

AGVU Arbeitsgemeinschaft
Verpackung und Umwelt e.V.
Dorotheenstraße 35

10117 Berlin

PROF. DR. KLAUS-PETER DOLDE
DR. RAINARD MENKE
DR. ANDREA VETTER
DR. WINFRIED PORSCH
DR. TINA BERGMANN
DR. FLORIAN REUTHER

Durchwahl
Tel. 0711-601701-30

4. Januar 2007
Do/Ve/mm

Verfassungsrechtliches Gebot zur Novellierung der Verpackungsverordnung

Sehr geehrte Damen und Herren,

eine Ad-hoc-Arbeitsgruppe der Bund-/Länder Arbeitsgemeinschaft Abfall (LAGA) hat Ende August 2006 auf entsprechende Bitten der Umweltministerkonferenz den Entwurf eines Berichts über „Lösungsansätze zur Verbesserung der Situation und der Wettbewerbsbedingungen bei der Entsorgung von Verkaufsverpackungen“ (Stand 28.08.2006; künftig: LAGA-Bericht) vorgelegt. Der Bericht kommt auf der Grundlage der Vollzugserfahrungen der Länder, der Stellungnahmen der beteiligten Wirtschaftskreise und ausgewählter Studien zu dem Ergebnis, dass unter anderem das Problem der wachsenden Zahl von „Trittbrettfahrern“, die sich den Verpflichtungen der Verpackungsverordnung entziehen, strukturell bedingt ist und nicht durch den behördlichen Vollzug gelöst werden kann (LAGA-Bericht, S. 7, S. 18).

Sie bitten um eine Stellungnahme, ob sich aus den in der Vollzugspraxis der Verpackungsverordnung aufgetretenen Problemen bei der Überwachung der

Erfüllung der Rücknahme- und Verwertungspflichten für Verkaufsverpackungen eine (verfassungs-)rechtliche Notwendigkeit zur Novellierung der Verpackungsverordnung ergibt. Zu dieser Frage nehmen wir Stellung:

I. Ausgangslage

1. Produktverantwortung

- a) Wer Verkaufsverpackungen im Sinn des § 3 Abs. 1 Nr. 2 VerpackV herstellt oder - gleich auf welcher Handelsstufe - vertreibt, trägt nach der Verpackungsverordnung eine abfallrechtliche Produktverantwortung. Diese abfallrechtliche Produktverantwortung findet ihren Ausdruck vor allem darin, dass derjenige, der Verpackungen herstellt oder vertreibt, nach § 6 Abs. 1 und 2 VerpackV Rücknahme-, Verwertungs- und Nachweispflichten im Zusammenhang mit der Entsorgung der Verkaufsverpackungen zu erfüllen hat (Hendler, GewArch 2006, 353).
- b) Nach § 11 Satz 1 VerpackV können Hersteller und Vertreiber sich zur Erfüllung der in der Verpackungsverordnung bestimmten Pflichten Dritter bedienen. § 11 VerpackV hat nur klarstellende Bedeutung, da es allgemeinen Grundsätzen entspricht, dass Pflichten, die nicht höchstpersönlicher Natur sind, durch Beauftragte erfüllt werden können (Flanderka, Verpackungsverordnung, 2. Aufl. 2006, § 11 I., S. 124; dazu auch Hendler, GewArch 2006, 353).

Die Beauftragung eines Dritten allein befreit den verpflichteten Hersteller oder Vertreiber nicht. Die Hersteller und Vertreiber werden vielmehr von ihren Rücknahme-, Verwertungs- und Nachweispflichten erst dann frei, wenn der beauftragte Dritte seinerseits diese Pflichten tatsächlich erfüllt hat. Bis zur endgültigen Erfüllung der

Pflichten bleibt der originär verpflichtete Hersteller oder Vertreiber sowohl dem Berechtigten als auch der zuständigen Behörde gegenüber in vollem Umfang verantwortlich (Flanderka, Verpackungsverordnung, 2. Aufl. 2006, § 11 Erl. II. 2, S. 125).

Da die individuellen Rücknahme-, Verwertungs- und Nachweispflichten nicht höchstpersönlicher Natur sind, sondern auch von Dritten erfüllt werden können, können sie auch gemeinschaftlich (kooperativ) wahrgenommen werden (Hendler, GewArch 2006, 353). In der Praxis erfolgt dies durch die Bildung von sogenannten Selbstentsorgungsgemeinschaften, die von eingeschalteten Dritten im Sinn des § 11 Satz 1 VerpackV organisiert und unterstützt werden. Die Zulässigkeit und Reichweite des Zusammenwirkens von verpflichteten Herstellern und Vertreibern in sogenannten Selbstentsorgungsgemeinschaften ist nunmehr durch die Regelungen in Anhang I. Nr. 2 Abs. 1 Sätze 5 bis 7 zu § 6 VerpackV ausdrücklich anerkannt (hierzu: Flanderka, Verpackungsverordnung, 2. Aufl. 2006, § 11 Erl. II. 3 c, S. 126).

- c) Hersteller und Vertreiber von Verkaufsverpackungen können sich von ihren Rücknahme-, Verwertungs- und Nachweispflichten dadurch befreien, dass sie sich an einem System nach § 6 Abs. 3 VerpackV beteiligen, das flächendeckend im Einzugsgebiet des nach § 6 Abs. 1 VerpackV verpflichteten Vertreibers eine regelmäßige Abholung gebrauchter Verkaufsverpackungen beim privaten Endverbraucher oder in dessen Nähe in ausreichender Weise gewährleistet und die im Anhang I. zu § 6 VerpackV genannten Anforderungen erfüllt.

Die Befreiungsmöglichkeit besteht nur hinsichtlich der gegenüber privaten Endverbrauchern bestehenden Verpflichtung zur Rücknahme gebrauchter Verkaufsverpackungen. Der Begriff der priva-

ten Endverbraucher im Sinn der Verpackungsverordnung ist in § 3 Abs. 11 Satz 2 VerpackV legal definiert.

Die Verpackungsverordnung regelt keine generelle Verpflichtung der Hersteller und Vertreiber von Verkaufsverpackungen, sich an einem System nach § 6 Abs. 3 VerpackV zu beteiligen. Eine Beteiligungspflicht an Dualen Systemen besteht nach § 6 Abs. 1 Satz 9 VerpackV vielmehr nur für die Letztvertreiber, soweit diese ihre Verpflichtungen nach § 6 Abs. 1 Satz 1 VerpackV nicht durch Rücknahme an der Abgabestelle erfüllen. Soweit die Vertreiber der Verkaufsverpackungen nicht eigenständig ihrer Rücknahmeverpflichtung nachkommen, müssen sie für eine Rücknahme durch Systembetreiber sorgen. Eine Regelung für den Fall, dass der Vertreiber dieser Verpflichtung aus § 6 Abs. 1 Satz 9 VerpackV nicht nachkommt, existiert jedoch nicht (dazu Flanderka, Verpackungsverordnung, 2. Aufl. 2006, § 6 Erl. II. 2 g, S. 86).

2. Trittbrettfahrer

Die Verpackungsverordnung eröffnet den Herstellern und Vertreibern von Verkaufsverpackungen die Wahl, ihre Pflicht nach der Verpackungsverordnung als Selbstentsorger oder durch die Beauftragung eines Dritten, z.B. einer Selbstentsorgungsgemeinschaft, selbst zu erfüllen, oder die von ihnen in Verkehr gebrachten Verkaufsverpackungen in ein Duales System einzubringen und sich dadurch von den Pflichten nach § 6 Abs. 1 und 2 VerpackV zu befreien. Dabei ist es den Herstellern und Vertreibern von Verkaufsverpackungen nach der Verpackungsverordnung möglich, nur einen Teil der Verpackungsmengen bei einem Dualen System zu lizenzieren und im Übrigen als Selbstentsorger zu agieren.

Nach dem Bericht der LAGA begünstigt die Wahlmöglichkeit, verknüpft mit den in der Verpackungsverordnung nur unzureichend geregelten Do-

kumentationspflichten, das Agieren von sogenannten Trittbrettfahrern, d.h. von Herstellern und Vertreibern von Verkaufsverpackungen, die sich den Verpflichtungen der Verpackungsverordnung ganz oder teilweise entziehen, die sich also für die Rücknahme und Verwertung der von ihnen in Verkehr gebrachten Verkaufsverpackungen weder als Selbstentsorger betätigen noch diese Mengen in ein Duales System einbringen (LAGA-Bericht, S. 17). Die sogenannten Trittbrettfahrer bringen Verkaufsverpackungen in den Verkehr, für die kein Geld für die Rücknahme und Verwertung bezahlt wird. Die Folgekosten für die Entsorgung dieser Verpackungen sind von den Dualen Systemen bzw. von den Herstellern und Vertreibern zu tragen, die ihre Verkaufsverpackungen in Duale Systeme einbringen, da davon auszugehen ist, dass der private Endverbraucher die von Trittbrettfahrern in Verkehr gebrachten Verpackungen auch über die bestehende haushaltsnahe Sammlung von Verkaufsverpackungen entsorgt (dazu LAGA-Bericht, S. 23).

Nach dem LAGA-Bericht von Ende August 2006 hat die Trittbrettfahrerei ihre Ursache vor allem in den unzureichenden Dokumentationsregelungen der Verpackungsverordnung. Dazu im Einzelnen:

- Duale Systeme nach § 6 Abs. 3 VerpackV haben nach Anhang I. Nr. 3 Abs. 4 zu § 6 VerpackV einen sogenannten Mengenstromnachweis zu führen. Dieser Mengenstromnachweis ist nach Anhang I. Nr. 3 Abs. 4 Satz 3 zu § 6 VerpackV auf der Grundlage der vom Systemträger nachgewiesenen Menge an Verpackungen, die in das System eingebracht sind, zu führen. Welche Hersteller und Vertreter von Verkaufsverpackungen hinter den in das System eingebrachten Mengen an Verkaufsverpackungen stehen, ergibt sich aus dem Mengenstromnachweis nicht. Nach der Verpackungsverordnung ist es zulässig, nur einen Teil der Verpackungsmengen bei einem Dualen System zu lizenzieren und im Übrigen als Selbstentsorger zu agieren. Da darüber hinaus in mehreren Bundesländern mehrere Duale Systeme nach § 6 Abs. 3 Satz 11 VerpackV festgestellt sind, haben Her-

steller und Vertreiber von Verkaufsverpackungen auch die Möglichkeit, die von ihnen in Verkehr gebrachten Verkaufsverpackungen bei mehreren Dualen Systemen zu lizenzieren oder mehrere Dritte im Sinn des § 11 VerpackV mit der Erfüllung der Verpflichtungen nach der Verpackungsverordnung zu beauftragen. Deshalb sagt die bei einem Dualen System lizenzierte Menge nichts über die tatsächlich in Verkehr gebrachte Menge an Verkaufsverpackungen aus (dazu LAGA-Bericht, S. 17).

- Selbstentsorger haben ebenso wie Duale Systeme nach Anhang I. Nr. 2 Abs. 1 VerpackV einen Mengenstromnachweis zu führen und damit die Erfüllung ihrer Verpflichtungen über die Rücknahme und Verwertung der Verkaufsverpackungen, insbesondere die Einhaltung der Verwertungsquoten, zu dokumentieren. Auch über diese Dokumentation kann die Gesamtmenge der von einem Hersteller bzw. Vertreiber in Deutschland in Verkehr gebrachten Mengen an Verkaufsverpackungen jedoch nicht ermittelt werden. Dies hat seinen Grund zum einen darin, dass die zuständigen Behörden keinen detaillierten Überblick über die Anzahl der im Markt tatsächlich operierenden Selbstentsorger haben. Angaben dazu sind dem Mengenstromnachweis nicht zu entnehmen. Vor allem sagen die vom Selbstentsorger im Mengenstromnachweis nach Anhang I. Nr. 2 Abs. 1 zu § 6 VerpackV „in Verkehr gebrachten Mengen“ jedoch nichts über die Gesamtmenge der Verkaufsverpackungen aus, die von einem Hersteller bzw. Vertreiber in Deutschland in Verkehr gebracht wird, da (Teil-)Mengen, die von den selben Herstellern oder Vertreibern in ein oder mehrere Duale Systeme eingebracht werden, nicht zu den als Selbstentsorger in Verkehr gebrachten Mengen gezählt und dokumentiert werden (dazu LAGA-Bericht, S. 16 und S. 18). Die in Anhang I. Nr. 2 Abs. 1 zu § 6 VerpackV geregelte Dokumentationspflicht bezieht sich nach dem klaren Wortlaut der Regelung nur auf Hersteller und Vertreiber, die gem. § 6 Abs. 1 und 2 VerpackV zur Rück-

nahme von Verpackungen verpflichtet sind. Soweit sich Hersteller und Vertreiber mit pflichtbefreiender Wirkung an einem System nach § 6 Abs. 3 VerpackV beteiligen, greift die Dokumentationspflicht nach Anhang I. Nr. 2 Abs. 1 zu § 6 VerpackV nicht ein.

Da sich die Dokumentationspflichten der Dualen Systeme einerseits und der Selbstentsorger andererseits nur auf die bei dem Dualen System lizenzierten Verkaufsverpackungen einerseits bzw. auf die im Wege der Selbstentsorgung zurückgenommenen Verkaufsverpackungen andererseits bezieht, ist die Gesamtmenge der von einem Hersteller bzw. Vertreiber in Deutschland in Verkehr gebrachten Verkaufsverpackungen den Behörden nicht bekannt. Deshalb ist es für die zuständigen Behörden nicht nachprüfbar, ob ein Hersteller/Vertreiber seine Pflicht nach der Verpackungsverordnung auch tatsächlich für alle Verpackungen erfüllt, d.h. ob er sich für die Rücknahme und Verwertung der von ihm insgesamt in Verkehr gebrachten Verpackungen ordnungsgemäß entweder (ganz oder teilweise) als Selbstentsorger betätigt oder ob er die Mengen in ein oder mehrere Duale Systeme einbringt (LAGA-Bericht, S. 17). Dies begünstigt das Handeln sogenannter Trittbrettfahrer, sich ganz oder teilweise den Verpflichtungen der Verpackungsverordnung zu entziehen. Den zuständigen Behörden ist ein Abgleich zwischen den tatsächlich von Herstellern und Vertreibern insgesamt im Bundesgebiet in Verkehr gebrachten Verkaufsverpackungen einerseits und den von Selbstentsorgern bzw. Dualen System testierten Mengen andererseits nicht möglich. Hierfür müssten bundesweit Produktions- bzw. Liefermengen und Verträge sämtlicher Hersteller und Vertreiber im Einzelfall überprüft und mit den testierten Mengen abgeglichen werden. Da diese Kontrolle nicht möglich ist, ist eine effektive Überwachung der Erfüllung der den Herstellern und Vertreibern von Verkaufsverpackungen nach § 6 Abs. 1 und 2 VerpackV obliegenden Rücknahme-, Verwertungs- und Dokumentationspflichten nicht möglich.

Im LAGA-Bericht wird der Anteil der Trittbrettfahrer, d.h. der Verkaufsverpackungen, die weder an einem System nach § 6 Abs. 3 VerpackV noch an einer Selbstentsorgerlösung teilnehmen, auf der Grundlage einer Studie der GVM vom Oktober 2005 für das Jahr 2005 auf 24,5 % geschätzt. D.h. ein Viertel aller Verkaufsverpackungen wird weder im Rahmen einer Selbstentsorgerlösung zurückgenommen und verwertet noch in ein Duales System nach § 6 Abs. 3 VerpackV eingebracht.

3. Mengenverrechnung bei Selbstentsorgergemeinschaften

Soweit Hersteller und Vertreiber von Verkaufsverpackungen ihre Verkaufsverpackungen nicht oder nur teilweise in ein Duales System nach § 6 Abs. 3 VerpackV einbringen, müssen sie ihre Rücknahme- und Verwertungspflichten bezogen auf die nicht lizenzierten Mengen der Verkaufsverpackungen als Selbstentsorger erfüllen. Mit der Erfüllung der Rücknahme- und Verwertungspflichten werden in diesem Fall häufig große Selbstentsorgergemeinschaften als Dritte im Sinn des § 11 VerpackV beauftragt, mit dem Ziel der gemeinsamen Erfüllung der Verwertungsvorgaben durch alle Hersteller und Vertreiber von Verkaufsverpackungen, die die Selbstentsorgergemeinschaften beauftragen (vgl. dazu Anhang I. Nr. 2 Abs. 1 Satz 7 VerpackV sowie Flanderka, Verpackungsverordnung, 2. Aufl. 2006, § 11 Erl. II. 3 c, S. 126).

Die Rücknahmeverpflichtung des Vertreibers von Verkaufsverpackungen auf der letzten Handelsstufe (Letztvertreiber) ist in § 6 Abs. 1 Satz 1 VerpackV geregelt. Danach obliegt dem Letztvertreiber die Pflicht, vom Endverbraucher (§ 3 Abs. 11 Satz 1 VerpackV) gebrauchte, restentleerte Verkaufsverpackungen am Ort der tatsächlichen Übergabe oder in dessen unmittelbarer Nähe unentgeltlich zurückzunehmen. Selbstentsorger sind danach verpflichtet, dem (privaten) Endverbraucher am Ort der tatsächlichen Übergabe oder in dessen unmittelbarer Nähe eine Rückga-

bemöglichkeit für gebrauchte Verkaufsverpackungen anzubieten. Die Möglichkeit der haushaltsnahen Erfassung von Verkaufsverpackungen durch Selbstentsorger sieht die Verpackungsverordnung hingegen nicht vor (BVerwG, NVwZ 2006, 688, 689; streitig, anderer Ansicht: Hender, GewArch 2006, 353, 361).

Im LAGA-Bericht vom August 2006 wird dargelegt, dass nach einer Studie für den Bereich der Drogeriemärkte die Rückgabemöglichkeit im Laden für restentleerte Verkaufsverpackungen vom (privaten) Endverbraucher nicht angenommen wird. Nur ca. 2 % der Verpackungen werden nach dieser Studie in Drogeriemärkte zurückgebracht. Um trotz dieses geringen „Rücklaufs“ der an private Endverbraucher im Einzelhandel abgegebenen Verkaufsverpackungen die Verwertungsquoten erfüllen zu können, nutzt ein Großteil der Selbstentsorgergemeinschaft die legale Möglichkeit, den für eine ordnungsgemäße Erfüllung der Verwertungsquoten ungenügenden Rücklauf von Verpackungen im Einzelhandel durch eine Übererfüllung der Rücknahme bei Großanfallstellen, die nach § 3 Abs. 11 Satz 2 VerpackV den privaten Endverbrauchern gleichgestellt sind, zu kompensieren.

Dieses Vorgehen hat seine Grundlage in Nr. 2 Abs. 1 Satz 7 des Anhangs I. zu § 6 VerpackV. Danach genügt es, dass die in einer Selbstentsorgergemeinschaft zusammenwirkenden Selbstentsorger die Verwertungsanforderungen als Gemeinschaft insgesamt erfüllen (dazu BVerwG, NVwZ 2006, 688, 689). Diese Mengenverrechnung muss im Zusammenhang mit der Begriffsdefinition des privaten Endverbrauchers in § 3 Abs. 11 Abs. 2 VerpackV gesehen werden. Nach der Legaldefinition der privaten Endverbraucher in § 3 Abs. 11 Satz 2 VerpackV sind den privaten Haushalten sogenannte „vergleichbare Anfallstellen“ gleichgestellt. Der Begriff der vergleichbaren Anfallstellen wird im Verordnungstext anhand einer Aufzählung von Beispielen erläutert. Als vergleichbare Anfallstellen werden insbesondere Gaststätten, Hotels, Kantinen, Verwaltung, Kasernen, Krankenhäuser, Bildungseinrichtungen, ka-

ritative Einrichtungen und Freiberufler sowie landwirtschaftliche Betriebe und Handwerksbetriebe mit Ausnahme von Druckereien und sonstigen papierverarbeitenden Betrieben angesehen. Bei landwirtschaftlichen Betrieben und Handwerksbetrieben erfolgt zusätzlich die Einschränkung, dass sie nur dann als private Endverbraucher anzusehen sind, wenn sie über haushaltsübliche Sammelgefäße für Papier/Pappe/Kartonagen und Leichtverpackungen mit nicht mehr als max. je Stoffgruppe einem 1.100-l-Umlehrbehälter im haushaltsüblichen Abfuhrhythmus entsorgt werden können (vgl. dazu Flanderka, Verpackungsverordnung, 2. Aufl. 2006, § 3 Erl. II. 8 b, S. 59 f.). Da die den privaten Haushaltungen gleichgestellten „vergleichbaren Anfallstellen“ regelmäßig mit Waren in Verkaufsverpackungen beliefert werden, fallen der „Ort der tatsächlichen Übergabe“ der Verkaufsverpackungen und die „endverbrauchernahe“ Rücknahme der Verkaufsverpackungen zusammen. Die den privaten Haushaltungen gleichgestellten „vergleichbaren Anfallstellen“ können deshalb sowohl von Dualen Systemen als auch von Selbstentsorgern bedient werden. Dies eröffnet den Selbstentsorgungsgemeinschaften die Möglichkeit, bei den Großanfallstellen, die nach der Begriffsdefinition des § 3 Abs. 11 Satz 2 VerpackV den privaten Haushaltungen gleichgestellt sind, Verkaufsverpackungen in (Über-)Mengen zurückzunehmen, die die fehlenden Rückgabemengen der an die Selbstentsorgungsgemeinschaften angeschlossenen Einzelhandelsbetriebe kompensieren (zu diesem Problem der Mengenverrechnung siehe LAGA-Bericht, S. 15 f.).

Diese Mengenverrechnung führt insbesondere deshalb zu einer Wettbewerbsverzerrung, weil die in den an Selbstentsorgungsgemeinschaften angeschlossenen Einzelhandelsbetrieben in Verkehr gebrachten Verkaufsverpackungen nach der Studie für den Bereich der Drogeriemärkte, auf die der LAGA-Bericht Bezug nimmt, zu über 80 % über die haushaltsnahe Wertstoffsammlung der Dualen Systeme nach § 6 Abs. 3 VerpackV und damit auf Kosten dieser Dualen Systeme bzw. der Her-

steller und Verbraucher, die ihre Verkaufsverpackungen bei diesen Dualen Systemen lizenziert haben, entsorgt werden.

Das Problem der Mengenverrechnung wird durch die Abgrenzung der Verkaufsverpackungen von anderen Verpackungsarten, also von Um- und Transportverpackungen verschärft. Nach dem LAGA-Bericht (S. 17) ist es in der Praxis weder für Sachverständige noch für die Vollzugsbehörden möglich, die an Tausenden von Anfallstellen vollzogene Abgrenzung der Verpackungsarten auf ihre Richtigkeit hin zu überprüfen. Dies gilt umso mehr, als Verkaufsverpackungen und Um- und Transportverpackungen von den Verbrauchern häufig vermischt erfasst werden. Deshalb kann ein Missbrauch in Form einer „Umwidmung“ von Transport- und Umverpackungen durch Anrechnung auf die Quoten für Verkaufsverpackungen nicht ausgeschlossen werden, geschweige denn - nach dem LAGA-Bericht, S. 17) - effektiv kontrolliert werden. Diese Missbrauchsmöglichkeit ist jedoch vorrangig Selbstentsorgern bzw. Selbstentsorgungsgemeinschaften eröffnet, weil bei den den Selbstentsorgungsgemeinschaften angeschlossenen Großanfallstellen, die nach der Begriffsdefinition des privaten Endverbrauchers in § 3 Abs. 11 Satz 2 VerpackV den privaten Haushaltungen gleichgestellt sind, die größten Mengen an Um- und Transportverpackungen anfallen.

4. Ungleiche Pflichtenbelastung

Nach § 6 Abs. 1 und 2 VerpackV sind alle Hersteller und Vertreiber von Verkaufsverpackungen verpflichtet, diese zurückzunehmen und zu verwerten sowie die Erfüllung der Rücknahme- und Verwertungspflichten zu dokumentieren. Von diesen Pflichten können sich die Hersteller und Vertreiber von Verkaufsverpackungen, die an private Endverbraucher abgegeben werden, nur durch die Beteiligung an einem System nach § 6 Abs. 3 VerpackV befreien. Die Systembeteiligung ist für die Hersteller und Vertreiber mit Lizenzentgelten und damit mit Kosten verbunden.

Normativ sind nach § 6 Abs. 1 und 2 VerpackV somit alle Hersteller und Vertreiber von Verkaufsverpackungen mit den gleichen Pflichten und der daran geknüpften Kostenlast belastet.

Bei der Durchsetzung der Pflichten ergeben sich jedoch aufgrund der oben unter I. 2 und I. 3 aufgezeigten Probleme erhebliche Ungleichheiten, die zu Wettbewerbsverzerrungen führen:

- Trittbrettfahrer, die sich den Rücknahme- und Verwertungsverpflichtungen der Verpackungsverordnung ganz oder teilweise entziehen, bringen Verpackungen in den Verkehr, für die sie keine Kosten für die Rücknahme und Verwertung bezahlen. Sie entziehen sich damit der mit den Rücknahme- und Verwertungsspflichten der Verpackungsverordnung verknüpften Kostenbelastungen. Dies führt zu einer erheblichen Wettbewerbsverzerrung zu Lasten derjenigen Hersteller und Vertreiber von Verkaufsverpackungen, die die Pflichten der Verpackungsverordnung ordnungsgemäß erfüllen. Die Wettbewerbsverzerrung ist dabei nicht nur darin begründet, dass die Trittbrettfahrer die Kosten für die Rücknahme und Verwertung der von ihnen in Verkehr gebrachten Verpackungen ersparen. Da davon auszugehen ist, dass der private Endverbraucher auch die von den Trittbrettfahrern in den Verkehr gebrachten Verkaufsverpackungen über die endverbrauchernahen Rücknahmesysteme entsorgt, wird die Wettbewerbsverzerrung dadurch verstärkt, dass die Folgekosten für die Entsorgung der von den Trittbrettfahrern in den Verkehr gebrachten Verkaufsverpackungen von den Dualen Systemen und damit letztlich von den Herstellern und Vertreibern von Verkaufsverpackungen zu tragen sind, die die von ihnen in den Verkehr gebrachten Verkaufsverpackungen ordnungsgemäß und vollständig bei Dualen Systemen lizenzieren.
- Auch soweit Selbstentsorgungsgemeinschaften von der nach Nr. 2 Abs. 1 Satz 7 des Anhangs I. zu § 6 VerpackV zulässigen Möglichkeit der

Kompensation fehlender Rückgabemengen der in den an die Selbstentsorgungsgemeinschaft angeschlossenen Einzelhandelsgeschäften in Verkehr gebrachten Verkaufsverpackungen durch Übermengen zurücklaufender Verpackungen an Großanfallstellen (Mengenverrechnung) oder sogar von der missbräuchlichen Verrechnung von Mengen von Verkaufsverpackungen mit Mengen an Um- und Transportverpackungen Gebrauch machen, hat dies eine Ungleichbelastung der Hersteller und Vertreiber von Verkaufsverpackungen zur Folge. Die an die Selbstentsorgungsgemeinschaften angeschlossenen Hersteller und Vertreiber von Verkaufsverpackungen ersparen sich über diese Verrechnung die hohen Kosten der endverbrauchernahen Rücknahmesysteme. Dieses Kostenersparnis geht wiederum zu Lasten derjenigen Hersteller und Vertreiber von Verkaufsverpackungen, die ihre Mengen bei Dualen Systemen lizenzieren, da davon auszugehen ist, dass die in den an die Selbstentsorgungsgemeinschaften angeschlossenen Einzelhandelsgeschäften abgegebenen Verkaufsverpackungen über die endverbrauchernahen Rücknahmesysteme der Dualen Systeme nach § 6 Abs. 3 VerpackV entsorgt werden. 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.

5. Fragestellung

Es ist zu prüfen, ob der Ordnungsgeber (verfassungs-)rechtlich verpflichtet ist, die strukturellen Mängel der Verpackungsverordnung, die zu der aufgezeigten ungleichen Pflichtenbelastung der Hersteller und Vertreiber von Verkaufsverpackungen führen, durch eine Novelle der Verpackungsverordnung zu beseitigen.

II. Gleichheit der Lastenzuteilung

1. Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Steuerrecht

Mit der Problematik der durch Art. 3 Abs. 1 GG gebotenen tatsächlichen Belastungsgleichheit durch gleichen Gesetzesvollzug hat sich das Bundesverfassungsgericht in seiner Rechtsprechung zum Steuerrecht auseinandergesetzt. Mit dieser Rechtsprechung hat das Bundesverfassungsgericht den Grundsatz aufgestellt, dass eine dem Gesetzgeber zuzurechnende mangelhafte Durchsetzung materieller Pflichten gegen das verfassungsrechtliche Gebot tatsächlicher Belastungsgleichheit durch gleichen Gesetzesvollzug verstoßen kann mit der Folge, dass die materielle Pflichtennorm selbst wegen Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 1 GG verfassungswidrig wird. Aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sind im vorliegenden Zusammenhang insbesondere das grundlegende Urteil zur Zinsbesteuerung vom 27.06.1991 (2 BvR 1493/89 - BVerfGE 84, 239, 268 ff.) und das vertiefende Urteil zur Versteuerung von Spekulationsgewinnen vom 09.03.2004 (2 BvL 17/02 - BVerfGE 110, 94, 111 ff.) zu nennen:

a) Zinsurteil

Ausgangspunkt der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist der Grundsatz, dass der Gleichheitssatz für das Steuerrecht verlangt, dass die Steuerpflichtigen durch ein Steuergesetz rechtlich und tatsächlich gleich belastet werden (BVerfGE 84, 239, 268; dazu auch BVerfGE 107, 27, 47). Ausgehend von diesem Grundsatz müssen im Steuerrecht von Verfassungs wegen sowohl die steuerbegründenden Vorschriften als auch die Regelungen ihrer Anwendung dem Prinzip einer möglichst gleichmäßigen Belastung der Steuerpflichtigen besonders sorgfältig Rechnung tragen (BVerfGE 84, 239, 269; BVerfGE 35, 324, 335). Die Besteue-

rungsgleichheit hat deshalb zwei Komponenten, nämlich die Gleichheit der normativen Steuerpflicht einerseits und die Gleichheit bei deren Durchsetzung in der Steuererhebung andererseits (BVerfGE 84, 239, 271). Beiden Komponenten hat der Gesetzgeber Rechnung zu tragen. Im Rahmen einer gewaltenteilenden Verfassungsordnung regelt der Gesetzgeber den Maßstab der gleichen Lastenzuteilung und verpflichtet die mit dem Vollzug dieses Gesetzes beauftragte Finanzverwaltung, diese Besteuerungsvorgaben in strikter Legalität umzusetzen und so Belastungsgleichheit zu gewährleisten. Art. 3 Abs. 1 GG verbietet nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts eine Regelung der Steuererhebung, welche die Gleichheit des Belastungserfolgs prinzipiell verfehlt (BVerfGE 84, 239, 271; siehe auch BVerfGE 107, 27, 47: Die Belastungsentscheidung muss folgerichtig im Sinn der Belastungsgleichheit umgesetzt werden).

Die steuerliche Lastengleichheit fordert nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, dass das materielle Steuergesetz die Gewähr für eine regelmäßige Durchsetzbarkeit soweit wie möglich in sich trägt. Der Gesetzgeber hat deshalb die Besteuerungstatbestände und die ihnen entsprechenden Erhebungsregelungen aufeinander abzustimmen. Führen Erhebungsregelungen dazu, dass ein gleichmäßiger Belastungserfolg prinzipiell verfehlt wird, kann die materielle Steuernorm nicht mehr gewährleisten, dass die Steuerpflichtigen nach Maßgabe gleicher Lastenzuteilung belastet werden. Die materielle Steuernorm wäre dann gerade umgekehrt Anknüpfungspunkt für eine gleichheitswidrige Lastenverteilung mit der Folge, dass dies die Verfassungswidrigkeit der gesetzlichen Besteuerungsgrundlage nach sich zieht (BVerfGE 84, 239, 271 f., 272).

Das Bundesverfassungsgericht hat allerdings im Zinsurteil aus dem Jahr 1991 ausdrücklich betont, dass nicht schon eine Belastungs-

ungleichheit, die durch Vollzugsmängel bei der Steuererhebung hervorgerufen wird, wie sie immer wieder vorkommen können und sich auch tatsächlich ereignen, die Verfassungswidrigkeit der materiellen Steuernorm nach sich zieht. Wirkt sich jedoch eine Erhebungsregelung gegenüber einem Steuerungsstatbestand 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.

Vollzugsmängel bei der Steuererhebung wirken auf die Verfassungsmäßigkeit der materiellen Steuernorm mithin nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nur unter zwei Voraussetzungen zurück:

- Die Belastungsungleichheit aufgrund einer materiell dem Gleichheitssatz genügenden Steuernorm muss auf „strukturellen Erhebungsmängeln“ beruhen (diesen Begriff verwendet Osterloh, in: Sachs, Hrsg., GG, 3. Aufl. 2003, Art. 3 Rn. 143).
- Die strukturellen Erhebungsmängel müssen dem Gesetzgeber zuzurechnen sein.

Die Voraussetzungen der Zurechnung legt das Bundesverfassungsgericht im Zinsurteil aus dem Jahr 1991 ebenfalls näher dar. Zuzurechnen ist dem Gesetzgeber eine im Erhebungsverfahren angelegte 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 nach dem Zinsurteil weiter voraus, dass sich dem Gesetzgeber die Er-

kenntnis aufdrängen musste, dass für die in Frage stehende Steuer mit Blick auf die Erhebungsart sowie die nähere Regelung des Erhebungsverfahrens das von Verfassungs wegen vorgegebene Ziel der Gleichheit im Belastungserfolg prinzipiell nicht zu erreichen ist und dass er sich dieser Erkenntnis daher nicht verschließen durfte. Denkbar ist dabei auch, dass sich ein struktureller Erhebungsmangel dem Gesetzgeber erst nachträglich aufdrängt. Ist dies der Fall, so trifft ihn die verfassungsrechtliche Pflicht, diesen Mangel binnen angemessener Frist zu beseitigen (BVerfGE 84, 239, 272).

b) Urteil zur Besteuerung von Spekulationsgewinnen

Im Urteil vom 09.03.2004 (BVerfGE 110, 94 ff.) hat das Bundesverfassungsgericht die Rechtsprechung in seinem Urteil zur Zinsbesteuerung weiter geführt und insbesondere den Prüfungsmaßstab für die Feststellung eines strukturellen Vollzugshindernisses näher konkretisiert.

Ausgangspunkt des Bundesverfassungsgericht ist wiederum das Gebot tatsächlich gleicher Steuerbelastung durch gleichen Gesetzesvollzug. Nach diesem Gebot begründet die in den Verantwortungsbereich des Gesetzgebers fallende strukturell gegenläufige Erhebungsregel im Zusammenwirken mit der zu vollziehenden materiellen Steuernorm deren Verfassungswidrigkeit. Strukturell gegenläufig wirken sich Erhebungsregelungen gegenüber einem Besteuerungstatbestand aus, wenn sie dazu führen, dass der Besteuerungsanspruch weitgehend nicht durchgesetzt werden kann (BVerfGE 110, 94, 113).

In diesem Zusammenhang betont das Bundesverfassungsgericht erneut, dass Vollzugsmängel, wie sie immer vorkommen können und sich tatsächlich ereignen, allein noch nicht zur Verfassungs-

widrigkeit der materiellen Steuernorm führen. Verfassungsrechtlich verboten sei jedoch der Widerspruch zwischen dem normativen Befehl der materiell pflichtbegründenden Steuernorm und der nicht auf die Durchsetzung dieses Befehls angelegten Erhebungsregel. Zur Gleichheitswidrigkeit führe nicht ohne weiteres die empirische Ineffizienz von Rechtsnormen, wohl aber das normative Defizit des widersprüchlich auf Ineffektivität angelegten Rechts (BVerfGE 110, 94, 113).

Ausgehend von diesen Grundsätzen konkretisiert das Bundesverfassungsgericht die Gesichtspunkte, die bei der Feststellung eines strukturellen Vollzugshindernisses zu berücksichtigen sind (BVerfGE 110, 94, 114 ff.).

Für die Prüfung, ob normative Defizite einen gleichmäßigen Belastungserfolg verhindern, ist auf den Regelfall des Besteuerungsverfahrens abzustellen. Die Feststellung eines strukturellen Vollzugsdefizits im verfassungsrechtlichen Sinn hängt danach ganz wesentlich davon ab, wie weit beim Vollzug einer bestimmten materiellen Steuernorm die Erhebungsform oder die Besteuerungspraxis im Rahmen gewöhnlicher Verwaltungsabläufe im Massenverfahren der Finanzämter im großen und ganzen auf Gleichheit im Belastungserfolg angelegt ist und wie weit insbesondere auch unzulängliche Erklärungen der Steuerpflichtigen mit einem angemessenen Entdeckungsrisiko verbunden sind. Dabei sei zu berücksichtigen, ob besondere Verifikationsinstrumente wie etwa die Außenprüfung hinsichtlich der betreffenden Einkünfte regelmäßig zur Anwendung kommen oder eher die seltene Ausnahme darstellen. Lasse sich der Regelfall so beschreiben, dass bestimmte Einkünfte materiellrechtlich zutreffend nur bei einer qualifizierten Erklärungsbereitschaft des Steuerpflichtigen erfasst werden und ein Fehlverhalten bei der Erklärung ohne ein praktisch bedeutsames Entdeckungsrisiko möglich bleibt, dann liefert bereits dies hinreichende Grundla-

gen für die Feststellung einer im Gesetz strukturell angelegten Ungleichmäßigkeit der Rechtsanwendung (BVerfGE 110, 94, 114).

Auch mit den weiteren Ausführungen betont das Bundesverfassungsgericht die Folgen, die sich aus der Ausgestaltung des einkommenssteuerlichen Veranlagungsverfahrens als Massenverfahren ergeben. Mit Blick auf die Verwaltungsabläufe im Massenverfahren müsse das Verfahrensrecht so ausgestaltet sein, dass es die gleichmäßige Umsetzung der durch eine materielle Steuernorm bestimmten Belastung in der regulären Besteuerungspraxis gewährleistet. Ein strukturelles Vollzugsdefizit kann deshalb nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auch dann indiziert sein, wenn nach der Feststellung eines tatsächlichen Erhebungsdefizits an die Ermittlungstätigkeit der Finanzämter überzogene Anforderungen gestellt werden, um den Vollzug der entsprechenden Steuernorm zu erzwingen. Wenn die Finanzverwaltung wegen einer bestimmten materiellen Norm generell verschärft prüfen muss, um überhaupt einen annähernd gleichmäßigen Belastungserfolg erreichen zu können, kann dies ebenfalls ein Indiz für das Bestehen defizitärer Erhebungsstrukturen sein (BVerfGE 110, 94, 116).

In den weiteren Überlegungen zu den Gesichtspunkten, die für strukturelle Vollzugshindernisse sprechen, stellt das Bundesverfassungsgericht außerdem auf einen Vergleich der Besteuerung bestimmter Einkünfte mit anderen Einkünften ab.

Nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur Besteuerung von Spekulationsgewinnen begründen mithin insbesondere zwei Gesichtspunkte Indizien für die Feststellung eines strukturellen Vollzugshindernisses, die die Verfassungswidrigkeit der materiellen Steuernorm zur Folge haben:

- Indiz für strukturelle Verfahrensmängel ist es, wenn das Fehlverhalten eines Pflichtigen im Regelfall des Verwaltungsverfahrens ohne ein bedeutsames Entdeckungsrisiko bleibt.
- Indiz für ein strukturelles Vollzugsdefizit ist es außerdem, wenn nach der Feststellung eines Defizits an die Ermittlungs- und damit Verfolgungstätigkeit der zuständigen Behörden überzogene Anforderungen gestellt werden, um den Vollzug der fraglichen Norm zu erzwingen.

2. Übertragbarkeit der Rechtsprechung

Art. 3 Abs. 1 GG stellt im Steuerrecht keine schärferen Anforderungen als in anderen Rechtsgebieten (Jarass, in: Jarass/Piero, GG, 8. Aufl. 2006, Art. 3 Rn. 44; Heun, in: Dreier (Hrsg.), GG, Band I, 2. Aufl. 2004, Art. 3 Rn. 74). Der vom Bundesverfassungsgericht zum Steuerrecht entwickelte Grundsatz der Gleichheit der Lastenzuteilung beansprucht deshalb nicht nur im Steuerrecht Geltung, sondern in allen Bereichen, in denen einem einzelnen durch Gesetz Belastungen auferlegt werden. Für alle diese Bereiche hat die Gleichheit die Komponenten der Gleichheit der normativen Pflicht ebenso wie die Gleichheit der Durchsetzung der Pflicht. Die durch Art. 3 Abs. 1 GG geforderte Gleichbehandlung wird verfehlt, wenn die Erfüllung der dem einzelnen auferlegten Gemeinschaftspflicht im Ergebnis ausschließlich an die Bereitschaft des Verpflichteten anknüpft, die Pflicht zu erfüllen, ohne dass das Gesetz Regelungen zur tatsächlichen Durchsetzung der Pflicht oder entsprechende Kontrollmöglichkeiten sichert.

Dass der Gleichheitsgrundsatz nicht nur die Gleichheit der normativen Pflicht fordert, sondern auch Instrumente, die eine tatsächliche Belastungsgleichheit gewährleisten, hat das Bundesverfassungsgericht schon in seinem Urteil zur allgemeinen Wehrpflicht und zur Kriegsdienst-

verweigerung aus Gewissensgründen vom 13.04.1987 (BVerfGE 48, 127, 168 f.) zum Ausdruck gebracht. An diese Rechtsprechung knüpft das Bundesverfassungsgericht in der Begründung des Zinsurteils aus dem Jahr 1991 (BVerfGE 84, 239, 273) ausdrücklich an. Schon im Urteil von 1978 hat das Bundesverfassungsgericht entschieden, dass bei einer für die Allgemeinheit bedeutsamen und für den einzelnen belastenden Gemeinschaftspflicht der Gleichheitssatz keine gesetzliche Regelung zulässt, die jemanden von der an sich gesetzlich begründeten Pflicht schon dann freistellt, wenn er erklärt, der Pflicht nicht nachkommen zu wollen. Der Gesetzgeber würde mit einer solchen Regelung Verletzungen einer Gemeinschaftspflicht in gleichheitswidriger Weise hinnehmen. Entsprechendes gilt - so das Bundesverfassungsgericht - wenn die eine Gemeinlast begründende Regelung den sich verschweigenden bzw. verweigernden Pflichtigen in aller Regel belastungsfrei bleiben lässt (BVerfGE 84, 239, 273 unter Verweisung auf BVerfGE 48, 127, 168 f.).

Diese Begründung des Bundesverfassungsgerichts zeigt, dass die im Steuerrecht entwickelte Rechtsprechung zur Gleichheit der Lastenzuteilung in allen Fällen gilt, in denen einem Einzelnen eine für die Allgemeinheit bedeutsame Gemeinschaftspflicht auferlegt ist.

Ausgehend hiervon ist die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Gleichheit der Lastenzuteilung auf die Pflichten nach der Verpackungsverordnung und deren Erfüllung zu übertragen. Die an die Produktverantwortung der Hersteller und Vertrieber von Verkaufsverpackungen anknüpfende Rücknahme- und Verwertungspflicht ist eine für die Allgemeinheit bedeutsame und für den Einzelnen belastende Pflicht. Die Anordnung der Produktverantwortung führt regelmäßig zu einem Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG (Fluck/Fischer, in: Fluck (Hrsg.), Kreislaufwirtschafts-, Abfall- und Bodenschutzrecht, Stand August 2005, § 22 KrW-/AbfG Rn. 200). Für die Anordnung der Pflicht zur Rücknahme von Verpackungsabfällen hat das Bundesverwaltungsgericht ausdrücklich einen Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG bejaht (BVerwGE 90, 359, 392). Es

steht deshalb außer Frage, dass die durch § 6 Abs. 1 und 2 VerpackV angeordneten Rücknahme- und Verwertungspflichten der Hersteller und Vertreiber von Verkaufsverpackungen diese Hersteller und Vertreiber belastende Pflichten sind.

Ebenso steht außer Frage, dass die Regelung zur Ordnung der Abfallentsorgung eine für die Allgemeinheit bedeutsame Gemeinschaftspflicht ist.

Der vom Bundesverfassungsgericht zum Steuerrecht entwickelte Grundsatz der Gleichheit der Lastenzuteilung, der nicht nur auf die normative Pflichtengleichheit, sondern auch auf den Vollzug der Erfüllung der Pflicht abstellt, ist deshalb auf die Pflichten der Hersteller und Vertreiber von Verkaufsverpackungen nach der Verpackungsverordnung zu übertragen.

Die Verfassungswidrigkeit der in § 6 Abs. 1 und 2 VerpackV geregelten Rücknahme- und Verwertungspflichten der Hersteller und Vertreiber von Verkaufsverpackungen wegen eines Verstoßes gegen das verfassungsrechtliche Gebot tatsächlich gleicher Pflichtenbelastung durch gleichen Gesetzesvollzug ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts danach unter folgenden Voraussetzungen anzunehmen:

- Es muss tatsächlich eine Ungleichbehandlung der Verpflichteten bei der Durchsetzung der sich aus § 6 Abs. 1 und 2 VerpackV ergebenden Rücknahme- und Verwertungspflichten vorliegen.
- Diese Ungleichbehandlung darf nicht auf bloße Vollzugsmängel zurückzuführen sein, wie sie immer wieder vorkommen können und sich auch tatsächlich ereignen. Die Ungleichbehandlung muss ihre Ursache vielmehr in einem strukturellen Vollzugsdefizit haben.
- Das strukturelle Vollzugsdefizit muss dem Gesetzgeber zuzurechnen und für diesen erkennbar sein.

3. Ungleichbehandlung

Die Pflicht zur Rücknahme und Verwertung gebrauchter, restentleerter Verkaufsverpackungen und zur Dokumentation der Erfüllung dieser Pflichten trifft nach § 6 Abs. 1 und 2 VerpackV jeden Hersteller und Vertreter von Verkaufsverpackungen im Sinn der Verpackungsverordnung. Die Hersteller und Vertreter von Verkaufsverpackungen, die an private Endverbraucher im Sinn der Verpackungsverordnung abgegeben werden, können sich von den Pflichten nach § 6 Abs. 1 und 2 VerpackV durch eine Beteiligung dieser Verkaufsverpackungen an einem Rücknahme- und Verwertungssystem nach § 6 Abs. 3 VerpackV befreien. Diese Pflichtenregelungen sind unter dem Gesichtspunkt des Art. 3 Abs. 1 GG nicht zu beanstanden. Sie treffen jeden Hersteller und Vertreter von Verkaufsverpackungen gleichermaßen und eröffnen jedem Hersteller und Vertreter von Verkaufsverpackungen an (private) Endverbraucher die gleichen Handlungsmöglichkeiten.

Nach dem LAGA-Bericht vom August 2006 besteht jedoch ein gleichheitswidriges Defizit bei der Durchsetzung der Pflichten nach § 6 VerpackV. Nach einer GVM-Studie vom Oktober 2005, die im LAGA-Bericht (S. 20 f.) zitiert wird, nahm im Jahr 2005 ein Viertel aller Verpackungen, die für den privaten Endverbraucher in Verkehr gebracht wurde, weder an einem Rücknahme- und Verwertungssystem nach § 6 Abs. 3 VerpackV noch an einer Selbstentsorgerlösung teil. Der Anteil der sogenannten „Trittbrettfahrer“ betrug danach rund ein Viertel aller Verpackungen. Damit ist ein gleichheitswidriger Vollzug der Verpackungsverordnung hinsichtlich der Trittbrettfahrer dargelegt.

Dieser gleichheitswidrige Vollzug wirkt sich auf die Wettbewerbssituation der Hersteller und Vertreter von Verkaufsverpackungen untereinander aus. Die Trittbrettfahrer ersparen sich nicht nur die Kosten für die Rücknahme und Verwertung von Verkaufsverpackungen bzw. die Kosten für die Teilnahme an einem System nach § 6 Abs. 3 VerpackV. Das In-

Verkehr-Bringen von Verkaufsverpackungen, für die kein Geld für die Rücknahme und Verwertung bezahlt wird, führt auch zu einer zusätzlichen Kostenbelastung der Dualen Systeme und damit derjenigen Hersteller und Vertreiber, die ihre Pflichten nach der Verpackungsverordnung erfüllen. Dies hat seinen Grund darin, dass davon auszugehen ist, dass der private Endverbraucher die Verpackungen der Trittbrettfahrer auch über die Rücknahme- und Verwertungssysteme der Dualen Systeme entsorgt. Nach der im LAGA-Bericht zitierten Studie für den Bereich der Drogeriemärkte (S. 15 f.) werden ca. 84 % der in den Drogeriemärkten mit Selbstentsorgerlösung an Endverbraucher abgegebenen Verkaufsverpackungen über die haushaltsnahe Wertstoffsammlung entsorgt. Die mit der „Trittbrettfahrerei“ verknüpfte gleichheitswidrige Pflichtenerfüllung führt damit zu einer erheblichen Wettbewerbsverzerrung. Dies verstößt gegen Art. 3 Abs. 1 GG (zum Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG, wenn stärkere Belastungen zu einer empfindlich ungünstigen Wettbewerbslage führen: BVerfGE 21, 12, 27).

Eine gleichheitswidrige Belastungsungleichheit ergibt sich auch aus der im LAGA-Bericht (S. 15 f.) und oben unter I. 3 dargestellten Mengenverrechnung der Selbstentsorgergemeinschaften. Die Selbstentsorgergemeinschaften nutzen die nach Nr. 2 Abs. 1 Satz 7 des Anhangs I. zu § 6 VerpackV eröffnete Möglichkeit, den für eine ordnungsgemäße Erfüllung der Verwertungsquoten ungenügenden Rücklauf von Verpackungen im Einzelhandel durch eine Übererfüllung der Rücknahme bei Großanfallstellen, die den privaten Endverbrauchern gleichgestellt sind, zu kompensieren. Auch diese Ungleichbehandlung führt zu einer erheblichen Wettbewerbsverzerrung. Da die Selbstentsorgergemeinschaften für die an ihnen beteiligten Einzelhandelsbetriebe, die Verkaufsverpackungen an private Endverbraucher abgeben, kein aufwendiges System für das Einsammeln der Verkaufsverpackungen einrichten müssen, sondern die Verwertungsquoten durch die Verrechnung von Mengen, die an einfach zu bedienenden Großanfallstellen anfallen, erfüllen, gelingt es den

Selbstentsorgungsgemeinschaften, die Kosten der Dualen Systeme für die Beteiligung von Verkaufsverpackungen an ihnen deutlich zu unterbieten (vgl. dazu Bericht im Handelsblatt vom 12.10.2006: bis zu 30 %).

Die Mengenverrechnung der Selbstentsorger führt auch deshalb zu einer Ungleichbehandlung der Hersteller und Vertreiber von Verkaufsverpackungen, weil das „Marktpotenzial“ für die Teilnahme von Herstellern und Vertreibern von Verkaufsverpackungen an Endverbraucher an Selbstentsorgungsgemeinschaften nach den eigenen Angaben des Bundesverbandes der Selbstentsorger von Verkaufsverpackungen in einer Pressemitteilung vom 28.09.2006 auf rund 15 % der in den Verkehr gebrachten Verkaufsverpackungen beschränkt ist. Unabhängig davon, ob diese Größenordnung zutrifft, steht jedenfalls fest, dass nicht jedem Hersteller und Vertreiber die Möglichkeit eröffnet ist, sich in legaler Weise an einer Selbstentsorgungsgemeinschaft mit der Möglichkeit der Kostenersparnis zu beteiligen. Die Beschränkung des Marktpotenziales ergibt sich daraus, dass in den privaten Haushaltungen in der Begriffsdefinition des privaten Endverbrauchers in § 3 Abs. 11 Satz 2 VerpackV gleichgestellten Großanfallstellen nur begrenzte Mengen Verkaufsverpackungen anfallen, die für eine Mengenverrechnung zur Verfügung stehen. Hersteller und Vertreiber von Verkaufsverpackungen, die sich wegen des begrenzten Marktpotenzials nicht an einer Selbstentsorgungsgemeinschaft mit Mengenverrechnung beteiligen können, sind durch die von den Selbstentsorgungsgemeinschaften praktizierte Mengenverrechnung wiederum in zweifacher Weise benachteiligt. Zum einen entstehen den Mitgliedern der Selbstentsorgungsgemeinschaft für die Erfüllung der ihnen nach § 6 Abs. 1 und 2 VerpackV obliegenden Pflichten geringere Kosten als demjenigen, der sich von den Pflichten durch eine Beteiligung der Verkaufsverpackungen an einem System nach § 6 Abs. 3 VerpackV befreit. Dieser Kostennachteil, der zu Wettbewerbsverzerrungen führt, wird zum anderen dadurch verschärft, dass die Folgekosten für die Entsorgung der Verpackungen der an einer Selbstentsorger-

gemeinschaft teilnehmenden Einzelhandelsbetriebe, die nicht zum Ort der Übergabe zurückgebracht werden, von den Dualen Systemen und damit im Ergebnis von den Herstellern und Vertreibern von Verkaufsverpackungen zu tragen sind, die sich mit ihren Verkaufsverpackungen an diesen Systeme beteiligen.

4. Strukturelles Vollzugsdefizit

- a) Die dargestellte Ungleichbelastung der Hersteller und Vertreter von Verkaufsverpackungen bei der Erfüllung bzw. Nichterfüllung der Rücknahme- und Verwertungspflichten nach § 6 VerpackV beruht nach dem LAGA-Bericht vom August 2006 nicht auf Vollzugsmängeln bei der Durchsetzung dieser Pflichten, wie sie immer wieder vorkommen können und sich auch tatsächlich ereignen. Der LAGA-Bericht belegt vielmehr, dass die Belastungsungleichheit auf strukturellen Vollzugsdefiziten beruht.

Anhaltspunkte für die Feststellung eines strukturellen Vollzugshindernisses ergeben sich nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts dann, wenn die Nichterfüllung der durch ein Gesetz auferlegten Pflicht im Rahmen gewöhnlicher Verwaltungsabläufe im Massenverfahren mit keinem angemessenen Entdeckungsrisiko verbunden ist. Ein weiterer Anhaltspunkt kann sich daraus ergeben, dass an die Ermittlungstätigkeit der zuständigen Behörden überzogene Anforderungen gestellt werden, um den Vollzug der entsprechenden Pflichten zu erzwingen (vgl. dazu nochmals BVerfGE 110, 94, 114, 115 f.).

- b) Nach dem LAGA-Bericht vom August 2006 beruht die Belastungsungleichheit derjenigen Hersteller und Vertreter von Verkaufsverpackungen, die ihre Pflichten nach § 6 Abs. 1 und 2 VerpackV erfüllen oder sich durch eine Systembeteiligung nach § 6 Abs. 3 Ver-

packV von diesen Verpflichtungen befreien mit den sogenannten Trittbrettfahrern, die Verkaufsverpackungen in den Verkehr bringen, ohne an einer Selbstentsorgerlösung teilzunehmen oder die Verkaufsverpackungen in einem System nach § 6 Abs. 3 VerpackV zu lizenzieren, auf einem strukturellen Vollzugsdefizit. Trittbrettfahrer haben nach dem LAGA-Bericht vom August 2006 regelmäßig nur ein sehr geringes Entdeckungsrisiko zu tragen. Im LAGA-Bericht vom August 2006 (S. 17) ist hierzu ausgeführt:

„Da die Gesamtmenge der von einem Hersteller bzw. Vertreiber in Deutschland in Verkehr gebrachten Mengen an Verkaufsverpackungen den Behörden nicht bekannt ist, ist es für diese nicht nachprüfbar, ob ein Hersteller/Vertreiber seine Pflichten nach der Verpackungsverordnung auch tatsächlich für alle Verpackungen erfüllt, d.h. sich für die Rücknahme und Verwertung der von ihm insgesamt in Verkehr gebrachten Verpackungen ordnungsgemäß entweder (ganz oder jeweils teilweise) als Selbstentsorger betätigt oder die Mengen in ein Duales System einbringt.“

Der LAGA-Bericht vom August 2006 beschreibt damit und mit weiteren Darlegungen ausreichend zuverlässig, dass das Instrumentarium der Verpackungsverordnung, insbesondere die in Anhang I. Nr. 2 Abs. 1 zu § 6 VerpackV für Selbstentsorger und in Anhang I. Nr. 3 Abs. 4 zu § 6 Abs. 1 VerpackV für Systeme nach § 6 Abs. 3 VerpackV geregelten Dokumentationspflichten, den Behörden keine Möglichkeit eröffnen, die tatsächlich von Herstellern und Vertreibern insgesamt im Bundesgebiet in Verkehr gebrachten Verpackungsmengen mit den Mengen abzugleichen, die die Hersteller und Vertreiber bei einem System nach § 6 Abs. 3 VerpackV lizenziert haben oder für die die Hersteller und Vertreiber eine Selbstentsorgerlösung anbieten. Damit steht fest, dass die Erfüllung der Rücknahme- und Verwertungspflichten nach § 6 VerpackV letztlich von der Bereitschaft der Hersteller und Vertreiber der Verkaufsverpackungen abhängt, diese Pflichten zu erfüllen. Ein Fehlverhalten

der Verpflichteten und die Weigerung, die Pflichten zu erfüllen, bleiben dagegen ohne praktisch bedeutsames Entdeckungsrisiko. Dies belegt nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts eine im Gesetz strukturell angelegte Ungleichmäßigkeit der Rechtsanwendung (BVerfGE 110, 94, 114).

Die in § 6 Abs. 3 Satz 2 VerpackV geregelte, an die Hersteller und Vertreiber von Verkaufsverpackungen gerichtete Verpflichtung, der zuständigen Behörde auf Verlangen die Beteiligung an einem System nach § 6 Abs. 3 VerpackV nachzuweisen, bietet insoweit keine hinreichende Abhilfe. Zum einen sind nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts im Zusammenhang mit dem Entdeckungsrisiko von Fehlverhalten besondere behördliche Verifikationsinstrumente nur dann zu berücksichtigen, wenn sie regelmäßig zur Anwendung kommen. Dies ist bei der Nachweispflicht auf Verlangen der Behörde nach § 6 Abs. 3 Satz 2 VerpackV wohl nicht der Fall. Zum anderen eröffnet auch die Pflicht der Hersteller und Vertreiber von Verkaufsverpackungen, der zuständigen Behörde die Beteiligung an einem System nach § 6 Abs. 3 VerpackV auf Verlangen nachzuweisen, den Behörden nicht die Möglichkeit der Überprüfung, ob von der nachgewiesenen Systembeteiligung alle vom Hersteller und Vertreiber in den Verkehr gebrachten Verkaufsverpackungen erfasst sind.

Ein weiteres Indiz für ein strukturelles Vollzugsdefizit kann es nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sein, wenn nach der Feststellung eines tatsächlichen Vollzugsdefizits an die Ermittlungstätigkeit der zuständigen Behörden überzogene Anforderungen gestellt werden, um den Vollzug der entsprechenden Pflicht zu erzwingen (vgl. dazu BVerfGE 110, 94, 115 f.). Auch dieses Indiz ist aufgrund des Berichtes der LAGA vom August 2006 zu bejahen. Nach dem LAGA-Bericht (S. 16) setzt ein Abgleich der von Selbstentsorgern, Selbstentsorgungsgemeinschaften oder Sys-

temen nach § 6 Abs. 3 VerpackV testierten Verpackungsabfallmengen mit den tatsächlich von Herstellern und Vertreibern insgesamt im Bundesgebiet in Verkehr gebrachten Verkaufsverpackungen voraus, dass bundesweit Produktions- bzw. Liefermengen und Verträge sämtlicher Hersteller und Vertreter im Einzelfall überprüft und mit den testierten Mengen abgeglichen werden. Selbst wenn sich im Einzelfall für die zuständige Behörde Anhaltspunkte für eine „Trittbrettfahrerei“ ergeben, werden danach überzogene Anforderungen an die Ermittlungs- und Vollzugstätigkeit der zuständigen Behörde gestellt, um den Vollzug der Rücknahme- und Verwertungspflichten nach § 6 Abs. 1 und 2 VerpackV durchzusetzen. Auch dieses Indiz belegt, dass die Trittbrettfahrerei und die damit einhergehende Ungleichbelastung der Hersteller und Vertreter von Verkaufsverpackungen auf einem strukturellen Vollzugsdefizit beruhen, nicht jedoch bloß auf Vollzugsmängeln, wie sie immer wieder vorkommen können und sich auch tatsächlich ereignen.

- c) Auch die mit der Mengenverrechnung der Selbstentsorgungsgemeinschaften verbundene Ungleichheit im Belastungserfolg der Hersteller und Vertreter von Verkaufsverpackungen beim Vollzug der Pflichten nach § 6 VerpackV beruht auf einem strukturellen Vollzugsdefizit. Das strukturelle Vollzugsdefizit ergibt sich in diesem Fall daraus, dass die Verpackungsverordnung die Mengenverrechnung in den Vollzugsbestimmungen des Anhangs I. zu § 6 VerpackV, nämlich im Anhang I. Nr. 2 Abs. 1 Satz 7 des Anhangs zu § 6 VerpackV ausdrücklich zulässt. Die Vollzugsregelung im Anhang I. Nr. 2 Abs. 1 Satz 7 zu § 6 VerpackV, nach der es genügt, dass die zusammenwirkenden Selbstentsorger die Verwertungsanforderungen als Gemeinschaft insgesamt erfüllen, wirkt sich wegen des von den Selbstentsorgern selbst dargestellten faktisch beschränkten Marktpotenzials strukturell gegenläufig zu der gleichmäßigen Pflichtenbelastung der Hersteller und Vertreter von Ver-

kaufsverpackungen durch § 6 Abs. 1 und 2 sowie § 6 Abs. 3 VerpackV aus.

5. Zurechenbarkeit

- a) Das strukturelle Vollzugsdefizit und die dadurch bewirkte Gleichheitswidrigkeit führt nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nur dann zur Verfassungswidrigkeit auch der materiellen Norm, im vorliegenden Fall also der Pflichtenregelungen in § 6 VerpackV, wenn das strukturelle Vollzugsdefizit dem Gesetzgeber zuzurechnen ist. Dies ist hinsichtlich der Trittbrettfahrerei zweifelsfrei der Fall. Die Trittbrettfahrerei hat nach den Feststellungen im LAGA-Bericht vom August 2006 ihre Ursache zum einen darin, dass der Gesetzgeber den Herstellern und Vertreibern von Verkaufsverpackungen, die bei privaten Endverbrauchern anfallen, ein Wahlrecht zwischen der Erfüllung der Rücknahme- und Verwertungspflichten im Wege einer Selbstentsorgerlösung einerseits oder der Pflichtenbefreiung durch die Beteiligung der Verkaufsverpackungen an einem System nach § 6 Abs. 3 VerpackV andererseits eröffnet. Die Eröffnung dieses Wahlrechts ist nach der Verpackungsverordnung verknüpft mit unzureichenden Dokumentationspflichten, nach denen jeweils nur die Teilmengen zu dokumentieren sind, für die entweder eine Selbstentsorgerlösung gewählt wird oder eine Systembeteiligung nach § 6 Abs. 3 VerpackV. Angaben zu der Gesamtmenge der in Verkehr gebrachten Verkaufsverpackungen müssen die Hersteller und Vertreiber dagegen nicht machen. Dies schließt einen effektiven Mengenabgleich und damit einen wirksamen, die Trittbrettfahrerei ausschließenden Vollzug der Erfüllung der sich aus § 6 VerpackV ergebenden Pflichten der Hersteller und Vertreiber von Verkaufsverpackungen aus.

- b) Auch die sich aus der Mengenverrechnung ergebenden Belastungsungleichheiten der Hersteller und Vertreiber von Verkaufsverpackungen sind dem Gesetzgeber zuzurechnen. Sie beruhen darauf, dass es nach Nr. 2 Abs. 1 Satz 7 des Anhangs I. zu § 6 VerpackV genügt, dass die zusammenwirkenden Selbstentsorger die Verwertungsanforderungen als Gemeinschaft insgesamt erfüllen. Mit dieser Regelung wurde die Mengenverrechnung durch den Ordnungsgeber ausdrücklich anerkannt. Deshalb sind die damit verbundenen Belastungsungleichheiten der Hersteller und Vertreiber von Verkaufsverpackungen dem Ordnungsgeber zweifelsfrei zuzurechnen.
- c) Die Zurechenbarkeit des strukturellen Vollzugsdefizites setzt weiter voraus, dass sich dem Gesetzgeber die Erkenntnis aufdrängen musste, dass für die in Frage stehende Pflicht mit Blick auf die Vollzugsbestimmungen das von Verfassungs wegen vorgegebene Ziel der Gleichheit im Belastungserfolg prinzipiell nicht zu erreichen ist und er sich dieser Erkenntnis daher nicht verschließen durfte (BVerfGE 84, 239, 272).

Auch diese Voraussetzung ist spätestens mit der Vorlage des LA-GA-Berichts (Stand 28.08.2006) erreicht. In diesem Bericht sind nicht nur die tatsächlichen Ungleichheiten im Belastungserfolg dargestellt, sondern auch die strukturellen Vollzugsprobleme sowie deren Ursachen. Die in der Verpackungsverordnung angelegten strukturellen Vollzugsprobleme haben sich dadurch verschärft, dass entsprechend der wettbewerblichen Zielsetzung der Verpackungsverordnung inzwischen in zahlreichen Bundesländern mehrere Systeme nach § 6 Abs. 3 VerpackV gem. § 6 Abs. 3 Satz 11 VerpackV festgestellt sind. Verstärkt werden die Vollzugsprobleme außerdem dadurch, dass es kein förmliches Zulassungsverfahren oder eine Anzeige- oder Registrierungspflicht für Selbstentsorger

gibt und für die Behörden deshalb nicht abschließend feststellbar ist, welche Selbstentsorgerlösungen angeboten werden.

Da die Vollzugsdefizite und die sich daraus ergebende Belastungsungleichheit im Bericht der LAGA vom 28.08.2006 ausführlich dargestellt sind, muss sich dem Verordnungsgeber spätestens nunmehr die Erkenntnis aufdrängen, dass für die in Frage stehende Rücknahme- und Verwertungspflichten der Hersteller und Vertreiber von Verkaufsverpackungen mit Blick auf die Vollzugsregelungen das von Verfassungs wegen vorgegebene Ziel der Gleichheit im Belastungserfolg prinzipiell nicht zu erreichen ist. Drängt sich ein solcher struktureller Vollzugsmangel dem Gesetzgeber erst nachträglich auf, so trifft ihn nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die verfassungsrechtliche Pflicht, diesen Mangel binnen angemessener Frist zu beseitigen. Dies ist im vorliegenden Zusammenhang der Fall.

III. Ergebnis

1. Trittbrettfahrer, die Verkaufsverpackungen in den Verkehr bringen, ohne mit diesen Verpackungen an einem Rücknahme- und Verwertungssystem nach § 6 Abs. 3 VerpackV oder an einer Selbstentsorgerlösung teilzunehmen, und die Mengenverrechnung im Rahmen von Selbstentsorgergemeinschaften führen zu einer gleichheitswidrigen Belastungsungleichheit der Hersteller und Vertreiber von Verkaufsverpackungen durch die in § 6 VerpackV geregelten Rücknahme-, Verwertungs- und Dokumentationspflichten.
2. Diese Belastungsungleichheit beruht nach dem Bericht der LAGA von Ende August 2006 auf strukturellen Vollzugsdefiziten, weil mit der Trittbrettfahrerei ein geringes Entdeckungsrisiko verbunden ist und bei Feststellung von Vollzugsdefiziten an die Ermittlungstätigkeit der zuständigen

Behörden überzogene Anforderungen gestellt würden, um den Vollzug der Pflichten nach § 6 VerpackV zu erzwingen. Die Mengenverrechnung beruht ebenfalls auf einem strukturellen Vollzugsdefizit, da sie durch den Verordnungsgeber ausdrücklich als zulässig anerkannt wird.

3. Die Belastungsungleichheit und die strukturellen Vollzugsdefizite sind dem Verordnungsgeber der Verpackungsverordnung zuzurechnen. Ihm muss sich die Erkenntnis, dass das von Verfassungs wegen vorgegebene Ziel der Gleichheit im Belastungserfolg hinsichtlich der Erfüllung der Rücknahme- und Verwertungspflichten mit den vorgegebenen Regelungen nicht zu erreichen ist, spätestens seit dem Vorliegen des Berichts der LAGA von Ende August 2006 aufdrängen.
4. Den Verordnungsgeber trifft deshalb eine Pflicht, die aufgezeigten Mängel binnen angemessener Frist zu beseitigen. Werden die Mängel nicht ausgeräumt, verstößt die dem Verordnungsgeber zuzurechende mangelhafte Durchsetzung der Pflichten nach der Verpackungsverordnung gegen das verfassungsrechtliche Gebot tatsächlicher gleicher Belastung durch gleichen Gesetzesvollzug mit der Folge, dass die Pflichtenregelung in § 6 VerpackV selbst verfassungswidrig wird.

Wir hoffen, Ihre Frage ausreichend beantwortet zu haben. Für Rückfragen stehen wir selbstverständlich gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen



Prof. Dr. Dolde



Dr. Andrea Vetter