

## Das „Duale System“: Regulierte Selbstregulierung oder autonome Selbstorganisation?

### Zu angemessenen theoretischen Deutungsformen eines umweltrechtlichen Phänomens

#### „Dual System“: Regulated Self-Regulation or Autonomous Organisation?

#### On appropriate constructions of an Environmental Law phenomenon

Markus Pöcker

translated by Patricia Brooks and Annemarie Thatcher

#### *Zusammenfassung*

Das „Duale System“ – ein Zusammenschluss der Verpackungsindustrie zur Verwertung von Verkaufsverpackungen – existiert in Deutschland seit 15 Jahren. Es gilt der Theorie vom „Gewährleistungsstaat“ als Musterbeispiel der „regulierten Selbstregulierung“. Danach wird private Selbstorganisation durch staatliche Drohung mit ordnungsrechtlichen Pflichten erzwungen. Die Drohung mit dem Ordnungsrecht ist im Falle des „Dualen Systems“ aber leer: Würde sie umgesetzt, könnten die politisch definierten Verwertungsziele nicht erreicht werden. Weil das „Duale System“ aber dennoch funktioniert, ist das theoretische Konzept der „regulierten Selbstregulierung“ für das „Duale System“ inadäquat. Es muss durch ein Deutungsmodell ersetzt werden, das die Funktionsfähigkeit autonomer privater Selbstorganisation akzentuiert. Dieses Modell liefert die Systemtheorie.

#### *I. Einleitung und Problemaufriss*

Das „Duale System“<sup>1</sup> existiert seit nunmehr rund 15 Jahren. Die Verpackungsverordnung (VerpackV), der rechtliche Rahmen des „Dualen Systems“, trat am 12. Juni 1991 in Kraft.<sup>2</sup> Das „Duale System“ galt und gilt als Paradebeispiel einer neuen Form der staatlichen Steuerung durch Recht, die sich von „klassischen Modellen“ regulativer Politik unterscheiden soll. An die Stelle direkter ordnungsrechtlicher Steuerung durch Ge- und Verbote ist ein Regelungsmuster getreten, nach dessen Konzeption die zu lösenden Probleme anders angegangen werden sollen.

1 Der Begriff „Duales System“ meint hier das System nach § 6 Abs. 3 Satz 1 VerpackV. Das Unternehmen „Der Grüne Punkt – Das „Duale System“ Deutschland GmbH“ wird hier „DSD-GmbH“ genannt.

2 Zur Geschichte des „Dualen Systems“ und der VerpackV siehe Finckh, *Regulierte Selbstregulierung im Dualen System*, 1998, S. 55.

#### *Summary*

The German „Dual System“ – the packaging industry's private association for recycling sales packaging – has been in existence for around 15 years. The „Dual System“ is considered to be a prime example of „regulated self-regulation“, a concept in which the state uses the threat of regulatory guidelines as a means to force the private sector to find their own solutions to problems. However, in the case of the „Dual System“, this threat is not a strong one: carrying it out would render the politically defined recycling goals unachievable. As the „Dual System“ obviously functions anyway, „regulated self-regulation“ is an inadequate theoretical concept for explaining the „Dual System“. It needs to be replaced by an interpretation which accentuates the efficiency of autonomous private organisation. This interpretation is provided by the theory of social systems.

#### *I. Introduction and outline of the issue*

The „Dual System“<sup>1</sup> has now been in existence for around 15 years. The packaging regulation, (Verpackungsverordnung (VerpackV)), which provides the legal framework for the „dual system“ came into force on June 12, 1991.<sup>2</sup> The „dual system“ was and is considered to be a prime example of a new form of state control by law that is supposed to be different to „classical models“ of regulatory policy. Direct regulatory control by means of commands and prohibitions has been replaced with a regulatory pattern which is meant to provide a different approach to

1 Here the term „Dual System“ refers to the system under § 6 (3) sentence 1 VerpackV. The firm „The Green Dot – The Dual System Germany GmbH“ („Der Grüne Punkt – Das „Duale System“ Deutschland GmbH“) is called „DSD-GmbH“.

2 On the history of the „Dual System“ and the VerpackV, see Finckh, *Regulierte Selbstregulierung im Dualen System*, 1998, p. 55.

Private sollen zur selbstorganisierten Problemlösung dadurch veranlaßt werden, dass der Staat harte ordnungsrechtliche Vorgaben normiert, die aber nur für den Fall gelten, dass eine zur Problemlösung eigentlich erwünschte private Selbstorganisation versagt: Kurz gesagt geht es also bei diesem Konzept, dem Konzept der „regulierten Selbstregulierung“, um eine staatliche Drohung mit ordnungsrechtlichen Normierungen, mittels derer private Selbstorganisation zur Problemlösung erzwungen werden soll (dazu III.).

In diesen 15 Jahren wurde die Drohung mit den ordnungsrechtlichen Normierungen allerdings noch nie realisiert. Wohl mit gutem Grund: Vieles spricht dafür, dass das „Drohpotential“ dieser Drohung gering ist (dazu IV.). Dennoch funktioniert das „Duale System“ offenbar. Dieser Umstand gibt Anlaß, für das „Duale System“ das theoretische Konzept der „regulierten Selbstregulierung“ zu überdenken und es durch ein Deutungsmodell zu ersetzen, das weniger den leer laufenden staatlichen Zwang zur Selbstorganisation betont und stattdessen den Akzent eher auf die Funktionsfähigkeit autonomer privater Selbstorganisation legt (dazu V.) Dieser Wechsel des theoretischen Betrachtungswinkels hat einige rechtsdogmatische Konsequenzen, die es näher auszuarbeiten gilt (VI).

## **II. Das „Duale System“ – normative Parameter und organisatorische Realität**

Im Folgenden sollen noch einmal kurz die normativen Parameter des „Dualen Systems“ und seine organisatorische Struktur vergegenwärtigt werden.

### **1. Der normative Rahmen: Die Verpackungsverordnung**

Die Verpackungsverordnung enthält zwei zentrale Regelungselemente für Verkaufsverpackungen. In den §§ 4, 5 und 6 sind Rücknahmepflichten für die einzelnen Verpackungsarten enthalten. Danach haben die Hersteller und Vertreiber von Verpackungen diese zurückzunehmen und einer Verwertung außerhalb der öffentlichen Abfallentsorgung zuzuführen. Nach § 6 Abs. 3 VerpackV entfallen diese sogenannten Primärpflichten von Herstellern und Vertreibern aber für Verkaufsverpackungen (§ 6 Abs. 1 VerpackV), wenn sich deren Hersteller und Vertreiber an einem (Verwertungs-) „System“ beteiligen, das den Anforderungen des § 6 Abs. 3 S. 1 VerpackV genügt. Diese Anforderungen sind Flächendeckung, Endverbrauchernähe sowie regelmäßige Abholung. Für das Kriterium der Flächendeckung ist über § 3 Abs. 9 VerpackV erforderlich, dass die Abholung auf dem gesamten Gebiet eines Bundeslandes sichergestellt sein muss. Für die Feststellung, ob die Voraus-

solving problems. Private sector agents are meant to be prompted into solving their problems by themselves, through the state providing tough regulatory guidelines, which however will only apply if the private self-regulation actually desired has failed: Put simply, this concept of „regulated self-regulation“ is one where the state uses a threat in the form of regulatory guidelines as a means to force the private sector to find their own solutions to problems (see III).

However, in the past 15 years this threat of regulatory guidelines has not been implemented even once. Probably for good reason: there are plenty of arguments to suggest that this threat is not a strong one (IV). Yet the „dual system“ obviously functions. This fact gives us cause to reconsider the theoretical conception of „regulated self-regulation“ and replace it with an interpretation which places less emphasis on ineffective state coercion and accentuates the efficiency of autonomous private organisation instead (see V.) This change to the theoretical angle of approach has some consequences in legal theory which need to be examined more closely (VI).

## **II. The „dual system“ – normative parameters and organisational reality**

In the following the normative parameters and organisational structure of the „dual system“ are briefly envisioned again.

### **1. The normative framework: packaging regulation**

The packaging regulation contains two central elements concerning sales packaging. The obligations to accept returns of each individual type of packaging are contained in §§ 4, 5 and 6. According to these, manufacturers and distributors of packaging must take it back and recycle it outside of the public waste management system. Pursuant to § 6 (3) VerpackV, these primary obligations do not apply to sales packaging (§ 6 (1) VerpackV), if its manufacturers and distributors participate in a (recycling) „system“ which satisfies the requirements of § 6 (3) sentence 1, VerpackV. These requirements are area coverage, proximity to the end-user and regular collection. Under § 3 (9) sentence 11 VerpackV the criterion of area coverage requires guaranteeing collection over the entire territory of a federal state. Pursuant to § 6 (3) sentence 11 VerpackV the highest level federal-state authority is responsible for determining whether the requirements have been fulfilled. Beyond this

setzungen erfüllt werden, sind nach § 6 Abs. 3 Satz 11 VerpackV die obersten Landesbehörden zuständig. Die Verpackungsverordnung enthält darüber hinaus keine Vorschriften, wie das „System“ zu organisieren ist und in welcher Weise es seine Aufgaben wahrzunehmen hat.

Die Festlegung auf die stoffliche Verwertung von Verkaufsverpackungen hat ihren Sitz im Anhang I zu § 6 Abs. 2 VerpackV. Dies bedeutet gegenüber dem KrW-/AbfG eine Einschränkung, da das KrW-/AbfG in § 4 Abs. 1 neben der stofflichen auch die energetische Verwertung von Abfällen zuläßt. Diese Einschränkung gilt jedoch als zulässig, denn eine Regelung darüber, ob der stofflichen oder der energetischen Verwertung der Vorzug zu geben ist, enthält das KrW-/AbfG nicht. Im Anhang I Abs. 2 zu § 6 VerpackV sind für die einzelnen Verpackungsmaterialien die Anteile der in Verkehr gebrachten Verpackungen festgelegt, die einer stofflichen Verwertung zugeführt werden müssen (Verwertungsquoten). Seit dem 01.01.1999 liegt dieser Anteil zum Beispiel für Glas bei 75% und für Weißblech bei 70%.

Was unter einer stofflichen Verwertung zu verstehen ist, ist in § 4 Abs. 3 KrW-/AbfG geregelt. Zu unterscheiden sind die werkstoffliche und die rohstoffliche Verwertung. Bei der werkstofflichen Verwertung werden aus gebrauchten Verpackungen neue Produkte des gleichen Werkstoffs hergestellt.<sup>3</sup> Die werkstoffliche Verwertung ist bei Glas, Aluminium, Papier, Weißblech sowie PET die Regel. Auch bei Kunststoffen ist eine werkstoffliche Verwertung möglich, wenn sie zuvor ausreichend gut sortiert wurden. Gemischte Kunststoffe müssen dagegen rohstofflich verwertet werden, d.h. der Kunststoff wird in seine gasförmigen Ausgangsbestandteile zerlegt, die als Synthesegas beispielsweise als Ersatz von Schweröl in Hochöfen zum Einsatz kommen. Schließlich können Kunststoffe auch noch energetisch verwertet werden. Dabei wird die in den Kunststoffen enthaltene Energie dazu verwendet, fossile Brennstoffe in Industrie und Kraftwerken zu ersetzen. Die energetische Verwertung von Abfällen findet Anwendung bei stark vermischten Kunststoffen. Werden Kunststoffe, die aus Verpackungsabfällen hervorgegangen sind, energetisch verwertet, so schließt dies die Anrechnung auf die in Anhang I zu § 6 genannten Quoten aus. Die Verwertung ist gemäß Anhang I Ziffer 3 Abs. 4 zu § 6 durch sogenannte Mengenstromnachweise gegenüber den zuständigen Landesbehörden nachzuweisen. Die Daten werden von einer

the packaging regulation contains no provisions regarding how the „system“ should be organised and the way it should perform its tasks.

The specification of material recycling of sales packaging is anchored in Appendix 1 of § 6 (2) VerpackV. This is a restriction in comparison with the KrW-/AbfG, because in the KrW-/AbfG § 4 (1) permits energy recovery from waste alongside recycling. This restriction is considered permissible however, because the KrW-/AbfG contains no rule on whether material recycling or energy recovery is to be preferred. Appendix I (2) to § 6 VerpackV sets out what proportion of each particular type of packaging material in circulation must be recycled (recycling quotas). Since 01.01.1999 for example the proportion has been set at 75% for glass and 70% for tinfoil.

What constitutes recycling is regulated in § 4 (3) KrW-/AbfG. Material recycling of materials and recycling of raw materials need to be distinguished. Material recycling involves utilising used packaging to manufacture new products made from the same material.<sup>3</sup> Material recycling is standard for glass, aluminium, paper, tinfoil and PET. Material recycling is also possible for plastics, if they have been sorted adequately beforehand. In contrast, mixed plastics have to be recycled as raw materials, this means breaking the plastic down into its original gaseous components, which are then used as synthesis gas, for example as a substitute for rich oil in blast furnaces. Lastly, plastics can be converted to energy. In this process the energy contained in the plastics is used to replace fossil fuels in industry and power stations. Energy conversion of waste is used for heavily blended plastics. If plastics extracted from packaging waste are converted to energy they may not be counted toward the quotas listed in Appendix I of § 6. In accordance with Appendix I No. 3 (4) of § 6, evidence of the conversion should be provided to the relevant federal state authorities in the form of volume flow statements. An independent audit firm will check the accuracy and completeness of the data<sup>4</sup>.

3 Dazu (auch zum Folgenden) <http://www.gruener-punkt.de/de/umweltinfo/umwelttipps/haushalt/recycling.html>, zuletzt geöffnet am 17.7.2006.

3 On this (and also on the following) <http://www.gruener-punkt.de/de/umweltinfo/umwelttipps/haushalt/recycling.html>, last opened on 17.7.2006.

4 Flanderka, BB 1996, p. 649, 650.

unabhängigen Wirtschaftsprüfungsgesellschaft auf Richtigkeit und Schlüssigkeit geprüft<sup>4</sup>.

## 2. Soziale Realität: DSD-GmbH

Der Unternehmenszweck der im Jahre 1990 gegründeten „Duales System Deutschland GmbH“ (DSD-GmbH) besteht in Aufbau und Betrieb einer Entsorgungsinfrastruktur für das getrennte Sammeln, Sortieren und stoffliche Verwerten von gebrauchten Verkaufsverpackungen<sup>5</sup>. Die DSD-GmbH führt diese Tätigkeiten nicht selbst aus, sondern beschränkt sich auf ihre Koordination durch privatrechtliche Verträge. Gründungsgesellschafter waren ca. 600 Unternehmen aus Handel und Verpackungsindustrie sowie Hersteller von Konsumgütern.<sup>6</sup> Die Kosten der Sammlung und Sortierung werden durch die Vergabe des „Grünen Punktes“ gedeckt. Die DSD-GmbH vergibt auf Antrag gegen Zahlung eines Lizenzentgelts die Berechtigung, Verpackungen mit dem Grünen Punkt zu versehen. Damit wird die Beteiligung am „Dualen System“ kommuniziert. Lizenznehmer sind in der Regel die Hersteller von Konsumgütern. Zweck des Lizenzentgelts ist es, die Kosten der Sammlung, Sortierung und gegebenenfalls der Verwertung verursachergerecht zu verteilen.<sup>7</sup> Neben den Kosten für die Sammlung und die Sortierung der Verpackungsmaterialien werden auf diese Weise auch die Aufwendungen für die Verwertung von Verkaufsverpackungen aus Kunststoff gedeckt.<sup>8</sup> Verpackungen, die hohe Kosten verursachen, sind in der Lizenzierung teurer als Verpackungen, die nur geringe Kosten verursachen.<sup>9</sup> Die Umsatzerlöse der DSD-GmbH, welche im Wesentlichen aus den Lizenzentgelten stammen, betragen im Jahr 2004 1,6 Milliarden Euro.<sup>10</sup>

Mit lokalen Entsorgungsunternehmen schließt die DSD-GmbH sogenannte „Leistungsverträge“ über die Sammlung und Sortierung ab. Für das Gebiet einer Kommune wird regelmäßig jeweils nur ein Unternehmen beauf-

## 2. Social Reality: DSD-GmbH

The commercial object of „Duales System Deutschland GmbH“ (DSD-GmbH), formed in 1990, consists of the establishment and operation of waste-disposal infrastructure for separate collection, sorting and material recycling of used sales packaging<sup>5</sup>. DSD-GmbH does not perform these tasks itself, instead it confines itself to co-ordinating them through private contracts. When it was formed, the shareholders were approx. 600 companies in trade and the packaging industry as well as producers of consumer goods.<sup>6</sup> The costs of collection and sorting were covered through the award of the „Green Dot“ („Grüner Punkt“). Upon application, DSD-GmbH awards the right to place the „Green Dot“ on packaging in return for payment of a licence fee. This communicates participation in the „dual system“. Licence holders are usually producers of consumer goods. The purpose of the licence fee is to fairly distribute the costs of collection, sorting and if necessary recycling, with regard to the originator-pays principle.<sup>7</sup> Along with the costs of collecting and sorting packaging materials this also covers expenditure for recycling packaging made from plastics.<sup>8</sup> Packaging which generates higher costs is more expensive to licence than packaging which only generates low costs.<sup>9</sup> In 2004 DSD-GmbH's sales revenue, which largely arises from licence fees, amounted to 1.6 billion Euro.<sup>10</sup>

DSD-GmbH signs „service level agreements“ on collection and sorting with local waste-management businesses. Usually only one business is engaged within a single local authority area.<sup>11</sup> The collection system is not uniformly regulated at a federal level, instead it is dependent on each

4 Flanderka, BB 1996, S. 649, 650.

5 DSD-GmbH (Hrsg.), Wertstoffrecycling in Zahlen, S. 7.

6 DSD GmbH (Hrsg.) Geschäftsbericht 1996, S. 77ff.

7 § 4 Abs. 3 Zeichennutzungsvertrag.

8 Hecht/Werbeck, ZfU 1995, S. 49, 63.

9 Derzeit berechnet die DSD-GmbH folgende Entgelte für die einzelnen Verpackungsmaterialien:

Kunststoff:	130,0 Cent/kg
Sonstige Verbunde:	104,5 Cent/kg
Kartonverbund:	77,5 Cent/kg
Aluminium:	75,6 Cent/kg
Weißblech:	28,0 Cent/kg
Papier, Pappe, Karton:	18,0 Cent/kg
Naturmaterial:	10,2 Cent/kg
Glas:	7,6 Cent/kg

Verbunde sind Verpackungen, die aus mehreren Materialien bestehen, die fest miteinander verbunden sind.

10 DSD-GmbH; [www.gruener-punkt.de](http://www.gruener-punkt.de); Zugriffsdatum 17.7.2006.

5 DSD-GmbH (ed.), Wertstoffrecycling in Zahlen, p. 7.

6 DSD GmbH (ed.) Geschäftsbericht 1996, p. 77 et seq.

7 § 4 (3) Symbol Usage Contract.

8 Hecht/Werbeck, ZfU 1995, p. 49, 63.

9 Currently the DSD-GmbH charges the following rates for each packaging material:

Plastic:	130.0 Cent/kg
Other compounds:	104.5 Cent/kg
Cardboard compounds:	77.5 Cent/kg
Aluminium:	75.6 Cent/kg
Tinplate:	28.0 Cent/kg
Paper, board, cardboard:	18.0 Cent/kg
Natural materials:	10.2 Cent/kg
Glass:	7.6 Cent/kg

Compounds are types of packaging which consist of multiple materials permanently bonded together.

10 DSD-GmbH; <http://www.gruener-punkt.de>; access date 17.7.2006.

tragt.<sup>11</sup> Das Sammelsystem ist nicht bundeseinheitlich geregelt, sondern hängt von der jeweiligen Kommune ab. In den meisten Kommunen werden Aluminium, Weißblech, Kunststoffe, Verbunde und Getränkekartons bei den Haushalten (Gelber Sack, Gelbe Tonne) abgeholt. Glas, Papier, Pappe und Karton müssen von den Verbrauchern in der Regel zu Sammelcontainern gebracht werden.

Die sortierten Wertstoffe werden anschließend von den Entsorgungsunternehmen in Eigenregie vermarktet und so der Verwertung zugeführt.<sup>12</sup> Die Mengen, die nicht direkt von den Entsorgern vermarktet werden, werden an sogenannte „Garantiegeber“ weitergeleitet, denen dann die stoffliche Verwertung der Verpackungen obliegt. Die Garantiegeber gehen gegenüber der DSD-GmbH für die einzelnen Verpackungsmaterialien die vertragliche Verpflichtung ein, für ordnungsgemäße Abnahme und Verwertung der gesammelten und sortierten Wertstoff-Fractionen (soweit diese von den Entsorgern nicht direkt vermarktet werden) zu sorgen. Bei den „Garantiegebern“ handelt es sich in der Regel um Unternehmen aus der jeweiligen Erzeugerindustrie.

### **III. Das „Duale System“ aus der Perspektive des Gewährleistungsstaatskonzepts: „Regulierte Selbstregulierung“ bzw. staatlicher Zwang zur Selbstorganisation Privater**

Welches sind nun die zentralen Charakteristika des Regelungskonzepts der Verpackungsverordnung und in welcher Beziehung steht die Verpackungsverordnung demnach zur DSD-GmbH, zum „Dualen System“? Die Antwort auf diese Frage könnte etwa lauten, dass nach der Errichtung des „Dualen Systems“ die in der Verpackungsverordnung enthaltenen qualitativen und quantitativen Anforderungen in Gestalt von Quoten für die stoffliche Verwertung die zentralen Charakteristika dieses Regelungskonzepts sind, da sie heute „die Realität der Verpackungsentsorgung prägen“.<sup>13</sup> Indes sind Zweifel angebracht, ob die Quotenvorgaben wirklich alleine die für das Regelungskonzept der Verpackungsverordnung charakteristischen und zentralen Regelungsbestandteile sind. Denn aus der Sicht des Regelungskonzepts der Verpackungsverordnung können die Quoten alleine nicht der Grund dafür sein, dass sich die

individual local authority. Most local authorities pick up aluminium, tin plate, plastics, composites and drink cartons from households (Yellow Bag, Yellow Bin). Consumers usually have to take glass, paper, board and cardboard to collection containers themselves.

Once sorted, materials are subsequently marketed autonomously by the waste-management business and so made available for recycling.<sup>12</sup> Quantities which are not marketed by waste-management businesses are passed on to „guarantors“, who then assume the obligation to recycle the packaging. The guarantors accept a contractual obligation owed to DSD-GmbH to arrange for correct acceptance and recycling of collected and sorted material fractions (in so far as these are not marketed directly by the waste-management operators). „Guarantors“ are usually companies from the relevant production industry.

### **III. The guarantor state approach to the „dual system“: „regulated self-regulation“ or the state compelling the private sector to organise itself**

What are the central characteristics of the Packaging Regulation's regulatory program and what relationship does the Regulation have with DSD-GmbH and the „dual system“? The answer to this question could be for example that after the initial set up of the „dual system“, the qualitative and quantitative requirements in the form of the quotas for material recycling contained in the Packaging Regulation then became the central characteristics of this regulatory concept, because these „shape the reality of packaging disposal“ today.<sup>13</sup> However, there is some doubt as to whether the required quotas really are the Packaging Regulation's only central and characteristic components. This is because from the point of view of the regulatory concept the quotas by themselves cannot be the only reason for the affected businesses to join and remain together to form the „dual system“.

---

11 Finckh, Regulierte Selbstregulierung im Dualen System, 1998, S. 60.

12 Lührmann, Der Steuerungsansatz der Verpackungsverordnung im Spannungsverhältnis zum Kartellrecht, 2004, S. 102.

13 So Finckh, Regulierte Selbstregulierung im Dualen System, 1998, S. 412.

---

11 Finckh, Regulierte Selbstregulierung im Dualen System, 1998, p. 60.

12 Lührmann, Der Steuerungsansatz der Verpackungsverordnung im Spannungsverhältnis zum Kartellrecht, 2004, p. 102.

13 See Finckh, Regulierte Selbstregulierung im Dualen System, 1998, p. 412.

betroffenen Unternehmen überhaupt zum „Dualen System“ zusammengeschlossen haben und bleiben.

Maßgeblich dafür sind nach der Vorstellung, die der Verpackungsverordnung zu Grunde liegt, die in § 6 Abs. 1 VerpackV geregelten primären ordnungsrechtlichen Pflichten, nach denen die Hersteller und Vertreiber von Verpackungen diese zurückzunehmen und einer Verwertung außerhalb der öffentlichen Abfallentsorgung zuzuführen haben. Weil davon ausgegangen wird, dass die Erfüllung der Primärpflichten für Hersteller und Vertreiber mit erheblichem finanziellen Aufwand verbunden wäre, und weil die Primärpflichten nach § 6 Abs. 3 VerpackV entfallen, wenn sich die Hersteller und Vertreiber an einem „System“ beteiligen, das den Anforderungen des § 6 Abs. 3 S. 1 VerpackV genügt, sind die Primärpflichten als Druck- bzw. Drohmittel zu interpretieren, um die Betroffenen zur Errichtung und Betreuung eines „Systems“ zu „motivieren“. Die fortwirkende Drohung mit den primären ordnungsrechtlichen Individualpflichten sichert in dieser Perspektive also nicht nur „lediglich die Funktionsfähigkeit“ des als ohnehin fortbestehend vorausgesetzten „Dualen Systems“ ab.<sup>14</sup> Die Drohung mit den Primärpflichten ist in der Vorstellung, die dem Regelungszusammenhang der Verpackungsverordnung zu Grunde liegt, die zentrale steuernde „Triebfeder“ bzw. der Inbegriff des für notwendig gehaltenen staatlichen Zwanges zur Schaffung und Aufrechterhaltung des „Dualen Systems“: „Das Motiv, die strikteren Vorgaben der Auffangregelungen zu vermeiden, wirkt zugleich stimulierend auf das Bemühen der Abfallwirtschaft um eine effektive und effiziente gesellschaftliche Selbstregulierung.“<sup>15</sup>

Das gesellschafts- bzw. staatsrechtliche Konzept, das die Wahrnehmung der gesellschaftlichen Phänomene in der so beschriebenen Weise ordnet und das die gesellschaftstheoretische Hintergrundannahme des Regelungskonzepts der Verpackungsverordnung darstellt, ist leicht identifiziert. Es ist die seit einigen Jahren allgemein gängige Theorie vom „Gewährleistungsstaat“.<sup>16</sup> Der „Gewährleistungsstaat“ wird vom historisch als vorgängig beschriebenen „Interventionstaat“ abgegrenzt. Er wird als ein Staat

According to the idea underlying the Packaging Regulation, the reasons behind this cooperation are the primary regulatory obligations contained in § 6 (1) VerpackV which require the producers and distributors of packaging to take it back and recycle it outside of the public waste disposal system. The primary obligations are to be interpreted as a threat or a means to exert pressure on producers and distributors, to „motivate“ them to set up and run a „system“, since it is assumed that fulfilling these primary obligations would place a significant financial burden on the affected parties and because the obligations under § 6 (3) VerpackV do not apply to producers and distributors who take part in a „system“ which satisfies the requirements of § 6 (3) sentence 1 VerpackV. In this regard, the continuous threat of individual primary obligations does not just secure „merely the functionality“ of a „dual system“ which is assumed to be in existence anyway.<sup>14</sup> The threat posed by the primary obligations is the central driving force of the regulatory context the Packaging Regulation is based on or the embodiment of the state compulsion considered necessary to create and maintain the „dual system“: the motivation to avoid the stricter requirements of the catch-all regulations works at the same time to stimulate the efforts of the waste management industry to regulate itself effectively and efficiently.<sup>15</sup>

It is easy to identify the societal or political principle which structures the perception of societal phenomena in the way described and which illustrates the theoretical background assumptions of the Packaging Regulation. It is the theory of the „guarantor state“, which has been generally current for several years.<sup>16</sup> The „guarantor state“ is distinct from the „interventionist state“ historically described

14 So ebenfalls Finckh, *Regulierte Selbstregulierung im Dualen System*, 1998, S. 412.

15 So Hoffmann-Riem, Vorwort des Herausgebers, in: Finckh, *Regulierte Selbstregulierung im Dualen System*, 1998, S. 5, 6. Ähnlich dann auch Finckh, *Regulierte Selbstregulierung im Dualen System*, 1998, S. 52: „Diese Primärpflichten, die für die betroffenen Unternehmen einen erheblichen organisatorischen und finanziellen Aufwand mit sich brächten, stellen gewissermaßen den Hebel für die eigentliche gesetzgebungstechnische Besonderheit der Verordnung dar.“

14 Also Finckh, *Regulierte Selbstregulierung im Dualen System*, 1998, p. 412.

15 See Hoffmann-Riem, editor's foreword, in: Finckh, *Regulierte Selbstregulierung im Dualen System*, 1998, p. 5, 6. Similarly also Finckh, *Regulierte Selbstregulierung im Dualen System*, 1998, p. 52: „these primary obligations, which would impose a significant organisational and financial burden on the affected businesses, are in a sense the lever for the actual legislative peculiarity of the Regulation.“

16 On the concept of the guarantor state see the contributions in: Schuppert (ed.), *Der Gewährleistungsstaat – Ein Leitbild auf dem Prüfstand*, 2005; additionally Franzius, *Der Staat* 42 (2003), p. 493.

verstanden, der öffentliche Aufgaben nicht mehr notwendigerweise eigenhändig wahrnimmt, sondern sie nur noch politisch definiert und ansonsten im Wege der Steuerung sozialer Abläufe durch Recht gewährleistet, dass die politisch gesetzten Ziele erreicht werden. Der Gewährleistungsstaat soll dazu einzelne Private und deren Gewinnstreben, darauf aufbauende private Selbstorganisation und -regulierung, oder noch allgemeiner: den Markt „in Dienst nehmen“ können und diese „Indienstnahme“ dann im Sinne der Erreichung der staatlich (und das heißt: politisch-demokratisch) definierten Zwecke „regulieren“ oder steuern. Die Steuerungsmittel dieser „Indienstnahme“ sind staatliche Anreize (wie etwa im Falle der Steuerung über Umweltabgaben) oder eben Drohung und Zwang. Wenn die in Dienst genommenen Privaten und ihr Gewinnstreben es nicht schaffen, die staatlich definierten Gemeinwohlziele zu erreichen, droht ihnen harte ordnungsrechtliche Inpflichtnahme. Als ein zentraler Baustein fügt sich so das ebenfalls seit einigen Jahren allgemein geläufige Konzept der „regulierten Selbstregulierung“ in das Konzept des „Gewährleistungsstaates“. Die bisherigen (staats-) theoretischen Stellungnahmen zu Verpackungsverordnung und „Dualem System“ behandeln denn auch Verpackungsverordnung und „Duales System“ als umweltrechtliches Paradigma<sup>17</sup> staatlich erzwungener bzw. „regulierter“ Selbstregulierung. Die staatlich „regulierte Selbstregulierung“, wie sie in der Verpackungsverordnung ihren Ausdruck finde, sei „die intelligente Antwort des Ordnungsrechts auf die viel beschworenen neuen Herausforderungen an das Recht“.<sup>18</sup> An der Veranlassung der „Selbstregulierung“ durch staatlichen Zwang („ordnungsrechtlich in Gang gesetzter Selbstorganisationsprozeß“<sup>19</sup>) wird insgesamt kein Zweifel gelassen; der Staat verfüge mit dem Ordnungsrecht über eine Macht, die Wirtschaft in die Kooperation zu zwingen.<sup>20</sup>

Anders als die Abgrenzung des „Gewährleistungsstaats“ vom „Interventionsstaat“ suggeriert, bedeutet das Gewährleistungsstaatskonzept indes keinen staatsrechtlichen Paradigmenwechsel. Mit dem „Interventionsstaat“

as its antecedent. It is understood as a state which no longer necessarily performs its public duties itself, but instead just defines them politically and guarantees that the goals set politically are met in the course of directing social processes through law. To do this the guarantor state should be able to „engage“ individual private parties and their profit motive, private organisation and self-regulation based on this, or even more generally the market, and then „regulate“ or direct this „engagement“ for the purpose of fulfilling aims defined by the state (and that means: politically and democratically). The means of direction for this „engagement“ are state incentives (for example as is the case with direction through environmental taxes) or just threat and compulsion. If, once engaged, the private parties and their profit motive do not manage to achieve the goals defined by the state for the public good, they will be faced with the threat of tough legal engagement. The concept of „regulated self-regulation“ which has also been generally current in the last few years thus slots in as a central building block of the „guarantor state“ concept. The existing (political) theoretical opinions on the Packaging Regulation and „dual system“ treat the Packaging Regulation and „dual system“ as environmental law paradigms of self-regulation compelled or „regulated“ by the state.<sup>17</sup> State „regulated self-regulation“ as it is expressed in the Packaging Regulation is „the law’s intelligent answer to the much-invoked new challenges for the law“.<sup>18</sup> Overall there is no doubt about „self-regulation“ instigated by state compulsion („process of self-organisation instituted by law“)<sup>19</sup>, the ability to create law gives the state the power to compel the private sector to cooperate.<sup>20</sup>

Contrary to what the distinction between „guarantor state“ and „interventionist state“ suggests, the guarantor state concept does not mean a change of political paradigm. „The interventionist state“ and the „guarantor state“ share the theoretical and central determination that the state is seen as the only possible guardian or advocate of the public good, as a neutral and objective unit which secures the right

16 Zum Konzept des Gewährleistungsstaates siehe die Beiträge in: Schuppert (Hrsg.), Der Gewährleistungsstaat – Ein Leitbild auf dem Prüfstand, 2005; außerdem Franzius, Der Staat 42 (2003), S. 493 ff.

17 Vom paradigmatischen Charakter des Dualen System spricht ausdrücklich Koch, NVwZ 1996, 215, 217.

18 Koch, NuR 2001, S. 541, 544.

19 Koch, NuR 2001, S. 541, 544.

20 Waechter, Der Staat 1999, S. 279, 284; siehe dazu allgemein Koch, NuR 2001, S. 541, 544; Koch, NVwZ 1996, S. 215 ff.; Hoffmann-Riem, Die Verwaltung 28 (1995), S. 425, 432; Schmidt-Preuß, VVDStRL 56 (1997), S. 160, 185 ff. (mwN).

17 The paradigmatic character of the dual system is mentioned expressly by Koch, NVwZ 1996, 215, 217.

18 Koch, NuR 2001, p. 541, 544.

19 Koch, NuR 2001, Sp. 541, 544.

20 Waechter, Der Staat 1999, p. 279, 284; see on this in general Koch, NuR 2001, p. 541, 544; Koch, NVwZ 1996, p. 215; Hoffmann-Riem, Die Verwaltung 28 (1995), p. 425, 432; Schmidt-Preuß, VVDStRL 56 (1997), p. 160, 185. (mwN).

teilt der „Gewährleistungsstaat“ nämlich die prinzipielle und zentrale Festlegung, dass der Staat als einzig möglicher Sachwalter des Gemeinwohls angesehen wird, als eine neutrale und objektive Einheit, die Ergebnisrichtigkeit im Sinne demokratisch formulierter Gemeinwohlziele sichert. Auch der „Gewährleistungsstaat“ ist so letzten Endes ein etatistisches Konzept, das der gesellschaftlichen Selbstorganisation und ihrer Problemlösungsfähigkeit prinzipiell mißtraut.

#### **IV. Mängel der Gewährleistungsstaatsperspektive bei der Erfassung des „Dualen Systems“: Die ordnungsrechtlichen Primärpflichten als leere Drohung**

Wie eingangs skizziert, soll die „Sachadäquanz“ der Gewährleistungsstaatsperspektive bzw. des Konzepts der „regulierten Selbstregulierung“ als der gesellschaftstheoretischen Konzepte zur Deutung der Verpackungsverordnung und ihrer Beziehung zum „Dualen System“ überprüft werden.

Die DSD-GmbH wurde im September 1990 gegründet, die Verpackungsverordnung trat im Juni 1991 in Kraft. Man könnte geneigt sein, bereits aus dieser Abfolge der Ereignisse abzuleiten, dass der für das Konzept von Gewährleistungsstaat und „regulierter Selbstregulierung“ so zentrale staatliche Zwang zur privaten Selbstorganisation in zeitlicher Hinsicht erst später hinzutrat, dass der „zündende Funke“ also schon historisch gar nicht dieser Zwang war, sondern dass die Selbstorganisation aus sich selbst heraus entstand. Indessen sind derartige, zwischen „Ursache“ und „Wirkung“ unterscheidende Argumentationen stets wenig aussagekräftig. Wie man komplexe soziale Abläufe (noch dazu im Nachhinein) in „Ursache“ und „Wirkung“ aufspaltet, unterliegt fast immer der Willkür des jeweiligen Beobachters. So verwundert es denn auch nicht, dass die Abläufe im Vorfeld der Schaffung der Verpackungsverordnung sich entgegen dem durch die Abfolge der genannten Daten suggerierten Ablauf von „Ursache“ und „Wirkung“ auch so beschreiben lassen, dass sie die Betrachtungsweise „regulierter Selbstregulierung“ untermauern: Bemühungen um rein kooperative Formen seien 1990 gescheitert und eine Lösung habe es nur deshalb gegeben, weil die Bundesregierung „regulative Maßnahmen“ in Aussicht stellte. Zwar sei seitens der Bundesregierung Bereitschaft signalisiert worden, auf Initiativen der Wirtschaft einzugehen, zugleich seien aber in rascher Folge drei Entwürfe einer VerpackV vorgelegt worden, die jeweils erhebliche Belastungen für die Wirtschaft mit sich gebracht hätten, weil eine „Öffnungsklausel“ für das „Duale System“ fehlte.<sup>21</sup> Regulative Politik sei so als „Drohmacht“ eingesetzt worden, um Verhandlungslösungen zu „flankieren“.

result in the sense of democratically formulated aims serving the public welfare. In the end the „guarantor state“ is an etatistic concept, which mistrusts society’s ability to organise itself and to solve its own problems.

#### **IV. Shortcomings of the guarantor state perspective when assessing the „dual system“: primary regulatory obligations as an empty threat**

As outlined at the start, the guarantor state perspective and the concept of „regulated self-regulation“ respectively will be examined in regard to their adequacy as theoretical tools for analysing the Packaging Regulation.

DSD-GmbH was formed in September 1990 and the Packaging Regulation came into force in June 1991. Given this order of events, one could be forgiven for assuming that since centralised state compulsion occurred chronologically later, this self-organisation occurred spontaneously rather than requiring state compulsion to provide the „spark“ for private parties to self-organise. However, such arguments, with their distinctions between „cause“ and „effect“ are never very informative. The division of complex social processes (more on these later) into „cause“ and „effect“ is nearly always subject to the arbitrariness of the individual observer. Hence it is not surprising that the events leading up to the creation of the Packaging Regulation can also be described as the opposite to the process of „cause“ and „effect“ implied by the sequence of events, so that they support the approach of „regulated self-regulation“ instead: efforts based on purely cooperative forms collapsed in 1990 and a solution was only found because the federal government announced „regulatory measures“. Although on the one hand the federal government signalled its willingness to entertain initiatives from the private sector, on the other hand at the same time three draft Packaging Regulations were presented in rapid succession, each of which would have involved significant burdens for private industry because an „opening“ clause for the „dual system“ was missing.<sup>21</sup> Regulatory policies were used as a „threat“ to „back up“ negotiated solutions. Literally it can be stated that „in September 1990 DSD-GmbH was formed as a result of pressure and cooperation.“<sup>22</sup>

21 On this Struß, Abfallwirtschaftsrecht, 1991, p. 87.



Wörtlich läßt sich dann ausführen: „Im September 1990 wurde als Ergebnis von Druck und Kooperation die DSD-GmbH gegründet.“<sup>22</sup>

Erheblich deutlicher in Frage gestellt wird der gesellschaftstheoretische Kern der Vorstellung zwangsweiser Indienstnahme Privater durch staatliche Drohung im Falle des „Dualen Systems“ indes durch eine andere Größe, das Konsumentenverhalten. Auf das Konsumentenverhalten kommt es entscheidend an, wenn die Drohung mit den primären Rücknahmepflichten so ernst sein soll, dass sie die Pflichtigen in das „Duale System“ zwingt: Das Zurücknehmen der Verpackungen durch die Pflichtigen setzt voraus, dass die *Verbraucher* sie zurückgeben.

Die Theoretiker der „regulierten Selbstregulierung“ gehen in diesem Zusammenhang davon aus, dass Rückgabeverhalten der Verbraucher „unkalkulierbar“ sei und dass deshalb bei der Aktivierung der Primärpflichten „Steuerungsschwächen“ zu gewärtigen seien.<sup>23</sup> Diesen „Steuerungsschwächen“ der Primärpflichten soll aber in dieser Lesart wiederum durch das Konzept des „Dualen Systems“ begegnet werden.<sup>24</sup> Dieser Gedankengang wäre nur dann schlüssig, wenn das Rückgabeverhalten der Verbraucher wirklich unkalkulierbar wäre – dann würde dieser Unkalkulierbarkeit eine Unkalkulierbarkeit der mit der Aktivierung der Primärpflichten verbundenen Kosten korrespondieren, die der Drohung mit der Aktivierung der Primärpflichten Substanz verleihen könnte. Indes kann von „Unkalkulierbarkeit“ des Konsumentenverhaltens nur sehr eingeschränkt die Rede sein. Eher erscheint es wahrscheinlich, dass die Rückgabequoten (und damit die bei den Annahmepflichtigen anfallenden Kosten) niedrig ausfallen würden. Dies legen die Rückgabequoten in dem Bereich nahe, in dem seit einiger Zeit primäre Rücknahmepflichten bestehen, also im Bereich der lange Zeit umstrittenen Rückgabe- und Pfandregelungen für Getränkeverpackungen (§ 8 VerpackV<sup>25</sup>). Brancheninsider gehen hier davon aus, dass die Rückgabequoten bei den in der Praxis bis zum 1. Mai 2006 vorherrschenden Insellösungen (individuelle Rückgabe bei den einzelnen Vertreibern) trotz der Höhe der Pfandbeträge eher niedrig liegen,<sup>26</sup> woran auch durch staatliche Steuerung (etwa durch finan-

In the case of the dual system another factor, namely consumer behaviour, calls the theoretical core of the idea of compulsory engagement of private parties through state threats even more clearly into question. Consumer behaviour is decisive if the threat of primary obligations to accept returns is to be serious enough to force those subject to them to join the „dual system“: accepting returned packaging requires *consumers* to *bring back* packaging.

In this context the „regulated self-regulation“ theorists assume that the return behaviour of consumers is „incalculable“ and therefore there is a need to prepare for „control weaknesses“ when activating the primary obligations.<sup>23</sup> In this interpretation these „control weaknesses“ in the primary obligations are meant to be counteracted by the „dual system“ concept.<sup>24</sup> This thought process would only make sense if the return behaviour of consumers really were incalculable – then this incalculability would correspond with the incalculability of the costs associated with the activation of the primary obligations, which could give the threat of activating the primary obligations some weight. In fact however the „incalculability“ of consumer behaviour is very limited. Instead it seems likely that the number of returns (and hence the costs incurred by the party obliged to accept them) would be low. This is evidenced in an area where obligations to return have existed for some time, in other words in the long-controversial area of return and deposit regulations for beverage packaging (§ 8 VerpackV<sup>25</sup>). Industry insiders here assume that the number of returns using the isolated solutions dominant until May 1<sup>st</sup>, 2006 (individual return to each distributor) were rather low despite the size of the deposit amount<sup>26</sup>, something which is clearly difficult to change even with state direction (for example further financial incentives). How things will develop in this area after the isolated solutions were

21 Dazu Struß, Abfallwirtschaftsrecht, 1991, S. 87 f.

22 So Finckh, Regulierte Selbstregulierung im Dualen System, 1998, S. 55 f.

23 Finckh, Regulierte Selbstregulierung im Dualen System, 1998, S. 76 ff.

24 Finckh, Regulierte Selbstregulierung im Dualen System, 1998, S.76.

25 Dazu eingehend Flanderka/Renke, NVwZ 2006, S. 23 ff.

26 [http://www.umweltjournal.de/fp/archiv/AfA\\_recycling/7392.php](http://www.umweltjournal.de/fp/archiv/AfA_recycling/7392.php), letzter Zugriff am 18.7.2006.

22 See Finckh, Regulierte Selbstregulierung im Dualen System, 1998, p. 55.

23 Finckh, Regulierte Selbstregulierung im Dualen System, 1998, p. 76.

24 Finckh, Regulierte Selbstregulierung im Dualen System, 1998, p.76.

25 In detail Flanderka/Renke, NVwZ 2006, p. 23.

26 [http://www.umweltjournal.de/fp/archiv/AfA\\_recycling/7392.php](http://www.umweltjournal.de/fp/archiv/AfA_recycling/7392.php), most recently accessed on 18.7.2006.

zielle Anreize: Pfandregelungen) offenbar nur wenig zu ändern ist. Wie es sich in diesem Bereich auswirkt, dass diese Insellösungen seit dem 1. Mai 2006 durch ein neues System ersetzt wurden, nach dem Händler auch dann leere Verpackungen von Getränken annehmen müssen, wenn diese nicht bei ihnen erworben wurden, lässt sich derzeit offenbar noch nicht abschätzen.<sup>27</sup>

Diese Prognose bedeutet aber nicht nur, dass die Aktivierung der primären Rücknahmepflichten für die Pflichtigen kein unkalkulierbares Kostenrisiko zur Folge hätte. Es bedeutet vor allem, dass die politisch definierten Verwertungsziele der VerpackV nicht zu erreichen sind. Und dies kann – ebenfalls politisch – kaum gewollt sein. Damit verliert die Drohung mit den Primärpflichten ihr Drohpotential. Denn entscheidend für die Annahme wirksamer Drohung ist, dass mit der Umsetzung der Drohung auch gerechnet werden muss. Im Lichte der mangelnden politischen Ernsthaftigkeit der Drohung mit der Aktivierung der Primärpflichten dürfte sich denn auch der an sich schon auffällige Umstand erklären, dass in den 15 Jahren seit Schaffung der Verpackungsverordnung das „Drohpotential“ der suspendierten ordnungsrechtlichen Normierungen noch nie realisiert wurde. Wenn die Vorstellung „regulierter Selbstregulierung“ dennoch aufrechterhalten wird, wird der Theorie-Kern dieser Vorstellung offen zirkulär. So widerlegt sich diese Vorstellung dann ungewollt selbst. Damit ist nicht gesagt, dass Zirkularität an sich ein Mangelzustand wäre. Sie ist es aber für die handlungstheoretisch operierende („Steuerung“) Gewährleistungsstaatstheorie, die lineare kausal-final-Verläufe zwischen Steuerungs-subjekt (Staat) und Steuerungsobjekt (Gesellschaft) unterstellt.<sup>28</sup>

#### V. Sinnhaftigkeit eines Wechsels der theoretischen Perspektive

Die vorstehenden Überlegungen legen den Schluß nahe, dass die Vorstellung einer „regulierten Selbstregulierung“ (als wesentlicher Bestandteil der Gewährleistungsstaatsperspektive) kein adäquates Deutungsmodell zur gesellschaftstheoretischen Erfassung und Ordnung der sozialen Abläufe darstellt, die im Zusammenhang mit der Verpackungsverordnung und dem „Duale System“ stehen. Angesichts der leeren Drohung mit ordnungsrechtlichen

replaced by a new system on May 1st, 2006, which makes traders accept packaging that was not bought from them originally, can hardly be assessed at this time.<sup>27</sup>

This prognosis however does not just mean that activating the primary obligations would not result in an incalculable cost risk. Primarily it means that the Packaging Regulation's politically defined recycling goals cannot be achieved. And this – politically – can hardly be intended. So the threat of primary obligations loses its power. This is because the effectiveness of a threat is dependent on the expectation that it will be carried out. The lack of political seriousness behind the threat of activating the primary obligations explains the conspicuous circumstance that in the 15 years since creating the Packaging Regulation, the threat posed by the suspended legal regulations has never been implemented. If the idea of „regulated self-regulation“ is maintained in spite of this, the theoretical core of the idea becomes obviously circular. Hence this idea unintentionally contradicts itself. Which is not to say that circularity in itself is a shortcoming. However it is a shortcoming for action-based („direction“) guarantor state theory, which assumes linear cause-result processes between the director (state) and the directed (society).<sup>28</sup>

#### V. Does Changing the Theoretical Angle of Approach Make Sense?

The above encourages the conclusion that the concept of „regulated self-regulation“ (as a substantial characteristic of the guarantor state perspective) is insufficient to categorise and regulate social procedures existing in connection with the packaging regulation and the „dual system“. In light of the empty threats contained in the primary obligations in local government regulations, it would seem that in the „dual system“ it is private self-organisation, that is to

<sup>27</sup> Siehe dazu die Homepage der DPG (Deutsche Pfandsysteme GmbH), die dieses neue Pfandsystem betreibt.

<sup>28</sup> Zur Kopplung der Gewährleistungsstaatstheorie mit handlungstheoretischen Steuerungsvorstellungen siehe Schuppert, Verwaltungsrecht als Steuerungswissenschaft. Zur Steuerung des Verwaltungshandelns durch Verwaltungsrecht, in: Hoffmann-Riem/ Schmidt-Aßmann/ Schuppert (Hrsg.), Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, Grundfragen, 1993, S. 65 ff.

<sup>27</sup> See the homepage of DPG (Deutsche Pfandsysteme GmbH), who runs the new deposit system.

<sup>28</sup> On the coupling of Guarantor-State theory to action theory concepts of direction see Schuppert, Verwaltungsrecht als Steuerungswissenschaft. Zur Steuerung des Verwaltungshandelns durch Verwaltungsrecht, in: Hoffmann-Riem/ Schmidt-Aßmann/ Schuppert (ed.), Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, Grundfragen, 1993, p. 65.

Primärpflichten scheint im „Dualen System“ eher die private Selbstorganisation als solche, sozusagen die „nicht-regulierte Selbstregulierung“, zu funktionieren. Ein gesellschaftstheoretisches Raster zur adäquaten Erfassung des „Dualen Systems“ und der Verpackungsverordnung müßte seinen Akzent deshalb stärker auf die funktionierende gesellschaftliche Selbstorganisation legen und folglich den Staat in eine andere Rolle als die des „Drohrs und Zwinners“ einweisen.<sup>29</sup>

Eine theoretische Konzeption diesen Zuschnitts bietet etwa die Systemtheorie. Ihr Theoriekern akzentuiert die autonome gesellschaftliche Selbstorganisation, in den Worten der Systemtheorie ausgedrückt: Es geht ihr um die Autopoiese sozialer Systeme. Ein autopoietisches soziales System ist über seinen spezifischen kommunikativen Code identifiziert, über den es operiert, und über den es sich im Sinne einer Unterscheidung von seiner Umwelt abgrenzt. Für das Rechtssystem ist dieser Code die Unterscheidung von Recht und Unrecht, für das Wirtschaftssystem die zwischen Zahlung und Nichtzahlung.<sup>30</sup> Mit der Systemtheorie gelangt man zur Beschreibung bzw. Beobachtung ganz

say the „non-regulated self-regulation“ which actually functions. Any grid that adequately categorised the „dual system“ and the Packaging Regulation would have to emphasize the functioning social self-organization more strongly and it would force the state into roles other than those of „threatener and enforcer“.<sup>29</sup>

One example of a theoretical concept tailored to match this description is the system theory. At its core, the system theory emphasizes autonomous self-organization. As expressed by the system theory itself, autopoiesis (self-creation) of social systems is the key. An autopoietic social system can be identified by the code it uses to communicate, a code through which it operates and which it uses to distinguish itself from its surroundings. The code used by the legal system is the differentiation between right and wrong and the code used by the economy is the distinction between payment and non-payment.<sup>30</sup> The system theory permits quite different descriptions and observations of phenomena and problems than those that are evident when the guarantor state theory is implemented.<sup>31</sup> From the per-

29 Die konzeptionelle Alternative zu diesem Theoriewechsel liegt darin, die Gewährleistungsstaatskonzeption beizubehalten, den „Gewährleistungsstaat“ aber inhaltlich abweichend von seinem bisherigen Sinngehalt zu bestimmen, ihm also einen neuen Sinn zuzuweisen. Was dabei vom „Gewährleistungsstaat“ und von der „regulierten Selbstregulierung“ bliebe, wäre aber nur der Name. Während die Gewährleistungsstaatskonzeption in ihrem konzeptionellen Bestandteil der „regulierten Selbstregulierung“ wie gesehen auf das leer laufende Zwangselement zentriert ist, müßte dieser neue, ihr zuzuweisende Inhalt dieses Element aufgeben und stattdessen den Akzent auf die funktionierende gesellschaftliche Selbstorganisation legen. Zu „gewährleisten“ hätte dieser Staat dann nur deren Funktionsfähigkeit. Dies wäre jedenfalls eine von der bisherigen Gewährleistungsstaatskonzeption vollkommen abweichende Beschreibung der Staatsfunktion. Die Kontinuität, die die Wahl der Vokabel „Gewährleistungsstaat“ suggeriert, würde sich also in der transportierten Bedeutung nicht abbilden. Deswegen soll die erforderliche Umstellung hier in der mehr Bruch als Kontinuität signalisierenden Konzeption des Theoriewechsels erfolgen. (In die eben skizzierte alternative Richtung geht Ladeur, *Der Staat gegen die Gesellschaft*, 2006, S. 340 ff. Die Kontinuität nahe legende Vorgehensweise fügt sich in Ladeurs theoretischen Ansatz, der die zentrale Stellung der gesellschaftlichen Selbstorganisation bereits in den theoretischen Grundlagen der liberalen Gesellschaft angelegt sieht.)

30 Luhmann, *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, Frankfurt 1994, S. 17. – Der „mainstream“ in der Wirtschaftswissenschaft – das soll nicht verschwiegen werden – setzt allerdings bei der Thematisierung von umweltbezogenen Fragestellungen in der Wirtschaft nicht auf systemtheoretische Deutungsmuster, sondern ist – sozusagen „klassisch“ – etatistisch-interventionistisch orientiert. Stichwort ist hier die ökologische Ökonomie/Umweltökonomie. Systemtheoretisch orientiert aber etwa Joachim H. Spangenberg, *Die ökonomische Nachhaltigkeit der Wirtschaft*, Berlin 2005, S. 286, mit Kritik an den deterministisch-steuerungstheoretischen Annahmen der Ressourcen- und Umweltökonomik und der Institutionenökonomik auf S. 286.

29 The conceptual alternative to this change of theory lies in keeping the guarantor state theory, but changing the meaning of „guarantor state“ to an entirely new one. The only element of „guarantor state“ and „regulated self-regulation“ to remain would be the name. Whereas the central conceptual component of the guarantor state concept is the (idle) element of coercion, as seen above, the new „guarantor state“ would have to dispense with this element and focus on effective (functioning) social self-organization instead. This state would then only have to „guarantee“ its functionality. This description of the guarantor state would diverge completely from the one the present concept offers. The continuity suggested by the word „guarantor state“ would not be reflected in the conveyed meaning. This is why the required conversion would take place through a change – more breach than continuity – in the theory. (In „*Der Staat gegen die Gesellschaft*“, 2006, pp. 340 et seq. Ladeur tends towards this alternative concept. Ladeur’s method complies with continuity in his theoretical approach, which views social self-organization as already holding a central position within the theoretical foundations of liberal society.)

30 Luhmann, *Die Wirtschaft der Gesellschaft* (The Economy of Society), Frankfurt, 1994, p. 17. Mainstream economics – it cannot be denied – is not based on system-theory patterns of analysis in addressing environment-related problems in the economy, but rather „classically“ centred around an etatistisch-interventionist point of view. The catchword here is ecological ecology/environmental economy. For a point of view more oriented toward the system theory, see e.g. Joachim H. Spangenberg, *Die ökonomische Nachhaltigkeit der Wirtschaft*, Berlin 2005, p. 286, which criticises assumptions stemming from deterministic direction theories in resource and environmental economics and institutional economics on p. 286.

31 See also Luhmann, *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, Frankfurt, 1994, p. 27 (FN 19).

anderer Phänomene und Problemstellungen als die Gewährleistungsstaatstheorie.<sup>31</sup> Vom Standpunkt der Systemtheorie aus können Strukturen eines Systems nur mit systemeigenen Operationen variiert werden, auch kann jedes System sich selbst und seine Umwelt nur aufgrund der eigenen Unterscheidungen beobachten. Von politischer „Steuerung“ der Wirtschaft kann man deshalb vom Standpunkt der Systemtheorie allenfalls in dem Sinne sprechen, dass die Politik die Wirtschaft mit Hilfe politikeigener Unterscheidungen beobachtet<sup>32</sup> und auf dieser Grundlage – mit politischen Programmen – in die Wirtschaft interveniert. Will die Politik in der Wirtschaft eine bestimmte Veränderung erreichen, so ist dies auf ein *Zusammenwirken* mit Selbststeuerungsprogrammen der Wirtschaft angewiesen,<sup>33</sup> auf ein die Unterschiede zwischen Politik und Wirtschaft verschleifendes Parallelprozessieren der Operationen beider Systeme. Dies setzt allerdings notwendig voraus, dass sich die Politik auf eine reflexive Rationalität umstellt, sich also bei ihrer Intervention in die Wirtschaft auf deren Eigenrationalität einläßt.<sup>34</sup>

Betrachtet man das „Duale System“ unter Zugrundelegung dieses theoretischen Settings, also als Intervention des politischen Systems ins Wirtschaftssystem, die darauf beruht, dass die Politik die Wirtschaft beobachtet hat und sich bei ihrer politischen Intervention in die Wirtschaft auf deren Eigenrationalität eingelassen hat, so müßte es, um das Funktionieren des „Dualen Systems“ zu erklären, Anhaltspunkte dafür geben, dass das Wirtschaftssystem selbst einen Weg gefunden hat, wirtschaftlich – also anhand des Codes von Zahlung/Nichtzahlung – über die Verwertung von Verpackungsmüll zu kommunizieren.

Auf den ersten Blick stützt die systemtheoretische Betrachtung allerdings Annahmen, dass Probleme wie die Verwertung von Verpackungsmüll, die dem Bereich des „Ökologischen“ und der Ressourcenschonung angehören, im Wirtschaftssystem bearbeitet würden, nicht. Die über Preise strukturierte Kommunikation des Wirtschaftssystems wirkt zwar auf Ressourcen ein, dies aber prinzipiell in dem umgekehrten Sinne, dass die Wirtschaft nämlich nicht reproduzierbare Ressourcen abbaut, und dies rasch.<sup>35</sup> Vor

spective of the system theory, a system's structures can only be varied using operations specific to itself. Furthermore, each system can only use its own differentiations to observe itself and its surroundings. So from the perspective of the system theory it is only possible to say that politics „directs“ the economy in the sense that politics, with the help of its own political differentiations, makes observations<sup>32</sup> and uses these observations in concurrence with political programmes as the basis for its interventions in the economy. Where politics wants to achieve a particular change, it is forced to rely on a cooperation of self-directing economic programmes<sup>33</sup> and parallel processing of operations in both systems. However, this assumes that politics adapts to reflexive rationality when intervening in the economy, engaging with the economy's own inherent rationality.<sup>34</sup>

Viewed before the backdrop of this theoretical setting, in which political interventions in the economy take place based on political observations and engagement with the economy's own inherent rationality, there ought to be indications that the economy has found its own way to communicate about packaging waste recycling by means of its code of payment vs. non-payment.

At first sight, however, the system theory does not appear to support assumptions that the economy is able to adequately process problems arising in connection with packaging waste recycling, an area that is generally attributed to the „ecological“ and resource protection sectors. Communication in the economy takes place through the medium of pricing, which also tends to affect resources, although more in the opposite sense in that it depletes non-reproduceable resources as quickly as possible.<sup>35</sup> Against

31 Dazu auch Luhmann, *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, Frankfurt 1994, S. 27 (FN 19).

32 Luhmann, *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, Frankfurt 1994, S. 26.

33 Luhmann, *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, Frankfurt 1994, S. 346.

34 Zu den Modalitäten derartiger „Steuerung“ (eines sozialen Systems durch ein anderes) s. am Beispiel des Verhältnisses des Rechts zu anderen Systemen Calliess, *Prozedurales Recht*, 1999, S.128; Teubner, *Recht als autopoietisches System*, 1989, S.87; Teubner, *Altera Pars Audiatur: Das Recht in der Kollision anderer Universalitätsansprüche*, in: ARSP-Beiheft 65, 1996, S. 199 (201).

35 Luhmann, *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, Frankfurt 1994, S. 38 f.

32 Luhmann, *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, Frankfurt, 1994, p. 26.

33 Luhmann, *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, Frankfurt, 1994, p. 346.

34 See Calliess, *„Prozedurales Recht“*, 1999, p. 128; Teubner, *„Recht als autopoietisches System“*, 1989, S.87; Teubner, *„Altera Pars Audiatur: Das Recht in der Kollision anderer Universalitätsansprüche“*, in: ARSP-Beiheft 65, 1996, p. 199 (201) for modalities of such „directing“ (one social system through another) exemplified by the relationship of law to other systems.

diesem Hintergrund steht eine systemtheoretische Deutung vor der Frage, wie Umweltbeziehungen – Beziehungen zu Ressourcen und deren Schonung; Probleme des „Ökologischen“ und der Nachhaltigkeit – überhaupt im Wirtschaftssystem behandelt werden können, wie das Wirtschaftssystem seine Umweltauswirkungen in die eigene Kommunikation wiedereinführen kann.

Die Antwort liefert der Angebot-Nachfrage-Zusammenhang.<sup>36</sup> Existiert eine quantitativ relevante und relativ stabile Nachfrage nach einem Gut, so wird es möglich, im Rahmen eines variablen Programms wirtschaftsintern eine Festlegung zu treffen, dass auf eine solche Nachfrage im Sinne einer bestimmten Prioritätsstufe bei der Befriedigung von Konsumentenbedürfnissen reagiert wird. Auf diese Weise kann das Wirtschaftssystem Fremd- (Umwelt-) Referenzen artikulieren<sup>37</sup> und auf diese Weise können systemintern Störungen bezeichnet werden, im Hinblick auf deren Aufhebung oder Milderung der Systemzustand angenähert werden soll (in seiner Differenz zur Umwelt minimiert werden soll).<sup>38</sup> Also: Es kann nach der Systemtheorie doch durchaus sein, dass die Wirtschaft einen Weg (ein Programm) gefunden hat, wirtschaftlich, also anhand ihrer Unterscheidung Zahlung/Nichtzahlung und anhand von Preisen, über die Verwertung von Verpackungsmüll zu kommunizieren, und zwar, weil es die dazu notwendige relativ stabile Nachfrage nach Produkten gibt, bei denen die Verwertung ihrer Verpackung in einer ökologisch orientierten Weise versprochen und dieses Versprechen eingehalten wird. Wie nahe liegt, existiert allerdings ohne weiteres anschlussfähiges Material, das die Annahme einer solchen relativ stabilen Nachfrage empirisch absichert, nicht. Indes lassen sich aber eine Reihe von Indizien benennen.

Für die 60er Jahre des 20. Jahrhunderts wurden in den USA politikwissenschaftlich erstmals soziale Phänomene beschrieben, die unter dem Schlagwort „Konsumentenmacht“ zusammengefasst wurden.<sup>39</sup> Beschrieben war damit das kennzeichnende Merkmal einer damals im Entstehen begriffenen „Dienstleistungs-Konsumenten-Gesellschaft“ der westlichen Kulturen, in der Dienstleistung und Konsum herausragende Bedeutung zukommen sollten und in der neue Werte wichtig werden sollten, die an Dienstleistung und Konsum herangetragen werden.<sup>40</sup> Diese Ent-

this background, the system theory has to face the question of and interpret how the economy can process environmental relations (ie. relations to resources and their protection); ecological problems and sustainability, and reintroduce the economy's effects on the environment into its specific form of communication.

The answer lies in the connection between supply and demand: if there is a quantitatively relevant and comparatively stable demand for a product, then within the framework of a variable programme it will be possible to set internal economic priorities in terms of the order in which consumer demands are satisfied.<sup>36</sup> In this way the economic system can articulate foreign (environmental) references<sup>37</sup> and in this way internal system disturbances can be identified, allowing for adjustments to the system to alleviate or remove them (to minimise differences with the environment)<sup>38</sup>. Indeed, according to the system theory it could well be the case that the economy has found a way (a programme) of communicating about packaging waste recycling in economic terms, ie. by differentiating between payment and non-payment and through pricing. And this because the necessary prerequisite exists, namely a relatively stable demand for products where producers promise ecologically-oriented packaging recycling and actually keep this promise. Equally obviously, however, there is no readily accessible material that would provide empirical support for the assumption of such relatively stable demands. Nevertheless, a number of indicators can be named.

The 1960s was the first time social phenomena best expressed by the collective term of „consumer power“ were described from a political science point of view in the USA.<sup>39</sup> This term was used to describe the main characteristic of a „service provision and consumer society“ that was just starting to develop in western society. In this new society, significant meaning was attached to service provision and consumption, and new values connected to service

36 Dazu näher Luhmann, *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, Frankfurt 1994, S. 69.

37 Luhmann, *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, Frankfurt 1994, S. 250.

38 Luhmann, *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, Frankfurt 1994, S. 346.

39 Gartner/Riessmann, *Der aktive Konsument in der Dienstleistungsgesellschaft, Zur politischen Ökonomie des tertiären Sektors*, Frankfurt 1978, S. 15.

35 Luhmann, *„Die Wirtschaft der Gesellschaft“*, Frankfurt, 1994, pp. 38 et seq.

36 For more details, see Luhmann, *„Die Wirtschaft der Gesellschaft“*, Frankfurt, 1994, p. 69.

37 Luhmann, *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, Frankfurt 1994, S. 250.

38 Luhmann, *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, Frankfurt 1994, S. 346.

39 Gartner/Riessmann, *„Der aktive Konsument in der Dienstleistungsgesellschaft, Zur politischen Ökonomie des tertiären Sektors“*, Frankfurt, 1978, p. 15.

wicklung wurde als von einer aus sozialen „Dissentierenden“ (Frauengruppen, Jugendlichen, andere Minderheiten) zusammengesetzten „Konsumentenvorhut“ getragen beschrieben, die sich von den herrschenden Werten (Konkurrenz, Leistungsstreben) absetzt und „alternative“ Wertvorstellungen bevorzugt.<sup>41</sup> Dienstleistung und Konsum figurieren in dieser Vorstellung als erster Kulminationspunkt aus Opposition entstehender „alternativer“ Werte, als Möglichkeit, kulturelle Zusammenhänge abseits dominanter Wertstrukturen zu schaffen.

Heute dürfte sich diese (wenn auch mit einiger Vereinfachung) in die gesellschaftliche Protestbewegung der ausgehenden 60er Jahre, aus der auch die Umweltbewegung hervorging, einzuordnende und an „alternativen“ Wertvorstellungen orientierte „Konsumentenmacht“ unter anderem zu einem umweltbewußten Kaufverhalten breiterer Bevölkerungskreise weiter entwickelt haben. Marktempirische Studien zeigen etwa, dass „ökologieorientiertes“ Kaufverhalten von Konsumenten als Phänomen zu beobachten ist, außerdem, dass es nicht auf bestimmte Produktgruppen begrenzt ist, sondern dass es sich um ein produktgruppenübergreifendes Phänomen handelt.<sup>42</sup> Eine quantitativ wesentliche Gruppe ökologieorientierter Käufer stellt dabei die Gruppe der „Extensivkäufer“ dar, die sich habitualisiert mit umweltbezogenen Konsumproblemen befassen und aktiv zu ihrer Lösung beitragen wollen. Quantitativ nicht minder bedeutsam ist aber auch die Gruppe der „gedanklich unbeteiligten Gewohnheitskäufer“, die in der Kaufsituation zwar ihre üblichen Marken bevorzugen, aber dennoch ein ökologisches Kaufziel in den Vordergrund stellen.<sup>43</sup> Auf der Grundlage derartiger Erhebungen werden differenzierte Marktbearbeitungsstrategien empfohlen, die etwa – wie im Waschmittelsektor derzeit schon zu beobachten – Herstellern ein Parallelangebot von Öko- und herkömmlichen Produktvarianten empfehlen.<sup>44</sup>

Im Sinne eines weiteren Indizes dafür, dass das Wirtschaftssystem durchaus in der Lage ist, seine Umweltbeziehungen in seine Kommunikation wieder einzuführen, mag noch das relativ neue Phänomen der „corporate citizen-

provision and consumption became very important.<sup>40</sup> This development was described as coming from a socially dissident consumer-protective conglomerate of women's groups, youths, and other minorities, distancing itself from the prevalent competition and performance-based values, preferring „alternative“ values instead.<sup>41</sup> Within this idea, service provision and consumption figure as initial points of culmination of „alternative“ values arising from opposition and opportunities to create cultural connections aside from dominant value structures.

Today, this social protest movement of the late 60s, or put more simply, a consumer power aligned to „alternative“ values, from which environmental awareness initially arose, has encouraged a wide spectrum of the population to tend towards environmentally friendly consumer behaviour. Empirical market research shows, for instance, that the phenomenon of ecologically aware consumer behaviour exists and is not limited to particular groups of product, but rather applies to products across the board.<sup>42</sup> A quantitatively substantial group of ecologically aware consumers represents the group of „extensive consumers“, who address environmental issues as a matter of habit and actively want to contribute solutions. No less quantitatively meaningful are the members of the group of „notionally uninvolved consumers of habit“, who tend towards their usual brands when shopping, but try to buy in an ecologically sound manner.<sup>43</sup> Sophisticated strategies for adapting markets are frequently recommended on the basis of such empirical studies, such as can currently be observed in the washing liquid sector, where producers are simultaneously offered ecological and regular products to choose from.<sup>44</sup>

A further indication that the economy is indeed able to re-introduce environmental relations into its communication can be seen in the relatively new phenomena of „corporate citizenship“. Although this concept does not relate

40 Gartner/Riessmann, Der aktive Konsument in der Dienstleistungsgesellschaft, Zur politischen Ökonomie des tertiären Sektors, Frankfurt 1978, S. 14.

41 Gartner/Riessmann, Der aktive Konsument in der Dienstleistungsgesellschaft, Zur politischen Ökonomie des tertiären Sektors, Frankfurt 1978, S. 17.

42 Monhemius, Umweltbewusstes Kaufverhalten von Konsumenten, Frankfurt 1993, S. 259.

43 Alles aus: Monhemius, Umweltbewusstes Kaufverhalten von Konsumenten, Frankfurt 1993, S. 263 ff.

44 Monhemius, Umweltbewusstes Kaufverhalten von Konsumenten, Frankfurt 1993, S. 271 ff.

40 Gärtner/Riessmann, „Der aktive Konsument in der Dienstleistungsgesellschaft, Zur politischen Ökonomie des tertiären Sektors“, Frankfurt, 1978, p. 14.

41 Gartner/Riessmann, Der aktive Konsument in der Dienstleistungsgesellschaft, Zur politischen Ökonomie des tertiären Sektors, Frankfurt 1978, p. 17.

42 Monhemius, „Umweltbewusstes Kaufverhalten von Konsumenten“, Frankfurt, 1993, pp. 259 et seq.

43 All from: Monhemius, „Umweltbewusstes Kaufverhalten von Konsumenten“, Frankfurt, 1993, pp. 263 et seq.

44 Monhemius, „Umweltbewusstes Kaufverhalten von Konsumenten“, Frankfurt, 1993, pp. 271 et seq.

ship“ erwähnt werden. Auch wenn es sich hierbei nicht um auf die natürliche Umwelt und deren Schonung bezogene Aktivitäten der Wirtschaft handelt,<sup>45</sup> indiziert doch die Kurzfassung dessen, was mit „corporate citizenship“ gemeint ist, dass der Systemzustand der Wirtschaft derzeit nicht ausschließlich auf Ressourcenabbau hinausläuft: „Als unternehmerisches Bürgerengagement (corporate citizenship) bezeichnet man Aktivitäten, mit deren Hilfe Unternehmen selbst in ihr gesellschaftliches Umfeld investieren und ordnungspolitische Mitverantwortung übernehmen. Sie helfen mit, Strukturen bereichsübergreifender Zusammenarbeit und soziales Kapital aufzubauen, um zusammen mit Partnern aus anderen gesellschaftlichen Bereichen (...) konkrete Probleme ihres Gemeinwesens zu lösen.“<sup>46</sup>

Insgesamt sieht man: Es gibt durchaus plausible Anzeichen dafür, dass der Systemzustand der Wirtschaft zur Zeit nicht ausschließlich auf Ressourcenabbau hinausläuft, sondern dass das Wirtschaftssystem seine Umweltbeziehungen in seine Kommunikation (wieder) eingeführt hat. Dies stützt auch die Annahme, dass es eine relativ stabile Nachfrage nach Produkten gibt, bei denen die Verwertung ihrer Verpackung in einer ökologisch orientierten Weise versprochen und durchgeführt wird, dass die Wirtschaft also einen Weg gefunden hat, anhand ihres Codes über die Verwertung von Verpackungsmüll zu kommunizieren. Insofern liegt es auch nahe, das „Duale System“ unter systemtheoretischer Deutungsprämisse als gelungene, den Systemzustand der Wirtschaft aufnehmende Intervention der Politik in die Wirtschaft zu interpretieren. Selbst die Verwertungsquoten ließen sich dann – jedenfalls als solche, wenn auch nicht notwendig in ihrer gegenwärtigen Ausgestaltung en détail – in diesem Sinne als parallel wirtschaftlich und politisch gesetzte Standards deuten, nämlich als Instrument, um das Erreichte nach Außen, also gegenüber den Konsumenten, transparent zu machen. Wenn auf eine ökologieorientierte Nachfragestruktur reagiert werden soll, liegt es nahe, dass das in diesem Sinne Erreichte auch transparent gemacht und kommuniziert werden soll.<sup>47</sup> Derartige plausible Interpretationsoptionen muss sich das Gewährleistungsstaatsmodell aber prinzipiell verwehren.

to economic activities that affect the natural environment and its protection,<sup>45</sup> the term „corporate citizenship“ implies in summary that in its current state, the economic system actively engages in more than just resource depletion: „Citizen commitment by businesses (corporate citizenship) refers to the way in which companies invest in their social environment and assume regulatory co-responsibility. They help to build up intra-disciplinary cooperative structures and social capital, in order to solve specific problems by interacting with partners in other fields“.<sup>46</sup>

In summary, it is apparent that plausible indications exist that rather than the current state of the economic system being exclusively directed at depleting resources, the economic system has (re) implemented environmental concerns in its method of communication. This further supports the assumption that a relatively stable demand for products for which producers have promised and actually execute ecologically oriented packaging disposal, also exists. To this extent, the „dual system“ is a successful indicator of political intervention in the economy within the parameters of the system theory. Even recycling quotas as such, although not necessarily in all the details of their current forms, can be interpreted as both economic and political standards at the same time, in the sense of rendering the goals reached transparent to the consumer public. If responsiveness to an ecological demand structure is desired, it is obvious that any ecological goals achieved also have to be made transparent and communicated.<sup>47</sup> However, these sort of plausible options of interpretation are precluded by the guarantor state model as a matter of principle. To be able to refer to *regulated* self-regulation as self-organization as a reaction against state constraints, the perspective has to blend out the „driving forces“ of autonomy and genuine economic motives behind self-regulation and self-organization.

45 Zu den Anwendungsfällen der Corporate Citizenship (genannt werden die Bereiche Schule und Bildung, Beschäftigung und Soziales, Kultur, Gesundheit und betriebliche Freiwilligenarbeit) s. Habisch, Corporate Citizenship, Gesellschaftliches Engagement von Unternehmen in Deutschland, Berlin 2003, S. 85 ff.; s. allgemein auch die Beiträge in Wieland/Conradi (Hrsg.), Corporate Citizenship, Gesellschaftliches Engagement – unternehmerischer Nutzen, Marburg 2002.

46 Habisch, Corporate Citizenship, Gesellschaftliches Engagement von Unternehmen in Deutschland, Berlin 2003, S. 58.

47 Zur ökonomischen Sinnhaftigkeit solcher Außerdarstellung auch di Fabio, JZ 1997, S. 969 (969).

45 See Habisch, „Corporate Citizenship, Gesellschaftliches Engagement von Unternehmen in Deutschland“, Berlin 2003, pp. 85 et seq. for cases of „corporate citizenship“ (school and education, occupation and social affairs, culture, health and occupational voluntary work are named as specific examples); see also more generally Wieland/Conradi (Hrsg.), Corporate Citizenship, Gesellschaftliches Engagement – unternehmerischer Nutzen, Marburg 2002.

46 Habisch, „Corporate Citizenship, Gesellschaftliches Engagement von Unternehmen in Deutschland“, Berlin 2003, pp. 58.

47 See also di Fabio, JZ 1997, S. 969 (969) on whether such external presentations are economically feasible.

Um von einer *regulierten* Selbstregulierung, als Selbstorganisation als Reaktion auf staatlichen Zwang, sprechen zu können, muss diese Perspektive solche autonomen und genuin wirtschaftlichen Motive als „treibende Kräfte“ der Selbstregulierung und –organisation ausblenden.

Auch für den Umstand, dass es im Bereich der Getränkeverpackungen (§ 8 VerpackV) bisher nicht zur Selbstorganisation eines derartigen vergleichbaren „Dualen Systems“ gekommen ist, lässt sich aus der systemtheoretischen Perspektive zumindest ein plausibler Erklärungsansatz formulieren: Hier liegt es nahe, dass unter den gegenwärtigen politischen Bedingungen – primäre ordnungsrechtliche Rücknahmepflicht der für die betroffenen Verpackungen, flankiert durch ein Anreizmodell zur Steuerung des Rückgabeverhaltens der Verbraucher (Pfand) – eine gewinnbringende Organisation dieser Art nicht möglich ist. Denn trotz des Pfandes sind die Rückgabequoten hier jedenfalls bis 1. Mai 2006 (dem Datum der Ablösung der Insellösungen durch die Möglichkeit, leere Getränkeverpackungen auch bei Händlern zurückgeben zu können, bei denen diese nicht bei ihnen erworben wurden) eher gering. Insofern scheint es durchaus möglich, dass es für die Handelsbetriebe hier wirtschaftlicher war (oder noch ist), am sogenannten „Pfandschlupf“ zu verdienen, als ein vergleichbares „Duales System“ zu organisieren: Der Liquiditätsvorteil durch das nicht eingelöste Pfand soll im Jahr 2003 etwa bei 1,3 Milliarden Euro gelegen haben.<sup>48</sup> Es könnte also sein, dass der Staat hier selbst mit dem „Pfandschlupf“ als Begleiterscheinung seiner „harten ordnungsrechtlichen Normierung“ unmittelbarer Rücknahmepflichten bzw. seiner „Anreizsteuerung“ durch Pfand bei gleichzeitig kaum steuerbarem Rückgabeverhalten der Verbraucher ökonomische Randbedingungen geschaffen hat, die ein Verharren im unorganisierten Zustand wirtschaftlich attraktiver erscheinen lassen bzw. ließen als die Organisation eines „Dualen Systems“. Wenn dies zutrifft, so wäre dies geradezu ein Musterbeispiel kontraproduktiver staatlicher „Steuerung“.

#### **VI. Rechtsdogmatische Konsequenzen des Perspektivwechsels für Verpackungsverordnung und „Duales System“**

Wechselt man die gesellschaftstheoretische Perspektive, weil sich die bisher eingenommene als mangelbehaftet erweist, da sie die soziale Realität nicht angemessen deuten kann, so hat dies Konsequenzen auch für das allgemeine Verständnis von Rolle und Funktion des Rechts in den dann insgesamt anders wahrzunehmenden und zu ordnen-

<sup>48</sup> [http://www.umweltjournal.de/fp/archiv/AfA\\_recycling/7392.php](http://www.umweltjournal.de/fp/archiv/AfA_recycling/7392.php), letzter Zugriff am 18.7.2006.

The system theory's angle of approach even offers an explanation for the fact that self-organization of a comparable „dual system“ has not been able to assert itself in the area of beverage packaging (§ 8 Packaging Regulation). In the current political situation in which primary regulatory obligations to take back packaging waste are accompanied by an incentive model to steer consumer behaviour by exchanging packaging waste for a monetary deposit when returned, it would appear that profit-making organizations of this nature are not possible. Despite having to pay a deposit, up until May 1<sup>st</sup>, 2006, the date the isolated solutions were replaced by a new system allowing consumers to return packaging to traders who didn't sell it, very few consumers actually returned packaging. For traders it may have made (or may still be making) more economic sense to profit from the „deposit loophole“ than to organize their own „dual system“. The cash advantage from unclaimed deposits is said to have amounted to approximately \_ 1.3 billion Euro in 2003.<sup>48</sup> Here, through the „deposit loophole“ which is a byproduct of „tough regulatory guidelines“ mandating direct acceptance of packaging returns and „incentive direction“ via deposits, combined with barely controllable return behaviour on the part of consumers, the state has quite possibly created a disorganized economic framework which makes retaining the disorganized system seem more economically attractive than implementing a „dual system“. If this is true, it would be the perfect example of contraproductive state direction.

#### **VI. Consequences in Legal Theory for the Packaging Regulation and the „Dual System“ Flowing from Changing the Approach**

If the theoretical angle of approach is changed because the previous perspective proves to be inadequate and unable to sufficiently interpret social reality, the understanding of the role and function of Law in general will be affected. Subsequently, social phenomena will have to be perceived and categorised differently altogether. Law

<sup>48</sup> [http://www.umweltjournal.de/fp/archiv/AfA\\_recycling/7392.php](http://www.umweltjournal.de/fp/archiv/AfA_recycling/7392.php), last accessed on July 18, 2006.



den sozialen Phänomenen. Denn das Recht und die Ordnung seiner dogmatischen Figuren beziehen ihren Sinn stets aus gesellschaftstheoretischen Annahmen. Recht und seine Kategorien und Verknüpfungen existieren nicht isoliert für sich, sondern stehen in Sinnreferenz zu diesen theoretischen Konstrukten.<sup>49</sup> Insofern sind also aus einem solchen Wechsel auch stets konkrete rechtsdogmatische Folgerungen abzuleiten.

Allgemeine rechtsdogmatische Folgerungen aus dem Theoriewechsel betreffen etwa die Vorstellung vom Parliamentsgesetz als zentralistisch-staatlich final steuernd gedachtem Dreh- und Angelpunkt der rechtlichen Systembildung. Von der Vorstellung rechtlicher Verhaltenssteuerung im Sinne eines zentral staatlich gebildeten, auf Dauer angelegten und alle sozialen Fragen sachlich-inhaltlich abschließend regelnden Gesetzes und den korrespondierenden Rationalitätsvorstellungen muss Abschied genommen werden, wenn man mit der Systemtheorie den Akzent der Theoriebildung vom Staat als Subjekt, das gesellschaftliche Abläufe steuert, zur autonomen gesellschaftlichen Selbstorganisation hin verschiebt: „Die Rationalität des Rechtssystems kann (...) nicht mehr statisch als „Herrschaft des Gesetzes“ verstanden, sondern muss „dynamisch an der Art und Weise, wie Recht in der Gesellschaft prozessiert wird, festgemacht werden.“<sup>50</sup> Die Schließung der einzelnen Teilsysteme bewirkt, dass die Systeme einer direkten gesetzlichen, final/kausal gedachten staatlichen Steuerung, wie in der Rechtsvorstellung rationalistischer Sinnreferenz vorgestellt, so nicht mehr zugänglich sind. Wenn der staatliche Gesetzgeber als Teil des Systems „Politik“ also über Gesetze rechtliche Standards setzen will, so muss er zuvor die Handlungsrationalitäten der jeweiligen Subsysteme über ihre Beobachtung und seine kognitive Offenheit „in sich hineinspiegeln“ und diese dann seiner Normierung zugrunde legen.<sup>51</sup>

Betreffen diese Überlegungen die Vorstellung von staatlicher/politischer Normgebung, so wird auch der Vorstellung einer reinen „Anwendung“ des hierarchisch übergeordneten Gesetzes auf die „Realität“ der Boden entzogen: Um ein Gesetz den gesellschaftlich-autonom erzeugten Normen und ihrer Rationalität dynamisch anzupassen, muss es möglich sein, im Wege der „Anwendung“

derives its meaning and the way in which its theoretical entities are aligned from social theory assumptions. Law and its categories do not exist in isolation from each other. Their implications are inter-linked in direct reference to such theoretical constructs.<sup>49</sup> To this extent, concrete conclusions in legal theory can be derived by changing the angle of approach.

A change in theoretical perspective will affect the perception of the Act of Parliament as a final, centralised state lynchpin intended to steer legal system building. It is necessary to step back from a concept of law as a centralized governmental instrument, designed to influence behaviour through permanent acts which conclusively regulate the content and object of all social queries. It is also necessary to relinquish any corresponding perceptions of rationality in order to revert to an autonomous model of social self-organization. The system theory accentuates a method of theory building in which the state is a subject that steers social processes. The rationality of the legal system cannot be understood as a static „sovereignty of law“ any longer, but rather has to be adapted to match the dynamic way in which law processes society.<sup>50</sup> The closure of individual part-systems does not allow a direct, legal, final/causative concept of state direction. If the legislature – as part of the system of „politics“ – wants to set legal standards in legislation, it will have to reflect on the rationality behind the actions of the respective sub-system, in order to use these observations as the basis for normative regulation.<sup>51</sup>

To the extent that these contemplations affect the perception of political/governmental norm-giving, they pull the rug out from under the feet of the perception of a pure „application“ of higher-ranking law to „reality“: in order to dynamically adjust the law of social-autonomously created norms and their rationality it has to be possible to dispose over the law's stock of norms and change them by imple-

49 Dazu demnächst genauer Pöcker, *Stasis und Wandel der Rechtsdogmatik. Von der rationalistischen Rechtsvorstellung zu einer rechtstheoretisch angeleiteten Dogmatik des öffentlichen Rechts* (Habilitationsschrift, erscheint 2007).

50 Calliess, *Prozedurales Recht*, 1999, S. 269 f. Ähnlich schon Willke, *Die Entzauberung des Staates*, 1983, S. 48 ff.

51 Dazu näher Teubner, in: Grimm/Maihofer (Hrsg.), *Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik*, 1989, S. 45 ff.

49 For more detail, see the upcoming Pöcker, *Stasis und Wandel der Rechtsdogmatik. Von der rationalistischen Rechtsvorstellung zu einer rechtstheoretisch angeleiteten Dogmatik des öffentlichen Rechts* (professorial dissertation, 2006, not yet published).

50 Calliess, *„Prozedurales Recht“*, 1999, S. 269 f. Similar to Willke, *„Die Entzauberung des Staates“*, 1983, pp. 48 et seq.

51 See Teubner, in: Grimm/Maihofer (Ed.), *„Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik“*, 1989, pp. 45 et seq. for more detail.

über das Gesetz – das allerdings einen Referenzpunkt der dogmatischen Operationen bildet – in seinem Bestand zu disponieren und es selbst zu verändern. Dieser Vorgang muss sich angesichts der permanent fortschreitenden gesellschaftlichen Entwicklung ebenfalls permanent vollziehen.<sup>52</sup> So ist „Rechtsanwendung“ dann also zu lesen als ein Vorgang, der den Gedanken des Gesetzes als eines reinen Maßstabs und eines davon kategorial unterschiedlichen Anwendungsaktes aufhebt und so Importe gesellschaftlich-autonom erzeugter Normen ins Recht bewerkstelligt. So – und in der Rückkoppelung dieses Vorganges an den Gesetzgeber, der die „Anwendungs-“ Lernerfahrungen bei seiner weiteren Aktivität berücksichtigt – entsteht die Vorstellung eines „lernenden“ Rechts.<sup>53</sup>

Für das Verhältnis von Verpackungsverordnung und „Dualem System“ als rechtsdogmatische Konstruktion bedeutet dies konkret Folgendes: Einstweilen darf man wohl davon ausgehen, dass etwa die Festlegung auf die stoffliche Verwertung oder die einschlägigen Quotenvorgaben für diese stoffliche Verwertung das abbilden, was auch der selbstorganisiert und autonom gebildete Systemzustand der Wirtschaft vorgibt. Abweichendes ist einstweilen nicht erkennbar. Wesentlich ist aber, dass dies kein automatischer, sondern ein begründungsbedürftiger Schluß ist: In letzter Konsequenz maßgeblich ist nicht allein die staatlich (politisch) gesetzte Norm, sondern deren Übereinstimmung mit der in Selbstorganisation der Wirtschaft gesetzten Norm. Für den Staat bzw. das politische System bedeutet dies, dass dynamische Beobachtungspflichten hinsichtlich der aktuellen Zustände des Wirtschaftssystems bestehen, und dass vorhandene gesetzliche Normierungen gegebenenfalls verändert werden müssen, dass also die Rationalität der autonomen Selbstregulierung beobachtet und sie mit gesetzlichen Normierung rückkoppelt werden muss. Ein Indikator für solchen Veränderungsbedarf wären etwa fortwährende und quantitativ ins Gewicht fallende Unter-, aber auch Übererfüllungen der gegenwärtigen, in der Verpackungsverordnung enthaltenen Quotenregelungen. Zu denken ist insofern auch an die Einführung von Monitoring- und Evaluationsverfahren.<sup>54</sup> Im Übrigen gilt, dass eine Norm (hier also eine gesetzliche bzw. im Verordnungswege normierte Quotenregelung), die sich fort-

mentation through law, as a reference point for theoretical options. This process has to execute itself permanently in order to be able to adapt to continuing social development.<sup>52</sup> As a result, „application of law“ has to be understood as a process, moving away from a concept of legislation as a mere benchmark and a categorically separate action of applying the law, so helping to import social-autonomously created norms into law. A perception of law as something capable of „learning“ is created by re-connecting this process to the legislator, who takes the learning experiences derived from these „applications“ into account in his further activities.<sup>53</sup>

This means the following for the relationship between the Packaging Regulation and the „dual system“ as a construct of legal theory: for the time being, it is safe to assume that choosing to recycle materials or to apply quotas prescribed by the packaging regulation represent the same as the self-organized and autonomously created system prescribes for the existence of the economy. The important thing is that this is not an automatic conclusion, but rather a conclusion requiring further qualification, as the ultimate result is important, and not the governmentally (politically) created norm, but its correlation to the norm created by organization of the economy. For the state/political system this means that dynamic obligations to observe the current state of the economy exist, and that existing legal norms may have to be adapted, so that the rationality inherent in autonomous self-regulation is observed and the reference to legal norms re-established. Continuous and quantitatively important under- and overfulfilment of the currently applicable quotas in the Packaging Regulation could be an indication of a need for change, in which case it would be appropriate to introduce a monitoring and evaluation procedure.<sup>54</sup> Incidentally, a norm (in this case a quota regulated by legal act or directive) which constantly turns a blind eye to divergent self-imposed measures in the economy will lose its normative power in the long run.

52 Ladeur, in: Meier-Schatz (Hrsg.), Die Zukunft des Rechts, 1999, S. 31, S. 41.

53 So die Konzeption von Ladeur, ARSP 80 (1994), Auflösung des Subjekts in der differentiellen Bewegung der Funktionssysteme?, S. 407 ff., Der Staat gegen die Gesellschaft, 2006, S. 331; in dieser treffenden Kurzformel zusammengefaßt von Teubner, in: ARSP-Beiheft 65, 1996, S. 199, S. 205.

54 In diesem Sinne auch Ladeur, Der Staat gegen die Gesellschaft, 2006, S. 388 f.

52 Ladeur, in: Meier-Schatz (Hrsg.), „Die Zukunft des Rechts“, 1999, p. 31, p. 41.

53 Such is the conception of Ladeur, ARSP 80 (1994), „Auflösung des Subjekts in der differentiellen Bewegung der Funktionssysteme?“, pp. 407 et seq., „Der Staat gegen die Gesellschaft“, 2006, p. 331; summarized in a poignant short formula by Teubner, in: ARSP-Supplement 65, 1996, p. 199, p. 205.

54 In this connection see also Ladeur, „Der Staat gegen die Gesellschaft“, 2006, pp. 388 et seq.

dauernd blind gegenüber abweichenden selbstgesetzten Maßstäben der Wirtschaft zeigt, ihre normative Kraft auf längere Sicht verliert.

In diesem Zusammenhang der Vorstellung eines „lernenden“ Rechts lassen sich dann auch die schon gegen die starre Quotenregelung für die stoffliche Verwertung vorgebrachten kritischen Äußerungen als „Merkposten“ eines dynamischen Beobachtungs- und Veränderungsprogramms aufnehmen: So wird beispielsweise zu beobachten sein, ob im „Dualen System“ angeregt wird, von den ökologisch und ökonomisch umstrittenen Recyclinglösungen, wie sie durch die Verpackungsverordnung begünstigt werden, im Sinne anderer Lösungen zunehmend Abstand zu nehmen.<sup>55</sup> Die Verbrennung kann etwa in bestimmten Fällen durchaus ökologisch und ökonomisch sinnvoller sein als die stoffliche Verwertung.<sup>56</sup>

### VII. Schluß

Wie die vorstehenden Ausführungen zeigen, geht es bei dem hier befürworteten Wechsel des theoretischen Standpunktes in Ansehung des „Dualen Systems“ nicht darum, „selbstreferentieller Borniertheit“ und „eigensinnigen Relevanzkriterien“<sup>57</sup> Vorrang vor einem idealisierten Topos „politische Gestaltung“ einzuräumen. Es geht vielmehr darum, den nicht unbeträchtlichen Gefahren zu begegnen, die sich ergeben, wenn Politik und Recht ihre eigene soziale Rolle und Funktion aufgrund eines inadäquaten theoriebestimmten Selbstbildes falsch einschätzen. Wenn man, wie es die Gewährleistungsstaatstheorie es im Zusammenhang mit dem „Dualen System“ tut, von staatlicher Drohung als Erklärung wirtschaftlichen Verhaltens spricht, obwohl diese Drohung offensichtlich leer ist, weil die Aktivierung der Primärpflichten politisch nicht gewollt sein kann, bekommt man die Zusammenhänge autonomer gesellschaftlicher Selbstorganisation und -regulierung nicht in den Blick. Ein Verständnis von Politik und Recht, das sich die Einsicht in diese Zusammenhänge verwehrt, läuft Gefahr, kontraproduktive Effekte hervorzurufen.

In this context, where the perception of law as having the ability to learn seems plausible, even criticisms of the restrictive quota regulations for material recycling can be accepted as part of the dynamic observation and adaptation program. In this way it will be possible to observe whether the „dual system“ will encourage people to distance themselves from the ecologically and economically controversial recycling solutions that are subsidized according to the packaging regulation.<sup>55</sup> In some cases, incinerating waste actually makes more sense ecologically and economically than recycling material.<sup>56</sup>

### VII. Conclusion

The preceding discussions demonstrate that the change of theoretical perspective being advocated here (from the standpoint of the „dual system“) is not about giving priority to an idealized topic of „political structuring“ in favour of „self-referential narrow-mindedness“ and „inflexible criteria of relevance“.<sup>57</sup> Rather it is about confronting the considerable dangers that result when politics and law evaluate their social functions incorrectly, due to inadequate theory-based self-perception. If, as the guarantor state theory in connection with the „dual system“ does, one refers to the threats issued by the state as the reason for economic behaviour, even though these threats are obviously empty because the activation of primary obligations cannot be politically desired, the connections between autonomous social self-organization and self-regulation will not become apparent. An understanding of politics and law that refuses to look at these connections runs the risk of provoking counterproductive side-effects.

---

55 Michaelis, UPR 1998, S. 210, Meinecke, Die deutsche Verpackungsverordnung und die mittelständische Verpackungsindustrie: Auswirkungen und strategische Reaktionsmöglichkeiten, 1995, S. 89.

56 SRU, Umweltgutachten 1994, BTDRs. 12/6995, 197, Nr. 506. Zur Innovationsfeindlichkeit dieser Festlegung auch Monopolkommission, Hauptgutachten 1994/95, BTDRs 13/5309, 33, Nr. 87.

57 Beide Formulierungen stammen von Scharpf, PVS 1989, S. 10, 16/17.

---

55 Michaelis, UPR 1998, p. 210, Meinecke, „Die deutsche Verpackungsverordnung und die mittelständische Verpackungsindustrie: Auswirkungen und strategische Reaktionsmöglichkeiten“, 1995, p. 89.

56 SRU, Environmental Survey 1994, BTDRs. 12/6995, 197, No. 506. See also the Monopoly Commission for innovative adversity of this accord, Main Survey, 1995/97, BTDRs. 13/5309, 33, No. 87.

57 The wording for both was derived from Scharpf, PVS 1989, pgs. 10, 16/17.