

## Entscheidungsbesprechung

BVerfG, Beschl. v. 27.11.2024 – 1 BvR 1726/23<sup>1</sup>

### Tübinger Verpackungssteuer

1. a) Die Örtlichkeit einer nicht direkt an den Verbrauch, sondern indirekt an den Verkauf von Waren anknüpfenden Verbrauchsteuer im Sinne des Art. 105 Abs. 2a Satz 1 GG ist nur gegeben, wenn der Steuertatbestand den typischen Fall des Verbrauchs der verkauften Ware innerhalb des Gemeindegebiets realitätsgerecht erfasst.
  - b) Dem genügt jedenfalls eine tatbestandliche Anknüpfung der Steuerpflicht an den Verkauf von Waren „zum Verbrauch an Ort und Stelle“.
  - c) Die Örtlichkeit kann aber auch bei Waren gegeben sein, die nicht „zum Verbrauch an Ort und Stelle“ des Verkaufs bestimmt sind, wenn der Verbrauch typischerweise im Gemeindegebiet erfolgt. Hierfür kann insbesondere die Beschaffenheit der Ware sprechen und sind die weiteren Gegebenheiten zu berücksichtigen wie etwa die Versorgungsstruktur oder die Größe der Gemeinde. Eine darauf bezogene Steuerpflicht setzt voraus, dass im Steuertatbestand diejenigen Waren benannt oder aufgrund konkreter Kriterien bestimmbar sind, die im Anschluss an den Verkauf typischerweise noch innerhalb der Grenzen der jeweiligen Gemeinde verbraucht werden; dem Normgeber kommt hierbei ein Einschätzungsspielraum zu.
2. Art. 12 Abs. 1 GG ist verletzt, wenn eine Steuer mit berufsregelnder Tendenz es den betroffenen Unternehmen in aller Regel unmöglich macht, den gewählten Beruf ganz oder teilweise zur Grundlage ihrer Lebensführung oder unternehmerischen Erwerbstätigkeit zu machen. Maßgeblich ist, ob ein durchschnittlich ertragsstarkes, dem jeweiligen Berufszweig oder einer in spezifischer Weise betroffenen Gruppe desselben zugehöriges Unternehmen nach Abzug der notwendigen Aufwendungen wegen der Steuer keinen angemessenen Gewinn erzielen kann.

(Amtliche Leitsätze)

GG Art. 105

*Dr. Sarah Dersarkissian, Düsseldorf\**

### I. Einleitung

Nachdem das Vorhaben der Stadt Kassel, eine kommunale Verpackungssteuer zu erheben, im Jahr 1998 durch das BVerfG für verfassungswidrig erklärt wurde,<sup>2</sup> ist es zeitweise still um die Thematik geworden. Seit die Universitätsstadt Tübingen mit Wirkung zum 1.1.2022 die deutschlandweit erste kommunale Verpackungssteuer eingeführt hat, ist der Diskurs über die Verfassungsmäßigkeit eines solchen Vorhabens aber wieder aufgelebt. Ohnehin haben staatliche Geldleistungspflichten als

\* Die Verf. ist Rechtsreferendarin im Oberlandesgerichtsbezirk Düsseldorf.

<sup>1</sup> Die Entscheidung ist abrufbar unter [https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2024/11/rs20241127\\_1bvr172623.html?nn=68080](https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2024/11/rs20241127_1bvr172623.html?nn=68080).

<sup>2</sup> BVerfGE 98, 106 ff.

Lenkungsmittel zugunsten umweltfreundlichen Verhaltens in jüngerer Vergangenheit Konjunktur. Die Tübinger Verpackungssteuer ist nur eines von mehreren Beispielen, die sowohl im öffentlichen als auch im (verfassungs-)rechtswissenschaftlichen Diskurs Aufmerksamkeit finden. So begründet etwa § 12 Einwegkunststofffondsgesetz (EWKFondsG) eine bundesgesetzliche Verpflichtung der Hersteller von Einwegkunststoffprodukten, eine Einwegkunststoffabgabe zu leisten. Gegen diese Abgabe sind ebenfalls mehrere Verfassungsbeschwerden vor dem BVerfG anhängig,<sup>3</sup> deren Entscheidung indes noch aussteht. Zu den zentralen verfassungsrechtlichen Fragen, die derartige Geldleistungspflichten aufwerfen, zählt die Gesetzgebungskompetenz. Dementsprechend steht auch die Auslegung und Anwendung der Kompetenznorm des Art. 105 Abs. 2a S. 1 GG im Zentrum der hiesigen Entscheidung. Diese knüpft in vielerlei Hinsicht an gefestigte Maßstäbe der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung und dabei insbesondere der Leitentscheidungen zur hessischen Speiseeissteuer<sup>4</sup> und zur Kasseler Verpackungssteuer<sup>5</sup> an, setzt aber auch neue Akzente. Insbesondere Letztere werden nachfolgend näher beleuchtet.

## II. Sachverhalt

Mit ihrer Verfassungsbeschwerde wendet sich die Beschwerdeführerin, die als Franchise-Nehmerin ein Schnellrestaurant in Tübingen betrieben hatte, gegen eine letztinstanzliche Entscheidung des BVerwG.<sup>6</sup> Gegenstand der zugrunde liegenden verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle nach § 47 VwGO war die Satzung der Universitätsstadt Tübingen über die Erhebung einer Verpackungssteuer<sup>7</sup>, welche die Beschwerdeführerin nunmehr auch im Wege der Verfassungsbeschwerde mittelbar angreift. Auf Grundlage der Satzung erhebt die Universitätsstadt Tübingen bei den Endverkäufern von Speisen und Getränken eine Steuer auf Einwegprodukte. Eines der mit der Satzung verfolgten Ziele besteht darin, die „Vermüllung“ des Stadtgebiets durch Einwegverpackungen zu verringern. Der Normtext lautet auszugsweise wie folgt:

### § 1 Satzung der Universitätsstadt Tübingen

(1) Die Universitätsstadt Tübingen erhebt nach Maßgabe der folgenden Vorschriften auf nicht wiederverwendbare Verpackungen (Einwegverpackungen) und nicht wiederverwendbares Geschirr (Einweggeschirr) sowie auf nicht wiederverwendbares Besteck (Einwegbesteck) eine Steuer, sofern Speisen und Getränke darin bzw. damit für den unmittelbaren Verzehr an Ort und Stelle oder als mitnehmbares take away-Gericht oder -Getränk verkauft werden (z.B. warme Speisen und Getränke, Eis von der Eisdiele, Salat mit Soße und Besteck, Getränke „to go“). [...]

Die Steuerschuld entsteht nach § 5 Abs. 2 im Zeitpunkt des Verkaufs der Speisen und Getränke und beträgt für alle betroffenen Einwegverpackungen – mit Ausnahme der mit nur 0,20 € besteuerten Einwegbesteckprodukte – 0,50 € mit einer absoluten Beschränkung auf 1,50 € pro Mahlzeit. Eine

<sup>3</sup> [https://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Aktuelles/AusgewaehlteNeueingaenge/vs\\_2023/ausgewaehlte-Neueingaenge2023\\_node.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Aktuelles/AusgewaehlteNeueingaenge/vs_2023/ausgewaehlte-Neueingaenge2023_node.html) (13.3.2025) den Neueingang im Dezember 2023 unter dem Az. 1 BvR 2259/23; siehe auch Lang, EUWID v. 17.5.2024, abrufbar unter <https://www.euwid-recycling.de/news/wirtschaft/zeh-n-verfassungsbeschwerden-gegen-einwegkunststofffondsgesetz/> (13.3.2025).

<sup>4</sup> BVerfGE 16, 306 ff.

<sup>5</sup> BVerfGE 98, 106 ff.

<sup>6</sup> BVerwG, Urt. v. 24.5.2023 – 9 CN 1.22.

<sup>7</sup> Abrufbar unter [https://www.tuebingen.de/verwaltung/uploads/satzung\\_verpackungssteuer.pdf](https://www.tuebingen.de/verwaltung/uploads/satzung_verpackungssteuer.pdf) (13.3.2025).

Steuerbefreiung sieht die Satzung insbesondere für den Fall der Rücknahme und stofflichen Verwertung der Produkte vor.

### III. Entscheidungsgründe

Der *Erste Senat* erachtet die Verfassungsbeschwerde hinsichtlich der Rüge einer Verletzung der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG für zulässig. Demgegenüber sei eine Verletzung des allgemeinen Gleichheitssatzes nicht substantiiert (Rn. 19) und eine Verletzung des Vorbehalts des Gesetzes und des Bestimmtheitsgebots durch die landesgesetzliche Ermächtigung der Gemeinden zur Erhebung örtlicher Verbrauch- und Aufwandsteuern in § 9 Abs. 4 KAG BW nicht innerhalb der Monatsfrist des § 93 Abs. 1 S. 1 BVerfGG (Rn. 23) gerügt worden. Der Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde stehe auch das Erfordernis der Rechtswegerschöpfung nicht entgegen. Insbesondere sei die Beschwerdeführerin nicht darauf zu verweisen, den Erlass von Steuerbescheiden abzuwarten und sodann gerichtlich gegen diese vorzugehen, denn die rechtskräftige Ablehnung des Normenkontrollantrags nach § 47 VwGO entfalte auch insoweit Bindungswirkung (Rn. 21).

Nach Auffassung des *Ersten Senats* ist die Verfassungsbeschwerde aber nicht begründet. Die Satzung der Universitätsstadt Tübingen über die Erhebung einer Verpackungssteuer verletze die Beschwerdeführerin nicht in ihrer Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG. Zwar seien die Regelungen am Maßstab der Berufsfreiheit zu messen, da sie eine objektiv berufsregelnde Tendenz aufwiesen. Dies ergebe sich daraus, dass die Endverkäufer von Einwegprodukten durch die Steuerpflicht dazu motiviert werden sollen, ihr Verhalten hinsichtlich der Abgabe von Einwegprodukten zu ändern (Rn. 30). Der Eingriff in die Berufsfreiheit sei aber verfassungsrechtlich gerechtfertigt. Die Universitätsstadt Tübingen habe nach Art. 105 Abs. 2a S. 1 GG i.V.m. § 9 Abs. 4 KAG BW die Gesetzgebungskompetenz für die Erhebung der streitgegenständlichen Verpackungssteuer inne, denn es handle sich um eine Verbrauchsteuer, die bundesgesetzlich geregelten Steuern nicht gleichartig ist und einen örtlichen Bezug aufweise. Dass mit der Verpackungssteuer Lenkungsziele verfolgt würden, stehe ihrer Einordnung als Steuer i.S.d. Art. 105 GG nicht entgegen. Weder die Höhe noch die konkrete Ausgestaltung der Verpackungssteuer würden faktisch wie ein Verbot wirken (Rn. 37). Es handle sich auch um eine Verbrauchsteuer. Eine solche liegt vor, wenn der Verbrauch von Waren belastet wird, das heißt „die Ware nach Abschluss des konkreten Verwendungsvorgangs als nicht mehr existent anzusehen oder funktions- und wertlos geworden ist“ (Rn. 39). Dies treffe auf Einwegverpackungen zu, die die Funktion haben, „den Transport und anschließenden Verzehr der Speisen und Getränke zu ermöglichen“ (Rn. 41). Die Verpackungssteuer sei auch nicht bundesgesetzlich geregelten Steuern gleichartig (Rn. 42). Der maßgebliche Verbrauchsvorgang bestehe zwar nicht bereits in dem – ortsgebundenen – Verkauf, sondern erst im Verzehr der verpackten Speisen und Getränke (Rn. 41). Ausgehend von der verfassungskonformen Auslegung des Steuertatbestands durch das BVerwG (Rn. 54), das diesen auf typischerweise auf den sofortigen Verzehr gerichtete Speisen und Getränke beschränkt habe (Rn. 55), läge aber trotzdem ein Ortsbezug vor (Rn. 56 ff.). Ein solcher bestehe nicht nur für Speisen und Getränke, die dazu bestimmt sind, „an Ort und Stelle“ verbraucht zu werden. Vielmehr reiche es aus, „wenn der Verbrauch typischerweise im Gemeindegebiet erfolgt“, was sich vor allem aus der Eigenschaft der verkauften Speisen und Getränke, aber auch aus weiteren Umständen des Einzelfalls mit Blick auf die jeweilige Gemeinde ergeben könne (Rn. 49). Der Steuertatbestand selbst müsse die betroffenen Waren jedenfalls in bestimmbarer Weise umreißen. Insoweit räumt der *Erste Senat* den Gemeinden ausdrücklich einen Einschätzungsspielraum ein (Rn. 50). Aufgrund der typisierenden Betrachtung werde der Ortsbezug nicht dadurch in Zweifel gezogen, dass der Verzehr gegebenenfalls in atypischen Fällen nicht an Ort und Stelle erfolgt (Rn. 52). Der Ausübung der Gesetzgebungskompetenz durch die Universitätsstadt Tübingen stünden auch keine Kompetenzausübungs-

schränken entgegen. In diesem Zusammenhang diskutiert der *Erste Senat* zwei Anknüpfungspunkte, namentlich den Grundsatz der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung und das Gebot der Bundestreue. Ein Widerspruch bestehe weder mit der Gesamtkonzeption (Rn. 64 ff.) noch mit Einzelregelungen (Rn. 67 ff.) des Abfallrechts. Insbesondere der bundesgesetzlich geregelten Einwegkunststoffabgabe werde die finanzielle Grundlage auch nicht in einer Weise entzogen, die einen Verstoß gegen den Grundsatz der Bundestreue bedeutet (Rn. 71). Schließlich bewirke die kompetenz- und auch im Übrigen formell verfassungsgemäße Erhebung der Verpackungssteuer keine unzumutbare Beeinträchtigung (Rn. 73 ff.), die ihre materielle Verfassungsmäßigkeit in Zweifel ziehen könnte. Insbesondere sei eine Inanspruchnahme der Endabnehmer jedenfalls aus Praktikabilitätsgründen verhältnismäßig (Rn. 77).

#### IV. Einordnung und Würdigung der Entscheidung

##### 1. Gesetzgebungskompetenz

Die weichenstellende Frage, die der *Erste Senat* beantworten musste, betrifft die Zuständigkeit der Universitätsstadt Tübingen für die von ihr erlassene Verbrauchsteuer. Für die Abgrenzung der Gesetzgebungskompetenzen des Bundes und der Länder enthält das Grundgesetz ausdifferenzierte Regelungen. Im finanzverfassungsrechtlichen Kontext sind in Art. 105 GG Sonderregelungen für die Gesetzgebungskompetenz vorgesehen. Insoweit ist ein Rückgriff auf die allgemeinen Regelungen der Art. 70 ff. GG gesperrt.

##### a) Vorbemerkungen zur Gesetzgebungskompetenz für Aufwand- und Verbrauchsteuern nach Art. 105 Abs. 2a S. 1 GG

Nach Art. 105 Abs. 2a S. 1 GG haben die Länder die Befugnis zur Gesetzgebung über die örtlichen Verbrauch- und Aufwandsteuern, solange und soweit sie nicht bundesgesetzlich geregelten Steuern gleichartig sind. Auf den ersten Blick scheint die Regulationsstruktur dieser Norm Parallelen zu Art. 72 Abs. 1 GG aufzuweisen. Demnach steht die Befugnis zur Gesetzgebung im Falle der konkurrierenden Gesetzgebung den Ländern zu, solange und soweit der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit nicht durch Gesetz Gebrauch gemacht hat. Den Parallelen in den Formulierungen zum Trotz unterscheidet sich der normative Gehalt aber grundlegend. Art. 105 Abs. 2a S. 1 GG begründet eine *ausschließliche* Gesetzgebungskompetenz der Länder.<sup>8</sup> Anders als im Falle des Art. 72 Abs. 1 GG ist der Vorbehalt des zweiten Halbsatzes nicht kompetenziell, sondern rein materiell-rechtlich zu verstehen: Eine *örtliche* Aufwand- oder Verbrauchsteuer, die bundesgesetzlich geregelten Steuern gleichartig ist, kann *überhaupt nicht* – also auch nicht vom Bund – erhoben werden. Den zuständigen Ländern steht es indes frei, ihre Gesetzgebungskompetenz durch Gesetz an die Kommunen zu delegieren.<sup>9</sup>

##### b) Keine gleichartige bundesgesetzliche Steuer

Während überkommene örtliche Verbrauchsteuern nach der ständigen Rechtsprechung des BVerfG Bestandsschutz genießen, müssen sich neu eingeführte örtliche Verbrauchsteuern an dem Gleich-

---

<sup>8</sup> Statt aller aus dem Schrifttum *Heintzen*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Kommentar, 7. Aufl. 2021, Art. 105 Rn. 60 m.w.N.

<sup>9</sup> Exemplarisch *Jachmann-Michel/Vogel*, in: Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 3, 8. Aufl. 2024, Art. 105 Rn. 54.

artigkeitsverbot des Art. 105 Abs. 2a S. 1 GG messen lassen. Eine örtliche Verbrauchsteuer ist einer bundesgesetzlich geregelten Steuer gleichartig, wenn sie ein und dieselbe Steuerquelle belastet. Dies ist der Fall, wenn der Gegenstand, die Grundlage der Bemessung, die Art und Weise der Erhebung sowie die Auswirkungen der Steuern in wirtschaftlicher Hinsicht übereinstimmen (Rn. 43).<sup>10</sup>

#### aa) Alte Pfade: Umsatzsteuer

Wie auch schon der *Zweite Senat* in der Entscheidung zur Kasseler Verpackungssteuer,<sup>11</sup> prüft der *Erste Senat* in diesem Zusammenhang insbesondere die Gleichartigkeit der Tübinger Verpackungssteuer mit der Umsatzsteuer und verneint diese (Rn. 46). Damit greift der *Erste Senat* eine klassische Abgrenzungsfrage auf und verbleibt innerhalb der Pfade der bisherigen verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung.

#### bb) Neue Wege: Einwegkunststoffabgabe

Neu ist die nachfolgende Prüfung der Gleichartigkeit mit der Einwegkunststoffabgabe. In Teilen der Literatur wird angenommen, dass kommunale Verpackungssteuern mit Einführung der Einwegkunststoffabgabe an Boden verlören, weil dadurch eine Doppelbelastung drohe.<sup>12</sup> Auf eine vermeintliche Doppelbelastung kommt es für die Argumentation des *Ersten Senats* indes nicht an, weil er – in Übereinstimmung mit dem Wortlaut des Art. 105 Abs. 2a S. 1 GG und unter Ablehnung einer erweiternden Auslegung – lediglich Steuern in den Blick nimmt. Konsequenterweise beschränkt sich der *Erste Senat* deshalb auf die Beantwortung der entscheidungserheblichen Frage, ob es sich bei der Einwegkunststoffabgabe um eine Steuer oder eine nicht-steuerliche Abgabe handelt. Die „genaue Einordnung der Einwegkunststoffabgabe als nichtsteuerliche Abgabe“ lässt der *Erste Senat* hingegen ausdrücklich offen (Rn. 47). Dies ist schon aus dem Grund begrüßenswert, dass sich der *Erste Senat* insoweit auf die tragenden Gründe beschränkt und ein obiter dictum vermeidet. Im hiesigen Fall kommt noch hinzu, dass die offengelassene Frage die anhängigen Verfassungsbeschwerden gegen das Einwegkunststofffondsgesetz betrifft. Ein obiter dictum hätte unter diesen Umständen in besonderem Maße vorgreiflich erscheinen müssen. In der Literatur geäußerte Befürchtungen, dass für die Tübinger Verpackungssteuer nach Inkrafttreten des Einwegkunststofffonds „kein Raum mehr“ sei,<sup>13</sup> dürften sich demnach jedenfalls unter finanzverfassungsrechtlichen Gesichtspunkten nicht verwirklichen. Dass der *Erste Senat* das Gleichartigkeitsverbot des Art. 105 Abs. 2a Abs. 1 GG wortlautgetreu auslegt, ist unter methodischen und unter inhaltlichen Gesichtspunkten zu begrüßen. Soweit in der Literatur teilweise eine erweiternde Auslegung des Steuerbegriffs unter Einschluss von Sonderabgaben gefordert wird,<sup>14</sup> wird dem eindeutigen Wortlaut und dem Sinn und Zweck des Gleichartigkeitsverbots nicht hinreichend Rechnung getragen. Steuern unterscheiden sich dadurch von nicht-steuerlichen Abgaben, dass jene ohne Gegenleistung zu entrichten sind und dem allgemeinen Staatshaushalt zufließen<sup>15</sup>. Es sind diese Umstände, aufgrund derer eine Doppelbelastung mit mehreren

<sup>10</sup> Zu den vorstehenden Maßstäben siehe nur BVerfGE 98, 106 (125); 161, 1 (42 Rn. 93).

<sup>11</sup> BVerfGE 98, 106 (125).

<sup>12</sup> Homann, KlimR 2023, 278 (282); für das Verhältnis zur Einwegkunststoffverbotsverordnung (EWKVerbotsV) vgl. auch Spoerr, in: Jarass/Petersen, Kreislaufwirtschaftsgesetz, Kommentar, 2. Aufl. 2022, § 21 Rn. 37.

<sup>13</sup> Uschkereit, GewArch 2024, 134 (140).

<sup>14</sup> Uschkereit, GewArch 2024, 134 (141).

<sup>15</sup> Damit knüpft der verfassungsgerichtliche Steuerbegriff, den der *Erste Senat* auch in dieser hiesigen Entscheidung zugrunde legt (Rn. 34) an den Steuerbegriff der AO an. Vgl. zu dieser st. Rspr. exemplarisch BVerfGE 3, 407 (435); 149, 222 (249 Rn. 53).

Steuern problematisch erscheint. Sonderabgaben mit Finanzierungsfunktion müssen hingegen grundsätzlich gruppennützig verwendet werden,<sup>16</sup> sodass sie am Ende den Abgabenschuldnern zugutekommen. Die Mutmaßung, dass Sonderabgaben (nur) aus dem Grunde nicht ausdrücklich in Art. 105 Abs. 2a Abs. 1 GG genannt würden, dass das Grundgesetz sie auch im Übrigen nicht ausdrücklich benennt,<sup>17</sup> spart aus, dass die Zulässigkeit von Sonderabgaben ohnehin nur die Ausnahme von der Regel ist.

### c) Örtlichkeit der Verbrauchsteuer

Größeren argumentativen Aufwand erforderte die Begründung der Örtlichkeit der Tübinger Verpackungssteuer. Für die Auslegung des Merkmals der Örtlichkeit ist nach den Maßstäben der bisherigen Rechtsprechung<sup>18</sup> eine „örtliche Radizierung“<sup>19</sup> durch den gesetzlichen Steuertatbestand als solchen entscheidend. Dieser müsse einerseits an die örtlichen Gegebenheiten der jeweiligen Gemeinde anknüpfen und andererseits in seinen unmittelbaren Wirkungen auf deren Gebiet beschränkt sein, sodass kein „die Wirtschaftseinheit berührende[s] Steuerefälle“ entstehe.<sup>20</sup> Vor diesem Hintergrund wird deutlich, dass der präzisen Definition des relevanten Verbrauchsvorgangs weichenstellende Bedeutung zukommt. Es ist eben diese Definition des Verbrauchsvorgangs, die im hiesigen Fall ein Auslegungsproblem aufwirft, das in der Rechtsprechung und der Literatur bislang jedenfalls nicht im Mittelpunkt stand.

#### aa) Alte Pfade: Verzehr an Ort und Stelle

Soweit der Tatbestand für die Erhebung der Tübinger Verpackungssteuer an Speisen und Getränken „für den unmittelbaren Verzehr an Ort und Stelle“ anknüpft, konnte der *Erste Senat* sich noch im Wesentlichen auf die Entscheidung zur Kasseler Verpackungssteuer zurückziehen. Damals hatte der *Zweite Senat* die Ortsbezogenheit des insoweit wortlautgleichen Steuertatbestands bejaht.<sup>21</sup> Der *Erste Senat* greift auch die damals angewendeten Maßstäbe auf, indem er für die Ortsbezogenheit darauf abstellt, dass „der Steuertatbestand den typischen Fall des Verbrauchs der verkauften Ware innerhalb des Gemeindegebiets realitätsgerecht erfasst“ (Rn. 49). Unerheblich sei dann, dass der Verzehr „in atypischen Fällen bestimmungswidrig“ (Rn. 52) gegebenenfalls andernorts erfolgt.

#### bb) Neue Wege: Mitnehmprodukte

Schwierigkeiten bestehen aber, soweit der Steuertatbestand zusätzlich an den Verkauf „als mitnehmbares takeaway-Gericht oder -Getränk“ anknüpft. Es handelt sich um ein Anschlussproblem der Definition des Verzehrs der Speisen und Getränke als maßgeblichen Verbrauchsvorgang. Stellte man hingegen auf die Abgabe der Einwegprodukte ab, stünde die Ortsbezogenheit außer Zweifel. Anders als für den Verzehr an Ort und Stelle ist bei mitnehmbaren Speisen und Getränken nicht offensichtlich, dass der Verzehr im Gemeindegebiet erfolgt. Vielmehr ist einem mitnehmbaren Gericht oder Getränk immanent, dass es auch außerhalb des Gemeindegebiets verbraucht werden

<sup>16</sup> St. Rspr., vgl. nur BVerfGE 18, 315 (327 f.); 55, 274 (305 ff.); 75, 108 (147 f.).

<sup>17</sup> *Uschkereit*, GewArch 2024, 134 (141).

<sup>18</sup> Ausführlich unter Anwendung der klassischen Auslegungsmethoden hergeleitet in BVerfGE 16, 306 (316 ff.); fortgeführt – wenn auch im Zusammenhang mit einer Aufwandsteuer – von BVerfGE 65, 325 (349).

<sup>19</sup> So bereits BVerfGE 16, 306 (321) und nunmehr auch BVerwG, Urt. v. 24.5.2023 – 9 CN 1.22, Rn. 18.

<sup>20</sup> BVerfGE 16, 306 (327); im Anschluss daran etwa BVerfGE 65, 325 (349).

<sup>21</sup> BVerfGE 98, 106 (124).

kann. An diesem Punkt kommt es zum Schwur.

### (1) Wandel der Maßstäbe der (verfassungsgerichtlichen) Rechtsprechung

In seiner Entscheidung zur hessischen Speiseeissteuer hatte der *Zweite Senat*<sup>22</sup> noch gefordert, dass sich die örtliche Radizierung „aus der normativen Gestaltung des Steuertatbestands selbst ergeben“ müsse und nicht „aus der natürlichen Beschaffenheit des Gegenstands abgeleitet werden“ könne. Es reiche nicht aus, „daß nach den ‚Regeln der Lebenserfahrung‘ darauf geschlossen werden kann, daß der Verzehr im Gemeindegebiet erfolgt, sondern der normative Tatbestand des Gesetzes muß so gestaltet sein, daß eine Abgabe zum Verzehr außerhalb des Gemeindegebiets davon nicht betroffen sein kann“. Bereits in der Entscheidung zur Kasseler Verpackungssteuer deutete sich eine Aufweichung dieser Maßstäbe an, indem der *Zweite Senat* darauf abstellte, dass der Steuertatbestand „typisierend“<sup>23</sup> an den Verbrauch im Gemeindegebiet anknüpft. Die darin zum Ausdruck kommende Bedeutungsverschiebung<sup>24</sup> hat das BVerwG nunmehr endgültig vollzogen, indem es den ursprünglichen Maßstab – ohne Begründung – schlicht um zwei einschränkende Klammerzusätze ergänzt hat:

„Danach muss sich die örtliche Radizierung (*auch*) aus der normativen Gestaltung des Steuertatbestands selbst ergeben; sie kann nicht (*allein*) aus der natürlichen Beschaffenheit des Gegenstands abgeleitet werden.“<sup>25</sup>

Diese Bedeutungsverschiebung wird – ebenfalls ohne Begründung – vom *Ersten Senat* fortgeführt, wenn er es genügen lässt, dass „der Steuertatbestand den *typischen Fall* des Verbrauchs der verkauften Ware innerhalb des Gemeindegebiets *realitätsgerecht erfasst*“ (Rn. 49, *Hervorhebungen durch Verf.*). Unter Zugrundelegung dieser gewandelten verfassungsgerichtlichen Maßstäbe kommt es darauf an, dass der Verbrauch außerhalb des Gemeindegebiets kein typischer, sondern ein atypischer Fall ist. Wenn der Steuertatbestand – wie hier – nicht den Ort des Verzehrs zum Anknüpfungspunkt hat, muss er nach der Argumentation des *Ersten Senats* – sozusagen ersatzweise – an Hilfskriterien, welche die Ortsbezogenheit gewährleisten, anknüpfen. Dabei komme dem Normgeber ein Einschätzungsspielraum zu (Rn. 50) – was in der Entscheidung zur Kasseler Verpackungssteuer jedenfalls noch nicht betont wurde. Als geeignetes Hilfskriterium benennt der *Erste Senat* exemplarisch „die Beschaffenheit der Ware“ unter Berücksichtigung der „weiteren Gegebenheiten [...] wie etwa die Versorgungsstruktur oder die Größe der Gemeinde“ (Rn. 50). Vor diesem Hintergrund ist bemerkenswert, dass der *Erste Senat* seiner Prüfung ausdrücklich die verfassungskonforme Auslegung des Steuertatbestands durch das BVerwG zugrunde legt (Rn. 53 ff.). Auf diese Weise achtet der *Erste Senat* zwar die Entscheidungsspielräume des BVerwG als Teil der Fachgerichtsbarkeit. Dass der *Erste Senat* damit suggeriert, dass eine verfassungskonforme Auslegung auch aus seiner Sicht notwendig war, steht aber in einem Spannungsverhältnis zu den Anforderungen, die er an die Ausgestaltung des Steuertatbestands stellt. Erweckte die Maßstabsbildung noch den Eindruck, dass – wenn der Tatbestand schon nicht an den Ort anknüpft – ein Hilfskriterium benannt werden müsse, um die Örtlichkeit der Steuer herzustellen, wird diese Anforderung nunmehr relativiert.

<sup>22</sup> BVerfGE 16, 306 (327) – *Hervorhebungen durch Verf.*

<sup>23</sup> BVerfGE 98, 106 (124).

<sup>24</sup> *Bachmann/Rung*, NVwZ 2023, 1616 (1620), werten dies als Aufgabe der verfassungsgerichtlichen Maßstäbe; *Stendel*, NVwZ 2023, 1406 (1413), wertet dies als „Abkehr von der Speiseeisentscheidung des BVerfG“.

<sup>25</sup> BVerwG, Urt. v. 24.5.2023 – 9 CN 1.22, Rn. 19.

## (2) Folgen des Wandels der Maßstäbe der (verfassungsgerichtlichen) Rechtsprechung

Der Wandel der Maßstäbe der (verfassungsgerichtlichen) Rechtsprechung trägt gewisse Unwägbarkeiten in die Auslegung und Anwendung des Art. 105 Abs. 2a S. 1 GG hinein. Der auf die Entscheidung des BVerfG bezogenen Kritik in der Literatur<sup>26</sup> ist insoweit zuzugeben, dass das Gebot einer örtlichen Radizierung dadurch aufgeweicht wird. Dies dürfte gleichwohl nicht zu der teils befürchteten „Entgrenzung der kommunalen Steuerkompetenz“<sup>27</sup> aufgrund einer „örtlichen Grenzenlosigkeit“<sup>28</sup>, die „das Tor zur Einführung aller möglichen Verbrauch- und Verkehrssteuern durch die Gemeinden“<sup>29</sup> aufstößt, führen. Selbst bei (nur) typisierender Betrachtungsweise des Ortsbezugs bleibt ein örtlicher Anknüpfungspunkt vorhanden. Typisierungen tragen dem Umstand Rechnung, dass sich die Realität oftmals nicht in kategorischen Gegensätzen abbilden lässt. In Anbetracht dessen erscheint die Berücksichtigung der tatsächlichen Umstände insbesondere vor dem Hintergrund sachgerecht,<sup>30</sup> dass die Gesetzgebungskompetenz des Art. 105 Abs. 2a S. 1 GG andernfalls kaum noch einen Anwendungsbereich hätte. Für den Großteil denkbarer Verbrauchsvorgänge wird nicht anzunehmen sein, dass sie definitiv und ausnahmslos an einem bestimmten Ort stattfinden. In Teilen der Literatur wurde die Argumentation des BVerfG pragmatisch als „realitätsnähere und umweltpolitisch vorzuzugwürdige Auffassung“<sup>31</sup> gelobt. Dass das BVerfG aufgrund dieser realitätsnahen Betrachtungsweise „erkennbar vom Ergebnis her zu denken“<sup>32</sup> scheint, wurde aber auch als Vorwurf erhoben.<sup>33</sup> Im Zentrum der Herangehensweise des *Ersten Senats* steht aber weniger eine vermeintliche Ergebnisorientierung als vielmehr die (verfassungs-)gerichtliche Kontrolldichte. Indem der *Erste Senat* dem Normgeber eine Einschätzungsprärogative zugesteht, eröffnet er ihm zwar Spielräume. Diese Spielräume sind aber ihrerseits begrenzt. Man mag etwa in tatsächlicher Hinsicht bezweifeln, ob die Einschätzung zutrifft, dass verpackte Mitnehmprodukte typischerweise im Gemeindegebiet verbraucht werden.<sup>34</sup> Offensichtlich fehlsam erscheint diese Einschätzung aber im vorliegenden Fall nicht. Die vom Steuertatbestand umfassten Mitnehmprodukte unterscheiden sich insbesondere dadurch von anderen auf dem Gemeindegebiet verkauften Produkten, dass sie nicht über einen längeren Zeitraum aufbewahrt und bzw. oder benutzt werden können.<sup>35</sup>

## 2. Kompetenzausübungsschranken

Liegt eine Gesetzgebungskompetenz dem Grunde nach vor, setzt das Grundgesetz ihrer Ausübung im Einzelfall dennoch Grenzen. Insbesondere Lenkungssteuern wie die Tübinger Verpackungssteuer

<sup>26</sup> Statt vieler *Bachmann/Rung*, NVwZ 2023, 1616 (1620 ff.); *Stendel*, NVwZ 2023, 1406 (1413 f.); *Wienbracke*, NWB 2024, 97 (103); skeptisch gegenüber einer solchen Gestaltung auch schon *Kahl*, EurUP 2019, 321 (326).

<sup>27</sup> *Uschkereit*, GewArch 2024, 134 (141).

<sup>28</sup> *Uschkereit*, GewArch 2024, 134 (135).

<sup>29</sup> BVerfGE 16, 306 (328).

<sup>30</sup> Zustimmung mit Blick auf die Entscheidung des BVerfG etwa auch *J. Wolff*, NdsVBl. 2024, 33 (35).

<sup>31</sup> *Homann*, KlimR 2023, 278 (279 f.).

<sup>32</sup> *Stendel*, NVwZ 2023, 1406 (1414).

<sup>33</sup> *Stendel*, NVwZ 2023, 1406 (1413 f.).

<sup>34</sup> Skeptisch etwa *Kahl*, EurUP 2019, 321 (326); *Bachmann/Rung*, NVwZ 2023, 1616 (1620); *Uschkereit*, GewArch 2020, 438 (440).

<sup>35</sup> Darum verfängt auch der Einwand von *Bachmann/Rung*, NVwZ 2023, 1616 (1620 f.) nicht, dass man für jedes auf dem Gemeindegebiet verkaufte Produkt behaupten könne, dass der Verbrauch typischerweise dort erfolge, weil die meisten Käufer im Gemeindegebiet wohnen.

bergen ein besonderes kompetenzielles Spannungspotenzial. Kann die Erhebung einer Lenkungssteuer allein auf eine Steuerkompetenz – wie z.B. Art. 105 Abs. 2a S. 1 GG – gestützt werden, ohne dass es zugleich einer Sachkompetenz für das Lenkungsziel bedarf, droht durch die unmittelbare Ausübung der Steuerkompetenz (mittelbar) ein Übergriff auf eine fremde Sachkompetenz. Für das Verhältnis der Steuergesetzgebung auf verschiedenen Ebenen des Bundesstaates sieht Art. 105 Abs. 2a S. 1 GG mit dem Gleichartigkeitsverbot selbst eine Begrenzung der Gesetzgebungskompetenz vor. Ein kompetenzielles Spannungsverhältnis kann sich aber eben nicht nur im Verhältnis zwischen verschiedenen Steuern ergeben. Vor diesem Hintergrund hat das BVerfG für den Bereich der Lenkungssteuern ungeschriebene Kompetenzausübungsschranken entwickelt.

#### a) Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung als Kompetenzausübungsschranke

Eine dieser Kompetenzausübungsschranken bildet der Grundsatz der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung. Demnach darf eine Lenkungssteuer nur auf Grundlage einer Steuerkompetenz erlassen werden, wenn dadurch kein Widerspruch zu der Gesamtkonzeption und einzelnen Regelungen des zuständigen Sachgesetzgebers erzeugt wird (Rn. 62).<sup>36</sup>

##### aa) Konturen des Grundsatzes der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung

Es ist bemerkenswert, dass das BVerfG diesen Grundsatz der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung zwar unter Verweis auf die Entscheidung zur Kasseler Verpackungssteuer zur Anwendung bringt, aber ausdrücklich offenlässt, „welche Reichweite oder konkrete Bedeutung dieser in der Literatur kritisierten [...] Ausprägung des Grundsatzes der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung zukommt“ (Rn. 63). Damit greift der *Erste Senat* einen zentralen Kritikpunkt der Literatur<sup>37</sup> an der Entscheidung zur Kasseler Verpackungssteuer auf. Einen Anlass dazu, den inzwischen über fünfundzwanzig Jahre alten Diskurs in Bezug zu nehmen, dürfte insbesondere das BVerfG gesetzt haben. In der Entscheidungsbegründung hatte das BVerfG die Kritik ebenfalls aufgegriffen und mit einer gewissen Deutlichkeit erkennen lassen, dieser zuzuneigen.<sup>38</sup> Dass es den Grundsatz der Widerspruchsfreiheit trotzdem zur Anwendung bringt, begründet das BVerfG allein mit der Bindungswirkung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen nach § 31 BVerfGG.<sup>39</sup> Indem der *Erste Senat* sich in der Sache nicht zu dieser Kritik verhält, weil der Grundsatz der Widerspruchsfreiheit – wenn man ihn anwendet – ohnehin nicht verletzt sei, vermeidet er einerseits Konflikte, verpasst aber auch eine Gelegenheit zur Klarstellung der anzuwendenden Maßstäbe. Gegenüber dem BVerfG suggeriert die Entscheidungsbegründung ein dialogisches Verhältnis. Zugleich muss sich der *Erste Senat* nicht in Widerspruch zu der früheren Rechtsprechung des BVerfG setzen, sondern kann die Kontinuität der Maßstäbe vermitteln – zumal nicht der *Erste*, sondern der *Zweite Senat* für die Entscheidung über die Kasseler Verpackungssteuer zuständig war. Ein solches Vorgehen ist nicht frei von Ambivalenzen. Der ihm zugrunde liegende Pragmatismus erscheint besonders problemorientiert: Was nicht entscheidungserheblich ist, kann dahinstehen. Dies entspricht der gebotenen Einzelfallbezogenheit der verfassungs-

<sup>36</sup> BVerfGE 98, 106 (118 ff.).

<sup>37</sup> Scharf *Sendler*, NJW 1998, 2875 ff.; vgl. exemplarisch auch *Jarass*, AöR 126 (2001), 588 (591 ff.) m.w.N.

<sup>38</sup> So auch schon die Deutung bei *Stendel*, NVwZ 2023, 1413 (1414); *Waldhoff*, JuS 2023, 1172 (1174).

<sup>39</sup> BVerfG, Urt. v. 24.5.2023 – 9 CN 1.22, Rn. 26: „Ungeachtet dieser nachvollziehbaren Bedenken hat der Senat die tragenden verfassungsrechtlichen Entscheidungsgründe des damaligen Urteils im Rahmen der Bindungswirkung nach § 31 BVerfGG seiner weiteren Prüfung zugrunde zu legen [...]“. Dies wurde von *Stendel*, NVwZ 2023, 1406 (1414), dahingehend gedeutet, dass eine Neubewertung im Rahmen des zu erwartenden Verfassungsbeschwerdeverfahrens angestoßen werden sollte.

gerichtlichen Rechtsprechung, deren Tendenz zu abstrakten Maßstabsbildungen oftmals kritisiert<sup>40</sup> wird. Eben diese Maßstabsbildung ermöglicht allerdings auch wünschenswerte Kontinuität und Rechtssicherheit. Wenn der Grundsatz der Widerspruchsfreiheit schon nicht anwendbar wäre, wäre die Frage eines Verstoßes im konkreten Einzelfall nicht entscheidungserheblich und könnte also dahinstehen. Für eine solche Argumentation hätte gesprochen, dass gerade die Konturen des Grundsatzes der Widerspruchsfreiheit unklar erscheinen. Möglichst klare Konturen dürften indes eine Vorbedingung dafür sein, den Grundsatz in einer Weise auf den konkreten Einzelfall anzuwenden, die möglichst wenig Fragen offenlässt. Argumentative Divergenzen mögen auch als Symptom der wenig klaren Maßstabsbildung zu deuten sein.

#### bb) Vereinbarkeit mit der Gesamtkonzeption des Abfallrechts

Das Kreislaufwirtschaftsgesetz (KrWG) regelt in § 6 Abs. 1 eine Rangfolge für Maßnahmen der Abfallbewirtschaftung. Innerhalb der Abfallhierarchie steht die Vermeidung von Abfall an oberster Stelle,<sup>41</sup> was nunmehr auch unionsrechtlich vorgegeben ist<sup>42</sup>. Aufgrund dieses eindeutigen Befundes dürfte die Vereinbarkeit der Tübinger Verpackungssteuer mit der Gesamtkonzeption des Abfallrechts hinsichtlich des Ziels der Abfallvermeidung außer Zweifel stehen.<sup>43</sup> Dementsprechend setzt sich auch der *Erste Senat* gar nicht erst damit auseinander, sondern konzentriert sich auf die Beantwortung der Frage, ob eine kommunale Verpackungssteuer als *Mittel* mit der Gesamtkonzeption des Abfallrechts in Einklang steht.

#### (1) Kooperationsprinzip als Argumentationstopos

Diese Frage stand auch schon im Fokus der Entscheidung zur Kasseler Verpackungssteuer. Deren Verfassungswidrigkeit hatte das BVerfG einst damit begründet, dass ein abfallrechtliches Kooperationsprinzip örtliche Verbrauchsteuern als Mittel zur Erreichung des Ziels der Abfallvermeidung verbiete. Das Kooperationsprinzip erfordere, dass Maßnahmen zur Erreichung der abfallrechtlichen Ziele einschließlich der Abfallvermeidung nicht ohne Weiteres einseitig ergriffen, sondern vorrangig unter kooperativer Einbeziehung der Wirtschaft entwickelt und durchgeführt werden.<sup>44</sup> Der *Erste Senat* bestätigt die seinerzeit angenommene Geltung des Kooperationsprinzips und die daraus gezogenen Schlussfolgerungen lapidar (Rn. 65). Auf diese Weise vermeidet er abermals einen offenen Widerspruch zu der Entscheidung über die Kasseler Verpackungssteuer. Sodann postuliert der *Erste Senat* eine Ablösung des Kooperationsprinzips „durch ein ergänzendes Nebeneinander von Kooperation, Ordnungsrecht und wirtschaftlichen Anreizen zur Verwirklichung der abfallrechtlichen Ziele“ (Rn. 66). In ähnlicher Weise hatte zuvor auch das BVerwG einen „Paradigmenwechsel“ des Abfallrechts insbesondere durch das Kreislaufwirtschaftsgesetz von 2012 angenommen.<sup>45</sup> Zur Begründung nimmt der *Erste Senat* einzelne abfallrechtliche Regelungen mit unionsrechtlichem Hintergrund in Bezug, die ordnungsrechtlicher Art sind oder wirtschaftliche Anreizwirkungen entfalten. Damit suggeriert er – ohne explizit zu werden – einen (auch) unionsrechtlich angestoßenen Wandel.

---

<sup>40</sup> Exemplarisch *Lepsius*, in: Jestaedt u.a., Das entgrenzte Gericht, 2011, S. 159 ff.

<sup>41</sup> Vor diesem Hintergrund betonen *Bachmann/Rung*, NVwZ 2023, 1616 (1621), zutreffend, dass das Abfallrecht nicht auf das Ziel der Abfallvermeidung konzentriert ist. Das ändert aber nichts an seiner Priorisierung.

<sup>42</sup> Vgl. nur Art. 4 Abs. 1 lit. a RL 2008/98/EG und Art. 1 Abs. 2 RL 94/62/EG.

<sup>43</sup> So auch schon *Bothe*, NJW 1998, 2333 (2333).

<sup>44</sup> Zum Vorstehenden BVerfGE 98, 106 (126 ff.).

<sup>45</sup> BVerwG, Urt. v. 24.5.2023 – 9 CN 1.22, Rn. 31.

Ob und aus welchen Gründen ein Paradigmenwechsel tatsächlich stattgefunden hat,<sup>46</sup> ist freilich vom Ergebnis her betrachtet irrelevant.<sup>47</sup> Maßgeblich ist vielmehr allein der Status quo des Abfallrechts.

## (2) Divergierende Verständnisse der abfallrechtlichen Gesamtkonzeption

Die Gesamtkonzeption des derzeitigen Abfallrechts zeichnet sich durch eine Vielzahl unterschiedlicher Elemente aus. Es sieht weiterhin kooperative Elemente vor, die sich etwa in der Regelung der Produktverantwortung nach §§ 23 ff. KrWG und der Systembeteiligungspflicht für Hersteller von Verpackungen nach §§ 7 f. VerpackG spiegeln.<sup>48</sup> Von ihrer Verordnungsermächtigung aus § 25 Abs. 1 KrWG darf die Bundesregierung beispielsweise nur „nach Anhörung der beteiligten Kreise“ Gebrauch machen. Eine mit § 14 Abs. 2 AbfG 1986 vergleichbare Subsidiaritätsklausel ist hingegen nicht mehr vorgesehen. Daneben enthält das Abfallrecht aber auch ordnungsrechtliche Elemente und wirtschaftliche Anreizstrukturen. Uneinigkeit besteht weniger über diese Gesamtkonzeption des Abfallrechts als vielmehr über die Frage, welche Schlussfolgerungen aus ihr zu ziehen sind. So wurde die Vereinbarkeit der Tübinger Verpackungssteuer mit der Gesamtkonzeption des Abfallrechts in der erstinstanzlichen Entscheidung des VGH Baden-Württemberg<sup>49</sup> und in Teilen der Literatur<sup>50</sup> abgelehnt. Die Argumentation weicht insbesondere darin von derjenigen des BVerwG und des *Ersten Senats* ab, dass die Widerspruchsfreiheit auf einer höheren Konkretisierungsebene beurteilt wird. Während der *Erste Senat* sich – denkbar abstrakt – darauf beschränkt, die grundsätzliche Vielgestaltigkeit der Gesamtkonzeption festzustellen und sich die Frage, ob diese abschließend ist, gar nicht mehr stellt, setzt sich der VGH Baden-Württemberg tiefergehend mit eben diesem Aspekt auseinander. Sein Verständnis der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung weist erkennbare Parallelen zur Subsidiaritätsklausel des Art. 72 Abs. 1 GG im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung auf („solange und soweit der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit nicht durch Gesetz Gebrauch gemacht hat“). Lücken werden als negative Entscheidung des Bundesgesetzgebers gedeutet mit der Folge, dass sich das Abfallrecht als abschließend darstellt und Maßnahmen der Länder und der Kommunen von vornherein verschlossen ist.<sup>51</sup> Der VGH Baden-Württemberg betont etwa, der Gesetzgeber auf Bundesebene habe sich „nicht für den Weg einer ökologischen Bundesverpackungssteuer mit einer damit verbundenen Lenkungswirkung entschieden, sondern für das dargestellte ‚Mischsystem‘ unter-

<sup>46</sup> Dafür statt vieler *Kalscheuer/Rochow*, DÖV 2019, 955 (957 f.); *Klinger/Krebs*, ZUR 2015, 664 (666 ff.); *J. Wolff*, NdsVbl. 2024, 33 (36).

<sup>47</sup> *Stendel*, NVwZ 2023, 1406 (1414), bewertet dies – gerade vor dem Hintergrund der Unklarheiten hinsichtlich des in der Entscheidung zur Kasseler Verpackungssteuer hervorgehobenen Kooperationsprinzips – als „überfällige Klarstellung“.

<sup>48</sup> Insoweit zutreffend *Uschkereit*, GewArch 2024, 134 (139) sowie *ders.*, GewArch 2020, 438 (441). Dass das Kooperationsprinzip jedenfalls punktuell auch noch im heutigen Abfallrecht zum Ausdruck komme, erkennt auch das BVerwG, Urt. v. 24.5.2023 – 9 CN 1.22, Rn. 35 ff., an.

<sup>49</sup> VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 29.3.2022 – 2 S 3814/20, Rn. 130 ff.; vgl. auch den korrespondierenden vierten Leitsatz: „Die aufgrund der Satzung der Universitätsstadt Tübingen über die Erhebung einer Verpackungssteuer vom 30.01.2020 erhobene Verpackungssteuer steht in ihrer Ausgestaltung als Lenkungssteuer in Widerspruch zum Abfallrecht des Bundes, namentlich zu den Vorgaben im Kreislaufwirtschaftsgesetz und im Verpackungsgesetz.“

<sup>50</sup> *Uschkereit*, GewArch 2020, 438 (440 ff.); *ders.*, GewArch 2024, 134 (137 ff.).

<sup>51</sup> So etwa auch *Dieckmann/Reese*, in: Koch/Hofmann/Reese, Handbuch Umweltrecht, 6. Aufl. 2024, § 8 Rn. 26; bezogen auf ordnungsrechtliche Maßnahmen *Frische*, in: Schmehl/Klement, GK-KrWG, 2. Aufl. 2019, KrWG § 6 Rn. 21.

schiedlichster Maßnahmen“.<sup>52</sup> Es bestehe eine „Sperrwirkung des Kooperationsprinzips in Form der Einführung des dualen Systems im Verpackungsgesetz“<sup>53</sup>. Die Kommunen seien nicht befugt, etwaige Defizite des Bundesrechts „in eigener Zuständigkeit zu ‚verbessern‘“<sup>54</sup>. Damit wird der Grundsatz der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung nicht wie eine Kompetenzausübungs-, sondern wie eine Kompetenzschränke behandelt.<sup>55</sup> Unter der konsentierten Prämisse, dass Lenkungssteuern keine Sachgesetzgebungskompetenz erfordern, verbliebe dem Grundsatz der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung dann aber kein eigenständiger Anwendungsbereich. Dem wirkt das abweichende Verständnis des *Ersten Senats* entgegen, indem es auch ein „Draufsatteln“<sup>56</sup> durch die Länder und Kommunen dem Grunde nach ermöglicht.

### cc) Vereinbarkeit mit Einzelregelungen des Abfallrechts

Legt man dieses Verständnis des *Ersten Senats* zugrunde, erscheint indes ein eigenständiger Anwendungsbereich unter dem Gesichtspunkt der Vereinbarkeit mit Einzelregelungen des Abfallrechts zweifelhaft. Auch nach der Auffassung des *Ersten Senats* liegt ein solcher Verstoß aus dem Grunde „von vornherein fern“, dass die Verpackungssteuer mit der Gesamtkonzeption des Abfallrechts vereinbar ist (Rn. 67). Das ist konsequent, wirft aber die Frage auf, inwieweit die Differenzierung zwischen der Vereinbarkeit mit der Gesamtkonzeption und den Einzelregelungen des Abfallrechts einen Mehrwert hat. So prüft der *Erste Senat* zwar (kurz) einzelne Regelungen an, lehnt einen Verstoß aber jeweils rhetorisch scharf („offenkundig“, „liegt ebenfalls auf der Hand“) ab (Rn. 68).

### b) Bundestreue als Kompetenzausübungsschränke

Nach dem Grundsatz der Bundestreue in seiner Gestalt als Kompetenzausübungsschränke<sup>57</sup> müssen Bund und Länder ebenso wie die von den Ländern zur Gesetzgebung ermächtigten Gemeinden das Gesamtinteresse des Bundesstaates berücksichtigen (Rn. 70). Eine Verletzung dieses Grundsatzes setzt aber einen „offenbaren Missbrauch [...] des Gesetzgebungsrechts“ (Rn. 70) voraus, sodass die Hürden relativ hoch sind. Diese hohen Hürden werden nach Ansicht des *Ersten Senats* nicht überschritten. Die Ausführungen fokussieren sich insoweit (erneut) auf einen potenziellen Konflikt mit der Einwegkunststoffabgabe. In einem obiter dictum wirft der *Erste Senat* die im hiesigen Verfahren offengelassene Frage auf, ob eine nichtsteuerliche Abgabe wie die Einwegkunststoffabgabe nicht ihrerseits dem Grundsatz der Bundestreue zuwiderläuft, wenn dadurch verhindert wird, dass eine

<sup>52</sup> VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 29.3.2022 – 2 S 3814/20, Rn. 145.

<sup>53</sup> VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 29.3.2022 – 2 S 3814/20, Rn. 155.

<sup>54</sup> VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 29.3.2022 – 2 S 3814/20, Rn. 148.

<sup>55</sup> Deutlich auch BVerwG, Urt. v. 24.5.2023 – 9 CN 1.22, Rn. 33: „Die Auffassung des Verwaltungsgerichtshofs, der bundesgesetzliche Vorrang der Abfallvermeidung begründe für die Kommunen nicht die Zuständigkeit, diese abfallwirtschaftliche Zielsetzung eigenständig ‚voranzutreiben‘ (S. 49 f.), verkennt die Bedeutung der Widerspruchsfreiheit als einer bloßen Kompetenzausübungsschränke. Maßgeblich ist nicht – wie bei der Abgrenzung konkurrierender Sachgesetzgebungskompetenzen nach Art. 72, 74 GG –, ob die bundesrechtlichen Regelungen des Kreislaufwirtschaftsgesetzes und des Verpackungsgesetzes als abschließend anzusehen sind und daher Sperrwirkung gegenüber einem Nachbessern in Form von ausschnittsbezogenen kommunalen Zusatzregelungen entfalten. Die Steuergesetzgebungskompetenz ergibt sich bereits aus Art. 105 Abs. 2a Satz 1 GG, ohne dass es für die Verfolgung von Lenkungs Zwecken einer hinzutretenden Sachgesetzgebungskompetenz bedürfte.“ Ähnlich auch *Waldhoff*, JuS 2023, 1172 (1174).

<sup>56</sup> BVerwG, Urt. v. 24.5.2023 – 9 CN 1.22, Rn. 34; mit positiver Bewertung etwa *Homann*, KlimR 2023, 278 (281).

<sup>57</sup> Zu dieser Kompetenzausübungsschränke m.w.N. aus der Rechtsprechung BVerfGE 160, 1 (25 f. Rn. 71 ff.).

Steuergesetzgebungskompetenz ausgeübt wird (Rn. 71). Es bleibt abzuwarten, wie der *Erste Senat* diese Frage anlässlich seiner Entscheidung über den Einwegkunststofffonds beantworten wird.

#### V. Relevanz für die juristische Ausbildung und die Praxis

Die Kernpunkte der Entscheidung berühren den Pflichtfachstoff der juristischen Ausbildung zwar nur am Rande. Die Entscheidung ist aber gleichwohl ein Lehrstück für die Abgrenzung von Gesetzgebungszuständigkeiten im Bundesstaat. Aufgrund der Verknüpfung insbesondere grundrechtlicher und staatsorganisationsrechtlicher Fragen eignet sich die Konstellation sowohl für die Lehre als auch für Prüfungsaufgaben insbesondere im öffentlich-rechtlichen Schwerpunktbereich.

Die Entscheidung ist nicht zuletzt ob ihrer großen rechtlichen und politischen Brisanz von Interesse. Als bald nach ihrer Veröffentlichung hat der Deutsche Städtetag verlautbart, dass mehrere Städte kommunale Verpackungssteuern nach dem Tübinger Vorbild einführen wollen.<sup>58</sup> Im Februar 2025 hat der Kölner Stadtrat einem Antrag auf Vorbereitung einer entsprechenden Beschlussvorlage zugestimmt.<sup>59</sup> Dass eine kommunale Verpackungssteuer selbst dann verfassungsrechtlich zulässig sein kann, wenn sie in ihrem Anwendungsbereich nicht auf den „Verzehr an Ort und Stelle“ beschränkt ist, ist nunmehr höchstrichterlich geklärt. Neue Fragen werden spätestens neu formulierte Steuertatbestände aufwerfen. Auf Grundlage der Maßstäbe des *Ersten Senats* dürften aber selbst mit der Tübinger Regelung wortlautgleiche Steuertatbestände nicht unbesehen als zulässig zu bewerten sein. Dies hängt insbesondere damit zusammen, dass der *Erste Senat* zwar den Einschätzungsspielraum des Normgebers betont, aber für die Ortsbezogenheit auf die Gegebenheiten in der jeweiligen Gemeinde abstellt. Wer nach der Entscheidung über die Kasseler Verpackungssteuer „große Erwartungen“<sup>60</sup> in die begrenzende Wirkung der Kompetenzausübungsschranken gesetzt hatte, dürfte hingegen einstweilen enttäuscht sein. Insbesondere der Grundsatz der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung erscheint als wenig scharfes Schwert, zumal seine Handhabung weiterhin mit Unsicherheiten behaftet ist.

---

<sup>58</sup> Dedy, Deutscher Städtetag v. 22.1.2025, abrufbar unter <https://www.staedtetag.de/presse/pressemeldungen/2025/verpackungssteuer-verfassungsgemaess-wichtige-entscheidung-fuer-staedte> (13.3.2025).

<sup>59</sup> Lang, EUWID v. 14.2.2025, abrufbar unter <https://www.euwid-recycling.de/news/politik/koeln-will-als-erste-deutsche-grossstadt-kommunale-verpackungssteuer-einfuehren-140225/> (13.3.2025).

<sup>60</sup> Für dieses Formulierung vgl. J. Wolff, NdsVBl. 2024, 33 (36).