

Dr. Lutz Krahnfeld und Dr. Ruben Conzelmann*

Die „flexible“ Ausgestaltung der Abfallhierarchie im KrWG durch einzelfallbezogene Ökobilanzierungen – unionsrechtskonform?

Entsorgungspflichtige stehen vor der zuweilen nicht leicht zu beantwortenden Frage, welche Entsorgungswege für die von ihnen zu verantwortende Verwertung oder Beseitigung von Abfällen rechtmäßigerweise zur Verfügung stehen. Galt nach der bisherigen Rechtslage des Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetzes (KrW-/AbfG) vereinfacht gesagt der Grundsatz „Verwertung vor Beseitigung“, lässt die nunmehr fünfstufige Abfallhierarchie in § 6 des am 1. Juni 2012 in Kraft getretenen Kreislaufwirtschaftsgesetzes (KrWG) jedenfalls auf den ersten Blick vermuten, dass Entscheidungen über den Entsorgungsweg zukünftig differenzierter werden ausfallen müssen.

Ausgangspunkt für die Frage, welche Anforderungen die Entsorgungspflichtigen in Deutschland künftig beachten müssen, sind die Regelungen in §§ 6 bis 8 KrWG. Die in § 6 KrWG geregelten „Grundsätze“ der Abfallvermeidung und -bewirtschaftung werden über die „Grundpflichten“ in §§ 7 und 8 KrWG für die Entsorgungspflichtigen (Abfallerzeuger, Abfallbesitzer, öffentlich-rechtliche Entsorgungsträger) verbindlich geregelt. Dabei wird das in § 6 KrWG angelegte Stufenverhältnis der Abfallhierarchie nicht unverändert in §§ 7 und 8 KrWG übernommen, sondern inhaltlich modifiziert. Im Mittelpunkt der bisherigen Diskussionen dieser Regelungen in der Literatur¹ stand die sog. Heizwertklausel in § 8 Abs. 3 KrWG, deren Rechtmäßigkeit von der Europäischen Kommission in Zweifel gezogen wurde. Neben der umstrittenen Heizwertklausel hat die Kommission aber auch hinsichtlich eines weiteren Aspektes der Umsetzung der Abfallhierarchie in das KrWG rechtliche Zweifel angemeldet. Infrage gestellt wurde auch, ob der Ansatz einer einzelfallbezogenen Abwägung für den zu wählenden Entsorgungsweg die Prioritätenfolge der unionsrechtlichen

Abfallhierarchie angemessen widerspiegelt.² Diese Frage ist Gegenstand der nachfolgenden Betrachtung.

Da die betreffenden Regelungen des KrWG im Lichte der unionsrechtlichen Vorgaben und Anforderungen zu verstehen sind, soll zunächst der rechtliche Rahmen dargestellt werden, den das Unionsrecht für die Abfallhierarchie vorgezeichnet (I.), bevor die Regelungen des KrWG, mit denen die Abfallhierarchie umgesetzt wird, näher beleuchtet und Umsetzungsdefizite aufgezeigt werden (II.). Sodann wird erörtert, welche Folgen sich aus einer Unionsrechtswidrigkeit dieser Regelungen ergeben (III.).

I. Unionsrechtliche Vorgaben zur Abfallhierarchie

1. Normbefund

Die Richtlinie 75/442/EWG in Gestalt der Neukodifizierung in der Richtlinie 2006/12/EG (AbfRRL 1975) enthielt noch eine vergleichsweise unspezifische Regelung zur Abfallvermeidung und -bewirtschaftung, wenn es dort in Art. 3 Abs. 1 hieß, dass die Mitgliedstaaten „in erster Linie“ die Vermeidung und „in zweiter Linie“ die Verwertung „fördern“. Durch die Vorgabe eines inhaltlich nicht klar umrissenen Fördergebots an die Mitgliedstaaten bestand damals keine (verbindliche) Stufenfolge für die Abfallbewirtschaftung, insbesondere auch kein Vorrang einer bestimmten Verwertungsart vor anderen Verwertungsarten. Vielmehr war die Regelung in Art. 3 Abs. 1 AbfRRL 1975 noch als umweltpolitischer Leitgedanke zu verstehen, der den Mitgliedstaaten bei der Umsetzung einen sehr weiten Ermessensspielraum zugestand.³

In der Novellierung der Abfallrahmenrichtlinie durch die Richtlinie 2008/98/EG vom 19. November 2008 (AbfRRL) war eine aus dem deutschen KrW-/AbfG bekannte Handschrift auszumachen. Das ist darauf zurückzuführen, dass von der Bundesregierung in die europäischen Ausschüsse entsandte Experten des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit maßgeblich an dieser Novelle mitgewirkt haben und in Bezug auf Regelungsinhalte und -systematik „federführend“ gewesen sind. In Art. 4 AbfRRL wurde eine Abfallhierarchie mit einem differenzierten Regel-Ausnahme-System etabliert. So wird in Art. 4 Abs. 1 AbfRRL mittels einer fünfstufigen Abfallhierarchie zunächst eine „Prioritätenfolge“ für die Abfallvermeidung und -bewirtschaftung aufgestellt, die den nationalen Rechtsvorschriften und politischen Maßnahmen zugrunde zu legen ist. Die Formulierung als „Prioritäten-

* Die Verfasser sind Rechtsanwälte der Kanzlei Köchling & Krahnfeld, Hamburg

1 Vgl. etwa Beckmann, AbfallR 2012, 142 (145); ders., AbfallR 2010, 54 (58 f.); Petersen/Doumet/Stöhr, NVwZ 2012, 521 (525); Dolde/Vetter, AbfallR 2011, 22 (26 ff.); Queitsch, AbfallR 2011, 30 (31); Glass, ZUR 2011, 275 (276); Frenz, UPR 2012, 210 (211); Hurst, UPR 2012, 216 (220); Versteyl, in: Versteyl/Mann/Schomerus, KrWG, 3. Auflage (2012), § 6 Rn. 39 f.; zur Heizwertklausel des § 6 Abs. 2 KrW-/AbfG vgl. Beckmann, NVwZ 2004, 34 (37).

2 Mitteilung der Europäischen Kommission vom 29.6.2011, Dokument SG(2011) D/51545, Ziffer 1. b); kritisch ebenso Beckmann, AbfallR 2012, 142 (144 f.).

3 Epiney, in: Fluck/Frenz/Fischer/Franßen, Kreislaufwirtschaftsrecht, Abfallrecht und Bodenschutzrecht, 42. Erg.-Lfg. (Mai 2003), RL 75/442/EWG, Rn. 26 ff.

folge“ ist das Ergebnis eines Kompromisses zwischen dem Europäischen Parlament und dem Ministerrat.⁴ Während das Europäische Parlament die Anwendung der Hierarchie ursprünglich als „allgemeine Regel“ anstrebte, zog der Rat die Bezeichnung als „Leitprinzip“ vor. Das Europäische Parlament ließ Zweifel erkennen, ob auf lokaler Ebene in der Praxis die feinen Unterschiede zwischen diesen Formulierungen immer erkannt würden und betonte sein Grundanliegen, dass die Abfallrahmenrichtlinie deutlich machen müsse, dass Abweichungen von der Hierarchie nicht beiläufig stattfinden dürften, sondern Teil eines geordneten Prozesses sein müssten.⁵ Bei einer Wortlautbetrachtung – die englische Sprachfassung ist hier aufschlussreicher – hat sich in Art. 4 Abs. 1 AbfRRL doch eher die vom Europäischen Parlament angestrebte verbindliche Lesart der Abfallhierarchie durchgesetzt. Denn „Prioritätenfolge“ („priority order“) und „allgemeine Regel“ („general rule“) liegen begrifflich nah beisammen und zielen beide auf eine Verbindlichkeit ab, während ein „Leitprinzip“ („guiding principle“) eben nur ein Prinzip bzw. einen Grundsatz aufstellt.

Diese in Art. 4 Abs. 1 AbfRRL angelegte Verbindlichkeit der Abfallhierarchie wird freilich sogleich durch die in Art. 4 Abs. 2 Unterabs. 1 AbfRRL vorgesehene Abweichungsmöglichkeit wieder relativiert. Nach dieser Vorschrift treffen die Mitgliedstaaten bei Anwendung der Abfallhierarchie Maßnahmen zur Förderung der im Hinblick auf den Umweltschutz besten Optionen. Dabei dürfte Art. 4 Abs. 2 Unterabs. 1 AbfRRL aufgrund seiner Formulierung im Imperativ („treffen die Mitgliedstaaten“) als umfassende Handlungsverpflichtung für die Mitgliedstaaten zu verstehen sein.

Fördermaßnahmen können expressis verbis darin bestehen, für bestimmte Abfallströme Abweichungen von der Abfallhierarchie zu regeln, sofern dies nach dem Ansatz des Lebenszyklusdenkens („life-cycle thinking“) die insgesamt beste Option darstellt. Unter Lebenszyklusdenken ist eine Denkweise des Gesetzgebers gemeint, relevante Lebenszyklusaspekte zu berücksichtigen, ohne dass hierfür ein bestimmtes Verfahren vorgeschrieben ist. Lebenszyklusdenken kann sich daher sowohl auf gutachterliche Analysen als auch auf allgemeine Erfahrungswerte stützen. Demgegenüber bezeichnet der Begriff der Lebenszyklusbewertung („life-cycle assessment“) eine umfassende Bewertung relevanter Lebenszyklusaspekte auf EU-Ebene im Einklang mit ISO-Standards.⁶ Wegen ihrer Eigenschaft als grundsätzlich verbindliche Prioritätenfolge sind Abweichungen von der Abfallhierarchie rechtfertigungsbedürftig.⁷ Ihre Rangfolge dürfte regelungstechnisch als eine gesetzliche Vermutung für die ökologisch insgesamt beste Abfallbewirtschaftung anzusehen sein. Hierfür spricht zum einen die Entstehungsgeschichte, namentlich die Diskussion zwischen Parlament und Rat über den Grad der Verbindlichkeit der Abfallhierarchie, und zum anderen der 31. Erwägungsgrund zur Abfallrahmenrichtlinie, wonach die Abfallhierarchie im Allgemeinen eine Prioritätenfolge dafür festlegt, was „ökologisch gesehen die

insgesamt beste abfallrechtliche und abfallpolitische Option ist.“⁸ Allerdings könnte im Hinblick auf die in Art. 4 Abs. 2 Unterabs. 1 AbfRRL enthaltene Handlungsverpflichtung der Mitgliedstaaten, Fördermaßnahmen zu ergreifen, auch eine abweichungslose 1:1-Umsetzung der Abfallhierarchie nicht gänzlich ohne Rechtfertigung erfolgen, denn es liegt auf der Hand, dass die Rangfolge der Hierarchie nicht für alle Abfallströme die insgesamt beste Option darstellt.

Neben Abweichungen von der Abfallhierarchie kommen auch andere Fördermaßnahmen in Betracht, beispielsweise die Schaffung wirtschaftlicher Anreize für eine möglichst hochwertige Verwertung. Die Abfallhierarchie nach Art. 4 Abs. 1 AbfRRL ist somit auf eine konkretisierende Ausgestaltung durch die Mitgliedstaaten angelegt. Offenbar aufgrund dieses Regelungszusammenhangs wird im Schrifttum eine Verbindlichkeit der Abfallhierarchie teilweise verneint.⁹ In der Tat dürfte eine isolierte Betrachtungsweise des Art. 4 Abs. 1 AbfRRL wegen der hiermit eng verknüpften Handlungsverpflichtung der Mitgliedstaaten nicht dem Willen des Richtliniengebers entsprechen.

Aus diesem Grund würde im Falle einer defizitären Umsetzung der Abfallhierarchie in das KrWG – soviel sei vorweggenommen – auch eine unmittelbare Anwendung des Art. 4 Abs. 1 AbfRRL ausscheiden.¹⁰ Denn Voraussetzung für die unmittelbare Wirkung einer Richtlinienbestimmung ist neben ihrer hinreichenden Genauigkeit, die im Hinblick auf das klare Stufenverhältnis in Art. 4 Abs. 1 AbfRRL vorliegend gegeben wäre, auch ihre inhaltliche Unbedingtheit.¹¹ Diese setzt voraus, dass eine Bestimmung vorbehaltlos anwendbar ist und keiner weiteren Umsetzungsmaßnahmen der Mitgliedstaaten oder der Unionsorgane bedarf. Zwar wird eine Norm nicht schon dadurch „bedingt“, dass die Richtlinie den Mitgliedstaaten einen Gestaltungsspielraum eröffnet

4 Zur Entstehungsgeschichte aufschlussreich *Petersen*, AbfallR 2008, 154 (156 f.).

5 Europäisches Parlament, Dokument A6-0162/2008 vom 18.4.2008, S. 67.

6 Zu dieser Unterscheidung vgl. Arbeitspapier der Kommission, Dokument SEC(2005) 1681, 21.12.2005, S. 26.

7 *Versteyl*, in: *Versteyl/Mann/Schomerus*, KrWG, 3. Auflage (2012), § 6 Rn. 39; *Epiney/Heuck*, in: *Fluck/Frenz/Fischer/Janßen*, Kreislaufwirtschaftsrecht, Abfallrecht und Bodenschutzrecht, 99. Erg.-Lfg. (August 2011), Art. 4 AbfRRL, Rn. 14; *Hurst*, AbfallR 2009, 159 (163).

8 In diesem Sinne auch *Versteyl*, in: *Versteyl/Mann/Schomerus*, KrWG, 3. Auflage (2012), § 6 Rn. 39.

9 Vgl. *Petersen/Doumet/Stöhr*, NVwZ 2012, 521 (524); *Petersen*, NVwZ 2009, 1063 (1066 f.); *ders.*, AbfallR 2008, 154 (156 f.); *Beckmann*, AbfallR 2010, 54 (56); *Falßbender*, AbfallR 2011, 165 (167); *Hutsch*, ZUR 2011, 445 (446); für eine Verbindlichkeit dagegen *Epiney/Heuck*, in: *Fluck/Frenz/Fischer/Franßen*, Kreislaufwirtschaftsrecht, Abfallrecht und Bodenschutzrecht, 99. Erg.-Lfg. (August 2011), Art. 4 RL 2008/98/EG, Rn. 3 und 11; *Wittmann*, ZUR 2010, 276 (277); *Roller*, KGV-Rundbrief 2/2011, 14 (16).

10 So auch *Petersen/Doumet/Stöhr*, NVwZ 2012, 521 (524); differenzierend *Frenz*, AbfallR 2011, 160 (164); *ders.*, UPR 2012, 210.

11 St. Rspr., EuGH, Rs. 41/74 (van Duyn./Home Office), Slg. 1974, 1337 (Rn. 13 f.); EuGH, Rs. C-188/89 (Foster/British Gas), Slg. 1990, I-3313 (Rn. 16).

und somit den Erlass begleitender Vorschriften vorsieht. Sofern der mitgliedstaatliche Gestaltungsspielraum lediglich Eventualcharakter hat, steht er einer inhaltlichen Unbedingtheit nicht entgegen.¹² Die in Art. 4 Abs. 2 Unterabs. 1 AbfRRL vorgesehenen Fördermaßnahmen der Mitgliedstaaten sind aber nicht optional, sondern sollen die Abfallhierarchie erst zu einem sinnvollen Gefüge vervollständigen.¹³

Für die mangelfreie Umsetzung des Art. 4 AbfRRL in nationales Recht erscheint die entscheidende Frage aber weniger die Verbindlichkeit der Abfallhierarchie zu sein, sondern vielmehr, *unter welchen Voraussetzungen* Art. 4 Abs. 2 AbfRRL eine Abweichung von dieser Hierarchie zulässt. Im Rahmen der zu treffenden Fördermaßnahmen berücksichtigen die Mitgliedstaaten weitere in Art. 4 Abs. 2 Unterabs. 3 AbfRRL genannte Aspekte, namentlich die allgemeinen Umweltschutzgrundsätze der Vorsorge und der Nachhaltigkeit, der technischen Durchführbarkeit und der wirtschaftlichen Vertretbarkeit, des Schutzes von Ressourcen, die Gesamtauswirkungen auf die Umwelt und die menschliche Gesundheit sowie die wirtschaftlichen und sozialen Folgen gemäß Art. 1 und 13 AbfRRL. Der Richtliniengeber verlangt von den Mitgliedstaaten bei der Festlegung von Fördermaßnahmen mithin eine inhaltlich äußerst vielschichtige und komplexe Abwägung.

In diesem Zusammenhang ist auch die Regelung in Art. 4 Abs. 2 Unterabs. 2 AbfRRL zu verstehen, wonach die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass die Entwicklung von Abfallrecht und Abfallpolitik vollkommen transparent durchgeführt wird und die bestehenden nationalen Regeln über die Konsultation und Beteiligung der Bürger und beteiligten Kreise beachtet werden müssen. In einer frühen Entwurfsfassung der Abfallrahmenrichtlinie war sogar noch ein förmliches Verfahren für eine Abweichung von der Hierarchie vorgesehen, das lautete:

„Falls Lebenszyklusbewertungen und Kosten-Nutzen-Analysen eindeutig ergeben, dass eine alternative Behandlungsoption sich in Bezug auf einen bestimmten Abfallstrom besser bewährt hat, können die Mitgliedstaaten von den in Absatz 2 [Anmerkung: dort war die Abfall-

hierarchie geregelt] aufgeführten Prioritäten abweichen. Die Bewertungen und Analysen werden veröffentlicht und von unabhängigen wissenschaftlichen Stellen geprüft. Ihre Konsultation erfolgt so, dass die Verfahren einschließlich der Beteiligung der Betroffenen und der Bürger vollständig und in transparenter Weise durchgeführt werden. Die Kommission erstellt nötigenfalls Leitlinien für die Anwendung solcher Bewertungen und Analysen.“¹⁴

Diese Verfahrensregelung wurde im weiteren Gesetzgebungsverfahren aber als zu kompliziert angesehen und durch die nun geltende Regelung in Art. 4 Abs. 2 Unterabs. 2 AbfRRL vereinfacht.¹⁵ Gleichwohl ist vor diesem entstellungsgeschichtlichen Hintergrund zu konstatieren, dass der Richtliniengeber das Abweichen von der Abfallhierarchie an relativ hohe Anforderungen knüpfen wollte. Weiterhin verpflichtet Art. 10 Abs. 1 AbfRRL die Mitgliedstaaten ausdrücklich, durch erforderliche Maßnahmen sicherzustellen, dass Abfälle Verwertungsverfahren im Einklang mit Art. 4 AbfRRL durchlaufen. Dabei sind auch die Anforderungen aus Art. 13 AbfRRL (keine Umweltschädigung und keine Gesundheitsgefährdung) einzuhalten.

Bei der Auslegung von Art. 4 AbfRRL ist zudem der effet utile des Unionsrechts zu beachten, wonach eine dem Normziel möglichst effektiv zur Geltung verhelfende Auslegung anzustreben ist.¹⁶ Hieraus ergeben sich Anforderungen für nationale Regelungen in Umsetzung des Handlungsauftrages nach Art. 4 Abs. 2 AbfRRL. Eine wirksame Umsetzung der vorgenannten Vorschriften in nationales Recht ist angesichts der dabei zu bewältigenden vielschichtigen und komplexen Abwägungsproblematik nur dann möglich, wenn die Mitgliedstaaten bei der Zulassung von Abweichungen von dieser Hierarchie grundsätzlich eindeutige, konkrete und allgemeinverbindliche Vorgaben erlassen. Entscheidungen auf der behördlichen Vollzugsebene im Einzelfall sind danach nur als Ergänzung allgemeinverbindlicher Vorgaben zulässig.

2. Umsetzungsfrist

Ausgangspunkt für die Umsetzungsfrist ist Art. 40 Abs. 1 AbfRRL, wonach die Mitgliedstaaten die Rechts- und Verwaltungsvorschriften in Kraft zu setzen haben, die erforderlich sind, um den Vorgaben der Abfallrahmenrichtlinie ab dem 12.12.2010 nachzukommen. Um dem Handlungsauftrag in Art. 4 Abs. 2 AbfRRL zur konkretisierenden Umsetzung der Abfallhierarchie in die nationalen Rechtsordnungen nachkommen zu können, müssen die Mitgliedstaaten aber zunächst die relevanten Lebenszyklusaspekte sämtlicher Abfallströme („von der Wiege bis zur Bahre“) ermitteln und bewerten. Für einzelne Abfallströme kann eine Bewertung aber nicht allein auf der Grundlage allgemeiner Erfahrungswerte erfolgen, sondern vielmehr kann ergänzend eine umfangreiche Lebenszyklusbewertung („life-cycle assessment“) erforderlich sein. Erst im Anschluss hieran ist dann eine fundierte Abwägungsentscheidung über die Rangfolge zwischen Beseitigung, Vorbereitung zur

12 Vgl. EuGH, Rs. C-226/07 (Flughafen Köln/Bonn), Slg. 2008-I, 5999 (Rn. 32 ff.); EuGH, Rs. 8/81 (Becker), Slg. 1982, 53 (Rn. 29 ff.).

13 Gegen eine unmittelbare Wirkung der Abfallhierarchie in Art. 4 Abs. 1 AbfRRL für private Entsorgungspflichtige spricht zudem, dass durch deren starre Rangfolge zusätzliche Rechtspflichten begründet würden, die über einen bloßen Rechtsreflex weit hinausgehen. Dies ist nach st. Rspr. des EuGH aber – soweit private Stellen betroffen wären – unzulässig, vgl. EuGH, Rs. 152/84 (Marshall./Southampton), Slg. 1986, 723 (Rn. 48); EuGH, Rs. C-201/02 (Delena Wells./Secretary of State for Transport), Slg. 2004, I-723 (Rn. 56 f.); Ruffert, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Auflage (2011), Art. 288 AEUV, Rn. 57 und 63; Frenz, AbfallR 2011, 124 (125); ders., AbfallR 2011, 160 (164).

14 Art. 1 Abs. 3 AbfRRL-Entwurf, Legislative Entschließung des Europäischen Parlaments im Verfahren der Mitentscheidung: erste Lesung, Dokument P6_TA(2007)0029.

15 Vgl. Europäisches Parlament, Empfehlung für die zweite Lesung, Dokument A6-0162/2008 vom 18.4.2008, S. 67.

16 Vgl. Wegener, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Auflage (2011), Art. 19 EUV Rn. 15.

Wiederverwendung, Recycling und sonstiger Verwertung möglich.¹⁷

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob die in Art. 40 Abs. 1 AbfRRL enthaltene Umsetzungsfrist bis zum 12.12.2010 so zu verstehen ist, dass bis zu diesem Datum schon für sämtliche Abfallströme entsprechende Konkretisierungen der Abfallhierarchie normativ umgesetzt werden mussten oder ob die Mitgliedstaaten insoweit einen weitergehenden zeitlichen Umsetzungsspielraum haben. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass zum Zeitpunkt des Erlasses der Abfallrahmenrichtlinie am 19.11.2008 auch der Richtliniengeber nicht davon ausgegangen sein dürfte, dass die erforderlichen Bewertungen bei der Kommission oder den Mitgliedstaaten bereits vorliegen oder sie bis Ablauf der Umsetzungsfrist am 12.12.2010 vollständig erstellt werden könnten. Deshalb könnte es geboten sein, die inhaltlich umfassende Handlungsverpflichtung der Mitgliedstaaten zeitlich einzuschränken. Die Mitgliedstaaten wären danach bei Ablauf der Umsetzungsfrist am 12.12.2010 nur zu dem Erlass von solchen nationalen Vorschriften verpflichtet gewesen, die

- einerseits eine sukzessive normative Implementierung noch vorzunehmender stoffstromspezifischer Abwägungsentscheidungen bzw. Konkretisierungen ermöglichen und
- andererseits bis zu einer vollständigen normativen Implementierung wenigstens eine Orientierung des behördlichen Vollzugs an den Abwägungskriterien des Art. 4 Abs. 2 AbfRRL sicherstellen.

Art. 40 Abs. 1 AbfRRL könnte insoweit als eine dynamische Umsetzungsverpflichtung verstanden werden. Über den Stand dieser Implementierung wäre von den Mitgliedstaaten gegenüber der Kommission nach Art. 37 AbfRRL zu berichten.

Gegen diese Sichtweise spricht allerdings ein entstehungsgeschichtliches Argument. In einem Arbeitspapier des Ausschusses der Regionen war bereits einmal eine dynamische Umsetzung der Abfallhierarchie empfohlen worden. Danach war vorgesehen, dass auf Unionsebene einheitliche Indikatoren erarbeitet werden, auf deren Grundlage die Mitgliedstaaten von der Abfallhierarchie abweichen können. Da die Erstellung solcher Indikatoren auf Unionsebene aber einige Jahre dauern würde, war zudem vorgesehen, dass die Mitgliedstaaten bis dahin auf der Grundlage eigener Bewertungen von der Abfallhierarchie abweichen dürfen.¹⁸ Dieses dynamische Konzept des Ausschusses der Regionen hat sich in dem Gesetzgebungsverfahren aber letztlich nicht durchgesetzt. Daher dürfte bis zum 12.12.2010 eine vollständige Umsetzungsverpflichtung der Mitgliedstaaten bestanden haben.

II. Umsetzung der Abfallhierarchie im KrWG

1. Normbefund

Der deutsche Gesetzgeber ging davon aus, dass ihm aufgrund der in Art. 4 Abs. 2 AbfRRL vorgesehenen Ab-

weichungs- und Einschätzungsprärogative ein weiter Ermessensspielraum zusteht, in welcher Stringenz er die Abfallhierarchie umsetzt.¹⁹ Er hat sich für eine schon aus dem bisherigen KrW-/AbfG bekannte Regelungstechnik entschieden, indem er „Grundsätze“ in § 6 KrWG vorangestellt hat und „Grundpflichten“ in §§ 7 und 8 KrWG nachfolgen ließ. Erst die Grundpflichten entfalten für den Einzelnen eine unmittelbar verpflichtende Wirkung.²⁰ Dabei nehmen die Grundsätze und Grundpflichten – regelungstechnisch wenig erfreulich²¹ – wechselseitig aufeinander Bezug.

a. Die Grundsatznorm

Die Grundsatznorm in § 6 KrWG ist eng an das Regel-Ausnahme-System in Art. 4 AbfRRL angelehnt. Zunächst enthält sein Absatz 1 eine fünfstufige Abfallhierarchie, die im Wesentlichen der unionsrechtlichen Vorgabe entspricht und auf der vierten Stufe neben der energetischen Verwertung zusätzlich die „Verfüllung“ als einen Beispielsfall für die sonstige Verwertung benennt. Als bloßer Grundsatz ist die Abfallhierarchie schon regelungssystematisch nicht verbindlich. Aber auch in § 6 Abs. 2 KrWG wird deutlich, dass der Gesetzgeber mit der Abfallhierarchie nicht mehr als eine widerlegbare Vermutung für den besten Entsorgungsweg aufstellen wollte, wenn es dort heißt, dass „ausgehend von der Rangfolge“ der Hierarchie diejenige Maßnahme den Vorrang haben soll, die den Schutz von Mensch und Umwelt unter Zugrundelegung des Lebenszyklus am besten gewährleistet. Im Rahmen dieser Abwägung sind – in Anlehnung an Formulierungen im bisherigen Recht²² – folgende allgemeine Umweltschutzbelange im Sinne einer „Ökobilanzierung“ zu berücksichtigen (§ 6 Abs. 2 S. 3 KrWG):

- (a) die zu erwartenden Emissionen,
- (b) das Maß der Schonung der natürlichen Ressourcen,
- (c) die einzusetzende oder zu gewinnende Energie und
- (d) die Anreicherung von Schadstoffen in Erzeugnissen, in Abfällen zur Verwertung oder in daraus gewonnenen Erzeugnissen.

Die weiteren Kriterien der

- (e) technischen Machbarkeit, der
- (f) wirtschaftlichen Zumutbarkeit sowie der
- (g) sozialen Folgen einer Maßnahme

17 Vgl. *Epiney/Heuck*, in: Fluck/Frenz/Fischer/Franßen, Kreislaufwirtschaftsrecht, Abfallrecht und Bodenschutzrecht, 99. Erg.-Lfg. (August 2011), Art. 4 RL 2008/98/EG, Rn. 20.

18 Committee of the Regions, Document DEVE-IV-003, 29.6.2006, Recommendation 2, Article 1.

19 Deutscher Bundestag, Drucksache 17/6052 vom 6.6.2011, S. 78; *Faßbender*, AbfallR 2011, 165 (167).

20 Deutscher Bundestag, Drucksache 17/6052 vom 6.6.2011, S. 78.

21 So schon *Beckmann*, AbfallR 2010, 54 (57) zum KrWG-Arbeitsentwurf vom 23.2.2010.

22 Vgl. § 5 Abs. 5 S. 2 KrW-/AbfG.

sind als sonstige, nicht umweltschutzbezogene Kriterien in die Abwägung einzustellen (§ 6 Abs. 2 S. 4 KrWG). Die sozialen Folgen (g) konkretisieren einen Schutzaspekt des Menschen, beispielsweise Arbeitsplatzverluste oder ein Anstieg der Abfallgebühren aufgrund besonders hochwertiger und somit teurer kommunaler Entsorgungsmaßnahmen.²³ Zudem bilden die Kriterien der technischen Machbarkeit (e) und wirtschaftlichen Zumutbarkeit (f) Grenzen für die Einhaltung der ökologisch besten Option. Der Umstand, dass die sonstigen Kriterien (e) bis (g) „zu beachten“ und nicht wie die Umweltschutzkriterien (a) bis (d) „zu berücksichtigen“ sind, misst ihnen im Ergebnis kein unterschiedliches Gewicht im Rahmen der Abwägung bei.²⁴

b. Verwertung oder Beseitigung?

Aus der Sicht eines Entsorgungspflichtigen, der sich die Frage nach zulässigen Entsorgungswegen stellt, erfolgt der rechtliche Einstieg über die Grundpflichtenregelung in § 7 KrWG. Dort wird ihm in § 7 Abs. 2 S. 2 KrWG zunächst Bekanntes mitgeteilt, wenn es heißt, dass die Verwertung von Abfällen Vorrang vor deren Beseitigung hat. Sodann wird, auch insoweit ist keine inhaltliche Neuerung zu konstatieren,²⁵ die grundsätzliche Pflicht zur Verwertung eingeschränkt, indem der Vorrang der Beseitigung entfällt, wenn dies nach Maßgabe der Ökobilanzierung, also der oben genannten Kriterien (a) bis (f) unter Beachtung des Lebenszykluskonzeptes, die beste Option darstellt. Die sozialen Folgen der Maßnahme als Kriterium (g) fließen – jedenfalls ausdrücklich – nicht in das Abwägungsprogramm ein. Neben ökologischen Kriterien können auch die technische Machbarkeit (e) und wirtschaftliche Zumutbarkeit (f) eine Verwertungspflicht einschränken (§ 7 Abs. 4 KrWG).

Die Beweislast für die Zulässigkeit der konkreten Vorgehensweise richtet sich nach dem materiellen Recht. Soweit die Zulässigkeit einer Beseitigung infrage steht, dürfte der Entsorgungspflichtige aufgrund des in § 7 Abs. 2 S. 2 und 3 KrWG angelegten Regel-Ausnahme-Verhältnisses die Beweislast hierfür tragen.²⁶

c. Verwertungsoptionen

Wenn als Ergebnis dieses Abwägungsvorgangs feststeht, dass eine Verwertung zu erfolgen hat, regelt § 8 KrWG, wie die Verwertung umzusetzen ist. Kurz: § 7 KrWG regelt das „Ob“ und § 8 KrWG regelt das „Wie“ der Verwertung. Das „Wie“ der Verwertung wird in zwei Schritten geregelt: Zunächst ist die zulässige Verwertungsmaßnahme zu bestimmen (§ 8 Abs. 1 S. 1 und 2 KrWG), sodann ist bei der Ausgestaltung der Maßnahme eine hochwertige Verwertung anzustreben (§ 8 Abs. 1 S. 3 KrWG).

Zur Ermittlung der zulässigen Verwertungsmaßnahme (Vorbereitung zur Wiederverwendung, Recycling oder sonstige Verwertung) ist wiederum eine Abwägung unter Berücksichtigung der in § 6 Abs. 2 S. 2 und 3 KrWG genannten allgemeinen Kriterien – also ebenfalls ohne Beachtung der sozialen Folgen (g) – durchzuführen. Auch hier bilden die technische Möglichkeit (e) und die wirtschaftliche Zumutbarkeit (f) Einschränkungen zulasten der nach dem Lebenszyklus ökologisch an sich besten und hochwertigsten Verwertungsmaßnahme (§ 8 Abs. 1 S. 4 KrWG).

Dabei ist fraglich, ob die Verwertungsarten zunächst gleichrangig in die Abwägung eingehen oder ob einer in der Rangfolge der Abfallhierarchie nach § 6 Abs. 1 KrWG höherstehenden Verwertungsart im Rahmen der Abwägung auch ein grundsätzlicher, aber überwindbarer Vorrang zukommt. Zunächst ist zu berücksichtigen, dass in § 8 Abs. 1 KrWG ausdrücklich nicht geregelt wird, dass der Rangfolge nach § 6 Abs. 1 KrWG auch ein grundsätzlicher Vorrang im Rahmen der hier vorzunehmenden Abwägung zukommt. Auch durch den Verweis auf die in § 6 Abs. 1 Nr. 2 bis 4 KrWG „genannten Verwertungsmaßnahmen“ erfolgt lediglich eine Bezugnahme auf die Maßnahmen und nicht auf deren Rangfolge. Schließlich ist auch die Bezugnahme in § 6 Abs. 2 S. 1 KrWG („Ausgehend von dieser Rangfolge ...“) auf § 8 KrWG nicht dazu geeignet, im Rahmen der Abwägung nach § 8 Abs. 1 S. 1 KrWG eine grundsätzliche Rangfolge für Verwertungsoptionen festzulegen. Denn § 6 Abs. 2 S. 1 KrWG ist ausweislich seines Wortlauts („soll... diejenige Maßnahme Vorrang haben“) und seiner Regelungssystematik als bloßer Programmsatz zu verstehen, der im Unterschied zu den Grundpflichten in §§ 7 und 8 KrWG gerade keine unmittelbaren Verpflichtungen für Einzelne begründet. Für diesen Befund spricht zudem die ausdrückliche Entsorgungsvorgabe in § 7 Abs. 2 S. 2 KrWG („Die Verwertung von Abfällen hat Vorrang vor deren Beseitigung“), die entbehrlich wäre, wenn sich ein solches Rangverhältnis bereits aus der Bezugnahme in § 6 Abs. 2 S. 1 KrWG auf § 7 KrWG ergäbe. Die Regelung in § 8 Abs. 1 KrWG enthält ein solches Rangverhältnis für die Verwertungsoptionen aber gerade nicht. Daraus ergibt sich, dass die Verwertungsarten gleichrangig in die Abwägung nach § 8 Abs. 1 S. 1 KrWG einfließen.²⁷

Wenn aufgrund dieser Abwägung zwischen mehreren Verwertungsoptionen eine Gleichrangigkeit besteht, hat der Entsorgungspflichtige grundsätzlich ein Wahlrecht (§ 8 Abs. 1 S. 2 KrWG).²⁸ Diesen Entscheidungen geht jeweils

23 Frenz, UPR 2012, 210 (216); vgl. auch Commission Staff Working Document, SEC(2005)1681, 21.12.2005, S. 39 f.

24 So auch Versteyl, in: Versteyl/Mann/Schomerus, KrWG, 3. Auflage (2012), § 6 Rn. 35.

25 Vgl. § 5 Abs. 4 und 5 KrW-/AbfG.

26 Vgl. BVerwG, Beschluss vom 11.2.1994 – 2 B 173/93, juris, Rn. 3; allgemein zur Beweislast im Verwaltungsverfahren Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 7. Auflage (2008), § 24 Rn. 55 ff.

27 A.A. BDI, Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des Kreislaufwirtschafts- und Abfallrechts, 15.9.2010, S. 2; offenlassend Versteyl, in: Versteyl/Mann/Schomerus, KrWG, 3. Auflage (2012), § 6 Rn. 25.

28 Allerdings weist der BDE-Leitfaden, Das neue KrWG in der Praxis, Mai 2012, S. 12 zutreffend darauf hin, dass die Darlegung einer genauen Gleichrangigkeit in der Praxis nur schwer vorstellbar ist.

eine vielschichtige und komplexe Abwägung voraus. So weist auch der Gesetzgeber darauf hin, dass die Vorgaben der Abfallhierarchie aufgrund ihrer Komplexität ganz wesentlich der Konkretisierung durch den Verordnungsgeber nach § 8 Abs. 2 KrWG bedürfen.²⁹

Auf der Grundlage des früheren Rechts hat der Verordnungsgeber von der Ermächtigung in § 6 Abs. 1 S. 4 KrW-/AbfG zur Festlegung eines Vorranges der stofflichen oder energetischen Verwertung nur vereinzelt Gebrauch gemacht, etwa in § 2 Abs. 1 AltöV³⁰ oder in § 4 Abs. 2 VerpackV.³¹ Auch nach dem Außerkrafttreten des KrW-/AbfG gelten die auf dieser Grundlage erlassenen Rechtsverordnungen mit den dort enthaltenen Vorrangregelungen jedenfalls dann weiter, soweit sie durch die geänderte Ermächtigungsgrundlage in § 8 Abs. 2 KrWG gestützt werden und nicht in Widerspruch zu sonstigen Regelungen des KrWG stehen.³² Diese Voraussetzungen werden für jede bestehende Verordnungsregelung im Einzelnen zu überprüfen sein.

Soweit keine verordnungsrechtlichen Verwertungsangaben bestehen, greift die widerlegbare Vermutung in § 8 Abs. 3 KrWG, wonach anzunehmen ist, dass die energetische Verwertung einer stofflichen Verwertung gleichrangig ist, wenn der Heizwert des einzelnen unvermischten Abfalls mindestens 11.000 kJ/kg beträgt („Heizwertklausel“). Dieses Steuerungskriterium soll dem Schutz stofflicher Verwertungsverfahren vor konkurrierenden „niederwertigen“ energetischen Verwertungsverfahren sowie der Effizienzsteigerung der energetischen Verwertung dienen. Zugleich soll hiermit ein bruchloser Übergang in die neue Rechtslage ermöglicht werden, da nicht für alle relevanten Abfallströme kurzfristig Verordnungen erlassen werden können.³³ Auf die unionsrechtliche Kritik³⁴ an dieser Regelung soll an dieser Stelle nicht eingegangen werden.

2. Unionsrechtswidrigkeit der Umsetzung

Ob die nach nationalem Recht dem einzelnen Entsorgungspflichtigen zugewiesene Abwägungsverantwortung mit den unionsrechtlichen Vorgaben des Art. 4 AbfRRL übereinstimmt, erscheint sehr fraglich. Zwar kann die technische Möglichkeit und die wirtschaftliche Zumutbarkeit einer Entsorgungsmaßnahme noch relativ zuverlässig von den Entsorgungspflichtigen ermittelt werden. Insoweit dürfte die Einschätzungsprärogative zugunsten der Entsorgungspflichtigen als Ausprägung des unions- und verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes als rechtmäßig anzusehen sein.

Weitaus problematischer ist es jedoch, den Entsorgungspflichtigen die Ermittlung des besten Entsorgungsweges anhand einer Ökobilanzierung unter Lebenszyklusaspekten aufzuerlegen (§§ 7 Abs. 2 S. 3; 8 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 6 Abs. 2 S. 2 und 3 KrWG). Eine Abwägung der in § 6 Abs. 2 S. 2 und 3 KrWG genannten allgemeinen Kriterien setzt nicht nur eine fachlich anspruchsvolle Analyse der abfallwirtschaftlichen und ökologischen Rahmenbedingungen und

Wirkungen voraus, sondern erfordert im Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 GG im Zuständigkeitsbereich der jeweiligen Abfallbehörden für bestimmte Stoffströme auch eine einheitliche Bewertung. Diese Abwägung ist aufgrund ihrer Komplexität auf eine allgemeinverbindliche Umsetzung durch Gesetz, aber eher noch durch Verordnung angelegt, nicht auf eine Anwendung im Einzelfall. Zudem besteht aufgrund der nachvollziehbaren, vorrangigen Orientierung privater und öffentlich-rechtlicher Entsorgungspflichtiger an wirtschaftlichen Kriterien bei diesem Abwägungsvorgang die Gefahr, dass der tatsächlich beste Entsorgungsweg aufgrund der praktischen Vollzugsunfähigkeit der §§ 7 bis 8 KrWG verfehlt wird.³⁵ Aus diesem Grund sind auch die Bedenken der Europäischen Kommission berechtigt, dass der in § 8 KrWG geregelte „Einzelfallansatz“ das Konzept der Abfallhierarchie als Prioritätenfolge nicht angemessen widerspiegelt, da er eine Abweichung von der Abfallhierarchie ermöglicht, ohne sicherzustellen, dass die in Art. 4 Abs. 2 AbfRRL genannten Anforderungen erfüllt sind.³⁶ Darüber hinaus ist trotz der bisherigen Praxis umweltbezogener Abwägungen seitens der Entsorgungspflichtigen (vgl. § 5 Abs. 5 KrW-/AbfG) fraglich, ob eine Inpflichtnahme der Entsorgungspflichtigen mit diesem komplexen Inhalt den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes noch entspricht.

29 Deutscher Bundestag, Drucksache 17/6052 vom 6.6.2011, S. 79; so auch *Beckmann*, AbfallR 2012, 142 (144); *Frenz*, UPR 2012, 210 (216); Sachverständigenrat für Umweltfragen, Umweltgutachten 2004, Deutscher Bundestag, Drucksache 15/3600 vom 2.7.2004, S. 342; zur alten Rechtslage vgl. auch *Fluck*, in: *Fluck*, Kreislaufwirtschafts-, Abfall- und Bodenschutzrecht, Grundwerk 1995, § 5 KrW-/AbfG, Rn. 222.

30 In diesem Zusammenhang hat die Europäische Kommission unlängst ein Pilotverfahren mit dem Ergebnis abgeschlossen, dass Deutschland mit der Festschreibung des Vorrangs der Aufbereitung von Altölen in der Abfallhierarchie insoweit grundsätzlich zulässig in nationales Recht umgesetzt hat, vgl. EUWID 38.2012, 18.9.2012, S. 24.

31 Vgl. *Schomerus*, in: *Versteyl/Mann/Schomerus*, KrWG, 3. Auflage (2012), § 8 Rn. 17; *Versteyl*, a.a.O., § 6 Rn. 3.

32 Vgl. BVerwG, Beschluss vom 4.6.1999 – 1 B 34-99 = NVwZ 1999, 1112 (1113); BVerwG, Beschluss vom 23.2.1994 – 4 B 35/94 = NVwZ 1994, 688; BVerfG, Beschluss vom 10.5.1988 – 1 BvR 482/84, 1166/85 = NJW 1988, 2290 (2292); *Versteyl*, in: *Versteyl/Mann/Schomerus*, KrWG, 3. Auflage (2012), § 6 Rn. 31; *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Auflage (2011), § 13 Rn. 7.

33 Deutscher Bundestag, Drucksache 17/6052 vom 6.6.2011, S. 79 f.; *Petersen/Doumet/Stöhr*, NVwZ 2012, 521 (525); *Queitsch*, AbfallR 2011, 30 (31).

34 Hierzu Fn. 1.

35 In diesem Sinne auch *Schink*, in: *Schink/Versteyl*, KrWG, 1. Auflage (2012), § 6 Rn. 33; zur alten Rechtslage vgl. auch *Weidemann*, in: *Jarass/Petersen/Weidemann*, KrW-/AbfG, 2. Erg.-Lfg. (August 1997), § 6 Rn. 65, der die Abfallbesitzer hoffnungslos überfordert sähe, wenn man von ihnen eine an ökologischen Kriterien zu orientierende „Abwägung“ verlangte; so auch der BDE-Leitfaden, Das neue KrWG in der Praxis, Mai 2012, S. 13.

36 Mitteilung der Europäischen Kommission vom 29.6.2011, Dokument SG(2011) D/51545, Ziffer 1. b); vgl. auch *Reese*, NVwZ 2009, 1073 (1077 f.); *Versteyl*, in: *Versteyl/Mann/Schomerus*, KrWG, 3. Auflage (2012), § 6 Rn. 39.

Vor diesem Hintergrund ist die Umsetzung der Vorgaben des Art. 4 AbfRRL in die Regelungen der § 7 Abs. 2 S. 3 KrWG und § 8 Abs. 1 S. 1 KrWG als defizitär anzusehen, weil sie die Entscheidung über die Verwertungspflicht und den konkreten Verwertungsweg von einer einzelfallbezogenen Ökobilanzierung abhängig machen, die zudem von den Entsorgungspflichtigen selbst durchzuführen ist.³⁷

Der Versuch einer richtlinienkonformen Auslegung der defizitären Regelungen – etwa dahingehend, dass Entsorgungspflichtige eine Abweichung von der Abfallhierarchie gegenüber der zuständigen Abfallbehörde anzeigen müssen – scheitert an dem Grundsatz der Rechtssicherheit.³⁸ Denn eine Anzeigepflicht kann weder an den Wortlaut der §§ 7 und 8 KrWG angeknüpft werden noch würde sie sich in die Systematik des KrWG, das an anderen Stellen ausdrücklich Anzeigerfordernisse vorsieht,³⁹ einfügen.

Die Regelungen in § 7 Abs. 2 S. 3 KrWG und § 8 Abs. 1 S. 1 KrWG sind folglich unionsrechtswidrig.

37 Bei Meinungsverschiedenheiten zwischen der Behörde und einem Entsorgungspflichtigen über die Zulässigkeit des nach § 8 Abs. 1 S. 1 KrWG konkret gewählten Verwertungsweges dürfte die Behörde die Beweislast für ihre Behauptung tragen, dass der von ihr favorisierte Verwertungsweg nach Maßgabe einer Abwägung die insgesamt beste Option darstellt. Denn praktisch wird es sich in diesen Fällen regelmäßig um Konstellationen der Eingriffsverwaltung handeln, in denen die Behörde dem Entsorgungspflichtigen durch Einzelanordnung nach § 62 KrWG einen bestimmten Verwertungsweg vorgibt oder in Aussicht stellt. Nach allgemeinen Grundsätzen trägt die Behörde im Bereich der Eingriffsverwaltung die Beweislast für das Vorliegen der ermächtigungsbegründenden Tatsachen, vgl. Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 7. Auflage (2008), § 24 Rn. 55; Kopp/Ramsauer, VwVfG, 12. Auflage (2011), § 24 Rn. 48. Dies ändert allerdings nichts an dem Befund eines Umsetzungsdefizits, da die Abwägungsentscheidung grundsätzlich von dem einzelnen Entsorgungspflichtigen zu treffen ist.

38 Vgl. Ruffert, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Auflage (2011), Art. 288 AEUV, Rn. 77.

39 Etwa § 18 KrWG.

40 Zum Streitstand Ruffert, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Auflage (2011), Art. 288 AEUV, Rn. 73; Berkemann/Halama, Handbuch zum Recht der Bau- und Umweltrichtlinien, 2. Auflage (2011), Rn. 325; Demleitner, NVwZ 2009, 1525 ff.

41 Hierfür Kahl, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Auflage (2011), Art. 4 EUV Rn. 94; Bach, JZ 1990, 1108 (1112 f.).

42 So die wohl h.M., Jarass, Grundfragen der innerstaatlichen Bedeutung des EG-Rechts, 1994, S. 104 f.; Ehlers, DVBl. 1991, 605 (609); Scherzberg, Jura 1993, 225 (229 f.); Berkemann/Halama, Handbuch zum Recht der Bau- und Umweltrichtlinien, 2. Auflage (2011), Rn. 296.

43 Ruffert, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Auflage (2011), Art. 288 AEUV Rn. 73 f.; Jarass, Grundfragen der innerstaatlichen Bedeutung des EG-Rechts, 1994, S. 102 f.; a.A. Berkemann/Halama, Handbuch zum Recht der Bau- und Umweltrichtlinien, 2. Auflage (2011), Rn. 404.

44 Vgl. Versteyl, in: Versteyl/Mann/Schomerus, KrWG, 3. Auflage (2012), § 6 Rn. 40.

45 So auch Beckmann, AbfallR 2012, 142 (145).

III. Folgen der Unionsrechtswidrigkeit

1. Normverwerfungskompetenz

Die für den Vollzug des KrWG zuständigen Abfallbehörden stehen aktuell vor der Frage, wie sie mit ihren Zweifeln an der Unionsrechtskonformität der vorgenannten Regelungen umgehen. Nach überwiegender, wenngleich umstrittener Auffassung verfügen die deutschen Verwaltungsbehörden im Falle einer (Unions-)Rechtswidrigkeit von Normen über eine Normverwerfungsbefugnis.⁴⁰ Sie können die für unionsrechtswidrig erkannte nationale Vorschrift in diesem Fall unangewendet lassen. Die Voraussetzungen für eine Normverwerfungsbefugnis sind im Einzelnen hoch umstritten. So bestehen unterschiedliche Auffassungen über die Frage, ob eine Normverwerfungsbefugnis unabhängig von der unmittelbaren Wirkung einer Richtlinienbestimmung gilt⁴¹ oder diese voraussetzt⁴². Nach überzeugender Auffassung besteht eine Normverwerfungsbefugnis aber nur bei einer *offenkundigen* Unionsrechtswidrigkeit der nationalen Vorschrift.⁴³ Evident, sprich auf den ersten Blick erkennbar ist die mangelhafte Umsetzung des Art. 4 AbfRRL durch das KrWG auch im Hinblick auf die Rüge der Kommission aber nicht. Ohne eine vorherige Entscheidung durch den EuGH ist nicht davon auszugehen, dass die Abfallbehörden § 7 Abs. 2 S. 3 KrWG und § 8 Abs. 1 S. 1 KrWG unangewendet lassen. Deshalb wird sich die Unionsrechtswidrigkeit der vorgenannten Regelungen in dem behördlichen Vollzug bis auf Weiteres nicht bemerkbar machen.

2. Handlungsoptionen des Gesetzgebers

Trotz dieses Befundes besteht Handlungsbedarf des Gesetzgebers. Denn im Hinblick auf die Mitteilung der Kommission vom 29.6.2011 erscheint die Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens nach Art. 258 AEUV als kein unrealistisches Risiko.⁴⁴ Zudem könnte der EuGH auf das Vorabentscheidungsersuchen eines nationalen Gerichtes nach Art. 267 AEUV mit der Auslegung von Art. 4 AbfRRL befassen und die Defizite der Umsetzung in §§ 7 und 8 KrWG auf diese Weise offenkundig werden. Korrekturen an der Rechtslage sind daher vonnöten.

Die Bundesregierung hat bereits angekündigt, bestehende Rechtsverordnungen mit Blick auf ihre Verwertungsvorgaben zu überprüfen und gegebenenfalls zu ergänzen. Priorität soll dabei zunächst der GewAbfV zukommen. Allerdings würde sich die Unionsrechtswidrigkeit allein durch punktuelle Ergänzungen bestehender Rechtsverordnungen nicht beheben lassen. Denn um den unzulässigen Ökobilanzierungsansatz in § 8 Abs. 1 S. 1 KrWG zu „überlagern“, so dass er im Verwaltungsvollzug faktisch nicht mehr zur Anwendung käme, müssten für *sämtliche* Abfallströme entsprechende Verwertungsvorgaben getroffen werden. Ob es gelingt, einen solchen „Flickenteppich“ über den unionsrechtswidrigen Ökobilanzierungsansatz zu legen, mag bezweifelt werden.⁴⁵ Zudem ist zu berücksichtigen,

dass die in § 7 Abs. 2 S. 1 KrWG enthaltene Pflicht zur Ökobilanzierung nicht in derselben Weise durch verordnungsrechtliche Entsorgungsvorgaben „überlagert“ werden kann, da das KrWG für die Ausgestaltung des Verhältnisses der Verwertung zu der Beseitigung keine Verordnungsermächtigung enthält.

Überzeugender wäre deshalb eine Änderung der Gesetzeslage selbst.

Zunächst bestehen keine durchgreifenden Zweifel daran, *sowohl* das Verhältnis der Verwertung zur Beseitigung *als auch* das Verhältnis der Verwertungsarten untereinander jeweils durch eine Verordnungsermächtigung zur Implementierung der von den zuständigen Behörden vorzunehmenden Abwägungsentscheidungen zu regeln. Die Umsetzung dieser Verordnungen durch die Entsorgungspflichtigen könnte der Gesetzgeber dann zulässigerweise auch im Rahmen eines Pflichtenmodells entsprechend § 8 Abs. 2 KrWG regeln.

Für den Zeitraum bis zum Erlass entsprechender Verordnungen sollte der Gesetzgeber zudem sicherstellen, dass die Entsorgungspflichtigen nicht selbst zu einer Ökobilanzierung verpflichtet werden, die der Mitgliedstaat (noch) nicht vorgegeben hat. Denkbar erscheint für diesen Zeitraum, der für die unterschiedlichen Abfallströme unterschiedlich lang sein kann, eine Modifizierung der §§ 6 bis 8 KrWG, mit der sowohl die Abfallhierarchie als auch die ökologischen und sonstigen Abwägungskriterien zur Ermittlung der besten Entsorgungsart als Grundsätze geregelt werden (§ 6 KrWG neu), die die Entsorgungspflichtigen bei der Umsetzung ihrer Pflichten aber lediglich zu „berücksichtigen“ haben (§§ 7, 8 KrWG neu).⁴⁶ Immerhin würden auf diese Weise die Entsorgungspflichtigen aus ihrer Pflicht zur Durchführung einer Ökobilanzierung entlassen werden. Und *solange* die zuständigen Behörden gegenüber der Kommission überzeugend darlegen können, dass verordnungsrechtliche Konkretisierungen der Abfallhierarchie in Bearbeitung sind und bis dato nicht schneller abgeschlossen werden konnten, dürfte auch das Risiko eines – auf den hier behandelten Aspekt gestützten – Ver-

tragsverletzungsverfahrens als gering einzuschätzen sein. Gleichwohl würde auch dieses Umsetzungskonzept aufgrund seiner hohen „Flexibilität“ bei der Anwendung der Abfallhierarchie im Falle einer bloßen Obliegenheit der Entsorgungspflichtigen zu ihrer „Berücksichtigung“ unter kritischer Beobachtung der Kommission stehen.

Rechtlich überzeugender wäre daher eine Umsetzung des Art. 4 AbfRRL, mit der

- die Abfallhierarchie verbindlich in das KrWG festgeschrieben wird und von den Entsorgungspflichtigen grundsätzlich einzuhalten ist,
- es sei denn eine Rechtsverordnung enthält für bestimmte Abfallströme eine abweichende Konkretisierung oder
- die zuständige Abfallbehörde lässt in Einzelfällen eine abweichende Entsorgungsmaßnahme zu.

Diese Umsetzung würde allerdings zu einer erheblichen Erschwernis in dem Vollzug des KrWG führen, weil die Abfallbehörden eine Vielzahl an Ausnahmeanträgen bearbeiten müssten, und dürfte zudem eine Verteuerung der Abfallentsorgung für Bürger und Wirtschaft begründen. Dass der Gesetzgeber von diesem vergleichsweise „unflexiblen“ Regelungskonzept bisher Abstand genommen hat, erscheint deshalb nachvollziehbar. Das durch die Formulierung von Art. 4 AbfRRL hervorgerufene Dilemma, einerseits die Abfallhierarchie verbindlich umzusetzen und andererseits Raum für eine flexibel Handhabung zu schaffen, lässt sich nur schwer auflösen. Ob der Gesetzgeber sich in der Umsetzung bzw. einer möglichen Gesetzesänderung letztlich für eine hohe Rechtssicherheit oder eine hohe Praktikabilität der Regelungen entscheidet, bleibt abzuwarten und dürfte nicht zuletzt davon abhängen, ob die Kommission ihre Beanstandungen weiterverfolgt oder hiervon Abstand nimmt.

⁴⁶ Vgl. hierzu die Regelung in §§ 1 Abs. 2; 15 Abs. 1 des österreichischen Abfallwirtschaftsgesetzes (AWG 2002) in der Fassung vom 30.7.2012.