



Gutachterliche Stellungnahme zu Fragen der AG
“Rechtssichere PPK-Ausschreibung”

im Auftrag des

Vereins zur Förderung der Abfallwirtschaft
der Region Rhein-Wupper e.V.

vorgelegt von

Prof. Dr. Bernhard *Gallenkemper*

und

Rechtsanwalt Dr. Andreas *Kersting*

Ahlen/Münster, Dezember 2006

A. Gegenüberstellung der Ausschreibungsmodelle	4
B. Eigentumsrechte an den PPK-Abfällen.....	7
I. Ausgangssituation.....	8
II. Eigentumsübertragungsvorgänge.....	9
1. Endverbraucher als ursprünglicher Eigentümer	9
2. Übereignung gemäß § 929 Satz 1 BGB an denjenigen, den es angeht	9
a) Grundsatz	9
b) Eigentumssituation in NRW.....	10
c) Zwischenergebnis.....	11
III. Vermengung begründet Miteigentum	11
1. Begründung von Miteigentum	12
2. Zwischenergebnis.....	13

IV.	Aufhebung der Miteigentümergeinschaft	13
V.	<i>Exkurs:</i> Kein originäres Eigentum des Entsorgers	16
VI.	Anspruch auf Auskehren des Erlöses des § 950 BGB.....	16
C.	Kooperation der Systembetreiber unter kartellrechtlichen Aspekten.....	19
I.	Gesamtvermarktung	19
II.	Vorabstimmung der kommunalen Ausschreibung	21
1.	Auffassung des Bundeskartellamts	21
2.	Handlungsspielraum für vorab abgestimmte Ausschreibungen.....	22
D.	Thesenartige Zusammenfassung.....	22

A. Gegenüberstellung der Ausschreibungsmodelle

Bei der Ausschreibung von PPK Abfällen, die sich wegen der gemeinsamen Erfassung von insbesondere Druckerzeugnissen (kommunaler Abfall) und Verpackungsabfällen (Anteile der Systemträger Verpackungsverordnung §6, Abs. 3) in kommunaler Zuständigkeit befinden, gibt es grundsätzlich 2 Ausschreibungsmodelle

1. Ausschreibung der kommunalen PPK-Mengen (nach Abzug des Verpackungsanteils)
2. Ausschreibung der Gesamt-PPK-Mengen mit Angabe des Verpackungsanteils

Bei dem 1. Ausschreibungsmodell müsste die bei den Systembetreibern lizenzierten Mengen im Vorfeld der Ausschreibung durch Abstimmung mit den Systembetreibern festgelegt werden. Dies ist nach den Ausführungen zur rechtlichen Bewertung (siehe C II) grundsätzlich möglich. Jedoch ergeben sich hier im Ausschreibungsverfahren praktische Schwierigkeiten, da dieser Anteil vorher für die zutreffenden Vertragsgebiete zunächst mit dem derzeit führenden Systemträger DSD festgelegt werden müsste, entsprechende Absprachen aber dann auch mit den übrigen Systembetreibern erfolgen müssten. Dies ist in der Praxis bisher wenig erprobt.

Dabei ist noch nicht abzusehen, ob eine solche Abstimmung für die Laufzeit des kommunalen PPK-Entsorgungsvertrages verbindlich zu erhalten wäre, da sich die Lizenzmengen und die Verteilung zwischen den Systemträgern regelmäßig verändern. Auch müsste im Hinblick auf die Volumenabhängigkeit des Teilbereiches Erfassung und Sammlung eine Abstimmung bzgl. der Volumenanteile erfolgen.

Eine mögliche Änderung dieser so abgestimmten Anteile während der Vertragslaufzeit könnte durch eine Mengentaffel (s. w. u.) begegnet werden, sodass damit eine vertragliche Anpassung ohne Nachverhandlung möglich wäre. Damit wäre dann auch den Anspruch auf Kalkulierbarkeit der ausgeschriebenen Leistung Rechnung getragen.

Problematisch bleibt bei dieser Lösung ein eventueller Ausfall Dualer Systeme und der daraus abzuleitenden Zuständigkeit des ÖRE auch für den Verpackungsanteil. Dies könnte zu einer Neuverhandlung des Vertrages führen, da dies eine Änderung der Vertragsgrundlage sein könnte, die ggf. nicht über eine weitgefaste Mengenstaffel abgefangen werden könnte (z. B. wegen der unterschiedlichen Werthaltigkeit der verschiedenen Papierarten).

Bei dem 2. Ausschreibungsmodell empfiehlt sich folgendes Vorgehen: Es werden die gesamten PPK-Mengen als Ausschreibungsgrundlage dargestellt, ggf. differenziert nach Kommunen (wichtig für den Bereich Sammlung/Transport) und möglichst für einen Zeitraum von 2 bis 3 Jahren.

Damit verbunden wird der Hinweis auf einen annähernden Anteil an PPK-Verpackungen in Gewichts- und Volumenprozent (z. B. auf der Grundlage des INFA-Gutachtens zum Verpackungsanteil für die DSD AG). Der Miterfassung der Verpackungsanteile im Auftrag eines oder mehrerer Systembetreiber wird grundsätzlich zugestimmt, aber an eine Zustimmung des kommunalen Auftraggebers geknüpft. In dieser müssten dann auch die Anteile festgelegt werden, die auf Grundlage der Vereinbarung der Auftragnehmer mit den Systembetreibern als Verpackungsanteil anzusehen sind und bei der kommunalen Entsorgung als Abzug in die Abrechnung eingehen (aufgrund der Verwiegung sind nur die Gesamtmengen bekannt).

Dabei wird darauf hingewiesen, dass für den Bereich Sammlung und Transport auch der Volumenanteil zu berücksichtigen ist und eine abschließende Festlegung des Abzugsbetrages anhand eines wissenschaftlich anerkannten Umrechnungsfaktors zu erfolgen hat. Des Weiteren ist zu regeln, dass für den Fall, dass keine Miterfassung durch einen Systembetreiber erfolgt, die gesamte eingesammelte bzw. entsorgte PPK-Menge Grundlage der Leistungsvergütung ist.

Die sich daraus ergebenden unterschiedlichen PPK-Mengen muss Rechnung getragen werden. Die Bieter müssen die Möglichkeit haben, für verschiedene Mengen Preise anzubieten. Ggf. ist der Aufwand für die Entsorgung höher. Mithin könnte es zu einem Verstoß gegen die Regelungen der VOL/A führen, wenn keine Möglichkeit zur Anpassung der Entgelte bestünde. Es

könnte ein unkalkulierbares Wagnis im Sinne des § 8 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A darstellen, wenn mehr als 10 % Mehrleistung ohne Anpassungsmöglichkeit vorgesehen würde. Daher ist es empfehlenswert, die Preise nach einer Mengestaffel abzufragen, die im o. g. Intervall den möglichen Schwankungsbereich der zu erwartenden Abfallmengen umfasst. Dadurch kann der Bieter dann den Einfluss unterschiedlicher Mengen auf seine Angebotspreise berücksichtigen. Bei der Bewertung des Angebotspreises ist ggf. eine unterschiedliche Wichtung der Staffelpreise im Angebot festzulegen.

Falls Sammlung und Verwertung wegen der getrennten Zuständigkeit von verschiedenen Stellen ausgeschrieben werden (z. B. in NRW: Kreise: Altpapierverwertung, Städte und Gemeinden: Erfassung, Sammlung, Transport), müssen in die jeweiligen Ausschreibungen folgende Hinweise aufgenommen werden:

Ausschreibung der Städte und Gemeinden:

Die im Auftrag der Städte tätigen Sammler und Transporteure sind gesetzlich verpflichtet, die gesamten erfassten PPK-Abfälle (100 %) bei der von der vom Kreis festgelegten Übergabestelle anzuliefern. Außerdem ist klarzustellen, dass vom Kreis bzw. dem von diesem beauftragten Dritten anteilig für den mit den Systembetrieben Dualer Systeme festgelegten Verpackungsanteil eine Auszahlung der anteiligen Erlöse der Altpapierverwertung entsprechend der vertraglichen Randbedingungen des Entsorgungsvertrages des Kreises an den Entsorger erfolgt. Die zugehörigen Daten für die o. g. Anteilfestlegung sind von den Transporteuren an die Städte und Gemeinden sind diesen zu überlassen und von dort an den Kreis weiterzuleiten.

Ausschreibung der Kreise:

In der Ausschreibung ist die Auszahlung der anteiligen Erlöse des kommunalen Anteils entsprechend den vertraglichen Randbedingungen des Entsorgungsvertrages auf der Grundlage der von den Städten und Gemeinden gemeldeten Anteile der PPK-Verpackung vertraglich festzulegen.

Falls entsprechende Vereinbarungen und Meldungen der Städte und Gemeinden zum Zeitpunkt der Ausschreibung noch nicht festliegen, könnte orientierend die Anteile aus den INFA-Gutachten über die Verpackungsanteile genannt werden, für die Abrechnung sind jedoch die vertraglich festgelegten Anteile der Gemeinden maßgebend.

Bei diesem Ausschreibungsmodell werden damit der Ausschreibungsstelle eine umfassende Anpassungsmöglichkeit an veränderte Mengensituationen während der Vertragslaufzeit gegeben und gleichzeitig die Vorgaben des Ausschreibungsrechts (eindeutige Leistungsbeschreibung, Kalkulierbarkeit) erfüllt.

B. Eigentumsrechte an den PPK-Abfällen

Im Rahmen der Sitzung am 30.08.2006 wurde diskutiert, ob der jeweilige Kreis bzw. die kreisfreie Stadt verpflichtet ist, dem anlieferenden Entsorger die vorherige Absonderung des "Verpackungsanteils" zu gestatten. In den kommunalen Erfassungsgefäßen sei ein Gemisch aus kommunalen Abfällen und Verpackungsabfällen enthalten. Würde ein Entsorger zum Beispiel ohne vorherige Abstimmung 25 % der von ihm erfassten Abfälle nicht dem Kreis zuführen, sondern selbst behalten, würde dem Kreis der im Gemisch enthaltene Anteil kommunaler Abfälle entzogen. Dies sei öffentlich-rechtlich nicht zulässig. Wenn ein Entsorger den Verpackungsanteil entziehen wolle, müsse er zuvor sortieren. Wenn er nicht sortiere, müsse er das Gemisch in Gänze dem Kreis bzw. der kreisfreien Stadt übergeben.

Vor diesem Hintergrund soll geprüft werden, ob seitens der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger die Überlassung sämtlicher Abfälle unter gleichzeitigem Eigentumsentzug gefordert werden kann, wenn sich der Entsorger weigert, vorab zu sortieren. Dazu soll zunächst kurz auf die öffentlich-rechtliche Ausgangssituation eingegangen werden (siehe dazu unten I.). Anschließend werden die Eigentumsfragen an den erfassten Abfällen erläutert und geklärt (siehe dazu unten II.).

Das Ergebnis vorweg nehmend kann festgestellt werden, dass eine vorherige Sortierung wohl nicht verlangt werden kann. Dies bedeutet aber nicht, dass dem Systemträger bzw. dem Ent-

sorger das Eigentum an den Verpackungsabfällen entzogen wird. Es entsteht ein Miteigentumsanteil, der im Falle seiner Entwertung bzw. der Auflösung der Miteigentumsgemeinschaft zumindest in Geld entschädigt werden muss.

I. Ausgangssituation

Der kommunale Anteil der PPK-Fraktion wird auf Grundlage der jeweiligen Abstimmungsvereinbarung gemeinsam mit den Verpackungsabfällen der PPK-Fraktion erfasst. Die Entsorgung des "kommunalen Anteils" erfolgt durch den gem. § 13 Abs. 1 KrW-/AbfG durch Landesrecht zu bestimmenden öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger. In Nordrhein-Westfalen sind gem. § 5 Abs. 6 LAbfG NW die kreisangehörigen Städte und Gemeinden verpflichtet, die in ihrem Gebiet anfallenden und ihnen zu überlassenen Abfälle einzusammeln und zu den Abfallentsorgungsanlagen zu befördern. Die Entsorgungsanlagen werden von den Kreisen und den kreisfreien Städten betrieben. Die kreisangehörigen Städte und Gemeinden sind nach § 5 Abs. 6 LAbfG NW verpflichtet, die Abfälle zu Anlagen des Kreises zu bringen.

Es besteht die öffentlich-rechtliche Pflicht der Städte und Gemeinden bzw. der von ihnen gem. § 16 Abs. 1 KrW-/AbfG beauftragten Dritten, die erfasste PPK-Fraktion dem jeweils zuständigen Kreis zur weiteren Entsorgung zu übergeben.

Kommen die kreisangehörigen Städte und Gemeinden dieser Verpflichtung nach und übergeben die von ihnen erfassten PPK-Abfälle insgesamt dem Kreis, sagt dieses noch nichts über die Eigentumsverhältnisse an den erfassten Abfällen aus. Die Ausgestaltung der Eigentumsverhältnisse an den PPK-Abfällen richtet sich nach bürgerlichem Recht.

Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29.12.2004, VI-Kart 17/04 (V),
<http://www.justiz.nrw.de/RB/nrwe2/index.php>.

II. Eigentumsübertragungsvorgänge

1. Endverbraucher als ursprünglicher Eigentümer

Ursprünglich ist der jeweilige Endverbraucher Eigentümer der PPK-Abfälle. Dieses Eigentum wird übertragen. Fraglich ist, wer das Eigentum erwirbt.

2. Übereignung gemäß § 929 Satz 1 BGB an denjenigen, den es angeht

a) Grundsatz

Mit Einwurf in einen PPK-Abfallsammelbehälter bzw. jedenfalls mit Bereitstellen eines Abfallbehälters für PPK zur Sammlung gibt der Endverbraucher ein Übereignungsangebot hinsichtlich des PPK-Abfalls ab. Soweit sowohl kommunale PPK-Abfälle als auch lizenzierte PPK-Verkaufsverpackungen in ein und demselben Sammelbehälter gesammelt werden, macht sich der Bürger keine konkreten Gedanken, wer das Eigentum erhalten soll. Vielmehr ist ein derartiges Angebot gerichtet an “denjenigen, den es angeht”, also die “zuständige” Person bzw. Körperschaft.

Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29.12.2004, VI-Kart 17/04 (V).

Hinsichtlich lizenzierter Verkaufsverpackungen ist der Systemträger dieser Verpackungen beabsichtigter Erwerber. Hinsichtlich des kommunalen PPK-Abfalls soll der öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger Eigentümer werden.

Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29.12.2004, VI-Kart 17/04 (V).

Der zutreffenden Auffassung des OLG Düsseldorf zufolge geht mit Einwurf lizenzierter Verkaufsverpackungen durch einen Endverbraucher das Eigentum daran zunächst gemäß § 929 Satz 1 BGB auf den Systemträger gem. § 6 Abs. 3 VerpackV (hier z.B. die DSD GmbH) über. Das Eigentum an dem kommunalen PPK-Abfall geht dementsprechend gemäß § 929 Satz 1 BGB auf den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger über.

Soweit der Sammelbehälter von einem Dritten, also einem Entsorger, bereitgestellt wird, der dabei sowohl für den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger als auch für den privaten Entsorgungsträger handelt, nimmt der Dritte als Stellvertreter bei der Einigungserklärung und als Besitzmittler auf der Erwerberseite die kommunalen PPK-Abfälle für den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger und die PPK-Verkaufsverpackungsabfälle für den privaten Entsorgungsträger entgegen.

b) Eigentumssituation in NRW

Wie bereits oben dargestellt, sind gem. § 5 Abs. 1 LAbfG NW die Kreise und die kreisfreien Städte zur Entsorgung, also zur Verwertung bzw. Beseitigung der ihnen überlassenen Abfälle verpflichtet. Den Bürgern ist die konkrete Person des Erwerbers gleichgültig. Nach den vom OLG Düsseldorf aufgestellten Grundsätzen wollen sie vielmehr in Übereinstimmung mit der Systematik des § 13 KrW-/AbfG die von ihnen in die Papiertonne eingeworfenen Abfälle demjenigen übereignen, den es angeht.

Hinsichtlich der lizenzierten Verkaufsverpackungen ist dies der jeweilige Systembetreiber. Dieser soll Eigentum erwerben und tut dies auch. Kritischer ist der Übereignungsvorgang bei dem kommunalen Anteil des PPK. Dieser soll an den zuständigen öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger übereignet werden. In NRW gibt es die bekannte Zweiteilung der Zuständigkeiten. Für die Entsorgung sind die Kreise zuständig. Die kreisangehörigen Städte und Gemeinden haben nach Landesrecht nur die Aufgabe, die Abfälle zu erfassen, zu transportieren und den Kreisanlagen bzw. im Auftrag des Kreises betriebenen Anlagen zu übergeben.

Damit käme auf den ersten Blick ein Eigentumserwerb durch die für die Erfassung und den Transport zuständigen kreisangehörigen Städte und Gemeinden in Betracht. Die Erfassung geschieht nicht im Auftrag der Kreise, sondern in einer eigenen, originären Zuständigkeit. Allerdings beschränkt sich deren Zuständigkeit auf die Erfassung. Ein Einwirken auf die Substanz des Abfalls ist in dieser Phase nicht notwendig. Die Abfälle werden von den erfassenden Kommunen nicht verändert. Einwirkungen auf die Substanz der Abfälle werden erst im Rahmen des Entsorgungsvorgangs durchgeführt. Die Entsorgung selbst obliegt den Kreisen.

Mithin meinen wir, dass gute Argumente dafür sprechen, von einem Eigentumserwerb unmittelbar durch die Kreise auszugehen.

Der guten Ordnung halber müssen wir allerdings darauf hinweisen, dass wir aus Zeitgründen davon abgesehen haben, im Detail und abschließend zu prüfen, wer an dieser Stelle der Kette Eigentum erwirbt. Dies war keine zentrale Fragestellung im Rahmen unseres Prüfauftrages. Eine gesonderte Prüfung könnte dennoch von Interesse sein, wenn kreisangehörige Städte und Gemeinden den Kreisen entgegen der grundsätzlichen Verpflichtung nach § 5 Abs. 6 LABfG NW die PPK-Abfälle vorenthalten und auf eigene Rechnung vermarkten. Hierdurch verstoßen die kreisangehörigen Städte und Gemeinden zwar gegen eine öffentlich-rechtliche Pflicht. Sollte der Verstoß allerdings sanktionslos bleiben, könnte der Kreis u.U. auf der "eigentumsrechtlichen Schiene" das ihm vom Bürger übereignete Eigentum einfordern. Ob derartige Ansprüche in der Tat bestehen, müsste separat geprüft werden und ist wegen des hier vorgegebenen Zeit- und Kostenrahmens nicht möglich.

c) Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden, dass in den jeweiligen Papiertonnen bzw. Altpapiercontainern das Eigentum zweier Eigentümer befindlich ist. Ein Teil steht im Eigentum der Systemträger, ein anderer in dem Eigentum der Kreise bzw. kreisfreien Städte als für die Entsorgung zuständige öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger.

III. Vermengung begründet Miteigentum

Nach dem Einwurf von PPK-Abfällen kommt es zu einer Vermischung von Druckerzeugnissen und Verkaufsverpackungen. Rechtlich bedeutet dies nach Ansicht des OLG Düsseldorf, dass es zu einer Vermengung bzw. Vermischung im Sinne der §§ 948 Abs. 1 und Abs. 2, 947 BGB kommt. Das Gericht lässt dabei dahinstehen, ob bereits ein Fall des § 948 Abs. 1 BGB (Untrennbarkeit) vorliegt, oder ob ein Fall des § 948 Abs. 2 BGB anzunehmen ist, dem zufolge zwar eine Trennbarkeit weiterhin besteht, eine Trennung aber mit unverhältnismäßigen Kosten verbunden wäre.

1. Begründung von Miteigentum

Die Beantwortung dieser Frage ist an dieser Stelle nicht erforderlich. Einheitliche Rechtsfolge beider Bestimmungen ist die entsprechende Anwendbarkeit von § 947 BGB. Der private Systemträger und der öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger werde im Verhältnis ihrer jeweiligen Miteigentümeranteile Miteigentümer des Sammelguts. Dies ergibt sich aus § 947 Abs. 1 BGB in Verbindung mit §§ 741 ff., 1008 ff. BGB.

Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29.12.2004, VI-Kart 17/04 (V); vgl. auch *Bassenge*, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 65. Auflage, München 2006, § 947 Rn. 3 und § 948 Rn.3.

Diese Auffassung steht im Einklang mit den maßgeblichen Bestimmungen des BGB. Der Ansicht des OLG Düsseldorf steht insbesondere nicht entgegen, dass die Bestimmungen §§ 947, 948 BGB nach zutreffender Ansicht nicht anwendbar sind, soweit die Verbindungs- bzw. Vermischungshandlung eine Übergabe im Sinne des § 929 BGB darstellt.

Vgl. *Bassenge*, a.a.O., § 947 Rn. 1, § 948 Rn. 1, m.w.N.; vgl. hinsichtlich der Anwendbarkeit von § 948 BGB auch *Füller*, in: Rebmann/Säcker/Rixecker (Hrsg.), MünchKomm BGB, Band 6, 4. Auflage, München 2004, § 948 Rn. 2, ebenfalls m.w.N. und unter Hinweis auf die Maßgeblichkeit des Parteiwillens im Einzelfall.

Eine solche Gleichzeitigkeit ist in den hier maßgeblichen Sachverhalten regelmäßig nicht gegeben. Dem Einwurf von Abfällen in einen Sammelbehälter als Übergabehandlung im Sinne des § 929 Satz 1 BGB folgen das Auftreffen des Abfalls auf den bereits vorhandenen Abfall und die anschließende Vermengung. Der Realakt des Einwurfs stellt also in der Regel nicht zugleich schon die Vermengung dar. Die Vermengung erfolgt dann erst – wenn auch sehr kurze Zeit - später.

2. Zwischenergebnis

Damit ist nach erfolgter Vermengung der PPK-Abfälle nicht etwa der öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger – hier der Kreis bzw. die kreisfreie Stadt – als Alleineigentümer der gesamten PPK-Abfälle anzusehen. Vielmehr besteht an der PPK-Abfallmenge Miteigentum sowohl des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers, als auch des privaten Entsorgungsträgers in Bezug auf lizenzierte PPK-Verkaufsverpackungen. Die Größe des jeweiligen Anteils bemisst sich nach dem Wertverhältnis zwischen kommunalen PPK-Abfällen und lizenzierten PPK-Verkaufsverpackungen.

IV. Aufhebung der Miteigentümergeinschaft

Die Aufhebung einer Miteigentümergeinschaft an PPK-Abfällen geschieht grundsätzlich durch Teilung in Natur. Die Gesamtabfallmenge ist dabei dem Verhältnis der Miteigentumsanteile entsprechend gemäß § 752 Satz 1 BGB auf die beiden Teilhaber aufzuteilen.

Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29.12.2004, VI-Kart 17/04 (V);
vgl. zur entsprechenden Aufhebung allgemein auch *Bassenge*, a.a.O.

Eine solche Teilung in Natur wird in der Praxis der Abfallentsorgung aus Kostengründen häufig nicht erfolgen. Vielmehr werden die vermengten PPK-Abfälle zum Verwerter verbracht bzw. werden zu Unternehmen gefahren, welche der Verwerter eingeschaltet hat. Fraglich ist jedoch, ob ohne Weiteres auf eine Teilung in Natur (Realteilung) verzichtet werden darf.

Nur wenn Eine Teilung in Natur ausscheidet, kommt eine Teilung durch Verkauf in Betracht. Hierzu bestimmt § 753 BGB, dass eine Teilung des Gemeinschaftseigentums durch Verkauf des gemeinschaftlichen Gegenstandes und Teilung des Erlöses nur zulässig ist, wenn die Teilung in Natur ausgeschlossen ist.

Damit stellt sich hier vorrangig die Frage, ob eine Teilung des gemeinschaftlichen Eigentums im Rechtssinne ausgeschlossen ist. Praktisch wäre eine Aufteilung der lizenzierten Verkaufsverpackungen einerseits und der übrigen, der Entsorgungspflicht des Kreises unterfallenden

PPK-Abfälle, andererseits möglich. Die Abfälle könnten sortiert werden. Allerdings kann eine solche Sortierung unwirtschaftlich sein.

Es muss auf den Begriff der Teilbarkeit im Sinne des § 752 BGB bzw. des § 753 BGB abgestellt werden. Danach ist ein Gegenstand teilbar, wenn er sich in Teile zerlegen lässt, deren Wertverhältnis den Anteilen entspricht, d.h. in der Regel in gleichwertige Teile und wenn durch diese Teilung keine Wertminderung herbeigeführt wird.

So bereits das Reichsgericht, JW 1935, 781; ebenso *Karsten Schmidt*, in: Münchener Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, Schuldrecht, Besonderer Teil III, 3. Auflage (nicht mehr ausdrücklich in der 4. Auflage), § 752 Rn. 8.

Neben rechtlichen entscheiden wirtschaftliche Gesichtspunkte. Allerdings ist der für die Naturalteilung erforderliche Kostenaufwand grundsätzlich unerheblich. Ebenso wenig scheidet eine Teilung in Natur schon dann aus, wenn die Teilung durch Verkauf zweckmäßiger ist.

Aus diesen Grundsätzen könnte gefolgert werden, eine Teilung der PPK-Abfälle in Natur auf der Grundlage des § 752 BGB sei möglich. Von dem Systemträger – bzw. im Falle der Überweisung von dem beauftragten Entsorger – könnte gefordert werden, das Papier der lizenzierten Verkaufsverpackungen nach Gewicht aufzuteilen, wenn es in etwa den gleichen Wert besitzt, wie der kommunale PPK-Anteil. Eine Sortierung wäre in diesem Fall nicht notwendig. Der Anteil der Verkaufsverpackungen könnte vom Kreis in Natur abgeteilt und dem Eigentümer übergeben werden.

Anders sieht dies aus, wenn die jeweiligen Fraktionen weit unterschiedliche Wertigkeiten besitzen sollten. Dies könnte unter Umständen der Fall sein. Den letzten EUWID-Mitteilungen konnten wir entnehmen, dass der Erlös für gemischte Ballen (1.02) niedriger ist als der von alten Zeitungen (2.01). Weiter unterscheidet sich der Preis von Wellpappen (4.03) von dem Preis für alte Zeitungen. Daraus könnte gefolgert werden, dass für reine Druckerzeugnisse ein höherer Preis erwirtschaftet werden kann als für Verpackungsabfälle aus PPK.

Wie bereits oben dargestellt, verlangt § 752 BGB, dass die Aufteilung in Natur entsprechend dem Wert der in das Miteigentum eingebrachten Anteile zu erfolgen hat. Gleichzeitig ist die Teilung des Verkaufserlöses nach § 753 Abs. 1 BGB die Ausnahme. Unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten kommt eine Teilbarkeit in Natur jedoch selten in Betracht. Regelfall ist die Erlösaufteilung im Sinne des § 753 Abs. 1 BGB. Deshalb muss die Teilbarkeit von demjenigen, der sich darauf beruft, besonders geltend gemacht werden. Folgt der andere Teil der Teilung nicht, muss er die Teilung im Klagewege erstreiten. Im Rahmen eines solchen Prozesses muss geprüft werden, ob das Verlangen nach Aufhebung der Gemeinschaft im Wege der Realteilung mit den Grundsätzen von Treu und Glauben (§ 242 BGB) vereinbar ist.

Vgl. BGH, BGHZ 58, 146, 147 = NJW 1972, 818, 819; *Karsten Schmidt*, in: Münchener Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, Schuldrecht Besonderer Teil III., 4. Auflage, § 753 Rn. 7.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Kosten der Naturalteilung nach dem Verhältnis ihrer Anteile erfolgt. Die Kosten der Teilung werden bedeutsam. Folgendes Beispiel soll dies verdeutlichen:

Die Person A steuert 100 g Gold und die Person 100 g Blei einer Vermischung bei. Damit hat jede Partei 100 g des dann 200 g schweren Gemisches beigesteuert. Im Anschluss daran können sich die Parteien nicht auf eine Teilung verständigen. Die Miteigentumsgemeinschaft soll aufgelöst werden. Der Blei-Eigentümer B verlangt eine Teilung in Natur. Das Verfahren zur Trennung des Goldes von dem Blei ist sehr kostenintensiv. Die Trennungskosten sind mit dem Erlös für 100 g Gold vergleichbar. Dennoch beharrt der Blei-Eigentümer auf einer Naturalteilung.

Aus seiner Sicht ist das Risiko gering. Der Wert des Bleies ist dermaßen gering, dass er auch in einem zu vernachlässigenden Umfang an den Teilungskosten beteiligt werden würde. Den großen Anteil muss der ehemalige Gold-Eigentümer In diesem Fall wäre nach den vom Bundesgerichtshof entwickelten Grundsätzen von Treuwidrigkeit auszugehen. Der Blei-Eigentümer würde treuwidrig ein teures

Auseinandersetzungsverfahren verlangen. Vielmehr müsste hier die Teilung durch Verkauf im Sinne des § 753 BGB betrieben werden.

Dieses Beispiel kann u.U. auf die Papierteilung übertragen werden. Die Kosten für eine Sortierung könnten unverhältnismäßig hoch sein. Wenn zum Beispiel der Eigentümer der Verpackungsabfälle die Teilung verlangen würde, würde er z.B. auf Grund des geringeren Wertes und zusätzlich des geringeren Volumens der Verpackungsabfälle im Gemisch die weitaus geringeren Teilungskosten tragen müssen. Derartiges Verlangen wäre damit wohl als schikanos und somit als treuwidrig anzusehen. Mithin sprechen unseres Erachtens die besseren Argumente dafür, eine Teilung durch Verkauf im Sinne des § 753 Abs. 1 BGB für zulässig zu erachten.

V. Exkurs: Kein originäres Eigentum des Entsorgers

Ein als Transporteur beauftragter Dritter erlangt nicht ohne weiteres Eigentum an dem PPK-Abfall. Er erlangt auch keinen Miteigentumsanteil, weil er vor Vermengung der Abfälle zu keinem Zeitpunkt selbst Eigentum inne hatte.

Die Erlangung eines Miteigentumsanteils durch den Dritten, der als Transporteur der PPK-Abfälle fungiert, ist nur auf der Grundlage eines rechtsgeschäftlichen Erwerbs denkbar. Schließt der Transporteur etwa mit der DSD GmbH eine entsprechende Vereinbarung, wie es wohl gängiger Praxis entspricht, kommt es zu einem Übergang des entsprechenden Miteigentumsanteils der DSD GmbH auf den Entsorger. Zu betonen ist, dass dies dann aber allein den Miteigentumsanteil der DSD GmbH betrifft. Nur dieser geht in derartigen Konstellationen über, während der Miteigentumsanteil des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers bei diesem verbleibt.

VI. Anspruch auf Auskehren des Erlöses des § 950 BGB

Wie bereits oben unter B.IV dargestellt, hat jeder Miteigentümer grundsätzlich nach den §§ 752, 753 BGB einen Anspruch auf Teilung der Miteigentumsgemeinschaft. Wird ein sol-

cher Anspruch weder geltend gemacht noch durchgesetzt, kann es zu einer Art der Übertragung des Gemisches an einen Verarbeiter kommen, der das Gemisch zu einem neuen Stoff verarbeitet. Regelmäßig dürfte dieses Stadium in der am Ende der Verwertungskette stehenden Papierfabrik spätestens eintreten. In diesem Fall ist zu fragen, welche Ansprüche der Systemträger bzw. der Entsorger gegen den weiter übertragenden Kreis hat.

In Betracht kommt ein Anspruch aus §§ 950, 951 BGB. § 951 BGB besagt:

“Wer durch Verarbeitung oder Umbildung eins oder mehrerer Stoffe eine neue bewegliche Sache herstellt, erwirbt das Eigentum an der neuen Sache, sofern nicht der Wert der Verarbeitung oder der Umbildung erheblich geringer ist als der Wert dieses Stoffes.”

Parallel hierzu bestimmt § 951 BGB, dass derjenige, der einen Rechtsverlust auf Grund der Verarbeitung erlitten hat, von dem Begünstigten eine Vergütung in Geld verlangen kann. Ein solcher Anspruch könnte hier zunächst dem Kreis gegenüber dem Verwerter und dann wiederum anteilig dem Entsorger gegen den Kreis zustehen.

Das Bestehen eines Anspruchs der DSD GmbH bzw. des Entsorgers gegen den Kreis aus Eingriffskondiktion im Sinne der §§ 951, 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB setzt voraus, dass überhaupt alle Merkmale des § 950 BGB vorliegen.

Ob überhaupt eine neue Sache im Sinne des § 950 BGB hergestellt wird, bemisst sich nach überwiegender Auffassung nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung.

Vgl. *Bassenge*, a.a.O., § 950 Rn. 3; vgl. auch *Füller*, a.a.O., § 950 Rn. 7 sowie Rn. 10

Eine Wertsteigerung allein ist nicht maßgeblich. Als neue Sache im Sinne der Vorschrift soll regelmäßig eine solche anzusehen sein, die auf einer höheren Verarbeitungsstufe angesiedelt ist.

Vgl. *Bassenge*, a.a.O.

Als Anzeichen für die Neuheit werden ein neuer Name oder eine Formveränderung angesehen. Liegt hinsichtlich eines Grundstoffes nach der Verkehrsauffassung eine einheitliche Verarbeitung vor, welche mehrere Stufen durchläuft, soll eine neue Sache erst mit Abschluss der Verarbeitung hergestellt sein.

Vgl. *Bassenge*, a.a.O.; zu weiteren Kriterien, insbesondere zum Merkmal des anderen Verwendungszwecks vgl. *Füller*, a.a.O., § 950 Rn. 7 f.

Unter einer Verarbeitung im Sinne des § 950 BGB wird dabei jede Einwirkung auf die Sachsubstanz verstanden, welche neue Sacheigenschaften erzeugt. Es werden daher physikalische, chemische oder biologische Veränderungen eines oder mehrerer Ausgangsstoffe als Verarbeitung in diesem Sinne angesehen. Die bloße Zerstörung, Zerteilung oder Trennung einer Sache wird hingegen nicht als Verarbeitung aufgefasst.

Vgl. *Füller*, a.a.O., § 950 Rn. 6.

Eine Verarbeitung in diesem Sinne findet bei der Einwirkung auf PPK-Abfälle entweder in der Sortieranlage oder spätestens in einer Papierfabrik statt. Unter Berücksichtigung der angeführten Gesichtspunkte spricht zudem einiges dafür, die PPK-Abfälle nach erfolgter Verwertung als neuen Stoff im Sinne des § 950 BGB anzusehen.

Folgt man der zutreffenden Auffassung, der zufolge es sich bei nach der Bearbeitung von PPK-Abfällen in einer Papierfabrik um neugewonnene Sekundärrohstoffe handelt,

vgl. etwa zum Ende der Abfalleigenschaft etwa *Kersting*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, Kommentar, Band III. KrW-/AbfG § 3 Rn. 62 ff.

liegt begrifflich eine andere, neue Sache im Vergleich zum vorherigen Abfallgemisch vor.

Selbst wenn man dieser Ansicht nicht folgen will, dürfte sich gleichwohl das Vorliegen einer Verarbeitung im Sinne des § 950 BGB annehmen lassen. Handelte es sich vor dem Verwertungsvorgang allein um nicht weiter nutzbare Abfälle, sind die nach der Bearbeitung gewonnenen Stoffe in der Papierproduktion einsetzbar, weshalb (nur) für sie auch ein Markt besteht. Damit dürften die Voraussetzungen des § 950 BGB erfüllt sein. Der betroffene Eigentümer hat den Anspruch auf Ersatz des ihm entzogenen Papieranteils.

C. Kooperation der Systembetreiber unter kartellrechtlichen Aspekten

Um Synergieeffekte bei der Vergabe des Auftrages zur PPK-Entsorgung zu erreichen, wird eine weitgehende Kooperation mit dem Systembetreiber, z.B. der DSD GmbH beabsichtigt. Vorrangiges Ziel wäre es, eine Gesamtvermarktung der PPK-Menge durchzuführen. Sollte dies unter kartellrechtlichen Bedingungen nicht möglich sein, haben die beteiligten öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger ein Interesse daran, zumindest die eigenen PPK-Ausschreibungen so zu gestalten, dass vorab eine umfassende und detaillierte Leistungsbeschreibung ermöglicht wird. Dafür ist es von Interesse, z.B. vorab mit der DSD GmbH zu klären, welche Mengen auf von der DSD GmbH lizenzierte Abfälle entfallen, welche Erlöse die DSD GmbH an den von ihr zu beauftragenden Entsorger zu zahlen beabsichtigt und welche Verwertungswege sie ggf. vorgeben möchte.

I. Gesamtvermarktung

Obwohl sowohl das Bundeskartellamt als auch das OLG Düsseldorf sich eindeutig gegen das Recht der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger ausgesprochen hatten, dass diese 100 % des PPK-Abfalls vergeben und DSD bzw. andere Systembetreiber an den Kosten beteiligen, stellt sich die Frage einer anderen Art der Kooperation. Es könnte an eine Gesamtvermarktung in Form einer Einkaufsgemeinschaft gedacht werden. Der öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger könnte gemeinsam mit den Systembetreibern eine einheitliche Ausschreibung durchführen. Bei dieser Vorgehensweise würde den Systembetreibern zumindest nicht ein

Entsorger aufgedrängt, ohne dass der Systembetreiber auf die Auswahl noch einen Einfluss nehmen konnte.

Dennoch dürfte die Vorgehensweise kartellrechtlich unzulässig sein. Die gemeinsame Vermarktung hat Einfluss auf die Abnehmer des Altpapiers. Sowohl der öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger als auch der Systembetreiber sind Nachfrager bzw. Anbieter auf dem Markt der Altpapierverwertung. Durch die Kooperation wird in die wettbewerbliche Betätigungsfreiheit der Altpapierverwerter eingegriffen. Wörtlich führt das OLG Düsseldorf in dem schon mehrfach zitierten Beschluss vom 29.12.2004 aus:

“... wäre dieses Vorgehen zwischen den Beteiligten und der “D. AG” vereinbart worden, läge der Tatbestand des § 1 GWB vor. Denn die entsprechende Vereinbarung wäre unmittelbar auf das Ziel gerichtet gewesen, den zwischen den Beteiligten und der “D. AG” bestehenden Nachfragewettbewerb bei der Beschaffung von Entsorgungsdiensten der “A. K/H.” zu verhindern. Dass keine gemeinsame Beschaffung von Entsorgungsdienstleistung im Rahmen einer Einkaufsgemeinschaft, sondern eine gestufte Leistungsbeziehung angestrebt worden wäre, indem der Beteiligte die zur Entsorgung des Verpackungsabfalls erforderliche Dienstleistungen beschaffen und sie sodann an die “D. AG” weiter veräußern soll, spielt – entgegen der Ansicht der Beschwerde – keine Rolle. Denn ebenso wie die Bildung einer Einkaufsgemeinschaft hätte auch die Verabredung einer gestuften Lieferkette eine Ausschaltung des ansonsten stattfindenden Nachfragewettbewerbs zwischen den Beteiligten und der “D. AG” im Verhältnis zur “A. K/H.” bezweckt.”

In dieser Randbemerkung hat das OLG Düsseldorf, das bekanntlich die Beschwerdeinstanz zu allen Entscheidungen des Bundeskartellamts ist, deutlich heraus gestellt, dass eine gemeinsame Vermarktung des Altpapiers in Form einer Einkaufsgemeinschaft den ansonsten bestehenden Nachfragewettbewerb zwischen dem öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger und den Systembetreibern verhindert. Ein Abweichen des OLG Düsseldorf von dieser Entscheidung ist unwahrscheinlich. Mithin ist sicher davon auszugehen, dass eine Gesamtvermarktung vom Kartellamt beanstandet und diese Beanstandung vom OLG Düsseldorf “abgesegnet” werden wird.

II. Vorabstimmung der kommunalen Ausschreibung

Eine vorherige Abstimmung zwischen dem öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger bzw. den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern und DSD erscheint unter kartellrechtlichen Gesichtspunkten als zulässig, legt man die vom OLG Düsseldorf und dem Bundeskartellamt vertretene Auffassung zugrunde.

1. Auffassung des Bundeskartellamts

Nach Auffassung des Bundeskartellamts ist eine der Ausschreibung vorangehende Abstimmung zwischen einem öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger und einem privatem Systembetreiber, über die Verteilung der in einem Entsorgungsgebiet anfallenden PPK-Abfallmengen zulässig. Dies gilt jedenfalls für die vom Bundeskartellamt aufgezeigten Ausschreibungsmodelle.

Vgl. BKartA, Beschluss vom 06.05.2004, B 10 – 37202 – N 97/02 – 1, lfd. Nr. 90 ff. des Entscheidungs- Umdrucks

Soweit also ein solches Modell gewählt wird, erscheint eine Abstimmung zwischen dem öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger und der DSD GmbH im Vorfeld der Ausschreibung als möglich bzw. sogar als erforderlich.

Die Abstimmung darf allerdings nicht derart weit gehen, dass der Systembetreiber einem Verlangen des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers zur Mitbenutzung allein auf kooperativer Grundlage und unter Verzicht auf eine Ausschreibung nachkommt. Ein solches Vorgehen sieht das Bundeskartellamt als Verstoß gegen das Kartellverbot des § 1 GWB an.

Vgl. BKartA, Beschluss vom 06.05.2004, B 10 – 37202 – N 97/02 – 1, lfd. Nr. 98 sowie Nr. 119 f., Nr. 123 ff. des Entscheidungsumdrucks; die Frage der Anwendbarkeit des § 1 GWB auf öffentlich-rechtliche Verträge wird ausdrücklich offen gelassen vom OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29.12.2004, VI-Kart 17/04 (V), m.w.N. zu den insoweit vertretenen, divergierenden Ansichten.

2. Handlungsspielraum für vorab abgestimmte Ausschreibungen

Die dargestellten Überlegungen gelten sowohl für Kreise bzw. kreisfreie Städte als öffentlich-rechtlicher Entsorgungsträger im Sinne des § 5 Abs. 1 LAbfG als auch für kreisangehörige Gemeinden als öffentlich-rechtlicher Entsorgungsträger i.S.d. § 5 Abs. 6 LAbfG. Es dürfte nicht zu beanstanden sein, wenn die vom jeweiligen Systembetreiber lizenzierten Mengen vor Versendung der Ausschreibungsunterlagen abgestimmt und anschließend in das Leistungsverzeichnis übernommen werden.

Unzulässig dürfte es indes sein, die Systembetreiber – z.B. die DSD GmbH – vorab zu der Benennung des von ihr später gezahlten Entgeltes an den erfolgreichen Bieter zu veranlassen. Das OLG Düsseldorf hat den Wettbewerb um den Auftrag des Systembetreibers für sehr wichtig erachtet. Ein derartiger Wettbewerb könnte jedoch nicht mehr stattfinden, wenn die Vergütung schon vorab feststünde. Ein wesentliches Element des Wettbewerbes würde u.E. fehlen.

D. Thesenartige Zusammenfassung

Es wird empfohlen, ausschließlich den kommunalen Anteil der PPK-Menge auszuschreiben und gleichzeitig darzustellen, welche prozentualen Anteile der gesamten PPK-Menge Kommunalabfall und welche Verpackungsmaterial sind.

Um bei einer Veränderung der prozentualen Anteile später eine leistungsgerechte Vergütung sicher zu stellen, sollten Staffelpreise abgefragt werden. Ferner sollte vorgesehen werden, dass der erfolgreiche Bieter sicher stellt, den Miteigentumsanteil wertmäßig an den Eigentümer auszuzahlen.

Das von den kreisangehörigen Städten eingesammelte Altpapier muss nach Landesabfallgesetz zu den Kreisen verbracht werden. Dies bedeutet jedoch nicht, dass die Kreise alleinige Eigentümer des Altpapiers werden.

Ursprünglich ist der jeweilige Abfallbesitzer Eigentümer des Papiers. Durch den Einwurf in die Tonne übereignet er dieses Papier an denjenigen, an den es angeht. Dabei ist darauf abzustellen, wer für die Entsorgung der jeweiligen Fraktion zuständig ist. Dies ist derjenige, den es angeht.

Für die Entsorgung des kommunalen Anteils sind in Nordrhein-Westfalen die Kreise zuständig. Diese werden Eigentümer des kommunalen Anteils. Für die Entsorgung der Verpackungsabfälle sind bei einem auf Grundlage des § 6 Abs. 3 VerpackV abgestimmten System die Systemträger zuständig. Diese werden Eigentümer des Verpackungsanteils. Soweit vertraglich ein Systemträger sein Eigentum auf den erfassenden Entsorgungsunternehmer übertragen hat, wird dieser mit der Erfassung Eigentümer.

Nach dem Einsammeln entsteht ein Miteigentumsgemisch aus Abfällen, die zum einen im Eigentum des Kreises und zum anderen im Eigentum des Systemträgers oder des beauftragten Entsorgers stehen. Die Größe des jeweiligen Anteils bemisst sich nach dem Verhältnis zwischen kommunalen PPK-Abfällen und lizenzierten PPK-Verkaufsverpackungen.

Die so geschaffene Miteigentümergeinschaft an PPK-Abfällen wird nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch grundsätzlich durch Teilung in Natur aufgeteilt. Bei der Altpapierverwertung ist dieses indes nicht praktikabel. Vielmehr bietet es sich an, dass das Altpapier veräußert und der Erlös ausgekehrt wird. Anteilig erhält sowohl der Kreis als auch der Systembetreiber bzw. der Entsorger den erzielten Verkaufserlös.



Prof. Dr. B. Gallenkemper



Dr. Andreas Kersting
Rechtsanwalt