

Dr. Martin Dieckmann, LL.M.*

Die wettbewerbliche Vergabe von Entsorgungsleistungen als Verbotsgrund für gewerbliche Sammlungen

Zur Auslegung des § 17 Abs. 3 S. 3 Nr. 3 KrWG

I. Einleitung

Die Regelung des § 17 Abs. 3 Kreislaufwirtschaftsgesetz (KrWG) über das Vorliegen überwiegender öffentlicher Interessen, die einer gewerblichen Abfallsammlung im Sinne von § 17 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 KrWG entgegenstehen, stellt derzeit fraglos die umstrittenste Vorschrift des neuen Gesetzes dar. Namentlich trifft dies für die drei Regelbeispiele in Satz 3 des § 17 Abs. 3 zu, die auch bereits Gegenstand intensiver gerichtlicher Befassung waren. Dabei wurde allerdings nur vereinzelt das dritte Regelbeispiel einer näheren Betrachtung unterzogen, das auf die besondere Konstellation zielt, dass der öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger (örE) die von der gewerblichen Sammlung ggf. berührte öffentliche Erfassung nicht selbst durchführt, sondern sie im Ausschreibungswettbewerb an ein drittbeauftragtes Unternehmen vergibt oder schon vergeben hat. Insoweit geht es um eine Regelung, die offenkundig an der Schnittstelle zwischen Abfallrecht und Vergaberecht angesiedelt ist. Sie wirft verschiedene Auslegungsfragen auf. Bereits ihre Zielrichtung bzw. das Schutzzut der Vermutungsregel ist nicht ohne Weiteres klar; erst recht gilt dies für ihre Anwendungsvoraussetzungen. Das soll Anlass sein, im Folgenden der Auslegung der Vorschrift im Kontext der Gesamtregelung über die überwiegenden öffentlichen Interessen und vor dem Hintergrund der vergaberechtlichen Pflichtenstellung des örE weiter nachzugehen.

II. Abfallrechtlicher Kontext des § 17 Abs. 3 S. 3 Nr. 3 KrWG

Schon nach der früheren Rechtslage des § 13 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 KrW-/AbfG hing die Zulässigkeit einer gewerblichen Abfallsammlung davon ab, dass ihr keine überwiegenden öffentlichen Interessen entgegenstehen. Mit § 17 Abs. 3 KrWG hat der Gesetzgeber diese Zulässigkeitsvoraussetzung der gewerblichen Sammlung aber nunmehr erstmals einer näheren gesetzlichen Bestimmung zugeführt. Mit insgesamt sechs Sätzen und ihrem vergleichsweise komplexen, „kaskadenartigen“ Aufbau¹ wirft diese allerdings bereits auf den ersten Blick Zweifel hinsichtlich der – gesetzgeberisch an sich angestrebten – Klarheit und Vollzugsfreundlichkeit auf. Der Kompromisscharakter ist ihr ohne Weiteres anzusehen; sie war bis in den Vermittlungsausschuss hinein umstritten.² Dementsprechend hat die

bisherige Rechtsprechung in Bezug auf § 17 Abs. 3 KrWG auch einen ganz erheblichen „Auslegungsbedarf“ erkannt.³

Innerhalb des Gesamtgefüges der Norm stellt das hier interessierende Regelbeispiel des § 17 Abs. 3 S. 3 Nr. 3 KrWG – auf der dritten Regelungsebene – den Versuch der Bestimmung überwiegender öffentlicher Interessen in einer bestimmten Sachverhaltskonstellation dar. Es baut dabei – stufenweise (bzw. „kaskadenartig“) – auf der Grundregelung des Satzes 1 und deren Konkretisierung in Satz 2 auf. So bestimmt § 17 Abs. 3 S. 1 KrWG zunächst, dass überwiegende öffentliche Interessen einer gewerblichen Sammlung entgegenstehen, wenn die Sammlung in ihrer konkreten Ausgestaltung, auch im Zusammenwirken mit anderen Sammlungen, die Funktionsfähigkeit des örE, des von diesem beauftragten Dritten oder des aufgrund einer Rechtsverordnung nach § 25 eingerichteten Rücknahmesystems gefährdet. Diese Grundnorm des Satzes 1 wird sodann (nur) hinsichtlich zweier der drei in Satz 1 genannten Schutzgüter – Funktionsfähigkeit des örE und seines Drittbeauftragten – durch Satz 2 mit einer Vermutung weiter konkretisiert: Danach ist eine Gefährdung der Funktionsfähigkeit des örE oder des von diesem beauftragten Dritten „anzunehmen“, wenn die Erfüllung der nach § 20 bestehenden Entsorgungspflichten zu wirtschaftlich ausgewogenen Bedingungen verhindert oder die Planungssicherheit und Organisationsverantwortung wesentlich beeinträchtigt wird. Es werden also zwei unterschiedliche Belange der öffentlichen Entsorgung angesprochen, deren relevante Beeinträchtigung die Vermutung einer Gefährdung der Funktionsfähigkeit des örE (oder seines Drittbeauftragten) begründen soll. Der zweite dieser beiden nach der Wertung des Gesetzgebers schützenswerten Belange – die Planungssicherheit und Organisationsverantwortung des örE – wird

* Der Autor ist Rechtsanwalt und Partner in der Sozietät Esche Schümann Commichau, Hamburg – www.esche.de.

1 Vgl. *Karpenstein/Dingemann*, in: Jarass/Petersen, KrWG-Kommentar, 2014, § 17 Rn. 151.

2 Vgl. BT-Drucks. 17/8568.

3 Siehe beispielhaft aus der obergerichtlichen Rechtsprechung OVG Münster, Urteil vom 15.8.2013 – 20 A 2798/11, Rn. 98 ff.; VGH Mannheim, Beschluss vom 9.9.2013 – 10 S 1116/13, Rn. 30 ff.; OVG Hamburg, Beschluss vom 20.3.2013 – 5 Bs 208/12, Rn. 13 ff., jew. nach juris.

sodann auf einer dritten Ebene mittels dreier konkret auf bestimmte Sachverhalte bezogener Regelbeispiele illustriert. Davon betrifft das erste Regelbeispiel ein mögliches Nebeneinander zwischen gewerblicher Sammlung und haushaltsnaher, hochwertiger öffentlicher Erfassung, das zweite etwaige Auswirkungen der gewerblichen Sammlung auf die Gebührenstabilität, während das dritte, hier interessierende Regelbeispiel auf die Auswirkungen der gewerblichen Sammlung auf die wettbewerbliche Vergabe der öffentlichen Entsorgungsleistungen an einen Dritten nach Maßgabe der vergaberechtlichen Grundsätze und Vorschriften abhebt.

Dabei ist aufgrund des Wortlautes und des dreistufigen Aufbaus der Gesamtvorschrift ohne Weiteres klar, dass die drei Regelbeispiele des Satzes 3 auf der Grundregelung des Satzes 1 und deren weitergehender Konkretisierung des Satzes 2 aufbauen und dazu dienen, deren Rahmen (partiell) auszufüllen. Denn Satz 3 dient der fallbezogenen Konkretisierung eines der Schutzgüter des Satzes 2, das wiederum aus dem Grundmaßstab und der Zielbestimmung des Satzes 1 formal abgeleitet wird. Streit besteht damit auch allenfalls darüber, welche Rechtswirkung bzw. welcher Verbindlichkeitsgrad den Regelbeispielen des Satzes 3 zukommt. Nach einer Mindermeinung soll es sich bei ihnen um nicht widerlegliche Vermutungen bzw. verbindlich zu beachtende gesetzgeberische Fiktionen handeln.⁴ Nach ganz herrschender und zutreffender Auffassung sind die Regelbei-

spiele hingegen lediglich als widerlegbare Vermutungen anzusehen.⁵

Hierfür spricht bereits der Wortlaut der Norm. Die Formulierung „ist insbesondere anzunehmen“ deutet auf das Vorliegen (allenfalls) einer widerleglichen Vermutung hin. Das entspricht auch dem Wortverständnis des Gesetzgebers, der die Formulierung „ist anzunehmen“ noch an zwei anderen Stellen des Gesetzes verwendet, nämlich in § 3 Abs. 2 und in § 8 Abs. 3 KrWG. In beiden Fällen wird in den Gesetzesmaterialien ausdrücklich darauf hingewiesen, dass der Gesetzgeber die Regelungen als widerlegliche Vermutungen verstanden wissen will.⁶ Die ganz herrschende Auffassung, dass es sich bei den Regelbeispielen um widerlegliche Vermutungen handelt, findet ihre Stütze damit in Wortlaut und historischer Auslegung. Gesetzessystematik und europarechtliche Vorgaben gebieten ein solches Verständnis ohnehin: Denn die bloße Erfüllung eines der Regelbeispiele kann jedenfalls nicht dazu führen, dass der in § 17 Abs. 3 S. 1 und 2 KrWG abstrakt geregelte Gefährdungsmaßstab im Einzelfall „ausgehebelt“ bzw., wie der VGH Mannheim es plakativ formuliert, „hintergangen“ werden kann.⁷ Entsprechend haben auch andere Obergerichte befunden, dass sich die Anwendung der Regelbeispiele innerhalb des Rahmens der höherrangigen Regelungen der „Kaskade“ zu halten hat.⁸ Eine andere Auslegung verbietet sich schon innerhalb des Normkontextes; vor allem aber würde sie unweigerlich zu einem Konflikt mit den europarechtlichen Vorgaben führen. Denn die Regelungen der Sätze 1 und 2 des § 17 Abs. 3 KrWG und die hiervon ausgehende deutliche Erhöhung der Eingriffsschwelle gegenüber gewerblichen Sammlungen (Gefährdung der Funktionsfähigkeit des öRE) im Verhältnis zur früheren Rechtslage in ihrer Auslegung durch das Bundesverwaltungsgericht⁹ sind europarechtlich zwingend geboten. Gesetzliche Überlassungspflichten berühren die Gewährleistung des freien Warenverkehrs. Nach ganz herrschender Auffassung bedürfen sie daher der Rechtfertigung durch die Regelung des Art. 106 Abs. 2 AEUV. Danach gelten auch für (öffentliche) Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind, grundsätzlich die Vorschriften der Verträge, insbesondere die Wettbewerbsregeln, und damit auch die Verpflichtung zur Gewährleistung des freien Warenverkehrs,

„soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert“.

Dieser „Verhinderungsmaßstab“ stellt hohe Anforderungen an die Einschränkung des EU-Primärrechts durch die Mitgliedstaaten. Es bedarf folglich schon aus europarechtlichen Gründen einer gewichtigen Rechtfertigung von Einschränkungen des freien Warenverkehrs. Sie sind nur zulässig, soweit sie erforderlich sind, um dem öRE die Aufgabenerfüllung zu ermöglichen. Hieraus resultiert zwingend eine enge, europarechts- und verfassungskonforme Auslegung des

4 Vgl. etwa *Siederer/Wenzel/Schütze*, AbfallR 2014, 79 ff., bezogen auf § 17 Abs. 3 S. 3 Nr. 1 KrWG; *Queitsch*, AbfallR 2013, 169 (173); VG Köln, Beschluss vom 25.1.2013 – 13 L 1796/12, Rn. 10, juris, allerdings unter Hinweis auf den bloß summarischen Charakter seiner Prüfung im „Eilverfahren“.

5 *Beckmann*, in: Landmann/Rohmer, UmweltR, Stand 71. EL 2014, § 17 KrWG, Rn. 118, 127; *Giesberts*, in: Beck'scher Online-Kommentar, Stand 1.10.2013, § 17 KrWG Rn. 48; *Dippel*, in: Schink/Versteyl, KrWG-Kommentar, 2012, § 17 Rn. 65; *Karpenstein/Dingemann*, in: Jarass/Petersen (Fn. 1), § 17 Rn. 171; *Dieckmann/Scherenberg/Zeuschner*, AbfallR 2013, 111 (118); wohl auch *Frenz*, in: Fluck/Frenz/Fischer/Franßen, KrWG-Kommentar, Stand 106. EL 2012, § 17 Rn. 167; VGH Mannheim, Beschluss vom 9.9.2013 – 10 S 1116/13, Rn. 18; VG Würzburg, Beschluss vom 28.1.2013 – W 4 S 12.1130, Rn. 38; VG Stuttgart, Beschluss vom 30.4.2013 – 2 K 595/13, Rn. 26; VG Ansbach, Urteil vom 23.1.2013 – AN 11 K 12.01588, Rn. 85; Urteil vom 7.8.2013 – AN 11 K 12.02212, Rn. 35, jew. nach juris. Das ist auch die Auffassung der Bundesregierung in ihrem aktuellen Monitoring-Bericht zur Anwendung der §§ 17, 18 KrWG (siehe dazu *Petersen/Hermanns*, AbfallR 2014, 138 ff.), dort S. 24 und 26.

6 Vgl. BT-Drucks. 17/6052, S. 71 zu § 3 Abs. 2 KrWG und S. 79 zu § 8 Abs. 3 KrWG.

7 VGH Mannheim, Beschluss vom 9.9.2013 – 10 S 1116/13, Rn. 40, juris.

8 OVG Münster, Urteil vom 15.8.2013 – 20 A 2798/11, Rn. 100 ff.; ähnlich OVG Hamburg, Beschluss vom 20.3.2013 – 5 Bs 208/12, Rn. 14 ff., jew. nach juris.

9 Vgl. BT-Drucks. 17/6645, S. 5 I.Sp.: „notwendige Korrektur durch den Gesetzgeber“; vgl. im Einzelnen *Karpenstein/Dingemann*, in: Jarass/Petersen (o. Fn. 1), § 17 KrWG Rn. 149 ff.

Begriffs der überwiegenden öffentlichen Interessen, einschließlich der Einzelregelungen des § 17 Abs. 3 KrWG.¹⁰ Zwar sollen die Regelungen der Sätze 1 und 2 den europarechtlichen Anforderungen bei streng europarechtskonformer Auslegung noch genügen. Es verbietet sich dann aber zwangsläufig, den europarechtlich und verfassungsrechtlich gebotenen strengen Maßstab für Eingriffe in gewerbliche Sammlungen durch eine Anwendung der Regelbeispiele zu unterlaufen bzw. zu umgehen, die diesem Maßstab nicht genügt.¹¹

III. Vergaberechtliche Anforderungen an die Drittbeauftragung

Nach dem Regelbeispiel des § 17 Abs. 3 S. 3 Nr. 3 KrWG ist eine wesentliche Beeinträchtigung der Planungssicherheit und Organisationsverantwortung des öRE

„insbesondere anzunehmen, wenn durch die gewerbliche Sammlung (...) die diskriminierungsfreie und transparente Vergabe von Entsorgungsleistungen im Wettbewerb erheblich erschwert oder unterlaufen wird“.

Es geht damit offenkundig um den Schutz öffentlicher Interessen in der besonderen Konstellation, dass der öRE die von der gewerblichen Sammlung betroffene öffentliche Abfallsammlung nicht in eigener Regie durchführt, sondern nach Maßgabe der vergaberechtlichen Vorschriften im Wettbewerb vergibt. Eine solche Vergabe – abfallrechtlich also eine Drittbeauftragung im Sinne von § 22 KrWG – soll nicht durch die gewerbliche Sammlung erheblich erschwert oder unterlaufen werden. Zielt damit das Regelbeispiel offenkundig auf die Gewährleistung einer (vergaberechtskonformen) Auftragsvergabe durch den öRE, liegt es nahe, zunächst dessen vergaberechtliche Pflichtenstellung einer näheren Betrachtung zu unterziehen. Insoweit gilt Folgendes:

Als Gebietskörperschaft (Landkreis, Stadt, Gemeinde) ist der öRE öffentlicher Auftraggeber im Sinne von § 98 Nr. 1 GWB.¹² Die durch den öRE auf Grundlage von § 22 KrWG erfolgende Drittbeauftragung eines Unternehmens mit Entsorgungsdienstleistungen stellt die Vergabe eines Dienstleistungsauftrags im Sinne von § 99 Abs. 4 GWB dar. Werden Leistungen der Einsammlung und ggf. Entsorgung (Verwertung) von Abfällen für den Bereich einer Gebietskörperschaft vergeben, ist in der Regel auch der Schwellenwert für die europaweite Vergabe des Auftrags (207.000,00 €) – weit – überschritten. Die Drittbeauftragung bedarf daher der vorherigen europaweiten Ausschreibung, die regelmäßig im Wege des sog. offenen Verfahrens durchzuführen ist (vgl. § 3 EG Abs. 1 VOL/A), also nach europaweiter Bekanntmachung in einem Bieterwettbewerb, in dem jedes interessierte Unternehmen ein Angebot abgeben kann. Nur in engen Ausnahmefällen kommt die Wahl eines nachrangigen (europaweiten) Vergabeverfahrens oder gar die Vergabe ohne Durchführung eines wettbewerblichen Verfahrens in Be-

tracht; Letzteres beispielsweise dann, wenn der enge Ausnahmefall einer sog. Inhouse-Vergabe an ein Beteiligungsunternehmen des öRE vorliegt.¹³

Ist das nicht der Fall, ist die Dienstleistungsvergabe – wie gesagt, vorrangig im offenen Verfahren – nach Maßgabe der Vorschriften der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen, Teil A (VOL/A)¹⁴, durchzuführen. Diese enthält neben Verfahrensregelungen im engeren Sinne auch Anforderungen an die Bestimmung und Beschreibung des Auftragsgegenstandes, ferner materielle Regelungen zur Wertung der Angebote. Dabei beruhen die Verfahrensvorschriften des Vergaberechts ganz wesentlich auf den europarechtlichen Grundprinzipien des Vergaberechts, nämlich den Grundsätzen der Wettbewerbslichkeit, Transparenz und Gleichbehandlung (Nichtdiskriminierung). Diese sind nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH bereits Ausfluss der primärrechtlichen Regelungen des EU-Rechts¹⁵ und damit auch tragende Grundsätze der EU-Vergaberichtlinien. Die am 17.4.2014 in Kraft getretene neue allgemeine EU-Vergaberichtlinie 2014/24/EU¹⁶ betont diese Grundsätze in ihren Begründungserwägungen ebenso wie in ihren materiellen Regelungen (Art. 18). Umsetzung in das deutsche Kartellvergaberecht finden sie über die Grundsatzbestimmungen des § 97 Abs. 1 und 2 GWB. Das in § 97 Abs. 1 GWB verankerte Wettbewerbsprinzip ist dabei gleichermaßen als Zielbestimmung wie auch als Leitmaxime für die Auslegung vergaberechtlicher Vorschriften in jeder Phase des Vergabeverfahrens zu beachten. Dasselbe gilt für den ebenfalls in § 97 Abs. 1 GWB angesprochenen Grundsatz der Transpa-

10 Eingehend zum Ganzen VGH Mannheim, Beschluss vom 9.9.2013 – 10 S 1116/13, Rn. 11 ff.; OVG Münster, Urteil vom 15.8.2013 – 20 A 2798/11, Rn. 99 ff., nach juris – jeweils mit zahlreichen Nw.; aus der Entstehungsgeschichte des KrWG siehe BT-Drucks. 17/6052, S. 85, 87; vgl. ferner *Karpenstein/Dingemann*, in: Jarass/Petersen (o. Fn. 1), § 17 KrWG Rn. 21 ff., 30 ff.

11 Vgl. nochmals VGH Mannheim, Beschluss vom 9.9.2013 – 10 S 1116/13, Rn. 11 ff.; OVG Münster, Urteil vom 15.8.2013 – 20 A 2798/11, Rn. 99 ff., jew. nach juris; nichts anderes hält auch die Bundesregierung in ihrem Monitoring-Bericht für geboten, siehe dazu *Petersen/Hermanns*, AbfallR 2014, 138 (139).

12 Liegt die öRE-Aufgabe bei einem Zweckverband, so ist dieser als öffentlicher Auftraggeber im Sinne von § 98 Nr. 3 GWB anzusehen; Anstalten des öffentlichen Rechts, denen öffentliche Entsorgungsaufgaben übertragen wurden, fallen unter den Auftraggeberbestand des § 98 Nr. 2 GWB; näher *Dieckmann*, in: Jarass/Petersen (Fn. 1), § 22 KrWG Rn. 39 ff.

13 Näher zum Ganzen *Dieckmann*, in: Jarass/Petersen (Fn. 1), § 22 KrWG Rn. 37 ff.; *Dippel*, in: Schink/Versteyl (Fn. 5), § 22 KrWG Rn. 35 ff.; zur zukünftigen Rechtslage bei der Inhouse-Vergabe vgl. *Dieckmann*, AbfallR 2014, 130 ff.

14 I.d.F. vom 20.11.2009, BAnz. Nr. 196a, berichtigt 2010, S. 755.

15 Vgl. etwa EuGH, Urteil vom 15.10.2009 – Rs. C-196/08, Rn. 49 (Acoset); Urteil vom 6.4.2006 – Rs. C-410/04, Rn. 21 (ANAV).

16 Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.2.2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, EU-ABl. L 94/65; vgl. zu den neuen EU-Vergaberichtlinien auch *Dieckmann*, AbfallR 2014, 130 ff.

renz. Dem Gleichbehandlungsgrundsatz bzw. dem Diskriminierungsverbot des § 97 Abs. 2 GWB kommt darüber hinaus auch unmittelbare Wirkung zu.¹⁷

Unter dem „Dach“ dieser vergaberechtlichen Grundprinzipien bestimmen die Vergabe- und Vertragsordnungen – in Umsetzung der EU-Vergaberichtlinien – im Einzelnen die Anforderungen an das durchzuführende Vergabeverfahren. Das betrifft neben den durchzuführenden Verfahrensschritten auch die Festlegung und Beschreibung des Auftragsgegenstands. Dabei besteht Einigkeit, dass es grundsätzlich in der Entscheidungsfreiheit des öffentlichen Auftraggebers liegt, den Beschaffungsgegenstand und die wesentlichen Modalitäten der zu beschaffenden Leistung zu bestimmen. Diese „Beschaffungsfreiheit“ besteht freilich nicht uneingeschränkt, sondern nur innerhalb der Grenzen der vergaberechtlichen Vorschriften.¹⁸ Prominentes Beispiel ist insoweit das Gebot der „produktneutralen“ Leistungsbeschreibung (vgl. § 8 EG Abs. 7 VOL/A). Aber auch sonst endet die „Beschaffungsfreiheit“ dort, wo konkrete vergaberechtliche Regelungen sie einschränken. Selbst Rechtsvorschriften außerhalb des Vergaberechts können einem bestimmten Ausschreibungsgegenstand entgegenstehen. So wurde etwa die Vergabe der öffentlichen Abfallentsorgung im Wege einer Konzession für unzulässig erachtet, weil sie gegen abfallrechtliche Vorschriften verstoße.¹⁹

Ungeachtet der Frage der genauen Reichweite der „Beschaffungsfreiheit“ des öffentlichen Auftraggebers ist dieser – im Sinne einer transparenten und diskriminierungsfreien Vergabe – jedenfalls gehalten, den Beschaffungsgegenstand hinreichend präzise zu beschreiben. So lautet der für die Vergabe von Liefer- und Dienstleistungen maßgebliche § 8 EG Abs. 1 VOL/A:

„Die Leistung ist eindeutig und erschöpfend zu beschreiben, so dass alle Bewerber die Beschreibung im gleichen Sinne verstehen müssen und dass miteinander vergleichbare Angebote zu erwarten sind (Leistungsbeschreibung).“

Unter einer insoweit hinreichenden und erschöpfenden Leistungsbeschreibung ist zu verstehen, dass der Auftrag-

geber jedenfalls die ihm zur Verfügung stehenden Informationen und Erkenntnisse über die Beschaffenheit der Leistung offenzulegen und allen Bietern in verständlicher Weise zu vermitteln hat. Hingegen ist der öffentliche Auftraggeber nur begrenzt verpflichtet, über die ihm bei Ausschreibungsbeginn schon vorliegenden Daten und Erkenntnisse hinaus weitere Ermittlungen anzustellen, um Unsicherheiten, die aus einer begrenzten bzw. unvollständigen Beschreibbarkeit der Leistungen resultieren, zu beheben. So formuliert etwa das OLG Düsseldorf:

„Der öffentliche Auftraggeber hat in der Leistungsbeschreibung diejenigen Daten und Fakten bekanntzugeben, über die er liquide verfügt oder die er sich – gemessen an den Grundsätzen der Zumutbarkeit (...) – mit der Ausschreibung adäquaten Mitteln, in der für das Vergabeverfahren zur Verfügung stehenden vergleichsweise kurzen Zeit und mit den dafür in der Regel nur begrenzt verfügbaren administrativen Ressourcen beschaffen kann.“²⁰

Es geht damit vorrangig um eine möglichst präzise Beschreibung der Leistung anhand der dem Auftraggeber vorliegenden Erkenntnisse; eine umfassende Pflicht zur Ermittlung der Leistungsgrundlagen besteht nicht bzw. unterliegt einer Zumutbarkeitsgrenze. Im Übrigen ist nach neuer Rechtslage der VOL/A 2009 das ausdrückliche Verbot sog. ungewöhnlicher Wagnisse entfallen, das noch in § 8 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A 2006 enthalten war (und in § 7 EG Abs. 1 Nr. 3 VOB/A – beschränkt auf die Vergabe von Bauleistungen – fortbesteht). Die herrschende Meinung in Rechtsprechung und Literatur geht demzufolge davon aus, dass ein Verbot ungewöhnlicher Wagnisse bei der Vergabe von Liefer- und Dienstleistungen nicht mehr besteht, insbesondere auch nicht mittelbar anderen Vorschriften der VOL/A entnommen werden kann; die Überwälzung von Wagnissen auf die Bieter bzw. den Auftragnehmer unterliegt danach nur noch einer Unzumutbarkeitsgrenze als Korrektiv.²¹ Im Übrigen genügt der öffentliche Auftraggeber seinen vergaberechtlichen Pflichten, wenn er die geforderte Leistung, einschließlich der mit der Leistungserbringung verbundenen Unsicherheiten und Wagnisse, hinreichend klar und für alle Bieter gleichermaßen transparent beschreibt.

Vor dem Hintergrund der beschriebenen vergaberechtlichen Anforderungen besteht eine gefestigte und bewährte Praxis der Ausschreibung von Entsorgungsdienstleistungen. Diese trägt u.a. der Besonderheit solcher Leistungen Rechnung, nämlich dass der Drittbeauftragte in aller Regel von eindeutig bestimmbar, zur Entsorgung zu übernehmenden Abfallmengen nicht ausgehen kann, weil die tatsächlich anfallenden Abfallmengen aufgrund von Veränderungen hinsichtlich diverser Faktoren (Konsumverhalten, Wegwerfverhalten, Einwohnerzahl etc.) Schwankungen und Veränderungen unterworfen sind. Diesen branchentypischen Wagnissen trägt die Ausschreibungspraxis der öRE üblicherweise Rechnung, indem in der Leistungsbeschrei-

17 Näher zu den Vergabegrundsätzen und ihren Wirkungen: Ziekow, in: ders./Nöllink, Vergaberecht, 2. Aufl. 2013, § 97 GWB Rn. 3 ff.; Dieckmann, in: ders./Scharf/Wagner-Cardenal, VOL/A-Kommentar, 2013, § 2 EG Rn. 8 ff., jew. m.w.N. aus Rspr. u. Lit.

18 Vgl. etwa OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22.5.2013 – Verg 16/12, Rn. 33, juris.

19 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.10.2011 – Verg 51/11; bestätigt durch BGH, Beschluss vom 18.6.2012 – X ZB 9/11.

20 Beschluss vom 10.4.2013 – Verg 50/12, LS 2 und Rn. 17, juris.

21 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28.3.2012 – Verg 90/11, Rn. 12; Beschluss vom 10.4.2013 – Verg 50/12, Rn. 20; OLG München, Beschluss vom 6.8.2012 – Verg 14/12, Rn. 67; OLG Koblenz, Beschluss vom 4.2.2014 – 1 Verg 7/13, LS 3 und Rn. 59, jew. nach juris.

bung die in der Vergangenheit über bestimmte Zeiträume angefallenen Mengen an Abfällen unterschiedlicher Art und Beschaffenheit mitgeteilt werden, und auf mögliche Änderungseffekte und -faktoren hingewiesen wird. So kommt der öRE zu einer – unverbindlichen – Mengenprognose, die letztlich immer das Mengenrisiko bei den Bietern bzw. dem Auftragnehmer ansiedelt. Erscheint das Mengenrisiko besonders beachtlich, wird dem regelmäßig dadurch Rechnung getragen, dass entweder eine Preisabfrage nach Mengengebieten („Mengenstaffeln“) erfolgt oder aber den Bietern die Möglichkeit gegeben wird, neben einem mengenabhängigen Preis(-bestandteil) (in Euro pro Megagramm) auch einen mengenunabhängigen Preis(-bestandteil) anzubieten, der es ihnen erlaubt, die fixen Gestehungskosten der Leistung abzubilden, um insoweit das Mengen- und Kalkulationsrisiko weiter einzuzugrenzen. Nicht unüblich ist es auch, für den Fall erheblicher Abweichungen der tatsächlichen Abfallmengen im Vertragsvollzug von der Mengenprognose angemessene Anpassungs- oder Verhandlungsansprüche in den Besonderen Vertragsbedingungen der Ausschreibung zu verankern. Inwieweit solche Maßnahmen zur Verringerung des Mengen- und Kalkulationsrisikos nach neuer Rechtslage der VOL/A 2009 – wie gesagt, ist hier das Verbot ungewöhnlicher Wagnisse entfallen – überhaupt noch angezeigt bzw. gar geboten sind, ist allenfalls im Einzelfall zu entscheiden.²² Neben den beschriebenen Gestaltungsmöglichkeiten des öffentlichen Auftraggebers bei der Abfassung der Vergabe- und Leistungsbedingungen bestehen im Übrigen gesetzliche Anpassungsmechanismen, um etwa nachträglich eintretenden, kalkulationsrelevanten Änderungen in der Beschaffenheit der Leistung Rechnung zu tragen, nämlich mittels des Anpassungsanspruches aus § 2 Nr. 3 VOL/B,²³ notfalls aber auch nach § 313 BGB bei Störungen der Geschäftsgrundlage.²⁴ Insgesamt ist damit zu konstatieren, dass die entsorgungswirtschaftliche Ausschreibungspraxis über weitreichende Gestaltungsmöglichkeiten verfügt, um mit mengenbedingten Risiken vergaberechtskonform umzugehen.

IV. Regelungsgehalt des § 17 Abs. 3 S. 3 Nr. 3 KrWG

Nachdem zunächst die systematische Einbettung des Regelbeispiels des § 17 Abs. 3 S. 3 Nr. 3 KrWG in die Gesamtsystematik untersucht wurde (oben II.), und klar ist, in welchem vergaberechtlichen Pflichtenzusammenhang sich der öRE in seiner Eigenschaft als öffentlicher Auftraggeber im Sinne des Kartellvergaberechts bewegt (oben III.), bedarf es nun der Untersuchung des konkreten Regelungsgehalts der Vorschrift. Insoweit sind zunächst Überlegungen zum Schutzgut des Regelbeispiels (dazu 1.) und zur Darlegungslast bei seiner Anwendung (dazu 2.) angezeigt, bevor auf die einzelnen tatbestandlichen Anwendungsvoraussetzungen eingegangen wird (dazu 3. bis 5.).

1. Schutzgut: Diskriminierungsfreie und transparente Vergabe von Entsorgungsleistungen im Wettbewerb

Zielrichtung und Schutzzweck des Regelbeispiels erscheinen nach dessen Wortlaut klar: Es geht um den Schutz der „diskriminierungsfreien und transparenten Vergabe von Entsorgungsleistungen im Wettbewerb“. Diese soll nicht wesentlich erschwert oder gar unterlaufen werden. Es geht also offenkundig darum, dass der öRE seine abfallrechtliche Befugnis, sich zur Erledigung der öffentlichen Entsorgungsaufgaben Dritter zu bedienen (vgl. § 22 KrWG), auch in vergaberechtskonformer Weise nutzen kann.

Demgegenüber wird dem Regelbeispiel in der Literatur aber teils ein weitergehender, über die Interessen des öRE hinausgehender Schutzzweck beigemessen: So wird unter Hinweis auf einen Beschluss des VGH Mannheim vertreten, der im Wege des Vergabeverfahrens beauftragte Bieter genieße Exklusivität für die Laufzeit des Vertrages, ja gar einen monopolartigen Schutz vor der Konkurrenz gewerblicher Sammler.²⁵ Soweit sich diese Auffassung auf die Rechtsprechung des VGH Mannheim stützt, ist das allerdings nur teilweise richtig. So geht der VGH Mannheim – zutreffend und nach dem Wortlaut der Vorschrift naheliegend – zunächst davon aus, dass diese bereits durchgeführte oder bevorstehende *Vergabeverfahren* schütze.²⁶ Die hieraus dann abgeleitete Folgerung eines möglichen Konkurrenzschutzes des im Wege des Vergabeverfahrens beauftragten Dritten wird in der Entscheidung nicht weiter begründet; das Gericht lässt auch ausdrücklich offen, ob diese Lesart der Vorschrift mit dem EU-Recht vereinbar wäre, kommt also nicht zu einem abschließenden Auslegungsergebnis. Letztlich blieb die Frage unentschieden, da die Anwendungsvoraussetzungen des Regelbeispiels nach den Feststellungen des Gerichts im konkreten Fall ohnehin nicht erfüllt waren.²⁷

Demgegenüber lehnt das OVG Münster ein Verständnis der Norm, wonach es bei dieser um den Schutz des Wettbewerbs oder von Wettbewerbern gehe, ausdrücklich ab. Aufgrund der Einbettung und Funktion des Regelbeispiels könne es nur um den Schutz der Funktionsfähigkeit des öRE in

22 Vgl. etwa, einen Anspruch auf Preisabfrage nach Mengenstaffeln im konkreten Fall ablehnend, OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10.4.2013, Rn. 31, juris.

23 Die Allgemeinen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Leistungen (VOL/B) sind gemäß § 11 EG Abs. 1 S. 1 VOL/A grundsätzlich zum Vertragsgegenstand zu machen.

24 Vgl. dazu OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10.4.2013 – Verg 50/12, Rn. 12, juris.

25 So *Dageförde*, AbfallR 2014, 22 (23); *dies./Thärichen*, AbfallR 2013, 276 (279 f.).

26 Vgl. VGH Mannheim, Beschluss vom 9.9.2013 – 10 S 1116/13, Rn. 44, juris.

27 Rn. 45 des Beschlusses; vgl. auch Rn. 50 des Beschlusses, wo ein „absoluter Konkurrentenschutz“ ausdrücklich für europarechts- und gesetzeswidrig erachtet wird.

Gestalt der die Funktionsfähigkeit prägenden Merkmale Planungssicherheit und Organisationsverantwortung gehen, damit also um die Frage, ob die beabsichtigte Erfüllung der öffentlichen Entsorgungspflicht im Wege der Drittbeauftragung wegen vergaberechtlicher Schwierigkeiten nicht realisierbar ist oder nach erfolgter Vergabe durch die gewerbliche Sammlung in ihrem vertraglichen Bestand gefährdet würde, weil sie von einem gewerblichen Sammler „unterlaufen“ wird.²⁸

Die Auffassung des OVG Münster ist zutreffend. Schon dem Wortlaut des § 17 Abs. 3 S. 3 Nr. 3 KrWG lässt sich nicht entnehmen, dass das Regelbeispiel auf den Schutz des „Gewinners“ einer durchgeführten Ausschreibung über Entsorgungsleistungen zielt. Nach dem Wortlaut der Norm ist vielmehr die (diskriminierungsfreie und transparente) Vergabe der Entsorgungsleistungen Schutzgegenstand, also die öffentliche Auftragsvergabe, d.h. der durch den öRE eingeleitete oder schon durchgeführte Beschaffungsvorgang. Dieser soll nicht erheblich erschwert oder unterlaufen werden. Dass es damit um den Schutz der Befugnis des öRE, sich zur Aufgabenerfüllung Dritter zu bedienen, geht, ist evident. Dies korrespondiert damit, dass ausweislich des ersten Halbsatzes des § 17 Abs. 3 S. 3 KrWG die Regelbeispiele ausschließlich das übergeordnete Schutzgut der Planungssicherheit und Organisationsverantwortung *des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers* ausfüllen und nicht etwa auch dem Schutz der Belange des Drittbeauftragten dienen. Bereits der Wortlaut des Regelbeispiels steht damit der Auffassung entgegen, dieses diene auch oder gar in erster Linie dem Schutz des im Wettbewerb gefundenen Auftragnehmers. Eine solche Interpretation ist ferner deshalb fernliegend, weil jedenfalls die erste Anwendungsvariante des Regelbeispiels klar erkennbar allein die vergaberechtskonforme Durchführung des Vergabeverfahrens zum Gegenstand hat und nicht ernsthaft dem Schutz eines (noch unbekannt) Ausschreibungsteilnehmers vor Konkurrenz dienen kann. Dass nun die zweite Anwendungsvariante einen derartigen Konkurrenzschutz bezwecken soll, obwohl sich die beiden Varianten nur in der Modalität unterscheiden, dass es zum einen um das Erschweren, zum anderen um das Unterlaufen der Vergabe geht, ist wenig wahrscheinlich, jedenfalls aber dem Wortlaut des Regelbeispiels nicht zu entnehmen. Entgegen teilweise vertretener Auffassung spricht damit der Wortlaut des § 17 Abs. 3 S. 3 Nr. 3 KrWG gerade nicht dafür, dass dieses Regelbeispiel einen – gar monopolartigen – Schutz des Drittbeauftragten bezweckt. Dies wäre auch sehr überraschend, betreffen doch die beiden anderen Regelbeispiele ausschließlich Belange des öRE selbst.

Unzutreffend ist ferner die Auffassung, dass sich die genteilige Auslegung aus den „Gesetzesmaterialien“ in Gestalt einer Regelungsempfehlung der Ausschüsse des Bundesrates ergebe. Diese Auffassung zitiert länglich aus begründenden Erwägungen der Bundesratsausschüsse, als ob diese den Willen des Gesetzgebers widerspiegeln könnten.²⁹ Tatsächlich handelt es sich um die Begründung eines Regelungsvorschlags vom Mai 2011, der mit der Gesetz gewordenen Regelung des § 17 Abs. 3 KrWG nichts zu tun hat. Nach diesem Regelungsvorschlag³⁰ sollte die im Wege eines transparenten und diskriminierungsfreien Vergabeverfahrens erfolgte Drittbeauftragung in der Tat einem absoluten Schutz unterliegen. Die Durchführung eines ordnungsgemäßen Vergabeverfahrens hätte gleichsam mechanisch dazu geführt, dass der gewerblichen Sammlung im Sinne von § 17 Abs. 3 S. 1 und 2 überwiegende öffentliche Interessen entgegenstehen. Die seitens der Ausschüsse des Bundesrates vorgeschlagene Regelung ist aber offenkundig nicht einmal in die Stellungnahme des Bundesrates selbst vom 27.5.2011 eingeflossen, der stattdessen eine vollständige Streichung des § 17 Abs. 3 KrWG (in der Fassung des Gesetzentwurfes der Bundesregierung) verlangt hat.³¹ Sie gleichsam als den Kern der „Gesetzesmaterialien“ dazustellen, geht an der Sache vollständig vorbei. Die auf die tatsächlich Gesetz gewordene Regelung des § 17 Abs. 3 S. 3 KrWG bezogenen Aussagen verschiedener Akteure des Gesetzgebungsverfahrens sind im Übrigen ebenso knapp wie nichtssagend. Die angebliche Absicht des Gesetzgebers, auch oder gar in erster Linie einen Konkurrenzschutz des im Wettbewerb gefundenen Drittbeauftragten zu bewirken, ist aus ihnen nicht ableitbar. Eine solche Interpretation widerspricht, wie gezeigt, auch dem Wortlaut der Regelung.

Ebenso wenig wäre die Auffassung, das Regelbeispiel des § 17 Abs. 3 S. 3 Nr. 3 KrWG diene (auch) dem Schutz des erfolgreichen Bieters vor Konkurrenz, mit der Gesetzssystematik vereinbar. Sie übersieht schon, dass, wie gesagt, der einleitende Halbsatz des § 17 Abs. 3 S. 3 KrWG ausschließlich auf das Vorliegen einer wesentlichen Beeinträchtigung der Planungssicherheit und Organisationsverantwortung *des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers* abhebt, die anzunehmen sein soll, wenn die Voraussetzungen des Regelbeispiels vorliegen. Es geht also allein um die schutzwürdigen Belange des öRE; die Belange des Drittbeauftragten, die nach § 17 Abs. 3 S. 1 KrWG durchaus im Rahmen der Feststellung des Vorliegens überwiegender öffentlicher Interessen von Bedeutung sein können, werden jedenfalls nicht über dieses Regelbeispiel adressiert. Hier geht es nur um die Belange des öRE selbst, nämlich um die Frage, ob von einer gewerblichen Sammlung negative Wirkungen für die Durchführung oder das Ergebnis eines öffentlichen Vergabeverfahrens ausgehen, die ihrerseits die Schwelle einer wesentlichen Beeinträchtigung der Planungssicherheit und Organisationsverantwortung des öRE überschreiten.

Eine andere Auslegung der Vorschrift wäre schließlich nicht mit den Regelungen der vorgelagerten Stufen der „Kas-

28 OVG Münster, Urteil vom 15.8.2013 – 20 A 2798/11, Rn. 194, juris.

29 Dageförde, AbfallR 2014, 22 (23 f.).

30 BR-Drucks. 216/1/11, S. 26.

31 BR-Drucks. 216/11, S. 14.

kade“ vor dem Hintergrund ihrer Entstehung und ihres europarechtlichen Kontextes vereinbar. Wie dargelegt, dienen namentlich die (Haupt-)Vermutungen des § 17 Abs. 3 S. 2 KrWG der Gewährleistung einer europarechtskonformen Anwendung der Norm insgesamt. Nach Art. 106 Abs. 2 AEUV können Einschränkungen des Freiverkehrs nur gerechtfertigt werden, soweit sie erforderlich sind, damit die Erfüllung öffentlicher Entsorgungsaufgaben durch den öRE nicht tatsächlich oder rechtlich verhindert wird. In diesem Sinne geht es um das „Funktionieren“ der öffentlichen Abfallentsorgung als Schutzgut. Die Reichweite der Überlassungspflicht ist auf das notwendige Maß zu beschränken, um die Funktionsfähigkeit der öffentlichen Entsorgung sicherzustellen. Ungeachtet der Frage, wo insoweit die Eingriffsschwelle anzusiedeln ist bzw. ab welcher Schwere einer Beeinträchtigung der öffentlichen Entsorgung das Verbot einer gewerblichen Sammlung gerechtfertigt werden kann, ist jedenfalls klar, dass Schutzzweck und Zielrichtung auch und gerade der Regelbeispiele des Satzes 3 die Funktionsfähigkeit der öffentlichen Entsorgung in Gestalt der Planungssicherheit und Organisationsverantwortung des öRE ist, wie es das OVG Münster zutreffend feststellt.³² Die These, mit dem dritten Regelbeispiel des § 17 Abs. 3 S. 3 KrWG solle ein monopolartiger Schutz des Gewinners einer Ausschreibung von Entsorgungsleistungen bewirkt werden, ist damit auch aus systematischer Sicht und vor dem Hintergrund der europarechtlichen Anforderungen nicht haltbar.³³ Wäre die Vorschrift nach Maßgabe der hergebrachten Auslegungsmethoden so zu interpretieren, müsste sie schon aus europarechtlichen Gründen unangewendet bleiben.³⁴ Eine solche Auslegung ist aber ohnehin fernliegend; schon der Wortlaut bietet hierfür, wie gesagt, keine Stütze. Festzuhalten ist damit, dass das Regelungsziel der Vorschrift allein die Gewährleistung der vergaberechtskonformen Durchführung einer Drittbeauftragung von Entsorgungsleistungen durch den öRE ist, die weder wesentlich erschwert noch unterlaufen werden soll.

2. Darlegungslast

Nicht ernsthaft umstritten ist, dass für das Vorliegen von einer gewerblichen Sammlung entgegenstehenden überwiegenden öffentlichen Interessen im Sinne von § 17 Abs. 3 KrWG der öRE bzw. die zuständige Abfallbehörde, die die Untersagung einer gewerblichen Sammlung beabsichtigt, die Darlegungslast trägt.³⁵ Das entspricht nicht nur der generellen gesetzlichen Zuweisung der Darlegungs- und Beweislast im Bereich der Eingriffsverwaltung bzw. bei Grundrechtseingriffen,³⁶ sondern liegt auch in der Natur der Sache. Denn soweit eine gewerbliche Sammlung zu Beeinträchtigungen der öffentlichen Entsorgung bzw. generell öffentlicher Interessen führt, realisieren sich diese in der Sphäre des öRE bzw. der öffentlichen Hand. Nicht ohne Grund hat der Gesetzgeber dem öRE nunmehr im Rahmen

des Anzeigeverfahrens eine Verfahrensstellung eingeräumt, die es diesem ermöglicht, seine Belange, namentlich seine Betroffenheit durch die gewerbliche Sammlung, geltend zu machen. Im Falle der gerichtlichen Auseinandersetzung trifft die Darlegungs- und Beweislast die beklagte Behörde, soweit sie auf Grundlage eigener, „neutraler“ Prüfung zu dem Ergebnis gelangt ist, dass die Einschränkung oder gar Untersagung einer gewerblichen Sammlung trotz der hiermit verbundenen Grundrechtseingriffe wegen der von der Sammlung ausgehenden Beeinträchtigung öffentlicher Interessen geboten ist. Nichts anderes gilt naturgemäß auch für Einschränkungen oder Untersagungen gewerblicher Sammlungen, die etwa auf das Regelbeispiel des § 17 Abs. 3 S. 3 Nr. 3 KrWG gestützt werden. Hier hat die zuständige Behörde konkret darzutun, dass und in welcher Weise die gewerbliche Sammlung eine vergaberechtskonforme Vergabe der Leistungen im Wettbewerb erheblich erschwert oder gar unterläuft.

3. Allgemeiner Anwendungsbereich der Vorschrift

Das Regelbeispiel des § 17 Abs. 3 S. 3 Nr. 3 KrWG untergliedert sich in zwei unterschiedliche Anwendungsvarianten, die demzufolge der individuellen Betrachtung bedürfen (dazu unten 4. und 5.). Diese teilen indes bestimmte Anwendungsvoraussetzungen, die in beiden Fällen vorliegen müssen. Hierauf ist zunächst einzugehen:

a. Vergabeverfahren

Gegenstand und Schutzgut des Regelbeispiels ist „die diskriminierungsfreie und transparente Vergabe von Entsorgungsleistungen im Wettbewerb“, um deren mögliche Beeinträchtigung es geht. Damit ist zunächst vorausgesetzt, dass überhaupt eine „Vergabe“ von Leistungen durch den öRE stattfindet, der öRE also die betreffenden Entsorgungsleistungen nicht selbst erbringt, sondern sich des Mittels der Beauftragung Dritter im Sinne von § 22 KrWG bedient. Das setzt den (beabsichtigten) Abschluss eines Vertrages mit einer vom öRE selbst zu unterscheidenden Rechtsperson voraus. Die Delegation der Aufgabe innerhalb einer Gebietskör-

32 Vgl. oben Fn. 28.

33 Wie hier auch *Dippel/Hamborg*, AbfallR 2014, 30 (34 r.Sp.).

34 Vgl. nochmals VGH Mannheim, Beschluss vom 9.9.2013 – 10 S 1116/13, Rn. 45, nach juris, der die Vereinbarkeit der so ausgelegten Vorschrift mit dem EU-Recht ausdrücklich offen lässt.

35 Vgl. nur VGH Mannheim, Beschluss vom 9.9.2013 – 10 S 1116/13, Rn. 31; OVG Münster, Beschluss vom 19.7.2013 – 20 B 122/13, Rn. 15; OVG Koblenz, Beschluss vom 4.7.2013 – 8 B 10533/13, Rn. 10; VG Neustadt/Weinstraße, Urteil vom 7.4.2014 – 4 K 717/13.NW, Rn. 27, jew. nach juris.

36 *Stelkens/Bonk/Sachs*, Verwaltungsverfahrensgesetz, 8. Aufl. 2014, § 24 Rn. 55; Beck'scher Online-Kommentar VwVfG, Stand 1.1.2014, § 24 Rn. 17.

perschaft, z.B. an einen rechtlich unselbständigen Eigen- oder Regiebetrieb, stellt weder eine Drittbeauftragung im Sinne von § 22 KrWG noch eine öffentliche Auftragsvergabe im Sinne von § 99 Abs. 1 GWB dar.³⁷

Muss also in diesem Sinne eine „Fremdvergabe“ der Leistungen vorliegen, ist allerdings unklar, in welchem Stadium sich diese zu befinden hat. Hinsichtlich der zweiten Anwendungsvariante ist davon auszugehen, dass das Verfahren zur Vergabe der Leistungen bereits abgeschlossen sein muss. Nur dann kann von einem „Unterlaufen“ der Vergabe, womit offenkundig das nachträgliche Zunichtemachen bzw. Entwerten des Ausschreibungsergebnisses gemeint ist (näher unten 5.), die Rede sein. Hiervon ist auch der Gesetzgeber ausgegangen.³⁸ Der maßgebliche Zeitpunkt für die materielle Feststellung der Erfüllung des Unterlaufenstatbestandes liegt damit nach Abschluss des Vergabeverfahrens, also nach dem Zeitpunkt der Zuschlagserteilung, mit der der Vertrag zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und dem ausgewählten Bieter zustande kommt (vgl. § 21 EG Abs. 2 VOL/A).

Hingegen hebt die erste Anwendungsvariante des Regelbeispiels offenkundig nicht auf das Ergebnis der Ausschreibung, sondern auf die Modalitäten – und ggf. Schwierigkeiten – ihrer Durchführung ab. Es geht darum, ob die Durchführung eines vergaberechtskonformen Ausschreibungsverfahrens „erheblich erschwert“ wird. Eine solche erhebliche Erschwernis wird naturgemäß vor der Zuschlagsentscheidung zum Tragen kommen, eventuell bereits vor Einleitung des Vergabeverfahrens, wenn sich herausstellt, dass die gewerbliche Sammlung den öRE daran hindert, ein den gesetzlichen Anforderungen genügendes Vergabeverfahren einzuleiten und durchzuführen. Allerdings wird zu Recht verlangt, dass ein solches Vergabeverfahren zumindest unmittelbar bevorzustehen hat. Die bloße Möglichkeit einer späteren „Fremdvergabe“ berechtigt den öRE nicht, sich auf das Regelbeispiel zu berufen; dieses bietet keine Grundlage, um gewerbliche Sammler gleichsam prophylaktisch vom Markt zu verdrängen. Vielmehr bedarf es des Vorliegens einer konkreten Vergabeabsicht schon, um überhaupt die Anwendungsvoraussetzungen des § 17 Abs. 3 S. 3 Nr. 3 KrWG prüfen zu können.³⁹ Voraussetzung für die Anwendung der

ersten Variante des Regelbeispiels ist folglich das Vorliegen mindestens einer hinreichend konkretisierten Ausschreibungsabsicht. Den öRE trifft insoweit die Darlegungslast sowohl für die vorliegende Beschaffungsabsicht (Zeitpunkt und Gegenstand der Ausschreibung, wesentliche Ausschreibungsmodalitäten etc.) als auch dafür, dass er an der Realisierung dieser Ausschreibungsabsicht durch die prüfungsgegenständliche gewerbliche Sammlung gehindert ist.

b. Ordnungsgemäße, rechtmäßige Durchführung des Vergabeverfahrens

Nach herrschender und zutreffender Auffassung setzt die Anwendung des Regelbeispiels in beiden Varianten voraus, dass das unmittelbar bevorstehende, bereits laufende oder gar schon abgeschlossene Vergabeverfahren vergaberechtskonform durchgeführt wird bzw. wurde.⁴⁰ Es liegt auf der Hand, dass nur die rechtmäßige Vergabe von Leistungen in den Schutzbereich der Regelung fallen kann und soll. Dies implizieren bereits die Formulierungen des Regelbeispiels selbst, die auf die Einhaltung der vergaberechtlichen Grundprinzipien abheben. Ganz generell kann im Übrigen eine (beabsichtigte) öffentliche Auftragsvergabe keinen schützenswerten Belang im Rahmen der Feststellung des überwiegenden öffentlichen Interesses darstellen, wenn sie gesetzeswidrig durchgeführt wird oder wurde. Es fehlte dann schon dem Grunde nach an einem hinreichenden öffentlichen Interesse an der Beseitigung der gewerblichen Sammlung. Voraussetzung für die Berufung auf das Regelbeispiel ist damit jedenfalls die vollständige Einhaltung der vergaberechtlichen Vorschriften durch den öRE.

c. Wettbewerbliche Vergabe

Bei der durchgeführten oder bereits abgeschlossenen Vergabe muss es sich nach dem Wortlaut des Regelbeispiels des Weiteren um eine solche handeln, die „im Wettbewerb“ durchgeführt wird bzw. wurde. Diesem weiteren Erfordernis ist nicht bereits dadurch genügt, dass die Erteilung des Auftrags vollständig vergaberechtskonform erfolgt. Zwar schreiben das europäische und das deutsche Vergaberecht das sog. offene Verfahren – und damit eine wettbewerbliche Vergabe – als Regelverfahren vor (vgl. § 3 EG Abs. 1 VOL/A); aufgrund verschiedener gesetzlich geregelter oder ungeschriebener Ausnahmen kann jedoch im Einzelfall u.U. von einer wettbewerblichen Vergabe rechtmäßig abgesehen werden. Das gilt etwa unter engen Voraussetzungen für die sog. Inhouse-Vergabe an ein dem öffentlichen Auftraggeber verbundenes Unternehmen.⁴¹ Auch in anderen – engen – Ausnahmefällen kann von der Durchführung eines offenen oder nicht offenen Verfahrens abgesehen und u.U. nur mit einem potenziellen Interessenten verhandelt sowie der Auftrag an diesen vergeben werden (vgl. § 3 EG Abs. 4 lit. c) oder f) VOL/A). In solchen Fällen kann der öffentliche Auftraggeber möglicherweise zu Recht von der Beteiligung

37 Näher *Dieckmann*, in: Jarass/Petersen (Fn. 1), § 22 KrWG Rn. 13, 43.

38 Vgl. BT-Drucks. 17/7505, S. 44: „Die dritte Fallgruppe verhindert, dass durch die gewerbliche Sammlung eine diskriminierungsfreie und transparente Vergabe von Entsorgungsleistungen im Wettbewerb im konkreten Fall von vornherein erheblich erschwert oder nach *Erteilung des Auftrags* an einen Wettbewerber gar unterlaufen wird.“ [Hervorhebung durch Verf.]

39 VGH Mannheim, Beschluss vom 9.9.2013 – 10 S 1116/13, Rn. 50 ff.; vgl. auch OVG Münster, Urteil vom 15.8.2013 – 20 A 2798/11, Rn. 195, jew. nach juris.

40 VGH Mannheim, Beschluss vom 9.9.2013 – 10 S 1116/13, Rn. 47 f., juris; *Dippel/Hamborg*, AbfallR 2014, 30 (35); *Dageförde/Thärichen*, AbfallR 2014, 276 (280 I.Sp.).

41 Vgl. oben III. nebst Fn. 13.

mehrerer Interessenten an dem Vergabeverfahren absehen, die Vergabe erfolgt – rechtmäßig – nicht „im Wettbewerb“. Ist das der Fall, so kann nach dem eindeutigen Wortlaut der Vorschrift aber dennoch nicht das Regelbeispiel des § 17 Abs. 3 S. 3 Nr. 3 KrWG in Anspruch genommen werden. Es setzt vielmehr das Vorliegen einer wettbewerblichen Vergabe gerade ausdrücklich voraus. Es bedarf folglich der Durchführung eines – auch im Übrigen vergaberechtskonformen und rechtmäßigen – Vergabeverfahrens mit mehreren Bietern. Dabei sind die Mindestanforderungen des § 3 EG Abs. 5 VOL/A einzuhalten, d.h. im nicht offenen Verfahren darf die Zahl der Bieter nicht unter fünf, im Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb nicht unter drei liegen (sofern eine Vergabe in einem dieser nachrangigen Verfahren überhaupt zulässig ist).

d. Entsorgungsleistungen als Gegenstand der Vergabe

Schließlich muss die Vergabe, die durch die gewerbliche Sammlung beeinträchtigt ist, „Entsorgungsleistungen“ betreffen. Dass hier Leistungen der Entsorgung im engeren Sinne gemeint sind, also solche der Verwertung oder Beseitigung von Abfällen, ist eher nicht anzunehmen, zielt doch das Regelbeispiel auf das Nebeneinander der im Wege der Drittbeauftragung realisierten öffentlichen Sammlung und der gewerblichen Sammlung. Den Gesetzesmaterialien lässt sich insoweit nichts entnehmen; die Begründung des in den Umweltausschuss des Bundestages eingebrachten Änderungsantrages, der zu den drei Regelbeispielen geführt hat, enthält keine nennenswerten Aussagen zu dem hier interessierenden Regelbeispiel des § 17 Abs. 3 S. 3 Nr. 3 KrWG.⁴² Anzunehmen ist, dass in dieser Phase des Gesetzgebungsverfahrens lediglich mehr oder weniger unreflektiert die entsprechende Formulierung des Bundesverwaltungsgerichts aus seinem (damaligen) Leiturtel vom 18.6.2009 übernommen wurde. Das Bundesverwaltungsgericht äußerte sich – zur damaligen Rechtslage – beiläufig dahin, dass das Erschweren der Ausschreibung von Entsorgungsleistungen bzw. Unterlaufen von Ausschreibungsverfahren einen relevanten Belang im Rahmen der Prüfung entgegenstehender überwiegender öffentlicher Interessen darstellen könne (wobei seinerzeit die gesetzliche Eingriffsschwelle nach Auffassung des Gerichts eine wesentlich niedrigere war).⁴³ Es ist naheliegend, dass der Gesetzgeber mit dem unsachgemäß verwendeten Begriff der „Entsorgungsleistungen“ primär Leistungen des Einsammelns und des Transports von Abfällen erfasst wissen wollte. Mehr noch: Es erscheint sogar zweifelhaft, ob die Vergabe reiner Verwertungsleistungen überhaupt in den Anwendungsbereich des Regelbeispiels fallen kann. Denn jedenfalls für den Bereich der Erfassung und Verwertung von Altpapier, den der Gesetzgeber bei der Formulierung der Vorschrift vor Augen hatte,⁴⁴ ist die Eigenerfüllung der Verwertungsleistung durch den öRE ohnehin praktisch ausgeschlossen. Solange es sich bei gemischtem Altpapier aus privaten Haushaltungen um Ab-

fall im Sinne des Gesetzes handelt, stellt die Weitergabe des Altpapiers an eine Papierfabrik zum Zwecke der stofflichen Verwertung bzw. des Recyclings (vgl. § 3 Abs. 25 KrWG) die Vergabe eines Dienstleistungsauftrags im vergaberechtlichen Sinne dar. Da, soweit ersichtlich, kein einziger öRE bundesweit über eine eigene Verwertungsanlage (Papierfabrik) für Altpapier verfügt, sind folglich bundesweit flächendeckend Aufträge über die Verwertung von Altpapier auf dem Ausschreibungswege zu vergeben. Damit fiel jeder öRE bundesweit dem Grunde nach in den Anwendungsbereich des Regelbeispiels. Dass dies dem Willen des Gesetzgebers entspricht, erscheint eher zweifelhaft. Näher liegt es, dass der Gesetzgeber den Anwendungsbereich des Regelbeispiels auf die Vergabe von Sammelleistungen beziehen und beschränken wollte, also derjenigen Leistungen bzw. Tätigkeiten, die mit der Tätigkeit des gewerblichen Sammlers der Art nach vergleichbar sind, was naturgemäß entsprechende Wechselwirkungen hervorrufen kann. In der eigentlichen Verwertung der gesammelten Abfälle konkurrieren öRE und gewerbliche Sammler ohnehin nicht; beide haben die Abfälle zwecks Verwertung entsprechenden Verwertungsanlagen (Papierfabriken) anzudienen.

Im Ergebnis bleibt allerdings die Auslegung des Begriffs der „Entsorgungsleistungen“ in § 17 Abs. 3 S. 3 Nr. 3 KrWG im Unklaren. Ob dies praktisch zum Tragen kommt, ist eine andere Frage. Immerhin stellen doch die zusätzlichen – und zentralen – Anwendungsvoraussetzungen des Regelbeispiels, die sogleich (unten 4. und 5.) zu diskutieren sind, ein maßgebliches Korrektiv dar: Denn von einem erheblichen Erschweren oder gar einem Unterlaufen der Vergabe von Entsorgungsleistungen kann dann von vornherein keine Rede sein, wenn sich die beurteilungsgegenständliche gewerbliche Sammlung nicht auf die zu vergebenden bzw. schon vergebenen Entsorgungsleistungen auswirkt, weil es sich um Entsorgungsleistungen anderer Art handelt, deren Erbringung durch die gewerbliche Sammlung gar nicht berührt wird.

e. Keine Anwendbarkeit auf die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen

Nach einer Auffassung soll auch die Vergabe einer Dienstleistungskonzession in den Anwendungsbereich des § 17 Abs. 3 S. 3 Nr. 3 KrWG fallen können.⁴⁵ Dies ist unzutreffend: Das geltende Abfallrecht sieht die Vergabe von „Entsorgungskonzessionen“ – bzw. einer Dienstleistungskonzession im vergaberechtlichen Sinne – jedenfalls heute nicht

⁴² Vgl. BT-Drucks. 17/7505, S. 44.

⁴³ BVerwG, Urteil vom 18.6.2009 – 7 C 16/08, Rn. 34, juris.

⁴⁴ Auch das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 18.6.2009 (Fn. 43), aus dem der Gesetzgeber die entsprechende Formulierung übernommen hat, betraf die Erfassung und Verwertung von Altpapier.

⁴⁵ Dageförde, AbfallR 2014, 22 (28 f.).

(mehr) vor, nachdem die ehemals bestehende Möglichkeit der Pflichtenübertragung (§ 16 Abs. 2 KrW-/AbfG) abgeschafft wurde. Es bleibt damit nach heutigem Abfallrecht nur die Möglichkeit der Einschaltung eines Dritten in die bloße Aufgabenerfüllung, die gemäß § 22 S. 2 KrWG die Pflichtenstellung des öRE unberührt lässt. Der beauftragte Dritte ist gleichsam nur „Erfüllungsgehilfe“ des öRE.⁴⁶ Aufgrund dieser Rechtslage geht die – auch höchstrichterliche – Vergaberechtsprechung davon aus, dass die Übertragung einer vergaberechtlichen Dienstleistungskonzession im Rahmen der Drittbeauftragung abfallrechtlich und damit auch vergaberechtlich unzulässig ist.⁴⁷

Soweit die obergerichtliche Vergaberechtsprechung dem Konstrukt der Dienstleistungskonzession dennoch im abfallwirtschaftlichen Kontext eine – allerdings offenkundig begrenzte – Bedeutung einräumt, handelt es sich bei Lichte betrachtet nicht um eine abfallrechtliche Konzession, sondern um eine solche wegerechtlcher Art: Ist der öRE zugleich Inhaber öffentlicher Wegeflächen,⁴⁸ und werden diese öffentlichen Wegeflächen für die Durchführung von Tätigkeiten der Abfallerfassung benötigt, kann der öRE über die wettbewerbliche Vergabe einer Wegekonzession faktisch eine steuernde Entscheidung darüber treffen, welches von mehreren in Betracht kommenden Unternehmen eine Sammeltätigkeit ausführt. Von den hiermit befassten Vergaberichten wird eine solche Konzessionsvergabe indes abfallrechtlich nicht als Drittbeauftragung eingestuft; abfallrechtliche Grundlage der Tätigkeit des Konzessionärs sei vielmehr gerade die Befreiung von der Überlassungspflicht für gewerbliche Sammlungen (§ 17 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 KrWG).⁴⁹

Die Richtigkeit dieser Rechtsprechung kann hier ebenso wenig vertieft werden wie die Frage, ob der Dienstleistungskonzession damit im Bereich der öffentlichen Abfallentsorgung eine nennenswerte praktische Relevanz zukommt. Klar ist jedenfalls, dass die in der beschriebenen Weise erfolgende Vergabe einer (Wege-)Konzession nicht die Vergabe von Entsorgungsleistungen im Sinne von § 17 Abs. 3 S. 3

Nr. 3 KrWG darstellen kann. Denn ganz abgesehen davon, dass sie nicht im Wege eines förmlichen Vergabeverfahrens nach dem Kartellvergaberecht durchgeführt wird, vergibt in diesem Fall der öRE keine *Entsorgungsleistungen*. Er räumt vielmehr nur ein (exklusives) Wegenutzungsrecht ein. Die abfallwirtschaftliche Tätigkeit selbst (Erfassung und Verwertung von Abfällen) übt der (Wege-)Konzessionär freiwirtschaftlich als gewerblicher Sammler aus. Schon begrifflich handelt es sich nicht um eine Vergabe von Entsorgungsleistungen. Anders als bei der Drittbeauftragung erfüllt der öRE (sofern es sich bei dem Konzessionsgeber überhaupt um diesen handelt) auch nicht mithilfe des ausgewählten Konzessionärs eigene Entsorgungspflichten. Mangels Überlassungspflicht – hiervon werden die privaten Haushaltungen durch die gewerbliche Sammlung des Konzessionär gerade befreit – entsteht überhaupt keine öffentliche Entsorgungspflicht für die betreffenden Abfälle. Um einen Vorgang der öffentlichen Entsorgung handelt es sich folglich weder unmittelbar noch mittelbar, sodass keines der Schutzgüter des § 17 Abs. 3 S. 1 KrWG berührt ist. Die Auffassung, auch Entsorgungskonzessionen bzw. Dienstleistungskonzessionen im Entsorgungsbereich fielen in den Anwendungsbereich des § 17 Abs. 3 S. 3 Nr. 3 KrWG ist damit verfehlt.

4. Erhebliches Erschweren der Durchführung des Vergabeverfahrens

Wie gesagt, erfordert die Anwendung des Regelbeispiels des § 17 Abs. 3 S. 3 Nr. 3 KrWG neben dem Vorliegen der bereits diskutierten allgemeinen Anwendungsvoraussetzungen (vgl. oben 3.), dass einer der beiden – alternativen – Gefährdungstatbestände erfüllt ist. Nach der ersten Alternative der Vorschrift ist das der Fall, wenn die gewerbliche Sammlung die wettbewerbliche Vergabe der Entsorgungsleistungen „erheblich erschwert“. Dabei zielt die erste Anwendungsvariante des Regelbeispiels nicht auf das Ergebnis, sondern auf die Durchführbarkeit und Beherrschbarkeit des Vergabeverfahrens. Der öRE soll durch die gewerbliche Sammlung nicht daran gehindert werden, von seiner Befugnis zur Drittbeauftragung von Entsorgungsleistungen – unter notwendiger Beachtung der vergaberechtlichen Vorschriften – Gebrauch zu machen.

Dabei reicht nach dem Gesetzeswortlaut offenkundig nicht jegliche Erschwernis der ordnungsgemäßen Durchführung des Vergabeverfahrens für die Erfüllung des Regelbeispiels aus; vielmehr muss die Vergabe *erheblich* erschwert werden. Insofern sind die Eingriffsvoraussetzungen jedenfalls strenger als nach dem obiter dictum des Bundesverwaltungsgerichts, das nach alter Rechtslage schon das (bloße) Erschweren der Ausschreibung von Entsorgungsleistungen als einen für das Vorliegen überwiegender öffentlicher Interessen relevanten Gesichtspunkt erachtete.⁵⁰ Dies entspricht der generell hohen Eingriffsschwelle des § 17 Abs. 3 KrWG, nach der das Vorliegen überwiegender öffent-

46 Vgl. zum Ganzen *Schink*, in: ders./Versteyl (Fn. 5), § 22 KrWG Rn. 24 ff.; *Dieckmann*, in: Jarass/Petersen (Fn. 1), § 22 KrWG Rn. 24 ff., 30 ff., 36.

47 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.10.2011 – Verg 51/11; bestätigt durch BGH, Beschluss vom 18.6.2012 – X ZB 9/11.

48 Was nur in wenigen Bundesländern, wie z.B. Nordrhein-Westfalen, generell, im Übrigen nur für kreisfreie Städte zutrifft.

49 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 7.3.2012 – Verg 78/11; ebenso jüngst OLG Celle, Beschluss vom 19.6.2014 – 13 Verg 5/14.

50 Wobei das BVerwG hierin allerdings auch nur einen Belang erkannte, der für die Bewertung von Bedeutung sein *kann*. Dass bei einem bloßen Erschweren der Ausschreibung von Entsorgungsleistungen nach alter Rechtslage sogleich davon auszugehen war, dass der gewerblichen Sammlung überwiegende öffentliche Interessen entgegenstehen, ist der Entscheidung nicht zu entnehmen, zumal sich das Gericht eben nur beiläufig zu dieser – nicht entscheidungserheblichen – Frage äußerte, vgl. BVerwG, Urteil vom 18.6.2009 – 7 C 16/08, Rn. 34, juris.

licher Interessen erst dann zu bejahen ist, wenn die Funktionsfähigkeit des öRE bzw. des von diesem beauftragten Dritten gefährdet bzw. die Erfüllung der öffentlichen Entsorgungspflichten zu wirtschaftlich ausgewogenen Bedingungen verhindert oder die Planungssicherheit und Organisationsverantwortung wesentlich beeinträchtigt wird. Nicht zuletzt aufgrund der europarechtlichen Vorgaben, die eine Einschränkung der Warenverkehrsfreiheit nur gestatten, soweit sie erforderlich ist, damit die öffentliche Aufgabenerfüllung nicht rechtlich oder tatsächlich verhindert wird (vgl. Art. 106 Abs. 2 AEUV), ist eine restriktive Anwendung des Regelbeispiels geboten.⁵¹ Nach teilweise vertretener Ansicht ist das Regelbeispiel des § 17 Abs. 3 S. 3 Nr. 3 KrWG sogar insgesamt als europarechtswidrig anzusehen⁵² und müsste demzufolge unangewendet bleiben. Dies erscheint zwar nicht zwingend, weil die im Wortlaut der Regelung verwendeten unbestimmten Gesetzesbegriffe im Grundsatz und jedenfalls auf den ersten Blick eine europarechtskonforme Auslegung und Anwendung nicht auszuschließen scheinen; dann ist es aber geboten, im Einzelfall das Ergebnis der Anwendung des Regelbeispiels an den europarechtlichen Vorgaben zu messen und daraufhin zu überprüfen, ob es diesen Stand hält. Das bedingt in jedem Falle eine strenge Anwendung der Erheblichkeitsschwelle.

Hieraus folgt, dass von einem erheblichen Erschweren einer vergaberechtskonformen und wettbewerblichen Vergabe von Entsorgungsleistungen allenfalls dann ausgegangen werden kann, wenn aufgrund der Wirkungen einer gewerblichen Sammlung das Vergabeverfahren mit den dem öffentlichen Auftraggeber zu Gebote stehenden Mitteln nicht mehr durchführbar bzw. beherrschbar ist. Zu den Mitteln, um die Durchführung einer vergaberechtskonformen Ausschreibung zu gewährleisten, gehören neben einer eingehenden Leistungsbeschreibung, die auch den Hinweis auf die Existenz etwa schon vorhandener gewerblicher Sammlungen nebst den bekannten Informationen über diese (z.B. Tätigkeitsbereich, Dauer, Mengenaufkommen) umfasst, die üblichen vergaberechtlichen Instrumente für eine ggf. notwendige Abmilderung von Mengen- und Kalkulationsrisiken – die Entsorgungsausschreibungen generell immanent, im Falle des Hinzutretens gewerblicher Sammlungen aber möglicherweise erhöht sind –, z.B. durch die Preisabfrage nach Mengengruppen oder die Vereinbarung vertraglicher Leistungs- und Vergütungsanpassungsansprüche. Dabei steht dem öRE das bereits beschriebene vergaberechtliche Gestaltungsspektrum für notwendige und zulässige Vergabebedingungen zur Verfügung (vgl. im Einzelnen oben III.). Dieses Spektrum hat der öRE allerdings auch auszuschöpfen. Unterlässt er mögliche und vergaberechtlich zulässige bzw. ausreichende Maßnahmen der Ausschreibungsgestaltung, um Mengenrisiken aufgrund der Existenz von gewerblichen Sammlungen zu begegnen, so kann er sich nicht anschließend darauf berufen, dass durch die gewerblichen Sammlungen die wettbewerbliche Vergabe von Entsorgungsleistungen erheblich erschwert sei.⁵³ Denn wie darge-

legt, ist der Erheblichkeitsmaßstab schon aus europarechtlichen Gründen hoch anzusetzen; er mutet dem öRE als dem öffentlichen Auftraggeber jedenfalls zu, das vergaberechtliche Instrumentarium möglicher Gestaltungen auszuschöpfen.

Verfehlt wäre deshalb die Auffassung, allein der Umstand, dass es durch die Existenz gewerblicher Sammlungen und hiermit verbundene zusätzliche Mengenunsicherheiten zu einem wirtschaftlich weniger günstigen Ausschreibungsergebnis kommen könne, rechtfertige die Annahme eines erheblichen Erschwerens der Durchführung der wettbewerblichen Vergabe. Denn zum einen stellt das Regelbeispiel in der ersten Anwendungsvariante nicht auf das Ausschreibungsergebnis ab, sondern auf die Durchführung und Durchführbarkeit des Vergabeverfahrens, sodass auch bei einem vermeintlich weniger wirtschaftlichen Ausschreibungsergebnis nicht von einem Erschweren der Verfahrensdurchführung die Rede sein kann. Zum anderen würde damit die Messlatte einer Beeinträchtigung öffentlicher Interessen wesentlich niedriger gesetzt als nach dem Grundmaßstab des § 17 Abs. 3 S. 1 und 2 KrWG, der nicht schon bloße Mehrkosten oder Einnahmeverluste des öRE als hinreichenden Verbotgrund anerkennt, sondern eine Gefährdung der Funktionsfähigkeit der öffentlichen Entsorgung verlangt. Im Übrigen ist der öffentliche Auftraggeber gegen ein unwirtschaftliches Ausschreibungsergebnis auch durch vergaberechtliche Regelungen geschützt (vgl. § 19 EG Abs. 6 S. 2 und § 20 EG Abs. 1 lit. c) VOL/A). Liegt nach diesem vergaberechtlichen Maßstab kein unwirtschaftliches Ausschreibungsergebnis vor, so ist es ausgeschlossen, über das Regelbeispiel des § 17 Abs. 3 S. 3 Nr. 3 KrWG annehmen zu wollen, der gewerblichen Sammlung stünden wirtschaftliche Gründe als überwiegende öffentliche Interessen entgegen. Die o.g. Auffassung ist schließlich auch deshalb abzulehnen, weil sie es gestatten würde, gleichsam flächendeckend gewerbliche Sammlungen unter Hinweis auf durch Mengenunsicherheiten möglicherweise verschlechterte Ausschreibungsergebnisse zu verbieten. Das entspräche aber erkennbar nicht dem Willen des Gesetzgebers.

Vielmehr bedarf es bei zutreffender und europarechtskonformer Anwendung des Regelbeispiels im einzelnen Fall der Darlegung durch den öRE, dass und in welcher Weise ein begonnenes bzw. zumindest im oben beschriebenen Sinne konkret geplantes und bevorstehendes Vergabeverfahren (vgl. oben 3.a.) durch gewerbliche Sammlungen erheblich erschwert wird, d.h. von der gewerblichen Sammlung Wirkungen ausgehen, die eine erfolgreiche Durchführung

51 Vgl. *Karpenstein/Dingemann*, in: Jarass/Petersen (Fn. 1), § 17 KrWG Rn. 185.

52 So *Klement*, in: Schmehl, GK-KrWG, 2013, § 17 Rn. 155 f.; offenkundig VGH Mannheim, Beschluss vom 9.9.2013 – 10 S 1116/13, Rn. 45, juris.

53 So auch VGH Mannheim, Beschluss vom 4.3.2014 – 10 S 1127/13, Rn. 49, juris.

des Vergabeverfahrens nach Maßgabe der vergaberechtlichen Vorschriften und unter Berücksichtigung und Ausschöpfung der beschriebenen Gestaltungsmöglichkeiten nicht erwarten lassen. Der bloß pauschale Hinweis des öRE auf eine mögliche Erschwernis der Verfahrensdurchführung genügt in keinem Falle. Vielmehr ist konkret darzulegen, weshalb aufgrund der besonderen Sachlage des Falles die Ausschreibung mit dem üblichen vergaberechtlichen Instrumentarium nicht beherrschbar ist. Die Darlegungslast trifft den öRE bzw., im Untersagungsfalle, die zuständige Behörde.⁵⁴ Ob ein solcher Nachweis in praxi in einer nennenswerten Zahl von Fällen gelingen kann und wird, erscheint durchaus fraglich.⁵⁵ Immerhin ist zu konstatieren, dass seit dem vermehrten Auftreten gewerblicher Altpapiersammlungen in den Jahren 2007 bis 2009 viele hiervon betroffene öRE gleichwohl Sammel- und Verwertungsleistungen für Altpapier erfolgreich ausgeschrieben haben. Dass öRE an dieser Aufgabenstellung trotz adäquater Ausschreibungs-gestaltung gescheitert sind, ist nicht ersichtlich.⁵⁶ Dem stehen auch nicht vereinzelte angebliche Gegenbeispiele gegenüber: Soweit etwa das VG Ansbach in einer Entscheidung von einer durch die gewerbliche Sammlung verursachten mangelnden Beherrschbarkeit des Ausschreibungsverfahrens ausgeht, fehlt es an einer konkreten Beurteilung des Falles; vielmehr wird auf einen älteren Beschluss der Vergabekammer Sachsen verwiesen, ohne dass sich das Gericht mit dem dortigen und dem von ihm selbst zu beurteilenden Sachverhalt im Hinblick darauf auseinandersetzt, ob tatsächlich kalkulationsrelevante Mengenunsicherheiten vorlagen und ob diese ggf. durch die diversen vergaberechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten angemessen eingrenzt werden konnten.⁵⁷ Die in Bezug genommene Entscheidung der Vergabekammer Sachsen taugt ihrerseits nicht als Beleg dafür, dass in dem konkreten Fall etwaige Mengenunsicherheiten nicht beherrschbar waren. Hier hatte der öffentliche Auftraggeber Möglichkeiten der Verringerung des Kalkula-

tionsrisikos – z.B. durch Abfrage von Angebotspreisen nach Mengenstaffeln oder andere Preisanpassungsmechanismen – gar nicht erst ergriffen. Mehr noch, er hatte seiner Verpflichtung zur Leistungsbeschreibung nicht ansatzweise genügt, nämlich noch nicht einmal die im Wege der öffentlichen Sammlung erfassten Altpapiermengen der vorangegangenen Jahre mitgeteilt, geschweige denn sich bemüht, die Tätigkeit bereits existierender gewerblicher Sammlungen zu beschreiben, was ihm anhand ihm vorliegender Erkenntnisse aber möglich gewesen wäre. Deshalb erkannte die Vergabekammer – neben diversen anderen Ausschreibungsmängeln – eine Verletzung der vergaberechtlichen Pflichten aus § 8 EG Abs. 1 VOL/A, wobei sie im Übrigen entgegen der heute herrschenden Rechtsprechung noch vom Fortbestand des Verbotes sogenannter ungewöhnlicher Wagnisse ausging.⁵⁸ Verallgemeinerungsfähige Schlüsse lassen sich aus dieser Entscheidung folglich nicht ziehen, zumal eben im Einzelfall darzulegen und zu beurteilen ist, in welcher Weise sich eine gewerbliche Sammlung ggf. auf die öffentliche Entsorgung auswirkt und ob diese Auswirkungen mit den Mitteln des Vergaberechts zu beherrschen sind. Ebenso wenig lassen sich verallgemeinerbare Folgerungen aus einem Beschluss des OLG München ableiten, der unzumutbare Kalkulationswagnisse bei Mengenabweichungen bis zu 25 % gerade ablehnt. Hieraus den Umkehrschluss ziehen zu wollen, dass bei einer größeren Mengenanabweichung ein Vergaberechtsverstoß vorliege, entbehrt einer Grundlage in der Entscheidung und wäre im Übrigen auch deshalb unzutreffend, weil es der öffentliche Auftraggeber mithilfe der beschriebenen vergaberechtlichen Instrumentariums (vgl. oben III.) in der Hand hat, größeren Mengenanabweichungen durch Angebotsabfrage nach Staffelmengen, mengenunabhängige Vergütungsbestandteile oder Regelungen zur nachträglichen Preisanpassung zu begegnen – was im konkreten Fall offensichtlich unterlassen wurde.⁵⁹ Neben solchen in der Hand des öffentlichen Auftraggebers liegenden Gestaltungsmöglichkeiten bestehen im Übrigen auch gesetzliche Anpassungsansprüche aus § 2 Nr. 3 VOL/B und § 313 BGB.⁶⁰

Im Ergebnis können Anhaltspunkte für die teils vertretene Auffassung, gewerbliche Sammlungen würden dazu führen, dass hiervon betroffene öffentliche Entsorgungsausschreibungen derselben Abfälle generell einem Angreifbarkeitsrisiko ausgesetzt seien, nicht erkannt werden. Abgesehen davon, dass eine solche generalisierende Beurteilung den vergaberechtlichen Anforderungen nicht gerecht würde, die eine Prüfung der Einhaltung insbesondere der Verpflichtung zur ordnungsgemäßen Leistungsbeschreibung im Einzelfall erfordern, liegen praktisch keine vergaberechtlichen Entscheidungen vor, die die These stützen würden. Diese rechtstatsächliche Erkenntnis kann allerdings nicht ihrerseits dazu führen, dass die Eingriffsschwelle für das Regelbeispiel des § 17 Abs. 3 S. 3 Nr. 3 KrWG niedriger angesetzt wird, um der Vorschrift einen größeren Anwendungsbereich zu verschaffen. Dem steht sowohl die Aus-

54 Siehe oben 2.; vgl. auch VGH Mannheim, Beschluss vom 9.9.2013 – 10 S 1116/13, Rn. 51 f., juris.

55 Vgl. Beckmann, in: Landmann/Rohmer (Fn. 5), § 17 KrWG Rn. 134: „Das dürfte kaum jemals der Fall sein.“; ähnlich Dippel/Hamborg, AbfallR 2014, 30 (35 I.Sp.); ferner Karpenstein/Dingemann, in: Jarass/Petersen (Fn. 1), § 17 KrWG Rn. 186, die dabei sogar noch – unzutreffend (vgl. oben III.) – von der Fortgeltung des Verbots ungewöhnlicher Wagnisse ausgehen.

56 Vgl. etwa aus der Rechtsprechung OVG Bautzen, Beschluss vom 10.6.2011 – 4 B 355/10, Rn. 17; OVG Weimar, Beschluss vom 1.12.2008 – 1 EO 566/08, Rn. 40 f.; VG München, Urteil vom 3.4.2008 – M 17 K 07.5447, Rn. 51, jew. nach juris.

57 Urteil vom 23.1.2013 – AN 11 K 12.01693, Rn. 77, juris.

58 VK Sachsen, Beschluss vom 10.5.2011 – 1/SVK/009/11, Rn. 88, juris; die Entscheidung ist im Übrigen nicht bestandskräftig, sondern durch Antragsrücknahme später gegenstandslos geworden.

59 OLG München, Beschluss vom 6.8.2012 – Verg 14/12, Rn. 68, juris.

60 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10.4.2013 – Verg 50/12, Rn. 18, juris.

legung der Norm im systematischen Kontext der Gesamregelung des § 17 Abs. 3 KrWG entgegen als auch ihr europarechtlicher Hintergrund, der vergleichsweise hohe Anforderungen an ein Verbot gewerblicher Sammlungen stellt.

Richtig ist vielmehr, dass der öRE bzw., im Untersagungs-falle, die zuständige Abfallbehörde dezidiert dazulegen hat, dass die gewerbliche Sammlung im konkreten Fall die Ausschreibbarkeit der Leistungen erheblich erschwert und damit die Beherrschbarkeit des Vergabeverfahrens gefährdet. Dabei ist es dem öRE jedenfalls in aller Regel zuzumuten, das vergaberechtliche Gestaltungsspektrum voll auszuschöpfen. Erst dann, wenn dies nicht gelingt, und eine erfolgreiche Durchführung des Vergabeverfahrens dennoch nicht zu erwarten ist, ist an eine Anwendbarkeit des Regelbeispiels zu denken. Das entspricht auch dem von der Rechtsprechung im Zusammenhang mit der Anwendung des § 17 Abs. 3 KrWG besonders betonten Verhältnismäßigkeitsgrundsatz: Einschränkungen oder gar ein Verbot gewerblicher Sammlungen kommen schon wegen der hohen Grundrechtsbetroffenheit des Sammlers im Ergebnis nur dann in Betracht, wenn mildere Mittel zur Beseitigung der Betroffenheit des öRE, sofern diese die relevante Schwere erreicht, nicht zur Verfügung stehen.⁶¹ Dem entspricht es, dass der öRE als öffentlicher Auftraggeber – selbstverständlich – die ihm zur Verfügung stehenden vergaberechtlichen Mittel zu nutzen hat, um eine erfolgreiche Durchführung der Vergabe von Entsorgungsleistungen sicherzustellen, bevor an Einschränkungen oder Verbote gewerblicher Sammlungen gedacht werden.

Aus allem folgt auch zwanglos, dass das Berufen auf die erste Anwendungsalternative des § 17 Abs. 3 S. 3 Nr. 3 KrWG dann ausscheidet, wenn der öRE das Vergabeverfahren bereits durch Zuschlagserteilung abgeschlossen, die Ausschreibung also erfolgreich durchgeführt hat.⁶² Jedenfalls von einem erheblichen Erschweren des Vergabeverfahrens kann dann keine Rede sein. Dem entspricht es, dass auch der Gesetzgeber die Anwendbarkeit der ersten Variante der Regelvermutung auf den Zeitraum bis zum Abschluss des Vergabeverfahrens beschränkt wissen wollte.⁶³

5. Unterlaufen des Vergabeverfahrens

Zielt die erste Anwendungsvariante des § 17 Abs. 3 S. 3 Nr. 3 KrWG auf den Schutz und die Beherrschbarkeit des Vergabeverfahrens, so geht es bei der zweiten um dessen Ergebnis: Es soll verhindert werden, dass die bereits erfolgte Vergabe,⁶⁴ also die durch Zuschlagserteilung zustande gekommene Drittbeauftragung, gleichsam entwertet bzw. ihr der Boden entzogen wird. Dabei impliziert die Wortbedeutung ein aktives, auf den Gegenstand des Unterlaufens – hier das Ausschreibungsergebnis – bezogenes Tun.⁶⁵

Dies schließt es von vornherein aus, die zweite Alternative des Regelbeispiels auf gewerbliche Sammlungen anzuwenden, die vor der wettbewerblichen Vergabe der Entsor-

gungsleistungen bereits existierten.⁶⁶ Hier kann von einem Unterlaufen keine Rede sein. Die Existenz der gewerblichen Sammlung war bereits Grundlage und Randbedingung des Vergabeverfahrens, der öRE kann und muss ihr durch entsprechende Ausschreibungsgestaltung Rechnung tragen; die Bieter der Ausschreibung können sich auf die bestehende gewerbliche Sammlung einstellen.⁶⁷

Mit der Vorschrift, ihrer systematischen Einbettung und den europarechtlichen Vorgaben unvereinbar sind im Übrigen Auffassungen, die hinsichtlich des Vorliegens eines Unterlaufens auf die Person des Sammlers und deren „Vorverhalten“ abheben. Auf eine derart subjektive Komponente kann es schon deshalb nicht ankommen, weil das Regelbeispiel – ausschließlich – dem Schutz der Planungssicherheit und Organisationsverantwortung des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers dient, wie bereits aus dem ersten Halbsatz des § 17 Abs. 3 S. 3 KrWG folgt (vgl. im Einzelnen oben 1.). Es geht damit um den Schutz objektiver Belange des öRE. Deren Beeinträchtigung und das Maß ihrer Beeinträchtigung sind von der Person des Sammlers, von dessen Tätigkeit eine bestimmte Wirkung auf die öffentliche Entsorgung ausgeht, völlig unabhängig. Es wäre im Übrigen weder mit dem Grundmaßstab des § 17 Abs. 3 S. 1 KrWG (Gefährdung der Funktionsfähigkeit des öRE) noch mit den europarechtlichen Vorgaben (Art. 106 Abs. 2 AEUV: rechtliche oder tatsächliche Verhinderung der öffentlichen Aufgabenerfüllung) vereinbar, das Regelbeispiel gleichsam als Instrument für eine Sanktionierung unbotmäßigen oder treuwidrigen Verhaltens zu verstehen. Mit anderen Worten: Eine Beeinträchtigung der öffentlichen Entsorgung, die die gesetzliche Erheblichkeitsschwelle nicht erreicht, kann auch nicht unter Berücksichtigung der Person des Sammlers und/oder seines „Vorverhaltens“ zu einem Verbot der gewerblichen Sammlung führen⁶⁸ (es sei denn, es ist der hier nicht interessierende, spezielle Verbotgrund der Unzuverlässigkeit gegeben, vgl. § 18 Abs. 5 S. 2 KrWG).

61 Vgl. aus der Rechtsprechung OVG Hamburg, Beschluss vom 20.3.2013 – 5 Bs 208/12, Rn. 12; OVG Lüneburg, Urteil vom 21.3.2013 – 7 LB 56/11, Rn. 37; VGH Mannheim, Beschluss vom 9.9.2013 – 10 S 1116/13, Rn. 53 ff., jew. nach juris.

62 Vgl. OVG Münster, Urteil vom 15.8.2013 – 20 A 2798/11, Rn. 196; vgl. auch OVG Weimar, Beschluss vom 1.12.2008 – 1 EO 566/08, Rn. 40, jew. nach juris.

63 Vgl. oben 3.a. und Fn. 38.

64 Vgl. oben 3.a. und Fn. 38.

65 Der Duden (vgl. www.duden.de) nennt als Synonyme für das Verb „unterlaufen“ u.a. die Verben „aushöhlen“, „untergraben“ sowie „unwirksam/wirkungslos machen“.

66 So auch VG Ansbach, Urteil vom 23.1.2013 – AN 11 K 12.01693, Rn. 78, juris: erfasst werden nur nach Durchführung der Ausschreibung begonnene Sammlungen.

67 So ausdrücklich VGH Mannheim, Beschluss vom 4.3.2014 – 10 S 1127/13, Rn. 49, juris.

68 So offensichtlich auch OVG Münster, Urteil vom 15.8.2013 – 20 A 2798/11, Rn. 197, juris.

Nicht weiterführend ist ferner die Erwägung, die zweite Alternative des Regelbeispiels des § 17 Abs. 3 S. 3 Nr. 3 KrWG richte sich gegen alle Sammler, die sich an dem durchgeführten Vergabeverfahren nicht beteiligt haben oder aber hier nicht zum Zuge gekommen sind. Sie ist schon deshalb nicht tragfähig, weil eine solche „Eingrenzung“ letztlich alle Unternehmen bzw. Personen trifft, die denkbarerweise als gewerbliche Sammler in Betracht kommen. Bis auf den Gewinner der Ausschreibung wäre hierdurch jede (Rechts-)Person erfasst. In der Konsequenz würde dies bedeuten, dass jegliche gewerbliche Sammeltätigkeit mit einmal erfolgter Drittbeauftragung gesetzlich ausgeschlossen wäre, ohne dass es auf die Auswirkungen der gewerblichen Sammlung auf die öffentliche Entsorgung – in Gestalt der Leistungserbringung durch den Drittbeauftragten – überhaupt noch ankommt. Ein solches Auslegungsergebnis wäre mit den Regelungen des § 17 Abs. 3 S. 1 und 2 KrWG und deren europarechtlichen Vorgaben keinesfalls mehr vereinbar. Ersichtlich ist der Gesetzgeber von einem grundsätzlich möglichen Nebeneinander von öffentlicher Entsorgung und gewerblicher Sammlung ausgegangen, explizit um der privatwirtschaftlichen Tätigkeit in Anbetracht der Vorgaben des Europarechts hinreichenden Raum zu geben.⁶⁹ Nur dann, wenn die gewerbliche Sammlung in qualifizierter Weise zu einer Beeinträchtigung der öffentlichen Entsorgung führt, lässt die Vorschrift ein Verbot der gewerblichen Sammlung zu. Über die Höhe der Eingriffsschwelle mag man noch diskutieren. Jedenfalls wäre hiermit aber eine „Konkretisierung“ unvereinbar, die allein aufgrund des Faktums der Drittbeauftragung gewerbliche Sammlungen ausschließt. Hierdurch würde im Übrigen auch ein evident unterschiedlicher Schutzmaßstab für die Fälle der Eigenerbringung der Abfallsammelleistungen durch den örE einerseits und der Drittbeauftragung dieser Leistungen andererseits entstehen.⁷⁰ Die Auffassung, die Durchführung einer gewerblichen Sammlung nach durchgeführter Ausschreibung von auf dieselbe Abfallfraktion bezogenen Sammelleistungen durch einen Sammler, der sich an der Ausschreibung erfolglos beteiligt oder gar nicht beteiligt hat, erfülle per se das Regelbeispiel des § 17 Abs. 3 S. 3 Nr. 3 KrWG, ist damit verfehlt.⁷¹ Sie würde schließlich sogar zu einem nicht zu rechtfertigenden Zwang führen,

sich an dem Ausschreibungsverfahren mit einem Angebot zu beteiligen, selbst wenn sich der Sammler hierzu nicht in der Lage sieht, etwa weil er zwar im begrenzten Umfang gewerbliche Sammelleistungen erbringen kann, jedoch nicht hinreichend leistungsfähig ist, um die gesamte ausgeschriebene Sammelleistung im öffentlichen Auftrag zu erbringen. Gerade kleinere Mittelständler würden hierdurch von jeglicher Sammeltätigkeit ausgeschlossen.

Unzutreffend ist schließlich auch die von Dageförde⁷² vertretene Auffassung, der örE könne im Rahmen seiner „Beschaffungsfreiheit“ entscheiden, einem Unternehmen für die Laufzeit des ausgeschriebenen Entsorgungsvertrages „Exklusivität“ einzuräumen, mit der Folge, diese von ihm vergaberechtlich ordnungsgemäß getroffene Entscheidung über das Regelbeispiel des § 17 Abs. 3 S. 3 Nr. 3 KrWG verteidigen zu dürfen. Wäre es so, könnten über das Regelbeispiel gewerbliche Sammlungen beliebig ausgeschaltet werden. Der örE müsste sich nur überhaupt des Mittels der Drittbeauftragung bedienen und die Leistung als „exklusiv“ deklarieren. Die Tatbestandsmerkmale des erheblichen Erschwerens bzw. Unterlaufens der Vergabe würden ausgehebelt. Tatsächlich ist diese Auffassung aber auch weder vergaberechtlich noch abfallrechtlich haltbar. Wie bereits dargelegt, besteht die vergaberechtliche „Beschaffungsfreiheit“ nur innerhalb vergaberechtlicher Grenzen und auch vorbehaltlich der Beschränkungen außervergaberechtlicher Vorschriften. Hierzu gehören namentlich die Vorgaben des Abfallrechts.⁷³ Abfallrechtlich ist aber der örE gerade nicht befugt und in der Lage, seinem Drittbeauftragten durch willkürliche Entscheidung Exklusivität zu verschaffen; die Annahme, dieses Ergebnis könne nun über das Vergaberecht bewirkt werden, gleicht einem Zirkelschluss. Vielmehr ist der örE nach der Grundentscheidung des Gesetzgebers einer gewissen „Konkurrenz“ durch gewerbliche Sammlungen ausgesetzt. Gewerbliche Sammlungen sind gemäß § 17 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 i.V.m. Abs. 3 KrWG ausdrücklich zulässig, sofern nicht gesetzliche Verbotsgründe vorliegen. Die Erfüllung solcher Verbotsgründe dadurch herbeizuführen, dass der örE sich oder seinem Drittbeauftragten eine „Exklusivität“ zuspricht bzw. verspricht, wäre folglich eine zirkelschlussartige Vorgehensweise und Argumentation. Vor allem aber hat der örE selbst über das Vorliegen von Verbotsgründen gegen eine gewerbliche Sammlung gar nicht zu entscheiden. Hierzu ist vielmehr allein die zuständige Abfallbehörde berufen, also eine von dem örE personell und organisatorisch zu trennende behördliche Einheit, sofern die Funktionen des örE und der Abfallbehörde nicht ohnehin bei unterschiedlichen Gebietskörperschaften angesiedelt sind.⁷⁴ Vor diesem Hintergrund ist folglich die Annahme, der örE könne bestimmen, z.B. die Erfassung von Altpapier aus privaten Haushaltungen „exklusiv“ im Rahmen der öffentlichen Entsorgung zu erbringen bzw. „exklusiv“ einem Drittbeauftragten zu übertragen, verfehlt. Der Hinweis auf die vergaberechtliche „Beschaffungsfreiheit“ kann über das Fehlen einer abfallrechtlichen Monopolstellung

69 BT-Drucks. 17/6052, S. 74 I.Sp.

70 Vgl. *Karpenstein/Dingemann*, in: Jarass/Petersen (Fn. 1), § 17 KrWG Rn. 189.

71 So offensichtlich jedenfalls im Ergebnis auch VGH Mannheim, Beschluss vom 4.3.2014 – 10 S 1127/13, Rn. 49, juris: Hier lehnt das Gericht die Anwendung des Regelbeispiels auf den Fall ab, dass die gewerbliche Sammlung bereits vor der Ausschreibung existierte; wie hier offensichtlich auch *Dippel/Hamborg*, AbfallR 2014, 30 (35 I.Sp.).

72 AbfallR 2014, 22 (27 f.).

73 Vgl. im Einzelnen oben III. nebst Fn. 19.

74 Vgl. dazu nur VGH Mannheim, Beschluss vom 9.9.2013 – 10 S 1116/13, Rn. 22; OVG Münster, Urteil vom 15.8.2013 – 20 A 2798/11, Rn. 43 ff., jew. nach juris.

nicht hinwegtäuschen. Der örE kann die Erfassung und Verwertung von Abfällen aus privaten Haushaltungen im Wege der Drittbeauftragung nur insoweit einem Dritten übertragen, als ihm Abfälle zu überlassen sind und überlassen werden. Der Auftragsumfang ist von vornherein um Abfälle geschmälert, die in zulässiger Weise einer gewerblichen Sammlung zugeführt werden.

Richtigerweise kann damit ein Unterlaufen einer erfolgreichen Vergabe von Entsorgungsleistungen nur im Einzelfall auf Grundlage der Prüfung der Auswirkungen der gewerblichen Sammlung auf die im Wege der Drittbeauftragung organisierte öffentliche Entsorgung festgestellt werden. Es bedarf namentlich der Feststellung einer nachträglichen Entwertung des Ausschreibungsergebnisses. Dafür trifft die Darlegungslast den örE bzw., im Verbotsfalle, die untersagende Abfallbehörde, die konkret darzulegen hat, weshalb bei dem unbeschränkten oder ggf. beschränkten Fortbestand der gewerblichen Sammlung das Ausschreibungsergebnis gleichsam ausgehöhlt würde. Auch insoweit gelten im Übrigen aus den bereits erörterten Gründen – insbesondere mit Blick auf die systematische Einbettung der Regelbeispiele und die europarechtlichen Vorgaben – hohe Anforderungen. Ferner gilt – wie nach der ersten Anwendungsvariante des Regelbeispiels –, dass von einer relevanten Beeinträchtigung nicht auszugehen ist, soweit der im Wege der Ausschreibung zustande gekommene Entsorgungsvertrag hinreichende Vorkehrungen für das Fortbestehen oder Hinzutreten gewerblicher Sammlungen enthält bzw. der örE in der Lage gewesen wäre, solche vergaberechtskonform zu treffen. Insoweit ist wiederum auf das vergaberechtliche Instrumentarium zum Umgang mit Mengenunsicherheiten (Abfrage von Staffelpreisen, Leistungs- und Preisanpassungsregelungen etc.) zu verweisen. Ist es möglich, durch vergaberechtskonforme vertragliche Regelungen den Fortbestand der Drittbeauftragung auch in Anbetracht der Existenz oder des Hinzutretens gewerblicher Sammlungen zu gewährleisten, ist der Ausschreibungserfolg dem Grunde nach nicht beeinträchtigt, von einem Unterlaufen der Vergabe durch die Sammlungen kann keine Rede sein. Ein solches kann eben auch nicht dadurch fingiert werden,

dass der örE es unterlässt, in der vertraglichen Gestaltung die vergaberechtlich zulässigen und gebotenen Vorkehrungen in Bezug auf erhöhte Mengenunsicherheiten – wie gesagt, ist der Vergabe von mengenrelevanten Entsorgungsleistungen ohnehin ein gewisses Risiko immanent – zu treffen.⁷⁵ Richtigerweise kann von einem Unterlaufen der Vergabe nur dann die Rede sein, wenn sich der aufgrund der Ausschreibung geschlossene Vertrag trotz adäquater Vertragsgestaltung als undurchführbar erweist.⁷⁶

V. Fazit und Ausblick

Im Ergebnis der Untersuchung ist festzustellen, dass Rechtsprechung zur Anwendung des dritten Regelbeispiels des § 17 Abs. 3 S. 3 KrWG nur sehr vereinzelt vorliegt. Infolgedessen fehlt es noch an einer hinreichenden Durchdringung der meisten der Anwendungsvoraussetzungen der Vorschrift. Klar ist, dass diese sowohl nach ihrem Wortlaut als auch mit Blick auf ihre Einbettung in den Regelungskontext des § 17 Abs. 3 KrWG sowie unter Berücksichtigung der europarechtlichen Vorgaben im einzelnen Fall den Nachweis erfordert, dass eine gewerbliche Sammlung die „Ausschreibbarkeit“ öffentlicher Entsorgungsleistungen in relevanter Weise gefährdet oder, im Nachhinein, das Ausschreibungsergebnis entwertet. Der bloß pauschale Hinweis auf Mengenunsicherheiten reicht hierfür nicht, und die bloße Tatsache, dass der örE Leistungen im Wege der Ausschreibung an einen Drittbeauftragten vergeben hat, kann ein regelhaftes Verbot gewerblicher Sammlungen nicht begründen. Ob das Regelbeispiel als solches höherrangigen rechtlichen Anforderungen genügt, wird im übrigen die weitere Rechtsprechung erweisen müssen.

75 Vgl. zur notwendigen Berücksichtigung gewerblicher Sammlungen bei der Ausschreibung nochmals VGH Mannheim, Beschluss vom 4.3.2014 – 10 S 1127/13, Rn. 49, juris.

76 *Karpenstein/Dingemann*, in: Jarass/Petersen (Fn. 1), § 17 KrWG Rn. 191.