Rechtsprechung und im deutschen Schrifttum bislang vertretenen Auffassungen zu Bedeutung und Reichweite des § 6 Abs. 2 KrW-/AbfG kurz dargestellt werden. Im Anschluss daran werden die Folgen der Rechtsauffassung des Generalanwalts und des EuGH für die deutsche Rechtslage erläutert.

1.2.1 Bedeutung und Reichweite des § 6 Abs. 2 KrW-/AbfG

Nach der vorherrschenden Auffassung ⁷⁴ in Rechtsprechung und Schrifttum sind die Kriterien in § 6 Abs. 2 Satz 1 KrW-/AbfG als Mindestvoraussetzungen für eine energetische Verwertung **in Abgrenzung** zur thermischen Behandlung als Beseitigung zu verstehen. Diese Ansicht beruft sich darauf, dass der Regelungsgehalt dieser Vorschrift ursprünglich in § 4 Abs. 4 KrW-/AbfG hätte aufgenommen werden sollen, wovon erst im Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens wieder Abstand genommen wurde, was aber der Sache nach kein abweichendes Verständnis nahe lege.

⁷⁴ OVG Münster in: NVwZ 1998, 1207 [1208] m.w.N.; OVG Lüneburg in: NVwZ 1998, 1202 [1203]; Fluck, aaO, § 4 Rz. 172 ff.; Kunig in: Kunig/Paetow/Versteyl, aaO, § 6 Rz. 11; Weidemann in: Jarass/Ruchay/Weidemann, aaO, § 6 Rz. 47 ff., vgl. aber auch Rz. 28 f.; Dolde/Vetter in: NVwZ 1997, 937 [942].

Die systematische Stellung des § 6 Abs. 2 Satz 1 KrW-/AbfG im Zusammenhang mit der Abgrenzung von stofflicher und energetischer Verwertung sei zwar verunglückt, ändere aber nichts an dem Umstand, dass die Kriterien der Vorschrift echte Mindestvoraussetzungen für jede energetische Verwertung darstellten. In der Praxis bedeutet dies für die Frage der Abgrenzung zwischen einer energetische Verwertung und einer thermischen Behandlung als Beseitigung, dass die Abgrenzungskriterien in § 4 Abs. 4 KrW-/AbfG nur noch - zusätzlich - zu prüfen sind, wenn das Vorliegen der Mindestvoraussetzungen in § 6 Abs. 2 Satz 1 KrW-/AbfG überhaupt festgestellt werden kann, wobei insbesondere der einzelne Abfall ohne Vermischung mit anderen Stoffen einen Heizwert von mindestens 11.000 kJ/kg aufweisen muss.

Die Gegenauffassung ⁷⁵ versteht § 6 Abs. 2 Satz 1 KrW-/AbfG wegen der systematischen Stellung der Norm unter der Überschrift „Stoffliche und energetische Verwertung“ nur als Abgrenzungsvorschrift zwischen diesen Verwertungsarten (bei vorhandenen Verwertungsalternativen). Für die ausschließlich in § 4 Abs. 4 KrW-/AbfG geregelte Abgrenzung der energetischen Verwertung von der Beseitigung habe die Vorschrift von vornherein keine Bedeutung.

1.2.2 Auffassung des Generalanwalts und des EuGH

An dieser Stelle sei zusammenfassend wiederholt, dass der Generalanwalt und der EuGH der grundsätzlichen Auffassung sind, dass es nicht im „freien Ermessen“ der Mitgliedstaaten stehe, einseitig weitere Unterscheidungsmerkmale für die **Abgrenzung** zwischen den Begriffen der „Beseitigung“ und der „Verwertung“ aufzustellen, ⁷⁶ die sich nicht als zulässige Konkretisierung der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben verstehen lassen. ⁷⁷

⁷⁵ Grundlegend Posser in Giesberts/Posser, aaO, Rz. 269 ff., 328; im Ansatz auch schon Beckmann/Kersting in: Landmann/Rohmer, aaO, § 4 Rz. 71 f.; vgl. auch VGH Mannheim, Urteil vom 22. Mai 2001, 10 S 1405/99, Umdruck Seite 9 = ZUR 2002, 51;

⁷⁶ Vgl. Schlussanträge vom 26.09.2002, Rs. C-228/00, Ziffer 47.

⁷⁷ Vgl. EuGH, Urteil vom 13.02.2003, Rs. C-228/00, Rz. 35 ff,

Zur Begründung verweist der Generalanwalt am Beispiel des Heizwertkriteriums auf die unannehmbaren Folgen, die sich ergeben würden, wenn es den Mitgliedstaaten möglich sei, eine Zuordnung zum Verwertungs- oder Beseitigungsverfahren unter Zugrundelegung eines von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat höchst unterschiedlichen Mindestheizwerts vorzunehmen, was dem mit der EG-AbfVerbrVO verfolgten Ziel einer gemeinsamen Terminologie⁷⁸ entschieden zuwiderlaufen würde. Zwar wird der Heizwert als durchaus brauchbares Abgrenzungskriterium anerkannt, doch bedürfe es insoweit einer einheitlichen Regelung auf Gemeinschaftsebene, die wegen der unterschiedlichen Vorstellungen der Mitgliedstaaten bislang nicht zustande gekommen ist.⁷⁹

1.2.3 Folgerungen für § 6 Abs. 2 Satz 1 KrW-/AbfG

1.2.3.1 Folgerungen für grenzüberschreitende Abfallverbringungen

Die grenzüberschreitende Verbringung wird durch die EG-AbfVerbrVO **unmittelbar verbindlich und abschließend geregelt.**

Die in § 6 Abs. 2 Satz 1 KrW-/AbfG geregelten konkreten Anforderungen an die Zulässigkeit einer energetischen Verwertung sind der EG-AbfVerbrVO in dieser Form fremd. Auch in den übrigen gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben zum Abfallrecht gibt es keine solchen Bestimmungen. Art. 3 Abs. 1 b) EG-AbfRRL und Art. 3 Nr. 8 der Richtlinie 94/62 (Verpackungsrichtlinie) enthalten nur allgemeine Definitionen der energetischen Verwertung und regeln den Vorrang der Verwertung vor der Beseitigung, nicht aber das Verhältnis zwischen stofflicher und energetischer Verwertung oder weitere Zulässigkeitsvoraussetzungen für die energetische Verwertung.⁸⁰

⁷⁸ Vgl. die dritte Begründungserwägung der Richtlinie (EWG) 91/156, die die EG-AbfRRL änderte: „Für eine effizientere Abfallbewirtschaftung in der Gemeinschaft sind eine **gemeinsame Terminologie** und eine Definition der Abfälle erforderlich.“

⁷⁹ Vgl. Schlussanträge vom 26.09.2002, Rs. C-228/00, Ziffer 52.

⁸⁰ Dolde/Vetter, Abgrenzung von Abfallverwertung und Abfallbeseitigung nach dem KrW-/AbfG, 1997, 85 ff. gehen zwar auch von der ausschließlichen Geltung der EU-Regelungen für die grenzüberschreitende Verbringung aus, legen diese dann aber einengend im Sinne des § 6 Abs. 2 KrW-/AbfG aus.

Es ist danach eindeutig festzustellen, dass auf der Grundlage der Rechtsauffassung des Generalanwalts und des EuGH die in § 6 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, 2 und 4 KrW-/AbfG⁸¹ geregelten Voraussetzungen gemeinschaftsrechtlich nicht für die **Abgrenzung** zwischen Abfällen zur Verwertung und zur Beseitigung herangezogen werden dürfen, wie dies bislang in der verwaltungsrechtlichen Praxis zum Teil immer noch geschieht.

Zu berücksichtigen bleibt aber, dass der EuGH einen Rückgriff auf den Heizwert der Abfälle, den Schadstoffgehalt der zu verbringenden Abfälle oder die Frage der Vermischung der Abfälle zulässt, wenn in konkreten Einzelfällen ein **Einwand gegen die grenzüberschreitende Verbringung** nach Art. 7 Abs. 4 a) Tirée 5 EG-AbfVerbrVO begründet werden soll.⁸² Nur in diesem Rahmen kann den in § 6 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, 2 und 4 KrW-/AbfG enthaltenen Kriterien deshalb eine Bedeutung zukommen. Insoweit ist aber keine unbesehene Anwendung der nach der vorherrschenden Auffassung als Mindestvoraussetzungen für jede energetische Verwertung zu verstehenden Vorgaben in § 6 Abs. 2 Satz 1 KrW-/AbfG auf grenzüberschreitend verbrachte bzw. zu verbringende Abfälle angängig. Es kann mithin nicht davon ausgegangen werden, dass bei Nichterfüllung der Voraussetzungen des § 6 Abs. 2 Satz 1 KrW-/AbfG stets zugleich auch der Einwand nach Art. 7 Abs. 4 a) Tirée 5 EG-AbfVerbrVO berechtigt erhoben werden kann. Unter welcher Heizwertgrenze der Einwand nach Art. 7 Abs. 4 a) Tirée 5 EG-AbfVerbrVO greifen kann und ob insoweit der Feuerwirkungsgrad überhaupt eine Rolle spielen kann, wird vom EuGH freilich nicht beantwortet und wird aller Voraussicht nach noch Gegenstand künftiger Entscheidungen sein.⁸³ Hierfür müssten für den Vollzug noch handhabbare Vollzugshilfen erarbeitet werden. Vermag der Einwand nach Art. 7 Abs. 4 a) Tirée 5 EG-AbfVerbrVO nicht zu greifen oder wurde dieser nicht erhoben, ist es wegen der unmittelbaren Geltung der EG-AbfVerbrVO nicht zulässig, die Verwertung von nach Deutschland zu diesem Zwecke verbrachter Abfälle zu verbieten, auch wenn diese nicht die in § 6 Abs. 2 Satz 1 KrW-/AbfG vorgesehenen Mindestvoraussetzungen erfüllen.

⁸¹ § 6 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 KrW-/AbfG betrifft die unbedenkliche Voraussetzung der Nutzung bzw. Abgabe der entstehenden Wärme.

⁸² Vgl. EuGH, Urteil vom 13.02.2003, Rs. C-228/00, Rz. 50.

⁸³ In diese Richtung auch Petersen in AbfallR 2002, 7 (10).

§ 6 Abs. 2 Satz 1 KrW-/AbfG darf auf grenzüberschreitende Abfälle mithin keine Anwendung finden. Wegen der auf nationale Verbringungen begrenzten Fragestellung soll diese Frage nicht weiter vertieft werden.

1.2.3.2 Folgerungen für nicht grenzüberschreitende Abfälle

Fraglich ist, ob das vorherrschende Verständnis von § 6 Abs. 2 Satz 1 KrW-/AbfG bei innerstaatlich entstandenen (und ggf. innerstaatlich zu verbringenden bzw. verbrachten) Abfälle zugrundegelegt werden darf.

1.2.3.2.1 Konstitutive Vorgaben durch Art. 13 Abs. 1 EG-AbfVerbrVO

Es ist bereits an anderer Stelle ausführlich dargestellt worden, dass durch Art. 13 Abs. 1 EG-AbfVerbrVO wegen der Bezugnahme in Art. 2 i) und k) EG-AbfallVerbrVO auf Art. 1e) und f) EG-AbfRRL Art. 1e) und f) EG-AbfRRL die unmittelbare Geltung der Begriffsbestimmungen für „Verwertung“ und „Beseitigung“ i.V.m. den Anhängen II A und B zur EG-AbfRRL auch innerstaatlich konstitutive Wirkung entfalten.

Aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht ist die Abgrenzung zwischen energetischer Verwertung nach dem Verfahren R 1 des Anhangs II B zur EG-AbfRRL (zum KrW-/AbfG) und thermischer Behandlung von Abfällen (an Land) nach dem Verfahren D 10 des Anhangs II A zur EG-AbfRRL (zum KrW-/AbfG) vorzunehmen, wobei diese Abgrenzung nach den vom Generalanwalt und vom EuGH zugrunde gelegten Abgrenzungsformeln ohne Rückgriff auf weitere, nach deren Auffassung unzulässige Unterscheidungsmerkmale (Schadstoffe, Heizwert usw.) zu erfolgen hat.

1.2.3.2.2 Auswirkungen auf § 6 Abs. 2 Satz 1 KrW-/AbfG

§ 6 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 bis 4 KrW-/AbfG enthält keine eigene Bestimmung der Begriffe „Verwertung“, „Beseitigung“ oder „energetische Verwertung“, sondern macht die Zulässigkeit der energetischen Verwertung (innerstaatlich) im Verhältnis zur stofflichen Verwertung von der Erfüllung bestimmter Mindestvoraussetzungen abhängig.

Auf den ersten Blick ergibt sich mithin kein Widerspruch zu den durch Art. 13 Abs. 1 EG-AbfVerbrVO konstitutiv vorgegebenen Begriffen der „Verwertung“ und „Beseitigung“.

Soweit aber nach dem bislang vorherrschenden Verständnis der Vorschrift die in § 6 Abs. 2 Satz 1 KrW-/AbfG enthaltenen Mindestvoraussetzungen der **Abgrenzung** zwischen Abfällen zur Verwertung und zur Beseitigung dienen, kann dem in Anbetracht der durch Art. 13 Abs. 1 EG-AbfVerbrVO konstitutiv vorgegebenen Begriffe der „Verwertung“ und „Beseitigung“ nicht gefolgt werden. Denn die Mindestvoraussetzungen in § 6 Abs. 2 Satz 1 KrW-/AbfG können wegen der zwingend gebotenen Berücksichtigung der konstitutiven gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben von vornherein nur die Folge haben, dass Abfälle, die innerstaatlich nicht energetisch verwertet werden dürfen, entweder nach § 4 Abs. 3 KrW-/AbfG stofflich zu verwerten oder nach § 10 Abs. 1 KrW-/AbfG (in der Regel durch thermische Behandlung) zu beseitigen sind.

Problematisch erscheint, dass durch die Mindestvoraussetzungen in § 6 Abs. 2 Satz 1 KrW-/AbfG auch Abfällen, die nach den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben einer energetischen Verwertung zugeführt werden könnten und nach dem Willen des Erzeugers oder Besitzers auch sollen, die Zuführung zum Verfahren der energetischen Verwertung innerstaatlich versagt wird. Dies erscheint insbesondere deshalb bedenklich, weil sich die energetische Verwertung und die thermische Behandlung von Abfällen zur Beseitigung hinsichtlich des technischen Vorgangs „Verbrennung“ nicht unterscheiden, der insoweit begriffsneutral ist und auch äußerlich einen neutralen Vorgang darstellt. Dementsprechend spricht das Anlagen-genehmigungsrecht auch nur von Anlagen zur Verbrennung von Abfällen, unabhängig davon, ob es sich um Abfälle zur Verwertung oder Beseitigung handelt.⁸⁴ Erfüllt der Verbrennungsvorgang die vom Generalanwalt und vom EuGH bestätigten Anforderungen an das Verfahren R 1 des Anhangs II B zur EG-AbfRRL (zum KrW-/AbfG), läge nach dem über Art. 13 Abs. 1 EG-AbfVerbrVO auch innerstaatlich konstitutiv vorgegebenem Verständnis eigentlich eine (energetische) Verwertung vor.

⁸⁴ Siehe z. B. Anhang Nr. 8.1 zur 4. BImSchV, § 1 17. BImSchV.

Erfüllt dieser Verbrennungsvorgang darüber hinaus aber nicht die in § 6 Abs. 2 Satz 1 KrW-/AbfG geregelten Anforderungen an eine (zulässige) energetische Verwertung, findet nach dem vorherrschenden Verständnis zu § 6 Abs. 2 Satz 1 KrW-/AbfG eine Beseitigung nach dem Verfahren D 10 des Anhangs II A zur EG-AbfRRL (zum KrW-/AbfG) statt. Dies verleitet die bereits erwähnte Gegenauffassung zu der Annahme, dass das vorherrschende Verständnis zu § 6 Abs. 2 Satz 1 KrW-/AbfG mit den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben nicht in Einklang zu bringen ist.

Der mit durchaus beachtlichen Gründen vorgebrachten Gegenauffassung kann aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht zwar eine gewisse Berechtigung nicht abgesprochen werden, im Ergebnis aber nicht überzeugen. Die Gegenauffassung verkennt, dass auch das Gemeinschaftsrecht mit Art. 7 Abs. 4 a) Tirée 5 EG-AbfVerbrVO einen Einwand kennt, der Abfällen zur Verwertung die Zuführung zur Verwertung untersagt. Nach dieser Vorschrift ist ein Einwand gegen die beabsichtigte grenzüberschreitende Verbringung zur Verwertung berechtigt, wenn der Anteil an verwertbarem und nicht verwertbarem Abfall, der geschätzte Wert der letztlich verwertbaren Stoffe oder die Kosten der Verwertung und die Kosten der Beseitigung des nicht verwertbaren Anteils eine Verwertung unter wirtschaftlichen und ökologischen Gesichtspunkten nicht rechtfertigen. Ist die notifizierte konkrete Verwertung von Abfällen danach nicht gerechtfertigt, kann gegebenenfalls eine andere Form der (energetischen oder stofflichen) Verwertung notifiziert werden; andernfalls sind die Abfälle zu beseitigen.

Wenn aber schon bei der gemeinschaftsrechtlich relevanten Verbringung von Abfällen zur Verwertung eine (energetische **und** stoffliche) Verwertung nicht gerechtfertigt sein kann und statt dessen eine Beseitigung zu erfolgen hat, muss dies innerstaatlich **erst recht** möglich sein und kann nicht die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben verletzen, zumal sich die rein innerstaatlichen Sachverhalte nicht auf die vier Grundfreiheiten des EG-Vertrags auswirken. Hinzu kommt, dass § 6 Abs. 2 Satz 1 KrW-/AbfG lediglich Mindestvoraussetzungen für die energetische Verwertung bereit hält und die **Zulässigkeit der stofflichen Verwertung gänzlich unberührt** lässt, so dass auch nicht von einer zwangsweisen Zuführung zum Beseitigungsregime gesprochen werden kann.

Schließlich wird, wie bereits erwähnt, auch vom EuGH anerkannt, dass ein Rückgriff auf den Heizwert der Abfälle und die Frage der Vermischung der Abfälle zulässig bleibt, um den Einwand gegen die grenzüberschreitende Verbringung von Abfällen zur Verwertung nach Art. 7 Abs. 4 a) Tirée 5 EG-AbfVerbrVO im Einzelfall zu begründen.

Folglich kann dem vorherrschenden Verständnis zu § 6 Abs. 2 Satz 1 KrW-/AbfG aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht nur eingeschränkt mit dem Ergebnis gefolgt werden, dass diese Vorschrift nur Mindestvoraussetzungen für eine energetische Verwertung vorhält und für die Abgrenzung zwischen Verwertung und Beseitigung nichts besagt. Diese Auffassung steht auch im Einklang mit dem in Art. 13 Abs. 2 EG-AbfVerbrVO verankerten **Kohärenzgebot**, das in erster Linie verlangt, dass auch bei der innerstaatlichen Abfallverbringung die gemeinschaftsrechtliche Unterscheidung zwischen Abfällen zur Beseitigung und Abfällen zur Verwertung beachtet wird.⁸⁵

Nach alledem kann das vorherrschende Verständnis zu § 6 Abs. 2 Satz 1 KrW-/AbfG auch nach Ergehen der Urteile des EuGH vom 13.02.2003 aufrecht erhalten werden, wenn diese nicht als Vorschrift zur Abgrenzung zwischen Abfällen zur Verwertung und Beseitigung begriffen wird. Die Vorschrift enthält bei gemeinschaftsrechtskonformen Verständnis nur Mindestvoraussetzungen für die energetische Verwertung bei rein innerstaatlichen Sachverhalten, mithin für im Inland entstandene und nicht zu verbringende Abfälle. Im Hinblick auf die Erfüllung des Mindestheizwerts bei Abfallgemischen bleibt freilich zu beachten, dass auch ein nachträglich hergestelltes Abfallgemisch als Bezugspunkt „des einzelnen Abfalls“ im Sinne des § 6 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 KrW-/AbfG anzuerkennen ist.⁸⁶ Einer Rechtfertigung der entsprechend ausgelegten Vorschrift als verstärkte Schutzmaßnahme im Sinne des Art. 176 EGV bedarf dieses Verständnis zu Bedeutung und Reichweite des § 6 Abs. 2 Satz 1 KrW-/AbfG nicht.⁸⁷

⁸⁵ VGH Mannheim, Urteil vom 22. Mai 2001, 10 S 1405/99, Umdruck Seite 9 = ZUR 2002, 51; bestätigt durch BVerwG, Beschluss vom 31.01.2002, 7 B 1/02, Umdruck Seite 3 = DVBl 2002, 569; auch BVerwG in: NVwZ 2000, 1175 (1177).

⁸⁶ Vgl. BVerwG in: NVwZ 2000, 1178 (1178); VGH München in: ZUR 2000, 211 (211). Ebenso Petersen in: AbfallR 2002, 7 (10).

⁸⁷ Verkannt von Dieckmann/Graner in: NVwZ 1998, 221.

Wegen etwa verbleibender Zweifel könnte jedoch rein vorsorglich erwogen werden, § 6 Abs. 2 Satz 1 KrW-/AbfG der Kommission ausdrücklich als konkret bezeichnete verstärkte Schutzmaßnahme zu notifizieren, was bislang nicht geschehen ist.⁸⁸ Diese späte, mehr als acht Jahre nach Inkrafttreten des KrW-/AbfG erfolgende Notifizierung könnte über die inhaltlichen Argumente hinaus damit begründet werden, dass die erst jetzt ergangenen Entscheidungen des EuGH diese vorsorgliche Form der Absicherung der nationalen Anforderungen an die Zulässigkeit der Verwertung nicht grenzüberschreitend verbrachter Abfälle notwendig machen. Würde der vorliegend vertretenen Auffassung dagegen nicht gefolgt, könnte § 6 Abs. 2 Satz 1 KrW-/AbfG aus formellen Gründen zur Zeit noch nicht als verstärkte Schutzmaßnahme im Sinne des Art. 176 EGV aufrecht erhalten werden. Sinn und Zweck der Notifizierung ist in erster Linie, die Kommission von verstärkten Schutzmaßnahmen im Sinne des Art. 176 EGV auf der Ebene der Mitgliedstaaten insbesondere auch auf regionaler und kommunaler Ebene in Kenntnis zu setzen und ihr dadurch die Möglichkeit zu geben, auf die Einhaltung des Gemeinschaftsrechts zu achten.⁸⁹ Ohne Notifizierung kann sich eine Abweichung nicht auf den Schutz des Art. 176 EGV berufen und muss unangewendet bleiben.⁹⁰

1.3 Übertragbarkeit der Rechtsauffassungen in der Rs. C-458/00 auf die Entsorgung in Sonderabfallverbrennungsanlagen

In der Rechtssache C-458/00 vertritt der Generalanwalt unter Zugrundelegung seiner bereits dargestellten Abgrenzungsformeln die Auffassung, dass die Verbrennung von Hausmüll (und ähnlichen Abfällen)⁹¹ in Hausmüllverbrennungsanlagen dem Beseitigungsverfahren D 10 des Anhangs II A („Verbrennung an Land“) und nicht dem Verwertungsverfahren R 1 des Anhangs II B zur EG-AbfRRL („Hauptverwendung als Brennstoff oder andere Mittel der Energieerzeugung“) zuzuordnen ist.⁹²

⁸⁸ Vgl. Dieckmann in: Fluck, aaO, Einführung zur EG-AbfVerbrVO Rz. 29; ferner Posser in Giesberts/Posser, aaO, Fn. 293 zu Rz. 190; Kasten, aaO, S. 168.

⁸⁹ Vgl. statt anderer Krämer in: GTE, EWGV, Art. 130 t, Rz. 13

⁹⁰ Vgl. Dieckmann in: Fluck, aaO, Einführung zur EG-AbfVerbrVO Rz. 29

⁹¹ Vgl. Schlussanträge vom 26.09.2002, Rs. C-458/00, Ziffer 24.

⁹² Vgl. Schlussanträge vom 26.09.2002, Rs. C-458/00, Ziffer 41. Zur Kritik an den Schlussanträgen vgl. Petersen in: AbfallR 2002, 7 (9 ff.).

Für die vorliegend zu beantwortende Frage ist dabei beachtlich, dass der Generalanwalt in diesem Zusammenhang ausdrücklich eine **anlagenbezogene Betrachtungsweise** vornimmt:

„[...] anders ausgedrückt, wenn die Abfälle für eine bestimmte Maßnahme nicht verfügbar wären, würde diese Maßnahme gleichwohl mit anderem Material durchgeführt werden ? Bei Abfällen, die **in einer für die Verbrennung erstellten Anlage verbrannt** werden, ist diese Frage mit einem **klaren Nein** zu beantworten. Wären nämlich keine Abfälle vorhanden, würde keine Verbrennung vorgenommen werden.“⁹³

Der **EuGH** ist in seiner Bewertung der Verbrennung in Hausmüllverbrennungsanlagen im Ergebnis zwar etwas zurückhaltender, folgt aber im Ansatz der anlagenbezogenen Betrachtungsweise:

„**41.** Der **Hauptzweck** der Verbringung von Abfällen zwecks Verbrennung in einer **Abfallbeseitigungsanlage** besteht nämlich **nicht** in der **Verwertung** der Abfälle, selbst wenn die Wärme, die bei der Verbrennung erzeugt wird, ganz oder teilweise zurückgewonnen wird. [...]“

44. [...] Ein solcher [Anhaltspunkt für die Verwertung der Abfälle] hätte etwa darin bestehen können, dass die fraglichen Abfälle **für eine Anlage** bestimmt gewesen wären, deren Betrieb ohne die Versorgung mit Abfällen unter Verwendung einer Primärenergiequelle hätte fortgesetzt werden müssen, oder darin, dass der Anlagenbetreiber den Erzeuger oder Besitzer dieser Abfälle für deren Lieferung hätte bezahlen müssen.“⁹⁴

⁹³ Vgl. Schlussanträge vom 26.09.2002, Rs. C-458/00, Ziffer 42. Als Hilfskriterium für ein Beseitigungsverfahren bezeichnet der Generalanwalt ergänzend die üblicherweise vom Abfallbesitzer an den Anlagenbetreiber gezahlte Vergütung für die Entsorgung des Abfalls, Ziffer 45.

⁹⁴ EuGH, Urteil vom 13.02.2003, Rs. C-458/00, Rz. 41, 44.

Diese zwar nur im Zusammenhang mit Hausmüllverbrennungsanlagen, gleichwohl sehr allgemein gehaltene und generell auf die „in einer für die Verbrennung [ergänze: von Abfällen] erstellten Anlage“ bzw. „Abfallbeseitigungsanlage“ bezogene Begründung kann ohne weiteres auch auf Sonderabfallverbrennungsanlagen übertragen werden. Denn dieser Entsorgungsvorgang unterscheidet sich von der Verbrennung in Hausmüllverbrennungsanlagen nur durch die Art der Abfälle und die Feuerungstechnik. In Anbetracht des in aller Regel höheren Schadstoffgehalts gefährlicher Abfälle kann noch weitergehend gesagt werden, dass bei der Verbrennung in einer Sonderabfallverbrennungsanlage wegen der mit der Verbrennung stets bezweckten Beseitigung des Schadstoffgehalts die Annahme der Beseitigung als Hauptzweck noch näher liegt.

Diese Rechtsauffassung betrifft aber nur den Sachverhalt der Verbrennung von Abfällen auf dem Rost (in Hausmüllverbrennungsanlagen) oder im Drehrohr (in Sonderabfallverbrennungsanlagen) zusammen mit anderen Abfällen und nicht die Verwendung von heizwertreichen Abfällen als Ersatz von Primärbrennstoffen für die Stützfeuerung von Abfallverbrennungsanlagen. Diese Entsorgung ist weiterhin als (energetische) Verwertung einzuordnen und als solche zulässig.⁹⁵ In diese Richtung zielen auch die Ausführungen des EuGH am Ende seines Urteils in der vorstehend wiedergegebenen Ziffer 44.

⁹⁵ So auch LAGA, aaO, Nr. 6.2.2.3; ausführlich dazu Baars in: UPR 1997, 229 (231).

II. Frage 2. *Kann das Vermischungsverbot des Art. 2 Abs. 2 u. 3. der Richtlinie über gefährliche Abfälle (91/689/EWG) bezogen auf Mischanlagen mit nachfolgender thermischer Behandlung für das nationale Recht instrumentalisiert werden? Insbesondere:*

2.1 Gilt das Vermischungsverbot der Richtlinie unmittelbar, da eine Umsetzung für diesen Entsorgungsweg in nationales Recht – abgesehen von der Ziffer 4.2 TA Abfall, der vor Verabschiedung der Richtlinie eingeführt wurde – bislang nicht erfolgt ist?

2.2 Entspricht das Mischen von Abfällen in den Mischanlagen, wenn die Maßnahme nicht geeignet ist, die „Sicherheit der Beseitigung oder Verwertung zu verbessern“, dem Stand der Technik?

Nach Art. 2 Abs. 2 EG-GefAbfRL können die Mitgliedstaaten das Vermischen von und mit gefährlichen Abfällen grundsätzlich verbieten („absolutes“ Vermischungsverbot), nach Art. 2 Abs. 3 EG-GefAbfRL aber auch zulassen, wenn und soweit die Bedingungen des Art. 4 EG-AbfRRL eingehalten werden **und** es insbesondere mit dem **Ziel** geschieht, die Sicherheit der Beseitigung oder Verwertung zu verbessern („relatives“ Vermischungsverbot).

Einleitend ist festzuhalten, dass im KrW-/AbfG selbst nur „relative“ Getrennthaltungs- und Getrenntbehandlungsgebote für Abfälle zur Verwertung in § 5 Abs. 2 Satz 4 KrW-/AbfG und für Abfälle zur Beseitigung in § 11 Abs. 2 KrW-/AbfG vorgesehen sind.

Eine *allgemeine* Rechtsverordnung für die Getrennthaltung bzw. -ehandlung von gefährlichen Abfälle gestützt auf § 7 Abs. 1 Nr. 2 KrW-/AbfG und / oder § 12 Abs. 1 Nr. 1 KrW-/AbfG ist bislang nicht ergangen.

Die § 5 Abs. 2 Satz 4 und § 11 Abs. 2 KrW-/AbfG übertreffen einerseits die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben in Art. 4 EG-GefAbfRL, weil sie für alle Abfälle und nicht nur für gefährliche Abfälle gelten. Auch wird den Bedingungen des Art. 4 EG-AbfRRL durch § 5 Abs. 3 Satz 3 KrW-/AbfG bzw. § 10 Abs. 4 KrW-/AbfG ausreichend Rechnung getragen.

Andererseits unterschreiten sie diese, weil sie die Zulässigkeit der Vermischung von und mit gefährlichen Abfällen nicht von der Verbesserung der Sicherheit der Beseitigung oder Verwertung abhängig machen, was aber nach dem Wortlaut des Art. 2 Abs. 3 EG-GefAbfRL ausdrücklich gefordert wird: („**Abweichend** von Absatz 2 kann das Mischen [...] **nur** zugelassen werden, **wenn** [...]“).

Es ist insoweit eine nicht ausreichende Umsetzung des Art. 2 EG-GefAbfRL durch den deutschen Gesetzgeber festzustellen.⁹⁶

Auch eine kurze Analyse weiterer gesetzlicher Vorschriften im KrW-/AbfG bestätigt, dass der Gesetzgeber, abgesehen vom „relativen“ Vermischungsverbot in den §§ 5 Abs. 2 Satz 4, 11 Abs. 2 KrW-/AbfG, grundsätzlich von der Möglichkeit und Zulässigkeit von Vermischungen ausgeht:

Nach der Begriffsbestimmung in § 3 Abs. 5 KrW-/AbfG ist „Erzeuger“ von Abfällen auch jede Person, die Vorbehandlungen, Mischungen oder sonstige Behandlungen vorgenommen hat, die eine Veränderung der Natur oder der Zusammensetzung dieser Abfälle bewirken. Das Mischen von Abfällen sieht der Gesetzgeber also als eine Form der – grundsätzlich zulässigen – Abfallbehandlung an. Nach § 4 Abs. 5 bzw. § 10 Abs. 2 KrW-/AbfG umfasst die Kreislaufwirtschaft bzw. Abfallbeseitigung das Behandeln von Abfällen, wozu auch das Vermischen gehört.

Auch die § 4 Abs. 4 Satz 3, § 6 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 und § 10 Abs. 2 KrW-/AbfG sowie weitere Vorschriften des KrW-/AbfG gehen in ihrem Wortlaut von der Zulässigkeit einer Vermischung als Unterfall der zumeist genannten Behandlung aus. Wenn in den §§ 4 Abs. 4 Satz 3, 6 Abs. 2 Satz 1 KrW-/AbfG auf den „einzelnen Abfall, ohne Vermischung mit anderen Stoffen“ Bezug genommen wird, begründet dies kein absolutes Vermischungsverbot, sondern soll lediglich den Bezugspunkt für die Beurteilung des Vorliegens oder der Zulässigkeit einer Verwertungsmaßnahme beschreiben (siehe dazu oben Kap. 1.1/2).

⁹⁶ Vgl. auch den Hinweis des Generalanwalts, Schlussanträge vom 26.09.2009, Rs C-228/00 Ziffer 74.

2.1 „Instrumentalisierung“ des Art. 2 Abs. 3 EG-GefAbfRL

In Anbetracht der nicht ausreichenden Umsetzung des Art. 2 Abs. 3 EG-GefAbfRL wird im folgenden zu prüfen sein, ob entweder eine unmittelbare Anwendung des nicht ausreichend umgesetzten Teils der Richtlinie (Vermischung gefährlicher Abfälle nur mit dem Ziel einer Verbesserung der Sicherheit der Beseitigung oder Verwertung) in Betracht kommt (Kap. 2.1.1) oder aber dieser Regelung mittelbar zur Anwendung verholfen werden kann (Kap. 2.1.2).

2.1.1 Unmittelbare Anwendbarkeit des Art. 2 Abs. 3 EG-GefAbfRL

Nach Art. 249 Satz 3 EGV ist eine Richtlinie für jeden Mitgliedstaat, an den sie gerichtet ist, hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich, überlässt jedoch den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und Mittel der Umsetzung. Folglich ist eine Richtlinie im Gegensatz zu einer Verordnung grundsätzlich nur für den Mitgliedstaat, aber nicht für die einzelnen Rechtssubjekte bindend. Zwar hat der EuGH im Wege der Rechtsfortbildung in ständiger Rechtsprechung unter gewissen Voraussetzungen die unmittelbare Geltung von gemeinschaftsrechtswidrig nicht ordnungsgemäß oder nicht fristgerecht in nationales Recht umgesetzten Richtlinien anerkannt (sog. Selbstvollzug von Richtlinien).⁹⁷ Die Folgen einer solchen ausnahmsweisen unmittelbaren Geltung sind jedoch für die verschiedenen möglichen Adressaten durchaus unterschiedlich. Denn nur die Bürger können sich gegebenenfalls auf diese unmittelbare Wirkung berufen:

Eine nicht ordnungsgemäße oder nicht fristgerechte Umsetzung der Richtlinie ist gemeinschaftsrechtswidrig und könnte zunächst einmal durch Verurteilung des betreffenden Mitgliedsstaats im Vertragsverletzungsverfahren geahndet werden. Bei den Wirkungen dieser Gemeinschaftsrechtswidrigkeit ist aber streng zwischen jenen für den Mitgliedstaat und jenen für den Gemeinschaftsbürger zu unterscheiden.

⁹⁷ Vgl. statt aller nur die Entscheidung des EuGH vom 11.08.1995, Rs. C-431/92, Slg. 1995 I, 2189 ff.– Wärmekraftwerk Großkrotzenburg.

Eine nicht ordnungsgemäße oder nicht fristgerecht umgesetzte Richtlinie hat unter den Voraussetzungen der Klarheit, Bestimmtheit und Vollzugsfähigkeit ihrer Regelungen im säumigen Mitgliedsstaat „ähnliche“ Wirkungen wie eine Verordnung. In Folge dessen sind die Träger öffentlicher Gewalt im säumigen Mitgliedstaat verpflichtet, wegen des Gebots der Effektivität des Gemeinschaftsrechts (*effet utile*) die Richtlinie auch ohne (ordnungsgemäßen) Umsetzungsakt **zu Gunsten** des Gemeinschaftsbürgers anzuwenden, wobei die überwiegende Auffassung und insbesondere die Rechtsprechung⁹⁸ methodisch eine sog. Richtlinienkonforme Auslegung und Ergänzung (widersprechenden) Rechts einer unmittelbaren Anwendung der betreffenden Richtlinie vorziehen.

Die Rechtsfolge bei **belastenden** Vorschriften einer Richtlinie muss im Hinblick auf die Wirkungen für den einzelnen Bürger nach dem innerstaatlichen Recht des säumigen Mitgliedsstaats gelöst werden. In Deutschland greifen im Falle der Nichtumsetzung belastender Bestimmungen in selbstvollziehenden Teilen von Richtlinien die in Art. 20 Abs. 3 GG verankerten Grundsätze vom Vorbehalt und Vorrang des Gesetzes. Danach kann die Verwaltung belastende Regelungen durch oder in Verwaltungsakten (etwa die Versagung von Genehmigungen für Anlagen oder belastende Nebenbestimmungen) nur erlassen, wenn eine wirksame Ermächtigungsgrundlage zur Verfügung steht. Auch kann sie nicht entgegen bestehenden (nationalen) Rechtsvorschriften entscheiden.

Diese Kollision von Gemeinschaftsrecht und deutschem Verfassungsrecht hat zur Folge, dass sich innerstaatliche Behörden nicht zu Lasten eines Einzelnen auf die unmittelbare Vollziehbarkeit einer nicht oder nicht ordnungsgemäß umgesetzten Richtlinie berufen können. Dieser Grundsatz einer nicht möglichen Berufung auf die unmittelbare Anwendbarkeit einer Richtlinie mit belastenden Charakter entspricht auch der ständigen Rechtsprechung des EuGH.⁹⁹

⁹⁸ Vgl. statt aller nur OLG Karlsruhe in: ZUR 2000, 199 ff.

⁹⁹ Ausdrücklich für die EG-GefAbfRL: EuGH, Urteil vom 25.06.1997, Rs. C-304/94, Slg. 1997, I 03561 Rz. 42 m.w.N. – Tombesi; vgl. auch Schleich, aaO, S. 250 m.w.N.

Als **Zwischenergebnis** bleibt festzuhalten, dass eine unmittelbare Anwendung des nicht ausreichend umgesetzten Teils der Richtlinie (Vermischung gefährlicher Abfälle nur mit dem Ziel einer Verbesserung der Sicherheit der Beseitigung oder Verwertung) nicht möglich ist.

Ein solches Vermischungsverbot kann auch nicht auf **Ziffer 4.2 TA Abfall** gestützt werden. Nach Ziffer 4.1 TA Abfall sind Abfälle nach den Anforderungen der Ziffer 4.3 TA Abfall vorrangig zu verwerten. Falls es für die Verwertung erforderlich ist, sind die Abfälle vorher **zu behandeln**, was nach der Definition des vorrangigen KrW-/AbfG, wie oben dargelegt, auch das Vermischen beinhalten kann. Ist eine Verwertung auch nach Behandlung nicht möglich, dürfen Abfälle in sonstiger Weise entsorgt, insbesondere beseitigt werden. Selbst nach Ziffer 4.2 TA Abfall, die zunächst ein „grundsätzliches“ Vermischungsverbot normiert, dürfen Abfälle **vermischt** werden, wenn dies in Verbindung mit dem Entsorgungs-/Verwertungsnachweis und im Auftrag und nach Maßgabe des Betreibers der vorgesehenen Abfallentsorgungsanlage oder des Verwerter erfolgt. Nach Ziffer 4.3.3 TA Abfall ist eine Verwertung von Abfällen auch dann als technisch möglich - mithin zulässig - anzusehen, wenn nur Verfahren zur Verfügung stehen, die eine vorherige Behandlung der Abfälle erfordern. In derartigen Fällen umfasst die Verwertung also auch die Durchführung von Behandlungsmaßnahmen, was auch ein Vermischen sein kann. Genau genommen, enthält die TA Abfall also ein „relatives“ Behandlungs**verbot** und zugleich ein „relatives“ Behandlungs**gebot**. Davon abgesehen, sind die angeführten Bestimmungen der TA Abfall weitestgehend durch die sehr ähnlichen Bestimmungen in den §§ 4 ff. KrW-/AbfG überholt, falls man die Anwendung der TA Abfall, die auf die Ermächtigungsgrundlage des § 12 KrW-/AbfG für Abfälle zur Beseitigung gestützt wird, auf Abfälle zur Verwertung überhaupt noch für möglich hält.

2.1.2 Richtlinienkonforme Auslegung

Dem nicht ausreichend umgesetzten Teil des Art. 2 Abs. 3 EG-GefAbfRL (Vermischung gefährlicher Abfälle nur mit dem Ziel einer Verbesserung der Sicherheit der Beseitigung oder Verwertung) könnte aber durch eine richtlinienkonforme Auslegung nationaler Normen Geltung verschafft werden.

Dies kommt nur in Betracht, wenn die Voraussetzungen für eine unmittelbare Anwendung von Richtlinienbestimmungen nicht gegeben sind, was vorliegend der Fall ist, wie soeben festgestellt worden ist.

Die richtlinienkonforme Auslegung kann zum einen bedeuten, dass eine Richtlinienvorschrift zur Auslegung einer nationalen Umsetzungsregelung herangezogen wird. Bei solchen ist grundsätzlich anzunehmen, dass der Gesetzgeber die Richtlinie korrekt umsetzen wollte, was bei der Auslegung der Umsetzungsnorm in Zweifelsfällen einen Rückgriff auf den Wortlaut der Richtlinie gestattet.¹⁰⁰ Vorliegend ist für das KrW-/AbfG schon zweifelhaft, ob es konkret zur Umsetzung der EG-GefAbfRL ergangen ist, weil es nach der Einleitung (nur) der Umsetzung der Richtlinie 94/31/EG zur *Änderung* der EG-GefAbfRL dient. Davon abgesehen kann den §§ 5 Abs. 2 Satz 4, 11 Abs. 2 KrW-/AbfG nicht entnommen werden, dass sie konkret zur Umsetzung des Art. 2 EG-GefAbfRL ergangen sind.

Die richtlinienkonforme Auslegung kann aber zum anderen auch gemeinschaftsrechtliches Auslegungskriterium für bestehende nationale Vorschriften sein. Im Hinblick auf die konkrete Umsetzungspflicht (Art. 249 Abs. 3 EGV) und die allgemeine Pflicht zu gemeinschaftskonformen Verhalten (Art. 10 EGV) ist eine solche richtlinienkonforme Auslegung nationaler Vorschriften sogar geboten, auch wenn diese nicht konkret zur Umsetzung ergangen sind, aber im sachlichem Geltungsbereich der Richtlinie liegen und einen Interpretationsspielraum eröffnen, der einer Auslegung zugänglich ist. Die richtlinienkonforme Auslegung in diesem Sinne wird begrenzt durch Eingriffe in die Zuständigkeit des Gesetzgebers sowie allgemeine Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts, etwa das Rückwirkungsverbot und die Rechtssicherheit. Sie soll gewährleisten, dass sich der Regelungsinhalt der Richtlinie im Zweifel auch gegen abweichende Vorschriften der Mitgliedstaaten durchsetzt und entfaltet insbesondere Wirkung durch Veränderung der Tragweite gesetzlicher Vorschriften.¹⁰¹

¹⁰⁰ Vgl. zu alledem statt anderer Schleich, aaO, S. 251 m.w.N.

¹⁰¹ Vgl. zu alledem statt anderer Schleich, aaO, S. 251 f. m.w.N.

Für eine derartige richtlinienkonformen Auslegung kommen vorliegend die in § 5 Abs. 2 Satz 4 und § 11 Abs. 2 KrW-/AbfG geregelten „relativen“ Vermischungsverbote in Betracht. Nach diesen Vorschriften sind Abfälle zur Verwertung bzw. zur Beseitigung getrennt zu halten oder zu behandeln, soweit dies zur Erfüllung der Anforderungen nach den §§ 4 und 5 oder 10 KrW-/AbfG erforderlich ist.

Im Hinblick auf **Abfälle zur Verwertung** kommen als Anknüpfungspunkte für eine richtlinienkonforme Auslegung über § 5 Abs. 2 Satz 4 KrW-/AbfG die Anforderungen an eine „ordnungsgemäße“ und „schadlose“ Verwertung in § 5 Abs. 3 KrW-/AbfG in Betracht. Nach § 5 Abs. 3 Satz 2 KrW-/AbfG erfolgt die Verwertung ordnungsgemäß, wenn sie im Einklang mit dem KrW-/AbfG und **anderen öffentlich-rechtlichen Vorschriften** steht.

Art. 2 Abs. 3 EG-GefAbfRL ist eine derartige öffentlich-rechtliche Vorschrift, da sie von der EU als supranationaler Einrichtung auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts erlassen worden ist (vgl. auch Art. 7 EGV und § 57 KrW-/AbfG).

Bei richtlinienkonformer Auslegung des § 5 Abs. 2 Satz 4 i.V.m. Abs. 3 Satz 2 KrW-/AbfG im Lichte des Art. 2 Abs. 3 Satz 1 EG-GefAbfRL kann deshalb für (gefährliche und nicht gefährliche) **Abfälle zur Verwertung** gefordert werden, dass diese mit gefährlichen Abfällen (zur Verwertung oder zur Beseitigung) sowie gefährliche Abfälle zur Verwertung mit anderen Abfällen und Stoffen nur vermischt werden dürfen, wenn es insbesondere mit dem Ziel geschieht, die Sicherheit der Beseitigung oder Verwertung der zu vermischenden Abfälle zu verbessern. Im Hinblick auf die Vermischung gefährlicher **Abfälle zur Beseitigung** untereinander sowie mit anderen Abfällen oder Stoffen kommt eine richtlinienkonforme Auslegung des § 11 Abs. 2 i.V.m. § 10 Abs. 6 Satz 2 Nr. 6 KrW-/AbfG (Beeinträchtigung des Wohls der Allgemeinheit, wenn sonst die *öffentliche Sicherheit* und Ordnung gefährdet oder gestört werden) in Betracht, um das in Art. 2 Abs. 3 EG-GefAbfRL formulierte Ziel als Anforderung auszugestalten. Diese Vermischungsverbote ergreifen aber nicht die Vermischung von nicht gefährlichen Abfällen untereinander.

Ausweislich Art. 2 Abs. 3 Satz 2 EG-GefAbfRL ist ein solches Vorgehen (Vermischen von und mit gefährlichen Abfällen mit dem Ziel, die Sicherheit der Beseitigung oder Verwertung zu verbessern) darüber hinaus nach den Artikeln 9, 10 und 11 der EG-AbfRRL genehmigungspflichtig. Danach bedürfen also alle **Anlagen** und Unternehmen, die derartige Vermischungen durchführen, vorbehaltlich der in Art. 11 EG-AbfRRL vorgesehenen Befreiungsmöglichkeiten einer Genehmigung.

Auch diese Genehmigungspflicht ist, soweit ersichtlich, nicht umgesetzt worden. Im Wege der richtlinienkonformen Auslegung des **§ 5 Abs. 2 Nr. 2 NachwV** ist insoweit grundsätzlich zu fordern, das Vorliegen der besagten weiteren Anforderung im Nachweisverfahren zu prüfen. Nach § 5 Abs. 2 Nr. 2 NachwV bestätigt die für die Entsorgungsanlage zuständige Behörde die Zulässigkeit der vorgesehenen Entsorgung (nur), wenn für die Entsorgungsmaßnahmen die **Ordnungsgemäßheit** der Verwertung gewährleistet ist, was konkret die Einhaltung des Vermischungsverbots des Art. 2 Abs. 3 S. 2 EG-GefAbfRL durch den Anlagenbetreiber voraussetzt. Allgemeine gemeinschaftsrechtliche Rechtsgrundsätze stehen dieser gebotenen richtlinienkonformen Auslegung nicht entgegen.

In diesem Zusammenhang ist noch anzumerken, dass sich aus § 5 Abs. 3 Satz 2 KrW-/AbfG für bestimmte, oft streitige Sachverhalte, die aber nicht Gegenstand der vorliegend untersuchten Fragestellung sind, Vermischungsverbote bereits ohne Rückgriff auf das Instrument der richtlinienkonformen Auslegung ableiten lassen. Getrennt **anfallende** Abfälle zur Verwertung dürfen danach nicht mit Abfällen zur Beseitigung mit der Zweckbestimmung der Beseitigung (zur Ersparnis von Verwertungskosten) oder mit der Zweckbestimmung der Verwertung (zur Umgehung von Überlassungs- und Andienungspflichten) vermischt werden.

Denn dies wäre keine „ordnungsgemäße“ Verwertung im Sinne des § 5 Abs. 3 Satz 2 KrW-/AbfG, weil bzw. soweit dies gegen den Vorrang der Verwertung (§ 5 Abs. 2 Satz 2 KrW-/AbfG) für die untergemischten Abfälle zur Verwertung bzw. bestehende Überlassungs- oder Andienungspflichten (§ 13 Abs. 1 oder 4 oder § 29 Abs. 4 KrW-/AbfG) für die beigemischten Abfälle zur Beseitigung verstößt.¹⁰²

Soweit mit der vorliegend gegebenen Begründung Vermischungsverbote bestehen, sind diese einerseits durch **nachträgliche Anordnungen nach § 17 BImSchG** gegenüber den Anlagenbetreibern und andererseits durch **abfallrechtliche Anordnungen nach § 21 Abs. 1 KrW-/AbfG** gegenüber den entsorgungspflichtigen Erzeugern und / oder Besitzern der Abfälle umzusetzen.

Für den Vollzug der hiermit aufgezeigten Anordnungsbefugnisse bleibt aber zu beachten, dass eine Trennung von bereits mit anderen Abfällen oder Stoffen vermischten (gefährlichen) Abfällen nach Art. 2 Abs. 4 EG-GefAbfRL nur verlangt werden kann, wenn dies technisch und wirtschaftlich möglich sowie notwendig ist, um Art. 4 EG-AbfRRL (§ 5 Abs. 3 Satz 3 KrW-/AbfG bzw. § 10 Abs. 4 KrW-/AbfG) nachzukommen. Eine entgegen Art. 2 Abs. 3 EG-GefAbfRL vorgenommene Vermischung führt mithin nicht in jedem Fall zu einer unbedingten Trennungspflicht. Des weiteren unterliegt die Frage, ob in Folge der Vermischung Abfälle zur Verwertung oder Beseitigung entstanden sind, einer eigenständigen Beurteilung nach den auch in Deutschland unmittelbar anzuwendenden gemeinschaftsrechtlichen Kriterien.

Zusammenfassend ist in Beantwortung der Frage festzuhalten, dass **für gefährliche Abfälle** das Verbot in Art. 2 Abs. 2 und 3 EG-GefAbfRL durch eine richtlinienkonforme Auslegung der angeführten nationalrechtlichen Vorschriften instrumentalisiert werden kann und wegen der Umsetzungspflicht gem. Art. 249 Abs. 3 und Art. 10 EGV auch instrumentalisiert werden muss. Eine unmittelbare Anwendung dieser Richtlinienbestimmungen kommt hingegen nicht in Betracht.

¹⁰² Vgl. Posser in: Giesberts/Posser, aaO, Rz. 344 ff. m.w.N.; Petersen in: NVwZ 1998, 1113.

2.1.3 Vollzug des Vermischungsverbots

Ergänzend zur Beantwortung der Ausgangsfrage soll nachfolgend kurz dazu Stellung genommen werden, wie das in richtlinienkonformer Auslegung zu beachtende Vermischungsverbot im Falle einer beabsichtigten energetischen Verwertung gefährlicher Abfälle nach vorhergehender Vermischung in einer Mischanlage administrativ umgesetzt werden soll. Zu berücksichtigen ist dabei, dass nach dem KrW-/AbfG der entsorgungspflichtige Abfallerzeuger, und zwar der „Ersterzeuger“, festlegt, ob er seine (nicht überlassungspflichtigen) gefährlichen Abfälle einer Verwertung oder einer Beseitigung zuführen will. Ansatzpunkt für Verwaltungsentscheidungen ist dementsprechend im Falle der energetischen Verwertung gefährlicher Abfälle das obligatorische Nachweisverfahren nach § 46 KrW-/AbfG und § 2 NachwVO.

Der Abfallerzeuger muss dabei in den Antragsformularen für den **Entsorgungsnachweis** auch angeben, dass und wo vor der beabsichtigten Verwertung eine Vermischung erfolgen soll. Diese Vermischung kann in einer gesonderten Anlage oder in einer Vorschaltanlage zu der Verbrennungsanlage als der beabsichtigten Verwertungsanlage geschehen. In beiden Fällen muss die für die jeweilige Anlage zuständige Behörde im Rahmen der erforderlichen Behördenbestätigung nach § 5 Abs. 2 Nr. 2 NachwVO die „Ordnungsgemäßheit“ der Verwertung bescheinigen. Bei richtlinienkonformer Auslegung dieser Vorschrift kann dies bei einer vorgesehenen Vermischung gefährlicher Abfälle nur bestätigt werden, wenn die Vermischung nachweislich geeignet ist und mit dem Ziel durchgeführt wird, die Sicherheit der Entsorgung im Vergleich mit einer Entsorgung ohne Vermischung zu verbessern. Der Entsorgungspflichtige muss das Vorliegen dieser Voraussetzungen mithin konkret darlegen.

Die gleichen Entscheidungskriterien gelten im übrigen bei einer beantragten Freistellung von der Nachweispflicht, weil eine Privilegierung nach § 13 Abs. 1 Nr. 2 NachwVO nur bei einer zulässigen Vermischung in Frage kommen kann.

Gegenüber der Vermischung gefährlicher Abfälle sind mithin präventive Kontrollmöglichkeiten gegeben. Denn die Versagung der behördlichen Bestätigung macht eine beabsichtigte Verwertung mit Vermischung unmöglich.

Von dieser Kontrollmöglichkeit ist die Kontrolle der für den Abfallerzeuger zuständigen Behörde zu unterscheiden, ob die vom Abfallerzeuger beabsichtigte oder durchgeführte Entsorgung tatsächlich als Verwertungsmaßnahme einzuordnen ist oder nicht (vgl. § 5 Abs. 6 NachwVO und auch die nachfolgende Stellungnahme zur Frage 3). Das Vermischungsverbot für gefährliche Abfälle gilt unabhängig von der begrifflichen Zuordnung. Sollte in einem Fall nach den gemeinschaftseinheitlichen Kriterien keine Verwertung vorliegen, wäre insoweit eine zusätzliche Handlungsmöglichkeit (durch die Erzeugerbehörde) gegeben, die freilich in der Praxis kaum präventiv greifen würde.

Im Hinblick auf die bestehenden **Anlagengenehmigungen** ist es nötig, das Vermischungsverbot durch nachträgliche Anordnungen nach § 17 BImSchG umzusetzen. Die jeweilige Anlagengenehmigungsbehörde kann dabei im Einzelnen festlegen, ob überhaupt oder unter welchen Voraussetzungen und wie gefährliche Abfälle vermischt werden können.

Zur Klarstellung ist in diesem Zusammenhang festzustellen, dass die Abfallbehörden im Rahmen ihrer Zuständigkeit (nach § 21 KrW-/AbfG für Einzelanordnungen und nach § 5 NachwVO für die behördliche Bestätigung) das Vermischungsverbot zu beachten und umzusetzen haben. Dies gilt auch, wenn die Anlagengenehmigung selbst das Vermischungsverbot (noch) nicht geregelt hat.

Für nicht gefährliche Abfälle greift das Vermischungsverbot nicht, so dass deren Vermischung als Behandlung vor einer Verwertung grundsätzlich zulässig ist, es sei denn es greifen besondere, spezialgesetzliche Vermischungsverbote.

2.2 Mischen von (gefährlichen) Abfällen und Stand der Technik

Die in der Frage zitierte Anforderung „Sicherheit der Beseitigung oder Verwertung zu verbessern“, entstammt Art. 2 Abs. 3 EG-GefAbfRL und beschränkt sich auf eine Vermischung der in Art. 1 Abs. 4 EG-GefAbfRL definierten gefährlichen Abfälle. In Anbetracht dessen, dass die besagte Anforderung durch richtlinienkonforme Auslegung des KrW-/AbfG in Deutschland vollzogen werden kann, dürfte das praktische Bedürfnis für die Beantwortung dieser Frage weitgehend entfallen sein. Gleichwohl seien noch die folgenden Ausführungen gemacht:

Der Stand der Technik wird im KrW-/AbfG lediglich im Zusammenhang mit der Festlegung von Anforderungen an die Beseitigung von Abfällen in § 12 KrW-/AbfG bzw. mit der Zulassung von Abfallbeseitigungsanlagen in § 32 Abs. 1 Nr. 1 b) KrW-/ AbfG ausdrücklich erwähnt. Für die Verwertung von Abfällen wird er vom Gesetzgeber nicht konkret beschrieben.

Einzelne, für den Stand der Technik der Verwertung relevante Kriterien finden sich aber verstreut im Gesetz, etwa die Kriterien für die schadlose Verwertung in § 5 Abs. 3 KrW-/AbfG oder für das ausnahmsweise Entfallen des Vorrangs der Verwertung in § 5 Abs. 5 KrW-/AbfG sowie in der Verordnungsermächtigung in § 7 Abs. 1 KrW-/AbfG.

Ferner werden alle Anlagenbetreiber nach § 9 KrW-/AbfG i.V.m. § 5 Abs. 1 Nr. 2 und § 22 Abs. 1 Nr. 1 und 2 BImSchG zur Einhaltung des Standes der Technik verpflichtet, mithin auch bei der Verwertung von Abfällen oder anderen Stoffen in deren Anlagen. Nach der gesetzlichen Begriffsbestimmung in § 3 Abs. 12 Satz 1 KrW-/AbfG ist Stand der Technik der Entwicklungsstand fortschrittlicher Verfahren, Einrichtungen oder Betriebsweisen, der die praktische Eignung einer Maßnahme zur Begrenzung von Emissionen, zur Gewährleistung der Anlagensicherheit und einer umweltverträglichen Abfallentsorgung oder sonst zur Vermeidung oder Verminderung von Auswirkungen auf die Umwelt zur Erreichung eines allgemein hohen Schutzniveaus für die Umwelt insgesamt gesichert erscheinen lässt.

Nach § 3 Abs. 12 Satz 2 KrW-/AbfG sind dabei insbesondere die in Anhang III zum KrW-/AbfG aufgeführten Kriterien zu berücksichtigen.

Diese gesetzliche Begriffsbestimmung und die in Anhang III zum KrW-/AbfG aufgeführten Kriterien ermöglichen es nicht, daraus die Befugnis ableiten zu können, die rechtliche Zulässigkeit des Mischens gefährlicher Abfälle von dem Nachweis der Eignung für eine **Verbesserung** der Sicherheit der Verwertung oder Beseitigung abhängig zu machen. Erforderlich, aber auch ausreichend ist, dass die Sicherheit der Verwertung oder Beseitigung nicht verschlechtert wird. Dass eine Verbesserung der Sicherheit der Verwertung oder Beseitigung nicht zusätzlich verlangt werden kann, um dem Stand der Technik genügen zu können, folgt bereits daraus, dass eine Trennung von bereits mit anderen Abfällen oder Stoffen vermischten (gefährlichen) Abfällen nach Art. 2 Abs. 4 EG-GefAbfRL nur verlangt werden kann, wenn dies technisch und wirtschaftlich möglich sowie notwendig ist, um Art. 4 EG-AbfRRL (§ 5 Abs. 3 Satz 3 KrW-/AbfG bzw. § 10 Abs. 4 KrW-/AbfG) zu genügen.

Wurde bereits eine Vermischung vorgenommen, ohne die Sicherheit der Verwertung oder Beseitigung verbessern zu können (zu wollen), sind aber die Voraussetzungen für eine Trennungspflicht im Sinne des Art. 2 Abs. 4 EG-GefAbfRL nicht gegeben, muss es selbstverständlich nach wie vor möglich sein, entsprechend dem Stand der Technik zu entsorgen. Schon aus diesem Grunde ist es ausgeschlossen, die zusätzliche Voraussetzung der Verbesserung der Verwertung oder Beseitigung über den Stand der Technik einzuführen.

Im Hinblick auf die in Anlage III zum KrW-/AbfG aufgeführten anlagenbezogenen Kriterien könnte das Ziel einer Vermischung zur Verbesserung der Sicherheit der Verwertung oder Beseitigung allenfalls mit dem Erfordernis des Einsatzes weniger gefährlicher Stoffe in Ziffer 2. der Anlage III begründet werden. Aus diesem Kriterium lässt sich zwar bei weiter Auslegung des Begriffs „Stoffe“ auch die weitest mögliche Vermeidung des Einsatzes gefährlicher Abfälle ableiten, nicht aber, dass ein Mischen gefährlicher Abfälle nur mit dem Ziel einer Verbesserung der Sicherheit der Verwertung oder Beseitigung erfolgen darf.

Auch eine Begründung mit dem Erfordernis des Einsatzes abfallarmer Technologie in Ziffer 1. der Anlage III ist nicht möglich. Der Einsatz abfallarmer Technologie bezieht sich ersichtlich auf die Optimierung der eingesetzten technischen Verfahren bzw. Anlagen im Hinblick auf Art und Menge der dabei entstehenden und zu entsorgenden Abfälle und nicht auf die Art und Weise der Behandlung eines Abfallinputs.

Nach alledem kann über den Stand der Technik nur gefordert werden, dass durch die Vermischung keine Verschlechterung der Sicherheit der Entsorgung besorgt wird (Neutralität im Vergleich zur Sicherheit der getrennten Entsorgung ohne die Vermischung), nicht aber, dass eine Verbesserung der Sicherheit der Entsorgung das Ziel der Vermischung ist.

III. Frage 3. *Muss bereits das Mischen, das in einer selbständigen Anlage erfolgt, als Verwertung qualifiziert werden oder bildet es einen eigenen abfallwirtschaftlichen Schwerpunkt, der gesondert nach § 4 Abs. 4 KrW-/AbfG zu beurteilen ist ?*

Das Mischen von Abfällen in einer selbständigen Anlage kann - isoliert betrachtet - schon deshalb nicht als Verwertung eingeordnet und in Folge dessen nach § 4 Abs. 4 KrW-/AbfG beurteilt werden, weil bei der Vermischung keine Energie durch einen Verbrennungsvorgang gewonnen wird. Die Untersuchungsfrage ist folglich in einem weiteren Sinne dahingehend zu verstehen, ob das Mischen, das in einer selbständigen Anlage erfolgt, als Teilschritt einer nachfolgenden Verwertung oder Beseitigung eingeordnet werden muss, oder ob es einen eigenen abfallwirtschaftlichen Schwerpunkt bildet, der eigenständig als Verwertung oder Beseitigung einzuordnen ist..

Der Begriff des abfallwirtschaftlichen Schwerpunkts geht zurück auf das erste Arbeitspapier der LAGA zur Definition und Abgrenzung von Abfallverwertung und Abfallbeseitigung sowie von Abfall und Produkt¹⁰³. Dieser Begriff wird als Gegenbegriff zur finalen Betrachtungsweise bei einer Entsorgung in mehreren Behandlungsschritten verstanden, wonach eine Behandlung (beispielhaft angeführt werden zerkleinern, mischen, trennen, chemische Spaltung und Neutralisation) eine „Maßnahme“ im Sinne des § 4 Abs. 3 und 4 KrW-/AbfG darstellen soll. Nach der seinerzeitigen Auffassung der LAGA soll unter im Einzelnen näher bezeichneten Voraussetzungen eine finale Betrachtungsweise nur bei „unselbständigen Vorbehandlungen“ möglich sein, was eine eindeutige Zuordnung des oder der Vorbehandlungsschritte zur abschließenden Entsorgung voraussetze. Andernfalls und insbesondere bei Änderung der Abfalleigenschaft des einzelnen Abfalls nach Durchlaufen eines Behandlungsverfahrens sei eine Neubewertung der nachfolgenden Maßnahme(n) vorzunehmen, weil die Behandlung insoweit einen eigenständigen abfallrechtlichen Schwerpunkt darstelle.

¹⁰³ Vgl. LAGA, aaO, Nr. 7, S. 37.

Unter Zugrundelegung der in dieser Stellungnahme entwickelten Auffassung ist dazu folgendes auszuführen:

Nach D 13 des Anhangs II A zur EG-AbfRRL (zum KrW-/AbfG) wird eine Vermengung oder Vermischung vor Anwendung eines der in D 1 bis D 12 aufgeführten Verfahren selbständig als Beseitigungsverfahren aufgeführt. Davon abgesehen kann das Vermischen im Rahmen einer Abfallbehandlung nur in den Fällen D 2, D 8 und D 9 des Anhangs II A zur EG-AbfRRL (zum KrW-/AbfG) als selbständiges Beseitigungsverfahren in Frage kommen.

Ein dem Verfahren D 13 des Anhangs II A zur EG-AbfRRL (zum KrW-/AbfG) ähnliches Verfahren ist in Anhang II B zur EG-AbfRRL (zum KrW-/AbfG) nicht aufgeführt. Daraus kann jedoch nicht gefolgert werden, dass eine Vermengung oder Vermischung von Abfällen stets dem Beseitigungsverfahren D 13 des Anhangs II A zur EG-AbfRRL (zum KrW-/AbfG) zuzuordnen sei. Denn das Mischen von Abfällen kann sowohl nach nationalem Recht (vgl. § 3 Abs. 5, § 4 Abs. 4 Satz 3, § 4 Abs. 5, § 5 Abs. 2 Satz 3, § 6 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 KrW-/AbfG) als auch nach den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben (vgl. Art. 1 b), Art. 14 EG-AbfRRL, Art. 2 Abs. 3, Art. 8 Abs. 3 EG-GefAbfRL) als grundsätzlich zulässige Vorstufe vor Anwendung eines Verwertungsverfahrens, insbesondere der energetischen Verwertung nach R 1 des Anhangs II B zur EG-AbfRRL (zum KrW-/AbfG) angesehen werden.

Das Mischen von Abfällen vor einer Verwertung kann auch nicht etwa unter das Verwertungsverfahren R 12 des Anhangs II B zur EG-AbfRRL (zum KrW-/AbfG: „Austausch von Abfällen, um sie einem der unter R 1 bis R 11 aufgeführten Verfahren zu unterziehen“) subsumiert werden. Denn der Austausch von Abfällen kann nicht als Oberbegriff verstanden werden, der auch eine Vermengung oder Vermischung als Unterbegriffe umfasst. Das Mischen von Abfällen vor einer Verwertung kann schließlich auch nicht als ein eigenständiges, in dem Anhang II B noch nicht aufgeführtes Verwertungsverfahren entsprechend dem Beseitigungsverfahren D 13 des Anhangs II A zur EG-AbfRRL (zum KrW-/AbfG) angesehen werden.

Zwar ist es richtig, dass die Anhänge zur EG-AbfRRL (und dem KrW-/AbfG) nicht alle Beseitigungs- und Verwertungsverfahren im Sinne der EG-AbfRRL genau und abschließend auführen.¹⁰⁴ Zusätzliche, bisher nicht in den Anhängen genannte Verfahren müssen jedoch in jedem Fall, um im Vollzug angewendet werden zu können, in den Anhängen ausdrücklich neu aufgenommen werden. Dabei kann es dahingestellt bleiben, ob dafür ein förmliches Änderungsverfahren gem. Art. 17 i. V. m. Art. 18 EG-AbfRRL erforderlich ist, oder ob dies auch ein nationaler Gesetzgeber im Wege der „Konkretisierung“ der Verfahren der Anhänge II A und B machen könnte.¹⁰⁵ Denn eine derartige ausdrückliche Regelung ist nicht erfolgt. Die Auslegung kann deshalb nur auf der Grundlage des bestehenden Rechts vorgenommen werden.

Richtigerweise sind insoweit zwei Sachverhaltsvarianten zu unterscheiden:

- Der Ausgangsabfall wird vor Zuführung zu der vorgesehenen Verwertungsanlage entweder in einer eigenständigen Anlage oder an der Verwertungsanlage mit vergleichbaren Abfällen oder sonstigen Stoffen vermischt, wird aber im übrigen unverändert und mit derselben Abfallschlüsselnummer der vorgesehenen Verwertungsanlage zugeführt. In diesem Fall ist eine **finale Betrachtungsweise** möglich und zulässig, die den gesamten Entsorgungsvorgang einschließlich der Vorstufe als Verwertung ansieht. Dieses Ergebnis gilt auch dann, wenn die Vermischung in einer eigenständigen Mischanlage erfolgt, für die folglich ein eigener Entsorgungsnachweis zu erstellen ist. Unerheblich ist auch, ob in diesem Falle bei der Vermischung oder sonstigen Vorbehandlung (z. B. Abtrennen von Teilfraktionen) oder als deren Folge neue Abfälle entstehen. Diese sind dann einer neuen eigenständigen Beurteilung zu unterziehen, ob es sich bei diesen um Abfälle zur Beseitigung oder zur Verwertung handelt.

¹⁰⁴ EuGH Urteil vom 27.02.2002 Rs.6/00, Rz. 60 – ASA Abfall.

¹⁰⁵ So gegen die herrschende Meinung VGH B-W, Urteil vom 25.01.2001, Az: 10 S 822/98, NVwZ 2001, 577.

- In der anderen, in der Praxis problematischeren Variante wird der Ausgangsabfall in einer eigenständigen Anlage, die in der Regel zugleich Teil einer umfassenderen Behandlungsanlage ist (chemisch-physikalische Behandlungsanlage mit unterschiedlichen Verfahren und Zwischenlagerung) mit zahlreichen anderen Abfällen und ggf. sonstigen Stoffen gemischt und ggf. zusätzlich behandelt. Der entstehende Mischabfall bzw. die sonstigen entstehenden Abfälle sind im Hinblick auf die weitere Entsorgung neu und eigenständig zu beurteilen. Eine finale Betrachtungsweise ist in diesem Fall in aller Regel ausgeschlossen.

Für beide Sachverhalte, insbesondere aber für die zuletzt angeführte Variante stellt sich die entscheidende und vorgelagerte Frage, ob die Vermischung des Ausgangsabfalls mit den anderen Abfällen bei der Vorbehandlung zulässig ist. Denn hierfür gelten die bereits dargestellten, in richtlinienkonformer Auslegung des § 5 Abs. 2 Satz 4 i. V. m. Abs. 3 Satz 2 KrW-/AbfG unter Berücksichtigung des Art. 2 Abs. 3 Satz 1 EG-GefAbfRL gegebenen **Vermischungsverbote**.¹⁰⁶ Bei richtlinienkonformer Auslegung dieser Vorschriften dürfen deshalb (gefährliche und nicht gefährliche) Abfälle zur Verwertung mit gefährlichen Abfällen (zur Verwertung oder zur Beseitigung) sowie gefährliche Abfälle zur Verwertung mit anderen Abfällen und Stoffen nicht vermischt werden, es sei denn, es geschieht mit dem Ziel, die Sicherheit der Beseitigung oder Verwertung der zu vermischenden Abfälle zu verbessern. Ob diese Ausnahmenvoraussetzungen gegeben sind, muss der Entsorgungspflichtige konkret darlegen. Erfolgt gleichwohl eine Vermischung, kann unter den Voraussetzungen des Art. 2 Abs. 4 EG-GefAbfRL durch eine Anordnung nach § 21 Abs. 1 KrW-/ AbfG eine Trennung der vermischten Abfälle aufgegeben werden. Ist eine Trennung nicht möglich oder nicht notwendig, um dem Gebot der gemeinwohlverträglichen Beseitigung nachzukommen, unterliegen die entstandenen neuen Abfälle dann, wie gesagt, einer eigenständigen Beurteilung im Hinblick auf deren Verwertbarkeit.

¹⁰⁶ Zu den Vermischungsverböten, die sich im Hinblick auf die Vermischung von Abfällen zur Beseitigung mit (auch nicht gefährlichen) Abfällen zur Verwertung ergeben, vgl. auch Posser in: Giesberts/Posser, aaO, Rz. 344 ff.

Aus einer unzulässigen Vermischung kann jedenfalls nicht ohne weiteres gefolgert werden, dass es sich bei den unzulässig vermischten Abfällen um Abfälle zur Beseitigung handelt.

Abgesehen von dieser Frage der Zulässigkeit der Vermischung stellt sich für diese zweite Variante eines eigenständigen „**abfallwirtschaftlichen Schwerpunkts**“ auch die generelle abfallrechtliche Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen noch von einem Teilschritt oder einer Vorstufe der Verwertung gesprochen werden kann, ob also hier noch eine finale Betrachtungsweise zulässig ist.

Dies kann nicht schon deshalb verneint werden, weil möglicherweise bei der Vermischung oder sonstigen Vorbehandlung noch weitere Abfälle, auch zur Beseitigung, anfallen.

Eine angemessene Problemlösung lässt sich aber aus allgemeinen abfallrechtlichen Grundsätzen und den auch vom Bundesverwaltungsgericht mehrfach bestätigten Anforderungen an die Verwertung ableiten. Danach erfordert das abfallrechtliche Nachweisverfahren eine Transparenz von dem Ersterzeuger bis zur abschließenden Entsorgung, vorliegend der energetischen Verwertung in der von diesem benannten Verwertungsanlage. Das Bundesverwaltungsgericht hat diesen Grundsatz dahingehend konkretisiert, dass ein „einheitlicher Vorgang des Zuführens zur Verwertung“ nur angenommen werden kann, wenn bereits beim Ersterzeuger der konkrete Entsorgungsweg feststeht und die Verwertung in der vorgesehenen genehmigten Anlage „alsbald“ erfolgt, so dass die Teilschritte des gesamten Verwertungsprozesses bereits vom Ersterzeuger nachweisbar dargelegt werden müssen.¹⁰⁷

Von entsprechenden Grundsätzen geht ersichtlich auch der Generalanwalt in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache C – 116/01 (Verol Recycling Limburg BV ./ Umweltministerium Niederlande) aus.

¹⁰⁷ BVerwG, Urteil vom 13.04.2000, Az: 7 C 47/98, NVwZ 2000, 1175. Zu den Anforderungen an die Nachweispflicht in diesen Fällen bereits BVerwG, Urteil vom 24.06.1993, Az: 7 C 10/92 NVwZ 1993, 990.

Dieses Gerichts-verfahren hat zwar fachlich eigenständige, getrennte Verarbeitungsprozesse als Teile eines kombinierten Verwertungsprozesses für einen Abfall bzw. dessen Bestandteile zum Gegenstand. Der General-anwalt geht dabei aber von der tatsächlichen Möglichkeit einer nachweisbaren und nachgewiesenen Zuordnung der Abfälle bzw. Abfallteilströme zu den einzelnen Verfahrensschritten aus, die deshalb auch eigenständig abfallrechtlich zu beurteilen sind.

Als **Ergebnis** ist festzustellen, dass das in Deutschland über § 5 KrW-/AbfG umzusetzende Vermischungsverbot für gefährliche Abfälle in Artikel 2 EG-GefAbfRL sowie die Beachtung der allgemeinen abfallrechtlichen Anforderungen an den Nachweis der vom Abfallerzeuger beabsichtigten Verwertung zu einer sachgerechten Lösung der Probleme einer nicht umweltgerechten Vermischungspraxis bei gefährlichen Abfällen führen können.

Die Vollzugsbehörden müssen dementsprechend allerdings im Rahmen ihrer Tätigkeit sowohl beim Entsorgungsnachweisverfahren als auch bei der Erzeuger- und Anlagenüberwachung nachhaltig auf die Einhaltung des Vermischungsverbots für gefährliche Abfälle drängen und beim Verwertungsnachweis eine konkrete Darlegung des Verbleibs des jeweils zu entsorgenden Abfalls, der behaupteten Vorteile der vorgesehenen Vermischung für die beabsichtigte Verwertung und die zeitnahe Verwertung verlangen. Ist eine solche Darlegung nicht möglich, muss von einer Beseitigung ausgegangen werden, weil in diesem Fall keine Verwertung angenommen werden kann.

IV. Frage 4. Wann liegt eine Nettoenergieerzeugung „im Sinne der Ausführungen des Generalanwalts (insbesondere Randziffern 56, 66 und 67) vor? Insbesondere:

4.1 Sind die Eigenschaften und besonderen Verhältnisse der jeweiligen Anlage (z. B. O₂-Gehalt, Energieverluste) einzubeziehen?

4.2 Welche Nachweise hat der Antragsteller für die erforderliche Einzelprüfung vorzulegen?

Aus dem Schlussantrag des Generalanwaltes und dem Urteil des EuGH in der Rechtssache C-228/00 lassen sich folgende Voraussetzungen einer „Verwendung als Brennstoff oder andere Mittel der Energieerzeugung“ (energetische Verwertung des Abfalls) ableiten:

1. Voraussetzung

In Anlehnung an Randziffer 56 der Schlussanträge:

Es kann nur eine Verwendung als Brennstoff oder andere Mittel der Energieerzeugung (energetische Verwertung) vorliegen, wenn die Abfallverbrennung mehr Energie erzeugt, als dadurch verbraucht wird – und nicht etwa die betreffenden Abfälle schwer brennbar sind, so dass für deren Erhitzung und/oder Weiterbrennen mehr Energie erforderlich ist, als durch den Verbrennungsvorgang als solchen gewonnen wird – also vielmehr ein Energieüberschuss als Brennstoff zur Verfügung steht. („Nettoerzeugung von Energie“ gemäß Randziffer 66)

Gemäß Randziffer 42 des Urteils:

*Zum anderen fällt die Verwendung von Abfällen als Brennstoff in Zementöfen dann unter das in R 1 des Anhangs II B der Richtlinie genannte Verfahren, wenn die Bedingungen, unter denen dieses Verfahren durchzuführen ist, die Annahme zulassen, dass es tatsächlich ein „Mittel der Energieerzeugung“ ist. **Das setzt voraus, dass durch die Verbrennung der Abfälle mehr Energie erzeugt und erfasst wird als beim Verbrennungsvorgang verbraucht wird***

Mit anderen Worten:

Es kann eine Verwendung als Brennstoff oder andere Mittel der Energieerzeugung (energetische Verwertung) des Abfalls nur vorliegen, wenn unter den Feuerungsbedingungen (Temperaturen, Luftüberschüsse, Energieverluste) in der betreffenden Anlage bei der Verbrennung dieses Abfalls ein Wärmeüberschuss erzielt wird.

2. Voraussetzung

Gemäß Randziffer 56 der Schlussanträge:

„Selbst wenn ein Energieüberschuss entsteht, kann man nur davon ausgehen, dass die Abfälle als Brennstoff oder andere Mittel der Energieerzeugung (energetische Verwertung) verwendet werden, wenn die Energie ihrerseits auch eingesetzt wird. Das Konzept der Abfallverwendung als Brennstoff oder andere Mittel der Energieerzeugung setzt notwendiger Weise voraus, dass die Abfälle, soweit sie verwendet werden, Primärenergie ersetzen. Dies entspricht zweifellos dem Verwertungs-begriff.“

Gemäß Randziffer 42 des Urteils:

*Zum anderen fällt die Verwendung von Abfällen als Brennstoff in Zementöfen dann unter das in R 1 des Anhangs II B der Richtlinie genannte Verfahren, wenn die Bedingungen, unter denen dieses Verfahren durchzuführen ist, die Annahme zulassen, dass es tatsächlich ein „Mittel der Energieerzeugung“ ist. Das setzt voraus, **dass..... ein Teil des bei dieser Verbrennung gewonnenen Energieüberschusses tatsächlich genutzt wird, und zwar entweder unmittelbar in Form von Verbrennungswärme oder nach Umwandlung in Form von Elektrizität.***

Mit anderen Worten:

Bei der Verbrennung von Abfällen muss es in der Folge des Wärmeüberschusses gemäß 1. Voraussetzung zu einer Substitution von Primärenergieträgern (Kohle, Heizöl, Gas) kommen, um das Kriterium für eine energetischen Verwertung zu erfüllen.

3. Voraussetzung

In Anlehnung an die Formulierung unter Randziffer 66 der Schlussanträge:

Das Erfordernis, dass die Abfälle als Brennstoff oder andere Mittel der Energieerzeugung hauptsächlich zu einer Nettoerzeugung von Energie führt und diese Energie tatsächlich verwendet wird, bedeutet nicht nur, dass der überwiegende Teil der verbrachten Abfälle bei einer bestimmten Verbrennungsmaßnahme verbrannt wird, die erzeugte Energie muss vielmehr auch ihrerseits hauptsächlich verwendet werden, damit der Vorgang als Verwertung angesehen werden kann.

Gemäß Randziffer 43 des Urteils:

*Zum dritten **ergibt sich aus dem Begriff „Haupt[verwendung]“ in R 1 des Anhangs II B der Richtlinie, dass die Abfälle hauptsächlich als Brennstoff oder andere Mittel der Energieerzeugung verwendet werden müssen. Dies bedeutet, dass der größere Teil der Abfälle bei dem Vorgang verbraucht und der größere Teil der freigesetzten Energie erfasst und genutzt werden muss.***

Mit anderen Worten:

Der gemäß 1. Voraussetzung aus den Abfällen erzeugte Wärmeüberschuss muss, um den Sachverhalt einer Verwertung zu erfüllen, überwiegend („hauptsächlich“) energetisch genutzt werden.

4. Voraussetzung

Gemäß Randziffer 67 des Schlussantrages:

„Sind diese Voraussetzungen erfüllt, so ist meines Erachtens den Erfordernissen R1 des Anhangs II B der Richtlinie Genüge getan, und die betreffende Maßnahme ist als Verwertung einzustufen. Es bedarf daher keiner Mutmaßungen unter Zuhilfenahme des Heizwertes der Abfälle usw.

Wie der Gerichtshof im Urteil ASA Abfall (59) im Zusammenhang mit der Einbringung von Abfällen in ein stillgelegtes Bergwerk festgestellt hat, müssen die zuständigen Behörden geplante Abfallverbringungen je nach Einzelfall beurteilen. Diesem Grundsatz unterliegen meines Erachtens auch Fälle, wie sie hier vorliegen.

Um festzustellen, ob eine bestimmte Abfallverbringung die oben genannten Voraussetzungen erfüllt, werden die Behörden notwendiger Weise eine Einzelfallbeurteilung durchführen müssen.“

Mit anderen Worten:

Die Erfüllung der Voraussetzungen 1 bis 3 ist von den zuständigen Behörden im Einzelfall zu prüfen.

Vor dem Hintergrund der oben aus den Schlussanträge des Generalanwalts und dem Urteil abgeleiteten Voraussetzungen für das Vorliegen einer „Verwendung als Brennstoff oder andere Mittel der Energieerzeugung“ (energetische Verwertung des Abfalls) werden die Fragen unter Ziffer 4 wie folgt zu kommentiert:

Frage 4.0 *Wann liegt eine „Nettoenergieerzeugung“ im Sinne der Ausführungen des Generalanwaltes vor?*

Eine „Nettoenergieerzeugung“ im Sinne der 1. Voraussetzung liegt vor, wenn unter den Betriebsbedingungen in der zu betrachtenden Zementproduktionsanlage bei der Verbrennung der im Einzelfall eingesetzten Abfälle ein Wärmeüberschuss erzielt wird.

Frage 4.1 *Sind Eigenschaften und besondere Verhältnisse der jeweiligen Anlage (z.B. O₂-Gehalt, Energieverluste) einzubeziehen?*

Die Antwort auf diese Frage ergibt sich aus der 4. Voraussetzung in Verbindung mit den Voraussetzungen 1 bis 3:

Von den zuständigen Behörden ist unter Berücksichtigung des Urteils und der Position des Generalanwaltes - zusammengefasst in den ersten drei Voraussetzungen - im Einzelfall zu prüfen, ob die Voraussetzungen für eine Verwertung der eingesetzten Abfälle erfüllt werden. Dazu bedarf es im Einzelfall nicht nur der Berücksichtigung der Eigenschaften des eingesetzten Abfalls (z.B. des Heizwertes) sondern auch der Bewertung der verfahrenstechnischen Eigenschaften der jeweiligen Anlage und der besonderen Verhältnisse bei der Energieumsetzung in dieser Anlage. Von besondere Bedeutung für die Einzelfallprüfung ist die Klärung der technischen Frage, ob es unter den Bedingungen des Einzelfalles bei der Verbrennung des Abfalls zu einem energetisch nutzbaren Wärmeüberschuss kommt.

Frage 4.2 *Welche Nachweise hat der Antragsteller für die erforderliche Einzelfallprüfung vorzulegen?:*

Es wird vorgeschlagen, die erforderlichen Nachweise in **stoffbezogene** und **anlagenbezogenen** Parameter zu gliedern und zu strukturieren:

Solche stoffbezogene Parameter sind:

- Bezeichnungen der substituierten Regelbrennstoffe,
- Chemisch-physikalische Eigenschaften der substituierten Regelbrennstoffe,
- Heizwerte der substituierten Regelbrennstoffe,
- Bezeichnungen der als Ersatzbrennstoffe eingesetzten Abfälle gemäß Abfallverzeichnis-Verordnung AVV,
- Abfallschlüssel der als Ersatzbrennstoffe eingesetzten Abfälle gemäß Abfallverzeichnis-Verordnung AVV,
- Chemisch-physikalische Eigenschaften der eingesetzten Abfälle
- Heizwerte der als Ersatzbrennstoffe eingesetzten Abfälle.

Nachzuweisende anlagenbezogene Parameter sind:

- Bauart der Anlage¹⁰⁸ (z.B. trockene Rohmaterialaufbereitung, Drehrohr mit Zyklonvorwärmer)
- Massenströme (Primär- und Sekundärfeuerung) der eingesetzten Regelbrennstoffe im Auslegungspunkt der Anlage bei Regelbetrieb ohne Einsatz von Abfällen,
- Massenstrom des produzierten Zementklinkers im Auslegungspunkt,
- Massenströme der eingesetzten Regelbrennstoffe (in der Primär- und Sekundärfeuerung) im Auslegungspunkt der Anlage bei Einsatz von Abfällen,
- Massenströme der eingesetzten Abfälle (in der Primär- und Sekundärfeuerung) im Auslegungspunkt der Anlage,
- Prozessparameter im Auslegungspunkt der Anlage in der Primär- und Sekundärfeuerung (z.B. Gastemperaturen, Guttemperaturen, Luftzahlen).

¹⁰⁸ Beispielsweise sollte hier ergänzend eine Verfahrensbeschreibung mit Angaben zu den Orten der Brennstoffaufgabe und mit einer schematischen Darstellung des Gas- und Brennguttemperaturverlaufes innerhalb der Zementdrehofenanlage vorgelegt werden.

Die stoffbezogenen und anlagenbezogenen Angaben des Antragsstellers sind im Einzelfall einer Plausibilitätsprüfung zu unterwerfen. Zu prüfen ist, ob die angegebenen Werte für die Brennstoffmassenströme (Regelbrennstoffe bzw. Ersatzbrennstoffe) im Falle der Mitverbrennung der spezifizierten Ersatzbrennstoffe unter Berücksichtigung der Brennstoffdaten und der in der Anlage zu realisierenden Prozessbedingungen plausibel sind. Für eine solche konkrete und in der Praxis anwendbare Plausibilitätsprüfung bedarf es der Betrachtung der Einflüsse der brennstofftechnischen Eigenschaften der eingesetzten Stoffe (Primär- und Ersatzbrennstoffe) einerseits und der Prozessführung des Zementproduktionsverfahrens andererseits.

Eine verbindliche Festlegung einer Arbeitsanweisung für die Durchführung einer solchen Plausibilitätsprüfung würde den Rahmen dieser Stellungnahme sprengen. Im Folgenden wird deshalb in einer Übersicht ein möglicher Prüfungsansatz unter Verweis auf einschlägige Literaturquellen skizziert.

In jedem Falle ist zunächst zu prüfen, ob mit den spezifizierten Abfällen unter den Prozessbedingungen und unter Berücksichtigung der Abfallheizwerte die erforderlichen Prozesstemperaturen erreicht werden können, so dass bei der Verbrennung der Abfälle in der Anlage ein nutzbarer Wärmeüberschuss überhaupt verfügbar gemacht werden kann. Sodann wird verwiesen auf Scholz et al.¹⁰⁹ ¹¹⁰ sowie Beckmann und Horeni.¹¹¹

¹⁰⁹ Beckmann, M.; Scholz, R.: Energetische Bewertung der Substitution von Regelbrennstoffen durch Ersatzbrennstoffe aus Abfällen bei Hochtemperaturprozessen zur Stoffbehandlung. Zement-Kalk-Gips ZKG International, Teil 1: 52 (1999) 6, S. 287 –303; Teil 2: 52 (1999) 8 S. 411 – 419.

¹¹⁰ Scholz, R.; Beckmann, M.; Schulenburg, F.: Abfallbehandlung in der thermischen Verfahrenstechnik - Verbrennung, Vergasung, Pyrolyse, Verfahrens- und Anlagenkonzepte; B. G. Teubner – Reihe Umwelt, 1. Auflage, 2001, ISBN 3-519-00402-X.

¹¹¹ Beckmann, M.; Horeni, M. : Bewertungskriterien für den Einsatz von Sekundärbrennstoffen, Schriftenreihe des Institutes für Abfallwirtschaft und Altlasten der Technischen Universität Dresden, Band 20, 2002 (ISBN 3-934253-09-1).

Die Autoren führen als eine Bewertungsgröße das Energieaustauschverhältnis ein, welches die Wertigkeit eines Ersatzbrennstoffes in Bezug auf den Primärbrennstoff (Regelbrennstoff) ausdrückt. Dieses Energieaustauschverhältnis ist eine Funktion der Prozesstemperaturen, wobei die Heizwerte des Primärbrennstoffes und des als Ersatzbrennstoff eingesetzten Abfalls zwei von weiteren Einflussgrößen sind. Das Energieaustauschverhältnis ist in der Regel um so größer, je höher die zu erreichenden Prozesstemperaturen und je niedriger bei sonst gleichen Randbedingungen der Heizwert des Abfalls im Verhältnis zum Primärbrennstoff sind. Aus dem Energieaustauschverhältnis lässt sich das Brennstoffmassenstromverhältnis ableiten, das wiederum den Ersatzbrennstoffmassenstrom (Abfallmengenstrom) bemisst der einem Primärbrennstoffmassenstrom unter den Bedingungen des Einzelfalles energetisch gleichwertig ist. Dieses Brennstoffmassenstromverhältnis ist in jedem Einzelfall eine Schlüsselgröße für die Bewertung der Nutzung des Wärmeüberschusses gemäß 3. Voraussetzung und der Substitution von Primärenergieträgern (Kohle, Heizöl, Gas) gemäß 2. Voraussetzung.

Eine Anlage zur Produktion von Zementklinker ist eine Stoffbehandlungsanlage der Hochtemperaturverfahrenstechnik, auf die übliche Methoden für die Bilanzierung der Energieströme mit dem Ziel, durch Definition eines Feuerungswirkungsgrades die Energienutzung zu bewerten, nicht ohne Weiteres angewendet werden können.

Scholz, Schulenburg und Weichert¹¹² schlagen für eine Bewertung der Energienutzung in einer Stoffbehandlungsanlage (z.B. Zementwerk) deshalb vor, statt eines Wirkungsgrades den sog. spezifischen Energiebedarf der betreffenden Anlage einzuführen.

Diese anlagenspezifische Kennzahl beschreibt im Falle der Zementklinkerproduktion den erforderlichen Energieaufwand pro Mg Klinker in $[MJ/Mg_{\text{Klinker}}]$.

¹¹² Scholz, R.; Schulenburg, F.; Weichert, C.: Anmerkungen zur Definition des Feuerungswirkungsgrades im Sinne § 6 Abs. 2 Nr. 2 des Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetzes (KrW-/AbfG), Mai 1996 im Auftrag der NGS.

Dieser spezifische Energiebedarf wird in der Literatur auch „Wärmeverbrauch“ genannt. Für Zementwerke in Deutschland werden z.B. 3.600 MJ/Mg_{Klinker} genannt. Die Streubreite des spezifischen Energiebedarfes für die Klinkerherstellung in Europa beträgt nach IPPC^{113 114} zwischen 3.000 und 5.000 MJ/Mg_{Klinker}. Die erhebliche Schwankungsbreite erklärt sich u.a. durch Unterschiede in der Prozessführung (moderne Trockenverfahren mit Luftvorwärmung / veraltete Nassverfahren).

Es bleibt einer in Einzelheiten festzulegenden Arbeitsanweisung vorbehalten, ob der spezifische Energiebedarf als Bewertungskennzahl für den Betrieb einer Anlage mit Ersatzbrennstoffen eingeführt werden soll.

Im Zusammenhang mit der Formulierung einer Arbeitsanweisung für die Plausibilitätsprüfung der Angaben des Antragstellers sei noch auf folgende Sachverhalte hingewiesen:

- Die hier vorgenommene vorläufige Auflistung der erforderlichen Nachweise für eine Überprüfung des Vorliegens einer energetischen Verwertung von Abfällen kann noch keinen Anspruch auf Vollständigkeit erheben. Es bedarf zunächst der verbindlichen Festlegung einer Arbeitsanweisung für eine Plausibilitätsprüfung.
- Der Festlegung von Bilanzgrenzen kommt eine wichtige Bedeutung zu. Vereinfachend könnten die Bilanzgrenze auf die Werksgrenze gelegt und pauschalierend nur die Brennstoffmassenströme sowie die damit verbundenen Energieströme betrachtet werden.

¹¹³ Integrated Pollution Prevention and Control (IPPC), Reference Document on Best Available Techniques in the Cement and Lime Manufacturing Industries, March 2000, ftp://ftp.jrc.es/pub/eippcb/doc/clp_bref_0300.pdf .

¹¹⁴ Cembureau - The European Cement Association: "Best Available Techniques" for the Cement Industry, November 1997. A contribution from the European Cement Industry to the exchange of information and preparation of the IPPC BAT Reference Document for the cement industry, zit. im BAT März 2000, Abschnitt 1.4.2, Seite 31, ftp://ftp.jrc.es/pub/eippcb/doc/clp_bref_0300.pdf .

Dabei würde vereinfachend angenommen, dass der erforderliche sonstige Energieaufwand (z.B. Strombedarf) unabhängig von dem Umfang der Mitverbrennung von Ersatzbrennstoff ist. Allerdings bleibt zu prüfen, ob die Bilanzgrenzen nicht auch die Herstellung des Ersatzbrennstoffes und die Behandlung einer u. U. verbleibenden niederkalorischen Restfraktion umschließen sollten, um auch die energetischen Aufwendungen für diese Prozesse zu berücksichtigen.

- Diese Stellungnahme beschränkt sich auf die Betrachtung der Mitverbrennung von Ersatzbrennstoffen (Abfällen) in Zementwerken. Im Falle einer Vertiefung der Untersuchungen sollten andere industrielle Feuerungsprozesse (z.B. Kraftwerke) einbezogen werden. Es ist zu prüfen, ob die Anforderungen der vorliegenden Urteile und des Generalanwalts an eine Verwertung von Abfällen auch auf Abfallverbrennungsanlagen angewendet werden können.

Vorläufiges Fazit:

Eine erste Sammlung und Sichtung von einschlägigen Informationen und Literaturquellen bestätigt die Komplexität der bei den Fragen 4.1 und 4.2 zu berücksichtigenden Sachverhalte.

Nach einer vorläufigen Einschätzung müssen die Einflüsse der brennstofftechnischen Eigenschaften der eingesetzten Stoffe und der Prozessführungen der einzelnen Anlagen berücksichtigt werden, um zu einer praktikablen Arbeitsanweisung für eine Plausibilitätsprüfung der vom Antragsteller vorzulegenden Nachweise zu gelangen.

5. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

Die Urteile des EuGH folgen mit Ausnahme einer im vorliegenden Zusammenhang nicht weiter interessierenden, relativierenderen Sichtweise zur grundsätzlich denkbaren Verwertung in Hausmüllverbrennungsanlagen (Rechtssache C-458/00) den Schlussanträgen und den Rechtsauffassungen des Generalanwalts Jacobs. Diese Rechtsfindungen beruhen auf einer folgerichtigen Anwendung des bestehenden Gemeinschaftsrechts und liegen durchaus auf der bisherigen Linie des EuGH und insbesondere auch der Auffassung der EU-Kommission. Die Urteile werden sich nachhaltig auf die abfallrechtliche Vollzugspraxis in Deutschland auswirken, weil diese die Auswirkungen des Gemeinschaftsrechts auf den Vollzug des deutschen Abfallrechts nicht immer ausreichend bedacht hat.

5.1 Rechtsauffassung des Generalanwalts und des EuGH

Nach Auffassung des Generalanwalts und des EuGH ist eine energetische Verwendung im Sinne des Verfahrens R 1 („Hauptverwendung als Brennstoff oder andere Mittel der Energieerzeugung“) des Anhangs II B zur EG-AbfRRL (zum KrW-/AbfG) gegeben, wenn (1) der Hauptzweck des fraglichen Verfahrens die Verwendung der Abfälle als Mittel der Energieerzeugung ist und (2) die Verbrennung des überwiegenden Teils der Abfälle einen überwiegend erfassten und auch tatsächlich (in Form von Verbrennungswärme oder nach Umwandlung in Form von Elektrizität) genutzten Energieüberschuss erzeugt. Die praktikable Kontrollfrage des Generalanwalts lautet: Wenn die Abfälle für die in Aussicht genommene Maßnahme nicht zur Verfügung stünden, würde diese Maßnahme dann gleichwohl mit anderem Material (Brennstoffe) durchgeführt ?

Für Hausmüllverbrennungsanlagen ist dies nach Auffassung des Generalanwalts und des EuGH grundsätzlich zu verneinen, weil die Verwertung der erzeugten Energie (im Regelfall) nur gelegentlich der Verbrennung von Hausmüll erfolgt und in Abwesenheit des Hausmülls auch keine Verbrennung stattfinden würde. Diese Auffassung ist ohne weiteres auch auf Sonderabfallverbrennungsanlagen zu übertragen.

Nach Auffassung des Generalanwalts und des EuGH ist es für die Frage der Abgrenzung zum Verfahren D 10 („Verbrennung an Land“) des Anhangs II B zur EG-AbfRRL (zum KrW-/AbfG, umfasst nach deutschem Verständnis die thermische Behandlung von Abfällen zur Beseitigung) nicht zulässig, auf die einzelnen in einem Abfallgemisch enthaltenen Abfälle abzustellen. Des weiteren ist es nicht zulässig, im Gemeinschaftsrecht nicht angelegte zusätzliche Unterscheidungsmerkmale des innerstaatlichen Rechts wie den Heizwert und den Schadstoffgehalt der Abfälle ergänzend bei der Abgrenzung zwischen den beiden Verfahren anzuwenden.

5.2 Folgerungen für die Auslegung des § 4 Abs. 4 KrW-/AbfG

Die Auffassung des Generalanwalts und des EuGH hat keine Auswirkungen auf § 4 Abs. 4 Satz 1 und 2 KrW-/AbfG. Im Hinblick auf die sog. „Hausmüllklausel“ in § 4 Abs. 4 Satz 1 Hs. 2 KrW-/AbfG ist indessen zu beachten, dass diese auch hausmüllähnliche Gewerbeabfälle umfasst; zudem begründet diese Vorschrift kein Verwertungsverbot, sondern lässt nur den Vorrang der Verwertung gegenüber der Beseitigung im Sinne einer Wahlfreiheit des Erzeugers / Besitzers bei der Entsorgung der gemischten Siedlungsabfälle entfallen.

Die Auffassung des Generalanwalts und des EuGH hat aber Auswirkungen auf § 4 Abs. 4 Satz 3 KrW-/AbfG. Die Definitionen der Begriffe „Verwertung“ und „Beseitigung“ unter Bezugnahme auf die Anhänge II A und B zur EG-AbfRRL (zum KrW-/AbfG) sind wegen der Anordnung in Art. 13 Abs. 1 EG-AbfVerbrVO auch innerstaatlich unmittelbar verbindlich, sie sind durch das Gemeinschaftsrecht mithin konstitutiv vorgegeben.

Die vom deutschen Gesetzgeber in § 4 Abs. 4 Satz 3 KrW-/AbfG normierten Kriterien zur Abgrenzung zwischen (energetischer) Verwertung und thermischer Behandlung von Abfällen zur Beseitigung finden in den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben zur Abgrenzung in den Anhängen II A und B zur EG-AbfRRL (zum KrW-/AbfG) im wesentlichen keine Stütze.

Art und Ausmaß der Verunreinigungen können als Abgrenzungskriterium zwischen einem Verfahren der Verwertung und der Beseitigung ebenso wenig zu Grunde gelegt werden wie die entstehenden Emissionen. Diese Kriterien sind richtigerweise bei den Anforderungen an die Zulässigkeit der Verwertung von Bedeutung, nicht aber bei der Entscheidung, ob begrifflich eine Verwertung oder eine Beseitigung vorliegt.

Einzig unbedenklich ist das Abstellen auf die durch die Behandlung anfallenden weiteren Abfälle, weil auch nach der Auffassung des Generalanwalts und des EuGH eine Verbrennung des überwiegenden Teils (über 50 %) der Abfälle erfolgen muss.

Bis zu einer Änderung oder Streichung der Vorschrift ist diese deshalb gemeinschaftsrechtskonform dahingehend auszulegen, dass § 4 Abs. 4 Satz 3 KrW-/AbfG nur widerlegbare Hilfstatsachen (Indizien) für jene Ausnahmefälle bereitstellt, in denen die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH eine eindeutige Zuordnung zum Verfahren der energetischen Verwertung in Abgrenzung zur Beseitigung nicht ermöglichen. Diesbezüglich ist zu beachten, dass der Begriff des „einzelnen Abfalls ohne Vermischung“ in § 4 Abs. 4 Satz 3 KrW-/AbfG in gemeinschaftsrechtskonformer Auslegung auch Abfallgemische umfasst.

5.3 Folgerungen für die Auslegung des § 6 Abs. 2 Satz 1 KrW-/AbfG

Im Wege der gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung kann § 6 Abs. 2 Satz 1 KrW-/AbfG aufrecht erhalten werden, wenn die Vorschrift nicht zur Abgrenzung zwischen Abfällen zur Verwertung und Abfällen zur Beseitigung herangezogen wird. Die Vorschrift enthält nur Mindestvoraussetzungen für die energetische Verwertung bei rein innerstaatlichen Sachverhalten, mithin für im Inland entstandene und nicht zu verbringende Abfälle. Im Hinblick auf die Erfüllung des Mindestheizwerts bei Abfallgemischen bleibt zu beachten, dass auch ein nachträglich hergestelltes Abfallgemisch als Bezugspunkt „des einzelnen Abfalls“ im Sinne des § 6 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 KrW-/AbfG anzuerkennen ist.

5.4 Vermischungsverbot für gefährliche Abfälle

Das Vermischungsverbot für gefährliche Abfälle in Art. 2 Abs. 2 und 3 EG-GefAbfRL ist durch den deutschen Gesetzgeber nicht ordnungsgemäß umgesetzt worden. Eine unmittelbare Geltung des in der Richtlinie vorgesehenen Vermischungsverbots kommt nicht in Betracht. Es ist aber eine richtlinienkonforme Auslegung des § 5 Abs. 2 Satz 4 i.V.m. Abs. 3 Satz 2 KrW-/AbfG möglich und geboten, wonach (gefährliche und nicht gefährliche) Abfälle zur Verwertung mit gefährlichen Abfällen (zur Verwertung oder zur Beseitigung) sowie gefährliche Abfälle zur Verwertung mit anderen Abfällen oder Stoffen nur vermischt werden dürfen, wenn es insbesondere mit dem Ziel geschieht, die Sicherheit der Beseitigung oder Verwertung der zu vermischenden Abfälle zu verbessern. Im Hinblick auf die Vermischung von gefährlichen Abfällen zur Beseitigung untereinander oder mit anderen Abfällen oder Stoffen kommt eine richtlinienkonforme Auslegung des § 11 Abs. 2 i.V.m. § 10 Abs. 6 Satz 2 Nr. 6 KrW-/AbfG in Betracht. Das Vermischen von und mit gefährlichen Abfällen mit dem Ziel, die Sicherheit der Beseitigung oder Verwertung zu verbessern, ist nach Art. 2 Abs. 3 EG-GefAbfRL grundsätzlich genehmigungspflichtig. Im Wege der richtlinienkonformen Auslegung des § 5 Abs. 2 Nr. 2 NachwV ist bis zu einer ordnungsgemäßen Umsetzung der Richtlinie die Verfolgung des Ziels der Verbesserung der Sicherheit der Beseitigung oder Verwertung im Nachweisverfahren zu prüfen.

Das Vermischen gefährlicher Abfälle nur für den Fall einer dadurch bezweckten Verbesserung der Sicherheit der Beseitigung oder Verwertung als dem Stand der Technik entsprechend anzuerkennen, ist nicht möglich.

Die Vollzugsbehörden müssen aber im Rahmen ihrer Tätigkeit sowohl beim Entsorgungsnachweisverfahren als auch bei der Erzeuger- und Anlagenüberwachung nachhaltig auf die Einhaltung des Vermischungsverbots drängen und beim Verwertungsnachweis eine Darlegung des Verbleibs des konkret zu entsorgenden Abfalls und seiner zeitnahen Verwertung verlangen. Ist eine solche Darlegung nicht möglich, muss von einer Beseitigung ausgegangen werden, weil in diesem Fall keine Verwertung angenommen werden kann.

5.5 Notwendigkeit der Einzelfallprüfung für die geforderte „Nettoenergieerzeugung“

Der Generalanwalt und der EuGH fordern als Voraussetzung für die energetische Verwertung eine „Nettoenergieerzeugung“, deren Vorliegen von der zuständigen Behörde im Einzelfall zu prüfen ist. Welche anlagen- und stoffbezogenen Daten für eine solche Prüfung notwendig und vom Verwerter vorzulegen sind, sollte in einer Arbeitshilfe festgelegt werden. Erste Vorschläge dafür wurden im Gutachten entwickelt.

Hamburg, den 05. Februar 2003

gez. Dr. A. Nottrodt

gez. Dr. Bodo A. Baars

INHALTSVERZEICHNIS

A. VERANLASSUNG	1
B. GUTACHTEN	2
I. Frage 1: Welche Auswirkungen hätte das Urteil des Europäischen Gerichtshofes - unterstellt es entspricht inhaltlich dem Votum des Generalanwalts - für nationale Verbringungen?	2
1. Auswirkungen der Verfahren auf nationale Entsorgungsmaßnahmen	2
a) Generelle Wirkung von EuGH-Urteilen	2
b) Spezifische Auswirkungen der beiden EuGH-Verfahren.....	4
1.1 Auswirkungen auf § 4 Abs. 4 KrW-/AbfG	5
1.1.1 Einordnung von Abfallgemischen nach § 4 Abs. 4 KrW-/AbfG	6
1.1.1.1 Beseitigungsorientierte Auslegung	6
1.1.1.2 Verwertungsorientierte Auslegung.....	7
1.1.1.3 Vermittelnde Auffassungen	9
1.1.2.1 Auffassung des Generalanwalts in der Rechtssache C-228/00	10
1.1.2.2 Auffassung des EuGH in der Rechtssache C-228/00	14
1.1.3 Auswirkungen auf § 4 Abs. 4 KrW-/AbfG.....	16
1.1.3.1 Keine Auswirkungen auf § 4 Abs. 4 Satz 1 Hs. 1 KrW-/AbfG.....	20
1.1.3.2 Keine Auswirkungen auf § 4 Abs. 4 Satz 1 Hs. 2 KrW-/AbfG.....	20
1.1.3.3 Keine Auswirkungen auf § 4 Abs. 4 Satz 2 KrW-/AbfG.....	22
1.1.3.4 Problematik des § 4 Abs. 4 Satz 3 KrW-/AbfG	22
1.1.3.4.1 Der „einzelne Abfall ohne Vermischung“ als Anknüpfungspunkt.....	23
1.1.3.4.2 Weitere Abgrenzungskriterien in § 4 Abs. 4 Satz 3 KrW-/AbfG.....	25
1.1.3.4.2.1 Art und Ausmaß der Verunreinigungen.....	26
1.1.3.4.2.2 Zu erwartende Emissionen	27
1.1.3.4.2.3 Durch die Behandlung anfallende weitere Abfälle.....	28
1.2 Auswirkungen auf § 6 Abs. 2 KrW-/AbfG	31
1.2.1 Bedeutung und Reichweite des § 6 Abs. 2 KrW-/AbfG.....	31
1.2.2 Auffassung des Generalanwalts und des EuGH.....	32
1.2.3 Folgerungen für § 6 Abs. 2 Satz 1 KrW-/AbfG.....	33
1.2.3.1 Folgerungen für grenzüberschreitende Abfallverbringungen	33
1.2.3.2 Folgerungen für nicht grenzüberschreitende Abfälle	35
1.2.3.2.1 Konstitutive Vorgaben durch Art. 13 Abs. 1 EG-AbfVerbrVO.....	35
1.2.3.2.2 Auswirkungen auf § 6 Abs. 2 Satz 1 KrW-/AbfG	35
1.3 Übertragbarkeit der Rechtsauffassungen in der Rs. C-458/00 auf die Entsorgung in Sonderabfallverbrennungsanlagen.....	39
II. Frage 2. Kann das Vermischungsverbot des Art. 2 Abs. 2 u. 3. der Richtlinie über gefährliche Abfälle (91/689/EWG) bezogen auf Mischanlagen mit nachfolgender thermischer Behandlung für das nationale Recht instrumentalisiert werden?	42
2.1 „Instrumentalisierung“ des Art. 2 Abs. 3 EG-GefAbfRL	44
2.1.1 Unmittelbare Anwendbarkeit des Art. 2 Abs. 3 EG-GefAbfRL	44
2.1.2 Richtlinienkonforme Auslegung.....	46
2.1.3 Vollzug des Vermischungsverbots	51
2.2 Mischen von (gefährlichen) Abfällen und Stand der Technik.....	53

III. Frage 3. Muss bereits das Mischen, das in einer selbständigen Anlage erfolgt, als Verwertung qualifiziert werden oder bildet es einen eigenen abfallwirtschaftlichen Schwerpunkt, der gesondert nach § 4 Abs. 4 KrW-/AbfG zu beurteilen ist ?	56
IV. Frage 4. Wann liegt eine Nettoenergieerzeugung „im Sinne der Ausführungen des Generalanwalts (insbesondere Randziffern 56, 66, 67) vor ?	62
Frage 4.0 Wann liegt eine „Nettoenergieerzeugung“ im Sinne der Ausführungen des Generalanwaltes vor?	66
Frage 4.1 Sind Eigenschaften und besondere Verhältnisse der jeweiligen Anlage (z.B. O ₂ – Gehalt, Energieverluste) einzubeziehen?	66
Frage 4.2 Welche Nachweise hat der Antragsteller für die erforderliche Einzelfallprüfung vorzulegen?:.....	66
5. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	72
5.1 Rechtsauffassung des Generalanwalts und des EuGH.....	72
5.2 Folgerungen für die Auslegung des § 4 Abs. 4 KrW-/AbfG	73
5.3 Folgerungen für die Auslegung des § 6 Abs. 2 Satz 1 KrW-/AbfG	74
5.4 Vermischungsverbot für gefährliche Abfälle.....	75
5.5 Notwendigkeit der Einzelfallprüfung für die geforderte „Nettoenergieerzeugung“	76