

Rechtsgutachten

Verfassungswidrigkeit der CO₂-Bepreisung nach dem Brennstoffemissionshandelsgesetz (BEHG), insbesondere im Zeitraum von 2021 bis 2025

im Auftrag der FDP-Bundestagsfraktion

erstellt von

Prof. Dr. Rainer Wernsmann

Inhaber des Lehrstuhls für Staats- und Verwaltungsrecht,

insbesondere Finanz- und Steuerrecht,

Universität Passau

Passau, 8.6.2020

Inhaltsverzeichnis

A. Ausgangslage.....	3
I. Inhalt des Brennstoffemissionshandelsgesetz (BEHG)	4
1. Anwendungsbereich des nationalen Zertifikatehandels.....	4
2. Funktionsweise der CO ₂ -Bepreisung	6
3. Zahlungspflicht und Höhe der Zertifikate-Preise.....	7
II. Geplante Änderung des BEHG 2020	8
B. Fragestellung.....	10
C. Rechtliche Würdigung.....	11
I. Überblick über die verfassungsrechtlichen Problemfelder und den Diskussionsstand	11
II. Gesetzgebungskompetenz für die Regelung der Abgabe (CO ₂ -Bepreisung)	13
1. Steuer (Art. 105 Abs. 2 S. 2 GG)?	14
a) Kein freies Steuererfindungsrecht des Gesetzgebers	15
b) CO ₂ -Bepreisung als Verbrauchsteuer?	16
c) Gegenleistungsbezug der Abgabe?	17
2. Einordnung als andere nicht-steuerliche Abgabe	20
a) Sog. Ressourcen-Nutzungsgebühr?.....	21
b) „Vorteilsabschöpfungsabgabe“ als Abgabenform eigener Art?	24
3. Ausgestaltung der CO ₂ -Bepreisung im Zeitraum zwischen 2021 bis 2025 als Frage der materiellen Verfassungsmäßigkeit	28
4. Zwischenergebnis	28
III. Allgemeiner Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG)	30
1. Maßstäbe für die Erhebung nicht-steuerlicher Abgaben	30
2. Besondere Rechtfertigungsanforderungen nach der Rechtsprechung des BVerfG..	31
a) Öffentlich-rechtliche Bewirtschaftungsordnung.....	32

b)	Begrenzt vorhandene Umweltressource	34
c)	Knappheit des zugewendeten Sondervorteils	35
3.	Zwischenergebnis	38
IV.	Rechtsfolge: Rückerstattungsanspruch der Unternehmen?	40
D.	Zusammenfassung der Ergebnisse.....	42

A. Ausgangslage

Am 20.12.2019 ist das „Gesetz über einen nationalen Zertifikatehandel für Brennstoffemissionen“ (Brennstoffemissionshandelsgesetz – BEHG) nach der Verkündung im Bundesgesetzblatt¹ in Kraft getreten². Dieses Gesetz ist Teil des sog. „Klimapakets“, das aus zusammenhängenden Maßnahmen zur Erreichung der europäischen Klimaziele bis 2030 und des langfristigen Ziels der Klimaneutralität bis 2050 besteht.³ Zentraler Bestandteil des Klimapakets ist die Einführung einer „CO₂-Bepreisung“ nach dem BEHG auf der Grundlage eines nationalen Zertifikatehandels ab dem 1.1.2021.⁴ Zuweilen ist auch die Rede von der Einführung einer „CO₂-Steuer“.⁵ Hintergrund ist zum einen, dass die EU-Klimaschutzverordnung⁶ für Deutschland eine Minderung der Emissionen in den Wirtschaftsbereichen außerhalb des europäischen Emissionshandelssystems⁷ (EU-ETS⁸) um 38 % bis zum Jahr 2030 im Vergleich zu 2005 vorsieht.⁹ Zum anderen hat sich Deutschland auch auf nationaler Ebene durch das jüngst verabschiedete Bundes-Klimaschutzgesetz¹⁰ dazu verpflichtet, klimaschädliche CO₂-Emissionen zu reduzieren.¹¹ Das bereits bestehende europäische Emissionshandelssystem erfasst gegenwärtig nicht alle Wirtschaftsbereiche, sondern mit der Energiewirtschaft und Großindustrie (z.B. Verbrennungsanlagen, Stahlwerke) die Unternehmen, die ca. die Hälfte der deutschen Treibhausgase emittierenden.¹² Für die besonders emissionsintensiven sog. Non-ETS-Sektoren „Wärme und Verkehr“ hat der

¹ BGBl. I 2019, S. 2728.

² Vgl. § 24 Abs. 1 BEHG.

³ Neben dem BEHG gehören zu dem „Klimapaket“ das Gesetz zur Einführung eines Bundes-Klimaschutzgesetzes und zur Änderung weiterer Vorschriften v. 12.12.2019 (BGBl. I 2019, 2513), das Gesetz zur Änderung des Luftverkehrsteuergesetzes v. 12.12.2019 (BGBl. I 2019, 2492) und das Gesetz zur Umsetzung des Klimaschutzprogramms 2030 im Steuerrecht v. 21.12.2019 (BGBl. I 2019, 2886).

⁴ BT-Drucks. 19/14746, S. 1, 22 („zentrale Maßnahme“, „wesentlicher Baustein“).

⁵ Z.B. *Steinbach/Valta*, JZ 2019, 1139 (1142).

⁶ Verordnung (EU) 2018/842 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30.5.2018 zur Festlegung verbindlicher nationaler Jahresziele für die Reduzierung der Treibhausgasemissionen im Zeitraum 2021 bis 2030 als Beitrag zu Klimaschutzmaßnahmen zwecks Erfüllung der Verpflichtungen aus dem Übereinkommen von Paris.

⁷ Dieses unionsweite System zur Erfassung und Begrenzung von Treibhausgasemissionen ist geregelt durch die Richtlinie 2003/87/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.10.2003 über ein System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten in der Gemeinschaft; zuletzt geändert durch Richtlinie (EU) 2018/410 (ABl. L 76 vom 19.3.2018, S. 3).

⁸ EU-ETS steht für „European Emissions Trading System“.

⁹ Vgl. BT-Drucks. 19/14746, S. 1.

¹⁰ Bundes-Klimaschutzgesetzes und zur Änderung weiterer Vorschriften v. 12.12.2019 (BGBl. I 2019, 2513).

¹¹ Zum Ganzen *Klinski/Scharlau/von Swieykowski-Trzaska/Keimeyer/Sina*, NVwZ 2020, 1.

¹² Vgl. *Matthes*, Ein Emissionshandelssystem für die nicht vom EU ETS erfassten Bereiche, ökonomisches Gutachten 2019, S. 9 und Tabelle 1.

Bundesgesetzgeber nunmehr die CO₂-Bepreisung nach dem BEHG eingeführt, um die europäischen und nationalen Klimaziele einzuhalten.¹³

I. Inhalt des Brennstoffemissionshandelsgesetz (BEHG)

Nach § 1 S. 2 BEHG dient das Gesetz der Bepreisung fossiler Treibhausgasemissionen (wie Kohlendioxid = CO₂). Diese „CO₂-Bepreisung“ beruht wiederum auf der Schaffung eines nationalen Zertifikatehandels für Brennstoffemissionen. Grundgedanke ist es, die Emission von Treibhausgasen in ein kostenpflichtiges Gut zu verwandeln, indem die Emission solcher Gase an den Besitz von Zertifikaten (Emissionsberechtigungen) geknüpft wird.¹⁴ Dadurch will der Gesetzgeber Anreize für die Senkung des Verbrauchs fossiler Brennstoffe und für den Umstieg von emissionsintensiven auf klimaschonendere Technologien setzen.¹⁵ Das BEHG bildet nach § 1 S. 1 BEHG die Grundlagen für das nationale Emissionshandelssystem.

1. Anwendungsbereich des nationalen Zertifikatehandels

Entsprechend der Zielrichtung des BEHG auf die Sektoren „Wärme und Verkehr“ erfasst der nationale Zertifikatehandel nach § 2 Abs. 1 (i.V.m. Anlage 1) Emissionen aus der Verbrennung fossiler Brenn- und Kraftstoffe, insbesondere Heizöl, Flüssiggas, Erdgas, Kohle, Diesel und Benzin. Damit ist der **Anwendungsbereich des BEHG im Wesentlichen identisch mit dem Anwendungsbereich der Energiesteuer für fossile Energieträger**.¹⁶ § 2 Abs. 2 S. 1 BEHG verweist insofern auf die Entstehungstatbestände des Energiesteuergesetzes (EnergieStG).¹⁷ Anknüpfungspunkt für die Teilnahme am Zertifikatehandel ist demnach das **Inverkehrbringen der Brennstoffe**. Dies erfolgt durch Unternehmen, die Heiz- und Kraftstoffe in den deutschen Markt einbringen und vertreiben (Zulieferer). Sie werden dazu verpflichtet, am nationalen Zertifikatehandel nach dem BEHG teilzunehmen und in der Folge kostenpflichtige Emissionszertifikate zu erwerben.¹⁸ Auf die spätere Verwendung der Brennstoffe durch die

¹³ BT-Drucks. 19/14746, S. 2.

¹⁴ BT-Drucks. 19/14746, S. 20.

¹⁵ BT-Drucks. 19/14746, S. 2.

¹⁶ Vgl. *Klinski/Keimeyer*, Zur finanzverfassungsrechtlichen Zulässigkeit eines nationalen Zertifikatehandels für CO₂-Emissionen aus Kraft- und Heizstoffen, Rechtsgutachten 2019, S. 3. Vgl. BT-Drucks. 19/14746, S. 26, 39.

¹⁷ Im Einzelnen: § 8 Absatz 1, § 9 Absatz 1, § 9a Absatz 4, § 14 Absatz 2, § 15 Absatz 1 oder Absatz 2, § 18 Absatz 2, § 18a Absatz 1, § 19b Absatz 1, § 22 Absatz 1, § 23 Absatz 1 und 1a, § 30 Absatz 1, § 32 Absatz 1, den §§ 34, 35, 36 Absatz 1, § 37 Absatz 2 Satz 5 und 6, Absatz 3 Satz 2, Absatz 4 Satz 1, § 38 Absatz 1, § 41 Absatz 1, § 43 Absatz 1 oder § 44 Absatz 4 Satz 2 des EnergieStG. Brennstoffe gelten nach § 2 Abs. 2 S. 2 BEHG ebenfalls als in Verkehr gebracht, wenn sich an das Entstehen der Energiesteuer ein Verfahren der Steuerbefreiung nach § 37 Abs. 2 Nr. 3 oder Nr. 4 EnergieStG anschließt.

¹⁸ Dazu sogleich unter A.I.3.

Endverbraucher in privaten Haushalten sowie im Gewerbe und Handel – etwa zum Heizen in einer Öl- oder Gasheizung oder für den Verbrauch in KfZ-Benzin- oder Dieselmotor – kommt es für die Anwendbarkeit des BEHG nicht an. Aufgrund der **engen systematischen Anknüpfung des BEHG an das EnergieStG** nimmt der Gesetzgeber an, dass ca. 4000 energiesteuerpflichtige Unternehmen ab dem 1.1.2021 auch in den Anwendungsbereich des BEHG fallen.¹⁹

§ 2 Abs. 3 BEHG geht davon aus, dass die **nationale CO₂-Bepreisung nach dem BEHG neben das** seit dem 1.1.2005 bestehende **europäische Emissionshandelssystem²⁰** tritt. Der Gesetzgeber hat das auf den Vorgaben der Emissionshandelsrichtlinie²¹ beruhende europäische Emissionshandelssystem in Deutschland grundlegend durch das Gesetz über den Handel mit Berechtigungen zur Emission von Treibhausgasen (Treibhausgas-Emissions-Handelsgesetz - TEHG)²² umgesetzt.²³ **Doppelbelastungen** infolge des Nebeneinanders beider Emissionshandelssysteme sind nach § 7 Abs. 5 BEHG zu **vermeiden**.

Das **BEHG** zielt auf die Reduktion der Brennstoffemissionen im Bereich der **Wärmeerzeugung in Gebäuden und der Energie- und Industrieanlagen außerhalb des europäischen Emissionshandelssystems**.²⁴ In dem Verkehrssektor sind Emissionen aus der Verbrennung fossiler Kraftstoffe (Diesel und Benzin) Gegenstand des BEHG mit Ausnahme des innereuropäischen Luftverkehrs, der seit 2012 dem europäischen Emissionshandelssystem unterliegt.²⁵

Überscheidungen zwischen dem EU-Emissionshandelssystem einerseits und der nationalen CO₂-Bepreisung nach dem BEHG andererseits lassen sich nicht vollständig ausschließen.²⁶ Der Grund dafür besteht darin, dass beide Emissionshandelssysteme an **unterschiedlichen Stellen in der Handelskette** anknüpfen. Anders als im EU-Emissionshandel setzt das **nationale**

¹⁹ Vgl. BT-Drucks. 19/14746, S. 26.

²⁰ Hierzu auch *Kreuter-Kirchhof*, ZUR 2019, 396 (398 f.)

²¹ Richtlinie 2003/87/EG.

²² BGBl. I 2004, S. 1578.

²³ Vgl. bereits BVerfG, Beschluss vom 13.3.2007 – 1 BvF 1/05, BVerfGE 118, 79 ff.

²⁴ Vgl. BT-Drucks. 19/14746, S. 20.

²⁵ BT-Drucks. 19/14746, S. 20. Die Regelungen der RL 2003/87 werden bis zum 31.12.2023 nicht auf Flüge von und zu Flughäfen in Ländern außerhalb des Europäischen Wirtschaftsraums (EWR) angewandt. Verordnung (EU) 2017/2392 v. 13.12.2017 zur Änderung der Richtlinie 2003/87/EG zur Aufrechterhaltung der derzeitigen Einschränkung ihrer Anwendung auf Luftverkehrstätigkeiten und zur Vorbereitung der Umsetzung eines globalen marktbasiereten Mechanismus ab 2021 (ABl. 2017 L 350 S. 7).

²⁶ Vgl. BT-Drucks. 19/14746, S. 35 f.

Emissionshandelssystem nicht bei den Emittenten als unmittelbaren Verursachern der Emissionen an (Kraftwerke, Industrieanlagen), sondern – wie auch das EnergieStG – auf der vorgelagerten Handelsebene der **Zulieferer von Heiz- und Kraftstoffen** („Up-Stream“-Ansatz).²⁷ Doppelerfassungen von direkt und indirekt erfassten Emissionen sind dabei nicht gänzlich ausgeschlossen.²⁸ Der Gesetzgeber hat dieses Problem gesehen und die Bundesregierung in § 7 Abs. 5 S. 2 BEHG dazu ermächtigt, durch den Erlass von Rechtsverordnungen ggf. Doppelbelastungen zu vermeiden. Perspektivisch soll der Brennstoffemissionshandel nach dem BEHG in ein europäisches Emissionshandelssystem integriert werden.²⁹

2. Funktionsweise der CO₂-Bepreisung

Nach § 8 BEHG beruht die Bepreisung der Treibhausgasemissionen darauf, dass die vom Anwendungsbereich des BEHG erfassten **Unternehmen** jährlich eine den Brennstoffemissionen entsprechende Anzahl **kostenpflichtiger Emissionszertifikate** an das Bundesumweltamt (s. § 13 Abs. 1 BEHG) abgeben müssen, wenn sie Heiz- und Brennstoffe in den Verkehr bringen. Ein Emissionszertifikat berechtigt nach § 3 Nr. 2 BEHG zur Emission einer Tonne Treibhausgase in Tonnen Kohlendioxidäquivalent (CO₂). Die Gesamtmenge der jährlichen Brennstoffemissionen ist nach § 7 Abs. 1 BEHG auf der Grundlage eines „Überwachungsplans“ von den Unternehmen selbst zu ermitteln und dem Bundesumweltamt bis zum 31. Juli des Folgejahres zu berichten.

Den zur Abgabe der Emissionszertifikaten verpflichteten Unternehmen entstehen zusätzliche Kosten in Höhe des **Preises für den Erwerb der Emissionszertifikate**.³⁰ Diese Kosten entsprechen wiederum den staatlichen Einnahmen durch die Veräußerung der Zertifikate. Im Jahr 2021 sollen die Einnahmen 3,6 Mrd. Euro betragen, im Jahr 2022 wird eine Steigerung auf 6,9 Mrd. Euro und im Jahr 2023 auf 8,275 Mrd. Euro erwartet.³¹ Der Gesetzgeber erachtet es für sachgerecht, die Unternehmen als „Verantwortliche“ (s. § 8 BEHG) zur Abgabe der Zertifikate heranzuziehen, weil sie die fossilen Brennstoffe in den Verkehr bringen.³² Die Pflicht, für Treibhausgasemissionen Zertifikate abzugeben, schaffe für die Betroffenen eine

²⁷ BT-Drucks. 19/14746, S. 21.

²⁸ Hierzu näher BT-Drucks. 19/14746, S. 35.

²⁹ BT-Drucks. 19/14746, S. 21.

³⁰ BT-Drucks. 19/14746, S. 3.

³¹ BT-Drucks. 19/14746, S. 3.

³² BT-Drucks. 19/14746, S. 21.

wirtschaftliche Anreizstruktur, ihre Emissionen zu verringern oder zu vermeiden.³³ Bei dieser prinzipiellen Zielrichtung des Emissionshandels auf eine Reduktion von Treibhausgasemissionen überlässt das Instrument es jedoch den Wirtschaftsteilnehmern (den „Gesetzen des Marktes“), wo die Reduktion von Emissionen erfolgt.³⁴ Als Anreiz wird ein Preissignal gesetzt für die Senkung des Verbrauchs fossiler Brennstoffe und für den Umstieg von emissionsintensiven auf klimaschonendere Technologien und die Nutzung erneuerbarer Energieträger.³⁵

3. Zahlungspflicht und Höhe der Zertifikate-Preise

Gesetzlich geregelt ist die Veräußerung der kostenpflichtigen Emissionszertifikate in § 10 BEHG. Nach dieser Vorschrift werden die Emissionszertifikate in einer Einführungsphase in den Jahren 2021 bis 2025 vom Bundesumweltamt nach einem **Festpreismodell** verkauft, wobei sich der Preis pro Emissionszertifikat schrittweise erhöht. Die Unternehmen sind zur Zahlung der Zertifikate-Preise verpflichtet. So ist für die Dauer der ersten fünf Jahre des Verkaufs die Zahlungspflicht nach § 10 Abs. 2 BEHG festgelegt auf **10 Euro (2021) pro Emissionszertifikat**, die dann kontinuierlich bis auf **35 Euro (2025) steigt**.³⁶ Zwischen Privatpersonen können die Emissionszertifikate in diesem Zeitraum **nicht gehandelt** werden. Zwar sind die Zertifikate nach § 9 Abs. 2 S. 1 BEHG grundsätzlich übertragbar, jedoch ist ein **freier Handel** mit den Emissionszertifikaten in der Einführungsphase (2021 bis 2025) **ausgeschlossen** (sog. banking-Verbot).³⁷ Diese feste Preisbildung während der Einführungsphase ist ausweislich der Gesetzesbegründung ein **zentrales Ausgestaltungsmerkmal** des BEHG, da **bei freier Preisbildung am Markt hohe Unsicherheiten über das Preisniveau** bestünden.³⁸

Im **Jahr 2026** werden die Emissionszertifikate dann nach § 10 Abs. 2 S. 4 BEHG innerhalb eines „Preiskorridors“ mit einem Mindestpreis von 35 Euro pro Emissionszertifikat und einem Höchstpreis von 60 Euro pro Emissionszertifikat nach § 10 Abs. 1 S. 2 BEHG **versteigert**. Die Bundesregierung kann durch Rechtsverordnung für die Dauer der Anwendung des Preiskorridors nach § 10 Abs. 2 S. 4 BEHG die Gültigkeit der Emissionszertifikate beschränken

³³ BT-Drucks. 19/14746, S. 21.

³⁴ Vgl. BT-Drucks. 19/14746, S. 21.

³⁵ BT-Drucks. 19/14746, S. 2.

³⁶ Vgl. zur geplanten Erhöhung der Zertifikate-Preise S. 9.

³⁷ BT-Drucks. 19/14746, S. 22.

³⁸ Vgl. BT-Drucks. 19/14746, S. 37.

und so deren Übertragbarkeit auch in diesem Zeitraum durch ein „banking-Verbot“ ausschließen.³⁹ **Erst ab dem Jahr 2027 ist grundsätzlich eine freie Preisbildung am Markt** vorgesehen. Dies ermöglicht es Unternehmen, die ggf. überschüssigen Emissionszertifikate zu veräußern, und Unternehmen, die eine größere Menge Heiz- und Kraftstoffe in den Verkehr bringen wollen, ggf. zusätzliche Emissionszertifikate zu erwerben (sog. trade). Dadurch sollen die Emissionsberechtigungen diejenigen Wirtschaftsteilnehmer erhalten, denen sie den größten Nutzen versprechen.⁴⁰

II. Geplante Änderung des BEHG 2020

Das **Festpreismodell für die Veräußerung der Emissionszertifikate während der Einführungsphase** in den Jahren 2021 bis 2025 und der darauffolgende „Preiskorridor“ im Jahr 2026 stehen nach § 23 Abs. 1 S. 4 BEHG unter dem Vorbehalt einer Überprüfung durch den Gesetzgeber. Demnach können die in festgelegten Zertifikate-Preise jederzeit durch Gesetz geändert werden.⁴¹

Bereits vor Inkrafttreten des BEHG hatte die Arbeitsgruppe des Vermittlungsausschusses von Bundestag und Bundesrat am 18. Dezember 2019 vereinbart, dass die Zertifikate-Preise noch in diesem Jahr (2020) durch Gesetz erhöht werden sollen.⁴² Der Bundesrat hatte zu dem vom Bundestag am 15.11.2019 verabschiedeten Gesetz zur Umsetzung des Klimaschutzprogramms 2030 im Steuerrecht den Vermittlungsausschuss gem. Art. 77 Abs. 2 Grundgesetz (GG) mit dem Ziel einer grundlegenden Überarbeitung des Gesetzes einberufen.⁴³ Zwar war die Frage der CO₂-Bepreisung nach dem BEHG nicht unmittelbar Gegenstand des Vermittlungsverfahrens. Der Bundesrat hatte das BEHG bereits durch Beschluss vom 29.11.2019 angenommen und keinen Antrag nach Art. 77 Abs. 3 GG gestellt.⁴⁴ Allerdings wollte der Bundesrat dem Gesetz zur Umsetzung des Klimaschutzprogramms 2030 im Steuerrecht – insbesondere der nach Art. 105 Abs. 3 i.V.m. Art. 106 Abs. 3 S. 1 GG zustimmungsbedürftigen Neuregelung der Pendlerpauschale im Einkommensteuergesetz – nur unter der Bedingung zustimmen, dass der Bundestag den CO₂-Preis im BEHG deutlich

³⁹ BT-Drucks. 19/14746, S. 36.

⁴⁰ So *Martini/Gebauer*, ZUR 2007, 225 in Bezug auf das EU-Emissionshandelssystem.

⁴¹ Nach allgemeinen Regeln gilt ohnehin der Lex-posterior-Grundsatz, wonach ein späteres Gesetz einem früheren Gesetz derselben Rangordnung vorgeht (sofern nicht z.B. Vertrauensschutz greift).

⁴² Vgl. Pressemitteilung des Bundesrats v. 18.12.2019, Vermittlungsausschuss erzielt Kompromiss zum Klimapakett (abrufbar unter: www.bundesrat.de).

⁴³ BR-Drucks. 608/19.

⁴⁴ BR-Drucks. 607/19.

erhöht.⁴⁵ Laut der nunmehr getroffenen Vereinbarung im Vermittlungsausschuss soll der Preis ab Januar 2021 auf 25 Euro statt auf 10 Euro erhöht werden und danach schrittweise auf 55 Euro im Jahr 2025 steigen.⁴⁶ Für das Jahr 2026 schlägt die Arbeitsgruppe im Vermittlungsausschuss einen Preiskorridor von mindestens 55 Euro und höchstens 65 Euro vor. Ein entsprechendes Änderungsgesetz wurde bislang jedoch noch nicht vom Bundestag beschlossen.

⁴⁵ Vgl. zu den Hintergründen Spiegel-Online v. 21.12.2019, "Regierung der nationalen Einheit in Zeiten der Klimakrise" (abrufbar unter: www.spiegel.de).

⁴⁶ Vgl. Pressemitteilung des Bundesrats v. 18.12.2019, Vermittlungsausschuss erzielt Kompromiss zum Klimapakete (abrufbar unter: www.bundesrat.de).

B. Fragestellung

Zu prüfen ist die Verfassungsmäßigkeit der CO₂-Bepreisung nach dem BEHG, insbesondere im Zeitraum der Einführungsphase des Zertifikatehandels für Brennstoffemissionen in den Jahren 2021 bis 2025. Zugrunde gelegt wird das BEHG in der gegenwärtigen Fassung (Beschlussfassung vom 12.12.2019).

C. Rechtliche Würdigung

Die vom Gesetzgeber gewählte Ausgestaltung der CO₂-Bepreisung nach dem BEHG wirft eine Reihe verfassungsrechtlicher Fragen auf. Bereits im Gesetzgebungsverfahren hatte der federführende Ausschuss für Umwelt, Naturschutz und nukleare Sicherheit im Bundesrat „schwerwiegende verfassungsrechtliche Bedenken“ hinsichtlich der Zulässigkeit der CO₂-Bepreisung geäußert und die Bundesregierung dazu aufgefordert, den Gesetzentwurf ggf. zu überarbeiten.⁴⁷ Sollte gegen das Gesetz geklagt werden und festgestellt werden, dass es mit dem Grundgesetz unvereinbar ist, oder wegen Verfassungswidrigkeit für nichtig erklärt werden, so hätte dies erhebliche finanzielle Belastungen für den Bundeshaushalt zur Folge, da die erzielten Einnahmen u.U. an die Unternehmen zurückgezahlt werden müssten.⁴⁸

I. Überblick über die verfassungsrechtlichen Problemfelder und den Diskussionsstand

In der Literatur werden verfassungsrechtliche Probleme⁴⁹ vor allem gesehen, weil es sich bei der CO₂-Bepreisung weder um eine zulässige (Verbrauch-)Steuer noch um eine verfassungskonforme nicht-steuerliche Abgabe handele.⁵⁰ Der Gesetzgeber habe mit dem BEHG eine unzulässige „Quasi-Steuer“ eingeführt. Begründet wird die Kritik insbesondere unter Bezugnahme auf eine jüngere Entscheidung des BVerfG vom 5.3.2018.⁵¹ In dieser Entscheidung hatte sich das **BVerfG** zur verfassungsrechtlichen Einordnung des europäischen

⁴⁷ BR-Drucks. 607/1/19, S. 2.

⁴⁸ Vgl. BR-Drucks. 607/1/19, S. 2 f.

⁴⁹ Zur unionsrechtlichen Problematik der Einführung eines nationalen Emissionshandels neben dem EU-Emissionshandelssystem näher *Nettesheim*, Die Einbeziehung des Transportsektors in das Europäische Emissionshandelssystem, Rechtsgutachten 2019, S. 38. Das Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und nukleare Sicherheit hatte auch Bedenken geäußert, ob der nationale Emissionshandel mit dem EU-Emissionshandelssystem kompatibel sei, vgl. Stellungnahme v. 6.5.2019, „Warum eine Einbeziehung des Verkehrssektors in den Europäischen Emissionshandel nicht möglich ist“ (abrufbar unter: www.bmu.de).

⁵⁰ Gegen die Verfassungsmäßigkeit *Müller/Kahl*, Zur verfassungsrechtlichen Einordnung des Brennstoffemissionshandelsgesetzes, Stellungnahme zur Anhörung des Ausschusses für Umwelt, Naturschutz und nukleare Sicherheit im Deutschen Bundestag am 06.11.2019, Ausschuss-Drucks. 19(16)293-F, S. 1 („tiefgreifende verfassungsrechtliche Bedenken“); *Klinski/Keimeyer*, Zur finanzverfassungsrechtlichen Zulässigkeit eines nationalen Zertifikatehandels für CO₂-Emissionen aus Kraft- und Heizstoffen, Rechtsgutachten 2019, S. 17 („hohe finanzverfassungsrechtliche Risiken“); *Rodi*, Verfassungsmäßigkeit des Entwurfs zum Brennstoffemissionshandelsgesetz (BEHG-E), Rechtsgutachten 2019, S. 3 („erhebliche Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit“). Kritisch *Di Fabio*, Spiegel-Online v. 21.12.2019, Regierung der nationalen Einheit in Zeiten der Klimakrise (abrufbar unter: www.spiegel.de). Für die Verfassungsmäßigkeit der CO₂-Bepreisung hingegen *Steinbach/Valta*, JZ 2019, 1139 (1144 f.). Offenlassend *Krämer-Hoppe*, Verfassungsblog v. 16.1.2020 („nicht unbedingt verfassungswidrig“).

⁵¹ BVerfG (Kammer) v. 5.3.2018 – 1 BvR 2864/13, NVwZ 2018, 972. Vorgehend BVerwG v. 10.10.2012 – 7 C 10/10, BVerwGE 144, 248.

Emissionshandelssystems (umgesetzt durch das TEHG) geäußert und in Anknüpfung an seine frühere grundlegende Entscheidung zum sog. „Wasserpfeffig“⁵² **besondere Voraussetzungen** aus dem Grundgesetz abgeleitet, die der Gesetzgeber bei der **Ausgestaltung eines Emissionszertifikatehandels** zu beachten hat.

Nach dieser Rechtsprechung des BVerfG darf der Staat für die Luftverschmutzung durch Treibhausgasemissionen zwar eine **nicht-steuerliche Abgabe** in Form einer „**Vorteilsabschöpfungsabgabe**“ erheben, jedoch muss dann „**das als knapp definierte Gut mengenmäßig begrenzt werden**“.⁵³ Unter Zugrundelegung dieses Maßstabs wird in der Literatur die Ansicht vertreten, dass die CO₂-Bepreisung nach dem BEHG einer verfassungsgerichtlichen Überprüfung mit „großer Wahrscheinlichkeit“ nicht standhalten werde.⁵⁴ Jedenfalls in der Einführungsphase des Zertifikatehandels für Brennstoffemissionen (2021 bis 2025) habe der Gesetzgeber **keine mengenmäßige Begrenzung der zum Festpreis veräußerten Zertifikate** vorgesehen. Dies widerspreche offensichtlich den Kriterien des BVerfG an ein „knapp definiertes Gut“ und damit den Anforderungen an die Erhebung einer „Vorteilsabschöpfungsabgabe“.

Im Folgenden wird untersucht, ob die CO₂-Bepreisung (konkret: die Zahlungspflicht für den Erwerb der Emissionszertifikate nach § 10 Abs. 2 BEHG) in der jetzigen gesetzlichen Ausgestaltung verfassungskonform ist. Im Ausgangspunkt sind dabei drei Fragen zu unterscheiden: Unter dem Gesichtspunkt der **Gesetzgebungskompetenz** ist zunächst zu klären, welchem **Abgabentyp** die CO₂-Bepreisung begrifflich zuzuordnen ist – ob es sich also um eine Steuer oder um eine nicht-steuerliche Abgabe handelt (**C.II.**). Handelt es sich bei CO₂-Bepreisung um eine nicht-steuerliche Abgabe, richtet sich die Gesetzgebungskompetenz nach Art. 70 ff. GG. Handelt es sich hingegen um eine Steuer, ist die in Art. 105 Abs. 2 GG getroffene Kompetenzregelung für das materielle Steuerrecht gegenüber Art. 70 ff. GG vorrangig (lex specialis).⁵⁵ Erst wenn die CO₂-Bepreisung einem bestimmten Abgabentyp (Steuer, Gebühr oder „Vorteilsabschöpfungsabgabe“) zugeordnet ist, steht fest, welchen Rechtfertigungsanforderungen diese Abgabe unterliegt und ob auch ihre **konkrete gesetzliche**

⁵² BVerfG v. 7.11.1995 – 2 BvR 413/88, BVerfGE 93, 319.

⁵³ BVerfG (Kammer) v. 5.3.2018 – 1 BvR 2864/13, NVwZ 2018, 972 (975).

⁵⁴ Vgl. *Rodi*, Verfassungsmäßigkeit des Entwurfs zum Brennstoffemissionshandelsgesetz (BEHG-E), Rechtsgutachten 2019, S. 3.

⁵⁵ BVerfG v. 13.4.2017 – 2 BvL 6/13, BVerfGE 145, 171 (Rn. 62, m.w.N.); st.Rspr.

Ausgestaltung verfassungskonform ist.⁵⁶ Für nicht-steuerliche Abgaben mit dem „Charakter einer Vorteilsabschöpfungsabgabe“ hat das BVerfG in seiner Entscheidung vom 5.3.2018 die **besonderen Rechtfertigungsanforderungen an eine solche Abgabe** aus dem Grundsatz der Lastengleichheit (Art. 3 Abs. 1 GG) hergeleitet.⁵⁷ Es ist zu prüfen, inwieweit diese vom BVerfG zum EU-Emissionshandelssystem (umgesetzt durch das TEHG) entwickelten Maßstäbe auf die nationale CO₂-Bepreisung nach dem BEHG übertragbar sind und welche Folgerungen sich daraus ergeben (**dazu C.III.**). Abschließend ist die **Rechtsfolge** einer (vollständigen oder teilweisen) **Verfassungswidrigkeit des BEHG** zu klären, insbesondere ob die geleisteten Zahlungen ggf. an die zur Abgabe von Emissionszertifikaten verpflichteten Unternehmen zurückgezahlt werden müssten (**C.IV.**).

II. Gesetzgebungskompetenz für die Regelung der Abgabe (CO₂-Bepreisung)

Die verfassungsrechtliche Würdigung setzt bei der Frage an, um welchen Abgabentyp es sich bei der CO₂-Bepreisung nach dem BEHG handelt. Als Zahlungspflicht mit **öffentlich-rechtlichem Charakter**⁵⁸ könnte es sich entweder um eine Steuer oder um eine andere (nicht-steuerliche) Abgabe handeln. Der Gesetzgeber geht – ausweislich der Gesetzesbegründung – davon aus, dass die CO₂-Bepreisung eine **nicht-steuerliche Abgabe** darstellt, die den **Vorteil der emissionsberechtigten Unternehmen abschöpfen soll** und sich auf die **Sachgesetzgebungskompetenz des Bundes nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 24 GG für die „Luftreinhaltung“** stützen lasse.⁵⁹ In der politischen Diskussion wurde die Einführung einer „CO₂-Steuer“ explizit abgelehnt.⁶⁰ Nach der Rechtsprechung des BVerfG richtet sich **kompetenzrechtliche Einordnung** einer Abgabe allerdings nicht nach der Bezeichnung des Gesetzgebers, sondern allein nach ihrem **materiellen Gehalt**.⁶¹ Die Bezeichnung einer Abgabe durch den Gesetzgeber ist nur insofern für die verfassungsrechtliche Beurteilung von Bedeutung, als der Grundsatz der Normenwahrheit den Rückgriff auf die materiell

⁵⁶ Allg. zur Differenzierung zwischen der begrifflichen Einordnung einer Abgabe und den Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen einer Abgabe *Wernsmann*, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO/FGO, § 3 AO Rn. 42 ff.

⁵⁷ BVerfG (Kammer) v. 5.3.2018 – 1 BvR 2864/13, NVwZ 2018, 972.

⁵⁸ Eingehend hierzu BVerwG v. 10.10.2012 – 7 C 10/10, BVerwGE 144, 248 (Rn. 40), das in Bezug auf die Veräußerung (Kaufvertrag, Versteigerung) von Emissionsberechtigungen nach dem TEHG aufgrund des fehlenden Charakter eines Fiskalgeschäfts zutreffend davon ausgeht, dass die Veräußerung „wie eine Abgabe“ zu behandeln sei. Vgl. auch BVerfG (Kammer) v. 5.3.2018 – 1 BvR 2864/13, NVwZ 2018, 972 (Rn. 31): „abgabengleiche Wirkung“.

⁵⁹ BT-Drucks. 19/14746, S. 21, 37.

⁶⁰ Zu den Hintergründen vgl. auch *Wünnemann*, DStR 2019, 2099 f.

⁶¹ Vgl. BVerfG v. 18.7.2018 – 1 BvR 1675/16, BVerfGE 149, 222 (Rn. 56, m.w.N.); st.Rspr.

einschlägige Abgabenart sperren kann, falls der Gesetzgeber die Abgabe „falsch etikettiert“ hat.⁶²

Diskussionswürdig erscheint deshalb zunächst die in der Literatur vertretene Ansicht, wonach es sich bei der CO₂-Bepreisung der Sache nach um eine Steuer bzw. um eine „steuerähnliche Abgabe“ handeln soll. Sofern man die Abgabe – entgegen der gesetzgeberischen Bezeichnung – als Verbrauchsteuer einordnet, ergibt sich die Gesetzgebungskompetenz des Bundes aus Art. 105 Abs. 2 S. 2 Alt. 1 i.V.m. Art. 106 Abs. 1 Nr. 2 GG. Handelt es sich zwar um eine Steuer, aber um eine solche, deren Verteilung das Grundgesetz nicht selbst regelt, so wäre diese Steuer mangels eines freien Steuererfindungsrechts des Gesetzgebers (dazu 1.a)) formell verfassungswidrig. Näherer Betrachtung bedarf insbesondere, ob mit dem Erwerb der Emissionszertifikate von einem Gegenleistungsbezug der Abgabe auszugehen ist, so dass das Vorliegen einer Steuer begrifflich zu verneinen ist **(1.)**. Ist das der Fall, handelt es sich bei der CO₂-Bepreisung in der Tat um eine sog. „Vorteilsabschöpfungsabgabe“, die – im Einklang mit der Rechtsprechung des BVerfG – nicht etwa als Gebühr, sondern als Abgabe eigener Art einzuordnen ist **(2.)**. Die konkrete Ausgestaltung der CO₂-Bepreisung nach dem BEHG insbesondere in der Einführungsphase des Zertifikatehandels (2021 bis 2025) hat unter dem Gesichtspunkt der Gesetzgebungskompetenz hingegen keinen Einfluss auf den Abgabentyp, sondern ist eine Frage der materiellen verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Abgabe **(3.)**.

1. Steuer (Art. 105 Abs. 2 S. 2 GG)?

Der Begriff der **Steuern** ist einfachrechtlich in § 3 Abs. 1 AO definiert. Danach sind Steuern „Geldleistungen, die **nicht eine Gegenleistung** für eine besondere Leistung darstellen und von einem öffentlich-rechtlichen Gemeinwesen zur Erzielung von Einnahmen allen auferlegt werden, bei denen der Tatbestand zutrifft, an den das Gesetz die Leistungspflicht knüpft; die Erzielung von Einnahmen kann Nebenzweck sein.“ Das Grundgesetz selbst kennt zwar keine Legaldefinition der Steuer. Gleichwohl geht das BVerfG in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass die einfachgesetzliche Definition des Steuerbegriffs in § 3 Abs. 1 AO in ihrer derzeitigen Fassung den verfassungsrechtlichen Steuerbegriff i.S.v. Art. 105, 106 GG

⁶² *Tappe/Wernsmann*, Öffentliches Finanzrecht, 2. Auf. 2019, Rz. 292 ff.

zutreffend abbildet.⁶³ Beiträge und Gebühren werden demgegenüber als Vorzugslasten bezeichnet und fallen ebenso wie die sog. „Vorteilsabschöpfungsabgaben“ in die Kategorie der nichtsteuerlichen Abgaben (dazu 2.a)b)).

In der Literatur wird der **Besteuerungscharakter der CO₂-Bepreisung** vereinzelt darin gesehen, dass die Emissionszertifikate in der Einführungsphase 2021 bis 2026 zu einem Festpreis veräußert werden und die Unternehmen Zertifikate in beliebiger Menge erwerben können. Ein **Bezug zu einer individuellen staatlichen Gegenleistung** sei nicht gegeben.⁶⁴ Letztlich sei jedes Unternehmen, das Heiz- und Kraftstoffe in den Verkehr bringt, von der CO₂-Bepreisung betroffen. Die Emissionszertifikate hätten lediglich die Funktion eines „Zahlungsbelegs“, der mit einer Steueranmeldung vergleichbar sei.⁶⁵ Man müsse deshalb von einer „steuerähnlichen Wirkung“⁶⁶ der CO₂-Bepreisung oder von einer „Abgabe steuerlicher Art“⁶⁷ sprechen. Daraus wird sodann gefolgert, dass die Zahlungspflicht nach § 10 Abs. 2 BEHG grundsätzlich auch an den für Steuern bestehenden finanzverfassungsrechtlichen Vorgaben der Art. 105 f. GG zu messen sei.⁶⁸

a) Kein freies Steuererfindungsrecht des Gesetzgebers

Folgt man dieser Literaturansicht und unterstellt man, dass es sich bei der CO₂-Bepreisung nach dem BEHG um eine Steuer handelt, so müsste sie einer der in Art. 105, 106 GG genannten Steuern und Steuerarten (Steuertypen) zugeordnet werden können. Denn die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes für die „übrigen Steuern“ i.S.v. Art. 105 Abs. 2 S. 2 GG erfasst nach der h.M. und insbesondere der Rechtsprechung des BVerfG nur solche Steuern, deren Ertragsverteilung in **Art. 106 GG** geregelt ist (**Numerus clausus der Steuern und Steuerarten**).⁶⁹ Zwar ist anerkannt, dass der Gesetzgeber auch neue Steuern einführen kann, sofern sie sich einer der in Art. 105, 106 GG genannten Steuerarten zuordnen lassen. Ein „**freies**

⁶³ BVerfG v. 18.7.2018 – 1 BvR 1675/16, BVerfGE 149, 222 (Rn. 53). Vgl. zudem z.B. *Söhn*, in: Kube u.a. (Hrsg.), Leitgedanken des Rechts II, 2013, § 145 Rn. 18.

⁶⁴ *Steinbach/Valta*, JZ 2019, 1139 (1142).

⁶⁵ *Steinbach/Valta*, JZ 2019, 1139 (1142 f.).

⁶⁶ *Rodi*, Verfassungsmäßigkeit des Entwurfs zum Brennstoffemissionshandelsgesetz (BEHG-E), Rechtsgutachten 2019, S. 13. Ebenso *Steinbach/Valta*, JZ 2019, 1139 (1142 „Wirkung äquivalent zu einer Steuer“); *Wünnemann*, DStR 2019, 2099 („de facto Steuer“).

⁶⁷ *Klinski/Keimeyer*, Zur finanzverfassungsrechtlichen Zulässigkeit eines nationalen Zertifikatehandels für CO₂-Emissionen aus Kraft- und Heizstoffen, Rechtswissenschaftliches Gutachten 2019, S. 16 aber i.E. offenlassend.

⁶⁸ *Rodi*, Verfassungsmäßigkeit des Entwurfs zum Brennstoffemissionshandelsgesetz (BEHG-E), Rechtsgutachten 2019, S. 13.

⁶⁹ Vgl. BVerfG v. 13.4.2017 – 2 BvL 6/13, BVerfGE 145, 171, (Rn. 69, 71); *Tappe/Wernsmann*, Öffentliches Finanzrecht, 2. Aufl. 2019, Rz. 254 ff., m.w.N.

Steuererfindungsrecht“ des Gesetzgebers existiert jedoch **nicht**, wie das BVerfG in seiner Entscheidung zur Kernbrennstoffsteuer explizit festgestellt hat.⁷⁰

b) CO₂-Bepreisung als Verbrauchsteuer?

Die Zuordnung der CO₂-Bepreisung zu einer bestimmten in Art. 106 GG genannten Steuerart bereitet allerdings Schwierigkeiten. Schon im Vorfeld der Einführung des BEHG wurde darüber diskutiert, ob man die CO₂-Bepreisung als eine Art „Kohlendioxid-Steuer“ einführen könnte.⁷¹ In Betracht gezogen wurde insbesondere die Einordnung als **Verbrauchsteuer** i.S.v. Art. 106 Abs. 1 Nr. 2 GG. Verbrauchsteuern sind Warensteuern, die den Verbrauch vertretbarer, regelmäßig zum baldigen Verzehr oder kurzfristigen Verbrauch bestimmter Güter des ständigen Bedarfs belasten.⁷² Als Besteuerung des Verbrauchs werden sie in der Regel bei demjenigen Unternehmer erhoben, der das Verbrauchsgut für die allgemeine Nachfrage anbietet, sind aber auf Überwälzung auf den Verbraucher angelegt. Gegenstand der Besteuerung ist ein tatsächlicher Verbrauchsvorgang. Die **Besteuerung eines reinen Produktionsmittels, das nicht von privaten Endkonsumenten „verbraucht“ werden kann**, ist nach der Rechtsprechung des **BVerfG** allerdings **unzulässig**.⁷³

Wegen der Anknüpfung der CO₂-Bepreisung an die Systematik des Energiesteuerrechts (dazu oben A.I.1.) scheint es auf den ersten Blick denkbar, dass auch die CO₂-Bepreisung eine Verbrauchsteuer auf Heiz- und Brennstoffe darstellt. Die **Energiesteuer** gehört zu den **anerkannten Steuern auf den Verbrauch** von Energieträgern. Sie ist auf Abwälzung angelegt, da die steuerpflichtigen Unternehmen den von ihnen gezahlten Betrag zur Aufrechterhaltung ihrer Gewinnspanne in der Regel auf den Verbraucher z.B. durch Preiserhöhung überwälzen.⁷⁴ Anders als bei der Energiesteuer knüpft die Zahlungspflicht nach § 10 Abs. 2 BEHG aber nicht an das Inverkehrbringen der Heiz- und Kraftstoffe an, sondern die Geldleistungspflicht

⁷⁰ BVerfG v. 13.4.2017 – 2 BvL 6/13, BVerfGE 145, 171 (Ls. 3). Hierzu auch *Wernsmann*, *StuW* 2018, 100 f; *ders.* *JZ* 2017, 954 (955 f.).

⁷¹ Hierzu Wissenschaftlicher Dienst des Bundestags WD 4 - 3000 - 094/19, S. 7 ff.; *Leisner-Egensperger*, *NJW* 2019, 2218 ff. Zum Vorschlag eines gesonderten CO₂-Steuergesetzes, *Büdenbender*, *Rechtliche Rahmenbedingungen für eine CO₂-Bepreisung in der Bundesrepublik Deutschland*, Arbeitspapier 5/2019 des Sachverständigenrates zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, S. 33 ff. Vgl. auch *Steinbach/Valta*, *JZ* 2019, 1139 (1143).

⁷² BVerfG v. 7.5.1998 – 2 BvR 1991/95, BVerfGE 98, 106 (Rn. 72). Zuletzt BVerfG v. 13.4.2017 – 2 BvL 6/13, BVerfGE 145, 171 (Rn. 113).

⁷³ BVerfG v. 13.4.2017 – 2 BvL 6/13, BVerfGE 145, 171 (Ls. 4).

⁷⁴ Zur Überwälzung von Strom- und Mineralölsteuer auf den Endverbraucher BVerfG v. 20.4.2004 – 1 BvR 905/00 – BVerfGE 110, 274 (Rn. 68). Allg. zum Begriff der Steuerabwälzung BVerfG v. 13.4.2017 – 2 BvL 6/13, BVerfGE 145, 171 (Rn. 119 ff.).

entsteht durch den **Erwerb der Emissionszertifikate**, die jedenfalls **kein verbrauchsfähiges Gut** darstellen. Sofern angenommen wird, dass der eigentliche Steuergegenstand der CO₂-Bepreisung nicht etwa die Heiz- und Kraftstoffe sind, sondern die Kohlendioxidemissionen selbst, führt auch dies zu keinem anderen Ergebnis. Denn die **CO₂-Emissionen** entstehen zwar durch die Verbrennung von Kohle, Erdgas, Benzin, Diesel usw., **werden selbst aber nicht „verbraucht“**⁷⁵ durch private Endverbraucher, die die Steuer wirtschaftlich tragen sollen, wenn eine Verbrauchsteuer vorliegen soll.⁷⁶ Eine „**Kohlendioxid-Steuer**“, deren unmittelbarer Gegenstand die negative Auswirkung auf die Umwelt darstellt, ist im **Katalog des Art. 106 GG nicht vorgesehen**. Sollte es sich bei der CO₂-Bepreisung also tatsächlich um eine Steuer handeln, wäre dies eine völlig neue Steuerart, die nach gegenwärtiger Rechtslage schon deshalb formell verfassungswidrig wäre, weil sie keiner verfassungsrechtlich zulässigen Steuerart, insbesondere nicht dem Verbrauchsteuertypus i.S.v. Art. 106 Abs. 1 Nr. 2 GG, zugeordnet werden könnte.⁷⁷ Eine CO₂-Steuer könnte demnach erst nach einer Verfassungsänderung (Aufnahme in den Katalog des Art. 106 GG) eingeführt werden.

c) Gegenleistungsbezug der Abgabe?

Zentrales Begriffsmerkmal einer Steuer i.S. der oben genannten Definition ist, dass sie **unabhängig von einer konkreten staatlichen Leistung („voraussetzungslos“)** gezahlt wird. Richtig ist, dass die Zahlungspflicht nach § 10 Abs. 2 BEHG jedem Unternehmen als „Verantwortliche“ i.S.v. § 3 Nr. 3 BEHG auferlegt wird, das Emissionszertifikate erwirbt. Auch wird der Erlös aus der Veräußerung der Emissionszertifikate keinem Sondervermögen, sondern dem allgemeinen Bundeshaushalt zugeführt (s. § 10 Abs. 4 BEHG). *Insoweit* sind die Begriffsmerkmale einer Steuer i.S.v. § 3 Abs. 1 AO (bzw. Art. 105 f. GG) erfüllt. Der eng umgrenzte Kreis der Unternehmen, die voraussichtlich von der CO₂-Bepreisung betroffen sein werden (ca. 4000 Unternehmen),⁷⁸ steht einer Einordnung als Steuer ebenfalls nicht entgegen. Wie auch das BVerfG annimmt, betreffen auch Steuern stets nur eine begrenzte Gruppe Abgabepflichtiger.⁷⁹ Zudem ist heute anerkannt, dass Steuern nicht nur der

⁷⁵ So auch *Leisner-Egensperger*, NJW 2019, 2218 (2221).

⁷⁶ BVerfG v. 13.4.2017 – 2 BvL 6/13, BVerfGE 145, 171 (Rn. 115 f., 151).

⁷⁷ I.E. ebenso *Heintzen*, in: von Münch/Kunig, GG, 6. Aufl. 2012, Art. 105 Rn. 47. Zur Möglichkeit der Einführung einer „Kohlendioxidsteuer“ im Wege der Verfassungsänderung vgl. auch Wissenschaftlicher Dienst des Bundestags, Gutachten 2019, WD 4 - 3000 - 094/19, S. 8; *Leisner-Egensperger*, NJW 2019, 2218 (2221).

⁷⁸ Siehe oben S. 5 f.

⁷⁹ Zuletzt BVerfG v. 18.7.2018 – 1 BvR 1675/16, BVerfGE 149, 222 (Rn. 67).

Erziehung von Einnahmen dienen, sondern zumindest auch als **Lenkungsinstrument** zur Verfolgung umweltpolitischer (hier: Klimaschutzpolitischer) Ziele eingesetzt werden können.⁸⁰

Bei näherer Betrachtung ist das zentrale Kriterium des Steuerbegriffs, wonach die Geldleistung **unabhängig von einer staatlichen Leistung** gezahlt wird, im Fall der CO₂-Bepreisung nach dem BEHG jedoch nicht gegeben. Der Staat erhält die Einnahmen nach § 10 Abs. 2 BEHG als **Gegenleistung für die Veräußerung der Emissionszertifikate**.⁸¹ Diese Zertifikate verkörpern eine **Berechtigung der Unternehmen zur Emission von Treibhausgasen (§ 3 Nr. 2 BEHG)**,⁸² also zur Inanspruchnahme der natürlichen Umweltressource „Luft und Atmosphäre“ zu wirtschaftlichen Zwecken. Ohne diese Zertifikate könnten die Unternehmen letztlich keine Heiz- und Kraftstoffe in den Verkehr bringen, bei deren Verbrennung CO₂-Emissionen freigesetzt werden. Die CO₂-Bepreisung ist daher nicht „voraussetzungslos“ geschuldet, sondern eine Gegenleistung für Erbringung einer konkreten staatlichen Leistung.⁸³ Auch das **BVerfG** sieht in seiner Kammerentscheidung vom 5.3.2018 den „**Erlös**“ aus der **Veräußerung der Emissionszertifikate als Gegenleistung für den Erwerb der Emissionsberechtigungen** an.⁸⁴

Entgegen der zuweilen vertretenen Ansicht in der Literatur handelt es sich bei der **CO₂-Bepreisung** also begrifflich im Hinblick auf die Gesetzgebungskompetenz schon **nicht um eine Steuer (oder „steuerähnliche Abgabe“)**.⁸⁵ Der Gegenleistungsbezug grenzt Steuern eindeutig von nicht-steuerlichen Abgaben ab.⁸⁶ Zugleich wird dadurch sichergestellt, dass die Kompetenzvorschriften der **Art. 105 f. GG** nicht durch ein **freies „Wahlrecht“ des Gesetzgeber** zwischen der Einführung von Steuern oder nicht-steuerlichen Abgaben **umgangen** werden

⁸⁰ Z.B. BVerfG v. 20.4.2004 – 1 BvR 905/00, BVerfGE 110, 274 (Rn. 59); *Wernsmann*, Verhaltenslenkung in einem rationalen Steuersystem, 2005, S. 62 ff. m.w.N. Zur sog. „Ökosteuer“ vgl. zudem *Wernsmann*, NVwZ 2004, 819 ff.

⁸¹ Vgl. in Bezug auf das europaweite Emissionshandelssystem BVerfG (Kammer) v. 5.3.2018 – 1 BvR 2864/13, NVwZ 2018, 972 (Rn. 26).

⁸² A.A. *Steinbach/Valta*, JZ 2019 1139 (1142 f.).

⁸³ Vgl. BVerfG (Kammer) v. 5.3.2018 – 1 BvR 2864/13, NVwZ 2018, 972 (Rn. 26) mit Verweis auf *Sacksofsky*, Rechtliche Möglichkeiten des Verkaufs von Emissionsberechtigungen, 2008, S. 16; *Burgi/Selmer*, Verfassungswidrigkeit einer entgeltlichen Zuteilung von Emissionszertifikaten, 2007, S. 22 f.; *Helbig*, Windfall Profits im europäischen Emissionshandel, 2010, S. 203 f.; *Weinreich*, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, § 19 ZuG 2012 Rn. 21; *Frenz*, DVBl 2007, S. 1385 (1385 f.).

⁸⁴ BVerfG (Kammer) v. 5.3.2018 – 1 BvR 2864/13, NVwZ 2018, 972 (Rn. 26, m.w.N.).

⁸⁵ Vgl. auch *Krämer-Hoppe*, Verfassungsblog v. 16.1.2020 (abrufbar unter verfassungsblog.de).

⁸⁶ Allg. hierzu BVerfG v. 18.7.2018 – 1 BvR 1675/16, BVerfGE 149, 222 (Rn. 53 ff.). Anders jedoch Stiftung Umweltenergierecht, E-Letter Dezember 2019: Die CO₂-Bepreisung nach dem BEHG sei „weder Emissionshandel, noch Steuer“, so dass sie sich den „Rechtfertigungsmustern“ des Grundgesetzes entziehe (abrufbar unter: www.stiftung-umweltenergierecht.de).

können.⁸⁷ Auch „Mischformen“ oder „Hybridmodelle“ zwischen unterschiedlichen Abgabentypen existieren ebensowenig, wie „steuerähnliche Abgaben“.⁸⁸ Das Grundgesetz verlangt nach einer **eindeutigen Abgrenzung zwischen Steuern und anderen Abgaben**, da andernfalls die vom BVerfG betonte Ordnungs- und Schutzfunktion der Finanzverfassung⁸⁹ beeinträchtigt wäre. Die jeweiligen verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Abgabe sind davon abhängig, wie die Abgabe zu qualifizieren ist. Die Ordnungs- und Schutzfunktion der Finanzverfassung des Grundgesetzes steht einer rechtlich nicht gebundenen Abgabenerhebung jedenfalls entgegen.

Nach der Rechtsprechung des BVerfG knüpfen die Vorschriften der Finanzverfassung (Art. 104a ff. GG) an Begriffe an, deren Rechtsqualität feststeht.⁹⁰ Sie sind auf **Formenbindung und Formenklarheit** angelegt.⁹¹ Nur durch eine eindeutige Abgrenzung der Steuern von nicht-steuerlichen Abgaben lässt sich feststellen, ob die Steuergesetzgebungskompetenzen nach Art. 105, 106 GG oder die Sachgesetzgebungskompetenzen nach Art. 70 ff. GG für die Einführung der fraglichen Abgabe einschlägig sind. In diesem Sinne hat das BVerfG auch in seiner Entscheidung vom 5.3.2018 in Bezug auf das europäische Emissionshandelssystem (umgesetzt durch das TEHG) lediglich offengelassen, um welche konkrete Form einer **nicht-steuerlichen Abgabe** es sich handelt.⁹² Eine Geldleistung, die dem Einzelnen für den Erwerb der Emissionszertifikate als konkrete individuelle staatliche Leistung auferlegt wird, schließt das Vorliegen einer Steuer jedenfalls aus.

Wie soeben dargelegt, handelt es sich bei der **CO₂-Bepreisung** aufgrund ihres Gegenleistungscharakters bereits um **keine Steuer**.⁹³ Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem Verweis des § 2 Abs. 2 BEHG auf die Steuerentstehungstatbestände des EnergieStG.⁹⁴ Denn durch diese Vorschrift wird lediglich der Anwendungsbereich des BEHG und die damit verbundene Pflicht zur Teilnahme am nationalen Emissionshandel für Brennstoffe normiert,

⁸⁷ Vgl. BVerfG v. 7.11.1995 – 2 BvR 413/88, BVerfGE 93, 319 (346 Rn. 163).

⁸⁸ Missverständlich daher Stiftung Umweltenergierecht, E-Letter Dezember 2019: Die CO₂-Bepreisung nach dem BEHG sei „weder Emissionshandel, noch Steuer“, sondern ein „Hybridmodell“, das sich den „Rechtfertigungsmustern“ des Grundgesetzes entziehe (abrufbar unter: www.stiftung-umweltenergierecht.de).

⁸⁹ Vgl. hierzu BVerfG v. 13.4.2017 – 2 BvL 6/13, BVerfGE 145, 171 (Rn. 60, m.w.N.).

⁹⁰ So in Bezug auf Art. 106 Abs. 3 GG BVerfG v. 28.3.2002 – 2 BvG 1/01, BVerfGE 105, 185 (Ls. 1).

⁹¹ BVerfG v. 13.4.2017 – 2 BvL 6/13, BVerfGE 145, 171 (Rn. 58, m.w.N.).

⁹² Vgl. BVerfG v. 7.11.1995 – 2 BvR 413/88, BVerfGE 93, 319 (Rn. 148); BVerfG (Kammer) v. 5.3.2018 – 1 BvR 2864/13, NVwZ 2018, 972 (Rn. 29).

⁹³ I.E. ebenso *Krämer-Hoppe*, Verfassungsblog v. 16.1.2020 (abrufbar unter: www.verfassungsblog.de).

⁹⁴ Vgl. zu den Entstehungstatbeständen des EnergieStG oben Fn. 17.

nicht aber die Zahlungspflicht der Unternehmen. Diese folgt aus dem **Erwerb der Emissionszertifikate** nach § 10 Abs. 2 BEHG.⁹⁵ Der Gesetzgeber hat – im Einklang mit der Rechtsprechung des BVerfG – durchaus die Möglichkeit, den „tatbestandlich bestimmten materiellen Gehalt“⁹⁶ eines Abgabengesetzes frei auszugestalten. Entscheidend ist nach der Rechtsprechung des BVerfG, dass – ggf. im Wege der Auslegung – im Abgabentatbestand erkennbar wird, für welche Gegenleistung die Abgabe erhoben wird und welche Zwecke der Gesetzgeber mit der Abgabebemessung verfolgt.⁹⁷ Hier hat der Gesetzgeber im Rahmen seiner Gestaltungsfreiheit bei der Normierung des Veräußerungstatbestands in § 10 Abs. 2 BEHG die Zahlungspflicht an die **Erbringung einer staatlichen Leistung in Form der Emissionsberechtigung** geknüpft und nicht – wie bei der Energiesteuer – schlicht („voraussetzungslos“) an das Inverkehrbringen der Brennstoffe. Zudem ist auch erkennbar, dass der Gesetzgeber mit der stufenweisen Erhöhung der Zertifikate-Preise umweltpolitische Ziele verfolgt.

2. Einordnung als andere nicht-steuerliche Abgabe

Somit stellt sich die Frage, um welche Form der nicht-steuerlichen Abgabe es sich bei der CO₂-Bepreisung handelt. Das BVerfG hat in seiner Rechtsprechung stets betont, dass das Grundgesetz **keinen abschließenden Kanon zulässiger Abgabentypen** kennt.⁹⁸ In seiner Entscheidung vom 5.3.2018 belässt es das BVerfG bei der Feststellung, dass die Zahlungspflicht nicht voraussetzungslos, sondern als **Gegenleistung für die erworbenen Emissionsberechtigungen** erhoben werde.⁹⁹ Dies entspricht auch der bisherigen Rechtsprechungslinie des BVerfG. Bereits in seiner Entscheidung zum sog. „Wasserpfeffernig“ hatte das BVerfG – trotz des Gegenleistungscharakters der Abgabe – offengelassen, um welche Form der nicht-steuerlichen Abgabe es sich handelt.¹⁰⁰ Eine klare Klassifizierung

⁹⁵ Anders *Steinbach/Valta*, JZ 2019, 1139 (1143), die nicht auf die Zahlungspflicht der Unternehmen aufgrund des Erwerbs der Zertifikate nach § 10 Abs. 2 BEHG abstellen, sondern auf die „Zertifikateerwerbspflicht“.

Sofern damit die Pflicht der Unternehmen zur *Abgabe* der Emissionszertifikate an das Bundesumweltamt nach § 8 i.V.m. § 7 BEHG i.H. der Gesamtmenge an Brennstoffemissionen im vorangegangenen Kalenderjahr gemeint sein sollte, handelt es sich jedoch schon nicht um eine Geldleistungspflicht i.S.v. § 3 Abs. 1 AO.

⁹⁶ Zuletzt BVerfG v. 18.7.2018 – 1 BvR 1675/16, BVerfGE 149, 222 (Rn. 56, m.w.N.); st. Rspr.

⁹⁷ BVerfG v. 18.7.2018 – 1 BvR 1675/16, BVerfGE 149, 222 (Rn. 56, m.w.N.); st. Rspr.

⁹⁸ Zuletzt BVerfG v. 18.7.2018 – 1 BvR 1675/16, BVerfGE 149, 222 (Rn. 54, m.w.N.); st. Rspr.; vgl. zudem *Wernsmann*, in *Hübschmann/Hepp/Spitaler*, § 3 AO Rn. 46, 343.

⁹⁹ BVerfG (Kammer) v. 5.3.2018 – 1 BvR 2864/13, NVwZ 2018, 972 (Rn. 26).

¹⁰⁰ BVerfGE 93, 319/345 („Fragen der Systematisierung und Katalogbildung aufgrund bestehender Gesetze sind keine Verfassungsfragen“). Kritisch *Birk*, in: FS Ritter, S. 41 (48 f.); s. ferner *Selmer/Brodersen*, DVBl. 2000, 1153 (1154 f.).

gegenleistungsabhängiger Abgaben hat das BVerfG nie vorgenommen.¹⁰¹ Dies ist nicht unproblematisch, da **jeder Abgabentyp für sich unterschiedliche Rechtfertigungsanforderungen erfüllen muss.**¹⁰² In der aktuellen Diskussion um die Verfassungsmäßigkeit der CO₂-Bepreisung nach dem BEHG wird die Einordnung der Abgabe als Gebühr **(a)** oder „Vorteilsabschöpfungsabgabe“ **(b)** in Betracht gezogen.

a) Sog. Ressourcen-Nutzungsgebühr?

Die Gebühren sind in Art. 74 Abs. 1 Nr. 22 und 80 Abs. 2 GG erwähnt. Sie knüpfen an die tatsächliche Inanspruchnahme einer öffentlichen Leistung an, wohingegen Beiträge bereits für Möglichkeit der Inanspruchnahme erhoben werden. Das BVerfG definiert Gebühren als „öffentlich-rechtliche Geldleistungen, die in Anknüpfung an eine individuell zurechenbare öffentliche Leistung erhoben werden, **um deren Kosten ganz oder teilweise zu decken**“.¹⁰³ Diese besondere Zweckbestimmung, Einnahmen zu erzielen, **um speziell die Kosten der individuell zurechenbaren öffentlichen Leistung ganz oder teilweise zu decken**, unterscheidet die Gebühr regelmäßig von der Steuer.¹⁰⁴ Auch wenn dem Kostendeckungsprinzip nach der Rechtsprechung des BVerfG kein Verfassungsrang zukommt,¹⁰⁵ sieht das BVerfG den Grundsatz der „Kostendeckungsorientierung“ gleichwohl als dem Gebührenbegriff immanent an.¹⁰⁶

Nach herkömmlichem Verständnis ist dementsprechend zu unterscheiden zwischen Verwaltungsgebühren und Benutzungsgebühren.¹⁰⁷ Diese klassischen Gebührenarten werden **in Bezug auf den Kostenaufwand der gebührenpflichtigen Staatsleistung festgesetzt:** Verwaltungsgebühren sind die Gegenleistung für die Vornahme von Amtshandlungen oder sonstigen Verwaltungstätigkeiten (z.B. für das Ausstellen von Genehmigungen). Benutzungsgebühren werden als Gegenleistung für die tatsächliche Inanspruchnahme einer

¹⁰¹ Vgl. BVerfG (Kammer) v. 20.1.2010 – 1 BvR 1801/07, NVwZ 2010, 831. Dort übernimmt das BVerfG schlicht die gesetzgeberische Bezeichnung einer „Wasserentnahmegebühr“ in der Entscheidungsbegründung.

¹⁰² *Wernsmann*, Verhaltenslenkung in einem rationalen Steuersystem, 2005, S. 478 Fn. 263. Für eine begriffliche Bezeichnung der hinter der jeweiligen Abgabe stehenden Legitimationsstruktur *Thiemann*, AöR 138 (2013), S. 60 (81 Fn. 78).

¹⁰³ Zuletzt BVerfG v. 17.1.2017 – 2 BvL 2/14, BVerfGE 144, 369 (Rn. 64).

¹⁰⁴ Vgl. bereits BVerfG v. 6.2.1979 – 2 BvL 5/76, BVerfGE 50, 217 (226 Rn. 36).

¹⁰⁵ BVerfG v. 10.3.1998 – 1 BvR 178/97, BVerfGE 97, 332 (345 Rn. 65).

¹⁰⁶ Vgl. auch BVerfG v. 19.3.2003 – 2 BvL 9/98, BVerfGE 108, 1 (21 Rn. 67): Zweck der Kostendeckung als „Normalfall“ des Abgabentypus der Gebühr“.

¹⁰⁷ Hierzu näher *Wernsmann/Bering*, in: Schweisfurth/Wallmann (Hrsg.), Haushalts- und Finanzwirtschaft der Kommunen in der Bundesrepublik Deutschland, 2019, S. 280 ff. m.w.N.

öffentlichen Leistung im Rahmen eines öffentlich-rechtlichen Benutzungsverhältnisses erhoben (z.B. für die Einrichtungen der Elektrizität-, Wasser- und Gasversorgung). Da es **keinen abschließenden Kanon (Numerus clausus) zulässiger Abgabenarten gibt**, kann der Gesetzgeber aber auch neue Gebührenarten **im Rahmen der oben genannten Begriffsdefinition** des BVerfG entwickeln. Einer Abgabe ist nicht schon deshalb der Charakter einer Gebühr abzusprechen, weil sie sich keiner der beiden herkömmlichen Gebührenarten zuordnen lässt.¹⁰⁸ So wird als dritte Gebührenart insbesondere über die Anerkennung der sog. **Verleihungsgebühr** für die staatliche Berechtigung zur **Nutzung knapper Umweltressourcen** diskutiert (sog. „Ressourcen-Nutzungsgebühr“).¹⁰⁹

Auch die Einordnung der CO₂-Bepreisung als Gebühr wird teils mit der Begründung erwogen, dass die Ausgabe von Zertifikaten durch das Bundesumweltamt eine individuell zurechenbare Leistung darstelle.¹¹⁰ In der Tat erscheint die Rechtfertigung als „Ressourcen-Nutzungsgebühr“ für die Inanspruchnahme der natürlichen Umweltressource „Luft und Atmosphäre“ zumindest nicht von vornherein ausgeschlossen. Nach der Begriffsdefinition des BVerfG wäre die CO₂-Bepreisung aber nur dann eine Gebühr, wenn der Zahlungspflicht aufgrund des Erwerbs der Emissionsberechtigungen (Zertifikate) auch ein **staatlicher Kostenaufwand** gegenübersteht.

Die **Idee der CO₂-Bepreisung nach dem BEHG** besteht nicht etwa darin, die **Verwaltungskosten für die Organisation der Ausgabe der Emissionszertifikate** o.ä. zu **decken**. Nach der gesetzgeberischen Konzeption soll vielmehr die **Emission von Treibhausgasen** in ein „kostenpflichtiges“ Gut für die Unternehmen verwandelt werden, indem die Inanspruchnahme von „Luft und Atmosphäre“ an den Erwerb der Emissionszertifikate geknüpft wird.¹¹¹ Insofern erinnert die CO₂-Bepreisung an die Ausgestaltung des sog. „Wasserpfennig“, mit dessen verfassungsrechtlicher Zulässigkeit sich das BVerfG grundlegend in seiner Entscheidung vom 7.11.1995 zu befassen hatte.¹¹² Hier verfolgte der Landesgesetzgeber von Baden-Württemberg mit der Abgabenerhebung auf die

¹⁰⁸ Insoweit auch *Vogel*, in: Isensee/Kirchhof, HStR IV, 1. Aufl. 1990 § 87 Rn. 46.

¹⁰⁹ Zum Meinungsstand in der Literatur näher *Wernsmann*, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO/FGO, § 3 AO Rn. 287 Rn. 283.

¹¹⁰ *Müller/Kahl*, Zur verfassungsrechtlichen Einordnung des Brennstoffemissionshandelsgesetzes, Stellungnahme zur Anhörung des Ausschusses für Umwelt, Naturschutz und nukleare Sicherheit im Deutschen Bundestag am 06.11.2019, Ausschuss-Drucks. 19(16)293-F, S. 12.

¹¹¹ Dazu bereits oben A.I.2.

¹¹² BVerfG v. 7.11.1995 – 2 BvR 413/88, BVerfGE 93, 319.

Entnahme von Wasser ebenfalls **umweltpolitische Lenkungs Zwecke**. Durch das „Wasserentnahmeentgelt“ sollte stärker als bisher auf einen sparsameren Umgang mit Wasser hingewirkt werden.¹¹³ Das BVerfG qualifiziert den „Wasserpfennig“ als **nicht-steuerliche Abgabe** und erachtet die vom Staat eröffnete **Möglichkeit zur Inanspruchnahme des Grund- und Oberflächenwassers** als eine **Gegenleistung**, wobei das Entgelt den „Wert“ der öffentlichen Leistung für den Abgabepflichtigen nicht übersteigen dürfe.¹¹⁴

Offengelassen hatte das BVerfG allerdings die Frage, ob es sich bei dem „Wasserpfennig“ um eine Gebühr handelt. Die gesetzgeberische Bezeichnung einer „Benutzungsgebühr“ für die Nutzung des „Wassers“ übernahm das BVerfG in seiner Entscheidung vom 7.11.1995 bewusst nicht. Zwar ist in anderen Landesgesetzen heute teils von einer „Wasserentnahmegebühr“ die Rede.¹¹⁵ Die Problematik besteht jedoch darin, dass die Eröffnung der Möglichkeit der Inanspruchnahme einer natürlichen Umweltressource gerade **keinen Kostenaufwand beim Staat** verursacht. Vielmehr ist die Berechtigung zur Emission von Treibhausgasen für den Staat „kostenlos“. Dies ergibt sich schon daraus, dass Umweltgüter wie Luft, Wasser, Atmosphäre **Güter der Allgemeinheit** sind. Hieran ändert sich auch dann nichts, wenn der Staat einzelnen Personen die Bewirtschaftung von Umweltressourcen in besonderer Weise gestattet und dann für die Abschöpfung dieses Vorteils eine Abgabe erhebt. Denn dadurch wird den Abgabepflichtigen lediglich die Teilhabe an dem Gut der Allgemeinheit eröffnet, das sie ggf. unter Ausschluss anderer Personen nutzen können.

Die öffentliche Hand kann ein für sie „kostenloses“, d.h. ihr keinerlei Kosten verursachendes Gut nicht durch die Auferlegung einer Gebühr in ein für den Bürger „kostenpflichtiges“ Gut verwandeln. Es fehlt an dem **für die Gebühren wesentlichen Merkmal des staatlichen Kostenaufwands**. Auch in seiner jüngeren Entscheidung vom BVerfG vom 5.3.2018 zum EU-Emissionshandelssystem lässt das BVerfG die konkrete Einordnung der Abgabe i.Erg. offen, jedoch steht das Gericht der Einordnung als Gebühr offenbar ablehnend gegenüber. Denn trotz des **Gegenleistungscharakters der Abgabe** nimmt das BVerfG – im Anschluss an seine Entscheidung zum „Wasserpfennig“ – eine solche Einordnung als Gebühr gerade nicht vor und

¹¹³ BVerfG v. 7.11.1995 – 2 BvR 413/88, BVerfGE 93, 319 (Rn. 132) mit Verweis auf LT-Drucks. 9/4237, S. 13.

¹¹⁴ BVerfG v. 7.11.1995 – 2 BvR 413/88, BVerfGE 93, 319. Zu den besonderen Rechtfertigungsanforderungen an Vorteilsabschöpfungsabgaben nach der Rechtsprechung des BVerfG unten C.III.2.

¹¹⁵ Vgl. hierzu auch BVerfG (Kammer) v. 20.1.2010 – 1 BvR 1801/07, NVwZ 2010, 831 (Niedersächsisches Wassergesetz).

bejaht stattdessen das Vorliegen einer **nicht-steuerlichen Abgabe mit dem „Charakter einer Vorteilsabschöpfungsabgabe“**.

Auch die CO₂-Bepreisung nach dem BEHG ist daher richtiger Ansicht nach keine Vorzuglast. Die **Nutzung der Umweltressource „Luft und Atmosphäre“ ist nicht gebührenfähig**. Dem entspricht es i.Ü. auch, dass der Gesetzgeber für die Teilnahmeregistrierung am nationalen Emissionshandel eine eigenständige Verwaltungsgebühr nach § 16 BEHG *neben* der Zahlungspflicht für den Erwerb der Emissionsberechtigungen nach § 10 Abs. 2 BEHG vorgesehen hat. Die CO₂-Bepreisung selbst ließe sich nur dann als Gebühr qualifizieren, wenn man den **staatlichen Kostenaufwand** nicht als wesentliche **Voraussetzung einer Gebühr** ansieht und es für ausreichend erachten würde, dass die emissionsberechtigten Unternehmen einen Vorteil erlangen. In diesem Fall wäre die „Vorteilsabschöpfungsabgabe“ als eigenständiger Abgabentyp (dazu sogleich) jedoch überflüssig. Auch das BVerfG geht davon aus, dass **Zwecke des Vorteilsausgleichs nur als Bezugsgröße für die Gebührenbemessung** herangezogen werden können, d.h. dem Staat müssen in jedem Fall zunächst einmal Kosten entstanden sein.¹¹⁶ Hieran fehlt es bei Nutzung von Umweltressourcen bzw. der staatlichen Eröffnung der Möglichkeit zur Nutzung der „Luft und Atmosphäre“.

b) „Vorteilsabschöpfungsabgabe“ als Abgabenform eigener Art?

Zutreffend erachtet das BVerfG in seiner Entscheidung vom 5.3.2018 die sich aus dem europaweiten Emissionshandel (umgesetzt in Deutschland durch das TEHG) ergebenden Zahlungspflichten als eine **nicht-steuerliche Abgabe mit dem „Charakter einer Vorteilsabschöpfungsabgabe“** (und nicht als Gebühr).¹¹⁷ Diese Begrifflichkeit hatte das BVerfG bereits in seiner Entscheidung zum „Wasserpfennig“ anerkannt.¹¹⁸ Ob es sich bei der „Vorteilsabschöpfungsabgabe“ um einen eigenständigen Abgabentyp handelt, hat das BVerfG jedoch bislang nicht abschließend geklärt. Da sich die Abgabe aufgrund ihres **Gegenleistungsbezugs** eindeutig von Steuern unterscheidet, steht die Finanzverfassung ihrer Erhebung jedenfalls im Grundsatz nicht entgegen. Die Gefahr eines Unterlaufens der geschriebenen Finanzverfassung (Art. 105, 106 GG) droht also nicht.

¹¹⁶ Vgl. BVerfG v. 17.1.2017 – 2 BvL 2/14, BVerfGE 144, 369 (Rn. 64); *Wernsmann*, in: Festschrift für Wendt, 2015, S. 1053 (1057 f.).

¹¹⁷ BVerfG (Kammer) v. 5.3.2018 – 1 BvR 2864/13, NVwZ 2018, 972 (Rn. 30 f.).

¹¹⁸ BVerfG v. 7.11.1995 – 2 BvR 413/88, BVerfGE 93, 319 (Rn. 162).

Die nähere Klassifizierung der Vorteilsabschöpfungsabgabe ist auch in der Literatur nicht abschließend geklärt. Zum Teil wird sie als eine dritte Form der Vorzugslasten (neben Gebühren und Beiträgen) gesehen.¹¹⁹ Gegenüber Vorzugslasten besteht die Besonderheit der Vorteilsabschöpfungsabgabe allerdings darin, dass ihr gerade **kein staatlicher Kostenaufwand gegenübersteht**. Wegen ihres gleichwohl bestehenden Gegenleistungscharakters gehören sie richtiger Ansicht nach auch nicht zu den Sonderabgaben.¹²⁰ Hier ist die Terminologie in der Literatur jedoch nicht vollständig einheitlich. Zuweilen werden „Sonderabgaben im weiteren Sinne“ auch als Auffangkategorie verstanden für alle Abgaben, die nicht schon den klassischen Gebühren und Beiträgen zugeordnet werden können.¹²¹ Das BVerfG lässt die Erhebung von Sonderabgaben (im engeren Sinne) lediglich als „seltene Ausnahme“ zu.¹²² Sie werden ebenso wie Steuern „voraussetzungslos“ ohne eine konkrete staatliche Leistung den Abgabenschuldnern auferlegt¹²³ aufgrund einer bestimmten Gruppenverantwortung für die Finanzierung einer bestimmten Aufgabe. Gerade aus diesem Grunde – **ihrer Unabhängigkeit von einer Gegenleistung** – treten Sonderabgaben in eine Konkurrenz zur Steuer und bedürfen besonderer sachlicher Rechtfertigung. Sie könnten sonst die Kompetenzverteilung, die das Grundgesetz in Art. 105, 106 GG vornimmt, unterlaufen.

Da die **Vorteilsabschöpfungsabgabe** folglich weder eine klassische Vorzugslast noch eine Sonderabgabe (im engeren Sinne) darstellt, erscheint die Einordnung als **nicht-steuerliche Abgabe eigener Art** vorzugswürdig. Dies ist unproblematisch, da das Grundgesetz keinen abschließenden Kanon zulässiger Abgaben kennt.¹²⁴ Für die Einordnung als Vorteilsabschöpfungsabgabe ist allerdings zu beachten, dass nicht „irgendein“ Vorteil des Abgabenschuldners abgeschöpft werden darf, sondern nur ein **„individueller Sondervorteil“**.¹²⁵ Denn andernfalls bestünde die Gefahr, dass der Gesetzgeber jeden

¹¹⁹ Jarass, Nichtsteuerliche Abgaben und lenkende Steuern unter dem Grundgesetz, 1999, S. 34.

¹²⁰ Vgl. BVerfG v. 8.6.1988 – 2 BvL 9/85, BVerfGE 78, 249 (Rn. 45): „keine Sonderabgabe, sondern eine Abschöpfungsabgabe“. Anders Rodi, Verfassungsmäßigkeit des Entwurfs zum Brennstoffemissionshandelsgesetz (BEHG-E), Rechtsgutachten 2019, S. 13: „Sonderabgabe (wozu grundsätzlich auch die Vorteilsabschöpfungsabgabe gehört)“.

¹²¹ Hierzu näher Thiemann, AöR 138 (2013), S. 60 (80 f.).

¹²² BVerfGE 135, 155 (Rn. 122, m.w.N.); st. Rspr. Zudem Wernsmann, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, § 3 AO Rn. 162 ff. m.w.N. Für eine weitere Verschärfung der Maßstäbe für Sonderabgaben durch eine Annäherung der Sonderabgaben-Dogmatik an die Dogmatik von Gebühr und Beitrag Thiemann, AöR 138 (2013), S. 60 (87 ff.).

¹²³ Wernsmann, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, § 3 AO Rn. 162.

¹²⁴ BVerfG v. 18.7.2018 – 1 BvR 1675/16, BVerfGE 149, 222 (Rn. 54, m.w.N.); st. Rspr.; ferner z.B. Wernsmann, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, § 3 AO Rn. 46, 343.

¹²⁵ Jarass, Nichtsteuerliche Abgaben und lenkende Steuern unter dem Grundgesetz, 1999, S. 35.

beliebigen Vorteil nur gegen Entgelt gewährt.¹²⁶ So wäre es insbesondere unzulässig, wenn der Staat repressive Verbote alleine zu dem Zweck einführt, durch die Verleihung einer Ausnahmeerlaubnis Einnahmen zu erzielen. Eine solche Abgabe würde dem Einzelnen nur das Recht zurückgeben, das ihm kraft seiner allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) ohnehin zusteht, und würde als „Preis der Freiheit“ letztlich in die Nähe zur Steuer rücken.¹²⁷ Dies wiederum würde die vom Grundgesetz vorgenommene Kompetenzverteilung (Art. 105, 106 GG) unterlaufen.

Für die **Fallgruppe natürlicher Umweltressourcen** wie **Wasser, Luft und Atmosphäre** ist mittlerweile anerkannt, dass der Staat als Ausgleich für ihre Nutzung eine Vorteilsabschöpfungsabgabe erheben darf.¹²⁸ Wird einzelnen Personen die **Möglichkeit zur Inanspruchnahme natürlicher Ressourcen** eröffnet, so erlangen sie dadurch einen **individuellen Sondervorteil** gegenüber all denen, die das betreffende Gut nicht oder nicht in gleichem Umfang nutzen dürfen.¹²⁹ In seiner Entscheidung zum sog. „Wasserpfennig“ hatte das BVerfG den Sondervorteil darin gesehen, dass dem Abgabepflichtigen die Bewirtschaftung des Wassers eröffnet und dadurch „die Teilhabe an einem Gut der Allgemeinheit“ verschafft wird.¹³⁰ Es sei sachgerecht, diesen Sondervorteil gegenüber all denen, die das betreffende Gut nicht oder nicht in gleichem Umfang nutzen dürfen, abzuschöpfen. Denn Wasser ist ein **Gut der Allgemeinheit und für jeden unverzichtbar**.¹³¹ Wird **einzelnen Personen** die Bewirtschaftung des Wassers gestattet, erscheint es nur konsequent, diesen Vorteil durch eine Abgabe abzuschöpfen. In diesem Sinne spricht das BVerfG auch von einem „**Ausgleichgedanken**“ der **Vorteilsabschöpfung**.¹³²

Den **Unternehmen, die Emissionsberechtigungen erwerben**, verschafft der Staat nach der Rechtsprechung des BVerfG ebenfalls einen **individuellen Sondervorteil**. So hat das BVerfG in seiner Entscheidung vom 5.3.2018 für das EU-Emissionshandelssystem (umgesetzt durch das TEHG) betont, dass nicht jeder die Luft im gleichen Umfang zum Zweck der Ableitung von CO₂-

¹²⁶ *Wernsmann*, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, § 3 AO Rn. 157 („Kann etwa derjenige, der die Luft zum Atmen nützt, schon zu einer Vorteilsabschöpfungsabgabe herangezogen werden?“).

¹²⁷ Vgl. zur Unzulässigkeit solcher Abgaben *Wernsmann*, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, § 3 AO Rn. 285.

¹²⁸ So BVerwG v. 10.10.2012 – 7 C 10/10, BVerwGE 144, 248 (Rn. 42).

¹²⁹ BVerfG v. 7.11.1995 – 2 BvR 413/88, BVerfGE 93, 319 (Ls. 2).

¹³⁰ BVerfG v. 7.11.1995 – 2 BvR 413/88, BVerfGE 93, 319 (Rn. 162).

¹³¹ Vgl. *Jarass*, Nichtsteuerliche Abgaben und lenkende Steuern unter dem Grundgesetz, 1999, S. 36.

¹³² Vgl. BVerfG v. 7.11.1995 – 2 BvR 413/88, BVerfGE 93, 319 (346 Rn. 162).

Emissionen nutzen darf.¹³³ Auch der Umstand, dass außerhalb des Anwendungsbereichs des TEHG bislang die Emission von Kohlendioxid ohne Emissionszertifikate zulässig war, ändere nichts an dem Sondervorteil der Unternehmen.¹³⁴ Durch das nunmehr beschlossene BEHG sollen künftig auch die Zulieferer von Heiz- und Kraftstoffen innerhalb des nationalen Emissionshandels (d.h. innerhalb der Sektoren „Verkehr und Wärme“) kostenpflichtige Emissionsberechtigungen erhalten. Hierbei handelt es sich ebenfalls um einen **individuellen Sondervorteil**, der einen **tauglichen Anknüpfungspunkt für eine „Vorteilsabschöpfungsabgabe“** darstellt.

Dabei sind die Zulieferer der Heiz- und Kraftstoffe auch die **richtigen Adressaten der Vorteilsabschöpfung**. Denn das Inverkehrbringen der fossilen Brennstoffe steht in einem engen sachlichen Zusammenhang mit den Brennstoffemissionen selbst, die von den Verbrauchern der Heiz- und Kraftstoffe verursacht werden („Up-Stream“-Ansatz). Insofern besteht zwar ein **Unterschied zum EU-Emissionshandelssystem** (umgesetzt durch das TEHG), das direkt bei den Emittenten der Treibhausgase ansetzt.¹³⁵ Dieser Unterschied erscheint jedoch nicht ausschlaggebend. So ist die CO₂-Bepreisung nach dem BEHG ihrer gesetzlichen Ausgestaltung nach konkret darauf gerichtet, den individuellen Sondervorteil der Unternehmen abzuschöpfen, den sie durch die Inanspruchnahme der „Luft und Atmosphäre“ aufgrund der **bestimmungsgemäßen Nutzung der in Verkehr gebrachten Brennstoffe** erlangen. Dass die Emissionen erst durch die **spätere Verwendung der Heiz- und Kraftstoffe** entstehen, hat der Gesetzgeber in § 8 BEHG berücksichtigt. Diese Vorschrift stellt sicher, dass die Zulieferer von Heiz- und Brennstoffen nur die Anzahl kostenpflichtiger Emissionszertifikate an das Bundesumweltamt abgeben müssen, die der Gesamtmenge an Brennstoffemissionen entspricht. Folglich handelt es sich bei der CO₂-Bepreisung nach dem BEHG um eine Vorteilsabschöpfungsabgabe, welche Zulieferern fossiler Brennstoffe als richtigen Adressaten auferlegt wird – ungeachtet der Tatsache, dass sie die Emissionen nur mittelbar verursachen.

¹³³ BVerfG (Kammer) v. 5.3.2018 – 1 BvR 2864/13, NVwZ 2018, 972 (Rn. 32).

¹³⁴ BVerfG (Kammer) v. 5.3.2018 – 1 BvR 2864/13, NVwZ 2018, 972 (Rn. 32).

¹³⁵ Hierzu bereits oben A.I.1.

3. Ausgestaltung der CO₂-Bepreisung im Zeitraum zwischen 2021 bis 2025 als Frage der materiellen Verfassungsmäßigkeit

Was die konkrete Ausgestaltung der CO₂-Bepreisung insbesondere in der Einführungsphase des Zertifikatehandels (2021 bis 2025) betrifft, ist dies eine Frage der **materiellen Verfassungsmäßigkeit des BEHG** (dazu III.). Die Zahlungspflicht der Unternehmen muss **sowohl dem Grunde als auch der Höhe nach tatsächlich gerechtfertigt** sein und den **besonderen Rechtfertigungsanforderungen, die das BVerfG an Vorteilsabschöpfungsabgaben stellt, genügen**. Maßstab hierfür sind nach der Rechtsprechung des BVerfG in erster Linie der allgemeine Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG, dieser hat jedoch keinen Einfluss auf die begriffliche Einordnung einer Abgabe. So hat das BVerfG beispielsweise in seiner Entscheidung zur Rückmeldegebühr angenommen, dass eine überhöhte Gegenleistungsabgabe, die sich nicht mehr rechtfertigen lässt, nicht in eine Steuer umschlägt.¹³⁶ Es handele sich dann um eine materiell verfassungswidrige Gebühr. In seiner Entscheidung zur Versteigerung von UMTS-Lizenzen formuliert das BVerfG, dass nicht-steuerliche Einnahmen sich auch durch außergewöhnlich hohe Erträge, wie sie herkömmlich nur bei Steuern anfallen, nicht in steuergleiche Einnahmen verwandeln können.¹³⁷ Auch in seiner Entscheidung zum Rundfunkbeitrag betont das BVerfG, dass Fragen der materiellen Verfassungsmäßigkeit der Abgabe, insbesondere ihrer Vereinbarkeit mit den Gleichheits- und Freiheitsrechten, keinen Einfluss auf die Beurteilung der Gesetzgebungskompetenz haben.¹³⁸

4. Zwischenergebnis

Entgegen einer zuweilen in der Literatur vertretenen Ansicht handelt es sich bei der CO₂-Bepreisung nach dem BEHG **nicht** um eine **Steuer** (bzw. „steuerähnliche Abgabe“) und **erst Recht nicht** um eine **Verbrauchssteuer** i.S. einer „Kohlendioxid-Steuer“. Steuern werden „voraussetzungslos“ (d.h. gegenleistungsunabhängig) erhoben. Im vorliegenden Fall erhalten die Unternehmer für ihre Zahlungen nach § 10 Abs. 2 BEHG Emissionszertifikate, die sie zur Emission von Treibhausgasen berechtigen. Darin liegt eine konkrete individuelle Leistung des Staates, so dass die Voraussetzungen des Steuerbegriffs i.S.v. § 3 Abs. 1 AO (bzw. Art. 105 f. GG) nicht erfüllt sind. Sind die Voraussetzungen des Steuerbegriffs nicht erfüllt, richtet sich

¹³⁶ BVerfG v. 19.3.2003 – 2 BvL 9/98, BVerfGE 108, 1 (13 f. Rn. 44); *Wernsmann*, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO/FGO, § 3 AO Rn. 287.

¹³⁷ BVerfG v. 28.3.2002 – 2 BvG 1/01, BVerfGE 105, 185 (Ls. 1).

¹³⁸ BVerfG v. 18.7.2018 – 1 BvR 1675/16, BVerfGE 149, 222 (Rn. 57).

die Zulässigkeit der CO₂-Bepreisung auch nicht nach den für Steuern vorgesehenen finanzverfassungsrechtlichen Regeln der Art. 105, 106 GG. Die **rechtliche Verknüpfung von staatlicher Leistung** (= Emissionsberechtigung verkörpert in den Zertifikaten) **und Gegenleistung** (= Zahlungspflicht der Unternehmen) grenzt die Abgabe eindeutig von der Steuer ab. Würde es sich um eine Steuer handeln, wäre diese ohnehin verfassungswidrig, da keiner der in Art. 106 GG genannten Steuertypen (insbesondere keine Verbrauchsteuer i.S.v. Art. 106 Abs. 1 Nr. 2 GG) vorliegt und es nach der Rechtsprechung des BVerfG kein freies Steuererfindungsrecht des Gesetzgebers gibt.

Problematisch ist, dass dem **Staat keine Kosten** für die Zuteilung der Emissionsberechtigungen entstehen. Deshalb handelt es sich bei der CO₂-Bepreisung richtiger Ansicht nach auch **nicht** um eine **Gebühr** i.S. einer sog. „Ressourcen-Nutzungsgebühr“. Vielmehr erhalten die Unternehmen nach der gesetzlichen Ausgestaltung des BEHG (dem „materiellen Gehalt“) mit den **Emissionszertifikaten** einen **individuellen Sondervorteil** dergestalt, dass sie die natürlichen Umweltressourcen „Luft und Atmosphäre“ wirtschaftlich nutzen dürfen. Für das EU-Emissionshandelssystem (umgesetzt durch das TEHG) hat das BVerfG in Anknüpfung an seine frühere Entscheidung zum sog. „Wasserpfeffig“ anerkannt, dass der Staat zum Ausgleich der **Nutzung eines Allgemeinguts durch einzelne Personen** Abgaben „mit dem Charakter einer **Vorteilsabschöpfungsabgabe**“ erheben kann, auch wenn mit der staatlichen Leistung (= Emissionsberechtigung) **keine Kosten des Staates** einhergehen. Diese Rechtsprechung ist übertragbar auf die CO₂-Bepreisung nach dem BEHG. Dabei hat der Gesetzgeber auch berücksichtigt, dass die Zulieferer der fossilen Brennstoffe **(nur) mittelbar die CO₂-Emissionen verursachen**.

Da es sich bei der **CO₂-Bepreisung** nach dem BEHG folglich um eine **Vorteilsabschöpfungsabgabe nicht-steuerlicher Art** handelt, richtet sich die **Gesetzgebungskompetenz nach Art. 70 ff. GG**. Dabei kann der Bundesgesetzgeber die Regelungen des BEHG auf seinen Sachgesetzgebungskompetenztitel des **Art. 74 Abs. 1 Nr. 24 GG** stützen. Hierfür bedarf es gem. Art. 72 Abs. 2 GG keines Nachweises der Erforderlichkeit einer bundeseinheitlichen Regelung. Das Recht des Bundes zur CO₂-Bepreisung folgt dem Recht zur Regelung der Sachmaterie der „Luftreinhaltung“.

III. Allgemeiner Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG)

Handelt es sich bei der CO₂-Bepreisung nach dem BEHG begrifflich um eine Vorteilsabschöpfungsabgabe, so muss diese auch **ihrer konkreten gesetzlichen Ausgestaltung nach** den verfassungsrechtlichen Anforderungen des Grundgesetzes genügen. Maßstab hierfür ist in erster Linie der **Grundsatz der Lastengleichheit aus Art. 3 Abs. 1 GG**, dem das BVerfG für die Erhebung nicht-steuerlicher Abgaben das Erfordernis einer **besonderen sachlichen Rechtfertigung** entnimmt (**1.**). Darüber hinaus hat das BVerfG in seiner Entscheidung vom 5.3.2018 für den Fall des EU-Emissionshandelssystem (umgesetzt durch das TEHG) in Anknüpfung an seine bisherige Rechtsprechung **weitere Voraussetzungen** aufgestellt, die der Gesetzgeber **bei der Einführung von Vorteilsabschöpfungsabgaben** beachten muss (**2.a)b**). Das BVerfG konkretisiert hier Maßstäbe speziell für den Fall, dass sich der Gesetzgeber zur Vorteilsabschöpfung eines nach **marktwirtschaftlichen Grundsätzen ausgestalteten Emissionshandelssystems** bedient. Die Folgerungen hieraus für das BEHG – insbesondere im Hinblick auf eine mögliche Verfassungswidrigkeit des Zertifikatehandels in der Einführungsphase (2021 bis 2025) – werden abschließend gezogen (**2.c**).

1. Maßstäbe für die Erhebung nicht-steuerlicher Abgaben

Für die Erhebung von **Steuern und anderen Abgaben** formuliert das BVerfG in ständiger Rechtsprechung, dass die Abgabepflichtigen dem Grundsatz nach rechtlich und tatsächlich gleichmäßig belastet werden müssen.¹³⁹ Abweichungen vom **Grundsatz der Belastungsgleichheit**¹⁴⁰ bedürfen nach Art. 3 Abs. 1 GG einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung. Bei der Auswahl des Abgabengegenstands sowie bei der Bestimmung von Abgabenmaßstäben und Abgabensatz hat der Gesetzgeber zwar einen weitreichenden Gestaltungsspielraum.¹⁴¹ Allerdings nimmt das BVerfG an, dass bei der Erhebung **nicht-steuerlicher Abgaben** eine rechtfertigungsbedürftige Belastungsungleichheit schon darin liegt, dass jeder Abgabenschuldner zu einer weiteren finanziellen Belastung neben der allgemeinen Steuerbelastung herangezogen wird:

„Wer eine nichtsteuerliche Abgabe schuldet, ist regelmäßig zugleich steuerpflichtig und wird insofern zur Finanzierung der die Gemeinschaft treffenden Lasten herangezogen. Neben dieser steuerlichen Inanspruchnahme bedürfen

¹³⁹ So auch BVerfG (Kammer) v. 5.3.2018 – 1 BvR 2864/13, NVwZ 2018, 972 (Rn. 30, m.w.N.).

¹⁴⁰ Hierzu auch BVerfG v. 18.7.2018 – 1 BvR 1675/16, BVerfGE 149, 222 (Rn. 65, m.w.N.).

¹⁴¹ BVerfG v. 18.7.2018 – 1 BvR 1675/16, BVerfGE 149, 222 (Rn. 65, m.w.N.); st.Rspr.

nichtsteuerliche Abgaben, die den Einzelnen zu einer weiteren Finanzleistung heranziehen, **zur Wahrung der Belastungsgleichheit der Abgabepflichtigen (Art. 3 Abs. 1 GG) einer über den Zweck der Einnahmeerzielung hinausgehenden besonderen sachlichen Rechtfertigung.**¹⁴²

Allgemein sind als sachliche Gründe für die Rechtfertigung einer nicht-steuerlichen Abgabe neben dem Zweck der **Kostendeckung** auch Zwecke des **Vorteilsausgleichs**, der **Verhaltenslenkung** sowie **soziale Zwecke** anerkannt.¹⁴³ Für die nicht-steuerliche Abgaben mit dem „Charakter einer Vorteilsabschöpfung“ hat das BVerfG in Bezug auf den „Wasserpfeffig“ und in Bezug auf das EU-Emissionshandelssystem (umgesetzt durch das TEHG) angenommen, dass die **Abschöpfung des Sondervorteils generell vereinbar ist mit dem allgemeinen Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG.**¹⁴⁴ Entsprechendes gilt auch für die CO₂-Bepreisung nach dem BEHG. Hier wird ebenfalls ein individueller Sondervorteil der Unternehmen abgeschöpft, der in der Berechtigung zur Nutzung der natürlichen Umweltressource „Luft und Atmosphäre“ liegt (hierzu bereits unter II.2.b)).

2. Besondere Rechtfertigungsanforderungen nach der Rechtsprechung des BVerfG

Eine Vorteilsabschöpfungsabgabe ist nach der Rechtsprechung des BVerfG jedoch nicht schon deshalb im Hinblick auf **Art. 3 Abs. 1 GG** verfassungskonform, weil ein individueller Sondervorteil gegeben ist. Bereits in seiner Entscheidung zum sog. „Wasserpfeffig“ hatte das BVerfG angenommen, dass die Vorteilsabschöpfungsabgabe **„den Wert der öffentlichen Leistung“** nicht übersteigen darf.¹⁴⁵ Dahinter steht der Gedanke, dass dem Einzelnen durch die Teilhabe an einem **nur begrenzt vorhanden Gut der Allgemeinheit** auch ein Vorteil gewährt werden muss, der **seine Rechtsposition gegenüber anderen Personen in einer vergleichbaren Situation verbessert**. Der durch den Staat gewährte Vorteil muss im Rahmen einer **öffentlich-rechtlichen Bewirtschaftungsordnung** erst begründet werden. Mangels

¹⁴² BVerfG (Kammer) v. 5.3.2018 – 1 BvR 2864/13, NVwZ 2018, 972 (Rn. 30, m.w.N.); st.Rspr. Hervorhebung nur hier. Das vom BVerfG angenommene Erfordernis einer besonderen sachlichen Rechtfertigung nicht-steuerlicher Abgaben wird allerdings nicht immer anhand von Art. 3 Abs. 1 GG begründet und erfolgt zuweilen auch unter Berufung auf das „Steuerstaatsprinzip“, vgl. *Wernsmann/Bering*, in: Schweisfurth/Wallmann (Hrsg.), *Haushalts- und Finanzwirtschaft der Kommunen in der Bundesrepublik Deutschland*, 2019, S. 298.

¹⁴³ BVerfG (Kammer) v. 5.3.2018 – 1 BvR 2864/13, NVwZ 2018, 972 (Rn. 30, m.w.N.); st.Rspr.; für Gebühren BVerfG v. 17.1.2017 – 2 BvL 2/14, BVerfGE 144, 369 (Rn. 64);

¹⁴⁴ BVerfG v. 7.11.1995 – 2 BvR 413/88, BVerfGE 93, 319 (345 Rn. 162); BVerfG (Kammer) v. 5.3.2018 – 1 BvR 2864/13, NVwZ 2018, 972 (Rn. 31).

¹⁴⁵ BVerfG v. 7.11.1995 – 2 BvR 413/88, BVerfGE 93, 319 (347 Rn. 166).

staatlicher Kosten vermag der vom BVerfG angeführte „Ausgleichgedanke“¹⁴⁶ die Vorteilsabschöpfung in dem Moment nicht mehr zu tragen, in dem der Wert der öffentlichen Leistung überschritten wird: „Sie [die nicht-steuerliche Abgabe] diene dann nicht mehr nur der Abschöpfung eines dem Abgabeschuldner zugewandten Vorteils, sondern **griffe zugleich auf seine allgemeine Leistungsfähigkeit im Blick auf die Finanzierung von Gemeinlasten zu.**“¹⁴⁷ Das Heranziehen des Einzelnen zur **Finanzierung von Gemeinlasten ist allein im Wege der Steuer** verfassungsrechtlich zulässig.

Auch in seiner in seiner Entscheidung von 5.3.2018 hat das **BVerfG** auf das Erfordernis einer „über den Zweck der Einnahmeerzielung hinausgehenden besonderen sachlichen Rechtfertigung“ für nicht-steuerliche Abgaben abgestellt¹⁴⁸ und die **Kriterien für eine gleichheitskonforme Vorteilsabschöpfung** auf das EU-Emissionshandelssystem (umgesetzt durch das TEHG) übertragen.¹⁴⁹ Bei der CO₂-Bepreisung nach dem BEHG bedient sich der Gesetzgeber ebenfalls des Instruments des Emissionshandels, das nach den Maßstäben des BVerfG ein **öffentlich-rechtliches Bewirtschaftungssystem** begründet **(a)**. Durch die Emissionsberechtigungen in Form der Zertifikate können die Unternehmen – wie auch im Fall der behördlichen Erlaubnis zur Wasserentnahme – ein nur **begrenzt vorhandenes Allgemeingut** nutzen **(b)**. Allerdings muss der Gesetzgeber nach der Rechtsprechung des BVerfG auch eine besondere **Knappheitssituation** im Hinblick auf die Emissionsberechtigungen herstellen, so dass der Besitz eines Emissionszertifikats die Rechtsposition des Abgabenschuldners gegenüber anderen Marktteilnehmern (als relevante Vergleichsgruppe) verbessert **(c)**.

a) Öffentlich-rechtliche Bewirtschaftungsordnung

Im Ausgangspunkt geht das BVerfG davon aus, dass sich die Legitimation einer Vorteilsabschöpfungsabgabe nur im Rahmen einer **öffentlich-rechtlichen Nutzungsregelung** ergeben kann. Für die Nutzbarkeit des „Wassers“ hat das BVerfG in seiner Entscheidung vom 7.11.1995 insofern auf die Vorschriften des Wasserrechts abgestellt, die den vielfältigen und teilweise miteinander konkurrierenden Interessen durch eine geordnete Bewirtschaftung

¹⁴⁶ BVerfG v. 7.11.1995 – 2 BvR 413/88, BVerfGE 93, 319 (345 Rn. 162).

¹⁴⁷ BVerfG v. 7.11.1995 – 2 BvR 413/88, BVerfGE 93, 319 (347 Rn. 166). Hervorhebung nur hier.

¹⁴⁸ BVerfG (Kammer) v. 5.3.2018 – 1 BvR 2864/13, NVwZ 2018, 972 (Rn. 30).

¹⁴⁹ BVerfG (Kammer) v. 5.3.2018 – 1 BvR 2864/13, NVwZ 2018, 972 (Rn. 32 ff.).

sowohl für die Bevölkerung als auch für die Gesamtwirtschaft Rechnung tragen.¹⁵⁰ Der Gesetzgeber hat die Nutzung von Gewässern grundsätzlich unter einen **Erlaubnisvorbehalt** gestellt und den Gemeingebrauch am Wasser auf wenig bedeutsame Arten der Nutzung beschränkt.¹⁵¹ Dies ist auch im Hinblick auf die Erhaltung der natürlichen Lebensgrundlagen und der **Umwelt** nach Art. 20a GG **grundsätzlich verfassungsrechtlich unbedenklich**. Wird der Abgabenschuldner nach Maßgabe der öffentlich-rechtlichen Vorschriften zur Entnahme von Wasser berechtigt, liegt darin einen **Vorteil**, der anderen Personen, die das Wasserentgelt nicht entrichten, verwehrt bleibt.

Da die Wasserentnahmeentgelte allein für **erlaubnispflichtige** Wassernutzungen erhoben wird, hatte das BVerfG in seiner Entscheidung 7.11.1995 noch dahinstehen lassen, ob eine Vorteilsabschöpfungsabgabe auch dann zulässig ist, wenn sie sich nicht auf eine erlaubnispflichtige Nutzung bezieht.¹⁵² Entgegen einigen Stimmen in der Literatur hat das BVerfG nunmehr in seiner Entscheidung vom 5.3.2018 zum EU-Emissionshandelssystem (umgesetzt durch das TEHG) angenommen, dass eine **Bewirtschaftungsordnung nicht zwingend eine hoheitliche Verleihung begrenzter Nutzungsrechte voraussetzt**.¹⁵³ Die Nutzung der „Luft und Atmosphäre“ durch Treibhausgase werde zwar nicht durch ein repressives Verbot mit Befreiungsvorbehalt dem ungeregelten Zugriff entzogen. Der Gesetzgeber könne die Nutzungsregelung jedoch durchaus unterschiedlich ausgestalten und auch durch einen nach marktwirtschaftlichen Grundsätzen organisierten Emissionshandel regulieren. In diesem Fall geht die Nutzungsmöglichkeit und der sich hieraus ergebende **Sondervorteil nicht** auf eine **individuell behördliche Entscheidung** zurück, sondern knüpft an eine **Veräußerungsregelung** an.¹⁵⁴ Eben diese Form der Bewirtschaftungsordnung liege dem europäischen Emissionshandelssystem zugrunde. Der Staat erteilt hier zwar **keine Ausnahmeerlaubnis** zur Emission von Treibhausgasen, er veräußert aber **Emissionszertifikate**, die zur Emission von Treibhausgasen berechtigen.

¹⁵⁰ BVerfG v. 7.11.1995 – 2 BvR 413/88, BVerfGE 93, 319 (339 Rn. 133, m.w.N.).

¹⁵¹ BVerfG v. 7.11.1995 – 2 BvR 413/88, BVerfGE 93, 319 (339 Rn. 133).

¹⁵² BVerfG v. 7.11.1995 – 2 BvR 413/88, BVerfGE 93, 319 (346 Rn. 165).

¹⁵³ BVerfG (Kammer) v. 5.3.2018 – 1 BvR 2864/13, NVwZ 2018, 972 (Rn. 35). A.A. zuvor *Burgj/Selmer*, Verfassungswidrigkeit einer entgeltlichen Zuteilung von Emissionszertifikaten, 2007, S. 51 ff.; *Rebentisch*, NVwZ 2006, S. 747 (752).

¹⁵⁴ Eingehend BVerwG v. 10.10.2012 – 7 C 10/10, BVerwGE 144, 248 (Rn. 44).

Die frühere Aussage des BVerfG, dass die „Luft“ keiner öffentlich-rechtlichen Nutzungsordnung unterliege,¹⁵⁵ wurde vor der Schaffung des EU-Emissionshandelssystems getroffen¹⁵⁶ und ist damit inzwischen überholt. In Umsetzung der unionsrechtlichen Vorgaben hat der Gesetzgeber diese öffentlich-rechtliche Nutzungsordnung erstmals mit dem TEHG in Deutschland geschaffen. Dabei weist das BVerfG explizit darauf hin, dass der Staat hier nicht bloß als „Systemadministrator“ fungiert.¹⁵⁷ Obwohl der Emissionshandel nach marktwirtschaftlichen Grundsätzen ausgestaltet ist, unterstellt der Gesetzgeber den **Nutzungsraum der „Luft und Atmosphäre“** einer **staatlichen Regulierung**. Mit dem nunmehr beschlossenen BEHG für den nationalen Zertifikatehandel für Brennstoffemissionen hat der **Gesetzgeber diese öffentlich-rechtliche Bewirtschaftungsordnung** erweitert. Künftig sollen auch die Emissionen aus Heiz- und Brennstoffen in den Wirtschaftsbereichen „Verkehr und Wärmezeugung“ der Nutzungsregelung unterliegen.¹⁵⁸

b) Begrenzt vorhandene Umweltressource

Als weitere Voraussetzung für die Rechtfertigung der Vorteilsabschöpfung verlangt das BVerfG, dass der Gegenstand der Bewirtschaftungsordnung ein **nur begrenzt verfügbares Allgemeingut** ist.¹⁵⁹ Dies ist **typischerweise bei natürlichen Umweltressourcen** der Fall. So hat das BVerfG in seiner Entscheidung vom 7.11.1995 die begrenzte Verfügbarkeit der natürlichen Ressource „Wasser“ ohne Weiteres bejaht.¹⁶⁰ In seiner Entscheidung vom 5.3.2018 stellt das BVerfG auf die **begrenzte Verfügbarkeit der „Reinheit der Luft“ ab**.¹⁶¹ Es kommt also nicht auf die Luft und Atmosphäre an sich an, sondern auf ihren **Verschmutzungsgrad**. Der Gesetzgeber geht davon aus, dass die Luft nur in begrenztem Maße Kohlendioxid aufnehmen kann, ohne dass dies schädliche Auswirkungen auf das Klima hat.¹⁶² Diese Annahme erachtet das BVerfG als nachvollziehbar, jedenfalls sei sie von Verfassungs wegen nicht zu beanstanden.¹⁶³ Auch insofern sind im Fall der CO₂-Bepreisung nach dem BEHG keine Unterschiede zum EU-Emissionshandelssystem feststellbar.

¹⁵⁵ So noch BVerfG (Kammer) v. 26.5.1998 - 1 BvR 180/88, NJW 1998, 3264 (3265).

¹⁵⁶ BVerwG v. 10.10.2012 – 7 C 10/10, BVerwGE 144, 248 (Rn. 44).

¹⁵⁷ BVerfG (Kammer) v. 5.3.2018 – 1 BvR 2864/13, NVwZ 2018, 972 (Rn. 35).

¹⁵⁸ Vgl. BT-Drucks 19/14746, S. 21.

¹⁵⁹ BVerfG (Kammer) v. 5.3.2018 – 1 BvR 2864/13, NVwZ 2018, 972 (Rn. 33).

¹⁶⁰ BVerfG v. 7.11.1995 – 2 BvR 413/88, BVerfGE 93, 319 (Ls. 2).

¹⁶¹ BVerfG (Kammer) v. 5.3.2018 – 1 BvR 2864/13, NVwZ 2018, 972 (Rn. 33).

¹⁶² BVerfG (Kammer) v. 5.3.2018 – 1 BvR 2864/13, NVwZ 2018, 972 (Rn. 33)

¹⁶³ Vgl. auch BVerfG (Kammer) v. 5.3.2018 – 1 BvR 2864/13, NVwZ 2018, 972 (Rn. 33).

c) Knappheit des zugewendeten Sondervorteils

Fraglich ist allerdings, ob im Hinblick auf den **staatlich gewährten Sondervorteil in Form der Emissionsberechtigungen** auch eine **Knappheitssituation** besteht. Das BVerfG hat in seiner Entscheidung zum EU-Emissionshandel (umgesetzt durch das TEHG) deutlich gemacht, dass der Gesetzgeber zwar eine **nach marktwirtschaftlichen Grundsätzen ausgestaltete Bewirtschaftungsordnung** an Stelle einer behördlich limitierten Nutzungserlaubnis einführen darf, jedoch muss er dann auch **die zur Verfügung stehende Gesamtmenge der Emissionen mengenmäßig begrenzen**.¹⁶⁴ Dahinter steht der Gedanke, dass der Staat nur dann dazu berechtigt ist, einen nicht mit Kosten für ihn verbundenen Vorteil (hier: Emissionsberechtigungen) abzuschöpfen, wenn es neben Personen, denen die Nutzungsberechtigung zugewandt wird, auch Personen gibt, die sich in einer vergleichbaren Situation befinden und an dem Sondervorteil interessiert wären, ihn aber nicht erhalten.¹⁶⁵ Würde der Staat den Vorteil an jeden verteilen, fehlt es an der **Verbesserung der Rechtsstellung des Abgabenschuldners** und damit an dem „Wert“ der öffentlichen Leistung, welcher die Vorteilsabschöpfung erst vor dem allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) rechtfertigt (dazu oben C.III.2.).

Im Fall des Wasserentnahmeentgelts ordnet die zuständige Verwaltungsbehörde den Nutzer ein bestimmtes Kontingent zu, das dann zum individuellen Vorteil verwendet werden kann.¹⁶⁶ Andere Nutzer sind aufgrund des verwaltungsrechtlich festgelegten Umfangs von einer Nutzung ausgeschlossen.¹⁶⁷ Für einen **nach marktwirtschaftlichen Grundsätzen ausgestalteten Emissionshandel** muss der Gesetzgeber nach der Rechtsprechung des BVerfG eine **vergleichbare Knappheitssituation** herstellen:

„Dieses Bewirtschaftungssystem fußt auf der Verknappung der zur Verfügung stehenden Umweltressourcen durch staatliche Festlegung. Mithin ist nicht die Abgabenerhebung selbst das zur Rechtfertigung anzuführende Bewirtschaftungssystem, **sondern die Bestimmung eines nur begrenzt zur Verfügung**

¹⁶⁴ BVerfG (Kammer) v. 5.3.2018 – 1 BvR 2864/13, NVwZ 2018, 972 (Rn. 35 ff.). Vgl. hierzu auch *Klinski/Keimeyer*, Zur finanzverfassungsrechtlichen Zulässigkeit eines nationalen Zertifikatehandels für CO₂-Emissionen aus Kraft- und Heizstoffen, Rechtsgutachten 2019, S. 3. Vgl. BT-Drucks. 19/14746, S. 10.

¹⁶⁵ Vgl. *Jarass*, Nichtsteuerliche Abgaben und lenkende Steuern unter dem Grundgesetz, 1999, S. 37 f.

¹⁶⁶ So auch *Müller/Kahl*, Zur verfassungsrechtlichen Einordnung des Brennstoffemissionshandelsgesetzes, Stellungnahme zur Anhörung des Ausschusses für Umwelt, Naturschutz und nukleare Sicherheit im Deutschen Bundestag am 06.11.2019, Ausschuss-Drucks. 19(16)293- F, S. 3.

¹⁶⁷ Vgl. *Müller/Kahl*, Zur verfassungsrechtlichen Einordnung des Brennstoffemissionshandelsgesetzes, Stellungnahme zur Anhörung des Ausschusses für Umwelt, Naturschutz und nukleare Sicherheit im Deutschen Bundestag am 06.11.2019, Ausschuss-Drucks. 19(16)293- F, S. 3.

stehenden Emissionskontingents. Die Veräußerungsentgelte sind nur Spiegelbilder der Knappheit, nicht ihre Ursache“.¹⁶⁸

Im Einklang mit diesen Anforderungen hat der Gesetzgeber im Fall des EU-Emissionshandelssystems eine **Gesamtmenge zulässiger Emissionsberechtigungen** gesetzlich normiert.¹⁶⁹ Diese **sog. „Caps“** setzten „den **Marktmechanismus** überhaupt erst in Gang.“¹⁷⁰ Dabei wird den Unternehmen, an die der Staat Emissionsberechtigungen veräußert, ein Sondervorteil gegenüber all denjenigen Betreibern emissionshandelspflichtiger Anlagen zuteil, „**die nicht über (genügend) Emissionsberechtigungen verfügen und damit die Luft nicht im gleichen Umfang zum Zweck der Ableitung von CO₂-Emissionen nutzen dürfen.**“¹⁷¹ Durch die **Festlegung der Gesamtmenge zulässiger Emissionszertifikate** wird die Nutzung der Umweltressource Luft **quantitativ gesteuert** und einer marktwirtschaftlichen Verteilungsordnung unterworfen.¹⁷² Nur „wenn die Zahl der ausgegebenen Berechtigungen **hinter dem Bedarf zurückbleibt**, kann sich ein Marktpreis bilden, der die Marktteilnehmer zu kosteneffizientem Verhalten veranlasst [...]. **Ohne diese staatliche Festlegung der Nutzbarkeit der Luft wäre das Emissionshandelssystem funktionslos**“.¹⁷³

In der Literatur besteht Einigkeit darüber, dass auch die CO₂-Bepreisung nach dem BEHG an diesen für das EU-Emissionshandelssystem entwickelten Maßstäben des BVerfG zu messen ist. Umstritten ist allerdings, welche Folgerungen sich hieraus ergeben und ob der Gesetzgeber nach der von ihm gewählten Ausgestaltung des Zertifikatehandels die **Voraussetzungen einer mengenmäßigen Begrenzung der Emissionsberechtigungen** erfüllt hat. Die **Problematik** besteht darin, dass der Gesetzgeber in der Einführungsphase des nationalen Zertifikatehandels ein **Festpreismodell** in § 10 Abs. 2 BEHG normiert hat, wonach die CO₂-Preise für das Jahre 2021 auf 10 Euro pro Zertifikat festgelegt sind und sich dann bis 2025 stufenweise auf 35 Euro erhöhen.¹⁷⁴

Dabei hat der Gesetzgeber **bewusst auf eine mengenmäßige Begrenzung der Emissionszertifikate verzichtet.** Zwar sollen sich die CO₂-Preise ausweislich der

¹⁶⁸ BVerfG (Kammer) v. 5.3.2018 – 1 BvR 2864/13, NVwZ 2018, 972 (Rn. 37) mit Verweis auf *Martini/Gebauer*, ZUR 2007, 225 (228). Hervorhebung nur hier.

¹⁶⁹ Vgl. § 4 Abs. 2 S. 1 ZuG (2012).

¹⁷⁰ BVerfG (Kammer) v. 5.3.2018 – 1 BvR 2864/13, NVwZ 2018, 972 (Rn. 36). Hervorhebung nur hier.

¹⁷¹ BVerfG (Kammer) v. 5.3.2018 – 1 BvR 2864/13, NVwZ 2018, 972 (Rn. 32). Hervorhebung nur hier.

¹⁷² BVerfG (Kammer) v. 5.3.2018 – 1 BvR 2864/13, NVwZ 2018, 972 (Rn. 36).

¹⁷³ BVerfG (Kammer) v. 5.3.2018 – 1 BvR 2864/13, NVwZ 2018, 972 (Rn. 35). Hervorhebung nur hier.

¹⁷⁴ Hierzu oben A.I.3.

Gesetzesbegründung auch im nationalen Zertifikatehandel grundsätzlich am Markt bilden und prinzipiell soll nur eine begrenzte Menge von Emissionszertifikaten zur Verfügung stehen.¹⁷⁵ „Im Interesse einer zügigen Einführung soll das Brennstoff-Emissionshandelssysteme jedoch mit Modifikationen starten. Während einer Einführungsphase wird zunächst ein **Festpreissystem** eingeführt, bei dem Zertifikate an die Verantwortlichen verkauft werden. Dadurch entsteht ein verlässlicher Preispfad, der es Bürgern und Wirtschaft ermöglicht, sich auf die Entwicklung einzustellen.“¹⁷⁶ Dementsprechend hat der Gesetzgeber in § 4 Abs. 1 und 3 BEHG zwar eine jährliche Emissionsmenge vorgesehen, jedoch kann diese durch die „Flexibilisierungsmöglichkeiten“ (d.h. den Zukauf von Emissionszuweisungen aus anderen Mitgliedstaaten durch die Bundesrepublik Deutschland) gem. **§ 5 Abs. 1 BEHG überschritten werden**, damit der Bedarf der Unternehmen während der Einführungsphase nach § 10 Abs. 2 und für die Dauer der Anwendung eines „Preiskorridors“ gedeckt werden kann. Die **vom BVerfG geforderte Knappheit der Emissionsberechtigungen** im Fall des nationalen Zertifikatehandels nach dem BEHG wird **durch diese gesetzliche Ausgestaltung bis 2026 letztlich unterlaufen**.

Angesichts dieser **deutlichen Abweichung von den Kriterien des BVerfG** wird in der Literatur **überwiegend die Ansicht** vertreten, dass die CO₂-Bepreisung nach dem BEHG jedenfalls in der Einführungsphase **verfassungswidrig** sei.¹⁷⁷ **Dem ist zuzustimmen**. Gegenstimmen in der Literatur weisen zwar darauf hin, dass für die Rechtfertigung der CO₂-Bepreisung auch deren Lenkungswirkung ausreichen könnte.¹⁷⁸ Immerhin sei in der Einführungsphase durch das ansteigende „Preissignal“¹⁷⁹ ein Anreiz für die Wirtschaftsteilnehmer geschaffen, weniger Treibhausgase zu emittieren.¹⁸⁰ Richtig ist, dass das BVerfG in seiner Entscheidung zum „Wasserpfeffig“ noch offengelassen hatte, ob die nicht-steuerliche Abgabe aufgrund ihrer Lenkungsfunktion gerechtfertigt sei.¹⁸¹ Das BVerfG konnte auf die Legitimation des

¹⁷⁵ BT-Drucks. 19/14746, S. 21.

¹⁷⁶ BT-Drucks. 19/14746, S. 21.

¹⁷⁷ Vgl. *Müller/Kahl*, Zur verfassungsrechtlichen Einordnung des Brennstoffemissionshandelsgesetzes, Stellungnahme zur Anhörung des Ausschusses für Umwelt, Naturschutz und nukleare Sicherheit im Deutschen Bundestag am 06.11.2019, Ausschuss-Drucks. 19(16)293- F, S. 5 ff.; *Klinski/Keimeyer*, Zur finanzverfassungsrechtlichen Zulässigkeit eines nationalen Zertifikatehandels für CO₂-Emissionen aus Kraft- und Heizstoffen, Rechtsgutachten 2019, 7 ff.; *Rodi*, Verfassungsmäßigkeit des Entwurfs zum Brennstoffemissionshandelsgesetz (BEHG-E), Rechtsgutachten 2019, S. 13.

¹⁷⁸ *Krämer-Hoppe*, Verfassungsblog v. 16.1.2020 (abrufbar unter: www.verfassungsblog.de).

¹⁷⁹ BT-Drucks. 19/14746, S. 37.

¹⁸⁰ Ähnlich *Steinbach/Valta*, JZ 2019, 1139 (1144): „Bei der vorliegenden Zertifikateerwerbspflicht wird die Menge schlicht dadurch begrenzt, dass die Emittenten zu kosteneffizientem Verhalten veranlasst werden“.

¹⁸¹ BVerfG v. 7.11.1995 – 2 BvR 413/88, BVerfGE 93, 319 (345 Rn. 162).

Wasserentnahmeentgelts aufgrund der zulässigen Vorteilsabschöpfung abstellen, weshalb die Frage der Lenkungswirkung nicht entscheidungsrelevant war. Nach zutreffender Ansicht können **Lenkungszwecke** und **soziale Zwecke** jedoch nur **Differenzierungen hinsichtlich der Höhe der Belastung**, nicht aber die Abgabe dem Grunde nach (das „Ob“ der Abgabe) **rechtfertigen**.¹⁸² Das Fehlen einer mengenmäßigen Begrenzung des zugewendeten Sondervorteils während der Einführungsphase des BEHG (2021 bis 2015) kann daher nicht durch etwaige Lenkungszwecke kompensiert werden. Sind die Kriterien, die das BVerfG für den EU-Emissionshandel (umgesetzt durch das TEHG) aufgestellt hat, nicht erfüllt, so ist die Vorteilsabschöpfungsabgabe materiell verfassungswidrig.

3. Zwischenergebnis

Als nicht-steuerliche Abgabe kann eine **CO₂-Bepreisung** nach dem BEHG grundsätzlich vor Art. 3 Abs. 1 GG **gerechtfertigt** sein, da sie den **individuellen Sondervorteil der Unternehmen** in Form der Berechtigung zur Emission von Treibhausgasen abschöpft. Unter Zugrundelegung der Maßstäbe des BVerfG ist es für eine **verfassungskonforme Ausgestaltung der Vorteilsabschöpfung** jedoch erforderlich, dass der Gesetzgeber eine **besondere Knappheitssituation im Hinblick auf die Emissionsberechtigungen** herstellt, so dass der Besitz eines Emissionszertifikats die Rechtsposition des Abgabenschuldners gegenüber anderen Marktteilnehmern verbessert. Eben in dieser **Besserstellung des Abgabenschuldners** liegt der „Wert“ der öffentlichen Leistung, den der Gesetzgeber ohne den Zweck der Kostendeckung abschöpfen darf.

Während sich die Rechtfertigung des EU-Emissionshandels daraus ergibt, dass **Zertifikate nicht in beliebiger Menge zur Verfügung stehen** und im Fall des Wassernutzungsentgelts nur denjenigen die Vorteilsabschöpfungsabgabe auferlegt wird, denen zuvor die Grundwassernutzung im Rahmen eines Erlaubnisverfahrens behördlich gestattet wurde,¹⁸³ **fehlt es bei der CO₂-Bepreisung nach dem BEHG an einer vergleichbaren Knappheitssituation**. In der **Einführungsphase des Zertifikatehandels nach dem BEHG (2021 bis 2025)** und für die **Dauer der Anwendung eines „Preiskorridors“ (2026)** hat der Gesetzgeber – unter Missachtung der vom BVerfG aufgestellten Kriterien für die

¹⁸² S. hierzu *Wernsmann*, in: Festschrift für Wendt, 2015, S. 1053 (1057). Vgl. für das Gebührenrecht zudem BVerfG v. 17.1.2017 – 2 BvL 2/14, BVerfGE 144, 369 (Rn. 64).

¹⁸³ Vgl. *Klinski/Keimeyer*, Zur finanzverfassungsrechtlichen Zulässigkeit eines nationalen Zertifikatehandels für CO₂-Emissionen aus Kraft- und Heizstoffen, Rechtsgutachten 2019, S. 9.

Verfassungsmäßigkeit von Vorteilsabschöpfungsabgaben – bewusst darauf verzichtet, eine **Begrenzung der Gesamtmenge von Emissionen festzulegen**. Eine „Obergrenze“ an verfügbaren Zertifikaten gibt es in diesem Zeitraum nicht. Im Gegenteil sieht § 5 BEHG ausdrücklich „Flexibilisierungsinstrumente“ für einen Zukauf von Emissionsberechtigungen durch die Bundesrepublik Deutschland vor, falls die jährliche Emissionsmenge nach § 4 Abs. 1 und 3 BEHG nicht eingehalten werden können. Letztlich können die Unternehmen ihren Bedarf an Emissionsberechtigungen daher in der Einführungsphase zu den in § 10 Abs. 2 BEHG normierten **Festpreisen** und bis 2026 unbegrenzt decken. Eine „**Knappheitssituation**“ im Hinblick auf die Emissionsberechtigungen entsteht nicht.

Aus diesem Grund ist die CO₂-Bepreisung nach dem BEHG ihrer konkreten gesetzlichen Ausgestaltung nach bei Zugrundelegung der Maßstäbe des BVerfG verfassungswidrig. Die für den Erwerb der Zertifikate zu zahlenden Entgelte liegen fest und spiegeln nicht den Wert eines Sondervorteils wider, knüpfen nicht an staatliche Kosten an und unterlaufen damit die Begrenzungs- und Schutzfunktion der Finanzverfassung des Grundgesetzes. Die Zahlungspflicht der Unternehmen für den Erwerb der Emissionszertifikate in Höhe der nach § 10 Abs. 2 BEHG vorgesehenen Festpreise verstößt gegen den allgemeinen Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG.

IV. Rechtsfolge: Rückerstattungsanspruch der Unternehmen?

Abschließend ist zu prüfen, welche Rechtsfolge sich aus der Verfassungswidrigkeit der CO₂-Bepreisung nach dem BEHG ergibt. Kommt das BVerfG im Verfahren der abstrakten Normenkontrolle nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG, § 13 Nr. 6, §§ 76 ff. BVerfGG, der konkreten Normenkontrolle nach Art. 100 Abs. 1, § 13 Nr. 11, §§ 80 ff. BVerfGG oder der Verfassungsbeschwerde nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 13 Nr. 8a, §§ 90 ff. BVerfGG zu der Überzeugung der **Verfassungswidrigkeit der angegriffenen Norm**, so erklärt es das Gesetz gem. § 78 S. 1 BVerfGG (ggf. i.V.m. § 82 Abs. 1 BVerfGG) bzw. gem. § 95 Abs. 3 BVerfGG **grundsätzlich für nichtig**.¹⁸⁴ Eine solche Nichtigkeitserklärung hätte im vorliegenden Fall zur Folge, dass die nach § 10 Abs. 2 BEHG geleisteten Zahlungen an die zur Abgabe von Emissionszertifikaten verpflichteten Unternehmen zurückgezahlt werden müssten, da der **Rechtsgrund für die Zahlungen im Fall der Nichtigkeit rückwirkend entfiel**.

Im Steuer- und Abgabenrecht verzichtet das BVerfG allerdings unter bestimmten Voraussetzungen auf die Nichtigkeitserklärung oder auf eine Unvereinbarkeitserklärung mit rückwirkender „Reparaturpflicht“ des Gesetzgebers. So hat sich das BVerfG wiederholt darauf beschränkt, Steuergesetze für verfassungswidrig zu erklären, ohne deren Nichtigkeit festzustellen (sog. **bloße Unvereinbarerklärung**) oder eine rückwirkende Herstellung eines verfassungsgemäßen Zustands zu verlangen.¹⁸⁵ Begründet wird dies oft mit der Notwendigkeit einer verlässlichen Finanz- und Haushaltsplanung sowie einer entsprechenden Finanz- und Haushaltswirtschaft.¹⁸⁶ Dem Gesetzgeber wird dann die Möglichkeit eingeräumt, den verfassungsgemäßen Zustand bis zum Ablauf einer Frist herzustellen.

Allerdings hat das BVerfG in seiner Entscheidung zur **Kernbrennstoffsteuer** die **Nichtigkeit des Gesetzes** mit der Begründung erklärt, dass die Notwendigkeit einer verlässlichen Finanz- und Haushaltsplanung **nur dann Geltung** beanspruchen kann, wenn der Gesetzgeber sich auf seine Finanz- und Haushaltsplanung **auch verlassen durfte**.¹⁸⁷ Dies war im Hinblick auf die von Anfang an streitige Kernbrennstoffsteuer nicht der Fall. Es bestanden von Anfang an

¹⁸⁴ Hierzu *Wernsmann*, Das gleichheitswidrige Steuergesetz – Rechtsfolgen und Rechtsschutz, 2000, S. 75; *Bethge*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, § 78 BVerfGG Rn. 1 ff.

¹⁸⁵ Zuletzt zur Unvereinbarkeitserklärung BVerfG v. 10.4.2018 – 1 BvL 11/14, BVerfGE 148, 147 (Rn. 171 f.). Zu weiteren Fällen aus der Rechtsprechung des BVerfG *Wernsmann*, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO/FGO, § 4 AO Rn. 222 ff. Zur Nichtigkeitserklärung zuletzt BVerfG v. 13.4.2017 – 2 BvL 6/13, BVerfGE 145, 171 (Rn. 162).

¹⁸⁶ Vgl. BVerfG v. 10.4.2018 – 1 BvL 11/14, BVerfGE 148, 147 (Rn. 171 f.).

¹⁸⁷ BVerfG v. 13.4.2017 – 2 BvL 6/13, BVerfGE 145, 171 (Rn. 162).

erhebliche finanzverfassungsrechtlichen Unsicherheiten im Hinblick auf deren Verfassungsmäßigkeit.

In Anbetracht der Tatsache, dass bereits im **Gesetzgebungsverfahren** der federführende Ausschuss für Umwelt, Naturschutz und nukleare Sicherheit im Bundesrat „**schwerwiegende verfassungsrechtliche Bedenken**“ hinsichtlich der Zulässigkeit der CO₂-Bepreisung geäußert und die Bundesregierung dazu aufgefordert hatte, den Gesetzentwurf ggf. zu überarbeiten,¹⁸⁸ **spricht vieles dafür**, dass auch im vorliegenden Fall die Notwendigkeit einer verlässlichen Finanz- und Haushaltsplanung einer rückwirkenden Nichtigkeitserklärung des BVerfG nicht entgegensteht.¹⁸⁹ Demnach würde das BVerfG ggf. eine **Teilnichtigkeitsklärung**¹⁹⁰ der Zahlungspflicht nach § 10 Abs. 2 BEHG im Zeitraum der Einführungsphase des Zertifikatehandels und bis 2026 erlassen. Dadurch wäre sichergestellt, dass der Zertifikatehandel i.Ü. wirksam bleibt, soweit in den Jahren ab 2027 die Emissionszertifikate mengenmäßig begrenzt und die Vorteilsabschöpfung insoweit verfassungskonform ist.

¹⁸⁸ BR-Drucks. 607/1/19, S. 2.

¹⁸⁹ Zu dem Risiko einer Rückzahlungspflicht auch *Müller/Kahl*, Zur verfassungsrechtlichen Einordnung des Brennstoffemissionshandelsgesetzes, Stellungnahme zur Anhörung des Ausschusses für Umwelt, Naturschutz und nukleare Sicherheit im Deutschen Bundestag am 06.11.2019, Ausschuss-Drucks. 19(16)293- F, S. 15 f.

¹⁹⁰ Hierzu näher *Wernsmann*, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO/FGO, § 4 AO Rn. 223.

D. Zusammenfassung der Ergebnisse

Das am 20.12.2020 in Kraft getretene „Gesetz über einen nationalen Zertifikatehandel für Brennstoffemissionen“ (Brennstoffemissionshandelsgesetz – BEHG) zur Einführung einer **CO₂-Bepreisung** verstößt seiner konkreten gesetzlichen Ausgestaltung nach gegen Art. 3 Abs. 1 GG und ist daher **materiell verfassungswidrig**. Insbesondere widerspricht das Fehlen einer mengenmäßigen Begrenzung der zum Festpreis veräußerten Emissionsberechtigungen während der Einführungsphase des Zertifikatehandels (2021 bis 2025) und bis 2026 den Kriterien für die Verfassungsmäßigkeit von **Vorteilsabschöpfungsabgaben**, wie sie das BVerfG in seiner Entscheidung vom **BVerfG** vom 5.3.2018 (1 BvR 2864/13) für den Fall des EU-Emissionshandels (EU-ETS) konkretisiert hat.

1. Zur kompetenziellen Einordnung der CO₂-Bepreisung als Vorteilsabschöpfungsabgabe:

Bei der CO₂-Bepreisung nach dem BEHG handelt es sich **nicht um eine Steuer** oder „steuerähnliche Abgabe“. Steuern werden „voraussetzungslos“ (d.h. nicht als Gegenleistung für eine besondere staatliche Leistung) erhoben. Die Unternehmer erhalten im Gegenzug für ihre Zahlungen nach § 10 Abs. 2 BEHG **Emissionszertifikate, die sie zur Emission von Treibhausgasen berechtigen**. Darin liegt eine konkrete individuelle Leistung des Staates, so dass die Voraussetzungen des Steuerbegriffs i.S.v. § 3 Abs. 1 AO (bzw. Art. 105 f. GG) nicht erfüllt sind.

Unterstellt es würde sich bei der CO₂-Bepreisung nach dem BEHG um eine Steuer i.S. einer „Kohlendioxidsteuer“ handeln, so wäre diese **ohnehin (formell) verfassungswidrig**. Sie lässt sich keinem in Art. 106 GG abschließend genannten Steuertypen zuordnen (Numerus clausus der Steuern und Steuerarten). Da die Treibhausgase erst durch die Verbrennung von Heiz- und Kraftstoffen entstehen und nicht etwa „verbraucht“ werden, handelt es sich insbesondere nicht um eine Verbrauchsteuer i.S.v. Art. 106 Abs. 1 Nr. 2 GG. Ein **freies Steuererfindungsrecht** des Gesetzesgebers **existiert nicht**.

Handelte es sich bei der CO₂-Bepreisung um keine Steuer, kommt grundsätzlich eine Einordnung als Gebühr in Betracht. Gebühren kennzeichnen sich dadurch, dass der Staat gegenüber dem Abgabenschuldner eine Leistung erbringt, die zwar nicht zwingend mit einem Vorteil für den Abgabenschuldner verbunden sein muss,

gleichwohl aber einen **staatlichen Kostenaufwand** voraussetzt. Der Zweck der **Kostendeckung** ist nach der Rechtsprechung des **BVerfG** das **kennzeichnende Element einer Gebühr**. Die Idee der CO₂-Bepreisung besteht jedoch nicht etwa darin, Verwaltungskosten zu decken, die durch die Zuteilung der Emissionszertifikate entstehen. Vielmehr soll nach der gesetzgeberischen Konzeption durch die CO₂-Bepreisung die Emission von Treibhausgasen in ein „kostenpflichtiges“ Gut verwandelt werden. Die Inanspruchnahme der „Luft und Atmosphäre“ durch die Unternehmen wird an den Erwerb der Emissionszertifikate geknüpft. Dem steht kein staatlicher Kostenaufwand gegenüber, sodass eine Einordnung als Gebühr i.S. einer „Ressourcen-Nutzungsgebühr“ ausscheidet.

Dementsprechend qualifiziert das **BVerfG** in seiner grundlegenden Entscheidung vom 7.11.1995 zum sog. „Wasserpfennig“ und daran anschließend in der Entscheidung vom 5.3.2018 in Bezug auf das EU-Emissionshandelssystem (umgesetzt durch das TEHG) Abgaben zur **Abschöpfung des Sondervorteils**, der in der Berechtigung einzelner Personen zur Nutzung einer natürlichen Umweltressource liegt, nicht als Gebühr, sondern als sog. „**Vorteilsabschöpfungsabgabe**“. Hierbei handelt es sich um eine nicht-steuerliche Abgabe eigener Art. Auch im Fall der CO₂-Bepreisung nach dem BEHG liegt ein **individueller Sondervorteil in Form der Emissionsberechtigungen vor**. Ohne Zertifikate können die Unternehmen letztlich keine Heiz- und Brennstoffe in den Verkehr bringen, denen bestimmungsgemäße Verwendung zur Emission der Treibhausgase führt. Eben dieser individuelle Sondervorteil bildet – im Einklang mit der Rechtsprechung des BVerfG – grundsätzlich einen tauglichen Anknüpfungspunkt der CO₂-Bepreisung nach dem BEHG. Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes auf dem Gebiet der „Luftreinhaltung“ ergibt sich demnach aus **Art. 74 Abs. 1 Nr. 24 GG**, ohne dass es hierfür eines Nachweises der Erforderlichkeit für eine bundeseinheitliche Regelung gem. Art. 72 Abs. 2 GG bedürfte.

2. Zur Verfassungswidrigkeit der gesetzlichen Ausgestaltung der CO₂-Bepreisung (insbesondere in der Einführungsphase des Zertifikatehandels von 2021 bis 2025):

Für die gesetzliche Ausgestaltung eines Emissionshandels hat das BVerfG zuletzt in seiner Entscheidung vom 5.3.2018 in Bezug auf das EU-Emissionshandelssystem (umgesetzt durch das TEHG) folgenden Entscheidungssatz formuliert:

„Dieses Bewirtschaftungssystem fußt auf der Verknappung der zur Verfügung stehenden Umweltressourcen durch staatliche Festlegung. Mithin ist nicht die Abgabenerhebung selbst das zur Rechtfertigung anzuführende Bewirtschaftungssystem, **sondern die Bestimmung eines nur begrenzt zur Verfügung stehenden Emissionskontingents**. Die Veräußerungsentgelte sind nur Spiegelbilder der Knappheit, nicht ihre Ursache“.

(BVerfG v. 5.3.2018 – 1 BvR 2864/13, Rn. 37, Hervorhebung nur hier)

Das **BVerfG** hat demnach entschieden, dass vor dem Grundsatz der **Belastungsgleichheit** nach Art. 3 Abs. 1 grundsätzlich gerechtfertigt sein kann, den individuellen Sondervorteil der Unternehmen in Form der Berechtigung zur Emission von Treibhausgasen abschöpft. Allerdings muss der Gesetzgeber dann eine **besondere Knappheitssituation** im Hinblick auf die Emissionsberechtigungen herstellt mit der Folge, dass der Besitz eines Emissionszertifikats die **Rechtsposition des Abgabenschuldners gegenüber anderen Marktteilnehmern verbessert**. Nur „wenn die Zahl der ausgegebenen Berechtigungen hinter dem Bedarf zurückbleibt, kann sich ein Marktpreis bilden, der die Marktteilnehmer zu kosteneffizientem Verhalten veranlasst [...]. Ohne diese staatliche Festlegung der Nutzbarkeit der Luft wäre das Emissionshandelssystem funktionslos“.¹⁹¹

Der Gesetzgeber hat für die Einführungsphase des Zertifikatehandels nach dem BEHG (2021 bis 2025) und für die Dauer der Anwendung eines „Preiskorridors“ (2026) bewusst darauf verzichtet, eine Begrenzung der Gesamtmenge von Emissionen zu regeln. Die Emissionszertifikate werden in den ersten fünf Jahren des Zertifikatehandels zu einem **Festpreismodell** verkauft (§ 10 Abs. 2 BEHG). Darin sieht der Gesetzgeber das zentrale Ausgestaltungsmerkmal des BEHG. Sofern die jährliche Menge zulässiger Emissionen überschritten wird, soll der Bedarf an Zertifikaten durch einen Zukauf von Emissionsberechtigungen aus anderen Mitgliedstaaten erfolgen. Dies steht in deutlichem **Widerspruch** zu den vom BVerfG geforderten **Knappheit** der Emissionsberechtigungen und **verstößt gegen die Anforderungen an eine gleichheitskonforme Ausgestaltung einer Vorteilsabschöpfungsabgabe**. Zur

¹⁹¹ BVerfG (Kammer) v. 5.3.2018 – 1 BvR 2864/13, NVwZ 2018, 972 (Rn. 35).

Rechtfertigung dieses Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 1 GG können auch keine Lenkungsziele angeführt werden, da diese nur eine Differenzierung im Hinblick auf die Höhe einer Abgabe zulassen, nicht aber ihre Rechtfertigung dem Grunde nach.

3. Zur Rechtsfolge des Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 1 GG:

Es spricht vieles dafür, dass die materielle Verfassungswidrigkeit des BEHG nicht bloß zur Feststellung der Unvereinbarkeit der CO₂-Bepreisung mit dem Grundgesetz führt, sondern eine Nichtigkeitserklärung erfordert. Mit Blick auf die bereits im Gesetzgebungsverfahren vorgebrachten Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit des BEHG kann sich der Gesetzgeber nicht darauf verlassen, dass die aus der Veräußerung der Emissionszertifikate erzielten Einnahmen im Bundeshaushalt künftig zur Verfügung stehen werden. Wie das **BVerfG** in seiner Entscheidung zur Kernbrennstoffsteuer deutlich gemacht hat, wird eine Abgabe, deren Verfassungsmäßigkeit **von Anfang an mit erheblichen finanzverfassungsrechtlichen Unsicherheiten belastet war**, gem. § 78 S. 1 BVerfGG bzw. gem. § 95 Abs. 3 BVerfGG **rückwirkend für nichtig erklärt**. Im vorliegenden Fall hätte dies zur Folge, dass die geleisteten Zahlungen an die zur Abgabe von Emissionszertifikaten verpflichteten Unternehmen zurückgezahlt werden müssten.