

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.

Universität Trier · 54286 Trier

Per E-Mail: umweltausschuss@bundestag.de

An die
Vorsitzende des Umweltausschusses
Sylvia Kotting-Uhl, MdB
Ausschuss für Umwelt, Naturschutz
und nukleare Sicherheit
Deutscher Bundestag
11011 Berlin

Deutscher Bundestag
Ausschuss für Umwelt, Naturschutz
und nukleare Sicherheit
Ausschussdrucksache
19(16)378-A
öAn. am 16.09.20
10.09.2020

**Fachbereich V –
Rechtswissenschaft**



Prof. Dr. Henning Tappe

**Öffentliches Recht, deutsches und
internationales Finanz- und Steuerrecht**

Telefon +49(0)651/201-2576 oder -2577
Telefax +49(0)651/201-3816
E-Mail: tappe@uni-trier.de
<http://www.steuerrecht.uni-trier.de>

Trier, den 9. September 2020

PA 16/002 - 5410 – Öffentliche Anhörung am 16. September 2020

zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Änderung des Brennstoffemissionshandelsgesetzes – Drsn. 19/19929, 19/21755

Sehr geehrte Frau Vorsitzende Kotting-Uhl,
sehr geehrte Mitglieder des Umweltausschusses,

für die Einladung zur öffentlichen Anhörung am 16. September 2020 bedanke ich mich. Zur Vorbereitung übersende ich vorab meine schriftliche Stellungnahme.

Gegenstand der Anhörung ist der von der Bundesregierung eingebrachte „Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Änderung des Brennstoffemissionshandelsgesetzes“ (BT-Drs. 19/19929) mit der Stellungnahme des Bundesrates und Gegenäußerung der Bundesregierung (BT-Drs. 19/21755). Dementsprechend geht es vordergründig um Änderungen im Detail, insbesondere die Erhöhung der Festpreise pro Emissionszertifikat in der Einführungsphase 2021–2025 und die Anhebung des Preiskorridors für das Jahr 2026. Vor allem die für 2021–2025 vorgesehenen Festpreise bzw. die Nutzung von Flexibilisierungsmöglichkeiten gemäß EU-Klimaschutzverordnung bei der Mengensteuerung (§ 5 BEHG) haben jedoch Fragen nach der Verfassungsmäßigkeit des BEHG aufgeworfen, die auch bereits in der Anhörung zum Stammgesetz am 6. November 2019 (zu BT-Drs. 19/14746) Gegenstand waren¹ und zu denen jüngst ein Rechtsgutachten veröffentlicht wurde, das einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG feststellt². Vor diesem Hintergrund befasst sich die vorliegende Stellungnahme mit der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der CO₂-Bepreisung nach dem BEHG in der Einführungsphase.

¹ Vgl. Ausschussdrucksachen 19(16)293-A und 19(16)293-F.

² *Wernsmann*, Verfassungswidrigkeit der CO₂-Bepreisung nach dem BEHG, insbesondere im Zeitraum von 2021 bis 2025, online: https://www.fdpbt.de/sites/default/files/2020-06/Rechtsgutachten_BEHG_FDP.pdf.

I. Ausgangslage / Sachverhalt

- 1 Das „Gesetz über einen nationalen Zertifikatehandel für Brennstoffemissionen“ (Brennstoffemissionshandelsgesetz – BEHG)³ führt ab dem Jahr 2021 einen Emissionshandel für die Sektoren Wärme und Verkehr ein, der das bestehende europäische Handelssystem (EU-ETS) ergänzt. Das nationale Emissionshandelssystem (nEHS) erfasst Emissionen aus der Verbrennung fossiler Brenn- und Kraftstoffe gem. Anlage 1 zu § 2 Abs. 1 BEHG.
- 2 Dem Gesetz liegt der Gedanke zu Grunde, dass eine CO₂-Bepreisung auch in den Sektoren, die nicht vom EU-Emissionshandel erfasst werden (vgl. § 1 BEHG), erforderlich ist, um die Klimaschutzziele zu erreichen und zur Verbesserung der Energieeffizienz beizutragen⁴. Externe Effekte (gesellschaftliche Kosten der Emission von Treibhausgasen) sollen mit Hilfe eines Preises internalisiert werden; die Erlaubnis CO₂ zu emittieren wird an den Erwerb von Zertifikaten geknüpft⁵.
- 3 Dabei verfolgt der Gesetzgeber einen sog. „Upstream“-Ansatz, d.h. der nationale Emissionshandel setzt bei denjenigen Unternehmen an, die die Brenn- und Kraftstoffe in Verkehr bringen (§ 2 Abs. 1 BEHG), nicht bei den direkten Emittenten als Verursacher der Emissionen.⁶ Die Erlöse aus der Veräußerung der Zertifikate stehen gem. § 10 Abs. 4 BEHG dem Bund zu, der die Mittel u.a. zur Absenkung der EEG-Umlage einsetzt⁷.
- 4 Auch im europäischen Handelssystem (EU-ETS) darf ein Unternehmen nur dann CO₂ ausstoßen, wenn in entsprechender Menge Zertifikate erworben wurden. Hier legt eine Obergrenze (Cap) fest, wie viel Treibhausgas von den emissionspflichtigen Anlagen insgesamt ausgestoßen werden darf⁸. Diese Obergrenze wird im Lauf der Zeit verringert, um eine Senkung der Gesamtemissionen zu erreichen. Die Emissionsberechtigungen dürfen auf dem Markt frei gehandelt werden (Trade). Überzählige Zertifikate können entweder behalten oder verkauft werden.
- 5 § 10 Abs. 2 BEHG sieht hingegen vor, dass in der Einführungsphase (2021–2025) die Emissionszertifikate noch zu einem Festpreis veräußert werden. Für das Jahr 2026 wird ein Preiskorridor mit einem Mindest- und einem Höchstpreis pro Emissionszertifikat festgelegt, § 10 Abs. 2 S. 4 BEHG. Erst ab dem Jahr 2027 besteht dann kein fester Preisrahmen mehr. Das vorläufige Festpreissystem soll einen verlässlichen Preispfad gewährleisten und Preisunsicherheiten vermeiden⁹. Auch ist in der Einführungsphase die überjährige Übertragbarkeit der Emissionszertifikate ausgeschlossen¹⁰.

³ G. v. 12.12.2019, BGBl. I, S. 2728.

⁴ BT-Drs. 19/14746, S. 22.

⁵ BT-Drs. 19/14746, S. 20.

⁶ BT-Drs. 19/14746, S. 21.

⁷ Vgl. BT-Drs. 19/21755, S. 2.

⁸ Vgl. https://ec.europa.eu/clima/policies/ets_de und <https://www.umweltbundesamt.de/daten/klima/der-europaeische-emissionshandel#teilnehmer-prinzip-und-umsetzung-des-europaischen-emissionshandels>.

⁹ BT-Drs. 19/14746, S. 21, 37.

¹⁰ Vgl. BT-Drs. 19/14746, S. 22.

II. Verfassungsrechtliche Bewertung

- 6 Kontrovers diskutiert wird die Verfassungsmäßigkeit des BEHG mit Blick auf die Einführungsphase, in der die Zertifikate zu einem Festpreis (2021–2025) bzw. im Rahmen eines Preiskorridors (2026) veräußert werden. Zum Teil wird die fehlende Begrenzung der Emissionsmenge (Cap), die zu einer steuerähnlichen Wirkung führe, als verfassungsrechtlich zweifelhaft angesehen¹¹. *Wernsmann* folgert in seinem Rechtsgutachten aus der fehlenden Knappheitssituation einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG, weil die für den Erwerb der Zertifikate zu zahlenden Entgelte nicht den „Wert eines Sondervorteils“ widerspiegeln und „die Begrenzungs- und Schutzfunktion der Finanzverfassung des Grundgesetzes“ unterliegen¹².
- 7 Zum Teil wird aber auch angenommen, dass die Bepreisung von Emissionen sowohl bei der Einordnung als Verbrauchsteuer als auch bei einer Qualifikation als Verleihungsgebühr verfassungskonform sei¹³. Für die Zeit ab 2027 bestehen jedenfalls – soweit ersichtlich – keine verfassungsrechtlichen Bedenken mehr (solange es keine Änderung dahingehend gibt, dass die Festpreise oder der Preiskorridor über die bisher festgelegten Zeiträume hinaus fortgeführt werden)¹⁴.
- 8 Für die verfassungsrechtliche Prüfung ist zunächst zu klären, ob es sich bei der Pflicht zum Erwerb eines Zertifikats (daraus resultiert die „Abgabepflicht“) im Rahmen des nEHS um eine Steuer oder um eine nichtsteuerliche Abgabe handelt. Dies ist insbesondere für die Gesetzgebungskompetenz wichtig: Während sich die Gesetzgebungskompetenz für Steuern nach den Art. 105, 106 GG richtet, können sich nichtsteuerliche Abgaben auf die allgemeinen (Sach-) Gesetzgebungskompetenzen der Art. 70 ff. GG stützen.
- 9 Maßgeblich für die Qualifizierung einer Abgabe als Steuer oder als nichtsteuerliche Abgabe ist dabei nach der Rechtsprechung des BVerfG die Ausgestaltung des betreffenden Gesetzes: „Die kompetenzrechtliche Einordnung einer Abgabe als Steuer oder nichtsteuerliche Abgabe richtet sich nicht nach ihrer gesetzlichen Bezeichnung, sondern nach ihrem tatbestandlich bestimmten materiellen Gehalt“¹⁵.
- 10 Für die verfassungsrechtliche Beurteilung ist sodann wiederum streng zwischen Fragen der formellen Verfassungsmäßigkeit (insbes. Gesetzgebungskompetenz) und der materiellen Verfassungsmäßigkeit (insbes. gleichheitsgerechte Ausgestaltung) zu trennen¹⁶.

¹¹ *IKEM/Rodi*, Verfassungsmäßigkeit des Entwurfs zum Brennstoffemissionshandelsgesetzes (BEHG-E), Rechtswissenschaftliches Kurzgutachten und Stellungnahme (online: https://www.ikem.de/wp-content/uploads/2019/11/2019-11-05_IKEM_Kurzgutachten_BEHG-E_final.pdf), S. 15 f.; *Klinski/Keimeyer*, Zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit eines CO₂-Zuschlags zur Energiesteuer (online: <https://www.oeko.de/publikationen/p-details/zur-verfassungsrechtlichen-zulaessigkeit-eines-co2-zuschlags-zur-energiesteuer/>), S. 17; *Müller/Kahl*, Zur verfassungsrechtlichen Einordnung des Brennstoffemissionshandelsgesetzes, Ausschussdrucksache 19(16)293-F, S. 11.

¹² *Wernsmann*, Rechtsgutachten (Fn. 2), S. 39; *ders./Bering*, NVwZ 2020, 497 (503 f.).

¹³ *Steinbach/Valta*, JZ 2019, 1139 (1143 f.).

¹⁴ Vgl. *Müller/Kahl*, Ausschussdrucksache 19(16)293-F, S. 20; *IKEM/Rodi*, Rechtsgutachten (Fn. 11), S. 13; *Wernsmann*, Rechtsgutachten (Fn. 2), S. 41.

¹⁵ BVerfGE 149, 222 (250, Rn. 56) – Rundfunkbeitrag.

¹⁶ BVerfGE 149, 222 (251, Rn. 57) – Rundfunkbeitrag; in diesem Sinne auch *Wernsmann*, Rechtsgutachten (Fn. 2), S. 12 f.; *Tappe*, EurUP 2017, 186 (190).

1. Gesetzgebungskompetenz des Bundes

- 11 Im konkreten Fall ist das BEHG nicht auf eine steuerliche, sondern auf eine Sachgesetzgebungskompetenz gestützt worden. Mit dem Verweis auf die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz für den Bereich der Luftreinhaltung Art. 74 Abs. 1 Nr. 24 GG und das Recht der Wirtschaft nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG¹⁷ macht der Gesetzgeber deutlich, dass er keine Steuer, sondern eine Sachregelung schaffen wollte, die ihre Steuerungswirkungen nicht durch ordnungsrechtliche Ver- oder Gebote, sondern mit Hilfe von Zahlungspflichten (Bepreisung) entfaltet.

a) CO₂-Bepreisung nach BEHG keine Steuer

- 12 Steuern sind nach § 3 Abs. 1 AO, der den verfassungsrechtlichen Steuerbegriff zutreffend abbildet¹⁸, „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“.
- 13 Für die Ausgestaltung des nEHS im BEHG wird vertreten, dass der Zertifikatehandel zum Festpreis (in der Einführungsphase) wie eine Steuer wirke¹⁹. Dies wird vor allem damit begründet, dass aufgrund der fehlenden Obergrenze keine Knappheit am Markt bestehe²⁰. Die Pflicht zum Erwerb von Zertifikaten sei mangels Gegenleistung eine Steuer, das Zertifikat diene dabei lediglich als Zahlungsbeleg für die Steueranmeldung²¹.
- 14 Gegen die Einordnung als Steuer spricht zum einen, dass beim nEHS nicht die Einnahmeerzielung, sondern der Klimaschutz als Sachziel im Vordergrund steht²². Zwar ist ein vorrangiger Lenkungszweck, wie § 3 Abs. 1 Hs. 2 AO zeigt, noch kein zwingendes Argument gegen die Annahme einer Steuer. Allerdings gibt es hier zum anderen auch eine Gegenleistung. Die Unternehmen erhalten bei Zahlung ein Zertifikat mit Gegenwert und Funktion²³. In der BVerfG-Entscheidung zum europäischen Emissionshandel hat die 3. Kammer des Ersten Senats angenommen, dass die Erlöse nicht voraussetzungslos, sondern als Gegenleistung für die erworbenen Emissionsberechtigungen erhoben werden²⁴. Dass außerhalb des Anwendungsbereichs des Treibhausgas-Emissionshandelsgesetzes die Emission von CO₂ ohne Emissionszertifikate zulässig sei, ändere nichts an dem Sondervorteil innerhalb des Emissionshandelssystems²⁵.

¹⁷ BT-Drs. 19/14746, S. 22.

¹⁸ BVerfGE 149, 222 (249, Rn. 53) – Rundfunkbeitrag; *Birk/Desens/Tappe*, Steuerrecht, 23. Aufl. 2020, Rn. 101 f.; *Tappe/Wernsmann*, Öffentliches Finanzrecht, 2. Aufl. 2019, Rn. 214.

¹⁹ *Steinbach/Valta*, JZ 2019, 1139 (1142); *Wünnemann*, DStR 2019, 2099; *Klinski/Keimeyer*, ZUR 2020, 342 (343); *IKEM/Rodi*, Rechtsgutachten (Fn. 11), S. 12 f.

²⁰ *Klinski/Keimeyer*, ZUR 2020, 342 (343); *IKEM/Rodi*, Rechtsgutachten (Fn. 11), S. 13.

²¹ *Steinbach/Valta*, JZ 2019, 1139 (1142 f.).

²² So *Krämer-Hoppe*, Blogbeitrag „Den Schritt in ‚finanzverfassungsrechtliches Neuland‘ wagen Die ‚CO₂-Steuer‘ und Verfassungsrecht“ v. 16.1.2020, online: <https://verfassungsblog.de/den-schritt-in-finanzverfassungsrechtliches-neuland-wagen>.

²³ *Müller/Kahl*, Ausschussdrucksache 19(16)293-F, S. 13; ähnlich *Krämer-Hoppe* (Fn. 22); *Wernsmann*, Rechtsgutachten (Fn. 2), S. 18; *ders./Bering*, NVwZ 2020, 497 (500).

²⁴ BVerfG, 1 BvR 2864/13, NVwZ 2018, 972 (974, Rn. 26) – EU-EHS.

²⁵ BVerfG, 1 BvR 2864/13, NVwZ 2018, 972 (974 f, Rn. 32) – EU-EHS.

- 15 Nähme man eine Steuer an, so müsste sich die CO₂-Bepreisung unter eine der Steuerarten des Art. 106 GG subsumieren lassen. Dies erscheint zwar nicht ausgeschlossen, jedoch hat das BVerfG in seiner Entscheidung zur Kernbrennstoffsteuer sehr hohe Anforderungen an den Begriff und Typus der Verbrauchsteuer gestellt²⁶, die jedenfalls mit Blick auf die Emissionszertifikate selbst wohl nicht erfüllt sind²⁷. Verbraucht werden allenfalls die Brennstoffe nach Anlage 1 (zu § 2 Abs. 1) des BEHG, die hier aber nur mittelbar erfasst werden.
- 16 Entscheidend für die Einordnung der Veräußerung von Emissionszertifikaten nach § 10 BEHG als nichtsteuerliche Abgabe ist aber, dass der Gesetzgeber auch (schon) in der Festpreis-Phase (§ 10 Abs. 2 BEHG) eine „grundlegende Bewirtschaftungsentscheidung“²⁸ getroffen hat und einen Handel mit Berechtigungen zur Emission von Treibhausgasen schaffen wollte. Dass die Mengengrenzung in einer Übergangsphase noch flexibilisiert ist (§ 5 BEHG) und der Gesetzgeber zunächst ansteigende Festpreise vorgesehen hat, ist eine zeitlich befristete Modifizierung des Systems mit dem Ziel, für die Betroffenen in der Einführungsphase Planungssicherheit zu ermöglichen²⁹, führt aber nicht zur Umqualifizierung der im BEHG in Form eines Zertifikatehandels eingeführten Abgabe.

b) CO₂-Bepreisung als nichtsteuerliche Abgabe

- 17 Das Grundgesetz enthält keinen abschließenden Kanon zulässiger Abgabentypen³⁰. Schon die Sonderabgabe ist nicht geregelt, und es kann neben den bekannten Abgabearten wie Gebühr, Beitrag und Sonderabgabe noch weitere Abgaben *sui generis* geben, die nicht unter einen herkömmlichen Abgabentypus gefasst werden können³¹. Es steht dem Gesetzgeber demnach frei, nichtsteuerliche Abgaben einzuführen, solange die Schutz- und Begrenzungsfunktion der Finanzverfassung sowie das Grundprinzip der Finanzierung öffentlicher Aufgaben durch die Gemeinlast der Steuer (*Prinzip des Steuerstaats*)³² nicht umgangen (ausgehöhlt) wird³³. Außergewöhnlich hohe Erträge sind dabei allenfalls ein Indiz, können aber für sich genommen weder eine Umqualifizierung noch eine Verfassungswidrigkeit begründen³⁴.
- 18 Bei der Auswahl des Abgabegegenstandes hat der Gesetzgeber, insbesondere wenn vorrangig Sachziele verfolgt werden, einen weiten Gestaltungsspielraum³⁵. Soll – wie hier – für die Betroffenen eine wirtschaftliche Anreizstruktur geschaffen werden, Emissionen zu verringern

²⁶ BVerfGE 145, 171 (211 ff., Rn. 111 ff.) – Kernbrennstoffsteuer; krit. *Tappe*, EurUP 2017, 186 ff.

²⁷ *Wernsmann*, Rechtsgutachten (Fn. 2), S. 16 f.; *ders./Bering*, NVwZ 2020, 497 (499).

²⁸ BVerfG, 1 BvR 2864/13, NVwZ 2018, 972 (975, Rn. 36).

²⁹ Vgl. BT-Drs. 19/14746, S. 37: „Eine Begrenzung der Preisbildung in der Einführungsphase ist ein zentrales Ausgestaltungsmerkmal des nationalen Emissionshandelssystems, da bei freier Preisbildung hohe Unsicherheiten über das sich einstellende Preisniveau bestehen. Eine zeitlich begrenzte Einführungsphase mit ansteigendem Festpreis und einjährigem Preiskorridor ermöglicht es Bürgerinnen und Bürgern ebenso wie Wirtschaftsunternehmen, das ansteigende CO₂-Preissignal bei Entscheidungen über emissionsrelevante Anschaffungen und Investitionen zu berücksichtigen“.

³⁰ BVerfGE 149, 222 (249, Rn. 54) – Rundfunkbeitrag; BVerfGE 110, 370 (387) – Klärschlamm-Entscheidungs-fonds; BVerfGE 78, 249 (266) – Fehlbelegungsabgabe.

³¹ Vgl. *Tappe/Wernsmann*, Öffentliches Finanzrecht, (Fn. 18), Rn. 210

³² Dazu *Tappe/Wernsmann*, Öffentliches Finanzrecht, (Fn. 18), Rn. 205 ff. m.w.N.

³³ *Seiler*, in Maunz/Dürig, GG, Stand: 90. Erg.-Lfg. Februar 2020, Art. 105 Rn. 80.

³⁴ BVerfGE 105, 185 (193 f.) – UMTS-Erlöse.

³⁵ BVerfGE 149, 222 (254, Rn. 65) – Rundfunkbeitrag.

oder zu vermeiden³⁶, ohne auf die alternativ denkbaren, aber stärker in Freiheitsrechte eingreifenden ordnungsrechtlichen Verbote zurückzugreifen, lässt sich dies grundsätzlich auf die allgemeinen (Sach-)Gesetzgebungskompetenzen aus Art. 70 ff. GG stützen.

- 19 Zentrales Merkmal der Steuer i.S.d. § 3 Abs. 1 AO ist, dass sie unabhängig von einer konkreten staatlichen Leistung („voraussetzungslos“) gezahlt wird³⁷. Hier erhält der Bund die Einnahmen aber als Gegenleistung für Ausgabe der Emissionszertifikate (§ 10 BEHG), die wiederum in jeder Phase des Systems die Berechtigung zur Emission von Treibhausgasen (§ 3 Nr. 2 BEHG) verkörpern. Weil die betroffenen Unternehmen ohne die Zertifikate keine Brennstoffe in den Verkehr bringen können, ist die CO₂-Bepreisung nicht „voraussetzungslos“ geschuldet³⁸. Mit Zahlung des Kaufpreises für ein Zertifikat erwirbt man – auch ohne eine mengenmäßige Begrenzung und auch schon in der Einführungsphase – das Recht „zur Emission einer Tonne Treibhausgase in Tonnen Kohlendioxidäquivalent in einem bestimmten Zeitraum“ (§ 3 Nr. 2 BEHG).
- 20 Damit durfte der Bund das BEHG als Sachregelung auf Art. 70 Abs. 2, 72 i.V.m. 74 Abs. 1 Nr. 24 und Nr. 11 GG stützen³⁹.

2. Materielle Anforderungen an die CO₂-Bepreisung als nichtsteuerliche Abgabe

- 21 Obwohl sich im Grundgesetz nur die binäre Unterscheidung Steuer/Nichtsteuer finden lässt, und die Verfassung keine weitere Differenzierung nichtsteuerlicher Abgaben vorsieht⁴⁰, werden gewöhnlich verschiedene Arten nichtsteuerlicher Abgaben unterschieden. Die Systematisierung ermöglicht es, eine *materielle* Rechtfertigung nach typischen Merkmalen vorzunehmen⁴¹. Vielfach wird angenommen, dass jeder Abgabentyp für sich unterschiedliche Rechtfertigungsanforderungen erfüllen muss.⁴² Diese Sichtweise ist aus Sicht der Wissenschaft, die systematisieren und erklären muss, nachvollziehbar. Vor dem Hintergrund, dass es gerade keinen *numerus clausus* der zulässigen Abgabearten gibt⁴³, folgt aus einer nicht möglichen Zuordenbarkeit aber – anders als nach der BVerfG-Rechtsprechung zu den Steuern⁴⁴ – noch keine Verfassungswidrigkeit der Abgabe.

³⁶ Siehe BT-Drs. 19/14746, S. 21.

³⁷ So zu Recht *Wernsmann*, Rechtsgutachten (Fn. 2), S. 17; *ders./Bering*, NVwZ 2020, 497 (498).

³⁸ Wie hier *Wernsmann*, Rechtsgutachten (Fn. 2), S. 18; a.A. *Steinbach/Valta*, JZ 2019 1139 (1142 f.).

³⁹ So auch *Wernsmann*, Rechtsgutachten (Fn. 2), S. 29: Art. 74 Abs. 1 Nr. 24 GG (Luftreinhaltung). Wenn man dies – begrenzt auf die Einführungsphase – anders sieht, änderte sich jedenfalls im Ergebnis nichts an der Gesetzgebungskompetenz des Bundes, die dann auf Art. 105 Abs. 2 S. 2, 106 Abs. 1 Nr. 2 GG zu stützen wäre, vgl. *Steinbach/Valta*, JZ 2019, 1139 (1143 f.); zum binären Charakter der Kompetenzverteilung (Bund/Länder) s. *Tappe*, EurUP 2017, 186 (190).

⁴⁰ Im GG genannt werden lediglich „Gebühren“ oder „Entgelte“ für die Benutzung bestimmter staatlicher Einrichtungen, s. Art. 74 Abs. 1 Nr. 22, 80 Abs. 2 GG (Straßen, Post, Eisenbahn).

⁴¹ *Jachmann-Michel/Vogel*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl., Art. 105 Rn. 8.

⁴² *Wernsmann*, Rechtsgutachten (Fn. 2), S. 21 m. Hinw. auf *dens.*, Verhaltenslenkung in einem rationalen Steuersystem, 2005, S. 478 Fn. 263; *Thiemann*, AöR 138 (2013), S. 60 (81 Fn. 78).

⁴³ So auch *Wernsmann*, Rechtsgutachten (Fn. 2), S. 25 (Fn. 124); s. auch bereits oben Fn. 30.

⁴⁴ BVerfGE 145, 171 (194 ff., Rn. 69 ff.) – Kernbrennstoffsteuer

22 Auch ein Gleichheitsverstoß lässt sich stets nur mit Blick auf die konkrete Ausgestaltung prüfen und folgt noch nicht aus der möglichen Schwierigkeit, eine „neue“ Abgabe in das bestehende System einzupassen. Denn das bekannte System aus Vorzugslasten (Gebühren, Beiträge) und Sonderabgaben mit Modifizierungen wie „Verleihungsgebühr“ oder „Vorteilsabschöpfungsabgabe“ wird ja seinerseits nur aus den bereits bekannten Abgaben abgeleitet, findet aber im Verfassungstext sonst (d.h. mit Ausnahme der Abgrenzung zu den Steuern, Art. 105 ff. GG) keinen Niederschlag.

a) CO₂-Bepreisung keine Ressourcen-Nutzungsgebühr

23 Nach der Rechtsprechung des BVerfG sind Gebühren „öffentlich-rechtliche Geldleistungen, die aus Anlass individuell zurechenbarer öffentlicher Leistungen dem Gebührenschuldner durch eine öffentlich-rechtliche Norm oder sonstige hoheitliche Maßnahme auferlegt werden und dazu bestimmt sind, in Anknüpfung an diese Leistung deren Kosten ganz oder teilweise zu decken. Ihre besondere Zweckbestimmung, Einnahmen zu erzielen, um die Kosten der individuell zurechenbaren öffentlichen Leistung ganz oder teilweise zu decken, unterscheidet sie von der Steuer“⁴⁵. Vor diesem Hintergrund lässt sich das BEHG nicht ohne Weiteres, d.h. ohne Abweichungen vom herkömmlichen Gebührenbegriff, als Gebühr einordnen. Denn es fehlt an dem für die Gebühren wesentlichen Merkmal des staatlichen Kostenaufwands⁴⁶.

24 Erst eine Erweiterung des Gebührenbegriffs hin zu einer „Verleihungsgebühr“⁴⁷ (als Gegenleistung für die Einräumung eines Rechts, das einen wirtschaftlichen Vorteil begründet) würde eine Einordnung in diese abgabenrechtliche Kategorie ermöglichen. Vor dem Hintergrund, dass das BVerfG die „Vorteilsabschöpfungsabgabe“, die gerade *keinen* staatlichen Kostenaufwand erfordert, als eigenständigen Abgabentypus anerkennt, erscheint eine Erweiterung des Gebührenbegriffs unter Verzicht des Grundgedankens „Kostendeckung“ aber unnötig, wengleich der ökonomische Grundgedanke der „Internalisierung externer Kosten“ eine gewisse Verwandtschaft zur Gebühr durchaus nahelegt.

b) CO₂-Bepreisung als Vorteilsabschöpfungsabgabe (Abgabe eigener Art)

25 Die Besonderheit der „Vorteilsabschöpfungsabgabe“, die das BVerfG schon in seiner Entscheidung zum *Wasserpfennig* anerkannt hat⁴⁸, besteht darin, dass hier zwar kein staatlicher Kostenaufwand verlangt wird (wie bei der Gebühr), aber dennoch – wegen der Abhängigkeit von einer Gegenleistung in Form einer individuell zurechenbaren Leistung – eine hinreichend scharfe Unterscheidung von der Steuer ermöglicht wird⁴⁹.

⁴⁵ BVerfGE 97, 332 (345); BVerfGE 110, 370 (388).

⁴⁶ Müller/Kahl, Ausschussdrucksache 19(16)293-F, S. 12; Wernsmann, Rechtsgutachten (Fn. 2), S. 25.

⁴⁷ Dazu F. Kirchhof, DVBl. 1987, 554 (555); Kloepfer/Follmann, DÖV 1988, 573, 581; krit. Müller-Franken, in: Berliner Kommentar GG, Art. 105 Rn. 95; Kment, in: Jarass/Pieroth, GG, 16. Aufl. 2020, Art. 105 Rn. 17; Arndt, WiVerw 1990, 1, (25 f.); Lange, Die Vorteilsabschöpfungsabgabe im Abgabensystem des Grundgesetzes, S. 77.

⁴⁸ BVerfGE 93, 319 (347) – Wasserpfennig.

⁴⁹ Vgl. BVerfGE 93, 319 (346) – Wasserpfennig.

- 26 Ein solcher „individueller Sondervorteil“⁵⁰ ist hier gegeben: Denjenigen Unternehmen, die Emissionszertifikate erwerben, verschafft der Staat einen zurechenbaren Vorteil gegenüber vergleichbaren Unternehmen, die keine Emissionsberechtigung erwerben und deshalb *nicht* „zur Emission einer Tonne Treibhausgase in Tonnen Kohlendioxidäquivalent in einem bestimmten Zeitraum berechtigt“ (§ 3 Nr. 2 BEHG) sind⁵¹.
- 27 In seiner Entscheidung zum europäischen Emissionshandel vom 5. März 2018 hat das BVerfG ebenfalls – in Übereinstimmung mit der ständigen Rechtsprechung⁵² – die Abgrenzbarkeit zur Steuer als entscheidenden Aspekt hervorgehoben:
- „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 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 [...] Als sachliche Gründe, die die Bemessung einer nichtsteuerlichen Abgabe rechtfertigen können, sind neben dem Zweck der Kostendeckung auch Zwecke des Vorteilsausgleichs, der Verhaltenslenkung sowie soziale Zwecke anerkannt [...]“⁵³.
- 28 Dabei sind diejenigen, die die Brennstoffe in Verkehr bringen (§ 2 Abs. 2 BEHG), 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“⁵⁴.
- 29 Wenn mit einem Emissionshandelssystem „ein bis dahin kostenfreier und nur durch die natürlichen Ressourcengrenzen beschränkter Nutzungsraum dem unregulierten Zugriff entzogen und kontingentiert worden“⁵⁵ ist und sich zugleich die „sachliche Legitimation“ der Erzielung von Veräußerungserlösen „aus ihrem Charakter als Vorteilsabschöpfungsabgabe im Rahmen einer öffentlich-rechtlichen Nutzungsregelung“⁵⁶ ergibt, so handelt es sich auch bei der CO₂-Bepreisung nach dem BEHG um eine grundsätzlich zulässige Vorteilsabschöpfungsabgabe⁵⁷. Denn sie ist „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“⁵⁸.

⁵⁰ Jarass, Nichtsteuerliche Abgaben und lenkende Steuern unter dem Grundgesetz, 1999, S. 35.

⁵¹ So auch Wernsmann, Rechtsgutachten (Fn. 2), S. 24 ff.; ders./Bering, NVwZ 2020, 497 (501 f.).

⁵² BVerfGE 75, 108 (158) – Künstlersozialversicherung; BVerfGE 93, 319 (343) – Wasserpfeffern; BVerfGE 108, 1 (16 f.) – Rückmeldegebühr; BVerfGE 124, 235 (244) – BaFin-Umlage; BVerfGE 132, 334 (349) – Rückmeldegebühr; BVerfGE 135, 155 (206) – Filmabgabe; BVerfGE 137, 1 (20 f.) – Straßenausbaubeiträge.

⁵³ BVerfG, 1 BvR 2864/13, NVwZ 2018, 972 (974, Rn. 30) – EU-EHS; BVerfG, 1 BvR 173/16, Rn. 37.

⁵⁴ So zu Recht Wernsmann, Rechtsgutachten (Fn. 2), S. 27.

⁵⁵ BVerfG, 1 BvR 2864/13, NVwZ 2018, 972 (975, Rn. 34) – EU-EHS.

⁵⁶ BVerfG, 1 BvR 2864/13, NVwZ 2018, 972 (974, Rn. 31) – EU-EHS.

⁵⁷ So im Ergebnis auch Wernsmann, Rechtsgutachten (Fn. 2), S. 43; ders./Bering, NVwZ 2020, 497 (502); Klinz/Keimyer, ZUR 2020, 342 (346); Zenke/Telschow, EnWZ 2020, 157 (162).

⁵⁸ Wernsmann, Rechtsgutachten (Fn. 2), S. 27; ders./Bering, NVwZ 2020, 497 (502).

c) Dennoch gleichheitswidrige Vorteilsabschöpfungsabgabe?

- 30 Vor diesem Hintergrund („individueller Sondervorteil“ besteht) ist es durchaus erklärungsbedürftig, wenn das nationale Emissionshandelssystem (BEHG) im Vergleich zur Umsetzung des europäischen Emissionshandelssystems (TEHG) dennoch als verfassungswidrig (gleichheitswidrig) angesehen wird⁵⁹. Wäre die CO₂-Bepreisung als Steuer einzustufen, so läge ein Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz („Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich“, Art. 3 Abs. 1 GG) jedenfalls fern, weil der Festpreis pro Emissionszertifikat für alle Betroffenen gleich ist (und im Zeitverlauf auch für alle Betroffenen in gleicher Weise ansteigt). Für einen gleich hohen CO₂-Ausstoß sind also jeweils gleich hohe Beträge zu entrichten.
- 31 Abgeleitet wird der (vermeintliche) Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG⁶⁰ – teils auch allgemeiner als Verstoß gegen Finanzverfassungsrecht eingeordnet⁶¹ – aus dem Erfordernis einer „über den Zweck der Einnahmeerzielung hinausgehenden besonderen sachlichen Rechtfertigung“⁶² und insbesondere aus weiteren Ausführungen in der bereits zitierten BVerfG-Entscheidung der 3. Kammer des Ersten Senats vom 5. März 2018⁶³.
- 32 So nimmt das Kurzgutachten von *IKEM/Rodi* an, dass „nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts“ eine mengenmäßige Begrenzung erforderlich wäre, um „die Einnahmen aus dem nEHS als rechtlich zulässige Vorteilsabschöpfungsabgabe einordnen zu können“⁶⁴. *Müller/Kahl* begründen ihre verfassungsrechtlichen Bedenken mit den Anforderungen, „die das Bundesverfassungsgericht anhand des bestehenden europäischen Emissionshandels aufgestellt hat“⁶⁵. Und *Klinski/Keimeyer* halten fest, das BVerfG habe „in seiner Entscheidung zum Emissionshandel aus dem Jahr 2018 klar zum Ausdruck gebracht, dass vom Vorliegen eines abschöpfbaren individuellen Sondervorteils in einem marktwirtschaftlich organisierten Zertifikatehandelssystem nur ausgegangen werden kann, wenn die Gesamtmenge der verfügbaren Emissionen über ein ‚Cap‘ begrenzt wird, so dass ein Knappheitspreis entsteht“⁶⁶.
- 33 Auch *Wernsmann* geht in seinem Gutachten davon aus, dass 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“ habe, „die der Gesetzgeber bei der Einführung von Vorteilsabschöpfungsabgaben beachten“ müsse⁶⁷. Es habe Maßstäbe konkretisiert „speziell für den Fall, dass sich der Gesetzgeber zur Vorteilsabschöpfung eines nach marktwirtschaftlichen Grundsätzen ausgestalteten Emissionshandelsystems bedient“⁶⁸.

⁵⁹ In diesem Sinne *Klinski/Keimeyer*, ZUR 2020, 342 (346 f.); *Müller/Kahl*, Ausschussdrucksache 19(16)293-F, S. 20; *IKEM/Rodi*, Rechtsgutachten (Fn. 11), S. 12; *Wernsmann*, Rechtsgutachten (Fn. 2), S. 30 ff.

⁶⁰ So *Müller/Kahl*, Ausschussdrucksache 19(16)293-F, S. 3; *Wernsmann*, Rechtsgutachten (Fn. 2), S. 30.

⁶¹ So *Klinski/Keimeyer*, ZUR 2020, 342 (346 f.); *IKEM/Rodi*, Rechtsgutachten (Fn. 11), S. 12.

⁶² BVerfG, 1 BvR 2864/13, NVwZ 2018, 972 (974, Rn. 30) – EU-EHS; BVerfG, 1 BvR 173/16, Rn. 37.

⁶³ Vgl. *Müller/Kahl*, Ausschussdrucksache 19(16)293-F, S. 2: „Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts“.

⁶⁴ *IKEM/Rodi*, Rechtsgutachten (Fn. 11), S. 4.

⁶⁵ *Müller/Kahl*, Ausschussdrucksache 19(16)293-F, S. 1.

⁶⁶ *Klinski/Keimeyer*, Ausschussdrucksachen 19(16)293-A, S. 3.

⁶⁷ *Wernsmann*, Rechtsgutachten (Fn. 2), S. 30.

⁶⁸ *Wernsmann*, Rechtsgutachten (Fn. 2), S. 30.

34 In diesem Zusammenhang sollte man sich indes vergegenwärtigen, dass es sich bei der zitierten Entscheidung vom 5. März 2018 um einen sog. „Nichtannahmebeschluss“ handelt, der als Kammerentscheidung ergangen ist. Nach § 93a Abs. 2 lit. a) BVerfGG ist eine Verfassungsbeschwerde aber zur Entscheidung anzunehmen, „soweit ihr grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung zukommt“. Es erscheint dementsprechend unwahrscheinlich, dass eine Kammer (an Stelle des eigentlich zuständigen Senats) die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung fortentwickelt und in diesem Zusammenhang „weitere Voraussetzungen“ aufstellt bzw. „Maßstäbe konkretisiert“. Selbst wenn es „zur Durchsetzung der in § 90 Abs. 1 genannten Rechte angezeigt“ ist, der Verfassungsbeschwerde also hätte stattgegeben werden müssen, entscheidet die Kammer nur, wenn „die für die Beurteilung der Verfassungsbeschwerde maßgebliche verfassungsrechtliche Frage durch das BVerfG bereits entschieden“ ist (§ 93c Abs. 1 BVerfGG).

35 Ausschlaggebend sind aber die inhaltlichen Ausführungen des BVerfG. Soweit verfassungsrechtliche Kritik am BEHG bezogen auf die Einführungsphase geäußert wird, knüpft diese im Wesentlichen an die folgende Textstelle aus dem BVerfG-Beschluss vom 5. März 2018 an⁶⁹:

„Entscheidet sich der demokratisch legitimierte Gesetzgeber für eine Bewirtschaftung nach Marktgrundsätzen, muss allerdings das als knapp definierte Gut mengenmäßig begrenzt werden [...]“⁷⁰. 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 [...]“⁷¹.

36 Und auch im Weiteren betont das BVerfG die mengenmäßige Begrenzung als wesentliche Voraussetzung für das Funktionieren des Europäischen Emissionshandelssystems:

„Die grundlegende Bewirtschaftungsentscheidung ist in der Schaffung eines Handels mit Berechtigungen zur Emission von Treibhausgasen zu sehen (vgl. § 1 TEHG), die in den Mengenbegrenzungen des Zuteilungsgesetzes 2012 ihre präzisierende und quantifizierende Ausgestaltung findet [...]. Durch Bestimmung des Cap, also der Gesamtmenge der zulässigen Emissionen (vgl. § 4 II 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 [...]“⁷².

37 Alle diese Aussagen sind in Bezug auf das EU-ETS/TEHG sachlich völlig zutreffend und dienen der Begründung der Entscheidung des BVerfG in *dieser* Sache (Nichtannahme der Verfassungsbeschwerde gegen das Gesetz über den nationalen Zuteilungsplan für Treibhausgas-Emissionsberechtigungen [BGBl. I 2007, S. 1788, ZuG 2012]). Weil sich der Beschwerdeführer im

⁶⁹ Vgl. Müller/Kahl, Ausschussdrucksache 19(16)293-F, S. 7; Klinski/Keimeyer, ZUR 2020, 342 (346 f.); IKEM/Rodi, Rechtsgutachten (Fn. 11), S. 12 f.; Wernsmann, Rechtsgutachten (Fn. 2), S. 36.

⁷⁰ Das hier in der Entscheidung zitierte Senats-Urteil v. 30.10.1962, 2 BvF 2/60 u.a., BVerfGE 15, 1 (15) befasst sich mit der Gesetzgebungskompetenz für „Seewasserstraßen“ und behandelt das Erfordernis einer „haushälterischen Bewirtschaftung des in der Natur vorhandenen Wassers nach Menge und Güte“ zur Abgrenzung der Kompetenzen für „Wasserhaushalt“ und „Wasserstraßen“.

⁷¹ BVerfG, 1 BvR 2864/13, NVwZ 2018, 972 (975, Rn. 35).

⁷² BVerfG, 1 BvR 2864/13, NVwZ 2018, 972 (975, Rn. 36).

damaligen Verfahren „gegen die anteilige Kürzung von Emissionsberechtigungen bei der kostenlosen Zuteilung der Zertifikate“⁷³ wandte, war die mengenmäßige Beschränkung als Funktionsvoraussetzung für das Europäische Emissionshandelssystem entscheidungserheblich. Und insgesamt war die Verfassungsbeschwerde erfolglos: die Regelungen des TEHG waren verfassungsmäßig. Nur unter diesem Aspekt und vor diesem Hintergrund sind die Aussagen des BVerfG einzuordnen.

- 38 Es ist daher wenig überzeugend, die „[f]ehlende Knappheit an Emissionszertifikaten als Verfassungsrechtsproblem“⁷⁴ zu deuten oder ein „aus dem GG abgeleitete[s] Erfordernis der Knappheit der Emissionsberechtigungen“ zur „Voraussetzung der Verfassungsmäßigkeit einer Vorteilsabschöpfungsabgabe“⁷⁵ zu machen. Denn zum einen war das Emissionshandelssystem allenfalls mittelbar Gegenstand der Kammerentscheidung vom 5. März 2018. Zum anderen hat das BVerfG nur die „staatliche Festlegung der Nutzbarkeit der Luft“ – die auch im Fall des BEHG gegeben ist – als Voraussetzung für das Emissionshandelssystem bezeichnet und die mengenmäßige Begrenzung – die in der Einführungsphase noch nicht gegeben ist – als Voraussetzung „für eine Bewirtschaftung nach Marktgrundsätzen“ identifiziert⁷⁶. Hieraus folgt aber nicht mehr und nicht weniger als die ökonomische Aussage, dass ein Zertifikatehandel nach *Marktgrundsätzen* (Preisbildung auf Grund von Angebot und Nachfrage) nur funktionieren kann, wenn es eine Verknappung des Angebots gibt.
- 39 Beide aus dem BVerfG-Beschluss entnommenen Aussagen – „Diese so genannten ‚Caps‘ setzen den Marktmechanismus überhaupt erst in Gang“⁷⁷ bzw. „Nur wenn die Zahl der ausgegebenen Berechtigungen hinter dem Bedarf zurückbleibt, kann sich ein Marktpreis bilden, der die Marktteilnehmer zu kosteneffizientem Verhalten veranlasst“⁷⁸ – sind volkswirtschaftlich richtig. Aus ihnen folgen aber keine verfassungsrechtlichen Maßstäbe für die Zulässigkeit von Vorteilsabschöpfungsabgaben oder die Bepreisung von CO₂. Denn ein Marktmechanismus ist in der Einführungsphase des nationalen Emissionshandelssystems von 2021–2025 noch gar nicht implementiert. Das Gesetz sieht für die Einführungsphase ansteigende Festpreise vor, so dass sich gerade wegen der so ausgestalteten „öffentlich-rechtlichen Nutzungsregelung“⁷⁹ noch kein Marktpreis bilden muss. Dass sich aber in jeder Phase der Bewirtschaftung ein Marktpreis zu bilden hat, also der individuelle Sondervorteil nicht auch – jedenfalls für einen Übergangszeitraum – durch den Gesetzgeber festgesetzt werden darf, um einen Anreiz für die Senkung der Emissionen zu schaffen, lässt sich weder aus Art. 3 Abs. 1 GG noch aus der Entscheidung des BVerfG vom 5. März 2018 ableiten.

⁷³ BVerfG, 1 BvR 2864/13, www.bverfg.de (Rn. 1), insoweit nicht in NVwZ 2018, 972 abgedruckt.

⁷⁴ Müller/Kahl, Ausschussdrucksache 19(16)293-F, S. 2.

⁷⁵ Wernsmann/Bering, NVwZ 2020, 497 (503).

⁷⁶ BVerfG, 1 BvR 2864/13, NVwZ 2018, 972 (975, Rn. 35): „Ohne diese [...] wäre das Emissionshandelssystem funktionslos“.

⁷⁷ So Wernsmann, Rechtsgutachten (Fn. 2), S. 36; ders./Bering, NVwZ 2020, 497 (503) jeweils mit Bezug auf BVerfG, 1 BvR 2864/13, NVwZ 2018, 972 (975, Rn. 36).

⁷⁸ Wernsmann, Rechtsgutachten (Fn. 2), S. 36; ders./Bering, NVwZ 2020, 497 (503) unter Bezug auf BVerfG, 1 BvR 2864/13, NVwZ 2018, 972 (975, Rn. 35); Martini/Gebauer, ZUR 2007, 225 (227); Enders, LKV 2007, 193 (194).

⁷⁹ BVerfG, 1 BvR 2864/13, NVwZ 2018, 972 (974, Rn. 31) – EU-EHS.

40 Bezogen auf die Emissionszertifikate selbst führt das BVerfG denn auch aus:

„Die Erzielung von Veräußerungserlösen ist generell mit dem Gleichheitssatz aus Art. 3 I GG vereinbar.“⁸⁰

Und auch der individuelle Sondervorteil wird in der Entscheidung vom 5. März 2018 bejaht:

„Dem Betreiber einer Anhang 1 zum Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz unterfallenden Anlage, dem der Staat Emissionsberechtigungen verkauft, wird 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.“⁸¹

41 In einer neueren Entscheidung (zu Wasserentnahmeentgelten) hat die 2. Kammer des Ersten Senats den weiten Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers betont, und festgehalten, dieser Spielraum sei erst dann überschritten, „wenn kein konkreter Bezug zwischen dem gesetzlich definierten Vorteil und den Abgabepflichtigen mehr erkennbar ist“⁸². Demgegenüber sei der Gleichheitssatz eingehalten,

„wenn der Gesetzgeber einen Sachgrund für seine Wahl des Abgabengegenstands vorbringen kann, die Berücksichtigung sachwidriger, willkürlicher Erwägungen ausgeschlossen ist und die konkrete Belastungsentscheidung nicht mit anderen Verfassungsnormen in Konflikt gerät. Maßgeblich ist, ob es für die getroffene Unterscheidung einen sachlichen Grund gibt, der bei einer am Gerechtigkeitsgedanken orientierten Betrachtungsweise nicht als willkürlich angesehen werden kann“⁸³.

42 Überträgt man diesen Gedanken auf die CO₂-Bepreisung, so lässt sich weder aus der bislang fehlenden mengenmäßigen Begrenzung noch sonst aus dem allgemeinen Gleichheitssatz eine Verfassungswidrigkeit des BEHG überzeugend begründen. Mit der CO₂-Bepreisung will der Gesetzgeber „zur Erreichung der nationalen Klimaschutzziele, einschließlich des langfristigen Ziels der Treibhausgasneutralität bis 2050, und zur Erreichung der Minderungsziele nach der EU-Klimaschutzverordnung sowie zur Verbesserung der Energieeffizienz“ beitragen (§ 1 S. 1 BEHG) und verfolgt damit legitime Interessen, die ohne Weiteres einen „sachlichen Grund“ für die Zahlungs- bzw. Abgabepflicht im Rahmen des nEHS darstellen.

Trier, den 9. September 2020

gez. Prof. Dr. Henning Tappe

⁸⁰ BVerfG, 1 BvR 2864/13, NVwZ 2018, 972 (974, Rn. 31).

⁸¹ BVerfG, 1 BvR 2864/13, NVwZ 2018, 972 (974 f., Rn. 32).

⁸² BVerfG, 1 BvR 173/16, Rn. 39 (Nichtannahmebeschluss) m. Hinw. auf BVerfGE 137, 1 (23, Rn. 54).

⁸³ BVerfG, 1 BvR 173/16, Rn. 39 m. Hinw. auf BVerfGE 149, 222 (255 f., Rn. 68) – Rundfunkbeitrag.