

**Per beA**

**Verwaltungsgericht Gießen**

Postfach 111430  
35359 Gießen

Köln, 20.08.2021

Unser Zeichen (164/18) AWB/VK/JM

**KLAGE**

des Zweckverbandes Abfall- und Wertstoffeinsammlung für den Landkreis Darmstadt-Dieburg (ZAW), vertreten durch den Vorstandsvorsitzenden Herrn Lutz Köhler, Roßdörfer Straße 106, 64409 Messel

- Klägerin -

Prozessbevollmächtigte: Gruneberg Rechtsanwälte  
Vogelsanger Straße 321  
50827 Köln

gegen

die Reclay Systems GmbH, vertreten durch die Geschäftsführer Herrn Raffael A. Fruscio, Herrn Dr. Fritz Flanderka und Herrn Jens Nießmann, Austraße 34, 35745 Herborn

- Beklagte -

wegen: Abfallentsorgung

hier: Mitbenutzungsanspruch gemäß § 22 Abs. 4 Satz 1 VerpackG

Namens und in Vollmacht der Klägerin erheben wir Klage und **beantragen**,

- 1. die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 68.338,69 € (brutto) nebst Zinsen in Höhe von 9 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 30.04.2021 zu zahlen;**
- 2. der Beklagten die Kosten des Rechtsstreits aufzuerlegen;**
- 3. das Urteil, notfalls gegen Sicherheitsleistung, für vorläufig vollstreckbar zu erklären.**

Eine auf uns lautende Prozessvollmacht liegt anbei. Mit einer Entscheidung in der Sache durch den Einzelrichter ist die Klägerin einverstanden.

Sollte das Gericht weitere Angaben zu den geltend gemachten Tatsachen oder Beweisangeboten für erforderlich halten, so wird höflichst um einen richterlichen Hinweis gebeten.

## Begründung

Die Klägerin (Kurzname: ZAW) macht gegenüber der Beklagten den Anspruch auf Zahlung von Entgelten für die Miterfassung des Verpackungsanteils der Beklagten an der Abfallfraktion Papier, Pappe, Kartonage (PPK) nach § 3 Abs. 1 der Anlage 7a der Abstimmungsvereinbarung vom 12.10.2020 (Anlage 7a) geltend.

Dem Anspruchsgrund und der -höhe liegt Folgendes zugrunde:

### A. Sachverhalt

#### I. Zu den Verfahrensbeteiligten

- I.1. 1992 gründeten der Landkreis Darmstadt Dieburg sowie die ihm angehörige Städte und Gemeinden gemäß § 9 Abs. 1 des Gesetzes über kommunale Gemeinschaftsarbeit (KGG) den „Zweckverband Abfall- und Wertstoffeinsammlung für den Landkreis Darmstadt-Dieburg (ZAW)“ mit der Zielsetzung einer Vereinheitlichung der Einsammlung und des Transportes von Abfällen und Wertstoffen im Bereich des Landkreises sowie der Übernahme der gesetzlichen Einsammlungspflicht der Kommunen durch den Verband. Dementsprechend übertrugen die kreisangehörigen Kommunen, die ihnen nach §§ 17, 20 Kreislaufwirtschaftsgesetz (KrWG) i. V. m. § 1 Abs. 2 Hessisches Ausführungsgesetz zum Kreislaufwirtschaftsgesetz (HAKrWG) zuständige Aufgabe der Erfassung und des Transports von überlassungspflichtigen Abfällen auf den Zweckverband (Klägerin) gemäß § 4 HaKrWG, § 8 KGG.

Die Klägerin, der ZAW, ist damit öffentlich-rechtlicher Entsorgungsträger (örE) hinsichtlich der Aufgabe der Erfassung und des Transports der Abfälle an die Anlagen/Übergabepunkte des Kreises, der als weiterer örE für die nachstehende Aufgabe der Entsorgung bzw. Verwertung gemäß § 20 KrWG i. V. m. § 1 Abs. 3 HAKrWG zuständig ist.

Dementsprechend kommt der Klägerin auch die Verantwortung für die Erfassung der Abfallfraktion PPK aus privaten Haushalten zu, für diese ein vom übrigen Restabfall getrenntes Erfassungssystem zu betreiben.

**Beweis:** § 13 Abfallsatzung der Klägerin, veröffentlicht unter:  
[https://www.zaw-online.de/images/Neugefasste\\_Abfallsatzung\\_6\\_Änderungssatzung\\_ab\\_010120.pdf](https://www.zaw-online.de/images/Neugefasste_Abfallsatzung_6_Änderungssatzung_ab_010120.pdf)

- I.2. Die Beklagte ist ein im Land Hessen gemäß den Abschnitten 3 und 4 des Verpackungsgesetzes (VerpackG) festgestelltes duales System und damit nach § 14 Abs. 1 VerpackG verpflichtet:

*„...im Einzugsgebiet der beteiligten Hersteller eine vom gemischten Siedlungsabfall getrennte, flächendeckende Sammlung aller restentleerten Verpackungen bei den privaten Endverbrauchern (Holsystem) oder in deren Nähe (Bringsystem) oder durch eine Kombination beider Varianten in ausreichender Weise und für den privaten Endverbraucher unentgeltlich sicherzustellen.“ (§ 14 Abs. 1 Satz 1 VerpackG).*

Damit obliegt der Beklagten auch die Entsorgungs- und Finanzierungsverantwortung für die Sammlung und Entsorgung von Verkaufsverpackungen der Abfallfraktion PPK.

*Vgl. dazu bereits Hess. VGH, Urt. v. 16.07.2003 – 6 UE 3127/01; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 29.12.2004 – VI-Kart 17/04.*

## **II. Rechtliche Grundlage der Miterfassung des Verpackungsanteils der Beklagten an der PPK-Fraktion durch die Klägerin**

- II.1. Da die Beklagte, wie auch alle anderen dualen Systeme, in dem Entsorgungsgebiet der Klägerin kein eigenständiges Entsorgungssystem für den gemäß § 14 VerpackG in ihren Zuständigkeitsbereich fallenden Verpackungsanteil an der Abfallfraktion PPK aufgebaut hat, erfasst die Klägerin bereits seit langer Zeit zusammen mit dem kommunalen Anteil an der genannten Abfallfraktion auch den Verpackungsanteil der dualen Systeme und damit auch denjenigen Anteil der Beklagten mit.

Bis zum Inkrafttreten des Verpackungsgesetzes zum 01.01.2019 erfolgt dies dabei den Vorgaben des Bundeskartellamts folgend, auf der Grundlage von privatrechtlichen Verträgen zwischen dem operativ tätigen Entsorgungsunternehmen der Klägerin und den einzelnen dualen Systemen, mithin auch der Beklagten.

Das Verpackungsgesetz stellt die bis dato gemeinsame Erfassung allerdings „auf eine neue rechtliche Grundlage“

*Hartwig, in Flanderka/Stroetmann/Hartwig, Verpackungsgesetz Kommentar, 5. Auflage 2020, § 22 VerpackG, S. 214.*

und regelt nun in § 22 Abs. 4 VerpackG die Grundlagen der gemeinsamen Erfassung des Verpackungs- sowie des kommunalen Anteils an der PPK-Fraktion.

So ist unter anderem nunmehr vorgesehen, dass der öRE die Mitbenutzung seiner Sammelstruktur gegen Entgelt von den dualen Systemen im Rahmen der nach § 22 Abs. 1 VerpackG zwischen dem öRE und den dualen Systemen abzuschließenden Abstimmungsvereinbarung verlangen kann.

- II.2. Dementsprechend verhandelte die Klägerin gemeinsam mit dem von den dualen Systemen gemäß § 22 Abs. 7 VerpackG bestellten gemeinsamen Vertreter, dem dualen System „Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland GmbH“ (DSD), eine Abstimmungsvereinbarung, die in Anlage 7a auch die Regelungen zur Mitbenutzung der Sammelstruktur der Klägerin für die Abfallfraktion PPK rückwirkend zum 01.01.2019 (Inkrafttreten des Verpackungsgesetzes) regelt.

**Beweis:** Abstimmungsvereinbarung für das Entsorgungsgebiet der Klägerin, **Anlage K1**

Für das Entsorgungsgebiet der Klägerin ist dabei von besonderer Bedeutung, dass die Regelungen für die Mitbenutzung des kommunalen Erfassungssystems PPK ab dem Leistungszeitraum 2019 in zwei unterschiedlichen Anlagen 7 – Anlage 7a und Anlage 7b – getroffen worden sind.

Für das streitgegenständliche Jahr 2019 einigten sich die Vertragsparteien auf eine eigene Anlage 7 (Anlage 7a), die allein den Leistungszeitraum 01.01.2019 bis 31.12.2019, begrenzt für einen Teil des Entsorgungsgebiets, abdeckt.

**Beweis:** Abstimmungsvereinbarung, S. 134 ff., **Anlage K1**

Dabei war für die Vertragsparteien von besonderer Bedeutung, auch für das Jahr 2019 eine einvernehmliche vertragliche Grundlage zu schaffen, die Voraussetzung

insbesondere für die Erbringung der Hauptleistungspflichten, der Erfassung und des Transports des Verpackungsanteils an der PPK-Fraktion durch die Klägerin und das dafür von den dualen Systemen zu leistende Entgelt, ist.

**Beweis:** Zeugnis Frau Braun, zu laden über die Klägerin.

Zeugnis Herr Klute, zu laden über das duale System „Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland GmbH (DSD)“, Edmund-Rumpler-Straße 7, 51149 Köln.

Eine Abstimmungsvereinbarung kommt dabei zustande, wenn ihr der betroffene örE sowie mindestens zwei Drittel (2/3) der betroffenen Systeme zustimmen (§ 22 Abs. 7 Satz 2 VerpackG). Dem gemeinsamen Vertreter kommt dabei nach § 22 Abs. 7 VerpackG allerdings keine Abschlussvollmacht zu, sodass für die Abgabe der Zustimmungserklärung der jeweiligen dualen Systeme sowie des örE die allgemeinen vertragsrechtlichen Grundsätze gelten. Insbesondere können die dualen Systeme dem gemeinsamen Vertreter eine sog. Abschlussvollmacht erteilen,

*vgl. dazu Oexle, in: Schmehl/Klement, GK-KrWG, 2. Auflage 2019, § 22 VerpackG, Rn. 99.*

Vorliegend wurde die zwischen dem örE und den dualen Systemen endverhandelte Abstimmungsvereinbarung für das Entsorgungsgebiet der Klägerin nebst der erforderlichen Anlagen gemäß § 22 Abs. 1 VerpackG zwischen dem zuständigen örE und dem gemeinsamen Vertreter der Systembetreiber im Sinne des § 22 Abs. 7 VerpackG (DSD), welcher im eigenen Namen und im Namen und in Vollmacht der anderen Systeme (unter anderem auch der Beklagten) handelte, verbindlich abgeschlossen. Das Erreichen der erforderlichen 2/3-Mehrheit der dualen Systeme gemäß § 22 Abs. 7 VerpackG wurde der Klägerin am 29.07.2020 vom gemeinsamen Vertreter mitgeteilt.

**Beweis im Bestreitensfalle:** Zeugnis Frau Braun, zu laden über die Klägerin.

Zeugnis Herr Klute, wie bereits benannt.

In der Folge erklärte die Klägerin ihre Zustimmung mit der Unterzeichnung des Vertrages am 14.08.2020. Der Kreis als weiterer öRE unterzeichnete am 31.08.2020 die Abstimmungsvereinbarung. Die dualen Systeme, vertreten durch den gemeinsamen Vertreter, unterzeichneten erst am 12.10.2020 die Abstimmungsvereinbarung, welche der Klägerin am 19.10.2020 zuging.

**Beweis:** Abstimmungsvereinbarung, S. 15, beigefügt als **Anlage K1**

Auch die Beklagte erstellte dem gemeinsamen Vertreter eine entsprechende Abschlussvollmacht.

**Beweis:** Abstimmungsvereinbarung, S. 156, beigefügt als **Anlage K1**

### **III. Konditionen der Miterfassung nach § 22 Abs. 4 VerpackG in Verbindung mit Anlage 7a der Abstimmungsvereinbarung**

III.1 Die vorgenannte Abstimmungsvereinbarung regelt unter anderem die verbindlichen Konditionen der entgeltlichen Mitbenutzung des von der Klägerin vorgehaltenen PPK-Erfassungssystems durch die Systeme rückwirkend zum 01.01.2019. Maßgeblicher Bestandteil der Abstimmungsvereinbarung ist die Anlage 7a, die der Klägerin einen eigenen, unmittelbaren Anspruch auf Zahlung von Mitbenutzungsentgelten für die seit dem 01.01.2019 bereits erbrachten und zukünftigen Miterfassungsleistungen von PPK-Verkaufsverpackungen gewährt (§ 3 ebenda).

Diesbezüglich sieht die Anlage 7a vor, dass die Klägerin einen Anspruch auf folgendes monatliches Entgelt hat:

Monatliches Entgelt = Systemmenge (Mg) x 123,00 €/MG netto Sammelkosten (Mitbenutzungsentgelt).

Die Systemmenge wird dabei wie folgt definiert:

Systemmenge = im Vertragsgebiet im Abrechnungsmonat erfasste Gesamtmenge PPK x Verkaufsverpackungsanteil gemäß § 2 Abs. 1 Anlage 7a x Planmengenanteil des Systembetreibers.

**Beweis:** Abstimmungsvereinbarung, S. 135, beigefügt als **Anlage K1**

III.2 Zudem regelt Anlage 7a in § 7 die Rechte und Pflichten der Klägerin, unter anderem die Pflicht den einzelnen Systemen monatlich die von ihr im Rahmen der Abstimmungsvereinbarung erfassten und abgefahrenen restentleerten Verpackungen aus PPK durch Wiegescheine nachzuweisen (Mengenstromnachweise gemäß § 17 VerpackG). Die Meldungen haben grundsätzlich monatlich zu erfolgen.

Diese Mengenmeldungen sind dabei Voraussetzung für die Führung der Mengenstromnachweise gemäß § 17 VerpackG.

Nach dieser Vorschrift haben die dualen Systeme – nicht die öRE – und damit auch die Beklagte grundsätzlich bis zum 1. Juni eines jeden Jahres die Mengenstromnachweise der Zentralen Stelle schriftlich vorzulegen.

Allerdings ist diese Frist in § 17 Abs. 3 Satz 1 VerpackG keineswegs eine Ausschlussfrist, nach deren Ablauf Mengenmeldungen nicht mehr berücksichtigt werden können. Vielmehr sind auch Nachmeldungen über die Portale der dualen Systeme bis Oktober/November möglich. Darüber hinaus können auch nach Übermittlung von Mengenstromnachweisen an die jeweiligen Bundesländer die dualen Systeme jeweils Unterlagen an die Länder nachliefern.

**Beweis:** Zeugnis eines instruierten Vertreters der Stiftung Zentrale Stelle Verpackungsregister, Öwer de Hase 18, 49074 Osnabrück

Dabei ist auch zu beachten, dass allein die Nichtvorlage der Mengenstromnachweise nach den Regelungen des Verpackungsgesetzes, im Gegensatz zur bis zum 01.01.2019 geltenden Verpackungsverordnung, nicht zum Verlust der Systemzulassung führt und auch nicht mit Bußgeld sanktioniert wird.

*Flanderka, a.a.O., § 17 VerpackG, S. 182.*

Die streitgegenständliche Anlage 7a benennt die Frist des 1. Juni zudem ausdrücklich nicht, sondern verweist allein auf den § 17 VerpackG:

*„Die öRE sind verpflichtet, den einzelnen Systemen monatlich die von ihm im Rahmen dieser Vereinbarung erfassten und abgefahrenen sowie (...) durch Wiegescheine nachzuweisen, um die Systeme in die Lage zu versetzen, den Mengenstromnachweis gem. § 17 VerpackG zu führen.“*

Voraussetzung für das Tätigwerden der örE und damit der Klägerin ist allerdings, dass das entsprechende Softwareprogramm, derzeit *wme fact*, über welches die Mengenmeldungen entsprechend § 7 Abs. 5 der Anlage 7a erfolgen sollen, von dem jeweiligen dualen System, für das die einzelnen Mengen gemeldet werden, freigeschaltet wird. Die Freischaltung des Zugangs kann dabei allein vom jeweiligen dualen System erfolgen.

**Beweis:** Zeugnis Frau Braun, zu laden über die Klägerin.

Auch die Klägerin übermittelte die erforderlichen Mengen aus dem Jahr 2019 an diejenigen dualen Systeme, die die Zugänge für eine Mengenmeldung für das genannte Jahr zum Meldeportal *wme fact* freigeschaltet hatten, bis einschließlich zum 25.11.2020.

**Beweis:** Zeugnis Tobias Stock, RESO GmbH, Georgenhäuser Str. 1, 64409 Messel

Das Erfordernis, diesen Zugang den örE und damit auch der Klägerin zu ermöglichen, ist auch Bestandteil der Anlage 7a geworden, soweit es dort unter § 7 Abs. 5 Satz 2 heißt:

*„Die Systeme stellen den örE das Softwareprogramm und die Beschreibung des Datenformats zur Erfüllung dieser Vereinbarung kostenlos zur Verfügung und stellen sicher, dass der Zugang möglich ist.“*

**Beweis:** Abstimmungsvereinbarung, S. 138, **Anlage K1**

Trotz dieser ausdrücklichen Verpflichtung der Systeme erfolgte durch die Beklagte keine Öffnung des Portals *wme fact*. Die Beklagte forderte die Klägerin zudem zu keiner Zeit auf, die erforderlichen Mengenmeldungen vorzunehmen.

#### **IV. Verletzung der Nebenleistungspflicht durch die Beklagte**

Nach Vertragsschluss kam es zwischen den Beteiligten zu Unstimmigkeiten im Hinblick auf die vertraglichen Leistungspflichten.

Mit Schreiben vom 21.08.2020 forderte die Klägerin zunächst vorvertraglich die Beklagte auf, die erforderlichen Zugangsdaten für das Softwareprogramm (*wme fact*), über welches die erforderlichen Mengen gemäß § 7 Abs. 1 Anlage 7a eingegeben werden sollen (§ 7 Abs. 5 der Anlage 7a), der Klägerin bereitzustellen.

**Beweis:** Schreiben der Klägerin vom 21.08.2020, **Anlage K2**

Nachdem eine Mengenmeldung durch den von der Klägerin Beauftragten scheiterte, da die Zugänge zum Meldeportal nicht freigeschaltet waren, bat die Klägerin telefonisch unter dem 17.10.2020 erneut um die Freigabe des Mengenmeldeportals.

**Beweis:** Zeugnis Frau Braun, zu laden über die Klägerin.

Zudem wurde das Schreiben der Klägerin vom 21.08.2020 erneut der Beklagten übersandt.

**Beweis:** E-Mail vom 17.10.2020, **Anlage K3**

Der Klägerin wurde zu diesem Zeitpunkt weder schriftlich noch mündlich mitgeteilt, dass eine Mengenmeldung überhaupt nicht mehr von der Beklagten zugelassen wird.

**Beweis:** Zeugnis Frau Braun, zu laden über die Klägerin.

Dennoch scheiterten auch weitere Versuche der Mengenmeldung über das von den dualen Systemen gemäß § 7 Abs. 5 der Anlage 7a bereitzustellende Softwareprogramm mangels Freigabe des Portals durch die Beklagte. Einen letzten Versuch unternahm die Klägerin durch den von ihr für die Mengenmeldung Beauftragten am 25.11.2020. Auch dieser Versuch scheiterte.

**Beweis:** Fehlerprotokoll vom 25.11.2020, **Anlage K4**

Weitere Versuche konnten aufgrund der endgültigen Schließung des Mengenmeldeportals für das Jahr 2019 nicht vorgenommen werden. Bis zu diesem Zeitpunkt

war eine Mengenmeldung weiterhin objektiv möglich, insofern das Mengenmeldeportal von den dualen Systemen für die Klägerin freigegeben worden war. So erfolgten entsprechende Mengenmeldungen auch für andere duale Systeme.

**Beweis:** Zeugnis Frau Braun, zu laden über die Klägerin.

Nachfragen der Beklagte an die Klägerin hinsichtlich der Mengenmeldungen erfolgten zu keiner Zeit. Ob und welche Mengen der Zentralen Stelle gemäß § 20 Abs. 1 VerpackG gemeldet wurden, ist der Klägerin nicht bekannt.

Mit Datum vom 17.12.2020 übersandte die Klägerin die Rechnungen über das von der Beklagten zu leistende Mitbenutzungsentgelt für das Jahr 2019 in Höhe von insgesamt 85.006,65 € (brutto).

Unter dem 22.02.2021, mithin zwei Monate nach Übermittlung der Rechnung für das Jahr 2019, lehnte die Beklagte die Bezahlung des zuvor genannten Entgelts mit der Begründung ab, dass mangels Mengenmeldung eine Zahlung des Entgelts entfalle und übersandte die Rechnungen an die Klägerin zur Entlastung zurück. Alle anderen Systeme überwiesen entsprechend §§ 3 Abs. 1, 8 Abs. 1, 2 der Anlage 7a, dass auf sie jeweils entfallende PPK-Mitbenutzungsentgelt.

**Beweis:** Zeugnis Frau Braun, zu laden über die Klägerin.

Mit anwaltlichem Schreiben vom 21.04.2021 wurde die Klägerin erneut unter Fristsetzung bis zum 05.05.2021 aufgefordert, den Rechnungsbetrag zu begleichen.

**Beweis:** Schreiben der Prozessbevollmächtigten der Klägerin vom 21.04.2021, **Anlage K5**

Dies wurde von der Beklagten mit Schreiben vom 29.04.2021 als unbegründete Forderung endgültig zurückgewiesen. Da eine Meldung der Mengen nicht stattgefunden habe, habe dies zur Folge, dass auch die Gegenleistung, mithin die Vergütung, entfalle.

**Beweis:** Schreiben der Beklagten vom 29.04.2021, **Anlage K6**

Auch im Nachgang des Schreibens geführte Verhandlungen zwischen der Prozessbevollmächtigten der Klägerin und der Beklagten zur gütlichen Beilegung der Rechtsstreitigkeiten scheiterten.

Mit Schreiben vom 27.07.2021 erklärte die Klägerin daraufhin die Aufrechnung einer Forderung der Klägerin über den Zuschlag von 30,00 €/Mg nach § 8 Abs. 5 Satz 1, 1. Halbsatz der Anlage 7a mit der gleichhohen Forderung der Beklagten über 30,00 €/Mg nach § 8 Abs. 5 Satz 1, 2. Halbsatz der Anlage 7a, sodass sich die ursprüngliche Gesamtforderung in Höhe von 85.006,65 € (brutto) auf den nunmehr mit Klageantrag zu 1) geltend gemachten Betrag reduziert hat. Zudem teilte die Klägerin mit, dass nunmehr die rechtliche Durchsetzung des Anspruchs eingeleitet werde.

**Beweis:** Schreiben der Prozessbevollmächtigten der Klägerin vom 27.07.2021, **Anlage K7**

Insoweit ist die Klageerhebung geboten.

## **B. Rechtliche Würdigung**

Die Klage ist zulässig und begründet.

### **I. Zulässigkeit**

Die Klage ist zulässig. Insbesondere ist der Verwaltungsrechtsweg eröffnet.

Für die Geltendmachung des vorliegenden Anspruches ist der Verwaltungsrechtsweg eröffnet. Denn dies bestimmt sich allgemein danach, ob der Streitgegenstand sich seinem Inhalt nach aus dem öffentlichen Recht ergibt, wobei es auf die wirkliche Natur des Rechtsverhältnisses ankommt.

*Hierzu Ruthig, in: Kopp/Schenke, VwGO, 26. Auflage 2020, § 40 Rn. 6.*

Soweit das verpackungsrechtlich normierte, öffentlich-rechtlich ausgestaltete Rechtsverhältnis von den öRE zu den jeweils festgestellten dualen Systemen betroffen ist, kann allgemein als obergerichtlich geklärt gelten, dass der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist.

*Hierzu grundsätzlich BVerwG, Beschl. v. 07.03.2016 – 7 B 45/15, juris Rn. 6 mit weiteren Nachweisen der Rechtsprechung betreffend § 6 VerpackV 2008.*

So wird der vorliegende Streitgegenstand zudem ausschließlich durch Normen des öffentlichen Rechts (§ 22 VerpackG, öffentlich-rechtlicher Vertrag nach §§ 54 ff. VwVfG) vorgegeben und durch diese wesentlich bestimmt.

*Hierzu grundsätzlich Oexle, in: Schmehl/Klement, GK-KrWG, 2. Auflage 2019, § 22 VerpackG Rn. 117; BT-Drs. 18/11274, S. 116; Queitsch, AbfallR 2019, S. 184 ff. (193).*

Zudem ist gerade auch der gesetzlich geregelte und gebührenrechtlich zu kalkulierende Anspruch auf Mitbenutzungsentgelte nach § 22 Abs. 4 VerpackG von öffentlich-rechtlicher Natur. Dieser ist somit verpackungsrechtlich verankert und beruht vorliegend unmittelbar auf der abgeschlossenen Abstimmungsvereinbarung, welche als verwaltungsrechtliches Dauerschuldverhältnis einen öffentlich-rechtlichen Vertrag im Sinne der §§ 54 ff. VwVfG darstellt, der unter anderem Hoheitsträger berechtigt und verpflichtet,

*vgl. dazu BT-Drs. 18/11274, S. 108; Bonk, Die Rechtsstellung der Kommunen nach der Verpackungsverordnung vom 21.08.1998, Rechtsgutachten, erstattet im Auftrag des Verbandes Kommunale Abfallwirtschaft und Stadtreinigung e. V. (VKS), Köln 1999, S. 44; Hoppe/Weidemann, Das Verwaltungsrechtsverhältnis zwischen Systembetreiber und Kommunen, Gutachten, 1999, S. 75 ff.; VG Köln, Beschl. v. 27.06.1997, Az.: 4 L 3117/96.*

Für den Fall, dass das Gericht die Streitigkeit nicht als öffentlich-rechtlich erachtet, wird bereits jetzt **hilfsweise beantragt**,

**den Rechtsstreit an das zuständige Landgericht Limburg an der Lahn, Schiede 14, 65549 Limburg, zu verweisen.**

## **II. Begründetheit**

Die Klage ist auch begründet. Der Klägerin steht der mit Klageantrag zu 1) geltend gemachte Anspruch zu.

## 1. Klageantrag zu 1)

Der Klägerin steht gegenüber der Beklagten ein Anspruch auf Zahlung von Mitbenutzungsentgelten in Höhe von **68.338,69 € (brutto)** nebst Zinsen in Höhe von 9 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz gegenüber der Beklagten zu.

### a) Anspruch entstanden

Der Anspruch folgt unmittelbar aus § 3 Abs. 1 der Anlage 7a i. V. m. § 4 Abs. 2 der Abstimmungsvereinbarung. Danach erhält die Klägerin für die Mitbenutzung ihrer Sammelstruktur von den Systemen ein anteiliges Mitbenutzungsentgelt an den Erfassungskosten.

Zwischen der Beklagten und der Klägerin besteht unstreitig eine rechtsverbindliche Abstimmungsvereinbarung nach § 22 Abs. 1 VerpackG, die unter dem 14.08./31.08.2020 zunächst von den örE und damit auch von der Klägerin und sodann am 12.10.2020 vom gemeinsamen Vertreter, DSD, im eigenen Namen und in Vollmacht der anderen Systeme, unter anderem auch der der Beklagten, unterzeichnet wurde. Diese Vertragsausfertigung ging der Klägerin am 19.10.2020 zu, sodass ein wirksamer Vertragsschluss vorliegt.

### b) Anspruch nicht untergegangen; keine anfängliche Unmöglichkeit

Der Entgeltanspruch aus § 3 Abs. 1 der Anlage 7a ist auch nicht wegen anfänglicher Unmöglichkeit untergegangen.

#### aa) Kein Leistungshindernis

Es liegt bereits kein Leistungshindernis im Sinne von § 275 BGB vor. Insoweit ist auch der von der Beklagten im Schreiben vom 29.04.2021 angeführte § 326 BGB nicht einschlägig.

So hat die Klägerin die Hauptleistungspflicht, nämlich die Erfassung auch des Verpackungsanteils an der PPK-Fraktion der Beklagten, unstreitig erbracht.

Zusätzlich hat die Klägerin mehrmals versucht, ihrer Leistungspflicht zur Mengenmeldung nach § 7 der Anlage 7a nachzukommen. Sie war und ist mithin zur Erbringung der Leistung bereit und imstande.

Die Leistungserbringung für die Klägerin war und ist tatsächlich auch noch möglich. Dies zeigen zum einen die durchgeführten Mengenmeldungen an die anderen dualen Systeme. Hiernach war die Erbringung der Leistung im Oktober 2020 noch objektiv möglich. Zum anderen ist auch eine Mengenmeldung für das gesamte Jahr 2019 beim Meldeportal *wme fact* bis einschließlich zum 25.11.2020 tatsächlich erfolgt.

Trotz der ablehnenden Haltung der Beklagten besteht auf Seiten der Klägerin weiterhin und immer noch die Bereitschaft, die ihr nach § 7 der Anlage 7a obliegenden Pflichten gegenüber der Beklagten zu erfüllen.

Insoweit kann bereits § 326 BGB nicht anwendbar sein.

**bb) Hilfsweise: alleinige Verantwortlichkeit der Beklagten und Annahmeverzug**

Sollte aber ein Leistungshindernis im Sinne von § 275 BGB durch das Gericht angenommen werden und damit der Anwendungsbereich des § 326 BGB eröffnet sein, so führen wir hierzu vorzorglich wie folgt aus:

Ungeachtet der Anerkennung eines Leistungshindernisses, ist die Beklagte ihrer Pflicht nach § 7 Abs. 5 der Anlage 7a, die Portale zu öffnen, nicht nachgekommen und somit für den Eintritt des Leistungshindernisses allein verantwortlich.

Denn die Klägerin kann ihrer Hauptleistungspflicht nur unter Mitwirkung der Beklagten nachkommen. Voraussetzung für das Tätigwerden der örE und damit der Klägerin ist, dass das entsprechende Softwareprogramm (*wme fact*), über welches die Mengenmeldungen entsprechend § 7 der Anlage 7a erfolgen sollen, von dem jeweiligen dualen System, für das die einzelnen Mengen gemeldet werden, freigeschaltet wird.

Die Freischaltung des Zugangs kann dabei allein vom jeweiligen dualen System erfolgen.

Die Klägerin übermittelte die erforderlichen Mengen aus dem Jahr 2019 an diejenigen dualen Systeme, die die Zugänge für eine Mengenmeldung für das genannte Jahr zum Meldeportal *wme fact* freigeschaltet hatten, bis einschließlich zum 25.11.2020.

**Beweis:** Zeugnis Tobias Stock, RESO GmbH, Georgenhäuser Str. 1, 64409 Messel

Nur die Beklagte weigerte sich, der Klägerin das Softwareprogramm kostenlos zur Verfügung zu stellen und für die Klägerin zu öffnen.

Insoweit hat die Beklagte – sollte die Hauptleistungspflicht der Klägerin als unmöglich eingestuft werden – die Möglichkeit der Klägerin, ihre Hauptleistungspflicht zu erfüllen, genommen und somit wissentlich an der Erfüllung ihrer Hauptleistungspflicht gehindert, indem sie ihrer Verpflichtung zur Öffnung des Meldeportals gemäß § 7 Abs. 5 der Anlage 7a nicht nachgekommen ist.

Da dieser Umstand – die Öffnung des Mengenportals – allein in den Verantwortungsbereich der Beklagten fällt, ist sie auch für dieses Leistungshindernis allein, zumindest aber weit überwiegend verantwortlich.

Der Anspruch auf die Gegenleistung – hier der Entgeltzahlungsanspruch nach § 7 der Anlage 7a – bleibt also weiterhin bestehen, vgl. § 326 Abs. 2 Satz 1 Var. 1 BGB.

Im Übrigen befindet sich die Beklagte seit der Weigerung zur Öffnung des Portals im Annahmeverzug, sodass auch vor diesem Hintergrund die Entgeltzahlungsverpflichtung nach § 326 Abs. 2 Satz 1 Var. 2 BGB weiterhin begründet ist.

**c) Durchsetzbarkeit des Anspruchs**

Insoweit ist der Anspruch auch durchsetzbar.

Insbesondere kann die Beklagte nicht den Einwand des nicht erfüllten Vertrags gem. § 320 Abs. 1 BGB geltend machen, da sie sich aufgrund ihrer ablehnenden Haltung im Annahmeverzug befindet, vgl. § 322 Abs. 2 BGB.

**d) Anspruch der Höhe nach**

Die Klage mit dem Antrag zu 1) ist auch der Höhe nach begründet. Der Klägerin stehen für das Jahr 2019 insgesamt vertraglich vereinbarte Mitbenutzungsentgelte in Höhe von **68.338,69 € (brutto)** zu.

Aufgrund der mit Schreiben vom 27.07.2021 erklärten Aufrechnung hat sich der ursprüngliche Gesamtbetrag in Höhe von 85.006,65 € (brutto) reduziert.

Zur Ermittlung der Höhe des von den einzelnen Systemen zu zahlenden Entgelts wird für den jeweiligen Monat gemäß § 3 Abs. 1 Satz 5 der Anlage 7a folgende Berechnungsmethode zugrunde gelegt:

Monatliches Mitbenutzungsentgelt = im Vertragsgebiet im Abrechnungsmonat erfasste Gesamtmenge PPK x dem Verkaufsverpackungsanteil gemäß § 2 Abs. 1 der Anlage 7a (= 33,5 %) x

den Planmengenanteil der Beklagten x 123,00 € (netto)/Mg an  
Sammelkosten.

Die relevante PPK-Gesamtmenge für das Jahr 2019 ergibt sich aus den  
der Beklagten bereits vorliegenden Rechnungen vom 17.12.2020.

**Beweis:** Rechnung vom 17.12.2020, **Anlage K8**

**e) Verzugszinsen**

Der geltend gemachte Zinsanspruch ergibt sich aus den §§ 280  
Abs. 1, 2, 286, 288 Abs. 1, 2 BGB, da die Beklagte spätestens mit  
Schreiben vom 29.04.2021, in dem sie die Leistung endgültig und  
ernsthaft verweigerte, in Verzug ist. Die Höhe des geltend gemachten  
Zinsanspruches ergibt sich aus § 288 Abs. 2 BGB.

**2. Zusammenfassung**

Nach alledem ist die Klage zulässig und begründet.

Die Beklagte ist verpflichtet, an die Klägers **68.338,69 € (brutto)** nebst Zin-  
sen in Höhe von 9 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz ab  
dem 30.04.2021 zu zahlen.

Dr. Anke Wilden-Beck, M.J.I.  
Rechtsanwältin

Victor E. Kuhl  
Rechtsanwalt