

Zusammenfassung der Ergebnisse

des im Auftrag der FDP-Bundestagsfraktion erstellten Rechtsgutachtens

„Verfassungswidrigkeit der CO₂-Bepreisung nach dem
Brennstoffemissionshandelsgesetz (BEHG) im Zeitraum von 2021 bis 2025/26“

1. Die ab 2021 geltende **CO₂-Bepreisung nach dem BEHG ist verfassungswidrig.**
2. Bei der **CO₂-Bepreisung** nach dem BEHG handelt es sich **nicht um eine Steuer, sondern um eine gegenleistungsabhängige Abgabe.** Wäre die CO₂-Bepreisung als Steuer einzuordnen, wäre sie ebenfalls verfassungswidrig, da es nach der Rechtsprechung des BVerfG kein freies Steuererfindungsrecht des Gesetzgebers gibt, jede Steuer vielmehr unter eine der in Art. 106 GG abschließend aufgeführten Steuern oder Steuerarten fallen muss und da es sich insbesondere nicht um eine Verbrauchsteuer handelt, da die privaten Endverbraucher, auf die wiederum nach der Rechtsprechung des BVerfG abzustellen ist, das CO₂ nicht verbrauchen.
3. Es handelt sich um eine gegenleistungsabhängige öffentlich-rechtliche Zahlungspflicht. Eine **nicht-steuerliche Abgabe** kann auch gerechtfertigt sein, wenn ihr kein staatlicher Kostenaufwand gegenübersteht, sie aber einen **Sondervorteil** in Form von Nutzungsrechten an natürlichen Ressourcen (Luft, Wasser, „Atmosphäre“) abschöpft. Es handelt sich dann begrifflich um eine „**Vorteilsabschöpfungsabgabe**“, die das BVerfG seit seiner Wasserpfeffig-Entscheidung als nicht-steuerliche (d.h. gegenleistungsabhängige) Abgabe eigener Art einordnet.
4. Im Fall der CO₂-Bepreisung nach dem BEHG liegt ein individueller Sondervorteil in diesem Sinne in den **Emissionszertifikaten**, die eine **Berechtigung zum Ausstoß von Treibhausgasen** in die „Luft und Atmosphäre“ verkörpern. Die Regelungskompetenz des Bundes für die Veräußerung der Emissionszertifikate (§ 10 Abs. 2 BEHG) folgt aus der Sachgesetzgebungskompetenz für die „Luftreinhaltung“ nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 24 GG, ohne dass es eines Nachweises der Erforderlichkeit einer bundesgesetzlichen Regelung nach Art. 72 Abs. 2 GG bedarf.
5. Einer freien Gestaltbarkeit von Abgaben durch den Gesetzgeber steht nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG die **Ordnungs- und Schutzfunktion der Finanzverfassung (Art. 105, 106 GG)** entgegen. Daraus leitet das BVerfG für die Rechtfertigung von

Vorteilsabschöpfungsabgaben das Vorliegen eines **individuellen Sondervorteils** ab, deren „Wert“ der öffentlichen Leistung nicht übersteigt. Sonst geriete die Abgabe in die Nähe der voraussetzungslos geschuldeten Steuer, für die Art. 105, 106 GG besondere Voraussetzungen vorsieht, die nicht unterlaufen werden dürfen (vgl. BVerfGE 93, 319, 347 = juris Rn. 166).

6. Unter Zugrundelegung der Maßstäbe des BVerfG ist es für eine verfassungskonforme Ausgestaltung der CO₂-Bepreisung jedoch erforderlich, dass der Gesetzgeber eine besondere **Knappheitssituation** im Hinblick auf die Emissionsberechtigungen (Zertifikate) herstellt mit der Folge, dass der Besitz eines Emissionszertifikats die Rechtsposition des Abgabenschuldners gegenüber anderen Marktteilnehmern verbessert. Ein **„Sonder-“Vorteil**, der die Abgabe vor dem allgemeinen Gleichheitssatz (**Art. 3 Abs. 1 GG**) rechtfertigt, kann nur angenommen werden, wenn ein **begrenzt Emissionskontingent** zur Verfügung steht. So hat das BVerfG in seiner Entscheidung vom 5.3.2018 in Bezug auf das bereits bestehenden EU-Emissionshandelssystem (umgesetzt in Deutschland durch Treibhausgas-Emissions-Handelsgesetz – TEHG) 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, NVwZ 2018, 972 Rn. 37)

Dementsprechend stellt das BVerfG maßgeblich darauf ab, dass den Unternehmen, an die der Staat Emissionszertifikate veräußert, einen Sondervorteil gegenüber all denjenigen Betreibern emissionshandelspflichtiger Anlagen zuteil wird, **„die nicht über (genügend) Emissionsberechtigungen verfügen und damit die Luft nicht im gleichen Umfang zum Zweck der Ableitung von CO₂-Emissionen nutzen dürfen.“** (BVerfG, NVwZ 2018, 972 Rn. 32).

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“ (BVerfG, NVwZ 2018, 972 Rn. 35).

Unter **Missachtung dieser vom BVerfG aus dem Grundgesetz abgeleiteten Maßstäbe für die Verfassungsmäßigkeit von Vorteilsabschöpfungsabgaben** hat der Gesetzgeber 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. Letztlich können die Unternehmen ihren Bedarf an Emissionsberechtigungen daher bis 2026 unbegrenzt decken. Eine „Knappheitssituation“ im Hinblick auf die Emissionsberechtigungen entsteht nicht. Dies steht in **deutlichem Widerspruch zu** der vom **BVerfG** geforderten Knappheit der Emissionsberechtigungen.

In der Gesetzesbegründung heißt es, dass die CO₂-Bepreisung nach dem Festpreissystem eingeführt wird, damit sich die Bürger und die Wirtschaft durch einen „verlässlichen Preisfad“ auf die künftige Kostenbelastung einzustellen können (BT-Drucks. 19/14746, S. 21). Lenkungszwecke oder soziale Zwecke, die der Gesetzgeber anführt, vermögen jedoch nur eine Differenzierung im Hinblick auf die Höhe einer Abgabe zu rechtfertigen, **nicht aber die Abgabenerhebung dem Grunde nach** (das „Ob“ der Vorteilsabschöpfungsabgabe).

7. Aus diesen Gründen ist die CO₂-Bepreisung nach dem BEHG ihrer konkreten gesetzlichen Ausgestaltung nach bei Zugrundelegung der Rechtsprechung des **BVerfG** verfassungswidrig. Die für den Erwerb der Zertifikate zu zahlenden Entgelte liegen fest und spiegeln nicht den Wert eines Sondervorteils wider, sind damit nicht als Vorteilsabschöpfungsabgabe zu rechtfertigen. Mit Blick auf die bereits im Gesetzgebungsverfahren vorgebrachten „schwerwiegenden verfassungsrechtlichen Bedenken“ gegen das BEHG (BR-Drs. 607/1/19, S. 2) müsste diese Abgabe, deren Verfassungsmäßigkeit von Anfang an erkennbar mit erheblichen finanzverfassungsrechtlichen Unsicherheiten belastet war, durch das BVerfG gem. §§ 78 S. 1, 82 Abs. 1 bzw. 95 Abs. 3 BVerfGG **rückwirkend für nichtig erklärt werden**. Es sind keine Gründe ersichtlich, aufgrund derer ausnahmsweise auf eine rückwirkende Nichtigkeitsklärung des Gesetzes verzichtet werden kann.