



Kopp-Assemacher & Nusser

UMWELT PLANUNG PRODUKTE

Rechtsgutachten

zur Regulierung von Produktverboten im Kreislaufwirtschaftsgesetz
(insb. zu § 24 Nr. 4 lit. b der Novelle des KrWG, BR-Drs. 88/20)

im Auftrag von

Gesamtverband Kunststoffverarbeitende Industrie e.V. (GKV)
IK Industrievereinigung Kunststoffverpackungen e.V.
PlasticsEurope Deutschland e.V.
Verband Deutscher Maschinen- und Anlagenbau e.V. (VDMA) Fachver-
band Kunststoff- und Gummimaschinen
Industrieverband Papier- und Folienverpackung e.V. (IPV)

Rechtsanwälte Berlin

Stefan Kopp-Assemacher*
Dr. Jens Nusser, LL.M.*
Dr. Fabian Schwartz
Dr. Tim Hahn
Lisa Marie Müller
Dr. Marthe-Louise Fehse
Dr. Alexander Dohmen, LL.M.
Dirk Buchsteiner
Dr. Friedrich Markmann
Jan-Niklas Schwippert

Rechtsanwälte Düsseldorf

Gregor Franßen, EMLE*
Dr. Henning Blatt*
Michael Halstenberg MinDir a. D.
Natalie Zehner

*Partner im Sinne des
§ 3 Abs. 2 Ziffer 2 PartGG



Kanzlei des Jahres für
Umwelt- und Planungsrecht

Kanzlei

Kopp-Assemacher & Nusser
Partnerschaft von
Rechtsanwälten mbB

Büro Berlin

Friedrichstraße 186
10117 Berlin

Büro Düsseldorf

Bleichstraße 14
40211 Düsseldorf

www.kn-law.de

Sitz Berlin
AG Charlottenburg
PR 1060 B



Zusammenfassung (abstract)

Seite 2

Der Gesetzgeber novelliert derzeit das Kreislaufwirtschaftsgesetz (KrWG). Dabei soll in § 24 Nr. 4 lit. b) des Entwurfs (KrWG-E)¹ eine neue Verordnungsermächtigung eingefügt werden, mit der für die Bundesregierung die Möglichkeit geschaffen wird, weitere sog. "Produktverbote" auf dem Verordnungswege zu erlassen. Konkret geht es um die Ermächtigung für ein Verbot, dass bestimmte Erzeugnisse nicht in Verkehr gebracht werden dürfen, wenn ihre Verwendung in erheblichem Umfang zur "*Vermüllung der Umwelt*" beiträgt und dies nicht oder nur mit unverhältnismäßig hohem Aufwand verhindert werden kann.

Der Gesetzgeber bezieht sich hierbei auf Art. 9 Abs. 1 lit. k) AbfRRL und sieht darin ein Instrument zur Abfallvermeidung. Die Regelung soll zudem die Umsetzung von Art. 5 Einwegkunststoff-Richtlinie ermöglichen, der das Verbot des Inverkehrbringens bestimmter Kunststoffeinwegprodukte vorsieht.

Die geplante Verordnungsermächtigung birgt eine Reihe von rechtlichen Risiken, sowohl im Hinblick auf grundrechtliche Belange als auch mit Blick auf europarechtliche Vorgaben. Produktverbote stellen im Rahmen der abfallrechtlichen Produktverantwortung die "ultima ratio" dar und sind in besonderer Weise rechtfertigungsbedürftig. Es ist aber bereits fraglich, ob die Verordnungsermächtigung selbst dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot nach Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG entspricht. Der Begriff der „*Vermüllung der Umwelt*“ dürfte nicht ausreichend bestimmt sein. Er ist der deutschen Rechtsprache fremd und nicht näher definiert. Als problematisch erweist sich insbesondere auch, dass für die Frage der "*Vermüllung der Umwelt*" das Verhalten des Letztverwenders eines Produkts entscheidend ist, was der Hersteller typischerweise kaum beeinflussen kann. § 24 Nr. 4 lit. b) KrWG-E sollte daher unbedingt konkretisiert werden. Der Gesetzgeber muss konkrete "Leitplanken" festlegen, unter welchen Bedingungen ein Produktverbot als "ultima ratio" verordnungsrechtlich festgelegt werden darf.

¹ Stand: 21.02.2020, BR-Drs. 88/20.



Sollte § 24 Nr. 4 lit. b) KrWG-E verabschiedet und nachfolgend eine (Verbots-)Verordnung erlassen werden, stellen sich an die Rechtmäßigkeit einer solchen Verordnung strenge Kriterien: So dürfen nationale Produktverbote nicht gegen europäisches Recht verstoßen und finden überall dort ihre Grenze, wo das Europarecht bereits abschließend Produktverbote normiert hat. Von überragender Bedeutung ist schließlich für Produktverbote als "ultima ratio" die Frage der Verhältnismäßigkeit – sowohl aus europa- wie auch aus verfassungsrechtlichen Vorgaben. Um hier Rechtsübertretungen zu vermeiden, sollte auch aus diesem Grund der Gesetzgeber konkrete „Leitplanke“ für potentielle Produktverbote festlegen.

Produktverbote, welche sich auf eine abfallrechtliche Ermächtigung berufen, müssen zudem zwingend auch vom Geltungsumfang des Abfallrechts umfasst sein. Ein *legitimer Zweck* der Regelung darf daher nicht in rein wirtschaftlichen oder politischen Motiven liegen. Eine Verbotregelung wäre darüber hinaus nur „geeignet“, wenn eine kohärente und systematische Herangehensweise des Ordnungsgebers anzunehmen ist. Diese Willkürkontrolle wirft mit Blick auf das Ziel, die "Vermüllung der Umwelt" zu verhindern, die Frage auf, wieso beispielsweise gerade ein spezifisches Produkt verboten wird. Zudem ist konkret nachzuweisen, dass kein „milderes Mittel“ gegeben ist, um eine „Vermüllung der Umwelt“ zu verhindern.

Es wäre ratsam, wenn der Gesetzgeber § 24 Nr. 4 lit. b) KrWG-E so ausgestalten würde, dass damit allein zwingende europarechtliche Vorgaben für konkrete Produktverbote in deutsches Recht umgesetzt werden könnten. Dadurch würde zugleich der Sorge begegnet werden können, dass das Merkmal der Verhinderung der "Vermüllung der Umwelt" für lediglich öffentlichkeitswirksame, rechtlich aber angreifbare Produktverbote zweckentfremdet werden könnte.



Inhaltsverzeichnis:

Seite 4

I. AUSGANGSLAGE	5
II. AUFGABENSTELLUNG	7
III. HINTERGRUND UND RECHTLICHER RAHMEN FÜR ABFALLRECHTLICHE PRODUKTVERBOTE	8
III.1 PRODUKTVERANTWORTUNG	8
III.1.1 ZUR REGULUNGSDIEE DER PRODUKTVERANTWORTUNG	8
III.1.2 ABFALLRECHTLICHE PRODUKTVERBOTE ZWINGEND TEIL DER PRODUKTVERANTWORTUNG?	9
III.2 EUROPARECHTLICHER HINTERGRUND ZU PRODUKTVERANTWORTUNG UND PRODUKTVERBOTEN	12
III.3 PRODUKTVERANTWORTUNG UND PRODUKTVERBOTE ALS ABFALLRECHTLICHE REGULUNGEN IM SYSTEM DES KRWG	14
III.3.1 DIE BESTEHENDE RECHTSLAGE IN §§ 23 FF. KRWG	14
III.3.2 DIE GEPLANTE NEUREGELUNG IM KRWG	15
IV. ZU DEN GRENZEN „NATIONALER ALLEINGÄNGE“ BEI PRODUKTVERBOTEN	15
IV.1 ZUM RECHTLICHEN RAHMEN FÜR DEN GESETZ- UND VERORDNUNGSGEBER	16
IV.2 EUROPARECHTLICHE GRENZEN	16
IV.2.1 ZUM ZUSAMMENSPIEL EUROPÄISCHER UND NATIONALER REGELUNGEN	17
IV.2.2 ZUM VORLIEGEN EINER (ABSCHLIEßENDEN) UNIONSRECHTLICHEN REGELUNG	17
IV.2.3 GRENZEN NATIONALER REGULUNG AUFGRUND DER EUROPÄISCHEN GRUNDFREIHEITEN	20
IV.3 VERFASSUNGSRECHTLICHE GRENZEN	21
IV.3.1 ZUR GESETZGEBUNGSKOMPETENZ	21
IV.3.2 ZUM PARLAMENTSVORHALT	22
IV.3.3 ZU DEN ANFORDERUNGEN DES ART. 80 GG	24
IV.3.4 ZU DEN GRUNDRECHTLICHEN IMPLIKATIONEN	27
V. VERHÄLTNISSMÄßIGKEITSERWÄGUNGEN	27
V.1 LEGITIMER ZWECK	28
V.2 GEEIGNETHEIT	30



V.3 ERFORDERLICHKEIT	31	Seite 5
V.4 ANGEMESSENHEIT	33	
VI. ERGEBNISSE	35	

I. Ausgangslage

Seit Beginn der 2000er-Jahre werden auf internationaler Ebene vermehrt Verbote von Produkten diskutiert, denen eine besondere Rolle im Abfallaufkommen und damit verbundenen umweltrelevanten Folgen zukommen soll. Eine gewisse Symbolhaftigkeit kommt dabei stets der Plastiktüte zu.² Aber auch andere Artikel - insbesondere Einwegplastikprodukte - sind Teil dieser Debatte. Dabei fällt auf, dass es insbesondere Schwellen- und Entwicklungsländer waren, die in der Vergangenheit mit entsprechenden Verbotsnormierungen vorangeschritten sind.³ Dies verwundert zunächst, da das Niveau der Umweltschutzgesetzgebung (und vor allem deren Vollzug) doch zumeist in diesen Ländern als niedriger eingeschätzt wird als beispielsweise in Industrieländern. Bei genauer Betrachtung erklärt sich das Phänomen indes: So hat etwa Bangladesch bereits im Jahr 2002 ein Verbot zur Herstellung und Nutzung von Plastiktüten erlassen. Es folgten u.a. Länder wie Indien, Ruanda und Eritrea.⁴ Diese Länder eint, dass sie über kein umfassendes und geordnetes Abfallwirtschaftssystem verfügen. Eklatante Folgeprobleme zeigten sich, wie die Vermüllung der Küsten und Meere wie auch die Verstopfung der Kanalisation.⁵

Insbesondere der **Meeresschutz** gelang in der Folgezeit in den Fokus der internationalen Umweltdebatte.⁶ Wegen fehlender Abfallwirtschaftssysteme,

² Siehe Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Änderung des Verpackungsgesetzes, BT-Drs. 19/16503; siehe dort speziell die Änderung des § 5 Verpackungsgesetzes mit einem Verbot des Inverkehrbringens bestimmter Plastiktüten.

³ Richtlinie (EU) 2019/904 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juni 2019 über die Verringerung der Auswirkungen bestimmter Kunststoffprodukte auf die Umwelt, ABl. L 155 vom 12.6.2019, S. 1 ff.

⁴ Vgl. *Xanthos/Walker*, "International policies to reduce plastic marine pollution from single-use plastics (plastic bags and microbeads): A review", *Marine Pollution Bulletin* 118 (2017) 17–26.

⁵ Vgl. u.a. *UNEP* (2018). *SINGLE-USE PLASTICS: A Roadmap for Sustainability*, Ziffer 2.1.1, 4.3.2.

⁶ Siehe Generalversammlung der UN, Resolution A/60/L.22 vom 29.11.2005, Art. 65-70.



der weitgehenden sowie regelmäßig unvorbehandelten Deponierung von Abfällen und diversen anderen Aspekten ist die von Menschen verursachte Meeresverschmutzung in den letzten Jahren erheblich gestiegen.⁷

Auch die Europäische Union (EU) will ihren Beitrag zur Verringerung der Meeresverschmutzung leisten. Mit der Richtlinie über die Verringerung der Auswirkungen bestimmter Kunststoffprodukte auf die Umwelt (sog. **Einwegkunststoffprodukte-RL**)⁸ wird insbesondere auf die Reduktion der Meeresvermüllung gezielt.⁹ Und obgleich die strukturellen Voraussetzungen insbesondere der Abfallwirtschaft im Vergleich zu den oben genannten Schwellen- und Entwicklungsländern **weitgehend unterschiedlich** sind, setzt auch Deutschland zunehmend auf Instrumente, wie sie bspw. Länder wie Bangladesch oder Eritrea seit Beginn der 2000er-Jahre implementiert haben. So liegt mit BT-Drs. 19/16503 ein Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Änderung des Verpackungsgesetzes (VerpackG) vor, welcher auf das Verbot bestimmter Kunststofftragetaschen abzielt.

In das Kreislaufwirtschaftsgesetz (KrWG)¹⁰ sollen nun im Rahmen der Novellierung¹¹ weitere Regelungen eingefügt werden. Dabei soll u.a. die Ermächtigung zum Verbot bestimmter Produkte in § 24 Nr. 4 KrWG-E erweitert werden. Zwar gibt es bereits im geltenden KrWG eine Ermächtigungsgrundlage für Rechtsverordnungen mit dem Ziel des Verbots bestimmter Produkte (§ 24 Nr. 2 KrWG). Doch soll die Vorschrift um die Möglichkeit ergänzt werden, Produkte zu verbieten, wenn ihre Verwendung in erheblichem Umfang zur „Vermüllung der Umwelt“ beiträgt und dies nicht oder nur mit unverhältnismäßig hohem Aufwand verhindert werden kann (§ 24 Nr. 4 lit. b KrWG-E).

⁷ Vgl. *Galgani/Hanke/Maes*, Global Distribution, Composition and Abundance of Marine Litter, in: Bergmann/Gutow/Klages, *Marine Anthropogenic Litter* 2015, S. 29 ff.

⁸ Richtlinie (EU) 2019, 904.

⁹ Vgl. ErwGr. 3 bis 8 der RL.

¹⁰ Kreislaufwirtschaftsgesetz (KrWG) vom 24.02.2012, BGBl. I S. 212, zuletzt geändert durch Art. 2 Abs. 9 des Gesetzes vom 20.07.2017, BGBl. I S. 2808.

¹¹ Vgl. Art. 1 d. Gesetzes zur Umsetzung der Abfallrahmenrichtlinie der Europäischen Union; Stand: BR-Drs. 88/20, 21.02.2020; im Folgenden KrWG-E.



II. Aufgabenstellung

Seite 7

Der Gesamtverband Kunststoffverarbeitende Industrie e.V. (GKV), die IK Industrievereinigung Kunststoffverpackungen e.V., PlasticsEurope Deutschland e.V., der Verband Deutscher Maschinen- und Anlagenbau e.V. (VDMA) Fachverband Kunststoff- und Gummimaschinen sowie der Industrieverband Papier- und Folienverpackung e. V. (IPV) – im Folgenden: die Verbände – sind besorgt, dass auf nationaler Ebene durch Gesetz oder Rechtsverordnung einzelne Kunststoffprodukte verboten werden könnten, ohne dass es hierfür eine hinreichende Erforderlichkeit aufgrund europäischer Vorgaben gibt oder dass solche Verbote den Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit nicht genügen.

Am genannten Beispiel des sog. Plastiktütenverbots¹² wird deutlich, dass der deutsche Gesetzgeber bereit ist, bestimmte Produkte jenseits zwingender europäischer Vorgaben zu verbieten, und dies sogar in einem Bereich, in dem – im Sinne des umweltrechtlichen Kooperationsprinzips – eine Vielzahl von durchaus erfolgreichen gemeinsamen Aktivitäten von Staat und Wirtschaft zur Eindämmung des Plastiktütenverbrauchs und stattgefunden haben¹³ und weitere entsprechende Forschung und Entwicklung betrieben wird.

Die Verbände besorgen insofern für ihre Mitgliedsunternehmen eine erhebliche wirtschaftliche Benachteiligung, eine Einschränkung der Berufsausübungs- und Warenverkehrsfreiheit sowie Wettbewerbsbenachteiligungen.

Vor diesem Hintergrund ist zu bewerten, welche verfassungs- und europarechtlichen Grenzen im Rahmen der Schaffung von abfallrechtlichen Produktverboten¹⁴ zu beachten sind.¹⁵ Dabei soll insbesondere geprüft werden, ob die beabsichtigte Verordnungsermächtigung in § 24 Nr. 4 lit. b) KrWG-E

¹² Vgl. BT-Drs. 19/16503.

¹³ Siehe hierzu z.B. Vereinbarung zwischen Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit und Handelsverband Deutschland zur Verringerung des Verbrauchs von Kunststofftragetaschen vom 26.04.2016.

¹⁴ Zu Vereinfachung wird in der Folge die Begrifflichkeit „Produktverbot“ genutzt. Konkret handelt es sich um Marktbeschränkungen i.S. eines Inverkehrbringensverbots (d.h. die Herstellung ist weiter erlaubt).

¹⁵ Eine Prüfung der Rechtmäßigkeit der europäischen Vorgaben (vgl. Einwegkunststoffprodukte-RL) wird an dieser Stelle nicht vorgenommen.



den verfassungsrechtlichen Anforderungen – etwa an das Bestimmtheitsgebot – gerecht wird. Darüber hinaus soll dargelegt werden, welche europa- und verfassungsrechtlichen „Leitplanken“ bei dem Erlass konkreter Verbotserordnungen – etwa auf Grundlage eines § 24 Nr. 4 lit. b) KrWG-E – zu beachten sind.

III. Hintergrund und rechtlicher Rahmen für abfallrechtliche Produktverbote

Die Regelungen zu abfallrechtlichen Produktverboten sind in Teil 3 des KrWG („Produktverantwortung“; §§ 23 ff. KrWG) verankert. §§ 23 ff. KrWG-E erweitert die Regelungen für die "Produktverantwortung" und schafft u.a. mit § 24 Nr. 4 lit. b) KrWG-E neue Grundlagen für abfallrechtliche Produktverbote. Dies ist vor dem Hintergrund der Regelungsidee der "Produktverantwortung" (dazu nachfolgend Ziffer III.1) zu verstehen, die wiederum auf europarechtlichen Grundlagen (dazu nachfolgend Ziffer III.2) fußt. Hieraus ergibt sich der Rechtsrahmen für das System abfallrechtlicher Produktverbote (dazu nachfolgend Ziffer III.3).

III.1 Produktverantwortung

Der Gesetzentwurf kodifiziert ein neues abfallrechtliches Produktverbot als Teil des Systems der Produktverantwortung (dazu nachfolgend Ziffer III.1.1). Bereits diese Einordnung stellt sich indes nicht als unproblematisch dar (dazu nachfolgend III.1.2).

III.1.1 Zur Regelungsidee der Produktverantwortung

Nach dem umweltpolitischen **Verursacherprinzip** soll derjenige die Verantwortung und insbesondere die Kosten für die Vermeidung oder Beseitigung einer Umweltbelastung übernehmen, der sie verursacht.¹⁶ "Verursacher" in diesem Sinne ist jeder, der die Umwelt direkt oder indirekt belastet oder eine Bedingung für die Umweltbelastung setzt.¹⁷ Dieses Prinzip wird abfallbezogen durch das System der Produktverantwortung konkretisiert. Mit der

¹⁶ Vgl. Art. 191 Abs. 2 AEUV.

¹⁷ Vgl. Aktionsprogramm der Europäischen Gemeinschaften für den Umweltschutz vom 22.11.1973, ABl. EU C 112/6.



Zuweisung abfallrechtlicher Produktverantwortung sollen Hersteller und Vertreiber von Produkten veranlasst werden, die Möglichkeiten einer Vermeidung und Verwertung von Abfällen zu nutzen. Insbesondere soll bei der Entwicklung, Herstellung und dem Inverkehrbringen von Erzeugnissen darauf geachtet werden, dass die Erzeugnisse mehrfach verwendbar, technisch langlebig und nach Gebrauch zur ordnungsgemäßen und schadlosen Verwertung und zur umweltverträglichen Beseitigung geeignet sind.¹⁸ Wer die Produktverantwortung trägt, ist der „Erfüllung der Ziele der Kreislaufwirtschaft“ verpflichtet (§ 23 Abs. 1 Satz 1 KrWG). Unter Kreislaufwirtschaft versteht man insofern neben der Verwertung von Abfällen auch deren Vermeidung (§ 3 Abs. 19 KrWG). Auch wenn die „Ziele“ der Kreislaufwirtschaft nicht unmittelbar im KrWG benannt sind, werden darunter u.a. die Grundsätze (§ 6 KrWG), Grundpflichten (§§ 7 bis 9 KrWG) und Anforderungen (§ 10 KrWG) der Kreislaufwirtschaft verstanden.¹⁹ Damit soll die abfallrechtliche Produktverantwortung letztlich auch die **Abfallhierarchie** stärken (§ 6 KrWG), welche als allgemeiner Grundsatz das Kreislaufwirtschaftsrecht prägt. Nach der Abfallhierarchie sind Abfälle vorrangig zu vermeiden (§ 6 Abs. 1 Nr. 1 KrWG).

Abfallrechtliche Produktverbote knüpfen an diesem Vermeidungsgebot an. Vereinfacht ist der Gedanke so zu fassen, dass Produkte, die gar nicht erst in den Markt kommen, auch nicht zu Abfällen werden können. Eine Abfallvermeidung wäre somit erreicht. Dies allerdings nur, wenn das verbotene Produkt nicht durch ein anderes, möglicherweise sogar ressourcen- oder entsorgungsintensiveres Produkt ersetzt würde. Ein partielles Produktverbot muss insofern nicht zwingend zu weniger Abfallaufkommen führen.

III.1.2 Abfallrechtliche Produktverbote zwingend Teil der Produktverantwortung?

Vergegenwärtigt man sich jedoch das Verursacherprinzip als Hintergrund des Systems der Produktverantwortung erscheint eine Kodifizierung von abfallrechtlichen Produktverboten als produktverantwortungsrechtliche Regelung nicht zwingend. Dies ergibt sich aus Folgendem:

¹⁸ Beckmann, in: Landmann/Rohmer UmweltR, 91. EL September 2019, KrWG § 23 Rn. 1.

¹⁹ Mann, in: Jacobj/Mann/Schomerus, KrWG 4. Aufl. 2019, § 23 Rn. 5.



- Die Zuordnung eines „**Verursachers**“ ist nicht ohne Weiteres eindeutig.²⁰ „Verursacher“ im abfallrechtlichen Sinne sind zunächst grundsätzlich die **Erzeuger oder Besitzer von Abfällen**.²¹ Die Hersteller von Erzeugnissen sind nur dann selbst Abfallerzeuger oder Abfallbesitzer, wenn durch deren Tätigkeit Abfälle anfallen (sei es unmittelbar oder im Sinne der Weiterzeugung nach einer Veränderung von Beschaffenheit und Zusammensetzung eines bereits vorhandenen Abfalls) oder sie die tatsächliche Sachherrschaft über Abfälle haben (vgl. § 3 Abs. 8 und 9 KrWG). Diese Voraussetzungen dürften regelmäßig gerade nicht auf die Hersteller von Produkten, sondern auf die späteren Verwender bzw. Konsumenten zutreffen. Es ist daher fraglich, ob und inwiefern dem Hersteller eines Produktes im Rahmen eines *abfallrechtlichen* Regelungsregimes das abfallwirtschaftliche Schicksal eines Stoffes oder Gegenstandes als Verursacher zugerechnet werden kann.²²
- Dies gilt insbesondere bei dem Aspekt der „*Vermüllung der Umwelt*“, welcher im § 24 Nr. 4 lit. b.) KrWG-E eine Rolle spielt. Denn hier ist zu beachten, dass die achtlose oder ordnungswidrige Entsorgung von Abfällen "in der Umwelt" durch das Verhalten des Letztverbrauchers, keinesfalls jedoch durch das Verhalten der Hersteller oder auf dessen Betreiben hin verursacht wird. Nur bei einem sehr weiten Verständnis des Verursacherprinzips kann hier eine Verantwortungszurechnung zum Hersteller vorgenommen werden.²³ Aber das illegale Handeln des Letztverbrauchers ist grundsätzlich als Bruch des zurechenbaren **Verursachungszusammenhangs** zu bewerten, was eine Verantwortlichkeit des Herstellers ausschließen sollte.²⁴
- Es ist zudem auch bereits fraglich, ob und inwiefern Produktverbote ein Instrument der **abfallrechtlichen Produktverantwortung** sein

²⁰ Vgl. Kahl/Gärditz, Umweltrecht 11. Auflage 2019, Kap. 4 Rn. 29.

²¹ Vgl. auch ErwGR 26 der Richtlinie 2008/98/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. November 2008 über Abfälle und zur Aufhebung bestimmter Richtlinien (AbfRRL), ABl. L 312 vom 22.11.2008, S. 3 ff.

²² Vertiefend bspw. Kloepfer, Umweltrecht 4. Auflage 2016, § 4 Rn. 92 ff.

²³ Das Polizei- und Ordnungsrecht kennt die Rechtsfigur des "Zweckveranlassers", der nicht unmittelbar eine Gefahr verursacht, aber der mit seinem an sich völlig rechtskonformen Verhalten Voraussetzungen für eine spätere Gefahrenlage schafft.

²⁴ Vgl. zum Problem des Verursachungszusammenhangs auch: Ramsauer, in: Koch/Hofmann/Reese, Umweltrecht 5. Auflage 2018, § 3 Rn. 39.



können. Denn Produktverbote führen dazu, dass ein Gegenstand gar nicht erst in den Markt kommt. Produktverantwortung setzt jedoch grundsätzlich ein „Produkt“ voraus. Dies verdeutlichen auch die diversen Beispiele für produktverantwortliches Handeln, welche in § 23 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 KrWG wie auch in § 24 KrWG zu finden sind. Letztlich geht es stets darum, Erzeugnisse so zu gestalten, *„dass bei ihrer Herstellung und ihrem Gebrauch das Entstehen von Abfällen vermindert wird und sichergestellt ist, dass die nach ihrem Gebrauch entstandenen Abfälle umweltverträglich verwertet oder beseitigt werden“* (§ 23 Abs. 1 Satz 2 KrWG; Unterstr. durch d. Verf.). Vereinfacht gesagt, zielt Produktverantwortung auf das „Wie“ eines Produkts ab und nicht auf das „Ob“. Regelungen, die auf das Verbot eines Produkts „per se“ abzielen, sind somit dem Regelungssystem der Produktverantwortung im Grundsatz fremd.

- Nach der bisherigen Rechtslage sind daher nur in dem **Sonderfall** Verbote möglich, wenn den Erzeugnissen selbst eine besondere Gefahr innewohnt und dadurch bei ihrer Entsorgung die Freisetzung schädlicher Stoffe nicht oder nur mit unverhältnismäßig hohem Aufwand verhindert werden kann (§ 24 Nr. 2 KrWG). Hier wird somit das „Ob“ eines Produkts in Frage gestellt, da das Produkt selbst in einem besonderen Sinne eine entsorgungsbezogene Gefährlichkeit aufweist. Bei den nun geplanten weiteren Produktverboten liegt die Gefährlichkeit indes nicht in dem Produkt selbst, sondern in seiner unsachgemäßen Verwendung (bspw. illegales Wegwerfen).

Die Hintergründe zur Regelungsidee der Produktverantwortung zeigen auf, dass eine Regulierung von Produktverboten im System der Produktverantwortung Systembrüche aufweist. Dies macht entsprechende Regelungen zwar nicht automatisch rechtswidrig. Allerdings zeigt sich, dass der Gesetzgeber zunehmend die Grenzen zwischen verursachergerechten und eigenverantwortungsfördernden Rechtspflichten²⁵ sowie klassischer ordnungsrechtlicher (Verbots-) Gesetzgebung verwischt.

²⁵ Vgl. dazu *Webersinn*, in Schink/Versteyl, KrWG 2. Aufl., § 23 Rn. 31 ff.



III.2 Europarechtlicher Hintergrund zu Produktverantwortung und Produktverboten

Seite 12

Auch wenn das deutsche Kreislaufwirtschaftsrecht heute maßgeblich vom europäischen Recht geprägt ist, ist doch nicht zu verkennen, dass auch das deutsche Abfallrecht maßgeblich das europäische Abfallrecht beeinflusst hat.²⁶ Dies gilt auch für das Regelungssystem der Produktverantwortung, dem auf europäischer Ebene der Terminus „erweiterte Herstellerverantwortung“ entspricht.²⁷ Die **Abfallrahmenrichtlinie** (AbfRRL)²⁸ statuiert in ihrem Art. 8 ein dem deutschen Vorläufer vergleichbares System der Produkt- bzw. Herstellerverantwortung.²⁹ Mit der Novelle der AbfRRL³⁰ im Jahr 2018 wurden die Mindestanforderungen an das Regime der erweiterten Herstellerverantwortung durch den neuen Art. 8a der AbfRRL konkretisiert. Mit dem KrWG-E sollen diese Regelungen nun in das deutsche Recht umgesetzt werden.

Die Maßnahmen der Abfallvermeidung, denen nach der **Abfallhierarchie** des Art. 4 AbfRRL Priorität zukommt, werden auf europäischer Ebene durch Art. 9 AbfRRL konkretisiert. Auch Art. 9 AbfRRL hat durch die Novelle der AbfRRL eine neue Form gefunden.³¹ Art. 9 Abs. 1 lit. k) AbfRRL sieht nun vor, dass die Maßnahmen der Mitgliedstaaten mindestens darauf abzielen sollen

„die Produkte zu ermitteln, die Hauptquellen der Vermüllung insbesondere der Natur und der Meeresumwelt sind, und zur Vermeidung und Reduzierung des durch diese Produkte verursachten Müllaufkommens geeignete Maßnahmen zu treffen; wenn Mitgliedstaaten beschließen, diese Verpflichtung durch Marktbeschränkungen umzusetzen, müssen sie sicherstellen, dass die Beschränkungen angemessen und diskriminierungsfrei sind.“³²

²⁶ Vgl. dazu Petersen, ZUR 2007, 449.

²⁷ Prella, in: Schmehl/Klement, GK-KrWG 2019, § 23 Rn. 5.

²⁸ RL 2008/98/EG.

²⁹ Vgl. auch ErwGr. 27 der AbfRRL.

³⁰ Vgl. Richtlinie (EU) 2018/851 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Mai 2018 zur Änderung der Richtlinie 2008/98/EG über Abfälle, Abl. L 150, vom 14.6.2018, S. 109 ff.

³¹ Ebenda.

³² Tiefergehend: ErwGr. 33 der Richtlinie (EU) 2018/851.



Die AbfRRL sieht also Marktbeschränkungen als eine Möglichkeit, um "Hauptquellen der Vermüllung" zu eliminieren. Europarechtlich wird dies als besondere Vermeidungsregelung verortet und nicht als Teil der „erweiterten Herstellerverantwortung“.

Darüber hinaus sind auch die Vorgaben des europäischen Verpackungsrechts von Bedeutung. Denn in Bezug auf Verpackungsabfälle kannte bereits die **Verpackungsrichtlinie** von 1996 (VerpackRL)³³ das Gebot, Verpackungsabfälle im Sinne der Richtlinie zu vermeiden (vgl. Art. 1 Abs. 2, Art. 4 VerpackRL). Im Jahr 2015 wurde die VerpackRL geändert³⁴, wobei von den Mitgliedstaaten nun konkrete Maßnahmen zur Verringerung des Verbrauchs von leichten Kunststofftragetaschen gefordert wurden. Im neu eingeführten Art. 4 Abs. 1a VerpackRL werden dafür auch Maßnahmen wie Marktbeschränkungen ermöglicht. Für den Sonderfall der *leichten* Kunststofftragetaschen sieht somit auch das europäische Verpackungsrecht die (grundsätzliche) Möglichkeit von Marktbeschränkungen (also Produktverboten) vor.

Eine weitere und neue Sonderfallregelung kennt das europäische Abfallrecht für den Bereich der Einwegkunststoffprodukte. Die **Einwegkunststoffprodukte-RL** ist als *lex specialis* zur AbfRRL und zur VerpackRL entworfen worden.³⁵ Insbesondere mit dem Ziel, die Meeresvermüllung zu reduzieren, gibt die Einwegkunststoffprodukte-RL für den engen Bereich der Einwegkunststoffartikel³⁶ ein abgestuftes Vorgehen vor. So werden die Mitgliedstaaten beispielsweise verpflichtet, Maßnahmen im Hinblick auf Verbrauchsminderung (Art. 4 i.V.m. Teil A des Anhangs der RL), auf Produkthanforderungen (Art. 6 i.V.m. Teil C des Anhangs der RL), auf Kennzeichnungsvorschriften (Art. 7 i.V.m. Teil D des Anhangs der RL) und zum Ausbau des Systems der Herstellerverantwortung (Art. 8 i.V.m. Teil E des Anhangs der RL) umzusetzen.

Auch Beschränkungen des Inverkehrbringens (also Produktverbote) sind für einige wenige Produkte unmittelbar vorgesehen (Art. 5 i.V.m. Teil B des Anhangs der RL).³⁷ Darüber hinaus können Mitgliedstaaten u.a. auch

³³ Richtlinie 94/62/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Dezember 1994 über Verpackungen und Verpackungsabfälle, ABl. L 365 vom 31.12.1994, S. 10 ff.

³⁴ Richtlinie (EU) 2015/720 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2015 zur Änderung der Richtlinie 94/62/EG betreffend die Verringerung des Verbrauchs von leichten Kunststofftragetaschen, ABl. L 115 vom 6.05.2015, S. 11 ff.

³⁵ Vgl. Art. 2 Abs. 2 und ErwGr. 10 der Richtlinie (EU) 2019/904.

³⁶ Vgl. Art. 2 Abs. 1 und ErwGr. 12 der Richtlinie (EU) 2019/904.

³⁷ Vgl. auch ErwGr. 15 der Richtlinie (EU) 2019/904.



Marktbeschränkungen in Betracht ziehen, um die von der Richtlinie vorgegebenen Verbrauchsminderungsziele zu erreichen (Art. 4 Abs. 1 UAbs. 3 der RL).³⁸

III.3 Produktverantwortung und Produktverbote als abfallrechtliche Regelungen im System des KrWG

Vor dem Hintergrund der europarechtlichen Entwicklung hat sich im deutschen Kreislaufwirtschaftsrecht die bestehende Rechtslage herausgebildet (dazu nachfolgend III.3.1), die nun im Rahmen der anstehenden Novelle des KrWG geändert werden soll (dazu nachfolgend III.3.2).

III.3.1 Die bestehende Rechtslage in §§ 23 ff. KrWG

Die Produktverantwortung wird in §§ 23 ff. KrWG als **latente Grundpflicht** und nicht als vollstreckbare materiell-rechtliche Pflicht geregelt. Die Vorgaben weisen den Herstellern und Vertreibern von Produkten (wörtlich: "Erzeugnissen") verschiedene Verantwortungen zu, wobei allerdings auf einer ersten Stufe ein Verstoß (zunächst) folgenlos bleibt.³⁹ Für eine konkrete Durchführung bedarf es weiterer Umsetzungsakte (Gesetze, Verordnungen). Dies gilt auch für etwaige Produktverbote.

§ 23 Abs. 3 KrWG unterstreicht ausdrücklich die Grenzen der Produktverantwortung, die – wie bei jedem staatlichen Handeln – insbesondere im Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (**Übermaßverbot**) und den europarechtlichen Vorgaben der Warenverkehrsfreiheit (Art. 34, 35 AEUV) zu finden sind.

§ 24 KrWG sieht eine Verordnungsermächtigung für diese produktverantwortungsbezogenen Festlegungen vor. § 24 Nr. 2 KrWG eröffnet in einem **Sonderfall** Spielräume für spezifische Produktverbote. Dies betrifft die Gefahr der Freisetzung schädlicher Stoffe im Rahmen der Entsorgung eines Produkts. Die Ermächtigung wurde aufgrund der Eingriffsintensität selten angewandt.⁴⁰

³⁸ Vgl. auch ErwGr. 14 der Richtlinie (EU) 2019/904.

³⁹ *Tünnesen-Harmes*, in: Jarass/Petersen, 1. Aufl. 2014, KrWG § 23 Rn. 7.

⁴⁰ Zum Beispiel untersagte § 13 Abs. 1 VerpackV bestimmte Schadstoffgehalte bzw. Schwermetallkonzentrationen in Verpackungen.



III.3.2 Die geplante Neuerungen des KrWG

Seite 15

§ 24 Nr. 4 lit. b) KrWG-E führt in Form einer Verordnungsermächtigung nun ein neues Instrument für Produktverbote ein. Durch Rechtsverordnung sollen Verbote für das Inverkehrbringen von Produkten festgelegt werden können, wenn

„ihre Verwendung in erheblichem Umfang zur Vermüllung der Umwelt beiträgt und dies nicht oder nur mit unverhältnismäßig hohem Aufwand verhindert werden kann.“

Die Bundesregierung sieht in dieser Formulierung insbesondere die Möglichkeit, die Vorgaben des Art. 9 Abs. 1 lit k) AbfRRL sowie des Art. 5 der Einwegkunststoffprodukte-RL umzusetzen. Spätere Verordnungen sollen sich entsprechend hierauf stützen lassen.⁴¹

IV. Zu den Grenzen „nationaler Alleingänge“ bei Produktverboten

Der Gesetzgeber ist – wie auch der Ordnungsgeber – an die verfassungsmäßige Ordnung gebunden (vgl. Art. 20 Abs. 3 GG). Darüber hinaus sind stets die Vorgaben der europäischen Verträge zu achten (vgl. Art. 4 Abs. 2 AUEV). Das politische Ziel, auf nationaler Ebene abfallrechtliche Produktverbote zu erlassen, hat sich – insbesondere, wenn keine konkreten europäischen Vorgaben dies fordern – an diesen Maßstäben auszurichten. Dabei bestehen vorliegend zwei Anknüpfungspunkte für eine rechtliche Prüfung:

- Zum einen die Rechtmäßigkeit der *Verordnungsermächtigung* des § 24 Nr. 4 lit. b) KrWG-E „an sich“ und
- zum anderen die Grenzen der Rechtmäßigkeit von konkreten (Verbots-) Verordnungen, welche gegebenenfalls zu einem späteren Zeitpunkt auf Grundlage des § 24 Nr. 4 lit. b) KrWG-E erlassen werden.

Auf die beiden Anknüpfungspunkte wird in der Folge getrennt einzugehen sein. Der Gesetz- und abgestuft der Ordnungsgeber hat sich dabei in jedem Fall in dem nachfolgend skizzierten rechtlichen Rahmen zu bewegen:

⁴¹ BR-Drs. 88/20, S. 67; siehe hierzu nun auch den Entwurf der Bundesregierung für eine Verordnung über das Verbot des Inverkehrbringens von bestimmten Einwegkunststoffprodukten und von Produkten aus oxo-abbaubarem Kunststoff (Bearbeitungsstand: 17.04.2020).



IV.1 Zum rechtlichen Rahmen für den Gesetz- und Verordnungsgeber

Seite 16

Dem Gesetzgeber kommt aufgrund seiner unmittelbaren demokratischen Legitimation ein weitgehendes Recht zu, über das Für und Wider einer gesetzlichen Regelung zu entscheiden. Diese **gesetzgeberische Einschätzungsprärogative** führt dazu, dass es vornehmlich Sache des Gesetzgebers ist zu entscheiden, welche Maßnahmen er – unter Beachtung der Sachgesetzhkeiten des konkreten Sachgebiets – im Interesse des Gemeinwohls ergreifen will.⁴² Dies gilt auch grundsätzlich für die Entscheidung, ein abfallrechtliches Produktverbot oder eine entsprechende Verordnungsermächtigung zu erlassen.

Der Verordnungsgeber ist wiederum durch die Ermächtigung des Gesetzgebers begrenzt. Sein Gestaltungsspielraum ist somit deutlich geringer. Im Rahmen der gesetzlichen Ermächtigung kommt auch ihm jedoch die sog. „**Gestaltungsfreiheit des Verordnungsgebers**“ zu. Diese Freiheit ist zum einen inhaltlich zu verstehen. Zum anderen ist der Ermächtigungsadressat in der Entscheidung frei, ob er eine ihm erteilte Ermächtigung durch Verordnungserlass nutzt oder nicht.⁴³

Trotz der jeweiligen Spielräume des Gesetz- bzw. Verordnungsgebers sind beide nicht vollends frei, sondern haben die Vorgaben aus dem europäischen Verfassungsrecht (EUV/AEUV) zu beachten (dazu nachfolgend Ziffer IV.2) sowie die Vorgaben des Grundgesetzes – insbesondere Art. 20 und 80 GG sowie die Grundrechte (dazu nachfolgend Ziffer IV.3). Diese „**Leitplanken**“ haben Gesetz- wie auch Verordnungsgebung somit **stets** zu berücksichtigen. Die Rechtmäßigkeit der Ausschöpfung der vorhandenen Spielräume können durch das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) bzw. den Europäischen Gerichtshof (EuGH) überprüft werden.

IV.2 Europarechtliche Grenzen

Eine bloße Verordnungsermächtigung wie § 24 Nr. 4 lit. b) KrWG-E ist regelmäßig als solche nur schwerlich in der Lage, eine Unionsrechtswidrigkeit zu

⁴² Vgl. u.a. BVerfG, Urteil vom 28.03.2006 - 1 BvR 1054/01 -, (juris).

⁴³ Vgl. Uhle, in: BeckOK GG, 42. Ed. 1.12.2019, GG Art. 80 Rn. 29a-30.



indizieren. Entscheidend ist somit hier, ob eine spätere auf § 24 Nr. 4 lit. b) KrWG-E gestützte Regelung die europarechtlichen Grenzen einhält.⁴⁴

Seite 17

IV.2.1 Das Zusammenspiel europäischer und nationaler Regelungen

Dem Unionsrecht kommt grundsätzlich Vorrang gegenüber innerstaatlichem Recht zu.⁴⁵ Inwieweit dem nationalen Gesetzgeber Kompetenzen und Handlungsspielräume verbleiben, hängt maßgeblich davon ab, ob eine abschließende unionsrechtliche Regelung gegeben ist.

Denn regelt ein europäischer Rechtsakt einen Fall abschließend (sog. **harmonisierter Bereich**), sind die Gestaltungsspielräume des nationalen Gesetzgebers für „Alleingänge“ stark begrenzt. Grundsätzlich besteht hier eine „Sperrwirkung“ des europäischen Sekundärrechts. Nur im Einzelfall kann hier z.B. bei umweltrechtlichen Bezügen eine Überschreitung des unionsrechtlich vorgesehenen Standards durch nationale Regelung vorgenommen werden (vgl. Art. 114 Abs. 4 bis 6 und Art. 193 AEUV).

Soweit die Union in einem bestimmten Bereich indes nicht oder nicht umfassend tätig geworden ist, besteht für die Mitgliedstaaten die Möglichkeit, eigene nationale Regelungen zu erlassen (sog. **nicht harmonisierter Bereich**). Hier muss der nationale Gesetzgeber aber gleichwohl die primärrechtlichen Anforderungen des EU-Rechts berücksichtigen. Dies betrifft insbesondere die Grundfreiheiten, wobei der Warenverkehrsfreiheit des Art. 34 AEUV hier regelmäßig die maßgebliche Rolle zukommt.⁴⁶

IV.2.2 Zum Vorliegen einer (abschließenden) unionsrechtlichen Regelung

Ob ein bestimmter Sekundärrechtsakt der EU in Bezug auf eine konkret geplante nationale Regelung (hier: eine abfallrechtliche „Produktverbots-Verordnung“ auf Grundlage des § 24 Nr. 4 lit. b) KrWG-E) als abschließend anzusehen ist, ist dem Sekundärrechtsakt nicht stets mit letztendlicher Klarheit (unmittelbar) zu entnehmen. Zumeist ist der Sekundärrechtsakt entsprechend auszulegen. Diesbezüglich gilt folgendes:

⁴⁴ So auch *Brinktrine*, in Schmehl/Klement, GK-KrWG 2019, § 24 Rn. 13.

⁴⁵ Grundlegend: EuGH, Urteil v. 15.7.1964, Rs. 6/64 - *Costa v. E.N.E.L.*

⁴⁶ Vgl. tiefergehend: *Epiney*, Umweltrecht der Europäischen Union, 3. Aufl., S. 174 ff.



- Das europäische Verpackungsrecht regelt für den von der **VerpackRL**⁴⁷ berührten Bereich (vgl. Art. 2 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 VerpackRL) eine insoweit umfassende „*Freiheit des Inverkehrbringens von Verpackungen*“ (vgl. Art. 18 VerpackRL). Dies dürfte von der VerpackRL und anderen europäischen Sekundärrechtsakten abweichenden und weitergehenden nationale Produktverbote stets entgegenstehen (zumindest bei Nicht-Geltendmachung einer Ausnahme, s.u.).
- Auch im Bereich der Einwegkunststoffprodukte im Sinne der **Einwegkunststoffprodukte-RL**⁴⁸ ist von einer abschließenden Regelung auszugehen. Dies bedeutet, dass die von der Richtlinie umfassten Einwegkunststoffprodukte im Sinne des abgestuften Vorgehens der Richtlinie behandelt werden müssen. Im Rahmen des Art. 5 der Richtlinie muss dies Produktverbote zur Folge haben; im Rahmen der Erreichung der Verbrauchsminderungsziele des Art. 4 der Richtlinie können als *ultima ratio* auch Marktbeschränkungsregelungen in Betracht gezogen werden. Diese sind an strenge Maßstäbe gebunden. Denn die Regelung müsste zum einen „**verhältnismäßig**⁴⁹ **und diskriminierungsfrei**“ sein (vgl. Art. 4 Abs. 1 UAbs. 4 Einwegkunststoffprodukte-RL) und zum anderen die grundsätzliche Wertung des Richtliniengebers berücksichtigen, welcher primär nur einige wenige Einwegkunststoffprodukte verbietet (vgl. Art. 5 der Einwegkunststoffprodukte-RL). Für Einwegkunststoffprodukte, die nicht von der Einwegkunststoffprodukte-RL umfasst sind, gilt freilich wiederum anderes.
- Die **europäische AbfRRL** ist hingegen schon aufgrund ihres Charakters einer "Rahmen"-Rechtsetzung nicht auf abschließende Wirkung angelegt. Hier sieht Art. 9 Abs. 1 lit. k) AbfRRL allein die Möglichkeit vor, auch Marktbeschränkungen in Bezug auf die „Vermüllung der Landschaft“ vorzunehmen.⁵⁰

Es zeigt sich, dass das europäische Recht *punktuell* abschließende Regelungen vorsieht. Produktverbote auf Grundlage des § 24 Nr. 4 lit. b) KrWG-E, welche darüber hinausgehen wollen, müssten den Anforderungen der

⁴⁷ Siehe Fn. 35 und 36.

⁴⁸ Vgl. Art. 2 i.V.m. dem Anhang der Richtlinie (EU) 2019/904.

⁴⁹ Siehe dazu Ziffer V.

⁵⁰ Vgl. ErwGr. 33 der Richtlinie (EU) 2018/851.



Ausnahmevorschriften des Art. 114 Abs. 4 bis 6 und Art. 193 AEUV⁵¹ gerecht werden:

Seite 19

- Dies dürfte zum einen nur in der – typischerweise eher – engen Fallgruppe anzunehmen sein, wenn nach Erlass des binnenmarktbezogenen Sekundärrechtsakts (bspw. der VerpackRL) neue wissenschaftliche Erkenntnisse auftreten, welche konkret für Deutschland ein „spezifisches Umweltproblem“ und damit eine erhöhtes nationales Schutzniveau (im Vergleich zum europäischen Durchschnitt) indizieren würden (vgl. **Art. 114 Abs. 5 AEUV**). Zudem müsste das Verbot verhältnismäßig sein, den Binnenmarkt nicht wesentlich beeinträchtigen und keine Diskriminierung darstellen. Da die einzelnen Voraussetzungen restriktiv auszulegen sind⁵², ist fraglich, in welchen Fällen diese Ausnahmevorschriften überhaupt zur Anwendung kommen.⁵³
- Zum anderen sieht **Art. 193 AEUV** weitergehende Ausnahmemöglichkeiten vor. Demnach sind Mitgliedstaatlichen bei umweltrechtlichen Regelungen nicht daran gehindert, weitergehende Schutzmaßnahmen zu ergreifen. Die Maßnahmen müssen „allein“ mit den europäischen Verträgen vereinbar sein. Damit dürften grundsätzlich bspw. auch weitere bzw. im Vergleich zu bisherigem EU-Regelungen weitergehende Produktverbote mit dem Primärrecht (insbesondere den EU-Grundrechten) wie auch dem Sekundärrecht (also insbesondere auch mit der Richtlinie, von der abgewichen werden soll) vereinbar sein.⁵⁴ Da in einem solchen Fall maßgeblich die Vereinbarkeit der weitergehenden Regelung mit den Grundfreiheiten, der Berufs- und Eigentumsfreiheit wie auch dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu prüfen ist, kann auf die diesbezüglichen nachfolgenden Ausführungen verwiesen werden (vgl. Ziffern IV.3.4 und V.)

⁵¹ Ob die Ausnahmevorschrift des Art. 114 Abs. 5 oder des Art. 193 AEUV einschlägig ist, hängt davon ab, auf welchen Kompetenztitel sich der Sekundärrechtsakt bezieht (Binnenmarkt, Art. 114 AEUV oder Umwelt, Art. 192 AEUV). Auch eine doppelte Abstützung ist möglich; tiefergehend: Korte, in: Calliess/Ruffert, 5. Aufl. 2016, AEUV Art. 114 Rn. 144, 145.

⁵² So h.M., vgl. Tietje, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, 68. EL Oktober 2019, AEUV Art. 114 Rn. 160 m.w.N.

⁵³ Vgl. samt z.T. a.A.: Kahl/Gärditz, Umweltrecht 11. Auflage 2019, § 2 Rn. 45 ff.

⁵⁴ Vgl. Epiney, Umweltrecht der Europäischen Union, 3. Aufl., S. 209 ff.



Es zeigt sich, dass das Europarecht in gewissen Fällen abschließende Regelungen vorsieht, ein „nationaler Alleingang“ aber insbesondere im Rahmen des Art. 193 AEUV möglich ist.

IV.2.3 Grenzen nationaler Regelungen aufgrund der europäischen Grundfreiheiten

In den (vielen) Fällen, in denen das europäische Recht keine abschließende Regelung vorsieht, sind für die Zulässigkeit eines „nationalen Alleingangs“ die Grundfreiheiten zu beachten.⁵⁵ Im Falle eines abfallrechtlichen Produktverbots auf Grundlage einer Verordnungsermächtigung im Sinne des § 24 Nr. 4 lit. b) KrWG-E wäre dessen Vereinbarkeit mit der Warenverkehrsfreiheit nach Art. 34 AEUV zu bewerten.

Art. 34 AEUV verbietet Einfuhrbeschränkungen und „**Maßnahmen gleicher Wirkung**“. Nach der sog. „*Dassonville*-Formel“ sind dies alle Maßnahmen, die geeignet sind, den innerstaatlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern.⁵⁶ Insbesondere Regelungen, die die Vermarktung bestimmter Produkte verbieten (also Produktverbote), stellen regelmäßig eine „Maßnahme gleicher Wirkung“ dar.⁵⁷

Ein nationales Produktverbot kann trotz eines Konflikts mit der Warenverkehrsfreiheit zulässig sein, wenn eine Rechtfertigung gegeben ist. Art. 36 AEUV sieht eine Rechtfertigung vor, wenn eine Regelung dem „*Schutze der Gesundheit und des Lebens von Menschen, Tieren oder Pflanzen*“ dient. Zum Teil können daher umweltschutzrechtlich begründbare Regelungen in diesem Sinne eine Rechtfertigung darstellen. Weitergehend und für viele Bereiche des Umweltrechts einschlägig sind jedoch die Grundsätze nach der Rechtsprechung des EuGH. Nach der sog. „*Cassis de Dijon*“-Rechtsprechung⁵⁸ sind tatbestandliche Verstöße gegen die Warenverkehrsfreiheit hinzunehmen, wenn „*zwingende Erfordernisse des Allgemeinwohls*“ dies rechtfertigen. In der Folge-Rechtsprechung hat der EuGH dies auch auf den Umweltschutz angewandt.⁵⁹ Mit dem Schutz der Umwelt gerechtfertigt wurden

⁵⁵ Die Vereinbarkeit mit den Grundfreiheiten spielt darüber hinaus auch im Rahmen der Ausnahmen nach Art. 114 Abs. 4 bis 6 und Art. 193 AEUV (vgl. Ziffer IV.1.2) eine entscheidende Rolle.

⁵⁶ EuGH, Urteil v. 11.07.1974, Rs. 8/74 - Dassonville.

⁵⁷ *Epiney*, Umweltrecht der Europäischen Union, 3. Aufl., S. 183.

⁵⁸ EuGH, Urteil v. 20.02.1979, Rs. 120/78 – Cassis de Dijon.

⁵⁹ Vgl. u.a. EuGH, Urteil v. 20.09.1988, Rs. 302/86 – Kommission/Dänemark.



beispielsweise Rücknahmesysteme für Pfandflaschen⁶⁰ und Regelungen zu Einwegverpackungen⁶¹. Auch der Schutz der Umwelt durch abfallrechtliche Produktverbote dürfte daher – im Grundsatz – einer Rechtfertigung als „zwingendes Erfordernis des Allgemeinwohls“ durchaus zugänglich sein.

Liegt indes ein zwingendes Erfordernis des Allgemeinwohls vor, muss gleichwohl die jeweilige Maßnahme (hier also das konkrete Produktverbot) dem **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit** genügen. Auch Art. 9 Abs. 1 lit. k) AbfRRL zeichnet diesen Maßstab vor.

IV.3 Verfassungsrechtliche Grenzen

Die Verordnungsermächtigung des § 24 Nr. 4 lit. b) KrWG-E ist schon ohne ein spezifisch darauf gestütztes konkretes Produktverbot bereits „für sich genommen“ an den Anforderungen des Verfassungsrechts zu messen. Dabei sind die Gesetzgebungskompetenz (dazu nachfolgend Ziffer IV.3.1), der Parlamentsvorbehalt (dazu nachfolgend Ziffer IV.3.2) und die Vorgaben des Art. 80 GG (dazu nachfolgend Ziffer IV.3.3) zu beleuchten.

Zudem ist aufzuzeigen, welche „Leitplanken“ eine auf § 24 Nr. 4 lit. b) KrWG-E gestützte Regelung aus verfassungsrechtlicher Sicht beachten müsste. Dabei ist insbesondere auf die Grundrechte abzustellen (dazu nachfolgend Ziffer IV.3.4).

IV.3.1 Zur Gesetzgebungskompetenz

Der Gesetzentwurf der Bundesregierung bezieht sich auf die Gesetzgebungskompetenz aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 24 GG („**Abfallwirtschaft**“).⁶² Durch das BVerfG wurde geklärt, dass unter „Abfallwirtschaft“ auch gesetzliche Regelungen der Abfallvermeidung gefasst werden können.⁶³ Auch Maßnahmen, welche den Anfall von Abfall verhindern sollen, sind somit von diesem Kompetenztitel im Grundsatz umfasst.

⁶⁰ Ebenda.

⁶¹ EuGH, Urteil v. 14.12.2004, Rs. 309/02 - Einwegpfandpflicht II; Rs. 463/01 – Kommission/Deutschland.

⁶² Vgl. BR-Drs. 88/20, S. 28.

⁶³ Vgl. BVerfG, Urteil vom 7. 5. 1998, - 2 BvR 1991–95 u. 2004–95, (juris).



Die Verordnungsermächtigung des § 24 Nr. 4 lit. b) KrWG-E soll ein *Produktverbot* ermöglichen. Im Rahmen eines solchen spezifischen Produktverbots drängt sich die Frage auf, wo kompetenzrechtlich die Grenze zwischen dem Recht der Abfallwirtschaft und dem „**Produktrecht**“ verläuft. Auch für das Produktrecht dürfte dem Bundesgesetzgeber eine Kompetenz zustehen (insbesondere aus dem „Recht der Wirtschaft“ nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG). Kompetenzrechtlich im Sinne der Gesetzgebungszuständigkeit nach Art. 70ff. GG ist damit eine Abgrenzung ohne weitere Bedeutung.⁶⁴ Allerdings wäre nach aktuellem Zuschnitt eine andere Ressortzuständigkeit gegeben und es stellt sich die Frage der Binnenkompetenz innerhalb der Bundesregierung zwischen Umwelt- und Wirtschaftsressort.

Vor diesem Hintergrund darf der Aspekt der Abfallvermeidung nicht zu einer Überdehnung der Zuständigkeit des Abfallrechts in andere Regelungsbereiche führen. Der Kompetenztitel der Abfallwirtschaft kann mit Blick auf die Vermeidung von Abfällen nur einschlägig sein, wenn sich entsprechende Regelungen (bis hin zu einem Produktverbot) aus einem konkreten abfallwirtschaftlichen Belang heraus begründen lassen. Dies schließt also etwa Produktverbote auf der Ebene der simplen Logik "Kein Produkt = kein Abfall" von vornherein aus. Um eine totalitäre und insofern unzulässige Ausweitung des Kompetenztitels nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 24 GG zu vermeiden, bedarf es für abfallrechtliche Maßnahmen mit Wirkung eines Produktverbots zwingend einer abfallrechtlichen Herleitung. An der **Schnittstelle zwischen Abfallwirtschaft- und Produktrecht** kann es somit zwangsläufig zu Grenzfällen der Kompetenz bzw. Ressortzuständigkeit kommen. Da in § 24 Nr. 4 lit. b) KrWG-E die Verhinderung der „*Vermüllung der Umwelt*“ im Vordergrund steht, dürfte allerdings vorliegend ein abfallwirtschaftlicher Schwerpunkt gegeben sein.

IV.3.2 Zum Parlamentsvorhalt

Nach dem sog. Vorbehalt des Gesetzes bedarf die Exekutive zum Tätigwerden grundsätzlich einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage. Diesen Vorbehalt des Gesetzes hat das BVerfG durch seine „Wesentlichkeitsrechtsprechung“⁶⁵ unter bestimmten Voraussetzungen zu einem „Parlamentsvorbehalt“ weiterentwickelt. Daraus ergibt sich, dass der Gesetzgeber „in

⁶⁴ Maunz, in: Maunz/Dürig, 89. EL Oktober 2019, GG Art. 74 Rn. 51.

⁶⁵ Vgl. grundlegend BVerfG, Beschluss v. 08.08.1978 – 2 BvL 8/77 –, (juris).



grundlegenden normativen Bereichen, zumal im Bereich der Grundrechtsausübung alle wesentlichen Entscheidungen selbst treffen muss“.⁶⁶ Dies hat zur Folge, dass der Gesetzgeber insbesondere einschlägige grundrechtsrelevante Entscheidungen nicht an andere Stellen (etwa die Bundesregierung) delegieren darf. Diese „**Delegationssperre**“⁶⁷ steht einer Verordnungsermächtigung entgegen.

Was dabei als „wesentlich“ angesehen werden kann, ist letztlich eine **Frage des Einzelfalls** im Rahmen einer Gesamtbewertung. Für die Wesentlichkeit einer Angelegenheit sprechen dabei unter anderem deren Grundrechtsrelevanz, die Größe des Adressatenkreises oder die Langfristigkeit einer Festlegung.⁶⁸ Vereinfacht gesagt, besteht eine Pflicht des Parlaments, selbst tätig zu werden, je mehr eine Regelung **grundrechtsrelevant und intensiv** in die Rechte der Bürger einzugreifen vermag.

Dabei ist stets auch zu betrachten, dass die Gewaltenteilung einen zu weitgehenden Parlamentsvorbehalt gerade nicht fordert. Auch die Exekutive ist demokratisch legitimiert. Daher wird typischerweise nicht als wesentlich angesehen, wenn es um Regelungen mit naturgemäß hoher Flexibilität oder Anpassungsbedarf geht, etwa bei entwicklungs-offenen Sachverhalten, oder wenn die Notwendigkeit besteht, auf außerrechtlichen, insbesondere technischen Sachverstand zurückzugreifen.⁶⁹

Auch (oder gerade) umweltrechtliche Belange unterfallen nach der Wesentlichkeitsrechtsprechung des BVerfG regelmäßig dem Parlamentsvorbehalt. Dabei stehen zumeist umweltrechtliche Grundsatzentscheidungen im Fokus (z.B. die Einführung der zivilen Kernkraftnutzung oder Fragen der Gentechnik).⁷⁰ Nachgeordnete Einzelfallregelungen kann der Gesetzgeber dann durchaus delegieren. Auch wenn die Bedeutung und Intensität einer Verbotregelung zwangsläufig hoch ist, dürfen insbesondere auch *spezifische* Verbote auf der Grundlage einer Verordnung kodifiziert werden.⁷¹ Eine „pauschale“ Delegationssperre für Verbote gibt es nicht.

⁶⁶ Ebenda (Rn. 77).

⁶⁷ Mann, in: Sachs, 8. Aufl. 2018, GG Art. 80 Rn. 21 f.

⁶⁸ Grzeszick, in: Maunz/Dürig, 89. EL Oktober 2019, GG Art. 20 VI. Rn. 107.

⁶⁹ Ebenda.

⁷⁰ Vgl. tiefergehend: Kloepfer, Umweltrecht 4. Auflage 2016, § 3 Rn. 117 ff.

⁷¹ Vgl. beispielhaft: Verordnung über Verbote und Beschränkungen des Inverkehrbringens und über die Abgabe bestimmter Stoffe, Gemische und Erzeugnisse nach dem Chemikaliengesetz.



Allerdings ist vorliegend zu beachten, dass ein (Produkt-)Verbot den „**schärfsten aller denkbaren Eingriffe des Staates**“⁷² in die Marktwirtschaft darstellt. Die Wesentlichkeitskontrolle ist daher streng vorzunehmen. Dabei kann eine „Verbots-Verordnungsermächtigung“ nur in engen Grenzen in Betracht kommen, in denen der Parlamentsgesetzgeber dem Verordnungsgeber eindeutige **Vorgaben zu Umfang und Grenzen** etwaiger Verbote gibt.

Unter diesen verfassungsrechtlichen Bedingungen stellt sich die Verordnungsermächtigung nach § 24 Nr. 4 lit. b) KrWG-E als nicht unproblematisch dar. Es fehlen konkrete Vorgaben des Gesetzgebers, insbesondere mit Blick auf den neu eingeführten Terminus der "Vermüllung". Letztendlich ist damit die Frage des Parlamentsvorbehalts im engen Zusammenhang mit den Bestimmtheitsgebot zu sehen (dazu im Folgenden, Ziffer IV.3.3).⁷³

IV.3.3 Zu den Anforderungen des Art. 80 GG

Art. 80 GG gibt die Voraussetzungen für den Erlass von Rechtsverordnungen auf Bundesebene vor. Dabei fordert Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG insbesondere, dass „*Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung im Gesetze bestimmt werden*“ müssen. Im Rahmen einer Verordnungsermächtigung ist somit ein spezielles **delegationsrechtliches Bestimmtheitsgebot** zu beachten.

An der gebotenen Bestimmtheit fehlt es, wenn nicht mehr vorausgesehen werden kann, in welchen Fällen und mit welcher Tendenz von der Ermächtigung Gebrauch gemacht werden wird und welchen Inhalt die auf Grund der Ermächtigung erlassenen Verordnungen haben können.⁷⁴

Die Einhaltung des Bestimmtheitsgebots war bereits im Rahmen der Vorgängerregelung des § 23 KrW-/AbfG umstritten.⁷⁵ In Literatur⁷⁶ und Rechtsprechung⁷⁷ wurde in der Folge allerdings weitgehend von einer Verfassungsmäßigkeit der Verordnungsermächtigung ausgegangen. Letztlich wird darauf abgestellt, dass sich die Bestimmung von Inhalt und Ausmaß der Verordnungsermächtigung nicht allein aus der Ermächtigung selbst, sondern z.B.

⁷² So zu § 24 Abs. 2 KrWG: *Mann*, in: Jacoby/Mann/Schomerus, KrWG 4. Aufl., § 24 Rn.11; *Konzak*, in: BeckOK UmweltR, 53. Ed. 1.4.2019, KrWG § 24 Rn. 19.

⁷³ *Kloepfer*, Verfassungsrecht Band 1, 2011, § 10 Rn. 122.

⁷⁴ Vgl. u.a. BVerfG, Beschluss v. 11.01.1966, – 2 BvR 424/63 – (juris).

⁷⁵ *Hoffmann*, DVBl. 1996, 347ff.

⁷⁶ Vgl. *Webersinn*, in Schink/Versteyl, KrWG 2. Aufl., § 24 Rn. 9 ff. m.w.N.

⁷⁷ OVG Berlin-Brandenburg, Urteil v. 20. 10.2005, - 12 B 3.05 – (juris).



aus dem Anwendungsbereich bzw. dem Ziel des Gesetzes (§ 1 KrWG) ergeben kann. Dies sei für die Fälle des § 24 KrWG insoweit gegeben.

Seite 25

In jedem Fall gilt jedoch, dass je tiefer sich der Eingriff einer Regelung darstellt, umso höher in der Folge die Anforderungen an das Bestimmtheitsgebot zu definieren sind.⁷⁸ Da Produktverbote als **schärfste Eingriffe**⁷⁹ in den Markt zu sehen sind (also eine *ultima ratio* darstellen), muss sich §24 Nr. 4 lit. b) KrWG-E einer **strengen** Bestimmtheitskontrolle stellen.

Vor diesem Hintergrund erscheint insbesondere die Verwendung der Formulierung „*Vermüllung der Umwelt*“ zweifelhaft. Diesbezüglich gilt:

- Das Merkmal der „*Vermüllung der Umwelt*“ in § 24 Nr. 4 lit. b) KrWG-E ist **nicht näher definiert**. Die Begrifflichkeit „Vermüllung“ ist der deutschen Rechtssprache fremd. Hintergrund der Formulierung ist Art. 9 Abs. 1 lit. k) AbfRRL, welcher durch die Richtlinie 2018/851 seine heutige Form fand. Soweit ersichtlich, soll der deutsche Begriff der „Vermüllung“ den englischen Begriff des „Littering“ übersetzen. Anders als die deutsche Wortwahl hat das **englische „Littering“** jedoch ein eng begrenztes Verständnis. Unter Littering versteht man die Verschmutzung von Flächen und Räumen durch achtlos wegwerfenen bzw. liegengelassenen (meist auf öffentlichem Grund).⁸⁰ Welches Verständnis, insbesondere in welchem rechtlichen Rahmen der deutschen Formulierung „Vermüllung“ in § 24 Nr. 4 lit. b) KrWG-E zugrunde liegt, ist dem Gesetzesvorschlag nicht eindeutig zu entnehmen.⁸¹
- Darüber hinaus ist anzuführen, dass die „*Vermüllung der Umwelt*“ in § 24 Nr. 4 lit. b) KrWG-E mit der „**Verwendung**“ des Erzeugnisses in Verbindung gebracht wird. Allerdings ist nicht näher definiert,

⁷⁸ Mann, in: Sachs, 8. Aufl. 2018, GG Art. 80 Rn. 29.

⁷⁹ Siehe dazu bereits Fn.75.

⁸⁰ Vgl. auch <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/littering> (zuletzt abgerufen am 15.04.2020).

⁸¹ Ein Verweis auf das Europarecht (insbesondere Richtlinie (EU) 2018/851), welche die „Vermüllung der Umwelt“ näher umreißt, hilft hier im Übrigen nicht. Denn auch bei der Umsetzung von Unionsrechtsakten ist der deutsche Gesetzgeber an die Vorgaben des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG uneingeschränkt gebunden; der europarechtliche Bezug ändert nichts an den nationalen verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsanforderungen; vgl. auch Mann, in: Sachs, 8. Aufl. 2018, GG Art. 80 Rn. 30.



welche „Verwendung“ hier konkret gemeint ist. Es fehlt insofern schon an einer klaren Abgrenzung zwischen einer (un-)rechtmäßigen Verwendung und einer (un-)rechtmäßigen Entsorgung. So kann beispielsweise die rechtmäßige Verwendung eines Reifens zu Reifenabbrieb führen, welcher in der Folge als „Vermüllung der Umwelt“ angesehen werden könnte. Es zeigt sich, dass mangels Bestimmtheit hier ein ausuferndes Verständnis des Begriffs der „Vermüllung“ möglich wäre.

- Zudem ist anzuführen, dass die Eigenschaft „**vermüllungsneigend**“ primär nicht am Produkt, sondern am Verhalten des Letztverwenders festzumachen ist. Damit liegt es weder in der Hand des Herstellers bzw. desjenigen, der das Produkt in Verkehr bringt, noch an den Eigenschaften des konkreten Produkts, ob bzw. wann es "vermüllungsneigend" ist. Es dürfte auch für den Hersteller bzw. Inverkehrbringenden regelmäßig nicht möglich sein, eine unrechtmäßige Letztverwendung des Produkts zu kontrollieren oder gar zu verhindern. Im Ergebnis würde im Falle eines Verbots einem Produkt ein „Malus“ zugesprochen, obwohl sowohl seine Herstellung und das Inverkehrbringen als auch das Produkt selbst besten umweltrechtlichen Gesichtspunkten entsprechen können. Dies ist bereits vor dem Hintergrund des Verursacherprinzips problematisch (dazu bereits Ziffer III.1.2). Rechtlich problematisch ist ferner, dass das (unrechtmäßige) Verhalten eines Letztverwenders die Möglichkeiten, aufgrund der Verordnungsermächtigung Produkte zu verbieten, geradezu entgrenzt, und umgekehrt Hersteller und Inverkehrbringende hierauf kaum Einfluss nehmen könnten.

Die Verordnungsermächtigung ist diesbezüglich also unzulänglich bestimmt. Denn das Ausmaß der Delegation ist nicht klar umrissen; den Anforderungen des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG wird dies nicht gerecht. Im Ergebnis führt dies dazu, dass die Verordnungsermächtigung des § 24 Nr. 4 lit. b) KrWG-E **verfassungsrechtlich mindestens bedenklich** ist, wenn nicht sogar verfassungswidrig.



IV.3.4 Zu den grundrechtlichen Implikationen

Seite 27

Sollten auf Grundlage des § 24 Nr. 4 lit. b) KrWG-E (Verbots-) Verordnungen erlassen werden, werden sich diese verfassungsrechtlich maßgeblich an den einschlägigen Grundrechten messen lassen müssen. Dazu ist auszuführen:

- (Produkt-)Verbotsverordnungen auf Grundlage des § 24 Nr. 4 lit. b) KrWG-E tangieren den Schutzbereich von **Art. 12 Abs. 1 GG (Berufsfreiheit)**. Auch wenn sog. Berufsausübungsregelungen gerechtfertigt sein können, müssen insbesondere Verbote einer strengen Prüfung unterworfen werden. In der Abwägungsentscheidung wird insbesondere dem **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit** die entscheidende Rolle zukommen (dazu nachfolgend Ziffer V.).⁸²
- (Produkt-)Verbotsverordnungen im Sinne des § 24 Nr. 4 lit. b) KrWG-E berühren darüber hinaus den Schutzbereich der **Eigentumsfreiheit sowie das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb (Art. 14 Abs. 1 GG)**. Ein etwaiges Produktverbot dürfte allerdings regelmäßig als eigentumsrechtliche Inhalts- und Schrankenbestimmung einzuordnen sein, die einen Eingriff rechtfertigt, sofern dieser **verhältnismäßig** ist. Auch hier ist somit eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vorzunehmen, welche aufgrund der *ultima ratio* eines Verbotes insbesondere im Hinblick auf Erforderlichkeit und Angemessenheit hohe Begründungsanforderungen hat (dazu nachfolgend Ziffer V.).⁸³

V. Verhältnismäßigkeitserwägungen

Es zeigt sich, dass die verschiedenen europa- wie auch verfassungsrechtlichen Vorgaben stets den **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit** als Weichenstellung festlegen,

vgl. u.a. Art. 4 Abs. 1 UAbs. 4 Einwegkunststoffprodukte-RL; Art. 193 AEUV, Art. 36 AEUV; Art. 9 Abs. 1 lit. k) AbfRRL, Art. 12 und 14 GG.⁸⁴

⁸² Vgl. *Brinktrine*, in Schmehl/Klement, GK-KrWG 2019, § 24 Rn. 22 ff.

⁸³ Ebenda, Rn. 25 ff.

⁸⁴ Vgl. dazu die Ziffern IV.2.2, IV.2.3, IV.3.4.



Im Falle des Erlasses einer (Produkt)Verbotsverordnung auf Grundlage von § 24 Nr. 4 lit. b) KrWG-E stellt sich die Frage der Verhältnismäßigkeit als die entscheidende „Leitplanke“ dar, die es zu beachten gilt.

Jede Verbotsregelung ist daher daran zu messen, ob sie einem legitimen Zweck dient (dazu nachfolgend Ziffer V.1) und auch darüber hinaus verhältnismäßig, also geeignet (dazu nachfolgend Ziffer V.2), erforderlich (dazu nachfolgend Ziffer V.3) und angemessen (dazu nachfolgend V.4) ist.

V.1 Legitimer Zweck

Ein legitimer Zweck ist dann anzunehmen, wenn im konkreten Fall eines Verbots auf Grundlage des § 24 Nr. 4 lit. b) KrWG-E ein **vernünftiger Grund der Allgemeinheit** zugunsten dieses Verbots gegeben ist. Ein solcher Grund kann beispielweise aus der Abfallhierarchie, insbesondere der Vermeidung, der kreislaufgerechten Verwertung oder der umweltverträglichen Beseitigung von Abfällen herrühren. Dies ergibt sich bereits aus der Gesamtbetrachtung der §§ 1, 23 und 24 des KrWG. Auch das grundsätzliche Ansinnen, dass Abfälle nicht ordnungswidrig in die freie Landschaft entsorgt werden, dürfte wohl als legitimer Zweck gelten. Umweltschutzbezogene Gründe der Allgemeinheit lassen sich nicht zuletzt auch aus der Staatszielbestimmung Art. 20a GG (Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen) herleiten, zumindest dürfte Art. 20aGG entsprechende staatliche Aktivitäten stärken.⁸⁵

Damit wird indes auch deutlich, dass anderweitige Zwecke nicht durch die Ermächtigung des § 24 Nr. 4 lit. b) KrWG-E gerechtfertigt wären, so etwa zur Förderung wirtschaftspolitisch „bevorzugter“ Produkte. Insgesamt darf die Verordnungsermächtigung nicht dazu missbraucht werden, Eingriffe in die Produktauswahl wie auch Produktgestaltung *„aufgrund persönlicher Vorlieben oder Wertüberzeugungen der Exekutive von der Sinnhaftigkeit oder Wünschbarkeit von Produkten vorzunehmen.“*⁸⁶ Eine Reglementierung von

⁸⁵ Vgl. auch *Webersinn*, in Schink/Versteyl, KrWG 2. Aufl., § 24 Rn. 15.

⁸⁶ *Brinktrine*, in Schmehl/Klement, GK-KrWG 2019, § 24 Rn. 4.



Unternehmen wie auch des Verbraucherverhaltens abseits abfallwirtschaftlicher Belange ist somit auf der Grundlage des KrWG kein legitimer Zweck.⁸⁷

Ähnliches wird auch für **rein politische Zwecke** gelten. Dies wäre zum Beispiel anzunehmen, wenn Produktverbote allein aufgrund ihrer Öffentlichkeitswirksamkeit erwogen würden.

Wenn die Bekämpfung der „Vermüllung der Umwelt“ als Zweck einer Regelung eingestellt wird, sind die folgenden Präzisierungen zu beachten:

- Das „Littering“ ist in den letzten Jahren insbesondere im Rahmen der **„Meeresvermüllung“** (*marine litter*) in die breite Öffentlichkeit gelangt (dazu bereits einführend Ziffer I.). Die Meeresvermüllung wird dabei als globales Problem gesehen, da sich Müll in allen Weltmeeren verteilt und insbesondere Meerestiere erheblich gefährdet. U.a. die Einwegkunststoffprodukte-RL der EU nimmt sich zum Ziel, diese Meeresvermüllung zu unterbinden.⁸⁸
- Daneben führt die **Vermüllung der Umwelt** auch jenseits der Meeresgewässer zu schädlichen Auswirkungen auf die Umwelt vor Ort und auf das Wohlergehen der Bevölkerung.⁸⁹ Durch unsachgemäßes Wegwerfen gelangt Müll in die Natur oder in Grünflächen und führt dort zu Schäden oder Beeinträchtigungen.
- Die Bekämpfung beider Formen der „Vermüllung“ ist wohl unstrittig ein legitimer gesetzgeberischer Zweck. Allerdings läuft beides in der Diskussion häufig parallel, obgleich an dieser Stelle eine **Präzisierung** notwendig wäre. Es ist fraglich, ob Maßnahmen, die in Schwellen- und Entwicklungsländern sinnvoll und gerechtfertigt sind (dazu bereits Ziffer I.), auch für den europäischen Raum bzw. Deutschland geboten wären. Im europäischen Raum bzw. Deutschland sind jedenfalls grundlegend andere Strukturen der Abfallbewirtschaftung zu

⁸⁷ So auch: *Beckmann*, in: Landmann/Rohmer UmweltR, 91. EL September 2019, KrWG § 24 Rn. 3.

⁸⁸ Vgl. RL (EU) 2019/904, ErwGr. 3 ff.

⁸⁹ Vgl. bspw. RL (EU) 2018/851, ErwGr. 33.



berücksichtigen. Auch ist zu beachten, dass die Vermüllung der Meere nicht unbedingt auf die Vermüllung der Umwelt jenseits eines unmittelbaren Eintrags in ein Gewässer zurückzuführen ist. Vielmehr hat die Vermüllung der Meere diverse Hintergründe⁹⁰. Ein Zusammenhang etwa mit dem unsachgemäßen Wegwerfen von Abfällen bspw. in deutschen Parks oder öffentlichen Straßenflächen erscheint nicht erwiesen. Die Vermüllung der Umwelt bzw. Landschaft in Deutschland und die globale Vermüllung der Meere haben als Problem durchaus Schnittstellen (insbesondere in Küstengebieten und in Bezug auf Oberflächengewässer). Vom Gesetzgeber darf aber erwartet werden, dass er beim Erlass von Verbotsnormen streng zwischen verschiedenen umweltrechtlichen Missständen und deren Ursachen differenziert und passgenaue Lösungen entwickelt.

V.2 Geeignetheit

Geeignet im Sinne des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ist eine Maßnahme dann, wenn mit ihrer Hilfe der gewünschte Erfolg gefördert werden *kann*. Es reicht somit bereits die Möglichkeit der Zweckerreichung, die tatsächliche Erreichung ist nicht zu fordern.⁹¹ Weniger geeignete Mittel haben außer Betracht zu bleiben. Bei der Auswahl der Mittel und der Bewertung der Geeignetheit kommt dem Verordnungsgeber ein weiter Prognosespielraum zu.⁹² Auch wegen dieses weiten Prognosespielraums kommt ein Verstoß gegen den Grundsatz der Geeignetheit nur in Ausnahmefällen in Betracht.

Zusätzlich ist jedoch das Folgende zu beachten: Das gesetzgeberische Anliegen muss stets in einer gewissen **kohärenten und systematischen Weise** erreicht werden sollen. Insoweit steckt auch in der Geeignetheitsprüfung stets eine **Willkürkontrolle**.⁹³

Es ist – ganz generell – anzunehmen, dass ein auf § 24 Nr. 4 lit. b) KrWG-E gestütztes Produktverbot in vielen Fällen geeignet sein könnte, der

⁹⁰ Vgl. u.a. Grünbuch der Kommission, KOM (2013) 123 endg., S. 8.

⁹¹ Vgl. u.a. *Konzak*, in: BeckOK UmweltR, 53. Ed. 1.4.2019, KrWG § 24 Rn. 6.1.

⁹² *Hoffmann*, DVBl. 1996, 347; *Webersinn*, in Schink/Versteyl, KrWG 2. Aufl., § 24 Rn. 15.

⁹³ Vgl. u.a. *P. Kirchhof*, in: Maunz/Dürig, 89. EL Oktober 2019, GG Art. 3 Abs. 1 Rn. 258.



„Vermüllung der Umwelt“ entgegenzutreten. Immerhin fördert bereits jede (kleinste) Verringerung des Anfalls von Abfällen in der Landschaft dieses Ziel und eine gewisse Verringerung ist wohl in den meisten Fällen zwingende Folge eines Produktverbots. Fragen sind jedoch in Bezug auf die Kohärenz und das systematische Vorgehen des Verordnungsgebers aufzuwerfen:

- Eine Vielzahl an Produkten lassen sich wohl durchaus als „vermüllungsneigend“ bewerten. Greift der Verordnungsgeber nun einzelne Produkte heraus, um diese zu verbieten, wird er im Rahmen einer Kohärenzprüfung der Frage ausgesetzt sein, wieso gerade **ein spezifisches Produkt** oder eine Produktgruppe herausgegriffen wurde.
- Ein systematisches und kohärentes Vorgehen des Verordnungsgebers erfordert damit eine weitgehende Bewertung, welche die tatsächlichen wie auch ökologischen Hintergründe der Umweltschädlichkeit des spezifischen Produkts aufklären müsste. Ein kohärentes Vorgehen wird nur möglich sein, wenn bspw. Art, Aufkommen und Schädlichkeit der anfallenden Abfälle erhoben werden.⁹⁴ Zudem wäre in einer umfassenden Betrachtung auch zu beleuchten, zu welchen Alternativen der Letztverbraucher greifen würde und welche Auswirkungen diese Alternativen voraussichtlich auf die „Vermüllung der Umwelt“ haben könnten.

Es zeigt sich, dass – auch wenn es keine *formelle* Pflicht zu Sachverhaltsaufklärung des Verordnungsgebers gibt – eine verhältnismäßige, kohärente Entscheidung nur bei der Beachtung aller relevanten Aspekte getroffen werden kann. Sollten Produktverbote auf Grundlage des § 24 Nr. 4 lit. b) KrWG-E erwogen werden, müssten sich diese daher in ein **kohärentes und abgewogenes Politikkonzept** einfügen.

V.3 Erforderlichkeit

Erforderlich ist eine Maßnahme, wenn es kein anderes, zumindest gleich wirksames Mittel gibt, das für die betroffenen Hersteller, Vertreiber oder

⁹⁴ So bspw. ErwGr. 5 der Richtlinie (EU) 2019/904.



Verbraucher weniger belastend ist. Die Eingriffsintensität darf somit **kein Übermaß** aufweisen (so klarstellend auch § 23 Abs. 3 KrWG).

Seite 32

Bereits die Formulierung des § 24 Nr. 4 lit. b) KrWG-E grenzt dessen Anwendbarkeit vor dem Hintergrund des Übermaßverbots auf Fälle ein, in denen die Vermüllung der Umwelt „*nicht oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand verhindert werden kann*“. Da ein Produktverbot als „*schärfster aller (...) Eingriffe (...) in das System des freien Handelns*“⁹⁵ stets nur als **letztes Mittel** (ultima ratio) in Betracht kommt, ist die Suche nach weniger belastenden Mitteln streng vorzunehmen. Diesbezüglich kommen insbesondere Maßnahmen innerhalb des Regulationssystems der Produktverantwortung nach den §§ 23 ff. KrWG in Betracht.⁹⁶ Dabei sind mögliche mildere Mittel beispielhaft wie folgt zu benennen:

- Zunächst sind hier entsprechende **Informationspflichten** zu nennen, durch die der Letztverbraucher hinsichtlich einer unsachgemäßen Entsorgung in der Umwelt und dessen Folgen aufgeklärt wird.⁹⁷ In § 23 Abs. 2 Nr. 7 KrWG-E sowie in § 24 Nr. 7 und 9 KrWG-E sind solche Maßnahmen der Information und Beratung der Öffentlichkeit bzw. der Kennzeichnungspflicht bereits angelegt.
- Darüber hinaus sind **freiwillige Maßnahmen** stets weniger eingriffsintensiv als ordnungsrechtliche Verbote. Hier kommt beispielsweise eine freiwillige Vereinbarung mit den entsprechenden Verbänden in Betracht, Herstellung, Inverkehrbringen und Entsorgung bestimmter Produkte umweltgerechter zu gestalten.⁹⁸ Hier kann maßgeblich – und sicher mehr, als es bisher geschieht – auf das umweltrechtliche Kooperationsprinzip zurückgegriffen werden.
- Darüber hinaus könnte gegebenenfalls auch die ebenfalls im Rahmen der Novelle des KrWG geplante Möglichkeit, eine

⁹⁵ Brinktrine, in Schmehl/Klement, GK-KrWG 2019, § 24 Rn. 35.

⁹⁶ Tünnesen-Harmes, in: Jarass/Petersen, 1. Aufl. 2014, KrWG § 24 Rn. 23.

⁹⁷ Ähnlich mit Produktbezug: Kingreen, in: Calliess/Ruffert, 5. Aufl. 2016, AEUV Art. 36 Rn. 95.

⁹⁸ Ähnlich: Vereinbarung zwischen Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit und Handelsverband Deutschland zur Verringerung des Verbrauchs von Kunststofftragetaschen vom 26.04.2016.



Kostenbeteiligung der Hersteller und Vertreiber an **Reinigungskosten**, die den öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträgern und sonstigen juristischen Personen des öffentlichen Rechts für die Reinigung der Umwelt entstehen, eine mildere Maßnahme darstellen (vgl. § 23 Abs. 2 Nr. 10, § 25 Abs. 1 Nr. 4 KrWG-E). Allerdings wirft dieses Instrument für sich genommen ebenfalls eine Vielzahl verfassungsrechtlicher Fragen auf, die hier nicht Gegenstand der Prüfung sind.

- Auch ist zu klären, weshalb nicht ein regulatorischer Ansatz, der auf den Letztverbraucher zielt, als mildere Maßnahme in Betracht kommt. Dabei ist zu vergegenwärtigen, dass das Wegwerfen oder Liegenlassen von Abfällen in der Landschaft durch den Letztverbraucher wohl regelmäßig ein ordnungswidriges (d.h. zumeist bußgeldbewehrtes) Verhalten darstellt. So würden beispielsweise erhöhte Kontrollen und erhöhte Bußgelder dazu führen, die „Vermüllung“ zu reduzieren. Hinzu tritt, dass in diesen Fällen der Letztverbraucher den eigentlichen Verursachungsbeitrag zur Vermüllung der Umwelt leistet – und dies gar durch einen Regelverstoß. In dieser Konstellation, in der der Staat praktisch im Vollzug an Ort und Stelle versagt, den staatlichen Eingriff auf die Ebene der Hersteller bzw. Inverkehrbringer zu verlagern, ist als rechtlich problematisch zu bewerten. Jedenfalls dürfte nur in absoluten Einzelfällen begründbar sein, dass dieser Eingriff dann das „mildeste Mittel“ darstellt.

Es zeigt sich, dass die Anforderungen der Erforderlichkeit nur in wenigen, gut zu begründenden Einzelfällen ein Produktverbot rechtfertigen werden. Ebenso wie in der bestehenden Fassung des § 24 KrWG⁹⁹ werden (und sollten) Produktverbote – zumindest über die europäischen Vorgaben des Art. 5 Einwegkunststoffprodukte-RL hinausgehend – damit die **absolute Ausnahme** bleiben.

V.4 Angemessenheit

Sollte ein Produktverbot auf Grundlage des § 24 Nr. 4 lit. b) KrWG-E trotz der hohen Anforderungen erforderlich sein, müsste es zudem „angemessen“

⁹⁹ Dazu bspw. *Webersinn*, in Schink/Versteyl, KrWG 2. Aufl., § 24 Rn. 25 ff.



(d.h. verhältnismäßig im engeren Sinne) sein. Die Angemessenheit einer Maßnahme ist zu bejahen, wenn der mit ihr einhergehende Eingriff von seiner Intensität her nicht außer Verhältnis zur Bedeutung der Sache und den vom Betroffenen hinzunehmenden Einbußen steht.

Wie bereits dargelegt, ist die Schwere des Eingriffs als erheblich zu bewerten. Denn jedes spezifische Produktverbot ist in einer Marktwirtschaft als schwerster Eingriff des Staates in das Wirtschaftsleben zu verstehen („ultima ratio“).

Die „Vermüllung der Umwelt“ mag auf der anderen Seite im Grundsatz ein „bedeutendes“ Anliegen sein.¹⁰⁰ Allerdings ist in der Abwägung zu berücksichtigen, dass spezifische Produktverbote stets nur einzelne Produkte oder ggf. Produktgruppen verbieten können. Denn ein umfassendes Verbot aller Produkte, welche zur Vermüllung der Umwelt beitragen können, ist schwer vorstellbar und wohl kaum praktikabel. Damit wird allerdings stets in Bezug auf die Hersteller bzw. Vertreiber des vom spezifischen Verbot umfassten Produkt der schwerste rechtliche Eingriff vollzogen, obwohl das Verbot dem Ziel, die Vermüllung der Umwelt zu reduzieren, nur bruchstückhaft nachkommen wird. Diese **Disproportionalität** führt wiederum dazu, dass Produktverbote auf Grundlage des § 24 Nr. 4 lit. b) KrWG-E nur in absoluten Ausnahmefällen vertretbar erscheinen.¹⁰¹

In diesen wenigen Fällen sind dann entsprechende **Übergangs- und Inkrafttretensfristen** zu berücksichtigen, um den Betroffenen die Möglichkeit zu geben, sich auf die neuen Regelungen einzustellen und so den Grundrechtseingriff abzumildern.¹⁰²

¹⁰⁰ Auch hier ist indes noch einmal auf die notwendige Präzisierung hinzuweisen, vgl. Ziffer V.1.

¹⁰¹ Dies muss insbesondere gelten, wenn man davon ausgeht, dass die „relevantesten“ Produkte bereits aufgrund europäischen Rechts (vgl. Art. 5 Einwegkunststoffprodukte-RL) verboten worden sind.

¹⁰² *Webersinn*, in Schink/Versteyl, KrWG 2. Aufl., § 24 Rn. 18.



VI. Ergebnisse

Die Ergebnisse können in Bezug auf die *Verordnungsermächtigung* des § 24 Nr. 4 lit. b) KrWG-E wie folgt zusammengefasst werden:

- Produktverbote bzw. auch schon die Ermächtigung zu Produktverboten im Regulationssystem der „**Produktverantwortung**“ (Teil 3 des KrWG) ist als "ultima ratio" nur in engen Grenzen zulässig.
- Im Rahmen der Verordnungsermächtigung des § 24 Nr. 4 lit. b) KrWG-E muss der Gesetzgeber beachten, dass er Wesentliches selbst regeln muss (Parlamentsvorbehalt). Dies spricht dagegen, die Regulierung von Produktverboten insbesondere in solchen Fällen der Exekutive zu überlassen, wo einer nicht hinreichend bestimmten "*Vermüllung der Umwelt*" begegnet werden soll.
- Es ist zweifelhaft, ob die im deutschen Sprachgebrauch nicht näher präzierte Begrifflichkeit der "*Vermüllung der Umwelt*" überhaupt den Anforderungen des **Bestimmtheitsgebots** nach Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG gerecht werden kann (vgl. insbesondere die Unterschiede zum englischen „Littering“). Es bedarf klarer "Leitplanken" des Gesetzgebers für den Ordnungsgeber.

Im Hinblick auf (Verbots-) Verordnungen, welche auf Grundlage des § 24 Nr. 4 lit. b) KrWG-E erlassen werden könnten, sind die folgenden "Leitplanken" vom Ordnungsgeber zu beachten:

- Auch wenn dem Ordnungsgeber eine weite „Gestaltungsfreiheit“ zuzusprechen ist, sind im Rahmen der Ordnungsgebung enge „**Leitplanken**“ zu berücksichtigen. Dies gilt insbesondere sowohl mit Blick auf die betroffenen Grundrechte als auch im Hinblick auf europäisches Verfassungsrecht.
- Produktverbote, die sich aus abfallrechtlichen Vorschriften ergeben, müssen zwingend auch – und nur – aus dem Geltungsumfang des Abfallrechts ableitbar sein. Das Abfallrecht darf **nicht abfallrechtsfremde Gegenstände** regulieren.



- Dort wo das europäische Recht abschließende Regelungen enthält (vgl. Verpackungsabfälle und Einwegkunststoffe), sind „**nationale Alleingänge**“ problematisch, wenn nicht gar unzulässig.
- Sowohl im Rahmen der europäisch-abschließenden Regelungen¹⁰³ als auch bei der Prüfung entsprechender Ausnahmen einer abschließenden Regelung¹⁰⁴ ist letztendlich eine **Verhältnismäßigkeitsprüfung** vorzunehmen. Dort wo das europäische Recht nicht abschließend ist, führt die vorzunehmende Prüfung der Grundfreiheiten (hier: Warenverkehrsfreiheit) ebenfalls zu einer **Prüfung der Verhältnismäßigkeit**.¹⁰⁵
- Durch Produktverbote sind die grundrechtlichen Gewährleistungen aus **Art. 12 Abs. 1 GG** (Berufsfreiheit) und **Art. 14 Abs. 1 GG** (Eigentumsfreiheit sowie das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb) betroffen. Die Rechtfertigung der Eingriffe in diese Grundrechte ist wiederum am **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit** zu messen.
- Eine Verbotregelung wäre nur verhältnismäßig, wenn sie einem **legitimen Zweck** dient. Rein wirtschaftliche oder politische Zwecke sind davon nicht umfasst.
- Eine Verbotregelung wäre nur „**geeignet**“, wenn eine kohärente und systematische Herangehensweise des Ordnungsgebers erkennbar wäre. Insbesondere Verbote einzelner, spezifischer Produkte werden die Frage aufwerfen, wieso gerade *ein spezifisches* Produkt herausgegriffen wurde.
- Ein Produktverbot ist als „schärfster Eingriff“ zu verstehen und daher stets nur als letztes Mittel ("**ultima ratio**") in Betracht zu ziehen. Diese strenge Erforderlichkeitsprüfung führt dazu, dass Produktverbote jenseits der Umsetzung europäischer Vorgaben des Art. 5 Einwegkunststoffprodukte-RL eine absolute Ausnahme bleiben dürften.

¹⁰³ Vgl. z.B. Art. 4 Abs. 1 UAbs. 4 Einwegkunststoffprodukte-RL.

¹⁰⁴ Vgl. Art. 193 AEUV.

¹⁰⁵ Vgl. Art. 36 AEUV.



Vor diesen Hintergründen wäre vom Gesetzgeber zu erwägen, die Formulierung des § 24 Nr. 4 lit. b) KrWG-E allein auf die Umsetzung der Vorgaben der Einwegkunststoffprodukte-RL zu begrenzen, um so auch den Bestimmtheitsproblemen der aktuellen Formulierung zu begegnen.

Seite 37

Berlin, den 4. Mai 2020

gez.

████████████████████
Rechtsanwalt

gez.

████████████████████
Rechtsanwalt