

Gutachten

Eigentum an Verpackungsabfällen

im Auftrag

**des bvse - Bundesverband Sekundärrohstoffe und
Entsorgung e.V., Bonn
und**

**des BDE Bundesverband der Deutschen Entsorgungs-,
Wasser- und Rohstoffwirtschaft e.V., Berlin**

von

**Rechtsanwalt Dr. Alexander Schink, Staatssekretär a.D.
Rechtsanwälte Redeker Sellner Dahs**

Bonn, im Juni 2013

| | |
|---|----|
| Inhaltsverzeichnis | 2 |
| A. Sachverhalt und Gutachtenauftrag | 5 |
| I. Sachverhalt | 5 |
| II. Gutachtenauftrag | 8 |
| B. Erwerb des Eigentums nach Eigentumsaufgabe durch Aneignung, §§ 959, 958 BGB..... | 10 |
| I. Eigentumsaufgabe an Abfällen als Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot im Sinne des § 134 BGB? | 11 |
| II. Tatsächliche Besitzaufgabe | 13 |
| III. Wille zur Eigentumsaufgabe | 13 |
| IV. Zwischenergebnis..... | 15 |
| C. Eigentumserwerb gemäß § 929 BGB | 16 |
| I. Mögliche Fallkonstellationen..... | 16 |
| II. Streitstand..... | 17 |
| 1. Eigentumserwerb durch die dualen Systeme..... | 17 |
| 2. Eigentumserwerb durch den Entsorger | 19 |
| III. Voraussetzungen für den Eigentumsübergang gemäß § 929 BGB | 21 |
| 1. Einigung | 21 |
| IV. Einigung über den Eigentumsübergang | 24 |
| 1. Angebot des Verbrauchers | 24 |
| 2. Adressat des Angebots auf Eigentumsübertragung..... | 25 |
| a) Übereignung an den, den es angeht | 25 |
| b) Übertragung des Eigentums an den, den es angeht, durch den Verbraucher?..... | 27 |
| c) Gleichgültigkeit über die Person des Erwerbers..... | 28 |
| d) Verantwortlichkeiten bei der Entsorgung von Verpackungsabfällen..... | 31 |
| e) Mehrere Systembetreiber..... | 36 |
| f) Zwischenergebnis | 36 |
| 3. Annahme des Angebotes | 37 |
| a) Annahmeerklärung des Entsorgers | 37 |

| | |
|--|----|
| b) Bedeutung der Drittbeauftragung durch die Systembetreiber | 37 |
| 4. Zwischenergebnis | 40 |
| V. Übergabe | 40 |
| VI. Zwischenergebnis | 41 |
| D. Eigentumserwerb durch Vermischung, § 948 BGB | 43 |
| E. Eigentumserwerb bei Sammlung der PPK-Fraktion | 44 |
| F. Verzicht auf eine Ausschreibung für Sortierung/Aufbereitung, Verwertung Vereinbarkeit mit Art. 102 AEUV/§ 19 GWB? | 48 |
| I. Auffassung des Bundeskartellamtes | 48 |
| II. Marktbeherrschende Stellung | 50 |
| III. Relevanter Markt | 52 |
| IV. Missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung | 52 |
| V. Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten | 54 |
| VI. Zwischenergebnis | 55 |
| VII. Rechtsfolge | 55 |
| G. Zukünftige Ausgestaltung der Vergabe von Erfassung, Sortierung / Aufbereitung und Verwertung bei der Wertstoffeffassung | 56 |
| I. Lösung im System – Festschreibung der System- und Gewährleistungsverantwortung der Systembetreiber | 56 |
| II. Formulierungsvorschlag | 59 |
| III. Rechtswirkungen des Vorschlages | 60 |
| 1. Verpflichtung zur Drittbeauftragung | 60 |
| 2. Trennung der Teilleistungen | 61 |
| 3. Vergabe im Wettbewerb | 62 |
| 4. Befristung der Vergabeentscheidung | 62 |
| 5. Verweis auf § 6 Abs. 4 S. 5, 6 | 62 |
| IV. Rechtliche Einordnung der vorgesehenen Regelung | 62 |
| 1. Systematische Fortentwicklung der Verpackungsverordnung | 62 |
| 2. Rechtliche Zulässigkeit der vorgeschlagenen Regelung | 64 |
| a) Hinreichende Ermächtigung in § 25 Abs. 1 Nr. 2 KrWG? | 65 |

| | |
|--|----|
| b) Vereinbarkeit mit Art. 12 Abs. 1, 14 Abs. 1 GG | 69 |
| aa) Kein Verstoß gegen Art. 14 Abs. 1 GG | 70 |
| bb) Verstoß gegen Art. 12 Abs. 1 GG | 72 |
| (1) Berufsausübungsregelung | 73 |
| (2) Voraussetzungen für die Einschränkung der Berufsausübung | 75 |
| (3) Legitimer öffentlicher Zweck | 75 |
| (4) Erforderlichkeit und Geeignetheit der vorgeschlagenen Regelung | 76 |
| (5) Verhältnismäßigkeit i.e.S. | 78 |
| H. Zusammenfassung der Ergebnisse | 80 |

A. Sachverhalt und Gutachtenauftrag

I. Sachverhalt

Nach § 6 Abs. 3 S. 1 VerpackV sind Hersteller und Vertreiber von mit Waren befüllten Verkaufsverpackungen, die typischerweise beim privaten Endverbraucher anfallen, verpflichtet, sich zur Gewährleistung der flächendeckenden Rücknahme solcher Verkaufsverpackungen an einem oder mehreren dualen Systemen nach § 6 Abs. 3 VerpackV zu beteiligen. § 6 Abs. 1 S. 3 VerpackV bestimmt, dass nur unter dieser Voraussetzung Verkaufsverpackungen an private Endverbraucher abgegeben werden dürfen. Die von den Herstellerin und Vertreibern von Verkaufsverpackungen zu beauftragenden Systeme müssen den Anforderungen des § 6 Abs. 3 VerpackV Rechnung tragen. Hiernach haben sie flächendeckend im Einzugsgebiet des verpflichtenden Vertreibers unentgeltlich die regelmäßige Abholung gebrauchter, restentleerter Verkaufsverpackungen beim privaten Endverbraucher oder in dessen Nähe in ausreichender Weise zu gewährleisten und die in Anhang I. VerpackV genannten Anforderungen zu erfüllen. Weiter müssen sie die in ihren Sammelsystemen erfassten Verpackungen einer Verwertung zuführen und dabei ebenfalls die Anforderungen des Anhangs I. Nr. 1 – 3 VerpackV erfüllen. Die dualen Systeme können bei der Errichtung und den Betrieb ihrer Systeme zusammenwirken.

Um ihre Aufgaben erfüllen zu können, bedienen sich die dualen Systeme überwiegend privater Entsorgungsunternehmen. Dabei durchlaufen die Verpackungsabfälle jeweils drei Prozessstufen, nämlich Erfassung, Sortierung/Aufbereitung¹ und Verwertung:²

Im ersten Schritt werden die gebrauchten Verkaufsverpackungen von Entsorgungsunternehmen im Auftrag dualer Systeme haushaltsnah erfasst. Dabei bestehen derzeit in Deutschland über 400 Erfassungsgebiete, die sich weitgehend an den Zuständigkeitsgebieten der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger orientieren. Die Erfassungssysteme unterscheiden sich häufig je nach Entsorgungsgebiet. Im Grundsatz bestehen sie

¹ Eine Sortierung findet bei der LVP-Fraktion statt; Altglas wird vor seinem Einsatz in einer Glashütte aufbereitet.

² Kurzgefasste Darstellung der Organisation und technischen Abläufe nach § 6 Abs. 1, 3 VerpackV bei Bundeskartellamt, Sektoruntersuchung duale Systeme, Zwischenbilanz der Wettbewerbsöffnung, Bericht gemäß § 32 e GWB – Dezember 2012, S. 13 ff.

jedoch aus drei Erfassungsbehältern: Papier, Pappe und Kartonagen (PPK) werden in einer blauen Tonne, Leichtverpackungen in einer gelben Tonne bzw. im gelben Sack und Glas im Glascontainern erfasst. Aktuell wird für die Fraktion LVP und Glas die Erfassung jedes Jahr in etwa 1/3 der Gebiete für eine 3-jährige Laufzeit ausgeschrieben. Seit 2011 übernimmt gemäß dem Ausschreibungsvertrag, den die dualen Systeme geschlossen haben, jeweils eines der dualen Systeme die Organisation der Erfassung (sogenannte Ausschreibungsführerschaft). An die organisatorische Verantwortung ist eine sogenannte „Hauptkostenverantwortung“ gekoppelt: Der Ausschreibungsführer trägt mindestens 50 % der Erfassungskosten im betreffenden Gebiet. Die übrigen dualen Systeme beauftragen in jedem Gebiet anteilig den vom Ausschreibungsführer ausgewählten Erfasser. Folge der Ausschreibungsführerschaft, die anteilig den lizenzierten Mengen entspricht, und der Hauptkostenverantwortung ist, dass die Gesamtkosten der Erfassung anteilig auf die dualen Systeme entsprechend ihren Anteilen an der lizenzierten Menge von Verpackungen verteilt werden. Dieses System wird auf LVP und Glas, nicht hingegen auf die Fraktion PPK angewendet. Hierbei findet eine Mitbenutzung der kommunalen Erfassungssysteme für PPK statt. Der Mengenanteil beträgt dabei etwa 15 – 20 %.

In den Erfassungsverträgen für die Fraktionen LVP und Glas ist vorgesehen, dass die erfassten Verpackungen bis zu einer Umschlagstelle transportiert werden. Dort wird das Sammelgemisch vom Fahrzeug für den weiteren Transport in größere Container umgeladen. Hier erfolgt auch eine Aufteilung der erfassten Mengen auf die einzelnen dualen Systeme, indem die Erfassungsmengen anteilig entsprechend den jeweiligen Lizenzmengen den einzelnen dualen Systemen übergeben werden. Möglich und praktisch sind auch Verträge über eine Direktanlieferung des Mengenanteils des jeweiligen dualen Systems an eine Sortieranlage.

Die Musterverträge für die Erfassung von Verkaufsverpackungen aus Glas bzw. LVP sehen jeweils vor, dass die mit der Erfassung beauftragten Entsorger verpflichtet sind, die erfassten Verkaufsverpackungen dem vom Dualen System beauftragten Dritten zu übergeben³ bzw. bereitzustellen.⁴ Die Musterverträge bestimmten weiter, dass das Eigentum und er Besitz an den gebrauchten Verkaufsverpackungen aus Glas bzw. LVP mit der Übergabe an den von der Auftraggeberin beauftragten Dritten (Glas) bzw. den

³ § 4 Abs. 1 S. 1 Mustervertrag über die Erfassung von Verkaufsverpackungen aus Glas (2012 bis 2014).

⁴ § 4 Abs. 1 S. 1 Mustervertrag über die Erfassung Leichtverpackungen (2012 bis 2014).

jeweiligen Sortiervertragspartner (LVP) auf diesen übergehen.⁵ Diese vertragliche Ausgangslage hat zur Folge, dass die Entsorger keine Zugriffsrechte auf das Verpackungsmaterial haben. Die Auswahl der der Erfassung nachgeschalteten Sortier- und Verwertungsunternehmen findet nicht durch sie, sondern durch die dualen Systeme statt. Die frühere Koppelung der Erfassung und Sortierung/Aufbereitung in einem Vertrag ist auf Betreiben des Bundeskartellamtes aufgegeben worden.

In der Rechtsprechung ist darüber hinaus zum Teil angenommen worden, dass die Entsorger kein Eigentum an den von ihnen eingesammelten Verpackungsmaterialien erwerben; Eigentumserwerb finde vielmehr durch die dualen Systeme statt⁶, eine Sichtweise, die jüngst vom Bundeskartellamt mit dem Argument bekräftigt wurde, dass eine gegenteilige Auslegung mit der Systematik der VerpackV nicht vereinbar sei und grundlegende Fragen zur Funktionsfähigkeit des Dualen Systems insgesamt aufwerfen würde.⁷

Neuerlich plädiert das Bundeskartellamt dafür, die seit 2003 praktizierte Entkoppelung von Erfassung, Sortierung und Verwertung nicht nur beizubehalten, sondern von der Pflicht zur Durchführung eines formalisierten Ausschreibungsverfahrens für Sortierung und Verwertung zukünftig abzusehen.⁸ Zur Begründung wird vor allem darauf hingewiesen, dass durch die entkoppelte Vergabe der Erfassungs- und der Sortier- und Verwertungsleistungen auf diesem Sektor nicht nur Wettbewerb entstanden, sondern über die durch Wettbewerb stimulierten technischen Innovationen eine erhebliche Effizienzsteigerung und eine Kostenreduzierung habe erreicht werden können.⁹ Konstatiert wird dabei freilich auch, dass die mit innovativer Technik der Kunststoffartentrennung ausgerüsteten LVP-Sortieranlagen inzwischen einen Marktanteil von mehr als 70 % haben, der zukünftig unter Wettbewerbsbedingungen noch steigen werde.¹⁰

⁵ Vgl. § 8 der Musterverträge Glas bzw. LVP.

⁶ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 29.12.2004 – VI-Kart 17/04 (V) u.a. –, WuW/E DE-R 1453 ff. = AbfallR 2005, 92 = juris, Rn. 56 ff.

⁷ Bundeskartellamt, Sektoruntersuchung duale Systeme, S. 88.

⁸ Bundeskartellamt, Sektoruntersuchung duale Systeme, S. 71. Vgl. auch Bundeskartellamt, Fallbericht B4-172/07 vom 18.04.2011, www.bundeskartellamt.de.

⁹ Bundeskartellamt, Sektoruntersuchung duale Systeme, S. 38 f.

¹⁰ Bundeskartellamt, Sektoruntersuchung duale Systeme, S. 39 f.

Die Mechanismen der Entkopplung der Ausschreibung von Erfassung, Sortierung und Verwertung haben insbesondere für die am Markt in der Erfassung tätigen Entsorgungsunternehmen erhebliche – nachteilige – Konsequenzen:

- Die Entkopplung der Vergabe von Leistungen der Erfassung, Sortierung und Verwertung führt dazu, dass die Entsorgungsunternehmen grundsätzlich Aufträge nur für einen der drei Teilbereiche, nämlich für Entsorgung, Sortierung/Aufbereitung oder Verwertung erhalten können. Dies hat häufig zur Folge, dass Sortieranlagen privater Entsorger, deren Kapazitäten mit dem Ziel der Sortierung der eigenen Erfassungsmenge geschaffen wurde, nicht mehr ausgelastet werden können und hierdurch wirtschaftliche Probleme entstehen.
- Verstärkt werden diese wirtschaftlichen Probleme dann, wenn entsprechend der Stellungnahme des Bundeskartellamtes zukünftig für die Aufträge der Sortierung und Verwertung von LVP und Glas auf eine Ausschreibung im Wettbewerb verzichtet wird. Eine solche Verfahrensweise leistet einer Konzentration Vorschub, wie sie heute schon im Bereich der Sortierung bei Anlagen mit Kunststoffartentrennung zu verzeichnen ist. Darüber hinaus stellt dieser Verzicht für die Systembetreiber einen Anreiz dar, sich vertikal in der Weise zu organisieren, dass sie eigene oder abhängige Sortier- und Verwertungsunternehmen einrichten oder sich hieran beteiligen, mit dem Ziel, diese Aufgaben selbst und in eigener Verantwortung wahrzunehmen. Hierdurch wird Wettbewerb um die Sortierung und die Verwertung zumindest beeinträchtigt, gegebenenfalls sogar ausgeschaltet.
- Hinzuweisen ist überdies darauf, dass die bestehenden vertikal organisierten Systembetreiber bei Verzicht auf eine Ausschreibung der Sortierung und Verwertung nach den bestehenden Musterverträgen schon jetzt Wettbewerb in diesen Bereichen ausschließen können, denn sie können hiernach eine Überlassung und Eigentumsübertragung ihres Anteils an den erfassten Verkaufsverpackungen verlangen und damit ohne Rücksicht auf wettbewerbliche Aspekte entsprechend der bei ihnen lizenzierten Menge eine Sortierung und Verwertung von Verpackungen in ihren Anlagen durchführen.

II. Gutachtenauftrag

BVSE und BDE bitten um eine gutachterliche Bewertung dieses Sachverhalts. In diesem Zusammenhang sind folgende Fragen zu untersuchen:

- Wer erwirbt Eigentum an den in die Erfassungssysteme vom Verbraucher eingebrachten Verpackungsmaterialien? Sind dies die Entsorger oder die Systembetreiber? Diese Frage ist deshalb von rechtlicher Bedeutung, weil ohne Eigentumserwerb eine Verfügungsbefugnis der Entsorger über Verpackungsmaterialien, die in die Erfassungssysteme eingebracht worden sind, nicht denkbar ist.
- Ist es rechtlich zulässig, Sortier- und Verwertungsaufgaben nach der Verpackungsverordnung durch die dualen Systeme ohne wettbewerbliche Vergabe zu beauftragen?
- Wie sollten künftig Leistungen der Erfassung, Sortierung und Verwertung für Verkaufsverpackungen beauftragt werden? Sollen Leistungen zukünftig zwingend in wettbewerblichen Verfahren vergeben werden müssen?

B.

Erwerb des Eigentums nach Eigentumsaufgabe durch Aneignung, §§ 959, 958 BGB

Kennzeichnend für den Abfallbegriff im Sinne des § 3 Abs. 1 KrWG ist eine Entledigung, ein Entledigungswille oder eine Entledigungsverpflichtung. Der Abfallbegriff setzt nach dieser Regelung einen auf die Entledigung gerichteten Willen voraus.¹¹ Das gilt unabhängig davon, ob es sich im Einzelfall um Abfall zur Verwertung oder Abfall zur Beseitigung handelt; in beiden Fällen setzt der Abfallbegriff des § 3 Abs. 1 KrWG eine Entledigungshandlung bzw. einen Entledigungswillen voraus.¹² Angesichts dessen, dass Abfall ohne Entledigung, Entledigungswille oder Entledigungsverpflichtung nicht entstehen kann, liegt es nahe, anzunehmen, dass jedenfalls dann einer Entledigung des Abfallbesitzers vorliegt, wenn er das Sammelgefäß zur Abholung bereit stellt.¹³ Die Begriffsbestimmung des Entledigens hat im Abfallrecht die Bedeutung, dass der Abfallbesitzer seinen Abfall "loswerden" möchte und dazu tatsächliche Handlungen unternimmt. Schon begrifflich ist dem Abfallbegriff die Tatsache immanent, dass der Besitzer mit dem Abfall selbst keine weiteren Zwecke als die der Entsorgung verfolgen möchte.

Vor diesem Hintergrund liegt es nahe, im Tatbestand der Bereitstellung von Abfällen für die Entsorgung eine Eigentumsaufgabe, eine Dereliktion im Sinne des § 959 BGB zu sehen. Stellt die Entäußerung von Verpackungsabfällen durch den Abfallerzeuger und -besitzer für Zwecke der Entsorgung und damit das Bereitstellen seiner Abfälle im Abfallgefäß eine Dereliktion dar, findet § 959 BGB auf die Abfälle mit der Folge Anwendung, dass die Inbesitznahme der Abfälle durch das Entsorgungsunternehmen eine Aneignung im Sinne des § 958 BGB darstellt; für diesen Fall erwirbt das Entsorgungsunternehmen Eigentum an den Abfällen, die sich im Entsorgungsgefäß befinden.¹⁴

Soweit die Frage überhaupt erörtert wird, ob in der Bereitstellung von Verpackungsabfällen oder Altpapier durch den Abfallerzeuger oder -besitzer im Entsorgungsgefäß eine Derelikti-

¹¹ BVerwG, Urt. v. 14.08.2007 - 7 B 42.07 - DÖV 2008, 163.

¹² BVerwG, Urt. v. 14.08.2007, a.a.O.

¹³ Vgl. Versteyl, in: Versteyl/Mann/Schomerus, KrWG, 3. Aufl. 2012, § 3 Rn. 17; Schink/Krappel, in: Schink/Versteyl, KrWG, 2012, § 3 Rn. 37; Schink, Der neue Abfallbegriff und seine Folgen, VerwArch 88 (1997), 239, 241.

¹⁴ Ebenso im Ausgangspunkt auch Scharnewski, Eigentum am Altpapier, AbfallR 2012, 105.

on liegt, wird diese abgelehnt.¹⁵ Zur Begründung wird darauf hingewiesen, dass ein Eigentumsverzicht nicht möglich sei. Mit der Besitzaufgabe könne sich der Eigentümer von Abfällen nicht aus der durch das Eigentumsrecht begründeten Verantwortung für den polizeimäßigen Zustand des Eigentumsobjekts, des Abfalls, entziehen. Das Abfallrecht stelle eine besondere Ausprägung des Ordnungsrechts dar. Sinn und Zweck sei es u.a., die Zuordnung von Abfällen zu bestimmten Personen in ordnungsrechtlicher Hinsicht zu gewährleisten, um eine für die Entsorgung verantwortliche Person zu haben. Dieser Regelungsmechanismus liefe leer, könne sich der Verbraucher durch bloße Eigentumsaufgabe seiner abfallrechtlichen Pflichten entziehen. Durch die Überlassungspflichten aus § 17 Abs. 1 KrWG sei eine Eigentumsaufgabe an Abfällen ausgeschlossen; der Abfallbesitzer könne sich seiner Pflichten durch Eigentumsaufgabe nicht entziehen.

Diese Auffassung ist schon im rechtlichen Ansatzpunkt unzutreffend:

I. Eigentumsaufgabe an Abfällen als Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot im Sinne des § 134 BGB?

Zutreffend wäre die zuvor referierte Ansicht nur dann, wenn der Aufgabe des Eigentums an Abfällen gegen ein gesetzliches Verbot im Sinne des § 134 BGB verstoßen würde. Im Rahmen des Tatbestandes des § 959 BGB ist allgemein anerkannt, dass die Eigentumsaufgabe sowohl eine Willenserklärung des Eigentümers zur Aufgabe des Eigentums als auch eine tatsächliche Besitzaufgabe voraussetzt.¹⁶ Weiter ist anerkannt, dass die Willenserklärung des Eigentümers dann gemäß § 134 BGB nichtig ist, wenn sie gegen ein gesetzliches Dereliktionsverbot verstößt.¹⁷

Eine Eigentumsaufgabe an Abfällen wäre nur dann gemäß § 134 BGB rechtlich unzulässig, wenn das Abfallrecht ein Dereliktionsverbot enthielte. Diese Frage ist umstritten. Zum Teil wird angenommen, dass insbesondere die Überlassungspflichten aus § 17 KrWG ein umfassendes Dereliktionsverbot im Sinne des § 134 BGB für Abfälle begründen.¹⁸ Demgegenüber wird von der wohl überwiegenden Meinung den abfallrechtlichen Überlassungspflichten kein generelles Verbot der Eigentumsaufgabe ent-

¹⁵ So Scharnewski, AbfallR 2012, 105 f.

¹⁶ Vgl. nur Palandt/Bassenge, BGB, § 859 Rn. 1; Soergel/Henssler, BGB, § 859 Rn. 1; Erman/Ebbing, BGB, § 859 Rn. 2; Münchener Kommentar/Oechsler, BGB, § 839 Rn. 3 f.

¹⁷ MüKo/Oechsler, § 959 Rn. 6.

¹⁸ So: Soergel/Henssler, § 959 Rn. 4; LG Ravensburg, NJW 1987, 3142, 3143.

nommen.¹⁹

Der zuletzt genannten Auffassung ist zuzustimmen: Gursky²⁰ weist in diesem Zusammenhang mit Recht darauf hin, dass die Überlassungspflichten des Abfallrechts rein faktische Verhaltensweisen erzwingen wollen, nämlich eine geordnete, die öffentliche Sicherheit und Ordnung nicht gefährdende Weise der Abfallentsorgung. Hierfür ist, wie Gursky mit Recht feststellt, die Eigentumslage des Abfalls irrelevant. Darüber hinaus ist in diesem Zusammenhang zu verweisen auf § 22 S. 2 KrWG und den dahinter stehenden Rechtsgedanken der Fortdauer der Verantwortlichkeit des Abfallerzeugers und Besitzers bis zum endgültigen Abschluss des Entsorgungsvorgangs: Gemäß § 22 S. 2 KrWG bleibt die Verantwortlichkeit von Abfallerzeugern und -besitzern zur Verwertung und Beseitigung von Abfällen solange bestehen, bis die Entsorgung endgültig und ordnungsgemäß abgeschlossen ist. Diese Regelung bringt die öffentlich-rechtliche Verantwortlichkeit von Abfallerzeugern und Besitzern zum Ausdruck. Diese besteht unabhängig davon, wer im Einzelnen Eigentümer der Abfälle ist und wer Verwertungs- und Beseitigungshandlungen an Abfällen vornimmt. Sie endet erst mit dem Abschluss des Verwertungs- und Beseitigungsvorgangs, und zwar nur dann, wenn dieser endgültig und ordnungsgemäß abgeschlossen ist.²¹

Für die öffentlich-rechtliche Entsorgungsverantwortung ist nach der in § 22 S. 2 KrWG zum Ausdruck gekommenen Wertung die Frage irrelevant, ob der Abfallerzeuger oder Besitzer noch Eigentümer des Abfalls ist. Diese bleibt selbst dann bestehen, wenn er den Abfall an Dritte mit dem Ziel übereignet hat, eine Verwertung oder Beseitigung der Abfälle durch Dritte vornehmen zu lassen.

Da die öffentlich-rechtliche Entsorgungsverantwortung des Abfallerzeugers und Besitzers bis zum Abschluss des Entsorgungsvorgangs (Verwertung/Beseitigung) fortbesteht, können die Überlassungspflichten aus § 17 KrWG und die Rechtspflichten der Abfallerzeuger und -besitzer zur Verwertung und Beseitigung von Abfällen kein ge-

¹⁹ MüKo/Oechsler, § 859 Rn. 6; Staudinger/Gursky, BGB, § 859 Rn. 8; so auch Grziwotz, Zivilrechtliche Probleme bei der Aneignung von Müll - Der Müll in Nachbarstonne, MDR 2008, 726 f.

²⁰ in: Staudinger, § 859 Rn. 8

²¹ Zur Fortdauer der öffentlich-rechtlichen Verantwortlichkeit von Abfallerzeugern und Besitzern bis zum Abschluss des Entsorgungsvorgangs: BVerwG, Urt. v. 28.06.2007 - 7 C 5.07 -, BVerwGE 129, 93 Rn. 19 ff.; Schink, in: Schink/Versteyl, KrWG, § 22 Rn. 33 f.; Versteyl, Zur Verantwortlichkeit des Abfallerzeugers/-besitzers, Vorläufiges oder Endgültiges?, NVwZ 2007, 1150 f.; ders., in: Versteyl/Mann/Schomerus, KrWG, § 22 Rn. 8 ff.; Gaßner/Thärichen, Zur fortdauernden Entsorgungsverantwortlichkeit des Abfallbesitzers, AbfallR 2007, 164 ff.

setzliches Verbot im Sinne des § 134 eine Eigentumsaufgabe darstellen. Denn die Aufgabe des Eigentums lässt die Entsorgungspflichten aus dem KrWG nicht entfallen. Diese bestehen vielmehr an den Abfällen solange weiter fort, bis eine ordnungsgemäße Entsorgung (Verwertung/Beseitigung) endgültig abgeschlossen ist.

Von Abfällen ist deshalb eine Dereliktion, eine Eigentumsaufgabe in Sinne des § 959 BGB rechtlich zulässig.

II. Tatsächliche Besitzaufgabe

Wie erwähnt, setzt eine Dereliktion zunächst eine tatsächliche Aufgabe des Besitzes durch den Eigentümer einer beweglichen Sache voraus. Es muss gemäß § 959 BGB ein Realakt der Besitzaufgabe vorliegen. Der bisherige Eigentümer muss die tatsächliche Sachherrschaft verlieren.

Jedenfalls dann, wenn Abfallerzeuger und Besitzer Abfälle in ein Sammelgefäß eingefüllt haben und dieses Sammelgefäß mit dem Zweck der Abholung bereitgestellt haben, kann hierin eine Besitzaufgabe gesehen werden. Denn der Abfallerzeuger oder Besitzer möchte sich des Abfalls tatsächlich entledigen. Er möchte den Besitz hieran jedenfalls zu dem Zeitpunkt aufgeben, zu dem die Abfälle aus dem Abfallgefäß in das Entsorgungsfahrzeug gefüllt werden. Spätestens zu diesem Zeitpunkt gibt der Abfallerzeuger und Besitzer, der Abfallgefäße zur Abholung bereitgestellt hat, seinen Besitz an den Abfällen auf.

III. Wille zur Eigentumsaufgabe

Entscheidend kommt es deshalb für die Frage, ob das Bereitstellen von Abfallgefäßen mit eingeführten Abfällen eine Eigentumsaufgabe darstellt, darauf an, ob hierin ein Wille zur Eigentumsaufgabe liegt. Diese Frage wird für Abfälle unterschiedlich beurteilt. Grziwotz hat dazu zusammenfassend folgendes ausgeführt:

"Der Wille zur Eigentumsaufgabe muss erkennbar hervortreten. Er ergibt sich nicht zwingend aus der Besitzaufgabe. Als Publizitätserfordernis kommt zur Aufgäbeerklärung die Aufgabe des tatsächlichen Besitzes hinzu. Erforderlich ist die Aufgabe des unmittelbaren Besitzes. Aus dem Umstand, dass sich jemand bestimmter Gegenstände entledigen will, kann auch nicht geschlossen werden, dass er das Eigentum mit der Folge der Aneignungsmöglichkeit durch jede beliebige Person aufgeben will. Besonders deutlich wird dies, wenn Gegenstände (z.B. Kleider, Schuhe, Möbel, Spielsachen) zur Abholung für eine caritative Sammlung bereit gestellt werden. Da-

rin kann, nachdem ein Verzicht zugunsten Dritter nicht zulässig ist, ein Angebot an die entsprechende Institution liegen, dieser die Sache schenkungsweise zu übereignen. Denkbar ist es jedoch auch, dass es dem Eigentümer gleichgültig ist, wer sich die Sache aneignet, da es ihm nicht auf die Förderung des entsprechenden Zwecks, sondern nur auf die Entledigung ankommt. Insofern kann in dem Bereitstellen auch ein Angebot an jeden Interessierten zu sehen sein, sich die Sachen anzueignen. Entscheidend ist die Auslegung der entsprechenden Willenserklärung. Werden Sache zeitnah im Zusammenhang mit einer Sammlung bereitgestellt, ist anzunehmen, dass ein Angebot an die durchführende Institution vorliegt. Anders ist dies, wenn Gegenstände an einem entsprechenden Ort (z.B. Recyclinghof) oder etwa sogar verbotswidrig (z.B. im Wald etc.) abgestellt werden. Hier dürfte das Angebot zur Aneignung an jede Person gerichtet sein."²²

Überwiegend wird überdies angenommen, dass Zweifel keine Eigentumsaufgabe, sondern, jedenfalls in den Fällen, in denen die Sache an einen Dritten adressiert ist, ein Angebot zur Übereignung abgegeben wird.²³

Für die Frage, ob das Bereitstellen von Abfallgefäßen zur Abholung den Willen zur Eigentumsaufgabe, zur Dereliktion, einschließt, kommt es nach den vorstehenden Ausführungen auf die Umstände des Einzelfalls und auf den angesichts der näheren Umstände konkludent erklärten Willen des Abfallbesitzers an. Ist es ihm gleichgültig, wer neuer Eigentümer seines Abfalls wird, ist in der Regel eine Dereliktion anzunehmen. Verfolgt er hingegen mit seiner Entsorgungshandlung bestimmte u.a. caritative Zwecke und geht sein Wille dahin, dass ein bestimmter Personenkreis aneignungsberechtigt hinsichtlich der Abfälle sein soll, liegt keine Dereliktion, sondern ein Angebot auf Übereignung seiner Abfälle vor.

Füllen Private Verpackungsabfälle in Entsorgungsgefäße ein und stellen diese zur Abfuhr bereit, ist ihnen bekannt, dass diese Abfälle einer Verwertung zugeführt werden. Die Mechanismen der Verpackungsverordnung werden zwar Abfallerzeugern und Besitzern nicht in ihren Einzelheiten geläufig sein. Regelmäßig dürften Abfallerzeuger und Besitzer aus privaten Haushaltungen jedoch Kenntnis davon haben, dass die in die speziellen Entsorgungssysteme bzw. dem Gelben Sack der dualen Systeme eingefüllten Verpackungsabfälle einer Verwertung zugeführt werden sollen.

²² Vgl. Grziwotz, MDR 2008, 726 f. Ähnlich auch Erman/Ebbing, BGB, § 959 Rn. 3; Staudinger/Gursky, § 959 Rn. 3; MüKo/Oechsler, § 959 Rn. 3.

²³ RGZ 83, 229; Palandt/Bassenge, § 959 Rn. 1; Soergel/Henssler, § 959 Rn. 3.

Ob aus dieser Kenntnis bereits geschlossen werden kann, dass in der Bereitstellung von Verpackungsabfällen in den dafür bestimmten Entsorgungsgefäßen und Entsorgungsgefäßen ein Angebot auf Übereignung auf diese Abfälle und nicht eine Eigentumsaufgabe liegt, mag zwar zweifelhaft sein. Regelmäßig wird es dem Abfallerzeuger und Besitzer aus privaten Haushaltungen nämlich gleichgültig sein, wer für die Entsorgungshandlung zuständig ist. Es ist für ihn ohne Bedeutung, wer auf seine Abfälle zugreift. Daraus lässt sich indessen nicht schließen, dass in dem Bereitstellen von Verpackungsabfällen zur Abfuhr regelmäßig eine Dereliktion liegt. Denn immerhin möchte der Abfallerzeuger und Besitzer durch Bereitstellen des Abfallgefäßes mit den eingefüllten Verpackungsabfällen eine Überlassung dieser Abfälle in das System der Verwertung der Verpackungsabfälle bewirken. Er möchte nicht den Zugriff auf diese Abfälle für jedermann eröffnen, sondern diese einer ordnungsgemäßen Entsorgung im Einklang mit den hierfür nach der Verpackungsverordnung geltenden Regelung zuführen. Dieser Wille des Abfallerzeugers und Besitzers schließt es aus, in der Bereitstellung von Verpackungsabfällen zur Abfuhr in den dafür vorgesehenen Sammelsystemen zugleich auch eine konkludente Willenserklärung zur Aufgabe des Eigentums zu sehen. Vielmehr ist der Wille des Abfallerzeugers und Besitzers darauf gerichtet, demjenigen Eigentum und Besitz an den Verpackungsabfällen zu verschaffen, der für deren Entsorgung zuständig ist. Eine Dereliktion, eine Eigentumsaufgabe, liegt in dem Bereitstellen der Verpackungsabfälle in den hierfür vorgesehenen Sammelgefäßen und Einrichtungen deshalb nicht.

IV. Zwischenergebnis

Der Eigentumswechsel an Verkaufsverpackungen, die vom Verbraucher in dafür bereitgestellte Erfassungssysteme geworfen werden, vollzieht sich nicht durch Dereliktion gem. § 959 BGB und Aneignung gem. § 958 BGB.

C.

Eigentumserwerb gemäß § 929 BGB

I. Mögliche Fallkonstellationen

Da ein Eigentumserwerb des vom Verbraucher in die Erfassungssysteme eingebrachten Verpackungsabfalls mangels Dereliktion i. S. d. § 959 BGB durch die Verbraucher als Abfallerzeuger und –besitzer nicht durch Aneignung gemäß § 958 BGB stattfindet²⁴, kann sich der Eigentumsübergang vom Verbraucher, der seinen Verpackungsabfall in die dafür vorgesehenen Entsorgungsgefäße gibt, und dem Erwerber nur gemäß § 929 BGB durch Einigung über den Eigentumsübergang und Übergabe der Verpackungen vollziehen.

Als Eigentumserwerber kommen dabei – je nach Ausgestaltung – in Betracht:

- Der Entsorger, der – im Auftrag der dualen-Systeme – die Entsorgung tatsächlich vornimmt,
- die Systembetreiber und
- der öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger.

Wer als Erwerber in Betracht kommt, richtet sich dabei nach den Umständen des Einzelfalls:

Da die Systembetreiber keine eigenständigen Entsorgungssysteme unterhalten und betreiben, sondern für die Entsorgung beauftragte Dritte einschalten, kommen im Normalfall der Entsorgung von Verkaufsverpackungen als Erwerber die Systembetreiber und das Entsorgungsunternehmen in Betracht, das die Entsorgung durch seine Systeme tatsächlich vornimmt. Bei dem Entsorgungsunternehmen kann es sich dabei um ein Privatunternehmen oder um ein öffentlich-rechtliches Entsorgungsunternehmen handeln, je nachdem, welches Ergebnis die Ausschreibung der Erfassung von Verpackungsabfall im Einzelfall genommen hat.

Bei der Erfassung von Papier über eine einheitliche Papiertonne kommen als Eigentumserwerber sowohl die Systembetreiber als auch der Entsorger als auch der öffent-

²⁴ Dazu oben.

lich-rechtliche Entsorgungsträger in Betracht. Letztere können das Eigentum am Papier vor allem deshalb erwerben, weil bei der einheitlichen Erfassung von Altpapier in einem Gefäß der überwiegende Anteil kein Verpackungsabfall, sondern nicht der Verpackungsverordnung unterfallende graphische Papiere darstellt, für die der öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger gemäß § 20 Abs. 1 KrWG entsorgungspflichtig ist.

Im Folgenden soll zunächst der Eigentumserwerb bei der Sammlung von Leichtverpackungen bzw. Altglas durch beauftragte Entsorger behandelt werden. Danach wird auf den Erwerb des Eigentums am Altpapier eingegangen.

II. Streitstand

Die Frage, wer das Eigentum an den Verpackungsabfällen erwirbt, die von den Verbrauchern in die dafür vorgesehenen Sammelsystemen eingefüllt und zur Abholung bereitgestellt werden, ist streitig. Hierzu werden im Wesentlichen folgende Auffassungen vertreten:

1. Eigentumserwerb durch die dualen Systeme

Das OLG Düsseldorf hat durch Beschluss vom 29.12.2004 entschieden, dass am Altpapier, das in die hierfür vorgesehenen Erfassungssysteme eingefüllt wird, nicht nur der öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger als derjenige, der die Erfassung durchführt, Eigentum erwirbt, sondern auch der Systembetreiber. Dieser erwerbe im Verhältnis seiner Anteile Miteigentum am Sammelgut (§ 948 Abs. 1, 2, § 947 BGB). Diese Miteigentümergeinschaft zwischen Systembetreiber und öffentlich-rechtlichem Entsorgungsträger sei durch Teilung in Natur entsprechend der Miteigentumsanteile aufzuheben (vgl. § 752 S. 1 BGB).

Der Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 29.12.2004 lag folgender Sachverhalt zu Grunde.²⁵

Ein öffentlich-rechtlicher Entsorgungsträger hatte nach erfolgter Ausschreibung ein Entsorgungsunternehmen mit der Erfassung des Altpapiers unter Einschluss der PPK-Verkaufsverpackungen beauftragt. Die für die Altpapierfassung aufgestellten Depotcontainer standen im Eigentum des Entsorgers. Mit dem Ziel, einen Entsorgungsvertrag des Systembetreibers mit dem Entsorger zu verhindern

²⁵ Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 29.12.2004 – VI-Kart 17/04 (V) - juris. Dazu auch Scharnewski, AbfallR 2012, 102.

und mit dem Systembetreiber über die Mitbenutzung der Depotcontainer im Rahmen des mit dem Entsorgungsunternehmen abgeschlossenen Entsorgungsvorganges zu verhandeln, untersagte der öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger dem Entsorger einen Vertragsschluss mit dem Systembetreiber. Er vertrat dabei die Auffassung, Alleineigentum am gesamten Sammelgut zu erwerben. Hiergegen hat sich der Systembetreiber erfolgreich vor dem Bundeskartellamt gewandt, das in der Untersagung einen wettbewerbsrechtlich unzulässigen Boykottaufruf sah.²⁶ Das hiergegen vom öffentlich-rechtlichen Entsorger angerufene OLG Düsseldorf bestätigte dies. In diesem Zusammenhang vertrat es die Auffassung, dass es für die Übergabe, die für die Eigentumsverschaffung gemäß § 929 BGB erforderlich ist, ausreichte, dass dem Besitzmittler des Erwerbers der unmittelbare Besitz an der Sache eingeräumt werde. Bei der Einigung über den Eigentumsübergang sei Stellvertretung möglich. Sei dem Veräußerer die Person des Erwerbers gleichgültig, müsse nach den Rechtsgrundsätzen der "Übereignung an den, den es angeht" die Stellvertretung auf der Erwerberseite nicht offengelegt werden. Vielmehr genüge, dass der handelnde Dritte für den, den es angeht, erwerben wolle. Die in die Depotcontainer des Entsorgers geworfenen Verkaufsverpackungen gingen vor diesem Hintergrund zunächst in das Eigentum des Systembetreibers über. Der Endverbraucher wolle seinen PPK-Abfall an denjenigen, den es angeht, übereignen. Bei lizenzierten PPK-Verkaufsverpackungen, sei dies der Systembetreiber, während der kommunale PPK-Anfall an den zuständigen öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger überlassen würde. Der Erfasser sei Vertreter des Systembetreibers bei der Einigungserklärung des Besitzmittler auf der Erwerberseite. Den kommunalen Papierabfall nehme er für den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger und die gebrauchten Verkaufsverpackungen für den Systembetreiber entgegen. Dies entspreche dem Willen sowie der Vorgehensweise des Erfassers. Diesen Willen hat das OLG Düsseldorf aus Absprachen zwischen dem Erfasser und dem Systembetreiber abgeleitet.

In ähnlicher Weise hat die Vergabekammer Münster durch Beschluss vom 22.09.2009 einen Eigentumsübergang an den Systembetreiber im Rahmen der gemeinsamen Altpapierfassung angenommen.²⁷ Für den Eigentumserwerb sei eine faktische Mitbenutzung ausreichend. Entschiede man anders, hätte es der

²⁶ Bundeskartellamt, Beschl. v. 06.05.2004 - B 10 - 37202 - N-97/02 - 1.

²⁷ Vgl. Vergabekammer Münster, Beschl. v. 22.09.2009 - VK 16/09 - Rn. 102, 105, juris. Dazu Scharnewski, AbfallR 2012, 104.

öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger in der Hand, die Systembetreiber von der Erfassung der Verkaufsverpackung auszuschließen, indem er seine Sammelbehälter dem Endverbraucher zur Verfügung stelle. Alleine durch tatsächliche Inanspruchnahme würde der Systembetreiber von der Rücknahme ausgeschlossen, was nicht dem Willen des Gesetzgebers entspreche. Auch die Vergabekammer Münster wendet die Rechtsfigur der Übereignung an den, den es angeht an und folgt im Einzelnen der Argumentation des OLG Düsseldorf. Zur weiteren Begründung weist die Vergabekammer Münster darauf hin, dass es für die Einigung im Rahmen der Eigentumsübertragung keine ausdrückliche Bevollmächtigung seitens des Systembetreibers gegenüber dem Erfasser bedürfe; ein Stellvertreter könne auch aufgrund einer Anscheins- oder Duldungsvollmacht die Einigung für den Erwerber eingehen. Der Erfasser sei Besitzmittler für den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger und den Systembetreiber, und zwar unabhängig davon, ob ein Vertrag zwischen dem öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger und dem Systembetreiber besteht.

2. Eigentumserwerb durch den Entsorger

Im Gegensatz zur Auffassung des OLG Düsseldorf und der Vergabekammer Münster steht Frenz auf dem Standpunkt, dass der Entsorger Eigentum an den in seine Entsorgungsgefäße eingefüllten Verpackungsabfällen erwerbe.²⁸ Dabei wendet er sich insbesondere gegen die Anwendung der Rechtsfigur der Übereignung an den, den es angeht. Dem Endverbraucher sei es gleichgültig, an wen er seine Abfälle übereigne. Ihm sei nur wichtig, dass er sich des Abfalls entledigen könne. Da der Verbraucher sich keinerlei Vorstellungen darüber mache, an wen er übereigne, bedürfe es der Rechtsfigur der Übereignung an den, den es angeht, nicht. Vielmehr seien die tatsächlichen Verhältnisse maßgebend. Das Angebot des Verbrauchers zum Eigentumsübergang richte sich an den, der die Entledigung für den Verbraucher vollendet und damit an den, der den Abfall abholt. Die Systembetreiber seien für den Verbraucher nicht greifbar und träten für ihn nicht in Erscheinung. Der vor Ort tätige Endverbrauchsentsorger sei der unmittelbare Bezugspunkt für den Verbraucher. Der Entsorger werde auch nicht als Stellvertreter für den Systembetreiber tätig. Dies sei nur dann der Fall, wenn er diese Position tatsächlich, etwa aufgrund einer vertraglichen Regelung ausübe. Ohne eine

²⁸ Frenz, Die eigentumsrechtliche Zuordnung von Sekundärrohstoffen aus abfallrechtlicher Sicht, AbfallR 2009, 121 ff; ders., Die eigentumsrechtliche Zuordnung von Sekundärrohstoffen aus wettbewerbsrechtlicher Sicht, AbfallR 2009, 187 ff.

solche käme es auf den Willen des vor Ort tätigen Entsorgers an. Dies ergebe sich aus der objektiven Interessenlage. Diese sei vor allem von der Werthaltigkeit der gesammelten Abfälle abhängig. Seien sie werthaltig, sei der Wille des Entsorgers darauf gerichtet, diese zu behalten.

Eine Vereinbarung, die es den Entsorgern verbietet, die Wertstoffe eigenständig zu vermarkten, sei im Übrigen wegen eines Verstoßes gegen das Kartellverbot nach Art. 81 EGV unzulässig. Frenz weist weiter darauf hin, dass für die Eigentumsübertragung nicht ausschließlich zivilrechtliche Regelungen maßgebend seien. Vielmehr sei wegen des Grundsatzes der Einheit der Rechtsordnung auch die abfallrechtliche Entsorgungszuständigkeit und Verantwortlichkeit einzubeziehen. Aus diesen Regelungen, die bei Anwendung des Zivilrechts zu beachten seien, folge, dass die Systembetreiber kein Miteigentum erwerben. Eine Eigentumsübertragung an die Systembetreiber sei auch wettbewerbsrechtlich unzulässig.

Ähnlich wie von Frenz äußern sich auch Hartwig²⁹ und Scharnewski³⁰. Ihnen geht es dabei allerdings vorrangig um die Klärung der Frage, ob der öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger bei der gemeinsamen Erfassung von PPK-Abfällen und graphischen Papieren das Eigentum am gesamten Abfall erwirbt. Insoweit verweisen sie darauf, dass im Rahmen der Mitbenutzung des vom öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger vorgehaltenen und betriebenen PPK-Verpackungssystems eine Eigentumsübertragung von PPK-Verkaufsverpackungen an die Systembetreiber nicht ohne Einverständnis des öffentlich-rechtlichen Entsorgers möglich sei. Es bedürfe vielmehr einer diesbezüglichen Vereinbarung. Hiernach müsse der öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger für den Systembetreiber als Stellvertreter bei der Einigung des Eigentumsübergangs und als Besitzmittlers bei der Beschaffung des Besitzes auftreten. Auf eine solche vertragliche Regelung hätten die Systembetreiber keinen Anspruch. Fehle sie, ergebe sich aus den tatsächlichen Umständen, dass der Verbraucher dem öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger als demjenigen, der zur Entsorgung verpflichtet sei, das Eigentum verschaffen wolle. Denn dem Verbraucher komme es darauf an, dass die abfallrechtlichen Verpflichtungen erfüllt würden. Durch die Rechtsfigur der Übereignung an den, den es angeht, werde den Bür-

²⁹ Hartwig, Wem gehören die PPK-Verpackungen, VKS-News, April 2011, 5 ff.

³⁰ Scharnewski, Eigentum am Altpapier, AbfallR 2012, 112, ff.

gern unterstellt, gegen ihre Interessen zu handeln. Da die Systembetreiber den Bürgern keine Vorteile vermittelten, der öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger Erlöse aus der PPK-Entsorgung jedoch zur Verringerung der Entsorgungsgebühren verwende, habe die Übereignung von PPK-Abfällen an Systembetreiber für den Bürger keinen Vorteil.

III. Voraussetzungen für den Eigentumsübergang gemäß § 929 BGB

Der Übergang des Eigentums an einer beweglichen Sache gemäß § 929 S. 1 BGB setzt eine Einigung zwischen dem Eigentümer der Sache und dem Erwerber darüber voraus, dass das Eigentum übergehen soll; erforderlich ist weiter eine Übergabe der Sache vom Eigentümer an den Erwerber.

1. Einigung

Bei der Einigung über den Eigentumsübergang handelt es sich um einen formfreien abstrakten dinglichen Vertrag, der sich nur auf die Eigentumsübertragung beziehen muss.³¹ Die Einigung muss dabei auf die Eigentumsübertragung (Veräußerung und Erwerb) gerichtet sein.³² Auf die der Einigung nach § 929 S. 1 BGB zu Grunde liegenden Willenserklärungen sind die für die Auslegung von Willenserklärungen maßgeblichen Regeln der §§ 133, 157 BGB anwendbar.³³ Dies gilt insbesondere dann, wenn die Verfügung über den Eigentumsübergang durch schlüssiges Verhalten vorgenommen wird.³⁴ In solchen Fällen werden von der Rechtsprechung an die Vorstellungen der Parteien keine hohen Anforderungen gestellt.³⁵ In jedem Fall ist jedoch Voraussetzung, dass der Wille auf der Veräußerseite erkennbar wird, das Eigentum zu übertragen. Hinsichtlich der Annahmeerklärung wird regelmäßig auf einen Zugang gemäß § 151 verzichtet. Auf Seiten des Erwerbers ist jedoch eine Annahmeerklärung erforderlich.³⁶

³¹ BGH, NJW 2007, 2844; Palandt/Bassenge, § 929 Rn. 2.

³² Palandt/Bassenge, § 929 Rn. 6.

³³ BGH, NJW 1990, 1913; MüKo/Oechsler, § 929 Rn. 27; Staudinger/Wiegand, § 929 Rn. 9; Soergel/Henssler, § 929 Rn. 17; Palandt/Bassenge, § 929 Rn. 3.

³⁴ BGH; WM 1979, 11, 12; MüKo/Oechsler, § 929 Rn. 27.

³⁵ MüKo/Oechsler, a.a.O. mit Beispielen.

³⁶ MüKo/Oechsler, § 929 Rn. 28.

2. Bedeutung des Abfallrechts

Im vorliegenden Zusammenhang wird insbesondere die Frage unterschiedlich bewertet, welche Bedeutung abfallrechtlichen Wertungen im Zusammenhang mit dem Eigentumserwerb von Verpackungsabfall zukommt. Das OLG Düsseldorf hat im Urteil vom 29.12.2004³⁷ entschieden, dass für den Eigentumserwerb alleine die Erwerbstatbestände des bürgerlichen Rechts und damit § 929 S. 1 BGB maßgebend sind. Ausschreibungsbedingungen oder öffentlich-rechtlichen Normen kommen hierfür keinerlei Bedeutung zu.³⁸ Frenz³⁹ und Scharnewski⁴⁰ gehen demgegenüber davon aus, dass bei Anwendung der §§ 929 ff. BGB die abfallrechtlichen Wertungen „zwingend“ einzubeziehen seien, da diese die zivilrechtlichen Gesichtspunkte zumindest mit beeinflussen. Frenz begründet diese Auffassung damit, dass erst durch eine übergreifende Betrachtung die Einheit der Rechtsordnung hergestellt werde. Da sowohl das öffentliche Recht als auch das Zivilrecht grundsätzlich unterschiedliche Zielsetzungen, Strukturen und Bewertungsmaßstäbe hätten, könnten die Wertungen gegenseitig nur übernommen werden, wenn der zivilrechtliche Kontext mit dem öffentlich-rechtlichen übereinstimme und umgekehrt. Zivilrechtliche Wertungen müssten deshalb mit den jeweils infrage stehenden öffentlichen-rechtlichen vereinbar sein. Dies gelte auch umgekehrt und sei im Einzelnen anhand der Anliegen der einschlägigen Normen zu überprüfen. Vor allem sei deshalb die abfallrechtliche Verantwortungsverteilung bei der Interpretation des § 929 S. 1 BGB mit einzubeziehen.

Richtig ist es, für die Frage des Eigentumsübergangs ausschließlich auf die §§ 929 BGB abzustellen. Das OLG Düsseldorf hat dazu mit Recht festgestellt, dass der Bundesgesetzgeber für Fragen des Eigentumsübergangs auch im Bereich des Abfallrechts von seiner konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeit abschließend durch das BGB Gebrauch gemacht hat.⁴¹ Die Frage, zwischen wem sich ein Eigentumswechsel vollzogen hat, ist deshalb ausschließlich am Maßstab des § 929 S. 1 BGB zu beurteilen. Abfallrechtliche Wertungen ändern an den

³⁷ VI-Kart 17/04 (V) u.a. –, juris, Rn. 58.

³⁸ Ebenso: Vergabekammer Münster, Beschl. v. 22.09.2009 – VK 16/09 –, juris, Rn. 107.

³⁹ AbfallR 2007, 122 f.

⁴⁰ AbfallR 2012, 105.

⁴¹ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 29.12.2004 – VI-Kart 17/04 (V) u.a. –, juris, Rn. 58.

Voraussetzungen für den Eigentumsübergang nach § 929 S. 1 BGB nichts. Allerdings ist insbesondere deshalb, weil der Eigentumsübergang an Verpackungsabfällen sich nicht durch ausdrückliche Erklärungen, sondern durch konkludentes Verhalten vollzieht, bei der Interpretation der konkludenten Erklärungen von Veräußerer und Erwerber die abfallrechtliche Wertung bei der Auslegung der dem Eigentumsübergang zu Grunde liegenden konkludenten Willenserklärungen mit zu berücksichtigen.⁴² Davon geht auch das OLG Düsseldorf aus, wenn es bei der Anwendung der Rechtsfigur des Eigentumsübergangs an den, den es angeht, auf abfallrechtliche Verpflichtungen abstellt.⁴³ Denn es kann angenommen werden, dass insbesondere der Verbraucher als bisheriger Eigentümer der Verpackungsabfälle durch Einbringen seiner Abfälle in die jeweils für die Entsorgung vorgehaltenen Entsorgungssysteme seinen abfallrechtlichen Pflichten Genüge tun will. Dasselbe gilt für die Eigentumserwerber: Auch diese wollen sich beim Handling des Systems im Rahmen der abfallrechtlichen Pflichten halten.

Festgestellt werden kann damit, dass die abfallrechtlichen Regelungen über Entsorgungspflichten und die Entsorgungszuständigkeiten zwar die Anwendung des § 929 S. 1 BGB nicht verdrängen, dass sie jedoch bei der Interpretation der konkludenten Willenserklärungen über die Einigung des Eigentumsübergangs bei Zuführung von Verpackungsabfällen in die hierfür bereit gestellten Entsorgungssysteme zu beachten sind. Das öffentliche Recht überlagert damit § 929 S. 1 BGB beim Eigentumsübergang nicht; es ist vielmehr lediglich als Auslegungshintergrund konkludenter Erklärungen zu beachten; aus dem öffentlichen Recht und hier insbesondere die Entsorgungspflichten und Entsorgungszuständigkeiten können sich Kriterien für den Inhalt der beim Eigentumsübergang konkludent abgegebenen Willenserklärungen ableiten lassen.

Das OLG Düsseldorf weiter mit Recht darauf hingewiesen, dass der Inhalt von Ausschreibungsunterlagen für den Eigentumserwerb irrelevant ist.⁴⁴ Im vorliegenden Zusammenhang sind solche Unterlagen deshalb nicht von Bedeutung. Von Bedeutung können allerdings Entsorgungsverträge sein, die zwischen den Systembetreibern und Entsorgungsunternehmen abgeschlossen worden sind.

⁴² In diesem Sinne auch OLG Düsseldorf, a.a.O., Rn. 59 ff.

⁴³ In der Sache ebenso Scharnewski, AbfallR 2012, 106 ff.

⁴⁴ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 29.12.2004 – VI-Kart 17/04 (V) u.a. –, juris, Rn. 58.

Diese Entsorgungsverträge können zwar die gesetzlichen Voraussetzungen für den Eigentumsübergang im Sinne des § 929 S. 1 BGB nicht verändern oder überspielen. Ihnen kommt allerdings Bedeutung für die konkludente Erklärung des Entsorgers zu. Bei der Abgabe der Willenserklärung über die Einigung ist nämlich eine Stellvertretung zulässig.⁴⁵ Aus vertraglichen Absprachen zwischen den Systembetreibern und den Entsorgungsunternehmen können sich deshalb Anhaltspunkte für eine Stellvertretung ergeben. Dasselbe gilt im Bereich der Übergabe. Hier ist zwar eine Stellvertretung unzulässig. Bei der Übergabe beweglicher Sachen als Teilbestandteil der Eigentumsübertragung gemäß § 929 S. 1 BGB kommt auch eine Besitzmittlung in Betracht; für die Übergabe reicht es aus, dass dem Besitzmittler des Erwerbers der unmittelbare Besitz an der Sache eingeräumt wird.⁴⁶ Für die Frage, ob ein Besitzmittlungsverhältnis zwischen dem Systembetreiber und dem Entsorgungsunternehmen angenommen werden kann, sind ebenfalls die Regelungen vertraglicher Absprachen zwischen Systembetreibern und Entsorgungsunternehmen maßgebend und heranzuziehen.

IV. Einigung über den Eigentumsübergang

1. Angebot des Verbrauchers

Durch Zuführung von Verpackungsabfällen zu den Entsorgungssystemen für Verpackungen und ggf. deren Bereitstellung zur Abholung gibt der Verbraucher ein Angebot auf Übereignung seiner Verpackungsabfälle ab. Diese konkludente Erklärung kann dabei tatsächlich in unterschiedlichen Verhaltensweisen liegen:

- Gibt der Verbraucher seine Abfälle in den Depotcontainer, liegt das Angebot zur Übertragung des Eigentums im Einfüllvorgang als solchem. Konkludent erklärt der Verbraucher damit, dass er sein Eigentum an den Abfällen, die er in den Depotcontainer einfüllt, übertragen möchte.
- Werden für die Entsorgung von Verpackungsabfällen haushaltsnahe Entsorgungssysteme (gelbe Tonne, gelber Sack) genutzt, liegt das Angebot des Verbrauchers auf Übertragung des Eigentums in der Bereitstellung des Entsorgungsgefäßes (Tonne/Sack) vor. Durch diese Erklärung bringt der Verbraucher konkludent zum Ausdruck, dass er das Eigentum an den Ver-

⁴⁵ MüKo/Oechsler, § 929 Rn. 39; Palandt/Bassenge, § 929 Rn. 23 ff.

⁴⁶ BHG, WM 1976, 153; NJW 1986, 1166; Palandt/Bassenge, § 929 Rn. 16.

packungsabfällen, die sich in den für die Entsorgung genutzten Gefäßen bzw. Säcken befinden, übertragen möchte.

2. Adressat des Angebots auf Eigentumsübertragung

Über die Frage, wer Adressat des Angebots des Verbrauchers zur Übertragung des Eigentums ist, bestehen unterschiedliche Auffassungen:

- Das OLG Düsseldorf nimmt unter Heranziehung der Rechtsfigur der Übereignung an den, den angeht an, dass der Verbraucher ein Angebot an den, den es angeht und damit an den Systembetreiber abgibt; dieses Angebot werde stellvertretend für den Systembetreiber durch das Entsorgungsunternehmen angenommen.
- Frenz⁴⁷ und Scharnewski⁴⁸ gehen demgegenüber unter Heranziehung abfallrechtlicher Wertungen davon aus, dass sich die Einigung über den Eigentumserwerb zwischen dem Verbraucher und dem tatsächlich vor Ort tätigen Entsorger vollzieht.

Im Ergebnis ist diese Auffassung zuzustimmen:

a) Übereignung an den, den es angeht

Das OLG Düsseldorf und – ihm folgend – die Vergabekammer Münster⁴⁹ wenden die Rechtsfigur des Eigentumsübergangs an den, den es angeht deshalb an, weil sie vom tatsächlichen Lebenssachverhalt her davon ausgehen sei, dass es den Verbrauchern gleichgültig ist, wer das Eigentum am Verpackungsabfall erwirbt.⁵⁰ Diese Feststellung ist zwingende Voraussetzung für die Anwendung der Rechtsfigur des Geschäfts den es angeht. Angewendet werden kann diese nur dann, wenn der Veräußerer bei der Einigung kein Interesse daran hat, wer Besitzer und Eigentümer werden soll; darüber hinaus wird vorausgesetzt, dass der Vertreter den Willen hat, für

⁴⁷ AbfallR 2007, 121 ff.

⁴⁸ AbfallR 2012, 105 ff.

⁴⁹ Beschl. v. 22.09.2009 – VK 16/09 –, juris, Rn. 105.

⁵⁰ Vgl. LG Düsseldorf, Beschl. v. 29.12.2004 –VI-Kart 17/04 (V) u.a. –, juris, Rn. 58 f.

den Geschäftsherrn Eigentum zu erwerben.⁵¹ Dabei müssen sich diese Umstände aus der Gesamtheit der Sachlage mit Sicherheit ergeben.⁵² Es handelt sich beim Erwerb an den, den es angeht, immer um ein Vertretergeschäft. Der Vertreter des Erwerbers muss allerdings nicht zum Ausdruck bringen, dass er für einen Dritten handeln will.⁵³ Demzufolge entfällt eine Einigung zugunsten des Vertretenden immer dann, wenn der Vertreter (auftragswidrig) im eigenen Namen erwerben will.⁵⁴ Das gilt selbst dann, wenn Mittel des Auftraggebers eingesetzt werden. Erforderlich ist stets ein entsprechender Erwerbswille auf der Erwerberseite.⁵⁵ Für die Frage, in wessen Person durch die Übergabe Eigentum begründet wird, kommt es demzufolge allein auf den inneren Willen des Besitzerwerbers an. Sind die Voraussetzungen des Geschäfts für den, den es angeht, erfüllt, findet ein originärer Eigentumserwerb des Hintermannes ohne einen Durchgangserwerb des Handelnden statt.⁵⁶

Bei Anwendung dieser Voraussetzungen bestehen unter zwei Aspekten Zweifel, ob die Rechtsfigur des Eigentumserwerbs an den, den es angeht, im vorliegenden Zusammenhang überhaupt Anwendung finden kann:

- Zum einen ist hierfür erforderlich, dass es dem Verbraucher bei der Übertragung seines Eigentums an Verpackungsabfällen gleichgültig ist, wer Eigentümer wird.
- Zum anderen muss eine Stellvertretung stattfinden. Der Entsorgungsunternehmer als Empfänger der konkludenten Willenserklärung des Verbrauchers muss den Willen haben, für den Dritten – hier die Systembetreiber – das Eigentum zu erwerben.

⁵¹ Soergel/Henssler, § 929 Rn. 45; BGB-RGRK/Pikart, § 929 Rn. 56.

⁵² Vgl. RGZ 100, 190; Soergel/Henssler, § 929 Rn. 45.

⁵³ Soergel/Henssler, § 929 Rn. 45.

⁵⁴ Soergel/Henssler, a.a.O.; Einsele, JZ 1990, 1005, 1009.

⁵⁵ OLG Düsseldorf, NJW 1992, 1706.

⁵⁶ Soergel/Henssler, § 929 Rn. 45.

Beide Voraussetzungen liegen im vorliegenden Zusammenhang nicht vor mit der Folge, dass die Rechtsfigur der Übereignung, an den, den es angeht, im vorliegenden Zusammenhang keine Anwendung findet:

b) Übertragung des Eigentums an den, den es angeht, durch den Verbraucher?

Wie erwähnt, setzt die Übereignung, an den, den es angeht, voraus, dass dem Verbraucher als bisherigem Eigentümer von Verpackungsabfällen gleichgültig ist, an wen er sein Eigentum überträgt. Hiervon kann nicht ausgegangen werden:

Das OLG Düsseldorf hat angenommen, dass es dem Verbraucher bei Einwurf von Verkaufsverpackungen aus Papier in Depotcontainer gleichgültig sei, an wen er seine gebrauchten Verkaufsverpackungen übereignet. Etwas anderes sei nur dann der Fall, wenn der Verbraucher z.B. durch Einwurf in die Restmülltonne gezielt und ausschließlich das Eigentum an den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger übertragen wolle.⁵⁷ Diese Argumentation vermag nicht zu überzeugen:

Sie setzt zunächst voraus, dass der Verbraucher überhaupt Kenntnis davon hat, dass mehrere Beteiligte als Erwerber des Eigentums in Betracht kommen können. Denn nur dann kann angenommen werden, dass es ihm gleichgültig ist, wer Eigentümer seiner Verpackungsabfälle wird. Schon dies ist zweifelhaft.⁵⁸ Voraussetzung hierfür wäre, dass der Verbraucher weiß, wer für die Entsorgung von Glas oder der LVP-Fraktion zuständig ist. Er müsste zumindest Kenntnis davon haben, dass es inzwischen 10 lizenzierte Systembetreiber gibt, die Zuständigkeiten in der Entsorgung von Verpackungsabfällen besitzen. Nach aller Lebenserfahrung haben Verbraucher eine derartige Kenntnis nicht. Ihnen wird allenfalls das Unternehmen DSD und damit ein Systembetreiber bekannt sein. Dass es inzwischen eine Vielzahl, nämlich 10 Systembetreiber gibt, ist den Verbrauchern hingegen nicht geläufig. Soll die Rechtsfigur der Entsorgung an den, den es angeht, angewendet werden können, ist Mindestvoraussetzung, dass

⁵⁷ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 29.12.2004, a.a.O., Rn. 59.

⁵⁸ Vgl. dazu auch Scharnewski, AbfallR 2012, 106 f.

die Verbraucher wissen, wer – abgesehen vom Entsorgungsunternehmen, das die Entsorgungslogistik stellt – überhaupt als Partner eines Einigungsvertrages über den Eigentumsübergang in Betracht kommt. Jedenfalls rudimentäre Kenntnisse hiervon müssten beim Verbraucher vorhanden sein. Hiervon kann hinsichtlich der Systembetreiber nicht ausgegangen werden. Insoweit unterscheidet sich die Eigentumsübertragung von Verpackungsabfällen heute von dem Fall, den das OLG Düsseldorf im Jahre 2004 zu entscheiden hatte. Seinerzeit kam als Systembetreiber lediglich DSD in Betracht. Die übrigen Systembetreiber sind erst später in den Markt eingetreten. Soll die Rechtsfigur der Übereignung an den, den es angeht, angewendet werden, setzt dies nach der neuen tatsächlichen Sachlage im Bereich der Entsorgung an Verkaufsverpackungen voraus, dass der Verbraucher nicht nur Kenntnis davon hat, dass hinter dem Entsorger Systembetreiber für die Finanzierung und den Nachweis der Entsorgung von Verkaufsverpackungen zuständig sind. Vielmehr muss er eine ungefähre Vorstellung davon haben, wie viele Systembetreiber es gibt, denn wendet man die Figur des Eigentumserwerbs an den, den es angeht, im vorliegenden Sachzusammenhang an, überträgt er sein Eigentum anteilmäßig an alle 10 Systembetreiber. Eine solche Interpretation der konkludent erklärten Einigung über den Eigentumsübergang durch den Verbraucher ist indessen lebensfremd. Von der Existenz von 10 Systembetreibern hat er keine Kenntnis. Schon gar nicht kann ihm unterstellt werden, dass er Kenntnis davon hat, welche Funktion die Systembetreiber im Zusammenhang mit der Entsorgung von Verkaufsverpackungen tatsächlich haben.

Damit fehlt es an einer Voraussetzung für den Eigentumsübergang an den, den es angeht: Kenntnisse über die potentiellen Erwerber besitzt der Verbraucher als Veräußerer bei Abgabe seines Angebotes über den Eigentumsübergang nicht.

c) Gleichgültigkeit über die Person des Erwerbers

Entscheidend kommt hinzu, dass es dem Verbraucher, der ein Angebot auf Übertragung seines Eigentums an Verkaufsverpackungen abgibt, nicht gleichgültig ist, an wem er das Eigentum überträgt. Wie erwähnt⁵⁹, sind

⁵⁹ Dazu oben.

abfallrechtliche Wertungen bei der Interpretation der konkludenten Willensäußerungen der Verbraucher bei der Übertragung ihres Eigentums an Verpackungen zu berücksichtigen. In jedem Fall kann angenommen werden, dass der Verbraucher durch Übertragung des Eigentums an Verpackungen eine ordnungsgemäße Entsorgung seiner Verkaufsverpackungen gewährleisten will. Sein Wille geht dahin, durch Einwurf von Verkaufsverpackungen in Depotcontainer bzw. durch Bereitstellung der Entsorgungsgefäße bzw. Säcke zur Abfuhr des Eigentums an den zu übertragen, der eine ordnungsgemäße Entsorgung der Verpackungsabfälle gewährleistet. Das ergibt sich aus Folgendem:

Durch die Überlassung seiner Verpackungsabfälle in das Entsorgungssystem möchte der Verbraucher seinen Entsorgungspflichten genügen. Grundsätzlich ist er gemäß § 17 Abs. 1 S. 1 KrWG verpflichtet, den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern seine Abfälle zur Entsorgung zu überlassen, und zwar unabhängig davon, ob es sich hierbei um Abfälle zur Verwertung oder Abfälle zur Beseitigung handelt. Eine Ausnahme hiervon besteht gemäß § 17 Abs. 2 Nr. 1 KrWG, wenn Abfälle einem Rücknahmesystem nach § 25 KrWG zugeführt werden, für das eine Rücknahmepflicht besteht. Diese Ausnahme findet im Geltungsbereich der VerpackV Anwendung, und zwar auch dann, wenn gemäß § 6 Abs. 3 VerpackV duale Entsorgungssysteme eingerichtet sind.⁶⁰ Der private Verbraucher hat in diesem Fall ein Wahlrecht: Er darf seine Verpackungsabfälle dem öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger überlassen, der für diesen Fall zur Annahme und zur Entsorgung verpflichtet ist, es sei denn er hat diese Abfälle gemäß § 20 Abs. 2 KrWG von seiner Entsorgungsverpflichtung ausgeschlossen.⁶¹ Alternativ dazu ist der Verbraucher berechtigt, seine Abfälle den Sammelsystemen der dualen Systeme zu überlassen, sie dort im Einklang mit den Anforderungen der VerpackV zu entsorgen.

Berücksichtigt man diese abfallrechtliche Wertung der Interpretation der konkludenten Willenserklärung der Verbraucher bei der Zuführung ihrer

⁶⁰ Schomerus, in: Versteyl/Mann/Schomerus, KrWG, 3. Aufl., 2012, § 17 Rn. 33; Dipl, in: Schink/Versteyl, KrWG, § 17 Rn. 36, 38.

⁶¹ Giesberts, in: Giesberts/Reinhardt, Umweltrecht, § 13 KrW-/AbfG Rn. 34; Beckmann/Kersting, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, § 13 KrW-/AbfG, Rn. 54; Weidemann, in: Jarass/Petersen/Weidemann, KrW-/AbfG, § 13 Rn. 91; Dipl, in: Schink/Versteyl, KrWG, § 17 Rn. 36.

Abfälle in das Entsorgungssystem für Verpackungsabfälle, liegt ihr Wille darin, ihre Verpackungsabfälle im Einklang mit den Anforderungen der VerpackV entsorgen zu lassen. Dem tatsächlichen Verhalten des Verbrauchers kann sein Wille entnommen werden, das Eigentum an den zu übertragen, der die Entsorgung tatsächlich durchführt und damit ihm gegenüber Garant dafür ist, dass seine abfallrechtlichen Rechtspflichten erfüllt werden.

Garant in diesem Sinne gegenüber dem Verbraucher sind jedoch nicht die Systembetreiber, sondern der Entsorger, der tatsächlich die Entsorgungslogistik bereitstellt. Das folgt daraus, dass der Verbraucher vornehmlich den Zweck verfolgt, durch Zuführung von Verpackungsabfällen zu den hierfür eingerichteten Sammelsystemen, sich seines Abfalls zu entledigen.⁶² Er möchte durch die Entledigung seine Verpackungsabfälle einer Verwertung unter Aufgabe jeglicher Sachherrschaft zuführen. Füllt er seine Verpackungsabfälle in die Sammelsysteme ein, gibt er dadurch zu erkennen, dass er das Ziel verfolgt, seine Abfälle im Einklang mit den Anforderungen der VerpackV verwerten zu lassen.

Für den Verbraucher tritt dabei erkennbar nach außen in Erscheinung lediglich der Entsorgungsunternehmer, der die Sammelsysteme bereitstellt, diese entleert und die Verpackungsabfälle an Dritte mit dem Ziel ihrer Verwertung weiterleitet. Für den Verbraucher bleiben die weiteren Beteiligten am Entsorgungssystem nach der VerpackV und hier insbesondere die Systembetreiber unerkannt. Sie treten nach außen nicht in Erscheinung und erfüllen gegenüber dem Verbraucher unmittelbar keine tatsächlichen Handlungen beim Ablauf der Entsorgungsaufgaben. Sie treten weder als diejenigen auf, die die Entsorgungssysteme bereitstellen, noch als diejenigen, die für ihre Entleerung sorgen noch als diejenigen, die für die Verwertung der Verpackungsabfälle Sorge tragen. Vielmehr treten insoweit gegenüber den Verbrauchern ausschließlich das Entsorgungsunternehmen und die von diesem bereitgestellten Systeme in Erscheinung. Schon vor diesem Hintergrund liegt es nahe, die Willenserklärung des Verbrauchers zur Übertragung seines Eigentums so zu adressieren, dass hiermit die Entsorgungsunternehmen als diejenigen gemeint sind, die dem Verbraucher

⁶² So auch die Wertung bei Scharnewski, AbfallR 2012, 107.

gegenüber in Erscheinung treten und denen gegenüber eher ausschließlich seine Ansprüche auf Entsorgung seiner Verpackungsabfälle geltend machen kann.

Abfallrechtliche Wertungen stehen dem nur dann entgegen, wenn sich aus diesen abfallrechtlichen Wertungen ergibt, dass die Entsorgungsunternehmen im Bereich der Entsorgung von Verpackungsabfällen keine eigenen Rechtszuständigkeiten besitzen, sondern lediglich als Vertreter bzw. Besitzmittler der Entsorgungsunternehmen tätig werden. Aus der Wertung des Abfallrechts kann angesichts des tatsächlichen Geschehens nur dann das Angebot des Verbrauchers auf Einigung über den Eigentumsübergang so interpretiert werden, dass dies an die Systembetreiber als Beteiligte, die die es angeht, gerichtet ist, wenn diese die ausschließliche Verantwortung für die Entsorgung von Verpackungsabfällen tragen und das Entsorgungsunternehmen in diesen Verantwortungsbereich als ihren Vertreter bzw. Besitzmittler eingeschaltet haben. Beides ist nicht der Fall:

d) Verantwortlichkeiten bei der Entsorgung von Verpackungsabfällen

Gemäß § 6 Abs. 1 VerpackV sind Hersteller und Vertreiber, die mit Ware befüllte Verkaufsverpackungen erstmals in den Verkehr bringen, die typischerweise beim privaten Endverbraucher anfallen, verpflichtet, sich zur Gewährleistung der flächendeckenden Rücknahme dieser Verkaufsverpackungen an einem oder mehreren Systemen nach § 6 Abs. 3 VerpackV zu beteiligen. Nur unter diesen Voraussetzungen dürfen Hersteller und Vertreiber gemäß § 6 Abs. 1 S. 3 VerpackV Verkaufsverpackungen an private Endverbraucher abgeben. Gemäß § 6 Abs. 3 S. 1 VerpackV hat das Duale System flächendeckend im Einzugsgebiet des verpflichteten Vertreibers unentgeltlich die regelmäßige Abholung gebrauchter, restentleerter Verkaufsverpackungen beim privaten Endverbraucher oder in dessen Nähe in ausreichender Weise zu gewährleisten; weiter hat es den in Anhang I. genannten Anforderungen Rechnung zu tragen. Der Systembetreiber hat § 6 Abs. 3 S. 2 VerpackV zufolge die in seinem Sammelsystem erfassten Verpackungen einer Verwertung entsprechend den Anforderungen des Anhangs I. Nr. 1 VerpackV zuzuführen und dabei die Anforderungen nach Anhang I. Nr. 2 und 3 zu erfüllen. Anhang I. Nr. 1 sieht Mengenquoten vor, die im Jahresmittel einer Verwertung zugeführt werden müssen. Nach

Anhang I. Nr. 2 VerpackV haben Betreiber von Systemen nach § 6 Abs. 3 VerpackV sicherzustellen, dass Verpackungen beim privaten Endverbraucher durch Holsysteme oder in dessen Nähe durch geeignete Bringsysteme oder durch eine Kombination beider Systeme erfasst werden. Die Sammelsysteme müssen geeignet sein, alle am System beteiligten Verpackungen regelmäßig zu erfassen, wobei die Erfassung auf private Endverbraucher zu beschränken ist (Abs. 1). Nach Nr. 2 Abs. 2 Anhang I. VerpackV haben die Systembetreiber nach § 6 VerpackV weiter sicherzustellen, dass für die in das System aufgenommenen Verpackungen tatsächlich Verwertungskapazitäten vorhanden sind, die in Nr. 1 Anhang I. VerpackV festgelegten Anforderungen an die Wertstoffverwertung (Wertstoffquoten) nachgewiesen werden und für den Fall der Einstellung des Systembetriebes die in den Sammeleinrichtungen des Systems tatsächlich erfassten Verpackungen entsorgt werden. Nach Nr. 2 Abs. 3 Anhang I. VerpackV haben die Systembetreiber in überprüfbarer Form Nachweise über die erfassten und über die einer stofflichen und einer energetischen Verwertung zugeführten Mengen zu erbringen.

Nach diesen Regelungen sind die Systembetreiber nicht selbst zur Erfassung und Verwertung gebrauchter Verpackungen verpflichtet. Sie haben lediglich zu gewährleisten, dass Verkaufsverpackungen beim Endverbraucher erfasst und einer Verwertung zugeführt werden. Insoweit haben sie den Nachweis der Flächendeckung gemäß Anhang I. Nr. 2 Abs. 3 und der stofflichen und energetischen Verwertung zu erbringen. Die Anforderungen an die Systeme nach § 6 Abs. 3 VerpackV sind rechtlich so ausgestaltet, dass die Systembetreiber abfallrechtliche Pflichten nicht selbst wahrnehmen, sondern deren Erfüllung lediglich gewährleisten müssen. Sie stellen Garanten für die Verwertung von Verkaufsverpackungen in einem System dar, das den Anforderungen des § 6 Abs. 3 VerpackV i.V.m. den Systemanforderungen aus Anhang I. VerpackV genügt. Nach diesen Regelungen lässt sich zwar begründen, dass den Systembetreibern innerhalb der VerpackV für die Erfassung und Verwertung von Verkaufsverpackungen Rechtspflichten obliegen. Diese Rechtspflichten treten jedoch nach dem System der VerpackV gegenüber dem Verbraucher nicht in Erscheinung. Als Gewährleistungspflichten bestehen sie vielmehr im Hintergrund bei der Erfassung und Verwertung von Verkaufsverpackungen.

Die Entsorger werden zwar in der VerpackV nicht ausdrücklich erwähnt. Die VerpackV setzt jedoch die Einschaltung von Entsorgern in das System der Erfassung und Verwertung von Verkaufsverpackungen voraus. Dies ergibt sich aus der Verwendung des Wortes gewährleisten in § 6 Abs. 3 S. 1 VerpackV. Gewährleisten in diesem Sinne bedeutet, dass die Systembetreiber die Erfassung und Verwertung lediglich rechtlich sicherstellen müssen. Der Gesetzgeber geht gerade wegen des Wortes "gewährleisten" in § 6 Abs. 3 S. 1 VerpackV davon aus, dass die Systembetreiber nicht selbst tätig werden, sondern Entsorgungsunternehmen als Drittbeauftragte im Sinne des § 22 KrWG mit der Durchführung der eigentlichen Entsorgungsaufgabe beauftragen. Der VerpackV liegt damit die Vorstellung eines Systems zu Grunde, bei dem eine Gewährleistung der Erfassung und Verwertung durch die Systembetreiber stattfindet, während die operativen Aufgaben durch Entsorgungsunternehmen bei der Erfassung, Sortierung/Aufbereitung und Verwertung von Verpackungsabfällen erledigt werden. Die Entsorgungsunternehmen sind auch im Anwendungsbereich der VerpackV gemäß § 3 Abs. 10 KrWG Abfallsammler und im Sinne des § 3 Abs. 11 KrWG Abfallbeförderer. Als solche unterliegen sie den abfallrechtlichen Pflichten. Sie sind insbesondere verpflichtet, Verpackungsabfälle im Einklang mit den Vorgaben des §§ 17 Abs. 2 KrWG, 6 Abs. 3 S. 3 VerpackV einer Sortierung und Verwertung zuzuführen. Als Abfallbesitzer, die sie gemäß § 3 Abs. 9 KrWG durch Erlangung der tatsächlichen Sachherrschaft an den Verpackungsabfällen werden, obliegt ihnen auch die Erfüllung der abfallrechtlichen Pflichten, die ursprünglich dem Verbraucher oblagen. Sie sind insoweit als "Quasi-Drittbeauftragte" auch des Verbrauchers im Sinne des § 22 Abs. 1 KrWG in die Entsorgung eingeschaltet und verpflichtet, die Abfälle sowohl im Einklang mit den Rechtspflichten der Verbraucher als auch den Rechtspflichten der Systembetreiber zu behandeln und in Verwertungssysteme einzubringen. Rechtlich erfüllen die Entsorgungsunternehmen als Abfallbesitzer durch die Übergabe an sie durch den Verbraucher deshalb in seiner Stellvertretung die Aufgaben, die an sich dem Verbraucher als Abfallerzeuger und -besitzer obliegen.

Vor diesem Hintergrund sieht sich der Verbraucher bei der Übergabe seiner Verpackungsabfälle in die dafür nach der Verpackungsverordnung errichteten Entsorgungssysteme zwei Verantwortlichen gegenüber: Es besteht eine Gewährleistungsverantwortung der Systembetreiber und eine

unmittelbare Erfüllungsverantwortung gegenüber dem Verbraucher der Entsorgungsunternehmen.

Diese abfallrechtliche Wertung ist für die Interpretation des konkludenten Angebots des Abfallbesitzers über den Eigentumsübergang zu berücksichtigen. Angesichts dessen, dass die Systembetreiber lediglich eine Gewährleistungsverantwortung für die Erfüllung der Anforderungen aus §§ 17 Abs. 2 KrWG, 6 Abs. 1, 3 VerpackV besitzen, kann nicht angenommen werden, dass private Verbraucher als Abfallbesitzer dem Systembetreiber das Eigentum an den Verpackungsabfällen übertragen möchte. Denn durch die Gewährleistungsverantwortung alleine ist die Entsorgung der Abfälle im Einklang mit den Rechtspflichten der Verbraucher noch nicht sichergestellt. Sichergestellt ist sie erst dann, wenn der Abfallbesitz auf eine Person übergeht, die für den Verbraucher die diesem obliegenden Rechtspflichten wahrnimmt und sie tatsächlich erfüllt. Dies ist aber ausschließlich in der Person des Entsorgers der Fall. Wie ausgeführt, ist er als Abfallbesitzer und zugleich Quasi-Drittbeauftragter des Verbrauchers verpflichtet, dessen Rechtspflichten zu erfüllen; diese setzen sich in seiner Person fort, wie sich insbesondere aus dem Rechtsgedanken des § 22 S. 2, 2. Halbs. KrWG ergibt. Denn durch Einschaltung eines Dritten bleiben die Rechtspflichten der Verbraucher als Abfallerzeuger und -besitzer bestehen. Folglich ist der Entsorger, der Verpackungsabfälle erfasst, verpflichtet, diese im Einklang mit den Rechtspflichten der ursprünglichen Abfallerzeuger und Besitzer zu behandeln.

Dem steht die Tatsache, dass Entsorgungsunternehmen (auch) als Drittbeauftragte für die dualen Systeme im Sinne des §§ 20, 22 S. 1 KrWG tätig werden, nicht entgegen. Zwar bleiben die Verantwortlichkeiten der Auftraggeber gemäß § 22 S. 2, 1. Halbs. KrWG ungeachtet der Drittbeauftragung bestehen; eine befreiende Pflichtenübertragung findet nicht statt.⁶³ Der Dritte übernimmt allerdings die Erfüllung der Pflicht, auch wenn diese selbst auf ihn nicht übergeht.⁶⁴ Selbst wenn der Dritte danach nicht selbst durch die Drittbeauftragung Verpflichteter wird, ist er doch gehalten, die

⁶³ Versteyl, in Versteyl/Mann/Schomerus, KrWG, § 22 Rn. 7; Schink, in: Schink/Versteyl, KrWG, § 22 Rn. 33.

⁶⁴ Versteyl, in Versteyl/Mann/Schomerus, KrWG, § 22 Rn. 7.

abfallrechtliche Pflichten tatsächlich in Übereinstimmung mit der Pflichtenstellung des Auftraggebers wahrzunehmen.

Bei näherer Betrachtung des abfallrechtlichen Hintergrundes lässt sich deshalb folgendes feststellen:

- Für den Verbraucher, der seine Verpackungsabfälle in die hierfür zur Erfassung eingerichteten Systeme gibt, sind die Systembetreiber entsprechend ihrer Verantwortlichkeit nach der VerpackV lediglich Gewährleistungsverantwortlich. Unmittelbare Aufgaben ihm gegenüber bei der Erfassung und Verwertung von Verkaufsverpackungen erfüllen sie nicht. Sie treten ihm gegenüber in keiner Weise in Erscheinung und erfüllen gegenüber dem Verbraucher keinerlei Handlungspflichten.
- Verpflichtet gegenüber dem Verbraucher und den Systembetreibern als Drittbeauftragter im Sinne des § 22 Abs. 1 KrWG ist der Entsorger. Durch die Überlassung der Abfälle in das Entsorgungssystem nach der VerpackV wird der Entsorger gemäß § 3 Abs. 9 KrWG Abfallbesitzer. Als solcher ist er gemäß § 22 S. 2 KrWG verpflichtet, die ihm vom Verbraucher sowie dem Systembetreiber übertragenen Rechtspflichten wahrzunehmen.
- Das folgt auch aus § 22 S. 1 KrWG, wonach charakteristisches Merkmal der Drittbeauftragung gerade darin besteht, dass die Erledigung der Pflichten der Abfallerzeuger und Besitzer sowie der sonstigen für Abfälle Verantwortlichen auf den Drittbeauftragten übertragen werden.

Für den Verbraucher kommt es - wie ausgeführt - darauf an, seine Verpackungsabfälle loszuwerden und diese im Einklang mit den Anforderungen aus § 17 KrWG sowie der VerpackV zu entsorgen, das heißt erfassen, sortieren und verwerten zu lassen. Die Systembetreiber als Garantiegeber können ihm gegenüber diese Pflichten in keiner Weise tatsächlich erfüllen, denn vor Ort werden sie nicht tätig. Da die Abfallentsorgung sich als tatsächliches Geschehen darstellt, kann die konkludente Erklärung des Verbrauchers, ein Angebot zur Übereignung seiner Verpackungsabfälle durch Einfüllung dieser in die Sammelgefäße (Depotcontainer) bzw. durch Be-

reistellung der Sammelgefäße mit eingefüllten Verpackungsabfällen zur Abfuhr durch den Entsorger nur dahin verstanden werden, dass er das Eigentum an denjenigen übertragen will, der in der Lage ist, seine Rechtspflichten tatsächlich im Einklang mit den gesetzlichen Vorgaben wahrzunehmen. Dies ist nach der Systematik der VerpackV und dem tatsächlichen Geschehen vor Ort ausschließlich der vor Ort tätige Entsorger. An ihn, nicht aber an Systembetreiber, richtet sich deshalb das Angebot auf Übereignung der Verpackungsabfälle, die in die nach der VerpackV bereitgestellten Sammelsysteme eingefüllt bzw. in Sammelgefäße oder im Gelben Sack zur Abholung bereitgestellt werden.

e) Mehrere Systembetreiber

Das gilt insbesondere auch deshalb, weil inzwischen zehn Systembetreiber flächendeckend in der Bundesrepublik tätig sind. Diese teilen sich die Gewährleistungsverantwortung nach § 6 Abs. 1, 3 i.V.m. Anhang I. VerpackV. Das ergibt sich aus § 6 Abs. 1 S. 1 VerpackV, wonach auch mehrere Systeme betrieben werden können, die zur Erfüllung der Pflichten aus § 6 Abs. 3 VerpackV i.V.m. Anhang I. zusammenwirken (§ 6 Abs. 3 S. 3 VerpackV). Bei dieser Konstruktion ist für den Verbraucher - sollte ihn überhaupt die Existenz von zehn Systembetreibern bewusst sein - nicht erkennbar, wer ihm gegenüber überhaupt Verantwortung für die Entsorgung und Verwertung seiner Verkaufsverpackungen übernimmt. Er sieht sich einer gemeinschaftlichen Verantwortung gegenüber, bei der die Aufgaben in Bezug auf die konkreten Verpackungsabfälle des Verbrauchers nicht einem bestimmten Garantiegeber, sondern nur der Gesamtheit der Systembetreiber zugeordnet werden können. Dass der Verbraucher die Entsorgungsverantwortung für seine Abfälle in die Hände eines solchen Zusammenwirkens von Garantiegebern legen will, kann kaum angenommen werden.

f) Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis kann deshalb folgendes festgestellt werden:

Wille des Verbrauchers ist es, seine Verpackungsabfälle dem zu übereignen, der an seiner Stelle gewährleistet, dass seine Entsorgungsverantwortung im Einklang mit dem hierfür maßgebenden rechtlichen Regelungen

erfüllt wird. Dies sind als diejenigen, die durch Überlassung der Abfälle unmittelbare Abfallbesitzer werden und in Kontakt zum Verbraucher treten, die Entsorgungsunternehmen, die die Systeme zur Erfassung von Verpackungsabfällen betreiben. Eine Anwendung der Rechtsfigur der Übereignung an den, den es angeht, bedarf es vor diesem Hintergrund nicht. Vielmehr ist die konkludente Willenserklärung des Verbrauchers, der seine Verpackungsmaterialien in die Erfassungssysteme nach der VerpackV einbringt, so zu interpretieren, dass er das Eigentum an den Verpackungsmaterialien den Entsorgern übertragen möchte und dazu ein Angebot auf Einigung über den Eigentumsübergang an diese abgibt.

3. Annahme des Angebotes

a) Annahmeerklärung des Entsorgers

Durch Übernahme der Verpackungsabfälle in ihre Entsorgungsfahrzeuge, nehmen die privaten Entsorger dieses Angebot des Verbrauchers an.

Dabei muss dieser Annahmewille nicht ausdrücklich erklärt werden. Vielmehr genügt es auch hier, dass die Willenserklärung der privaten Entsorger konkludent abgegeben wird. Dies geschieht durch Übernahme der Abfälle in ihren Verantwortungsbereich und hier insbesondere durch Übernahme der Abfälle in die Entsorgungsfahrzeuge.

b) Bedeutung der Drittbeauftragung durch die Systembetreiber

Eine andere rechtliche Wertung wäre möglicherweise dann angezeigt, wenn die privaten Entsorger sich durch Verträge mit den Systembetreibern verpflichtet hätten, als deren Stellvertreter bei der Einigung über den Eigentumsübergang aufzutreten. Angesichts dessen, dass die Willenserklärungen bei der Übereignung von Verpackungsabfällen nur konkludent abgegeben werden, könnte für diesen Fall ggf. angenommen werden, dass die privaten Entsorger bei der Abgabe der Annahmeerklärung als Vertreter der Systembetreiber auftreten und in deren Namen die Einigungserklärung abgeben. Wäre dies der Fall, würde dies zivilrechtlich allerdings zu einem nicht unerheblichen Problem deshalb führen, weil dann ein Dissens hinsichtlich der Einigung über den Vertragspartner vorläge: Wie ausgeführt, geht die Willenserklärung des Verbrauchers dahin, seine Verpackungsab-

fälle den privaten Entsorgern als Betreibern der Erfassungssysteme und ihm gegenüber Verantwortliche für die Entsorgung der Verpackungsabfälle zu übereignen. Sein Wille ist gerade nicht darauf gerichtet, eine Übereignung an die Systembetreiber vorzunehmen. Treten die öffentlich rechtlichen Entsorgungsträger als Stellvertreter des Systembetreibers auf, läge deshalb ein Dissens über die Person desjenigen vor, an den die Übereignung erfolgen soll. Eine Einigung über die Person wäre dann nicht gegeben.

Bei Durchsicht der (Muster-)Verträge, die der Beauftragung privater Entsorger durch die Systembetreiber zu Grunde liegen, lässt sich indes nicht annehmen, dass diese als Stellvertreter für die Systembetreiber das Eigentum an den Verpackungsmaterialien erwerben sollen und wollen:

Dem Mustervertrag über die Erfassung von Leichtverpackungen (2012 - 2014) lässt sich ein solcher Wille der Entsorger ebenso wenig übernehmen, wie eine dahin gehende Beauftragung durch die Systembetreiber. § 3 des Mustervertrages LVP, in dem die Modalitäten der Erfassung von Leichtverpackungen geregelt sind, enthält keine Bestimmung über eine Stellvertretung beim Erwerb des Eigentums. In dieser Norm sind lediglich Anforderungen über das Erfassungssystem enthalten. Auch § 4 des Mustervertrages LVP, der Bestimmung über die Übergabe der Leichtverpackungen, regelt nicht, wer im Zeitpunkt der Überlassung der LVP-Fraktion an die für die Systembetreiber tätigen Systembetreiber das Eigentum erwirbt. Auch eine Stellvertretung ist hierin nicht geregelt. Nach § 4 Abs. 1 des Mustervertrages LVP haben die Auftragnehmer (Entsorger) sämtliche für die Auftraggeber (Systembetreiber) erfassten Leichtverpackungen nach Maßgabe der Vorgaben in Anlage 4 des Mustervertrages LVP im Vertragsgebiet zur Übernahme bereitzustellen. Diese Regelung sowie die weiteren Bestimmungen über die Übergabe der Leichtverpackungen enthalten keine Aussage darüber, wer ursprünglich Eigentümer von den Entsorgern erfassten Verkaufsverpackungen werden soll. Vielmehr ist diese Frage offen gelassen und den einschlägigen zivilrechtlichen Regelungen überlassen worden.

Das ergibt sich deutlich aus § 8 des Mustervertrages LVP. Hiernach geht das Eigentum und der Besitz an den gebrauchten Leichtverpackungen mit der Übergabe an den jeweiligen Sortiervertragspartner auf diesen über. In

dieser Regelung ist eine Folgeübertragung des Eigentums dergestalt geregelt, dass die LVP-Fraktion mit der Übergabe an das Unternehmen, dass die Sortierung der Verpackungen vornimmt, auf dieses Unternehmen übergeht. Aus dieser Regelung kann zunächst geschlossen werden, dass im Mustervertrag eine Bestimmung über eine Stellvertretung für die Systembetreiber im Zeitpunkt des Ersterwerbs der Verpackungen durch die für die Systembetreiber tätigen Entsorger nicht ausgesprochen werden sollte. Denn hierfür fehlt es im Vertrag an jeglicher Regelung. Eine Stellvertretung bei der Erstübereignung der Verpackungen aus der Hand des Verbrauchers findet damit nach dem Mustervertrag LVP gerade nicht statt.

Weiter lässt sich aus § 8 nicht entnehmen, dass das Eigentum an der LVP-Fraktion vor dem Übergang auf die Sortiervertragspartner auf die Systembetreiber übergehen sollte. Die Regelung ist nämlich offen formuliert. Es ist offen gelassen, wer zuvor Eigentum an den erfassten Verkaufsverpackungen hatte. § 8 regelt lediglich, dass durch die Übergabe an die jeweiligen Sortierpartner diese das Eigentum hieran erwerben sollen und dass Entsorgungsunternehmen und Systembetreiber verpflichtet sind die hierfür erforderlichen Willenserklärungen abzugeben.

Da der Musterentsorgungsvertrag LVP-Fraktion keine Bestimmung über eine Stellvertretung im Zeitpunkt des erstmaligen Eigentumsübergangs an Verkaufsverpackungen vom Verbraucher auf einen Dritten enthält und zudem lediglich ausdrücklich eine Bestimmung über die Notwendigkeit der Eigentumsverschaffung des jeweiligen Sortiervertragspartners normiert, kann hieraus geschlossen werden, dass sich der Entsorgungsvertrag über die LVP-Fraktion zum Erwerb des Eigentums vom Verbraucher in keiner Weise verhält. Insbesondere ordnet er keine vertragliche Stellvertretung des Entsorgungsunternehmens für die Systembetreiber im Zeitpunkt der Überlassung der Verpackungsabfälle durch den Verbraucher an.

Der Mustervertrag Glas enthält vergleichbare Bestimmungen. Auch aus diesem Vertrag folgt nicht, dass die Entsorger im Zeitpunkt der Übernahme der erfassten Verpackungsabfälle in ihren (unmittelbaren) Besitz als Vertreter der Systembetreiber bei der Eigentumsübertragung tätig werden.

Vor diesem Hintergrund liegt in der konkludenten Erklärung des Entsorgungsunternehmens durch Übernahme der Verpackungsabfälle in seinem

Besitz zugleich auch die Annahme des Übereignungsangebotes durch den Verbraucher an ihn. Eine Stellvertretung für die Systembetreiber findet ersichtlich nicht statt.

4. Zwischenergebnis

Damit kann festgestellt werden, dass zum Zeitpunkt der Übernahme der Verpackungsabfälle aus dem Bereich der Verbraucher in den unmittelbaren Besitz der Entsorger eine konkludente Einigung über den Eigentumsübergang des Verpackungsmaterials vom Verbraucher auf das Entsorgungsunternehmen vorliegt.

V. Übergabe

Zur Übertragung des Eigentums ist gemäß § 929 S. 1 BGB neben der Einigung über den Eigentumsübergang erforderlich, dass der bisherige Eigentümer (Veräußerer) seinen Besitz vollständig verliert und der neue Eigentümer Besitzer wird. Dabei können auf Seiten des Erwerbers auch Besitzmittler oder Geheißpersonen auftreten. Es genügt, wenn der Erwerber mittelbaren Besitz erlangt, sofern ein Dritter sein Besitzmittler ist.⁶⁵ Der neue Eigentümer verzichtet bei diesem Modell auf seinen tatsächlichen Besitz; der Besitzmittler übt den Besitz künftig ausschließlich für den Erwerber aus.

Das OLG Düsseldorf hat im Beschluss vom 29.12.2004⁶⁶ angenommen, dass der Entsorger (im konkreten Fall der öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger) als Besitzmittler der Systembetreiber tätig wird. Den unmittelbaren Besitz erwirbt das Entsorgungsunternehmen nach dieser Konstruktion für die Systembetreiber.

Diese Konstruktion ist mit dem tatsächlichen Geschehen nicht zu vereinbaren. Das OLG Düsseldorf leitet die Besitzmittlerschaft des Entsorgungsunternehmens zugunsten der Systembetreiber aus vertraglichen Absprachen ab, die im vom OLG Düsseldorf entschiedenen Fall zwischen beiden Beteiligten bestanden. Inhalt dieser vertraglichen Absprachen war, dass der Entsorger schriftlich zugesichert hatte, das Handling des Papieranteils in gewohnter, zuverlässiger und fachkundiger Weise zu erbringen. Abgesehen davon, dass zweifelhaft erscheint, ob aus einer derartigen Formulierung auf eine Besitzmittlerschaft geschlossen werden kann,⁶⁷ wäre zur Begründung eines Besitzmitt-

⁶⁵ BGH, WM 1976, 153; Erman/Michalski, BGB, § 929 Rn. 15; MüKo/Oechsler, § 929 Rn. 66.

⁶⁶ VI-Kart 17/04 (V) u.a. –, juris, Rn. 59

⁶⁷ So mit Recht Scharnewski, AbfallR 2012, 109 f.

lungsverhältnisses zwischen dem vor Ort tätigen Entsorger und den Systembetreibern auch eine dahingehende Absprache erforderlich. Wie bereits ausgeführt, lässt sich dem Mustervertrag für die LVP-Fraktion nicht entnehmen, dass im Zeitpunkt des Ersterwerbs der Verpackungsabfälle vom Verbraucher der Entsorger, der das Erfassungssystem betreibt, in Stellvertretung für die Systembetreiber tätig werden soll oder will.⁶⁸ Eine vertragliche Absprache dazu fehlt. Da sie in Bezug auf die Einigung über den Eigentumsübergang fehlt, kann nicht angenommen werden, dass ohne Absprache ein Besitzmittlungsverhältnis zugunsten der Systembetreiber in der Person der Entsorger mit der Übergabe der Verpackungsabfälle durch den Verbraucher an letzteren entstehen sollte.

Vielmehr ist auf das tatsächliche Geschehen abzustellen. Nach dem tatsächlichen Geschehen erwirbt der Entsorger durch Übernahme der Verpackungsabfälle in seinem Einwirkungsbereich den unmittelbaren Besitz an diesen Abfällen. Diese Übertragung des unmittelbaren Besitzes steht in Übereinstimmung mit der konkludenten Einigung zwischen dem Verbraucher und dem Entsorgungsunternehmen und den Eigentumsübergang. Die vertraglichen Absprachen (Musterverträge) zwischen dem Entsorger und den Systembetreibern stehen dieser Übergabe und tatsächlichen Besitzerschaffung beim Entsorgungsunternehmen gerade nicht entgegen. Anhaltspunkte für ein Besitzmittlungsverhältnis ergeben sich aus diesen Verträgen nicht.

Vor diesem Hintergrund kann im Ergebnis festgestellt werden, dass der Entsorger durch Übergabe der Verkaufsverpackungen durch den Verbraucher unmittelbarer Besitzer der Verkaufsverpackungen wird und kein Besitzmittlungsverhältnis mit den Systembetreibern besteht. Damit ist auch die zweite Voraussetzung für den Eigentumserwerb des Entsorgers im Zeitpunkt der Übernahmen der Verkaufsverpackungen erfüllt.

VI. Zwischenergebnis

Durch konkludente Einigung zwischen dem Verbraucher und dem Entsorger über den Übergang des Eigentums an den Verkaufsverpackungen und Verschaffung des unmittelbaren Besitzes an diesem in der Person des Entsorgungsunternehmens erwirbt dieser gemäß § 929 S. 1 BGB das Eigentum an den Verkaufsverpackungen, die in die Erfassungssysteme nach der Verpackungsverordnung eingebracht wurden und von ihm in seinem unmittelbaren Besitz übernommen werden. Eine Stellvertretung oder eine Besitzmittlung des Entsorgungsunternehmens zugunsten der Systembetreiber findet

⁶⁸ Dazu oben.

nicht statt. Die Figur der Übereignung an den, den es angeht, kann wegen der Interpretation der Willenserklärung des Verbrauchers, das Eigentum an den Verpackungsabfällen demjenigen zu verschaffen, der ihm gegenüber unmittelbar für die Entsorgung der Verpackungsabfälle im Einklang mit den gesetzlichen Vorgaben verantwortlich zeichnet, keine Anwendung finden.

D.

Eigentumserwerb durch Vermischung, § 948 BGB

Neben der Übertragung des Eigentums gem. § 929 S. 1 BGB kommt ein Eigentumserwerb durch Vermischung gemäß § 948 Abs. 1 BGB in Betracht. Das OLG Düsseldorf hat im Beschluss vom 29.12.2004⁶⁹ angenommen, dass jedenfalls in dem Fall, in dem kommunaler PPK-Abfall und gebrauchte Verkaufsverpackungen aus Papier und Pappe in demselben Depotcontainer gesammelt werden, die Grundsätze der Vermischung nach §§ 948 Abs. 1, 2, 947 BGB mit der Folge Anwendung finden, dass die Beteiligten im Verhältnis ihre jeweilige Müllmengenanteile Miteigentümer des Sammelgutes werden. Diese Miteigentümergeinschaft sei sodann durch Teilung in Natur, das heißt im Wege einer Aufteilung der Gesamtmüllmenge auf die die beiden Teilhaber nach dem Verhältnis ihrer Miteigentumsanteile gemäß § 752 S. 1 BGB aufzuteilen.

§ 948 Abs. 1 BGB kann im vorliegenden Fall keine Anwendung finden. Die Vorschrift setzt voraus, dass Sachen miteinander vermischt werden, die mehreren Eigentümern gehören (vgl. § 947 Abs. 1 BGB, wonach in diesem Fall Miteigentumsanteile an der Gesamtmenge der vermischten Sachen begründet werden). Diese Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall schon deshalb nicht erfüllt, weil das Entsorgungsunternehmen durch die Übernahme von Verpackungsabfällen in seinem unmittelbaren Besitz hieran das Eigentum vom Verbraucher erwirbt. Miteigentumsanteile Dritter und hier insbesondere der Systembetreiber an den vom Entsorger übernommenen Verpackungen bestehen nicht.

Im Ergebnis kann damit festgestellt werden, dass das Eigentum in die Erfassungssysteme nach der Verpackungsverordnung eingebrachten Verpackungsmaterialien vom Verbraucher auf den Entsorger übergeht. Konkludent wird zwischen beiden eine Einigung über den Eigentumsübergang vorgenommen. Der unmittelbare Besitz an den Verpackungsabfällen geht vom Verbraucher auf den Entsorger über. Eine Stellvertretung bei der Einigungserklärung zugunsten der Systembetreiber durch den Entsorger findet nach den einschlägigen Musterverträgen ebenso wenig statt wie eine Besitzmittlung bei der Übergabe. Die Rechtsfigur der Eigentumsübertragung an den, den es angeht, ist nicht anwendbar.

⁶⁹ VI-Kart 17/04 (V) u.a. -, juris, Rn. 64.

E.

Eigentumserwerb bei Sammlung der PPK-Fraktion

Der Eigentumserwerb bei Sammlung der PPK-Fraktion ist ebenfalls umstritten. Insoweit werden zwei Positionen vertreten:

- Das OLG Düsseldorf⁷⁰ und ihm folgend die Vergabekammer Münster⁷¹ vertreten die Auffassung, dass bei der Erfassung der PPK-Fraktion die Systembetreiber neben den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern Miteigentum am erfassten Altpapier entsprechend der Menge der gemeinsam mit den graphischen Papieren erfassten PPK-Fraktion erlangen. Hierfür wird hinsichtlich der Einigung die Rechtsfigur der Übereignung an den, an den es angeht mit der Folge angewendet, dass eine Einigung über den Eigentumsübergang zwischen dem Verbraucher und dem Systembetreibern hinsichtlich der PPK-Anteile zustande komme; der Entsorger trete für die Systembetreiber als Besitzmittler auf, so dass diese mittelbaren Besitz erlangten. Durch Vermischung der PPK-Fraktion mit den graphischen Papieren setze sich das Eigentum der Systembetreiber als Miteigentumsanteil an der Gesamtpapiermenge gemäß §§ 948 BGB in Verbindung mit § 947 Abs. 1 BGB fort; die Miteigentümergeinschaft könne sodann durch Teilung in Natur, d.h. durch Aufteilung der Gesamtmüllmenge auf die beiden Teilhaber nach dem Verhältnis ihrer Miteigentumsanteile gemäß § 752 S. 1 BGB aufgeteilt werden.
- Scharnewski⁷² geht demgegenüber von einem Eigentumserwerb der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger als Systembetreiber der Erfassungssysteme für Altpapier einschließlich Verpackungen gemäß § 929 BGB aus. Auch hinsichtlich der Verkaufsverpackungen wolle der Verbraucher sein Papier an denjenigen übereignen, der ihm die größten Vorteile verschaffe und gewährleiste, dass die Entsorgung im Einklang mit den rechtlichen Vorschriften durchgeführt werde. Dies sei der öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger, denn dieser trete gegenüber dem Verbraucher nach außen in Erscheinung. Dadurch, dass der Verbraucher sich des Altpapiers entledige, gebe er klar zu erkennen, dass er es eine Verwertung zuführen wolle. Dies löse die Rechts-

⁷⁰ Beschl. v. 29.12.2004 – VI-Kart 17/04 (V) u.a. –, juris, Rn. 56 ff.

⁷¹ Beschl. v. 22.09.2009 – VK 16/09 –, juris, Rn. 100 ff.

⁷² AbfallR 2012, 102 ff.

folge der Verwertungspflicht aus. Die Handlung des Verbrauchers sei auf einen wirtschaftlichen Erfolg gerichtet mit der Folge, dass der Verbraucher sein Altpapier an den übereignen wolle, der diesen wirtschaftlichen Erfolg erfülle. Da beim Zugang dieser Erklärung nur der öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger anwesend sei und eine Stellvertretung der Systembetreiber durch den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger nicht stattfindet, komme die Einigung über den Eigentumsübergang mit dem öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger zustande. An diesen erfolge auch die Übergabe, ohne dass der öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger Besitzmittler der Systembetreiber sei. Er erwerbe deshalb Eigentum auch an der PPK-Fraktion.

Nach den oben entwickelten Grundsätzen ist das Angebot des Verbrauchers bei Einföhlung von Verpackungsmaterialien in die dafür bereitgestellten Erfassungssysteme darauf gerichtet, das Eigentum dem zu übertragen, der an seiner Stelle die abfallrechtlichen Pflichten erfüllt. Für den Bereich der LVP-Fraktion und von Glas ist dies – wie ausgeführt⁷³ – der private Entsorger als Gesteller der Erfassungssysteme. Dieser ist als Abfallbesitzer und Drittbeauftragter rechtlich verpflichtet, die öffentlich-rechtlichen Pflichten des Verbrauchers aus §§ 17 Abs. 1, 2 KrWG im Einklang mit den Anforderungen aus §§ 6 Abs. 1, 3 VerpackV zu erfüllen. An ihn richtet sich deshalb das Angebot zur Übereignung, das er spätestens durch Übernahme der Verpackungen in seinem Besitz annimmt. Eine Stellvertretung zugunsten der Systembetreiber ist dabei hinsichtlich der Einigung über den Eigentumsübergang nach den Musterverträgen Glas und LVP-Fraktion nicht anzunehmen. Auch eine Besitzmittlung bei der Übergabe für die Systembetreiber findet nicht statt.

Diese Sachlage gilt entsprechend für die PPK-Fraktion:

Zunächst ergibt sich aus den Musterverträgen über die Erfassung gebrauchter Verkaufsverpackungen aus Papier/Pappe/Karton, die für das Verhältnis zwischen Systembetreiber und beauftragtem Entsorger entwickelt worden sind, nicht, dass die Systembetreiber Eigentum am Verpackungsanteil des Altpapiers erwerben. Diese Verträge folgen demselben Muster wie die Verträge über die Erfassung der LVP-Fraktion bzw. von Glas. Auch sie regeln, dass der Verpackungsanteil am Altpapier vom Entsorger zur Abholung bereitzustellen bzw. an einem vom Systembetreiber benannten Sortierer/Verwerter zu übergeben ist. Mit der Abholung des Papiers soll das Eigentum auf

⁷³ Dazu oben C.

den beauftragten Dritten übergehen.⁷⁴ Regelungen über den Erwerb des Eigentums durch den Entsorger bzw. den Systembetreiber bei Übernahme des Besitzes des Altpapiers aus dem hierfür bestimmten Erfassungssystemen enthält der Mustervertrag nicht. Allerdings bestimmten frühere Verträge, dass Eigentum und Besitz an den gebrauchten Verkaufsverpackungen aus Papier mit der Übernahme des Besitzes des Papiers, d.h. der Abholung beim Verbraucher bzw. mit dem Einwurf in Sammelbehälter in das Eigentum des beauftragten Entsorgungsunternehmens übergehen. Sofern diese Verträge noch Geltung haben, ergibt sich schon hieraus im Verhältnis zwischen den Systembetreibern und dem Entsorgungsunternehmen, das letzteres Eigentum am Verpackungsanteil der PPK-Fraktion spätestens durch Übernahme des unmittelbaren Besitzes erwirbt.

Das gilt im Übrigen generell für den Verpackungsanteil der PPK-Fraktion, und zwar unabhängig davon, dass dieser gemeinsam mit graphischen Papieren erfasst wird:

Zumindest am Anteil der Verpackungsabfälle bei der Erfassung der PPK-Fraktion erwirbt der Entsorgungsunternehmer damit Eigentum.

Fraglich ist allerdings, ob dies auch im Verhältnis zum öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger gilt. Dies ist im Ergebnis zu bejahen:

Der private Entsorgungsunternehmer, der die PPK-Fraktion erfasst, ist in aller Regel nicht nur Drittbeauftragter der Systembetreiber, sondern zugleich auch des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers. Für diesen erfasst er gemeinsam mit Verpackungsabfällen aus Papier, Glas, Karton auch graphische Papiere. Dem liegt in aller Regel ein Entsorgungsvertrag mit dem öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger zu Grunde, in dem jedoch zumeist Aussagen über den Eigentumserwerb fehlen.

Für die Frage des Eigentumserwerbs kommt es zunächst darauf an, an wenn der private Verbraucher, der sein Papier in die Erfassungssysteme für die PPK-Fraktion gibt, sein Angebot auf Eigentumsübertragung richtet. Für den privaten Verbraucher unterscheidet sich die Sachlage bei der Nutzung der Erfassungssysteme für die PPK-Fraktion nicht von derjenigen bei der Nutzung der übrigen Erfassungssysteme für Verkaufsverpackungen. Ziel des privaten Verbrauchers ist es, dass sein Altpapier entsprechend den abfallrechtlichen Vorgaben behandelt und einer Verwertung zugeführt wird.

⁷⁴ § 5 Abs. 4 des Mustervertrages über die Erfassung gebrauchter Verkaufsverpackungen aus Papier/Pappe/Karton.

Der private Verbraucher hat auch bei der Entsorgung seines Altpapiers über die Erfassungssysteme für die PPK-Fraktion das Ziel, dass seine abfallrechtlichen Pflichten als Erzeuger und Besitzer dieses Abfalls erfüllt werden, und zwar unabhängig davon, ob es sich beim Papier im Einzelfall um Verkaufsverpackungen oder graphische Papiere handelt. Der private Verbraucher trifft insoweit keine Unterscheidung. Er wendet sich vielmehr an den, der ihm gegenüber auftritt und für die Erfüllung seiner abfallrechtlichen Pflichten einsteht. Dies ist das private Entsorgungsunternehmen, das ihm gegenüber durch Bereitstellung der Erfassungssysteme in Erscheinung tritt und als neuer Abfallbesitzer verpflichtet ist, die bisher dem privaten Verbraucher obliegenden abfallrechtlichen Pflichten zu erfüllen.

Der öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger hat dabei eine ähnliche Stellung wie die Systembetreiber bei der Erfassung der LVP-Fraktion bzw. von Glas: Er ist für die graphischen Papiere Garantiegeber dafür, dass die abfallrechtlichen Pflichten auch tatsächlich erfüllt werden. Seine Funktion im Entsorgungsweg unterscheidet sich damit nicht von der der Systembetreiber bei der Entsorgung von LVP bzw. Glas. Das folgt auch daraus, dass er selbst keinen unmittelbaren Besitz an den Papierabfällen erlangt. Da es in der Regel an dahingehenden vertraglichen Absprachen mit dem Entsorgungsunternehmen fehlen wird, wird er auch nicht mittelbarer Besitzer mit der Folge, dass mangels Abfallbesitz nicht ihm, sondern das Entsorgungsunternehmen als Abfallbesitzer die abfallrechtlichen Pflichten in Bezug auf das Altpapier unmittelbar treffen.

Im Ergebnis kann damit festgehalten werden, dass das Entsorgungsunternehmen Eigentum am gesamten Altpapiergemisch erwirbt, das sich in den Erfassungsgefäßen für die PPK-Fraktion befindet. Auch für diese Abfälle kommt es dem Verbraucher darauf an, diese an den zu übereignen, der seine abfallrechtlichen Pflichten im Einklang mit den gesetzlichen Vorgaben erfüllt.

F.

Verzicht auf eine Ausschreibung für Sortierung/Aufbereitung, Verwertung Vereinbarkeit mit Art. 102 AEUV/§ 19 GWB?

Nach Auffassung des Bundeskartellamtes soll zukünftig für die Sortierung/Aufbereitung und Verwertung auf eine Ausschreibung verzichtet werden. Die Systembetreiber können nach dieser Auffassung die ihnen vom Entsorger entsprechend den vertraglichen Abreden (vgl. § 4 der Musterverträge Glas und LVP) anteilig entsprechend ihrer Lizenzierung zu überlassenden Verkaufsverpackungen ohne Ausschreibung an Sortierer/Aufbereiter und Verwerter weitergeben. Im Folgenden soll der Frage nachgegangen werden, ob eine solche Regelung rechtlich zulässig ist.

In Betracht kommt, dass eine solche Verfahrensweise gegen Art. 102 AEUV bzw. § 19 GWB verstößt.

I. Auffassung des Bundeskartellamtes

Nach Art. 102 AEUV ist mit dem Binnenmarkt unvereinbar und verboten, die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung auf dem Binnenmarkt oder auf einem wesentlichen Teil des Binnenmarkts durch ein oder mehrere Unternehmen, soweit dies dazu führen kann, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Voraussetzung dieser Regelung ist eine Binnenmarktrelevanz der Tätigkeit. Hat der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung lediglich Relevanz für das Bundesgebiet, ohne den Zugang zum Markt von Unternehmen anderen EU-Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, kommt ein Verstoß gegen § 19 Abs. 1 GWB in Betracht. Hiernach ist die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung durch ein oder mehrere Unternehmen verboten. Dabei liegt nach § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB ein Missbrauch insbesondere vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen in einer für den Wettbewerb auf dem Markt erheblichen Weise ohne sachlich gerechtfertigten Grund beeinträchtigt.

Das Bundeskartellamt geht in seiner Sektoruntersuchung Duale Systeme offenbar davon aus, dass der Verzicht auf Ausschreibungspflichten für die Phasen der Sortierung und Verwertung von Verkaufsverpackungen für LVP und Glas durch die Systembetreiber weder gegen Art. 102 AEUV noch gegen § 19 GWB verstößt. Anders ist seine Empfehlung, zukünftig auf eine Ausschreibung für Sortierung und Verwertung von

Glas bzw. LVP zu verzichten, nicht erklärlich. Die Gründe, die das Bundeskartellamt für einen zukünftigen Verzicht auf eine Ausschreibung in den genannten Bereichen anführt, sind allerdings nicht rechtlicher, sondern eher faktischer, wirtschaftlicher Art. Hingewiesen wird vor allem darauf, dass die entkoppelte, individuelle Sortierung und Verwertung maßgebend für die Herstellung von Wettbewerb im Bereich der Sortierung/Verwertung sei. Die entkoppelte Vergabe verbessere die Wettbewerbsbedingungen für die anbietenden Entsorger, da diese jetzt entweder die Erfassungsleistung oder die Sortierleistung anbieten könnten. Bei der ursprünglichen Vergabe als Komplettpaket sei dies nicht möglich gewesen, so dass insbesondere mittelständige Entsorger Wettbewerbsnachteile gegenüber großen Entsorgungskonzernen gehabt hätten, denn erstere hätten häufig weder eine Sortierung noch eine Verwertung anbieten können. Die Entkopplung führe auch zum Schutz der nachfragenden dualen Systeme als „Mitbenutzer“ der Erfassungsleistung, denn gegenüber den dualen Systemen könnte jetzt nicht mehr – wie dies früher kartellrechtswidrig teilweise der Fall gewesen sei – verlangt werden, dass der Erfassungsvertrag von einer gleichzeitigen Beauftragung mit der Sortierung und Verwertung abhängig gemacht würde. Aus der Tatsache, dass die bei Sortierung und Verwertung entstehenden Kosten um ca. 75 % gesunken seien, ergäben sich Hinweise auf eine gute Wettbewerbssituation. Kartellrechtliche Vorgaben hinsichtlich der individuellen Sortier- und Verwertungsverträge seien wegen der Entkopplung von der Erfassung entbehrlich. Eine Pflicht zur Durchführung eines formalisierten Ausschreibungsverfahrens bestehe deshalb für Sortierung und Verwertung nicht mehr.⁷⁵

Diese Begründung stellt rechtlich ausschließlich auf die Entkopplung zwischen der Vergabe der Leistungen der Erfassung und der Sortierung/Verwertung ab. Das Bundeskartellamt sieht allein dadurch schon Wettbewerbsbedingungen hergestellt, die keinen Verstoß gegen Art. 102 AEUV bzw. § 19 GWB darstellen.

Diese Argumentation greift indessen zu kurz: Wird auf die Durchführung formalisierter Ausschreibungsverfahren für Sortierung und Verwertung verzichtet, kann hiermit angesichts der vertraglichen Regelungen zwischen Erfassern und Systembetreibern sowie der faktischen vertikalen Verschränkung der Systembetreiber mit Sortier- und Verwertungsunternehmen eine Marktbeschränkung der Gestalt einhergehen, dass zukünftig die Systembetreiber Aufgaben der Sortierung und Verwertung nur noch an wenige Unternehmen vergeben und ein Wettbewerb auf diesem Markt überhaupt nicht

⁷⁵ Bundeskartellamt, Sektoruntersuchung duale Systeme, S. 70 f.

mehr stattfindet. Darüber hinaus können vertikal organisierte Systembetreiber Sortier- und Verwertungsleistungen ausschließlich an eigene Unternehmen vergeben mit der Folge, dass ohne Wettbewerb alle anderen Unternehmen für den bei den vertikal organisierten Systembetreibern lizenzierten Anteil der Verpackungen von der Sortierung/Aufbereitung und Verwertung ausgeschlossen sind. Diese Verfahrensweise kann gegen Art. 102 AEUV bzw. § 19 GWB verstoßen.

II. Marktbeherrschende Stellung

Erste Voraussetzung für die Anwendbarkeit sowohl des Art. 102 AEUV als auch des § 19 GWB ist eine marktbeherrschende Stellung der Systembetreiber.

Art. 102 AEUV enthält keine Definition der marktbeherrschenden Stellung. Auch Vermutungsregelungen hierüber fehlen – anders als in § 19 Abs. 3 GWB. Nach der Rechtsprechung des EuGH genügen in der Praxis hohe Marktanteile (75 % aufwärts, ggf. aber auch schon 50 % Anteile) für die Annahme einer Marktbeherrschung.⁷⁶ Allerdings sind auch Marktanteile im Bereich zwischen 40 und 50 % als Hinweis auf das Bestehen einer marktbeherrschenden Stellung angesehen worden, sofern durch zusätzliche Faktoren eine solche Stellung unterstützt wird.⁷⁷

Nach den Feststellungen des Bundeskartellamts beträgt der Marktanteil von DSD als größtem Systembetreiber heute nur noch 44 %.⁷⁸ Diese Größenordnung allein genügt nach Art. 102 AEUV unter Zugrundelegung der Rechtsprechung des EuGH nicht mehr, um eine marktbeherrschende Stellung von DSD als größtem Systembetreiber sicher annehmen zu können.

Allerdings kann die marktbeherrschende Stellung nach Art. 102 S. 1 AEUV auch durch mehrere Unternehmen erfüllt werden. Nach Art. 102 S. 1 AEUV kann der Markt auch von einer Mehrheit von Unternehmen gemeinsam beherrscht werden. Voraussetzung hierfür ist freilich, dass zwei oder mehrere voneinander wirtschaftlich unabhän-

⁷⁶ EuGH, Rs. 85/76, Hoffmann-La Roche, Slg. 1979, 461; Rs. C-53/92 P, Hilti, Slg. 1994, I-667; EuG, Rs. T-83/91, Tetra Pak II, Slg. 1994, II-755 Rn. 109, 121; EuGH, Rs. C-62-86, AKZO, Slg. 1991, I-3359; EuG, Rs. T-228/97, Irish Sugar, Slg. 1999, II-2969 Rn. 70. Vgl. auch Müller-Graff, in: Vedder/Heintschel von Heinegg, Europäisches Unionsrecht, 2012, Art. 102 Rn. 9; Khan, in: Geiger/Khan/Kotzur, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2010, Art. 102 Rn. 6; Eilmannsberger, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 102 Rn. 22.

⁷⁷ Eilmannsberger, a.a.O.

⁷⁸ Bundeskartellamt, Sektoruntersuchung duale Systeme, S. 28 f. mit Tabelle auf S. 29 zur Entwicklung der Marktanteile seit 2003.

gige Unternehmen durch „wirtschaftliche Bande“ soweit verbunden sind, dass sie gegenüber Konkurrenten, Geschäftspartnern oder Verbrauchern als kollektive Einheit in Erscheinung treten.⁷⁹ Die betroffenen Unternehmen müssen dabei in der Lage sein, ein einheitliches Verhalten auf dem Markt zu bestimmen.⁸⁰ Für die Feststellung einer kollektiven beherrschenden Stellung kann dabei auch die Struktur des fraglichen Marktes genügen.⁸¹

Diese Voraussetzungen sind bei den Systembetreibern, die gemäß § 6 Abs. 3 VerpackV im Dualen System tätig sind, gegeben:

Diese Unternehmen sind durch mehrfache vertragliche Regelungen miteinander verbunden, ja mehr als das: Bei der Vergabe von Erfassungsleistungen bilden sie ein Nachfragemonopol, für das sie vertragliche Regelungen getroffen haben. So haben sie unter dem 22.11.2010 einen Vertrag über die Grundlagen der Ausschreibung von Verträgen über die Verpackung von Glas- und Leichtverpackungen geschlossen. Weiter existiert eine Vereinbarung über die Ermittlung von Lizenz- bzw. Vertragsmengenanteilen (Glas/LVP) vom 15.04.2010 sowie eine Vereinbarung über die Ermittlung von Lizenz- bzw. Vertragsmengenanteilen für gebrauchte Verkaufsverpackungen aus Papier, Pappe und Kartonagen (PPK). Schließlich haben die Systembetreiber Musterverträge entwickelt, die sie bei der Vergabe von Erfassungsleistungen an Entsorgungsunternehmen zu Grunde legen und in denen maßgebliche Regelungen für mögliche Wettbewerbsbeschränkungen enthalten sind. Denn diese Verträge verpflichten zur Übergabe/Bereitstellung der erfassten Verpackungsmaterialien und Verschaffung des Eigentums an den Sortierer/Aufbereiter, der den Entsorgungsunternehmen von den Systembetreibern benannt wird. Diese Verträge sind ein deutlicher Beleg dafür, dass die Systembetreiber gemeinsam ein Oligopol in dem Sinne bilden, dass sie für den Markt der Erfassung und Sortierung/Aufbereitung sowie Verwertung von Verpackungsabfällen ein Nachfragemonopol bilden. Sie haben deshalb im Sinne des Art. 102 S. 2 AEUV gemeinsam eine marktbeherrschende Stellung.

Unter Zugrundelegung des § 19 GWB liegt eine marktbeherrschende Stellung ebenfalls vor. Danach ist bereits DSD alleine mit einem Marktanteil von 44 % marktbeherrschend, denn die Vermutungsregelung des § 19 Abs. 3 S. 1 GWB geht davon aus, dass

⁷⁹ EuGH, Rs. C-395, 396/96 P, *Compagnie Maritime Belge*, Slg. 2000, I-1365 Rn. 39.

⁸⁰ Eilmannsberger, in: Streinz, Art. 102 AEUV Rn. 15.

⁸¹ EuGH, Rs. C-395, 396/96, a.a.O. Rn. 45; Eilmannsberger, in: Streinz, Art. 102 AEUV Rn. 15.

ein Unternehmen marktbeherrschend ist, wenn es einen Marktanteil von mindestens 1/3 hat. Darauf kommt es jedoch letztlich nicht an, da auch gemäß § 19 Abs. 3 Nr. 2 GWB auf die Gesamtheit der Systembetreiber abzustellen ist. Hiernach hat eine Gesamtheit von Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung, wenn dies aus 5 oder weniger Unternehmer besteht, die zusammen einen Marktanteil von 2/3 haben. Diese Voraussetzungen sind in Bezug auf die Systembetreiber ersichtlich erfüllt, denn zusammen haben die 10 Systembetreiber einen Marktanteil am Markt der Erfassung, Sortierung und Verwertung von Verkaufsverpackungen von 100 %.

III. Relevanter Markt

Relevanter Markt für die Anwendung des Art. 102 AEUV ist dabei die Bundesrepublik als der Bereich, in dem die Systembetreiber flächendeckend tätig sind. Das folgt aus § 6 Abs. 3 S. 1 VerpackV, wonach eine Flächendeckung im Einzugsgebiet Voraussetzung für die Tätigkeit der Systembetreiber ist.⁸²

IV. Missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung

Ein Verstoß gegen Art. 102 AEUV setzt die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung voraus; § 19 Abs. 1 GWB verbietet ebenfalls eine missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung. Dabei nennt Art. 102 S. 2 AEUV in Form von nicht abschließenden Beispielen missbräuchliche Marktverhalten. Eine ähnliche – wenngleich mit Art. 102 S. 2 AEUV nicht übereinstimmende – Regelung findet sich in § 19 Abs. 4 GWB.

Nach der Rechtsprechung des EuGH umfasst der Begriff der missbräuchlichen Ausnutzung „die Verhaltensweisen eines Unternehmens in der marktbeherrschenden Stellung, die die Struktur eines Marktes beeinflussen können, auf dem der Wettbewerb gerade wegen der Anwesenheit dieses Unternehmens bereits geschwächt ist, und die die Aufrechterhaltung des auf dem Markt noch bestehenden Wettbewerbs oder dessen Entwicklung durch die Verwendung von Mitteln behindern, welche von den Mitteln des normalen Produkt- oder Dienstleistungswettbewerbs auf der Grundlage der Leistungen der Marktbürger abweichen.“⁸³ Diese Voraussetzungen sind insbesondere dann

⁸² Vgl. auch EuG, Urt. v. 22.03.2012 – T 419/03 –, AbfallR 2011, 151, das als relevanten Markt für die Anwendung des Art. 81 Abs. 1 EGV (jetzt Art. 101 AEUV) das Staatsgebiet von Österreich angesehen hat.

⁸³ EuGH, Beständige Rechtsprechung seit Rs. 85/76, Hoffmann-La Roche, Slg. 1979, 461 Rn. 91. Vgl. auch Khan, in: Geiger/Khan/Kotzur, EUV/AEUV, Art. 102 Rn. 11; Müller-Graff, in: Vedder u.a., Europäisches Unionsrecht, Art. 102 AEUV Rn. 12; Eilmannsberger, in: Streinz, Art. 102 AEUV Rn. 53.

gegeben, wenn Marktmacht und Missbrauch miteinander verknüpft sind. Das kann dann angenommen werden, wenn Marktmacht unmittelbar zum Einsatz gebracht wird mit dem Ziel, diese als Hebel zur unmittelbaren Behinderung des Mitbewerbers einzusetzen (Leveraging, Machthebelmissbrauch) oder zumindest eine besondere Behinderungswirkung dadurch auslösen, dass das oder die Unternehmen über Marktmacht verfügen.⁸⁴ Nicht jeder Nichtleistungswettbewerb durch ein beherrschendes Unternehmen ist gleichzeitig auch immer ein Machtmissbrauch⁸⁵, vielmehr bedarf es einer Ausnutzung einer dominanten Stellung, die jedenfalls dann missbräuchlich ist, wenn sie Wettbewerber vom Marktzugang völlig ausschließt.

Erforderlich ist dabei stets, dass das oder die marktbeherrschende(n) Unternehmen strategisch die Maßnahmen einsetzt, um eine Marktverschlusswirkung zu erzielen.⁸⁶ Die Marktverschlussmaßnahme muss von den marktbeherrschenden Unternehmen strategisch eingesetzt werden. Es genügt nicht, wenn die Veränderung von Wettbewerbsstrukturen eine bloße Folgewirkung an sich neutraler Maßnahmen darstellt. Missbräuchlich ist nur ein Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens, das mit der Absicht durchgeführt wird, an sich unbedenkliche Praktiken einzusetzen, um die Dynamik des Wettbewerbs zu seinen Gunsten zu beeinflussen.⁸⁷ Für den Nachweis einer solchen Absicht genügen dabei Indizien, aus denen folgt, dass der Marktverschluss nicht ausschließlich durch legitime betriebswirtschaftliche Motive erklärt werden kann, sondern dass hierbei auch die Beeinflussung von Wettbewerbsbedingungen auf dem Markt eine Rolle spielt.⁸⁸

Legt man diese Kriterien zu Grunde, verstößt eine freihändige Vergabe der Leistungen der Sortierung/Aufbereitung und Verwertung von Verpackungsmaterialien durch die Systembetreiber gegen Art. 102 AEUV; ein solches Verhalten ist die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung. Das folgt vor allem daraus, dass ohne Ausschreibung tendenziell Entsorgungsunternehmen vom Marktzugang von vornherein ausgeschlossen werden. Bei freihändiger Vergabe haben es die Entsorgungsunternehmen in der Hand, selbst darüber zu bestimmen, wem sie die Entsorgungsleistun-

⁸⁴ Eilmannsberger, in: Streinz: AEUV, Art. 102, Rn. 59.

⁸⁵ Eilmannsberger, a.a.O., Rn. 58.

⁸⁶ Eilmannsberger, in: Streinz, AEUV, Art. 102 Rn. 61.

⁸⁷ Eilmannsberger, a.a.O.

⁸⁸ Eilmannsberger, in: Streinz, AEUV, Art. 102 Rn. 63.

gen übertragen. Insbesondere können sie vertikal verbundene Unternehmen mit der Folge beauftragen, dass alle anderen Unternehmen vom Marktzugang ausgeschlossen werden. Eine solche Verhaltensweise verschafft insbesondere vertikalen Systembetreibern einen ausschließlichen Marktzugang unter Behinderung aller anderen Marktteilnehmer. Auch in Fällen nicht vertikaler Konzentration führt eine solche Lösung zu einem Marktausschluss zahlreicher Unternehmen als Folge der marktbeherrschenden Stellung, des 100 %-tigen Monopols der Systembetreiber auf dem Markt der Sortierung/Aufbereitung und Verwertung von Verkaufsverpackungen.

Bei Anwendung des § 19 GWB ergibt sich das gleiche Ergebnis: Nach § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB liegt ein Missbrauch insbesondere vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von gewerblichen Leistungen die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen in einer für den Wettbewerb auf dem Markt erheblichen Weise ohne sachlich gerechtfertigten Grund beeinträchtigt. Diese Voraussetzungen sind dann gegeben, wenn die Vergabe von Leistungen der Sortierung/Aufbereitung und Verwertung von Verkaufsverpackungen nicht in einem wettbewerblichen Verfahren erfolgt. Denn dann werden die Wettbewerbsmöglichkeiten der Unternehmen, die bei einer freihändigen Vergabe nicht bedacht werden, ohne sachlich-rechtfertigenden Grund in erheblicher Weise beeinträchtigt. Dabei ist zu beachten, dass es die Systembetreiber durch Formulierung der Ausschreibungsbedingungen in der Hand haben nur hochwertige Sortierleistungen mit der Folge nachzufragen, dass sie über Vergaberegeln nur solche Sortierleistungen nachfragen müssen, die über automatische Kunststofferkennungssysteme verfügen. Solche Regelungen wären nicht wettbewerbswidrig. Denn hierdurch würde nicht die Marktmacht der Systembetreiber ausgenutzt. Vielmehr würde hierdurch lediglich auf die Qualität der Sortierleistungen und damit den Output an verwertbarem Material und seine Qualität Einfluss genommen.

V. Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten

Letzte Voraussetzung des Art. 102 AEUV ist, dass der Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung dazu führen kann, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Ist dies nicht der Fall, ist eine wettbewerbswidrige Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung allein an nationalem Kartellrecht zu messen⁸⁹. Hierfür genügt, dass potentielle Wettbewerber aus anderen Mitgliedstaaten durch die Maß-

⁸⁹ Müller-Graff, in: Vedder u.a., Europäisches Unionsrecht, Art. 101 Rn. 29.

nahmen am Marktzugang gehindert werden können⁹⁰. Dies ist bei einer Vergabe von Sortier-/Aufbereitungs- und Verwertungsleistungen durch die Systembetreiber ohne Ausschreibung ersichtlich der Fall, denn hierdurch werden nicht nur alle anderen, nicht bedachten Wettbewerber, sondern auch ausländische Unternehmen von vornherein vom Zugang zu diesem Markt ausgeschlossen.

VI. Zwischenergebnis

Insgesamt kann damit festgestellt werden, dass entgegen der Auffassung des Bundeskartellamtes eine Vergabe von Sortier-/Aufbereitungs- und Verwertungsleistungen durch die Systembetreiber ohne Ausschreibung gegen Art. 102 AEUV verstößt. Hierin liegt zugleich auch ein Verstoß gegen § 19 GWB.

VII. Rechtsfolge

Rechtsfolge eines Verstoßes gegen Art. 102 AEUV ist die Nichtigkeit von Verträgen, die ohne Ausschreibung und damit unter Verstoß gegen Art. 102 AEUV abgeschlossen wurden; solche Verträge sind unwirksam und verstoßen gegen § 134 BGB.⁹¹

Weitere unmittelbare Folge ist, dass die Systembetreiber gehalten sind, bei der Vergabe von Sortier-/Aufbereitungs- und Verwertungsleistungen im Markt Wettbewerbsbedingungen herzustellen, indem sie diese Leistungen grundsätzlich öffentlich ausschreiben müssen. Das gilt auch dann, wenn Systembetreiber vertikal organisiert sind.

⁹⁰ EuGH RS C 62/86, AKZO/Kommission, Slg. 1991, I-3359 Rn. 69 f.; Eilmannsberger, in: Streinz, Art. 102 AEUV Rn. 123.

⁹¹ Eilmannsberger, in: Streinz, Art. 102 AEUV Rn. 126; Armbruster, in: Säcker/Rixecker, MüKo, § 134 BGB Rn. 103 ff.; Müller-Graff, in: Vedder u.a., Europäisches Unionsrecht, Art. 103 Rn. 27 f.; Khan, in: Geiger/Khan/Kotzur, EUV/AEUV, Art. 102 Rn. 17.

G.

Zukünftige Ausgestaltung der Vergabe von Erfassung, Sortierung / Aufbereitung und Verwertung bei der Wertstofffassung

Um dauerhaft Wettbewerb bei den einzelnen Teilhandlungen der Erfassung und Verwertung von Verkaufsverpackungen und stoffgleichen Nichtverpackungen herzustellen und zu erhalten, sollten angesichts der jüngsten Entwicklungen die VerpackV bzw. ein noch zu erlassendes Wertstoffgesetz um Regelungen angereichert werden, die dies tatsächlich gewährleisten. Wie ausgeführt, hat sich gerade in der jüngsten Vergangenheit gezeigt, dass Wettbewerb zwar im Bereich der Erfassung funktioniert, dass in den nachgeschalteten Phasen der Sortierung/Aufbereitung und der Verwertung Wettbewerb zunehmend reduziert wurde. Deutlicher Beleg dafür ist, dass nach den Feststellungen des Bundeskartellamtes Sortierleistungen sich zunehmend auf einige wenige Anlagen, nämlich die mit automatischen Kunststofferkennungssystemen konzentrieren. Dies ist unter dem Gesichtspunkt der Optimierung der Verwertung von Kunststoffverpackungen und damit auch des Aspekts der Ressourcenschonung sicherlich zu begrüßen; auch mag eine solche Konzentration bei einigen wenigen großen Anlagen Kostenvorteile bieten. Unter Wettbewerbsaspekten führt diese Entwicklung allerdings zu einer Marktkonzentration und damit zugleich zu einer Verdrängung zahlreicher Unternehmen von Markt. Verstärkt würde diese Entwicklung zudem, wenn entsprechend dem Votum des BKartA die Systembetreiber zukünftig für die Phasen der Sortierung/Aufbereitung und Verwertung von Verkaufsverpackungen auf eine Vergabe in wettbewerblichen Verfahren verzichten würden. Denn dann findet Wettbewerb bei der Vergabe von wichtigen Teilleistungen der Entsorgung von Verkaufsverpackungen und stoffgleichen Nichtverpackungen überhaupt nicht mehr statt. Es bestünde die Gefahr, dass viele Unternehmen, die heute solche Leistungen anbieten, vom Markt verdrängt werden. Die Systembetreiber wiederum werden bei einem Verzicht auf eine wettbewerbliche Vergabe geradezu dazu eingeladen, eigene oder verbundene Unternehmen in die Verwertungskette einzuschalten; dies führt zwangsläufig zu einer Konzentration bei einigen wenigen Unternehmen und einer Ausschaltung von Wettbewerb.

I. Lösung im System – Festschreibung der System- und Gewährleistungsverantwortung der Systembetreiber

Zu Bewältigung der Problematik ist vorgeschlagen worden, die Ausschreibungsleistungen bei neutralen Dritten, nämlich entweder den Kommunen für ihren Entsor-

gungsbereich oder der zentralen Stelle zu konzentrieren.⁹²

Diese Lösung mag geeignet sein, sicherzustellen, dass zukünftig überall die gleichen Rahmenbedingungen bei der Vergabe von Entsorgungsleistungen für die Entsorgung von Verkaufsverpackungen und stoffgleichen Nichtverpackungen angewendet werden; zugleich könnte über ein solches System gewährleistet werden, dass den nach § 6 Abs. 4 VerpackV abgestimmten Besonderheiten in den jeweiligen Erfassungsgebieten bei der Vergabe Rechnung getragen wird.⁹³ Eines aber kann auch eine solche Ausschreibungsvorgabe nicht sicherstellen: Dass tatsächlich die Entsorgungsleistungen der Sortierung/Aufbereitung und Verwertung von den Systembetreibern vergeben werden. Dazu bedarf es der rechtlichen Sicherstellung, dass tatsächlich dauerhaft eine Vergabe dieser Leistungen im Wettbewerb erfolgt.

Um dies sicherzustellen, genügt alleine die Anwendung des Wettbewerbsrechts auf die Vergabe von Entsorgungsleistungen bei Verkaufsverpackungen bzw. stoffgleiche Nichtverpackungen nicht. Denn über die einzelnen Elemente der hieraus folgenden Anforderungen an die Reichweite und den Inhalt von Vergabeentscheidungen können erhebliche Zweifel bestehen, wie die jüngsten Äußerungen des Bundeskartellamtes zur – fehlenden – Erforderlichkeit einer Vergabe für die Bereiche der Sortierung/Aufbereitung und Verwertung deutlich belegen. Angesichts der wenig klaren Vorgaben des Wettbewerbsrechts und hier insbesondere seiner fehlenden Detailschärfe sind auch zukünftig Streitfragen über die Reichweite des Wettbewerbsrechts und insbesondere seiner Vorgaben für eine Vergabe von Entsorgungsleistungen für Verpackungen aus privaten Haushalten im Wettbewerb nicht ausgeschlossen, ja eher wahrscheinlich.

Eine Lösung über die Struktur der Vergabeentscheidungen scheidet ebenfalls aus. Zu denken ist an Systemausschreibungen, wie sie in der Vergangenheit bei der Entsorgung von Verkaufsverpackungen nach der VerpackV weithin üblich waren. Kennzeichnend für diese Art der Ausschreibungen ist, dass die Leistungen der Erfassung, Sortierung/Aufbereitung und Verwertung gemeinsam in einem Vergabeverfahren vergeben werden. Das Bundeskartellamt hat zu dieser Art der Ausschreibung mit Recht festgestellt, dass sie Wettbewerb nicht in hinreichender Weise sicherstellt. Einen Wettbewerb ermöglichen solche Systemausschreibungen nur für die Gesamtleistung der Er-

⁹² Vorschlag des BVSE, der kommunalen Spitzenverbänden und des VKS/VKU.

⁹³ Kritisch hierzu BKartA, Sektorenuntersuchung Duale Systeme, 77 f.

fassung, Sortierung/Aufbereitung und Verwertung. Hinsichtlich der einzelnen Teilleistungen ist der Wettbewerb hingegen von vorne herein beschränkt, da die Vergabe nur an Unternehmen erfolgen kann, die alle Teilleistungen anbieten. Hinzu kommt, dass die Aufgabe der Systemausschreibungen jedenfalls nach Auffassung des Bundeskartellamtes bei der Sortierung/Aufbereitung dazu geführt hat, dass weithin technische Innovation mit Vorteilen für eine sortenreine Trennung von Kunststoffen und hierdurch bedingten Vorteilen bei der Verwertung sowie Kostenvorteilen durch größere Einheiten eingetreten sind. Diese Vorteile, die ersichtlich ihren Grund in der Herstellung von Wettbewerb auch bei der Vergabe der Leistungen der Sortierung/Aufbereitung sowie dem hierdurch bedingten Ausschluss von Mischkalkulationen haben, sollten nicht aufgegeben werden. Ein Zurück zur Systemausschreibung sollte es deshalb nicht geben.

Erforderlich ist vielmehr eine Regelung, die die Systembetreiber dazu verpflichtet, einerseits die Teilleistungen Erfassung und andererseits die der Sortierung/Aufbereitung sowie Verwertung im wettbewerblichen Verfahren zu vergeben und sie damit auf eine Funktion als Garantiegeber beschränkt. Geboten ist die Regelung eines Verfahrens, das dazu führt, dass alle Teilleistungen der Entsorgung von Verkaufsverpackungen im Wettbewerb vergeben werden müssen und dass eine Vergabe von Teilleistungen in der Entsorgungskette an mit Systembetreibern verbundene Unternehmen nur unter den Voraussetzungen des Wettbewerbs über Ausschreibungen ermöglicht. Denn nur unter den genannten Voraussetzungen ist dauerhaft sichergestellt, dass prinzipiell alle am Markt tätigen Unternehmen die Chance haben, sich um Aufträge zu bewerben und diese nach wettbewerblichen Grundsätzen über eine Vergabeentscheidung auch zu erhalten.

Geboten und wettbewerbsrechtlich zu rechtfertigen ist allerdings nur eine Trennung zwischen den Entsorgungsleistungen der Erfassung einerseits und der Sortierung und Verwertung andererseits. Die Zusammenfassung der Ausschreibung von Sortierung/Aufbereitung und Verwertung bietet unter wettbewerblichen Aspekten ganz erhebliche Vorteile. Diese liegen zum einen darin, dass Entsorgungsunternehmen zugleich auch Verwertungsleistungen anbieten müssen, wobei sie sich hierfür dritter Unternehmer bedienen können. Durch eine solche Lösung wird ein Preis- und Qualitätswettbewerb sowohl bei der Sortierung als auch der Verwertung initiiert. Werden die Leistungen der Sortierung/Aufbereitung und Verwertung gemeinsam in einem wettbewerblichen Verfahren vergeben, müssen die Entsorgungsunternehmen diese Gesamtleistung zu einem wettbewerbsfähigen Preis anbieten, wollen sie den Zuschlag er-

halten. Tendenziell führt eine solche Ausschreibung deshalb unmittelbar und zwingend dazu, dass die Kosten für Sortierung und Verwertung von Verkaufsverpackungen sinken. Denn den Zuschlag erhält das Unternehmen, das die günstigsten Konditionen anbietet. Wettbewerb hat gerade auch das Ziel, den günstigsten Anbieter zum Zuge kommen zu lassen. Gerade dieses Ziel wird durch eine Koppelung der Ausschreibung von Sortier/Aufbereitungs- und Verwertungsmaßnahmen erreicht.

Bedenken dahin, durch eine derartige Koppelung würde dem preislich günstigsten Verwertungsweg immer der Vorrang gegeben, sind nicht gerechtfertigt. Solchen Bedenken lässt sich durch Formulierung der Ausschreibungsbedingungen begegnen. Werden sie etwa angelehnt an die Abfallhierarchie der § 6 – 8 KrWG, ist der Bewerber um die Entsorgungsleistungen verpflichtet, seinem Angebot die Hierarchieregelung aus dem KrWG zu Grunde zu legen. Er muss dann für die sich hieraus ergebende Verwertungsfolge das preislich günstigste Angebot abgeben, will er zum Zuge kommen. Zugleich wird er verpflichtet, zu gewährleisten, dass die Sortierung eine hohe Qualität der einzelnen Abfallfraktionen ergibt. Denn nur dann kann den Hierarchiegebot der §§ 6 – 8 KrWG überhaupt Rechnung getragen werden.

Für eine Kombination der Ausschreibung für Sortierung/Aufbereitung und Verwertung spricht weiter der Umstand, dass zwischen den Sortier- und Verwertungsleistungen ein enger technischer und sachlicher Zusammenhang besteht. Soll eine thermische Verwertung durchgeführt werden, bedarf es einer differenzierten Sortierung in aller Regel nicht. Demgegenüber ist eine erhebliche Sortiertiefe dann erforderlich, wenn eine stoffliche Verwertung des Verpackungsmaterials ganz oder teilweise beabsichtigt ist. Das gilt insbesondere im Kunststoffsektor, denn eine (werk-)stoffliche Verwertung ist hier nur möglich, wenn die unterschiedlichen Kunststoffe sortenrein sortiert werden. Dieser enge Zusammenhang zwischen Sortierung und Verwertung rechtfertigt es ebenfalls, eine Gesamtausschreibung dieser Entsorgungsleistungen im System der VerpackV/Wertstoffentsorgung zwingend vorzugeben.

Um dieses Ziel zu erreichen, bedarf es einer Änderung der VerpackV bzw. einer Regelung in einem Wertstoffgesetz, durch die sichergestellt wird, dass die Teilleistungen der Erfassung, Sortierung/Aufbereitung und Verwertung in einem wettbewerblichen Verfahren getrennt vergeben werden müssen.

II. Formulierungsvorschlag

Diese Anforderungen sind erfüllt, wenn § 6 Abs. 3 VerpackV um folgende Sätze 4 und

5 ergänzt wird:

„Die Systeme müssen die Entsorgungsleistungen

- der Erfassung,
- der Sortierung/Aufbereitung sowie Verwertung

von Verpackungen und die Beseitigung nicht verwertbarer Verpackungen für maximal 5 Jahre in getrennten Verfahren ausschreiben, die eine Vergabe im Wettbewerb sichern. Abs. 4 S. 5 und 6 bleibt unberührt.

Der Vorschlag lehnt sich in seiner Formulierung an die Ausschreibungsverpflichtung für das gemeinsame Rücknahmesystem nach § 6 Abs. 3 Nr. 6 BattG⁹⁴ an.

III. Rechtswirkungen des Vorschlages

Aus dem Regelungsvorschlag ergeben sich folgende rechtliche Wirkungen:

1. Verpflichtung zur Drittbeauftragung

Vorgeschlagen wird eine unbedingte Verpflichtung zur getrennten Ausschreibung der Entsorgungsleistungen der Erfassung, Sortierung/Aufbereitung und Verwertung von Verpackungsabfällen sowie der Beseitigung nicht verwertbarer Reste. Aus dieser Regelung ergibt sich, dass die Systembetreiber Drittbeauftragte i.S.d. § 22 S. 1 KrWG bei der Erfüllung der Pflichten aus § 6 Abs. 3 S. 1, 2 VerpackV sowie der Anforderungen des Anhangs I VerpackV einschalten müssen. Sie werden verpflichtet, die genannten Entsorgungsleistungen nicht selbst durchzuführen, sondern auf Dritte zu übertragen. Die Erbringung der Entsorgungsleistung durch den Systembetreiber selbst wird hierdurch ausgeschlossen. Allerdings lässt die vorgeschlagene Regelung die Vergabe des Auftrages an ein mit dem Systembetreiber verbundenes Unternehmen zu. Voraussetzung dafür ist jedoch, dass die Anforderungen der Neuregelung insgesamt erfüllt werden. Das wiederum setzt voraus, dass die Leistung nur nach Durchführung eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens an das mit dem Systembetreiber verbundene Unternehmen vergeben werden kann.

⁹⁴ Gesetz über das Inverkehrbringen, die Rücknahme und die umweltverträgliche Entsorgung von Batterien und Akkumulatoren (Batteriegelgesetz-BattG) vom 26.06.2009, BGBl. I, 1582, zuletzt geändert durch Art. 4 des Gesetzes zur Neuordnung des Kreislaufwirtschafts- und Abfallrechts vom 24.02.2012, BGBl. I S. 212.

Folge der Neuregelung ist, dass Systembetreiber selbst von der Erbringung von Entsorgungsleistungen mit der Folge ausgeschlossen werden, dass ihre Aufgabe auf eine Gewährleistungsfunktion begrenzt ist. Das operative Geschäft soll von ihnen zukünftig in keiner Weise mehr selbst wahrgenommen werden. Vielmehr sollen sie im Wesentlichen eine Finanzierungs- und Aufgabenverteilungsfunktion haben. Von der Teilnahme am operativen Geschäft selbst sollen sie hingegen ausgeschlossen werden. Nur auf diese Weise kann sichergestellt werden, dass in allen Bereichen der Entsorgung von Verkaufsverpackungen Wettbewerb eröffnet werden muss.

2. Trennung der Teilleistungen

Die Neuregelung sieht ausdrücklich vor, dass eine Systemausschreibung nicht durchgeführt werden darf, sondern dass die Teilleistungen einerseits der Erfassung und andererseits Sortierung/Aufbereitung und Verwertung sowie der Entsorgung der Sortierreste getrennt ausgeschrieben werden müssen. Wettbewerb soll damit im Bereich der abgrenzbaren Teilleistungen, durch die die Anforderungen der VerpackV an Erfassung und Verwertung von Verkaufsverpackungen umgesetzt werden, stattfinden. Systemausschreibungen sind damit zukünftig im Geltungsbereich der VerpackV unzulässig. Wettbewerb muss vielmehr bei allen abgrenzbaren Teilleistungen stattfinden, wobei die Ausschreibung der Sortierung und Verwertung zusammengefasst wird.

Die vorgeschlagene Regelung geht über die in § 6 Abs. 3 Nr. 6 BattG getroffene Bestimmung zur Ausschreibungsverpflichtung hinaus. Dort ist nicht vorgesehen, dass eine getrennte Ausschreibung einzelner Teilentsorgungsleistungen durchgeführt werden muss. Vielmehr gilt die Ausschreibungsverpflichtung nach § 6 Abs. 3 Nr. 6 BattG nur ganz allgemein für die Entsorgungsleistungen. Wie ausgeführt, haben Ausschreibungen von Teilleistungen bei der Entsorgung von Verkaufsverpackungen unter Ausschluss von Systemausschreibungen erhebliche Vorteile: Sie gewährleisten Wettbewerb für alle im Bereich der jeweiligen Teilleistungen tätigen Unternehmen und verbreitern damit die Möglichkeit von Wettbewerb. Vorteile bietet die vorgeschlagene Regelung auch insoweit, als sie Mischkalkulationen mit der Folge ausschließt, dass auch wirtschaftliche Vorteile zu erwarten sind. Schließlich hat die Erfahrung aus der Vergangenheit gerade im Bereich der Ausschreibung der Leistung für die Sortierung/Erfassung gezeigt, dass über eine solche Lösung auch technische Innovationen stimuliert und unter wettbewerbli-

chen Gesichtspunkten umgesetzt werden können und damit zugleich Vorteile im Ressourcenschutz möglich werden.

3. Vergabe im Wettbewerb

Die Neuregelung sieht vor, dass die Vergabe im wettbewerblichen Verfahren erfolgen muss. Eine freihändige Vergabe ist damit grundsätzlich nicht vereinbar. Vielmehr muss im Regelfall eine Ausschreibung durchgeführt werden. Diese Voraussetzung stellt sicher, dass für alle Teilleistungen der Entsorgung von Verkaufsverpackungen tatsächlich Wettbewerb eröffnet werden muss. Damit ist die Vergabe im Wettbewerb zwingend vorgegeben. Sichergestellt wird hiermit, dass jedes am Markt tätige Unternehmen sich auch tatsächlich um eine Leistung bewerben und Aufträge im Wettbewerb erhalten kann.

4. Befristung der Vergabeentscheidung

Die vorgeschlagene Regelung lässt eine Vergabe von Entsorgungsleistungen nur für eine Höchstdauer von 5 Jahren zu. Diese Regelung gewährleistet eine periodische Ausschreibung der Teilleistungen. Die Vergabeentscheidung ist damit nicht endgültig, sondern periodisch innerhalb angemessener Zeiträume zu wiederholen. Folge hiervon ist, dass um die Vergabe von Entsorgungsleistungen nach der VerpackV dauerhaft Wettbewerb stattfindet und damit ein Wechsel der beauftragten Unternehmen möglich wird.

5. Verweis auf § 6 Abs. 4 S. 5, 6

Durch den Verweis auf § 6 Abs. 4 S. 5, 6 VerpackV wird sichergestellt, dass die bisherigen Regelungen zur Übernahme oder Mitbenutzung der Einrichtung der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger bzw. der Mitbenutzungsanspruch der Systembetreiber für die Einrichtungen der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger auch weiterhin erhalten bleiben.

IV. Rechtliche Einordnung der vorgesehenen Regelung

1. Systematische Fortentwicklung der Verpackungsverordnung

Eine Verpflichtung der Systembetreiber zur Ausschreibung der ihnen nach § 6 Abs. 3 VerpackV obliegenden Entsorgungsleistungen und ihre damit verbundene Beschränkung auf die Funktion eines Garantiegebers für die Funktionsfähigkeit

des nach der VerpackV etablierten Rücknahmesystems stellt eine konsequente Fortentwicklung des bisherigen Systems der VerpackV dar. Diese Funktion kommt deutlich im Sprachgebrauch der VerpackV selbst zum Ausdruck. § 6 Abs. 3 S. 1 VerpackV verpflichtet die Systembetreiber, die unentgeltliche regelmäßige Abholung gebrauchter, restentleerter Verkaufsverpackungen beim privaten Endverbraucher oder in dessen Nähe in ausreichender Weise „zu gewährleisten“. Weiter haben sie nach § 6 Abs. 3 S. 2 VerpackV die eingesammelten Verkaufsverpackungen einer Verwertung entsprechend den Anforderungen nach Anhang I Nr. 1 VerpackV „zuzuführen“. Aus der Wortwahl „gewährleisten“ und „zuzuführen“ lässt sich entnehmen, dass der Verordnungsgeber bei Schaffung des § 6 Abs. 3 VerpackV eine Entsorgungsstruktur vor Augen hatte, bei der die Systembetreiber nicht selbst operativ im Markt tätig sind, sondern Leistungen, zu denen sie nach § 6 Abs. 3 VerpackV in Verbindung mit Anhang I verpflichtet sind, an Drittbeauftragte vergeben. Denn die Gewährleistung bzw. Zuführung schließt zwar möglicherweise eine eigene Tätigkeit ein; die Wortwahl spricht jedoch dafür, dass der Verordnungsgeber davon ausgegangen ist, dass die Systembetreiber gerade nicht selbst Leistungen erbringen, sondern diese an Dritte vergeben. Bestätigt wird diese Sicht durch die in Anhang I getroffenen Formulierungen. Nach Nr. 2 Abs. 1 des Anhangs I haben die Systembetreiber nach § 6 Abs. 3 VerpackV „sicherzustellen“, dass Verkaufsverpackungen beim privaten Verbraucher erfasst werden. Nr. 2 Abs. 2 des Anhangs I verpflichtet sie weiter zur Sicherstellung der dort genannten Anforderungen an die Verwertung. Schließlich obliegt ihnen die Nachweispflicht aus Nr. 2 Abs. 3 des Anhangs I VerpackV. Alle diese Regelungen deuten ebenfalls darauf hin, dass die Funktion der Systembetreiber nach der VerpackV darin besteht, zu gewährleisten, dass die Anforderungen an die Erfassung und Verwertung von Verkaufsverpackungen bei privaten Haushalten tatsächlich erfüllt werden. Sie müssen dies sicherstellen. Selbst tätig werden durch Erbringung operativer abfallwirtschaftlicher Leistungen sollen sie hingegen nicht.

Wird rechtlich festgeschrieben, dass Systembetreiber verpflichtet sind, Entsorgungsleistungen, zu denen sie nach § 6 Abs. 3 VerpackV in Verbindung mit Anhang I VerpackV verpflichtet sind, im wettbewerblichen Verfahren befristet und nach Leistungsinhalten getrennt zu vergeben, wird letztlich die Gewährleistungsfunktion der Systembetreiber nur verdeutlicht; ihre Aufgabe wird rechtlich auf diese Funktion festgeschrieben und reduziert. Dass sich diese Lösung im Rahmen der Zielsetzung der VerpackV hält, folgt schon aus den in § 1 Abs. 1 der

VerpackV festgelegten abfallwirtschaftlichen Zielsetzungen. S. 3 des § 1 Abs. 1 VerpackV bestimmt nämlich, dass die Verordnung das Marktverhalten der durch die VerpackV Verpflichten so regeln soll, dass die abfallwirtschaftlichen Ziele erreicht und gleichzeitig die Marktteilnehmer vor unlauterem Wettbewerb geschützt werden. Gerade auf die Vermeidung unlauteren Wettbewerbs bei der Umsetzung der Entsorgungsanforderungen nach § 6 Abs. 3 VerpackV zielt eine Verpflichtung der Systembetreiber zur getrennten periodischen Ausschreibung ihrer Entsorgungsverpflichtungen ab. Eine solche Regelung stellt deshalb auch eine konsequente Fortentwicklung der mit der VerpackV verbundenen Zielsetzungen der Herstellung von Wettbewerb sowie der Gewährleistungsfunktion der Systembetreiber dar.

2. Rechtliche Zulässigkeit der vorgeschlagenen Regelung

Bedenken gegen die vorgeschlagene Lösung könnten sich unter folgenden Gesichtspunkten ergeben:

- Für eine Bestimmung in der VerpackV, die die Systembetreiber verpflichtet, Entsorgungsleistungen für Verpackungen im Wettbewerb zu vergeben, bedarf es einer Ermächtigung im KrWG. Für § 24 Abs. 1 Nr. 2 KrWG-/AbfG ist bezweifelt worden, ob diese Regelung hierfür eine ausreichende Ermächtigungsgrundlage enthält. Zu prüfen ist, ob die seinerzeit erhobenen Einwände auch für die Ermächtigung in § 25 Abs. 1 Nr. 2 KrWG zutreffen. Dabei ist weiter zu bedenken, dass eine Regelung auch in einem Wertstoffgesetz getroffen werden kann, für das die Ermächtigung in § 25 Abs. 1 Nr. 2 KrWG keine Anwendung findet.
- Gegen die in Anhang I Nr. 2 Abs. 2 Nr. 2 des Entwurfs einer 5. Verordnung zur Änderung der Verpackungsverordnung vorgesehene Regelung, die Systembetreiber nach § 6 Abs. 3 verpflichten sollte, Entsorgungsleistungen in einem wettbewerblichen Verfahren auszuschreiben, hat der Bundesrat Bedenken deshalb erhoben, weil er der Auffassung war, dass diese Regelung nicht mit der Berufsausübungsfreiheit der Systembetreiber aus Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar ist. Die Vereinbarkeit der vorgeschlagenen Regelung mit der Berufsausübungsfreiheit ist deshalb ebenfalls zu prüfen.⁹⁵

⁹⁵ Zu den Bedenken des Bundesrates vgl. BR-Drucks. 800/07 (Beschluss), 14. (S. 14 f.)

- Der Bundesrat hat weiter geltend gemacht, dass eine Regelung über die Verpflichtung der Systembetreiber zur Ausschreibung von Entsorgungsleistungen in der Verpackungsverordnung zu erheblichen Schwierigkeiten im Verwaltungsvollzug führten, falls gegen diese Verpflichtung verstoßen würde. Ein Widerruf der Systemfeststellung sei für diesen Fall wegen des Verstoßes der Verpflichtung zur Ausschreibung gegen Art. 12 Abs. 1 GG sei rechtlich nicht durchsetzbar.⁹⁶

a) Hinreichende Ermächtigung in § 25 Abs. 1 Nr. 2 KrWG?

Der Vorschlag der Bundesregierung einer 5. Novelle zur Änderung der VerpackV sah in Anhang I Nr. 2 Abs. 2 Nr. 2 VerpackV-E vor, dass die Systembetreiber nach § 6 Abs. 3 VerpackV sicherstellen sollten, dass

„Entsorgungsleistungen (Erfassung, Sortierung, Verwertung) in einem Verfahren ausgeschrieben werden, das eine Vergabe im Wettbewerb sichert, wobei den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern, für deren Entsorgungsgebiet ausgeschrieben wird, vor der Vergabe Gelegenheit zu geben ist, ihre Belange im Vergabeverfahren geltend zu machen.“⁹⁷

Wie erwähnt, hat der Bundesrat diese Regelung u.a. mit der Begründung für nicht rechtskonform gehalten, dass im KrW-/AbfG eine Ermächtigung für wettbewerbsrechtliche Beschränkungen nicht vorgesehen ist.⁹⁸ Im Ergebnis ist diese Auffassung zutreffend:

Gemäß § 80 Abs. 1 S. 2 GG bedarf es für die Umsetzung von Vergaberechtsregelungen in der VerpackV einer Verordnungsermächtigung, die nach Inhalt, Zweck und Ausmaß hinreichend bestimmt ist. Der Gesetzgeber muss die Grenzen einer Verordnung selbst festlegen und angeben, welchem Ziel die Regelung dienen soll.⁹⁹ Der Inhalt der Verordnungsermäch-

⁹⁶ BR-Drucks. 800/07 (Beschluss), 14. (S. 15).

⁹⁷ Vgl. Anhang I (zu § 6 VerpackV) 2. (2) Nr. 2 E-VerpackV, BR-Drucks. 800/07, S. 12.

⁹⁸ BR-Drucks. 800/07 (Beschluss) Nr. 14 (S. 14); vgl. dazu auch Markus W. Pauly, Das neue Verpackungsrecht, AbfallR 2008, 46, 53.

⁹⁹ BVerfGE 58, 283; 78, 289 f.; 80, 1.

tigung muss so genau bestimmt sein, dass schon aus ihr und nicht erst aus der auf sie gestützten Verordnung erkennbar und voraussehbar ist, was vom Bürger im Einzelnen gefordert werden kann. Der Gesetzgeber muss deshalb in der Verordnungsermächtigung selbst die entscheidenden Vorschriften erlassen und, sofern Einzelregelungen der Exekutive überlassen bleiben sollen, diese nach Tendenz und Ausmaß so weit selbst bestimmen, dass der mögliche Inhalt der zu erlassenden Verordnung voraussehbar ist.¹⁰⁰ Der Gesetzgeber muss auch das Ausmaß einer Regelung, die durch Verordnung getroffen werden kann, hinreichend bestimmt festsetzen und dabei vor allem angeben, welchem Ziel die Regelung dienen soll. Dabei ist das Ausmaß einer Regelung erst dann bestimmt, wenn das Gesetz die Grenzen der Regelung bezeichnet oder diese sich einwandfrei aus ihm selbst ergeben¹⁰¹ oder sich durch Auslegung aus der gesetzlichen Regelung ableiten lassen.¹⁰² Das Ausmaß der Bestimmtheit ist dabei abhängig von den Besonderheiten des jeweiligen Regelungsgegenstandes sowie der Intensität der Maßnahme.¹⁰³ Die Bestimmtheit der Ermächtigungsnorm muss der Grundrechtsrelevanz der Regelung entsprechen, zu der ermächtigt wird. Wenn eine Regelung erheblich in die Rechtsstellung Betroffener eingreift, sind höhere Anforderungen an den Bestimmtheitsgrad der Ermächtigung zu stellen, als wenn es sich um einen Regelungsbereich handelt, der die Grundrechtsausübung weniger tangiert.¹⁰⁴

Bei Anwendung dieser Voraussetzungen enthält § 25 Abs. 1 Nr. 2 KrWG keine Ermächtigung für eine Regelung in einer Verordnung, durch die Systembetreiber verpflichtet werden könnten, Entsorgungsleistungen in einem wettbewerblichen Verfahren zu vergeben. Diese Anforderung müsste aus § 25 Abs. 1 Nr. 2 KrWG inhaltlich ableitbar sein. Das ist schon deshalb nicht der Fall, weil die Verordnungsermächtigung in § 25 Abs. 1 Nr. 2 KrWG

¹⁰⁰ BVerfGE 7, 282, 301; 20, 257, 269; 23, 62, 72; 38, 61, 83; 78, 249.

¹⁰¹ BVerfGE 5, 71, 77

¹⁰² St. Rechtsprechung. Vgl. BVerfGE 8, 307 u.a.; Sannwald, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfau, GG, 12. Aufl. 2011, Art. 80 Rn. 68.

¹⁰³ St. Rechtsprechung: BVerfGE 41, 251, 265; 58, 257, 277 f.; 113, 167, 269; 120, 274, 315 f.; Sannwald, a.a.O., Art. 80 Rn. 73-

¹⁰⁴ BVerfGE 58, 257, 278; 62, 203, 210.

zunächst nur Regelungen zur Festlegung von Inhalt und Ausmaß der Produktverantwortung von Herstellern und Vertreibern enthält.¹⁰⁵ In diesem Rahmen ist es sicherlich zulässig, zu bestimmen, dass Hersteller und Vertreter Rücknahmeverpflichtungen als Ausfluss der Produktverantwortung über eine Beteiligung an einem dualen System übernehmen müssen.¹⁰⁶ § 25 Abs. 1 Nr. 2 KrWG ermöglicht eine solche Regelung in gleicher Weise wie die – gleichlautende – Vorgängerregelung des § 24 Abs. 1 Nr. 2 KrW-/AbfG.¹⁰⁷ Frenz weist mit Recht darauf hin, dass eine verpflichtende Teilnahme an einem Rücknahme- und Entsorgungssystem nach dem Gesamtansatz der Produktverantwortung getroffen werden könne, jedenfalls dann, wenn auf diese Weise die Erfassungs- und Verwertungspflichten als Teilaspekt der Produktverantwortung nach § 23 Abs. 2 Nr. 1, 2 KrWG effektiv umgesetzt werden sollen; hierfür stehe es, so Frenz, dem Verordnungsgeber frei, individuelle Pflichten der einzelnen Vertreter bzw. Hersteller zu normieren oder kollektive Pflichten durch Einschaltung dualer Systeme festzulegen.¹⁰⁸

Aus der Befugnis des Verordnungsgebers, nach § 25 Abs. 1 Nr. 2 KrWG eine Beteiligung der Hersteller und Vertreter an Rücknahmesystemen in einer Verordnung festzulegen, folgt jedoch noch nicht zugleich auch, dass er zur näheren Ausgestaltung des Rücknahmesystems eine Vergabe von Entsorgungsleistungen durch dieses im wettbewerblichen Verfahren festlegen könnte. Diese Regelung würde sich nämlich nicht an die Hersteller und Vertreter als Adressaten der Produktverantwortung, sondern unmittelbar an die Systembetreiber richten. Schon wegen der Beschränkung der Ermächtigung in § 25 Abs. 1 KrWG auf Regelungen zur Konkretisierung der Produktverantwortung von Herstellern und Vertreibern ist eine solche Regelung deshalb mit der Ermächtigung aus § 25 Abs. 1 Nr. 2 KrWG nicht vereinbar. Denn aus der Beschränkung der Regelungsadressaten in § 25 Abs. 1 KrWG auf Hersteller und Vertreter folgt zugleich auch, dass Drit-

¹⁰⁵ So: Mann, in: Versteyl/Mann/Schomerus, KrWG, 3. Aufl. 2012, § 25 Rn. 9.

¹⁰⁶ Dazu: Walter Frenz, Die Verfassungsmäßigkeit der 5. Verpackungsnovelle, AbfallR 2007, 155, 156.

¹⁰⁷ A.A. Reinhard Hendler, Rechtliche Stellungnahme zur Novellierung der Verpackungsverordnung im Auftrag der BellandVision GmbH, Rechtsgutachten, März 2007, S. 6.

¹⁰⁸ Frenz, AbfallR 2007, 156.

ten über Verordnungen keine zusätzlichen Pflichten auferlegt werden können. Lediglich die Ausgestaltung der Systeme ist hiernach zulässig. Über eine solche Anforderung ginge eine Verpflichtung der Systeme nach § 6 Abs. 3 VerpackV zur wettbewerblichen Vergabe von Entsorgungsleistungen erheblich hinaus. Zu solchen Regelungen ermächtigt § 25 Abs. 1 KrWG wegen der Beschränkung auf Hersteller und Vertreiber als Adressaten nicht.

Hinzu kommt, dass aus § 25 Abs. 1 Nr. 2 KrWG in keiner Weise ablesbar ist, dass auch wettbewerbsorientierte Regelungen Gegenstand einer Verordnung über eine Rückgabe von Abfällen als Element der Produktverantwortung sein können. In dieser Bestimmung ist lediglich von der Einrichtung von Rücknahmesystemen, der Beteiligung an Rücknahmesystemen oder der Erhebung eines Pfandes die Regel. Wie im Einzelnen die Rücknahme erfolgt und welche Anforderungen hierfür insbesondere unter wettbewerbsrechtlichen Aspekten gelten, regelt § 25 Abs. 1 Nr. 2 KrWG nicht; hierfür enthält diese Regelung nach ihrem Wortlaut keine Ermächtigung.

Eine Regelung in der VerpackV, durch die eine wettbewerbliche Vergabe von Entsorgungsleistungen den Systembetreibern zwingend vorgegeben würde, wäre deshalb vom Ermächtigungsrahmen des § 25 Abs. 1 Nr. 2 KrWG nicht mehr gedeckt und verstieße gegen Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG.

Das bedeutet jedoch nicht, dass der Bundesgesetzgeber generell gehindert wäre, eine derartige Regelung zu treffen. Ihm stehen vielmehr zwei Regelungsansätze offen, die jeweils verfassungskonform sind:

- **Änderung des § 25 KrWG:** Der Gesetzgeber hat die Möglichkeit, die Ermächtigung in § 25 Abs. 1 Nr. 2 KrWG dahin zu ergänzen, dass die Rücknahmesysteme verpflichtet werden können, Entsorgungsleistungen zur Realisierung der Produktverantwortung in einem wettbewerblichen Verfahren zu vergeben. Eine solche Regelung kann als Ergänzung zu § 25 Abs. 1 Nr. 2 KrWG oder als eine neue Gliederungsnummer im Katalog des § 25 Abs. 1 KrWG getroffen werden. Verfassungsrechtlich wäre gegen eine solche Bestimmung deshalb nichts einzuwenden, weil der Bundesgesetzgeber gemäß Art. 73 Abs. 1 Nr. 9 GG die Gesetzgebungskompetenz für den gewerblichen Rechtsschutz und damit das Recht gegen den unlauteren Wett-

bewerb und gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 16 GG eine konkurrierende Gesetzgebungskompetenz für die Verhütung wirtschaftlicher Machtstellung besitzt. Diese Regelungen ermächtigen den Bund dazu, Bestimmungen über ein wettbewerbskonformes Verhalten zu treffen. Dies kann, sofern Inhalt, Zweck und Ausmaß hinreichend bestimmt werden, auch durch eine Verordnungsermächtigung und damit durch eine Ergänzung des § 25 Abs. 1 Nr. 2 KrWG erfolgen.

- Zulässig wäre im Übrigen eine Verpflichtung der Systembetreiber zu einer wettbewerblichen Vergabe von Entsorgungsleistungen in einem Wertstoffgesetz. Die Beschränkung der Rechtsverordnungsermächtigung in § 25 Abs. 1 KrWG würden für diesen Fall keine Anwendung finden. Vielmehr bedürfte es lediglich einer Gesetzgebungskompetenz des Bundes, gesetzliche Regelungen über eine Verpflichtung der Systembetreiber zur Vergabe von Leistungen im Wettbewerb zu treffen. Wie ausgeführt, steht dem Bund für solche Regelungen eine Gesetzgebungskompetenz zu. Hiervon hat er z.B. in § 6 Abs. 3 Nr. 6 BattG Gebrauch gemacht. Nach diesem Vorbild könnte in einem Wertstoffgesetz die Verpflichtung der Systembetreiber ausgestaltet werden, Entsorgungsleistungen zur Erfassung, Sortierung/Aufbereitung und Verwertung von Verpackungsabfällen sowie zur Entsorgung der Sortierreste nur in einem wettbewerblichen Verfahren zu vergeben.

b) Vereinbarkeit mit Art. 12 Abs. 1, 14 Abs. 1 GG

Der Bundesrat hat gegen eine Verpflichtung der Systembetreiber zu Ausschreibungen von Leistungen im Wettbewerb weiter eingewendet, dass eine solche Verpflichtung gegen Art. 12 Abs. 1 GG verstoße. Nicht deutlich geworden ist dabei allerdings, ob er hierin eine materielle Verletzung der Berufsausübungsfreiheit sieht, oder ob er einen Verstoß gegen Art. 12 Abs. 1 GG vor allem deshalb annimmt, weil nach seiner Einschätzung § 24 Abs. 1 Nr. 2 KrW-/AbfG keine Ermächtigungsnorm für eine Ordnungsbestimmung zur Vergabe von Entsorgungsleistungen durch die Systembetreiber im Wettbewerb enthält. Nach der Formulierung in der Begründung zum Vorschlag des Bundesrates, die Verpflichtung zur Vergabe von Ent-

sorgungsleistungen im Wettbewerb der Systembetreiber zu streichen, ist eher von letzterer Fallgestaltung auszugehen.¹⁰⁹

Art. 14 Abs. 1 GG bzw. Art. 12 Abs. 1 GG könnten durch eine rechtliche Verpflichtung der Systembetreiber, Entsorgungsleistungen im Wettbewerb zu vergeben, deshalb verletzt sein, weil die Systembetreiber, unterliegen sie einer derartigen Pflicht, selbst von der Teilnahme am Wettbewerb ausgeschlossen sind und auf die Art und Weise, wie sie ihr Gewerbe betreiben, eingewirkt wird. Selbst können sie Entsorgungsleistungen überhaupt nicht mehr erbringen; verbundene Unternehmen können sie nur nach Durchführung eines wettbewerblichen Verfahrens mit der Wahrnehmung von Entsorgungsleistungen beauftragen. Sie werden verpflichtet, solche Leistungen stets im Wettbewerb zu vergeben. Damit wird zugleich auch die Verwendung ihres Eigentums beschränkt.

aa) Kein Verstoß gegen Art. 14 Abs. 1 GG

Geht man mit der Rechtsprechung des BVerfG davon aus, dass der eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb in den Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 GG einbezogen ist,¹¹⁰ kann der Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 GG durch eine Verpflichtung für die Systembetreiber, Entsorgungsleistungen im wettbewerblichen Verfahren zu vergeben, tangiert sein. Gegen Art. 14 Abs. 1 GG verstößt eine solche Bestimmung damit indessen noch nicht. Denn ein Eingriff in den Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 GG setzt voraus, dass in die Sach- und Rechtsgesamtheit eines Unternehmens eingegriffen wird.¹¹¹ Ein solcher Eingriff liegt bei der Normierung von Pflichten zur wettbewerblichen Vergabe ebenso wenig vor wie bei der Normierung von Rücknahmepflichten.¹¹² Ein Eingriff in den Schutzbereich des Art. 14

¹⁰⁹ Vgl. dazu BR-Drucks. 800/07 (Beschluss), Nr. 14 (S. 14, wo es heißt: „Zwar ist die Berufsausübung gemäß Art. 12 Abs. 1 S. 2 des Grundgesetzes durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes beschränkbar, wenn sie durch eine vernünftige Erwägung des Gemeinwohls legitimiert und verhältnismäßig sind. Das Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz als Ermächtigungsgrundlage der Verordnung sieht aber wettbewerbsrechtliche Beschränkungen nicht vor.“

¹¹⁰ Vgl. etwa BVerfGE 70, 191; Hofmann, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfau, GG, Art. 14 Rn. 14; Papier, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 14 Rn. 95; vgl. auch Frenz, AbfallR 2007, 156 f.

¹¹¹ BVerwGE 95, 341, 348.

¹¹² Dazu Frenz, AbfallR 2007, 156 mit Nachweisen.

Abs. 1 GG läge in einer solchen Regelung nicht, denn Eigentumsgegenstände wären hiervon nicht betroffen. Vielmehr würde lediglich ein Verfahren zur Wahrnehmung der den Systembetreibern obliegenden Entsorgungspflichten aus der VerpackV bzw. aus einem Wertstoffgesetz geregelt. Solche Regelungen betreffen die Berufsausübungsfreiheit, greifen indessen nicht in die Eigentumsgarantie ein.

Allerdings ist eine Verletzung der Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG auch unter Vertrauensschutzgesichtspunkten möglich; aus solchen Gesichtspunkten muss sich dann allerdings eine Bestandsgarantie ergeben.¹¹³ Es ist nicht ersichtlich, aus welchen Regelungen sich ein Vertrauensschutz für die Systembetreiber ergeben könnte, dass ihnen keine Verpflichtung auferlegt würde, Leistungen in einem wettbewerblichen Verfahren zur Erfüllung ihrer Verpflichtungen aus der VerpackV zu vergeben. Die Streichung der in der 5. Novelle zur VerpackV in Anhang I Nr. 2 Abs. 2 Nr. 2 vorgesehenen dahingehenden Verpflichtungen wegen rechtlicher Bedenken des Bundesrates begründet einen solchen Vertrauenstatbestand nicht. Denn seinerzeit ist auf eine Verpflichtung im Anhang I der VerpackV zur wettbewerblichen Vergabe von Entsorgungsleistungen ausdrücklich deshalb verzichtet worden, weil § 24 Abs. 1 Nr. 2 KrW-/AbfG hierfür keine hinreichende Ermächtigung darstellte. Der Ordnungsgeber hat vor diesem Hintergrund nicht prinzipiell auf eine Verpflichtung zur Vergabe von Entsorgungsleistungen bei der Umsetzung der Pflichten aus der VerpackV verzichtet, sondern nur deshalb, weil das Regelungsinstrumentarium des Abfallrechts hierfür nicht ausreichte. Vertrauensschutz können die Systembetreiber aus diesem Vorgang allenfalls für eine Änderung der VerpackV ableiten. Entscheidet sich der Bundesgesetzgeber jedoch dafür, entweder im Abfallrecht durch eine Änderung des § 25 Abs. 1 KrWG die rechtlichen Voraussetzungen für eine Verpflichtung zur Vergabe von Entsorgungsleistungen für Verkaufsverpackungen im Wettbewerb zu schaffen oder regelt er diese Frage in einem Wertstoffgesetz, kann hieraus ein Vertrauensschutz der Systembetreiber indessen nicht abgeleitet werden. Das gilt

¹¹³ Papier, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 14 Rn. 102; Frenz, AbfallR 2007, 157.

schon deshalb, weil der Gesetzgeber z.B. in § 6 Abs. 3 Nr. 6 BattG für die Entsorgungspflichten in Bezug auf Altbatterien eine vergleichbare Regelung getroffen hat. Schon hieraus folgt, dass der Gesetzgeber eine Vergabe von Entsorgungsleistungen bei Regelung von Rücknahmepflichten als Ausschluss der Produktverantwortung im Wettbewerb nicht grundsätzlich ablehnt, sondern dort, wo eine wettbewerbliche Vergabe zur Herstellung bzw. Aufrechterhaltung eines Wettbewerbs geboten ist, regelt.

Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass gerade im Geltungsbereich der VerpackV sowohl der Gesetzgeber als auch das Bundeskartellamt in der Vergangenheit stets auf die Einhaltung wettbewerbsrechtlicher Grundsätze geachtet haben. Ein Vertrauensschutz dahin, dass die allgemeinen Anforderungen aus §§ 19, 20 GWB durch rechtliche Regelungen im Zusammenhang mit der Schaffung von Rücknahmesystemen nicht flankiert und unterstützt würden, ist deshalb nicht anzuerkennen. Gerade im Bereich der VerpackV ändern sich die Verhältnisse rasch; angesichts des Wandels der Anforderungen an die Entsorgung von Verpackungen und der Ausgestaltung der Systeme zur Realisierung der Produktverantwortung der Hersteller und Vertrieber ist gerade im Bereich der näheren Ausgestaltung der Regelungen für Verpackungsabfälle ein Vertrauen in den Fortbestand der bisherigen Verhältnisse schwerlich zu begründen.¹¹⁴

Insgesamt kann damit festgestellt werden, dass eine rechtliche Regelung zur Verpflichtung der Systembetreiber, Entsorgungsleistungen in Bezug auf Verpackungen im wettbewerblichen Verfahren zu vergeben, nicht gegen Art. 14 Abs. 1 GG verstößt.

bb) Verstoß gegen Art. 12 Abs. 1 GG

Regelungen, die die Systembetreiber verpflichten, Entsorgungsleistungen im wettbewerblichen Verfahren zu vergeben, greifen in die Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG ein.

¹¹⁴ So mit Recht Frenz, AbfallR 2007, 157. Anders: Hendlar, Rechtliche Stellungnahme VerpackV, a.a.O., S. 22 für Unternehmen zur Organisation und Unterstützung von Selbstentsorgungsgemeinschaften.

(1) Berufsausübungsregelung

Voraussetzungen für die Anwendung des Art 12 Abs. 1 GG ist zunächst eine berufsbezogene Regelung (Berufswahl- oder Berufsausübungsregelung) Die vorgeschlagene Bestimmung Sie stellt eine Berufsausübungsregelung i.S.d. Rechtsprechung des BVerfG dar.

Dies setzt zunächst voraus, dass die Tätigkeit der Systembetreiber nach § 6 Abs. 3 VerpackV unter den Begriff des Berufs i.S.d. Art. 12 Abs. 1 GG fällt. Nach dem insoweit gebotenen weiten Begriffsverständnis werden hierunter alle sinnvollen und erlaubten Tätigkeiten verstanden.¹¹⁵ Ein bestimmtes Berufsbild wird hierfür nicht gefordert.¹¹⁶ Nach diesen Voraussetzungen stellt die Tätigkeit der Systembetreiber einen Beruf i.S.d. Art. 12 Abs. 1 GG dar, denn es handelt sich hierbei um eine Tätigkeit, die unter Beachtung wirtschaftlicher Gesichtspunkte darauf ausgerichtet ist, Verpackungen zu erfassen, zu sortieren und einer Verwertung zuzuführen. Dies genügt für die Einbeziehung dieser Tätigkeit in den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG.

Bei berufsbezogenen Regelungen ist nach der Rechtsprechung des BVerfG zwischen Berufswahl- und Berufsausübungsregelungen zu unterscheiden. Die Freiheit der Berufswahl darf nach dieser Rechtsprechung nur eingeschränkt werden, soweit der Schutz besonders wichtiger, überragender Gemeinschaftsgüter dies zwingend erfordert.¹¹⁷ Demgegenüber kann die Freiheit der Berufsausübung beschränkt werden, wenn vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls dies zweckmäßig erscheinen lassen.¹¹⁸ Immer jedoch darf der Eingriff in die Berufsfreiheit

¹¹⁵ Ständige Rechtsprechung des BVerfG. Vgl. BVerfGE 14, 19, 22; 32, 311, 316; 68, 272.

¹¹⁶ BVerfGE 7, 377; 78, 179.

¹¹⁷ BVerfGE 25, 1.

¹¹⁸ BVerfGE 7, 377; 13, 97; 19, 323, 337; 33, 125; 33, 303; 54, 301; 82, 209; 93, 235.

nicht weiter gehen, als dies die ihn legitimierenden öffentlichen Interessen erfordern. Die Eingriffsmittel müssen zur Erreichung der angestrebten Zwecke geeignet sein und dürfen nicht übermäßig belasten. Inhaltlich ist der Gesetzgeber freilich umso freier, je mehr er eine reine Berufsausübungsregelung trifft und um so mehr begrenzt, je mehr er eine Berufswahlregelung verfügt. Bei Berufsausübungsregelungen beschränkt sich der Grundrechtsschutz auf die Abwehr an sich verfassungswidriger, weil übermäßig belastender oder nicht zumutbarer Auflagen,¹¹⁹ während die Freiheit der Berufswahl nur insoweit eingeschränkt werden darf, als dies der Schutz besonders wichtiger Gemeinschaftsgüter zwingend erfordert.¹²⁰

Werden die Systembetreiber zur Ausschreibung von Entsorgungsleistungen bei der Umsetzung ihrer Verpflichtungen aus § 6 Abs. 3 VerpackV verpflichtet, handelt es sich um eine Berufsausübungsregelung. Berufswahlregelungen stellen vor allem objektive Bedingungen der Zulassung zu einer bestimmten Tätigkeit dar.¹²¹ Demgegenüber sind Berufsausübungsregelungen solche, die die Art und Weise der Berufstätigkeit im Einzelnen ausgestalten.¹²² Nach diesen Maßstäben stellen Verpflichtungen zur Vergabe wirtschaftlicher Leistungen im Wettbewerb keine Berufswahlregelungen dar, denn das Ob einer bestimmten beruflichen Tätigkeit wird hierdurch in keiner Weise tangiert. Vielmehr handelt es sich um typische Regelungen, die auf die Art und Weise der Berufsausübung Einfluss nehmen. Eine Verpflichtung der Systembetreiber, Leistungen zur Umsetzung ihrer Verpflichtungen aus § 6 Abs. 3 VerpackV in wettbewerblichen Verfahren zu vergeben, stellt damit eine bloße Berufsausübungsregelung dar.

¹¹⁹ BVerfGE 16, 147; 21, 227.

¹²⁰ BVerfGE 21, 173.

¹²¹ Dazu Hofmann, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, GG, Art. 12 Rn. 53.

¹²² BVerfGE 31, 255.

(2) Voraussetzungen für die Einschränkung der Berufsausübung

Als solche muss sie den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes genügen. Sie muss deshalb

- einen legitimen Zweck verfolgen,
- zur Umsetzung dieses Ziels geeignet, erforderlich und angemessen in dem Sinne sein, dass sie durch vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls gerechtfertigt ist.

(3) Legitimer öffentlicher Zweck

Mit der Verpflichtung der Systembetreiber, die ihnen obliegenden Entsorgungsleistungen nach § 6 Abs. 3 VerpackV getrennt im wettbewerblichen Verfahren zu vergeben, wird ein legitimer öffentlicher Zweck verfolgt. Hintergrund dieser Zielsetzung ist, Wettbewerb bei der Vergabe von Entsorgungsleistungen bei der Umsetzung der VerpackV durch Systembetreiber auf Dauer zu gewährleisten. Damit wird nicht nur den Vorgaben des Art. 102 AEUV Rechnung getragen, woraus sich schon allein die Legitimität des hiermit verfolgten Zwecks ergibt. Gleichzeitig wird sichergestellt, dass im Bereich des Entsorgungsmarktes bei den nach § 6 Abs. 3 VerpackV vorgesehenen Entsorgungsleistungen alle Entsorgungsunternehmen gleichen Zugang zum Markt und die Chance haben, von den Systembetreibern mit Leistungen beauftragt zu werden. Wettbewerb um Entsorgungsleistungen zur Umsetzung der Verpflichtungen der Systembetreiber aus § 6 Abs. 2 VerpackV wird auf diese Weise sichergestellt. Ein Ausschluss von Unternehmen von den Möglichkeiten des Zugangs zum Markt wird verhindert. Zugleich wird damit der Zweck verfolgt, Entsorgungsleistungen zu möglichst günstigen Konditionen zu vergeben und damit die wirtschaftliche Gesamtbelastung durch den Betrieb des Dualen Systems möglichst niedrig zu halten. Denn eine Vergabe im Wettbewerb ist grundsätzlich geeignet, Leistungen zu Markt-

preisen zu vergeben und damit überhöhten Preisbildungen entgegenzuwirken.

(4) Erforderlichkeit und Geeignetheit der vorgeschlagenen Regelung

Die Verpflichtung für die Systembetreiber, Entsorgungsleistungen zur Umsetzung des § 6 Abs. 3 VerpackV im Wettbewerb zu vergeben, ist zur Verwirklichung des legitimen Ziels der dauerhaften Herstellung von Wettbewerb um Entsorgungsleistungen in diesem Sektor auch geeignet. Müssen Leistungen ausgeschrieben werden, haben alle Unternehmen die Möglichkeit, sich um den Auftrag zu bewerben. Alle Unternehmen haben damit Zugang zum Markt. Ein Wettbewerb um die Aufträge der Systembetreiber kann auf diese Weise dauerhaft sichergestellt werden. Dabei kommt der Befristung der Vergabeentscheidung auf die Dauer von maximal 5 Jahren besondere Bedeutung zu. Denn diese Befristung gewährleistet, dass periodisch Vergabeverfahren stattfinden und damit die Zugangsmöglichkeit für alle im relevanten Entsorgungsbereich tätige Unternehmen dauerhaft sichergestellt ist.

Die Vergabe von Entsorgungsleistungen zu Marktpreisen wird weiter dadurch sichergestellt, dass die Vergabe für die Entsorgungsteilleistungen der Erfassung einerseits und der Sortierung/Aufbereitung und Verwertung andererseits getrennt erfolgen muss. Hierdurch wird gewährleistet, dass alle im jeweils relevanten Entsorgungssektor tätigen Unternehmen sich im wettbewerblichen Verfahren um Aufträge bewerben können. Systemausschreibungen, bei denen eine Vergabe wegen der hier möglichen Gesamtkalkulation nicht nach Marktbedingungen erfolgen muss, werden so verhindert. Die vorgeschlagene Regelung ist deshalb insgesamt geeignet, einen möglichst weitgehenden Wettbewerb bei der Vergabe von Entsorgungsleistungen durch die Systembetreiber nach § 6 Abs. 3 VerpackV herzustellen.

Hierzu ist eine Vergabe im Wettbewerb auch erforderlich. In diesem Zusammenhang ist hinzuweisen auf den Beschluss des Bundesrates zur Streichung der Vergabeverpflichtung für die Systembetreiber aus dem Entwurf des Anhangs I der VerpackV im Zusammenhang mit der Verabschiedung der 5. Novelle zur VerpackV. Der Bundesrat hat in seinem Beschluss darauf hingewiesen, dass eine kartellrechtliche Pflicht dualer Systeme, Entsorgungsleistungen diskriminierungsfrei zu vergeben, aus dem Verbot missbräuchlichen Verhaltens der §§ 19, 20 GWB abgeleitet und durch die Kartellbehörden durchgesetzt werden kann. Einschränkend hat der Bundesrat jedoch hinzugefügt, dass sich diese Pflicht nur gegen marktbeherrschende Unternehmen richte. Weitergehende Anforderungen seien kartellrechtlich nicht umsetzbar.¹²³ Aus dieser Wertung des Bundesrates, für die er sich auf eine Auskunft des Bundeskartellamtes stützt, kann geschlossen werden, dass jedenfalls nach Einschätzung des Bundeskartellamtes allein über die wettbewerbsrechtlichen Regelungen der §§ 19, 20 GWB dauerhaft Wettbewerb bei der Vergabe von Entsorgungsleistungen durch die dualen Systeme nicht sichergestellt werden kann. Die jüngsten Äußerungen des Bundeskartellamtes zur fehlenden Notwendigkeit der Ausschreibung von Leistungen der Sortierung/Aufbereitung und Verwertung von Verpackungen durch die Systembetreiber sind hierfür ein weiterer Beleg.¹²⁴ Lässt sich durch Anwendung des Wettbewerbsrechts ein Marktzugang für alle Unternehmen für den Bereich der Entsorgungsleistungen, die Systembetreiber zur Umsetzung ihrer Pflichten aus § 6 Abs. 3 VerpackV vergeben, nicht sicherstellen, ist eine gesetzliche Regelung zur Gewährleistung der dauerhaften Wettbewerbsteilnahme aller im Markt tätigen Unternehmen erforderlich und geboten.

¹²³ Vgl. BR-Drucks. 800/07 (Beschluss), 14. (S. 14).

¹²⁴ dazu schon oben.

(5) Verhältnismäßigkeit i.e.S.

Eine solche Regelung ist auch verhältnismäßig. Sie ist durch vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls, in die auch Zweckmäßigkeitsaspekte einfließen können, gerechtfertigt. Vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls rechtfertigen eine Ausschreibungsverpflichtung in der vorgeschlagen Art für die Systembetreiber schon deshalb, weil die Regelung darauf abzielt, dauerhaft Wettbewerb um alle von den Systembetreibern zu erbringende Entsorgungsleistungen nach § 6 Abs. 2 VerpackV zu gewährleisten und allen im Markt tätigen Unternehmen Zugang zu solchen Entsorgungsleistungen zu ermöglichen. Zu berücksichtigen ist dabei weiter, dass hierdurch die Tätigkeit der Systembetreiber nicht in erheblichem Maße eingeschränkt wird. Wie ausgeführt¹²⁵, ist die Aufgabenstellung der Systembetreiber nach der VerpackV auf eine Struktur als Garantiegeber zugeschnitten. Hersteller und Vertreiber sind gemäß § 6 Abs. 1 S. 1 VerpackV verpflichtet, sich an einem solchen System zu beteiligen und über diese Beteiligung die nach der VerpackV vorgesehene getrennte Einsammlung, Sortierung und Verwertung von Verkaufsverpackungen zu finanzieren. Dementsprechend liegt die eigentliche Funktion der Systembetreiber nach § 6 Abs. 3 VerpackV darin, die Funktionsfähigkeit des Finanzierungssystems und andererseits die operativen Anforderungen der Rücknahme- und Verwertungs-pflichten aus der VerpackV zu gewährleisten. Eine gesetzliche Ausschreibungsverpflichtung entspricht dieser Aufgabenstellung der Systembetreiber. Sie führt den Tätigkeitsbereich der Systembetreiber auf den Kernbereich ihrer Verantwortung nach der VerpackV zurück. Strukturelle Änderungen sind damit nicht verbunden. Vielmehr wird lediglich die Freiheit der Systembetreiber bei der Auswahl ihrer Vertragspartner zur Erbringung von Entsorgungsleistungen insoweit beschränkt, als sie

¹²⁵ dazu schon oben.

Leistungen im wettbewerblichen Verfahren vergeben müssen. Angesichts dessen, dass die Systembetreiber ohnehin wettbewerbsrechtlich verpflichtet sind, ihre Entsorgungsleistungen im Wettbewerb zu vergeben¹²⁶, handelt es sich nur um eine relativ geringe Beschränkung der bisherigen Tätigkeit der Systembetreiber. Da die Beschränkung durch wichtige Gemeinwohlgründe gerechtfertigt ist, ist sie auch verhältnismäßig und insgesamt mit Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar.

¹²⁶ dazu schon oben.

H.

Zusammenfassung der Ergebnisse

1. Der Eigentumswechsel an Verkaufsverpackungen, die vom Verbraucher in dafür bereitgestellte Erfassungssysteme geworfen werden, vollzieht sich nicht durch Dereliktion gem. § 959 BGB und Aneignung gem. § 958 BGB.
2. Durch konkludente Einigung zwischen dem Verbraucher und dem Entsorger über den Übergang des Eigentums an den Verkaufsverpackungen und Verschaffung des unmittelbaren Besitzes an diesem in der Person des Entsorgungsunternehmens erwirbt dieser gemäß § 929 S. 1 BGB das Eigentum an den Verkaufsverpackungen, die in die Erfassungssysteme nach der Verpackungsverordnung eingebracht wurden und von ihm in seinem unmittelbaren Besitz übernommen werden. Eine Stellvertretung oder eine Besitzmittlung des Entsorgungsunternehmens zugunsten der Systembetreiber findet nicht statt. Die Figur der Übereignung an den, den es angeht, kann wegen der Interpretation der Willenserklärung des Verbrauchers, das Eigentum an den Verpackungsabfällen demjenigen zu verschaffen, der ihm gegenüber unmittelbar für die Entsorgung der Verpackungsabfälle im Einklang mit den gesetzlichen Vorgaben verantwortlich zeichnet, keine Anwendung finden.
3. Auch für die PPK-Fraktion kommt es dem Verbraucher darauf an, diese an den zu übereignen, der seine abfallrechtlichen Pflichten im Einklang mit den gesetzlichen Vorgaben erfüllt. Vor diesem Hintergrund erwirbt das Entsorgungsunternehmen mit der Übernahme des Papiers in seinen unmittelbaren Besitz ebenfalls Eigentum am Verpackungsanteil, der in die Erfassungssysteme für die PPK-Fraktion eingefüllt wird. Durch Vermischung mit dem Anteil an graphischen Papieren des öffentlichrechtlichen Entsorgers entsteht gemäß §§ 948, 947 Abs. 1 BGB Miteigentum, das durch Trennung entsprechend den Anteilsmengen an graphischen Papieren bzw. Verpackungsmaterialien gemäß § 752 S. 2 BGB aufgelöst werden kann.
4. Insgesamt kann damit festgestellt werden, dass entgegen der Auffassung des Bundeskartellamtes eine Vergabe von Sortier-/Aufbereitungs- und Verwertungsleistungen durch die Systembetreiber ohne Ausschreibung gegen Art. 102 AEUV verstößt. Hierin liegt zugleich auch ein Verstoß gegen § 19 GWB. Rechtsfolge eines Verstoßes gegen Art. 102 AEUV ist die Nichtigkeit von Verträgen, die ohne Ausschreibung und damit unter Verstoß gegen Art. 102 AEUV abgeschlossen wurden. Solche Verträge sind un-

wirksam und verstoßen gegen § 134 BGB. Weitere unmittelbare Folge ist, dass die Systembetreiber gehalten sind, bei der Vergabe von Sortier-/Aufbereitungs- und Verwertungsleistungen im Markt Wettbewerbsbedingungen herzustellen, indem sie diese Leistungen grundsätzlich öffentlich ausschreiben müssen. Das gilt auch dann, wenn Systembetreiber vertikal organisiert sind.

5. Eine Wettbewerbsgleichheit bei der Vergabe von Leistungen durch die Systembetreiber kann dadurch sichergestellt werden, dass diese Leistungen zwingend ausgeschrieben werden müssen, und zwar getrennt für die einzelnen Entsorgungsleistungen einerseits der Erfassung und andererseits der Sortierung/Aufbereitung sowie Verwertung und Entsorgung der Sortierreste. Die Vergabe der Leistungen ist dabei zu befristen. Eine solche Lösung stellt sicher, dass alle am Markt tätigen Unternehmen sich um Aufträge in wettbewerblichen Verfahren bemühen und Aufträge erhalten können. Die Systembetreiber würden durch eine solche Lösung auf eine Garantiefunktion im System der Entsorgung von Verkaufsverpackungen beschränkt. Eine solche Lösung ist rechtlich zulässig. Für ihre Verankerung in einem Wertstoffgesetz hat der Bund die Gesetzgebungskompetenz. Soll sie in der VerpackV getroffen werden, bedarf es allerdings einer Änderung des § 25 Abs. 1 Nr. 2 KrWG. Diese Regelung müsste dahin ergänzt werden, dass in einer Verordnung zur Umsetzung der Produktverantwortung durch Rücknahmesysteme auch Bestimmungen über eine Verpflichtung zur Vergabe von Entsorgungsleistungen im Wettbewerb getroffen werden können. Eine Verpflichtung der Systembetreiber zur Vergabe von Entsorgungsleistungen für Verkaufsverpackungen verstieße nicht gegen die Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG, da sie durch vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls, nämlich die dauerhafte Gewährleistung von Wettbewerb bei der Vergabe von Entsorgungsleistungen in diesem Sektor gerechtfertigt ist.

Bonn, im Juni 2013

(Dr. Alexander Schink)
Rechtsanwalt