

## Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht

Deutscher Bundestag  
Ausschuss für Umwelt, Naturschutz  
und nukleare Sicherheit  
Ausschussdrucksache  
**19(16)293-F**  
zur Anhörung am 06.11.19  
04.11.2019

Die vorliegende Stellungnahme gibt nicht die Auffassung des Ausschusses wieder, sondern liegt in der fachlichen Verantwortung des/der Sachverständigen. Die Sachverständigen für Anhörungen/Fachgespräche des Ausschusses werden von den Fraktionen entsprechend dem Stärkeverhältnis benannt.

# Zur verfassungsrechtlichen Einordnung des Brennstoffemissionshandelsgesetzes

Stellungnahme zur Anhörung des Ausschusses für  
Umwelt, Naturschutz und nukleare Sicherheit  
im Deutschen Bundestag am 06.11.2019

erstellt von

*Thorsten Müller*  
*Dr. Hartmut Kahl*

# 45

04.11.2019

**Zitiervorschlag:** *Thorsten Müller/Hartmut Kahl*, Zur verfassungsrechtlichen Einordnung des Brennstoffemissionshandelsgesetzes, Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 45 vom 04.11.2019.

Stiftung Umweltenergierecht

Ludwigstraße 22

97070 Würzburg

Telefon +49 931 79 40 77-0

Telefax +49 931 79 40 77-29

E-Mail [mueller@stiftung-umweltenergierecht.de](mailto:mueller@stiftung-umweltenergierecht.de)

[kahl@stiftung-umweltenergierecht.de](mailto:kahl@stiftung-umweltenergierecht.de)

Internet [www.stiftung-umweltenergierecht.de](http://www.stiftung-umweltenergierecht.de)

Vorstand: Thorsten Müller und Fabian Pause, LL.M. Eur.

Stiftungsrat: Prof. Dr. Helmuth Schulze-Fielitz, Prof. Dr. Franz Reimer, Prof. Dr. Monika Böhm

Spendenkonto: Sparkasse Mainfranken Würzburg, IBAN DE1679050000046743183,

BIC BYLADEM1SWU

## Inhaltsverzeichnis

|   |           |
|---|-----------|
| <b>A. Zusammenfassung</b> .....   | <b>1</b>  |
| <b>B. Verfassungsrechtliche Bedenken zum Festpreismodell des BEHG-E in den Jahren 2021 bis 2025</b> .....   | <b>2</b>  |
| I. Fehlende Knappheit an Emissionszertifikaten als Verfassungsrechtsproblem.....  | 2         |
| 1. Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts an einen Emissionshandel .....   | 2         |
| 2. Keine Kompatibilität des BEHG-Entwurfs mit den Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts .....   | 5         |
| a) Zwar ein Budget, ... ..  | 5         |
| b) ... aber keine bei den Unternehmen spürbare Knappheit.....   | 7         |
| c) Rechtfertigung des Fixpreises als Übergangsvorschrift?.....  | 10        |
| d) Zwischenergebnis: Keine Übertragbarkeit der Rechtsprechung zum EU-Emissionshandel auf den BEHG-E mangels Knappheit der verfügbaren Emissionsberechtigungen ..... | 11        |
| II. Keine Übereinstimmung des BEHG-E mit anderen verfassungskonformen Ausgestaltungsvarianten .....   | 11        |
| 1. Fixpreis entspricht nicht den Anforderungen an die Bemessung einer Gebühr....  | 11        |
| 2. Zertifikatsverkauf zum Fixpreis wohl keine Steuer, auch wenn er eine identische Wirkung entfaltet.....   | 12        |
| 3. Kohlendioxid-Steuer ohnehin nicht verfassungskonform.....  | 13        |
| 4. Sonderabgabe zwar möglich, aber mit Plänen zur Mittelverwendung nicht vereinbar.....   | 14        |
| III. Risiko einer Rückzahlungspflicht .....   | 15        |
| <b>C. Möglichkeiten für eine verfassungskonforme Umsetzung der Pläne der Bundesregierung</b> .....  | <b>18</b> |
| I. Emissionshandel .....  | 18        |
| II. Energiesteuer mit an Kohlendioxid-Gehalt ausgerichteten Steuersätzen.....   | 18        |
| III. Hybridform aus Emissionshandel dem Grunde nach und temporärer Erfüllungsfiktion bei Zahlung modifizierter Energiesteuern .....                                 | 19        |
| <b>D. Verfassungsrechtliche Bewertung des BEHG-E für die Zeit ab 2026</b> .....   | <b>20</b> |

## A. Zusammenfassung

Dem Gesetzentwurf begegnen tiefgreifende verfassungsrechtliche Bedenken. Diese resultieren daraus, dass sich der für die Jahre 2021 bis 2025 geplante Fixpreis nicht an die Anforderungen hält, die das Bundesverfassungsgericht anhand des bestehenden europäischen Emissionshandels aufgestellt hat. Eine Zulässigkeit des eingeschlagenen Weges wäre daher nur gegeben, wenn die verfassungsrechtliche Vereinbarkeit über eine andere Begründung sichergestellt werden könnte. Dies erscheint aber nicht möglich (ausführlich dazu B. I.).

Sollten die hier dargestellten Bedenken zutreffen, besteht die Möglichkeit, dass analog zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Kernbrennstoffsteuer nicht nur die Unvereinbarkeit des BEHG, sondern dessen Nichtigkeit festgestellt werden könnte. Folge wäre die Pflicht zur Rückzahlung der eingenommenen Mittel. Zwar hat das Bundesverfassungsgericht in vielen haushaltsrelevanten Fällen mit Hinweis auf die Notwendigkeit einer verlässlichen Finanz- und Haushaltsplanung auch nur die Unvereinbarkeit eines verfassungswidrigen Gesetzes ausgesprochen, so dass die Wirkungen des Urteils auf die Zukunft beschränkt blieben. Im Urteil zur Kernbrennstoffsteuer wurde die Nichtigkeit aber gerade damit begründet, dass die verfassungsrechtlichen Bedenken von Anfang an bestanden. Eine Übertragbarkeit dieser Rechtsprechung scheint angesichts der vorliegenden Erkenntnisse zur verfassungsrechtlichen Problemlage daher nicht unwahrscheinlich zu sein (ausführlich dazu B. III.).

Die fehlende Übertragbarkeit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum europäischen Emissionshandel auf das BEHG beruht darauf, dass im BEHG für die Jahre 2021 bis 2026 und ggf. sogar im Jahr 2026 keine auf Ebene der verpflichteten Unternehmen wirksame Mengengrenzung vorgesehen ist. Eine solche ist aber zwingende Voraussetzung für die vom Bundesverfassungsgericht angenommene Vorteilsabschöpfungsabgabe. Ohne eine auf Ebene der verpflichteten Unternehmen wirksame Begrenzung entsteht keine Knappheit, ohne eine bei den Unternehmen spürbare Knappheit erfolgt keine Bewirtschaftung des knappen Gutes, ohne Bewirtschaftung fehlt es an dem Vorteil, das Gut trotz seiner Knappheit nutzen zu dürfen, und ohne diesen Vorteil kann es keine zulässige (Vorteils-)Abschöpfungsabgabe geben (ausführlich dazu B. I. 1. und B. I. 2.).

Eine andere verfassungsrechtlich zulässige Begründung des Gesetzentwurfes ist nicht erkennbar. Es handelt sich weder um eine schlichte Verwaltungsgebühr, noch um eine zulässige Steuer oder eine zulässige Sonderabgabe (ausführlich dazu B. II.).

Um die mit dem BEHG verfolgten Ziele zu erreichen, stehen dem Gesetzgeber verschiedene verfassungsrechtlich zulässige Wege offen. Er kann sich entweder dafür entscheiden, von Anfang an einen Emissionshandel zu etablieren, der über eine Mengengrenzung eine entsprechende Bewirtschaftung durch die verpflichteten Unternehmen hervorruft, oder für eine Energiesteuer, deren Steuersätze entsprechend des jeweiligen Kohlestoffgehaltes der Energieträger ausgestaltet werden, die im Ergebnis genau den geplanten Fixpreisen für die Zertifikate im BEHG entsprechen. Denkbar ist auch eine Hybridform, in der die Pflicht zur Teilnahme am Emissionshandel dem

Gründe nach bestehen bleibt, deren Erfüllung aber fingiert wird, wenn eine gleichzeitig angepasste Energiesteuer gezahlt wurde (ausführlich dazu C.).

Die Bedenken beschränken sich nicht nur auf die Zeit von 2021 bis 2025, sondern erfassen auch das Jahr 2026, auch wenn sie dort geringer ausfallen (ausführlich dazu D.)

## **B. Verfassungsrechtliche Bedenken zum Festpreismodell des BEHG-E in den Jahren 2021 bis 2025**

Der Entwurf für ein Brennstoffemissionshandelsgesetz (BEHG-E) der Bundesregierung<sup>1</sup> wirft verfassungsrechtliche Bedenken auf, weil er sich in der konkreten Ausgestaltung jedenfalls für die Jahre 2021 bis 2025 nicht als zulässige Maßnahme in die bisherige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts einordnen lässt. Er entspricht nicht den aufgestellten Anforderungen an die Rechtfertigung eines Emissionshandels. Alternativ mögliche und nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zulässige Ausgestaltungsvarianten für eine Bepreisung des Kohlendioxidausstoßes erscheinen ebenfalls nicht einschlägig zu sein. Die verfassungsrechtlichen Probleme im Hinblick auf die Ausgestaltung eines Emissionshandels resultieren daraus, dass es sich jedenfalls in den Jahren 2021 bis 2025 nicht um einen solchen handelt. Die für einen Emissionshandel konstitutive Mengenbeschränkung ist nicht handlungsleitend für die verpflichteten Unternehmen (dazu sogleich I.). Das Gesetz genügt auch nicht den Anforderungen an die alternativen Instrumente einer am Kohlendioxidausstoß orientierten Steuer oder einer Sonderabgabe (dazu II.).

### **I. Fehlende Knappheit an Emissionszertifikaten als Verfassungsrechtsproblem**

#### **1. Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts an einen Emissionshandel**

Erst im letzten Jahr hat das Bundesverfassungsgericht am Beispiel des europäischen Emissionshandel detailliert dargelegt, unter welchen Voraussetzungen es ein solches Instrument für verfassungskonform betrachtet<sup>2</sup>. Das Bundesverfassungsgericht ordnet den Emissionshandel als nichtsteuerliche Vorteilsabschöpfungsabgabe ein. Das Vorliegen einer solchen Vorteilsabschöpfungsabgabe ist der zentrale Grund dafür, bestimmte Unternehmen neben der allgemeinen

---

<sup>1</sup> Entwurf eines Gesetzes über einen nationalen Zertifikatehandel für Brennstoffemissionen (Brennstoffemissionshandelsgesetz – BEHG), BR-Drs. 533/19.

<sup>2</sup> BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 05. März 2018 – 1 BvR 2864/13; siehe dazu die Anm. von *Kahl*, Die Luft bleibt knapp: Karlsruhe bestätigt Emissionshandel, *EnWZ* 6/2018, S. VII.

Steuerpflicht zusätzlich finanziell in Anspruch nehmen zu dürfen ohne gegen den Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG zu verstoßen (BVerfG 1 BvR 2864/13, Rn. 30).

Es knüpft dabei an die Rechtsprechung zum sog. Wasserpfeffig in BVerfGE 93, 319 an (BVerfG 1 BvR 2864/13, Rn. 31) und überträgt die Funktion des dortigen Verwaltungshandelns auf das ökonomische Instrument des Emissionshandels. Bei der Bewirtschaftung des Wassers als begrenzt verfügbarer natürlicher Ressource erfolgt eine Zuteilung der Verwendungsmöglichkeiten an einzelne Nutzer durch wasserrechtliche Erlaubnisse oder Bewilligung. Die zuständige Verwaltungsbehörde ordnet dabei einem bestimmten Nutzer ein bestimmtes Kontingent zu, das dann im Rahmen der sonstigen rechtlichen Vorgaben zum individuellen Vorteil verwendet werden kann. Andere Nutzer sind in diesem verwaltungsrechtlich festgelegten Umfang von einer eigenen Verwendung ausgeschlossen. Daraus entsteht ein auf die Verwaltungsentscheidung zurückgehender Sondervorteil, der Anknüpfungspunkt für die Erhebung der Vorteilsabschöpfungsabgabe ist.

Eine solche Verwaltungsentscheidung fehlt zwar beim Emissionshandel. Das Bundesverfassungsgericht sieht trotzdem auch beim Emissionshandel eine vergleichbare, auf eine staatliche Entscheidung zurückzuführende Zuordnungsentscheidung zu einem Unternehmen als gegeben an und folgert daraus den Sondervorteil, der Anknüpfungspunkt der Abschöpfungsabgabe sein kann. Zu diesem Schluss kommt es anhand einer Begründungskette in mehreren Schritten, die mit der gesetzgeberischen Entscheidung für Klimaschutz durch die Nutzung des Instruments des Emissionshandels (dazu sogleich 1.) beginnt, über das durch die Ausgestaltung geschaffene Bewirtschaftungssystem führt (dazu sogleich 2.) und in der Wirkung zu einer konkreten Zurechnung eines Vorteils zu einzelnen Unternehmen (dazu sogleich 3.) führt und dort schließlich einen Sondervorteil hinterlässt, den der Staat abschöpfen darf (dazu sogleich 4.).

1. Ausgangspunkt der Argumentationskette ist die staatliche Entscheidung für ein begrenztes Emissionsbudget. Die Zulässigkeit einer solchen Verknappungsentscheidung aus Gründen des Klimaschutzes hat das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich anerkannt (BVerfG 1 BvR 2864/13, Rn. 33, Hervorhebungen nicht im Original):

„(bb) Die Reinheit der Luft stellt eine knappe natürliche Ressource dar. Der deutsche Gesetzgeber hat mit der Einführung des Emissionshandelssystems die Knappheitssituation daraus hergeleitet, dass die Luft nur in begrenztem Maße Kohlendioxid aufnehmen könne, ohne dass dies schädliche Auswirkungen auf das Klima habe (vgl. § 1 TEHG; BTDrucks 15/2328, S. 7; vgl. auch Erwägungsgrund Nr. 3 der Emissionshandelsrichtlinie). Das knappe Gut ist folglich nicht die Luft selbst, sondern ihr Verschmutzungsgrad. Diese Erwägung ist ohne weiteres nachvollziehbar, jedenfalls aber von Verfassungs wegen nicht zu beanstanden.“

2. Diese durch die gesetzgeberische Entscheidung verknappte Budget wird durch den Emissionshandel einem öffentlich-rechtlichen Bewirtschaftungssystem unterworfen. Dieses entsteht dadurch, dass es den Unternehmen nicht mehr freisteht, die Atmosphäre kostenfrei und unbegrenzt zur Aufnahme der Kohlendioxidemissionen zu nutzen, indem sie zur Teilnahme verpflichtet werden (BVerfG 1 BvR 2864/13, Rn. 34 f., Hervorhebungen nicht im Original):

„(cc) Die Nutzung der Luft durch Emission von Kohlendioxid durch stark emittierende Anlagen unterliegt in Form des Emissionshandelsregimes auch einer öffentlich-rechtlichen Bewirtschaftung (...). Mit dem Emissionshandelssystem ist ein bis dahin kostenfreier und nur durch die natürlichen Ressourcengrenzen beschränkter Nutzungsraum dem ungeregelten Zugriff entzogen und kontingiert worden.

(...) Die Teilnahme am Emissionshandelssystem ist den Verantwortlichen nicht freigestellt und wird in ihren Rahmenbedingungen hoheitlich kontrolliert.“

3. Anders als im Wasserrecht entscheidet der Staat nicht letztverbindlich, welches Unternehmen in welchem Umfang emittieren darf, sondern diese Zuordnung erfolgt als Konsequenz marktlicher Prozesse, indem die Zertifikate handelbar sind. Dies ist aus Sicht des Bundesverfassungsgerichts unproblematisch zulässig (BVerfG 1 BvR 2864/13, Rn. 36 f., Hervorhebungen nicht im Original):

„(...). Durch Bestimmung des Cap, also der Gesamtmenge der zulässigen Emissionen (vgl. § 4 Abs. 2 Satz 1 ZuG 2012), setzt der Staat den Marktmechanismus überhaupt erst in Gang. Die Nutzung der Ressource Luft wird durch diese Begrenzung quantitativ gesteuert und einer marktwirtschaftlichen Verteilungsordnung unterworfen (...).

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 (...).“

4. Daraus entsteht ein Sondervorteil bei den Unternehmen, die über einen Teil der begrenzt verfügbaren Emissionszertifikate verfügen im Vergleich zu solchen Unternehmen, die keine Zertifikate besitzen (BVerfG 1 BvR 2864/13, Rn. 32, Hervorhebungen nicht im Original)<sup>3</sup>.

„(aa) Dem Betreiber einer Anhang 1 zum Treibhausgas-Emissionshandels-gesetz unterfallenden Anlage, dem der Staat Emissionsberechtigungen ver-kaufte, wird ein Sondervorteil gegenüber all denjenigen Betreibern emissi-onshandelspflichtiger Anlagen zuteil, die nicht über (genügend) Emissions-berechtigungen verfügen und damit die Luft nicht im gleichen Umfang zum Zweck der Ableitung von CO<sub>2</sub>-Emissionen nutzen dürfen. Dass außerhalb des Anwendungsbereichs des Treibhausgas-Emissionshandelsgesetzes die Emission von Kohlendioxid ohne Emissionszertifikate zulässig ist, ändert nichts an dem Sondervorteil innerhalb des Emissionshandelssystems. Den Sondervorteil, der mit dem Emissionszertifikat verbunden ist, erhält jeder, der eine solche Berechtigung vom Staat käuflich erwirbt, sei es der Betrei-ber einer stromproduzierenden Anlage der Energiewirtschaft, der Betreiber einer Industrieanlage oder ein Dritter.“

## 2. Keine Kompatibilität des BEHG-Entwurfs mit den Anforderungen des Bundes-verfassungsgerichts

Diesen Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts genügt der vorgelegte Entwurf des BEHG nicht<sup>4</sup>. Er regelt zwar zunächst ein zur Verfügung stehendes Emissionsbudget und damit scheinbar eine – vom Bundesverfassungsgericht geforderte – Knappheit (dazu a). Beim näheren Hinsehen wird aber deutlich, dass diese Knappheit anders als die Mengenbegrenzung im europäischen Emissionshandel wirkt und sich damit entscheidend von dem für die verfassungsrechtliche Bewertung zentralen Strukturelement unterscheidet (dazu b). Der Versuch, die Regelungen als ausnahmsweise zulässige Einführungsphase zu qualifizieren, erscheint wenig überzeugend (dazu c).

### a) Zwar ein Budget, ...

Der BEHG-E regelt in § 4 die jährlich verfügbare Menge an Brennstoffemissionen dem Grunde nach. Dies leitet sich nach Absatz 1 aus dem zur Verfügung stehenden europäischen Emissionsbudget für Deutschland nach Art. 4 Abs. 1 i. V. m. Anhang 1 Verordnung (EU) 2018/842 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30.05.2018 zur Festlegung verbindlicher nationaler

---

<sup>3</sup> Auf diese Begründungskette stellt auch die Bundesregierung in der Begründung zum BEHG-E ab, vgl. BR-Drs. 533/19, S. 20.

<sup>4</sup> So auch *Klinski/Keimeyer*, Zur finanzverfassungsrechtlichen Zulässigkeit eines nationalen Zertifikatehandels für CO<sub>2</sub>-Emissionen aus Kraft- und Heizstoffen, Berlin, 06.09.2019, S. 10.

Jahresziele für die Reduzierung der Treibhausgasemissionen im Zeitraum 2021 bis 2030 als Beitrag zu Klimaschutzmaßnahmen zwecks Erfüllung der Verpflichtungen aus dem Übereinkommen von Paris sowie zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 525/2013<sup>5</sup> (im BEHG-E als „EU-Klimaschutzverordnung“ bezeichnet, § 3 Nr. 5 BEHG-E) ab. Die genaue Festlegung erfolgt durch eine Rechtsverordnung der Bundesregierung, § 4 Abs. 2 BEHG-E. Eine Erhöhung des Emissionsbudgets ist vorgesehen nach § 4 Abs. 3 bis 5 BEHG-E, um eine doppelte Erfassung der Emissionen durch das BEHG und den EU-Emissionshandel zu vermeiden.

Für die Jahre 2021 bis 2026 ist darüber hinaus noch eine weitere Erhöhung des Budgets vorgesehen. Nach § 5 BEHG-E wird die Menge der zur Verfügung stehenden Zertifikate nach § 4 BEHG-E in dem Umfang erhöht, indem die Menge nach § 4 BEHG-E nicht ausreichend ist, um die Nachfrage zu decken.

Diese Erhöhung nach § 5 BEHG-E erfolgt durch Nutzung der Flexibilitätsmöglichkeiten der EU-Klimaschutzverordnung. Hierzu zählen etwa die folgenden Optionen:

1. Zunächst hat der Mitgliedsstaat die Möglichkeit, bis zu 10 Prozent (ab 2026: 5 Prozent der Emissionszuweisung für das Folgejahr **vorwegzunehmen** (Art. 5 Abs. 1 und 2 EU-Klimaschutzverordnung) und zu seiner Emissionszuweisung hinzuzuaddieren.
2. Ein Mitgliedstaat hat aber auch die Möglichkeit, von anderen Mitgliedsstaaten Treibhausgasemissionen **anzukaufen**, welche diesen zugewiesen wurden. Auf der Geberseite ist dies insofern begrenzt, als es einem Mitgliedstaat nur gestattet ist, 5 Prozent (ab 2026: 10 Prozent) seiner jährlichen Emissionszuweisung zu übertragen (Art. 5 Abs. 4 EU-Klimaschutzverordnung). Der Ankauf wird hingegen nicht beschränkt. Die Beschränkung gilt allerdings dann nicht, wenn feststeht, dass ein Mitgliedstaat unter seiner jährlichen Emissionszuweisung bleibt (Art. 5 Abs. 5 EU-Klimaschutzverordnung). Diese „Resttreibhausgasemissionen“ können frei übertragen werden.
3. Die EU-Klimaschutzverordnung sieht auch eine **Ansparmöglichkeit** vor. Der überschüssige Teil der Emissionszuweisungen kann auf die Folgejahre übertragen werden (Art. 5 Abs. 3 lit. a EU-Klimaschutzverordnung). Ab 2022 wird diese aber auf 30 Prozent der jährlichen Emissionszuweisung begrenzt (Art. 5 Abs. 3 lit. b EU-Klimaschutzverordnung).

Auch wenn diese Flexibilitätsmöglichkeiten durchaus größere Spielräume schaffen, könnte aus dem Zusammenwirken von § 4 BEHG-E und § 5 BEHG-E eine Mengengrenzung resultieren. Der Wortlaut des § 5 BEHG-E lässt aber offen, wie zu verfahren ist, wenn die im Rahmen der Flexibilisierungsmöglichkeiten verfügbaren Mengen nicht ausreichen sollten, um die über das Budget nach § 4 BEHG-E hinausgehende Nachfrage nach Zertifikaten zu decken. Es wird keine eindeutige Begrenzung normiert. Vielmehr wird lediglich formuliert, dass der „darüber hinausgehende Bedarf an Emissionszertifikaten durch Nutzung von Flexibilisierungsmöglichkeiten (...) gedeckt“ wird.

---

<sup>5</sup> ABl. EU vom 19.06.2018, L 156/26.

Deutlich wird dagegen § 10 Abs. 1 S. 1 BEHG-E (Hervorhebungen nicht im Original):

„Die nach § 4 Absatz 1 und 3 festgelegte Menge an Emissionszertifikaten sowie der zusätzliche Bedarf, der sich in der Einführungsphase nach Absatz 2 ergeben kann, werden durch die zuständige Behörde veräußert.“

Während in § 5 BEHG-E offen bleibt, ob sich aus den europäischen Flexibilisierungsmöglichkeiten eine immanente Grenze ergibt, wird in § 10 Abs. 1 BEHG keinerlei Grenze benannt und lediglich ein Verweis zu den Mengen nach § 4 geschaffen, hingegen aber zu § 5 vermieden.

#### **b) ... aber keine bei den Unternehmen spürbare Knappheit**

Bei genauerem Hinsehen dürften die Regelungen zur Mengenbegrenzung im BEHG-E nicht den Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts an eine Vorteilsabschöpfungsabgabe analog zur Rechtsprechung zum europäischen Emissionshandel genügen. Denn das Bundesverfassungsgericht hat deutlich herausgestellt, dass es nicht ausreichend ist, dass überhaupt eine Mengenbegrenzung geregelt wird. Vielmehr verlangt es, dass aus dieser eine Knappheit für die verpflichteten Unternehmen resultiert, die diese zum Handeln nötigt (BVerfG 1 BvR 2864/13, Rn. 35, Hervorhebungen nicht im Original):

„Denn 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 (...).“

Der Regelfall des BEHG-E enthält kein solches hinter dem Bedarf zurückbleibendes Emissionsbudget. Vielmehr kann jedes verpflichtete Unternehmen seinen Bedarf zu dem in § 10 BEHG-E festgelegten Betrag decken. Ein darüber hinausgehender Markt entsteht nicht, ein kosteneffizientes Verhalten wird gerade nicht angereizt.

Sollten die nach § 4 Abs. 1 und 3 zur Verfügung stehenden Zertifikate nicht ausreichen, greifen die europäischen Flexibilisierungsmöglichkeiten. Diese führen ebenfalls nicht dazu, dass es eine Knappheit bei den verpflichteten Unternehmen gibt. Selbst wenn es einen Zukauf von Berechtigungen geben sollte, würde dieser nicht durch die verpflichteten Unternehmen erfolgen, sondern ausschließlich durch den Staat. Die Unternehmen würden so keinerlei Knappheitssignalen oder Preisrisiken ausgesetzt, maßgeblich wäre für Sie ausschließlich der in § 10 Abs. 2 BEHG-E festgelegte Zertifikatspreis.

Erst auf einer dritten Stufe könnte sich damit überhaupt die Frage stellen, ob es eine Knappheit im BEHG-E geben könnte. Dies wäre dann der Fall, wenn die Zertifikatsmengen nach § 4 und § 5 BEHG-E nicht ausreichen würden, um die Gesamtnachfrage zu decken. Aus rechtswissenschaftlicher Perspektive kann nicht beurteilt werden, wie wahrscheinlich eine solche Möglichkeit überhaupt ist oder ob es sich lediglich um eine theoretische Möglichkeit handelt. Nur wenn die Summe dieser beiden Teilmengen regelmäßig überschritten würde, wären aber die

Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts erfüllt, dass das Angebot hinter dem Bedarf zurückbleiben muss.

Selbst darauf würde es nicht ankommen, wenn auch in diesem Fall weiterhin Zertifikate zu den in § 10 Abs. 2 BEHG-E genannten Preisen verkauft werden müssten. Dann würde faktisch neben §§ 4 und 5 BEHG-E eine dritte Teilmenge an Zertifikaten zur Verfügung stehen. Für eine jedenfalls theoretisch mögliche Knappheit sprechen §§ 4 und 5 BEHG-E, die ein (ggf. erweitertes im Vorhinein unbestimmtes, aber abstrakt bestimmbares) Gesamtemissionsbudget beschreiben. Gegen eine Knappheit – auch nur eine theoretisch denkbare – spricht aber eindeutig der Wortlaut des § 10 BEHG-E. Dort heißt es lediglich, dass die „nach § 4 Absatz 1 und 3 festgelegte Menge an Emissionszertifikaten sowie der zusätzliche Bedarf, der sich in der Einführungsphase nach Absatz 2 ergeben kann,“ durch die zuständige Behörde veräußert werden. Eine Bindung des Bundesumweltamtes als der nach § 13 Abs. 1 BEHG-E zuständigen Behörde an das Budget nach §§ 4, 5 BEHG-E ist weder in § 10 noch an anderer Stelle normiert. Daher spricht viel dafür, dass das Umweltbundesamt in den Jahren 2021 bis 2025 jede Nachfrage eines verpflichteten Unternehmens zu den gesetzlich festgelegten Fixpreisen decken muss und es keine Situation geben kann, in der „die Zahl der ausgegebenen Berechtigungen hinter dem Bedarf zurückbleibt“. Die Wirkung des § 5 BEHG-E bleibt damit rein deklaratorisch und beschreibt die Folgen, die sich auch unmittelbar aus der EU-Klimaschutzverordnung ableiten lassen.

Dieses Ergebnis würde auch den Festlegungen im Klimaschutzprogramm 2030 der Bundesregierung entsprechen. In den Beschlüssen des Bundeskabinetts zu den Eckpunkte für das Klimaschutzprogramm 2030<sup>6</sup> vom 20. September 2019, zum Klimaschutzprogramm 2030 der Bundesregierung zur Umsetzung des Klimaschutzplans 2050<sup>7</sup> vom 9. Oktober 2019 und zu den Eckpunkten zur Ausgestaltung eines nationalen Emissionshandels für Wärme und Verkehr<sup>8</sup> vom 16. Oktober 2019 finden sich keine Aussagen, die auf eine Knappheit der Zertifikate in der Zeit von 2021 bis 2025 hindeuten. Wortgleich heißt es in allen Dokumenten:

„Zunächst wird ein Festpreissystem eingeführt, bei dem Zertifikate auf der vorgelegerten Handelsebene an die Unternehmen, die die Heiz- und Kraftstoffe in Verkehr bringen, verkauft werden. Teilnehmer am nEHS sind die Inverkehrbringer oder Lieferanten der Brenn- und Kraftstoffe.

Dadurch entsteht ein verlässlicher Preispfad, der es Bürgern und Wirtschaft ermöglicht, sich auf die Entwicklung einzustellen.

(...)

---

<sup>6</sup> Abrufbar unter <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/975232/1673502/768b67ba939c098c994b71c0b7d6e636/2019-09-20-klimaschutzprogramm-data.pdf?download=1>

<sup>7</sup> Abrufbar unter <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/975226/1679914/e01d6bd855f09bf05cf7498e06d0a3ff/2019-10-09-klima-massnahmen-data.pdf?download=1>.

<sup>8</sup> Abrufbar unter [https://www.bmu.de/fileadmin/Daten\\_BMU/Download\\_PDF/Klimaschutz/eckpunkte\\_national\\_emissionshandel\\_waerme\\_verkehr\\_bf.pdf](https://www.bmu.de/fileadmin/Daten_BMU/Download_PDF/Klimaschutz/eckpunkte_national_emissionshandel_waerme_verkehr_bf.pdf).

Werden in einem Jahr mehr Zertifikate ausgegeben, als es den Emissionszuweisungen für Deutschland entspricht, müssen aus anderen europäischen Mitgliedsstaaten solche zugekauft werden.

Ab 2026 wird eine maximale Emissionsmenge festgelegt, (...)“<sup>9</sup>“

In den Eckpunkten zur Ausgestaltung eines nationalen Emissionshandels für Wärme und Verkehr findet sich dann zusätzlich noch der folgende Passus, der am Ende auch ausdrücklich noch einmal festhält, dass das Angebot nicht hinter dem Bedarf zurückbleiben wird (Hervorhebungen nicht im Original):

**„Festlegung einer Gesamtmenge an Zertifikaten**

Für die Zeit ab dem Start des nationalen EHS im Jahr 2021 wird ein jährlich absinkendes Budget an Emissionszertifikaten festgelegt. Soweit dieses Budget aufgrund der Preissteuerungsinstrumente nicht ausreicht und die Jahresbudgets der EU-Klimaschutzverordnung nicht erfüllt werden, wird der darüber hinaus gehende Bedarf an Zertifikaten durch staatliche Nutzung von Flexibilisierungsmöglichkeiten nach der EU-Klimaschutzverordnung einschl. der Möglichkeit des Zukaufs aus Drittstaaten gedeckt. Die für die Jahre 2021-2026 festgelegten Preisgrenzen bleiben davon unberührt. Es wird sichergestellt, dass jeder Verpflichtete für seinen Bedarf Emissionszertifikate zu diesen Preisen kaufen kann.“<sup>10</sup>

Auch das Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und nukleare Sicherheit hat im Referententwurf das Verständnis zugrunde gelegt, dass sich das Angebot an Zertifikaten nach der Nachfrage richten soll. In der Gesetzesbegründung zu § 5 hieß es ausdrücklich:

„Da in der Einführungsphase Emissionszertifikate zum Festpreis abgegeben werden, richtet sich die ausgegebene Menge an Emissionszertifikaten nach dem Bedarf und es kann somit nicht sichergestellt werden, dass die jährlichen Emissionsmengen eingehalten werden.“<sup>11</sup>

Auch wenn diese Formulierung in dem von der Bundesregierung beschlossenen Gesetzesentwurf nicht mehr enthalten ist, ist offensichtlich, dass damit keine Änderung in der Sache einhergehen sollte. Denn während es im Referententwurf zunächst in § 11 BEHG-RefE (entspricht § 10 BEHG-E der Bundesregierung) nur hieß, dass

---

<sup>9</sup> Eckpunkte für das Klimaschutzprogramm vom 20.09.2019, S. 4, Klimaschutzprogramm 2030 vom 09.10.2019, S. 24 f., Eckpunkte zur Ausgestaltung eines nationalen Emissionshandels für Wärme und Verkehr vom 16.10.2019, S. 2. S. 1 und 3 sind ähnlich auch in der Gesetzesbegründung zum BEHG-E der Bundesregierung enthalten, BR-Drs. 533/19, S. 20 a. E.

<sup>10</sup> Eckpunkte zur Ausgestaltung eines nationalen Emissionshandels für Wärme und Verkehr vom 16.10.2019, S. 7.

<sup>11</sup> Referententwurf des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz und nukleare Sicherheit, Entwurf eines Gesetzes über ein nationales Emissionshandelssystem für Brennstoffemissionen (BEHG), S. 36, abrufbar unter [https://www.bmu.de/fileadmin/Daten\\_BMU/Download\\_PDF/Glaeserne\\_Gesetze/19\\_Lp/behg\\_refe/Entwurf/behg\\_refe\\_bf.pdf](https://www.bmu.de/fileadmin/Daten_BMU/Download_PDF/Glaeserne_Gesetze/19_Lp/behg_refe/Entwurf/behg_refe_bf.pdf)

„die nach § 4 Absatz 1 festgelegte Menge an Emissionszertifikaten veräußert (wird)“,

stellt die von der Bundesregierung beschlossene Fassung in § 10 BEHG-E dagegen ausdrücklich auf zusätzliche Mengen entsprechend dem Bedarf ab (Hervorhebungen nicht im Original):

„Die nach § 4 Absatz 1 und 3 festgelegte Menge an Emissionszertifikaten sowie der zusätzliche Bedarf, der sich in der Einführungsphase nach Absatz 2 ergeben kann, werden durch die zuständige Behörde veräußert.“

Das oben gefundene Ergebnis entspricht offenbar auch dem Verständnis des Wirtschaftsausschusses des Bundesrates<sup>12</sup>. Im Antrag der Ausschüsse zur Stellungnahme des Bundesrates zum BEHG-E führt er aus, dass die Ausgabe zusätzlicher Zertifikate nach dem Bedarf „in der Begründung zu § 5 und in § 10 Absatz 1 vorausgesetzt (wird)“. Zur Klarstellung soll daher ein neuer § 4 Abs. 2 S. 2 BEHG-E aufgenommen werden, der ausdrücklich regelt, dass sich die verfügbaren Zertifikatsmengen in der Zeit von 2021 bis 2026 (sic!) nach der Nachfrage richten, um jederzeit zum Fixpreis Zertifikate zur Verfügung stellen zu können. Der Änderungsvorschlag lautet:

„Die festzulegenden Emissionsmengen richten sich in der Einführungsphase nach § 10 Absatz 2 und für die Dauer der Anwendung eines Preiskorridors nach dem tatsächlichen Bedarf.“

### **c) Rechtfertigung des Fixpreises als Übergangsvorschrift?**

Auch wenn dies im Gesetzentwurf der Bundesregierung nicht ausdrücklich genannt wird, ist gelegentlich als verfassungsrechtliche Rechtfertigung des Fixpreises dessen Charakter als Übergangsvorschrift zu hören. Daher würden weniger strenge Maßstäbe an die verfassungsrechtliche Zulässigkeit gelten, da die Regelungen im Zusammenhang mit der Zeit ab 2026 bzw. 2027 zu sehen seien, in denen eine Mengenbegrenzung bestünde und Handelsaktivitäten wie im europäischen Emissionshandel erfolgen würden. Dieses Argument erscheint allerdings sehr fraglich, weil es dem Gesetzgeber freistünde, verfassungskonforme Wege einzuschlagen, die dieselben Ziele erreichen würde (dazu auch unten unter C.). Auch die sehr lange Einführungsphase von fünf Jahren plus das Jahr 2026 mit einer weiteren Übergangsregelung erscheinen nicht dazu geeignet zu sein, der Regelung den Charakter einer notwendigen Übergangsphase zu bescheinigen, sondern Ausdruck einer politischen Entscheidung für ein fixen Preis zu sein, der bewusst keine Steuer sein soll. Auch wenn mangels einschlägiger Rechtsprechung keine belastbare Prognose zur verfassungsrechtlichen Bewertung möglich sind, erscheint das verfassungsrechtliche Risiko durch diese vermeintliche Rechtfertigung keineswegs ausgeschlossen zu sein.

---

<sup>12</sup> Empfehlungen der Ausschüsse zu Punkt ... der 982. Sitzung des Bundesrates am 8. November 2019, BR-Drs. 533/1/19, S. 7, abrufbar unter [https://www.bundesrat.de/SharedDocs/drucksachen/2019/0501-0600/533-1-19.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=1](https://www.bundesrat.de/SharedDocs/drucksachen/2019/0501-0600/533-1-19.pdf?__blob=publicationFile&v=1).

**d) Zwischenergebnis: Keine Übertragbarkeit der Rechtsprechung zum EU-Emissionshandel auf den BEHG-E mangels Knappheit der verfügbaren Emissionsberechtigungen**

Da das BEHG-E in der sog. Einführungsphase keine Vorkehrungen trifft, die eine Kontingentierung der Emissionen bei den zahlungspflichtigen Unternehmen sicherstellt, sondern im Gegenteil eine Versorgung mit Zertifikaten nach deren Bedarf vorsieht, entfällt ein wesentliches Kriterium für die Rechtfertigung einer nichtsteuerlichen Vorteilsabschöpfungsabgabe – die Knappheit. Daher ist die bisherige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Emissionshandel nicht auf das BEHG-E übertragbar.

- Ohne eine auf Ebene der verpflichteten Unternehmen wirksame Begrenzung entsteht keine Knappheit,
- ohne eine bei den Unternehmen spürbare Knappheit erfolgt keine Bewirtschaftung des knappen Gutes,
- ohne Bewirtschaftung fehlt es an dem Vorteil, das Gut trotz seiner Knappheit nutzen zu dürfen, und
- ohne diesen Vorteil kann es keine zulässige (Vorteils-)Abschöpfungsabgabe geben.

Freilich bleibt es möglich, dass das Bundesverfassungsgericht in Bezug auf das BEHG seine Anforderungen an einen Emissionshandel ändert oder einen in der bisherigen Rechtsprechung nicht erkennbaren weiteren Begründungsansatz entwickelt und daher zur Vereinbarkeit des BEHG mit dem Grundgesetz kommt. Ob dies der Fall sein wird, ist jedoch mit starken Unsicherheiten behaftet und wäre eine Überraschung. Denn aus der bisherigen Rechtsprechung ergeben sich keine Anhaltspunkte dafür, etwa über obiter dicta oder skizzierte Ausnahmen von den Kriterien.

## **II. Keine Übereinstimmung des BEHG-E mit anderen verfassungskonformen Ausgestaltungsvarianten**

Zu fragen ist ferner, ob die Zahlungspflicht nach § 10 Abs. 2 BEHG-E anderweitig verfassungsrechtlich zulässig sein könnte. Auch wenn die Voraussetzungen für einen aus dem Emissionshandel folgende Einordnung als nichtsteuerliche Abgabe in der Form einer Vorteilsabschöpfungsabgabe nicht vorliegen, könnte das Vorgehen verfassungsrechtlich zulässig sein, wenn es den Anforderungen an eine andere fiskalische Handlungsform entspricht. Während eine schlichte Verwaltungsgebühr ausscheidet, weil die Höhe des Fixpreises nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Gebührenbemessung genügt (dazu sogleich 1.), könnte darin eine Steuer (dazu unten 2. und 3.) oder Sonderabgabe (unten 4.) zu sehen sein. Doch auch diese Begründungsansätze führen nicht zu einer Zulässigkeit des gewählten Modells.

### **1. Fixpreis entspricht nicht den Anforderungen an die Bemessung einer Gebühr**

Auf der Suche nach einer verfassungsrechtlich zulässigen Handlungsform für die Zahlungspflicht ohne Cap in der sog. Einführungsphase könnte man eine Gebühr in den Blick nehmen, also eine

Geldleistung, die die öffentliche Hand für die Erbringung einer individuell zurechenbaren öffentlichen Leistung erhebt, vgl. § 1 BGebG. Denn in der Ausgabe von Zertifikaten durch eine Behörde könnte durchaus eine dem Unternehmen individuell zurechenbare Leistung gesehen werden.

Allerdings passt die von Jahr zu Jahr anwachsende Höhe nach § 10 Abs. 2 BEHG-E, die das Unternehmen zu entrichten hat, nicht zu den Maßstäben der Gebührenbemessung. Das Bundesverfassungsgericht hat deutlich gemacht, dass Gebühren in ihrer Höhe nicht beliebig festsetzbar sind:

„Die grundgesetzliche Finanzverfassung verlöre ihren Sinn und ihre Funktion, wenn unter Rückgriff auf die Sachgesetzgebungskompetenzen beliebig hohe Gebühren erhoben werden könnten; die Bemessung bedarf (...) einer besonderen, unterscheidungskräftigen Legitimation.“<sup>13</sup>

Neben dem Gebührenzweck der Kostendeckung sind zwar auch Vorteilsausgleich und Verhaltenslenkung als Rechtfertigung der Gebührenerhebung anerkannt<sup>14</sup>. Der jeweilige Zweck der Gebührenerhebung muss aber klar erkennbar sein, denn der Zahlungsverpflichtete muss wissen können, welche Zwecke mit der Gebührenbemessung verfolgt werden<sup>15</sup>. Unzulässig ist es deshalb etwa, wenn der Gesetzgeber seine Motive für die Gebührenerhebung verschleiert oder austauscht, denn das Bundesverfassungsgericht sagt deutlich: „Zur Normenklarheit gehört auch Normenwahrheit“<sup>16</sup>.

Eine Rechtfertigung der Zahlungspflicht in Höhe der in § 10 Abs. 2 BEHG-E verankerten Festpreise als Gebühr ist daher zwar nicht ausgeschlossen. Allerdings hätte der Gesetzgeber dann genau offenlegen und begründen müssen, welche Motive er konkret mit der festgelegten Gebührenhöhe verfolgt und dass es sich überhaupt um Gebühren handeln soll. Denn sonst ist für den Zahlungspflichtigen schlechterdings nicht erkennbar, weshalb er in welcher Höhe zu der Zahlung verpflichtet ist. Die Begründung über das bloße Motiv der Kostendeckung, wie in § 10 Abs. 4 BEHG-E angelegt, ist allein nicht tragfähig, wenn sich die Zahlungspflicht wie in § 10 Abs. 2 BEHG-E bei gleichbleibendem Verwaltungsaufwand von Jahr zu Jahr erhöht. Eine Rechtfertigung als Gebühr scheidet demnach aus.

## **2. Zertifikatsverkauf zum Fixpreis wohl keine Steuer, auch wenn er eine identische Wirkung entfaltet**

Aus ökonomischer Perspektive wird der Verkauf der Zertifikate zum Fixpreis nach § 10 Abs. 2 BEHG-E u. a. als Quasi-Steuer kritisiert. Zieht man die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum EU-Emissionshandel heran, dann dürfte in der Zahlungspflicht der Unternehmen nach § 10 Abs. 2 BEHG-E rechtlich jedoch keine Steuer zu sehen sein. Steuern sind voraussetzungslos,

---

<sup>13</sup> BVerfG, Urt. v. 19.03.2003 – 2 BvL 9/98, 1. Leitsatz.

<sup>14</sup> Ebd., juris Rn. 57.

<sup>15</sup> Ebd., juris Rn. 63.

<sup>16</sup> Ebd., juris Rn. 64.

ihnen steht keine Gegenleistung gegenüber. Im Rahmen des BEHG-E erhalten die zahlungspflichtigen Unternehmen jedoch ein Zertifikat, das einen Gegenwert und eine Funktion für sie beinhaltet. Genau darin dürfte aber eine Gegenleistung liegen (BVerfG 1 BvR 2864/13, Rn. 26):

„Bei den Erlösen aus der Veräußerung der Emissionszertifikate handelt es sich insbesondere nicht um Steuern (...), also öffentliche Abgaben, die als Gemeinlast (...) ohne individuelle Gegenleistung („voraussetzungslos“) zur Deckung des allgemeinen Finanzbedarfs eines öffentlichen Gemeinwesens erhoben werden (...). Die Erlöse werden nicht voraussetzungslos, sondern als Gegenleistung für die erworbenen Emissionsberechtigungen erhoben.“

Daher erscheint es bereits fraglich, ob in den Regelungen des § 10 Abs. 2 BEHG-E hilfsweise eine Kohlendioxid-Steuer gesehen werden könnte.

### 3. Kohlendioxid-Steuer ohnehin nicht verfassungskonform

Selbst wenn die Zahlungen nach § 10 Abs. 2 als gegenleistungslos i. S. d. Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu qualifizieren wären, dann läge trotzdem keine verfassungsrechtlich zulässige Steuer vor. Das Bundesverfassungsgericht gesteht dem Bundestag kein Steuererfindungsrecht zu. Der Gesetzgeber darf sich nur im Rahmen der bestehenden Steuertypen des Grundgesetzes bewegen, wie etwa der Verbrauchsteuer<sup>17</sup>. Diese setzen als Steuergegenstand aber ein Gut des ständigen Bedarfs voraus<sup>18</sup>, was Kohlendioxid nicht ist. Anknüpfungspunkt könnte zwar der jeweilige Energieträger sein und sein Kohlenstoffgehalt bloßer Bemessungsmaßstab<sup>19</sup>. Das ist in der Konzeption des BEHG-E aber nicht umgesetzt. Vielmehr stellt das BEHG-E auf die mittelbaren Kohlendioxidemissionen ab. Dies wird bereits an den Begriffsbestimmungen des § 3 BEHG-E deutlich. Zu prägenden Begriffen gehört z. B. der der „Brennstoffemissionen“, worunter nach § 3 Nr. 1 BEHG-E

„die Menge Kohlendioxid in Tonnen, die bei einer Verbrennung von Brennstoffen nach Anlage 1 freigesetzt werden kann und dem Verantwortlichen infolge des Inverkehrbringens nach § 2 Absatz 2 zugerechnet wird“

zu verstehen ist, oder das „Emissionszertifikat“,

---

<sup>17</sup> BVerfG, Beschluss vom 13.4.2017 – 2 BvL 6/13, 3. Leitsatz.

<sup>18</sup> BVerfG, Beschluss vom 13.4.2017 – 2 BvL 6/13, Rn. 112.

<sup>19</sup> *Kahl*, Die Entscheidung des BVerfG zur Kernbrennstoffsteuer – Eine kurze Kritik, *EnWZ* 7/2017, S. VII f.; *Kupfer/Karrer/Toussaint*, Machbarkeitsstudie CO<sub>2</sub>-Abgabe, Freiburg, September 2017, S. 18; *Kahl/Simmel*, Europa- und verfassungsrechtliche Spielräume einer CO<sub>2</sub>-Bepreisung in Deutschland, *Würzburger Studien zum Umweltenergierecht* Nr. 6, Oktober 2017, S. 34 ff.; *Antoni/Rodi*, Möglichkeiten einer flankierenden CO<sub>2</sub>-Bepreisung durch öffentlich-rechtliche Abgaben, Januar 2019, S. 11; *Klinski/Keimeyer*, Zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit eines CO<sub>2</sub>-Zuschlags zur Energiesteuer, Berlin, 19.08.2019, S. 15 ff.

„das zur Emission einer Tonne Treibhausgase in Tonnen Kohlendioxidäquivalent in einem bestimmten Zeitraum berechtigt“.

In Kombination mit den Emissionsmengen nach § 4 BEHG-E und den an den Emissionen ansetzenden Grundpflichten der §§ 6 bis 8 BEHG-E wird deutlich, dass das Gesetz auf die Kohlendioxidemissionen abstellt und damit eine Umdeutung in eine Steuer nicht zu einer verfassungsrechtlichen Zulässigkeit des Vorhabens führen würde.

#### **4. Sonderabgabe zwar möglich, aber mit Plänen zur Mittelverwendung nicht vereinbar**

Wenn in der Zahlungspflicht nach § 10 Abs. 2 BEHG-E weder eine verfassungsrechtlich zulässige Vorteilsabschöpfungsabgabe, noch eine verfassungskonforme Steuer zu sehen ist, dann könnte darin noch eine Sonderabgabe zu sehen sein. Als Auffangkategorie mit Warnfunktion<sup>20</sup> handelt es sich bei Sonderabgaben um eine hoheitlich auferlegte Geldleistungspflicht, der keine unmittelbare Gegenleistung gegenübersteht, die nur von einer bestimmten Gruppe erhoben wird und deren Aufkommen sachgebunden in einen speziellen Fond – hier wohl in das Sondervermögen „Energie- und Klimafonds“ (EKF) – fließt<sup>21</sup>.

Da mit Sonderabgaben wichtige finanzverfassungsrechtliche Grundsätze wie die Vollständigkeit des Bundeshaushalts, das Budgetrecht des Parlaments, die Belastungsgleichheit der Bürger oder die Kompetenz- und Einnahmenverteilung zwischen Bund und Ländern unterlaufen werden können<sup>22</sup>, hat das Bundesverfassungsgericht ihre Zulässigkeit an einen strengen Kriterienkatalog geknüpft.

Während teilweise vertreten wird, Sonderabgaben mit bloßer Lenkungsfunktion seien weniger streng zu handhaben als Sonderabgaben mit Finanzierungsfunktion<sup>23</sup>, hat der 2. Senat des Bundesverfassungsgerichts klar gemacht, dass alle Zulässigkeitskriterien zu gelten hätten, sobald die Abgabe – und sei es als Nebenzweck – auch einen Finanzierungszweck verfolge<sup>24</sup>.

Eine Lenkungsfunktion bei den Inverkehrbringern von fossilen Kraft- und Heizstoffen ist nach dem hier in Frage stehenden Modell schon fraglich, denn sie können gegen Entgelt jedenfalls in den Jahren 2021 bis 2025 beliebig viele Zertifikate erwerben und die Kosten an ihre Kunden weitergeben. Das Verhalten der Inverkehrbringer wird – ohne die Mengenbeschränkung – also gerade nicht in eine bestimmte Richtung gelenkt. Da das hier in Frage stehende Modell daneben

---

<sup>20</sup> Schiller, Sonderabgaben mit einer wirtschaftslenkenden Antriebs- und Sanktionsfunktion in der Wirtschafts- und Finanzverfassung des Grundgesetzes, München 2000, S. 10 ff.

<sup>21</sup> Pieroth, in: Jarras/ders. (Hrsg.), GG, 14. Auflage, München 2016, Art. 105, Rn. 9.

<sup>22</sup> Ausführlich zu den einschlägigen Schutzgütern der Finanzverfassung von Stockhausen, Gesetzliche Preisintervention zur Finanzierung öffentlicher Aufgaben, Berlin 2007, S. 198 ff.

<sup>23</sup> Dröge, Legitimation und Grenzen nichtsteuerlicher Angaben, Die Verwaltung, Band 46 (2013), S. 313 (321) mit Verweis auf BVerfG, NVwZ 2009, 837 f.

<sup>24</sup> BVerfGE 67, S. 256 (278).

zumindest auch einen Finanzierungszweck verfolgt, denn die daraus zu finanzierenden Aufgaben werden im Klimaschutzprogramm 2030 mit benannt, muss hier folglich der gesamte Kriterienkatalog angelegt werden.

Nach diesem sind Sonderabgaben u. a. nur zulässig bei

- Gruppengleichheit der Adressaten<sup>25</sup>,
- Sachnähe der Gruppe zu der mit der Abgabe finanzierten Aufgabe<sup>26</sup>,
- Gruppenverantwortung für die Finanzierung der Aufgabe<sup>27</sup> und einer
- gruppennützigen Verwendung der Einnahmen<sup>28</sup>.

Die Inverkehrbringer von fossilen Kraft- und Heizstoffen sind gewiss eine homogene Gruppe. Da sie Produkte auf den Markt bringen, die Emissionen verursachen, haben sie auch eine spezielle Verantwortung. Allerdings stellt sich die Frage, wie weit diese Verantwortung reicht. Geht es darum, von ihnen Geld einzusammeln, um die von ihnen belieferten sektoralen Anwendungen emissionsärmer zu machen, kann man gewiss von einer gruppennützigen Verwendung der eingenommenen Mittel sprechen.

Werden die Mittel allerdings außerhalb dieser Anwendungen verwendet, dürfte diese Verantwortung enden. Die Senkung der EEG-Umlage etwa, dürfte ebenso wenig von dieser Finanzierungsverantwortung umfasst sein wie die Senkung der Umsatzsteuer auf Bahntickets, Kaufprämien für Elektroautos oder gar die Erhöhung der Pendlerpauschale ab dem 21. Kilometer. Innerhalb des EKF oder in einem gesonderten Fonds müsste also eine genaue Zuordnung derjenigen Ausgaben erfolgen, die sich aus der Sonderabgabe speisen. Es zeigt sich hier, dass die Spielräume für die Mittelverwendung bei der Sonderabgabe eher eng sind, soll diese nicht in die Unzulässigkeit kippen.

Da soweit erkennbar aktuell keine strenge Mittelbindung vorgesehen und gewünscht ist, sondern die eingenommenen Gelder für die vielfältigen Maßnahmen des Klimaschutzprogramms 2030 eingesetzt werden sollen, ist aktuell davon auszugehen, dass ohne substantielle Änderungen am Gesamtprogramm in den Fixpreisen des BEHG-E keine zulässige Sonderabgabe gesehen werden dürfte.

### **III. Risiko einer Rückzahlungspflicht**

Aus den beschriebenen verfassungsrechtlichen Bedenken resultiert letztlich das Risiko, dass die erzielten Einnahmen aus dem BEHG zu einem späteren Zeitpunkt zurückgezahlt werden müssen.

---

<sup>25</sup> BVerfGE 55, S. 274 (305 f.) mit Verweis auf E 23, S. 12 (23 f.) siehe auch E 37, S. 1 (16); 67, S. 256 (276); 108, S. 186 (218); 110, S. 370 (389 f.).

<sup>26</sup> BVerfGE 55, S. 274 (306); siehe auch E 67, S. 256 (276); 82, S. 159 (180); 110, S. 370 (390).

<sup>27</sup> BVerfGE 55, S. 274 (306); siehe auch E 67, S. 256 (276); 82, S. 159 (180).

<sup>28</sup> BVerfGE 55, S. 274 (307 f.); siehe auch E 67, S. 256 (276 f.); 82, S. 159 (180); 93, S. 319 (344); 110, S. 370, (391).

Damit sich dieses Risiko realisiert, müssen zwei Bedingungen eintreten. Zunächst muss das Bundesverfassungsgericht nach Inkrafttreten des Gesetzes angerufen werden und aus den hier dargestellten oder anderen Gründen zu dem Ergebnis kommen, dass die Zahlungspflichten nach § 10 Abs. 2 BEHG-E in der hier vorgeschlagenen Form nicht mit der Verfassung vereinbar sind. Zusätzlich müsste der Urteilsspruch des Bundesverfassungsgerichts auch zu einer Rückzahlungspflicht infolge einer Nichtigkeit des Gesetzes führen und sich nicht nur darauf beschränken, die Unvereinbarkeit des BEHG festzustellen. Eine eindeutige Prognose zur Frage nach der Realisierungswahrscheinlichkeit ist daher nicht möglich. Dennoch besteht eine solche Möglichkeit durchaus.

In der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Kernbrennstoffsteuer<sup>29</sup> kann ein Hinweis auf die möglichen Rechtsfolgen zu sehen sein. Dem Bundesverfassungsgericht stehen für den Fall, dass Teile des BEHG oder das ganze Gesetz nicht mit dem Grundgesetz für vereinbar hält, grundsätzlich zwei Möglichkeiten offen: Es kann die Unvereinbarkeit des Gesetzes mit dem Grundgesetz aussprechen oder zugleich auch dessen Nichtigkeit feststellen. Die Folgen der Unvereinbarkeit beschränken sich lediglich auf die Zukunft, eine Rückzahlungspflicht würde nicht entstehen. Dagegen wären bei der Nichtigkeitsfeststellung alle gezahlten Gelder den zu Unrecht in Anspruch genommenen Schuldner zurückzuzahlen, da die Zahlungen von Beginn an ohne wirksame gesetzliche Grundlage erfolgt wäre.

In der Entscheidung zur Kernbrennstoffsteuer hat das Bundesverfassungsgericht die Nichtigkeit festgestellt und damit eine Rückzahlungspflicht ausgelöst. Neben den zu Unrecht gezahlten Beträgen sind auch Zinsen in Höhe von 6 Prozent jährlich zu zahlen. Es hat die Abwägung zwischen der Notwendigkeit einer verlässlichen Finanz- und Haushaltsplanung einerseits und der Rechtsverletzung andererseits zu Lasten des Staates getroffen, weil es von Anfang an erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken gegeben hat (BVerfG 2 BvL 6/13, Rn. 162, Hervorhebungen nicht im Original):

„Der Verstoß des Kernbrennstoffsteuergesetzes gegen Art. 105 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 106 Abs. 1 Nr. 2 GG führt vorliegend zur Nichtigerklärung (vgl. § 82 Abs. 1 i.V.m. § 78 BVerfGG) des Gesetzes und nicht nur zur Feststellung der Unvereinbarkeit der Norm mit dem Grundgesetz (vgl. § 82 Abs. 1 i.V.m. § 79 Abs. 1 und § 31 Abs. 2 BVerfGG). Eine bloße Unvereinbarkeitserklärung hat das Bundesverfassungsgericht zwar wiederholt bei haushaltswirtschaftlich bedeutsamen Normen, insbesondere Steuer- und Abgabengesetzen, ausgesprochen. Die Notwendigkeit einer verlässlichen Finanz- und Haushaltsplanung sowie einer entsprechenden Finanz- und Haushaltswirtschaft kann es hier gebieten, von einer Rückwirkung der Entscheidung abzusehen (BVerfGE 72, 330 <422>; 87, 153 <178 ff.>; 93, 121 <148>; 105, 73 <134>; 111, 191 <224 f.>; 117, 1 <70>), da der rückwirkenden Neubemessung staatlicher Einnahmen keine Möglichkeit zur Neube-

---

<sup>29</sup> BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 13. April 2017 – 2 BvL 6/13.

messung der Ausgaben entgegenstünde. Hieraus würde eine erhebliche Gefährdung der periodisch erfolgenden staatlichen Finanzplanung und -stabilität und eine Entlastung aktueller und vergangener Steuerzahler zu Lasten künftiger Steuerzahler folgen. Die Notwendigkeit einer verlässlichen Finanz- und Haushaltsplanung steht einer Rückwirkung der Entscheidung allerdings nicht stets entgegen (vgl. BVerfGE 122, 210 <246>; 126, 268 <285 f.>) und kann nur Geltung beanspruchen, wenn der Gesetzgeber sich auf seine Finanz- und Haushaltsplanung verlassen durfte. Dies war im Hinblick auf die von Anfang an mit erheblichen finanzverfassungsrechtlichen Unsicherheiten belastete Kernbrennstoffsteuer nicht der Fall.“

Die Höhe dieses Risikos ergibt sich zum einen aus den zu erwartenden Einnahmen und zum anderen aus der Zeitspanne bis zu einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts. Laut der Gesetzesbegründung rechnet die Bundesregierung mit Einnahmen i. H. v. rund 3,6 Mrd. Euro im Jahr 2021 und 8,275 Mrd. Euro im Jahr 2023<sup>30</sup>. Die Zeitspanne bis zu einer möglichen verfassungsgerichtlichen Klärung hängt vom Klageweg ab. Die verpflichteten Unternehmen können selbst nicht direkt gegen das Gesetz vorgehen, sondern müssten sich gegen einzelne Verwaltungsmaßnahmen vor den Verwaltungsgerichten zur Wehr setzen und so inzident letztlich die Verfassungsmäßigkeit überprüfen lassen. Im Regelfall ist dazu eine Urteilsverfassungsbeschwerde gegen das letztinstanzliche Urteil erforderlich, so dass der gesamte Instanzenzug durchlaufen werden muss, es sei denn, ein Instanzgericht legt die Frage nach der Verfassungskonformität des BEHG dem Bundesverfassungsgericht vor, Art. 100 GG (sog. Richtervorlage oder konkrete Normkontrolle). Dadurch lassen sich bis zu zwei Instanzen abkürzen. Eine schnellere Möglichkeit zur Klärung der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit des Vorgehens böte demgegenüber die abstrakte Normenkontrolle auf Antrag der Bundesregierung, der Landesregierung oder eines Viertels der Mitglieder des Bundestages, Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG i. V. m. §§ 13 Nr. 6, 76 ff. BVerfGG.

---

<sup>30</sup> Vgl. Begründung zum BEHG-E, BR-Drs. 533/19, S. 41; da sich der Fixpreis im Jahr 2022 im Vergleich zum Vorjahr verdoppelt, kann näherungsweise für 2022 auch mit etwas weniger als einer Verdopplung der Einnahmen gerechnet werden.

## **C. Möglichkeiten für eine verfassungskonforme Umsetzung der Pläne der Bundesregierung**

Um den Bedenken und den mit einer möglichen Verfassungswidrigkeit einhergehenden Risiken für den zukünftigen Haushaltsgesetzgeber zu begegnen, stehen verschiedene Ausgestaltungswege offen.

### **I. Emissionshandel**

Unproblematisch dürfte angesichts der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die Einführung eines (echten) Emissionshandels für den Wärme- und Verkehrsbereich sein, solange der in der Rechtsprechung skizzierte Weg beschritten wird. Dazu wäre aber eine bei den verpflichteten Unternehmen spürbare Knappheit Voraussetzung.

### **II. Energiesteuer mit an Kohlendioxid-Gehalt ausgerichteten Steuersätzen**

Ebenso unstrittig dürfte eine Übersetzung der Zertifikatspreise in eine Anpassung der bestehenden Energiesteuersätze sein. Anknüpfungspunkt für die Erhebung der Energiesteuer als Verbrauchsteuer i. S. v. 106 Abs. 1 Nr. 2 GG würde hier zwar der Primärenergieträger bleiben (Steuergegenstand). Als weiterer Parameter für die Festlegung der Steuerhöhe würde neben dem Verbrauch aber die Kohlendioxid -Intensität des Energieträgers herangezogen (Bemessungsmaßstab)<sup>31</sup>. Diese Art der Ausgestaltung würde sowohl den einschlägigen europarechtlichen Anforderungen, insbesondere der Energiesteuer-Richtlinie, als auch den Kriterien des Bundesverfassungsgerichts in seiner Entscheidung zur Kernbrennstoffsteuer gerecht<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup> Zur Bedeutung dieser Differenzierung *Klinski/Keimeyer*, Zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit eines CO<sub>2</sub>-Zuschlags zur Energiesteuer, Berlin, 19.08.2019, S. 15. Diese klären auch das Missverständnis von *Büdenbender* Rechtliche Rahmenbedingungen für eine CO<sub>2</sub>-Bepreisung in der Bundesrepublik Deutschland, Arbeitspapier 05/2019 des Sachverständigenrats zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, Juli 2019, S. 34. auf, der bei dem von ihm untersuchten Modell wohl von einer direkten Besteuerung des CO<sub>2</sub> im bloßen Gewand der Energiesteuer ausgegangen war.

<sup>32</sup> Siehe *Kahl/Simmel*, Europa- und verfassungsrechtliche Spielräume einer CO<sub>2</sub>-Bepreisung in Deutschland, Würzburger Studien zum Umweltenergie recht Nr. 6, Oktober 2017, S. 12 ff. und 33 ff.

### **III. Hybridform aus Emissionshandel dem Grunde nach und temporärer Erfüllungsfiktion bei Zahlung modifizierter Energiesteuern**

Denkbar erscheint auch, von Anfang an ein Brennstoffemissionshandelssystem mit wirksamer Mengenbegrenzung dem Grunde nach zu etablieren, gleichzeitig aber zur Erreichung des angestrebten verlässlichen Preispfades für eine Startphase die Erfüllung der Pflichten aus dem Brennstoffemissionshandel zu fingieren, wenn eine temporär modifizierte Energiesteuer gezahlt wird. So könnten die beiden dem Klimaschutzprogramm 2030 und der Gesetzesbegründung entnehmbaren Motive für die gewählte dreistufige Ausgestaltung des BEHG-E aufgegriffen und die verfassungsrechtlichen Probleme umgangen werden.

Ausgangspunkt ist die Etablierung eines Brennstoffemissionshandelssystems ohne die Einführungsphase 2021 bis 2025 mit einer tatsächlichen Mengenbegrenzung von Beginn an. Diese Regelungen finden aber nur dem Grunde nach Anwendung, da die Erfüllung der Pflichten aus dem überarbeiteten BEHG im Wege einer Fiktion als erfüllt angesehen werden, wenn die Energiesteuer gezahlt wird. Da die Adressatenkreise des BEHG-E und des Energiesteuergesetzes gleichlaufend sein sollen, greift diese Fiktionswirkung für alle verpflichteten Unternehmen. Indem gleichzeitig und für einen beschränkten Zeitraum von 2021 bis 2025 die Steuersätze der Energiesteuer analog zu den für die Fixpreise nach § 10 Abs. 2 BEHG-E vorgesehenen Werte angehoben werden, bleibt die wirtschaftliche Situation unverändert.

Eine Zahlungspflicht würde dann nur aus der Energiesteuer resultieren, was verfassungsrechtlich zulässig wäre (dazu soeben unter II.). Aus dem Brennstoffemissionshandel selbst würden keine Zahlungen fällig, wodurch die hier dargestellten verfassungsrechtlichen Bedenken gegen den BEHG-Entwurf der Bundesregierung hinfällig wären.

Dieses Modell könnte zudem noch eine weitere Vereinfachung ermöglichen: Es erscheint nicht zwingend, dass die verpflichteten Unternehmen über einen fünfjährigen Zeitraum die Aufgaben der Etablierung von Überwachungsplänen, der Emissionsermittlung und der Berichterstattung parallel zu den Anforderungen aus dem Energiesteuerrecht erfüllen, ohne dass diese eine tatsächliche Bedeutung haben. Das hier skizzierte Modell könnte diese Lernphase für die organisatorischen Anforderungen auf ein bis zwei Durchläufe beschränken und damit den Aufwand für die Unternehmen ebenso wie beim Umweltbundesamt spürbar reduzieren. Die Auferlegung solcher Vorgaben wäre verfassungsrechtlich nicht an denselben Maßstäben wie die Zahlungspflichten eines Emissionshandels zu messen, sondern wären lediglich als Berufsausübungsregelungen zu qualifizieren und können aufgrund vernünftiger Erwägungen des Allgemeinwohls gerechtfertigt werden. Die Sicherstellung der Funktionsfähigkeit des Emissionshandels zur Erreichung der Klimaschutzzwecke wäre als ein solcher Grund anzusehen, so dass von einer Vereinbarkeit eines solchen gestuften Vorgehens ausgegangen werden kann.

## **D. Verfassungsrechtliche Bewertung des BEHG-E für die Zeit ab 2026**

Weniger deutlich, aber trotzdem nicht gänzlich beseitigt sind die verfassungsrechtlichen Bedenken zum BEHG für das Jahr 2026. Für die Zeit ab 2027 sind derzeit keine Bedenken im Gesetz angelegt, könnten aber infolge einer Gesetzesänderungen entstehen, wenn im Zuge der Evaluierung nach § 23 Abs. 1 S. 5 BEHG-E die Strukturen für das Jahr 2026 in die Zukunft fortgeschrieben werden sollten.

Ab 2026 beginnt ein Emissionshandel mit einem mengenmäßig beschränkten Emissionsbudget. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum europäischen Emissionshandel kann auf die dann entstehenden Zahlungspflichten aus den Versteigerungen nach § 10 Abs. 1 S. 2 BEHG-E grundsätzlich übertragen werden. Allerdings soll die Preisfindung für die Zertifikate im Jahr 2026 noch nicht allein dem Markt überlassen werden, sondern wird vom Gesetzgeber mit einem Mindestpreis von 35 Euro und einem Höchstpreis von 60 Euro eingehegt. Mit dem Höchstpreis korrespondiert dabei ebenso wie bei den Fixpreisen in den Jahren 2021 bis 2025 die Ausweitung des verfügbaren Emissionsbudget, so dass der gesamte Bedarf jedenfalls zum Höchstpreis gedeckt werden kann. Zur Umsetzung wird das Jahr 2026 nach § 10 Abs. 2 S. 3 BEHG-E noch als Teil der Einführungsphase definiert, so dass nach § 10 Abs. 1 der über die Mengen nach § 4 Abs. 1 und 3 BEHG-E hinausgehende Bedarf gedeckt wird. Unklar ist dabei allerdings, wie dies mit dem Erfordernis der Versteigerung umsetzbar sein soll.

Auch bei einem Höchstpreis stellt sich die Frage, ob die nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts erforderliche Bewirtschaftungsordnung gegeben ist oder infolge der unbeschränkten Ausweitung der Zertifikatsmengen beim Erreichen des Höchstpreises unterlaufen würde. Ob das Bundesverfassungsgericht eine Bewirtschaftungsordnung als verfassungskonform ansehen würde, die im Zweifel die Knappheitssignale entfallen lässt, kann nicht sicher vorhergesagt werden. Dies wird maßgeblich davon abhängen, welche praktische Bedeutung der Höchstpreis haben wird. Sollte dies der Regelfall sein und damit die Mengensteuerung keine prägende Rolle spielen, ist die Wahrscheinlichkeit hoch, wohingegen der Höchstpreis verfassungsrechtlich eher unproblematisch sein dürfte, solange er so bemessen ist, dass er im Regelfall keine Relevanz hat.

Für die Zeit ab 2027 gelten die hier geäußerten Bedenken (zunächst) nicht. Lediglich wenn es infolge der Evaluierung nach § 23 Abs. 1 S. 5 BEHG-E zu einer Gesetzesänderung kommen sollte und der Höchstpreis mit der Möglichkeit eines weiteren Unterlaufens der Mengensteuerung für die Zeit nach 2026 fortgeschrieben würde, stellen sich die hier aufgeworfenen Bedenken auch ab 2027.