



[Gaßner, Groth, Siederer & Coll.]
Rechtsanwälte

Abfall • Newsletter

Extra – PPK und DSD

Liebe Mandantschaft,
sehr geehrte Damen und Herren,

wir sehen uns in Berlin! Es liegen über 300 Anmeldungen zu unserem 10. Informationsseminar „Erfahrungsaustausch Kommunale Abfallwirtschaft“ am 5. und 6. Juni 2008 vor.

Zur Einstimmung der Teilnehmerinnen und Teilnehmer und für diejenigen, die den Weg nach Berlin in diesem Jahr nicht finden, haben wir aus aktuellem Anlass einen Extra• Newsletter verfasst.

Aktuell: PPK und DSD

Es geht um die Ausgestaltung der Mitbenutzung kommunaler Altpapiersammelsysteme zur Entsorgung von PPK-Verkaufsverpackungen durch die DSD GmbH. Hier ist durch die öR deutlich zu machen, dass die Kooperation mit der DSD GmbH nicht aufgekündigt werden soll, aber die Mitbenutzungsregelungen im Zweifel von den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern nach Maß-

gabe von § 6 Abs. 3 Satz 8 VerpackV bestimmt werden können.

[MITBENUTZUNG DER KOMMUNALEN PPK-ENTSORGUNG DURCH DUALE SYSTEME – WER BESTIMMT DIE BEDINGUNGEN?]

Unter den beteiligten Akteuren (öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger, Systembetreiber nach § 6 Abs. 3 VerpackV; Kartellbehörden) besteht Einigkeit, dass eine getrennte Erfassung von PPK-Verpackungsabfällen abfallwirtschaftlich nicht sinnvoll ist.

Ausgangssituation

Bundesweit bedienen sich daher die Dualen Systeme der bestehenden kommunalen Systeme zur Erfassung von PPK-Abfällen. Während zur Zeit die Auseinandersetzungen über die Etablierung gewerblicher PPK-Sammlungen (§ 13 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 KrW-



/AbfG) hohe Wellen schlagen, hat die DSD GmbH (DSD) als der Systembetreiber mit der immer noch größten Marktmacht bundesweit die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger mit neuen Forderungen zu den Konditionen der PPK-Erfassung konfrontiert.

Anlass für den DSD-Vorstoß sind

- der rückläufige Anteil von DSD an den gesamten PPK-Linzenzmengen durch die Etablierung zahlreicher weiterer Systembetreiber;
- von DSD in Auftrag gegebene Gutachten zur Ermittlung (angeblich) marktüblicher Kosten der PPK-Erfassung;
- die in den vergangenen Jahren deutlich gestiegenen PPK-Erlöse.

Erinnern wir uns: Während in den 90er Jahren die Beteiligung von DSD an den Kosten der PPK-Erfassung auf Basis pauschaler Mengenanteile (75% : 25%) vereinbart wurde, ist durch Intervention des Bundeskartellamtes eine konkrete Ermittlung der Mengenanteile erforderlich geworden. Das Bundeskartellamt und infolge die Rechtsprechung (OLG Düsseldorf, OLG Köln) haben zudem durchgesetzt, dass Vereinbarungen über die PPK-Entsorgung zwischen dem Systembetreiber und dem jeweiligem „operativ tätigem Entsorger“ zu schließen sind.

„Vorläufige Beauftragungen“

Beauftragt der öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger ein privates Entsorgungsunternehmen mit der PPK-Erfassung, sollen danach Vereinbarungen zwischen der Kommune und den Systembetreibern kartellrechtlich unzulässig sein. Nur wenn der öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger selbst (oder durch eine Eigengesellschaft) operativ tätig ist, soll er auch Vertragspartner der Systembetreiber sein dürfen.

Wegen der teilweise ungeklärten Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Mitbenutzung hat DSD seit ca. 2004 die Praxis der sog. vorläufigen Beauftragungen etabliert. Diese vorläufigen Beauftragungen, die vielfach von den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern ausdrücklich angenommen worden sind, stellen sich als vertragliche Vereinbarungen über die PPK-Erfassung dar. Sie sind durch beide Parteien unter Einhaltung der vereinbarten Kündigungsfrist von regelmäßig 14 Tagen kündbar.

Neue „Angebote“ von DSD

DSD hat nunmehr den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger neue „Angebote“ vorgelegt. Diese beinhalten folgende Eckpunkte:

- Neufestsetzung der Kostenbeteiligung auf Grundlage veränderter Lizenzmen-



genanteile und von DSD-Annahmen zu den Kosten der Erfassung;

- Beteiligung von DSD an den PPK-Erlösen in Höhe von 50 % der auf den DSD-Mengenanteil entfallenden Erlöse;
- Einbeziehung der Mengenermittlung in das Clearingstellen-Verfahren;
- Festschreibung der Konditionen für zwei Jahre.

DSD hat den Kommunen eine Frist zu Annahme des Angebots bis zum 31.05.2008 gesetzt. Nach unserem Kenntnisstand haben viele Kommunen das DSD-Angebot bislang nicht angenommen. Insbesondere werden die von DSD angebotenen Beträge für die Kostenbeteiligung an der PPK-Erfassung vielfach als nicht ausreichend angesehen. Auch die Modalitäten der von DSD geforderten Beteiligung an den PPK-Erlösen stoßen auf Widerspruch.

[GGSC]-Gutachten für NRW

Die Kanzlei Gaßner, Groth, Siederer & Coll. hat sich mit den durch das DSD-Angebot aufgeworfenen rechtlichen Fragen in einem Rechtsgutachten befasst, dessen wesentliche Ergebnisse nachstehend zusammengefasst werden sollen.

Der Mitbenutzungsanspruch und seine Durchsetzung

Nach § 6 Abs. 3 Satz 8 VerpackV können die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger die Übernahme oder Mitbenutzung der Einrichtungen gegen ein angemessenes Entgelt verlangen, die für die Sammlung und Sortierung von Materialien der im Anhang zur VerpackV genannten Art erforderlich sind. Nach der Rechtsprechung des VG Düsseldorf, bestätigt vom OVG Münster, ist diese Regelung Teil der Regelungen zum Abstimmungsgebot zwischen den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern und den Systembetreibern. Für das Verhalten der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger und Systembetreiber gilt das Kooperationsprinzip, sie stehen sich in einem Gleichordnungsverhältnis gegenüber. Nach dieser Rechtsprechung sind die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger nicht berechtigt, ein Verlangen auf Mitbenutzung bzw. die Zahlung eines angemessenen Entgelts durch hoheitliche Anordnung durchzusetzen.

Aus dieser Rechtsprechung ergibt sich aber nicht, dass eine Mitbenutzung der kommunalen PPK-Erfassung und die Zahlung eines Entgelts durch die Systembetreiber nur in Betracht kommt, wenn sich beide Parteien auf die Modalitäten vertraglich einigen. § 6 Abs. 3 Satz 8 VerpackV begründet vielmehr



einen – ggf. gerichtlich durchsetzbaren – Anspruch des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers auf Mitbenutzung seines PPK-Erfassungssystems gegen Zahlung eines angemessenen Entgelts. Dieser Anspruch ist öffentlich-rechtlicher Natur und, wenn eine Einigung nicht zustande kommt, ggf. vor den Verwaltungsgerichten im Wege einer Leistungsklage geltend zu machen.

Zwischen den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern und den Systembetreibern besteht allerdings in der Praxis regelmäßig kein Streit darüber, dass eine Mitbenutzung des kommunalen PPK-Erfassungssystems erfolgen soll. Zur Durchsetzung der Mitbenutzung bedarf es daher regelmäßig auch keiner gerichtlichen Klärung.

Festlegung des angemessenen Entgelts

Umstritten sind aber vielfach die Konditionen der Mitbenutzung, insbesondere die Höhe des zu zahlenden Entgelts und – neuerdings – die Beteiligung der Systembetreiber an den erzielten Erlösen. Hier sehen sich die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger vielfach durch die faktische Marktmacht von DSD unter Druck gesetzt, das „Preisdictat“ von DSD zu akzeptieren. Rechtlich stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, ob die Vorgaben von DSD zur Kosten- und Erlösbeteiligung bindend sind bzw. wer für die Festlegung der Höhe des angemessenen Ent-

gelts i.S.v. § 6 Abs. 3 Satz 8 VerpackV und ggf. die Höhe einer Erlösbeteiligung zuständig ist.

Entgegen der bisherigen Praxis sind die Systembetreiber nicht berechtigt, ihrerseits die Höhe des für die Mitbenutzung zu zahlenden Entgelts verbindlich festzulegen. Dieses Recht steht nach § 316 BGB vielmehr den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern zu: Ist der Umfang, der für eine Leistung geschuldeten Gegenleistung nicht bestimmt, so steht die Bestimmung nach § 316 BGB (im Zweifel) demjenigen Teil zu, welcher die Gegenleistung zu fordern hat, also dem Gläubiger des Entgelts. Diese Regelung ist als allgemeiner Rechtsgrundsatz auch auf gesetzliche Schuldverhältnisse und auch auf öffentlich-rechtliche Schuldverhältnisse anwendbar.

Die Festsetzung erfolgt durch einseitige Erklärung gegenüber dem Systembetreiber (§ 315 Abs. 2 BGB). Aufgrund des dem Abstimmungsverhältnis zugrundeliegenden Kooperationsprinzip und den regelmäßig geschlossenen Abstimmungsvereinbarungen sollten einer solchen Festsetzungserklärung Bemühungen um eine einvernehmliche Festsetzung des Entgelts vorangehen.

Die Bestimmung der Entgelthöhe erfolgt nach billigem Ermessen des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers (§ 315 Abs. 1 BGB). Sie ist für den Systembetreiber nur verbindlich, wenn sie der Billigkeit ent-



spricht. Durch die Regelung wird den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern ein gerichtlich nur eingeschränkt prüfbarer Ermessensspielraum eröffnet. Das Ermessen des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers ist aber kein freies, sondern ein gebundenes Ermessen. Das festgesetzte Entgelt muss angemessen sein. Bei der Ermittlung des „angemessenen Entgelts“ sind öffentlich-rechtliche Vorschriften, namentlich die ge-

Bestimmung nach billigem Ermessen

bührenrechtlichen Grundsätze, entsprechend zu berücksichtigen. Ansatzfähig bei der Entgeltbemessung sind grundsätzlich die dem öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger tatsächlich entstehenden Kosten, wobei entsprechend den abgabenrechtlichen Grundsätzen eine Begrenzung unter dem Gesichtspunkt der Äquivalenz (Vermeidung unzumutbarer Belastungen) und der Erforderlichkeit (Aussonderung überflüssiger und übermäßiger Kosten) erfolgen kann. Der Ansatz von DSD, das Entgelt unabhängig von den tatsächlichen Kosten auf Basis (angeblich) marktüblicher Kosten zu ermitteln, findet in § 6 Abs. 3 VerpackV keine Grundlage.

Der Mitbenutzungsanspruch nach § 6 Abs. 3 Satz 8 VerpackV bezieht sich nur auf die Erfassung und Sortierung, nicht auf die Verwertung selbst. Nach der Rechtsprechung

des OLG Düsseldorf erwirbt der öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger nicht Alleineigentum an den erfassten PPK-Abfällen.

Beteiligung an Verwertungserlösen

Die Übereignung durch die Abfallerzeuger erfolgt vielmehr „an den, den es angeht“. Daraus folgt, dass die Systembetreiber mengenanteilig Miteigentum an der Gesamtmenge erwerben. Die Systembetreiber könnten danach rechtlich die Herausgabe eines entsprechenden Mengenanteils zur Verwertung in eigener Verantwortung erlangen. In der Praxis erfolgt allerdings bislang die Verwertung der Gesamtmenge regelmäßig durch bzw. im Auftrag des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers.

Das Anliegen von DSD, wirtschaftlich an den PPK-Erlösen beteiligt zu werden, ist danach im Grundsatz berechtigt. Allerdings sind Erlösminderungen infolge einer schlechteren PPK-Qualität durch die gemeinsame Erfassung von Druckerzeugnissen und PPK-Verpackungen zu berücksichtigen.

Empfehlungen zum praktischen Vorgehen

Jeder öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger sollte das DSD-Angebot in wirtschaftlicher Hinsicht bewerten:



- Werden durch die angebotene Kostenbeteiligung die tatsächlich entstehenden (anteiligen) Kosten gedeckt?
- Sind die von DSD ermittelten Mengenanteile akzeptabel?
- Wie hoch wären die Erlöse, die der öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger ohne den Verpackungsanteil erzielen könnte?

Erweist sich vor diesem Hintergrund das DSD-Angebot als wirtschaftlich unzureichend, besteht rechtlich nicht die Notwendigkeit, sich auf das DSD-Angebot einzulassen.

Solange die vorläufige Beauftragung nicht durch eine der Vertragsparteien gekündigt wird, hat sie weiterhin Bestand. Eine – zumal flächendeckende – Kündigung der vorläufigen Beauftragungen durch DSD erscheint eher unwahrscheinlich, weil DSD dann für den PPK-Bereich trotz fortbestehender Systemabstimmungen den Widerruf der Freistellungserklärungen riskieren würde.

Wenn die Konditionen der vorläufigen Beauftragung für den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger tragfähig sind, besteht für ihn kein weiterer Handlungsbedarf. Sollte dies nicht der Fall sein, kann er die vorläufige Beauftragung kündigen. Wenn die vorläufige Beauftragung – durch DSD oder auch

den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger – gekündigt wird, kann der öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger wie folgt vorgehen:

- Er macht gegenüber DSD unter Verweis auf § 6 Abs. 3 Satz 8 VerpackV ausdrücklich und schriftlich einen Anspruch auf Mitbenutzung des kommunalen PPK-Erfassungssystems auch für die Zeit nach der Kündigung der vorläufigen Beauftragung geltend und fordert DSD zur Anerkennung des Mitbenutzungsanspruchs auf.
- Durch einseitige Erklärung gegenüber dem Systembetreiber ist eine Entgeltfestsetzung zu treffen (§§ 316, 315 BGB), wenn Verhandlungen über die Höhe des Entgelts gescheitert sind.
- Auf Grundlage dieser Erklärung kann DSD zur Zahlung aufgefordert werden und bei Nichtzahlung der Anspruch gerichtlich geltend gemacht werden.

Allerdings gilt nach den angesprochenen kartellrechtlichen Vorgaben, dass der örE die Ausgestaltung des Mitbenutzungsverhältnisses, insbesondere die Festsetzung der Entgelte, nur vornehmen darf, wenn er selbst, durch Eigenbetrieb oder Eigengesellschaft als operativ tätiger Entsorger angesehen werden kann.



Ausblick: Veränderung durch 5. VerpackV

Nach der geltenden Fassung der VerpackungsV hat der öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger bislang das Recht, eine Mitbenutzung seines Erfassungssystems durch einen Systembetreiber abzulehnen. Soweit ihm in der Folge von den Abfallbesitzern gleichwohl PPK-Verkaufsverpackungen (dann als Fehlwürfe) überlassen werden, kann und muss der öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger diese auf eigene Rechnung entsorgen, ohne dass der Systembetreiber Anspruch auf Herausgabe der Mengen hätte. Mit Inkrafttreten der 5. Änderungsverordnung (diesbezüglich zum 01.01.2009) hat ein Systembetreiber seinerseits künftig das Recht, gegenüber dem öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger eine Mitbenutzung des kommunalen Erfassungssystems zu verlangen (vgl. § 6 Abs. 4 Satz 6 VerpackV n.F.).

Rückfragen bei [GGSC] bitte an Rechtsanwälte Hartmut Gaßner, Wolfgang Siederer und Dr. Frank Wenzel.

[HANS-ALBERT LENNARTZ IST ANWALT BEI GGSC]

Dr. Hans-Albert Lennartz war Stellvertreter des Hamburgischen Datenschutzbeauftragten und Regierungspräsident des Regierungsbezirks Hannover. In der zurückliegenden Legislaturperiode war er Mitglied der

Fraktion Bündnis 90/Die Grünen im Niedersächsischen Landtag. Dr. Hans-Albert Lennartz ist seit 1994 Honorarprofessor für öffentliches Recht an der Universität Kassel und zugleich Rechtsanwalt und Berater mit dem Schwerpunkt public management.

Herr Dr. Lennartz wird die Bereiche Kommunal- und Organisationsrecht sowie Politikberatung bei [GGSC] ab 01. Mai 2008 verstärken. Wichtige Tätigkeitsfelder werden das Kommunalwirtschaftsrecht, die Kreisgebietsreform und das e-government sein.

[GGSC] hat aktuell 30 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Anfang 2007 kam Dr. Holger Thärichen von den Berliner Stadtreinigungsbetrieben zu [GGSC]. Seit Februar 2008 ist Michael Schöneich, zuvor Hauptgeschäftsführer des Verbandes kommunaler Unternehmen (VKU), bei [GGSC] tätig.

[VKS IM VKU]

Eine intensive Betreuung der betroffenen öRE in Sachen PPK und DSD erfolgt auch durch den VKS im VKU. Ansprechpartnerin beim VKS im VKU ist Frau Steinmetz (0221/3770380).