

## **Der PPK-Kompomissvorschlag und der Nachweis der Angemessenheit des Mitbenutzungsentgeltes im Gebührenrechtsstreit**

Die kommunalen Spitzenverbände und die im Bundesverband der Deutschen Entsorgungs-, Wasser- und Rohstoffwirtschaft e.V. (fortan: BDE) organisierten bundesweit genehmigten Betreiber dualer Systeme (fortan: Systembetreiber) haben bekanntlich am 01.10.2019 eine „Gemeinsame Erklärung“ zur Mitbenutzung der kommunalen PPK-Sammlung abgegeben. Die Gemeinsame Erklärung versteht sich als unverbindliche Empfehlung für die Ermittlung des Kostenanteils der Systeme an der Mitbenutzung kommunaler PPK-Sammelstrukturen und damit für die Festlegung eines nach § 22 Abs. 4 Verpackungsgesetz (fortan: VerpackG) „angemessenen“ Mitbenutzungsentgeltes in Abstimmungsvereinbarungen, mit der die vorangegangenen Auseinandersetzungen beigelegt werden sollten.

Anspruch der Gemeinsamen Erklärung ist es, die gegenläufigen Interessen der Systembetreiber und der öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger in Sachen Kostenbeteiligung in Ausgleich zu bringen (**hierzu I.**). Die Anforderungen, die an die „Angemessenheit“ von Mitbenutzungsentgelten im Sinne des § 22 Abs. 4 VerpackG zu stellen sind, werden durch die Gemeinsame Erklärung in einer Weise modifiziert (**hierzu II.**), die im Fall eines Gebührenrechtsstreites den Nachweis der Angemessenheit des Mitbenutzungsentgeltes erheblich erschweren und zu entsprechenden finanziellen Risiken für den allgemeinen Haushalt führen (**hierzu III.**). Öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger sollten im Ergebnis deshalb an der Forderung festhalten, das Mitbenutzungsentgelt nachvollziehbar unter zumindest anteiliger Berücksichtigung des Volumenanteils festzulegen (**hierzu IV.**).

### **I. Inhalt der Gemeinsamen Erklärung**

Die Gemeinsame Erklärung knüpft an die Regelung des § 22 Abs. 4 Satz 4 VerpackG an und legt fest, dass sich die Bestimmung der Erfassungskosten im jeweiligen Gebiet an den Grundsätzen der Gebührenbemessung in § 9 Bundesgebührengesetz (fortan: BGebG) orientieren soll. Hinsichtlich des in § 22 Abs. 4 Satz 5 VerpackG enthaltenen Wahlrechts, den Kostenanteil des Systembetreibers über den Masse- oder den Volumenanteil der von ihm erfassten PPK-Verpackungsabfälle an der Gesamtmenge der in Sammelbehältern erfassten Abfälle zu ermitteln, spricht sich die Gemeinsame Erklärung für eine Anwendung des Masseanteils aus und beziffert diesen auf 33,5 %.

Für die Systembetreiber soll bei der Ermittlung des angemessenen Entgeltes im Gegenzug die in § 22 Abs. 4 Satz 6 VerpackG angelegte Erlösbeteiligung aus der gemeinsamen Verwer-

tung der PPK-Verpackungsabfälle entfallen. Im Fall der Herausgabe der PPK-Verpackungsabfälle soll der Systembetreiber dem öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger den durch die Herausgabe verursachten Erlösverlust als Wertausgleich nach § 22 Abs. 4 Satz 8 VerpackG ersetzen.

Zur Erinnerung: Die eingeholten Sortieranalysen zum Masse- und Volumenanteil der PPK-Verpackungsabfälle an den gesamten Verpackungsabfällen in Sammelbehältern kommen zu dem Ergebnis, dass der Masseanteil durchschnittlich um die 30 %, der Volumenanteil weit mehr als das Doppelte, nämlich ca. 70 % beträgt. Dieses Ergebnis ergibt sich sowohl aus dem Gutachten von INFA, als auch bei cyclos, sofern nicht die im Gesetz nicht vorgesehene Betrachtung der Abfälle im Pressfahrzeug, statt im Behälter vorgenommen wird. Bei Wahl des Volumenanteils wird das an die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger zu entrichtende Mitbenutzungsentgelt also entsprechend höher ausfallen.

## **II. Angemessenheit des Mitbenutzungsentgeltes i.S.d. § 22 Abs. 4 VerpackG**

Mit ihren Regelungen zur Wahl des Masseanteils bei der Ermittlung des Kostenanteils der Systembetreiber und dem Verzicht auf eine Erlösbeteiligung der Systembetreiber bzw. der Pflicht der Systembetreiber zum Ersatz des Wertausgleichs versucht die Gemeinsame Erklärung Rahmenbedingungen zu schaffen, unter deren Geltung Mitbenutzungsentgelte das Kriterium der „Angemessenheit“ im Sinne des § 22 Abs. 4 VerpackG erfüllen und die Auseinandersetzungen um die Höhe der Kostenbeteiligung beendet werden kann.

Nach § 22 Abs. 4 Satz 4 VerpackG haben sich die Parteien zur Bestimmung eines angemessenen Entgeltes an den in § 9 BGebG festgelegten Grundlagen der Gebührenbemessung zu orientieren. Von Bedeutung ist hier zum einen der Grundsatz der Kostendeckung. § 9 Abs. 1 Satz 1 BGebG zufolge soll die Gebühr die mit der individuell zurechenbaren öffentlichen Leistung verbundenen Kosten aller an der Leistung Beteiligten decken. In dem vereinbarten Entgelt dürfen sich demnach nur die tatsächlichen Kosten der PPK-Sammlung des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers widerspiegeln. Hingewiesen sei darauf, dass nach § 9 Abs. 2 BGebG zusätzlich zu den tatsächlichen Kosten der wirtschaftliche Wert der Leistung zusätzlich berücksichtigt werden dürfte, worauf alle Beteiligten bisher verzichtet haben. Regelungen zur Kostenverteilung auf Systembetreiber und öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger enthält das BGebG nur insoweit, als in § 9 Abs.1 BGebG i.V.m. § 3 BGebG auf die betriebswirtschaftlichen Grundsätze verwiesen wird.

Die spezielleren Regelungen zur Kostenaufteilung sind in § 22 Abs. 4 VerpackG enthalten. Der ausdrücklichen Regelung in § 22 Abs. 4 VerpackG zufolge ist im Rahmen der Festlegung

des Mitbenutzungsentgeltes nur der Anteil der Kosten ansatzfähig, der dem Anteil der Verpackungsabfälle aus PPK entspricht. Dem Gesetzeswortlaut zufolge kann der Anteil nach Vorgabe des öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers entweder als Masseanteil oder als Volumenanteil berechnet werden. Weiter ist im Fall der gemeinsamen Verwertung bei der Bestimmung des angemessenen Entgeltes auch der jeweilige Marktwert der PPK-Abfälle zu berücksichtigen.

Vom Gesetzeswortlaut wäre also die Wahl ausschließlich des Masseanteils ebenso gedeckt wie die ausschließliche Wahl des Volumenmaßstabes, ohne dass die Angemessenheit des Entgeltes im Sinne des § 22 VerpackG in Frage gestellt werden müsste. Diese gesetzliche Vorgabe wird jedoch von den Beteiligten als unbefriedigend erachtet, weil die erhebliche Differenz der Anteile zwischen 30 % Masseanteil und 70 % Volumenanteil zu einer als willkürlich empfundenen Bevorzugung bzw. Benachteiligung der Beteiligten führt.

Der Gesetzesbegründung zufolge soll der öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger bei der Auswahl zwischen Masse- und Volumenanteil zur Ermittlung der Mitbenutzungsentgelte „die Berechnungsmethode wählen, die die tatsächliche Kostenverteilung am gerechtesten wiedergibt“ (vgl. BT-Drs. 18/11274, S. 113). Deutlich wird, dass dem Gesetzgeber die Auswirkungen der getroffenen Regelung nicht bewusst waren. Denn die „Entweder-oder-Regelung“ des § 22 Abs. 4 VerpackG kann per se zu keinem gerechten Ergebnis führen, weil weder der Masseanteil noch der Volumenanteil allein die tatsächliche Kostenverteilung zutreffend erfasst.

Die Gemeinsame Erklärung glaubt diesen Konflikt zu lösen, indem der Berechnung des Mitbenutzungsentgeltes der- die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger benachteiligende Masseanteil zugrunde gelegt und in Abweichung von der Vorgabe des § 22 Abs. 4 VerpackG aber auf eine Erlösbeteiligung der Systembetreiber verzichtet wird. Im Ergebnis wird eine Kostenquotelung erreicht, die bei einem Behaltendürfen der Erlöse durch die öffentlichen-rechtlichen Entsorgungsträger zwar zwischen Masse- und Volumenanteil liegen würde; ob eine Kostendeckung im betriebswirtschaftlichen Sinn erreicht werden könnte, ist dann aber vom Erlösniveau abgängig, das von den Marktgegebenheiten abhängig ist. Die Höhe der Verwertungserlöse fällt aktuell so dramatisch, dass ein Behaltendürfen der Erlöse selbst für einen Übergangszeitraum 2019 - 2021 in den wenigsten Fällen einen hinreichenden Ausgleich für den Verzicht auf den Volumenanteil bieten kann.

Dem Bestreben, den Streit um den zutreffenden Kostenanteil beizulegen, ist mehr als verständlich. Der Verzicht auf die hinreichende und nachvollziehbare Ermittlung der Kosten-

anteile birgt aber (neben den drohenden, finanziellen Nachteilen für die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger) auch die nachfolgend beschriebenen kommunalabgabenrechtlichen Risiken.

### III. Kommunalabgabenrecht

Die öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger finanzieren die Sammlung der PPK-Abfälle über die Abfallgebühren auf der Grundlage der kommunalabgabenrechtlichen Regelungen der einzelnen Bundesländer. In allen Bundesländern dürfen nur solche Kosten in die Gebührekalkulation einbezogen werden, die für die Erbringung der Leistung angemessen und erforderlich sind.

Als nicht erforderlich anzusehen sind Kosten, die nicht einrichtungsbezogen sind. Nicht einrichtungsbezogene Kosten sind nach ständiger Rechtsprechung der Oberverwaltungsgerichte der Länder im Rahmen der Ermittlung des Gebührenbedarfs abzugrenzen und aus allgemeinen Deckungsmitteln – nicht aber über den Gebührenhaushalt – zu finanzieren (vgl. etwa OVG Schleswig, Urt. v. 10.09.2015, 4 LB 45/15). Der Rechtsprechung zufolge sind die Kosten der Mitbenutzung einer öffentlichen Einrichtung durch Dritte entsprechend dem Anteil zu bestimmen, mit dem der Dritte die öffentliche Einrichtung genutzt hat. Üblich ist hier die Quotelung der Kosten, die die Nutzung der Parteien angemessen widerspiegeln muss (vgl. *VG Osnabrück, Urteil vom 10.08.2010, 1 A 146/09*; *OVG Brandenburg, Urt. v. 22.05.2002, 2 D 78/00.NE*). In jedem Fall auszuschließen ist eine Querfinanzierung der nicht einrichtungsbezogenen Leistungen zu Lasten des Gebührenhaushaltes (VG Cottbus, Urteil vom 21.11.2019, 6 K 1025/17). Die Kosten, die im Hinblick auf die Mitbenutzung der PPK-Sammlung durch die Systembetreiber entstehen, sind als solche nicht einrichtungsbezogenen Kosten einzuordnen.

In einem Gebührenrechtsstreit wird den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger die Beweislast hinsichtlich der zutreffenden Quotelung dieser Kosten treffen. Wird der Masseanteil statt des Volumenanteils der Abgrenzung zugrunde gelegt und kann der betriebswirtschaftlich zutreffende Anteil nicht belegt werden, ist abzusehen, dass in dem Gebührenrechtsstreit vorgetragen wird, die Zugrundelegung des Masseanteils bei der Berechnung des Mitbenutzungsentgeltes führe zu einer verbotenen Querfinanzierung der Systembetreiber. Zwar erlaube das –vorrangige – Bundesrecht grundsätzlich die Wahl des Masseanteils und normiere das so gewählte Entgelts als „angemessen“. Dem Wortlaut des § 22 Abs. 4 VerpackG nach stehe dem öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger die Vorgabe zu, ob der Masse- oder der Volumenanteil der Ermittlung des Mitbenutzungsentgeltes zugrunde gelegt werde. Die Gesetzesbegründung verlange aber eine Berechnungsmethode, die die

Kostenverteilung am gerechtesten wiedergibt. Die Vereinbarung des Masseanteils könne der öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger daher nur treffen, wenn er hierdurch nicht gegen das Gebot der Wirtschaftlichkeit verstoße und den Gebührenhaushalt in nicht erforderlicher Weise belaste.

Da nach der Gemeinsamen Erklärung lediglich der Masseanteil zugrunde gelegt, nicht aber hergeleitet werden soll, in welcher Weise der Verzicht auf die Auskehrung der Erlöse den Volumenanteil widerspiegelt, wird der öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger den Nachweis der Angemessenheit und Erforderlichkeit mit großer Wahrscheinlichkeit auch durch Sachverständigengutachten nicht beibringen können. Nur in wenigen Fällen sind die Vollkosten so gering und die Erlöse aus der Verwertung (noch) so hoch, dass das Behaltendürfen der Erlöse den Verzicht auf den Volumenanteil hinreichend kompensiert. Kann nicht nachgewiesen werden, dass der Berechnung des Mitbenutzungsentgeltes ein angemessener Anteil der Kosten zugeordnet wurde, wird der öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger das Delta aus allgemeinen Haushaltsmitteln begleichen müssen, denn der Gebührenhaushalt darf für den Ausgleich nicht beansprucht werden.

#### **IV. Fazit**

Die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger müssen auf einer Regelung bestehen, die die tatsächliche Kostenverteilung zwischen der öffentlichen Einrichtung und den Systembetreibern angemessen wiedergibt. Dies bedeutet, dass die Quotelung der Kosten zwischen Systembetreiber und öffentlich-rechtlichem Entsorgungsträger hinreichend belegt werden muss. GGSC hat dargelegt, dass ein Kostenfaktor von 1,75 den rechtlichen Anforderungen ebenso gerecht wird wie dem Bestreben, endlich einen tragfähigen Kompromiss zu finden. Das geänderte Warenangebot und das veränderte Konsumverhalten verursachen einen deutlich größeren Anfall von PPK-Verkaufsverpackungen. Der Mehraufwand muss allein von den Systembetreibern und den Inverkehrbringern getragen werden, die die Produktverantwortung tragen und dem Gesetzessinn nach hierdurch zu einer Reduktion von Verkaufsverpackungen angehalten werden sollen. Die Bürgerinnen und Bürger dürfen für diesen Mehraufwand nicht durch Abfallgebühren herangezogen werden, auch wenn die Streitigkeiten um eine angemessene Kostentragung anstrengend sind und der Versuch der Streitbeilegung sehr begrüßenswert ist.

Prof. Hartmut Gaßner  
Rechtsanwalt  
[Gaßner, Groth, Siederer & Coll.]

Katrin Jänicke  
Rechtsanwältin  
[Gaßner, Groth, Siederer & Coll.]