

GEULEN & KLINGER
Rechtsanwälte

Dr. Reiner Geulen*
Prof. Dr. Remo Klinger*
Dr. Caroline Douhaire LL.M.
Dr. Karoline Borwieck
David Krebs
Lukas Rhiel

10719 Berlin, Schaperstraße 15
Telefon +49/ 30 / 88 47 28-0
Telefax +49/ 30 / 88 47 28-10
E-Mail geulen@geulen.com
klinger@geulen.com

www.geulenklinger.com

Rechtsgutachten

zu

Fragen der Mehrwegförderung

von

Rechtsanwältin Dr. Karoline Borwieck
GEULEN & KLINGER Rechtsanwälte

Erstellt im Auftrag des
Deutsche Umwelthilfe e.V.

Stand: 10. Juni 2024

Gliederung

I.	Gutachtenauftrag	4
II.	Hintergrund des Gutachtenauftrags und Gang der Untersuchung	4
III.	Rechtlicher Rahmen	5
1.	Rechtlicher Rahmen für Mehrwegangebote	5
a.	Gesetzliche Mehrwegangebotspflicht	5
b.	Europarechtlicher Hintergrund.....	6
c.	Zwischenergebnis	8
2.	Rechtlicher Rahmen für Förderungsmaßnahmen	8
a.	Vorbemerkung.....	9
b.	Nationale haushaltsrechtliche Grundsätze	11
aa.	Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit	11
bb.	§§ 44, 23 BHO bzw. entsprechende landeshaushaltsrechtliche Regelungen	11
c.	Zwischenergebnis	16
IV.	Rechtliche Würdigung.....	16
1.	Kommunale Selbstverwaltung	16
2.	Förderungsmöglichkeiten unter Beachtung der Vorgaben der §§ 44, 23 BHO bzw. entsprechender haushaltsrechtlicher Vorgaben	17
a.	Interesse an Förderung	17
b.	Unzureichende Zielerreichung bei fehlender Förderung	19
c.	Zwischenergebnis	23
3.	Förderungsmöglichkeiten ohne Pflicht zur Beachtung der §§ 44, 23 BHO bzw. entsprechender landeshaushaltsrechtlicher Vorgaben	24
a.	Förderung von Mehrweg statt nicht-kunststoffhaltiger Einwegverpackungen.	25
b.	Förderung bei 100 %-Umstellung auf Mehrweg.....	25
c.	Förderung erforderlicher Infrastruktur	26
d.	Weitere Fördermöglichkeiten.....	26

e. Zwischenergebnis	26
4. Umfang der Förderung	27
5. Exkurs – Keine Beschränkung für Gesetzgebungsvorhaben	28
V. Ergebnis.....	29

I. Gutachtauftrag

Die Gutachterin ist beauftragt worden, zu prüfen, ob die Einführung der in den §§ 33 f. Verpackungsgesetz (VerpackG) geregelten Mehrwegangebotspflicht kommunalen Mehrweg-Förderprogrammen entgegensteht.

Sodann soll untersucht werden, ob etwaig erlaubte Förderungen an nachzuweisende Bedingungen geknüpft werden müssen, etwa an einen besonderen Bedarf oder den Nachweis fehlender eigener finanzieller Möglichkeiten.

II. Hintergrund des Gutachtauftrags und Gang der Untersuchung

Hintergrund ist der haushaltsrechtliche Grundsatz, dass gesetzliche Handlungspflichten Fördermöglichkeiten grundsätzlich entgegenstehen.

Seit dem 1. Januar 2023 sind Betriebe, die verzehrfertige Lebensmittel in Kunststoff-Einwegbehältnissen oder Getränke in Einwegbechern verkaufen, gesetzlich dazu verpflichtet, ihren Kunden Mehrwegverpackungen als Alternative anzubieten.

Eine Ausnahme gilt für kleine Betriebe. Unternehmen mit bis zu fünf Beschäftigten und gleichzeitig nicht mehr als 80 Quadratmeter Verkaufsfläche können die Mehrwegangebotspflicht auch dadurch erfüllen, dass sie kundeneigene Behältnisse befüllen.

[Verschiedene Untersuchungen](https://www.wwf.de/fileadmin/fm-wwf/Publikationen-PDF/Plastik/Mehrweg-in-der-deutschen-Gastronomie-1-Jahr-Mehrwegangebotspflicht.pdf) zeigen, dass die Mehrwegangebotspflicht unzureichend umgesetzt wird und bislang nicht zu einer signifikanten Reduktion von Einwegverpackungen geführt hat. Betriebe weichen etwa auf kunststofffreie Einwegalternativen aus oder ignorieren die neuen gesetzlichen Pflichten gleich von vornherein. Der Verbrauch von Einwegverpackungen steigt daher weiterhin kontinuierlich an (<https://www.wwf.de/fileadmin/fm-wwf/Publikationen-PDF/Plastik/Mehrweg-in-der-deutschen-Gastronomie-1-Jahr-Mehrwegangebotspflicht.pdf>, S. 6 ff.).

Vor diesem Hintergrund wird das Gutachten aufzeigen, dass städtische Mehrwegförderprogramme trotz haushaltsrechtlicher Vorgaben möglich sind.

Hierzu wird in einem ersten Teil der zu beachtende rechtliche Rahmen aufgezeigt. In einem zweiten Schritt erfolgt sodann eine rechtliche Würdigung.

III. Rechtlicher Rahmen

Im Rahmen der Darstellung des rechtlichen Rahmens werden zunächst die Regelungen zur sog. Mehrwegangebotspflicht aufgezeigt. In einem zweiten Schritt werden die für eine Förderung zu beachtenden haushaltsrechtlichen Regelungen beleuchtet.

1. Rechtlicher Rahmen für Mehrwegangebote

a. Gesetzliche Mehrwegangebotspflicht

Seit dem 1. Januar 2023 etablieren die §§ 33 f. Verpackungsgesetz (VerpackG) eine Pflicht, „take-away“-Speisen und -Getränke auch in Mehrwegbehältnissen anzubieten.

§ 33 Abs. 1 S. 1 VerpackG regelt, dass Letztvertreiber von Einwegkunststofflebensmittelverpackungen und von Einweggetränkebechern, die jeweils erst beim Letztvertreiber mit Waren befüllt werden, ab dem 1. Januar 2023 verpflichtet sind, die in diesen Einwegverpackungen angebotenen Waren am Ort des Inverkehrbringens jeweils auch in Mehrwegverpackungen zum Verkauf anzubieten. Hierbei darf für die Nutzung der Mehrwegverpackungen kein höherer Preis gelten und sie dürfen auch nicht zu schlechteren Bedingungen angeboten werden. Nach Abs. 2 der Norm muss mittels eines deutlichen Hinweises auf die Möglichkeit der Nutzung von Mehrwegverpackungen hingewiesen werden. Nach § 33 Abs. 3 besteht eine Rücknahmepflicht nur für die Verpackungen, die die Unternehmen in den Verkehr gebracht haben.

Mehrwegsysteme müssen als Alternativen zu „Einwegkunststofflebensmittelverpackungen“ und zu „Einweggetränkebechern“ angeboten werden.

Ausnahmeregelungen enthält § 34 VerpackG.

Nach § 34 Abs. 1 VerpackG können Unternehmen mit bis zu fünf Beschäftigten, deren Verkaufsfläche 80 Quadratmeter nicht überschreitet, ihre Pflicht dadurch erfüllen, dass sie ihren Kunden anbieten, eigene Behältnisse zu befüllen. Gleiches gilt nach Abs. 2 der Norm, wenn der Vertrieb mittels eines Verkaufsautomaten erfolgt. Auch bei Anwendung dieser Sonderregelungen gilt nach Abs. 3 eine Hinweispflicht.

Einwegkunststofflebensmittelverpackungen i.S.d. Norm sind nach § 3 Nr. 4b VerpackG

„Einwegkunststoffverpackungen [ganz oder teilweise auf Kunststoff], also Behältnisse wie Boxen mit oder ohne Deckel, für Lebensmittel, die

1. dazu bestimmt sind, unmittelbar verzehrt zu werden, entweder vor Ort oder als Mitnahme-Gericht,
2. in der Regel aus der Verpackung heraus verzehrt werden und
3. ohne weitere Zubereitung wie Kochen, Sieden oder Erhitzen verzehrt werden können;

keine Einwegkunststofflebensmittelverpackungen in diesem Sinne sind Getränkeverpackungen, Getränkebecher, Teller sowie Tüten und Folienverpackungen, wie Wrappers, mit Lebensmittelinhalt.“

Einweggetränkebecher definiert das Gesetz nicht.

Verwenden Unternehmen lediglich Papiergeschirr, das keinerlei Kunststoff enthält oder Geschirr aus anderen Stoffen, die nicht aus Kunststoff sind, unterfallen sie daher nicht der Mehrwegangebotspflicht.

Im Ergebnis sind daher sämtliche „to-go“-/ „take-away“-Speisen, die von größeren Unternehmen in kunststoffhaltigen Behältnissen vertrieben werden, auch in Mehrwegverpackungen anzubieten. Für „to-go“-Getränke gilt die Pflicht zur Mehrwegalternative materialunabhängig.

Mit den Regelungen sollen einerseits die Anforderungen zur Verbrauchsverringerung solcher Verpackungen aus der sog. Einwegkunststoff-Richtlinie umgesetzt und zum anderen dem Bedürfnis der Verbraucher Rechnung getragen werden, auf Einwegverpackungen zu verzichten und umweltfreundlichere Alternativen wählen zu können (BT-Drs. 64/21, S. 22).

b. Europarechtlicher Hintergrund

Die Mehrwegangebotspflicht setzt Vorgaben der Richtlinie (EU) 2019/904 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juni 2019 über die Verringerung der Auswirkungen bestimmter Kunststoffprodukte auf die Umwelt (RL (EU) 2019/904; Einwegkunststoff-Richtlinie) um.

Ziel der Einwegkunststoff-Richtlinie ist es nach deren Artikel 1

„die Auswirkungen bestimmter Kunststoffprodukte auf die Umwelt, insbesondere die Meeresumwelt, und die menschliche Gesundheit zu vermeiden und zu

vermindern und den Übergang zu einer Kreislaufwirtschaft mit innovativen und nachhaltigen Geschäftsmodellen, Artikeln und Werkstoffen zu fördern, um auf diese Weise auch zum reibungslosen Funktionieren des Binnenmarkts beizutragen.“

Erwägungsgrund 14 der Richtlinie bestimmt:

„Wenn Mitgliedstaaten beschließen, diese Verpflichtung [Minderung Einweg] durch Marktbeschränkungen umzusetzen, sollten sie sicherstellen, dass die Beschränkungen verhältnismäßig und diskriminierungsfrei sind. Die Mitgliedstaaten sollten die Verwendung von Artikeln fördern, die mehrfach verwendbar sind und, wenn sie zu Abfällen geworden sind, zur Wiederverwendung vorbereitet und recycelt werden können.“

In Erwägungsgrund 26 heißt es:

„Wirtschaftliche und andere Anreize, um nachhaltige Verbraucherentscheidungen zu unterstützen und ein verantwortungsvolles Verbraucherverhalten zu fördern, können ein wirksames Instrument zur Erreichung der Ziele dieser Richtlinie sein.“

Den Mitgliedstaaten werden durch diese Erwägungsgründe Zielvorgaben gemacht; es bleibt aber den Mitgliedstaaten überlassen, wie sie diese Vorgaben erreichen.

Neben diesen Zielverpflichtungen enthält die Richtlinie weitere verschiedene Verpflichtungen.

Art. 4 Abs. 1 statuiert eine Verbrauchsminderungspflicht für die Mitgliedstaaten.

Die Norm lautet:

„Die Mitgliedstaaten treffen alle erforderlichen Maßnahmen, um im Einklang mit den übergeordneten Zielen der Abfallpolitik der Union, insbesondere der Abfallvermeidung, eine ehrgeizige und dauerhafte Verminderung des Verbrauchs der in Teil A des Anhangs aufgeführten Einwegkunststoffartikel herbeizuführen, die zu einer deutlichen Trendumkehr beim steigenden Verbrauch führt. Diese Maßnahmen müssen bis 2026 gegenüber 2022 eine messbare quantitative Verminderung des Verbrauchs der in Teil A des Anhangs aufgeführten Einwegkunststoffartikel im Hoheitsgebiet des jeweiligen Mitgliedstaats herbeiführen.“

Über die zu treffenden Maßnahmen müssen die Mitgliedstaaten berichten (Art. 4 Abs. 1 UAbs. 1).

Ein solcher Bericht kann über die Seite des Bundesamtes für Umwelt, Naturschutz, nukleare Sicherheit und Verbraucherschutz (BMUV) abgerufen werden (https://www.bmuv.de/fileadmin/Daten_BMU/Download_PDF/Europa_International/bericht_artikel4_ewkrl_bf.pdf).

Auf der Seite 19 des Berichtes wird die Änderung des Verpackungsgesetzes als eine der getroffenen Maßnahmen vorgestellt.

c. Zwischenergebnis

Seit dem 1. Januar 2023 sind Letztvertreiber oder Abfüller von Einwegkunststoffbehältern mit Lebensmitteln zum direkten Verzehr oder von Einweggetränkebechern mit Getränken verpflichtet, neben den Einwegbehältern eine Mehrwegalternative anzubieten. Künftig muss eine Wahlmöglichkeit bestehen. Sog. „to-go“/„take-away“-Getränke und -Speisen müssen daher auch in Mehrwegverpackungen angeboten werden. Diese Mehrwegalternativen dürfen nicht teurer sein. Es besteht eine Hinweispflicht für die Wahlmöglichkeit.

Eine Ausnahme gilt für kleine Betriebe mit bis zu fünf Beschäftigten und einer Verkaufsfläche von maximal 80 Quadratmetern. Diese dürfen alternativ kundeneigene Mehrwegbehältnisse befüllen.

Mit der Einführung der Mehrwegangebotspflicht werden Vorgaben der sog. Einwegkunststoff-Richtlinie umgesetzt.

2. Rechtlicher Rahmen für Fördermaßnahmen

Im Rahmen kommunaler Förderprogramme für Mehrwegangebote müssen die hierfür geltenden Förderbestimmungen beachtet werden.

Das Gutachten betrachtet hierfür allein den nationalen Rechtsrahmen.

Für den Bund gilt in diesem Bereich das Haushaltsgrundsätzegesetz des Bundes (HGrG) und die Bundeshaushaltsordnung (BHO). Für die Länder und Gemeinden finden sich die Detailregelungen zu den Haushaltsgrundsätzen in den jeweiligen [Landeshaushaltsordnungen](#) (LHO) und den Gemeindeordnungen (GemO).

a. Vorbemerkung

Der Staatsaufbau der Bundesrepublik Deutschland ist zweistufig; alle Träger mittelbarer Staatsverwaltung sind entweder dem Bund oder den Ländern zuzurechnen. Die Kommunen bilden keine dritte Ebene, sondern sind Glieder der Länder.

Aufgrund von Art. 28 Abs. 2 GG kommt ihnen aber ein Recht auf kommunale Selbstverwaltung zu. Dieses Recht umfasst nach Art. 28 Abs. 2 S. 3 GG ausdrücklich ihre finanzielle Eigenverantwortlichkeit (*Heintzen*, in: v. Münch/Kunig, GG, 7. Aufl.2021, Vorb. Art. 104a-115, Rn. 51).

Art. 28 Abs. 2 GG lautet:

„Den Gemeinden muß das Recht gewährleistet sein, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln. Auch die Gemeindeverbände haben im Rahmen ihres gesetzlichen Aufgabenbereiches nach Maßgabe der Gesetze das Recht der Selbstverwaltung. Die Gewährleistung der Selbstverwaltung umfaßt auch die Grundlagen der finanziellen Eigenverantwortung.“

Den Gemeinden wird durch diese Norm eine Selbstständigkeit zuerkannt, die auch die „Grundlagen der finanziellen Eigenverantwortung“ umfasst.

Grundsätzlich sind die Kommunen daher für ihren eigenen Haushalt verantwortlich und können daher auch Förderprogramme erlassen.

Aus Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG ergibt sich aber, dass diese Entscheidungen „im Rahmen der Gesetze“ erfolgen müssen.

Dies bedeutet, dass die Kommunen die Landes- und Bundesgesetze grundsätzlich beachten müssen. Die Befugnis zu eigenverantwortlicher Führung der Geschäfte besteht nur nach Maßgabe der Gesetze (BVerfG, Beschluss vom 19. November 2002 – 2 BvR 329/97 –, BVerfGE 107, 1-27, Rn. 49).

In einem Urteil vom 27. Oktober 2010 hat das BVerfG hierzu entschieden:

„Die verfassungsrechtlich in dieser Weise geschützte kommunale Selbstverwaltungsfreiheit kann allerdings vom Gesetzgeber beschränkt werden. Hinsichtlich des den Gemeinden in Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG gewährleisteten Rechts zur Aufgabenerledigung "in eigener Verantwortung" ergibt sich unmittelbar aus dem Gesetzeswortlaut, dass dieses nur "im Rahmen der Gesetze" besteht. Demnach genießen die gemeindlichen Selbstverwaltungskörperschaften einerseits zwar die

durch Art. 28 Abs. 2 GG gewährleistete kommunale Autonomie. Andererseits müssen sie jedoch den Vorrang der staatlichen Gesetze beachten. Der sowohl in Art. 28 Abs. 2 GG als auch in Art. 106 Abs. 6 Satz 2 GG normierte Gesetzesvorbehalt gilt auch für die kommunale Finanzhoheit als Teil der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie (vgl. dazu BVerfG, Entscheidungen vom 21. Mai 1968 - 2 BvL 2/61 - BVerfGE 23, 353 <369>, vom 10. Juni 1969 - 2 BvR 480/61 - BVerfGE 26, 172 <181>, vom 24. Juni 1969 - 2 BvR 446/64 - BVerfGE 26, 228 <244>, vom 24. Juli 1979 - 2 BvK 1/78 - BVerfGE 52, 95 <117> und vom 15. Oktober 1985 - 2 BvR 1808/82, 2 BvR 1809/82, 2 BvR 1810/82 - BVerfGE 71, 25 <36>), die die Befugnis zu einer eigenverantwortlichen Einnahmen- und Ausgabenwirtschaft im Rahmen eines gesetzlich geordneten Haushaltswesens beinhaltet (vgl. u.a. BVerfG; Entscheidung vom 24. Juni 1969 - 2 BvR 446/64 - a.a.O. <244>).“

(BVerwG, Urteil vom 27. Oktober 2010 – 8 C 43/09 –, BVerwGE 138, 89-102, Rn. 19)

Das Haushaltsgrundsätzegesetz und auch die Bundeshaushaltsordnung sind – trotz der Bezeichnung „Ordnung“ – förmliche Gesetze und damit Gesetze i.S.d. Art. 28 Abs. 2 GG. Gleiches gilt für die haushaltsrechtlichen Landesgesetze.

Die jeweiligen Regelungen nehmen Bezug auf den Bund bzw. das jeweilige Land. Es kann daher die Auffassung vertreten werden, dass die Kommunen diesen Gesetzen aufgrund ihrer eigenständigen Finanzhoheit keine Beachtung schenken müssen. Denn der in Art. 28 Abs. 1 2 GG formulierte Gesetzesvorbehalt, nach dem die kommunale Selbstverwaltung nur „unter Beachtung der Gesetze“ gilt, kann nur solche Gesetze erfassen, die auch auf die Kommunen anzuwenden sind. Die BHO und verschiedenen LHO adressieren die Kommunen insofern nicht unmittelbar. Dies würde bedeuten, dass die Kommunen den Vorgaben der LHO nicht unmittelbar verpflichtet sind.

Gleichzeitig entsprechen die für die kommunale Haushaltswirtschaft anzuwendenden Haushaltsgrundsätze inhaltlich weitgehend den Regelungen, die auf Bundes- und Landesebene gelten (siehe hierzu Veröffentlichung des BMF, „[Das System der öffentlichen Haushalte](#)“, 2015, S. 107). Zudem können kommunal nur solche Angelegenheiten geregelt werden, die noch nicht durch ein Gesetz geregelt sind oder bei denen die Gesetze Spielräume für die lokale Ausgestaltung lassen. Es kann daher ebenso die Auffassung vertreten werden, dass Regelungen der Landeshaushaltsordnungen die Kommunen zumindest mittelbar binden.

Unabhängig davon, wie diese Frage zu beantworten ist, steht fest, dass die Kommunen jedenfalls dem Prinzip der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit verpflichtet sind. Dies ergibt sich aus den Gemeindeordnungen (siehe hierzu auch das folgende Kap. III., 2., b.

aa.). Hiernach muss mit möglichst wenig Zuwendungen ein möglichst großer Nutzen erreicht werden.

Zudem wurde der haushaltsrechtliche Rahmen des Bundes teilweise wortgleich in die Landeshaushalte übernommen und die für die kommunale Haushaltswirtschaft anzuwendenden Haushaltsgrundsätze entsprechen inhaltlich weitgehend den landes- und bundesrechtlichen Regelungen. Eine Bezugnahme auf die Regelungen der §§ 44, 23 BHO ist daher unabdingbar.

Im Folgenden wird das Gutachten daher kurz den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit erläutern und sodann die Voraussetzungen der §§ 23, 44 BHO darstellen. Die dort enthaltenen Maßstäbe stellen die strengsten Anforderungen auf und können als besondere Ausformung des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit betrachtet werden.

b. Nationale haushaltsrechtliche Grundsätze

aa. Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit

Kommunen sind im Rahmen haushaltsrechtlicher Tätigkeit dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit verpflichtet. Während der Begriff der Sparsamkeit nur die Ausgabenseite in den Blick nimmt, gebietet das Prinzip der Wirtschaftlichkeit, stets die günstigste Relation zwischen dem verfolgten Zweck und den einzusetzenden Mitteln anzustreben (siehe hierzu *Knirsch*, [Grundwissen Kommunalpolitik](#), 2019, S. 11).

Dieser Grundsatz schränkt die Fördermöglichkeit bei Vorliegen einer gesetzlichen Handlungspflicht ein: Muss eine Handlung ohnehin erfüllt werden, wäre es weder sparsam noch wirtschaftlich, diese Handlung zu fördern.

bb. §§ 44, 23 BHO bzw. entsprechende landeshaushaltsrechtliche Regelungen

Dieser Grundgedanke findet Ausdruck in den §§ 44, 23 BHO.

Unabhängig davon, inwieweit die Kommunen an die in den §§ 44, 23 BHO bzw. an die entsprechenden landesrechtlichen Vorgaben gebunden sind, setzen diese Normen einen besonders strengen Maßstab für Fördermöglichkeiten und können als besonders strenge Ausformung des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit betrachtet werden.

Dies ergibt sich unter anderem aus Ziff. 2.1. zu § 44 VV zur BHO. Hiernach ist vor Bewilligung einer Zuwendung zu prüfen, welche Finanzierungsart unter Berücksichtigung der Interessenlage des Bundes und des Zuwendungsempfängers den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit am besten entspricht.

Die §§ 44, 23 BHO werden im Folgenden dargestellt und es wird aufgezeigt, dass städtische Mehrwegförderprogramme selbst diesem strengen Maßstab genügen können.

Die Regelungen sind Teil des Haushaltsrechts des Bundes. Grundlage ist hierbei das Haushaltsgrundsätzegesetz (HGrG).

§ 6 Abs. 1 HGrG gibt vor:

„Bei Aufstellung und Ausführung des Haushaltsplans sind die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zu beachten.“

Ferner sieht § 14 HGrG vor, dass Zuwendungen im Haushaltsplan nur veranschlagt werden dürfen,

„wenn der Bund oder das Land an der Erfüllung durch solche Stellen ein erhebliches Interesse hat, das ohne die Zuwendungen nicht oder nicht im notwendigen Umfang befriedigt werden kann“.

Die Norm wurde durch § 23 BHO übernommen. Nach § 44 BHO dürfen Zuwendungen nur unter der Voraussetzung des § 23 BHO gewährt werden.

§ 23 BHO gilt seit ihrer Einführung 1969 unverändert. Auseinandersetzungen mit dem Gehalt der Norm finden sich dennoch nur in Ansätzen in der Rechtsprechung oder in der rechtswissenschaftlichen Literatur. Auch der Gesetzgebungsprozess ist für etwaig relevante Auslegungsansätze wenig ergiebig.

Diese Situation führt einerseits zu einem großen argumentativen Handlungsspielraum. Gleichzeitig sind aufgrund fehlender Klärung leicht andere Auffassungen zu vertreten (so auch Kurzgutachten zu „Fordern und Fördern des BMWK, 2022, abrufbar unter https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/Energie/kurzgutachten-foerderung.pdf?__blob=publicationFile&v=10, S. 21).

§ 23 BHO lautet:

„Ausgaben und Verpflichtungsermächtigungen für Leistungen an Stellen außerhalb der Bundesverwaltung zur Erfüllung bestimmter Zwecke (Zuwendungen) dürfen nur veranschlagt werden, wenn der Bund an der Erfüllung durch solche Stellen ein erhebliches Interesse hat, das ohne die Zuwendungen nicht oder nicht im notwendigen Umfang befriedigt werden kann. Zuwendungen auf Grundlage von Beschlüssen des Bundestages erfüllen grundsätzlich die in Satz 1 genannten Voraussetzungen.“

Aus der Norm ergeben sich haushaltsrechtliche Einschränkungen für etwaige Fördermaßnahmen.

Bestehen Pflichten zur Durchführung einer Maßnahme, steht § 23 BHO einer Förderung grundsätzlich im Wege.

Zuwendungen dürfen aufgrund dieser Norm nur dann gewährt werden, wenn an der Erfüllung des Zweckes

1. ein erhebliches Interesse besteht, das
2. ohne die Zuwendung nicht oder nicht im notwendigen Umfang befriedigt werden kann.

(vgl. OVG Koblenz, Urteil vom 23. August 2011 – 2 A 10453/11, juris, Rn. 29)

Aus den Verwaltungsvorschriften zur Bundeshaushalts-Ordnung (VV-BHO) lassen sich Konkretisierungen dieser Grundsätze entnehmen.

Nach Nr. 1.1. zu § 23 VV-BHO sind

„Zuwendungen [sind] Leistungen an Stellen außerhalb der Bundesverwaltung zur Erfüllung bestimmter Zwecke. Dazu gehören zweckgebundene Zuschüsse, Zuweisungen, Schuldendiensthilfen und andere nicht rückzahlbare Leistungen sowie zweckgebundene Darlehen und andere bedingt oder unbedingt rückzahlbare Leistungen. Bedingt rückzahlbare Leistungen sind alle Zuwendungen, deren Rückzahlung an den Eintritt eines anderen als in Nr. 2 der Allgemeinen Nebenbestimmungen (Anlagen zur VV Nr. 5.1 zu § 44) genannten künftigen ungewissen Ereignisses gebunden ist. Als zweckgebundener Zuschuss gilt auch die Zahlung auf Grund einer Verlustdeckungszusage.“

Nr. 1.2 zu § 23 BHO bestimmt:

„Keine Zuwendungen sind insbesondere

1.2.1 Sachleistungen (Nr. 1 zu § 63),

1.2.2 Leistungen, auf die ein dem Grund und der Höhe nach unmittelbar durch Rechtsvorschriften begründeter Anspruch besteht,

1.2.3 Ersatz von Aufwendungen (§ 91 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1)“.

Nach der Negativabgrenzung in VV-BHO Nr. 1.2.1 sind Sachleistungen keine Zuwendungen. Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut des § 23 BHO, nach dem Zuwendungen „Ausgaben oder Verpflichtungsermächtigungen für Leistungen“ sind.

Eine Zuwendung ist somit eine Geldleistung.

Ob neben einer finanziellen Zuwendung Sachzuwendungen nach § 63 BHO, der die Veräußerung und Nutzungsüberlassung von Vermögensgegenständen regelt, möglich sind, wird im Rahmen des hiesigen Gutachtenauftrags nicht untersucht.

Ziff. 3.1 zu § 23 BHO bestimmt:

„Ausgaben für Zuwendungen sollen nur veranschlagt werden, wenn der Zuwendungszweck durch die Übernahme von Bürgschaften, Garantien oder sonstigen Gewährleistungen (§ 39) nicht erreicht werden kann. Ausgaben für nicht rückzahlbare Zuwendungen sollen nur veranschlagt werden, soweit der Zweck nicht durch unbedingt oder bedingt rückzahlbare Zuwendungen erreicht werden kann.“

Fördermaßnahmen sind mit Blick auf die §§ 44, 23 BHO daher nur unter strengen Voraussetzungen zulässig.

Unter welchen Voraussetzungen ein grundsätzlich zuwendungsfähiges Vorhaben gefördert werden kann, lässt sich dabei nicht generell bestimmen. Die Beantwortung der Frage, ob der Subsidiaritätsgrundsatz der Gewährung einer Zuwendung entgegensteht, hängt maßgeblich von den höchst unterschiedlichen Umständen des Einzelfalls ab (OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 23. August 2011 - 2 A 10453/11, LKRZ 2011, 435 = juris-Rn. 32; VG Köln, Urteil vom 3. September 2015 – 16 K 2428/14, juris Rn. 28 – 29).

In der bereits zitierten Entscheidung des OVG Koblenz vom 23. August 2011, entschied dieses:

„Denn nach §§ 23 und 44 BHO ist für die Veranschlagung und die Bewilligung von Zuwendungen neben dem erheblichen Bundesinteresse weitere

Voraussetzung, dass dieses Interesse ohne die Zuwendungen nicht oder nicht im notwendigen Umfang befriedigt werden kann. Der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit (§ 7 Abs. 1 BHO) und der Grundsatz der Notwendigkeit der Ausgaben (§ 6 BHO) sind somit eng mit dem Subsidiaritätsprinzip des § 23 BHO verknüpft. Danach hat der Zuwendungsempfänger den Zweck in erster Linie selbst zu finanzieren. Er muss zuerst und vor allem seine Eigenmittel einsetzen, um den Zweck zu erfüllen, und sich auch um alle erreichbaren Mittel Dritter bemühen. Verfügt er nicht über ausreichende Eigenmittel und nicht über genügend von dritter Seite zufließende Mittel, um den Zweck erfüllen zu können, kommt ergänzend eine Zuwendung in Betracht. Die Leistungen des Bundes dürfen nur bestehende Finanzierungslücken schließen helfen; sie haben nur subsidiären Charakter. So wörtlich Krämer/Schmidt, Zuwendungsrecht, Stand Okt. 2000, B III Nr. 3.3.6.1, S. 29 f. Die Bestimmungen über die Ausführung des Haushaltsplans, und damit auch § 44 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 23 BHO, stehen nicht zur Disposition der Bewilligungsbehörde. Vielmehr bilden sie und damit das haushaltsrechtliche Subsidiaritätsprinzip eine rechtsverbindliche und gerichtlich voll nachprüfbar Schranke für die Zuwendungsgewährung. Somit stellen sich im Ermessenswege zu beantwortende Fragen, beispielsweise zur Höhe der Zuwendung erst, wenn das haushaltsrechtliche Subsidiaritätsprinzip und die übrigen Voraussetzungen der Bewilligung nicht entgegenstehen.

Unter welchen Voraussetzungen ein Subventionsantragsteller ein grundsätzlich zuwendungsfähiges Vorhaben mit eigenen Mitteln finanzieren kann, lässt sich dabei nicht generell bestimmen. Denn die Beantwortung der Frage, ob das Subsidiaritätsprinzip der Gewährung einer Zuwendung entgegensteht, hängt maßgeblich von den höchst unterschiedlichen Umständen des Einzelfalls ab.“

(OVG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 23. August 2011 - 2 A 10453/11, LKRZ 2011, 435 = juris-Rn. 31 f.)

Zusammenfassend ist daher festzustellen, dass aufgrund der §§ 44, 23 BHO im Falle gesetzlicher Verpflichtungen nur dann Zuwendungen erteilt werden dürfen, wenn hieran ein berechtigtes Interesse besteht, dass ohne die Zuwendung nicht oder nicht im notwendigen Umfang befriedigt werden kann.

Im Rahmen der Bundesregelung wird auf das Bundesinteresse abgestellt. Die Landesgesetze stellen auf das Interesse des jeweiligen Landes ab.

Im Rahmen geplanter städtischer Förderprogramme kann unproblematisch dargelegt werden (siehe Kapitel IV., 3., a.), dass die Kommunen, die Länder und der Bund sämtlich ein berechtigtes Interesse darlegen können, sodass an dieser Stelle keine Differenzierung vorgenommen werden muss. Sie können auch darlegen, dass der Förderungszweck ohne die Zuwendungen nicht in ausreichendem Maße erreicht werden kann (siehe Kapitel IV., 3., b.).

c. Zwischenergebnis

Im Rahmen kommunaler Förderprogramme ist der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zu beachten.

Nach den §§ 44, 23 BHO ist eine Förderung grundsätzlich ausgeschlossen, wenn die zu fördernde Handlung für den Förderungsempfänger gesetzlich verpflichtend ist. Eine Ausnahme besteht, wenn ein erhebliches Interesse an dem Förderungszweck besteht und dieser ohne die Zuwendung nicht oder nicht im notwendigen Umfang befriedigt werden kann.

Auf welchem Wege die Kommunen durch die Vorgaben der BHO bzw. die entsprechenden LHO gebunden sind oder ob sie nur dem Grundsatz der „Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit“ verpflichtet sind, muss an dieser Stelle nicht entschieden werden, denn die Kommunen können Förderprogramme erlassen, die selbst den strengen Anforderungen der §§ 44, 23 BHO genügen.

IV. Rechtliche Würdigung

Nach der Darstellung des rechtlich zu beachtenden Rahmens, erfolgt im folgenden Abschnitt eine rechtliche Würdigung. Hierbei werden konkrete Rückschlüsse für die kommunale Mehrwegangebotsförderung gezogen.

1. Kommunale Selbstverwaltung

Die Kommunen sind aufgrund ihres verfassungsrechtlich verbürgten Rechts auf kommunale Selbstverwaltung gem. Art. 28 Abs. 2 GG befugt, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln. Nach Art. 28 Abs. 2 S. 3 GG umfasst dies auch das Recht, die eigenen Finanzen selbst zu verwalten. Hierbei müssen die Kommunen lediglich allgemeine Haushaltsgrundsätze beachten. Die Kommune muss ihre Haushaltswirtschaft so planen und führen, dass die stetige Erfüllung ihrer Aufgaben gesichert ist. Zudem ist sie dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit verpflichtet.

Wie zuvor erläutert, kann die Auffassung vertreten werden, dass die Kommunen darüber hinaus den §§ 44, 23 BHO bzw. den entsprechenden LandesHO nicht verpflichtet sind, weil diese Regelungen die Kommunen nicht unmittelbar adressieren und daher nicht Teil des in Art. 28 Abs. 2 GG formulierten Gesetzesvorbehaltes sein können.

Folgt man dieser Auffassung, können die Kommunen eigene Mehrwegförderprogramme erlassen, solange sie die für sie geltenden Haushaltsgrundsätze einhalten. Der Vorbehalt, dass eine Förderung grundsätzlich nicht möglich ist, wenn eine gesetzliche Pflicht für die zu fördernde Handlung besteht, würde in diesem Fall nicht für die Kommunen gelten. Den Kommunen kämen damit große Handlungsspielräume zu.

Selbst wenn man aber davon ausgeht, dass die Kommunen den Vorgaben der §§ 44, 23 BHO unterliegen, stünde dies einer Förderungsmöglichkeit grundsätzlich nicht entgegen. Dies wird im folgenden Kapitel erläutert.

2. Förderungsmöglichkeiten unter Beachtung der Vorgaben der §§ 44, 23 BHO bzw. entsprechender haushaltsrechtlicher Vorgaben

Im folgenden Abschnitt wird aufgezeigt, dass ein besonderes Interesse an der Förderung geltend gemacht werden kann und davon ausgegangen werden muss, dass die Mehrwegangebotspflicht ohne die Förderung nicht oder nicht in ausreichendem Maße umgesetzt wird.

a. Interesse an Förderung

Zuwendungen dürfen bei bestehenden gesetzlichen Verpflichtungen nur veranschlagt werden, wenn „ein erhebliches Interesse“ an der mit der Finanzierung intendierten Zweckerfüllung besteht. In der rechtswissenschaftlichen Literatur herrscht Uneinigkeit über die Differenzierung des Förderziels und des Verwendungszwecks (vgl. hierzu Kurzgutachten zu „Fordern und Fördern“, S. 21 m.w.N.).

Letztlich sind etwaige Streitfragen aber akademischer Natur und für die Beantwortung der hier gestellten Fragen irrelevant.

Abzustellen ist auf folgendes:

„Bezugsobjekt dieses Interesses ist naturgemäß nicht die finanzielle Zuwendung als solche und auch nicht das finanzierte Projekt oder die finanzierte Institution, sondern die dahinterstehende Erfüllung eines bestimmten Zwecks. Dies entspricht nicht nur dem instrumentalen und finalen Charakter finanzieller Zuwendungen, sondern folgt zudem aus dem Wortlaut der Norm.

Diese Zweckerfüllung macht aber noch nicht das vollständige Bezugsobjekt aus. Vielmehr muss das erhebliche Interesse des Bundes gerade darauf gerichtet sein, dass der bestimmte Zweck „durch solche Stellen“ erfüllt wird. Gefordert wird

mit anderen Worten ein besonderes Interesse an der Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch Private.“

(Rossi, in: Gröpl BHO, 2. Aufl. 2019, BHO § 23 Rn. 28, 29)

Abzustellen ist mithin auf die „Erfüllung eines bestimmten Zwecks“ durch die Zuwendungsempfänger.

Mit kommunalen Mehrwegförderprogrammen soll der Anteil an Mehrwegverpackungen im „take-away“-Bereich erhöht werden. Funktionierende Mehrwegsysteme sollen etabliert werden.

Während die BHO auf das Bundesinteresse rekurriert, stellen die jeweiligen LHO auf ein Landesinteresse ab. Die Kommunen können aufgrund ihres Rechts auf kommunale Selbstverwaltung auch auf eigene Interessen abstellen.

Im Folgenden wird aufgezeigt, dass sowohl ein Bundes-, als auch ein Landes- und ein kommunales Interesse an einer erhöhten Mehrwegnutzung geltend gemacht werden kann.

Dies ergibt sich wie folgt:

Die Mehrwegangebotspflicht geht auf die Einwegkunststoff-Richtlinie zurück. Diese verfolgt das Ziel, Verpackungsabfälle zu vermeiden (siehe III. 1. b). Um diesen Zweck zu erreichen, wurden verschiedene Maßnahmen ergriffen. Eine der Maßnahmen war die Einführung der §§ 33 f. VerpackG.

Richtlinien sind nach Art. 288 Abs. 3 AEUV hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich; die innerstaatlichen Stellen haben lediglich eine Wahl der Form und der Mittel.

Entsprechend formuliert Art. 4 der Einwegkunststoff-Richtlinie die Pflicht der Mitgliedstaaten, alle erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um insbesondere die Abfallvermeidung zu stärken.

Explizit erwähnt Erwägungsgrund 26, dass wirtschaftliche Anreize ein wirksames Instrument zur Erreichung der Ziele der Richtlinie sein können, um nachhaltige Verbraucherentscheidungen zu unterstützen und ein verantwortungsvolles Verbraucherverhalten zu fördern.

Ein Interesse an der Erfüllung des Ziels, Verpackungsabfälle zu vermeiden, besteht daher zunächst aufgrund der Verpflichtung zur Erfüllung unionsrechtlicher Zielvorgaben.

Ein besonderes Interesse an der Förderung von Mehrweggeschirr lässt sich aber auch aus dem [Abfallvermeidungsprogramm von 2013](#) und dessen [Fortschreibung aus dem Jahr 2021](#) ableiten.

Im Vorwort des Programms heißt es:

„Das vorliegende Abfallvermeidungsprogramm zeigt viele Schritte weg von der Wegwerfgesellschaft auf. Es ist ein Programm des Bundes, an dessen Erstellung die Länder beteiligt gewesen sind. Es benennt die Ziele der Umweltpolitik des Bundes für die Abfallvermeidung und fordert alle auf, sich in eigener Verantwortung daran zu beteiligen. Als Programm kann es keine verpflichtenden Regelungen setzen, aber es kann das umweltpolitische Bewusstsein weiter stärken.“

Das Abfallvermeidungsprogramm bezieht zudem auch das Material „Papier“ mit ein (siehe etwa Maßnahme 25, S. 63 des Programms 2013; S. 74 der Fortschreibung). Nicht nur Kunststoffabfälle, sondern auch Papierabfälle sollen daher vermieden werden.

Die Länder und Kommunen können auf diese europäischen und nationalen Vorgaben abstellen und zusätzlich eigene Müllvermeidungsinteressen geltend machen.

Ein besonderes Interesse an der Förderung von Mehrwegsystemen mit dem Ziel der Reduktion von Verpackungsabfällen lässt sich daher unproblematisch feststellen.

b. Unzureichende Zielerreichung bei fehlender Förderung

Es kann davon ausgegangen werden, dass die Etablierung von Mehrwegangeboten und damit die Reduktion von Einwegverpackungen ohne eine Förderung nicht in ausreichendem Maße erreicht würde.

Dies ergibt sich aus folgenden Erwägungen:

Der Gesetzgeber hat die Mehrwegangebotspflicht als eine von verschiedenen Maßnahmen zur Umsetzung der Vorgaben der Einwegkunststoff-Richtlinie eingeführt.

Er ging davon aus, dass die Unternehmen der Mehrwegangebotspflicht auf verschiedenem Wege nachkommen werden.

Dies ergibt sich aus einer Betrachtung der Gesetzesbegründung. Hier hat der Gesetzgeber folgende Optionen (BT-Drs. 64-21, S. 47 f.) aufgezeigt:

„Wie der künftigen Pflicht auf Seiten der Letztvertreiber nachgegangen wird, kann noch nicht im Einzelnen konkretisiert werden. Aufgrund dessen werden Annahmen getroffen, deren Plausibilität sich aus Recherchen, Erfahrungen aus ähnlichen Regelungsvorhaben und Absprache mit dem Ressort ergibt:

1) Der Letztvertreiber bietet Einwegkunststofflebensmittelverpackungen oder Einweggetränkebecher an und muss aufgrund der Gesetzesänderung eine Mehrwegalternative für die eigene Vertriebsstelle anschaffen. Meist wird dies durch ein auf die Betriebsstelle oder die Kette oder ein sonstiges geschlossenes System beschränktes Pfandsystem umgesetzt, oder es besteht – für kleine Unternehmen im Sinne des § 34 VerpackG – die Möglichkeit der Befüllung mit Lebensmitteln oder Getränken in von Kunden mitgebrachten Behältern.

2) Der Letztvertreiber bietet Einwegkunststofflebensmittelverpackungen oder Einweggetränkebecher an, und wird sich aufgrund der Gesetzesänderung bei einem Mehrwegsystem (z.B. Mehrweg-Pfandsysteme) beteiligen.

3) Der Letztvertreiber bietet bereits jetzt eine Mehrwegalternative an oder beteiligt sich bereits jetzt bei einem Mehrwegsystem.“

Der Gesetzgeber ging mithin davon aus, dass der gesetzlichen Einführung der Mehrwegangebotspflicht auch tatsächlich nachgegangen wird und die Mehrwegangebotspflicht zu einer Reduktion von Einwegverpackungsgeschirr führen würde.

Dies hat sich – so eine Studie des WWF – aber nicht bestätigt.

Die Studie kam zu dem Ergebnis, dass die Mehrwegangebotspflicht bislang unzureichend umgesetzt wird und keine deutliche Reduktion von Einweggeschirr erkennbar ist:

„Der Marktanteil von Mehrwegverpackungen insgesamt stieg somit um rund einen Prozentpunkt auf 1,6 Prozent. Unterteilt in Getränke- und Speiseverpackungen zeigt sich ein differenziertes Bild: Bei Getränken hat sich der Mehrweganteil auf 7,0 Prozent fast verdoppelt. Im Bereich der Speisen hat sich der Mehrweganteil zwar verdreifacht, liegt aber immer noch bei nur 0,3 Prozent.

AUSWEICHBEWEGUNGEN UND TRENDS

„[...] Es bleibt weiterhin erlaubt, Produkte in Einwegverpackungen in Verkehr zu bringen, die nicht als Kunststoffverpackungen im Sinne der Einwegkunststoffrichtlinie gelten. Dies führt dazu, dass die Betriebe auf Einwegprodukte aus anderen Materialien ausweichen. Viele Betriebe steigen v. a. auf Verpackungen aus Papier, Papierverbunden und Naturmaterialien um. Dazu ist festzuhalten: Bei der Substitution durch Verpackungen mit Kunststoffanteil (z. B. als Beschichtung oder als Stülpedeckel) handelt es sich um keine legale Umgehung der Mehrwegangebotspflicht. [...] Die gesetzliche Mehrwegangebotspflicht hat im Ergebnis bislang nur einen Anfangsimpuls gesetzt.

ZUSAMMENFASSUNG

Die Interviews geben überdies zu erkennen, dass einige Gastronomen ihr To-go-Geschäft vollständig eingestellt haben. Dies ist nur z. T. auf die Mehrwegangebotspflicht zurückzuführen, es ist vielmehr Zeichen einer Normalisierung des To-go-Angebots in der Gastronomie nach Abklingen der Coronapandemie. Andere befragte Gastrobetriebe stiegen vollends auf Mehrweglösungen im To-go-Bereich um. [...]

WWF-FAZIT UND -EMPFEHLUNGEN

Halten wir fest: Die gesetzliche Mehrwegangebotspflicht hat nach einem Jahr ihres Bestehens einen Anfangseffekt erzielt, in dem die Mehrwegquote von 0,7 auf 1,6 Prozent gestiegen ist. Zugleich lassen sich Substitutionseffekte durch andere Einwegverpackungen feststellen, die einen spürbaren Anstieg der Mehrwegquote untergraben und dem eigentlichen Ziel, der Reduktion von Einwegverpackungsabfall, zuwiderlaufen.

Wir brauchen mutigere, stringendere Lösungen. Konkret:

- Die Vermeidung muss nicht nur auf dem Papier, sondern auch in der Realität an erster Stelle stehen. Entsprechend müssen die Kontrollbehörden mit genügend Kapazitäten ausgestattet werden. Sie stellen die Implementierung des Gesetzes sicher. Sie können beraten, wo nötig, und bei der Umsetzung helfen.
- Bei Speisen bezieht sich das Gesetz nur auf Einwegverpackungen aus Kunststoff. Dieser Bericht registriert nun Verschiebungseffekte. Bei Papierverbunden zeigen sich diese am deutlichsten: 2023 fielen davon rund 88 Kilotonnen an, 2022 waren es noch rund 55 Kilotonnen. Statt einseitiger Materialfokussierung braucht es deshalb konsequente Einwegvermeidung. Nur so lassen sich Ausweichbewegungen auf andere Materialien vermeiden. Im Übrigen müssen auch Einwegverpackungen aus Papierverbunden, die Kunststoff enthalten, Mehrwegangebote gegenüberstehen.
- Zirkuläre Praktiken wie die Mehrwegnutzung erfordern ein Umdenken und setzen für ihren Erfolg ein verändertes Verhalten voraus. Das vollzieht sich meist gegen innere und äußere Widerstände. Damit Mehrweg zur Norm wird, sollte er bei der Ausgabe von Essen und Getränken zügig zum Standard werden. Hingegen sollte die Einwegalternative – wenn überhaupt – nur auf Nachfrage als Option zur Verfügung stehen. Nudging-Experimente der Umsetzungsallianz mehrweg.einfach.machen haben gezeigt, dass, wer Mehrweg zur ersten Wahl macht, die Mehrwegquote signifikant steigern kann.“

<https://www.wwf.de/fileadmin/fm-wwf/Publikationen-PDF/Plastik/Mehrweg-in-der-deutschen-Gastronomie-1-Jahr-Mehrwegangebotspflicht.pdf>, S. 7 ff.)

Nach einem Jahr der Mehrwegangebotspflicht ist die Mehrwegquote gerade einmal von 0,7 auf 1,6 Prozent gestiegen.

In einem Vorwort (S. 5 der Studie) sprechen die Macher der Studie daher von einem „Anfangsimpuls“, den die Mehrwegangebotspflicht gesetzt habe. Sie habe aber bei weitem nicht dazu geführt, dass das Ziel, das hinter der Mehrwegangebotspflicht liegt, nämlich die Reduktion von Einwegkunststoff, wesentlich unterstützt wurde.

Insbesondere weisen die Verfasser darauf hin, dass es zu Verschiebungseffekten komme: Unternehmen nutzen statt Verpackungen mit Kunststoffanteil Verpackungen aus anderen Materialien. Die Verfasser betonen dabei, dass etwa Papierverpackungen, die mit einer dünnen Kunststoffschicht ausgekleidet sind, weiter von den §§ 33 f. VerpackG erfasst sind, sodass neben ihnen eigentlich Mehrweggeschirr angeboten werden müsste. Viele Unternehmen scheinen dem aber nicht nachzukommen. Etwaige behördliche Kontrollen können diese Verstöße nur schwer bemerken.

Daraus folgt: Ohne eine Förderung durch kommunale Förderprogramme kann das Ziel – eine ausreichende Etablierung von Mehrwegsystemen – nicht erreicht werden.

Insbesondere ist die Mehrwegangebotspflicht – siehe oben – nicht geeignet, den Anteil von Mehrweg- und die Reduktion von Einwegverpackungen zu stärken.

Die Erfahrungen seit der Einführung der Mehrwegangebotspflicht zeigen, dass mit einer ausreichenden Umsetzung der gesetzlichen Verpflichtung nicht zu rechnen ist.

Die gesetzliche Pflicht, die Mehrwegangebotspflicht, auf die § 23 BHO rekurriert, hat daher nicht zu einer Stärkung von Mehrwegsystemen geführt und steht einer Förderung daher auch nicht im Wege.

Zudem zeigt sich anhand der [steigenden Zahlen von Einwegverpackungen](#), dass auch die weiteren Maßnahmen, die der Umsetzung der Einwegkunststoffrichtlinie dienen, bislang nicht geeignet sind, zu einer Etablierung von Mehrwegprogrammen und einer Reduktion von Einwegverpackungen beizutragen.

Die Einführung der Mehrwegangebotspflicht als Alternative zu Einwegbechern – egal welchen Materials – hat zudem nicht zu einer echten Mehrwegnutzung beigetragen. Lediglich ca. [7 Prozent](#) aller „to-go“-Getränke wurden 2023 in Mehrwegbehältnissen bereitgehalten. Eine signifikante Reduktion von Einweggetränkebechern konnte daher ebenfalls nicht ausgemacht werden.

Hinzu kommt folgendes: Wie bereits zitiert, hat das BVerwG mit Urteil vom 24. Mai 2023 erklärt, dass die Pflicht zum Angebot einer Mehrwegalternative für Letztvertreiber von Serviceverpackungen aus Kunststoff nach §§ 33 und 34 VerpackG keine „konzeptionelle Entscheidung“ des Bundesgesetzgebers zur Vermeidung von Verpackungsabfällen darstellt, die kommunale Zusatzregelungen ausschließen würde (BVerwG, Urteil vom 24. Mai 2023, NVwZ 2023, S. 1406 Rn. 42).

Der Gesetzgeber hat im Rahmen der Gesetzesbegründung (BT-Drs. 64-21, S. 26) erklärt:

„Darüber hinaus knüpfen die Regelungen des Gesetzentwurfs überwiegend an der individuellen Unternehmensstruktur an und ermöglichen es den Adressaten jeweils für ihr Unternehmen geeignete Lösungen zu finden.“

Der Gesetzgeber ging mithin von einem gewissen Spielraum im Rahmen der Umsetzung der Norm aus. Er schreibt selbst, dass geeignete Lösungen gefunden werden müssen. Diese Einschätzung wurde durch das BVerwG bestätigt, das schreibt, dass das Ziel der Mehrwegregelungen die Vermeidung von Verpackungsabfällen ist.

c. Zwischenergebnis

Kommunale Programme zur Mehrwegförderung verfolgen das Ziel, Mehrwegsysteme zu etablieren und zu stärken. An diesem Ziel besteht ein erhebliches Interesse. Ohne eine Förderung ist eine Zielerreichung nicht möglich. Insbesondere haben die Einführung einer Mehrwegangebotspflicht und andere Maßnahmen zur Umsetzung der Vorgaben der Einwegkunststoff-Richtlinie nicht zu einer Zielerreichung geführt.

Eine Förderung im Anwendungsbereich der §§ 44, 23 BHO ist daher grundsätzlich möglich.

Kommunen können Mehrwegförderprogramme erlassen, selbst wenn sie sich nicht allein dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit verpflichtet fühlen, sondern den Vorgaben der §§ 44, 23 BHO genügen wollen.

3. Förderungsmöglichkeiten ohne Pflicht zur Beachtung der §§ 44, 23 BHO bzw. entsprechender landeshaushaltsrechtlicher Vorgaben

In dem Gutachtenabschnitt zum bestehenden Rechtsrahmen wurde dargelegt, dass städtische Förderprogramme ohnehin nur dann den strengen Vorgaben der §§ 44, 23 BHO unterliegen können, wenn die Programme Unternehmen erfassen, die der Mehrwegangebotspflicht nach § 33 VerpackG unterfallen. Dies ist der Fall, weil bestehende Handlungspflichten einer Förderung grundsätzlich im Wege stehen.

Diese Problematik kann umgangen werden, wenn eine Förderung „neben“ der gesetzlichen Verpflichtung erfolgt.

In der rechtswissenschaftlichen Literatur wurden einige Beispiele für solche Fördermöglichkeiten entwickelt.

So schreibt *Klinski* in dem Rechtsgutachten „Fördern statt Fordern“:

„In der Konsequenz ist zu schließen, dass es viele Fallgestaltungen gibt, bei denen eine zusätzliche Förderung trotz bestehender gesetzlicher Verpflichtungen möglich wäre. Beispiele dafür sind:

- Durch die Förderung soll erreicht werden, dass die Adressaten der Pflicht über die gesetzlichen Anforderungen hinausgehen, sei es in quantitativer Hinsicht (z.B. frühzeitiger, in größerem Umfang) oder im Hinblick auf qualitative Kriterien (z.B. Wahl bestimmter hochwertiger Technologien, Erreichung höherwertiger Standards, modellhafte Ausführungen).
- Durch die Förderung soll erreicht werden, dass die Inanspruchnahme von gesetzlich an sich möglichen oder gebotenen Ausnahmen oder Befreiungen vermieden werden kann. Denn soweit die Vorschriften Ausnahmen oder Befreiungen vorsehen (z.B. weil die an sich gesetzlich verlangte Maßnahme unwirtschaftlich wäre), existiert für die betreffenden Maßnahmen im Einzelfall keine der Förderung entgegenstehende Verpflichtung.“

(*Klinski*, [Rechtsgutachten „Fördern statt Fordern“](#), S. 4)

Zu dieser Möglichkeit des „Förderns neben der gesetzlichen Pflicht“ sollen im Folgenden einzelne Beispiele aufgezeigt werden:

a. Förderung von Mehrweg statt nicht-kunststoffhaltiger Einwegverpackungen

Eine Förderungsmöglichkeit bestünde für die Fälle, in denen nicht-kunststoffhaltige Einwegverpackungen durch Mehrwegangebote ersetzt werden sollen.

Bietet ein Unternehmen Speisen in bspw. Papierverpackungen ohne Kunststoffanteil an, so ist es gesetzlich nicht verpflichtet, als Alternative eine Mehrwegverpackung bereitzuhalten. Will es dies trotzdem tun, könnten die daraus entstehenden Kosten ohne Beachtung der Vorgaben der §§ 44, 23 BHO gefördert werden.

Erfasst sind in diesem Beispiel also diejenigen Einwegverpackungen, die vom Anwendungsbereich der §§ 33 f. VerpackG nicht umfasst sind.

b. Förderung bei 100 %-Umstellung auf Mehrweg

Die gesetzlich in den §§ 33 ff. VerpackG geregelte Pflicht ist eine Mehrwegangebotspflicht. Die Regelungen beinhalten keine Pflicht zur vollständigen Umstellung auf Mehrwegangebote. Die Unternehmen sind daher nicht verpflichtet, sämtliches Geschirr von Ein- auf Mehrweggeschirr umzustellen.

Dies bedeutet, dass eine Förderung auch dann möglich wäre, wenn das Mehrweggeschirr nicht nur als Alternative zum Einweggeschirr angeboten werden soll, sondern wenn insgesamt eine Umstellung auf das alleinige Anbieten von Speisen und Getränken in Mehrwegverpackungen geschehen soll, denn eine Förderung ist immer dann unproblematisch möglich, wenn das zu fördernde Verhalten über das geforderte Verhalten hinausgeht (so auch Kurzgutachten zu „Fordern und Fördern“, S. 28).

In einer Entscheidung des VG Köln, Urteil vom 3. Februar 2011 entschied dieses:

„Die Frage, in welchem Umfang ein Zuwendungsgeber Eigenmittel bei den Bewilligungsvoraussetzungen zuwendungsmindernd berücksichtigt, hängt maßgeblich von den tatsächlichen Gegebenheiten in dem jeweiligen Förderbereich ab. Dabei ist anerkannt, dass dem Subsidiaritätsgebot je nach Zielrichtung einzelner Förderprogramme dadurch Genüge getan werden kann, dass - gerade im Bereich der Projektförderung - durch die zugewendeten Mittel eine Anreizfunktion auf den Empfänger ausgeübt wird, solche Zwecke zu verfolgen, die im Bundesinteresse liegen und ohne diesen Anreiz nicht verwirklicht würden.

Vgl. Krämer/Schmidt, Zuwendungsrecht, Zuwendungspraxis, Stand Oktober 2007, B III, Anm. 3.3.6.1 und v.Köckritz/Ermisch/Dittrich/Lamm, Bundeshaushaltsordnung (BHO), Stand November 2003, Rdnr. 4.2.3 zu § 23 BHO.“

(VG Köln, Urteil vom 3. Februar 2011 – 16 K 5907/09 –, Rn. 34 - 35, juris)

Das VG Köln lässt in dieser Entscheidung vom 3. Februar 2011 eine sog. Anreizfunktion ausreichen, um dem Subsidiaritätsgrundsatz genüge zu tun. Ausreichend wäre es nach dieser Auffassung, wenn Unternehmen etwa eine Umstellung auf Mehrweg über einen Übergangszeitraum hinweg anstreben. Ausreichend erschiene es auch, wenn weiterhin Einwegmöglichkeiten bestehen, das jeweilige Unternehmen aber versucht, eine Mehrwegquote von 100 % zu erreichen.

Fördermöglichkeiten bestehen daher, wenn Unternehmen Mehrweggeschirr nicht nur neben dem bisherigen Einweggeschirr anbieten wollen, sondern anstreben, insgesamt auf Mehrweggeschirr umsteigen zu wollen.

Gleiches gilt für eine Förderungsmöglichkeit für Mehrweggetränkebecher. Die Unternehmen sind grundsätzlich, also materialunabhängig dazu verpflichtet, Mehrwegbecher als Alternative zu Einwegbechern anzubieten. Streben Unternehmen eine Gesamtumstellung ihrer Getränkebecher von Ein- auf Mehrwegbecher an, ist eine Förderung möglich.

c. Förderung erforderlicher Infrastruktur

Zudem erscheint es möglich, die Infrastruktur zu fördern, die für die Nutzung der Mehrwegsysteme erforderlich ist. So könnten etwa Geschirrspülmaschinen oder Ablagesysteme finanziert werden.

d. Weitere Fördermöglichkeiten

Es bestehen weitere Fördermöglichkeiten. Die zuvor aufgezeigten Beispiele sind nicht abschließend. So könnte etwa ein besonders prominentes Hinweisschild gefördert werden, wenn dargelegt wird, dass der gesetzlichen Verpflichtung ansonsten durch einen kleineren Hinweis nachgekommen wäre. Entscheidend ist, dass die Förderung „neben“ der gesetzlichen Forderung erfolgt.

e. Zwischenergebnis

Es gibt Möglichkeiten, die Nutzung von Mehrweg im Rahmen städtischer Förderprogramme zu unterstützen, ohne dass dabei die Vorgaben der §§ 44, 23 BHO beachtet werden müssen.

Im Rahmen einer potentiellen Förderung muss daher immer untersucht werden, wie weit die gesetzlich festgeschriebene Pflicht zum Mehrwegangebot überhaupt reicht.

Außerhalb der gesetzlichen Verpflichtung bestehen zahlreiche Handlungsspielräume.

Kommunen, die sich dem strengen Maßstab der §§ 44, 23 BHO verpflichtet fühlen, können diese Handlungsspielräume nutzen.

4. Umfang der Förderung

Grundsätzlich lässt das Haushaltsrecht eine Anteilsfinanzierung zu. Dies ergibt sich aus den Regelungen zur BHO bzw. entsprechender landesrechtlicher Regelungen, aber auch aus dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit.

Nach Ziff. 2.1. zu § 44 VV zur BHO ist vor Bewilligung einer Zuwendung zu prüfen, welche Finanzierungsart unter Berücksichtigung der Interessenlage des Bundes und des Zuwendungsempfängers den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit am besten entspricht. Nach Ziffer 2.2 zu § 44 wird die Zuwendung grundsätzlich zur Teilfinanzierung des zu erfüllenden Zwecks bewilligt.

Eine Vollfinanzierung bildet damit die Ausnahme.

Dies bedeutet, dass grundsätzlich nicht die gesamte Etablierung oder Nutzung von Mehrwegsystemen finanziert werden darf, dass aber einzelne, konkrete Maßnahmen gefördert werden können.

Eine Ausnahme besteht nach Ziffer 2.4 zu § 44 BHO. Die Vorschrift lautet:

„Eine Zuwendung darf ausnahmsweise zur Vollfinanzierung bewilligt werden, wenn die Erfüllung des Zwecks in dem notwendigen Umfang nur bei Übernahme sämtlicher zuwendungsfähiger Ausgaben durch den Bund möglich ist. Eine Vollfinanzierung kommt in der Regel nicht in Betracht, wenn der Zuwendungsempfänger an der Erfüllung des Zuwendungszwecks insbesondere ein wirtschaftliches Interesse hat.

Die Zuwendung ist bei der Bewilligung auf einen Höchstbetrag zu begrenzen.“

Ist eine Finanzierung geplant, muss daher dargelegt werden, ob und wenn ja in welchem Umfang eine Finanzierung aus eigenen Mitteln ausscheidet.

5. Exkurs – Keine Beschränkung für Gesetzgebungsvorhaben

Im Rahmen eines Exkurses soll auf die bestehenden Möglichkeiten des Gesetzgebers hingewiesen werden.

Teilweise wird die Auffassung vertreten, dass sich aus dem haushaltsrechtlichen Subsidiaritätsgrundsatz keine Einschränkungen für den Fachgesetzgeber ergeben. Das jeweilige Fachgesetz, also das Gesetz, das inhaltliche Vorgaben für einen bestimmten Bereich macht, wirke insofern auf das Haushaltsgesetz; dieses wirke aber nicht auf das Fachgesetz zurück. Art. 109 Abs. 4 GG eröffne die Möglichkeit für Bund und Länder gemeinsam geltende Grundsätze für das Haushaltsrecht, für eine konjunkturgerechte Haushaltswirtschaft und für eine mehrjährige Finanzplanung aufzustellen. Hierzu korrespondierend verpflichte § 1 S. 2 HGrG Bund und Länder dazu, ihr Haushaltsrecht nach den im HGrG festgelegten Grundsätzen zu regeln (so etwa [Klug/Kahles/u.a., Rechtliche Möglichkeiten für ein Nebeneinander von „Fördern und Fordern“](#), 2021, S. 19 m.w.N.). Eine Verpflichtung des Fachgesetzgebers bestehe nicht.

Im Rahmen von Fachgesetzen können daher Regelungen geschaffen werden, nach denen Zuwendungen geleistet bzw. Ansprüche auf Zuwendungen geregelt werden (a.A. hierzu in Kurzgutachten zu „Fordern und Fördern“, S. 30 f. m.w.N.).

Solche Regelungen wären für den Bereich der Mehrwegangebote wünschenswert, da sie Rechtsklarheit hinsichtlich der Fördermöglichkeiten mit sich bringen würden. Im Rahmen der Mehrwegangebotspflicht wurde dies jedoch nicht getan.

Wird in einem entsprechenden Fachgesetz ein Anspruch auf Förderung geregelt, schließt dies die Anwendung des haushaltsrechtlichen Subsidiaritätsgrundsatzes aus.

Das BVerwG hat insofern entschieden:

„Mit der gesetzlichen Zuerkennung eines Rechtsanspruchs auf eine Zuwendung hat der dafür zuständige Gesetzgeber in unwiderlegbarer Weise zum Ausdruck gebracht, daß der Bund (bzw. das Land) generell an der Erfüllung des Zweckes, dem die Zuwendung dient, ein erhebliches Interesse hat, und daß der Bund (bzw. das Land) der Meinung ist, ohne die Zuwendung könne dieser Zweck nicht im notwendigen Umfang befriedigt werden. Aus diesem Grunde kann bei Zuwendungen, auf deren Gewährung ein Rechtsanspruch besteht, nicht ein weiteres Mal haushaltsrechtlich geprüft werden, ob gerade im speziellen Einzelfall ein erhebliches Interesse an der Erfüllung des Zwecks zu bejahen ist.“

(BVerwG, Beschluss vom 10. Juli 1980 – 3 B 113/79, juris, Rn. 6)

Speziell zu den §§ 33 ff. VerpackG erklärte es:

„(c) Entgegen der Ansicht des Normenkontrollgerichts stellt die seit dem 1.1.2023 geltende Pflicht zum Angebot einer Mehrwegalternative für Letztvertreiber von Serviceverpackungen aus Kunststoff nach §§ 33 und 34 VerpackG keine „konzeptionelle Entscheidung“ des Bundesgesetzgebers zur Vermeidung von Verpackungsabfällen dar, die kommunale Zusatzregelungen ausschließen würde. Die genannte Neuregelung bezweckt die Zurückdrängung von Einwegverpackungen zugunsten von Mehrwegprodukten und verfolgt damit dieselbe Stoßrichtung wie die örtliche Verpackungssteuer, die im Übrigen eine größere Bandbreite an Verpackungsmaterialien erfasst als die der Umsetzung der Einwegkunststoffrichtlinie dienende Bundesnorm. Die Beschränkung der Pflicht, Mehrwegalternativen anzubieten, auf Kunststoffverpackungen und deren Erweiterung auf weitere Verpackungsmaterialien lediglich für Getränkebecher (vgl. hierzu BT-Drs. 19/27634, 82) lässt angesichts des vorrangigen, nicht nach Materialien differenzierenden Ziels der Abfallvermeidung, welches auch in § 2 Abs. 5 VerpackG seinen Ausdruck findet, nicht den Schluss zu, der Bundesgesetzgeber wolle grundsätzlich nur Kunststoffabfälle verringern. Das in § 33 Abs. 1 Satz 2 VerpackG enthaltene Verbot, die Verkaufseinheit aus Ware und Mehrwegverpackung zu einem höheren Preis oder zu schlechteren Bedingungen anzubieten als die Einwegverpackung, lässt einen Zuschlag für Einwegverpackungen, wie er durch die Erhebung einer Verpackungssteuer entsteht, ohne Weiteres zu.“

(BVerwG, Urteil vom 24. Mai 2023, NVwZ 2023, S. 1406 Rn. 42)

Dem Gesetzgeber stünde es also frei, Regelungen zu treffen, die eine Förderung des Mehrwegangebotes bezwecken würde.

V. Ergebnis

Seit dem 1. Januar 2023 sind Letztvertreiber oder Abfüller von Einwegkunststoffbehältern mit Lebensmitteln zum direkten Verzehr oder von Einweggetränkebechern mit Getränken verpflichtet, neben den Einwegbehältern eine Mehrwegalternative anzubieten.

Bundes- und haushaltsrechtliche Vorgaben stehen Fördermöglichkeiten grundsätzlich entgegen, wenn für die zu fördernde Handlung eine gesetzliche Pflicht besteht.

Städtischen Mehrwegförderprogrammen steht die gesetzliche Mehrwegangebotspflicht dennoch nicht im Wege. Die Kommunen haben ein Recht auf kommunale Selbstverwaltung. Hierbei sind sie jedoch an bestehende Gesetze und den haushaltsrechtlichen Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit gebunden.

Die Kommunen können darlegen, dass ein erhebliches Interesse an der Mehrwegförderung besteht und die Mehrwegnutzung ohne eine Förderung nicht in ausreichendem Maße etabliert wird. Kommunale Mehrwegförderprogramme genügen daher sogar dem

strengen Maßstab, der durch die §§ 44, 23 BHO bzw. entsprechenden landesrechtlichen Regelungen gesetzt wird.

Kommunen können daher Mehrweg-Förderprogramme erlassen, die auch solche Unternehmen adressieren, die der seit dem 1. Januar 2023 bestehenden Mehrwegangebotspflicht unterliegen.

Dr. Karoline Borwieck