

**Staatliche Gewährleistungsverantwortung für
Systeme gesellschaftlicher
Selbstregulierung**

von

Professor Dr. iur. Dr. sc. pol. Udo Di Fabio
Richter des Bundesverfassungsgerichts a.D.
Direktor des Instituts für Öffentliches Recht der
Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn

Rechtsgutachten

erstellt im Auftrag der ALBA Group plc & Co. KG

Bonn, im Februar 2014

A. GUTACHTENAUFTRAG	5
B. SACHVERHALT UND RECHTSGRUNDLAGEN	9
I. Produktverantwortung	9
II. Indirekte Umweltpolitik	11
III. Vom Dualen System zu dualen Systemen	13
IV. Rechtlicher Rahmen nach der 5. Novelle der VerpackV	14
1. Paradigmenwechsel	14
2. Systembeteiligung	15
3. Rückerstattung	16
4. Branchenbezogene Selbstentsorgerlösungen	18
5. Die Gemeinsame Stelle	22
V. Aktuelle Reformbestrebungen	23
VI. Effizienz dualer Entsorgungssysteme	25
C. TRITTBRETTFAHRERPROBLEMATIK	29
I. Grundproblematik	29
II. Entwicklung	30
III. Bisherige Eindämmungsversuche	32
IV. Missbrauchskonstellationen	36
1. Missbrauch Rückerstattung	37
2. Missbrauch Branchenlösungen	38
3. Sonstige Missbrauchstatbestände	41
4. Effektivierung durch Verantwortungsübertragung	42
D. STAATLICHE VERANTWORTUNG	46
I. Privatisierung öffentlicher Aufgaben	46
II. Artikel 20 a GG als Kompetenztitel	52
III. Legislative Ausgestaltungspflichten aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und dem Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG)	56
E. VERANTWORTUNG IM GEWÄHRLEISTUNGSSTAAT	64
1. Selbstregulierung und Gewährleistung	64
2. Liberaler Hintergrund	68
IV. Verantwortungsdimensionen	69

1. Erfüllungsverantwortung	71
2. Gewährleistungsverantwortung	72
F. STEUERUNG IM BEREICH REGULierter SELBSTREGULIERUNG	78
I. Rahmenanforderungen	78
II. Kontrolle	81
III. Marktbeobachtungspflicht und Rückholoption	82
IV. Gewährleistungsaufsicht	84
1. Die zwei Modi der Aufsicht	84
2. Verfassungsrechtliche Anforderungen an Gewährleistungsaufsicht	86
V. Beleihung	88
VI. Substitution staatlicher Überwachung	90
1. Vorgelagerte Kontrolle	91
2. Freiwillige Ergänzung /Zertifikate	92
VII. Staatliche Kontrolle privater Fremdkontrolle	93
G. KONTROLLE UND AUFSICHT NACH DER VERPACKV	95
I. Branchenlösungen	95
II. Rückerstattung	98
III. Kontrolle der dualen Systeme	99
IV. Vollständigkeitserklärung	101
V. Ergebnisverantwortung in anderen Regulierungsbereichen	103
H. REFORMANSATZ	109
I. Ausgangspunkt	109
II. Zentrale Stelle	112
1. Planspiel	112
2. Organisationsform	113
I. ZUSAMMENFASSUNG	116
J. ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS	120

A. Gutachtenauftrag

Mit der Verpackungsverordnung aus dem Jahr 1991 war das Duale System der regulierten Produktverantwortung auf den Weg gebracht. Es handelte sich um einen neuen und erfolgreichen Versuch, die Kräfte des Marktes und die Beteiligung der Bürger als Verbraucher von Konsumgütern zu wecken, um Verpackungsmaterial umweltverträglicher werden zu lassen und zu einem hohen Anteil einer stofflichen Verwertung zuzuführen. Neu an diesem Konzept war und ist der Ansatz einer staatlich initiierten gesellschaftlichen Selbstregulierung, die der bewährten Idee der Selbstverwaltung verwandt ist. Selbstverwaltung nimmt öffentliche Aufgaben im Formenkreis des Staates unter Gewährung gesellschaftlicher Autonomie wahr. Selbstregulierung geht darüber hinaus: Sie ist keine Verwaltung, also kein Teil der Organisationswelt des Staates, sondern bleibt grundrechtsberechtigte freie Gesellschaft, aber unter einem besonderen öffentlichen Ordnungseinfluss. Selbstregulierung baut auf privatrechtliches Handeln in Bereichen, wo entweder eine öffentliche Aufgabe fortbesteht oder doch ein besonders öffentliches Interesse sachgegenständlich vom Gesetzgeber angenommen wird. Die öffentliche Aufgabe besteht bei der unmittelbaren oder mittelbaren Staatsverwaltung ressortierend fort, doch wird sie unter gesetzlicher Betonung einer Verantwortung (Pflicht) der Bürger privatisiert, das heißt unter fortbestehender Gewährleistungsverantwortung des Staates privaten Akteuren im System der marktwirtschaftlichen Ordnung überlassen.¹

Das Konzept der Selbstregulierung im Verpackungsbereich ist entgegen manch Unkenrufen, die zu Beginn des Systems erklangen und auch einiger tatsächlich bestehender, inzwischen überwundener Startprobleme, in beeindruckender Weise aufgegangen. Das System zur Erfassung und Verwertung von Verpackungsmaterial ist in Deutschland fest etabliert und erzielt hohe Recyclingquoten von über 70 %. Es

¹ Zur Idee der Selbstregulierung siehe die beiden Referate der Dresdener Staatsrechtslehrertagung 1996 von Mathias Schmidt-Preuß und Udo Di Fabio, VVDStRL 56 (1997), 160 ff.; 235 ff.

wird auch europäisch als Modell gesehen und ist durch Sekundärrecht aufgegriffen worden.²

Allerdings ist ein marktwirtschaftlich betriebenes Erfassung- und Verwertungssystem immer auch Risiken ausgesetzt, die aus der Zusammenführung hoheitlich auferlegter Pflichten und marktgerechtem Renditeinteresse im Wettbewerb entstehen. Eine gesetzlich regulierte Kreislaufwirtschaft, die öffentliche und private Abfallverantwortung zusammenführt, entwickelt sich dynamisch und bedarf immer wieder einer steuernden Nachkorrektur und einer angemessenen Aufsicht. Das betrifft zum einen die Sicherung des regulierten Marktes im Blick auf die Einhaltung öffentlich-rechtlicher Vorgaben unter Bedingungen von Wettbewerb (marktgerechte Erfüllung öffentlicher Vorgaben). In der Anfangsphase ging es vor allem um die Verhinderung eines Marktartells. Legislative Verantwortung besteht zum anderen dort, wo sich ein Abgrenzungs- oder Interessenkonflikt zwischen den privaten Erfassungs- und Recyclingunternehmen auf der einen Seite und den Kommunen bei der Abfallbeseitigung auf der anderen Seite ergibt.

Die Diskussion über die Einführung einer einheitlichen Wertstofftonne (§ 10 Abs. 1 Nr. 3, § 25 Abs. 2 Nr. 3 KrWG), mit der die Kommunen schon seit längerem experimentieren konnten (Gelbe Tonne Plus) macht die verschiedenen Pfade zu einem wirtschaftlichen Fingerhaken.³ Die Gelbe Tonne erfasst Verpackungen, im Blick auf die stoffliche Verwertungen würden aber auch andere ähnliche Wertstoffe „hineinpassen“, die kein Verpackungsmaterial sind. Verwertungsanlagen unterscheiden nur nach der Kategorie der Wertstoffe und nicht nach Herkunft. Verantwortung und Finanzierung einer solchen Wertstofftonne klaffen auseinander und rufen nach einer ausgewogenen Kostenregelung. Streit zwischen öffentlicher Entsorgungsträgern und

² Richtlinie 94/62/EG über Verpackungen und Verpackungsabfälle (Verpackungsrichtlinie); siehe auch Richtlinie 2008/98/EG vom 19. November 2008 über Abfälle (Abfallrahmenrichtlinie).

³ Siehe dazu unten VII.

Betreibern des Dualen Systems hat sich auch um das Eigentum an Verpackungsabfällen ergeben.⁴

Konflikte treten aber auch durch die Verbreitung der sogenannten *Trittbrettfahrermentalität* auf. Nicht jeder von der Verpackungsverordnung erfasst Einzelhändler beteiligt sich ordnungsgemäß an einem Erfassungs- und Verwertungssystem und unterhält auch nicht selbst eines, das den gesetzlichen Anforderungen genügt. Hier wird die Handlungs- und Entscheidungsfreiheit im Markt, von der die regulierte Selbstregulierung konzeptionell ausgeht, von einzelnen Akteuren ausgenutzt, um Wettbewerbsvorteile auf Kosten bestehender Rücknahme- und Verwertungssysteme zu erlangen, in deren Tonnen das nicht lizenzierte Material gelangt. Es entstehen so massive Wettbewerbsprobleme bei einem privatwirtschaftlichen Rücknahmesystem, das einerseits dem Handel die Verantwortung für die Rücknahme und Verwertung von Verpackungsmaterial auferlegt, aber andererseits freistellt, ob er dies selbst organisiert oder sich einem System anschließt. Der wirtschaftliche Missbrauch der Trittbrettfahrer, die die ihnen überlassene Wahlmöglichkeit zu ihrem Vorteil nutzen, ohne dem Zweck des Gesetzes wirklich zu entsprechen, gefährdet das bewährte System der Selbstregulierung. Dieses System ist aber aus Sicht der rechtmäßig Handelnden ein moderner Weg, um in grundrechtsschonender, also verhältnismäßiger Weise hoheitlich auferlegte Pflichten zu erfüllen. Gesetzgeber und Verwaltung bleiben in einer Konzept- und Reserveverantwortung nicht nur für die Einhaltung öffentlich-rechtlicher Vorgaben, sondern auch zum Schutz eines fairen selbstregulativen Systems zugunsten des Grundrechtsschutzes sich rechts- und ordnungsgemäß verhaltender Wirtschaftssubjekte.

Gutachterlich zu prüfen ist vor dem Hintergrund der letztgenannten Trittbrettfahrerphänomene die Frage nach Art und Umfang der Verantwortung des Staates für das Funktionieren selbstregulativer Steuerungssysteme. Dabei geht um die verfassungsrechtliche Herleitung und Bemessung einer staatlichen Ausgestaltungsverantwortung, aber auch um konkrete Lösungsvorschläge für die Verbesserung der Sys-

⁴ OLG Düsseldorf, Beschluss v. 19.12.2004 – VI-Kart 17/04(V) u.a. -, AbfallR 2005, 92; Alexander Schink, Gutachten: Eigentum an Verpackungsabfällen, Juni 2013.

temeffizienz und die gleichheitsgerechte Ausgestaltung und praktikable, systemgerechte Aufsichtsformen.

B. Sachverhalt und Rechtsgrundlagen

I. Produktverantwortung

Zum Zeitpunkt des Erlasses der Verpackungsverordnung (VerpackV) vom 12. Juni 1991 lag der jährliche Verpackungsverbrauch bei ca. 15,3 Mio. Tonnen, davon 13,1 Mio. Tonnen Einwegverpackungen. Dies entsprach 50 % des Volumens und 30 % des Gewichts des im Hausmüll und in hausmüllähnlichen Gewerbeabfällen anfallenden Abfallmengen. Bezogen auf diese Aufkommen reichten die Deponiekapazitäten in der Bundesrepublik Deutschland in vielen Regionen nur noch für zwei bis fünf Jahre.⁵

Mit der VerpackV 1991 hat der Gesetzgeber das moderne Prinzip der Produktverantwortung konkretisiert.⁶ Produktverantwortung meint die einem neuen Umweltethos verpflichtete Rückkehr der Verantwortung für Verpackungsmaterialien zum Hersteller;⁷ sie umfasst Rücknahme-, Verwertungs- und Nachweispflichten. Das Konzept der Produktverantwortung beruht auf der Einsicht, dass alle Produkte potentiell Abfall sind und die Ursachen für Abfallentstehung und „Müllnotstand“ bereits zu Beginn ihres Lebenszyklus durch Entwicklung und Herstellung der Produkte gesetzt werden.⁸ Bereits bei der Produktion soll „vom Abfall her gedacht werden“⁹ und langlebige, reparaturfreundliche, wiederverwendbare oder zumindest wiederverwertbare Produkte hergestellt werden. Gerade für Verpackungen von Gütern, die mit der

⁵ *Fritz Flanderka*, in: Flanderka; Stroetmann (Hrsg.), Verpackungsverordnung. Kommentar, Einführung Rdnr. 2; ausführlich dazu *Sachverständigenrat Umweltfragen*, Sondergutachten "Abfallwirtschaft", 1990, BT-Drs. 11/8493.

⁶ *Bernd Bilitewski; Georg Härdtle*, Abfallwirtschaft. Handbuch für Praxis und Lehre, 2013, S. 23 f.

⁷ *Udo Di Fabio*, Die Verfassungskontrolle indirekter Umweltpolitik am Beispiel der Verpackungsverordnung, NVwZ 1995, 1 (5).

⁸ *Silke Thomsen*, Produktverantwortung, 1998, S. 23.

⁹ *BMU*, Die umweltpolitische Konzeption des KrW/AbfG, 1994, S. 2.

Entwicklung der westlichen Konsumgesellschaft immer zahlreicher, differenzierter, und umweltbelastender wurde, galt dieser Gedanke. Damit Produzenten veranlasst werden, diese Gedanken bei der Produktion zu berücksichtigen, sollen sie auch für die Entsorgung ihrer Produkte verantwortlich sein. Produktverantwortung trägt, wer Verkaufsverpackungen herstellt oder vertreibt.

Die zentrale Regelung der VerpackV 1991 legte in § 6 Abs. 1 Satz 1 Herstellern und Vertreibern die Pflicht auf, gebrauchte Verkaufsverpackungen „in oder in unmittelbarer Nähe der Verkaufsstelle kostenlos zurückzunehmen“. Hersteller und Vertreter waren weiter verpflichtet, die zurückgenommenen Verpackungen „einer erneuten Verwendung oder einer stofflichen Verwertung außerhalb der öffentlichen Abfallentsorgung zuzuführen“, § 6 Abs. 2 Satz 1 VerpackV. Ziel dieser Zentralnorm war indes nicht, dass tatsächlich in maßgeblichem Umfang gebrauchte Verkaufsverpackungen von Herstellern und Vertreibern in den Verkaufsstellen zurückgenommen würden. Die primäre Rücknahmepflicht war vielmehr nur normativer Aufhänger für das eigentlich verfolgte rekursive Steuerungsmodell, nach dem Hersteller und Vertreter ihre Primärpflichten der Rücknahme und Verwertung auf ein selbstgeschaffenes System abwälzen können sollten. § 6 Abs. 3 VerpackV 1991 bestimmte dementsprechend, dass die Rücknahmepflichten für solche Hersteller und Vertreter entfallen sollten,

„die sich an einem System beteiligen, das flächendeckend im Einzugsgebiet des (...) verpflichteten Vertreibers eine regelmäßige Abholung gebrauchter Verkaufsverpackungen beim Endverbraucher oder in der Nähe des Endverbrauchers in ausreichender Weise gewährleistet und die im Anhang zu dieser Verordnung genannten Anforderungen erfüllt“.

Im genannten Anhang I Nr. 1 Abs. 2 zu § 6 der VerpackV 1991 waren insbesondere Mindestquoten der Verwertung für verschiedene Materialfraktionen vorgesehen.¹⁰ Die Primärverpflichtung sollte eine mit

¹⁰ Dazu *Fritz Flanderka; Frank Sieberger*, Der rechtliche Rahmen für die Entsorgung von Verkaufsverpackungen durch das Duale System Deutschland, *WiVerw* 2004, 205(206).

staatlichen Auflagen verbundene Selbstorganisation der Wirtschaft anstoßen.¹¹

Das Prinzip der Produktverantwortung wurde 1994 auch in das Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz übernommen. Die Regelungen der Verpackungsverordnung wurden im gleichen Jahr auch in die europäische Richtlinie über Verpackung und Verpackungsabfälle¹² aufgenommen. Inhaltlich stimmt die Europäische Verpackungsrichtlinie weitgehend mit der deutschen Verpackungsverordnung überein, lediglich weichen die Vorgaben zu den Verwertungsquoten auf europäischer Ebene deutlich nach unten hin ab.¹³

II. Indirekte Umweltpolitik

Die 1991 erlassene Verpackungsverordnung verwirklichte eine damals neue umweltpolitische Steuerungsidee, die inzwischen europaweit Karriere gemacht hat.¹⁴ Instrumente der Verhaltenssteuerung halten Einzug in das Ordnungsrecht, das seine – unbestreitbaren¹⁵ – Erfolge mit begründungsbedürftigen Geboten, Verboten, Genehmigungen und Grenzwertkonzeptionen erreichen musste. Mit der Verpackungsverordnung schlug man den Weg indirekter, influenzierender Steuerung ein. Die Verordnung verbindet ordnungsrechtliche Grundpflichten mit staatlich initiiertem kollektiver Selbstorganisation der Wirtschaft als Selbstregulierungsmodell aus.¹⁶ Mit einer auch die Entsorgung umfassenden Produktverantwortung sollten Umweltbelange und staatlich formulierte oder europarechtlich vorgegebene Umweltziele in die Sprache der Wirtschaft übersetzt werden. Staatlich formu-

¹¹ *Reinhard Henderl*, Zur Steuerungsmethodik der Verpackungsverordnung, NVwZ 2003, 1168 (1169 f.).

¹² Richtlinie 94/62/EG vom 20.12.1994, Abl. EG I 047, S. 26-32.

¹³ Noch nach der Anhebung im Jahr 2008 lagen die Quoten um ca. 15-40 Prozentpunkte unterhalb der deutschen Vorgaben.

¹⁴ *Udo Di Fabio*, NVwZ 1995, 1.

¹⁵ *OECD*, Environmental Performance Review - Germany, 1993, .

¹⁶ *Faroud Shirvani*, Das Kooperationsprinzip im deutschen und europäischen Umweltrecht, 2005, S. 198 ff.

lierte Umweltziele sollen als berechenbare Kosten und Gewinnerwartungen in der Unternehmenskalkulation klar zu Tage treten. Die Rückverlagerung ökologischer Verantwortung für wirtschaftliche Produkte kann als rekursiv und implementativ bezeichnet werden; sie konkretisiert das umweltrechtliche Verursacherprinzip, wonach ökologische Kosten dort „anzulasten“ sind, wo sie herrühren.¹⁷ Die drängenden Umweltprobleme, die in dem Bericht des Rates der Sachverständigen in Umweltfragen¹⁸ benannt wurden, wurden in das Wirtschaftssystem zurückverlagert und sollten dort in der Sphäre und mittels der programmatischen Sprache der Wirtschaft einer Lösung zugeführt werden.¹⁹ Das klassische Instrumentarium imperativen Zwangs wird durch flexiblere Instrumente ersetzt, ohne dass der Staat seine Gestaltungsrolle aufgäbe, oder dass dies als ein Zeichen von Schwäche gedeutet werden müsste. Vielmehr soll private Eigenverantwortung und Initiative, Flexibilität und Know-how der Wirtschaft eingesetzt werden, um Gemeinwohlergebnisse zu erzielen.²⁰

Wenn man sich vorstellt, wie die klassische Eingriffs- und Ordnungsverwaltung die von der Verpackungsverordnung verfolgten Ziele der Abfallvermeidung und -verwertung hätte erreichen wollen, so wird die Innovation des gewählten Weges deutlich. Mit einem traditionellen Vollzugsansatz hätten beispielsweise spezifische Vorschriften über die Qualität und Quantität von Verkaufsverpackungen, quantitative Produktionsbeschränkungen für Verpackungen sowie Wiederverwertungsquoten für jeden Verpackungshersteller erlassen und exekutiert werden müssen.²¹ Dies hätte jeweils untergliedert in verschiedene Branchen und Materialfraktionen und mit einem enormen Anpassungsdruck an sich verändernde Marktsituationen justiert werden,

¹⁷ *Michael Kloepfer*, Umweltrecht, 1989, S. 74 ff.

¹⁸ *Sachverständigenrat Umweltfragen*, Sondergutachten "Abfallwirtschaft", 1990, BT-Drs. 11/8493.

¹⁹ *Udo Di Fabio*, NVwZ 1995, 1 (2).

²⁰ *Matthias Schmidt-Preuß*, Duale Entsorgungs-Systeme als Spiegelbild dualer Verantwortung: Von der Verpackungsverordnung zum Kreislaufwirtschaftsgesetz, in: Schuppert (Hrsg.), Jenseits von Privatisierung und "schlankem" Staat, S. 195.

²¹ *Hans-Joachim Koch*, Vereinfachung des materiellen Umweltrechts, NVwZ 1996, 215 (218).

der Marktdynamik hätten stetig angepasste Ordnungsvorgaben folgen müssen. Es dürfte nahezu unmöglich sein, mit einem solchen komplizierten Regelungskonstrukt Steuerungserfolge zu erzielen, die in Zielgenauigkeit, Vollzugseignung, Kosten und Flexibilität mit dem Konzept der Verpackungsverordnung vergleichbar sind.²²

III. Vom Dualen System zu dualen Systemen

Bereits im Vorfeld und in Kenntnis des geplanten Regelungsgehalts der Verpackungsverordnung 1991 wurde vom Handel, der abpackenden Industrie, Verpackungsherstellern und Vormateriallieferanten am 28. September 1990 die „Der Grüne Punkt Deutschland Gesellschaft für Abfallvermeidung und Sekundärrohstoffgewinnung mbH“ gegründet.²³ 1997 in eine Aktiengesellschaft umgewandelt, firmierte sie fortan unter „Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland Aktiengesellschaft“ und war bis Mitte 2003 das einzige Unternehmen, das in Deutschland als flächendeckendes System im Sinne von § 6 Abs. 3 VerpackV anerkannt war. 2005 wurde das Unternehmen wieder in eine GmbH umgewandelt. Die DSD führt selbst keine Entsorgung oder Verwertung durch, sondern organisiert den Aufbau und den Betrieb der Entsorgung von Verkaufsverpackungen gemäß den Anforderungen des § 6 Abs. 3 VerpackV durch ein System von Verträgen.²⁴

Mitte 2003 wurde in Hessen neben der DSD AG mit der Landbell AG dem ersten Konkurrenten die Zulassung nach § 6 Abs. 3 VerpackV erteilt. Diese durfte die bestehenden Erfassungssysteme in Hessen flächendeckend mitbenutzen.²⁵ In den Folgejahren traten weitere Unter-

²² So auch die Einschätzung von *Hans-Joachim Koch*, NVwZ 1996, 215 (218).

²³ *Walter Frenz*, Das Duale System zwischen öffentlichem und privatem Recht, GewArch 1994, 145 (145); *Udo Di Fabio*, NVwZ 1995, 1 (4).

²⁴ *Hans-Heinrich Trute; Wolfgang Denkhaus; Doris Kühlers*, Regelungsstrukturen der Kreislaufwirtschaft zwischen kooperativem Umweltrecht und Wettbewerbsrecht, 2004, S. 31.

²⁵ Zur Entstehung *Hans-Heinrich Trute; Wolfgang Denkhaus; Doris Kühlers*, S. 31 ff.

nehmen als Anbieter dualer Systeme hinzu, die sich einen Marktanteil von etwa 50 % teilen; den restlichen Anteil hat Anfang 2013 immer noch die DSD GmbH. Aktuell gibt es insgesamt zehn verschiedene Unternehmen, die duale Systeme betreiben. Dies sind in der Reihenfolge ihres Markteintritts: Duales System Deutschland (Beginn der operativen Tätigkeit 1991), Landbell AG (2004), Interseroh (2005), Eko-Punkt (2006), Redual (2007), BellandVision (2008), Zentek (2008), Vfw (2009), Veolia (2009) und RKD (2012).²⁶

IV. Rechtlicher Rahmen nach der 5. Novelle der VerpackV

1. Paradigmenwechsel

Mit der fünften Verordnung zur Änderung der Verpackungsverordnung vom April 2008 verband sich ein Paradigmenwechsel. Die bisherige Konstruktion war aufgehängt an der in § 6 Abs. 1 und 2 VerpackV a.F. statuierten primären Pflicht für Hersteller und Vertreiber, gebrauchte Verpackungen zurückzunehmen. Von dieser Pflicht waren Ausnahmen – die als Regelfall erwartet wurden – möglich.

Kernelement der geänderten VerpackV ist das sog. Trennungsmo-
dell.²⁷ Getrennt wird zwischen privaten Endverbrauchern einschließlich diesen gleichgestellten vergleichbaren Anfallstellen und großgewerblichen bzw. industriellen Endverbrauchern. Als privaten Endverbrauchern „vergleichbare Anfallstellen“ gelten beispielsweise Gaststätten, Kantinen, Verwaltungen, Krankenhäuser, Kinos, Freizeitparks und Sportstadien, d.h. Stellen, an denen Verpackungsabfälle durch den Konsum durch Endverbraucher anfallen. Davon zu unterscheiden sind großgewerbliche bzw. industrielle Endverbraucher. Hersteller und Vertreiber, die mit Ware befüllte Verkaufsverpackungen, die typischerweise beim Endverbraucher anfallen, erstmals in Verkehr bringen, müssen sich an einem dualen System zur Rücknahme und Ent-

²⁶ *Bundeskartellamt, Sektoruntersuchung duale Systeme. Zwischenbilanz der Wettbewerbsöffnung, 2012, S. 27.*

²⁷ Ausführlich *Markus W. Pauly, Das neue Verpackungsrecht, AbfallR 2008, 46 f.*

sorgung beteiligen. Die Beteiligung an einem dualen System ist nunmehr der gesetzlich vorgeschriebene Regelfall, § 6 Abs. 1 VerpackV. Eine Ausnahme von dieser den Erstinverkehrbringer treffenden Pflicht eröffnet § 6 Abs. 1 Satz 2 VerpackV nur noch für Serviceverpackungen im Sinne von § 3 Abs. 1 Nr. 2 Satz 2 VerpackV, also Einweggeschirr und Einwegbestecke. Der Vertreiber solcher Verpackungen kann von den Herstellern oder Vertreibern oder Vorvertreibern dieser Serviceverpackungen verlangen, dass sich letztere hinsichtlich der von ihnen gelieferten Serviceverpackungen an einem oder mehreren dualen Systemen beteiligen. Hintergrund ist der politisch intendierte Schutz kleiner und mittelständischer Betriebe des Lebensmittelhandwerks, namentlich Bäcker und Metzger.²⁸

Abgesichert wird der Beteiligungszwang über die korrespondierende Regelung des § 6 Abs. 1 Satz 3 VerpackV. Darin wird bestimmt, dass Verkaufsverpackungen, für die eine Beteiligungspflicht an dualen Systemen besteht, an private Endverbraucher nur abgegeben werden dürfen, wenn sich die Hersteller und Vertreiber mit diesen Verpackungen auch tatsächlich an einem solchen System beteiligen.²⁹ Adressat dieses andernfalls bestehenden Inverkehrbringensverbotes ist der Letztvertreiber, der nicht mit dem Erstvertreiber identisch sein muss und deshalb auch regelmäßig nicht dem Anschluss- und Benutzungszwang dualer Systeme nach § 6 Abs. 1 Satz 1 VerpackV unterliegt. Kommt der Letztvertreiber seiner Verpflichtung nicht nach, darüber zu wachen, dass die von ihm vertriebenen mit Ware befüllten Verkaufsverpackungen an einem System nach § 6 Abs. 3 VerpackV teilnehmen, drohen Geldbußen bis zu 50.000 Euro (§ 15 Nr. 6 VerpackV).³⁰

2. Systembeteiligung

Hersteller und Vertreiber haben sich an einem oder mehreren zugelassenen und nicht widerrufenen Systemen nach § 6 Abs. 3 VerpackV zu

²⁸ BT-Drs. 16/6400, S. 20.

²⁹ Markus W. Pauly, AbfallR 2008, 46 (48).

³⁰ Markus W. Pauly, AbfallR 2008, 46 (48).

beteiligen.³¹ Eine Beteiligung an mehreren Systemen ist deshalb möglich, weil Teilmengen bei verschiedenen Systemen eingebracht werden können. In der Praxis üblich ist eine Aufteilung nach Materialfraktionen. Theoretisch möglich ist auch die Aufteilung der Beteiligung nach Bundesländern, insbesondere dann, wenn ein System nicht in allen Bundesländern zugelassen ist.³² Die Verpflichteten beteiligen sich an den Systemen nicht mehr bezogen auf die einzelnen Verpackungen; die Form der Beteiligung ist den Systemen freigestellt. In der Praxis durchgesetzt hat sich die Berechnung auf der Grundlage von Materialart und Gewicht.³³

3. Rückerstattung

Auf Druck des Bundeswirtschaftsministeriums gegenüber dem Umweltresort erhielt die Rücknahmeregelung in § 6 Abs. 1 Satz 5-7 VerpackV ihre geltende Gestalt:

„Soweit ein Vertreiber nachweislich die von ihm in Verkehr gebrachten und an private Endverbraucher abgegebenen Verkaufsverpackungen am Ort der Abgabe zurückgenommen und auf eigene Kosten einer Verwertung entsprechend den Anforderungen nach Anhang I Nr. 1 zugeführt hat, können die für die Beteiligung an einem System nach Absatz 3 geleisteten Entgelte zurückverlangt werden. Satz 5 gilt entsprechend für Verkaufsverpackungen, die von einem anderen Vertreiber in Verkehr gebracht wurden, wenn es sich um Verpackungen derselben Art, Form und Größe und solcher Waren handelt, die der Vertreiber in seinem Sortiment führt. Der Nachweis nach Satz 5 hat entsprechend den Anforderungen nach

³¹ Clemens Stroetmann, in: Flanderka; Stroetmann (Hrsg.), Verpackungsverordnung. Kommentar, § 6 Rdnr. 17 ff.

³² Clemens Stroetmann, in: Flanderka; Stroetmann (Hrsg.), Verpackungsverordnung. Kommentar, § 6 Rdnr. 18.

³³ Clemens Stroetmann, in: Flanderka; Stroetmann (Hrsg.), Verpackungsverordnung. Kommentar, § 6 Rdnr. 19 m.w.N.

Anhang I Nr. 4 Satz 1 bis 4 und 8 zu erfolgen.“

Anspruchsberechtigter Vertreiber ist nach Entstehungsgeschichte und Systematik der Letztvertreiber, also der Händler, der Verkaufsverpackungen an Endverbraucher abgibt.³⁴ Schuldner des Anspruchs kann jedes zugelassene duale System sein, nicht nur dasjenige, bei dem konkret lizenziert wurde. Alle zugelassenen dualen Systeme sind insofern durch ein öffentlich-rechtlich begründetes Gesamtschuldverhältnis verbunden und insoweit auch untereinander ausgleichspflichtig gem. § 421 Satz 1 BGB.³⁵ Der Anspruch richtet sich auf die Rückzahlung tatsächlich gezahlter Lizenzentgelte. Anders als ursprünglich vorgesehen, besteht dieser Anspruch nicht nur für solche Vertreiber, die die von ihnen in Verkehr gebrachten und anschließend zurückgenommenen Verkaufsverpackungen zuvor selbst lizenziert haben (Eigenlizenzierung), sondern auch für solche Verkaufsverpackungen, die beispielsweise bereits vom Lieferanten lizenziert wurden (Lieferantenlizenzierung). Durch die Ausweitung des Anspruchs auch auf die sog. Lieferantenlizenzierung taucht das Problem auf, dass der Anspruchsteller in der Regel keine Kenntnis über die Höhe der vom Lieferanten gezahlten Lizenzentgelte haben dürfte und deshalb seinen Rückzahlungsanspruch der Höhe nach nicht ohne weiteres beziffern kann. Wenn er nicht entsprechende Informationen von seinem Lieferanten erhält, dürfte der Anspruch in der Praxis daher häufig an der mangelnden Darlegung scheitern.³⁶

Von praktischer Bedeutung ist die gem. Satz 6 zugelassene Zurechnung von Fremdverpackungen, d.h. solchen Verpackungen, die nicht vom Anspruchsberechtigten in Verkehr gebracht worden sind. Begrenzend soll hier die Voraussetzung wirken, dass es sich um Verpa-

³⁴ *Kristian Fischer*, Kooperative Produktverantwortung nach der novellierten Verpackungsverordnung, *AbfallR* 2008, 191 (196); *Clemens Stroetmann*, in: Flanderka; Stroetmann (Hrsg.), *Verpackungsverordnung. Kommentar*, § 6 Rdnr. 32.

³⁵ *Clemens Stroetmann*, in: Flanderka; Stroetmann (Hrsg.), *Verpackungsverordnung. Kommentar*, § 6 Rdnr. 33.

³⁶ *Clemens Stroetmann*, in: Flanderka; Stroetmann (Hrsg.), *Verpackungsverordnung. Kommentar*, § 6 Rdnr. 36.

ckungen „derselben Art, Form und Größe und solcher Waren handelt, die der Vertreiber in seinem Sortiment führt“. Dabei handelt es sich um einen öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch, bei dem nicht nur anderweitig gezahlte Lizenzentgelte zum Ort der tatsächlichen Leistung „gezogen“ werden. Für die Fremdverpackungen muss gerade kein anderes duales System als Vertragspartner nachgewiesen werden. Dies bereitet wiederum Schwierigkeiten bei der Bestimmung der Anspruchshöhe, „da für die Verpackungen ein zuvor bezahltes individuelles Entgelt für die Systembeteiligung schon der Natur nach nicht ermittelt werden kann“.³⁷

Der Anspruch kann als Zahlungsanspruch grundsätzlich auch abgetreten werden. Weiter wird in der Kommentarliteratur ausgeführt, dass bilaterale Regelungen zwischen Handelsunternehmen und dualen Systemen denkbar seien, mit denen die praktischen Probleme des Anspruchs – im Wesentlichen die Darlegungslast im Hinblick auf die Anspruchshöhe – überwunden werden können. Hier seien Regelungen denkbar, wonach dem Gläubiger Erleichterungen bei seiner Darlegungslast eingeräumt würden, wenn er sich im Gegenzug zu anderen Zugeständnissen bereit erklärt.³⁸ Hierin sind Ansatzpunkte für Missbrauchs- und Umgehungskonstellationen zu sehen.

4. Branchenbezogene Selbstentsorgerlösungen

Die grundsätzliche Pflicht zur Beteiligung an einem dualen System kann in den Fällen des § 6 Abs. 2 VerpackV entfallen,

„soweit Hersteller und Vertreiber bei Anfallstellen, die (...) den privaten Haushalten gleichgestellt sind, selbst die von ihnen bei diesen Anfallstellen in den Verkehr gebrachten Verpackungen entsprechend Absatz 8 Satz 1 zurücknehmen und einer Verwertung zuführen (...)“.

³⁷ Clemens Stroetmann, in: Flanderka; Stroetmann (Hrsg.), Verpackungsverordnung. Kommentar, § 6 Rdnr. 37.

³⁸ Clemens Stroetmann, in: Flanderka; Stroetmann (Hrsg.), Verpackungsverordnung. Kommentar, § 6 Rdnr. 40.

Die im ersten Satz genannten materiellen Voraussetzungen beschränken die sog. branchenbezogenen Selbstentsorgermodelle auf Anfallstellen, die den privaten Haushaltungen nach § 3 Abs. 11 VerpackV gleichgestellt sind, insbesondere: Gaststätten, Hotels, Kantinen, Verwaltungen, Kasernen, Krankenhäuser, Bildungseinrichtungen, karitative Einrichtungen, Freiberufler und typische Anfallstellen des Kulturbereichs wie Kinos, Opern und Museen, sowie des Freizeitbereichs wie Ferienanlagen, Freizeitparks, Sportstadien und Raststätten. Zudem landwirtschaftliche Betriebe und Handwerksbetriebe, die über haushaltsübliche Sammelgefäße für Papier, Pappe, Kartonagen und Leichtverpackungen mit nicht mehr als maximal je Stoffgruppe einem 1.100-Liter-Umleerbehälter im haushaltsüblichen Abfuhrhythmus entsorgt werden können.

Hintergrund ist die Überlegung, dass für Verkaufsverpackungen, die in relevanten Mengen an den genannten Anfallstellen zurückgenommen werden können, eine kostengünstigere Entsorgungsstruktur errichtet werden kann, die sich nur auf diese Anfallstellen konzentriert. Es muss in diese Erfassungsstruktur nicht jeder Endverbraucher einbezogen werden, sondern eben nur die ausgemachten Anfallstellen. Für die hier anfallenden Verpackungen müssen dann nicht die teuren Erfassungsgebühren eines unspezifischen dualen Systems bezahlt werden, sondern die günstigeren der branchenspezifischen Selbstentsorgerlösung.

Für diese Anfallstellen müssen branchenbezogene Erfassungsstrukturen eingerichtet werden. Das bedeutet, dass Hersteller und Vertreiber einer bestimmten Branche eine Erfassungsstruktur für solche Verkaufsverpackungen errichten können, die an bestimmten mit privaten Endverbrauchern gleichgestellten Stellen anfallen. Die Erfassungsstruktur muss eine *regelmäßige* kostenlose Rückgabe bei allen einbezogenen Anfallstellen sicherstellen. Eine Branche ist mithin über die Art der Anfallstellen nach § 3 Abs. 11 Satz 2 und 3 VerpackV und über die Art der Ware abzugrenzen. „Die Ware, deren Verpackung über die Branchenlösung eingesammelt werden soll, muss anfallstellenaffin sein (z.B. Verkaufsverpackungen für Kfz-Ersatzteile in Kfz-

Werkstätten, Verkaufsverpackungen für Medikamente in Krankenhäusern).“³⁹

Der Hersteller und der Vertreiber, dessen Verkaufsverpackungen an einer Anfallstelle anfallen, für die eine Branchenlösung existiert, ist nicht verpflichtet, sich an dieser zu beteiligen; er kann weiterhin über die Beteiligung an einem dualen System die Entsorgung beim Endverbraucher sicherstellen. Auch können mehrere Selbstentsorgermodelle innerhalb einer Branche aufgebaut werden.

Die Menge an Verkaufsverpackungen, mit der sich ein Hersteller bzw. Vertreiber an einer Branchenlösung maximal beteiligen kann, ist auf diejenige beschränkt, welche er an die teilnehmenden Anfallstellen der jeweiligen Branche liefert. Für alle anderen Verkaufsverpackungen, die beim privaten Endverbraucher anfallen, besteht für den Hersteller bzw. Vertreiber die Pflicht zur Teilnahme an einem dualen System.⁴⁰ Über die Verwertung der im Rahmen einer Branchenlösung zurückgeführten Verkaufsverpackungen muss ein Mengenstromnachweis gem. Anhang I Nr. 1 und 4 VerpackV geführt werden. Bei den einzuhaltenden Verwertungsquoten dürfen keine Transport- und Umverpackungen einbezogen werden, die über branchenbezogene etwaig bereits bestehende Erfassungsstrukturen für gewerbliche Verkaufsverpackungen aber gemeinsam erfasst werden dürfen.

In seinem zweiten Teil bestimmt § 6 Abs. 2 VerpackV das Verfahren, mit dem gegenüber der obersten Landesbehörde das Vorliegen der Befreiungsvoraussetzungen nachgewiesen werden muss, d.h. es regelt die Voraussetzungen der Aufnahme der Selbstentsorgertätigkeit. Durch einen unabhängigen Sachverständigen muss das Vorliegen der Befreiungsvoraussetzungen dargelegt und die Erfüllung der Anforderungen nach § 6 Abs. 2 VerpackV bescheinigt werden.

³⁹ *Bund/Länder-Arbeitsgemeinschaft Abfall*, Eckpunkte zur Konkretisierung der Anforderungen an branchenbezogene Selbstentsorgermodelle nach § 6 Abs. 2 der 5. Novelle VerpackV, 2008, S. 2.

⁴⁰ *Bund/Länder-Arbeitsgemeinschaft Abfall*, Eckpunkte zur Konkretisierung der Anforderungen an branchenbezogene Selbstentsorgermodelle nach § 6 Abs. 2 der 5. Novelle VerpackV, 2008, S. 3.

Die Bescheinigung muss das zu errichtende System unter Angabe mindestens der folgenden Daten beschreiben:⁴¹

- Beschreibung und Angrenzung der Branche unter Bezug auf § 3 Abs. 11 VerpackV
- Liste der an der Branchenlösung beteiligten Hersteller/Vertreiber
- Kriterien zur Bestimmung der Menge an Verkaufsverpackungen, mit der sich ein Hersteller bzw. Vertreiber an der Branchenlösung beteiligen kann
- Benennung der Anfallstellen
- Beschreibung der Erfassungsstrukturen (Bundesland, branchenbezogen, Ausschluss von nicht anrechenbaren Verpackungen)
- Beschreibung der Verwertungsstrukturen
- Mengenstromprognose

Im Jahr 2008 kam die Gesellschaft für Verpackungsmarktforschung in einer Multi-Client-Studie zu dem Ergebnis, dass maximal 11 % des privaten Endverbrauchs von Verkaufsverpackungen in Branchenlösungen erfasst werden können.⁴² Nach Informationen von dualen Systemen stehen aktuell 11 unterschiedliche bundesweit bei den zuständigen Behörden angezeigte Branchenlösungen zur Verfügung, die sich an den vergleichbaren Anfallstellen des § 3 Abs. 11 VerpackV orientieren:

- Gaststätten, Großküchen, Beherbergungsgewerbe
- Gesundheitseinrichtungen, karitative Einrichtungen
- Bildungseinrichtungen
- Lebensmittelhandwerk
- Bauhandwerk
- Kfz-Handwerk
- Sonstige Handwerksbetriebe
- Landwirtschaft

⁴¹ *Bund/Länder-Arbeitsgemeinschaft Abfall*, Eckpunkte zur Konkretisierung der Anforderungen an branchenbezogene Selbstentsorgermodelle nach § 6 Abs. 2 der 5. Novelle VerpackV, 2008, S. 4.

⁴² *Gesellschaft für Verpackungsmarktforschung mbH*, Presseerklärung: Ergebnisse Marktstudie zu Branchenlösungen, 2008, S. 1.

- Kultur-/Freizeiteinrichtungen
- Kasernen / Justizvollzugsanstalten
- Verwaltungen, Behörden

5. Die Gemeinsame Stelle

Eine weitere mit der fünften Verpackungsverordnungsnovelle verbundene Neuerung ist die in § 6 Abs. 7 normierte Pflicht der dualen Systeme, sich an einer Gemeinsamen Stelle zu beteiligen. Die Gemeinsame Stelle sorgt – entsprechend der Intention des Ordnungsgebers – für die zwingend notwendige Koordinierung der am Markt tätigen Systeme.⁴³ Der Koordinierungsbedarf seit dem Tätigwerden mehrerer dualer Systeme war bisher auf der Grundlage von Vereinbarungen zwischen den dualen Systemen getroffen worden, diese sollten mit der Gemeinsamen Stelle organisatorisch auch im Hinblick auf neue Wettbewerber organisatorisch abgesichert werden. Dieser Gemeinsamen Stelle weist die Verordnung drei Aufgaben zu: (1) Ermittlung der anteilig zuzuordnenden Verpackungsmengen mehrerer Systeme im Gebiet eines öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgers, (2) Aufteilung der abgestimmten Nebenentgelte, (3) Wettbewerbsneutrale Koordination der Ausschreibungen. Rechtsgrundlage sind der Ausschreibungsvertrag, der Mengenermittlungsvertrag LVP und Glas, der Mengenermittlungsvertrag PPK sowie der Nebenentgelteclearingvertrag. Die „Clearingstelle duale Systeme“ ermittelt die Marktanteile aller zugelassenen dualen Systeme in Deutschland. Diese Daten werden quartalsmäßig für jedes Bundesland erfasst und den jeweiligen dualen Systemen zugeordnet. Daraus errechnet die Clearingstelle, wie groß der Anteil der jeweilige Systembetreiber an den gesammelten Verpackungen ist und welche anteiligen Nebenkosten er entsprechend zu tragen hat.

Die Gemeinsame Stelle wurde bereits im Vorgriff auf das Inkrafttreten der 5. Novelle als GmbH gegründet. Die Beteiligung wird in Satz 3 mit der Wirksamkeit der Freistellungserklärung und damit mit Tätigkeitsgrundlage verknüpft; diese wird unwirksam, „wenn ein System sich nicht innerhalb von drei Monaten nach der Feststellung an der Gemeinsamen Stelle beteiligt.“

⁴³ BT-Drs. 16/7954, S. 22.

V. Aktuelle Reformbestrebungen

Seit einigen Jahren gibt es Bestrebungen, die seit 1991 bestehende Verpackungsverordnung zu einem „Wertstoffgesetz“ zu verändern. Dieses soll nicht mehr an die Herkunft der Abfälle (Verkaufsverpackungen) anknüpfen, sondern sich unabhängig von der Herkunft der Abfälle an Wertstoffströmen orientieren. Aus diesem Grund wurden im Auftrag des Bundesumweltministeriums unter Federführung des Umweltbundesamtes Planspiele zur Fortentwicklung der Verpackungsverordnung durchgespielt und zahlreiche groß angelegte Studien durchgeführt.⁴⁴

Im Zentrum des Planspiels standen zwei Konzepte, welche das Umweltbundesamt gemeinsam mit dem Bundesumweltministerium auf Basis der vorliegenden Forschungsergebnisse modelliert hat:

- Als Modell A wird der Verbleib der Gesamtverantwortung in privater Hand beschrieben. Die Produktverantwortung wird aber auf stoffgleiche Nichtverpackungen ausgedehnt. Damit sind die Hersteller und Vertreiber von Verpackungen (wie bisher) und die Hersteller und Vertreiber stoffgleicher Nichtverpackungen (neu) gemeinsam in der Pflicht. Die Erfassung der Abfälle erfolgt über duale Systeme.
- Modell B beschreibt eine geteilte Verantwortung. Es gibt eine zwischen öffentlich-rechtlicher Entsorgung und Herstellern sowie Vertreibern geteilte Finanzierung. Die Organisationsverantwortung für die Erfassung liegt bei der öffentlich-rechtlichen Entsorgung.

Im Hintergrund steht die Diskussion um die Einführung eines einheitlichen Wertstoffmanagements mit einer flächendeckend einzuführenden Wertstofftonne sowie einer koordinierenden Zentralen Stelle auf Bundesebene. Bereits heute gibt es in verschiedenen Regionen einheitliche Wertstofftonnen oder die Bestrebungen, solche einzuführen.

⁴⁴ *Umweltbundesamt*, Planspiel zur Fortentwicklung der Verpackungsverordnung Teilvorhaben 3: Planspiel, 2011, S. 5 ff.

Die jeweiligen Lösungsansätze sind sehr verschieden, es gibt sowohl unterschiedliche Trägerschaftsmodelle als auch Unterschiede im Hinblick auf die erfassten Stoffgruppen.⁴⁵ Dabei gibt es Modelle in Trägerschaft der Kommunen, die zum Teil bereits vor Einführung des Dualen Systems bestanden und fortgeführt wurden. Zum Teil wurde die Erfassung stoffgleicher Nichtverpackungsabfälle den dualen Systemen aufgetragen. Weiterhin gibt es gemischt kommunal/private Organisationsverantwortungsstrukturen sowie eine Wertstofffassung über gewerbliche Sammlungen⁴⁶ im Sinne des § 13 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 KrW/AbfG.

Für beide Modelle stehen zahlreiche Modifikationen zur Diskussion und für alle Varianten sind vielfältige Fragen klärungsbedürftig. Fraglich ist etwa, wie die Zuordnung zu den Produktgruppen erfolgt, wie ökologische Standards oder Verwertungsanforderungen sichergestellt werden können, wie die Effizienz der Systeme zu gewährleisten wäre, wie die Abstimmung mit den Kommunen erfolgen sollte, schließlich wie die einzelnen Modelle finanziert werden können. Für alle Modellvarianten stellen sich zudem schwierige Fragen nach der Vereinbarkeit mit Europa- und Verfassungsrecht.

Bei aller Diskussion sollte klar sein, dass der Glaube trügerisch ist, ein Systemwechsel würde die Mehrzahl der bestehenden Probleme lösen. Viel wahrscheinlicher – schon angesichts der kommunalen Finanzengpässe und der interkommunalen Konkurrenzsituation – ist eine Verlagerung bekannter Probleme und die Entstehung neuer Konflikte, die wiederum Regulierungsmaßnahmen erforderlich machen werden. Bei jeder Regulierung und insbesondere bei jeder Systemänderung oder Reform sollte die Erfahrung begrenzter Steuerungsfähigkeit von Recht vor zu großen Lösungshoffnungen bewahren. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf neuartige Steuerungsansätze und die Notwendigkeit ihrer umsichtigen Fortentwicklung.

⁴⁵ Übersicht bei *Alexander Schink; Ulrich Karpenstein*, EU- und verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen der Einführung einer einheitlichen Wertstofftonne. Gutachten im Auftrag des BMU, 2011, S. 5 ff.

⁴⁶ Dazu *BVerwGE* 134, 154 ff.

Seit der Einführung des Dualen Systems und der damit verbundenen Entscheidung für ein innovatives selbstregulatives Steuerungskonzept im Umweltrecht war klar, dass solche Systeme Zeit brauchen, um ihre Leistungsfähigkeit zu beweisen.⁴⁷ Vor diesem Hintergrund sind die seit Inkrafttreten der Verpackungsverordnung im Jahr 1991 nicht abreißen lassen Diskussionen in einschlägigen Fachkreisen über verschiedene Mängel keineswegs negativ zu werten, sondern als iteratives Verfahren, als Verbesserungsprozess zu verstehen. Dies zeigt bereits die unterschiedliche Schwerpunktsetzung im Zeitverlauf. Anfangs standen weit gefächerte Aspekte der Ökologiekoeffizienz im Vordergrund (Stichwort: Verwertungsquoten), später waren es einzelwirtschaftliche Kosteneffizienzfragen und volkswirtschaftliche Kosten-Nutzen-Relationen (Ökobilanz). Momentan hat sich die Kontroverse verlagert auch die Wettbewerbs- und Verteilungswirkungen der Verpackungsverordnung. Alle diese Diskussionen haben dazu beigetragen, das System schrittweise in der Leistungsfähigkeit zu stärken. Auch wenn wir gerade den Pendelschlag von einer womöglich überzogenen Marktgläubigkeit in einen Marktmissstrauen mit entsprechend übertriebenem Staatsvertrauen erleben: Der kluge Gesetzgeber wird nicht auf das Hin und Her umstürzender Systemwechsel setzen, sondern sich für eine Erfahrungen aufgreifende, bedachte Anpassung der gewählten und etablierten Konzeption entscheiden.

VI. Effizienz dualer Entsorgungssysteme

Für die Weiterentwicklung des bestehenden dualen Systems spricht dessen Erfolg. Die verschiedenen Schwierigkeiten hat das System im Zeitverlauf grundsätzlich bewältigen können. Mit der Einführung der Verpackungsverordnung verbindet sich zunächst der ökologische Erfolg. Die Effektivität bestehender Verwertungsstrukturen für Glas und PPK wurde verbessert und es wurden Recyclingstrukturen für die Verwertung von Leichtverpackungen geschaffen. Die werkstoffliche Verwertung von Verpackungsabfällen aus PPK, Glas und Leichtverpackungen führt durch die Substitution der entsprechenden Primärrohstoffe zu Umweltentlastungen. Das speziell durch die Verpackungsverordnung ausgelöste Maß an Abfallvermeidung, definiert als Ver-

⁴⁷ *Udo Di Fabio*, NVwZ 1995, 1 (2).

zucht oder Reduzierung des Packmitteleinsatzes, lässt sich zwar nicht eindeutig quantifizieren, da der Packmitteleinsatz von einer Vielzahl von Parametern abhängt, deren jeweiliger Einfluss nicht genau beziffert werden kann. Eine Korrelation wird aber angenommen und zeigt sich etwa in unter dem Kostendruck veränderten Verpackungsdesigns. Der Gesamt-Verpackungsverbrauch fiel nach der Einführung der Verpackungsverordnung leicht, stieg dann jedoch wieder an. Er erhöhte sich in den vergangenen 20 Jahren jedoch nur um ca. 3 %, was eine signifikante Entkoppelung vom Wachstum des BIP darstellt.⁴⁸

Der wirtschaftsimplimentative Steuerungsansatz des Gesetz- und Verordnungsgebers hat sich somit als zielführend und funktionsfähig erwiesen. Die VerpackVO war der erste und ist ein wichtiger Hebel, mit dem Deutschland sich vom Entsorgungsnotstand zur Konkurrenz um den Abfall entwickelt hat.⁴⁹ Die in Leichtverpackungssortieranlagen aussortierten Wertstoffe der Materialgruppen Weißblech, Aluminium und artengetrennte Kunststoffe haben einen positiven Marktwert, d.h. ein LVP-Sortieranlagenbetreiber bzw. je nach Eigentumsregelung für den Sortieroutput jedes duale System erhält für die werkstoffliche Verwertung Geld. Dagegen müssen sie für die Verbrennung von Sortierresten und Mischkunststoffen Kosten aufwenden. Es besteht somit ein wirtschaftlicher Anreiz, möglichst gute Leichtverpackungssortiererergebnisse zu erreichen. Es entfaltet sich nicht – wie bei Einführung des dualen Systems von manchem Kritiker angenommen – ein negativer Wettbewerb um möglichst niedrige Recyclingmengen bis auf den Boden der durch die Verpackungsverordnung vorgegebenen Mindestquoten. Vielmehr ist ein Wettbewerb entstanden um eine möglichst hohe Wertstoffausbeute.

So sehen z.B. die von Systembetreibern mit LVP-Sortieranlagenbetreibern abgeschlossenen Sortierverträge im Falle einer „Lohnsortierung“ typischerweise Bonus- bzw. Maluszahlungen vor, die von den Sortiererergebnissen der Erlösfractionen abhängen.⁵⁰

⁴⁸ *BMU*, Daten und Fakten zur haushaltsnahen Wertstofffassung, 2012, S. 1.

⁴⁹ Peter Spengler, Struktur und Funktion der Grundpflicht zur gemeinwohlverträglichen Abfallbeseitigung, 2008, S. 45.

⁵⁰ *Bundeskartellamt*, Sektoruntersuchung duale Systeme. Zwischenbilanz der Wettbewerbsöffnung., 2012, S. 37.

Für Leichtverpackungen liegen die werkstofflichen Recyclingquoten (also ohne energetische oder rohstoffliche Verwertung) seit 2006 beständig bei über 70 %. Das gilt selbst nach der Herausnahme von PET-Flaschen, Alu- und Weißblechdosen aus der LVP-Sammlung durch Pflichtpfandregelungen.⁵¹ Die Verwertungsquote für PPK ist von etwa 55 % im Jahr 1991 auf nahezu 90 % seit 1997, die Quote für Weißblechwiederverwertung stieg im gleichen Zeitraum von unter 40 % auf über 80 %, die Aluminiumwiederverwertung von ca. 15 % auf über 70 %.⁵² Die Verwertungsrate von Verpackungsabfällen insgesamt stieg von 39,2 % in 1991 innerhalb weniger Jahre auf rund 80 % und hält sich seither auf diesem Niveau. Die Verwertungsrate bei Kunststoffverpackungen stieg von 11,6 % in 1991 auf 72,7 % in 2009.⁵³

Dabei konnten die Entsorgungskosten seit Einführung des Dualen Systems konstant gehalten bzw. gesenkt werden. Die Wettbewerbsöffnung hat zu massiven Senkungen der Entsorgungskosten geführt. Die Kosten der haushaltsnahen Verpackungserfassung und -verwertung, die letztlich vom Verbraucher über die Produktpreise getragen werden, sind von ehemals rund 4 Mrd. DM (bzw. ca. 2 Mrd. Euro) auf unter 1 Mrd. Euro gesunken.⁵⁴ Auf jeden Bürger entfallen heute nur noch gut elf Euro jährlich für die haushaltsnahe Sammlung – im Vergleich zu 26 Euro vor zehn Jahren.⁵⁵

Diesem ökologischen und ökonomischen Erfolg entsprechen die hohen Beteiligungsquoten der Verbraucher, die belegen, dass sich die sortierte Entsorgung mittlerweile als selbstverständlicher Beitrag zu einem verantwortungsvollen Umgang mit Ressourcen eingebürgert hat, eine Veränderung im gesellschaftlichen Umgang, den die dualen

⁵¹ Angaben bei *Bundeskartellamt*, Sektoruntersuchung duale Systeme. Zwischenbilanz der Wettbewerbsöffnung., 2012, S. 34 ff.

⁵² Zahlen bei *Bernd Bilitewski; Georg Härdtle*, S. 71, 148.

⁵³ *BMU*, Daten und Fakten zur haushaltsnahen Wertstofffassung, 2012, S. 1.

⁵⁴ *Bundeskartellamt*, Sektoruntersuchung duale Systeme. Zwischenbilanz der Wettbewerbsöffnung., 2012, S. 7.

⁵⁵ *Duales System Deutschland Holding GmbH*, Wir schließen Kreisläufe! Leistungen und Perspektiven der privaten Wirtschaft, 2013, S. 17.

Systeme durch umfangreiche Öffentlichkeitsarbeit erst angestoßen und dann kontinuierlich unterstützt haben. Auch das war Teil der Idee Kreislaufwirtschaft, die von den Bürgern akzeptiert wird und von Wirtschaftssubjekten mit Renditeorientierung dauerhaft praktisch gefördert und auch durch erfolgreiche Werbemaßnahmen aufrechterhalten wird.

C. Trittbrettfahrerproblematik

I. Grundproblematik

Seit der Handel, die verpackende Industrie, Verpackungshersteller und Vormateriallieferanten 1990 das duale Entsorgungssystem gründeten, um den ansonsten begründeten individuellen Rücknahme und Verwertungspflichten der Verpackungsverordnung ein geordnetes, gemeinsam betriebenes System entgegenzusetzen, gibt es das Problem von sog. Trittbrettfahrern. In der Ökonomie als „Free-Rider-Phänomen“ bezeichnet, meint diese Begrifflichkeit die Pflichtverweigerung bzw. den Missbrauch auf Kosten anderer. Für das hierbei zugrunde gelegte ökonomische Kalkül ist mitentscheidend, wie hoch die Entdeckungs- und Sanktionsrisiko als „free rider“ ist.⁵⁶ Diese Wahrscheinlichkeit des „Auffliegens“ war unter der Verpackungsverordnung stets gering und so führte gerade der große Erfolg, den der „Grüne Punkt“ bei der haushaltsnahen Sammlung von Verpackungsmaterialien von Beginn an hatte, das Duale System bereits im Spätsommer 1993 beinahe in den finanziellen Ruin. Die Mengen der eingesammelten Stoffe übertraf zum einen die Erwartungen bei weitem und führte nicht nur zu höheren Kosten für das von privaten und kommunalen Entsorgern im Auftrag des Dualen Systems durchgeführte Einsammeln, sondern auch zu Kosten für Zwischenlagerungen und Problemen auf der Sortier- und Verwertungsstufe.

Vor allem fehlten aber, und das in erheblichem Umfang, Gebühren-gelder von solchen Herstellern, die das Lizenzzeichen unberechtigt – d.h. ohne Entrichtung der Lizenzgebühren – verwendeten.⁵⁷ Die Grundidee des dualen Entsorgungssystems, nach der Hersteller, die das Lizenzzeichen auf ihre Verpackungen aufdruckten haben, auch die Lizenzgebühr bezahlen und von Verbraucher nur solche Verpackungen über die haushaltsnahen Entsorgungseinrichtungen (Gelbe Tonne,

⁵⁶ *Thomas Straubhaar*, Stellungnahme zur 5. Verordnung zur Änderung der Verpackungsverordnung, 2007, S. 3.

⁵⁷ *Walter Frenz*, *GewArch* 1994, 145 (145).

Gelber Sack) entsorgt werden, die auch ein Lizenzzeichen aufweisen, hat sich als zu optimistisch erwiesen.

Als Trittbrettfahrer werden solche Hersteller und Vertreiber bezeichnet, die bewusst gegen bestehende Verpflichtungen verstoßen. Daneben wird der Begriff aber auch für einen nicht unwesentlichen Teil derjenigen Unternehmer gebraucht, die bei der Anmeldung, Entsorgung und Verwertung ihrer Verpackungen vom Verordnungsgeber nicht intendierte, aber durch uneindeutige Formulierungen und je nach Interessenlage unterschiedlich interpretierbare Definitionen der VerpackV eröffnete, Möglichkeiten einer Nichtlizenzierung von Verkaufsverpackungen nutzen. In diesem Zusammenhang ist teilweise von „Unterlizenzierung“ die Rede.⁵⁸

II. Entwicklung

Möglichkeiten, sich der beschriebenen Grundidee zu entziehen, waren zum Teil konstruktionsbedingt in der Verpackungsverordnung angelegt, zum anderen Teil notwendigen Anpassungen an wettbewerbsrechtliche und europarechtliche Grundentscheidungen geschuldet.

Eine erste Aufweichung des Konzepts der Entsorgung zuvor lizenzierter Verkaufsverpackungen erfolgte durch eine Entscheidung der EU-Kommission im April 2001. Verschiedene Beschwerdeführer hatten sich im November 1999 gegen einen Zeichennutzungsvertrag gewandt, für den das Duale System ein Negativattest bzw. hilfsweise eine Entscheidung über die Freistellung vom Kartellverbot gemäß Art. 81 EGV (jetzt Art. 101 AEUV) erhalten wollte. Dieser erschwere den Marktzutritt anderer Marktteilnehmer, da Lizenznehmer des Dualen Systems davon abgehalten würden, sich für Verpackungs-Teilmengen eines anderen Anbieters zu bedienen.⁵⁹ Die Entscheidung über die Entsorgung musste nach der ursprünglichen Konstruktion bereits im Stadium des Verpackungsdesigns entschieden werden. Da damit die ebenfalls bestehenden Möglichkeiten der Verpackungsverordnung, die

⁵⁸ *Jochen Cantner; Bernhard Gerstenmayr; Thorsten Pitschke; Siegfried Kreibe, Evaluierung der Verpackungsverordnung. Studie des bifa Umweltinstituts Augsburg im Auftrag des Umweltbundesamtes, 2011, S. 90.*

⁵⁹ *Fritz Flanderka; Frank Sieberger, WiVerw 2004, 205 (212).*

Verpackungen als Selbstentsorger zu entsorgen (§ 6 Abs. 1 VerpackV) oder durch einen Dritten entsorgen zu lassen (§ 11 VerpackV), faktisch eingeschränkt werden. Die Entscheidung für die Entsorgung über das Duale System des Grünen Punktes erfolgt also zu einem Zeitpunkt, zu dem die Pflichten aus der Verpackungsverordnung noch nicht wirksam waren. Der Zeichennutzungsvertrag benachteiligte zudem solche Zeichennehmer, die sich mit einer Verpackung bei einem europäischen „Grüner-Punkt“-Partnersystem beteiligten. Deren Verpackungen waren dann mit einem Lizenzzeichen versehen. Um diese in Deutschland in Verkehr bringen zu dürfen, hätte ein Zeichennutzungsvertrag mit der DSD AG abgeschlossen werden und hätten Lizenzentgelte entrichtet werden müssen. Für diese beiden Fälle zwang die Entscheidung der Europäischen Kommission⁶⁰ eine Durchbrechung des Grundgedankens, wonach für jede Benutzung des Lizenzzeichens auch eine Lizenzgebühr zu entrichten ist⁶¹:

Lizenznehmer einer im Ausland ansässigen „Grüner-Punkt“-Partnerorganisation die die Marke „Der Grüne Punkt“ auch auf ihren in Deutschland vertriebenen identischen Verpackungen aufbringen, ohne aber in Deutschland am Dualen System teilzunehmen, müssen für die in Deutschland in Verkehr gebrachten Verpackungen kein Entgelt an die DSD AG entrichten, wenn auf der Verpackung der Hinweis aufgebracht wird, dass die Kennzeichnung mit der Marke „Der Grüne Punkt“ nicht für den deutschen Markt gilt und die Verpflichtungen aus der Verpackungsverordnung nachweislich in anderer Weise als durch die Betei-

⁶⁰ *Europäische Kommission*, Entscheidung vom 20.04.2001, ABl. EG L 166, S. 1.

⁶¹ Ausführlicher *Fritz Flanderka*, in: Flanderka; Stroetmann (Hrsg.), *Verpackungsverordnung. Kommentar, Einführung Rdnr. 23.*

ligung am Dualen System erfüllt werden.⁶²

Lizenznehmer, die mit einer Teilmenge ihrer Verpackungen am Dualen System teilnehmen und den „Grünen Punkt“ verwenden möchten, aber einen anderen Teil der Verpackungen selbst einer Verwertung zuführen bzw. sich dazu Dritter bedienen oder an einem alternativen Befreiungssystem nach § 6 Abs. 3 teilnehmen wollen, müssen für Verpackungen, für die die Pflichten der Verpackungsverordnung nachweislich anderweitig erfüllt worden sind, kein Lizenzentgelt entrichten.⁶³

III. Bisherige Eindämmungsversuche

Die erste Novelle der Verpackungsverordnung im Jahre 1998 war bereits Teil eines Aktionsprogramms zur Bewältigung der oben angesprochenen Probleme des Dualen Systems im Spätsommer 1993. Die zeitliche Verzögerung entstand durch zahlreiche Auseinandersetzungen zwischen Bundesregierung und Bundesrat. Zielsetzung der schließlich am 21.08.1998 im Bundesgesetzblatt veröffentlichten Verordnung war im Hinblick auf einen fairen Wettbewerb, die Rahmenbedingungen für Hersteller und Vertreiber für die Beteiligung an dualen Systemen so zu verändern, dass sog. Trittbrettfahren verhindert werden konnte.⁶⁴ Dazu wurden insbesondere die vorgeschriebenen Verwertungsquoten für duale Systeme und Selbstentsorger vereinheit-

⁶² *Europäische Kommission*, ABl. EG L 166, S. 24.

⁶³ *Europäische Kommission*, ABl. EG L 166. S. 23 f.

⁶⁴ *Fritz Flanderka*, in: Flanderka; Stroetmann (Hrsg.), *Verpackungsverordnung. Kommentar*, Einführung Rdnr. 7 ff.

licht. Das Trittbrettfahrer-Problem wurde dadurch indes nicht gelöst, vielmehr war weiterhin „eine Zunahme so genannter Trittbrettfahrer zu beobachten, die sich an den Kosten für die Entsorgung ihrer Verpackungen nicht beteiligen und diese somit den haushaltsnahen Erfassungssystemen oder den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern aufbürden“⁶⁵.

Auf Initiative der Bundesregierung im Jahre 2006 verfolgte die 5. Novelle der Verpackungsverordnung neben der dauerhaften Sicherstellung der haushaltsnahen Entsorgung erneut vor allem das Ziel, faire Wettbewerbsbedingungen zwischen den Wirtschaftsbeteiligten zu schaffen. Zuvor hatten neben bedeutenden Akteuren aus Industrie und Handel bereits die Umweltministerkonferenz mit zwei Beschlüssen⁶⁶ sowie der Ausschuss für Fragen der Produktverantwortung und der Rücknahmepflicht der LAGA (APV) auf existenzbedrohende Schwierigkeiten der haushaltsnahen Erfassung, insbesondere als Folge mangelnder Lizenzierungsdisziplin sowie bewusster Nichtlizenzierung von Marktteilnehmern hingewiesen.⁶⁷ Dies wurde insbesondere durch den oben beschriebenen Paradigmenwechsel zu erreichen versucht, der eine *grundsätzliche Beteiligungspflicht* an einem dualen System vorsieht, § 6 Abs. 1 VerpackV.

Als Schwachpunkt der VerpackV 1998 wurden die Möglichkeit ausgemacht, im Bereich der Verkaufsverpackungen, die beim privaten Endverbraucher anfallen, zwischen der sog. Selbstentsorgung und der Beteiligung an einem Rücknahmesystem nach § 6 Abs. 3 VerpackV 1998 frei zu wählen, wodurch ein konsequenter Vollzug erschwert wurde. Offensichtlich hatte sich eine zunehmende Zahl von Vertreibern gegen eine Lizenzierung bei einem dualen System entschieden, ohne indes die erforderlichen Anstrengungen zu unternehmen, die in

⁶⁵ Problembeschreibung im Zusammenhang mit der 5. Novelle, BT-Drs. 16/7954, S. 1.

⁶⁶ Umweltministerkonferenzen vom 3./4. November 2005 (Rostock) und 23./24. Mai 2006 (Aerzen), Ergebnisprotokolle samt Beschlüssen abrufbar unter: <http://www.umweltministerkonferenz.de/Dokumente-UMK-Dokumente.html>.

⁶⁷ Jochen Cantner; Bernhard Gerstenmayr; Thorsten Pitschke; Siegfried Kreibe, Evaluierung der Verpackungsverordnung. Studie des bifa Umweltinstituts Augsburg im Auftrag des Umweltbundesamtes, 2011, S. 84.

Verkehr gebrachten Verpackungen in eigener Verantwortung zurückzunehmen und zu verwerten. Erleichtert wurde dies dadurch, dass Hersteller und Vertreiber, die sich auf diese Weise ihrer Produktverantwortung entzogen, von den Vollzugsbehörden auf der Grundlage des bis dahin geltenden Rechts nicht – oder nur mit unverhältnismäßig hohem Aufwand – zu ermitteln waren. Darüber hinaus haben sich Hersteller und Vertreiber, die die Entsorgung und Verwertung selbst übernehmen wollten, zu *Selbstentsorgungsgemeinschaften* zusammengeschlossen, die die Verwertungsanforderungen für Verkaufsverpackungen gemeinsam erfüllen sollten. Dabei wurden die Verwertungsquoten zu Teil dadurch „erfüllt“, dass die an größeren Anfallstellen erfassten Mengen verrechnet wurden, für Mengen, die von Herstellern und Vertreibern über die haushaltsüblichen Distributionswege vertrieben wurden und die sich tatsächlich nicht oder allenfalls in marginalem Umfang um die Rücknahme am Verkaufsort bemühten.⁶⁸ Auf diese Weise entsteht ein System auf dem Papier, während in der Praxis die Endverbraucher die Verpackungen in die Gelbe Tonne gaben, also dem Lizenzsystem übergaben, dem der Händler gerade nicht angehörte.

Um diese Missbrauchsmöglichkeiten abzuschaffen, wurde das oben beschriebene Trennungssystem eingeführt, das die Entsorgungsbereiche in private Endverbraucher und vergleichbare (klein-)gewerbliche Anfallstellen einerseits sowie (groß-)gewerbliche/industrielle Endverbraucher unterteilt. Wenn für den Bereich der privaten Endverbraucher eine Beteiligung an einem haushaltsnahen Entsorgungssystem grundsätzlich vorgeschrieben wurde, dann war damit die Hoffnung verbunden, die sog. Selbstentsorgungslösung für Hersteller und Vertreiber, die ihre Waren an Endverbraucher verkaufen, zu verschließen. Die Selbstentsorgung sollte künftig nur noch dort möglich sein, wo Selbstentsorgung tatsächlich auch in der Praxis stattfindet, d.h. in Bereichen, in denen eine Rücknahme am Ort der Übergabe sinnvoll und aussichtsreich ist. Dies sollte grundsätzlich nur noch bei Verpackungen der Fall sein, die im *gewerblichen* Bereich anfallen. Eine Ausnahme blieb aber die oben beschriebenen Branchenlösungen für vergleichbare Anfallstellen.

⁶⁸ BT-Drs. 16/7954 S. 14.

Für Verkaufsverpackungen, die entgegen der grundsätzlichen Vermutung tatsächlich am Verkaufsort zurückgenommen wurden und anschließend einer Verwertung gemäß Anhang I Nr. 1 zugeführt wurden, wurde die anteilige Rückerstattung der in ein duales System geleisteten Entgelte vorgesehen, § 6 Abs. 1 Satz 6 VerpackV.

Als Kontrollmechanismen wurde die Vollständigkeitserklärung nach § 10 VerpackV eingeführt, die Hersteller und Vertreiber verpflichtet, sämtliche von ihnen in Verkehr gebrachten Verkaufsverpackungen vollständig aufzuführen. Aus dieser Erklärung soll hervorgehen, welche Verkaufsverpackungen das verpflichtete Unternehmen in Verkehr gebracht hat, welcher Anteil dieser Verpackungen bei privaten Endverbrauchern und welcher Anteil bei gewerblichen Endverbrauchern angefallen ist und bei welchen haushaltsnahen Systemen die Mengen lizenziert wurden, die zu privaten Endverbrauchern gelangten, bzw. wie die Entsorgung im Bereich der gewerblichen Verkaufsverpackungen gelöst ist.⁶⁹

Auf den ersten Blick könnte man den Eindruck gewinnen, mit dem Kostenerstattungsanspruch in § 6 Abs. 1 Satz 4 VerpackV gäbe es eine Möglichkeit, wie Systembetreiber ihre Entsorgungs- und Verwertungskosten für Verpackungen von nicht an einem System beteiligten Hersteller und Vertreiber von diesen zurückerstattet bekommen können.⁷⁰ Darin heißt es:

„(...) zum Ersatz ihrer Kosten können die Systeme (...) auch denjenigen Herstellern und Vertreibern, die sich an keinem System beteiligen, die Kosten für die Sammlung, Sortierung, Verwertung oder Beseitigung der von diesen Personen in Verkehr gebrachten und vom System entsorgten Verpackungen in Rechnung stellen“.

⁶⁹ BT-Drs. 16/7954 S. 15.

⁷⁰ So z.B. *Jochen Cantner; Bernhard Gerstenmayr; Thorsten Pitschke; Siegfried Kreibe*, Evaluierung der Verpackungsverordnung. Studie des bifa Umweltinstituts Augsburg im Auftrag des Umweltbundesamtes, 2011, S. 86.

Dies ist indes nicht der Fall. Der Anspruch ist nach wie vor hinsichtlich seiner Qualifikation umstritten,⁷¹ er entspricht weitgehend der bisher in Anhang I Nr. 3 Abs. 5 a.F. aufgeführten Bestimmung. Zu dieser Vorschrift, die vom Bundesrat in die Verordnung eingefügt wurde⁷² hat bereits der Bundestag einschränkend festgestellt, dass diese Möglichkeit nur gegen „echte“ Trittbrettfahrer angewandt werden dürfe. Und auch der BGH hat in einem Beschluss vom 26.09.2002 (Amazon-Entscheidung) festgestellt, dass sich aus § 6 Abs. 1 und Abs. 3 VerpackV kein Zahlungsanspruch für Systembetreiber ergibt gegen Vertreiber von Verkaufsverpackungen, die weder die von ihnen in den Verkehr gebrachten Verpackungen vom Endverbraucher zurückgenommen noch sich an einem System zur regelmäßigen Abholung gebrachter Verkaufsverpackungen beteiligt haben.⁷³ In der Praxis ist diese Regelung bereits bisher nicht zur Anwendung gekommen und es steht auch nicht zu erwarten, dass sich daran etwas ändert. Angesichts der Mehrzahl der am Markt tätigen dualen Systeme stellt sich bereits die Frage, welches System eigentlich als Anspruchsgläubiger berechtigterweise in einem solchen Fall vorgehen kann.⁷⁴

IV. Missbrauchskonstellationen

Die Missbrauchskonstellationen setzen an den vorgesehenen Ausnahmetatbeständen der Verpackungsverordnung an. Dies ist zum einen die Rückerstattungsmöglichkeit des § 6 Abs. 1 Satz 5 VerpackV zum anderen die Ausnahme vom Beteiligungszwang für sog. Branchenlösungen, § 6 Abs. 2 VerpackV sowie individuelle Ansätze.

⁷¹ Dazu *Markus W. Pauly*, AbfallR 2008, 46 (48).

⁷² BR-Drs. 445/98, Ziff. 32.

⁷³ *BGH*, Beschl. vom 26.09.2002, III ZR 18/02, NJW 2003, 138 f.

⁷⁴ *Clemens Stroetmann*, in: Flanderka; Stroetmann (Hrsg.), Verpackungsverordnung. Kommentar, § 6 Rdnr. 29.

Zielsetzung sämtlicher Missbrauchskonstellationen ist es naturgemäß, die eigenen Beteiligungskosten am dualen System zu reduzieren und Kosten auf andere zu überwälzen. Die Lizenzentgelte werden durch verschiedenste Verrechnungsmethoden möglichst gering gehalten, um die eigene Ergebnissituation zu verbessern. Dadurch wird das von der Europäischen Kommission verfolgte Ziel verfehlt, die durch Einweg-Erzeugnisse und Verpackungen verursachten Umweltkosten transparent widerzuspiegeln.⁷⁵ Unterlaufen wird zudem der Innovationsanreiz im Hinblick auf die Verwendung von Verpackungsgestaltung und Verpackungsmaterialien.

1. Missbrauch Rückerstattung

Die erste Gruppe von Missbrauchskonstellationen setzt an der gemäß § 6 Abs. 1 Satz 5 VerpackV vorgesehenen Rückerstattungsmöglichkeit von Lizenzgebühren für solche Verkaufsverpackungen an, die nachweislich vom Vertreiber am Ort der Abgabe zurückgenommen und auf eigene Kosten einer Verwertung entsprechend den Anforderungen in Anhang I Nr. 1 VerpackV zugeführt wurden. Dieser Anspruch besteht auch für zurückgenommene Verkaufsverpackungen, die von einem anderen Vertreiber in Verkehr gebracht wurden, wenn es sich um Verpackungen derselben Art, Form und Größe handelt, die der anspruchsberechtigte Vertreiber ebenfalls in seinem Sortiment führt.

Regelungsidee der Rückerstattung von Lizenzgebühren gemäß § 6 Abs. 1 Satz 5 VerpackV ist, dass der Letztvertreiber für die am Verkaufsort zurückgenommenen Verkaufsverpackungen die gezahlten Lizenzgebühren zurückerstattet bekommen kann, weil für diese das (teurere) duale System nicht in Anspruch genommen wurde. Die am Verkaufsort zurückgenommenen Verpackungen mussten nicht über die Haushaltsentsorgung erfasst werden.

Missbräuchlich genutzt werden diese Rückerstattungsmöglichkeiten beispielsweise dann, wenn die zurückgenommenen Mengen an Verkaufsverpackungen mit solchen Verpackungen gemischt werden, die nicht der Pflicht des § 6 Abs. 1 VerpackV unterliegen, für die mithin

⁷⁵ *Europäische Kommission*, Grünbuch zu einer europäischen Strategie für Kunststoffabfälle in der Umwelt, COM(2013) 123 final S. 19 f.

zuvor keine Lizenzentgelte bezahlt wurden. Dies ist etwa dann der Fall, wenn ebenfalls beim Letztvertreiber anfallende Verkaufs- oder Transportverpackungen über das tatsächliche Maß an Verkaufsverpackungen hinaus als rückerstattungsfähig deklariert werden.

Diese und ähnliche andere Missbrauchskonstellationen sind auf Grund der derzeitigen gesetzlichen Konstruktion und der *geringen Vollzugstiefe* faktisch schwer festzustellen und entsprechend zu sanktionieren. Die Zahlen legen aber ein beachtliches Potential nahe, so sind nach Angaben der Gemeinsamen Stelle der dualen Systeme im Jahr 2012 fast 94.000 t Leichtverpackungen am POS zurückgenommen wurden, was einer Quote von etwa 10 % der Leichtverpackungen entspricht. Dass der Verbraucher jede zehnte Verkaufsverpackung im Laden zurücklässt, widerspricht indes der Lebenserfahrung. Zudem fällt auf, dass der ganz überwiegende Anteil der Eigenrücknahmemengen von solchen Entsorgungsunternehmen gemeldet wird, die sich nicht der freiwilligen Selbstkontrolle über das BDE-Zertifikat angeschlossen haben.⁷⁶

2. Missbrauch Branchenlösungen

Branchenlösungen setzen – wie oben dargestellt – an der Tatsache an, dass bestimmte Verkaufsverpackungen nicht beim Endverbraucher anfallen, sondern an sogenannten „vergleichbaren Anfallstellen“. Diese vergleichbaren Anfallstellen haben die Besonderheit, dass hier größere als haushaltsübliche Mengen Verkaufsverpackungen anfallen, die zudem in großen Behältern entsorgt werden können. Für diese vergleichbaren Anfallstellen lohnt sich der Aufbau spezieller Entsorgungsstrukturen, die im Vergleich zur Entsorgung am Endverbraucherhaushalt einfacher und deshalb wesentlich kostengünstiger durchgeführt werden können. Um diese Kostenvorteile nutzen zu können, sieht die Verpackungsverordnung die Möglichkeit der Entsorgung über Branchenlösungen vor.

⁷⁶ Vgl. die Pressemitteilung der Duales System Holding vom 20. Juni 2013, abrufbar unter <http://www.dsd-holding.de/de/kommunikation/presseinformationen/ansicht/article/zehn-prozent-zurueck-in-den-laden.html>.

Beteiligt sich ein Hersteller für seine Verkaufsverpackungen an einer Branchenlösung, muss er nachweisen, dass eine bestimmte Menge seiner (Waren mit) Verkaufsverpackungen nicht bei (privaten) Haushaltungen, sondern an vergleichbaren Anfallstellen anfallen. Für diesen Anteil kann er sich an einer gegenüber der zuständigen Behörde angezeigten Branchenlösung beteiligen und braucht in diesem Umfang keine Lizenzgebühren für die Teilnahme an einem dualen System bezahlen. Die betreffenden Verkaufsverpackungen müssen zu keinem Zeitpunkt bei einem dualen System lizenziert werden; dies unterscheidet die Branchenlösungen von der Eigenrücknahme nach § 6 Abs. 1 S. 5 ff. VerpackV, aufgrund der es zu einer nachträglichen Herausnahme von Mengen aus den dualen Systemen kommt.

Zum Nachweis, in welchem Umfang Verkaufsverpackungen nicht beim Endverbraucher anfallen (branchenfähige Verpackungsmengen) können „einschlägige Unternehmensdaten und aussagekräftige Gutachten“ herangezogen werden.⁷⁷ Kennt der Hersteller die Anfallstrukturen der von ihm in Verkehr gebrachten Verkaufsverpackungen, kann er diese individuellen, nachzuweisenden Quoten bei der Einbringung in Branchenlösungen zugrunde legen. Kennt er die Anfallstrukturen nicht genau, kann er den Anteil der an vergleichbaren Anfallstellen anfallenden Tonnagen durch Gutachten plausibilisieren. Eine zulässige Plausibilisierung wäre beispielsweise die Bezugnahme auf die Branchengutachten der Gesellschaft für Verpackungsmarktforschung (GVM). Dazu muss der Hersteller seine Verkaufsverpackungen einer bestimmten Produktgruppe zuordnen. Für jede Produktgruppe wird – getrennt nach Materialfraktionen – der durchschnittliche Anteil branchenfähiger Verkaufsverpackungen angegeben.⁷⁸

Eine solcher statistischer Nachweis ist aber nur dann statthaft, wenn die durch das Gutachten ermittelten Durchschnittsquoten zur Bestimmung der branchenfähigen Mengen nach dem damit abgebildeten Modell auch tatsächlich auf das jeweilige Unternehmen übertragen werden können. Hersteller und Vertreiber sind nicht von ihrer Pflicht

⁷⁷ Schreiben des Vorsitzenden des Ausschusses für Produktverantwortung (APV) der Bund/Länder-Arbeitsgemeinschaft Abfall v. 11.02.2011.

⁷⁸ *Gesellschaft für Verpackungsmarktforschung*, Leitfaden für die Anwendung der GVM-Studie, 2013, S. 8.

befreit, sich von der Richtigkeit der so ermittelten branchenfähigen Verpackungsmengen für ihr Unternehmen zu überzeugen. „Die Vertriebsstruktur des Unternehmens sollte so ausgerichtet sein, dass eine weitgehende Übereinstimmung der Modellquote und der tatsächlichen bei vergleichbaren Anfallstellen nach § 3 Abs. 11 VerpackV anfallenden Verkaufsverpackungen zumindest sehr wahrscheinlich ist.“⁷⁹

In der Praxis wird das beschriebene zulässige Modell in unzulässiger Weise ausgeweitet. Einzelne Inverkehrbringer von Verkaufsverpackungen kombinieren die Durchschnittsquoten mit Quoten, die aus unternehmensindividuellen Vertriebsdaten abgeleitet werden. Für eine Teilmenge der in Verkehr gebrachten Verpackungen, deren Anfallstrukturen im Rahmen einer Vertriebsanalyse hinreichend genau beschrieben werden kann, wendet der Inverkehrbringer individuelle Quoten an oder bringt diese Verpackungen vollumfänglich in Branchenlösungen ein. Auf die restlichen Verpackungen wird der Anteil branchenfähiger Verkaufsverpackungen gemäß der Durchschnittswerte angewandt. Diese kombinierte Anwendung von Individual- und Pauschalquoten ist bereits aus statistischen Gründen unzulässig, da in den Durchschnittswerten die branchenfähigen Verkaufsverpackungsanteile bereits eingerechnet sind. Durch eine Kombination von Individual- und Durchschnittsquoten kann insgesamt ein zu hoher Anteil der Verkaufsverpackungen in Branchenlösungen eingebracht werden.⁸⁰

Eine weitere missbräuchliche Praxis liegt in der Verwendung alter Studien über den „Außer-Haushaltsverbrauch“⁸¹, darin wird untersucht, in welchem Umfang bestimmte Verkaufsverpackungen außer Haus verbraucht werden. Daraus können indes keine zulässigen Rückschlüsse auf den Anfall von Verkaufsverpackungen an vergleichbaren Anfallstellen im Sinne des § 3 Abs. 11 VerpackV gezogen werden.

⁷⁹ LAGA-Schreiben v. 11.02.2011.

⁸⁰ *Gesellschaft für Verpackungsmarktforschung*, Leitfaden für die Anwendung der GVM-Studie, 2013, S. 6.

⁸¹ Vgl. die Stellungnahme der Gesellschaft für Verpackungsmarktforschung vom 09.11.2010.

3. Sonstige Missbrauchstatbestände

Ungeachtet der genannten systematischen Schwachstellen der Eigenrücknahme und Branchenentsorgungslösungen, kann durch die derzeitige rechtliche Konstruktion nicht ausgeschlossen werden, dass die jeweils zur Dokumentation erforderlichen Erfassungs- und Verwertungsnachweise mehrfach verwendet werden, und zwar gleichzeitig im Rahmen von Branchenlösungen und von Eigenrücknahmesystemen und zusätzlich sogar im dualen System. Tatsächlich erfasste und verwertete Mengen werden so mehrfach berücksichtigt.

Weitere missbräuchliche Praktiken bestehen in der unzulässigen Abmeldung bzw. Nichtanmeldung von Verkaufsverpackungen in der Höhe der Quote, zu der Verkaufsverpackungen bei (privaten) Haushaltungen nicht über duale Systeme sondern über den Restmüll entsorgt werden (Fehlwurfquote).

Eine andere Möglichkeit ist die Anmeldung der Materialfraktionen. Verkaufsverpackungen werden nicht in der zutreffenden Fraktion angemeldet (z.B. Leichtverpackungen) sondern anteilig getrennt nach Materialien in anderen Fraktionen (z.B. Papier und Kartonage). So lassen sich beispielsweise Getränkekartonverbunde, die aus Papier (z.B. 80 %), Aluminium und Kunststofffolie bestehen und die als (teure) Leichtverpackung entsorgt werden müssten, billiger entsorgen, wenn man die Bestandteile einzeln zur Entsorgung anmeldet; auf diese Weise können beispielsweise 80 % der Tonnage zu dem wesentlich günstigeren Tarif für Papier und Kartonage angemeldet werden. Als (teure) Leichtstoffverpackungen wird dann nur noch der Rest angemeldet. Tatsächlich sind die Materialfraktionen aber nicht getrennt angefallen, sondern gerade im Verbund.

Weiterer Ansatzpunkt missbräuchlicher Kostensenkung ist die Umdeklarierung in solche Verpackungen, für die keine Anschlusspflicht nach § 6 Abs. 1 VerpackV besteht, weil sie nicht typischerweise beim privaten Endverbraucher anfallen. Dazu gehören insbesondere Transportverpackungen gem. § 4 VerpackV und gem. § 7 VerpackV sonstige Verpackungen, die nicht beim privaten Endverbraucher anfallen. In dem Umfang, wie ein Hersteller solche Verpackungen in Verkehr bringt, unterliegt er nicht dem Systemanschlusszwang. Die Grenze zum Missbrauch wird aber da überschritten, wo die Unterscheidung

nach Verpackungsarten nicht nach den tatsächlichen Gegebenheiten, sondern unter Rückgriff auf unplausible Durchschnittswerte getroffen werden und diese Quoten bei der Anmeldung der Verpackungsmengen pauschal in Anzug gebracht werden, um die Entsorgungskosten zu verringern. Die Entwicklung geht auch hier dahin, möglichst günstige Durchschnittsquoten heranzuziehen, ohne Rücksicht darauf, ob sie auf das konkrete Unternehmen übertragbar sind.

Missbrauchsfreundliche Abzüge werden zudem anhand von Durchschnittsquoten vorgenommen für sog. „Bruch und Verderb“, d.h. für Verpackungen, die entgegen der ursprünglichen Intention nicht zum privaten Endverbraucher gelangen, wie beispielsweise Waren mit abgelaufenem Mindesthaltbarkeitsdatum. Diese Abzüge können über das zulässige Maß hinaus ausgedehnt werden, wenn sie ohne Bezug zu den tatsächlichen Gegebenheiten verwendet werden.

Nicht nur bei unsachgemäßem Ansatz, sondern jedenfalls unzulässig sind Abzüge in Höhe des Anteils an Verkaufsverpackungen, der zum Beispiel in grenznahen Regionen von privaten Endverbrauchern in das Ausland „exportiert“ wird. Ebenso unzulässig sind Abzüge in Höhe der durchschnittlichen Diebstahlquote im Einzelhandel (5 %), da die Art und Weise des Inverkehrbringens in der Verpackungsverordnung nicht auf den Verkauf beschränkt ist.

4. Effektivierung durch Verantwortungsübertragung

Die Missbrauchskonstellationen haben schon im Einzelfall zum Teil erhebliche Auswirkungen. Effektiviert werden sie indes erst durch die Möglichkeit von Herstellern, sich ihrer Produktverantwortung dadurch zu entledigen, dass sie ihre Rechte und Pflichten an Dritte übertragen, sog. Vollmachtsmodelle. Diese Möglichkeit wird durch § 11 VerpackV eröffnet, der feststellt:

„Hersteller und Vertreiber können sich zur Erfüllung ihrer Pflichten aus dieser Verordnung Dritter bedienen.“

Dabei handelt es sich freilich um eine bloße Klarstellung, denn es folgt bereits aus allgemeinen Grundsätzen, dass eine nicht höchstper-

sönliche Pflicht durch Beauftragte erfüllt werden kann. Für diese Möglichkeit hat sich ein Markt sog. Vollmachtgebender Unternehmen entwickelt. Mit dem aufkommenden Wettbewerb bei der Verpackungsentsorgung ist die Bedeutung der Beauftragung Dritter überproportional gestiegen.⁸² Diese Unternehmen übernehmen die Verpflichtungen von Herstellern und Vertreibern in erheblichem Umfang und stellen diesen in entsprechendem Umfang die erforderlichen Entsorgungsnachweise aus, d.h. die Beteiligung an einem dualen System und/oder die Beteiligung an Branchenlösungen. Neben „Full-Service-Angeboten“ existieren auch Spezialisten, die sich auf bestimmte Bereiche konzentrieren. Im Zusammenhang mit Verkaufsverpackungen gibt es zwar einige Pflichten, die ihrer Rechtsnatur nach grundsätzlich nicht übertragbar sind – dazu gehören die Beteiligungspflicht nach § 6 Abs. 1 oder die Verpflichtung zur Abgabe einer Vollständigkeitserklärung gem. § 10 –, in diesen Bereichen kann aber die konkrete organisatorische Abwicklung durch oder mit Hilfe eines Dritten erfolgen. Alle anderen Verpflichtungen sind (wie u.a. auch die Pflichten aus § 4 VerpackV für Transportverpackungen oder die Pflichten aus § 7 für Verkaufsverpackungen) vollständig auf Dritte übertragbar. So ist die Organisation und Durchführung einer branchenbezogenen Selbstentsorgerlösung nach § 6 Abs. 2 VerpackV umfassend auf entsprechende Dienstleister übertragbar. Entsprechend beauftragte Dritte haben nach § 6 Abs. 2 Satz 1 VerpackV z.B. ein eigenständiges Recht zur Vorlage der notwendigen Sachverständigenbescheinigungen.⁸³ Das Geschäftsmodell besteht darin, für die entsprechenden Tonnagen eine möglichst kostengünstige Entsorgung nachzuweisen. Auf dieser Basis sind nach Informationen der Branche Abrechnungsmodelle möglich, die den Markt mit einem reinen Preiswettbewerb ohne Rücksicht auf Qualität immer weiter unter Druck setzen.⁸⁴ Dazu werden die oben beschriebenen Möglichkeiten möglichst extensiv genutzt. Relevant werden dabei insbesondere solche Möglichkeiten, die oben unter dem

⁸² *Fritz Flanderka*, in: Flanderka; Stroetmann (Hrsg.), Verpackungsverordnung. Kommentar, § 11 Rdnr. 1.

⁸³ *Fritz Flanderka*, in: Flanderka; Stroetmann (Hrsg.), Verpackungsverordnung. Kommentar, § 11 Rdnr. 6.

⁸⁴ *Jochen Cantner; Bernhard Gerstenmayr; Thorsten Pitschke; Siegfried Kreibe*, Evaluierung der Verpackungsverordnung. Studie des bifa Umweltinstituts Augsburg im Auftrag des Umweltbundesamtes, 2011, Kurzfassung, S. 8.

Stichwort der Unterlizenzierung eingeführt wurde. Die marktwirtschaftliche Innovationskraft wird also nicht auf die Entsorgungstechnik gelenkt, sondern auf die Techniken der legalen und illegalen Gebührenvermeidung. Eine *systematische Unterlizenzierung* führt auf Dauer zu einer erheblichen negativen Beeinflussung des unternehmerischen Wettbewerbs, da sich ein Teil der Akteure einen Wettbewerbsvorteil in Form niedrigerer Kosten verschafft.⁸⁵ Für die großen Mengen, für die solche Drittunternehmen die Entsorgungs- und Verwertungsverantwortung der Hersteller und Vertreiber übernehmen, lohnen sich nicht nur auch solche Missbrauchstatbestände, die für einen einzelnen Verpflichteten zu wenig lukrativ wären, es ist wegen der komplizierten Mengenverrechnungen auch nahezu unmöglich, eine korrekte Entsorgung und Verwertung nachzuvollziehen, wodurch das Kontrollrisiko nahezu ausgeschlossen wird.

Nach Einschätzungen von Akteuren in Industrie und Handel hat insbesondere die Menge an Verpackungen zugenommen, „die mit Hilfe besonders ‚kreativer‘, überwiegend rechtswidriger Methoden aus der Beteiligungspflicht an dualen Systemen herausgerechnet wurden.“⁸⁶ Die mangelnde Leistungsfähigkeit der genannten Dienstleister ist an der Tatsache ablesbar, dass trotz der Zunahme von Lizenznehmern nach der Novellierung die Menge der Lizenzmengen konstant geblieben ist. Diese Methoden führen nicht nur zu einem direkten unredlichen Gewinnvorteil bei den Unternehmen, die auf diese unseriösen Methoden zurückgreifen, sondern wirkt sich mittelbar auch spürbar auf die seriösen Anbieter aus, da die – gleichbleibenden – Systemgebühren von den Trägern dualer Systeme nach Marktanteilen getragen werden, d.h. der Kostenanteil ist bei solchen Unternehmen besonders hoch, die ihren Marktanteil nicht unseriös klein rechnen.

5. Drohender Systemzusammenbruch

⁸⁵ *Jochen Cantner; Bernhard Gerstenmayr; Thorsten Pitschke; Siegfried Kreibe*, Evaluierung der Verpackungsverordnung. Studie des bifa Umweltinstituts Augsburg im Auftrag des Umweltbundesamtes, 2011, S. 90.

⁸⁶ Auswahl der Verbalantworten aus Industrie und Handel in: *Jochen Cantner; Bernhard Gerstenmayr; Thorsten Pitschke; Siegfried Kreibe*, Evaluierung der Verpackungsverordnung. Studie des bifa Umweltinstituts Augsburg im Auftrag des Umweltbundesamtes, 2011, S. 91.

Inzwischen hat sich die Trittbrettfahrerkonstellation derart verschärft, dass einzelne rechtmäßig arbeitende Systembetreiber mit ihrem wirtschaftlichen Zusammenbruch rechnen müssen, weil sie einerseits konstante oder steigende Verpackungsmengen zu sammeln und zu verarbeiten haben, andererseits die Lizenzzahlungen signifikant schrumpfen. Der deutliche Rückgang von Mengen im Bereich der über duale Systeme entpflichteten Mengen verläuft nicht proportional zum tatsächlichen Verpackungsverbrauch, der sogar leicht gestiegen ist. Nach dem letzten vorliegenden Ergebnis der vorläufigen Meldungen für Januar bis März 2014 sind die erwarteten Lizenzmengen je nach Fraktion zwischen 15 und rund 24 Prozent unter das Niveau der testierten Planmengen vom vergleichsweise herangezogenen ersten Quartal des Vorjahres (2013) gefallen.⁸⁷ Dadurch würden dem privatwirtschaftlich organisierten haushaltsnahen Rücknahmesystem auf das Jahr 2014 hochgerechnet deutlich über 120 Millionen Euro an Einnahmen fehlen. Insolvenzen werden nicht mehr ausgeschlossen.⁸⁸

⁸⁷ EUWID 1/2.2014 S. 1 f.

⁸⁸ EUWID 1/2.2014 S. 1.

D. Staatliche Verantwortung

I. Privatisierung öffentlicher Aufgaben

Die Trittbrettfahrerproblematik belastet das gesamte Steuerungssystem der VerpackV, durch die Verzerrung wird die Freiheit und Gleichheit des Wettbewerbs verletzt, Verbraucher werden verunsichert. Der erfolgreiche ökologische Regelungsansatz der Kreislaufwirtschaft steht im Verpackungsbereich auf dem Spiel. Es geht um die Erhaltung eines effizienten Instruments einer nachhaltigen Stoffstromwirtschaft, das dazu beigetragen hat, Deutschland in diesem Bereich zu einem Weltmarktführer werden zu lassen.⁸⁹

Schon jetzt gibt es Interessenten, die auch ihrem wirtschaftlichen oder fiskalischen Vorteil folgend, die Rückabwicklung des Systems und die Re-Publifizierung oder Kommunalisierung der Abfallentsorgung fordern. Aber wäre es nicht seltsam, wenn der Gesetzgeber zwei Jahrzehnte lang ein neuartiges Konzept der Produktverantwortung⁹⁰ etabliert, Milliardeninvestitionen initiiert, die Europäisierung dieses Ansatzes erfolgreich vorantreibt, um dann – weil Probleme der Feinsteuerung nicht richtig angegangen werden – die Flinte ins Korn zu werfen und den Rückzug anzuordnen? Darf der Staat überhaupt einen öffentlich bedeutsamen Wirtschaftssektor mit weitgehenden Regulierungsvorgaben Wirtschaftskräften zur Selbstregulierung überlassen, ohne zugleich geeignete Vorkehrungen zu treffen, dass der wirtschaftliche Wettbewerb sich in grundrechtsentsprechender Weise bei voller Wahrung der gesetzgeberischen Ziel zu entfalten vermag?

⁸⁹ Im Jahr 2011 hat die Kreislaufwirtschaft weltweit ein Marktvolumen von 93 Milliarden Euro erreicht. Für 2025 wird ein Wachstum auf 145 Milliarden Euro prognostiziert; das entspricht einem Wachstum von knapp 56 Prozent. Bei den sog. GreenTech-Anbietern halten deutsche Unternehmen einen beachtlichen Anteil von 15 Prozent am Weltmarkt. Im Bereich der Kreislaufwirtschaft sind deutsche Anbieter noch besser vertreten: Hier beträgt der Weltmarktanteil 17 Prozent.

⁹⁰ Silke Thomson, Produktverantwortung. Rechtliche Möglichkeiten und Grenzen einer Kreislaufwirtschaft, 1998.

Vor dem Hintergrund dieser Fragen kommt es darauf an, wer die Verantwortung dafür trägt, dem Problem des abfallwirtschaftsrechtlichen Moral Hazard entgegenzutreten und welches Minimum an Vorkehrungen geschuldet ist. Muss der Staat, müssen die Länder schärfer überwachen? Sind zivil- oder öffentlich-rechtliche Regressmöglichkeiten zu stärken oder obliegt es dem Gesetz- und Verordnungsgeber, das „Duale System“ selbst in Stand zu setzen, Trittbrettfahrern die Möglichkeiten zu beschneiden. Um die Verantwortlichkeiten im System indirekter Umweltpolitik bestimmen zu können, müssen zunächst die von der Wirtschaft geschaffenen privaten Organisationen genauer untersucht werden, deren „Zwittergestalt“ eine rechtliche Verantwortungszurechnung schwierig macht.⁹¹

Ausgehend von einem traditionellen Verständnis von Abfallentsorgung als Aufgabe der öffentlichen Hand, als Teil der kommunalen Daseinsvorsorge,⁹² wird im Zusammenhang mit der Verpackungsverordnung vielfach von der *Privatisierung* der Abfallentsorgung geredet.⁹³ Allgemein bedeutet Privatisierung dasselbe wie Entstaatlichung⁹⁴ und meint damit den Wechsel vom öffentlichen Sonderrecht zum Privatrecht; den Übergang von staatlicher Hoheitsgewalt auf gesellschaftliche Freiheit. Damit wäre auf den ersten Blick die Verantwortung für den gesamten Bereich prinzipiell den Marktkräften, den beteiligten Privatrechtssubjekten übertragen. Die Terminologie gründet sich damit auf die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft. Privatisierung meint insofern zunächst die Rückgabe staatlich verwalteter Bereiche an die freie, in den Bahnen des Privatrechts organisierte Gesellschaft.⁹⁵ „Ungeachtet der beträchtlichen Randunschärfen meint Privatisierung im allgemeinen aber die Verlagerung von Angelegen-

⁹¹ *Udo Di Fabio*, NVwZ 1995, 1 (2).

⁹² *Martin Beckmann*, Abfallrecht zwischen staatlicher Lenkung, kommunaler Daseinsvorsorge und privatem Wettbewerb, VerwArch 2003, 371 (372).

⁹³ *Kurt; Sproll Kieth, Hans-Dieter*, Die Privatisierung der Abfallentsorgung am Beispiel der Verpackungsverordnung, ZIP 1994, 275 ff.

⁹⁴ *Dietmar Görgmaier*, Möglichkeiten und Grenzen der Entstaatlichung öffentlicher Aufgaben, DÖV 1977, 356 ff.

⁹⁵ *Udo Di Fabio*, Privatisierung und Staatsvorbehalt, JZ 1999, 585.

heiten, die bisher durch die öffentliche Hand wahrgenommen wurden, in den privaten Bereich.“⁹⁶

Ohne (direkte) Auswirkung auf den Bestand öffentlicher Aufgaben ist der Grundfall der Privatisierung, die Vermögensprivatisierung. Dabei veräußert der Staat aus seinem Eigentum Liegenschaften und Beteiligungen an Wirtschaftsunternehmen des Fiskalbereichs. Von Privatisierung im eigentlichen Sinne darf aber auch gesprochen werden, wenn eine öffentliche Aufgabe nicht mehr als solche wahrgenommen, sondern der freien Gesellschaft wieder zur Gänze überlassen wird.⁹⁷ Es handelt sich um eine grundsätzlich freie Entscheidung des Gesetzgebers, ob etwa der Betrieb eines Kindergartens eine öffentliche Aufgabe ist oder nicht. Mit dem nahezu uferlosen Begriff der seit *Forsthoff* so genannten *Daseinsvorsorge*⁹⁸ hatte sich der Staat tief in die Wirtschaft vorgewagt, aber in den letzten Dekaden auch gerade auch unter dem Einfluss der europäischen Rechtsentwicklung deutliche Rückzugsbewegungen vollführt, wie die Privatisierung von Bahn und Post oder die Deregulierung von Märkten wie dem der Elektrizitätsversorgung. Der Gesetzgeber entscheidet immer wieder neu, ob etwa die Versorgung mit Elektrizität eine öffentliche Aufgabe der Daseinsvorsorge ist oder privatwirtschaftliche Betätigung, die wegen der bedeutsamen auf dem Spiel stehenden öffentlichen Interessen einer vergleichsweise intensiven Wirtschaftsaufsicht unterworfen wird.

Ob und inwieweit die Abfallwirtschaft von der öffentlichen Daseinsvorsorge auf die Verursacherverantwortung umgestellt wird, entscheidet der demokratische Gesetzgeber.⁹⁹ Die eigentliche oder „echte“ Privatisierung bezeichnet den hoheitlichen Verzicht auf eine öffentli-

⁹⁶ *Hartmut Bauer*, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, VVDStRL 1995, 243 (250).

⁹⁷ *Michael Ronellenfitsch*, Schranken einer Privatisierung der staatlichen Unfalluntersuchung im Bereich der Eisenbahn, NVwZ 1998, 1021 (1023).

⁹⁸ Zur Begriffsgeschichte: *Wolfgang Löwer*, Energieversorgung zwischen Staat, Gemeinde und Wirtschaft, 1989, S. 109 ff. Im Unionsrecht ist, der französischen Begriffsbildung „service public“ folgend, die Rede von „Dienstleistungen von allgemeinem (wirtschaftlichen) Interesse“ [Art. 14 AEUV (ex Art. 16 EGV) und Art. 106 Abs. 2 AEUV (ex Art. 86 Abs. 2 EGV)].

⁹⁹ *Udo Di Fabio*, JZ 1999, 585 (586) m.w.N.

che Aufgabe als Verwaltungsmaterie und die grundsätzliche Überlassung dieses Sachgegenstandes der privatrechtlich organisierten Gesellschaft. Solange indes von öffentlicher Aufgabe ausdrücklich oder durch Auslegung ermittelbar in einem aufgabenzuweisenden Gesetz die Rede ist, wird dadurch die thematische Zugehörigkeit zur Sphäre des Staates angezeigt. In der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts werden daher die Begriffe „öffentliche Aufgabe“ und „hoheitliche Aufgabe“ synonym verwendet.¹⁰⁰ Die Auslegung ist indes nicht immer einfach. Insbesondere, da sich die Pflichten im Themenfeld der Abfallentsorgung im Zeitverlauf erheblich gewandelt haben.

Anfangen von einer primär als ordnungsrechtliche Gefahrenbeseitigung bzw. Seuchenhygiene¹⁰¹ verstandenen Abfallbeseitigung durch die Kommunen mit frühen Gebührenerhebungskompetenzen bereits im Preußischen Kommunalabgabengesetz vom 14. Juli 1893¹⁰² verfolgte erstmals das Abfallbeseitigungsgesetz das Regelungsanliegen einer schadlosen Beseitigung aller Abfälle unter Schonung der Umwelt im Interesse der Allgemeinheit. Das Abfallgesetz nahm die Kommunen in die Pflicht: Die Abfallbeseitigung wurde als öffentliche Aufgabe der Daseinsvorsorge beschrieben; den Kommunen als öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern wurde die Aufgabe der Abfallbeseitigung als Pflichtaufgabe übertragen. § 3 Abs. 1 AbfG 1972 verpflichtete sie, die in ihrem Gebiet angefallenen Abfälle zu entsorgen, eine Übertragung ihrer Pflichten auf private Dritte war nicht möglich, gestattet war ihnen lediglich eine Drittbeauftragung gem. § 3 Abs. 2 AbfG 1972.¹⁰³ Im Zuge weitreichender Änderungen des Abfallgesetzes im Jahr 1986 wurden Abfallvermeidung und Abfallverwertung zu Rechtspflichten erhoben. Die Verwertung blieb aber Aufgabe der Daseinsvorsorge und war den Kommunen als hoheitliche Aufgabe zugewiesen. In der Folgezeit entfalteten die Kommunen vielfältige Aktivi-

¹⁰⁰ *BVerfGE* 68, 193 (206 f.); ähnlich auch die synonyme Verwendung der Begriffe „öffentliche Aufgabe“ und „Staatsaufgabe“, *BVerfGE* 17, 371 (376 f.).

¹⁰¹ *Martin Beckmann*, *VerwArch* 2003, 371 (372).

¹⁰² Inkraftgetreten 1895 als Teil der Miquelschen Steuerreform. Siehe *Alexander Schink; Andrea Vesteyl*, in: *Schink/Vesteyl* (Hrsg.), *Kommentar zum Kreislaufwirtschaftsgesetz*, Einleitung Rdnr. 2.

¹⁰³ *Alexander Schink; Andrea Vesteyl*, in: *Schink/Vesteyl* (Hrsg.), *Kommentar zum Kreislaufwirtschaftsgesetz*, Einführung Rdnr. 4.

täten im Bereich der Abfallverwertung; von einem systematischen Vorgehen im Sinne einer Abfallwirtschaft war man indes noch weit entfernt.¹⁰⁴

Mit der unter dem Abfallgesetz verabschiedeten Verpackungsverordnung von 1998 waren erhebliche Einschnitte in den Aufgabenbereich der Kommunen als öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern verbunden. Mit der Einführung eines privatwirtschaftlichen Systems zur Rücknahme und zur Verwertung für Verkaufsverpackungen wurden erstmals Aufgaben der Abfallwirtschaft aus dem ausschließlichen Zuständigkeitsbereich der Kommunen herausgelöst. Diese hatten zwar einen Anspruch auf Abstimmung der Entsorgungssysteme gegenüber den Trägern der Dualen Systeme und auf Übernahme oder Mitbenutzung ihrer Entsorgungseinrichtungen zur Verwertung gegen angemessenes Entgelt; auch konnten sie sich an der Sammlung der Verkaufsverpackungen beteiligen. Träger des Entsorgungssystems was Verkaufsverpackungen angeht waren sie aber nicht mehr. Im Hinblick auf diese Aufgaben kann man insofern von einer materiellen Privatisierung¹⁰⁵ sprechen.

Allerdings muss beachtet werden, dass die Entsorgungs- und Verwertungsaufgaben sich mit der Verpackungsverordnung und mit der Einbeziehung privater Systeme wesentlich gewandelt haben. Mit den Verpackungsmaterialien, die durch das Regime der Verpackungsverordnung den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern entzogen wurden, sollte gerade anders verfahren werden, als mit dem gewöhnlichen Hausmüll. Die eigentliche „Privatisierung“ der bislang öffentlichen Aufgabe, Verpackungsmüll zu entsorgen – d.h. die qualitative Transformierung zur Wiederverwendungs- und Verwertungspflicht – findet in durch die Anordnung der Rücknahme- und Verwertungspflicht statt.¹⁰⁶

¹⁰⁴ Alexander Schink; Andrea Vesteyl, in: Schink/Vesteyl (Hrsg.), Kommentar zum Kreislaufwirtschaftsgesetz, Einführung Rdnr. 5.

¹⁰⁵ Matthias Schmidt-Preuß, Funktionsbedingungen selbstregulativer Gemeinwohlverwirklichung, DVBl 2001, 1095 (1097) m.w.N.

¹⁰⁶ Udo Di Fabio, NVwZ 1995, 1 (4).

Die Einrichtung dazu geschaffener privater Rücknahmesysteme auf der Basis des KrW/AbfG und der damit verbundene Ausschluss von der öffentlichen Abfallentsorgung bedeutete aber – und das ist entscheidend – keinen Ausstieg aus dem öffentlichen Abfallentsorgungsregime. Nach § 3 Abs. 1 KrW/AbfG gelten alle Stoffe, deren sich ihr Besitzer entledigen will – und seien es auch *verwertbare* Abfälle, die der Produktverantwortung unterfallen – gleichwohl als Abfälle im Sinne des Gesetzes. An dieser Systematik hat sich auch seit der Geltung des Kreislaufwirtschaftsgesetzes vom 24. Februar 2012¹⁰⁷ nichts geändert, das unverändert auch solche Stoffe als Abfälle umfasst, die einer Verwertung zugeführt werden sollen. Lediglich an die Stelle der öffentlichen Entsorgungspflicht ist eine grundsätzlich private Produktverantwortlichkeit getreten. Für die private Verwertung besteht das Abfallregime des Gesetzes aber fort.¹⁰⁸ Anders als bei materieller Privatisierung von Staatsaufgaben bleibt der Einsatz marktwirtschaftlicher Umweltschutzinstrumente hoheitlichen Ursprungs und unterfällt staatlichen Strukturvorgaben. Die Rechtssetzung beschränkt sich darauf, die grundsätzliche Produktverantwortung anzuordnen und für die ökonomische Problembewältigung Rahmenbedingungen zu setzen, um zielgefährdende Nebeneffekte gering zu halten.¹⁰⁹

Dem Gesetzgeber steht es verfassungsrechtlich grundsätzlich frei, eine bislang vom Staat oder von Privaten in der Formtypik des öffentlichen Rechts wahrgenommene öffentliche Aufgabe zu privatisieren, oder wie mit der Konkretisierung einer Produktverantwortung neu im privaten Bereich zu lozieren. Spezielle Bestimmungen des Grundgesetzes zur Privatisierung der Bahn (Art. 87 e Abs. 3 GG) oder der Post und der Telekommunikation (Art. 87 f Abs. 2 GG) deuten nicht etwa auf einen allgemeinen *Verfassungsvorbehalt* für Privatisierungen hin. Die Anpassungen waren nur notwendig, weil beide Sachbereiche als Materien der bundeseigenen *Verwaltung* in den staatsorganisationsrechtlichen Teil des Grundgesetzes aufgenommen waren und deshalb eine textliche Öffnung erforderlich schien.

¹⁰⁷ BGBl. I, 212.

¹⁰⁸ *Michael Webersinn*, § 25 KrWG, in: Schink/Versteyl (Hrsg.), Kommentar zum Kreislaufwirtschaftsgesetz, Rdnr. 5.

¹⁰⁹ *Udo Di Fabio*, NVwZ 1995, 1 (2).

In öffentlichem Interesse können auch Privatrechtssubjekte handeln, ohne damit bereits rechtsstaatlich und grundrechtlich gebundener Teil des öffentlichen Sonderrechts zu werden. Private können in öffentlichem Interesse Aufgaben wahrnehmen, ohne dass derlei hoheitliche Inpflichtnahmen sie sogleich in den Formenkreis der öffentlichen Verwaltung, mithin in den Staat, inkorporieren. Privatrechtssubjekten werden in solchen Fällen schlicht Rechtspflichten im öffentlichen Interesse auferlegt. Der Gesetzgeber kann indes im Einzelfall mit der Auferlegung einer Pflicht auch eine teilweise oder vollständige Eingliederung in die Sphäre der öffentlichen Gewalt vornehmen, wenn er besondere Auftragsverhältnisse, besondere organisatorische Anbindungen an staatliche Stellen oder Beleihungstatbestände schafft.¹¹⁰ Privatrechtssubjekte werden dann für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben herangezogen oder in Dienst genommen, dann aber in der Formtypik des öffentlichen Rechts als Beliehene, Beauftragte, Sachverständige oder Verwaltungshelfer. Diese verwaltungsrechtlichen Institute weisen dem Privatrechtssubjekt eine Rolle in der öffentlich-rechtlichen Organisationswelt zu, sie rücken sie ein in die Sphäre des Staates, ohne sie gänzlich in diese zu inkorporieren. Von einer solchen Organisationsprivatisierung kann indes auch nach der 5. Novelle der Verpackungsverordnung keine Rede sein, die Herstellern und Vertreibern eine Beteiligung an einem dualen System vorschreibt. Es bleibt vielmehr bei einer vom Staat den betroffenen Privatrechtssubjekten hoheitlich auferlegten und konkretisierten Aufgabe in selbstregulativer Form.

II. Artikel 20 a GG als Kompetenztitel

Regulierung, als gewollte staatliche Beeinflussung gesellschaftlicher Prozesse, die einen spezifischen aber über den Einzelfall hinausgehenden Ordnungszweck verfolgt, ist ebenso der Frage nach der Rechtfertigung ausgesetzt wie jede staatliche Intervention in die Gesellschaft. Verfassungsrechtlicher Anknüpfungspunkt für die dogmatische

¹¹⁰ *Udo Di Fabio*, JZ 1999, 585 (587 f.).

Begründung einer Regelungsverantwortlichkeit des Staates sind vielfach die verfassungsrechtlich verankerten Schutzpflichten.¹¹¹ Diese verpflichten den Staat, für ein gewisses Mindestmaß an positivem Schutz zugunsten bestimmter Güter zu sorgen. Sie durchbrechen insofern das grundsätzliche Konzept der verfassungsrechtlichen Gewähr negativer Freiheitsrechte.

Da im vorliegenden Zusammenhang mit Art. 20 a GG eine explizite Staatszielbestimmung vorliegt, muss an dieser Stelle nicht auf die Rechtsfigur grundrechtlicher Schutzpflichten eingegangen werden.¹¹² Bekanntlich kann der Entscheidungsspielraum des Parlamentes durch grundrechtliche Schutzpflichten nur sehr begrenzt, namentlich in Fällen evidenter Missachtung eingeschränkt werden. Mehr kann aus der Schutzkomponente des Art. 2 Abs. 2 GG nicht abgeleitet werden.¹¹³

Art. 20 a GG legt dem Staat aber eine ausdrückliche Schutzpflicht gegenüber den natürlichen Lebensgrundlagen auf. Der Begriff der natürlichen Lebensgrundlage umfasst jedenfalls Luft, Wasser und Boden, sowie allgemein die Tier- und Pflanzenwelt.¹¹⁴ Wie insbesondere die Betonung der „Verantwortung für die künftigen Generationen“ zeigt, verlangt Art. 20 a GG vom Staat als Normadressat nicht nur eine wirksame Abwehr von hinreichend konkreten Gefahren und Regelungen zur Beseitigung eingetretener Schäden, sondern auch Maßnahmen im Vorsorgebereich.

Wie das Sozialstaatsprinzip richtet sich auch Art. 20 a GG primär mit einem Gestaltungsauftrag an den Gesetzgeber, für den sich hieraus aber nur grobe Rahmenvorgaben ergeben. Das Staatsziel des Umweltschutzes zielt ebenso wenig wie das Rechtsinstitut der grundrechtlichen Schutzpflichten auf eine Aushöhlung des tradierten, abwehrbe-

¹¹¹ *Achim Seidel*, Privater Sachverstand und staatliche Garantenstellung im Verwaltungsrecht, 2000, S. 75 ff.

¹¹² Dazu *Christoph Gusy*, Rechtsgüterschutz als Staatsaufgabe, DÖV 1996, 573 (578 und 581 ff.).

¹¹³ *Achim Seidel*, S. 80 f.

¹¹⁴ *Heinz-Joachim Peters*, Art. 20 a GG - die neue Staatszielbestimmung des Grundgesetzes, NVwZ 1995, 555.

zogenen Grundrechtsschutzes, des Gesetzmäßigkeitsprinzips oder des Demokratieprinzips. Eine Erfüllungsverantwortung trifft den Staat nicht unmittelbar. Vielmehr kann diese Verwaltungsaufgabe nur im Zusammenwirken zahlreicher Akteure und oft auch nur intrinsisch motiviert und weitest möglich selbstbestimmt erfüllt werden.¹¹⁵ Dem Gesetzgeber obliegt aber die Aufgabe, möglichen Verletzungen und Gefährdungen individueller Rechtspositionen entgegenzuwirken¹¹⁶, die sehr leicht dort entstehen, wo Bürger von gemeinwohlrelevanten Erfüllungsbeiträgen mächtiger privater Organisationen abhängig sind. Ihn trifft die Verantwortung, dafür Sorge zu tragen, dass Leben und Umwelt als grundlegende Belange stets beachtet werden, was sich in ganz unterschiedlichen Bereichen niederschlägt. Zentraler Modus der Aufgabenwahrnehmung ist hier die Regulierung.¹¹⁷ Wie der Gesetzgeber diesem verfassungsrechtlichen Handlungsauftrag aber konkret nachkommt, ob durch qualifizierte Auswahl der Privaten, detaillierte gesetzliche Ausgestaltung ihrer Betätigungsfelder oder intensive nachträgliche staatliche Kontrollen, bleibt ihm weitgehend selbst überlassen.¹¹⁸ Die getroffenen Regelungen und Maßnahmen dürfen lediglich nicht „gänzlich ungeeignet oder völlig unzulänglich“ sein, das Schutzziel zu erreichen.¹¹⁹

Aus Art. 20 a GG ergibt sich für den Gesetzgeber keine absolute Richtschnur, es geht vielmehr darum, widerstreitende verfassungsrechtliche Güter nach dem Grundsatz praktischer Konkordanz in einen verhältnismäßigen Ausgleich zu bringen. Dabei verbleibt dem Gesetzgeber ein rechtspolitischer Beurteilungsspielraum, so dass sich grundsätzlich keine konkreten inhaltsbezogenen Gesetzgebungspflichten aus Art. 20 a GG ableiten lassen. Angesichts des gesetzgeberischen Einschätzungsspielraums kann daher ein gesetzgeberisches Un-

¹¹⁵ *Susanne Baer*, Verwaltungsaufgaben, in: Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts. Band I, § 11 Rdnr. 73.

¹¹⁶ BVerfGE 39, 1 (41 f.); 52, 214 (220 f.); 79, 174 (201); 90, 145 (195); 92, 26 (46).

¹¹⁷ *Susanne Baer*, in: Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts. Band I, § 11 Rdnr. 73.

¹¹⁸ *Andreas Voßkuhle*, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, VVDStRL 2003, 266 (297).

¹¹⁹ BVerfGE 79, 175 (202).

terlassen oder das Produkt einer gesetzgeberischen Tätigkeit nur dann einen Verfassungsverstoß im Hinblick auf Art. 20 a GG begründen, wenn im Sinne eines Untermaßverbotes mit hinreichender Evidenz klar hervortritt, dass das momentane Gesetzesrecht nicht ausreicht, um ein Mindestmaß gegenüber den natürlichen Lebensgrundlagen im Ergebnis zu garantieren.¹²⁰ Auch im Fall staatlich angestoßener gesellschaftlicher Selbstregulation können konkrete Vorgaben für die inhaltliche Ausgestaltung des betreffenden Rahmenrechts nicht direkt aus der Verfassung abgeleitet werden. Andererseits muss auch festgestellt werden, dass sich der Staat seiner auf die natürlichen Lebensgrundlagen bezogenen Generationenverantwortung nicht vollständig dadurch entziehen kann, dass er diese Verantwortung auf Private abwälzt. Ein staatliches Wächteramt über die ergebnisorientierte Schutzeffektivität getroffener und angewandter Regelungssysteme – freilich wiederum nur in Fällen von Evidenz – muss aus Art. 20 a GG in diesen Fällen wohl hergeleitet werden.¹²¹

Der auf Art. 20 a GG verpflichtete Gesetzgeber hat sich in § 1 KrWG des Zwecks der Förderung der Ressourcenschonung angenommen und konkretisiert darin seinen Auftrag aus dem Staatsziel des Art. 20 a GG:

„Zweck des Gesetzes ist es, die Kreislaufwirtschaft zur Schonung der natürlichen Ressourcen zu fördern und den Schutz von Mensch und Umwelt bei der Erzeugung und Bewirtschaftung von Abfällen sicherzustellen.“

Der Gesetzgeber macht sich die Ressourcenschonung nach Maßgabe des Gesetzes und der Verpackungsverordnung zur eigenen Aufgabe. Die Verpackungsverordnung konkretisiert das allgemeine Ziel weiter auf Verpackungsabfälle in § 1 Abs. 1 Satz 1:

¹²⁰ *Achim Seidel*, S. 83 m.w.N.

¹²¹ *Achim Seidel*, S. 84.

„Diese Verordnung bezweckt, die Auswirkungen von Abfällen aus Verpackungen auf die Umwelt zu vermeiden oder zu verringern.“

Aus dieser vom Staat übernommenen Aufgabe, die er nach der Maßgabe der Regelungen mit den Mitteln der indirekten Steuerung übernehmen will, ergibt sich gewiss die Rechtfertigung regulatorischen Eingreifens und auch eine Verpflichtung, nicht zu ungeeigneten Maßnahmen zu greifen (Untermaßverbot). Aus Art. 20 a GG ergeben sich zwar keine konkreten Handlungsaufträge und keine näheren Maßstäbe für die Ausgestaltung der dualen Systeme. Aber Art. 20 a GG verpflichtet in einem freiheitlichen, grundrechtsachtenden Kontext zu einem wirksamen und nachhaltigen Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen, so dass der Gesetz- und Verordnungsgeber jedenfalls nicht untätig bleiben darf, wenn ein erfolgreiches ökologisches Konzept durch seinen Missbrauch in Schwierigkeiten gerät.

III. Legislative Ausgestaltungspflichten aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und dem Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG)

Greift der lenkende Staat in Grundrechte der Wirtschaftssubjekte ein und legt ihnen besondere Pflichten auf, so gebietet bereits der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und der Gleichheitssatz eine folgerichtige, grundrechtliche Entfaltungsräume schonende Ausgestaltung; dies gilt vor allem wenn der Gesetzgeber eine konzeptgebundene Zielsetzung verfolgt. Fixiert demnach der Gesetz- und Verordnungsgeber eine besondere Produktverantwortung mit selbstregulativen Branchenlösungen, so zwingen ihn die beiden Verfassungsgrundsätze des schonenden wie der des folgerichtigen Grundrechtseingriffs zu Schutzmaßnahmen, die im Ergebnis wie eine Schutzpflicht wirken, obwohl sie im grundrechtlichen Abwehr- und Gleichheitsanspruch wurzeln.

1. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

Bereits im Blick auf den Ansatz der VerpackV ist die Auferlegung einer Rücknahme- und Verwertungspflicht Grundrechtseingriff in Art. 12 und Art. 14, sowie in Art. 2 Abs. 1 GG.¹²² Ein Grundrechtseingriff muss geeignet, erforderlich und verhältnismäßig im Sinne einer Zumutbarkeit sein.¹²³ Der Gesichtspunkt der Erforderlichkeit verlangt vom Staat, Grundrechte nur in einer möglichst schonenden Weise zu beschränken, wenn er seine legitimen Ziele verfolgt. Wenn ein System zur Sammlung und stofflichen Verwertung den beteiligten Wirtschaftssubjekten auferlegt wird, muss der Gesetzgeber es so ausgestalten, dass die gewerbliche Handlungsfreiheit und die finanzielle Belastung nicht höher sind, als zur Erreichung des gesetzgeberischen Ziels erforderlich. Bei neuartigen Steuerungsversuchen oder bei Risikoentscheidungen¹²⁴ trifft den Gesetzgeber eine Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht.¹²⁵

2. Folgerichtige Ausgestaltung

Verantwortung erwächst dem Gesetzgeber für alle Formen der von ihm geformte Verwaltung auch aus der Verpflichtung des Gleichheitssatzes gem. Art. 3 Abs. 1 GG. Das Bundesverfassungsgericht hat den Gleichheitssatz bereichsspezifisch auf das Steuerrecht angewendet und dort dogmatische Kontur verliehen. Der Gleichheitssatz verlangt danach im Steuerrecht,

„dass die Steuerpflichtigen durch ein Steuergesetz rechtlich und tatsächlich gleich belastet werden. Wird die Gleichheit im Belastungserfolg durch die rechtliche

¹²² Vgl. Andreas Finkh, Regulierte Selbstregulierung im Dualen System, 1998, S. 210 ff. sowie Silke Thomson, Produktverantwortung. Rechtliche Möglichkeiten und Grenzen einer Kreislaufwirtschaft, 1998, S. 120.

¹²³ Zur Prinzipiengese und-Entwicklung: Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/2, 1994, S. 762 ff.

¹²⁴ Di Fabio, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, 1994.

¹²⁵ Shirvani, Das Kooperationsprinzip im deutschen und europäischen Umweltrecht, 2005, S. 279.

Gestaltung des Erhebungsverfahrens prinzipiell verfehlt, so kann dies die Verfassungswidrigkeit der gesetzlichen Besteuerungsgrundlage nach sich ziehen und die Steuerpflichtigen in ihrem Grundrecht auf Besteuerungsgleichheit verletzen.“ (BVerfG, Urteil vom 27. Juni 1991 – 2 BvR 1493/89 –, BVerfGE 84, 239-285)

Das Gericht stützt sich dabei auf eine lange Regelungstradition. Die seit dem Ende des 18. Jahrhunderts immer wieder geforderte und stufenweise verwirklichte Gleichheit der Besteuerung sollte – als Ausdruck der staatsbürgerlichen Gleichheit – gewährleisten, dass die Steuerlasten auf alle der staatlichen Gemeinschaft Zugehörigen ohne jede rechtliche oder tatsächliche Ausnahme gleich verteilt werden. Dem lag die Vorstellung zugrunde, die staatsbürgerliche Rechtsgleichheit fordere ein Gesetz, das für alle Einwohner eines Staates gleichermaßen gilt und dem sich kein Stand und keine Person entziehen kann. Nach Art. 13 der französischen Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789 sollte der für die Unterhaltung der öffentlichen Macht und für die Kosten der Verwaltung unumgänglich notwendige „gemeinschaftliche Beitrag (...) unter alle Bürger des Staates im Verhältnis zu ihren Vermögensverhältnissen auf gleiche Weise eingeteilt werden“.¹²⁶

¹²⁶ Die Bayerische Verfassung von 1818 betonte in der Allgemeinheit der Besteuerung einen Gleichheitssatz, der keine Ausnahmen zulässt und einen gleichen Belastungserfolg für alle Einwohner sicherstellen will: „Die Theilnahme an den Staatslasten ist für alle Einwohner des Reichs allgemein, ohne Ausnahme irgendeines Standes und ohne Rücksicht auf vormalig bestandene besondere Befreyungen“ (Verfassungs-Urkunde des Königreichs Baiern von 1818, Titel IV, § 13, Gesetzblatt für das Königreich Baiern, 1818, Sp. 101). Ähnlich regelte § 8 der Badischen Verfassung von 1818 die Gleichstellung im steuerlichen Belastungserfolg, wenn er vorsah, dass alle Badener „ohne Unterschied zu allen öffentlichen Lasten“ beitragen und alle Abgabenbefreiungen aufgehoben bleiben (Staats- und Regierungsbl. 1818, S. 101). Auch die Abschaffung jeglicher Bevorzugung und das Verbot zukünftiger Bevorzugungen „in betreff der Steuern“ durch die Preußische Verfassung von 1850 (Art. 101, Preuß. Gesetzessammlung 1850, S. 17) bestätigte im Privilegienverbot, dass das Steuerrecht bisher bestehende Ungleichheiten überwinden, also Belastungsgleichheit herstellen soll. Vgl. BVerfGE 84, 239 (269).

Der Gesetzgeber kann gegen dieses Verbot der ungleichen Belastung nicht nur durch gleichheitswidrige gesetzliche Regelungen verstoßen, sondern insbesondere auch durch eine mangelnde Durchsetzung, die zu einer tatsächlichen Ungleichbehandlung führt. Der Gesetzgeber hat zwar bei der Auswahl des Steuergegenstandes und bei der Bestimmung des Steuersatzes einen weitreichenden Entscheidungsspielraum, bei der Ausgestaltung dieses Ausgangstatbestandes hat er die einmal getroffene Belastungsentscheidung dann aber folgerichtig im Sinne der Belastungsgleichheit umzusetzen. Die steuerliche Lastengleichheit fordert mithin, dass das materielle Steuergesetz die Gewähr seiner regelmäßigen Durchsetzbarkeit so weit wie möglich in sich selbst trägt. Der Gesetzgeber hat demgemäß die Besteuerungstatbestände und die ihnen entsprechenden Erhebungsregelungen aufeinander abzustimmen. Führen Erhebungsregelungen dazu, dass ein gleichmäßiger Belastungserfolg prinzipiell verfehlt wird, kann die materielle Steuer norm nicht mehr gewährleisten, dass die Steuerpflichtigen nach Maßgabe gleicher Lastenzuteilung belastet werden; sie wäre dann gerade umgekehrt Anknüpfungspunkt für eine gleichheitswidrige Lastenverteilung. Das ist allerdings nicht schon bei einer Belastungsungleichheit der Fall, die durch Vollzugsmängel bei der Steuererhebung hervorgerufen wird, wie sie immer wieder vorkommen können und sich auch tatsächlich ereignen. Wirkt sich indes eine Erhebungsregelung gegenüber einem Besteuerungstatbestand in der Weise strukturell gegenläufig aus, dass der Besteuerungsanspruch weitgehend nicht durchgesetzt werden kann, und ist dieses Ergebnis dem Gesetzgeber zuzurechnen, so führt die dadurch bewirkte Gleichheitswidrigkeit zur Verfassungswidrigkeit auch der materiellen Norm. Zuzurechnen ist dem Gesetzgeber eine im Erhebungsverfahren angelegte, in der dargestellten Weise erhebliche Ungleichheit im Belastungserfolg nicht nur dann, wenn sie ihre Ursache in gesetzlichen Regelungen des Erhebungsverfahrens hat, sondern auch, wenn sie auf Verwaltungsvorschriften beruht, die der Gesetzgeber bewusst und gewollt bei seiner Regelung hingenommen hat. Die Zurechnung setzt weiter voraus, dass sich dem Gesetzgeber – sei es auch nachträglich – die Erkenntnis aufdrängen musste, dass für die in Frage stehende Steuer mit Blick auf die Erhebungsart sowie die nähere Regelung des Erhebungsverfahrens das von Verfassungswegen vorgegebene Ziel der Gleichheit im Belastungserfolg prinzipiell nicht zu erreichen ist und er sich dieser Erkenntnis daher nicht verschließen durfte. Drängt sich ein struktureller

Erhebungsmangel dem Gesetzgeber erst nachträglich auf, so trifft ihn die verfassungsrechtliche Pflicht, diesen Mangel binnen angemessener Frist zu beseitigen.¹²⁷

Das Gebot der Folgerichtigkeit gilt nicht nur im Steuerrecht, denn es ist aus dem allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) abgeleitet.¹²⁸ Der besonders für das Steuerrecht entwickelte Rechtsgedanke, der seine Überzeugungskraft auch vor dem Hintergrund einer großen Gestaltungsfreiheit des Steuergesetzgebers gewonnen hat, muss im Verfassungsstaat grundsätzlich in allen Bereichen gelten, zumal dort wo ähnliche Gestaltungsspielräume wie im Bereich der Umweltpolitik im, Blick auf das Staatsziel „Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen“ anzunehmen sind.¹²⁹ Dabei sind die Besonderheiten auch neuer Steuerungsansätze zu berücksichtigen; die Verfassung versperrt nicht den Weg für neue Handlungsformen,¹³⁰ formuliert aber verbindliche Leitlinien. Im Hinblick auf die Pflicht des Gesetzgebers etwa, erkannte regulatorische Mängel zu beseitigen, wird man die Besonderheit des bei indirekten Steuerungsformen einzukalkulierenden Zeitfaktors¹³¹ zu berücksichtigen haben. Auch wird man die zwangsläufigen Lenkungs- und Kontrollverluste berücksichtigen müssen, die mit jeder Form der Beteiligung Privater an der Erfüllung öffentlicher Aufgaben gehen, ohne die aber die erhofften Flexibilisierungen nicht realisiert werden können. Hier können Kontrollelemente nicht als funktionelle Äquivalente einer Fachaufsicht im Sinne einer staatlichen Vollaufsicht

¹²⁷ In seinem zweiten Leitsatz formuliert das Gericht: „Hängt die Festsetzung einer Steuer von der Erklärung des Steuerschuldners ab, werden erhöhte Anforderungen an die Steuerehrlichkeit des Steuerpflichtigen gestellt. Der Gesetzgeber muss die Steuerehrlichkeit deshalb durch hinreichende, die steuerliche Belastungsgleichheit gewährleistende Kontrollmöglichkeiten abstützen. Im Veranlagungsverfahren bedarf das Deklarationsprinzip der Ergänzung durch das Verifikationsprinzip.“, *BVerfGE* 84, 239 (271 f.).

¹²⁸ *BVerfGE* 122, 210 (231; 117, 1 (30); 116, 164 (180); 107, 27 (46 f.); 105, 73 (125).

¹²⁹ Siehe dazu oben II.

¹³⁰ *Andreas Voßkuhle*, *VVDStRL* 2003, 266 (292).

¹³¹ *Udo Di Fabio*, *NVwZ* 1995, 1 (2).

nachgebildet werden, will man das Innovationspotential nicht im Ansatz ersticken.¹³²

3. Gleichheitsgerechter Vollzug

Erlässt der Gesetzgeber ein die Bürger belastendes Gesetz, so ist er aus Art. 3 Abs. 1 GG verpflichtet, Vorkehrungen dafür zu treffen, dass die Belastung der Bürger nicht nur abstrakt-generell im gesetzlichen Tatbestand gleichheitsgerecht formuliert wird, sondern auch die Vorkehrungen für einen gleichheitsgerechte Vollzug des Gesetzes getroffen sind, also Gleichheit im „Belastungserfolg“ besteht. Das Bundesverfassungsgericht hat zuletzt mit der Entscheidung zur so genannten Spekulationssteuer vom 9. März 2004 bekräftigt, dass die mangelhafte Durchsetzung materieller Pflichten dem Gesetzgeber zuzurechnen sein kann.¹³³ Das Gericht hat dazu ausgeführt, dass aus dem allgemeinen Gleichheitssatz eine nicht durch gesamtwirtschaftliche Erwägungen relativierbare Pflicht des Gesetzgebers folge, zur Vermeidung der Verfassungswidrigkeit des materiellen Steuergesetzes dieses in ein normatives Umfeld einzubetten, dass die tatsächliche Lastengleichheit der Steuerpflichtigen gewährleistet.¹³⁴ Der Gesetzgeber darf zwar zur Verwirklichung des Steueranspruchs verfahrensrechtlich Erleichterungen vorsehen und dabei die Grenzen der dem Staat verfügbaren personellen und finanziellen Mittel berücksichtigen, aber er darf nicht strukturell bedingte Vollzugsmängel ohne geeignete Nachbesserungsversuche dulden.¹³⁵ Im Hinblick auf die für verfassungswidrig erkannte Spekulationssteuer hat der Zweite Senat darauf abgestellt, dass die verfügbaren Zahlen darauf hindeuteten, dass nur ein Teil der Steuerpflichtigen seine Steuern entrichtet hat, während die nicht steuerehrlichen Pflichtigen praktisch ohne Entdeckungsrisiko leben konnten,¹³⁶ so dass in der öffentlichen Meinung von einer „Dummensteuer“ gesprochen wurde.

¹³² *Andreas Voßkuhle*, VVDStRL 2003, 266 (321, 325) m.w.N.

¹³³ BVerfGE 110, 94 (111 f.); siehe auch BVerfGE 84, 239 (268 ff.).

¹³⁴ BVerfGE 110, 94 (113).

¹³⁵ BVerfGE 110, 94 (115 f.).

¹³⁶ BVerfGE 110, 94 (131 ff.).

4. Übertragung auf das Kreislaufwirtschaftsrecht

Der Grundsatz der Belastungsgleichheit folgt aus dem allgemeinen Gleichheitssatz und ist deshalb als Maßstab nicht nur im Steuerrecht anwendbar. Gerade auch im Umweltrecht wird deutlich, dass es bei aller Selbstregulierung in privatrechtlichen Systemen doch eine staatlich auferlegte Pflicht ist, die mit „Produktverantwortung“¹³⁷ umschrieben wird und die nach belastungsgleicher Ausgestaltung verlangt. Es ist daher Aufgabe des Staates, über eine gleichheitsgerechte, den Wettbewerb fair ausgestaltende Einhaltung der sich daraus ergebenden Pflichten zu wachen. Dies gilt zumal, wenn die konkreten Pflichten – hier die Höhe der für Entsorgung und Verwertung zu zahlenden Kosten – letztlich zu einem großen Teil von den Angaben der Hersteller und Vertreiber abhängen, auch wenn diese von unabhängigen Sachverständigen – aber eben nur aufgrund der ihnen vorgelegten Nachweise der Verpflichteten – verifiziert werden.

Der Bundesgesetzgeber (auch als Ordnungsgeber) stößt bei der Implementierung einer angemessenen, gleichheits- und wettbewerbsgerechten Aufsicht auf zwei Hindernisse: der föderalen Kompetenzverteilung und dem besonderen Charakter eines selbstregulativen Systems. Die Bundesebene kann zum einen nicht einfach eine eigene Bundesverwaltung einrichten oder Einzelweisungen erteilen, weil der Vollzug des Kreislaufwirtschaftsgesetzes den Ländern obliegt¹³⁸. Damit wird die Überwachung aber sehr heterogen, es fließen auf der politischen Ebene der Länder verschiedene Interessen, auch der kommunalen Ebene und Aspekte der Wahrung des eigenen Wirtschaftsstandortes sowie die Begrenztheit der sächlichen und personellen Ausstattung in die konkrete Gestalt der Verwaltungspraxis mit ein. Zum anderen passt zu einer selbstregulativen Lösung kein klassisches mit präventiven Verwaltungsverböten operierendes dichtes Überwa-

¹³⁷ Udo Di Fabio, NVwZ 1995, 1.

¹³⁸ Die wegen § 71 KrwG zwar nicht wie Art. 84 Abs. 1 Satz 2 GG grundsätzlich vorsieht abweichende Regelungen zum Verwaltungsverfahren erlassen können, aber andererseits auch nicht den Weisungen des Bundes wie bei der Bundesauftragsverwaltung unterliegen.

chungsnetz, das wäre institutionenökonomisch dysfunktional¹³⁹ und würde im Ergebnis die Vorteile eines Systems organisierter Produktverantwortung aufzehren.

Vor diesem Hintergrund steht der Gesetz- und Verordnungsgeber vor der Aufgabe, das System folgerichtig und belastungsgleich auszugestalten, um damit das Problem der Trittbrettfahren wirksam in den Griff zu bekommen, ohne das Konzept mit seinen erwiesenen erheblichen Vorteilen bei der Verwirklichung umweltpolitischer Ziele und die prinzipiell niedrigeren Transaktionskosten gegenüber öffentlicher Bewirtschaftung preiszugeben. Dieses Zwischenergebnis auf der Grundlage der Würdigung des Dualen Systems und seiner gegenwärtigen Strukturprobleme unter Anlegung des Maßstabes einer verhältnismäßigen freiheitsschonenden wie auch folgerichtigen gleichheitsgerechten Ausgestaltung wird erhärtet, wenn man einblendet, warum und inwieweit der Staat bei selbstregulativen Ansätzen in einer besonderen Gewährleistungsverantwortung steht.

¹³⁹ Siehe etwa zur Organisationsökonomik: *Rudolf Richter/Erik G. Furubotn*, Neue Institutionenökonomik, 4. Auflage 2010, S. 336 f.; zu gruppentheoretischen Interaktionsproblemen: *Ingo Pies*, Normative Institutionenökonomik, 1993, S. 199 ff.

E. Verantwortung im Gewährleistungsstaat

1. Selbstregulierung und Gewährleistung

Das gewählte Konzept der Verpackungsverordnung wird als gesteuerte Selbstregulierung bezeichnet.¹⁴⁰ Die „hoheitlich regulierte gesellschaftliche Selbstregulierung“¹⁴¹ zeigt schon begrifflich an, dass hier unterschiedliche Sach- und Handlungsrationitäten verbunden werden sollen. Die staatliche Steuerung zielt nicht mehr unmittelbar auf die eigene Realisierung ihrer Ziele mit den Mitteln der öffentlichen Verwaltung. Vom Staat übernommen wird nicht mehr eine Erfüllungsverantwortung im Sinne einer umfassenden Verantwortungsübernahme für die Definition und Realisation der Regulierungszwecke. Die Erfüllungsverantwortung wird auf Privatrechtssubjekte als deren eigener Pflichten- und Rechtskreis verlagert und insofern privatisiert. Der Staat bleibt aber als Architekt des selbstregulativen Systems, bei der Formulierung der Ziele des Gemeinwohls sowie als Aufsichts- und Nachjustierungsinstanz in einer praktisch zurückgenommenen, aber wichtigen Konzept- und Reserveverantwortung. Die Verantwortung wird als Gewährleistungsverantwortung beschrieben. Das Grundgesetz selbst hat diese Begriffswahl seit der 40. Änderung des Grundgesetzes vom 20.12.1993¹⁴² und der Einfügung von Art. 87 e GG sowie mit der 41. Änderung des Grundgesetzes vom 30.08.1994¹⁴³ und der Einfügung von 87 f GG vorgegeben. Art. 87 e Abs. 4 GG „gewährleistet“ gegenüber dem privatisierten Bahnbetrieb das Gemeinwohl und wegen Art. 87 f Abs. 1 GG bei der privatisierten

¹⁴⁰ *Matthias Schmidt-Preuß*, in: Schuppert (Hrsg.), *Jenseits von Privatisierung und "schlankem" Staat*, S. 196 f.

¹⁴¹ *Martin Eifert*, *Regulierungsstrategien*, in: Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*. Band I, § 19 Rdnr. 52.

¹⁴² BGBl. I. 2089.

¹⁴³ BGBl. I 2245.

Post und Telekommunikation „flächendeckend angemessene und ausreichende Dienstleistungen“. ¹⁴⁴

Mit dem in der Bedeutung etwas hoch ansetzenden Begriff des „Gewährleistungsstaates“¹⁴⁵ sollte das bisher in der rechtswissenschaftlichen Diskussion vorherrschende Bild vom Staat, der noch weitgehend in der obrigkeits- und wohlfahrtsstaatlichen Tradition befangen ist, abgelöst oder jedenfalls ergänzt werden durch ein Bild, das den Wandel der Staatlichkeit in den letzten Jahrzehnten aufgreift und Anschluss an die aktuelle Diskussion um Staatsaufgaben erleichtert. Insbesondere soll das Bild vom Gewährleistungsstaat für ein besseres Verständnis für den Umgang mit den vielfältigen Instrumenten sorgen, die der Staat nutzt, etwa wenn er sich in Kooperationsbeziehungen mit Privaten begibt, oder im Wege kooperativer Gesetzeskonkretisierung wie mit der Verpackungsverordnung selbstregulative private Systeme initiiert. Der Begriff des Gewährleistungsstaats soll hier den analytischen Zugriff auf den Befund moderner Staatlichkeit erleichtern, Reflexionen über den Sinn und die Möglichkeit staatlicher Steuerung provozieren und die Aufforderung zur Entwicklung der gegenwärtigen Realität angepasster normativer Konzepte sein.¹⁴⁶ Der Begriff soll als Leitbild bei der Suche nach flexibleren, für informale und kooperative Formen offene staatliche Steuerung unter den Bedingungen globalisierter Problemzusammenhänge und einer funktional in Subsysteme ausdifferenzierten Gesellschaft mit je eigenen Handlungsrationitäten dienen. Es wird ein Staat zu bestimmen versucht, der nicht mehr alles allein selbst bewirkt und eigenhändig erfüllt, sondern intelligenter und vielleicht auch subtiler die private Erbringung von Leistungen ermöglicht.¹⁴⁷

¹⁴⁴ Den Begriff hat *Martin Eifert*, Grundversorgung mit Telekommunikationsdienstleistungen im Gewährleistungsstaat, 1998, S. 18 ff. als Chiffre für die gewandelte Rolle des Staates aufgegriffen und einer ersten dogmatischen Systematisierung zugeführt.

¹⁴⁵ *Martin Eifert*, Grundversorgung mit Telekommunikationsdienstleistungen im Gewährleistungsstaat, 1998.

¹⁴⁶ *Wolfgang Hoffmann-Riem*, Das Recht des Gewährleistungsstaates, in: Schuppert (Hrsg.), Gewährleistungsstaat - Ein Leitbild auf dem Prüfstand, S. 90.

¹⁴⁷ *Claudio Franzius*, Der Gewährleistungsstaat, *VerwArch* 2008, 351.

In diesen Zusammenhang ordnet sich die Suche nach Aufgaben- und Verantwortungsteilung zwischen Staat und Privaten im intermediären Bereich zwischen Staat und gesellschaftlichen Teilsystemen und damit auch die Frage nach dem Verwaltungsrecht und der Verwaltung zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung ein.¹⁴⁸ Der Verwaltungsakt als bestimmendes Handlungsinstrument ist per Definition eine Einzelfallregelung (§ 35 Satz 1 VwVfG) und repräsentiert damit den punktuellen Steuerungsansatz des klassischen Ordnungsrechts. Die Ordnungsverwaltung zur Gefahrenabwehr rief den Adressaten punktuell zur Ordnung und die Leistungsverwaltung war durch soziale Umverteilung kompensatorisch tätig. Im Gegensatz dazu verfolgen neuere Steuerungsansätze einen umfassenderen Anspruch. Die neuere Verwaltungsrechtsentwicklung zielt auf die Organisation, Förderung und Optimierung von Märkten und Wettbewerbsstrukturen.¹⁴⁹ Aufgegriffen wird zunächst der empirische Befund, dass der Staat seine Aufgaben zum Teil anders als in der jüngeren Vergangenheit wahrnimmt, nämlich unter stärkerem Vertrauen auf Selbstregulierung der Gesellschaft bewältigt. Damit trägt er einer veränderten Art der Arbeitsteilung, der Funktionenzuordnung und der Verantwortungsaufteilung zwischen staatlichen und gesellschaftlichen Handlungsträgern Rechnung. Die Rede vom Gewährleistungsstaat soll nicht die bloße Zuweisung einer Gewährleistungsverantwortung ermöglichen, gleichsam als Lückenbüßer dort, wo die herkömmlichen Zuordnungen nicht richtig greifen, also jenseits von Beleihung und Verwaltungshilfe für den Bereich der Aufgabenprivatisierung. Gemeint ist ein umfassenderes Verständnis, wonach Gewährleistung unterschiedliche Formen annehmen kann. Diese beschränken sich nicht auf die Regulierung von Marktkräften, erfassen vielmehr auch die Kooperation mit privaten Kräften unter neuen Aufsichtsformen ebenso wie Einwirkungsrechte und –pflichten unter der verbleibenden Er-

¹⁴⁸ Siehe dazu die Referate von *Matthias Schmidt-Preuß* und *Udo Di Fabio*, Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung auf der Dresdener Staatsrechtslehrertagung 1996, VVDStRL 56 (1997), S. 160 ff. und 235 ff.; sowie den Begleitaufsatz von *Hans-Heinrich Trute*, Die Verwaltung und das Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, DVBl 1996, 950 m.w.N.

¹⁴⁹ *Helmuth Schulze-Fielitz*, Grundmodi der Aufgabenwahrnehmung, in: Hoffmann-Riem (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts., Band I, § 12 Rdnr. 18.

füllungsverantwortung des Staates.¹⁵⁰ Dabei wird die Erwartung an den Staat, Gemeinwohl und Individualwohl zu sichern und Probleme bewältigen zu helfen, die in der modernen Gesellschaft auftreten und allein in gesellschaftlicher Selbstregulierung nicht angemessen gelöst werden können, nicht notwendig aufgegeben. Der Gewährleistungsstaat führt seinen prinzipiellen sozialgestalterischen Anspruch in dem Sinne fort, dass er auf bestimmte positive gesellschaftliche Verhältnisse und Zustände zielt und sich weiterhin in einer Letztverantwortung für sie sieht.¹⁵¹

Der Staat soll aber nach verbreitetem Verständnis, soweit er tätig wird, seine Aufgaben nicht mehr vorrangig in hierarchisch ausgerichteten Handlungsmustern wahrnehmen, sondern mit gesellschaftlichen Handlungsträgern zusammenwirken und dabei vorsorgen, dass die gesellschaftliche Selbstregulierung sowohl individuelle Interessen befriedigt als auch das Gemeinwohl berücksichtigt. Vom Staat wird aber auch dort, wo er Aufgaben nicht (mehr) eigenhändig erfüllt und Leistungen nicht selbst erbringt, erwartet, dass er gewährleistet und Strukturen dafür bereitstellt, dass Problemlösungen, die im Bereich der Gesellschaft gesucht werden, möglichst vielen gesellschaftlichen Interessen gerecht werden.¹⁵² Angespornt von der Erkenntnis, dass der moderne Staat sich nicht auf die präventive Gefahrenabwehr oder die Kompensation individueller sozialer Notlagen beschränken darf, sondern die gesellschaftliche Selbstregulierung schon im Vorfeld von Ordnung und Leistung im Einzelfall strukturell so steuern muss, dass er den Kernaufgaben der Gefahrenabwehr und sozialer Kompensation auf Grund von Entlastungen überhaupt nachkommen kann.¹⁵³

¹⁵⁰ *Claudio Franzius*, *VerwArch* 2008, 351 (354).

¹⁵¹ *Wolfgang Hoffmann-Riem*, in: Schuppert (Hrsg.), *Gewährleistungsstaat - Ein Leitbild auf dem Prüfstand*, S. 89.

¹⁵² *Wolfgang Hoffmann-Riem*, in: Schuppert (Hrsg.), *Gewährleistungsstaat - Ein Leitbild auf dem Prüfstand*, S. 91.

¹⁵³ *Helmuth Schulze-Fielitz*, in: Hoffmann-Riem (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts.*, § 12 Rdnr. 52.

2. Liberaler Hintergrund

An dieser Stelle zeigt sich, dass das beschriebene Verständnis vom Gewährleistungsstaat keineswegs eine gänzliche Neuschöpfung ist.¹⁵⁴ Eine solche „Gewährleistungsaufgabe“ hat der Staat schon immer wahrgenommen. Stets wurde der Großteil der sozialen Konflikte ohne Mithilfe des Staates im Bereich der Gesellschaft bewältigt und der Staat hat meist nur eingegriffen, wenn die Aufgabe des Rechtsgüterschutzes dies forderte. Nur hat er dann vorrangig mit den traditionellen Instrumenten, insbesondere mit imperativer Regulierung, eingegriffen.¹⁵⁵ Staatliche Zurückhaltung aus einem liberalen Verständnis und in einer gewissen selbstreflexiven Achtung und in einem Vertrauen in die Leistungsfähigkeit gesellschaftlicher Funktionssysteme, sind indes keine Entdeckung der neueren Diskussion, sondern Teil einer liberalen Rechtstheorie. Dieses klassische Verständnis vertraut primär darauf, dass das über die Gesellschaft distribuierte, an die Praxis gebundene Wissen produktiv von den Individuen, aber auch vom Staat, für Entscheidungen genutzt werden kann.¹⁵⁶ Dem liberalen Rechtsmodell liegt eine These über die Möglichkeit produktiven Entscheidens unter Ungewissheitsbedingungen voraus, deshalb postuliert es eine Vermutung zugunsten der Beurteilungsfreiheit der Individuen, deren Grenzen durch das staatliche Recht kontrolliert werden. Die Vermutung, dass dem Staat ein solches, zur Realisierung seiner besseren Absichten erforderliches Wissen ohne weiteres zugänglich wäre, wird dabei als unbegründet angesehen.¹⁵⁷

Im Unterschied zum klassischen Ordnungsrecht, das den freien Wettbewerb bereits vorfindet, trifft das Regulierungsverwaltungsrecht auf eine Situation, in der ein funktionierender Wettbewerb noch nicht etabliert, sondern erst noch zu erschaffen ist.¹⁵⁸

¹⁵⁴ Vgl. *Johannes Masing*, Grundstrukturen eines Regulierungsverwaltungsrechts, *Die Verwaltung* 2003, 1 (4 f.).

¹⁵⁵ *Wolfgang Hoffmann-Riem*, in: Schuppert (Hrsg.), *Gewährleistungsstaat - Ein Leitbild auf dem Prüfstand*, S. 91.

¹⁵⁶ *Karl-Heinz Ladeur*, *Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik*, 2004, S. 35.

¹⁵⁷ M.w.N. *Karl-Heinz Ladeur*, S. 32.

¹⁵⁸ *Johannes Masing*, *Die Verwaltung* 2003, 1 (5).

Neu ist zudem, dass der Staat dort, wo er früher einseitig-hoheitlich gehandelt hat, vermehrt auf gesellschaftliche Selbstregulierung baut und bauen soll: Sie wird zum Modus der Konfliktbewältigung auch dort, wo früher hoheitliche Regulierung eingesetzt wurde. Damit sie auch dort leistungsfähig ist, gibt der Staat der selbstregulativen Regulierung aber einen Rahmen, der das unerlässliche Mindestmaß an Gemeinwohlorientierung privater Selbstregulierung sichern soll. Dies greift das Schlagwort der „regulierten Selbstregulierung“¹⁵⁹ auf. Die staatliche Verantwortung – verstanden als rechtsnormativ begründetes Einstehe nmüssen für Zielverwirklichung und Zielverfehlung – wird nicht abgebaut, wohl aber werden die dazu nutzbaren Wege, insbesondere die einsetzbaren Instrumente, umgebaut.¹⁶⁰

IV. Verantwortungsdimensionen

Die Frage ist, welche Verantwortung hat der Staat für öffentliche Aufgaben, die er zur Erfüllung in die gesellschaftliche Sphäre zurückgegeben hat? Es geht allgemein um die Frage, in welchem Ausmaß staatliche Hoheitsträger rechtlich verpflichtet sind, für die Erfüllung bestimmter Aufgaben einzustehen.¹⁶¹ Konkret geht es um die Frage, welche Verantwortung den Staat trifft, das Funktionieren einer Erfassung und Verwertung von Verkaufsverpackungen zu gewährleisten.

Die Rede von Produktverantwortung darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass unmittelbar in Grundrechte eingegriffen wird, wo staatliche Wirtschaftsüberwachung in einer Neuverteilung von Verantwortungslasten die Last der Gesetzmäßigkeitskontrolle auf die Überwachungsunterworfenen verlagert.¹⁶² Die Grundrechte schützen auch vor hoheitlich auferlegter Eigenverantwortung. Die Verlagerung der Erfüllungslasten vom Staat auf die Gesellschaft ist rechtfertigungsbedürftiger Freiheitseingriff und nicht deklaratorische Bestätigung von

¹⁵⁹ Vgl. dazu: Regulierte Selbstregulierung als Steuerungskonzept des Gewährleistungsstaates, Die Verwaltung 2001, Beiheft 4.

¹⁶⁰ Wolfgang Hoffmann-Riem, in: Schuppert (Hrsg.), Gewährleistungsstaat - Ein Leitbild auf dem Prüfstand, S. 92.

¹⁶¹ Andreas Voßkuhle, VVDStRL 2003, 266 (270 f.).

¹⁶² Diskussionsbeitrag *Di Fabio*, VVDStRL 56 (1996), 1997, S. 316.

Verantwortungszurechnungen.¹⁶³ Dass dies auch für den Umweltschutz gilt, bekräftigt Art. 20 a des Grundgesetzes, der dem Staat die Verantwortung auferlegt, in Verantwortung für die künftigen Generationen die natürlichen Lebensgrundlagen und die Tiere im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung durch die Gesetzgebung und nach Maßgabe von Gesetz und Recht durch die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung zu schützen.

Die Verantwortung des Staates, der selbstregulative Instrumente zu Einsatz bringt, wird in verschiedenen Dimensionen beschrieben. Verantwortung besteht für die „Umhegung und Pflege des Feldes gesellschaftlicher Selbstregulierung“¹⁶⁴ im Interesse des Individual- und vor allem des Gemeinwohlschutzes. Für den Staat besteht Verantwortung in Bereichen, in denen er das Verhalten Privater durch verbindliche Vorgaben reguliert und überwacht oder in denen er für bestimmte Ergebnisse, wie beispielsweise Sicherheit, eintreten will und – wegen bestehender Schutzpflichten – eintreten muss. Neben dieser klassischen Verantwortung – also abgesehen von den fortbestehenden Feldern einer staatlichen Ergebnis- und Erfüllungsverantwortung – werden verschiedene Verantwortungsdimensionen genannt, die spezifisch im Gewährleistungsstaat bestehen sollen, wobei die in der Literatur genutzte Terminologie uneinheitlich ist. Die Rede ist von Überwachungs- und Einstandsverantwortung¹⁶⁵, Residualverantwortlichkeit¹⁶⁶, Sicherstellungspflicht¹⁶⁷ sowie einer Bereitstellungs-, Auf-

¹⁶³ *Udo Di Fabio*, Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, VVDStRL 56 (1996), 1997, S. 235 (258).

¹⁶⁴ *Wolfgang Hoffmann-Riem*, in: Schuppert (Hrsg.), Gewährleistungsstaat - Ein Leitbild auf dem Prüfstand, S. 95.

¹⁶⁵ *Hartmut Bauer*, VVDStRL 1995, 243 (269); *Martin Burgi*, Kommunales Privatisierungsfolgenrecht: Vergabe, Regulierung und Finanzierung, NVwZ 2001, 601 ff.; *Eberhard Schmidt-Aßmann*, Kommunalrecht, in: Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 13. Auflage, 1. Kap. Rdnr. 122.

¹⁶⁶ *Wolfgang Kahl*, Die Privatisierung der Entsorgungsordnung nach dem Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz, DVBl 1995, 1327 ff.

¹⁶⁷ *Stephan Tomerius; Tilman Breitkreuz*, Selbstverwaltungsrecht und Selbstverwaltungspflicht, DVBl 2003, 426 ff.

fang- und Abfederungsverantwortung.¹⁶⁸ Sie bezeichnen mit unterschiedlichen Begriffen die spezifische Verantwortung, die der Staat für die Gewährleistung der ordnungsgemäßen Aufgabenerledigung in Konstellationen übernimmt oder übernehmen soll, in denen Private eine öffentliche Aufgabe ganz oder zum Teil erledigen.¹⁶⁹ Grundsätzlich lassen sich zwei Verantwortungstypen unterscheiden, die letztlich zwischen klassischem staatlichen Verwaltungshandeln und allen neueren Formen ansetzen.

1. Erfüllungsverantwortung

Der erste Grundtyp der Verantwortungsverantwortung ist die Erfüllungsverantwortung. Von Erfüllungs- oder Ergebnisverantwortung kann man dann sprechen, wenn der Staat selbst – entweder durch eigene Behörden oder in den Formen des Verwaltungsprivatrechts – für die Erfüllung bestimmter Aufgaben verantwortlich ist, und zwar in der Weise, dass er diese Aufgaben in eigener Regie wahrnimmt und nicht an Dritte delegiert.¹⁷⁰ Erfüllungsverantwortung trägt der Staat vor allem in den klassischen staatsnahen Verwaltungsbereichen, in denen Berufsbeamte mit Hoheitsbefugnissen eingesetzt werden oder sogar wegen Art. 33 Abs. 4 GG eingesetzt werden müssen.

Auf den ersten Blick trägt der Staat im Bereich der Abfallentsorgung – oder weiter gefasst des Umweltrechts – keine Erfüllungsverantwortung. Hier werden keine Aufgaben formuliert, die der Staat in Eigenregie erfüllen müsste. Allerdings gibt der Staat in der Verpackungsverordnung verbindliche Verwertungsquoten vor, er erlässt also ergebnisbezogene Gebote, deren Erfüllung im Grundsatz hoheitlich sanktioniert ist.

¹⁶⁸ Dazu und zum folgenden *Wolfgang Hoffmann-Riem*, in: Schuppert (Hrsg.), *Gewährleistungsstaat - Ein Leitbild auf dem Prüfstand*, S. 96 ff.

¹⁶⁹ *Gabriele Britz*, *Kommunale Gewährleistungsverantwortung - Ein allgemeines Element des Regulierungsrechts in Europa?*, *Die Verwaltung* 2004, 145 (148 f.).

¹⁷⁰ *Gunnar Folke Schuppert*, *Die öffentliche Verwaltung im Kooperationspektrum staatlicher und privater Aufgabenerfüllung: Zum Denken in Verantwortungsstufen*, *Die Verwaltung* 1998, 415 (423).

2. Gewährleistungsverantwortung

Gewährleistungsverantwortung ist der zweite Grundtyp der Verantwortungsverantwortung. Dieser knüpft an den Begriff des Gewährleistungsstaates an und wird wie folgt charakterisiert:

„Im Regelfall interveniert der Staat nicht so in den gesellschaftlichen Prozess, dass er selbst erwünschte Ergebnisse produziert – sei es durch ergebnisbezogene Gebote oder die Bereitstellung von Leistungen –, sondern dass er einen Rahmen bereitstellt, innerhalb dessen die Gesellschaft ihre Angelegenheiten in möglichst gemeinwohlverträglicher Weise selbstverantwortlich erledigt (Bereitstellungsfunktion des Rechts). Der Staat übernimmt Verantwortung in dem Sinne, dass mit Hilfe der rechtliche bereitgestellten Strukturen angemessene gesellschaftliche Problemlösungen erreicht werden. Dies versucht er, ggf. durch Änderungen des Rahmens – zu gewährleisten. (...) Er garantiert nicht die Erfüllung bestimmter Aufgaben in bestimmter Weise, aber steuert die Möglichkeit der Verfolgung und Errichtung gemeinwohlorientierter Ziele (,enabling' statt ,providing'). Dazu kann er Organisationen bereitstellen, deren Bildung unterstützen oder strukturierend auf ihren Typ einwirken. Er kann in formellen Rechtsformen oder in Formen politischer Erwartungen, Ziele oder auch nur Leitbilder vorgeben und Konzepte zur Zielerreichung anbieten. (...) Er kann Anforderungen an die Qualität des Personals formulieren. Sind unterschiedliche, etwa unterschiedlich einflussreiche, Interessen betroffen, kann er durch Verfahrensregeln für Fairness – und damit Chancengleichheit/-gerechtigkeit sorgen. Auch kann er durch laufende informelle Beobachtung oder formelle Beaufsichtigung (Berichtspflichten, Rechtsaufsicht, Aufsicht

über die Verwendung bereitgestellter Mittel etc.) Möglichkeiten des ergänzenden oder korrigierenden staatlichen Eingriffs sichern.“¹⁷¹

Erfüllungsverantwortung fordert in der Regel ein staatliches Wahrnehmungsmonopol, zumindest aber staatliche Eigenregie. Gewährleistungsverantwortung öffnet Möglichkeiten der Zusammenarbeit mit Privaten. Die öffentliche Hand konzentriert sich auf die Gewährleistung der Erfüllung nach wie vor als öffentlich angesehener Aufgaben; sie sieht ihre eigentliche Rolle zu allererst in einer Steuerung, nicht unbedingt auch in der Erbringung öffentlicher Aufgaben.¹⁷² Gewährleistungsverantwortung ist der Verantwortungstyp, der Anschlussfähigkeit für neue Handlungsformen insbesondere der Zusammenarbeit mit nicht-staatlichen Einrichtungen öffnet. Die Integration solcher neuer Formen generiert drei spezifische Unterformen staatlicher Verantwortung, die Überwachungsverantwortung, die Regulierungsverantwortung und die Auffangverantwortung.¹⁷³

a) Überwachungsverantwortung

In dem Umfang, in dem der Staat sich aus der eigenverantworteten Aufgabenerfüllung zurückzieht, wächst ihm eine Überwachungsverantwortung zu. Es handelt sich dabei um eine aus Gründen der Rechtsstaatlichkeit und des Demokratieprinzips zwingende Residualverantwortung. Der Staat der Private in die Erfüllung öffentlicher Aufgaben einbezieht, muss deren Tätigwerden unter Kontrolle halten. Damit wächst der Staatsaufsicht eine qualitativ neue Rolle zu. Die bekannten Muster einer Wirtschaftsaufsicht oder Bankenaufsicht einerseits oder einer Kommunalaufsicht andererseits können zwar als Vorbild dienen, müssen aber entscheidend auch angepasst werden. Eine Aufsicht über in der Sphäre der Gesellschaft frei agierende Akteure

¹⁷¹ Wolfgang Hoffmann-Riem, Tendenzen in der Verwaltungsrechtsentwicklung, DÖV 1997, 433 (441 f.).

¹⁷² Heinrich Reinermann, Die Krise als Chance: Wege innovativer Verwaltung, 1994, S. 26.

¹⁷³ Gunnar Folke Schuppert, Die Verwaltung 1998, 415 (425 f.) der die Auffangverantwortung als eigenständigen Grundtyp ansieht.

benötigt genauso wie die Aufsicht über in subsidiären Verantwortungsstrukturen agierende kommunale Akteure womöglich weniger Aufsicht als die Tätigkeit privater Akteure, die – zumal in neuen Formen – in einem staatlich-gesellschaftlichen Zwischenbereich tätig werden.

b) Regulierungsverantwortung

Letztlich als ein Aspekt der Überwachungsverantwortung lässt sich von einer Regulierungsverantwortung des gewährleistenden Staates, wiederum als Substitut der Erfüllungsverantwortung¹⁷⁴, sprechen. Es geht hier um die Verantwortung für funktionierende Rahmenbedingungen der Integration nicht-staatlicher Akteure, die bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben mitwirken. Hier müssen rechtliche Handlungsformen zur Verfügung gestellt werden und Modalitäten des Umgangs mit widerstreitenden Interessen gefunden werden. Dabei muss jeweils die spezifische Besonderheit gerade nicht bestehender Erfüllungsverantwortung im Blick behalten werden. Auf der Grundlage der Regulierungsverantwortung kann nicht die gleiche „Verantwortungsdichte“ erreicht werden, wie in Bereichen, die in der Erfüllungsverantwortung des Staates liegen. Das Anliegen von Regulierungsverantwortung darf also nicht darin bestehen, über Regulierung eine Ergebnisverantwortung zu erreichen.¹⁷⁵ Als Variante der Regulierungsverantwortung kann auch die Abfederungsverantwortung¹⁷⁶ bezeichnet werden. Hier geht es für die zunächst um eine nachsorgende Verantwortung des Staates für unerwünschte Folgen, die durch die privaten Selbstregulierungsträger entstanden sind und die in privat-gesellschaftlicher Verantwortung nicht angemessen aufgefangen werden können. Letztlich kann man dies aber auch bereits begleitend als Regulierung ansehen.

¹⁷⁴ *Friedrich Schoch*, Öffentlich-rechtliche Rahmenbedingungen einer Informationsordnung, VVDStRL 1997, 158 (215).

¹⁷⁵ Vgl. *Andreas Voßkuhle*, VVDStRL 2003, 266 (325).

¹⁷⁶ *Wolfgang Hoffmann-Riem*, in: Schuppert (Hrsg.), Gewährleistungsstaat - Ein Leitbild auf dem Prüfstand, S. 97 f.

c) Auffangverantwortung

Mit Auffangverantwortung wird eine Dimension gewährleistungsstaatlicher Verantwortung beschrieben, die die mit dem Freiheitskonzept als Ordnungsidee verbundene Möglichkeit enttäuschter Erwartung auffängt; es geht um eine „Reservfunktion“¹⁷⁷ des Staates. Der Staat hält eine Ersatzregelung für den Fall bereit, dass durch Selbstregulierung Zielverfehlung droht. Beispielhaft für eine solche Auffangregulierung ist § 6 Abs. 8 VerpackV. Dieser enthält für den Fall, dass kein (selbstregulatives) System nach § 6 Abs. 3 VerpackV eingerichtet ist, die Verpflichtung der Letztvertreiber, vom privaten Endverbraucher gebrauchte, restentleerte Verkaufsverpackungen am Ort der tatsächlichen Übergabe oder in dessen unmittelbarer Nähe unentgeltlich zurückzunehmen und einer Verwertung entsprechend den Anforderungen nach Anhang I Nr. 1 VerpackV zuzuführen sowie die Anforderungen nach Anhang I Nr. 4 (Nachweispflichten) zu erfüllen. Absatz 8 ergibt sich als Konsequenz aus der durch die 5. Novelle vorgenommene Umkehrung des zuvor geltenden Regel-/Ausnahme-Verhältnisses. Die nach § 6 Abs. 1 VerpackV geltende Beteiligungspflicht setzt voraus, dass zumindest ein duales System existiert. Fehlt es daran, legt Abs. 8 den Letztvertreibern aus ihrer Produktverantwortung resultierende individuelle Rücknahme- und Verwertungspflichten auf. § 6 Abs. 8 VerpackV kommt insoweit eine Reservfunktion zu.¹⁷⁸

Ebenfalls als Auffangverantwortung oder Einstandsverantwortung wurde in einem Sondergutachten der Monopolkommission (2003) eine Verantwortung der Gemeinden angenommen, im Rahmen der Abfallentsorgung auch nach einer weitgehenden Privatisierung, nicht nur Kontroll- und Ordnungsaufgaben wahrzunehmen, sondern auch eine Auffangpflicht im Fall lückenhafter oder nicht ordnungsgemäßer Durchführung seitens privater Entsorgungsunternehmen zu erfüllen. Aus der „kommunalen Verantwortung für den Bereich der Daseinsvorsorge“ erwachse den Gemeinden „eine solche Residualverpflich-

¹⁷⁷ Christian Waldhoff, *Der Verwaltungszwang: Historische und dogmatische Studien zu Vollstreckung und Sanktion als Mittel der Rechtsdurchsetzung der Verwaltung*. Habilitationsschrift (Manuskript), 2002, D III 3 d.

¹⁷⁸ Fritz Flanderka, in: Flanderka; Stroetmann (Hrsg.), *Verpackungsverordnung. Kommentar*, § 6 Rdnr. 102; zur Konstruktion unter der VerpackV a.F. Andreas Finckh, *Regulierte Selbstregulierung im Dualen System*, 1998, S. 74 ff.

tung zumindest auf dem Gebiet der Hausmüllentsorgung“¹⁷⁹. Eine solche Verpflichtung aus einer aus Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG hergeleiteten Daseinsvorsorgeverpflichtung ist allerdings höchst fraglich.¹⁸⁰ Jedenfalls ist die gemachte Einschränkung in diesem Zusammenhang ganz wesentlich: Eine Auffangverantwortung der Gemeinden *außerhalb* der Hausmüllentsorgung dürfte für den Bereich der Verpackungsentsorgung wenn überhaupt nur insofern bestehen, als das Szenario abgedeckt wird, das weder funktionsfähige duale Systeme existieren noch die Letztvertreiber ihren individuellen Entsorgungs- und Verwertungspflichten nachkommen. Unter diesen Voraussetzungen könnte den Gemeinden in der Tat aus der Daseinsvorsorgeverpflichtung die Aufgabe zukommen, alle Abfälle „von der Straße“ zu räumen. Eine weitergehende Einstandsverantwortung kann den Gemeinden indes nicht ohne weiteres überbürdet werden, dafür fehlen (außerhalb des soeben beschriebenen Szenarios) den Gemeinden regelmäßig wohl auch die notwendigen technischen und finanziellen Ressourcen.¹⁸¹

Die rechtliche und praktische Möglichkeit der Auffangregulierung ist vielfach auch deshalb unverzichtbar, weil die Existenz einer hoheitlichen Alternative den Druck auf die privaten Akteure mit dem Ziel stützt, dass die erwünschten Gemeinwohlzwecke auch bei Selbstregulierung erreicht werden. Vor allem aber muss die Auffangverantwortung bei gesellschaftlicher (privater) Schlechterfüllung aktiviert werden können. Auch im Bereich der Auffangregulierung behält auch das Ordnungsrecht eine unverzichtbare Bedeutung. Die daneben immer auch bestehende Möglichkeit einer Rückkehr zur staatlichen Eigenfüllung ist vielfach eine bloß theoretische, weil realistische Rückhooptionen praktisch nicht immer bestehen.¹⁸² Im Bereich der Verpackungsentsorgung haben sich die mittlerweile erreichten Standards ja erst mit den privatwirtschaftlichen Systemen entwickelt.

¹⁷⁹ *Monopolkommission*, Sondergutachten. Wettbewerbsfragen der Kreislauf- und Abfallwirtschaft, 2003, S. 81.

¹⁸⁰ *Gabriele Britz*, Die Verwaltung 2004, 145 (161) m.w.N.

¹⁸¹ *Gabriele Britz*, Die Verwaltung 2004, 145 (151 f.).

¹⁸² *Wolfgang Hoffmann-Riem*, in: Schuppert (Hrsg.), Gewährleistungsstaat - Ein Leitbild auf dem Prüfstand, S. 97 m.w.N.

Die Gemeinden mit ihrer Aufgabe der örtlichen Daseinsvorsorge genügen bei Störungen im Dualen System demnach nicht bereits der staatlichen Auffangverantwortung: Das wäre nur beim vollständigen Ausfall der Systemleistung der Fall. Bei innersystemischen Störungen ohne kompletten Leistungsausfall wie das bei Trittbrettfahrerproblematik gegeben ist, kommen die Gemeinden als in Reserve stehende öffentlich-rechtliche Körperschaften nicht in Betracht: Hier muss der Gesetz- und Verordnungsgeber systemintern mit folgerichtigen Instrumenten nachsteuern.

F. Steuerung im Bereich regulierter Selbstregulierung

Die staatliche Regulierung gesellschaftlicher Selbstregulierung ist eine Gratwanderung. Die übergreifende Vorstellung im Hinblick auf staatliche Steuerung im Bereich regulierter Selbstregulierung ist das Kooperationsprinzip, das – bei aller Heterogenität – auf das funktionale Zusammenwirken von Staat und Privaten bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben zielt mit einer zwischen den jeweiligen Bereichen geteilten Verantwortung.¹⁸³ Entscheidend für das Gelingen dieser Parallelschaltung von privaten und öffentlichen Interessen ist, dass die Funktionsfähigkeit von Staat und Gesellschaft sowie die Eigenrationalität beider Subsysteme erhalten bleiben. Damit scheidet eine durchgehende Etatisierung privater Akteure ebenso aus wie die weitreichende Publifizierung privatrechtlicher Organisations- und Handlungsformen.¹⁸⁴ Als Regulierungsstrategie hat sich in diesem Zusammenhang die Kontextsteuerung¹⁸⁵ herausgebildet, für die einige Rahmenanforderungen gelten.

I. Rahmenanforderungen

Aus den verfassungsrechtlichen Anforderungen des Demokratie- und Rechtsstaatsprinzips¹⁸⁶ ergeben sich für die Kooperation des Staates mit Privaten im Rahmen der Gewährleistungsverantwortung bestimmte Rahmenanforderungen.¹⁸⁷ Als erstes müssen die privaten Akteure rechtliche verpflichtet werden, Leistungen in einer bestimmten Quan-

¹⁸³ *Martin Eifert*, in: Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts. Band I, § 19 Rdnr. 53.

¹⁸⁴ *Andreas Voßkuhle*, VVDStRL 2003, 266 (307).

¹⁸⁵ *Matthias Schmidt-Preuß*, Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, VVDStRL 56 (1996/97, 1997), 160 ff.

¹⁸⁶ *Udo Di Fabio*, NVwZ 1995, 1 ff.

¹⁸⁷ *Andreas Voßkuhle*, VVDStRL 2003, 266 (310 ff.) spricht von dogmatischen Grundbausteinen.

tität und Qualität zu erbringen. Die Aufgabe kann nicht konturlos in den Bereich der Gesellschaft (zurück)gegeben werden. Solche Vorgaben können auf verschiedene Arten gemacht werden: Denkbar sind die Überleitung hoheitlicher Leistungspflichten, die gesetzlich Auferlegung öffentlich-rechtlicher Leistungspflichten und die Vereinbarung bestimmter Leistungsverpflichtungen durch Verwaltungsverträge.

Weitere Rahmenbedingung sind Maßnahmen zur Sicherung der Qualifikation und die Auswahl der privaten Akteure.¹⁸⁸ Von ihrer fachlichen Kompetenz, ihrer Zuverlässigkeit und ihrem Leistungsvermögen hängt maßgeblich ab, ob die vorgegebenen Leistungsstandards erfüllt werden. Die Sicherstellung der Qualifikation der privaten Akteure ist deshalb ein weiteres konstituierendes Strukturelement des Gewährleistungsverwaltungsrechts. Schließlich ist der Schutz von Rechten Dritter sicherzustellen. Der Teilrückzug des Staates führt – vor allem in grundrechtssensiblen Bereichen – als Ergebnis der Gewährleistungsverantwortung zu der Notwendigkeit einer Einrichtung von wirksamen Aufsichtsbefugnissen und der Pflicht, diese Aufsicht auch tatsächlich wahrzunehmen oder in geeigneter Weise wiederum selbstregulativ oder selbstverwaltend wahrnehmen zu lassen.¹⁸⁹

Diese bereits aus verfassungsrechtlichen Gründen sowohl grundrechtlich wie vom Gleichheitssatz geforderte Ausgestaltung der Aufsicht werden im System der Verpackungsverordnung im Grundsatz aufgenommen. In Anhang I zu § 6 VerpackV werden die Anforderungen an die Verwertung von Verkaufsverpackungen, die beim Endverbraucher anfallen im Einzelnen verbindlich festgelegt. Anhang I Nr. 1 Abs. 2 legt die im Jahresmittel stofflich zu verwertenden Mindestmengen für die Materialfraktionen Glas, Weißblech, Aluminium, PPK und Verbunde fest.

Die Anforderungen an die Systembetreiber werden in § 6 Abs. 3 in Verbindung mit Anhang I Nr. 2 und 3 VerpackV genannt. Ob ein privater Systembetreiber die dort genannten Voraussetzungen erfüllt,

¹⁸⁸ *Gunnar Folke Schuppert*, Der Gewährleistungsstaat - modisches Label oder Leitbild sich wandelnder Staatlichkeit?, in: Schuppert (Hrsg.), Der Gewährleistungsstaat - Ein Leitbild auf dem Prüfstand, S. 43.

¹⁸⁹ *Udo Di Fabio*, VVDStRL 56 (1996), 1997, 235 (262).

stellt die zuständige oberste Landesbehörde oder die von ihr bestimmte Behörde auf Antrag des Systembetreibers fest. Diese Feststellung kann nachträglich mit Nebenbestimmungen versehen werden, die erforderlich sind, um die beim Erlass der Feststellung vorliegenden Voraussetzungen auch während des Betriebes des Systems dauerhaft sicherzustellen, § 6 Abs. 5 Satz 2 VerpackV. Möglichkeiten der Qualitätssicherung sind demnach vorgesehen.

Anders sieht dies hinsichtlich der Branchenlösungen aus. Hier reicht es gem. § 6 Abs. 2 VerpackV aus, dass ein unabhängiger Sachverständiger für die Hersteller und Vertreiber nachweist, dass sie

„1. im jeweiligen Land geeignete, branchenbezogene Erfassungsstrukturen eingerichtet haben, die die regelmäßige kostenlose Rückgabe entsprechend Absatz 8 Satz 1 bei allen von den Herstellern und Vertreibern mit Verpackungen belieferten Anfallstellen (...) gewährleisten,

2. die Verwertung der Verkaufsverpackungen entsprechend den Anforderungen des Anhangs I Nr. 1 und 4 gewährleisten, ohne dabei Verkaufsverpackungen anderer als der innerhalb der jeweiligen Branche von den jeweils teilnehmenden Herstellern und Vertreibern vertriebenen Verpackungen oder Transport- und Umverpackungen in den Mengenstromnachweis einzubeziehen.“

Hier reicht eine Anzeige gegenüber der zuständigen obersten Landesbehörde einen Monat vor Beginn der Rücknahme über die eingerichtete Branchenlösung, § 6 Abs. 2 Satz 2 VerpackV.

Rechte Dritter werden insbesondere durch die u.a. zur wettbewerbsneutralen Koordination der Ausschreibungen eingesetzte Gemeinsame Stelle gewahrt. Im Abschlussbericht der Sektoruntersuchung duale Systeme kommt das Bundeskartellamt im Dezember 2012 zu dem Er-

gebnis, dass die Wettbewerbsöffnung bis auf wenige marginale Verbesserungsmöglichkeiten erfolgreich umgesetzt ist.¹⁹⁰

II. Kontrolle

Die eigentlich schwierige Frage des Gewährleistungsverantwortungsrechts ist nach der organisatorischen und verfahrensrechtlichen Absicherung der Einhaltung der einschlägigen Vorgaben.¹⁹¹ Es geht um die Frage, wie eigentlich sichergestellt wird, dass die privaten Akteure die einschlägigen Vorgaben auch einhalten, ohne die intendierte Flexibilität und Innovationskraft durch Kontrolle wieder zurückzunehmen. Selbstregulierung bedeutet bis zu einem bestimmten Grad immer eine bewusste Preisgabe staatlicher Lenkungs- und Kontrollmöglichkeiten, gleichsam als Preis der gewonnenen Flexibilität und Effizienz. Aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu gleichheitwidrigen Vollzugsdefiziten im Steuerrecht¹⁹² ist zu folgern, dass das Gesetz bereits auf der Tatbestandsebene die Pflichtenkonstituierung oder auch Ausnahmen von einer Pflicht so klar fassen muss, dass sie einer Kontrolle zugänglich sind, weil ansonsten das Vollzugsdefizit zu einem verfassungswidrigen Normdefizit wird.

Das Nachdenken über Kontrollmechanismen in selbstregulativen Systemen kann nicht zum Ziel haben, die Dichte einer fachaufsichtlichen Kontrolle nachzubilden.¹⁹³ Angezeigt ist vielmehr eine Form der den Besonderheiten angepassten Gewährleistungsaufsicht, deren Mittel je nach Sachbereich und Gefährdungspotential der Aufgabe divergieren. Hierbei stehen verschiedene Mittel zur Verfügung: die Einrichtung von Beiräten wie in § 67 TKG¹⁹⁴, die Auferlegung von Konzeptpflich-

¹⁹⁰ *Bundeskartellamt*, Sektoruntersuchung duale Systeme. Zwischenbilanz der Wettbewerbsöffnung., 2012, S. 76 ff.

¹⁹¹ *Andreas Voßkuhle*, VVDStRL 2003, 266 (320 f.); *Gunnar Folke Schuppert*, in: Schuppert (Hrsg.), *Der Gewährleistungsstaat - Ein Leitbild auf dem Prüfstand*, S. 43.

¹⁹² Siehe oben D. III.

¹⁹³ *Andreas Voßkuhle*, VVDStRL 2003, 266 (325).

¹⁹⁴ *Matthias Ruffert*, *Regulierung im System des Verwaltungsrechts*, AöR 1999, 237 (278).

ten¹⁹⁵, der Ausbau unternehmerischer Eigenüberwachung¹⁹⁶, im Bereich der Verpackungsverordnung bereits praktizierte Dokumentationspflichten (z.B. § 6 Abs. 1 Satz 5 und 7 i.V.m. Anhang I Nr. 4 VerpackV)¹⁹⁷. Andere Kontrollmechanismen stellen etwa der Aufbau paralleler privater Kontrollstrukturen, die Einbeziehung Dritter in die Überwachung oder die organisatorische Verselbstständigung der aufsichtsführenden Verwaltungseinheiten, z.B. die Errichtung spezieller Regulierungsbehörden oder die Übertragung der Aufsicht auf Beliehene dar.¹⁹⁸

III. Marktbeobachtungspflicht¹⁹⁹ und Rückholoption

Für innovative selbstregulative Systeme im verwaltungsrechtlichen Gewährleistungsbereich sind zudem zwei Aspekte besonders wichtig, die mit dem immer noch experimentellen Charakter dieser Aufgabewahrnehmung zusammenhängen. Wenn schon früh feststand, dass implementative Steuerung Zeit braucht, um ihre Wirksamkeit unter Beweis zu stellen,²⁰⁰ dann verbindet sich diese Einsicht mit der Notwendigkeit periodischer Evaluation²⁰¹.

Im Laufe der Zeit können sich Schwachstellen zeigen, die nicht nur auf ein individuelles Versagen der privaten Leistungserbringer zurückzuführen sind, sondern auf einen Regulierungsfehler hinweisen. Dieser kann in bisher unberücksichtigten Folgen der Eigenrationalität

¹⁹⁵ *Eberhard Schmidt-Aßmann*, Öffentliches Recht und Privatrecht: Ihre Funktion als wechselseitige Auffangordnungen, in: Hoffmann-Riem (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, S. 39 f.

¹⁹⁶ *Andreas Voßkuhle*, VVDStRL 2003, 266 (322) m.w.N.

¹⁹⁷ Andere Dokumentationspflichten existieren beispielsweise in § 15 Abs. s UAG.

¹⁹⁸ Zu allen Varianten m.w.N. *Andreas Voßkuhle*, VVDStRL 2003, 266 (324 f.).

¹⁹⁹ *Wolfgang Weiß*, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, DVBl 2002, 1167 (1181).

²⁰⁰ *Udo Di Fabio*, NVwZ 1995, 1 (2).

²⁰¹ *Andreas Voßkuhle*, VVDStRL 2003, 266 (325); *Gunnar Folke Schuppert*, in: Schuppert (Hrsg.), Der Gewährleistungsstaat - Ein Leitbild auf dem Prüfstand, S. 43 f.

der beteiligten Subsysteme bestehen. Um diese Schwachstellen herauszufinden, um sie abstellen zu können und um die Gesamtfunktionsfähigkeit des Beteiligungskonzepts zu gewährleisten, bedarf es seiner periodischen Evaluation, die in die Dogmatik des Gewährleistungsverwaltungsrechts daher zu integrieren ist.

Im Bereich der Verpackungsverordnung ist fraglich, ob diesem Gesichtspunkt im Blick auf die Trittbrettfahrerproblematik ausreichend Rechnung getragen wird. Zwar sind immer wieder Anpassungen der rechtlichen Regelungen an veränderte Rahmenbedingungen vorgenommen worden. Als problematisch erweisen sich jedoch heute solche Evaluationen, die nicht mit dem Ziel der Fehleranalyse, sondern als Vorbereitung eines politisch gewollten Systemwechsels durchgeführt werden. Das kann heißen, dass vermeidbare Fehlentwicklungen deshalb nicht abgestellt werden, weil etwa eine Re-Kommunalisierung gewollt ist.

Für den Fall, dass sich die Leistungsunfähigkeit eines privaten Akteurs oder die Leistungsunfähigkeit privater Akteure insgesamt herausstellt, lebt die unmittelbare Verantwortung des Staates wieder auf. Für diesen Fall hat das Gewährleistungsverwaltungsrecht geeignete dogmatische Lösungen anzubieten.

In § 6 Abs. 5 VerpackV wird die zuständige Behörde ermächtigt, die notwendige Feststellung der Funktionsanforderungen an ein duales System ganz oder teilweise zu widerrufen,

„wenn sie feststellt, dass die in Absatz 3 genannten Anforderungen nicht eingehalten werden.“

Diese Norm erfüllt das Erfordernis des Gewährleistungsverwaltungsrechts, durch rechtliche Regelungen sicherzustellen, dass die Zusammenarbeit mit dem privaten Leistungserbringer, der in der Regel größere Investitionen getätigt hat, wieder beendet werden kann.²⁰² Die Verpackungsverordnung enthält in § 6 Abs. 8 aber auch eine Regelung für den Fall des Ausfalls aller dualen Systeme:

²⁰² *Andreas Voßkuhle*, VVDStRL 2003, 266 (326).

„Falls kein System nach Absatz 3 eingerichtet ist, sind alle Letztvertreiber verpflichtet, vom privaten Endverbraucher gebrauchte, restentleerte Verkaufsverpackungen am Ort der tatsächlichen Übergabe oder in dessen unmittelbarer Nähe unentgeltlich zurückzunehmen und einer Verwertung entsprechend den Anforderungen nach Anhang I Nr. 1 zuzuführen sowie die Anforderungen nach Anhang I Nr. 4 zu erfüllen.“

Auf der Ebene des Kreislaufwirtschaftsgesetzes schließlich ist für den Fall des Versagens der Erfassung und Verwertung von Verkaufsverpackungen über duale Systeme der öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger zur Beseitigung und Verwertung in seinem Gebiet angefallenen und überlassenen Abfälle aus privaten Haushaltungen verpflichtet, § 20 Abs. 1 Satz 1 KrWG.

IV. Gewährleistungsaufsicht

1. Die zwei Modi der Aufsicht

Kennzeichnet der Begriff Gewährleistungsverantwortung den Übergang staatlicher Erledigung öffentlicher Aufgaben hin zu verantwortungsteilenden Arrangements, in denen der Staat versucht, das Problemlösungspotential gesellschaftlicher Akteure für die Aufgabenerledigung zu aktivieren, so ist die Gewährleistungsaufsicht ein notwendiges Mittel, mit dem der Staat die Rückkoppelung der privaten Aufgabenerfüllung an das Gemeinwohl sicherstellen kann.²⁰³ Die Frage nach Lenkung und Kontrolle wird in der Literatur zurecht als „Achillesferse“ selbstregulativer Systeme im Gewährleistungsverwaltungsrecht beschrieben.²⁰⁴ Der Teilrückzug des Staates auf Gewährleis-

²⁰³ Markus Edelbluth, Gewährleistungsaufsicht, 2008, S. 39 m.w.N.

²⁰⁴ Andreas Voßkuhle, VVDStRL 2003, 266 (320).

tungsverantwortung ist aus Verfassungsgründen mit dem Entstehen von Aufsichtspflichten des Staates zwingend verbunden.²⁰⁵ Diese Aufsicht kann grundsätzlich auf zwei Arten erfolgen.²⁰⁶

- Die erste Möglichkeit besteht in der staatlichen Eigenerledigung der Kontrolle mit den traditionellen Instrumenten der Wirtschaftsaufsicht. Man kann hier auch von einer staatlichen Erfüllungsverantwortung für die Kontrollaufgabe bei Verlagerung der Erledigung der Sachaufgabe in den gesellschaftlichen Bereich sprechen. Die Eigenerledigung der Kontrolle dient als (ein) Mittel der Wahrnehmung der staatlichen Gewährleistungsverantwortung. Verändert sind in dieser Variante nicht die Aufsichtsinstrumente, sondern der Kontrollmaßstab, der hier auf die Einhaltung des den Privaten gesetzten Rahmens bezogen ist.
- Die zweite Möglichkeit besteht darin, auch bei der Kontrolle verantwortungsteilende Arrangements zu entwickeln und damit die Konzeptentscheidung für das selbstregulative System *folgerichtig* fortzuentwickeln. Ein Teil der Kontrollverantwortung kann von der gesellschaftlichen Sphäre wahrgenommen werden, wie dies insbesondere bei den Instrumenten der Eigenaufsicht und bei der Einbeziehung Dritter in die Kontrolle geschieht. Der Gedanke der Verantwortungsteilung wird hierbei auch auf die Kontrollebene übertragen. Verfassungsrechtlich sind vielfältige Kontrollformen „staatlicher, staatsnaher und staatsaussparender“ Art erlaubt.
- Schließlich können beide Varianten der Gewährleistungsaufsicht auch miteinander kombiniert werden, wie dies beispielsweise bei der Übertragung von Kontrollverantwortung auf private Verifikateure und einer darauf aufbauenden Kontrolle der Kontrolleure der Fall ist.²⁰⁷

²⁰⁵ Udo Di Fabio, VVDStRL 1997, 235 (262); Gunnar Folke Schuppert, Privatisierung und Regulierung - Vorüberlegungen zu einer Theorie der Regulierung im kooperativen Verwaltungsstaat, Diskussionspapier, 1996, S. 9 ff.

²⁰⁶ Zur Unterscheidung und zum Folgenden Markus Edelbluth, S. 40 ff.

²⁰⁷ Markus Edelbluth, S. 41.

2. Verfassungsrechtliche Anforderungen an Gewährleistungsaufsicht

Jede hoheitliche Kontrollabsicht steht vor der Frage, ob und inwieweit Aufsicht überhaupt auf Privatrechtssubjekte delegiert werden darf. Inwieweit staatliche Überwachungsaufgaben auf Private übertragen werden darf, inwieweit Private an dieser staatlichen Aufgabe beteiligt werden dürfen, richtet sich nach der Qualität und dem Eingriffsinstrumentarium, die die staatliche Aufsicht im konkreten Fall aufweist. Öffentliche Aufgaben umfassen nach formellem Verständnis sämtliche Aufgaben, an denen ein öffentliches Interesse besteht. Als Staatsaufgaben werden dagegen nur solche Aufgaben bezeichnet, die der Staat im Rahmen der geltenden Verfassungsordnung rechtswirksam für sich in Anspruch nimmt. Innerhalb der Staatsaufgaben lassen sich weiter notwendige Staatsaufgaben, d.h. von der Verfassung vorgegebene Aufgaben (z.B. Umweltschutz, Art. 20 a GG), von freiwilligen Staatsaufgaben unterscheiden. Da sich notwendige Staatsaufgaben aus der Verfassung nur in sehr begrenztem Umfang ableiten lassen, ist der Staat weitgehend frei in der Übernahme von Aufgaben; genauso wie auch in der Abgabe von einmal übernommenen Aufgaben.²⁰⁸

Weitreichende Einigkeit besteht darüber, dass im Bereich der freiwilligen Staatsaufgaben nichts gegen verantwortungsteilende Arrangements spricht, da sich der Staat hier auch völlig aus der Aufgabenerledigung zurückziehen könnte. Bei notwendigen Staatsaufgaben wird man zwar von einer grundsätzlichen Pflicht des Staates zur Wahrnehmung der Aufgabe mit eigenen Mitteln ausgehen müssen, das Grundgesetz belässt aber auch in diesem Bereich Raum für verantwortungsteilende Modi.²⁰⁹ Dieser Befund ergibt sich aus zahlreichen Bestimmungen des Grundgesetzes. Hier greift der an das Vorliegen einer Staatsaufgabe anknüpfende Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG

²⁰⁸ *Fritz Ossenbühl*, Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private, VVDStRL 1971, 137 (153) m.w.N.

²⁰⁹ *Markus Edelbluth*, S. 42 f.

nur „in der Regel“ ein, sperrt also nicht generell die Einbeziehung von Personen, die nicht in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen. Im übrigen geht es dieser Vorbehaltsvorschrift nur um engere Hoheitsverwaltung, insbesondere bei der polizeilichen Gefahrenabwehr oder repressive Strafverfolgung, nicht aber für jeden Erlass eines Verwaltungsaktes.

Die Einbeziehung privater Rechtssubjekte in die Aufsicht kann sogar geboten sein, um dem Grundanliegen des Art. 33 Abs. 4 GG zu genügen, das darin besteht, betroffenen Bürgern durch Einsatz eines sach- und fachkundigen Personals Schutz vor Willkür zu bieten.²¹⁰ Ebenso wenig lässt sich dem Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 2 GG), dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG), dem Staatsziel Umweltschutz (Art. 20 a GG) noch grundrechtlichen Schutzpflichten entnehmen, dass sich der Staat einer Staatsaufgabe, wie der Kontrollaufgabe im Abfallrecht, durch eigene Verwaltungsorgane annehmen muss.²¹¹

Damit ist freilich noch nicht ausgesagt, welche Anforderungen sich aus der Verfassung für den Modus der Beteiligung Privater an staatlicher Aufsicht ergeben können. Das Demokratieprinzip fordert für die Sicherstellung eines effektiven Einflusses des Volkes auf die Staatsgewalt die Erreichung eines ausreichenden Legitimationsniveaus²¹², was bei der Ausstattung Privater mit Hoheitskompetenzen im Rahmen der Aufsicht eine effektive Kontrolle und die Möglichkeit der Einflussnahme auf ihr Handeln gebietet. Art, Umfang und Intensität der Kontrolle bzw. Kontrollarrangements müssen durch den Gesetzgeber mit Blick auf die jeweilige Aufgabe ausgestaltet werden.²¹³

Das Rechtsstaatsprinzip erlangt insbesondere in Konstellationen Bedeutung, in denen Private, die vom Staat nicht mit Hoheitskompetenz ausgestattet wurden und für die mangels Einbindung in die staatliche Hierarchie das Demokratieprinzip nicht eingreift, im Rahmen der Erfüllung von Staatsaufgaben eingesetzt werden. Auch und gerade bei

²¹⁰ Markus Edelbluth, S. 43; Fritz Ossenbühl, VVDStRL 1971, 137 (162).

²¹¹ Markus Edelbluth, S. 43.

²¹² BVerfGE 83, 60, 71 f.; 93, 37, 66.

²¹³ Achim Seidel, S. 51 ff.; Markus Edelbluth, S. 44.

der Erfüllung staatlicher Aufsichtstätigkeit durch Private müssen die Anforderungen des Art. 20 Abs. 3 GG erfüllt werden, was den Staat dazu zwingt, die Privaten in ihrem Tun zu kontrollieren.²¹⁴

Die grundrechtlichen Schutzpflichten fordern zwar keinen absoluten Schutz der relevanten Schutzgüter ein, aber verlangen zumindest nach wirksamen staatlichen Schutzmaßnahmen, die sachgerecht, geeignet und zumutbar sind und dabei ein gewisses Untermaß nicht unterschreiten. Ähnliches gilt für das Staatsziel Umweltschutz. Gefordert ist in beiden Fällen vornehmlich der Gesetzgeber, dem bei der Realisierung der Schutzaufträge ein weiter Gestaltungsspielraum zuzugestehen ist und der sich dabei materiellrechtlicher, verfahrensrechtlicher, organisationsrechtlicher Regelungen oder Mischformen derselben bedienen kann. Erfolgt die Erfüllung des Schutzauftrags durch gesetzliche Normierung umweltrechtlicher Pflichten, so kann der Staat zwar prinzipiell von der Rechtsbefolgung durch die Rechtsunterworfenen ausgehen, er muss aber stets auch mit einer zumindest partiellen Nichteinhaltung der Normen rechnen. Um eine solche Nichtbeachtung überhaupt wahrnehmen zu können und den an den Staat gerichteten verfassungsrechtlichen Schutzauftrag nicht gänzlich leerlaufen zu lassen, ist ein unveräußerlicher Kern an staatseigener Kontrolle mit hoheitlichen Mitteln erforderlich.²¹⁵

V. Beleihung

Verlagert der Staat Teile seiner Kontrolltätigkeit in den privaten Sektor, gibt es dafür verschiedene Optionen.²¹⁶ Auch im Gewährleistungsstaat spielen tradierte dogmatische Institutionen des Verwaltungsrechts als Steuerungsinstrumente weiterhin eine Rolle. Nicht nur kooperative Handlungsformen wie der Verwaltungsvertrag, sondern insbesondere auch Rechtsfiguren wie insbesondere die Beleihung, der

²¹⁴ *Achim Seidel*, S. 47.

²¹⁵ *Markus Edelbluth*, S. 44 f. m.w.N.

²¹⁶ *Martin Eifert*, in: Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*. Band I, § 19 Rdnr. 80 ff.

Verwaltungshelfer oder die Indienstnahme Privater beweisen auch unter den geänderten Bedingungen staatlicher Aufgabenwahrnehmung unveränderte Praxistauglichkeit.²¹⁷ Dem rechtsstaatlich verpflichteten Verwaltungsrecht kommt die Aufgabe zu, selbstregulative Vollzugsformen in den Bahnen der sektoralen Freiheits- und Staatsidee zu halten. Dazu kann zunächst von den bekannten dogmatischen Kategorien ausgegangen werden, die auf die Erfassung von mediatisierter Staatsgewalt zugeschnitten sind.

Das traditionelle verwaltungsrechtliche Instrument für eine Verlagerung hoheitlicher Aufgaben auf Private bildet die Beleihung. Gerade der Beliehenenstatus erweist seine Tauglichkeit, staatlich-gesellschaftliche Kooperationen dogmatisch zu bewältigen; in ihm verschmelzen privater Status und staatliche Funktion, die eine Nutzbarmachung privater Ressourcen erlaubt, ohne aber auf hoheitliche Handlungsbefugnisse und Einflussmöglichkeiten sowie eindeutige Zuordnung innerhalb der herkömmlichen verfassungsrechtlichen Systemzäsuren verzichten zu müssen.²¹⁸ Kurz: Die Beleihung führt zu einer funktionellen Verstaatlichung bei gleichzeitiger Nutzung der privaten Potentiale und wird bis heute in großer Breite eingesetzt.²¹⁹ Die dogmatische Figur der Beleihung dosiert je nach Reichweite die formelle und materielle Herrschaft des öffentlichen Rechts und wirkt mit dem Gesetzesvorbehalt zusammen. Der eingriffsbezogene, klassische Gesetzesvorbehalt greift dann, wenn selbstregulierende private Verbände mit drittgerichteten Hoheitsbefugnissen ausgestattet werden. Der demokratisch-institutionelle Gesetzesvorbehalt greift allerdings bereits dort, wo im Rahmen des Gesetzesvollzuges substantielle Teile der exekutiven Erfüllungsverantwortung auf Private verlagert werden. Art und Umfang der übertragenen Befugnisse müssen in einem Gesetz geregelt werden. Der Beliehene wird Teil der öffentlichen Verwaltung, so dass die Rechtmäßigkeitsanforderungen der öffentlichen Verwaltung auch für ihn gelten. Seine Handlungsrationalität soll die der öffentlichen Verwaltung sein, gleichzeitig bleibt der Beliehene

²¹⁷ *Andreas Voßkuhle*, VVDStRL 2003, 266 (299).

²¹⁸ *Andreas Voßkuhle*, VVDStRL 2003, 266 (299 ff.).

²¹⁹ *Martin Eifert*, in: Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts. Band I, § 19 Rdnr. 81.

Teil der gesellschaftlichen Sphäre.²²⁰ Trotz fortbestehender Zweifel hat sich hier ein eher enges Beleihungsverständnis durchgesetzt. Beleihung setzt danach voraus, dass natürlichen oder juristischen Personen des Privatrechts nicht nur öffentliche Aufgaben übertragen werden, sondern auch hoheitliche Befugnisse mit unmittelbarer Außenwirkung gegen Bürger. Der Beleihungsbegriff lehnt sich im Grunde an die Befugnis an, Verwaltungsakte selbständig zu erlassen. Während es ansonsten herrschende Ansicht im Verwaltungsrecht ist, dass längst andere Handlungsformen an die Seite des Verwaltungsaktes getreten sind, und es darauf ankommt, sie rechtsstaatlich besonders im Hinblick auf den effektiven Rechtsschutz dem Verwaltungsakt gleichzustellen, ist die Dogmatik der Beleihung davon bisher unberührt geblieben.²²¹

VI. Substitution staatlicher Überwachung

Die am weitesten reichende Form der privaten Fremdüberwachung ist die Ersetzung der staatlichen Überwachungstätigkeit, wie sie auf europäischer Grundlage für weite Bereiche des Produktsicherheitsrechts eingeführt wurde.²²² Hier wird die Markteinführung gefährlicher Produkte weitgehend nicht an staatliche Genehmigungen gebunden, sondern durch ein staatlich verankertes System präventiver privater Kontrolle überwacht. Die betroffenen Produkte dürfen nur dann in Verkehr gebracht werden, wenn ihre Konformität mit den materiellen Vorgaben bestätigt und durch die Anbringung eines Prüfzeichens (CE-Kennzeichnung) ausgewiesen wird. Die konkreten Konformitätsbewertungsverfahren sind dabei risikoorientiert differenziert ausgestaltet. Die Einordnung hängt vom Gefahrenpotential aber auch von der Verfügbarkeit operationalisierter, den Wissens- und Wertungsbedarf verringernder Prüfmaßstäbe ab. Bei einem höheren Gefahrenpotential oder einem Mangel konkretisierter Maßstäbe ist regelmäßig eine Konformitätsprüfung durch private „benannte Stellen“ bzw. „zuge-

²²⁰ *Hans-Heinrich Trute*, Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts. Band I, § 6 Rdnr. 92 m.w.N.

²²¹ *Udo Di Fabio*, VVDStRL 1997, 235 (271 ff.).

²²² *Udo Di Fabio*, Produktharmonisierung durch Normung und Selbstüberwachung, 1996, S. 1 ff.; 45 ff.; *Martin Eifert*, in: Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts. Band I, § 19 Rdnr. 82 ff. zum Folgenden.

lassene Stellen“ notwendig, die sich auf Baumuster oder individuelle Produkte beziehen kann und teilweise auch ergänzende Kontrollen von Qualitätssicherungssystemen der Produktion umfasst. In anderen Fällen reicht die bloße Selbsterklärung des Herstellers, wobei zum Teil der benannten Stelle eine technische Dokumentation vorzulegen ist. Die privaten „benannten Stellen“ garantieren die Sicherheit entweder durch eigene Bewertungen oder Kontrollen, oder mittelbar indem sie die Qualitätssicherungssysteme der Hersteller überprüfen. Soweit sie die für den Markteintritt notwendige Entscheidung abschließend und bindend treffen, werden sie zwar funktional hoheitlich tätig, sind aber nicht in die Verwaltungsorganisation eingebunden. Ihrer Einbindung durch eine (nationale) Beleihung stehen schon ihre internationale, originär gemeinschaftsrechtliche Tätigkeit und die europarechtlich zumindest nahe gelegte umfassende Unabhängigkeit entgegen.

Neben dem genannten Mechanismus privatisierter Produktkontrollen, die sich bis zu einer privatisierten Marktzutrittskontrolle erstrecken können, bleibt eine staatliche Überwachungszuständigkeit bestehen. Die repressive Überwachung der auf dem Markt befindlichen Produkte ist auch im Produktsicherheitsrecht weiter staatlichen Stellen vorbehalten, wird aber durch die Marktzutrittskontrollen in der Praxis erheblich entlastet.²²³

1. Vorgelagerte Kontrolle

Private Fremdkontrolle findet sich auch innerhalb der öffentlichen Überwachungsverantwortung und bildet hier eine vorgelagerte präventive Kontrollstufe. Nach dem Versicherungsaufsichtsgesetz wird die früher bestehende aufsichtsrechtliche Genehmigung für Tarifänderungen bei bestimmten Versicherungstypen ersetzt durch die private Kontrolle eines vom Versicherungsunternehmen bestellten, aber notwendig von diesem vollständigen unabhängigen, Prämienänderungstreuhänder nach § 12 b VAG. Er überprüft bei der Krankenversicherung die Prämienkalkulationen und muss den Prämienänderungen zustimmen. Der Treuhänder hat zu prüfen, ob die Berechnung der Prä-

²²³ *Martin Eifert*, in: Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts. Band I, § 19 Rdnr. 85.

mien mit den dafür bestehenden Rechtsvorschriften in Einklang steht. Dazu sind ihm sämtliche für die Prüfung der Prämienänderungen erforderlichen technischen Berechnungsgrundlagen einschließlich der hierfür benötigten kalkulatorischen Herleitungen und statistischen Nachweise vorzulegen. Auch hier wird die staatliche Aufsicht aber nicht ausgeschlossen, sondern knüpft an diese private Überwachung (anlassbezogen) an. Ist nach Auffassung des Treuhänders die Änderung einer Tarifprämie erforderlich und kann hierüber mit dem Unternehmen eine übereinstimmende Beurteilung nicht erzielt werden, hat der Treuhänder die Aufsichtsbehörde unverzüglich zu unterrichten, § 12 b Abs. 2 Satz 5 VAG.

Weiteres Beispiel präventiver privater Kontrolle ist die Peer-Review der Wirtschaftsprüfer und vereidigten Buchprüfer durch die sogenannten Prüfer für Qualitätskontrolle; auch hier ist die private Kontrolle nur Voraussetzung für die entscheidende Konformitätsbescheinigung durch die Kammer, der ebenfalls die Möglichkeit zur Überprüfung offensteht.

Die vorgelagerte private Kontrolle kommt ohne Hoheitsgewalt aus, weil hier keine selbständigen Entscheidungen getroffen werden. Die Schwelle für eine Beleihung wird in diesen Fällen daher nicht überschritten. Die eigentliche Entscheidung bzw. Kontrolle erfolgt durch einen Hoheitsträger. Allerdings sind in den hybriden, privat-öffentlichen Kommunikationszusammenhängen der Aufsichtstätigkeit die Grenzen sowohl zwischen schlichthoheitlichen und privatrechtlichen Elementen als auch zwischen Informationsbereitstellung und eigenständiger Bewertungskompetenz nicht immer eindeutig.²²⁴ Zudem wird man in der Praxis davon ausgehen müssen, dass die Ergebnisse der privaten vorgelagerten Kontrollen, schon um den gewünschten Entlastungseffekt zu realisieren, eins zu eins in die Verwaltungsentscheidung umgemünzt werden.

2. Freiwillige Ergänzung /Zertifikate

Eine weitere noch weiter „entstaatlichte“ Fremdkontrolle kann in einer freiwillig eingerichteten Kontrolle liegen, die bei der staatlichen

²²⁴ *Martin Eifert*, in: Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts. Band I, § 19 Rdnr. 87.

Überwachung dann zu einer (zumindest faktischen) Privilegierung führt.

Ein Beispiel bilden die Entsorgungsfachbetriebe nach §§ 56 und 57 KrWG-E, die wegen des Gütezeichens einer anerkannten Entsorgungsgemeinschaft oder eines Überwachungsvertrags mit einer technischen Überwachungsorganisation von Transport- oder Vermittlungsgenehmigungen freigestellt sind.

Einen breiteren Anwendungsbereich hat die Teilnahme am sogenannten Öko-Audit, das primär auf die gegenüber der Öffentlichkeit dokumentierte Bewertung und kontinuierliche Verbesserung der Umweltleistungen von Unternehmen namentlich durch die innerbetriebliche Einführung und Fortentwicklung umfassender Umweltmanagementsysteme zielt. Die Kontrolle dieser Systeme erfolgt durch zugelassene private Umweltgutachter und umfasst auch die Einhaltung der umweltrechtlichen Vorgaben, weshalb ordnungsrechtlich nach der EMAS-PrivilegV die Verlängerung der Überwachungsintervalle, die Eigenüberwachung auch mit eigenem Personal sowie die Ersetzung von Informationspflichten durch hierbei ohnehin anfallende äquivalente Darstellungen ermöglicht wird.²²⁵

VII. Staatliche Kontrolle privater Fremdkontrolle

Zur Gewährleistung einer effektiven, gemeinwohlsichernden Aufgabenerfüllung und des öffentlichen Vertrauens in dieses Kontrollregime muss der Staat die genannten Formen der privaten Fremdkontrollen seinerseits kontrollieren.²²⁶

Diese Kontrolle der Kontrolleure²²⁷ erfolgt grundsätzlich in den klassischen ordnungsrechtlichen Mustern. Der Staat unterwirft die Privaten materiellen Anforderungen, deren Einhaltung er hoheitlich zwei-

²²⁵ *Martin Eifert*, in: Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts. Band I, § 19 Rdnr. 88 f.

²²⁶ *Udo Di Fabio*, VVDStRL 1997, 235 (262).

²²⁷ Dazu *Martin Eifert*, in: Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts. Band I, § 19 Rdnr. 92.

fach kontrolliert: Einmal über verschieden ausgestaltete Zulassungsverfahren, zum anderen durch eine unterschiedlich intensiv ausgestaltete Überwachung. Zulassung und Überwachung wird häufig durch Beliehene ausgeübt, die dann ihrerseits einer staatlichen Aufsicht unterliegen; die staatliche Aufsicht ist also gleich mehrfach vermittelt. Die staatlichen Anforderungen an private Kontrolleure umfassen im Wesentlichen drei Aspekte: Sachkunde, Neutralität und Transparenz. Ohne eine unangefochtene Sachkunde und Neutralität ist eine funktionale Kontrolle schlechthin unmöglich. Ein transparentes Verfahren dient zum einen Neutralität und hat zum anderen kompensatorische Wirkung im Hinblick auf die fehlende Legitimation der privaten Kontrolleure.²²⁸

Neutralität wird zum Teil über den gesetzlichen Ausschluss bestimmter Interessenkollisionslagen sicherzustellen versucht. Hinsichtlich der Sachkunde werden zum Teil recht unbestimmte Anforderungen an die Leistungsfähigkeit formuliert, wie sie zum Teil aus dem ordnungsrechtlichen Zuverlässigkeitsbegriff bekannt sind. „Benannte Stellen“ werden zur Sicherung ihrer Leistungsfähigkeit zum Teil verpflichtet, ihrerseits Qualitätssicherungssysteme einzurichten und detaillierte Transparenz- und Dokumentationspflichten erfüllen. Detaillierter werden die Voraussetzungen für die Umweltgutachter im UAG formuliert.²²⁹

²²⁸ M.w.N. *Martin Eifert*, in: Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts. Band I, § 19 Rdnr. 93.

²²⁹ *Martin Eifert*, in: Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts. Band I, § 19 Rdnr. 94.

G. Kontrolle und Aufsicht nach der VerpackV

Im Zusammenhang mit Rücknahme und Entsorgung von Verkaufsverpackungen sieht die Verpackungsverordnung verschiedene Kontrollansätze vor. Zu unterscheiden sind jeweils die Nachweis- und Bescheinigungspflichten bei der Errichtung der jeweiligen Lösung, bei der Angabe der jeweils betroffenen Mengen innerhalb der Lösung und Nachweisen über die Erfassung- und Verwertung.

I. Branchenlösungen

Wollen Hersteller oder Vertreiber von Verkaufsverpackungen, die an vergleichbaren Anfallstellen anfallen über Branchenlösungen gem. § 6 Abs. 2 VerpackV entsorgen, müssen sie zunächst eine Bescheinigung eines unabhängigen Sachverständigen vorlegen, der für die jeweilige Branchenlösung bescheinigt, dass sie

„1. im jeweiligen Land geeignete, branchenbezogenen Erfassungsstrukturen eingerichtet haben, die die regelmäßige kostenlose Rückgabe (...) bei allen von den Herstellern und Vertreibern mit Verpackungen belieferten Anfallstellen (...) gewährleisten,

2. die Verwertung der Verkaufsverpackungen entsprechend den Anforderungen des Anhangs I Nr. 1 und 4 gewährleisten, ohne dabei Verkaufsverpackungen anderer als der innerhalb der jeweiligen Branche von den jeweils teilnehmenden Herstellern und Vertreibern vertriebenen Verpackungen oder Transport- und Umverpackungen in den Mengenstromnachweis einzubeziehen.“

Die Bescheinigung ist mindestens einen Monat vor Beginn der Rücknahme der zuständigen obersten Landesbehörde oder der von ihr be-

stimmten Behörde vorzulegen, § 6 Abs. 2 Satz 2 VerpackV. Ursprünglich war von der Bundesregierung vorgesehen, die Branchenlösungen unter eine Genehmigungspflicht zu stellen. Der Bundesrat wollte die dadurch für die Länder entstehenden erheblichen zusätzlichen Vollzugsaufgaben aber verhindern und setzte – auch unter Hinweis auf die UMK-Beschlüsse vom November 2005 und Mai 2006, in denen die Ausschöpfung von Deregulierungspotentialen eingefordert wurde – durch, dass stattdessen eine Pflicht zur Vorlage einer Bescheinigung genügen solle.²³⁰

Die Anforderungen, die nach Nummer 2 Abs. 4 des Angangs I an einen unabhängigen Sachverständigen gestellt werden, gelten entsprechend. Danach kommt als unabhängiger Sachverständiger in Betracht:

- „1. wessen Befähigung durch ein Mitglied des Deutschen Akkreditierungsrates in einem allgemein anerkannten Verfahren festgelegt ist,
2. ein unabhängiger Umweltgutachter gemäß § 9 oder eine Umweltgutachterorganisation gemäß § 10 des Umweltauditgesetzes oder
3. wer nach § 36 der Gewerbeordnung öffentlich bestellt ist.“

Die Einhaltung der Voraussetzungen der Selbstentsorgung unterliegt der allgemeinen Überwachung durch die zuständigen Behörden. Werden die Voraussetzungen der Ausnahmeregelung nicht erfüllt, gilt für die Hersteller und Vertreiber die Beteiligungspflicht nach § 6 Abs. 1, ohne dass es einer ausdrücklichen Untersagung der Selbstentsorgung durch die zuständige Behörde bedarf. Werden die materiellen Voraussetzungen nach § 6 Abs. 2 nicht erfüllt oder entfallen sie nachträglich, tritt die Rechtsfolge, dass die Pflicht nach § 6 Abs. 1 entfällt, entweder nicht ein oder sie entfällt nachträglich.²³¹ Der Bescheinigung kommt lediglich die Aufgabe einer qualifizierten Information der obersten

²³⁰ BR-Drs. 800/07, S. 6 f.

²³¹ BR-Drs. 800/07, S. 7.

Landesbehörde zu, dass die angezeigte Selbstentsorgung den erforderlichen Qualitätsanforderungen entspricht.²³²

„Um eine Überwachung ohne einen unverhältnismäßig hohen Ermittlungsaufwand sicherzustellen ist die Mitteilungspflicht über den Beginn der Rücknahme und die Vorlage der Bescheinigung zwingend vorgeschrieben. Damit erlangt die Behörde qualifizierte Kenntnis über den Betrieb und Aufnahme der Selbstentsorgung.“²³³ § 6 Abs. 2 Satz 4 ermöglicht es der zuständigen Behörde – unter Verweis auf Abs. 5 Satz 3 VerpackV – von dem Betreiber eines Selbstentsorgungsmodells eine angemessene, insolvenz sichere Sicherheit für den Fall aufzuerlegen, dass die Voraussetzungen der Ausnahmeregelung entfallen und die Pflicht nach § 6 Abs. 1 VerpackV unmittelbar gilt. Eine eigene Bußgeldbewehrung existiert nicht, da die Beteiligungspflicht nach Absatz 1, wenn die Voraussetzungen nach Absatz 2 nicht erfüllt sind, unmittelbar gilt und der Hersteller und Vertreiber dann unmittelbar gegen die über § 15 Nr. 6 bußgeldbewehrte Anforderung in § 6 Abs. 1 VerpackV verstößt.

Haben die solchermaßen angezeigten Selbstentsorgerlösungen ihren Betrieb aufgenommen, unterliegen sie gemäß § 6 Abs. 2 Satz 1 VerpackV den Nachweispflichten des § 6 Abs. 8 Satz 1 VerpackV. Damit sind insbesondere die Anforderungen den Anhang I zu § 6 VerpackV, mithin die Regelungen für die Quoten (Anhang I Nr. 1) und den Mengenstromnachweis (Anhang I Nr. 4) in Bezug genommen. Hersteller und Vertreiber haben danach über die Erfüllung der in Anhang I Nr. 1 konkretisierten Rücknahme- und Verwertungsanforderungen Nachweise zu führen. Hierzu sind bis zum 1. Mai eines Jahres die im vorangegangenen Kalenderjahr in Verkehr gebrachten sowie zurückgenommenen und verwerteten Verkaufsverpackungen in nachprüfbarer Weise zu dokumentieren. Die Dokumentation ist in Masse zu erstellen, aufgeschlüsselt nach den einzelnen Verpackungsmaterialien. Ein Zusammenwirken mehrerer Hersteller und Vertreiber ist zulässig. Jeder dieser Hersteller und Vertreiber muss die Erfüllung der Rücknahme- und Verwertungsanforderungen gemäß § 6 Abs. 8 durch die Ein-

²³² *Fritz Flanderka*, in: *Flanderka; Stroetmann* (Hrsg.), *Verpackungsverordnung. Kommentar*, § 6 Rdnr. 52.

²³³ BR-Drs. 800/07, S. 8.

richtung geeigneter Erfassungs- und Verwertungsstrukturen sicherstellen. In diesem Falle ist es ausreichend, wenn die zusammenwirkenden Hersteller und Vertreiber die Verwertungsanforderungen als Gemeinschaft insgesamt erfüllen. Die Erfüllung der Rücknahme- und Verwertungsanforderungen ist durch einen unabhängigen Sachverständigen nach Nummer 2 Abs. 4 auf der Grundlage der Dokumentation zu bescheinigen. Die Bescheinigung ist von den verpflichteten Herstellern und Vertreibern bei der nach § 32 Abs. 2 des Umweltauditgesetzes benannten Stelle jeweils bis zum 1. Juni zu hinterlegen. Die Bescheinigung ist von der in Satz 9 genannten Stelle der für die Abfallwirtschaft zuständigen obersten Landesbehörde oder der von ihr bestimmten Behörde vorzulegen. Die dazugehörige Dokumentation (über die in Verkehr gebrachten sowie zurückgenommenen und verwerteten Verpackungen, erstellt nach Masse und aufgeschlüsselt nach den einzelnen Verpackungsmaterialien) ist der zuständigen Behörde auf Verlangen vorzulegen. Im Fall des Zusammenwirkens mehrerer Hersteller und Vertreiber nach Satz 5 hat die Bescheinigung sämtliche zusammenwirkende Hersteller und Vertreiber mit Namen und Sitz auszuweisen.

Bereits die Ursprungsintention der Nachweisregelung, keinen Vollzugsaufwand für die Länder entstehen zu lassen, weist darauf hin, dass eine flächendeckende Kontrolle nicht intendiert war. Man muss also davon ausgehen, dass die erbrachten Nachweise von den zuständigen Behörden – wo überhaupt – nur stichprobenartig kontrolliert werden. Diese Kontrolle wird dadurch erschwert, dass in einer Branchenlösung zusammenwirkende Hersteller und Vertreiber die Verwertungsanforderungen als Gemeinschaft insgesamt erfüllen dürfen. Eine Aufschlüsselung und konkreter Nachvollzug der Mengenströme für den Einzelnen Hersteller und Vertreiber ist damit praktisch nicht zu leisten. Zudem besteht für die Anbieter von Branchenlösungen bei der „kreativen“ Verrechnung verschiedener Mengen von vielen verschiedenen Herstellern und Vertreibern lediglich das Risiko, notfalls für übrig gebliebene Mengen die Kosten einer Systembeteiligung zahlen zu müssen.

II. Rückerstattung

Für die Rückerstattung von Systembeteiligungsgebühren für solche Verkaufsverpackungen, die am POS zurückgenommen und einer

Verwertung entsprechend den Anforderungen nach Anhang I Nr. 1 VerpackV (Quoten) zugeführt wurden, gelten ebenfalls die Nachweispflichten nach Anhang I Nr. 4 Satz 1 bis 4 und 8. Danach müssen die Mengenströme in nachvollziehbarer Weise nachgewiesen werden (Sätze 1 – 4) und die Erfüllung der Rücknahme- und Verwertungsanforderungen ist durch einen unabhängigen Sachverständigen auf der Grundlage der genannten Dokumentation zu bescheinigen.

Ein Zusammenwirken mehrerer Hersteller und Vertreiber, wie bei der Branchenlösung zulässig, ist bei der Rückerstattung ausgeschlossen. Allerdings dürfen gemäß § 6 Abs. 1 Satz 6 VerpackV auch Fremdverpackungen einbezogen werden, d.h. Verkaufsverpackungen, die nicht vom Vertreiber selbst in Verkehr gebracht worden sind. Begrenzt ist diese Möglichkeit durch die Vorgabe, dass es sich um Verpackungen derselben Art, Form und Größe und solcher Waren handelt, die der Vertreiber in seinem Sortiment führt.

Eine Kontrolle – die hier wohl nur durch die Anspruchsschuldner also die dualen Systeme erfolgen könnte – wird dadurch erschwert, dass es sich bei dem Rückerstattungsanspruch um einen Zahlungsanspruch handelt, der grundsätzlich auch abgetreten oder teilabgetreten werden kann. Insoweit gibt es auch Konstruktionen, in denen Teilabtretungen an Lieferanten erfolgen, die dann ihrerseits innerhalb ihres jeweiligen Vertragsverhältnisses mit einem dualen System einen solchen Anspruch zum Beispiel durch Aufrechnung geltend machen können.²³⁴ Konstellationen mithin, die so kompliziert werden, dass eine Kontrolle faktisch unmöglich ist.

III. Kontrolle der dualen Systeme

Die Anforderungen bei der Beteiligung an einem dualen System gemäß § 6 Abs. 1 VerpackV richtet sich nach § 6 Abs. 3 VerpackV, der die Anforderungen nach Anhang I für verbindlich erklärt. Verbindlich sind demnach die in Anhang I Nr. 1 vorgeschriebenen Quoten, sowie insbesondere die allgemeinen Anforderungen an Systeme nach An-

²³⁴ *Fritz, Flanderka*, in: Flanderka; Stroetmann (Hrsg.), Verpackungsverordnung. Kommentar, § 6 Rdnr. 39.

hang I Nr. 2 und die Vorschriften für die Beteiligung an Systemen nach § 6 Abs. 3 in Anhang I Nr. 3.

In Anhang I Nr. 2 Abs. 2 Nr. 2 werden die Betreiber dualer Systeme dazu verpflichtet, einen Nachweis über die Erfüllung der festgelegten Anforderungen an die Wertstoffverwertung zu erbringen. Anhang I Nr. 2 Abs. 3 konkretisiert:

„Jeder Betreiber von Systemen nach § 6 Abs. 3 hat in überprüfbarer Form Nachweise über die erfassten und über die einer stofflichen und einer energetischen Verwertung zugeführten Menge zu erbringen. Dabei ist in nachprüfbarer Weise darzustellen, welche Mengen in den einzelnen Ländern erfasst wurden. Der Nachweis ist zum 1. Mai des darauf folgenden Jahres auf der Grundlage der vom Antragsteller nachgewiesenen Menge an Verpackungen, die in das System eingebracht sind, aufgeschlüsselt nach Verpackungsmaterialien zu erbringen. Die Erfüllung der Erfassungs- und Verwertungsanforderungen ist durch einen unabhängigen Sachverständigen nach Absatz 4 auf der Grundlage der Nachweise zu bescheinigen. Die Bescheinigung ist vom Systembetreiber bei der nach § 32 Abs. 2 des Umweltauditgesetzes benannten Stelle jeweils zum 1. Juni zu hinterlegen. Die Bescheinigung ist von dieser Stelle der für die Abfallwirtschaft zuständigen obersten Landesbehörde oder der von ihr bestimmten Behörde vorzulegen. Die dazugehörigen Nachweise gemäß Satz 1 sind der Behörde auf Verlangen vorzulegen.“

Anhang I Nr. 2 Abs. 3 enthält einzig die Anforderung der „überprüfbaren Form“ für den Erfassungs- und Verwertungsnachweis. Weitere Vorgaben oder Konkretisierungen bestehen nicht. Auf der Grundlage der vom Systembetreiber vorgelegten Nachweise erteilt der unabhängige Sachverständige eine Bescheinigung über die Erfüllung der Er-

fassungs- und Verwertungspflicht. Diese wird beim DIHK als der nach § 32 Abs. 2 Umweltauditgesetz zuständigen Stelle hinterlegt. Der DIHK leitet diese Bescheinigung dann an die jeweils zuständige Landesbehörde weiter. Die Nachweise, die die Grundlage der Bescheinigung bilden, sind der Landesbehörde nur dann vorzulegen, wenn diese es verlangt (Abs. 3 Satz 7).

Unmittelbar gegenüber der Landesbehörde anzugeben ist vom Träger eines dualen Systems – mit Testat eines Wirtschaftsprüfers –, in welchem Umfang Hersteller oder Vertreiber im Vorjahr im Geltungsbereich der Verordnung Verkaufsverpackungen in sein System eingebracht haben. Der Nachweis ist aufgeschlüsselt nach Verpackungsmaterialien durch Testat eines Wirtschaftsprüfers zu bestätigen. Als eingebracht gelten sämtliche Verpackungen, für die sich Hersteller oder Vertreiber an einem System beteiligen.

D.h. der zuständigen Behörde liegen im Regelfall die Bescheinigungen unabhängiger Sachverständiger darüber vor, dass die ordnungsgemäße Entsorgung und Verwertung bestimmter Mengen an Verkaufsverpackungen vom Träger des dualen Systems in überprüfbarer Form nachgewiesen wurde. Die Nachweise selbst kann die Behörde ggf. anfordern. Zusätzlich liegen der Behörde Testate von Wirtschaftsprüfern über die Mengen an Verkaufsverpackungen vor, die bei einem dualen System bundesweit eingebracht wurden.

Schließlich eröffnet Anhang I Nr. 3 Abs. 4 der Antragsbehörde, die Nachweise auf Kosten des Systembetreibers“ selbst oder durch eine geeignete Einrichtung“ zu überprüfen.

IV. Vollständigkeitserklärung

Seit der 5. Verpackungsverordnungsnovelle sind Erstinverkehrbringer von mit Ware befüllten Verkaufsverpackungen gem. § 10 VerpackV verpflichtet, jährlich bis zum 1. Mai eines Kalenderjahres für sämtliche von ihm mit Ware befüllten Verkaufsverpackungen, die er im vorangegangenen Kalenderjahr erstmals in den Verkehr gebracht hat, eine Vollständigkeitserklärung abzugeben. Diese Erklärung ist von einem Wirtschaftsprüfer, einem Steuerberater, einem vereidigten Buchprüfer oder einem unabhängigen Sachverständigen nach Anhang I Nr.

2 Abs. 4 zu prüfen (d.h. auf der Grundlage der vorgelegten Nachweise), und bei der örtlichen IHK in elektronischer Form für drei Jahre zu hinterlegen.²³⁵

Der Inhalt der Vollständigkeitserklärung ergibt sich aus § 10 Abs. 2 VerpackV. Hiernach sind zunächst Angaben zu den nach § 6 VerpackV (Verkaufsverpackungen, die typischerweise beim Endverbraucher anfallen) und § 7 VerpackV (Verkaufsverpackungen, die nicht beim Endverbraucher anfallen) insgesamt in Verkehr gebrachten Verkaufsverpackungen erforderlich. Die Angaben zu den nach § 6 in Verkehr gebrachten Verkaufsverpackungen sind anschließend danach weiter zu untergliedern, ob sie bei einem dualen System nach § 6 Abs. 3 VerpackV lizenziert oder über eine branchenbezogene Erfassungsstruktur nach § 6 Abs. 2 VerpackV zurückgenommen worden sind.

Die Verpflichtung zur Abgabe einer Vollständigkeitserklärung gilt nur für mit Ware befüllte Verkaufsverpackungen, die im Geltungsbereich der Verpackungsverordnung in Verkehr gebracht wurden. Nicht darunter fallen demnach ins Ausland abgesetzte Verpackungen sowie solche Verpackungen, bei denen der Vorgang des Inverkehrbringens abgebrochen bzw. umgekehrt wurde, wie beispielsweise bei retournierter Ware oder bei sog. Bruch und Verderb.²³⁶ Ebenfalls nicht gefordert sind Angaben zu Transport- und Umverpackungen, dies eröffnet der Praxis die Möglichkeit, Verpackungen intern als (nicht erfasste) Transport- und Umverpackungen zu deklarieren, ohne dass solche Angaben anhand von Zahlen über die Gesamtmenge von Verpackungen plausibilisiert werden könnte.

Gemäß § 10 Abs. 6 VerpackV sind auch die Systembetreiber dazu verpflichtet, die Hinterlegungsstelle über die bei ihnen lizenzierten Verkaufsverpackungen zu unterrichten (Komplementäranmeldepflicht). Damit soll den für die Kontrolle zuständigen öffentlichen Stellen eine möglichst umfassende Datengrundlage zur Verfügung gestellt werden, die diesen ermöglicht zu beurteilen, ob die jeweils zur

²³⁵ *Thomas Rummler; Jürgen Seitel*, Rahmenbedingungen der Verpackungsentsorgung nach der 5. Novelle der Verpackungsverordnung, AbfallR 2008, 129 (137 f.).

²³⁶ *Fritz Flanderka*, in: Flanderka; Stroetmann (Hrsg.), Verpackungsverordnung. Kommentar, § 10 Rdnr. 4.

Lizenzierung verpflichteten Erstinverkehrbringer ihren Pflichten auch tatsächlich vollständig nachgekommen sind.²³⁷

In der Praxis gestaltet sich der Hinterlegungsablauf wie folgt:²³⁸

- Der Verpflichtete erstellt die Vollständigkeitserklärung und übermittelt sie an den Testierer
- Der Testierer überprüft die Vollständigkeitserklärung, bestätigt sie gegebenenfalls durch qualifizierte elektronische Signatur und sendet sie dann zurück an den Verpflichteten
- Der Verpflichtete übermittelt die Vollständigkeitserklärung elektronisch an die örtlich zuständige IHK
- Die örtlich zuständige IHK nimmt die Vollständigkeitserklärung in das Datenbankregister auf
- Die Unternehmensdaten des Verpflichteten werden im Internet veröffentlicht
- Parallel erfolgt die Einspeisung der Verpackungsmengen durch die dualen Systeme in einem geschützten Bereich
- Vollständige Einsichtnahme der Landesbehörden in die elektronische Vollständigkeitserklärung

V. Ergebnisverantwortung in anderen Regulierungsbereichen

Eine Ergebnisverantwortung ist in den Referenzgebieten des Regulierungsverwaltungsrechts, dem Recht der Telekommunikation, der Postdienste, der Energiewirtschaft und der Eisenbahnen ein zentrales Strukturelement.²³⁹ Sie soll hier die Sozialverträglichkeit des freigesetzten Marktes sichern und damit die Anliegen auffangen, die früher durch das Konzept der Gemeinwohlwirtschaftlichkeit verfolgt wurden und durch den freien Markt alleine nicht erreicht werden. Der sektoralen Organisation und Beobachtung der netzbezogenen Märkte ent-

²³⁷ Fritz Flanderka, in: Flanderka; Stroetmann (Hrsg.), Verpackungsverordnung. Kommentar, § 10 Rdnr. 26.

²³⁸ Fritz Flanderka, in: Flanderka; Stroetmann (Hrsg.), Verpackungsverordnung. Kommentar, § 10 Rdnr. 25.

²³⁹ Zum Folgenden Johannes Masing, Die Verwaltung 2003, 1 (25 ff.).

spricht damit eine Bewertung des Marktgeschehens und daran anknüpfend die Festschreibung von Mindeststandards.

Für das Telekommunikations- und Postrecht definiert Art. 87f Abs. 1 GG diesen Mindeststandard, der unter den Begriff der „Universaldienste“ gefasst wird:

„Nach Maßgabe eines Bundesgesetzes, das der Zustimmung des Bundesrates bedarf, gewährleistet der Bund im Bereich des Postwesens und der Telekommunikation flächendeckend angemessene und ausreichende Dienstleistungen.“

Gefordert ist die Definition eines Mindestangebots an Dienstleistungen, das in bestimmter Qualität jedermann zu erschwinglichen Preisen zur Verfügung stehen soll. Im Bereich der Telekommunikation zählt hierzu ein durch bestimmte Qualitätsmerkmale definierter Sprachtelefondienst, das Erteilen von Auskünften, die Herausgabe eines Teilnehmerverzeichnisses und eine flächendeckende Bereitstellung öffentlicher Telefonzellen. Im Bereich der Post zählt dazu die Beförderung von Briefen und Paketen bei vorgegebenen Laufzeiten und mit bestimmtem Komfort. Festgelegt werden die Mindeststandards durch flexibel an gesellschaftliche und technische Entwicklungen anzupassende Rechtsverordnungen. Die geforderten Mindeststandards werden hier nicht als unternehmensbezogene Pflichten formuliert, sondern als Marktresultat abstrakt vorgegeben werden. Der Markt als ganzer wird in den Blick genommen und soll vom Grundsatz her als solcher diese Mindestangebote erbringen.

Regulierungsrechtlich interessant ist, wie ein solches Universaldienstekonzept grundsätzlich ohne persönliche Inpflichtnahme umzusetzen ist. Gerade in Bereichen, in denen die Marktmechanismen nicht funktionieren. Der Universaldienst einer erschwinglichen Telekommunikationsversorgung ist in entlegenen Wohngebieten mit individuellen Kosten verbunden. Im Bereich der Post und Telekommunikation sind hierfür Instrumentarien entwickelt worden, die eine Sicherstellung der Leistungsfähigkeit ohne marktverzerrende Wirkung erreichen sollen. Werden bezogen auf räumlich relevante Märkte Unter-

versorgungen festgestellt, wird diese Feststellung im Amtsblatt der Regulierungsbehörde veröffentlicht. Erklärt sich innerhalb eines Monats kein Lizenznehmer zu der Leistung ohne Ausgleich bereit, kann die Regulierungsbehörde marktbeherrschende Unternehmen verpflichten, die Universaldienstleistung zu erbringen, § 13 Abs. 2 PostG. Dem liegt die Vermutung zugrunde, dass dieses Unternehmen die Leistung mit dem geringsten Aufwand erbringen kann. Bei Unmöglichkeit der Verpflichtung oder wenn ein verpflichtetes Unternehmen glaubhaft erklärt, durch die Leistung einen wirtschaftlichen Nachteil zu erleiden, ist die Regulierungsbehörde zur Ausschreibung verpflichtet. Zum Ausgleich der mit der Erbringung der defizitären Leistung verbundenen Kosten sind alle Lizenznehmer mit einer bestimmten Umsatzhöhe verpflichtet, eine ihrem Umsatz entsprechende Ausgleichsabgabe in einen Fond bei der Regulierungsbehörde zu leisten, § 16 PostG.

Das Konzept besteht also in einem „Einkauf“ der fehlenden Angebote und der anschließenden Rückverlagerung dieser Gemeinwohllasten in den Markt. Diese Kosten werden den Marktteilnehmern insgesamt auferlegt. Wer von dem Markt profitiert, soll auch für die sozialverträgliche Ausgestaltung des Marktes zur Verantwortung gezogen werden. Solche Reintegration von Gemeinwohllasten in den jeweiligen Markt ist ein adäquates Regulierungsinstrument und unterscheidet ein Regulierungsverwaltungsrecht von allgemeinem Wettbewerbsrecht. Es geht über die Sicherstellung allgemeiner Wettbewerbsfreiheit hinaus, indem es Gemeinwohllasten in das System reintegriert, die gerade nicht von der Allgemeinheit getragen werden sollen.

Im System der Verpackungsverantwortung gibt es für unterschiedliche Aspekte ähnliche Instrumente. Zunächst wird in § 1 Abs. 3 VerpackV eine Ergebnisverantwortung für konkrete Verwertungserfolge übernommen:

„Spätestens bis zum 31. Dezember 2008 sollen von den gesamten Verpackungsabfällen jährlich mindestens 65 Masseprozent verwertet und mindestens 55 Masseprozent stofflich verwertet werden. Dabei soll die stoffliche Verwertung der einzelnen

Verpackungsmaterialien für Holz 15, für Kunststoffe 22,5, für Metalle 50 und für Glas sowie Papier und Karton 60 Masseprozent erreichen, wobei bei Kunststoffen nur Material berücksichtigt wird, das durch stoffliche Verwertung wieder zu Kunststoff wird. Die Bundesregierung führt die notwendigen Erhebungen durch und veranlasst die Information der Öffentlichkeit und der Marktteilnehmer.“

Eine Ergebnisverantwortung für flächendeckende Erfassungsstrukturen wird heute schon insofern sichergestellt, als die flächendeckende Leistungserbringung bereits Voraussetzung der Zulassung als duales System gem. § 6 Abs. 3 VerpackV ist. Diese gemeinwohlerforderliche Anforderung wird von der zuständigen obersten Landesbehörde oder der von ihr bestimmten Behörde auf Antrag des Systembetreibers festgestellt und ist Voraussetzung für die Tätigkeitsaufnahme, § 6 Abs. 5 VerpackV. Diese Verantwortung wird auf die Leistungserbringer übertragen, als diesen Verwertungsquoten für den von ihnen erfassten Verpackungsabfall verbindlich vorgegeben werden.

Als Gemeinwohlkosten, die gemäß den Grundstrukturen des Regulierungsverwaltungsrechts in das System reintegriert werden müssen, können die Kosten für die haushaltsnahe Erfassung angesehen werden. Diese bestehen in den Entsorgungskosten für die einheitlich erfolgende haushaltsnahe Sammlung der gebrauchten Verpackungen. Diese Entsorgungskosten werden marktanteilig von den dualen Systemen getragen.

Das Problem besteht darin, dass die marktgerechte Re-Integration dieser Kosten dann nicht mehr möglich ist, wenn gleichzeitig die Möglichkeit besteht, von diesen „Systemkosten“ verschont zu bleiben, indem man alternative Erfassungsstrukturen aufbaut. Dabei leuchtet der Grundgedanke gerade unter Marktgesichtspunkten ein: Jeder bezahlt nur für die Erfassungsstrukturen, die er benutzt bzw. nur in dem Umfang, indem er sie benutzt (marktanteilig). Dabei darf aber folgendes nicht aus dem Blick geraten: Die alternative Erfassung über Branchen-

lösungen kann überhaupt nur unter der Bedingung erfolgen, dass haushaltsnahe flächendeckende Entsorgungssysteme installiert sind. Von den flächendeckend eingerichteten Entsorgungsstrukturen profitieren insofern alle Verpflichteten Hersteller und Vertreiber.

Ein regulativer Versuch, diesen Vorteil marktgerecht zu reintegrieren wurde in § 6 Abs. 1 Satz 4 VerpackV unternommen. Danach können zum Schutz gleicher Wettbewerbsbedingungen für die verpflichteten Hersteller und Vertreiber die dualen Systeme

„auch denjenigen Herstellern und Vertreibern, die sich an keinem System beteiligen, die Kosten für die Sammlung, Sortierung, Verwertung oder Beseitigung der von diesen Personen in Verkehr gebrachten und vom System entsorgten Verpackungen in Rechnung stellen.“

Darin ist der nachvollziehbare Versuch zu sehen, die Systemkosten auf die Nutzung umzulegen. Allerdings ist die Regelung aus den oben ausgeführten Gründen für die Praxis untauglich und kommt daher nicht zur Anwendung. Es fehlt an einer praktikablen Nachweisbarkeit. Eine Alternative könnte hier darin bestehen, nach statistischen Werten zu generalisieren. Ansatzpunkt könnte die sogenannte Fehlwurfquote sein, d.h. die Menge an Verpackungsmaterialien, die über duale Systeme erfasst und entsorgt werden, ohne dass dafür Lizenzentgelte bezahlt worden wären. Diese könnte beispielsweise den Anbietern von Branchenlösungen anteilig auferlegt werden. Aus der Erfahrung heraus, dass viele Verpackungen, die für eine Erfassung und Entsorgung über eine Branchenlösung „angemeldet“ sind, dennoch in der haushaltsnahen Erfassung landen.

Untergraben wird die Reintegration dieser im Gemeininteresse aller Verpflichteten liegenden Kosten allerdings durch diejenigen Anreize, die in der Verpackungsverordnung für ein Ausscheiden aus der Systembeteiligung vorgesehen sind. Der entstandene Markt an „Dritten“ denen die Verpflichteten ihre Pflichten übertragen können, hat Geschäftsmodelle entstehen lassen, die zu einem wesentlichen Teil dadurch finanziert sind, dass die hohen Systemkosten vermieden wer-

den. Dies ist deshalb nicht sachgerecht, weil für die übrigen Systemanbieter die Kosten zum weit überwiegenden Teil selbst dann nicht sinken, wenn die nicht an einem System teilnehmenden Mengen tatsächlich über alternative Erfassungsstrukturen entsorgt würden.

Als Ergebnis ist festzuhalten, dass die Kosten für die Systeme einer flächendeckenden haushaltsnahen Erfassung ersichtlich nicht ausreichend wirksam und vor allem nicht marktgerecht in das System integriert sind. Die bestehenden und kräftig genutzten Exit-Optionen aus dem grundsätzlichen Regelungsansatz der Systembeteiligungspflicht durchlöchern eine systemgerechte Finanzierung der „Gemeinwohlkosten“.

H. Reformansatz

I. Ausgangspunkt

Das System regulierter Selbstregulierung auf der Grundlage der Verpackungsverordnung hat sich bewährt, und zwar so gut, dass es mit seinem Erfolg zu kämpfen hat. Denn heute, wo nach teuren Werbekampagnen der Initialphase und Investitionen in Anlagen und Transportstrukturen die Gelbe Tonne im Bewusstsein der Bürger gut etabliert ist und die Sammel- und Verwertungswege zu gut befahrbaren Straßen der Kreislaufwirtschaft geworden sind, möchten die einen die „Maut“ nicht entrichten und die anderen vielleicht ganz gerne die privatwirtschaftlich gewachsene Infrastruktur wieder in den öffentlichen Sektor zurückfallen lassen.

Dem Gesetzgeber steht es frei, wie er die bestehenden und sich aktuell verschärfenden Vollzugsdefizite beseitigt. Ansatzpunkt für eine wettbewerbsgerechte und belastungsgleiche Optimierung des dualen Systems müssen die bestehenden Ausnahmetatbestände sein. Der große Anteil fixer Systemkosten für die haushaltsnahe Erfassung sinkt nämlich nicht entsprechend der lizenzierten Mengen. Ein Ausstieg aus den dualen Systemen in Selbstentsorgungslösungen mit dem Wegfall der Systembeteiligungskosten erhöht daher den relativen Kostenanteil für die Systembeteiligten. Dies verstärkt den Anreiz, maximalmögliche Mengen aus der haushaltsnahen Entsorgung abzumelden bzw. nicht anzumelden und benachteiligt so insbesondere die Systembetreiber, Hersteller und Vertreiber, die die eröffneten Ausnahmen der Systembeteiligungspflicht nur in einem seriösen Maße nutzen. Die über Eigenrücknahme gem. § 6 Abs. 1 Satz 5 VerpackV entsorgten Verpackungen machen aktuell über 10 % an Verkaufsverpackungen aus, die beim Endverbraucher anfallen.²⁴⁰ Ein solch hoher Anteil von pfandfrei vom Verbraucher zurückgeführten Verpackungen (jede 10 Verkaufsverpackung) widerspricht der Lebenswirklichkeit, lässt vielmehr vermuten, dass hierbei große Mengen Verkaufs- und Transportverpackungen zur Verrechnung eingebracht werden. Dass dieses Instrument

²⁴⁰ Die Angaben beziehen sich auf die Jahresabrechnung der dualen Systeme für 2012, s. Pressemitteilung der DSD-Holding vom 20. Juni 2013.

die Trittbrettfahrerproblematik befördert, entspricht auch der Einschätzung von obersten Landesumweltbehörden.²⁴¹

Die eröffneten Ausnahmen sind insbesondere durch Mischkonstellationen missbrauchsanfällig, bei denen beispielsweise Anfallstellen sowohl über ein duales System entsorgen als auch an einer Branchenlösung teilnehmen.²⁴² Damit zusammen hängen die Unschärfbereiche im Hinblick auf die sog. vergleichbaren Anfallstellen, die mit privaten Endverbrauchern gleichgestellt werden.

Durch die Entziehung wesentlicher Mengen von Verkaufsverpackungen aus den dualen Systemen wird dieses ausgehöhlt. Dies ist deshalb besonders problematisch, weil die Kosten für die haushaltsnahen Erfassungssysteme sich auf immer weniger Teilnehmer verteilen. Auf diese Weise können die aufgezeigten Schwächen der Verpackungsverordnung dazu führen, dass die Kostenlast letztlich vom Endverbraucher getragen werden muss,²⁴³ ohne dass indes die gewünschten Innovationseffekte bei der Abfallvermeidung und -verwertung eintreten.

Eine den Zielen der Verpackungsverordnung zuwiderlaufende Dynamik entwickelt die Tatsache, dass es aufgrund der vielfach juristisch zweifelhaften Entsorgungsmöglichkeiten für beauftragte Dritte im Sinne des § 11 VerpackV lukrativ geworden ist, Hersteller und Verbraucher im großen Stil von deren Verpflichtungen zu entlasten und die übernommene Verantwortung für die entsprechenden Tonnagen möglichst kostengünstig wieder los zu werden. Dieser Zwischenmarkt sollte durch eindeutige Regelungen möglichst geschlossen werden.

Die Grundidee der Verpackungsverordnung war es, den Herstellern und Vertreibern die Produktverantwortung für die von ihnen in Ver-

²⁴¹ Nachweis bei *Jochen Cantner; Bernhard Gerstenmayr; Thorsten Pitschke; Siegfried Kreibe*, Evaluierung der Verpackungsverordnung. Studie des bifa Umweltinstituts Augsburg im Auftrag des Umweltbundesamtes, 2011, S. 106 bei Fn. 83.

²⁴² Vgl. auch die Einschätzung von *Jochen Cantner; Bernhard Gerstenmayr; Thorsten Pitschke; Siegfried Kreibe*, Evaluierung der Verpackungsverordnung. Studie des bifa Umweltinstituts Augsburg im Auftrag des Umweltbundesamtes, 2011, S. 104 ff.

²⁴³ Dazu bereits *Udo Di Fabio*, VVDStRL 1997, 235 (262).

kehr gebrachte Verkaufsverpackungen zu übertragen. Das mit dieser Pflicht – in kooperativer Gesetzgebung – entstandene System haushaltsnaher Entsorgung sollte die Unternehmen von den jeweiligen individuellen Rücknahme und Verwertungspflichten entlasten. Ein funktionierendes System haushaltsnaher Erfassung von Verkaufsverpackungen ist Voraussetzung für die Entlastung der Hersteller und Vertreiber. Deshalb ist die Systembeteiligung mittlerweile als Regelfall verpflichtend.

Die Finanzierung für Erfassung und Verwertung werden den Verpflichteten angelastet. Das Problem besteht darin, dass es für den Betrieb flächendeckender haushaltsnaher Erfassungssysteme hohe Fixkosten gibt, die zum großen Teil unabhängig von den erfassten Mengen anfallen. Das bedeutet, dass die über alternative Erfassungssysteme entsorgten Mengen die Kosten der Systembeteiligung steigen lassen: Die gleichen Kosten verteilen sich auf geringere Erfassungsmengen.

Die Grundregelung, dass die Verpflichteten für die Kosten des jeweils in Anspruch genommenen Erfassungswegs aufkommen müssen, wäre nur dann wettbewerbsneutral, *wenn die Kosten den Mengen folgen würden*; d.h. wenn alternativ erfasste Mengen im gleichen Umfang die Kosten der Systeme verringern würden. Dies ist aber nicht der Fall, was der Grund dafür ist, dass ein starker ökonomischer Anreiz zur Verringerung der über haushaltsnahe Systeme erfassten Mengen besteht.

Ein Wettbewerb zwischen den Formen der Erfassung ist vom Verordnungsgeber indes nicht gewollt. Im Gegenteil besteht kein regulatorisches Interesse an einer Schwächung der haushaltsnahen Systeme, die gerade die Voraussetzung der Dispensierung der primären Rücknahmepflichten waren. Um das Alternativverhältnis der Erfassungsmöglichkeiten wettbewerbsneutral auszugestalten, müssten die Selbstentsorger deshalb anteilig an den Fixkosten der haushaltsnahen Erfassungssysteme beteiligt werden. Dazu müssten die *mengenunabhängigen Fixkosten auf alle Erfassungssysteme umgelegt werden*. Dies wäre auch interessengerecht, denn alle Verpflichteten sind auf ein funktionsfähiges haushaltsnahes Erfassungssystem angewiesen. Eine faire Ausgestaltung der Finanzierung muss sicherstellen, dass sich die Sys-

temgebühren vollständig auf die Hersteller und Vertrieber verteilen. Sicherzustellen ist, dass die Verpflichteten an den Systemkosten wettbewerbsneutral beteiligt sind. Die Kosten haushaltsnaher Erfassungssysteme können nicht ausschließlich auf der Ebene der Leistungserbringer vergemeinschaftet werden, denn die Entscheidung über das Ob der Systembeteiligung erfolgt bereits auf der Ebene der Verpflichteten. Auf dieser Ebene – und nicht erst reaktiv auf der Ebene der Leistungserbringer – sind auch die Kosten (anteilig) anzulasten. Ausweichmöglichkeiten nehmen ansonsten den gewünschten Innovationsdruck aus dem System; und zwar sowohl auf Seiten der Hersteller (im Hinblick auf Produktdesign etc.) als auch auf Seiten der Entsorger (im Hinblick auf effizientere Entsorgung).

Ein Gebührensparen auf Kosten derjenigen, die sich mit den tatsächlichen Mengen an den (teureren) dualen Systemen beteiligen verstößt gegen den Grundsatz der Belastungsgleichheit, der auch in diesem Zusammenhang Geltung erlangen muss. Dies gilt zumal dann, wenn die Entscheidung, welche Mengen ein Hersteller oder Vertrieber seriös über Branchenlösungen entsorgen kann in die weitgehend unkontrollierte Entscheidungsmacht der Verpflichteten selbst gelegt ist. Ohne effektive Kontrolle dieser Mengenverschiebungen hat derjenige Leistungserbringer den größten Gewinn, dem es am besten gelingt, möglichst große Mengen außerhalb der dualen Systeme zu entsorgen.

II. Zentrale Stelle

1. Planspiel

Um einen fairen Wettbewerb sicherzustellen, der grundsätzlich auch weiter die Möglichkeiten der Selbstentsorgung bietet, muss das Mengenmanagement wirksameren Kontrollen unterworfen werden. Diese können ordnungsrechtlich mit unmittelbarer Staatsverwaltung oder in geeigneter Selbstverwaltungsform erfolgen. Jedenfalls reicht es aufgrund der gemachten Erfahrungen nicht, dass sachverständig bestätigte Eigenangaben der Hersteller und Vertrieber mit den Verwertungsmengen der Leistungserbringer abgeglichen werden können. Es bedarf einer Sicherstellung seriöser Mengenqualifikation. Als Lösung dieses Problems wurde im Rahmen des vom Umweltbundesamt veranstalte-

ten Planspiels die Einrichtung einer zentralen Stelle von allen Teilnehmern vorgeschlagen.²⁴⁴ Diese soll als Registrierungsstelle für Verpackungen und Stoffgleiche Nichtverpackungen dienen und die Vollständigkeitserklärungen und Mengenmeldungen der – ebenfalls von ihr registrierten – Verpflichteten entgegennehmen. Sie soll das Vorliegen der Voraussetzungen für den Betrieb eines Systems prüfen. Bei Branchenlösungen – die bisher nur angezeigt werden – ist sie für die Prüfung und Genehmigung verantwortlich. Als Clearingstelle übernimmt sie den mengengerechten Kostenausgleich. Sie hätte als zentrale Stelle den Überblick über alle Erfassungsmodalitäten und soll – und könnte – eine wirksame Kontrolle leisten sowie Verstöße der Beteiligten verfolgen.

2. Organisationsform

Umstritten war zwischen den Beteiligten, wie die zentrale Stelle in Form und Struktur ausgestaltet sein soll. Die Meinungsbandbreite reichte hier von einer Behördeneigenschaft, angesiedelt etwa beim Umweltbundesamt, bis hin zu privatwirtschaftlichen Organisation, etwa dem Ausbau der bestehenden Gemeinsamen Stelle. Mehrheitlich wurde vertreten, dass die zentrale Stelle hoheitliche Kompetenzen zur Ausgestaltung des und zum Vollzug innerhalb des Systems erhalten soll. Die Finanzierung der zentralen Stelle sollte nach mehrheitlicher Auffassung durch die dualen Systeme erfolgen.

Mit dem unbestreitbar erfolgreichen dualen System hat sich eine innovative Form von regulierter Selbstregulierung grundsätzlich bewährt. Die hohen Erfassungs- und Verwertungsquoten wurden in privatwirtschaftlicher Verantwortung mit dem Innovationsmotor des Marktes erreicht. Dabei haben die dualen Systeme mit privatwirtschaftlicher Effizienz und Innovationskraft nicht zuletzt durch breit gefächerte Öffentlichkeitsarbeit einen Wandel im gesellschaftlichen Bewusstsein hinsichtlich einer getrennten Erfassung von Abfällen wesentlich mitherbeigeführt und damit gesellschaftliche Voraussetzungen erst geschaffen, die ein Nachdenken über veränderte Erfassungsstrukturen überhaupt möglich macht. Aus diesem Grund spricht nicht nur viel dafür, bei der Weiterentwicklung der Kreislaufwirtschaft wei-

²⁴⁴ *Umweltbundesamt*, Planspiel zur Fortentwicklung der Verpackungsverordnung Teilvorhaben 3: Planspiel, 2011, S. 54.

terhin auf das duale System zu setzen, sondern auch eine zentrale Stelle systemimmanent zu organisieren. Die zentrale Stelle wäre schon wegen der Sachnähe²⁴⁵ und dem Eigenverantwortungsgrundsatz entsprechend und damit folgerichtig wie eine Selbstverwaltungseinrichtung aufgebaut, die auf eine abdingbare Zwangsmitgliedschaft aufbaut: Die zentrale Stelle erfüllt gegen Zahlung der Lizenzgebühren selbst die Verpflichtung die Unternehmen und befreit nur denjenigen, der an einem anerkannten System beteiligt ist oder sich mit einem eigenen Rücknahme- und Verwertungssystem der Kontrolle der zentralen Stelle unterwirft.

Der Gesetzgeber würde demnach eine privatwirtschaftlich organisierte zentrale Stelle mit begrenzten hoheitlichen Rechten entweder beleihen oder als Selbstverwaltungseinrichtung für die pflichtunterworfenen Branche schaffen. Dafür sprechen die gleichen Gründe, die bereits für die Entscheidung für ein gesellschaftliches Selbstregulierungssystem entscheidend waren und die sich als tragfähig erwiesen haben: Vorgegebene Ziele werden effizient, flexibel und unbürokratischer erreicht, als wenn die gleichen Aufgaben von staatlichen Stellen wahrgenommen würden.²⁴⁶ Für die Verpflichteten bedeutet dies auch eine minimalere Beeinträchtigung bei mindestens gleichem Steuerungserfolg.

Die zentrale Stelle wäre eine schlanke, aber wirksame Selbstverwaltungseinrichtung der verpflichteten Branche, die als „Suprasystem“ allen Marktteilnehmern gegen entsprechende Lizenzzahlung die Verpflichtungen aus der VerpackVO abnimmt, aber von der Pflicht zur Lizenzzahlung – gegebenenfalls mit Ausnahme einer Sockelgebühr für die Verwaltung der zentralen Stelle – dann befreit, wenn eine Teilnahme an einem von der zentralen Stelle zertifizierten und überwachten System vorliegt. Das gegenwärtige System würde so im Grundsatz bestehen bleiben, aber gleichsam überhöht werden, so dass mit Selbstverwaltungskompetenzen eine wirksame Überwachung gewährleistet wäre. Dies erscheint bei einem minimalinvasiven, schonenden und vertrauensschützenden Vorgehen als die folgerichtige, die fairen Wettbewerbsverhältnisse wieder zurechtrückende gesetzgeberische Entwicklung. Aber das wäre nur ein möglicher Weg. Von Ver-

²⁴⁵ Siehe dazu Andreas Finkh, *Regulierte Selbstregulierung im Dualen System*, 1998, S. 391.

²⁴⁶ *Hans-Joachim Koch*, NVwZ 1996, 215 (219 f.).

fassungswegen gefordert ist es, die Vollzugsmängel eines konzeptionell erfolgreichen Systems der Sammlung und Verwertung so abzustellen, dass die Pflichten wieder gleichmäßig in der Last und grundrechtsschonend erfüllt werden können. Angesichts der alarmierenden Entwicklung der Trittbrettfahrerproblematik, die keinen Handlungsaufschub duldet, wäre als Sofortmaßnahme, eine gesetzliche Pflicht zur Systembeteiligung oder eine nur unter strengen Maßgaben fortsetzbare Selbstentsorgung gemäß der §§ 7 ff. VerpackVO naheliegend, um das gesetzlich verantwortete Vollzugsdefizit zu beseitigen. Einer raschen Schließung der hier zur Zeit noch eröffneten „Schlupflöcher“ stünde kein überwiegender Vertrauensschutz der betroffenen Unternehmen entgegen. Denn Verhalten in einem Zusammenhang offensichtlich defizitärer Ausgestaltung der Rücknahme- und Verwertungspflicht genießt keinen Schutz, es sei denn das Unternehmen könnte nachweisen, er unterhalte ein tatsächlich effektives System und hätte dafür schützenswerten Investitionsaufwand erbracht. Dies dürfte aber für die deutliche Mehrzahl der Fälle angesichts der steigenden Volumina der Systemerfassung bei zurückgehenden Lizenzeinnahmen praktisch ausgeschlossen sein.

I. Zusammenfassung

I. Kern der Problemdiagnose

1. Die gegenwärtige Störung im System der Sammlung und Verwertung von Verpackungsmaterial hat ihre Ursache im Missbrauch der Möglichkeit des Handels zwischen der sog. Selbstentsorgung und der Beteiligung an einem Rücknahmesystem nach § 6 Abs. 3 VerpackV 1998 frei zu wählen. Die Wahlmöglichkeit erschwert die Rechtskontrolle und einen konsequenten Vollzug.

2. Eine beachtliche und zunehmende Zahl von Vertreibern hat sich gegen eine Lizenzierung bei einem dualen System entschieden, ohne indes die erforderlichen Anstrengungen zu unternehmen, die in Verkehr gebrachten Verpackungen in eigener Verantwortung zurückzunehmen und zu verwerten.

3. Hersteller und Vertreiber, die sich auf diese Weise ihrer Produktverantwortung entzogen haben sind auch heute – nach Korrekturbemühungen des Verordnungsgebers – von den Vollzugsbehörden nur mit unverhältnismäßig hohem Aufwand zu ermitteln.

4. Die *Selbstentsorgungsgemeinschaften*, die von Herstellern und Vertreibern begründet werden und die die Entsorgung und Verwertung selbst übernehmen wollten, haben sie teilweise zu einem System auf dem Papier entwickelt, während in der Praxis die Endverbraucher die Verpackungen der „Gelbe Tonne“ zuführen, also dem Lizenzsystem übergeben, dem der Händler nicht angehört. Es besteht eine erhebliche Ungleichheit in der Belastungswirkung der Produktverantwortung.

II. Verfassungsrechtliche Maßstäbe für eine ökologisch wirksame, folgerichtige und wettbewerbsneutrale Ausgestaltung des Systems

5. Die Staatsaufgabe der Abfallbewirtschaftung wurde im Bereich der Verpackungsmaterialien nicht materiell privatisiert, sondern als öffentliche Aufgabe selbstregulativ und im Rahmen einer auferlegten Produktverantwortung den Kräften des Marktes übergeben. Das ent-

standene System bleibt hoheitlichen Ursprungs und unterfällt staatlichen Strukturvorgaben. Es zählt grundsätzlich zur Verantwortung des Gesetzgebers, ökonomische Rahmenbedingungen zu setzen, um zielgefährdende Nebeneffekte gering zu halten.

6. Art. 20 a GG normiert zwar keine konkreten Handlungsaufträge und keine näheren Maßstäbe für die Ausgestaltung der dualen Systeme, die Vorschrift verpflichtet allerdings in einem freiheitlichen, grundrechtsachtenden Kontext zu einem wirksamen und nachhaltigen Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen. Der Gesetz- und Verordnungsgeber darf deshalb nicht untätig bleiben, wenn ein erfolgreiches ökologisches Steuerungskonzept durch Missbrauch in Schwierigkeiten gerät.

7. Die Auferlegung einer Rücknahme- und Verwertungspflicht ist ein Grundrechtseingriff in Art. 12 und Art. 14, sowie in Art. 2 Abs. 1 GG. Als Grundrechtseingriff muss die Auferlegung und Ausgestaltung der Pflicht geeignet, erforderlich und verhältnismäßig im Sinne einer Zumutbarkeit sein. Der Gesichtspunkt der Erforderlichkeit verlangt vom Staat, Grundrechte nur in einer möglichst schonenden Weise zu beschränken, wenn er seine legitimen Ziele verfolgt. Wenn ein System zur Sammlung und stofflichen Verwertung den beteiligten Wirtschaftssubjekten dem Grunde nach auferlegt wird, muss der Gesetzgeber es so ausgestalten, dass die gewerbliche Handlungsfreiheit und die finanzielle Belastung nicht höher sind als zur Erreichung des gesetzgeberischen Ziels erforderlich.

8. Bei neuartigen Steuerungsversuchen oder bei Risikoentscheidungen trifft den Gesetzgeber eine Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht.

9. a) Der aus Art. 3 Abs. 1 GG folgende Grundsatz der Belastungsgleichheit verlangt auch im Umweltrecht Geltung. Es ist Aufgabe des Staates, über eine gleichheitsgerechte, den Wettbewerb fair ausgestaltende Einhaltung der den Privatrechtssubjekten auferlegten Produktverantwortung zu wachen. Dies gilt zumal, wenn die konkreten Pflichten – hier die Höhe der für Entsorgung und Verwertung zu zahlenden Kosten – letztlich zu einem großen Teil von den Angaben der Hersteller und Vertreiber abhängen.

b) Der Gesetz- und Verordnungsgeber ist aus Gleichheitsgründen verpflichtet, das einmal geschaffene System folgerichtig in selbstverwaltungsähnlichen Formen auszugestalten, um damit das Problem des Trittbrettfahrens wirksam in den Griff zu bekommen. Folgerichtig bedeutet es, angesichts der Grundentscheidung einer ökologischen Produktverantwortung, das Konzept mit seinen erwiesenen erheblichen Vorteilen bei der Verwirklichung umweltpolitischer Ziele und den prinzipiell niedrigeren Transaktionskosten gegenüber öffentlicher Bewirtschaftung vor Störungen zu schützen und auf Missbrauch von Entscheidungsfreiräumen wirksam zu reagieren, gegebenenfalls Organisationsformen konzeptkonform anzupassen.

c) Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungswidrigkeit eines auf Ineffektivität angelegten Rechts (BVerfGE 110, 94; 84, 239) findet Anwendung auf die Trittbrettfahrerproblematik im Anwendungsbereich der VerpackV. Der Gesetzgeber ist zur wirkungsvollen Nachbesserung verpflichtet.

III. Folgerichtige und systemgerechte Korrekturmaßnahmen

10. Das duale System hat sich als eine innovative Form von regulierter Selbstregulierung grundsätzlich bewährt. Die hohen Erfassungs- und Verwertungsquoten wurden in privatwirtschaftlicher Verantwortung mit dem Innovationsmotor des Marktes erreicht. Zur Verbesserung der Überwachung und Weiterentwicklung der Kreislaufwirtschaft wäre es möglich, eine zentrale Stelle systemimmanent in Selbstverwaltungsform zu schaffen.

11. Dem Gesetzgeber steht es frei, die Instrumente zur Beseitigung des Vollzugsdefizits zu wählen. Aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu gleichheitswidrigen Vollzugsdefiziten im Steuerrecht ist allerdings zu folgern, dass das Gesetz bereits auf der Tatbestandsebene die Pflichtenkonstituierung so klar fassen muss oder auch Ausnahmen von einer Pflicht nur restriktiv zulassen darf, dass sie einer effektiven Kontrolle zugänglich sind, weil ansonsten das Vollzugsdefizit zu einem verfassungswidrigen Normdefizit wird. Einer solchen gesetzlichen Korrektur stünden Vertrauensschutzgesichtspunkte nicht entgegen.

Bonn, den 9. Februar 2014

Udo Di Fabio

J. Abkürzungsverzeichnis

AbfG	Abfallgesetz
AbfallR	Zeitschrift für das Recht der Abfallwirtschaft
ABl. EG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft
Abs.	Absatz
a.F.	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
APV	Ausschuss für Fragen der Produktverantwortung und der Rücknahmepflicht
BDE	Bundesverband der Deutschen Entsorgungswirtschaft e.V.
Beschl.	Beschluss
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BIP	Bruttoinlandsprodukt
BMU	Bundesumweltministerium
BR-Drs.	Bundesratsdrucksache
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
DIHK	Deutscher Industrie- und Handelskammertag
DM	Deutsche Mark
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DSD	Duales System Deutschland
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EMAS	Eco-Management and Audit Scheme
EMAS-PrivilegV	EMAS-Privilegierungs-Verordnung
Fn	Fußnote
GewArch	Gewerbearchiv
gem.	gemäß
GVM	Gesellschaft für Verpackungsmarktforschung
IHK	Industrie und Handelskammer

JZ	Juristenzeitung
KrW/AbfG	Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz
KrWG-E	Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des Kreislaufwirtschafts- und Abfallrechts
LAGA	Bund/Länderarbeitsgemeinschaft Abfall
LVP	Leichtstoffverpackungen
Mrd.	Milliarden
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
PET	Polyethylenterephthalat
POS	Point of Sale
PostG	Postgesetz
PPK	Papier, Pappe, Karton
TKG	Telekommunikationsgesetz
UAG	Umweltauditgesetz
UMK	Umweltministerkonferenz
VAG	Versicherungsaufsichtsgesetz
VerpackV	Verpackungsverordnung
VerwArch	Verwaltungsarchiv
VGH	Verwaltungsgerichtshof
VVDStRL	Veröffentlichung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
WiVerw	Wirtschaft und Verwaltung
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

K. Literaturverzeichnis

- Bund/Länder-Arbeitsgemeinschaft Abfall* Eckpunkte zur Konkretisierung der Anforderungen an branchenbezogene Selbstentsorgermodelle nach § 6 Abs. 2 der 5. Novelle VerpackV, 2008
- Susanne Baer* Verwaltungsaufgaben, in: Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts. Band I, § 11
- Hartmut Bauer* Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, VVDStRL 1995, 243 ff.
- Martin Beckmann* Abfallrecht zwischen staatlicher Lenkung, kommunaler Daseinsvorsorge und privatem Wettbewerb, VerwArch 2003, 371 ff.
- BMU* Daten und Fakten zur haushaltsnahen Wertstofffassung, 2012
- BMU* Die umweltpolitische Konzeption des KrW/AbfG, 1994
- Stephan Tomerius; Tilman Breitzkreuz* Selbstverwaltungsrecht und Selbstverwaltungspflicht, DVBl 2003, 426 ff.
- Gabriele Britz* Kommunale Gewährleistungsverantwortung - Ein allgemeines Element des Regulierungsrechts in Europa?, Die Verwaltung 2004, 145 ff.
- Bundeskartellamt* Sektoruntersuchung duale Systeme. Zwischenbilanz der Wettbewerbsöffnung, 2012
- Martin Burgi* Kommunales Privatisierungsfolgenrecht: Vergabe, Regulierung und Finanzierung, NVwZ 2001, 601 ff.
- Udo Di Fabio* Die Verfassungskontrolle indirekter Umweltpolitik am Beispiel der Verpackungsverordnung, NVwZ 1995, 1 ff.

- Udo Di Fabio* Privatisierung und Staatsvorbehalt, JZ 1999, 585 ff.
- Udo Di Fabio* Produktharmonisierung durch Normung und Selbstüberwachung, 1996
- Udo Di Fabio* Selbstverpflichtung der Wirtschaft - Grenzgänger zwischen Freiheit und Zwang JZ 1997, 969 ff.
- Udo Di Fabio* Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, VVDStRL 1997, 235 ff.
- Markus Edelbluth* Gewährleistungsaufsicht, 2008
- Martin Eifert* Grundversorgung mit Telekommunikationsdienstleistungen im Gewährleistungsstaat, 1998
- Martin Eifert* Regulierungsstrategien, in: Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts. Band I, § 19
- Andreas Finckh* Regulierte Selbstregulierung im Dualen System, 1998
- Kristian Fischer* Kooperative Produktverantwortung nach der novellierten Verpackungsverordnung, AbfallR 2008, 191 ff.
- Fritz Flanderka* in: Flanderka; Stroetmann (Hrsg.), Verpackungsverordnung. Kommentar
- Claudio Franzius* Der Gewährleistungsstaat, VerwArch 2008, 351 ff.
- Walter Frenz* Das Duale System zwischen öffentlichem und privatem Recht, GewArch 1994, 145 ff.

Duales System Deutschland Holding GmbH Wir schließen Kreisläufe!
Leistungen und Perspektiven der privaten
Wirtschaft, 2013

Dietmar Görgmaier Möglichkeiten und Grenzen der
Entstaatlichung öffentlicher Aufgaben, DÖV 1977,
356 ff.

Christoph Gusy Rechtsgüterschutz als Staatsaufgabe, DÖV 1996,
573 ff.

Bernd Bilitewski; Georg Härdtle Abfallwirtschaft.
Handbuch für Praxis und Lehre, 2013

Reinhard Hendl Zur Steuerungsmethodik der
Verpackungsverordnung, NVwZ 2003, 1168 ff.

Wolfgang Hoffmann-Riem Das Recht des Gewährleistungsstaates,
in: Schuppert (Hrsg.), Gewährleistungsstaat - Ein
Leitbild auf dem Prüfstand

Wolfgang Hoffmann-Riem Ermöglichung von Flexibilität und
Innovationsoffenheit im Verwaltungsrecht, in:
Hoffmann-Riem (Hrsg.), Innovation und Flexibilität
des Verwaltungshandelns

Wolfgang Hoffmann-Riem Tendenzen in der
Verwaltungsrechtsentwicklung, DÖV 1997, 433 ff.

Wolfgang Kahl Die Privatisierung der Entsorgungsordnung nach
dem Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz, DVBl
1995, 1327 ff.

Alexander Schink; Ulrich Karpenstein EU- und
verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen der
Einführung einer einheitlichen Wertstofftonne.
Gutachten im Auftrag des BMU, 2011

Kurt; Sproll Kiethe, Hans-Dieter Die Privatisierung der
Abfallentsorgung am Beispiel der
Verpackungsverordnung, ZIP 1994, 275 ff.

Michael Kloepfer Umweltrecht, 1989

Hans-Joachim Koch Vereinfachung des materiellen
Umweltrechts, NVwZ 1996, 215 ff.

Europäische Kommission Grünbuch zu einer europäischen
Strategie für Kunststoffabfälle in der Umwelt,
COM(2013) 123 final

*Jochen Cantner; Bernhard Gerstenmayr; Thorsten Pitschke; Siegfried
Kreibe* Evaluierung der
Verpackungsverordnung. Studie des bifa
Umweltinstituts Augsburg im Auftrag des
Umweltbundesamtes, 2011

Hans-Heinrich Trute; Wolfgang Denkhaus; Doris Kühlers
Regelungsstrukturen der Kreislaufwirtschaft
zwischen kooperativem Umweltrecht und
Wettbewerbsrecht, 2004

Karl-Heinz Ladeur Kritik der Abwägung in der
Grundrechtsdogmatik, 2004

Wolfgang Löwer Energieversorgung zwischen Staat, Gemeinde und
Wirtschaft, 1989

Johannes Masing Grundstrukturen eines
Regulierungsverwaltungsrechts, Die Verwaltung
2003, 1 ff.

Gesellschaft für Verpackungsmarktforschung mbH Presseerklärung:
Ergebnisse Marktstudie zu Branchenlösungen, 2008

Monopolkommission Sondergutachten. Wettbewerbsfragen der
Kreislauf- und Abfallwirtschaft, 2003

- OECD* Environmental Performance Review - Germany, 1993
- Fritz Ossenbühl* Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private, VVDStRL 1971, 137 ff.
- Markus W. Pauly* Das neue Verpackungsrecht, AbfallR 2008, 46 ff.
- Heinz-Joachim Peters* Art. 20 a GG - die neue Staatszielbestimmung des Grundgesetzes, NVwZ 1995, 555 ff.
- Heinrich Reinermann* Die Krise als Chance: Wege innovativer Verwaltung, 1994
- Michael Ronellenfitsch* Schranken einer Privatisierung der staatlichen Unfalluntersuchung im Bereich der Eisenbahn, NVwZ 1998, 1021 ff.
- Matthias Ruffert* Regulierung im System des Verwaltungsrechts, AöR 1999, 237 ff.
- Eberhard Schmidt-Aßmann* Kommunalrecht, in: Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 13. Auflage
- Eberhard Schmidt-Aßmann* Öffentliches Recht und Privatrecht: Ihre Funktion als wechselseitige Auffangordnungen, in: Hoffmann-Riem (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen
- Matthias Schmidt-Preuß* Duale Entsorgungs-Systeme als Spiegelbild dualer Verantwortung: Von der Verpackungsverordnung zum Kreislaufwirtschaftsgesetz, in: Schuppert (Hrsg.), Jenseits von Privatisierung und "schlankem" Staat

- Matthias Schmidt-Preuß* Funktionsbedingungen
selbstregulativer Gemeinwohlverwirklichung, DVBl
2001, 1095 ff.
- Matthias Schmidt-Preuß* Verwaltung und
Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher
Selbstregulierung und staatlicher Steuerung,
VVStRL 1997, 160 ff.
- Friedrich Schoch* Öffentlich-rechtliche Rahmenbedingungen einer
Informationsordnung, VVStRL 1997, 158 ff.
- Helmuth Schulze-Fielitz* Grundmodi der Aufgabenwahrnehmung,
in: Hoffmann-Riem (Hrsg.), Grundlagen des
Verwaltungsrechts., Band I, § 12
- Gunnar Folke Schuppert* Der Gewährleistungsstaat -
modisches Label oder Leitbild sich wandelnder
Staatlichkeit?, in: Schuppert (Hrsg.), Der
Gewährleistungsstaat - Ein Leitbild auf dem
Prüfstand
- Gunnar Folke Schuppert* Die öffentliche Verwaltung im
Kooperationsspektrum staatlicher und privater
Aufgabenerfüllung: Zum Denken in
Verantwortungsstufen, Die Verwaltung 1998, 415 ff.
- Gunnar Folke Schuppert* Privatisierung und Regulierung -
Vorüberlegungen zu einer Theorie der Regulierung
im kooperativen Verwaltungsstaat,
Diskussionspapier, 1996
- Achim Seidel* Privater Sachverstand und staatliche
Garantenstellung im Verwaltungsrecht, 2000
- Thomas Rummeler; Jürgen Seitel* Rahmenbedingungen der
Verpackungsentsorgung nach der 5. Novelle der
Verpackungsverordnung, AbfallR 2008, 129 ff.

Faroud Shirvani Das Kooperationsprinzip im deutschen und europäischen Umweltrecht, 2005

Fritz Flanderka; Frank Sieberger Der rechtliche Rahmen für die Entsorgung von Verkaufsverpackungen durch das Duale System Deutschland, WiVerw 2004, 205 ff.

Thomas Straubhaar Stellungnahme zur 5. Verordnung zur Änderung der Verpackungsverordnung, 2007

Clemens Stroetmann in: Flanderka; Stroetmann (Hrsg.), Verpackungsverordnung. Kommentar

Silke Thomsen Produktverantwortung, 1998

Hans-Heinrich Trute Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts. Band I, § 6

Hans-Heinrich Trute, Die Verwaltung und das Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, DVBl 1996, 950 ff.

Umweltbundesamt Planspiel zur Fortentwicklung der Verpackungsverordnung Teilvorhaben 3: Planspiel, 2011

Sachverständigenrat Umweltfragen Sondergutachten "Abfallwirtschaft", 1990, BT-Drs. 11/8493

Gesellschaft für Verpackungsmarktforschung Leitfaden für die Anwendung der GVM-Studie, 2013

Alexander Schink; Andrea Vesteyl in: Schink/Vesteyl (Hrsg.), Kommentar zum Kreislaufwirtschaftsgesetz

Andreas Voßkuhle Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, VVDStRL 2003, 266 ff.

Christian Waldhoff Der Verwaltungszwang: Historische und dogmatische Studien zu Vollstreckung und Sanktion als Mittel der Rechtsdurchsetzung der Verwaltung. Habilitationsschrift (Manuskript), 2002

Michael Webersinn in: Schink/Versteyl (Hrsg.), Kommentar zum Kreislaufwirtschaftsgesetz

Wolfgang Weiß Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, DVBl 2002, 1167 ff.