

## Memorandum

**Empfänger** Frau Judith Bellaiche, Geschäftsführerin SWICO

**Kopie an**

**Datum** Zürich, 11. Juni 2020

**Von** Isabelle Häner

**Betreff** Begutachtung Vernehmlassungsvorlage VREG

Isabelle Häner  
Prof. Dr. iur., Rechtsanwältin

Bratschi AG  
Bahnhofstrasse 70  
Postfach  
CH-8021 Zürich  
Telefon +41 58 258 10 00  
Fax +41 58 258 10 99  
isabelle.haener@bratschi.ch  
www.bratschi.ch

im Anwaltsregister eingetragen

155841 | IHA | AN8081207.docx

### I. RECHTLICHE GRUNDLAGEN

#### A. Einbettung der geltenden VREG im Abfallrecht

- 1 Um die Tragweite der Totalrevision der VREG beurteilen zu können, ist als erstes auf die Grundlagen und das System der geltenden VREG einzugehen.
- 2 Einer der Grundsätze der Bestimmungen des USG ist die Verminderung von Abfällen durch verbesserte Verwertung, wozu die Rücknahmepflicht und das Pfandsystem gehören, das auf Art. 30b USG beruht<sup>1</sup>. Damit wird insbesondere dem Prinzip „Verwertung vor Ablagerung“ Rechnung getragen. Weitere Grundsätze der abfallrechtlichen Regelung sind die vorsorgliche Vermeidung und die umweltverträgliche und inländische Entsorgung<sup>2</sup>. Zudem basieren die Bestimmungen des USG auf einer klaren Verteilung der Verantwortlichkeiten<sup>3</sup>. Bei den Siedlungsabfällen besteht das Entsorgungsmonopol mit der Pflicht der Kantone, diese zu entsorgen (Art. 31b USG). Zu den Siedlungsabfällen gehören der Hauskehricht, das Sperrgut, Altmaterialien und kompostierbare Abfälle. Dem Entsorgungsmonopol unterstehen zudem die hier nicht weiter relevanten Abfälle aus dem Strassenunterhalt oder der Abfall, deren Inhaber nicht bekannt ist. Bei den übrigen Abfällen (Betriebsabfälle, Abfällen aus industrieller oder gewerblicher Produktion) kommt die Entsorgungspflicht demgegenüber direkt dem Inhaber der Abfälle zu (Art. 31c Abs. 1 USG)<sup>4</sup>. Für diejenigen Siedlungsabfälle, für die eine Entsorgungspflicht nach Art. 31c besteht und die von Dritten zurückgenommen werden müssen, entfällt somit das Entsorgungsmonopol und verbleibt die Verantwortung bei den Inhabern und – je nach Lösungskonzept – bei den Inverkehrbringern von Produkten, denen der Bundesrat Rücknahme-

<sup>1</sup> WAGNER PFEIFER, Umweltrecht – Besondere Regelungsbereiche, N 535, 553 ff.

<sup>2</sup> BRUNNER/TSCHANNEN, Kommentar USG, Vorbem. Art. 30 – 32e N 23.

<sup>3</sup> WAGNER PFEIFER, Umweltrecht – Besondere Regelungsbereiche, N 571.

<sup>4</sup> WAGNER PFEIFER, Umweltrecht – Besondere Regelungsbereiche, N 574 ff.

und Entsorgungspflichten auferlegen kann (Art. 30b Abs. 2 USG)<sup>5</sup>. Hierzu gehören insbesondere die der VREG unterstellten elektrischen und elektronischen Geräte (Art. 2 VREG).

- 3 Die Kosten für die Entsorgung von Abfällen tragen die Inhaber (Art. 32 USG). Diese Bestimmung konkretisiert das Verursacherprinzip, wenn auch mit einem engen Blickwinkel, da die tatsächliche Verantwortung für die Abfallverursachung weitere Kreise betrifft und auch nicht durchwegs eingehalten wird, wie sich auch aus Art. 32a<sup>bis</sup> USG ergibt.
- 4 Die vorgezogene Entsorgungsgebühr ist in Art. 32a<sup>bis</sup> USG geregelt. Gebührenpflichtig sind danach die Inverkehrbringer, d.h. die Hersteller und Importeure, die aufgrund der Verantwortlichkeit für den Abfall ebenso als Verursacher gelten können. Auch diese Gebühr bezweckt somit die Durchsetzung des Verursacherprinzips, verpflichtet jedoch andere Verursacher als die Inhaber. Bei den in Art. 32a<sup>bis</sup> USG genannten Abfällen handelt es sich um solche mit besonderen Entsorgungswegen, die deshalb ausserhalb des Entsorgungsmonopols zu behandeln sind und auch einer besonderen Finanzierung bedürfen<sup>6</sup>. Der Bundesrat kann gemäss Art. 32a<sup>bis</sup> USG Hersteller und Importeure, die Produkte in Verkehr bringen und nach Gebrauch bei zahlreichen Inhabern als Abfälle anfallen und besonders behandelt werden müssen oder zur Verwertung geeignet sind, verpflichten, eine vorgezogene Entsorgungsgebühr zu entrichten. Diese vorgezogene Entsorgungsgebühr wird einerseits für Getränkeverpackungen aus Glas in der VGV geregelt und andererseits für Batterien in Ziff. 6 ChemRRV sowie in der dazugehörigen Verordnung des UVEK, wo die absolute Höhe der Gebühr festgesetzt wird.
- 5 Bei den Einwegverpackungen aus PET und Metall besteht gemäss Art. 7 VGV einzig eine Rücknahmepflicht, ohne dass darauf eine vorgezogene Entsorgungsgebühr (VEG) erhoben wird. Sinkt die Verwertungsquote bei diesen Verpackungen allerdings auf unter 75 %, kann das UVEK die Entsorgungsgebühr einführen.
- 6 Die VREG sieht sodann einzig eine Rückgabepflicht der elektrischen und elektronischen Geräte für die Inhaber und eine Rücknahmepflicht für die Händler sowie die Entsorgungspflicht auf eigene Rechnung vor, soweit sie die Entsorgung nicht durch finanzielle Beiträge an private Organisationen sicherstellen (Art. 5 Abs. 2 lit. a VREG). Damit sind die elektrischen und elektronischen Geräte ebenfalls vom kantonalen Entsorgungsmonopol ausgenommen. Die Finanzierung der Entsorgung und die Verwertung werden vollständig der Branche überlassen, indem entweder die Entsorgung auf eigene Rechnung vorgenommen wird oder Beiträge an einen Branchenverband (private Organisation) bezahlt werden. Die Mitglieder der jeweiligen Branchenverbände bezahlen dem Branchenverband den Beitrag, damit dieser die Verwertung und Entsorgung innerhalb der Branche gemäss den abfallrechtlichen Vorgaben durchführen kann<sup>7</sup>.
- 7 Mit der nach Abfallart differenzierten Konkretisierung von Art. 32a<sup>bis</sup> USG hat die Exekutive dem gesetzgeberischen Anliegen Rechnung getragen, soweit möglich den freiwilli-

---

<sup>5</sup> TSCHANNEN, Kommentar USG, Art. 31b N 15.

<sup>6</sup> BRUNNER, Kommentar USG, Art. 32a<sup>bis</sup> N 1.

<sup>7</sup> Art. 6 VREG; VeVA (Verordnung über den Verkehr mit Abfällen vom 22. Juni 2004, SR 814.610).

gen privatrechtlichen Regelungen über vorgezogene Recyclingbeiträge (VRB) den Vorzug zu geben. Gleichzeitig wird damit dem Kooperationsprinzip gemäss Art. 41a USG nachgelebt, indem die gesamte Finanzierung, die sich aus der Rücknahmepflicht und der Entsorgungspflicht ergibt, den Branchen überlassen wird. Diese haben sich wie die SWICO in Bezug auf die elektronischen und einige weitere Geräte (IT, Büro, Unterhaltungselektronik), die SENS in Bezug auf die Haushaltgeräte sowie die SLRS (Stiftung Leuchten Recycling) entsprechend organisiert.

- 8 Die in die Vernehmlassung gegebene Totalrevision der VREG (VE-VREG) verlässt diesen Pfad und führt als Grundsatz für die elektrischen und elektronischen Geräte die Entsorgungsgebühr ein, während die Branchenlösung zur Ausnahme werden soll.

## **B. Einbettung der Abfallentsorgung in die Wettbewerbswirtschaft**

- 9 Es ist anerkannt, dass ausserhalb des Entsorgungsmonopols grundsätzlich der Wettbewerb gilt und folglich auch die Wirtschaftsfreiheit und die Wettbewerbsneutralität gemäss Art. 27 BV und Art. 94 Abs. 1 BV zu wahren sind<sup>8</sup>. Demzufolge hat sich die Regelung in diesen Bereichen daran zu orientieren. Die Wirtschaftsfreiheit und die Wettbewerbsneutralität stehen dem Schutz der Umwelt als gleichgeordnete Ziele gegenüber. Soweit es um Einschränkungen der Wirtschaftsfreiheit geht, ist Art. 36 BV zu beachten. Neben dem öffentlichen Interesse, das sich aus den anwendbaren Bestimmungen des USG konkretisieren lässt, und für die Einschränkung eines Grundrechts vorhanden sein muss, muss sich eine getroffene Massnahme auf eine ausreichende gesetzliche Grundlage abstützen können und verhältnismässig sein. Dies bedeutet zunächst, dass die Massnahmen zur Erreichung eines Zieles geeignet sein müssen. Trägt eine Massnahme zur Zielerreichung nichts bei oder erschwert oder verhindert sie sogar die Zielerreichung vollständig, erweist sie sich als ungeeignet (Präzision der Massnahme)<sup>9</sup>. Weiter muss die Massnahme erforderlich sein. Dies bedeutet, dass diese in persönlicher, sachlicher, zeitlicher und räumlicher Hinsicht nicht weiter gehen darf als dies zur Erreichung des Zieles notwendig ist (Intensität des staatlichen Eingriffs)<sup>10</sup>. Schliesslich muss die Massnahme zumutbar sein. Es muss ein vernünftiges Verhältnis zwischen dem anzustrebenden Ziel und dem Eingriff, den die Massnahme für die Privaten zur Folge hat, gegeben sein. Dies ist mittels einer wertenden Abwägung zwischen den öffentlichen Interessen an der Massnahme und den betroffenen Privaten Interessen zu bestimmen<sup>11</sup>.

- 10 Für die Beurteilung der Totalrevision der VREG sind zwei Aspekte bedeutsam. Zum einen wurde bislang wegen den besonderen Entsorgungswegen der elektrischen und elektronischen Geräte einerseits die Rückgabepflicht und andererseits die Rücknahmepflicht und Entsorgungspflicht insbesondere der Händler (Inverkehrbringer) statuiert (Art. 4 f. VREG), um eine möglichst weitgehende Wiederverwertung der verwendeten Materialien und Stoffe zu erreichen und für den nicht wiederverwertbaren Rest die umweltgerechte Entsorgung. Weil dieses Ziel den Einbezug der Entsorgungsunternehmen not-

---

<sup>8</sup> BRUNNER/TSCHANNEN, Kommentar USG, Vorbemerkungen zu Art. 30-32e N 25.

<sup>9</sup> HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 522.

<sup>10</sup> HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 527 ff.

<sup>11</sup> HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 555 ff.

wendig machte, werden in Art. 6 VREG zum andern auch Anforderungen an die Entsorgung gestellt. Beide Massnahmen führen zu einem Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit, sowohl die Rücknamepflicht der Händler wie auch die Anforderungen an die Entsorgung für die Entsorgungsunternehmen. Insoweit unterstehen die Händler und die Entsorgungsunternehmen auch der staatlichen Kontrolle<sup>12</sup>. Im Übrigen aber sind sowohl die Händler wie auch die Entsorgungsunternehmen frei, namentlich auch was die Preisfestsetzung angeht. Für die Händler bedeutet dies insbesondere, dass es ihnen frei steht, wie sie die Entsorgung finanzieren und ob sie die Kosten der Entsorgung an die Konsumentinnen und Konsumenten überwälzen wollen. Auf der anderen Seite können die Entsorgungsunternehmen die Abnahmepreise frei vereinbaren. Ebenso ist es Sache der Branchenorganisation, die Höhe des VRB festzusetzen.

11 Damit das gesamte System, die Rückgabepflicht der Inhaber, die Rücknahme- und Entsorgungspflicht der Händler und die umweltgerechte Entsorgung funktioniert, sind Branchenlösungen getroffen worden, welche sich ebenso auf Art. 41a USG abstützen. Zusammengefasst funktioniert insbesondere die SWICO so, dass sie die vom Handel zurückgenommenen Geräte einsammelt und den Entsorgern zuführt. Die Händler ihrerseits bezahlen der SWICO für das Einsammeln, Transportieren und Entsorgen sowie für das Controlling und die Compliance einen Beitrag. Diesen Beitrag überwälzen die Händler auf ihre Kunden. Daneben können die Endverbraucher und Betriebe die Geräte auch bei den Entsorgern oder den Sammelstellen abliefern<sup>13</sup>. Die Gestaltungsfreiheit und die geringstmögliche Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit bilden einen grossen Vorteil der Branchenlösung<sup>14</sup>. Zudem hat die Branchenlösung auch dazu beigetragen, dass die Verwertung ausgedehnt wurde, obwohl dies noch gar nicht im Zweck der VREG lag, die in Art. 1 VREG einzig die umweltverträgliche Entsorgung nennt<sup>15</sup>.

12 Der Nachteil von Branchenlösungen besteht jedoch in den sogenannten Trittbrettfahrern, was immer wieder hervorgehoben wird. Diese bilden bei der SWICO selbst allerdings eine kleine Minderheit, welche die Branchenlösung nicht im Grundsätzlichen in Frage stellt. Im jetzigen System, das auf Freiwilligkeit beruht, können diese nicht erfasst werden. Sind in erheblichem Ausmass Trittbrettfahrer vorhanden, besteht die Gefahr von Wettbewerbsverzerrungen, weil die ausserhalb der Branchenlösung stehenden Unternehmen auch den VRB nicht auf ihre Produkte zuschlagen müssen<sup>16</sup>. Sodann bestehen insbesondere die Direkteinkäufe der Endverbraucher aus dem Ausland, die mit dem elektronischen Handel vereinfacht getätigt werden können. Ausländische Firmen ohne Geschäftssitz in der Schweiz können aber nicht erfasst werden. Das BAFU weist in den Erläuterungen zur Vernehmlassungsvorlage ausdrücklich darauf hin<sup>17</sup>.

---

<sup>12</sup> BRAUN, S. 238.

<sup>13</sup> Vgl. auch BRAUN, S. 193.

<sup>14</sup> BRUNNER, Kommentar USG, Art. 32a<sup>bis</sup> N 17.

<sup>15</sup> BRAUN, S. 239.

<sup>16</sup> BRAUN, S. 239; WAGNER PFEIFER, Umweltrecht - Allgemeine Grundlagen, S. 57; *dies.*, Umweltrecht – Besondere Regelungsbereiche, S. 141; vgl. zum Problem der Trittbrettfahrer auch BRUNNER, Kommentar USG, Art. 32a<sup>bis</sup> N 17.

<sup>17</sup> Vgl. Erläuterungen zum VE-VREG, S. 15.

13 Damit stellt sich weiter die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Branchenlösung aufgegeben und damit die Wirtschaftsfreiheit eingeschränkt werden kann. Dabei ist einerseits zu berücksichtigen, dass Art. 41a USG das Kooperationsprinzip statuiert und andererseits aber Art. 32c USG eine Rechtssetzungsdelegation an den Bundesrat vorsieht und dieser die vorgezogene Recycling Gebühr einführen kann.

## II. VORGABEN BEI DER EINFÜHRUNG EINER VEG

### A. Branchenlösung versus Vorgezogene Entsorgungsgebühr (VEG)

#### 1. Stellenwert der Branchenlösungen: Tragweite von Art. 41a USG

14 Die Tragweite von Art. 41a USG ist insgesamt zwar nicht ganz unumstritten. Gleichwohl war und ist diese Bestimmung zu Recht wegleitend beim Erlass der VREG. Gemäss Art. 41a Abs. 2 USG fördern Bund und Kantone Branchenvereinbarungen durch die Vorgabe mengenmässiger Ziele und entsprechender Fristen. Nach Art. 41a Abs. 3 USG hat der Bund vor Erlass von Ausführungsvorschriften die freiwilligen Massnahmen zu prüfen. Soweit möglich und notwendig übernehmen Bund und Kantone Branchenvereinbarungen ganz oder teilweise in das Ausführungsrecht.

15 Bereits aus dem Wortlaut der Bestimmung ergibt sich zwar, dass Art. 41a USG nicht das Subsidiaritätsprinzip in dem Sinne statuiert, dass Branchenlösungen Vorrang vor den gesetzlichen Regelungen haben müssen<sup>18</sup>. Insofern statuiert Art. 41a USG keinen generellen Anspruch auf Zuwarten mit dem Erlass von staatlichen Regelungen<sup>19</sup>. Allerdings verlangt Art. 41a USG eine Prüfung derselben, was auf das Verhältnismässigkeitsprinzip weiter verweist<sup>20</sup>. Dem Bundesrat kommt beim Erlass einer entsprechenden Verordnung wohl ein weiter Ermessensspielraum zu. Das Ermessen ist jedoch pflichtgemäss und somit im Rahmen der verfassungsrechtlichen Rechte und Prinzipien auszuüben<sup>21</sup>. Dies ändert auch nichts daran, dass Bundesgesetze gemäss Art. 190 BV verbindlich sind, weil bundesrätliche Verordnungen stets an die Verfassung gebunden bleiben. Auch bedeutet Art. 190 BV nicht, dass der Bundesrat von der Verfassung oder den gesetzlichen Vorgaben abweichen könnte. Vielmehr hat er sich sowohl an das Gesetz wie auch an die Bundesverfassung zu halten, es sei denn, der Gesetzgeber würde ihm ausdrücklich erlauben, davon abzuweichen<sup>22</sup>. Dies ist jedoch nicht der Fall, wie sich aus den Materialien zu Art. 41a USG ergibt<sup>23</sup>. Demzufolge bestehen durchaus Rechtsansprüche der Privaten und namentlich der Teilnehmer an Branchenlösungen, dass der Bundesrat nur dann und insoweit Verordnungen erlässt, als er sich an den Rahmen des Gesetzes und an die Verfassung hält.

16 Der Gesetzgeber nahm zwar den Grundsatz des Vorranges der Branchenlösungen nicht in das Gesetz auf, verstand jedoch Art. 41a USG durchaus so, dass Branchenlösungen

---

<sup>18</sup> BRUNNER, Kommentar USG, Art. 41a N 79.

<sup>19</sup> WAGNER PFEIFER, Umweltrecht – Allgemeine Grundlagen, N 157.

<sup>20</sup> Vgl. soeben, Rz. 9 ff.

<sup>21</sup> HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 434.

<sup>22</sup> Vgl. etwa BGE 143 II 87 E. 4.4.

<sup>23</sup> Vgl. die Aufarbeitung der parlamentarischen Verhandlungen bei BRUNNER, Kommentar USG, Art. 41 N 79.

der Vorzug eingeräumt werden sollte<sup>24</sup>. Das Verhältnismässigkeitsprinzip als individuell durchsetzbares verfassungsrechtliches Prinzip (Art. 5 Abs. 2 BV) nimmt den Gedanken des Subsidiaritätsprinzips insofern auf, als staatliche Massnahmen nur soweit notwendig ergriffen werden dürfen. Namentlich ist bei Erlass der staatlichen Regelungen allgemein und bei Erlass von Verordnungen im Besonderen zu prüfen, ob mit den Branchenlösungen die konkreten Ziele des Umweltschutzes ebenso wirksam erreicht werden können wie mit staatlichen Massnahmen<sup>25</sup>. Zu Recht wird denn auch darauf hingewiesen, dass Art. 41a USG – wenn auch zugegebenermassen in einem etwas verunglückten Wortlaut – zum Ausdruck bringt, dass der Erlass von staatlichen Regelungen notwendig sein und danach auch ein Bedarf bestehen muss<sup>26</sup>. Der Erlass von allgemeinverbindlichen Ausführungsvorschriften durch den Bundesrat ist somit nicht angezeigt, wenn die Anstrengungen der Wirtschaft die Ziele des Gesetzes gleich schnell, wirksam und effizient erreichen können. Der Staat soll nicht ohne Not eine bereits bewährte Lösung durch ein andersartiges staatliches Konzept ersetzen<sup>27</sup>. Insofern bildet das in Art. 41a USG statuierte Kooperationsprinzip höchstens als untere Grenze bloss eine Leitlinie<sup>28</sup>. Wird das Verhältnismässigkeitsprinzip jedoch nicht mehr eingehalten, bestehen von Verfassungs wegen individuelle Rechtsansprüche, die sich im Rahmen einer konkreten Normenkontrolle auch überprüfen lassen. Gleiches gilt unabhängig von Art. 41a USG, wenn sich eine Verordnung als willkürlich erweist (Art. 9 BV) oder die Wirtschaftsfreiheit nicht beachtet (Art. 27 BV).

## 2. Stellenwert der Branchenlösungen im Abfallrecht: Tragweite von Art. 32a<sup>bis</sup> USG

- 17 Für die vorliegende Fragestellung bedeutsam ist, dass Art. 32a<sup>bis</sup> USG dem Bundesrat ein Entschliessungsermessen einräumt, ob er die vorgezogene Entsorgungsgebühr einführen will oder nicht<sup>29</sup>. Massstab hierzu ist Art. 41a USG, wonach der Staat soweit möglich privatrechtliche Regelungen über vorgezogene Recyclingbeiträge den Vorrang einräumen soll<sup>30</sup>, was sich wiederum an der Wirtschaftsfreiheit und insbesondere am Verhältnismässigkeitsprinzip ausrichten muss. Wegleitendes öffentliches Interesse sind die Ziele der Regelung im USG über die Abfallentsorgung. Gemäss der bestehenden Branchenlösung bei den SWICO-Geräten steht insbesondere das Ziel gemäss dem Abfallrecht im Vordergrund, die Geräte und deren Bestandteile zu verwerten oder, soweit dies nicht möglich ist, den umweltrechtlichen Vorschriften und dem Stand der Technik entsprechend zu entsorgen<sup>31</sup>. Angewendet auf die Branchenvereinbarungen im Bereich der SWICO-Geräte bedeutet dies, dass diese für die Zielerreichung grundsätzlich geeignet sein müssen. Die Branchenvereinbarung muss sodann die Ziele – im konkreten Fall somit das Ziel der Verwertung vor der Entsorgung – zumindest ebenso gut erreichen wie

<sup>24</sup> Vgl. BRUNNER, a.a.O.; BRAUN, S. 245.

<sup>25</sup> Vgl. WAGNER PFEIFER, Umweltrecht – Allgemeine Grundlagen, N 156.

<sup>26</sup> WAGNER PFEIFER, Umweltrecht – Allgemeine Grundlagen, N 157.

<sup>27</sup> BRUNNER, Kommentar USG, Art. 41a N 69.

<sup>28</sup> WAGNER PFEIFER, Umweltrecht – Allgemeine Grundlagen, N 156.

<sup>29</sup> BRUNNER, Kommentar USG, Art. 32 a<sup>bis</sup> N 28.

<sup>30</sup> BRUNNER, Kommentar USG, Art. 32a<sup>bis</sup> N 2, 7; Art. 41 a USG und Art. 32a<sup>bis</sup> wurden zusammen erlassen.

<sup>31</sup> Vgl. vorne, Rz. 10; zu den Zielen der Abfallwirtschaft, GIRFFEL, Umweltrecht, S. 144; BRUNNER/TSCHANNEN, Kommentar Umweltrecht N 26.

eine staatliche Regelung, sodass sich die staatliche Regelung nicht als notwendig erweist<sup>32</sup>. Wenn sich aber die staatliche Regelung als notwendig erweist, wird wohl auch ein überwiegendes Interesse an dieser meistens gegeben sein. Das öffentliche Interesse muss aber gleichwohl von grösserem Gewicht sein, was immerhin bei einzelnen Massnahmen, die zur umweltrechtlichen Zielerreichung wenig betragen, ebenso in Frage gestellt sein kann.

### **3. Fazit: Prüfungsmassstab der Revision der VREG: Das Verhältnismässigkeitsprinzip**

18 Mit der Vernehmlassungsvorlage der VREG werden zwei Ziele verfolgt: Die SWICO-Geräte sowie ihre Bestandteile sollen wiederverwendet oder umweltverträglich und nach dem Stand der Technik entsorgt werden (Art. 1 Abs. 1 VE-VREG). Dem Grundsatz nach soll für SWICO-Geräte die vorgezogene Entsorgungsgebühr eingeführt werden. Nach Art. 10 VE-VREG wird dem Grundsatz nach die vorgezogene Recyclinggebühr eingeführt (VEG) (Grundsatzobligatorium). Branchenorganisationen können sich für ihre Mitglieder, die Herstellerinnen und Hersteller von Geräten und Bestandteilen, auf Gesuch hin von der Gebührenpflicht befreien (Art. 11 VE-VREG). Bereits in Bezug auf diese grundsätzliche Abkehr von den Branchenlösungen stellt sich die Frage, ob der Verordnungsentwurf das Verhältnismässigkeitsprinzip ausreichend respektiert und dementsprechend das Ermessen pflichtgemäss ausgeübt wird.

## **B. Zur Einführung der VEG**

### **1. Einordnung der vorgesehenen Ausnahmeregelung in Art. 11 VREG**

19 Bereits von einer übergeordneten Perspektive aus betrachtet, muss festgehalten werden, dass zumindest für SWICO die Einführung einer VRG nicht verhältnismässig sein kann, nachdem es die Branche selbst war, welche das umweltrechtliche Ziel „Verwertung vor Entsorgung“ erreichte, ohne dass dies im Zweck von Art. 1 VREG festgeschrieben war. Das Grundsatzobligatorium erweist sich deshalb zumindest für SWICO nicht als notwendig.

20 Diesen Punkt nimmt Art. 11 VE-VREG auf, wenn danach für gewisse Branchen Ausnahmen zugelassen werden, wobei einige Bestimmungen der VREG auch auf diejenigen anwendbar sind, welche einer Branchenlösung unterstehen (Art. 11 Abs. 4 VE-VREG). Dies sind:

- Art. 1 – 9 VE-VREG (1. Abschnitt: Allgemeine Bestimmungen; 2. Abschnitt: Information, Rückgabe, Rücknahme und Entsorgung);
- Art. 13 VE-VREG (3. Abschnitt: Meldepflicht);
- Art. 29 und 31 VE-VREG (5. Abschnitt: Meldepflichten zu Material- und Stoffflüssen, Auditierung);
- Art. 32 – 36 VE-VREG (6. Abschnitt: Schlussbestimmungen: insbesondere Vollzugshilfe des BAFU, Inkraftsetzung von Art. 11 VE-VREG am 1. Januar 2022).

---

<sup>32</sup> Vgl. zum Ganzen auch BRAUN, S. 246 f.

21 Mit dem Grundsatzobligatorium und der Befreiung hiervon, wird gewissermassen eine Bewilligungspflicht für die Branchenlösung eingeführt. Zumindest ist die Ausgangslage mit der präventiv wirkenden Bewilligung als klassische verwaltungsrechtliche Massnahme vergleichbar. Eine Bewilligungspflicht bedeutet, dass eine bestimmte Tätigkeit präventiv auf die Übereinstimmung mit der Rechtsordnung geprüft werden soll. Eine Tätigkeit darf vor der Erteilung der Bewilligung nicht ausgeübt werden, weshalb auch von einem Tätigkeitsverbot mit Befreiungsvorbehalt gesprochen wird<sup>33</sup>. Im vorliegenden Fall wird vorerst die Einhaltung der Voraussetzungen gemäss Art. 11 Abs. 1 VE-VREG geprüft und hat die Befreiung von der Gebührenpflicht zudem wie die Bewilligung in dem Sinne konstitutive Wirkung, als erst mit der Erteilung der Befreiung auch die Gebührenpflicht entfällt.

22 Werden in Bezug auf diejenigen, welche einer Branchenlösung unterstehen, weitergehende Pflichten auferlegt, als sie in der Branchenlösung vorgesehen sind, hat der Verordnungsgeber ebenso die Voraussetzungen von Art. 41a Abs. 3 USG zu beachten. In diesem Zusammenhang, weil den Herstellerinnen und Herstellern weitergehende Pflichten auferlegt werden, wird auch der zweite Satz von Art. 41 a Abs. 3 USG bedeutsam, wonach Branchenvereinbarungen soweit als möglich und notwendig in das Ausführungsrecht zu übernehmen sind. Es kommt somit wiederum das Verhältnismässigkeitsprinzip zur Anwendung, welches namentlich die Geeignetheit und Notwendigkeit der Regelung verlangt. Als notwendig kann sich die Übernahme einer Branchenvereinbarung dann erweisen, wenn sich die Übernahme gestützt auf das Vertrauensprinzip aufdrängt, um getätigte Investitionen zu schützen<sup>34</sup>. Denkbar sind in diesem Zusammenhang verschiedene Stufen der Übernahme und Berücksichtigung der Branchenlösungen: (i) Die Branchenlösungen können als Orientierung für die eigene Regelung dienen und übernommen werden; (ii) es können Ausführungsvorschriften erlassen werden, welche in erster Linie die Branchenlösung flankieren und die Eigenverantwortung unterstützen; (iii) das staatliche Recht führt im Lichte des Verhältnismässigkeitsprinzip zur keiner Verbesserung<sup>35</sup>.

## 2. Vorweg: Zur Stellungnahme der Erläuterungen zur VE-VREG betreffend Trittbrettfahrer

### 2.1 Weitergeltung der VREG

23 Obwohl die Problematik der Trittbrettfahrer bzw. Aussenseiter umfassend sowohl in der Literatur<sup>36</sup> wie auch in den Erläuterungen zum VE-VREG erkannt wird, greift der VE-VREG dieses Problem ausdrücklich nicht auf. Die Herstellerinnen und Hersteller sowie Importeure einer gewissen Geräteart sind auch dann vom obligatorischen Finanzierungssystem mit VEG befreit, wenn sie bei der Branchenlösung nicht mitmachen. Diese bleiben in der Folge Angehörige der betreffenden Branche und bleiben damit, weil Art. 11 VE-VREG die Gebührenbefreiung von der Branchenlösung abhängig macht, auch von

<sup>33</sup> HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 2653 f.

<sup>34</sup> Vgl. dazu BRAUN, S. 252 f.

<sup>35</sup> BRUNNER, Kommentar USG, Art. 41a N 71.

<sup>36</sup> So BRUNNER, Kommentar USG, Art. 41a N 47, Art. 32a<sup>bis</sup> N 17; BRAUN, S. 255 f.; WAGNER PFEIFER, Umweltrecht – Besondere Regelungen, N 590.



der Gebührenpflicht befreit. Es wird ausdrücklich festgehalten, dass auch solche Marktteilnehmer auf den Markt gelangen dürfen, selbst wenn sie sich der Branchenlösung nicht anschliessen<sup>37</sup>. Für die daraus entstehenden Finanzierungslücken muss die Branche selbst aufkommen<sup>38</sup>. Nicht erfasst werden auch die von den Endverbraucherinnen und Endverbrauchern importierten Geräte, sei es über den Direktimport, sei dies über den Online-Handel<sup>39</sup>. Damit werden die hauptsächlichen Nachteile, welche Branchenlösungen mit sich bringen, kurzer Hand vom Tisch gewischt.

- 24 Von der Warte von SWICO aus betrachtet, welche für ihre Geräte ein unbestrittenermassen sehr gut funktionierendes Sammel-, Verwertungs- und Entsorgungssystem aufgebaut hat, bedeutet dies, dass damit für all diejenigen ein Wettbewerbsnachteil entsteht, welche weiterhin an der Branchenlösung teilnehmen und den VRB weiterhin an den Branchenverband bezahlen, während die Trittbrettfahrer davon befreit sind. Zwar soll die Gebührenbefreiung gemäss Art. 11 Abs. 2 VE-VREG alle fünf Jahre überprüft werden. Doch besteht die Alternative, falls sich ein zu grosser Teil der Branche von der Branchenlösung abwendet, einzig darin, dass die Befreiung nicht mehr erteilt und damit die Gebührenpflicht für die gesamte Branche eingeführt wird. Dieser Fall dürfte dann eintreten, wenn die Verordnung nachteilige und kostspielige Auflagen zu Lasten der Branche einführt. Immerhin bleibt auch für diejenigen, welche sich nicht an der Branchenlösung beteiligen, die Pflicht zur Rücknahme gemäss Art. 6 VE-VREG und Entsorgung nach Art. 8 f. VE-VREG bestehen, wie dies auch heute der Fall ist (vgl. Art. 4 ff. VREG).
- 25 Wie ausgeführt gelten dort, wo die Abfälle nicht dem Monopolbereich unterstellt sind, wie dies für die SWICO-Geräte der Fall ist, die Wirtschaftsfreiheit und damit auch das Gebot der Wettbewerbsneutralität gemäss Art. 27 BV und Art. 94 BV<sup>40</sup>. Wohl ist auch die Wettbewerbsneutralität nicht absolut zu verstehen und können Marktteilnehmer, die sich mit dem gleichen Angebot an das gleiche Publikum wenden und als direkte Konkurrenten auftreten – was bei Branchenteilnehmer ohne weiteres der Fall ist – auch ungleich behandelt werden. Allerdings müssen solche Eingriffe durch ein öffentliches Interesse, z.B. kultur-, oder sozialpolitischer Art, gerechtfertigt werden. Im vorliegenden Fall mangelt es, dort, wo die Branchenlösung funktioniert, jedoch bereits an einem öffentlichen Interesse an einer zusätzlichen Regulierung, wenn die Trittbrettfahrer im Entwurf zur totalrevidierten VREG ausgeklammert bleiben.
- 26 Auch im Lichte des Verhältnismässigkeitsprinzips ist es aufgrund des guten Funktionierens der Branchenlösung bezüglich der SWICO-Geräte und im Hinblick auf den Leistungsausweis bezüglich der Erreichung der umweltrechtlichen Ziele solange nicht notwendig, von der bisherigen Regelung abzuweichen, als weder die Trittbrettfahrer noch die Beschaffung der Geräte im Ausland erfasst werden. In dieser Hinsicht dürften abweichende Regelungen keinerlei Wirkung im Sinne eines Zusatznutzens im Vergleich zur bestehenden Lösung bewirken<sup>41</sup>. Die Einhaltung des Verhältnismässigkeitsprinzips ist

---

<sup>37</sup> Erläuterungen zum VE-VREG, S. 8.

<sup>38</sup> Erläuterungen zum VE-VREG, S. 15 f.

<sup>39</sup> Erläuterungen zum VE-VREG, S. 5, 16.

<sup>40</sup> Vorne, Rz. 9.

<sup>41</sup> Vgl. vorne, Rz. 21.

bereits im Grundsätzlichen nicht gewährleistet, womit die Voraussetzungen gemäss Art. 41a USG i.V.m. Art. 32a<sup>bis</sup> Abs. 1 USG nicht erfüllt werden.

27 Weil der Branchenverband SWICO aber ohnehin nur sehr wenige Aussenseiter zu verzeichnen hat, kann folglich mit guten Gründen in Frage gestellt werden, ob für die Branche der SWICO-Geräte überhaupt eine Regelung in Bezug auf die Trittbrettfahrer gesucht werden muss. Demzufolge kann für die SWICO-Geräte auch ohne weiteres die bisherige Regelung in der bestehenden VREG beibehalten werden. Es würde genügen, die VEG nur für diejenigen Branchen einzuführen, bei welchen in tatsächlicher Hinsicht erstellt ist, dass sie die umweltrechtlichen Ziele nicht oder nicht ausreichend erfüllen. Der Geltungsbereich des VE-VREG könnte deshalb insofern eingeschränkt werden, als einzig die elektrischen Geräte erfasst werden. In diesem Zusammenhang ist zudem darauf hinzuweisen, dass der Titel im Entwurf der VREG ohnehin nicht korrekt ist, da es darin im Grundsatz und der Hauptsache nach um die Einführung der vorgezogenen Entsorgungsgebühr geht und nicht einzig um die Rückgabe-, Rücknahme- und Entsorgungspflicht.

## 2.2 Einführung der Gebührenpflicht für Trittbrettfahrer

28 Wohl kann der Bundesrat ohne entsprechende Verfassungs- oder zumindest Gesetzesgrundlage kaum eine Allgemeinverbindlicherklärung<sup>42</sup> der Branchenlösungen anordnen und enthält auch das USG keine weitere gesetzliche Grundlage, welche es erlauben würde, erheblich in die Rechtsstellung der Aussenseiter einzugreifen. So wird z.B. eine Zwangsmitgliedschaft im Branchenverband oder eine Pflicht, den VRB zu bezahlen, ohne entsprechende Grundlage im USG nicht in Frage kommen<sup>43</sup>. Gleichwohl sind auch in der Literatur Lösungen angedacht, welche auf Verordnungsstufe eingeführt werden könnten. So wäre es denkbar, dass die Gebührenpflicht auch für diejenigen gilt, welche sich der Branchenlösung nicht anschliessen<sup>44</sup>. Bei dieser Lösung würde eine gewisse Konkurrenz zwischen dem Grundsatzobligatorium und der Branchenlösung entstehen. Es wird zwar auch darauf hingewiesen, dass dann ein faktischer Zwang zum Beitritt zur Branchenorganisation geschaffen werden könnte, wenn sich die Verordnungsbestimmungen als weit strenger erweisen als die Bedingungen der Branchenvereinbarung<sup>45</sup>. Ob dies im konkreten Fall der Entsorgung von SWICO-Geräten eintreten wird, erscheint allerdings fraglich, weil die Zielsetzung sowohl bei der Gebührenpflicht wie auch bei der Branchenorganisation dieselbe ist, und es vor allem darum geht, dem Prinzip der Verwertung zum Durchbruch zu verhelfen. Von der Rücknahme- und Entsorgungspflicht sind denn auch sämtliche Beteiligte erfasst, unabhängig davon, ob sie einer Branchenlösung beigetreten sind oder nicht.

29 Auf diese Weise würde aber eine gewisse Wahlfreiheit der Herstellerinnen und Hersteller und der Importeure entstehen, welchem System sie sich anschliessen möchten. Bedin-

---

<sup>42</sup> So jedenfalls die Diskussion bei der Beratung über Art. 41a USG in der ständerätlichen Kommission, vgl. dazu BRUNNER, Kommentar USG, Art. 41a N 6; WAGNER PFEIFER, Umweltrecht – Allgemeine Grundlagen, N 155; BRAUN, S. 258.

<sup>43</sup> Vgl. dazu BRAUN, S. 258.

<sup>44</sup> Vgl. den Hinweis bei BRAUN, auf die damals geltende, heute ausser Kraft gesetzte Geflügelverordnung, S. 259.

<sup>45</sup> BRAUN, S. 260.

gung wäre allerdings auch in diesem Fall, dass in der Verordnung zu Lasten der Branchen keine kostentreibenden Auflagen enthalten sind und die Branchenlösung in diesem Sinn auch konkurrenzfähig ist. Es dürfen keine unverhältnismässigen Eingriffe in die Wirtschaftsfreiheit der Branchenmitglieder und zu Lasten der Branchenlösung in den VE-VREG aufgenommen werden.

### 2.3 Exkurs: Anschlusspflicht

30 Wie soeben erwähnt, ist es anerkannt, dass eine Pflicht der Betriebe, sich einer Branchenlösung anzuschliessen bzw. dem Branchenverband die VRB zu bezahlen, einer formell-gesetzlichen Grundlage bedürfte. Unter Einbezug einer möglichen Änderung des USG wäre dies eine Alternative zur Einführung einer generellen Gebührenpflicht. Diese würde damit hinfällig. Damit würde auch die im VE-VREG vorgesehene gesamte Organisation hinfällig, wenn eine gesetzlich vorgesehene Anschlusspflicht auf sämtliche Branchen anwendbar wäre. Ein Beispiel einer solchen Pflicht findet sich in Art. 60 BBG<sup>46</sup>, wonach der Bundesrat einen Berufsbildungsfonds, welcher der Durchführung der Berufsbildung, Weiterbildung und der Prüfungen der Berufsbildung dient, auf Gesuch der Organisationen der Arbeitswelt hin als verbindlich erklären und die Betriebe der Branche zur Entrichtung der Beiträge an den Berufsbildungsfonds verpflichten kann. Eine sinngemässe Lösung, bei welcher der Gesetzgeber dem Bundesrat die Kompetenz zur Einführung einer Anschlusspflicht einräumt, wäre auch im vorliegenden Fall denkbar. Damit könnte zudem je nach Branche von einer Anschlusspflicht auch abgesehen werden, wenn die Trittbrettfahrer keine weitere Bedeutung haben. Wie erwähnt, würde dies jedoch eine Änderung des USG erfordern.

### 3. Beurteilung der einzelnen, bei der Branchenlösung geltenden Bestimmungen im VE-VERG

31 Nachfolgend ist auf die einzelnen Bestimmungen einzugehen, soweit sie für die Branchenlösung von SWICO von Interesse sind. Dabei wird der Einfachheit halber chronologisch vorgegangen. Die Ausführungen verstehen sich als Eventualbegründungen, falls die SWICO-Geräte nicht ohnehin vom Geltungsbereich des VE-VREG ausgenommen werden oder eine andere Lösung unter Einbezug einer Änderung des USG gesucht wird.

32 Den Ausführungen wird zudem Art. 27 BV und Art. 41a Abs. 3 USG zugrunde gelegt. Wegleitend bleibt im Einzelnen das Verhältnismässigkeitsprinzip, namentlich die Elemente der Geeignetheit und Notwendigkeit im Hinblick auf das umweltrechtliche Ziel des Verwertens vor dem Entsorgen, wie es nunmehr auch in Art. 1 VE-VREG festgehalten wird. Aber auch sonst ist dem Kooperationsprinzip gemäss Art. 41a Abs. 1 USG Rechnung zu tragen. Zudem ist die jetzt geltende Regelung in der VREG wegleitend.

---

<sup>46</sup> Berufsbildungsgesetz vom 13. Dezember 2002, SR 412.10.

### 3.1 Titel

33 Der Titel der Verordnung ist missverständlich. Mit der Einführung des Grundsatzobligatoriums wird ebenso die vorgezogene Entsorgungsgebühr eingeführt. Diese muss im Titel miterwähnt werden.

### 3.2 1. Abschnitt

34 *Art. 1 Abs. 1:* Nicht ganz schlüssig ist, weshalb die Verordnung von Wiederverwendung spricht, weil das USG den Begriff der Verwertung gebraucht und damit die Wiederverwendung mitgemeint ist, wie dies auch aus Art. 30d USG hervorgeht. Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb von dieser Terminologie abgewichen werden soll<sup>47</sup>.

35 *Art. 2 Abs. 1 lit. b:* anstelle der „Finanzierung der Entsorgung“ sollte es – je nachdem, ob die SWICO-Geräte von der Verordnung ausgenommen werden – heissen: die vorgezogene Entsorgungsgebühr<sup>48</sup>.

36 *Art. 2 Abs. 3:* Dem Vorschlag, dass die Liste der Geräte in einer Departementsverordnung festgehalten wird, kann gefolgt werden. Allerdings wird damit Art. 41a Abs. 1 USG übergangen, wonach der Bund mit den Organisationen der Wirtschaft zusammenarbeitet. Art. 2 Abs. 4 VREG räumt der Wirtschaftsbranche demgegenüber vor Erlass der Richtlinie mit der Liste ein Recht auf Anhörung ein. Mit Blick auf Art. 41a Abs. 1 USG sollte daran festgehalten werden.

37 *Art. 6:* Den Sammelstellen wird in der Verordnung ein erstaunlich grosses Gewicht eingeräumt. Das ist zum Teil nicht ganz nachvollziehbar. Das gilt insbesondere für Art. 6 Abs. 1 VE-VREG, wonach die Sammelstellen die Geräte nicht kostenlos zurücknehmen müssen, auch wenn sie Teil der Branchenlösung bilden sollen und zudem nach Art. 11 Abs. 1 lit. c VE-VREG kostendeckende Entschädigungsbeiträge von der Branche erhalten sollen bzw. Gebühren-finanziert sind.<sup>49</sup> Die Privilegierung der Sammelstellen ist nicht schlüssig und ein sachlicher Grund hierfür ist nicht ersichtlich. Die Bestimmung hält deshalb vor dem Rechtsgleichheitsgebot gemäss Art. 8 Abs. 1 BV kaum stand.

### 3.3 3. Abschnitt

38 *Art. 11:* Wie erwähnt<sup>50</sup> führt der VE-VREG im Ergebnis eine Bewilligungspflicht für die Branchenlösungen ein. Grundsätzlich gelten Bewilligungspflichten als schwere Eingriffe in die Wirtschaftsfreiheit und bedürfen deshalb einer Grundlage im Gesetz im formellen Sinn. Eine Bewilligungspflicht für die Branchenlösungen ist jedoch weder in Art. 32a<sup>bis</sup> USG noch in Art. 41a USG ausdrücklich vorgesehen<sup>51</sup>. Der Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit wiegt auch deshalb nicht leicht, weil die Bewilligung alle fünf Jahre erneuert werden muss und dies von einem politisch zusammengesetzten Fachgremium entschieden werden soll (Art. 23 f. VE-VREG). Die vorgeschlagene Bestimmung betreffend die Befreiung

<sup>47</sup> Vgl. Erläuterungen zum VE-VREG, S. 25; es ist zu vermuten, dass dies damit zusammenhängt, dass die Entsorgungspflichtigen gemäss Art. 8 VE-VREG die Geräte unter Beachtung der weiteren abfallrechtlichen Vorgaben auch wieder in Verkehr bringen können.

<sup>48</sup> Vgl. auch das zum Titel Gesagte, vorne, Rz. 33.

<sup>49</sup> Dazu sogleich, Rz. 38.

<sup>50</sup> Vgl. vorne, Rz. 21.

<sup>51</sup> UHLMANN, Basler Kommentar BV, Art. 27 N 40, mit Hinweis auf BGE 125 I 322 E. 3b.

weicht zudem in einigen Teilen von der bestehenden Branchenlösung von SWICO ab und enthält insbesondere zusätzliche Auflagen. Auch wenn die Befreiungsmöglichkeit von der Gebührenpflicht grundsätzlich eine dem Verhältnismässigkeitsprinzip entsprechende Lösung darstellt und die Weitergeltung von Branchenlösungen erlaubt, stellt sich die Frage, ob sich diese in der vorliegenden Form, d.h. mit einer fünfjährigen Befristung, ausreichend auf Art. 41a USG und Art. 32a<sup>bis</sup> USG abstützen lässt. Beide Bestimmungen enthalten keine derartigen Hinweise. Zudem wird dafür gehalten, dass gestützt auf Art. 41a USG zwar die Branchenlösung flankierende Regelungen zulässig sind, welche die Eigenverantwortung stützen. Dass jedoch die Branchenlösung gewissermassen der Bewilligungspflicht unterstellt wird, wird aus den genannten Bestimmungen nicht abgeleitet. Die gesetzliche Grundlage der Befreiungslösung, die praktisch einer Bewilligungspflicht für die Branchenlösung gleich kommt, kann dementsprechend mit guten Gründen in Frage gestellt werden.

- 39 *lit. a und c:* Vertragsparteien sollen neu auch die öffentlichen und privaten Sammelstellen sein, obwohl diese nicht verpflichtet sind, die Geräte kostenlos zurückzunehmen (vgl. Art. 6 VE-VREG). Gleichwohl sollen diese kostendeckende Entschädigungsbeiträge erhalten (lit. c). Hierzu ist zunächst festzuhalten, dass die bislang nicht in die Branchenlösung eingebundenen Sammelstellen gesamtschweizerisch zu zahlreich sind – jede Gemeinde in der Schweiz verfügt über mindestens eine solche Sammelstelle – um mit jeder Sammelstelle eine Einigung zu finden. Sodann ist auch der Anspruch auf Entschädigung der Sammelstellen gemäss Art. 11 lit. c VE-VREG nicht mit Art. 6 VE-VREG koordiniert. Letztere Bestimmung erlaubt es e contrario, dass die Sammelstellen eine Entsorgungsgebühr verlangen dürfen, wiewohl ihre Kosten bereits über den VRB gemäss Art. 11 lit. c VE-VREG gedeckt sind. Damit erhalten die Sammelstellen eine doppelte Einnahmequelle. Handelt es sich um Sammelstellen der Gemeinden und erheben die Sammelstellen eine Gebühr im verwaltungsrechtlichen Sinne, müssen diese jedoch das Kostendeckungsprinzip einhalten. Mit dieser zweifachen Einnahmequelle trägt der Entwurf dem gebührenrechtlichen Kostendeckungsprinzip nicht Rechnung. Zudem ist es widersprüchlich, wenn Art. 11 lit. c VE-VREG kostendeckende Beiträge voraussetzt, Art. 6 VE-VREG aber die Erzielung von Einnahmen ermöglicht, die darüber hinausgehen. Darüber hinaus werden die Sammelstellen, wenn sie auf eine doppelte Einnahmequelle abstellen können, gegenüber den anderen Teilnehmern der Branchelösung und insbesondere gegenüber den Rücknahmepflichtigen gemäss Art. 6 VE-VREG privilegiert. Dies hält vor dem Rechtsgleichheitsgebot nicht ohne weiteres stand, weil ein sachlicher Grund für diese Ungleichbehandlung nicht ersichtlich ist.
- 40 Damit in Zusammenhang steht auch, dass eine ausdrückliche Verpflichtung der Sammelstellen fehlt, die von ihnen erzielten Einnahmen aus der Rücknahme dem VRB anzurechnen. Wenn diese ausdrückliche Verpflichtung fehlt, erhalten die Sammelstellen innerhalb der Branche eine sehr grosse Verhandlungsmacht. Es besteht folglich eine erhebliche Gefahr, dass die heute bestehende Branchenlösung anstatt weiter gestärkt, geschwächt wird und sie sich bei Nichteinigung auflösen muss.
- 41 Da der Einbezug der Sammelstellen über die bisherigen Branchenlösungen hinausgeht und die Vertragsparteien vorbestimmt, müsste zudem das Verhältnismässigkeitsprinzip

beachtet werden, damit die Voraussetzungen von Art. 41a Abs. 3 USG eingehalten werden. Die Notwendigkeit, die Branchen dazu zu verpflichten, die Sammelstellen miteinzu-beziehen, ist nicht ohne weiteres ersichtlich. Keinesfalls verhältnismässig bzw. zur Ziel-erreichung notwendig ist es jedenfalls, die Sammelstellen von der kostenlosen Rücknah-mepflicht zu befreien und ihnen einen Anspruch auf eine Entschädigung einzuräumen.

- 42 Fraglich ist in lit. c zudem grundsätzlich, inwiefern eine Regelung zu den Entschädi-gungsbeiträgen überhaupt notwendig ist und dies nicht der freien Gestaltung der Bran-chenteilnehmer überlassen werden kann. Bei den Entsorgungsunternehmen und Trans-porteuren handelt es sich um privatwirtschaftliche Unternehmen, denen auf der einen Seite ein angemessener Gewinn zugestanden werden muss. Auf der anderen Seite sorgt die Branche der Hersteller wiederum dafür, dass die Entsorgungs- und Verwertungs-preise nicht zu hoch ausfallen, um die Wettbewerbsfähigkeit zu erhalten. Es ist nicht er-sichtlich, welchem öffentlichen Interesse es dienen soll, wenn der Ordnungsgeber in dieses Verhandlungsgleichgewicht eingreift. Umgekehrt ausgedrückt ist nicht ersichtlich, inwiefern die umweltrechtlichen Ziele durch die bisherigen Verhandlungslösung gefähr-det gewesen wären. Somit ist diese Preisvorschrift auch nicht verhältnismässig und steht ebenso in Widerspruch zur Wirtschaftsfreiheit der Vertragsparteien wie auch zu Art. 41a Abs. 2 und 3 USG, indem die bisherige Branchenlösung, nämlich die Verhandlungslö-sung betreffend die Entschädigung, übergangen wird.
- 43 *lit. e:* Neuerding muss ein Beitrag an die private Organisation, die Auditierung der öffent-lichen Sammelstellen und der Entsorgungsunternehmen sowie die Meldepflichten geleis-tet werden. Die Notwendigkeit einer intensiveren staatlichen Kontrolle ist ebenfalls nicht dargetan, wenn die Branchenlösung bislang die umweltrechtlichen Ziele erreicht hat. Im Übrigen sind diese Aufsichtsabgaben nicht unumstritten, werden aber von der Gerichts-praxis als zulässig anerkannt, indem sie als Kausalabgaben qualifiziert werden<sup>52</sup>. Ge-mäss Art. 127 BV, der auch für Kausalabgaben gilt, bedürfen Abgaben einer Grundlage im Gesetz im formellen Sinn. Einzig die Festsetzung der Bemessungsgrundlagen kann an den Ordnungsgeber delegiert werden. In formeller Hinsicht kann sich die Aufsichts-abgabe gemäss Art. 11 Abs. 1 lit. e VE-VREG zwar noch auf Art. 48 USG abstützen, wenn man sie den Kausalabgaben zuordnet. Allerdings müssten die Bemessungskrite-rien gleichwohl generell-abstrakt festgehalten werden und mit ausreichender Bestimm-heit aus dem Erlass hervorgehen<sup>53</sup>. Diesen Anforderungen wird Art. 11 Abs. 1 lit. e VE-VREG nicht gerecht. Über die Bemessungsgrundlagen sagt die Bestimmung praktisch nichts aus, ausser dass der Beitrag angemessen sein soll. Der Anforderung gemäss Le-galitätsprinzip, dass Erlasse ausreichend bestimmt formuliert sein müssen, trägt die Norm zu wenig Rechnung. Zudem müsste auch die absolute Höhe der Abgabe aus ei-nem generell-abstrakten Erlass hervorgehen.
- 44 *lit. f:* Als unverhältnismässig und nicht notwendig erweist sich auch die Liquiditätsvor-schrift. Die Bindung derart hoher Mittel – die Pflicht zur Reservebildung – kann dazu führen, dass Branchenlösungen nur schwer zu Stande kommen und die bestehenden Branchenlösungen gefährdet werden können, wenn das Geld nicht vorhanden ist. Damit

<sup>52</sup> HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 2775.

<sup>53</sup> HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 2810.

steht die Bestimmung Art. 41a Abs. 2 und 3 entgegen, wonach zunächst Branchenlösungen soweit als möglich zu bevorzugen sind und nicht weitergehend als notwendig eingeschränkt werden dürfen. Zudem sind Branchenlösungen zu fördern. Es ist nicht von der Hand zu weisen, dass diese Bestimmung Austritte aus der Branchenorganisation zur Folge haben wird, zumal der Organisation der Entsorgungslogistik gemäss Art. 30 VE-VREG keine solche Pflicht auferlegt wird. Diese Ungleichbehandlung zwischen der mit Gebührengeldern in Selbstorganisation aufgebaute Entsorgungslogistik und der Branchenlösung, wie sie sich aus dem VE-VREG ergibt, ist nicht schlüssig und ein sachlicher Grund hierfür ist nicht ersichtlich. Insofern wird auch in dieser Hinsicht das Rechtsgleichheitsgebot nach Art. 8 Abs. 1 BV verletzt. Zudem ist es fraglich, ob sie in dieser Formulierung auch notwendig ist oder ob zumindest für neue Branchenlösung eine Stufung der Reservebildung denkbar wäre, was sich wiederum aus dem Verhältnismässigkeitsprinzip ergibt.

45 Im Abs. 4 von Art. 11 VE-VREG fehlt es am Hinweis, dass im 4. Abschnitt das Fachgremium erwähnt wird, welches über die Gebührenbefreiung einer Branche entscheidet. Dies wäre zu ergänzen.

46 Zusammenfassend ergibt sich zu Art. 11 VE-VREG, dass die notwendige gesetzliche Grundlage für die Einführung einer eigentlichen Bewilligungspflicht für die Branchenvereinbarungen fehlt. Zudem entbehrt auch die der Branche auferlegte Aufsichtsabgabe gemäss lit. e einer ausreichend bestimmt formulierten gesetzlichen Grundlage. Die weiteren statuierten Voraussetzungen zur Gebührenbefreiung erweisen sich ferner als unverhältnismässig, vor allem in Bezug auf lit. a und f. Damit wird neben Art. 41a USG ebenso die Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 27 i.V.m. Art. 36 BV verletzt. Zudem verletzen die Voraussetzungen zum Teil auch das Rechtsgleichheitsgebot (lit. c i.V.m. Art. 6 VE-VREG; lit. f). Zum Teil sind Auswirkungen voraussehbar, die den Branchenlösungen und somit auch der Erreichung umweltrechtlicher Ziele durch die Branche entgegenwirken (lit. a und lit. f). Damit ist nicht nur die Ungeeignetheit – und insofern die Unverhältnismässigkeit – erstellt. Vielmehr müssen sich insbesondere die Voraussetzungen in Art. 11 Abs. 1 lit. a und f VE-VREG auch den Vorwurf der Willkür (Art. 9 BV) entgegenhalten lassen. Erweist sich eine Regelung als ungeeignet, indem sie die Verwirklichung eines öffentlichen Interesses geradezu verhindert, ist sie offensichtlich unverhältnismässig und damit willkürlich<sup>54</sup>.

47 *Art. 13:* Keine Bemerkungen.

### 3.4 4. Abschnitt

48 *Art. 23:* Die Zusammensetzung des Fachgremiums, welches nach Art. 24 Abs. 1 VE-VREG eine Empfehlung über die Befreiung von der Gebührenpflicht abgibt, ist politischer Natur, wie insbesondere Art. 23 Abs. 1 lit. b zeigt. Demnach sollen ein Kantonsvertreter, ein Verbandsvertreter der Transporteure, der Gemeinden und des Konsumentenschutzes darin Einsitz nehmen. Indessen handelt es sich bei der Prüfung, ob die Vorausset-

---

<sup>54</sup> TSCHENTSCHER, Basler Kommentar BV, Art. 9 N 8.

zungen nach Art. 11 VE-VREG gegeben sind, um eine rechtliche Prüfung. Sind die Voraussetzungen zur Gebührenbefreiung erfüllt, besteht ein Anspruch darauf, dass diese erteilt wird. Dem BAFU kommt in dieser Hinsicht kein Ermessensspielraum zu. Hinzu kommt, dass unter Umständen bereits bei den Vertretern gemäss lit. a Vertreter derjenigen Branche Einsitz nehmen, deren Gesuch um Befreiung gerade beurteilt werden soll, womit diese über ihr eigenes Gesuch bestimmen. In Bezug auf die Branchenvertreter selbst müssen, weil das Fachgremium im Verfahren um Gebührenbefreiung mitwirkt, die Ausstandsgründe von Art. 10 VwVG beachtet werden. Es gibt jedoch ohnehin keinen ersichtlichen Grund, ein Fachgremium einzusetzen, welches politisch zusammengesetzt ist. Wenn sich die Bewilligungsbehörde – hier das BAFU – das Fachwissen aneignen muss, ist ein von den Branchen unabhängiges Fachgremium zu bestellen (z.B. wie dies bei der EICom der Fall ist)<sup>55</sup>.

### 3.5 5. und 6. Abschnitt: Keine Bemerkungen

49 Art. 29 und 31 VE-VREG (5: Abschnitt: Meldepflichten zu Material- und Stoffflüssen, Auditierung)

50 Art. 32 – 36 VE-VREG (6: Abschnitt: Schlussbestimmungen: insbesondere Vollzugshilfe des BAFU, Inkraftsetzung von Art. 11 VE-VREG am 1. Januar 2022). Zu Art. 33 VE-VREG ist festzuhalten, dass sich diese Subdelegation abschliessend auf die Richtlinien zum Stand der Technik beschränken muss. Weitergehende Regelungen hat entweder der Gesetzgeber oder – soweit zulässig – der Verordnungsgeber zu erlassen.

### III. ZUSAMMENFASSUNG

51 Der VE-VREG verstösst in verschiedenen Punkten gegen die Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 27 BV und hält sich nicht an die Vorgaben gemäss Art. 41a USG. Damit würde das Ermessen, welches dem Bundesrat in Art. 32a<sup>bis</sup> USG bei der Einführung einer Entsorgungsgebühr eingeräumt wird, nicht pflichtgemäss ausgeübt.

52 Dieser Befund bezieht sich auf die Branchenlösung, die SWICO getroffen hat. Die umweltrechtlichen Ziele sind von SWICO (i) sehr gut erfüllt worden, (ii) insbesondere das Ziel „Verwertung vor Entsorgung“ wurde sehr gut erfüllt und (iii) kennt diese Branche nur wenige Trittbrettfahrer. Der VE-VREG vermag das – wohl bei anderen Branchen bestehende – Problem der Trittbrettfahrer ohnehin nicht zu lösen, sondern klammert dieses ausdrücklich aus. Folglich erweist sich eine weitergehende Regelung als sie heute besteht, insgesamt als unverhältnismässig. Es ist nicht notwendig, die SWICO-Geräte in die Totalrevision der VE-VREG einzubeziehen und in das System der vorgezogenen Entsorgungsgebühr einzubinden, wenn die heutige Lösung im Hinblick auf die umweltrechtlichen Ziele funktioniert und die Ziele erreicht werden. Die SWICO-Geräte sind vom Geltungsbereich der totalrevidierten VREG auszunehmen (Art. 1 et passim VE-VREG) und weiterhin der bisherigen Regelung der VREG zu unterstellen.

53 Sollte davon abgesehen werden, müsste jedenfalls das Problem der Trittbrettfahrer einer Lösung zugeführt werden. Dies könnte einerseits dadurch angegangen werden, dass

<sup>55</sup> Vgl. zu den unabhängigen Kommissionen KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Rz. 416 ff.



diejenigen Branchenmitglieder, die sich der Branchenlösung nicht anschliessen wollen, direkt der Gebührenpflicht unterstellt werden. Würde gleichzeitig eine Revision des USG in Betracht gezogen werden, könnte die notwendige formell-gesetzliche Grundlage für eine Anschlusspflicht an die Branchenlösung geschaffen werden, womit die Einführung der Gebührenpflicht hinfällig würde.

54 Der Titel der Verordnung ist irreführend und muss geändert werden. Es geht in erster Linie um die vorgezogene Entsorgungsgebühr. Diese muss im Titel genannt werden.

55 Der VE-VREG führt gewissermassen eine Bewilligungspflicht für Branchenlösungen ein. Die Erteilung der Befreiung, wie sie in Art. 11 VE-VREG vorgesehen ist, wird an bestimmte Voraussetzungen gebunden und mit einer Empfehlung von einem politisch zusammengesetzten Fachgremium (Art. 24 VE-VREG) vom BAFU erteilt. Für die Einführung einer Bewilligungspflicht braucht es jedoch grundsätzlich eine Grundlage im Gesetz im formellen Sinn, da es sich um einen schweren Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit handelt. Dies ist umso mehr der Fall, als die Befreiung auf fünf Jahre befristet ist. Eine solche geht jedoch weder aus Art. 32a<sup>bis</sup> USG noch aus Art. 41a USG hervor.

56 Sodann ist auch die Verfassungs- und Gesetzmässigkeit der einzelnen Voraussetzungen zur Gebührenbefreiung nicht vollumfänglich gewahrt und wird das bisherige Vorgehen der Branche übergangen, was mit Art. 41a Abs. 3 USG nicht zu vereinbaren ist.

- Art. 11 Abs. 1 lit. A VE-VREG: Die Vertragsparteien werden vorbestimmt. Dies ist mit Art. 41a Abs. 3 USG nicht vereinbar, wenn damit eine Branchenlösung gefährdet wird. Konkret könnte dies der Fall sein, wenn mit den neu hinzukommenden öffentlichen Sammelstellen keine Einigung gefunden wird. Werden Branchenlösungen geradezu verhindert, erweist sich lit. a auch als willkürlich und verletzt Art. 9 BV.
- Lit. c: Die Preisvorgabe, dass die Branche kostendeckende Entschädigungsbeiträge an die Entsorgungsunternehmen, Transporteure und öffentliche Sammelstellen zu leisten hat, ist nicht notwendig und damit unverhältnismässig, weil das Verhandlungsgleichgewicht zwischen den Händlern und den Entsorgern nicht gestört ist. Die Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 27 BV ist deshalb verletzt. Der Anspruch auf Entschädigungsbeiträge an die öffentlichen Sammelstellen verletzt im Zusammenhang mit Art. 6 VE-VREG auch das Rechtsgleichheitsgebot gemäss Art. 8 BV, weil die öffentlichen Sammelstellen die Geräte nicht kostenlos zurücknehmen müssen und hierfür somit eine Gebühr verlangen dürfen. Das gebührenrechtliche Kostendeckungsprinzip, das Sammelstellen zu beachten haben, wenn sie eine öffentliche Aufgabe in der Gemeinde wahrnehmen, wird ebenfalls ausser Acht gelassen, wenn die Verordnung den Sammelstellen gleichzeitig einen Anspruch auf kostendeckende Entschädigungsbeiträge (VRB) gegenüber der Branche einräumt. Dass keine Pflicht der Sammelstellen statuiert wird, dass sich diese die Einnahmen, die sie aus der Rücknahme der Geräte erzielt haben, anrechnen lassen müssen, gibt diesen bei der Aushandlung der Branchenlösung eine grosse Verhandlungsmacht. Dies führt zur erwähnten Gefahr, dass die Branchenlösung nicht erzielt wird, was sich mit Art. 41a USG und auch mit dem Willkürverbot nach Art. 9 BV nicht vereinbaren lässt.

- Lit. e: Die Aufsichtsabgabe vermag dem Legalitätsprinzip gemäss Art. 127 BV nicht zu genügen, weil sie zu unbestimmt formuliert ist und die Bemessungsgrundlagen nicht erwähnt.
- Lit. f: Die Liquiditätsreserve für die Entsorgung für ein Jahr ist nicht verhältnismässig und steht in Widerspruch zu Art. 41a Abs. 2 und 3 USG, wonach Branchenlösungen soweit möglich den Vorrang haben sollen. Es ist durchaus denkbar, dass mit diesen hohen Anforderungen neue Branchenlösungen verhindert und bestehende Branchenlösungen allenfalls aufgegeben werden müssen. Sodann wird auch im Rahmen der Entsorgungslogistik gemäss Art. 30 VE-VREG keine Reserve für die Entsorgung für ein Jahr verlangt. Inwiefern in dieser Ungleichbehandlung ein sachlicher Grund besteht, ist nicht ersichtlich, weshalb insofern Art. 8 Abs. 1 BV verletzt wird.

57 Schliesslich erweist sich die vorgesehene Zusammensetzung des Fachgremiums, welches zuhanden des BAFU Empfehlungen über die Befreiung einer Branche von der Gebührenpflicht abgibt, als problematisch (Art. 23 VE-VERG). So sollen in diesem Gremium Vertreter derjenigen Branche Einsitz nehmen, deren Gesuch um Befreiung gerade beurteilt werden soll, womit diese über ihr eigenes Gesuch bestimmen. Die vorhandenen Abhängigkeiten lassen sich zum Teil auch nicht über die Ausstandsregeln gemäss Art. 10 VwVG beseitigen. Das Fachgremium ist deshalb – soweit an diesem überhaupt festzuhalten ist – aus unabhängigen Sachverständigen zusammenzusetzen.

Freundliche Grüsse



Prof. Dr. iur. Isabelle Häner

## Literatur

BRAUN ELISABETH, Abfallverminderung durch Kooperation von Staat und Wirtschaft, Basel 1998

HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. A., Zürich 2016

KÖLZ ALFRED/HÄNER ISABELLE/BERTSCHI MARTIN, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. A., Zürich 2013

VEREINIGUNG FÜR UMWELTRECHT/HELEN KELLER (Hrsg.), Kommentar zum Umweltschutzgesetz, 1./2. A., Zürich 1995 – 2004 (*zit. Autor/Autorin, Kommentar USG, Art.* )

WAGNER PFEIFER BEATRICE, Umweltrecht – Allgemeine Grundlagen, Zürich/St. Gallen 2017

WAGNER PFEIFER BEATRICE, Umweltrecht – Besondere Regelungsbereiche, Zürich/St. Gallen 2013

WALDMANN BERNHARD/BELSER EVA MARIA/EPINEY ASTRID (Hrsg.), Basler Kommentar Bundesverfassung, Basel 2015 (*zit. Autor/Autorin, Basler Kommentar BV, Art.* )

## Gesetzliche Grundlagen

Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV) vom 18. April 1999, SR 101

Bundesgesetz über den Umweltschutz (Umweltschutzgesetz, USG) vom 7. Oktober 1983, SR 814.01

Verordnung über die Rückgabe, die Rücknahme und die Entsorgung elektrischer und elektronischer Geräte (VREG) vom 14. Januar 1998, SR 814.620

Verordnung über die Getränkeverpackungen (VGV) vom 5. Juli 2000, SR 814.621

Verordnung zur Reduktion von Risiken beim Umgang mit bestimmten besonders gefährlichen Stoffen, Zubereitungen und Gegenständen (Chemikalien-Risikoreduktions-Verordnung, ChemRRV) vom 18. Mai 2005, SR 814.81

## Materialien

Erläuternder Bericht zur Änderung der Verordnung über die Rückgabe, die Rücknahme und die Entsorgung elektrischer und elektronischer Geräte (VREG), Verordnungspaket Umwelt, Frühling 2021

Vernehmlassungsentwurf Verordnung über die Rückgabe, die Rücknahme und die Entsorgung elektrischer und elektronischer Geräte (VE-VREG)