

Juristische Blätter

Motto: Veritas temporis filia, non auctoritatis

Herausgegeben von
o. Univ.-Prof. Dr. Manfred Burgstaller
o. Univ.-Prof. Dr. DDr. h. c. Franz Bydlinski
o. Univ.-Prof. Dr. Peter Doralt
Bundesminister für Justiz a. D.
em. o. Univ.-Prof. Dr. Hans R. Klecatsky
o. Univ.-Prof. Dr. Karl Korinek, Mitglied des VfGH
o. Univ.-Prof. Dr. Siegbert Morscher, Mitglied des VfGH
o. Univ.-Prof. Dr. Peter Rummel
em. o. Univ.-Prof. Dr. Dr. h. c. Ignaz Seidl-Hohenveldern
Rechtsanwalt Hon.-Prof. DDr. Hellwig Torggler
Schriftleitung: Peter Rummel
Springer-Verlag Wien/New York

Heft 9 September 1995 117. Jahrgang

ISSN 0022-6912 JUBLA7 117 (9) 545-612 (1995)

V.-Ass. Mag. **Magdalena Pöschl**, Innsbruck

Der österreichische Abfallbegriff im Lichte des Gemeinschaftsrechts

Mit dem Eintritt Österreichs in die Europäische Union wird die Frage aktuell, ob der österr Abfallbegriff mit jenem des Gemeinschaftsrechts vereinbar ist. Die Verfasserin hat, um darauf Antwort zu geben, zunächst versucht, eine widerspruchsfreie Deutung des gemeinschaftsrechtlichen Abfallbegriffs zu erarbeiten; sodann wurde ermittelt, was ein nationaler Abfallbegriff leisten muß, um den supranationalen Anforderungen gerecht zu werden. Eine Gegenüberstellung der beiden Abfallbegriffe führt schließlich zu dem Ergebnis, daß der österr Abfallbegriff in weiten Teilen mit jenem des Gemeinschaftsrechts vereinbar ist.

Deskriptoren: Abfallbegriff im Gemeinschaftsrecht und im AWG; „nationaler Alleingang“; Entledigungswille/-pflicht; Entledigung; Art 1 f und Anhang I der Abfall-RL; Europäisches Abfallverzeichnis; Art 130s f EGV; §§ 1 f AWG.

A. Problemstellung

Art 1 lit a der RL 75/442/EWG des Rates über Abfälle¹⁾ versteht unter „Abfall“

„alle Stoffe oder Gegenstände,

- die unter die in Anhang I aufgeführten Gruppen fallen und
- deren sich ihr Besitzer entledigt, entledigen will oder entledigen muß“.

Nach § 2 Abs 1 des österr AWG²⁾ sind „Abfälle“ „bewegliche Sachen,

1. deren sich der Eigentümer oder Inhaber entledigen will oder entledigt hat, oder
2. deren Erfassung und Behandlung als Abfall im öffentlichen Interesse [. .] geboten ist“.

Die beiden Formulierungen stimmen ganz offensichtlich nicht miteinander überein; möglicherweise decken sich auch jene Sachen, die das Gemeinschaftsrecht als „Abfall“ qualifiziert, nicht exakt mit jenen, die das österr Recht dem Abfallregime unterwirft. Der österr Begriff von Abfall kann enger sein als der gemeinschaftsrechtliche oder aber weiter. Ein *engerer* nationaler Abfallbegriff schließt die EU-Konformität des österr Rechts nicht automatisch aus, denn er kann durch Bestimmungen außerhalb des AWG *kompensiert* werden. Umgekehrt sind den Mitgliedstaaten durch Art 130t EGV zwar prinzipiell „verstärkte Schutzmaßnahmen“ auf abfallrechtlichem Gebiet gestattet³⁾, ein *weiterer* nationaler Abfallbegriff

¹⁾ ABl Nr L 194 vom 25. 7. 1975, 47, zuletzt geändert durch die RL 91/692/EWG, ABl Nr L 377 vom 31. 12. 1991, 48; die Abfalldefinition selbst geht auf die RL 91/156/EWG, ABl Nr L 78 vom 26. 3. 1991, 32 zurück.

²⁾ Abfallwirtschaftsgesetz, BGBl 1990/325 idF BGBl 1994/505.

³⁾ Ein solcher „nationaler Alleingang“ ist erst seit der RL 91/156/EWG zur Änderung der RL 75/442/EWG über Abfälle möglich: Sie wurde auf der Grundlage der (durch die Einheitliche Europäische Akte geschaffenen) Kompetenz des Art 130s EWGV erlassen, ist also eine echte Umweltrichtlinie, von der Art 130t EWGV (jetzt: EGV) Abweichungen „nach oben“ gestattet, wenn diese

ist deshalb aber noch kein Garant für die EU-Konformität des österr Rechts, denn er könnte zum einen den Zielen des gemeinschaftlichen Abfallrechts selbst widerstreiten⁴⁾, zum anderen aber mit dem Gemeinschaftsvertrag in Konflikt geraten⁵⁾ und darum unzulässig sein⁶⁾.

mit dem EGV vereinbar sind. Daß der Rat Art 130s EWGV zu Recht als Grundlage für die Abfall-RL gewählt hat, wurde jüngst vom EuGH (Rs C-155/91 [Kommission/Rat], Urteil des EuGH vom 17. 3. 1993, noch nicht amtlich veröffentlicht, *ecolx* 1993, 868) bestätigt; der Einspruch der Kommission, nach deren Auffassung die Abfall-RL auf Art 100a EWGV gestützt hätte werden müssen, wurde abgewiesen.

⁴⁾ Keine Unvereinbarkeit ist aber mit der dritten Begründungserwägung zur RL 91/156/EWG zu erwarten, nach der für eine effizientere Abfallbewirtschaftung in der Gemeinschaft „eine gemeinsame Terminologie und eine Definition der Abfälle“ erforderlich ist; denn ein weiterer nationaler Abfallbegriff steht der Forderung nach einer „gemeinsamen Terminologie“ nicht entgegen und eine gemeinsame Definition wurde nicht verlangt.

⁵⁾ Art 130t EGV gestattet den Mitgliedstaaten nämlich nur solche verstärkte Schutzmaßnahmen, die „mit diesem Vertrag vereinbar sind“; nach überwiegender Auffassung verweist diese Vereinbarkeitsforderung insb auf die Art 30 ff EGV (vgl *Kahl*, Umweltprinzip und Gemeinschaftsrecht [1993] 44, 180 mwN). Die nationale Schutzbestimmung muß daher, sofern sie eine Beschränkung des freien Warenverkehrs darstellt, durch einen der in Art 36 S 1 EGV genannten Gründe zu rechtfertigen sein; diesen Gründen steht, wenn im Art 36 EGV auch nicht ausdrücklich genannt, der *Schutz der Umwelt* gleich (EuGH 20. 9. 1988 - Rs C-302/86 [Dänische Pfandflaschen], Slg 1988, 4607, NVwZ 1989, 849). Die nationale Schutzbestimmung muß außerdem „erforderlich“ sein – eine Voraussetzung, die der EuGH mit Hilfe des *Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes* prüft. Schließlich darf die mitgliedstaatliche Vorschrift *kein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung und keine verschleierte Beschränkung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten* sein; vgl dazu statt vieler *Kahl*, aaO 180 ff mwN.

⁶⁾ Freilich ließe sich auch fragen, ob ein weiterer nationaler Abfallbegriff *überhaupt* ein Fall des Art 130t EGV ist: Der Wortlaut dieser Bestimmung („verstärkte Schutzmaßnahme“) scheint doch eher eine *Intensivierung der Rechtsfolgen* als eine *Erweiterung des Tatbestandes* zu gestatten. Das würde indes nicht bedeuten, daß den Mitgliedstaaten die Statuierung eines weiteren Abfallbegriffes schlicht verwehrt wäre, sie würden sich hinsichtlich der „überschießenden“ Abfälle vielmehr im regelungsfreien Raum bewegen; auch hier ist aber der nationale Gesetzgeber durch den EGV und seine Ziele beschränkt, sodaß ihm, wenn sein Abfallbegriff insb den freien Warenverkehr behindern würde, die oben FN 5 beschriebene Prüfung nicht erspart bliebe. Die Frage, ob der weitere Abfallbegriff eine *verstärkte* Schutzmaßnahme ist, ob er also den Zielen des gemeinschaftlichen Abfallrechts *noch näher* kommt, würde sich zwar erübrigen; ein weiterer Abfallbegriff, der diese Ziele aber *konterkariert*, könnte wohl den Schutz der Umwelt nicht als Rechtfertigungsgrund in Anspruch nehmen. Dem Gebot, die Ziele des gemeinschaftlichen Abfallrechts nicht zu unterlaufen, muß ein Abfallbegriff aber wohl auch dann genügen, wenn er keine Beschränkung der Grundfreiheiten bewirkt. Daß aber die Vorteile eines weiteren Abfallbegriffes auch durch bestimmte Nachteile relativiert werden, dürfte seiner Zulässigkeit keinen Abbruch tun, wenn die Nachteile die Vorteile nur nicht

Im folgenden soll nun geprüft werden, ob der österr Abfallbegriff mit jenem der Abfall-RL vereinbar ist⁷⁾. Dazu muß zunächst die gemeinschaftsrechtliche Abfalldefinition, deren Deutung in der Literatur keineswegs geklärt ist, dargestellt werden. Der gemeinschaftsrechtliche muß sodann mit dem österr Begriff von Abfall konfrontiert werden; sollte sich dabei herausstellen, daß der Abfallbegriff des AWG umfänglich hinter jenem der Abfall-RL zurückbleibt, muß geprüft werden, ob im österr Recht ein echtes Regelungsdefizit vorliegt oder ob jene Sachen, die im Gemeinschaftsrecht als Abfall behandelt werden, aus der österr Abfalldefinition aber herausfallen, nicht etwa durch andere Rechtsvorschriften adäquat aufgefangen werden. Sollte sich umgekehrt der österr Abfallbegriff als weiter erweisen, muß geprüft werden, ob er dadurch nicht die Ziele der RL konterkariert bzw in unverhältnismäßiger Weise die Grundfreiheiten des EGV beschränkt.

B. Der Abfallbegriff der RL 75/422/EWG idF der RL 91/156/EWG

„Abfall“ bedeutet nach Art 1 lit a der RL 75/442/EWG idF RL 91/156/EWG „alle Stoffe oder Gegenstände, die unter die in Anhang I aufgeführten Gruppen fallen und deren sich ihr Besitzer entledigt, entledigen will oder entledigen muß“.

Dieselbe Bestimmung trägt der Kommission auf, spätestens zum 1. 4. 1993 ein „Verzeichnis der unter die Abfallgruppen in Anhang I fallenden Abfälle“ zu erstellen.

I. Der objektive Abfallbegriff

Nach dem Wortlaut des Art 1 lit a der Abfall-RL sind für das Vorliegen von Abfall im objektiven Sinn zwei Tatbestandsmerkmale erforderlich: daß der fragliche Stoff oder Gegenstand einer der *Anhang I-Gruppen* angehört und daß eine *Pflicht* besteht, sich seiner *zu entledigen*. Über die Bedeutung jedes dieser beiden Begriffsmerkmale besteht in der Literatur noch keineswegs Klarheit.

überwiegen. *Seibert*, Zum europäischen und zum deutschen Abfallbegriff, DVBl 1994, 229 (232), scheint einen weiteren nationalen Abfallbegriff für einen Fall des Art 130t EGV zu halten; „sicherheitshalber“ wird von dieser Einschätzung auch im folgenden ausgegangen.

⁷⁾ Zu voreilig: 1282 BlgNR 18. GP 4 f. Ob sich der österr Begriff von „*gefährlichem* Abfall“ mit jenem des Gemeinschaftsrechts deckt, wird hier nicht thematisiert werden; beide Rechtsordnungen wollen explizit deklarieren, was sie unter „*gefährlichem* Abfall“ verstanden wissen wollen – eine Gegenüberstellung der beiden „Abfalllisten“ muß hier aber schon deshalb unterbleiben, weil das gemeinschaftsrechtlich ursprünglich (in Art 1 Abs 4 der RL 91/689/EWG über gefährliche Abfälle, ABl Nr L 377 vom 31. 12. 1991, 20) für Juni 1993 in Aussicht gestellte Verzeichnis der gefährlichen Abfälle bislang nicht geglättet ist, sodaß die Anwendung der RL 91/689/EWG schon zweimal, zuletzt durch die RL 94/31/EG, ABl Nr L 168 vom 2. 7. 1994, 28, auf den 27. 6. 1995 aufgeschoben werden mußte; vgl aber für das österr Recht § 2 Abs 5 iVm Abs 7 AWG und die VO des BMUJF über die Festsetzung gefährlicher Abfälle, BGBl 1991/49.

1. Die Zugehörigkeit zu Anhang I

Anhang I gliedert Stoffe und Gegenstände in insgesamt 16 „Abfallgruppen“. Nach welchen Kriterien diese Gliederung aber vorgenommen wurde, dürfte fraglich bleiben. So gibt es etwa eine eigene Abfallgruppe Q12, die für „kontaminierte Stoffe (zB mit PCB verschmutztes Öl usw)“ reserviert ist, eine weitere Abfallgruppe Q4 führt ua Stoffe auf, die bei einem „Zwischenfall kontaminiert worden sind“. Q5 schließlich enthält Stoffe, die „infolge absichtlicher Tätigkeiten“ kontaminiert wurden, und Q15 bringt noch „kontaminierte Stoffe [. . .], die bei der Sanierung von Böden anfallen“ ins Spiel. Besondere Verwirrung hat schließlich die Gruppe Q16 gestiftet, die „Stoffe oder Produkte aller Art, die nicht einer der obenerwähnten Gruppen angehören“ enthält. Kersting⁸⁾ hat aus ihr den Schluß gezogen, es gäbe „keine Stoffe oder Gegenstände [. . .], die nicht einer der im Anhang I genannten Abfallgruppen angehören“.

Ein solches Verständnis der Abfallgruppe Q16 findet jedoch schon im Wortlaut der RL keinen Halt: Q16 gestattet, zusätzlich zu den „Stoffen oder Gegenständen“⁹⁾ der Abfallgruppen Q1–15 noch andere „Stoffe oder Produkte aller Art“ in den Anhang I aufzunehmen. Weil ohne Grund wohl eine sprachliche Differenzierung von „Gegenständen“ und „Produkten“ nicht vorgenommen worden wäre¹⁰⁾, kann angenommen werden, daß nicht alle Gegenstände, sondern nur solche, die Produkte sind, über Q16 noch Eingang in den Anhang I finden können. Gegenstände, die keine Produkte sind und auch keiner der Abfallgruppen Q1–15 angehören, können also auch keine Abfälle im Sinne der RL sein¹¹⁾.

Gegen die Annahme, der Normgeber habe eine Differenzierung zwischen Gegenständen und Pro-

⁸⁾ Kersting, Die Vorgaben des europäischen Abfallrechts für den deutschen Abfallbegriff, DVBl 1992, 343 (346), allerdings nicht im Zusammenhang mit dem objektiven, sondern bei der Erläuterung des subjektiven Abfallbegriffes, deshalb aber nicht minder relevant. Ebenso Birn, Rechtliche Instrumente zur Steuerung der Abfall- und Reststoffströme, NVwZ 1992, 419 (421) und Seibert, DVBl 1994, 230, 235.

⁹⁾ Art 1 lit a der Abfall-RL.

¹⁰⁾ Helmig/Allkemper, Der Abfallbegriff im Spannungsfeld von europäischer und nationaler Rechtssetzung, DÖV 1994, 229 (230), sehen die sprachliche Differenzierung zwischen „Gegenständen“ und „Produkten“ als terminologische Schwäche an, weil „aus dem Zusammenhang der Richtlinie nicht hervorgeht, [daß] eine solche Differenzierung gewollt ist“. Demgegenüber sollte mE dem Normgeber soviel Überlegtheit zugesonnen werden, daß ihm, wo dieser sprachlich differenziert, zuge-
traut wird, er wollte damit auch faktisch Verschiedenes bezeichnen. Diese Vermutung ist freilich widerleglich, wenn Gründe dafür vorgebracht werden können, daß eine Differenzierung nicht gewollt war. Daß eine Differenzierung aber gewollt war, muß nicht bewiesen, sondern aus der Tatsache, daß differenziert wurde, vermutet werden.

¹¹⁾ Damit soll noch nicht gesagt werden, daß nationales Recht, das solche Gegenstände als Abfall behandelt, gegen die RL verstoßen würde, s dazu unten C.II.4.

dukten nicht gewollt, spricht freilich noch etwas anderes: Wäre Anhang I in diesem Sinne offen, könnte sein Sinn nur mehr in einer völlig unverbindlichen Gliederung aller denkbaren Stoffe und Gegenstände in Gruppen gesehen werden¹²⁾. Dann wäre aber die Zugehörigkeit einer Sache zu Anhang I nicht mehr als Tatbestandsmerkmal geeignet: Diese Eigenschaft könnte, da sie ja auf jede Sache zuträfe, Abfall nicht von Nichtabfall unterscheiden. De facto ist die Zugehörigkeit einer Sache zu Anhang I aber ein Tatbestandsmerkmal von „Abfall“, was eine andere als Kerstings Deutung von Q16 nahelegt¹³⁾.

Anhang I ist also, wie sich aus der bisherigen Auslegung ergibt, durch den offenen Charakter der Abfallgruppe Q16 zwar kein völlig abgeschlossener Katalog von Abfällen, er ist aber mehr als eine bloße Gliederung aller denkbaren Stoffe und Gegenstände in Abfallgruppen.

Weiter unten¹⁴⁾ wird sich zeigen, daß Anhang I den Abfallbegriff durch die Gruppen Q1–15 nicht nur „kasuistisch“ beschreibt, sondern daß sich – sozusagen „zwischen den Gruppen“ – auch abstrakte Kriterien eines Abfallbegriffs herauslesen lassen: Sie machen mE den eigentlichen Erkenntniswert des Anhang I aus; zugleich begrenzen sie die Kapazität der Abfallgruppe Q16, in die nur solche Stoffe oder Produkte aufgenommen werden können, die mit diesen Kriterien vereinbar sind.

¹²⁾ Duschaneek, Das Recht der Abfallwirtschaft im Spiegel des EG-Rechts, in: Funk (Hrsg), Abfallwirtschaftsrecht (1993) 241 (259), etwa hält die Aufzählung der Abfallgruppen in Anhang I nur für „eine Einteilung in Abfallkategorien“, die eine Objektivierung der Abfalleigenschaft einer Sache nicht bewirke. Wenn hier ausgeschlossen wird, daß Anhang I ausschließlich diese Gliederungsfunktion hat, soll das nicht bedeuten, daß ihm diese Funktion nicht auch zukommen kann; mehr noch als Anhang I erfüllt diese Aufgabe allerdings das Europäische Abfallverzeichnis, s dazu unten B.I.2.b)cc).

¹³⁾ Auch Helmig/Allkemper, DÖV 1994, 230, lehnen eine synonyme Verwendung von „Produkten“ und „Gegenständen“ im Ergebnis ab: Sie würde nämlich dazu führen, daß „viele Gegenstände“ gefährdet wären, pauschal als Abfall qualifiziert zu werden, was aber nicht die Intention der Abfall-RL und des dahinterstehenden gesetzgeberischen Willens sein könne. Dieses Argument überzeugt nicht wirklich, denn es läßt offen, wie viele Gegenstände pauschal als Abfall qualifiziert werden sollen: Wenn nämlich zwischen „Gegenständen“ und „Produkten“ nicht zu differenzieren wäre, würde zwar wegen Q16 jeder Stoff und jeder Gegenstand unter Anhang I fallen, er müßte deshalb aber noch nicht pauschal als Abfall qualifiziert werden, weil dazu noch das Begriffsmerkmal der Entledigungspflicht erforderlich wäre. Ergäbe sich aber die Entledigungspflicht, wie manche meinen (s dazu unten B.I.2.b)aa)), unmittelbar aus der Aufnahme einer Sache in Anhang I, dann würden, wenn zwischen „Gegenständen“ und „Produkten“ kein Unterschied bestünde, schlicht alle Stoffe und Gegenstände als Abfall zu qualifizieren sein: Ein absurdes Ergebnis, das dazu zwingt, entweder der synonymen Verwendung der beiden Begriffe abzuschwören oder aber den Glauben aufzugeben, daß sich Entledigungspflichten unmittelbar aus Anhang I ableiten lassen.

¹⁴⁾ C.II.2., vgl aber auch schon B.III.

2. Die Entledigungspflicht

Die neue Formulierung des Abfallbegriffes in der RL 75/442/EWG idF RL 91/156/EWG hat hinsichtlich des Tatbestandsmerkmals der Entledigungspflicht im wesentlichen zwei Fragen aufgeworfen.

Zum einen war unklar, ob Entledigungspflichten nur durch das Gemeinschaftsrecht oder auch durch nationales Recht begründet werden können, zum anderen stellte sich die Frage, woher denn die gemeinschaftsrechtlichen Entledigungspflichten rühren würden.

a) Die Provenienz der Entledigungspflichten: nur gemeinschaftsrechtlich oder auch nationalrechtlich?

Die erste Frage läßt sich mE aus einem Vergleich der alten mit der neuen Rechtslage im gemeinschaftlichen Abfallrecht beantworten:

Die RL 75/442/EWG verstand unter Abfall im objektiven Sinn „alle Stoffe oder Gegenstände, deren sich der Besitzer [. . .] gemäß den geltenden einzelstaatlichen Vorschriften zu entledigen hat“. Der Passus „gemäß den geltenden einzelstaatlichen Vorschriften“ fehlt in der RL 91/156/EWG. Das einzelstaatliche Monopol für die Definition des objektiven Abfallbegriffes ist somit beseitigt. Mehr als das ist aber nicht geschehen. Die Formulierung: „Stoffe oder Gegenstände, [. . .] deren sich ihr Besitzer [. . .] entledigen muß“ ist hinsichtlich der Quelle der Entledigungspflicht völlig *indifferent*, läßt also sowohl einzelstaatlich als auch gemeinschaftsrechtlich statuierte Entledigungspflichten zu. Warum nun plötzlich an die Stelle des nationalrechtlichen Definitionsmonopols ein gemeinschaftsrechtliches getreten sein soll, ist nicht ersichtlich, auch wenn dies (vornehmlich im deutschen Schrifttum) immer wieder behauptet wird¹⁵⁾.

Schwieriger zu beantworten ist die Frage nach der

b) Quelle der gemeinschaftsrechtlich statuierten Entledigungspflichten

aa) Anhang I?

Bisweilen wird in der Literatur die Auffassung vertreten, eine Sache, die dem Anhang I unterfalle, sei deshalb schon entledigungspflichtig¹⁶⁾.

¹⁵⁾ V. Wilmowsky, Die Haftung des Abfallerzeugers, NuR 1991, 255; ebenso Kersting, DVBl 1992, 345; Jahnel, Wohin mit dem Müll?, Grundsätze des Abfallwirtschaftsrechts in der EG und in Österreich, ZfV 1991, 549 (555 f); vgl dagegen Fluck, Zum Abfallbegriff im europäischen, im geltenden und im werdenden deutschen Abfallrecht, DVBl 1993, 590 (593); Duschanek, in: Funk (Hrsg), Abfallwirtschaftsrecht 259, der auch auf die Kritik des (deutschen) Bundestagsberichtes (Bundestags-Drucksache 11/8161, zit nach Duschanek, aaO 252) hinweist, nach der der Abfallbegriff der RL 75/442/EWG beibehalten worden sei; vgl außerdem Seibert, DVBl 1994, 231 f.

¹⁶⁾ ZB Kersting, DVBl 1992, 345: „Der Inhalt des objektiven Abfallbegriffes ergibt sich aus Anhang I“; – daß

Herrschend ist diese Auffassung jedoch nicht¹⁷⁾ und sie wird auch hier nicht vertreten: Denn die Zugehörigkeit einer Sache zu Anhang I ist doch nach dem (zumindest diesbezüglich) klaren Wortlaut der RL 91/156/EWG (. . . „und“ . . .) ein selbständiges Tatbestandsmerkmal des objektiven Abfallbegriffes *neben* der Entledigungspflicht.

Gegen die Auffassung, aus Anhang I würden sich Entledigungspflichten „herauslesen“ lassen, spricht auch die *Entstehungsgeschichte* der Abfalldefinition in Art 1 lit a der RL 91/156/EWG: Nach dem Änderungsvorschlag der Kommission aus dem Jahre 1988¹⁸⁾ hätte unter Abfall „jeder Stoff oder Gegenstand“ verstanden werden sollen, „dessen sich sein Besitzer entledigt oder *aus den in Anhang I¹⁹⁾ angeführten Gründen entledigen muß*“²⁰⁾. Daß diese Fassung im Ergebnis für die RL 91/156/EWG nicht gewählt wurde, ist ein weiteres Zeichen dafür, daß die Entledigungspflichten sich gerade nicht dem Anhang I entnehmen lassen. *Fluck*²¹⁾ lehnt eine „Festschreibung des objektiven Abfallbegriffes“ durch Anhang I darüber hinaus auch wegen der *völlig offenen Ab-*

ausgerechnet *Kersting*, der Anhang I in anderem Zusammenhang (vgl oben B.I.1. bei FN 8) durch die Abfallgruppe Q16 für völlig offen hält, sodaß es „keine Stoffe oder Gegenstände gibt, die nicht einer der im Anhang I genannten Abfallgruppen angehören“, in diesen Anhang I Entledigungspflichten „hineinlesen“ will, verwundert: Wenn letztlich alles unter Anhang I fällt, und alles, was unter Anhang I fällt, entledigungspflichtig ist, wäre schließlich alles: jeder denkbare Stoff und jeder denkbare Gegenstand entledigungspflichtig; ein Ergebnis, das wohl nicht ernsthaft vertreten werden kann. Vgl außerdem *Pernice*, Gestaltung und Vollzug des Umweltrechts im europäischen Binnenmarkt – Europäische Impulse und Zwänge für das deutsche Umweltrecht, NVwZ 1990, 414 (416), der von der Tatsache, daß alte Batterien im Anhang I als Beispiel „nichtverwendbarer Elemente“ ausdrücklich angeführt sind, auf ihre Beseitigungspflichtigkeit schließt – dieser Schluß ist gerechtfertigt, denn er stützt sich nicht auf die Abfall-RL selbst, sondern noch auf den Kommissionsvorschlag zur Änderung der Abfall-RL 75/442/EWG, ABl Nr C 295 vom 19. 11. 1988, 3 – s dazu sofort ab FN 18.

¹⁷⁾ AA sind *Jahnel*, ZfV 1991, 556; *Bickel*, 20 Jahre Abfallbegriff, NuR 1992, 361 (369); *Dieckmann*, Der Abfallbegriff des EG-Rechts und seine Konsequenzen für das nationale Recht, NuR 1992, 407 (408 u 411); *Fluck*, DVBl 1993, 591; *Seibert*, DVBl 1994, 231.

¹⁸⁾ Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Änderung der Richtlinie 75/442/EWG über Abfälle, ABl Nr C 295 vom 19. 11. 1988, 3. Auf diesen verweisen *Schröder*, Aktuelle Konflikte zwischen europäischem und deutschem Abfallrecht, DÖV 1991, 910 (914) und *Dieckmann*, NuR 1992, 408.

¹⁹⁾ Anhang I des Änderungsvorschlages unterscheidet sich nur unwesentlich von dem tatsächlich in Kraft getretenen Anhang I der RL 91/156/EWG.

²⁰⁾ Auch nach dem Konzept des Änderungsvorschlages der Kommission hätten sich die Entledigungspflichten *nicht nur* aus Anhang I ergeben. Das zeigt die dort vorgesehene Abfallgruppe Q16, die „Stoffe oder Produkte aller Art, die der Besitzer zu beseitigen wünscht oder beseitigen muß und die nicht einer der oben erwähnten Kategorien angehören“, umfaßt.

²¹⁾ *Fluck*, DVBl 1993, 591.

fallgruppe Q16 ab. Als Grundlage für die gemeinschaftsrechtliche Statuierung von Entledigungspflichten sieht er²²⁾ vielmehr Art 2 Abs 2 der Abfall-RL an.

bb) Art 2 Abs 2 der Abfall-RL?

Nach dieser Bestimmung können „zur Regelung der Bewirtschaftung bestimmter Abfallgruppen [. . .] in Einzelrichtlinien besondere oder ergänzende Vorschriften erlassen werden“.

Seinem Wortlaut nach ermächtigt Art 2 Abs 2 der Abfall-RL aber nur zur Regelung von *Rechtsfolgen* für Sachen, deren Abfalleigenschaft bereits feststeht („Regelung der *Bewirtschaftung* bestimmter *Abfallgruppen*“) und nicht zur Regelung der *Tatbestandsmerkmale*, deren Erfüllung eine Sache erst zu Abfall macht. Eine Einzelrichtlinie, die auf der Grundlage des Art 2 Abs 2 der RL erlassen wird, muß von einem bereits feststehenden Abfallbegriff ausgehen können; sie kann nicht die Aufgabe haben, dessen Tatbestandsmerkmale erst aufzustellen.

Diese Deutung des Art 2 Abs 2 der Abfall-RL wird auch durch die RL 91/689/EWG über gefährliche Abfälle²³⁾ bestätigt, die „in Ausführung von Art 2 Abs 2 der RL 75/442/EWG“²⁴⁾ erlassen wurde und in ihrem Art 1 Abs 3 für die Bestimmung des Begriffes „Abfälle“ auf die Definition der (geänderten) RL 75/442/EWG verweist.

Was „Abfall“ ist, muß sich also aus der Abfall-RL selbst ergeben. Welchen Regelungen dieser Abfall zu unterziehen ist, kann in weiteren RL besonders oder ergänzend bestimmt werden. Was den Begriff von Abfall²⁵⁾ betrifft, ist die Abfall-RL also vollständig; auf der Rechtsfolgenebene sind Ergänzungen möglich.

cc) Das „Abfallverzeichnis“

Die Textierung der RL 91/156/EWG schließt nun zwar die Ableitung von Entledigungspflichten aus den Abfallgruppen des Anhang I bzw aus Einzelrichtlinien auf der Grundlage ihres Art 2 Abs 2 aus, gibt aber Grund zur Annahme, daß sich gemeinschaftsrechtliche Entledigungspflichten aus jenem *Verzeichnis*, dessen Erstellung der Kommission durch Art 1 lit a aufgetragen ist, ergeben: Besteht Anhang I nämlich noch aus Gruppen von „Stoffen oder Gegenständen“, soll dieses Verzeichnis schon die *unter die Abfallgruppen in Anhang I fallenden Abfälle* enthalten²⁶⁾.

Diese Formulierung legt die Vermutung nahe, daß in Anhang I jene Stoffe und Gegenstände in Gruppen aufgeführt sind, die – durch Entledigung, Entledigungswillen oder nationale bzw gemeinschaftsrechtliche Entledigungspflicht – zu Abfall werden *können*, im Abfallverzeichnis der Kommission sich aber jene Stoffe und Gegenstände finden, die nach dem Willen des gemeinschaftsrechtlichen Normgebers Abfälle sein *sollen*, sohin also *entledigungspflichtig* sind²⁷⁾.

Diese Deutung, nach der Anhang I *weiter und unbestimmter* ist als das Abfallverzeichnis, wird durch das jüngst veröffentlichte „Europäische Abfallverzeichnis“²⁸⁾ selbst bestätigt: In Punkt 3 seiner Einleitung bezeichnet sich das Europäische Abfallverzeichnis als ein „*nicht erschöpfendes Verzeichnis von Abfällen*“.

Neben den Abfällen, die in diesem Verzeichnis aufgeführt sind, kann es also auch noch andere Stoffe und Gegenstände geben, die Abfall sind. Sie müssen allerdings, um dem europarechtlichen Abfallbegriff zu genügen, unter Anhang I fallen und entledigungspflichtig sein²⁹⁾. *Ihre* Entledigungspflichten werden sich dann wohl aus dem nationalen Recht ergeben müssen³⁰⁾, da die gemeinschaftsrechtlichen Entledigungspflichten ja schon im Abfallverzeichnis ausgesprochen sind³¹⁾.

Ein näherer Blick in das Europäische Abfallverzeichnis muß allerdings den bisweilen vorhandenen Eindruck relativieren, es handle sich dabei um eine „völlige Kategorisierung aller denkbaren Abfallarten“, um einen „starren Katalog ohne Ent-

²⁷⁾ Die Vermutung, die gemeinschaftsrechtlichen Entledigungspflichten werden sich aus dem Abfallverzeichnis ergeben, äußert auch *Duschaneck*, in: *Funk* (Hrsg), *Abfallwirtschaftsrecht* 259; wohl auch *Schröder*, DÖV 1991, 914 und *Helmig/Allkemper*, DÖV 1994, 231. Mit anderer Begründung kommt letztlich auch *Fluck*, DVBl 1993, 593, zu der Vermutung, daß alle Stoffe und Gegenstände des Abfallverzeichnisses Abfälle im objektiven Sinn seien; wie hier: *Seibert*, DVBl 1994, 231.

²⁸⁾ ABl 1994, Nr L 5 vom 7. 1. 1994, 15.

²⁹⁾ Bzw für den subjektiven Abfallbegriff: entledigt werden oder entledigt werden wollen. Der subjektive Abfallbegriff wird also nicht, wie *Helmig/Allkemper*, DÖV 1994, 231, glauben, durch das Abfallverzeichnis obsolet; das wäre nur dann der Fall, wenn *alle* „potentiellen“ Abfälle (also die Stoffe und Gegenstände des Anhang I) von den gemeinschaftsrechtlichen Entledigungspflichten im Abfallverzeichnis erfaßt würden, was aber gerade nicht der Fall ist.

³⁰⁾ Damit wird zugleich die oben aus dem Wortlaut gefundene Auslegung, daß Entledigungspflichten gemeinschaftsrechtlicher *und* nationalrechtlicher Natur sein können, bestätigt.

³¹⁾ Nach *Bickel*, NuR 1992, 369 und *Dieckmann*, NuR 1992, 408, lassen sich die gemeinschaftsrechtlichen Entledigungspflichten aus dem Abfallverzeichnis ebenso wenig ableiten wie aus Anhang I. Abfallverzeichnis und Anhang I lassen sich aber nach der hier vertretenen Auffassung, für die schon der Wortlaut der Abfall-RL und des Verzeichnisses selbst spricht, nicht in eins setzen. Die je unterschiedliche Funktion von Anhang I und Abfallverzeichnis betont auch *Seibert*, DVBl 1994, 231.

²²⁾ *Fluck*, DVBl 1993, 591.

²³⁾ S FN 7.

²⁴⁾ Damit kann nur die RL 75/442/EWG in der durch die RL 91/156/EWG geänderten Fassung gemeint sein; in ihrer ersten Fassung hatte die Abfall-RL keinen Art 2 Abs 2.

²⁵⁾ Gemeint ist: Abfall im allgemeinen Sinn, nicht aber spezielle Abfallarten (etwa gefährlicher Abfall), die idR durch zusätzliche Tatbestandsmerkmale qualifiziert sind. Vgl auch *Seibert*, DVBl 1994, 231 f.

²⁶⁾ Art 1 lit a der RL 75/442/EWG idF RL 91/156/EWG.

scheidungs- oder Ermessensspielraum³²⁾. Entsprechend seiner Funktion als „Bezugsnomenklatur“³³⁾ gliedert das Europäische Abfallverzeichnis die Abfälle zunächst in 20 Gruppen, dominantes Gruppierungskriterium ist die Herkunft der Abfälle³⁴⁾. Nach diesem³⁵⁾ oder nach dem Kriterium der Beschaffenheit der Sache selbst³⁶⁾ erfolgt regelmäßig eine weitere Unterteilung in Untergruppen. In diesen Untergruppen sind dann häufig konkrete Stoffe oder Gegenstände aufgelistet³⁷⁾; es kommt aber ebenso vor, daß diese Auflistung nur jene Stoffe, die in der Überschrift genannt sind, wiederholt³⁸⁾ oder gar nicht zur Aufzählung konkreter Stoffe oder Gegenstände vordringt³⁹⁾. Wo am Ende einer immer stärkeren Untergliederung ein *bestimmter* Stoff oder Gegenstand erscheint, ist dieser Abfall, wenn er bei einer Tätigkeit angefallen ist, die in der ersten bzw zweiten Gliederung genannt ist⁴⁰⁾. Wo am Ende einer solchen Untergliederung nur „Abfälle“, die aus einem bestimmten Anlaß entstehen, genannt sind, ist noch offen, welche Stoffe oder Gegenstände als solche Abfälle gelten sollen. Untergruppen dieser Art befinden sich im Abfallverzeichnis wohl nur, um dessen Funktion als „Bezugsnomenklatur“ zu erfüllen, eine Festschreibung konkreter Abfälle findet durch sie nicht statt.

Das Europäische Abfallverzeichnis enthält also „Posten“, die entledigungspflichtige Stoffe und Gegenstände, also Abfälle nach dem Gemeinschaftsrecht nennen, daneben aber auch „Posten“, die noch ausfüllungsbedürftig sind und solcherart konkrete gemeinschaftsrechtliche Entledi-

gungspflichtigen nicht aufstellen, dem nationalen Gesetzgeber also noch Gestaltungsspielraum belassen.

Dem objektiven Abfallbegriff des Gemeinschaftsrechts unterfallen daher alle Stoffe und Gegenstände, die im Europäischen Abfallverzeichnis konkret aufgeführt sind, sowie jene Stoffe und Gegenstände, die in diesem Verzeichnis zwar nicht konkret genannt sind, einer seiner Untergruppen oder dem Anhang I aber subsumiert werden können und nach nationalem Recht entledigungspflichtig sind.

II. Der subjektive Abfallbegriff

Nach der Definition in Art 1 lit a der Abfall-RL ist für das Vorliegen von Abfall im subjektiven Sinn zweierlei erforderlich: daß der fragliche Stoff oder Gegenstand einer der Abfallgruppen des *Anhang I* zugehört und daß sich der Besitzer dieses Stoffes oder Gegenstandes seiner *entledigt oder entledigen will*.

1. Die Zugehörigkeit zu Anhang I

Der „subjektive“ Abfallbegriff des Gemeinschaftsrechts ist nicht mehr wirklich subjektiv; denn er stellt nicht mehr ausschließlich auf den Willen oder das Verhalten des Besitzers ab, sondern setzt darüber hinaus ein objektives, von der Sphäre des Besitzers völlig unabhängiges Element voraus: Der Stoff oder Gegenstand, dessen sich jemand entledigt oder entledigen will, muß einer der Abfallgruppen des Anhang I angehören, um als Abfall im subjektiven Sinn gelten zu können.

Was bei der Erörterung des objektiven Abfallbegriffes⁴¹⁾ zur Anhang I-Zugehörigkeit gesagt wurde, gilt auch hier: Anhang I ist zwar durch die Abfallgruppe Q16 sehr weit gefaßt, wird daher den subjektiven Abfallbegriff nicht allzu stark beschränken können, er ist aber mehr als eine völlig unverbindliche Gruppierung aller denkbaren Stoffe und Gegenstände⁴²⁾. Der subjektive Abfallbegriff des Gemeinschaftsrechts *schränkt* daher, wenn auch nicht sehr gravierend, die *Entledigungsfreiheit des Besitzers ein*, der sich fortan nur mehr solcher Stoffe und Gegenstände *als Abfall* entledigen kann, die dem Anhang I angehören⁴³⁾.

⁴¹⁾ Oben B.I.1.

⁴²⁾ Warum der Behauptung von *Helmig/Allkemper*, DÖV 1994, 231, der subjektive Abfallbegriff sei durch das Abfallverzeichnis obsolet, mE nicht zuzustimmen ist, wurde schon oben bei FN 29 ausgeführt.

⁴³⁾ Zu der von *Kersting*, DVBl 1992, 346; *Birn*, NVwZ 1992, 421 und *Seibert*, DVBl 1994, 235, vertretenen Auffassung, die Entledigungsfreiheit des Abfallbesitzers sei durch Anhang I wegen Q16 *nicht* eingeschränkt, die geplante „Objektivierung“ des subjektiven Abfallbegriffs daher nicht gelingen, s oben B.I.1. und FN 16. Auch *Duschanek*, in: *Funk* (Hrsg), Abfallwirtschaftsrecht 259, glaubt nicht, daß Anhang I eine „Objektivierung“ der Abfalleigenschaft einer Sache bewirkt, s dazu oben B.I.1. bei FN 12.

³²⁾ So etwa bei *Helmig/Allkemper*, DÖV 1994, 231.

³³⁾ Mit ihr soll, so Punkt 5 der Einleitung des Europäischen Abfallverzeichnisses, eine gemeinsame Terminologie für die ganze Gemeinschaft festgelegt und der Nutzeffekt der Abfallentsorgung erhöht werden.

³⁴⁾ ZB 04 00 00: „Abfälle aus der Leder- und Textilindustrie“; 09 00 00: „Abfälle aus der photographischen Industrie“; 17 00 00: „Bau- und Abbruchabfälle [. . .]“ usw. Außenseiter sind nur die Gruppen 13 00 00: „Ölabfälle [. . .]“ und 15 00 00: „Verpackungen, Aufsaugmassen, Wischtücher, Filtermaterialien und Schutzkleidung [. . .]“, die an Eigenschaften der Sache anknüpfen, die unabhängig vom Anlaß ihres Anfallens sind.

³⁵⁾ ZB 04 01 00: „Abfälle aus der Lederindustrie“; 04 02 00: „Abfälle aus der Textilindustrie“.

³⁶⁾ ZB 17 01 00: „Beton, Ziegel, Fliesen, Keramik und Materialien auf Gipsbasis“; 17 02 00: „Holz, Glas und Kunststoff“; 17 03 00: „Asphalt, Teer und teerhaltige Produkte“; 17 04 00: „Metalle (einschließlich Legierungen)“ etc.

³⁷⁾ ZB 17 04 01: „Kupfer, Bronze, Messing“; 17 04 02: „Aluminium“; 17 04 03: „Blei“ etc.

³⁸⁾ ZB 17 02 01: „Holz“; 17 02 02: „Glas“; 17 02 03: „Kunststoff“.

³⁹⁾ ZB 01 04 05: „Abfälle aus der Wäsche und Reinigung von Mineralien“; 01 04 06: „Abfälle aus Steinmetz- und Sägearbeiten“ etc.

⁴⁰⁾ So muß wohl Punkt 3 der Einleitung zum Europäischen Abfallverzeichnis verstanden werden: „Die Aufnahme eines Stoffs in den EWC bedeutet jedoch nicht, daß es sich bei diesem Stoff *unter allen Umständen* um Abfall handelt. Der Eintrag ist nur dann von Belang, wenn die Definition von Abfall zutrifft“.

2. Die Entledigung/der Entledigungswille

Die Abfall-RL enthält keine Definition des Begriffes „Entledigung“; was darunter zu verstehen ist, läßt sich aus ihr aber ableiten: Aus der Definition von Abfall in Art 1 lit a geht hervor, daß Abfall nur werden kann, was entledigt wird oder entledigt werden soll. Weiters geht aus Art 4 hervor, daß Abfall entweder verwertet oder aber beseitigt werden soll.

Daraus läßt sich schließen, daß eine Sache, die entledigt werden soll, entweder verwertet oder beseitigt werden soll.

Entledigung ist somit eine Handlung, die darauf abzielt, einen Stoff oder Gegenstand einer Verwertung oder Beseitigung zuzuführen⁴⁴). Diese Handlung kann freiwillig gesetzt (subjektiver Abfall) oder aber erzwungen werden (objektiver Abfall). Dieses *weite Verständnis von Entledigung* deckt sich auch mit der Rsp des EuGH, der schon vor der Änderung der RL 75/442/EWG durch die RL 91/156/EWG ausgesprochen hat⁴⁵), daß der Begriff „Abfälle“ ganz allgemein Stoffe und Gegenstände betreffe, deren sich der Besitzer entledigt, ohne daß nach dessen Absicht unterschieden würde; daß der Besitzer, der sich eines Stoffes oder Gegenstandes entledigt, dessen *wirtschaftliche Wiederverwendung durch andere ausschließen will*, sei darum für das Vorliegen von Abfall nicht erforderlich. Ebenso wenig schade auch die tatsächliche *Eignung* eines Stoffes oder Gegenstandes zur wirtschaftlichen Wiederverwendung der Abfalleigenschaft, im Gegenteil: Ein nationaler Abfallbegriff, der wiederverwendbare Stoffe und Gegenstände nicht erfaßt, sei mit den RL 75/442/EWG und 78/319/EWG nicht vereinbar⁴⁶).

Diese Judikatur ist zwar noch zum subjektiven Abfallbegriff der alten RL 75/442/EWG ergangen, die neue RL 91/156/EWG gibt aber ihrem (diesbezüglich unveränderten) Wortlaut⁴⁷) und ihrer Zielsetzung nach keinen Anlaß, eine Einschränkung des Entledigungsbegriffes anzunehmen, im Gegenteil: Im sechsten Erwägungsgrund der neuen RL wird es sogar für wünschenswert gehalten, „die *Rückführung und Wiederverwendung von Abfä-*

len als Rohstoffe zu fördern“; außerdem wird die Erlassung „besonderer Vorschriften über *wiederverwendbare Abfälle*“ angekündigt⁴⁸).

Der Begriff der Entledigung setzt also den Ausschluß wirtschaftlicher Wiederverwendung nicht voraus; ebensowenig muß, wer sich einer Sache iSd RL 91/156/EWG entledigt, die *Sachherrschaft* aufgeben oder die Sache gar an einen Dritten abgeben. Das hat *Fluck*⁴⁹) aus Art 11 der Abfall-RL geschlossen, in dem von Unternehmen die Rede ist, „die die *Beseitigung ihrer eigenen Abfälle am Entstehungsort* sicherstellen“.

Abfall im subjektiven Sinn ist also jeder Stoff und jeder Gegenstand, der dem Anhang I unterfällt und den der Besitzer „von [seiner] ursprünglichen Zweckbestimmung freimacht, um [ihn] zu verwerten oder zu beseitigen“⁵⁰).

III. „Stoffe oder Gegenstände“

Nach Art 1 lit a der Abfall-RL können nur „Stoffe oder Gegenstände“ zu Abfall werden. *Kersting*⁵¹) hat aus diesem Wortlaut geschlossen, der europäische Abfallbegriff erfasse sowohl bewegliche als auch unbewegliche Sachen, sodaß zB kontaminiertes Erdreich bereits vor seiner Auskoffierung Abfall sein könne. Zu Recht hat *Dieckmann*⁵²) darauf hingewiesen, daß die Abfallgruppe Q15 des Anhanges I gegen diese Auslegung spricht: Sie ist eingerichtet für „kontaminierte Stoffe oder Produkte, die bei der Sanierung von Böden anfallen“, bringt also zum Ausdruck, daß kontaminierter Boden frühestens mit der Auskoffierung zu Abfall werden kann, und legt die Annahme nahe, daß Stoffe und Gegenstände *nur bewegliche Sachen* sind⁵³).

C. Der Abfallbegriff des AWG – der Abfallbegriff des Gemeinschaftsrechts

§ 2 Abs 1 AWG definiert „Abfälle“ als „bewegliche Sachen,

1. deren sich der Eigentümer oder Inhaber entledigen will oder entledigt hat, oder
2. deren Erfassung und Behandlung als Abfall im öffentlichen Interesse [. . .] geboten ist“.

Wie das Gemeinschaftsrecht kennt also auch das AWG einen Abfall im subjektiven (Z 1) und einen Abfall im objektiven Sinn (Z 2).

I. „Bewegliche Sachen“

Gemeinsam ist beiden, der subjektiven wie der objektiven Begriffsvariante, daß nur „*bewegliche Sachen*“ zu Abfall werden können. Darunter sind wie im Gemeinschaftsrecht *Sachen jeden Aggre-*

⁴⁴) Mit etwas anderer Begründung kommt zu diesem Ergebnis auch *Fluck*, DVBl 1993, 592.

⁴⁵) EuGH 28. 3. 1990 – Rs C-206/88 (Vessoso) und C-207/88 (Zanetti), Slg 1990, I-1461, EuZW 1990, 109; EuZW 1991, 253.

⁴⁶) EuGH 28. 3. 1990 – Rs C-359/88 (Zanetti ua), Slg 1990, I-1509, EuZW 1990, 109; EuZW 1991, 254. Kritisch zur Auslegung des subjektiven Abfallbegriffes durch den EuGH *Kersting*, DVBl 1992, 347 f, der eine Entledigung nur dann annehmen will, wenn der Besitzer jede Wiederverwertung durch andere Personen ausschließen will.

⁴⁷) Man kann, wie *Dieckmann*, NuR 1992, 410, festgestellt hat, wohl davon ausgehen, daß dem Richtliniengeber die Auslegung des Entledigungsbegriffes durch den EuGH bekannt war; eine Ausgrenzung wiederverwertbarer Stoffe und Gegenstände aus dem Abfallbegriff hätte sich dann wohl in einem geänderten Wortlaut niederschlagen müssen.

⁴⁸) Darauf weisen *Helmig/Altkemper*, DÖV 1994, 231 f, hin; vgl außerdem *v. Wilmowsky*, NuR 1991, 255; *Fluck*, DVBl 1993, 591 f sowie *Bickel*, NuR 1992, 368 f und *Dieckmann*, NuR 1992, 409 f, die die Gegenargumente von *Kersting*, DVBl 1992, 347 f, überzeugend widerlegen.

⁴⁹) *Fluck*, DVBl 1993, 592.

⁵⁰) *Fluck*, DVBl 1993, 592.

⁵¹) *Kersting*, DVBl 1992, 348.

⁵²) *Dieckmann*, NuR 1992, 409.

⁵³) Dieser Auffassung ist auch *Bickel*, NuR 1992, 370.

gatzustandes⁵⁴) zu verstehen, solange sie beweglich sind.

§ 2 Abs 4 AWG trägt allerdings dem Umstand Rechnung, daß Abfälle auch „eine die Umwelt beeinträchtigende Verbindung mit dem Boden“ eingehen können: Sie verlieren ihre Abfalleigenschaft nicht, auch wenn sie aus sachenrechtlicher Sicht (§§ 293 f ABGB) als unbewegliche Sachen zu qualifizieren sind. In dieser Hinsicht ist der gemeinschaftsrechtliche Abfallbegriff enger: Er klammert, wie oben in Übereinstimmung mit *Dieckmann*⁵⁵) aus der Abfallgruppe Q15 abgeleitet wurde, unbewegliche Sachen gänzlich aus.

Was also nach dem Gemeinschaftsrecht zu Abfall werden kann, kann es jedenfalls auch nach österr Recht: „Bewegliche Sachen“ und „Stoffe und Gegenstände“ meinen dasselbe. Daß nach österr Recht auch Sachen, die eine die Umwelt beeinträchtigende Verbindung mit dem Boden eingegangen sind, als Abfall *gelten*, hindert seine EU-Konformität nicht; vielmehr wird dadurch eine frühzeitige Unterwerfung von Altlasten unter das Abfallregime und damit ein verstärkter Schutz der Umwelt ermöglicht, sodaß die Ziele des gemeinschaftlichen Abfallrechts gerade nicht konterkariert werden⁵⁶). Eine Beschränkung der Freiheit des Waren- oder Dienstleistungsverkehrs steht, da von § 2 Abs 4 AWG nur unbewegliche Sachen betroffen sind, nicht zu befürchten, sodaß auch kein Anlaß besteht, an der Vereinbarkeit mit dem EGv zu zweifeln⁵⁷).

II. Der objektive Abfallbegriff

1. Allgemeines

Der objektive Abfallbegriff des AWG ist neben dem Begriffsmerkmal der „beweglichen Sache“ gekennzeichnet durch *die im öffentlichen Interesse gebotene Erfassung und Behandlung* dieser Sache als Abfall.

Das zentrale Kriterium des Abfallbegriffes, das öffentliche Interesse, wird im AWG in zwei Richtungen näher bestimmt; § 1 Abs 3 gibt in acht Generalklauseln an, wann eine geordnete Erfassung und Behandlung als Abfall im öffentlichen Interesse geboten ist; wann das noch nicht der Fall ist, sagt § 2 Abs 2. Darüber hinaus werden bestimmte Sachen durch § 3 Abs 3 AWG vom Geltungsbereich dieses Gesetzes ausgenommen.

Ganz anders als das Gemeinschaftsrecht gibt das AWG also *keinen exakten*⁵⁸) *Katalog* jener Stoffe und Gegenstände an, die Abfall sein sol-

len; was Abfall ist, wird vielmehr mit Rekurs auf den *unbestimmten Gesetzesbegriff* des „öffentlichen Interesses“ *umschrieben*. Daraus wurde in der Literatur der Schluß gezogen, der objektive Abfallbegriff des AWG sei nicht richtlinienkonform und daher anpassungsbedürftig⁵⁹).

ME ist dieses Urteil vorschnell gefällt: Ein nationaler Abfallbegriff, dem subsumiert werden kann, was das Gemeinschaftsrecht für Abfall hält, hat wohl seine Schuldigkeit getan. Daß er *abstrakt* umschreibt, was Abfall ist, sollte seiner Richtlinienkonformität noch keinen Abbruch tun. Selbst wenn ein nationaler (objektiver) Abfallbegriff aber jene Stoffe und Gegenstände, die im Europäischen Abfallverzeichnis aufgelistet sind, nicht vollständig erfaßt, steht seine „EU-Widrigkeit“ noch nicht fest; schließlich könnten die „fehlenden“ Abfälle auch durch andere Rechtsvorschriften so aufgefangen werden, daß den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben Genüge getan wird. Um beurteilen zu können, ob der Abfallbegriff des AWG jenem des Gemeinschaftsrechts entspricht, muß darum zunächst geprüft werden, ob die unbestimmte Formulierung in § 2 Abs 1 Z 2 AWG eine Subsumtion dessen zuläßt, was nach der Abfall-RL objektiver Abfall ist.

Da das AWG präziser, als es den Abfallbegriff umschreibt, angibt, was es *nicht* als Abfall behandelt wissen will, ist dabei zweckmäßigerweise vom „Ausnahmenkatalog“ des § 2 Abs 2 AWG auszugehen.

2. Die Ausnahmen

Nach § 2 Abs 2 AWG ist für drei Gruppen von Sachen eine geordnete Erfassung und Behandlung als Abfall im öffentlichen Interesse jedenfalls nicht geboten:

a) Sachen, die in einer nach allgemeiner Verkehrsauffassung für sie *bestimmungsgemäßen Verwendung*⁶⁰) stehen (§ 2 Abs 2 Z 2 AWG). Diese Ausschlußbestimmung „korrespondiert“ mit einer Reihe von Abfallgruppen, die für den Fall unmöglich gewordenen⁶¹), rechtlich verbotener⁶²) oder

⁵⁴) Vgl zB 1274 BlgNR 17. GP 33: „Abfälle [können] auch in flüssiger oder gasförmiger Form auftreten“; *Raschauer*; Der Abfallbegriff des Abfallwirtschaftsgesetzes, *ecolex* 1990, 645 (646).

⁵⁵) B.III. bei FN 52.

⁵⁶) Vgl oben FN 6.

⁵⁷) Vgl etwa *Seidel*, Umweltrechtliche und wirtschaftslenkende Abgaben und Maßnahmen aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht, *NVwZ* 1993, 106 (115 f).

⁵⁸) Mit den oben B.I.2.b)cc) gemachten Einschränkungen.

⁵⁹) *Jahnel*, *ZfV* 1991, 556; *Prantl*, (Raum-)Umordnung der Abfallwirtschaftsplanung durch EG-Beitritt?, *ecolex* 1992, 508; der Abfallbegriff des dAbfG ist dem österr in dieser Hinsicht durchaus vergleichbar – seine Bezugnahme auf Gemeinwohl und Umweltschutz wurde auch in der deutschen Literatur für nicht richtlinienkonform gehalten von *Schröder*; *DÖV* 1991, 914; *Kersting*, *DVB1* 1992, 349; vgl auch *Dieckmann*, *NuR* 1992, 412; *Seibert*, *DVB1* 1994, 234; anders tendenziell *Fluck*, *DVB1* 1993, 596.

⁶⁰) Im Erk v 20. 10. 1992, 92/04/0137 geht der VwGH davon aus, daß „Maßnahmen einer Verwertung in spezifischen Wirtschaftskreisläufen dem in § 2 Abs 2 Z 2 AWG vorgesehenen Fall einer nach allgemeiner Verkehrsauffassung bestimmungsgemäßen Verwendung gleichstehen können“.

⁶¹) Q6: „Nichtverwendbare Elemente (zB verbrauchte Batterien, Katalysatoren usw)“; Q7: „Unverwendbar gewordene Stoffe (zB kontaminierte Säuren, Lösungsmittel, Härtesalze usw)“.

⁶²) Q13: „Stoffe oder Produkte aller Art, deren Verwendung gesetzlich verboten ist“; evtl für die nicht bestimm-

faktisch nicht stattfindender⁶³) Verwendung eine „Abfalloption“ zur Verfügung stellen. Für Sachen, die noch ihrer Bestimmung gemäß verwendet werden, ist keine Abfallgruppe eingerichtet; solche Sachen ließen sich zwar mit anderen Abfallgruppen, etwa Q3 („Produkte, bei denen das Verfalldatum überschritten ist“) oder Q16 vereinbaren; der in den vorgenannten Abfallgruppen⁶⁴) klar zum Ausdruck gekommene Wille des Richtliniengebers würde damit aber wohl umgangen. Bereits aus den Abfallgruppen des Anhang I läßt sich daher ableiten, daß die Ausnahme bestimmungsgemäß verwendeter Sachen aus dem Abfallbegriff auch im Sinne des Richtliniengebers ist.

b) Sachen, die nach allgemeiner Verkehrsauffassung *neu* sind (§ 2 Abs 2 Z 1 AWG).

Auf den ersten Blick muß nicht jede solche Sache auch aus dem gemeinschaftsrechtlichen Abfallbegriff herausfallen: die Abfallgruppen Q2 („Nicht den Normen entsprechende Produkte“) und Q13 („Stoffe oder Produkte aller Art, deren Verwendung gesetzlich verboten ist“) können neue Sachen durchaus enthalten. Aus den EB zu § 2 AWG⁶⁵) geht allerdings hervor, daß eine nach der allgemeinen Verkehrsauffassung neue Sache eine Sache ist, die „erst ihrer bestimmungsgemäßen Verwendung (durch wen auch immer) harr[t]“ – unter diesem Aspekt scheint eine Subsumtion unter die Abfallgruppen Q2 bzw Q13 schon fragwürdig: Eine Sache, die selbst oder deren Verwendung normwidrig ist, hat wohl keine bestimmungsgemäße Verwendung.

Oben wurde außerdem festgestellt, daß eine Sache, die bereits bestimmungsgemäß verwendet wird, in Übereinstimmung mit dem Gemeinschaftsrecht kein Abfall sein soll. Dann muß aber erst recht eine Sache, die kurz vor einer solchen Verwendung steht, vom Abfallbegriff ausgenommen sein.

c) Sachen, die nach dem Ende ihrer bestimmungsgemäßen Verwendung im unmittelbaren Bereich des Haushaltes bzw der Betriebsstätte *auf eine zulässige Weise verwendet oder verwertet* werden (§ 2 Abs 2 Z 3 AWG). Daß das Gemeinschaftsrecht vom Besitzer selbst verwertete Sachen nicht generell vom Abfallbegriff ausnimmt, kann bereits Art 8 der Abfall-RL entnommen werden; diese Bestimmung trägt den Mitgliedstaaten auf, die erforderlichen Vorkehrungen zu treffen, „damit jeder *Besitzer von Abfällen [. . .] selbst die Verwertung oder Beseitigung* unter Einhaltung der Bestimmungen dieser Richtlinie sicherstellt“. Vom Besitzer selbst verwertete Sachen

mungsgemäße Verwendung: Q12: „Nicht den Normen entsprechende Produkte“.

⁶³) Q14: „Produkte, die vom Besitzer nicht oder nicht mehr verwendet werden (zB in der Landwirtschaft, den Haushaltungen, Büros, Verkaufsstellen, Werkstätten usw)“.

⁶⁴) FN 61–63.

⁶⁵) 1274 BlgNR 17. GP 31.

unterfallen also der RL und damit dem Abfallbegriff.

Zu demselben Ergebnis führt auch Art 2 Abs 1 lit b iii) der Abfall-RL, durch den bestimmte „*Abfälle* aus der Landwirtschaft [. . .], *die innerhalb der Landwirtschaft verwendet werden*“⁶⁶), vom Geltungsbereich der RL ausgenommen werden, soweit für sie bereits andere Rechtsvorschriften gelten⁶⁷). *Andere* Stoffe und Gegenstände, die an ihrem Entstehungsort verwendet⁶⁸) werden, fallen also – wenn sie die weiteren Voraussetzungen erfüllen – offenbar als Abfälle unter die RL. Ein nationaler Abfallbegriff, der Sachen, die *am Ort des Anfallens verwertet* werden, gänzlich ausschließt, ist darum mit der Abfall-RL nicht vereinbar⁶⁹).

Dieser Vorwurf kann dem AWG aber auch nicht gemacht werden: Nicht *jede* Verwertung, sondern nur die *zulässige* Verwertung durch den Besitzer soll die Abfalleigenschaft der verwerteten Sache ausschließen. Was eine „zulässige“ Verwertung ist, muß anderen Rechtsvorschriften als dem AWG entnommen werden⁷⁰).

⁶⁶) Das sind nach dieser Bestimmung: Fäkalien und sonstige natürliche, ungefährliche Stoffe.

⁶⁷) Solche Stoffe unterfallen auch in Österreich nicht dem Abfallrecht; sie sind allerdings nicht erst vom Geltungsbereich des AWG ausgenommen, sondern schon vom Abfallbegriff selbst: Nach § 2 Abs 2 letzter Satz AWG ist „die Erfassung und Behandlung von Mist, Jauche, Gülle und organisch kompostierbarem Material als Abfall [. . .] dann nicht im öffentlichen Interesse (§ 1 Abs 3) geboten, wenn diese im Rahmen eines inländischen land- und forstwirtschaftlichen Betriebes anfallen und im unmittelbaren Bereich eines land- und forstwirtschaftlichen Betriebes einer zulässigen Verwendung zugeführt werden“. *Duschaneck*, in: *Funk* (Hrsg), Abfallwirtschaftsrecht 259 f, hält diese Regelung des § 2 Abs 2 AWG für anpassungsbedürftig; die gemeinschaftsrechtliche Ausnahme landwirtschaftlicher Abfälle sei nämlich durch die Bedingung, daß für sie spezielle gemeinschaftsrechtliche Regelungen gelten, rigoros beschränkt als dies im AWG der Fall sei. In Wahrheit aber nimmt auch das AWG landwirtschaftliche Abfälle nur dann vom Abfallbegriff aus, wenn sie *zulässig*, dh in Übereinstimmung mit anderen Rechtsvorschriften verwendet werden. Insofern ist die Ausnahme des AWG sogar *restriktiver* als jene des Gemeinschaftsrechts: Sie gilt nicht schon, wenn andere Rechtsvorschriften vorliegen, sondern erst, wenn diese Vorschriften auch eingehalten werden.

⁶⁸) Was unter „Verwendung“ zu verstehen ist, definiert die Abfall-RL nicht ausdrücklich; ihrem Anhang II B kann aber entnommen werden, daß die Verwendung regelmäßig ein *Verwertungsverfahren* ist.

⁶⁹) Daß der gänzliche Ausschluß wiederverwertbarer Sachen aus dem Abfallbegriff mit dem Gemeinschaftsrecht nicht vereinbar wäre, hat der EuGH schon zur „alten“ Abfall-RL 75/442/EWG festgestellt; s dazu oben FN 46.

⁷⁰) In Frage kommen va Vorschriften des *Bau- und Anlagenrechts* und allgemeiner des *Luftreinhaltrechts* (etwa §§ 74 ff GewO; § 48 ForstG; DKEG; auf Landesebene etwa die Luftreinhaltungsg, die BauO, FeuerpolizeiG etc), des *Lärmschutzes* (etwa §§ 74 ff GewO; auf Landesebene etwa die BauO, BaulärmG; der Straftatbestand der Erregung ungebührlichen Lärms in den LandespolizeiG sowie zahlreiche Bestimmungen in ortspolizeilichen V), des *Bodenschutzrechts* sowie *Wasserreinhaltungsvor-*

Der objektive Abfallbegriff des AWG ist somit zwar *enger* als jener des Gemeinschaftsrechts, sein „Defizit“ ist aber kompensabel: Entsprechen nämlich die Vorschriften für die „zulässige“ Verwertung den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben für eine Abfallverwertung, wäre die Richtlinienkonformität des österr Abfallbegriffes gewahrt. Was die Verwendung und Verwertung von *Altöl* betrifft, könnte auch das AWG selbst für Richtlinienkonformität sorgen: Altöl unterliegt, obwohl es vom AWG nicht als Abfall qualifiziert wird, nach § 3 Abs 1 AWG jedenfalls den §§ 21 ff AWG, darüber hinaus aber noch manch anderer Bestimmung dieses Gesetzes⁷¹⁾.

Sachen, die nach dem AWG kein Abfall sind, müssen streng von jenen Sachen unterschieden werden, die von seinem *Geltungsbereich* ausgenommen sind; sie sind in aller Regel sehr wohl Abfälle, sollen aber anderen Regelungen als dem AWG unterworfen sein. Den Abfallbegriff, um den allein es hier geht, vermögen sie nicht einzuschränken⁷²⁾ – im Gegenteil: In Zweifelsfragen können sie, da sie ja nur vom Geltungsbereich ausgenommen sind, Aufschluß über diesen geben⁷³⁾.

schriften (etwa im WRG und den KanalG der Länder), auch veterinärrechtliche Bestimmungen wie das TierkörperverwertungsG kommen in Frage, soweit sie nicht ohnehin vom Geltungsbereich des AWG ausgeschlossene Sachverhalte regeln (§ 3 Abs 3 Z 7 AWG).

⁷¹⁾ S dazu *Raschauer*; *ecolox* 1990, 647.

⁷²⁾ Vgl aber *Duschaneck*, in: *Funk* (Hrsg), *Abfallwirtschaftsrecht* 259 f.

⁷³⁾ So werden vom AWG etwa aus kompetenzrechtlichen Gründen nur gefährliche Abfälle und Altöle zur Gänze geregelt (§ 3 Abs 1); nicht gefährliche Abfälle unterliegen seiner Geltung nur in eingeschränktem, durch die AWG-Nov 1994 (FN 74) aber nunmehr etwas erweitertem Maße (§ 3 Abs 2); – ihre Regelung obliegt, wo kein Bedarf nach bundesweit einheitlichen Bestimmungen besteht, den Ländern. Auch im Gemeinschaftsrecht werden gefährliche und nicht gefährliche Abfälle nicht in *einer* RL geregelt: „Giftige und gefährliche Abfälle“ erfahren eine gesonderte Regelung in der RL 91/689/EWG, AB1 Nr L 377 vom 31. 12. 1991, 20. Jene Sachen, die das AWG (§ 3 Abs 3) darüber hinaus vom Geltungsbereich ausgenommen hat, decken sich weitgehend mit den Stoffen und Gegenständen, für die die Abfall-RL (Art 2 Abs 1) keine Geltung beansprucht. Es handelt sich dabei im wesentlichen um Abfälle, die besondere Fragen aufwerfen und darum in das AWG nicht ohne weiteres integriert werden konnten (so die EB zu § 3 AWG, 1274 BlgNR 17. GP); sie sind von seinem Geltungsbereich ausgenommen, soweit für sie bereits andere Rechtsvorschriften gelten: „radioaktive Stoffe“ (§ 3 Abs 3 Z 4 AWG, vgl Art 2 Abs 1 lit b i) der RL); Berge (taubes Gestein), die beim Aufsuchen, Gewinnen, Speichern und Aufbereiten mineralischer Rohstoffe anfallen (§ 3 Abs 3 Z 3 AWG, vgl Art 2 Abs 1 lit b ii) der RL); Tierkörper (Art 2 Abs 1 lit b iii) der RL, vgl § 3 Abs 3 Z 7 AWG); seit der AWG-Nov 1994 auch Sprengstoffabfälle (§ 3 Abs 3 Z 8 AWG, vgl Art 2 Abs 1 lit b v) der RL); Abwässer (Art 2 Abs 1 lit b iv) der RL, vgl § 3 Abs 3 Z 1 AWG); gasförmige Ableitungen in die Atmosphäre (Art 2 Abs 1 lit a der RL, vgl § 3 Abs 3 Z 2 AWG). Nur der vom Geltungsbereich des AWG ausgenommene „unlegierte Eisenschrott mit Aus-

3. Die Schutzgüter

Von den genannten Ausnahmen in § 2 Abs 2 AWG abgesehen, unterfallen alle beweglichen Sachen, deren Erfassung und Behandlung als Abfall im öffentlichen Interesse geboten ist, dem Abfallbegriff des AWG. Der Katalog möglicher Gefährdungen des öffentlichen Interesses gewährt Schutz vor Gefahren für die menschliche Gesundheit und unzumutbaren Belästigungen (Z 1); vor Gefahren für die natürlichen Lebensbedingungen von Tieren und Pflanzen (Z 2); vor Umweltverunreinigungen, die über das unbedingt erforderliche Ausmaß hinausgehen (Z 3); vor Brand- oder Explosionsgefahren (Z 4); Geräuschen und Lärm im übermäßigen Ausmaß (Z 5); vor Vorkommnissen, die das Auftreten und die Vermehrung von schädlichen Tieren und Pflanzen sowie von Krankheitserregern begünstigen (Z 6); vor Störungen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit (Z 7), und ist durch die AWG-Nov 1994⁷⁴⁾ noch um das Schutzgut „Orts- und Landschaftsbild“ (Z 8) erweitert worden.

4. Keine weiteren Tatbestandsmerkmale

Durch die Gefährdung (mindestens eines) dieser Schutzgüter muß die Erfassung und Behandlung einer Sache als Abfall geboten sein; diese Gefährdung begründet⁷⁵⁾ – in der Terminologie der Abfall-RL gesprochen – eine Entledigungspflicht. Mehr als das ist aber für das Vorliegen von Abfall nicht erforderlich; insb ist – wie zu erwarten war – die Zugehörigkeit zu Anhang I kein Tatbestandsmerkmal des österr Abfallbegriffes.

Nun ist nur schwer vorstellbar, daß sich mit einem so elastisch formulierten Katalog wie dem des § 1 Abs 3 AWG die im Europäischen Abfallverzeichnis konkret genannten Abfälle nicht erfassen ließen. Sie können nach dem AWG nur dann nicht als Abfall qualifiziert werden, wenn sie einem der Ausnahmetatbestände des § 2 Abs 2 AWG unterfallen; oben⁷⁶⁾ wurde aber gezeigt, daß diese Ausnahmen dem gemeinschaftsrechtlichen Abfallbegriff nicht widersprechen bzw prinzipiell kompensierbar sind, sodaß gemeinschaftsrechtlicher Abfall sich in aller Regel auch als Abfall iSd AWG qualifizieren lassen wird.

nahme von Verpackungen“ (§ 3 Abs 3 Z 5 AWG) sowie „andere Abfälle (Altstoffe) für die Dauer von Lenkungsmaßnahmen nach dem Versorgungssicherungsgesetz [...]“ (§ 3 Abs 3 Z 6 AWG) finden in der RL keine Entsprechung.

⁷⁴⁾ Bundesgesetz, mit dem das Abfallwirtschaftsgesetz geändert wird (Abfallwirtschaftsgesetz-Novelle 1994), BGBl 1994/155; die wesentlichsten Bestimmungen dieser Nov hat *Brezovich*, Die wesentlichsten Bestimmungen der Abfallwirtschaftsgesetz-Novelle 1994 (BGBl 155/1994), RdU 1994, 58, aufgelistet und teilweise kommentiert.

⁷⁵⁾ Wenn sie durch Sammlung, Lagerung, Beförderung und Behandlung der fraglichen Sache als Abfall hintangehalten werden kann (vgl § 1 Abs 3 AWG).

⁷⁶⁾ C.II.2.

Darüber hinaus können freilich dem elastischen Abfallbegriff des AWG auch noch andere als die gemeinschaftsrechtlichen Abfälle unterfallen; gehören sie einer der Abfallgruppen des Anhang I an, so besteht an ihrer gemeinschaftsrechtlichen Zulässigkeit kein Zweifel. Gehen sie aber über die Abfallgruppen des Anhang I hinaus, so müßte erst geprüft werden, ob die Voraussetzungen eines nationalen Alleinganges nach Art 130t EGV vorliegen. Sicher wäre ein solcher Abfallbegriff *strenger* als der gemeinschaftsrechtliche – er würde dem strengen Abfallregime schließlich *mehr* Stoffe und Gegenstände unterstellen, als gemeinschaftsrechtlich erforderlich ist. Damit könnten aber auf der anderen Seite Beschränkungen der Warenverkehrsfreiheit einhergehen, die mit dem EGV unvereinbar sind⁷⁷⁾.

Die Definition von Abfall mit Hilfe unbestimmter Gesetzesbegriffe birgt somit zwar die Gefahr in sich, eine zu weitgehende Subsumtion zu ermöglichen, hat auf der anderen Seite aber auch einen Vorteil: Sie ermöglicht aller Voraussicht nach eine Richtlinienkonformität des österr Abfallbegriffes auch für alle Anpassungen, die die Kommission am Europäischen Abfallverzeichnis vornehmen wird⁷⁸⁾, ohne daß dafür jedesmal eine Gesetzesänderung erforderlich sein wird⁷⁹⁾.

III. Der subjektive Abfallbegriff

Abfälle im subjektiven Sinn sind nach der Bestimmung des § 2 Abs 1 Z 1 AWG „bewegliche Sachen, deren sich der Eigentümer oder Inhaber entledigen will oder entledigt hat“.

1. Der „Entlediger“

Entlediger nach dem AWG kann der Eigentümer ebenso sein wie der bloße Inhaber. Auf den ersten Blick scheint dieser Begriff enger zu sein als sein Pendant in der Abfall-RL: Art 1 lit c definiert den Besitzer als den „Erzeuger der Abfälle oder die natürliche oder juristische Person, in deren Besitz sich die Abfälle befinden“. Doch die Aufnahme des Abfallerzeugers in den Kreis der Abfallbesitzer hat wohl in Wahrheit nur haftungsrechtliche Bedeutung; auf den subjektiven Abfallbegriff dürfte die neue Legaldefinition keinen Einfluß haben: Denn *entledigen* kann sich einer Sache doch nur der, der (zumindest) faktisch über ihr weiteres Schicksal verfügen kann, derjenige also, der

die Sachherrschaft innehat. Das kann nach der RL der Erzeuger der Sache sein oder aber der besitzende Nichterzeuger⁸⁰⁾.

Beide sind aber entweder Eigentümer oder Inhaber der Sache, unterfallen also auch dem AWG als „Entlediger“.

Wer sich also nach dem Gemeinschaftsrecht einer Sache entledigen kann, kann dies auch nach dem AWG tun: die Entledigerbegriffe der beiden Rechtsbereiche erfassen denselben Personenkreis⁸¹⁾.

2. Die Entledigung/der Entledigungswille

Was unter der *Entledigung* zu verstehen ist, sagt weder das AWG selbst, noch findet sich in den Mat eine explizite Erwähnung dazu.

In der österr Literatur wurde bisweilen⁸²⁾ ein „enger“ Entledigungsbegriff propagiert, nach dem die *Weitergabe* einer Sache zur *Verwertung* keine *Entledigung* sei bzw der *Entledigungswille* die Absicht voraussetze, eine wirtschaftliche Verwertung durch Dritte auszuschließen⁸³⁾. Hinter dieser Begriffsbildung steckt wohl noch die Vorstellung, daß Abfall nur sein kann, was absolut wertlos und darum auch einer *Verwertung* nicht mehr zugänglich ist. Dieses Verständnis ist überholt; es mußte schon beim objektiven Abfallbegriff aufgegeben werden, weil auch sehr wertvolle Sachen öffentliche Interessen gefährden können⁸⁴⁾.

⁸⁰⁾ Sinnvollerweise versteht Art 1 lit c der RL 91/156/EWG unter „Besitzer“ den Abfallerzeuger oder den Abfallbesitzer; fallen die beiden nämlich nicht in einer Person zusammen, so kann sich *nur einer von beiden* der Sache entledigen. Die *Pflicht*, sich der Sache zu *entledigen*, dh sie der Verwertung oder Beseitigung zuzuführen (s dazu oben B.II.2.), kann freilich *sowohl den einen als auch den anderen* treffen; der *Adressat* der Entledigungspflicht ist allerdings kein den objektiven Abfallbegriff konstituierendes Merkmal, sodaß die Erweiterung des Besitzerbegriffes um den Abfallerzeuger auch auf den objektiven Abfallbegriff ohne Einfluß bleibt; sie dürfte ausschließlich haftungsrechtliche Konsequenzen haben. Vgl dazu mwN *Seibert*, DVBl 1994, 232.

⁸¹⁾ Entgegen *Kersting*, DVBl 1992, 344 f, sind die Mitgliedstaaten darum *nicht* verpflichtet, den Abfallerzeuger, auch wenn er weder mittelbar noch unmittelbar besitzt, in den Kreis der Abfallbesitzer aufzunehmen. *Bickel*, NuR 1992, 370, ist überhaupt der Auffassung, „Erzeuger“ in Art 1 lit c der Abfall-RL stehe nur für „die Person, bei der der Abfall erstmalig anfällt, solange sie die Gewalt ausübt“.

⁸²⁾ In Anlehnung an den Abfallbegriff des deutschen AbfG.

⁸³⁾ Vgl etwa *Raschauer*, *ecolex* 1990, 646, der die Entledigungsabsicht ausschließlich als *Dereliktionsabsicht* im zivilrechtlichen Sinne versteht und eine Sache, über die in *Verwertungsabsicht* disponiert wurde, nicht für Abfall hält; *Wimmer*, Zum Abfallbegriff im österreichischen Recht, ÖJZ 1992, 719 (721).

⁸⁴⁾ Vgl dazu § 2 Abs 1 letzter Satz AWG: „Die Erfassung und Behandlung als Abfall im öffentlichen Interesse kann auch dann geboten sein, wenn für eine bewegliche Sache ein *Entgelt* erzielt werden kann“, und § 2 Abs 3 AWG, durch den klargestellt wird, daß auch verwertbare Stoffe (Altstoffe) vom Abfallbegriff erfaßt sind; s auch

⁷⁷⁾ Vgl dazu oben FN 5 und 6.

⁷⁸⁾ Vgl Punkt 3 der Einleitung des Europäischen Abfallverzeichnisses.

⁷⁹⁾ Nach dem rechtlich vollzogenen Beitritt Österreichs zur EU wäre nun freilich ein Verweis des AWG auf das Europäische Abfallverzeichnis legislativ wünschenswert; er könnte zum einen den Behörden und Gerichten als Orientierungshilfe dienen und würde zum anderen auch für den Bürger Klarheit darüber schaffen, was sicher als Abfall qualifiziert werden wird. Einer Änderung des Europäischen Abfallverzeichnisses müßte dann zwar auch durch eine Änderung des AWG-Verweises Rechnung getragen werden, der dafür erforderliche legislative Aufwand wäre aber minimal.

Wenn nun für den Entledigungswillen gefordert wird, der Entlediger dürfe eine wirtschaftliche Verwertung der Sache gerade nicht wollen, so wird in Wahrheit durch dieses scheinbar subjektive Kriterium des fehlenden „Verwertungswillens“ ein *objektives*, nämlich die Wertlosigkeit der Sache in den Abfallbegriff eingeschleust⁸⁵⁾; gerade von solchen Kriterien soll der *subjektive* Abfallbegriff aber frei sein⁸⁶⁾.

Dem „engen“ Entledigungsbegriff ist denn auch der VwGH⁸⁷⁾ entgegengetreten, indem er die Abgabe von *Altpapier* an eine Sammelstelle mit dem Zweck, es einer Verwertung zuzuführen, als eine *Entledigung* iSd AWG qualifiziert hat. In gleicher Weise hält der VwGH^{87a)} *Altglas* für Abfall, weil es sich um Sachen handle, deren sich der Eigentümer (durch das „Wegwerfen“ in einen Altglascontainer) *entledigt* hat. Der VwGH hat außerdem ausgesprochen⁸⁸⁾, daß sich die abfallrecht-

liche Entledigung insofern nicht mit der zivilrechtlichen Dereliktion decke, als eine Sache durch die Entledigung nicht herrenlos werden müsse.

Anders als im Gemeinschaftsrecht dürfte aber die *Weitergabe der Sache an einen Dritten* für die Entledigung konstitutiv sein. Das kann den EB zu § 2 AWG⁸⁹⁾ entnommen werden: Hier wird „zur Vermeidung von Mißverständnissen“ klargestellt, daß die in § 2 Abs 2 AWG genannten Sachen nur vom Abfall im objektiven Sinn ausgenommen sind, Abfall im subjektiven Sinn aber jedenfalls darstellen, wenn sie „in *Entledigungsabsicht weitergegeben oder derelinquiert*“ werden. Eine Sache, die nach dem Ende ihrer bestimmungsgemäßen Verwendung im unmittelbaren Bereich des Haushaltes bzw der Betriebsstätte verwertet wird, ist also kein Abfall im objektiven Sinn, solange diese Verwertung „auf eine zulässige Weise“ vorgenommen wird (§ 2 Abs 2 Z 3 AWG); sie ist aber auch kein Abfall im subjektiven Sinn, weil sie noch nicht weitergegeben oder derelinquiert wurde; wird dieselbe Sache auf unzulässige Weise verwertet, ist sie objektiver Abfall, *wenn*⁹⁰⁾ ihre Erfassung und Behandlung als Abfall im öffentlichen Interesse geboten ist; andernfalls ist sie, solange sie sich in Händen des Besitzers befindet, kein Abfall, weder im objektiven noch im subjektiven Sinne.

Oben⁹¹⁾ wurde schon festgestellt, daß die in § 2 Abs 2 Z 3 AWG geregelte Ausnahme vom objektiven Abfallbegriff mit dem gemeinschaftsrechtlichen Abfallbegriff nicht ohne weiteres vereinbar

Funk, Das Recht der Abfallwirtschaft und Altlastensanierung im System der österreichischen Rechtsordnung, in: *derselbe* (Hrsg), Abfallwirtschaftsrecht (1993) 7 f.

⁸⁵⁾ Warum sollte auch jemand die Verwertung einer Sache, die er ohnehin aus der Hand gibt, dezidiert *nicht wollen*? Viel eher wird er davon ausgehen, daß eine Verwertung schlicht *nicht stattfinden* wird. Das wiederum wird er aber regelmäßig nur dann tun, wenn die Sache auch wirklich *nicht mehr verwertet werden kann*. Besonders deutlich ist die Verknüpfung von fehlender Verwertungsabsicht und Wertlosigkeit der Sache bei *Wimmer*, ÖJZ 1992, 721, der eine Sache, deren sich der Besitzer mit Verwertungsabsicht entledigt, dann nicht für Abfall im subjektiven Sinne hält, wenn diese Sache „in angemessener Frist für einen bestimmten Zweck verwertet wird“, *weil* die Sache diesfalls einen „aktuellen, objektiven Gebrauchswert“ habe. Soll die Sache dagegen nur „irgendwann einmal in irgendeiner Weise“ verwertet werden, stelle sie Abfall dar. Der objektive Gebrauchswert freilich spezifiziert nicht die *Verwertungsabsicht* des Besitzers, sondern kennzeichnet die *Sache*, die verwertet wird, er ist somit kein *subjektives*, sondern ein *objektives* Kriterium.

⁸⁶⁾ In diesem Sinne *Zehetner*, Abfall, Altstoff und Wertstoff, *ecolex* 1992, 669: „[. . .] jede bewegliche Sache, und sei sie noch so kostbar und wertvoll, [kann] dem subjektiven Abfallbegriff entsprechen [. . .].“ *Zehetner* nimmt eine Entledigung auch bei *rechtsgeschäftlicher* Gewahrsamsaufgabe an, wenn die Absicht im Vordergrund steht, die Sache aus dem eigenen Herrschaftsbereich wegzugeben.

⁸⁷⁾ Erk v 13. 1. 1993, 91/12/94, *ecolex* 1993, 353 = JBl 1993, 804 = EvBl 1993/206 = ÖZW 1994, 25 mit Anm *Zehetner*; andeutungsweise schon: VwGH 20. 10. 1992, 92/04/0137; dieser Qualifizierung steht, so der VwGH, auch § 2 Abs 1 letzter Satz AWG nicht entgegen, obwohl diese Bestimmung nur auf den Abfall im objektiven Sinn abstelle: „Ausgehend von den Zielen des Abfallwirtschaftsgesetzes (§ 1) in Verbindung mit der Begriffsbestimmung des § 2 AWG besteht für den Verwaltungsgerichtshof kein Zweifel, daß der Abfallbegriff des Abfallwirtschaftsgesetzes auch Sachen erfaßt, die *zur wirtschaftlichen Wiederverwertung geeignet* sind und *bei deren Entledigung auch die Erzielung eines Entgeltes nicht ausgeschlossen ist*“ (Hervorhebungen nicht im Original).

^{87a)} Erk v 28. 6. 1994, 94/05/0001, RdU 1994, 142.

⁸⁸⁾ Erk 91/12/0194 (FN 87).

⁸⁹⁾ 1274 BlgNR 17. GP 31.

⁹⁰⁾ Den *Mat* (1274 BlgNR 17. GP 31) zufolge würde schon die Unzulässigkeit der Verwertung reichen, um die Sache Abfall werden zu lassen. Die Abfalleigenschaft dieser Sache ergäbe sich dann aber nicht aus ihrer Beschaffenheit, sondern aus der Tatsache, daß ihr Besitzer bestimmte Rechtsvorschriften übertreten hat. Die Folge dieser Übertretung bestünde nicht in der Verhängung jener Sanktionen, die die verletzten Rechtsvorschriften dafür vorsehen, sondern in der „Verwandlung“ dieser Sache zu Abfall und der Anwendung des AWG. Sinnvoller ist es wohl, die *Mat* diesbezüglich nicht allzu wörtlich zu nehmen und sich statt dessen an den *Wortlaut des § 2 Abs 2 AWG* selbst zu halten, nach dem das öffentliche Interesse *jedenfalls* für den Fall der zulässigen Verwertung durch den Besitzer eine geordnete Erfassung und Behandlung der Sache als Abfall nicht gebietet – eine Formulierung, die den Umkehrschluß nicht zuläßt, sodaß im Falle einer *unzulässigen* Verwertung *auch* abfallrechtlich relevante Interessen des § 1 Abs 3 AWG berührt sein müssen, um die Sache als Abfall dem AWG zu unterstellen. Dasselbe Argument hat *Wimmer*, *ecolex* 1992, 723 f, vorgebracht, um darzutun, daß nicht jede Sache, die nach dem Ende ihrer bestimmungsgemäßen Verwendung aus dem unmittelbaren Bereich des Haushaltes oder der Betriebsstätte verbracht wird, automatisch Abfall ist, wie dies offenbar *Raschauer* in einem unveröffentlichten Rechtsgutachten vom 15. 12. 1990 zur Frage der rechtlichen Beurteilung von Altpapier und anderen Altstoffen (zit nach *Wimmer*, *ecolex* 1992, 724) vertreten hat.

⁹¹⁾ C.II.2.

ist, durch innerstaatliche Vorschriften aber kompensiert werden könnte.

Ein weiterer, nicht von einer Weitergabe abhängiger Entledigungsbegriff hätte es ermöglicht, den „kritischen“ Fall einer nach innerstaatlichen Vorschriften zulässigen, den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben aber nicht genügenden Verwertung „aufzufangen“ und dem Abfallrecht zu unterstellen. Darüber hinaus hat der engere Entledigungsbegriff des AWG aber mE keine Bedeutung für die Richtlinienkonformität des österr Abfallbegriffes.

3. Keine weiteren Tatbestandsmerkmale

Auch wenn sich aber herausstellen sollte, daß die innerstaatlichen Vorschriften für eine „zulässige“ Verwertung die Ausnahme des § 2 Abs 2 Z 3 AWG bzw den engen Entledigungsbegriff des AWG kompensieren können, steht die Richtlinienkonformität des subjektiven Abfallbegriffes im AWG noch nicht fest; denn ihm fehlt – wie schon seinem objektiven „Kompagnon“⁹²⁾ – das gemeinschaftsrechtliche Tatbestandsmerkmal der „Zugehörigkeit zu Anhang I“: Nach österr Recht ist *jede* bewegliche Sache, und nicht nur eine Sache, die dem Anhang I unterfällt, Abfall, wenn sich ihr Besitzer ihrer entledigt oder entledigen will. Der subjektive Abfallbegriff des österr Rechts ist sohin *weiter* als jener des Gemeinschaftsrechts. Fraglich ist freilich, ob das österr Abfallrecht dadurch auch *strenger* wird als das gemeinschaftsrechtliche, denn nur mit diesem „Effekt“ ist eine Abweichung von einer Umweltrichtlinie (Art 130s EGV) gestattet (Art 130t EGV)⁹³⁾.

*Kersting*⁹⁴⁾ hat die „Objektivierung“ des subjektiven Abfallbegriffes im Gemeinschaftsrecht als *Einschränkung der Entledigungsfreiheit* des Abfallbesitzers gedeutet und darin ein Zeichen des Abschieds von der „Wegwerfgesellschaft“ gesehen. Daß sich der Besitzer nur mehr bestimmter Sachen als Abfall entledigen kann, diene dem Ziel der *Abfallvermeidung*. Daß sich der Besitzer aber nur mehr bestimmter Sachen *als Abfall* entledigen kann, bedeutet nicht, daß er sich anderer Sachen nicht mehr entledigen *darf*: Durch Anhang I wird nur der subjektive Abfallbegriff und damit der Anwendungsbereich des Abfallrechts eingeschränkt; ein Entledigungs*verbot* wird durch ihn nicht statuiert – im Gegenteil: Sachen, deren man sich nun nicht mehr als Abfall entledigen kann, darf man sich, ohne dem Abfallrecht unterworfen zu werden, dh unkontrolliert entledigen⁹⁵⁾. Zwar wird dann vermieden, diese Sachen

„Abfall“ zu nennen, Abfall wird dadurch aber nicht vermieden⁹⁶⁾.

Vermeiden läßt sich der Abfall im Zeitpunkt der Entledigung ohnehin nicht mehr, man kann nur für seine umweltgerechte Behandlung sorgen; dafür ist aber erforderlich, daß er der Norm, die diese Behandlung regelt, subsumiert werden kann. Mit einem *weiten* Begriff vom subjektiven Abfall, der *jede* entledigte Sache erfaßt und einem Behandlungsgebot subsumierbar macht, ist den Zielen auch des gemeinschaftlichen Abfallrechts daher weit mehr gedient⁹⁷⁾.

Der subjektive Abfallbegriff des AWG ist darum *weiter und strenger* als jener des Gemeinschaftsrechts, er konterkariert dessen Ziele nicht, sondern fördert sie und ist somit *EU-konform*⁹⁸⁾.

D. Konsequenzen

Die *Anwendungsbereiche* der beiden Abfallbegriffe sind nicht so verschieden, wie ihre Definitionen vielleicht vermuten lassen würden – in weiten Teilen decken sie sich sogar. Was die beiden Abfallbegriffe voneinander *unterscheidet*, ist vor allem ihr Abstraktionsgrad: der österr Abfallbegriff ist durch seinen Rekurs auf unbestimmte Rechtsbegriffe abstrakt, der gemeinschaftsrechtliche relativ konkret gefaßt.

Dieser Unterschied hat Konsequenzen für die „Handhabung“ des jeweiligen Abfallbegriffs: zum einen für den gemeinschaftsrechtlichen *Normgeber*, der im Laufe der Zeit immer wieder genötigt sein wird, seinen konkreten Abfallbegriff zu ergänzen; sollte sich der österr Gesetzgeber zu einem AWG-Verweis auf den gemeinschaftsrechtlichen Abfallbegriff entschließen, hätte das auch für ihn Folgen: Er müßte jeder Ergänzung des Europäischen Abfallverzeichnisses durch eine Änderung des Verweises im AWG Rechnung tragen.

Konsequenzen zeitigt der unterschiedliche Abstraktionsgrad der beiden Abfallbegriffe aber auch für den *Rechtsanwender*, dem ein konkreter Abfallbegriff justitiabler erscheinen wird als ein abstrakter. Die österr Behörden und Gerichte werden zur Qualifizierung einer Sache als Abfall durchaus das relativ konkret gefaßte Europäische Abfallverzeichnis heranziehen können, was die Rechtssicherheit nicht nur im Anwendungsbereich des AWG erhöht, sondern darüber hinaus in allen Rechtsgebieten, die an das Vorliegen von „Abfall“ Rechtsfolgen geknüpft haben.

Korrespondenz: V.-Ass. Mag. *Magdalena Pöschl*, Institut für Öffentliches Recht und Politikwissenschaft, Universität Innsbruck, Innrain 82, A-6020 Innsbruck, Österreich.

⁹²⁾ Vgl oben C.II.4.

⁹³⁾ *Jahnel*, ZfV 1991, 556, nimmt demgegenüber ohne eingehendere Prüfung an, daß es beim subjektiven Abfallbegriff des AWG „keine Probleme hinsichtlich der Konformität mit den EG-Richtlinien“ gäbe.

⁹⁴⁾ *Kersting*, DVBl 1992, 349, unter Berufung auf die dritte Begründungserwägung der RL 91/156/EWG zur Änderung der RL 75/442/EWG.

⁹⁵⁾ *Dieckmann*, NuR 1992, 410.

⁹⁶⁾ Gesetze versuchen, Dinge zu definieren, nicht Wörter.

⁹⁷⁾ Durch die Abfallgruppe Q16 dürfte freilich auch der gemeinschaftsrechtliche Begriff vom subjektiven Abfall nur geringfügig beschränkt worden sein.

⁹⁸⁾ Darüber hinaus muß der weitere Abfallbegriff mit dem EGV vereinbar sein; eine allenfalls stattfindende Beschränkung der Grundfreiheiten stünde wohl nicht außer Verhältnis zum angestrebten Ziel des Umweltschutzes; s dazu auch oben FN 5 und 6.