

MEMORANDUM

An: Stiftung Zentrale Stelle Verpackungsregister

Von: Dentons Europe LLP

Datum: 12. September 2017

Betreff: **Clearing der dualen Systeme 2018 bis 2019**

A. Zusammenfassung

Die Stiftung Zentrale Stelle Verpackungsregister („**Zentrale Stelle**“) hat uns gebeten zu prüfen, ob die Kündigung der bestehenden Clearingverträge durch einige duale Systeme für das Jahr 2018 die Beteiligung an der Gemeinsamen Stelle beendet oder das Mengenclearing unter dem Dach der Gemeinsamen Stelle ausschließt.

Die Zentrale Stelle wird ab dem 1. Januar 2019 auf Grundlage des Verpackungsgesetzes (VerpackG) hoheitliche Überwachungsaufgaben übernehmen, und zwar auch für nachlaufende Meldungen und Nachweise für das Jahr 2018. Sie wird zudem ab 2019 die Marktanteile der dualen Systeme berechnen und diese Aufgabe der Gemeinsamen Stelle übernehmen. Hintergrund der Anfrage der Zentralen Stelle ist die aktuelle Diskussion um das Mengenclearing der Systembetreiber nach § 6 Absatz (7) Satz 2 Nr. 1 Verpackungsverordnung (VerpackV): Einige Systembetreiber haben die bisherigen Clearingverträge (u.a. über das Mengenclearing und das Nebenentgeltclearing) für das Jahr 2018 gekündigt und sich auf geänderte Clearingverträge verständigt; diese erkennen unter anderem in den Prüfungsrichtlinien die Anwendung der aktuellen Fassung der M37 der Bund/Länder-Arbeitsgemeinschaft Abfall (LAGA) vom 8. Februar 2017 als verbindlich an. Dies hat zu Anfragen an die Zentrale Stelle geführt, die Fragen und Unsicherheiten insbesondere bei Industrie und Handel erkennen lassen.

Das Ergebnis unserer rechtlichen Prüfung fassen wir wie folgt zusammen:

- Die Beteiligung an der Gemeinsamen Stelle ist für duale Systeme feststellungsrelevant (§ 6 Absatz (7) Satz 3 VerpackV) – nicht hingegen die Zeichnung eines bestimmten Clearingvertrages. Die Kündigung von Clearingverträgen führt für sich genommen nicht zu einem Ausscheiden aus der Gemeinsamen Stelle und somit nicht zum Wegfall oder Widerruf der Systemfeststellung.
- Die Einzelheiten des Mengenclearings sind in § 6 Absatz (7) VerpackV nicht geregelt, wobei dessen Ausgestaltung immanent ist, dass die den jeweiligen Systemen zuzuordnenden Mengen systembeteiligungspflichtiger Verpackungen auf der Grundlage der VerpackV und

Dentons ist ein weltweiter Zusammenschluss von Anwaltskanzleien in einem Verein schweizerischen Rechts mit dem Namen Dentons Group (a Swiss Verein). Dieser Verein erbringt selbst keine rechtlichen oder sonstigen Beratungsleistungen. Eine der Mitgliedsgesellschaften ist die Dentons Europe LLP. Die Mitgliedsgesellschaften und die mit ihnen verbundenen Unternehmen sind voneinander getrennte, rechtlich unabhängige Einheiten, die für ihre Mandanten weltweit Beratungsleistungen erbringen.

Die Dentons Europe LLP ist eine Limited Liability Partnership (Partnerschaft mit auf das Gesellschaftsvermögen beschränkter Haftung), die in England und Wales unter der Registernummer OC 316822 eingetragen ist. Eine Liste der Mitglieder kann am Sitz der Gesellschaft, One Fleet Place, London EC4P 4GD, England, eingesehen werden. Ergänzend verweisen wir auf die rechtlichen Hinweise (Legal Notices) auf dentons.com.

Germany 3747443.1

unter Einhaltung von Vorgaben des Bundeskartellamtes ermittelt werden. Die rechtskonforme Ausgestaltung der Umsetzung des Clearings bleibt den internen Regularien und der kartellrechtlichen Selbsteinschätzung der Gemeinsamen Stelle überlassen.

- Ein Nebeneinander unterschiedlicher Clearingverträge unter dem Dach der Gemeinsamen Stelle ist weder durch die VerpackV noch durch gesetzliche Vorgaben im Übrigen ausgeschlossen, wenn dies auch in der Umsetzung deutlich komplexer als ein einheitliches Clearing sein dürfte.
- Relevant wird die entsprechende Umsetzung des Mengenclearings durch die Gemeinsame Stelle jedenfalls nur noch für die Planmengenmeldungen des Jahres 2018. Die Ist-Mengenmeldungen des Jahres 2018 (Q5-Meldung) werden bereits gegenüber der Zentralen Stelle abgegeben.
- Die Ist-Mengenmeldungen für das Jahr 2018 werden in 2019 auf einer einheitlichen Prüfgrundlage der Zentralen Stelle geprüft (vgl. § 26 Absatz (1) Satz 2 Nr. 28 VerpackG). Materiell-rechtlich richtet sich die Prüfung für das Jahr 2018 einmalig noch nach den Vorgaben der VerpackV in ihrer Ausgestaltung durch die Vollzugshinweise der für den Vollzug der relevanten Vorschriften zuständigen Länder (Mitteilung M37 der LAGA vom 8. Februar 2017).
- Die Zentrale Stelle ist gesetzlich verpflichtet, Prüfleitlinien für Systemprüfer sowie das eingesetzte Verfahren zur Marktanteilsberechnung mit dem Bundeskartellamt abzustimmen, um eine Wettbewerbsverzerrung zu verhindern.

B. Im Einzelnen

Die Verteilung der Entsorgungskosten und -mengen erfolgt anhand der Marktanteile der dualen Systeme. Diese werden vier Mal im laufenden Jahr anhand von testierten Planmengenmeldungen durch die Clearingstelle errechnet. Abschließend erfolgt noch ein finales Mengenclearing auf der Basis der Ist-Mengen (Q5-Meldung) im Folgejahr.

Die Grundlagen für die Meldung und die Prüfung (inkl. Testat) werden in sogenannten Clearingverträgen geregelt. Die bisherigen Clearingverträge wurden zu einem Zeitpunkt geschlossen, in dem die Regelungen des VerpackG noch nicht im Einzelnen absehbar waren. Erst mit Inkrafttreten des VerpackG und weiterer Rechtsklarheit über die Gestaltung des Überganges von der in 2018 geltenden Verpackungsverordnung auf das ab 2019 geltende VerpackG (vgl. z.B. das Memo „Rechtsfragen zum Übergang 2018/2019 Gemeinsame Stelle“ vom 25. Juli 2017, abrufbar auf der Webseite der Zentralen Stelle) konnten die Verhandlungen der Systembetreiber zur Gestaltung des Überganges aufgenommen werden. Bisher konnte offenbar keine Einigung erzielt werden. Im Ergebnis wurden von einigen Systembetreibern die bisherigen Clearingverträge zum 31. Dezember 2017 gekündigt. Sie haben neue Clearingverträge entwickelt, die nach ihren Aussagen den Übergang auf das Jahr 2019 unter dem VerpackG bereits abbilden sollen und in den Prüfungsrichtlinien die derzeit aktuelle Mitteilung M37 der LAGA als verbindlich anerkennen.

I. Zeitraum 1. Januar 2018 bis 31. Dezember 2018 – Verpackungsverordnung

Das Mengenclearing der dualen Systeme untereinander ist als Aufgabe der sogenannten Gemeinsamen Stelle in § 6 Absatz (7) VerpackV geregelt:

„(7) Die Systeme haben sich an einer Gemeinsamen Stelle zu beteiligen. Die Gemeinsame Stelle hat insbesondere die folgenden Aufgaben:

- 1. Ermittlung der anteilig zuzuordnenden Verpackungsmengen mehrerer Systeme im Gebiet eines öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers,*
- 2. Aufteilung der abgestimmten Nebenentgelte,*
- 3. wettbewerbsneutrale Koordination der Ausschreibungen.*

Die Feststellung nach Absatz 5 wird unwirksam, wenn ein System sich nicht innerhalb von drei Monaten nach der Feststellung an der Gemeinsamen Stelle beteiligt. Die Gemeinsame Stelle muss gewährleisten, dass sie für alle Systeme zu gleichen Bedingungen zugänglich ist und die Vorschriften zum Schutz personenbezogener Daten sowie von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen eingehalten werden. Bei Entscheidungen, die die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger betreffen, hört die Gemeinsame Stelle die Kommunalen Spitzenverbände an.“

Da alle Systembetreiber in der Gemeinsamen Stelle organisiert sind, ist grundsätzlich die nach dieser Vorschrift geforderte Beteiligung gewährleistet.

- Der die Gemeinsame Stelle begründende GmbH-Gesellschaftsvertrag wurde von keinem System in Frage gestellt; dementsprechend wurde er von keinem System gekündigt.
- Die Kündigung der Clearingverträge durch mehrere Systeme berührt den bestehenden GmbH-Gesellschaftsvertrag ebenfalls nicht.

Allerdings beschränkt sich die Verpflichtung der Systeme zur „Beteiligung“ an einer Gemeinsamen Stelle nicht auf die organisatorische Mitwirkung im Rahmen eines Gesellschaftervertrages zur Gemeinsamen Stelle. Vielmehr verpflichtet die VerpackV nach § 6 Absatz (7) VerpackV auch zur Mitwirkung an den dieser Gemeinsamen Stelle obliegenden Aufgaben, insbesondere dem in § 6 Absatz (7) Satz 2 Nr. 1 VerpackG genannten Mengenclearing. Es ist zu differenzieren zwischen dem die Gemeinsame Stelle dualer Systeme Deutschlands GmbH begründenden GmbH-Gesellschaftsvertrag und den hiervon gesondert geschlossenen Clearingverträgen, die für sich genommen jeweils eine gesonderte BGB-Gesellschaft begründen (*Flanderka/Stroetmann*, VerpackV, 4. Aufl. 2015, § 6 Rn. 85).

- Die Kündigung der Clearingverträge allein führt allerdings auch nicht dazu, dass ein kündigendes System gegen die Verpflichtung zur Beteiligung an der Gemeinsamen Stelle gemäß § 6 Absatz (7) Satz 1 VerpackV verstößt, solange es am Mengenclearing der Gemeinsamen Stelle nach § 6 Absatz (7) Satz 2 Nr. 1 VerpackV mitwirkt.
- Dagegen könnte die Verweigerung eines Systembetreibers, am Mengenclearing unter dem Dach der Gemeinsamen Stelle teilzunehmen, die Beteiligung nach § 6 Absatz (7) Satz 1 VerpackV in Frage stellen.

- Schließlich ist die Gemeinsame Stelle ihrerseits zur Umsetzung des Mengenclearings nach § 6 Absatz (7) Satz 2 Nr. 1 VerpackV verpflichtet, um ihrer gesetzlichen Aufgabe gerecht zu werden. Die Gemeinsame Stelle ist daher gemäß § 6 Absatz (7) Satz 2 Nr. 1 VerpackV gefordert, ein Verfahren zu entwickeln, welches den jeweils geltenden rechtlichen Rahmenbedingungen zur Umsetzung des Mengenclearings Rechnung trägt. Das Mengenclearing durch die Gemeinsame Stelle auf Grundlage der VerpackV dürfte dabei auch die Zielstellung beinhalten, den jeweils aktuellen Hinweisen der für den Vollzug der relevanten Vorschriften zuständigen Länder zu entsprechen (derzeit Mitteilung M37 der LAGA vom 8. Februar 2017).
- Wie die Gemeinsame Stelle die Vorgaben des bisherigen Clearingvertrages, dessen Parteien nicht mehr alle Systembetreiber sind, und die Vorgaben des neuen Clearingvertrages, dessen Parteien möglicherweise nicht alle Systembetreiber werden, in Einklang bringt, bleibt nach § 6 Absatz (7) VerpackV den internen Regularien und der kartellrechtlichen Selbsteinschätzung der Gemeinsamen Stelle überlassen.

Die o.a. Kündigung der Clearingverträge allein hat mithin keine nachteilige Auswirkung auf die Feststellung der dualen Systeme entsprechend § 6 Absatz (7) Satz 3 VerpackV. Anders kann sich die rechtliche Bewertung darstellen, wenn sich ein System der Mitwirkung an der Aufgabe „Mengenclearing“ unter dem Dach der Gemeinsamen Stelle generell versagt.

II. Zeitraum ab 1. Januar 2019 Verpackungsgesetz

Ab dem 1. Januar 2019 übernimmt die Zentrale Stelle Aufgaben, die auf Basis der geltenden Verpackungsverordnung derzeit dezentral an verschiedenen Stellen verteilt sind. Die Datenmeldungen von Herstellern und Systemen werden künftig bei ihr zusammengeführt und können daher besser als bisher abgeglichen werden.

Zu den Aufgaben der Zentralen Stelle im Zusammenhang mit dem Mengenclearing gehören insbesondere auch die (hoheitliche) Berechnung der Marktanteile gem. § 26 Absatz (1) Satz 2 Nr. 8, 12, 14 und 15 VerpackG:

„(8) prüft die gemäß § 20 Absatz 1 übermittelten Meldungen der Systeme, kann erforderlichenfalls Anordnungen nach § 20 Absatz 2 Satz 3 und 4 erteilen, nimmt erforderlichenfalls Schätzungen nach § 20 Absatz 2 Satz 5 vor und informiert im letztgenannten Falle hierüber unverzüglich die zuständigen Landesbehörden,

(12) entwickelt und veröffentlicht im Einvernehmen mit dem Bundeskartellamt ein Verfahren zur Berechnung der Marktanteile der einzelnen Systeme an der Gesamtmenge der an allen Systemen beteiligten Verpackungen,

(14/15) berechnet gemäß dem nach Nummer 12 veröffentlichten Verfahren vierteljährlich / kalenderjährlich nach Erhalt der Zwischenmeldungen / Jahresmeldungen nach § 20 Abs. 1 Nummer 1 und 2 die den einzelnen Systemen in diesem Zeitraum (vorläufig) zuzuordnenden Marktanteile, stellt diese durch Verwaltungsakt fest und veröffentlicht das Ergebnis der Feststellung im Internet.“ [Zusammenführung durch Verf.]

Dies betrifft bereits gem. § 20 Absatz (1) Nr. 2 VerpackG die Ist-Mengen für das Jahr 2018. Im VerpackG ist das Verfahren hierfür geregelt.

Für das Jahr 2018 besteht die Besonderheit, dass sich die materiell-rechtlichen Anforderungen noch nach den Vorgaben der Verpackungsverordnung unter Berücksichtigung der aktuellen Hinweise der Vollzugsbehörden richten. Für das Verfahren zur Entgegennahme und Prüfung der Datenmeldungen gelten bereits die Anforderungen aus dem Verpackungsgesetz, für die materiellen Inhalte gilt die Verpackungsverordnung. Dies muss die Zentrale Stelle in den Prüfleitlinien gemäß § 26 Absatz (1) Satz 2 Nr. 28 VerpackG berücksichtigen und mit dem Bundeskartellamt abstimmen.

Dentons Europe LLP