

Rechtsanwalt Prof. Dr. Klaus-Peter Dolde, Stuttgart

Verfassungsrechtliches Gebot zur Novellierung der Verpackungsverordnung – Rechtliche Folgen für die verpflichteten Unternehmen

I. Wettbewerbsverzerrung im derzeitigen System

1. Produktverantwortung

- a) Wer Verkaufsverpackungen herstellt oder vertreibt, trägt nach der Verpackungsverordnung die abfallrechtliche Produktverantwortung. Sie besteht in
 - Rücknahmepflichten,
 - Verwertungspflichten und
 - Nachweispflichten.
- b) Diese Pflichten können auch gemeinschaftlich wahrgenommen werden. In der Praxis erfolgt dies durch die Bildung von sogenannten „Selbstentsorgungsgemeinschaften“, die von der Verpackungsverordnung ausdrücklich anerkannt sind.
- c) Hersteller und Vertreiber von Verkaufsverpackungen können sich von ihren Pflichten dadurch befreien, dass sie sich an einem Sys-

tem im Sinne des § 6 Abs. 3 Verpackungsverordnung beteiligen, das flächendeckend eine regelmäßige Abholung gebrauchter Verkaufsverpackungen beim privaten Endverbraucher oder in dessen Nähe in ausreichender Weise gewährleistet sowie die im Anhang I genannten Anforderungen erfüllt.

2. Trittbrettfahrer

Wettbewerbsverzerrungen beim Vollzug der Verpackungsverordnung waren für die Umweltministerkonferenz Anlass, der LAGA den Auftrag zu erteilen, auf der Basis der Vollzugserfahrungen unter anderem die gegenwärtige Situation des Wettbewerbs im Bereich der Entsorgung von Verkaufsverpackungen darzustellen. Die LAGA hat ihren ca. 60 Seiten umfassenden Bericht am 28.08.2006 unter dem Titel „Lösungsansätze zur Verbesserung der Situation und der Wettbewerbsbedingungen bei der Entsorgung von Verkaufsverpackungen“ erstattet.

Nach dem Bericht der LAGA begünstigen die Wahlmöglichkeit zur Erfüllung der Produktverantwortung sowie die unzureichend geregelten Dokumentationspflichten das Verhalten von Trittbrettfahrern. Diese bringen Verkaufsverpackungen in Verkehr, ohne etwas für die Rücknahme und die Verwertung dieser Verkaufsverpackungen zu bezahlen. Die Kosten für die Entsorgung dieser Verpackungen sind von den Dualen Systemen bzw. von denjenigen Herstellern und Vertreibern zu tragen, die ihre Verkaufsverpackungen in Duale Systeme einbringen. Der Grund liegt darin, dass der private Endverbraucher die von Trittbrettfahrern in Verkehr gebrachten Verpackungen über die bestehende haushaltsnahe Sammlung der Dualen Systeme entsorgt.

Die Trittbrettfahrerei hat ihre Ursache vor allem darin, dass nach den Bestimmungen der Verpackungsverordnung nicht festgestellt werden kann, ob ein Produktverantwortlicher seine Pflichten für alle in Verkehr

gebrachten Verkaufsverpackungen erfüllt. Die Dokumentationspflichten erfassen nur den jeweils betroffenen Teilstrom. Es ist jedoch nicht möglich festzustellen, ob die Summe der Teilströme der Summe der in Verkehr gebrachten Verkaufsverpackungen entspricht. Die Bestimmungen der Verpackungsverordnung haben systembedingt zur Folge, dass es nicht möglich ist, die Erfüllung der Produktverantwortung effektiv zu überwachen.

3. Mengenverrechnung bei Selbstentsorgungsgemeinschaften

Ein weiteres Einfallstor für Wettbewerbsverzerrungen ist die Mengenverrechnung bei Selbstentsorgungsgemeinschaften.

Selbstentsorger sind verpflichtet, dem Endverbraucher am Ort der tatsächlichen Übergabe oder in dessen unmittelbarer Nähe eine Rückgabemöglichkeit für gebrauchte Verkaufsverpackungen anzubieten. Die Möglichkeit der haushaltsnahen Erfassung von Verkaufsverpackungen durch Selbstentsorger sieht die Verpackungsverordnung nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts nicht vor.

Nach dem LAGA-Bericht hat eine Studie für den Bereich der Drogeriemärkte ergeben, dass nur ca. 2 % der Verpackungen in Drogeriemärkte zurückgebracht werden. Diese ungenügende Erfüllung des Rücklaufs von Verpackungen im Einzelhandel wird verrechnet und damit kompensiert durch eine Übererfüllung der Rücknahme bei Großanfallstellen. Grundlage dieser Verrechnung ist die Regelung der Verpackungsverordnung, nach der es ausreicht, dass die in einer Selbstentsorgungsgemeinschaft zusammenwirkenden Selbstentsorger die Verwertungsanforderungen als Gemeinschaft insgesamt erfüllen. Ursache ist weiter die Bestimmung der Verpackungsverordnung, dass den Haushaltungen sogenannte „vergleichbare Anfallstellen“ gleichgestellt sind, also Gaststätten, Hotels, Kantinen, Krankenhäuser etc. Bei Großanfallstellen, die pri-

vaten Haushaltungen gleichgestellt sind, werden Verkaufsverpackungen in großen Mengen zurückgenommen. Dadurch wird die geringe Rücknahme durch Einzelhandelsbetriebe kompensiert.

Die Wettbewerbsverzerrung resultiert daraus, dass die bei den Einzelhandelsbetrieben in Verkehr gebrachten Verkaufsverpackungen nach der LAGA-Studie zu über 80 % über die haushaltsnahe Wertstoffsammlung der Dualen Systeme und damit auf Kosten dieser Dualen Systeme entsorgt werden.

Das Problem der Mengenverrechnung wird dadurch verschärft, dass es in der Praxis kaum möglich ist, Verkaufsverpackungen von anderen Verpackungsarten, insbesondere von Um- und Transportverpackungen abzugrenzen. Nach dem LAGA-Bericht ist es kaum möglich, die an tausenden von Anfallstellen vollzogene Abgrenzung der Verpackungsarten auf ihre Richtigkeit zu überprüfen. Ein Missbrauch in Form einer „Umwidmung“ von Transport- und Umverpackungen durch Anrechnung auf die Quoten für Verkaufsverpackungen kann deshalb weder ausgeschlossen noch objektiv kontrolliert werden. Die Missbrauchsmöglichkeit ist bei Selbstentsorgungsgemeinschaften besonders groß, weil bei den privaten Haushaltungen gleichgestellten Anfallstellen die größten Mengen an Um- und Transportverpackungen anfallen.

4. Wettbewerbsverzerrung

Die Trittbrettfahrerei und die Mengenverrechnung bei Selbstentsorgungsgemeinschaften führen zu erheblichen Wettbewerbsverzerrungen:

Trittbrettfahrer, die sich ihrer Produktverantwortung ganz oder teilweise entziehen, bringen Verpackungen in den Verkehr, für die sie keine Kosten für Rücknahme und Verwertung bezahlen. Dies führt zu einer Wettbewerbsverzerrung zu Lasten derjenigen Hersteller und Vertrieber, die die Pflichten der Verpackungsverordnung durch die Teilnahme an einem

Dualen System ordnungsgemäß erfüllen. Sie werden nicht nur durch ihren eigenen Entsorgungsaufwand belastet, sondern zusätzlich durch den Entsorgungsaufwand, der dadurch entsteht, dass die Dualen Systeme die Verkaufsverpackungen der Trittbrettfahrer mitentsorgen müssen, da der Verbraucher die Verkaufsverpackungen für Trittbrettfahrer über die endverbrauchernahen Rücknahmesysteme entsorgt.

Die Verrechnungsmöglichkeiten der Selbstentsorgungsgemeinschaften führen zu einem ungerechtfertigten Wettbewerbsvorteil der Vertreiber, die sich an diesen Selbstentsorgungsgemeinschaften beteiligen. Diese sparen die hohen Kosten der endverbrauchernahen Rücknahmesysteme. In Höhe dieser Kostenersparnis werden wiederum die Vertreiber belastet, die ihre Verkaufsverpackungen bei Dualen Systemen lizenzieren, weil der Verbraucher die Verkaufsverpackungen über die endverbrauchernahen Rücknahmesysteme der Dualen Systeme entsorgt. Nach einem Bericht im Handelsblatt vom 12.10.2006 können Selbstentsorgungsgemeinschaften die Lizenzgebühren für die Einbringung von Verkaufsverpackungen in Duale Systeme um bis zu 30 % unterbieten.

II. Verfassungsrechtliches Gebot zur Nachbesserung

Die geschilderten Wettbewerbsverzerrungen sind systembedingt. Sie zwingen den Verordnungsgeber von Verfassungs wegen zur Nachbesserung:

1. Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

In seiner Rechtsprechung zum Steuerrecht hat das Bundesverfassungsgericht das Gebot der tatsächlichen Belastungsgleichheit durch gleichen Gesetzesvollzug entwickelt. Eine dem Gesetzgeber zuzurechnende mangelnde Durchsetzung materieller Pflichten kann gegen dieses Ver-

bot verstoßen. Der Verstoß hat zur Folge, dass das materielle Recht wegen Verstoßes gegen den Gleichheitssatz verfassungswidrig ist.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts verlangt das Verfassungsrecht, dass die Steuerpflichtigen durch ein Steuergesetz rechtlich und tatsächlich gleich belastet werden. Die Anforderungen des Gleichheitssatzes richten sich nicht nur an die normative Steuerpflicht, sondern auch an die Gleichheit bei der Durchsetzung in der Steuererhebung. Beiden Komponenten muss der Gesetzgeber Rechnung tragen.

Die steuerliche Lastengleichheit fordert, dass das materielle Steuergesetz die Gewähr für eine regelmäßige Durchsetzbarkeit soweit wie möglich in sich trägt. Die Besteuerungstatbestände und die ihnen entsprechenden Erhebungsregelungen sind deshalb aufeinander abzustimmen. Führen Erhebungsregelungen dazu, dass ein gleichmäßiger Belastungserfolg verfehlt wird, hat dies die Verfassungswidrigkeit der Besteuerungsregelung zur Folge.

Voraussetzung für diese Rechtsfolgen sind „strukturelle“ Erhebungsmängel bzw. „strukturelle“ Vollzugshindernisse. Solche strukturellen Vollzugshindernisse liegen vor, wenn sie nicht durch den stets vorkommenden Mangel im Verwaltungsvollzug, sondern im steuerlichen Veranlagungsverfahren ihre systembedingte Ursache haben. Wenn das Fehlverhalten eines Steuerpflichtigen im Regelfall ohne ein bedeutsames Entdeckungsrisiko bleibt, ist dies ein Indiz für einen strukturellen Erhebungsmangel. Dasselbe gilt, wenn nach der Feststellung eines Defizits an die Ermittlungs- und Verfolgungstätigkeit der zuständigen Behörden überzogene Anforderungen gestellt werden, um den Vollzug des Rechts zu erzwingen.

Voraussetzung für die Nichtigkeit der materiellen Norm ist weiter, dass der strukturelle Erhebungsmangel dem Gesetzgeber zuzurechnen ist. Dies ist der Fall, wenn eine im Erhebungsverfahren angelegte Ungleich-

heit im Belastungserfolg ihre Ursache in den gesetzlichen Regelungen des Erhebungsverfahrens hat und wenn sich dem Gesetzgeber die Erkenntnis aufdrängen muss, dass im Hinblick auf das Erhebungsverfahren die notwendige Gleichheit im Belastungserfolg prinzipiell nicht zu erreichen ist. Dabei kann es durchaus sein, dass sich ein struktureller Erhebungsmangel dem Gesetzgeber erst nachträglich aufdrängt. In diesem Fall hat der Gesetzgeber die verfassungsrechtliche Pflicht, den Mangel binnen angemessener Frist zu beseitigen.

2. Übertragbarkeit der Rechtsprechung

Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts erging zum Steuerrecht. Sie ist jedoch nicht darauf beschränkt. Der Gleichheitssatz stellt im Steuerrecht keine schärferen Anforderungen als in anderen Rechtsgebieten. In jedem Rechtsgebiet bezieht sich die gebotene Gleichheit nicht nur auf den Inhalt der normativ begründeten Pflicht, sondern ebenso auf die Durchsetzung dieser Pflicht. Die verfassungsrechtlich gebotene Gleichbehandlung wird verfehlt, wenn die Erfüllung der gesetzlichen Pflichten im Ergebnis ausschließlich von der Bereitschaft des Verpflichteten abhängt, die Pflicht zu erfüllen, ohne dass das Gesetz ausreichende Vorkehrungen zur tatsächlichen Durchsetzung der Pflicht oder entsprechende Kontrollmöglichkeiten begründet.

Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Belastungsgleichzeit ist deshalb auch auf die Pflichten nach der Verpackungsverordnung und auf die Erfüllung dieser Pflichten zu übertragen. Die Regelungen der Verpackungsverordnung zur Produktverantwortung müssen deshalb dem Gebot der tatsächlichen Belastungsgleichheit genügen. Dieses Gebot richtet sich nicht nur an die inhaltliche Ausgestaltung der Produktverantwortung, sondern auch an ihre Durchsetzungsmöglichkeit.

Wendet man diese Grundsätze auf die Produktverantwortung nach der Verpackungsverordnung an, so ergibt sich:

3. Ungleichbehandlung

Die Produktverantwortung nach der Verpackungsverordnung trifft jeden Hersteller und Betreiber von Verkaufsverpackungen. Die Verpackungsverordnung eröffnet jedem Hersteller und Vertreiber von Verkaufsverpackungen die gleichen Handlungsmöglichkeiten (Eigenentsorgung, Selbstentsorgersysteme, Teilnahme an einem Dualen System). Die materielle Pflicht begegnet unter dem Aspekt des Gleichheitssatzes keinen Bedenken.

Anders sieht es beim Vollzug aus: Nach dem LAGA-Bericht besteht ein gleichheitswidriges Defizit bei der Durchsetzung der Rücknahmepflichten des § 6 Verpackungsverordnung. Nach dem LAGA-Bericht nahm im Jahr 2005 ein Viertel aller Verpackungen, die für den privaten Endverbraucher in Verkehr gebracht wurden, weder an einem Dualen System noch an einer Selbstentsorgerlösung teil. Der Anteil der Trittbrettfahrer betrug rund ein Viertel aller Verpackungen. Der gleichheitswidrige Vollzug der Verpackungsverordnung im Hinblick auf die Trittbrettfahrer ist offenkundig.

Gleichermaßen offenkundig ist, dass sich der gleichheitswidrige Vollzug auf die Wettbewerbssituation der Hersteller und Vertreiber von Verkaufsverpackungen auswirkt. Die Trittbrettfahrer ersparen nicht nur die Kosten für die Rücknahme und Verwertung „ihrer“ Verkaufsverpackungen. Vielmehr werden die anderen Hersteller/Vertreiber, die sich durch die Beteiligung an einem Dualen System rechtmäßig verhalten, mit den Kosten für diese Entsorgung zusätzlich belastet, weil die von den Trittbrettfahrern in Verkehr gebrachten Verkaufsverpackungen über die Dua-

len Systeme entsorgt werden, ohne dass die Trittbrettfahrer dazu einen finanziellen Beitrag leisten.

Ein gleichheitswidriges Defizit im Vollzug ergibt sich auch bei der Verrechnungsmöglichkeit der Selbstentsorgungsgemeinschaften. Sie kompensieren den ungenügenden Rücklauf von Verpackungen im Einzelhandel durch eine Übererfüllung der Rücknahme bei Großanfallstellen, die den privaten Endverbrauchern gleichgestellt sind. Die für den Einzelhandel in Verkehr gebrachten Verkaufsverpackungen gelangen aufgrund des Verhaltens der Verbraucher in die Dualen Systeme. Dort entstehen die Entsorgungskosten. Zu diesen Kosten tragen die Selbstentsorgungsgemeinschaften nichts bei, sie ersparen die Entsorgungskosten und belasten die Teilnehmer des Dualen Systems zusätzlich mit diesen Entsorgungskosten. Dies ist der Grund dafür, dass die Lizenzgebühren der Selbstentsorgungsgemeinschaften um bis zu 30 % unter den Lizenzgebühren der Dualen Systeme liegen.

4. Strukturelles Defizit

Die dargestellte Ungleichbehandlung beruht nach dem LAGA-Bericht nicht auf Vollzugsmängeln, wie sie immer wieder vorkommen können. Der LAGA-Bericht belegt vielmehr eindringlich, dass strukturelle Vollzugsdefizite Ursache für die Belastungsungleichheit sind.

Nach dem LAGA-Bericht haben – bedingt durch die Regelungen der Verpackungsverordnung – Trittbrettfahrer nur ein geringes Entdeckungsrisiko zu tragen. Die Gesamtmenge der von einem Hersteller/Vertreiber in Verkehr gebrachten Verkaufsverpackungen ist den Behörden nicht bekannt. Es ist für die Behörden deshalb nicht nachprüfbar, ob ein Hersteller bzw. Vertreiber seine Pflichten auch tatsächlich für alle Verpackungen erfüllt. Ursache dafür ist die unzureichende Regelung der Dokumentationspflichten. Diese geben den Behörden keine Möglichkeit, die

tatsächlich von einem Hersteller bzw. Vertreiber insgesamt im Bundesgebiet in Verkehr gebrachten Verpackungsmengen mit den Mengen abzugleichen, die der Hersteller bzw. Vertreiber bei einem Dualen System lizenziert hat oder für die er eine Selbstentsorgerlösung anbietet.

Die Erfüllung der Rücknahme- und Verwertungspflichten hängt letztlich von der Bereitschaft der Hersteller bzw. Vertreiber ab, diese Pflicht zu erfüllen. Ein Fehlverhalten bleibt praktisch ohne Entdeckungsrisiko. Dies belegt nach der oben wiedergegebenen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts eine in der Verpackungsverordnung angelegte strukturelle Ungleichmäßigkeit der Rechtsanwendung.

Zwar kann nach der Verpackungsverordnung (§ 6 Abs. 3 Satz 3) die Behörde den Nachweis einer Beteiligung an einem Dualen System verlangen. Auch diese Nachweispflicht macht es der Behörde jedoch nicht möglich zu prüfen, ob von der Beteiligung am Dualen System alle vom Hersteller und Vertreiber in den Verkehr gebrachten Verkaufsverpackungen erfasst sind oder nicht.

Hinzu kommt, dass nach der Verpackungsverordnung an die Feststellung eines tatsächlichen Vollzugsdefizits und an den Vollzug der Pflichten der Verpackungsverordnung überzogene Anforderungen gestellt werden: Nach dem LAGA-Bericht setzt ein Abgleich der von Selbstentsorgern, Selbstentsorgergemeinschaften oder Dualen Systemen testierten Verpackungsabfallmengen mit den tatsächlich in Verkehr gebrachten Verkaufsverpackungen voraus, dass bundesweit Produktions- bzw. Liefermengen und Verträge sämtlicher Hersteller und Vertreiber im Einzelfall überprüft und mit den testierten Mengen abgeglichen werden. Eine solche Überprüfung ist faktisch kaum möglich.

Auch die mit der Mengenverrechnung der Selbstentsorgergemeinschaften verbundene Ungleichheit beruht auf einem strukturellen Vollzugsdefizit, da die Mengenverrechnung von der Verpackungsverordnung aus-

drücklich zugelassen wird. Da die Kapazität von Selbstentsorgungssystemen beschränkt ist, steht diese Möglichkeit nur einem kleinen Teil der Produktverantwortlichen zur Verfügung.

5. Zurechenbarkeit

Das strukturelle Vollzugsdefizit und die dadurch bewirkte Ungleichbehandlung sind dem Ordnungsgeber zuzurechnen.

Für die Trittbrettfahrerei ist dies zweifelsfrei. Sie hat ihre Ursache einerseits im Wahlrecht der Verpackungsverordnung und andererseits in den unzureichend geregelten Dokumentationspflichten. Nach der Verpackungsverordnung müssen die Verpflichteten keine Angaben zur Gesamtmenge der in Verkehr gebrachten Verkaufsverpackungen machen. Dies schließt einen effektiven Mengenabgleich und damit einen wirksamen, die Trittbrettfahrerei ausschließenden Vollzug aus.

Entsprechendes gilt für die Mengenverrechnungen der Selbstentsorgungsgemeinschaften: Die Ungleichheit beruht darauf, dass die Verpackungsverordnung es genügen lässt, dass die zusammenwirkenden Selbstentsorger die Verwertungsanforderungen als Gemeinschaft insgesamt erfüllen. Die Verpackungsverordnung eröffnet die Verrechnungsmöglichkeit. Sie ist die Ursache für die Belastungsungleichheit.

Die strukturellen Vollzugsdefizite sind dem Ordnungsgeber spätestens seit Vorliegen des LAGA-Berichts vom August 2006 bekannt. Dort sind die tatsächlichen Ungleichheiten im Belastungserfolg dargestellt. Aus dem LAGA-Bericht ergibt sich außerdem mit großer Deutlichkeit, dass es sich um strukturelle Vollzugsprobleme handelt, die ihre Ursachen nicht in üblichen Vollzugsmängeln haben, sondern in einer „Fehlkonstruktion“ der Verpackungsverordnung.

Die strukturellen Vollzugsprobleme haben sich dadurch verschärft, dass inzwischen in zahlreichen Bundesländern mehrere Duale Systeme festgestellt sind. Die Vollzugsprobleme werden dadurch verschärft, dass es kein förmliches Zulassungsverfahren und keine Anzeige- oder Registrierungspflicht für Selbstentsorger gibt. Die Behörden können deshalb nicht abschließend feststellen, welche Selbstentsorgerlösungen angeboten werden.

III. Rechtsfolge

1. Nachbesserung der Verpackungsverordnung

Der Ordnungsgeber ist nach alledem verantwortlich für ein strukturelles Vollzugsdefizit, das zu einem gleichheitswidrigen Belastungserfolg führt. Der Ordnungsgeber ist deshalb verfassungsrechtlich gehalten, dieses Vollzugsdefizit durch eine Änderung der Verpackungsverordnung zu beseitigen. Die Vollzugsdefizite sind dem Ordnungsgeber spätestens seit dem Vorliegen des LAGA-Berichts im August 2006 bekannt. Er ist deshalb nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts verpflichtet, den nunmehr erkannten Mangel binnen angemessener Frist zu beseitigen.

Der Ordnungsgeber hat dies offenbar erkannt und hat mit den Arbeiten an der 5. Novelle der Verpackungsverordnung begonnen. Dazu liegt ein BMU-Arbeitsentwurf vom 20.10.2006 vor. Von einer inhaltlichen Würdigung dieses Arbeitsentwurfs sehe ich ab. Entscheidend ist in unserem Zusammenhang, dass er das Bemühen des Ordnungsgebers dokumentiert, das ihm zuzurechnende Vollzugsdefizit binnen angemessener Frist zu beseitigen.

2. Rechtsfolgen für die Verpflichteten

Trotz der strukturellen und verfassungswidrigen Belastungsungleichheit bestehen die Pflichten der Produktverantwortlichen nach Maßgabe der geltenden Verpackungsverordnung fort. Der Verordnungsgeber bemüht sich in angemessener Zeit um Nachbesserung. Sollte diese Nachbesserung allerdings nicht in absehbarer Zeit zu einer Novelle der Verpackungsverordnung führen, könnte die Situation eintreten, dass die derzeit geltende Verpackungsverordnung und ihr Vollzug verfassungswidrig werden. Dies hätte den Zusammenbruch des gesamten Systems der Verpackungsverordnung zur Folge. Der Verordnungsgeber sollte es dazu nicht kommen lassen.

Inhaltsverzeichnis

I. Wettbewerbsverzerrung im derzeitigen System	1
1. Produktverantwortung	1
2. Trittbrettfahrer	2
3. Mengenverrechnung bei Selbstentsorgungsgemeinschaften	3
4. Wettbewerbsverzerrung	4
II. Verfassungsrechtliches Gebot zur Nachbesserung	5
1. Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	5
2. Übertragbarkeit der Rechtsprechung	7
3. Ungleichbehandlung	8
4. Strukturelles Defizit	9
5. Zurechenbarkeit	11
III. Rechtsfolge	12
1. Nachbesserung der Verpackungsverordnung	12
2. Rechtsfolgen für die Verpflichteten	13