

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.

Prof. Dr. Rainer Wernsmann

**Inhaber des Lehrstuhls für
Staats- und Verwaltungsrecht, Finanz- und Steuerrecht
Universität Passau**

**Stellungnahme zum Gesetzentwurf der Bundesregierung,
Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Änderung des
Brennstoffemissionshandelsgesetzes,
BT-Drs. 19/19929, 19/21755**

**Öffentliche Anhörung des
Ausschusses für Umwelt, Naturschutz und nukleare Sicherheit**

16.9.2020

Mit dem Änderungsgesetz wird die sog. CO₂-Bepreisung erhöht, allerdings bleibt die im Brennstoffemissionshandelsgesetz (BEHG) verankerte verfassungswidrige Regelung, den Ausstoß von CO₂ mit festen Preisen je ausgestoßener Mengeneinheit zu belasten, unverändert. Der Verfassungsverstoß wird nunmehr durch das Erste Änderungsgesetz infolge der Erhöhung der sog. Preise noch vertieft.

Diese vom Gesetzgeber gewählte Konstruktion ist bei Zugrundelegung der gefestigten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) klar verfassungswidrig (dazu 1.). Ein Absehen von einer rückwirkenden Nichtigerklärung durch das BVerfG wird vorliegend trotz der erheblichen Auswirkungen auf den Haushalt nicht in Betracht kommen (dazu 2.).

1. Verfassungswidrigkeit des BEHG und des Ersten Änderungsgesetzes

Die Ausgestaltung der CO₂-Bepreisung nach dem BEHG ist in den Jahren 2021-25/26 bei Zugrundelegung der Rechtsprechung des BVerfG **verfassungswidrig**, weil **keine mengenmäßige Begrenzung des CO₂-Ausstoßes** vorgesehen ist.¹ Warum ist das so?

a) Maßstäbe für Steuern

Nach geltender Verfassungsrechtslage wäre eine *Steuer* auf CO₂-Ausstoß unzulässig. Für Steuern sieht das Grundgesetz nach der Rechtsprechung des BVerfG einen sog. Numerus clausus vor, d.h. der Gesetzgeber darf nur solche Steuern und Steuerarten regeln, deren Aufkommen das Grundgesetz selbst in seinem Art. 106 verteilt.² Es gibt kein freies Steuererfindungsrecht des Gesetzgebers. Die Gesetzgebungskompetenz des Art. 105 GG ist insoweit begrenzt. Das BVerfG begründet dies mit der Ordnungs-, Schutz- und Begrenzungsfunktion der Finanzverfassung. Der Bürger muss davor geschützt, mit Steuern belastet zu werden, die das Grundgesetz nicht explizit vorsieht. Insbesondere würde es sich bei Zugrundelegung der Rechtsprechung des BVerfG³ bei einer Steuer auf CO₂-Ausstoß nicht

¹ Ausführlich – auch zum Folgenden – *Wernsmann/Bering*, NVwZ 2020, 497 ff. mit weiteren Nachweisen.

² BVerfGE 145, 171 (Leitsatz 3 und S. 194 ff. Rn. 69 ff.) – Kernbrennstoffsteuer. S. ferner z.B. *Tappe/Wernsmann*, Öffentliches Finanzrecht, 2. Aufl. 2019, Rn. 251 ff. mit weiteren Nachweisen.

³ Wiederum BVerfGE 145, 171 (Leitsatz 4 und S. 211 ff. Rn. 112 ff.) – Kernbrennstoffsteuer.

um eine Verbrauchsteuer (Art. 105 Abs. 2 Satz 2 in Verbindung mit Art. 106 Abs. 1 Nr. 2 GG) handeln,⁴ da nicht der Endkonsument das CO₂ verbraucht, sondern das Unternehmen.

b) Maßstäbe für nicht-steuerliche Abgaben, insbesondere Gebühren und sog. Vorteilsabschöpfungsabgaben

Ist eine Steuer auf CO₂-Ausstoß unzulässig, stellt sich die Frage, ob der Gesetzgeber eine nicht-steuerliche Abgabe auf CO₂-Ausstoß vorsehen darf. Die Finanzverfassung des Grundgesetzes lässt unter bestimmten Voraussetzungen auch nicht-steuerliche Abgaben zu. Hinsichtlich nicht-steuerlicher Abgaben kennt das Grundgesetz nach der Rechtsprechung des BVerfG keinen abschließenden Kanon zulässiger Abgabetypen.⁵ Steuern werden gegenleistungsunabhängig erhoben (vgl. § 3 Abs. 1 Abgabenordnung). Der Gesetzgeber darf durch die Erhebung gegenleistungsabhängiger Abgaben jedoch nicht die für Steuern geltenden verfassungsrechtlichen Grenzen umgehen.⁶

Dem Grunde nach können sog. Vorteilsabschöpfungsabgaben zulässig sein. Das BVerfG hat das „Ob“ solcher Abgaben für unbedenklich gehalten, jedoch verfassungsrechtliche Anforderungen für deren Ausgestaltung entwickelt (das „Wie“), damit nicht die vom Grundgesetz für die Erhebung von Steuern gezogenen Grenzen verletzt werden.

Vorliegend handelt es sich – nach dem insoweit maßgeblichen materiellen Gehalt der Abgabe⁷ – um eine solche **gegenleistungsabhängige Abgabe**. Die Gesetzgebungskompetenzen richten sich daher nicht nach dem für Steuern geltenden Art. 105 Abs. 2 GG, sondern nach den Sachgesetzgebungskompetenzen (hier: Art. 74 Abs. 1 Nr. 11, 24 GG). Die Einnahmen des Staates nach § 10 Abs. 2 BEHG sind die *Gegenleistung* für die Emissionszertifikate, aufgrund

⁴ Ebenso *Tappe*, Stellungnahme vom 9.9.2020 zum Gesetzentwurf der Bundesregierung – BT-Drs. 19/19929 und 19/21755, Rn. 15.

⁵ Zuletzt BVerfGE 149, 222 (249 Rn. 54) m.w.N.; ständige Rechtsprechung.

⁶ Allgemeine Auffassung in Rechtsprechung und Literatur; so auch *Tappe* (Fn. 4), Rn. 17, der allerdings später (Rn. 21) ausführt, dass aus der begrifflichen Zuordnung einer nichtsteuerlichen Abgabe keine Kriterien für deren materielle Rechtfertigung abzuleiten seien. Indes geht es entscheidend darum, dass nicht die Begrenzungs- und Schutzfunktion der Finanzverfassung missachtet wird, indem die für Steuern geltende Regeln unterlaufen werden (Art. 105, 106 GG), indem beliebig eine Umetikettierung in eine nichtsteuerliche Abgabe vorgenommen wird, die dann keinerlei rechtlichen Bindungen mehr unterläge. Auch *Tappe* (Fn. 4), Rn. 25 weist dann wiederum zutreffend auf die Rechtsprechung des BVerfG hin, wonach aus verfassungsrechtlichen Gründen eine hinreichend scharfe Unterscheidung der Vorteilsabschöpfungsabgaben von der Steuer erforderlich sei.

⁷ BVerfGE 149, 222 (250 Rn. 56); *Wernsmann*, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO/FGO, § 3 AO Rn. 43 (Stand: März 2016) mit weiteren Nachweisen.

derer die Erwerber CO₂ ausstoßen dürfen.⁸ Die sich aus dem europäischen Emissionshandel (umgesetzt in Deutschland durch das Treibhausgas-Emissions-Handelsgesetz – TEHG) ergebenden Zahlungspflichten hat das BVerfG bereits als nicht-steuerliche Abgabe „mit dem Charakter einer Vorteilsabschöpfungsabgabe“ klassifiziert.⁹ Von Vorzugslasten (Gebühren und Beiträgen) unterscheiden sie sich dadurch, dass ihnen kein staatlicher Kostenaufwand gegenübersteht, weshalb eine Einordnung als „Gebühr“ ausscheidet.¹⁰

Vorteilsabschöpfungsabgaben dürfen jedoch nicht „irgendeinen“ Vorteil des Abgabenschuldners abschöpfen, sondern nur einen „**individuellen Sondervorteil**“. Andernfalls bestünde die Gefahr, dass der Staat jeden beliebigen Vorteil nur gegen Entgelt gewährt. Für die Nutzung natürlicher Umweltressourcen wie Wasser, Luft und Atmosphäre (Güter der Allgemeinheit) darf der Staat als Ausgleich für deren Nutzung grundsätzlich eine Vorteilsabschöpfungsabgabe erheben.¹¹ Das BVerfG leitet aus dem Grundgesetz die Anforderungen ab, dass (1) ein öffentlich-rechtliches Bewirtschaftungssystem vorliegt, (2) ein nur begrenzt vorhandenes Allgemeingut (hier: Reinheit der Luft) zur Nutzung zur Verfügung gestellt wird und (3) eine „**besondere Knappheitssituation**“ vorliegt, die die Rechtsposition des Abgabeschuldners gegenüber anderen Marktteilnehmern verbessert.

Zu (3) darf der Gesetzgeber nach der eindeutigen Rechtsprechung des BVerfG zwar eine nach marktwirtschaftlichen Grundsätzen ausgestaltete Bewirtschaftungsordnung anstelle einer behördlich limitierten Nutzungserlaubnis einführen, muss dann jedoch auch das zur Verfügung stehende Gesamtemissionsvolumen **mengenmäßig begrenzen**.¹² Der Staat ist nur dann dazu berechtigt, einen für ihn nicht mit Kosten verbundenen Vorteil (hier: Emissionsberechtigungen) abzuschöpfen, wenn es neben Personen, denen die Nutzungsberechtigung zugewandt wird, auch Personen gibt, die sich in einer vergleichbaren

⁸ So auch *Tappe* (Fn. 4), Rn. 19.

⁹ BVerfG (Kammer) v. 5.3.2018 – 1 BvR 2864/13, NVwZ 2018, 972 (Rn. 30 f.); zu dieser Begrifflichkeit grundlegend bereits BVerfGE 93, 319 (345).

¹⁰ *Wernsmann/Bering*, NVwZ 2020, 497 (500 f.); ebenso *Tappe* (Fn. 4), Rn. 23 f.

¹¹ BVerfGE 93, 319 (346); BVerwGE 144, 248 (261 f.).

¹² BVerfG (Fn. 9), Rn. 35 ff. – *Tappe* (Fn. 4), Rn. 34 ff. versucht die Bedeutung dieser Entscheidung mit der Begründung zu relativieren, dass es sich „nur“ um eine Kammer-Entscheidung und nicht um eine Senats-Entscheidung handele. Die Kammer-Entscheidung führt indes nur die grundlegende Entscheidung des BVerfG v. 7.11.1995 – 2 BvR 413/88, 1300/93 – BVerfGE 93, 319 (343) – Wasserpfennig – zu den grundlegenden Anforderungen an Vorteilsabschöpfungsabgaben fort. Auch in der Senatsentscheidung aus dem Jahr 1995 heißt es schon: „Nicht-steuerliche Abgaben <...> müssen sich zudem ihrer Art nach von der Steuer, die voraussetzungslos auferlegt und geschuldet wird <...> deutlich unterscheiden.“

Situation befinden und **an dem Sondervorteil interessiert wären, ihn jedoch nicht erhalten.**¹³

Lässt der Staat den Vorteil jedem zukommen, fehlt es an einer Verbesserung der Rechtsstellung des Abgabeschuldners gegenüber anderen, die erst die Abgabe als Vorteilsabschöpfungsabgabe rechtfertigt.

Konkret: Kann jeder beliebig viel CO₂ ausstoßen und zahlt dafür einen festen Betrag, so besteht faktisch **kein Unterschied mehr zu einer – verfassungswidrigen (s.o. unter 1.a) – Steuer auf CO₂-Ausstoß.**¹⁴ Im Ergebnis hätte der Gesetzgeber dann ein vom BVerfG bereits in einer Senatsentscheidung aus dem Jahr 1995 explizit für verfassungswidrig erklärtes Wahlrecht zwischen der Einführung von Steuern und nichtsteuerlichen Abgaben, das die Regelungen der Art. 105 und 106 GG zur Disposition des Gesetzgebers stellen würde,¹⁵ was mit der Begrenzungs- und Schutzfunktion der Finanzverfassung des Grundgesetzes nicht vereinbar wäre. Das BVerfG hat dies in einer Kammer-Entscheidung im Jahr 2018 erneut bestätigt und konkretisiert:

„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.“¹⁶

Wegen der klaren Abweichung von den Kriterien des BVerfG – insbesondere der fehlenden Knappheit des Vorteils, d.h. der fehlenden mengenmäßigen Begrenzung des CO₂-Ausstoßes in den Jahren 2021-25/26 – sind sowohl das BEHG als auch das Erste Änderungsgesetz verfassungswidrig.

2. Rechtsfolge des Verfassungsverstoßes: rückwirkende Nichtigkeitserklärung

Verfassungswidrige Gesetze erklärt das BVerfG grundsätzlich gem. §§ 78 S. 1, 82 Abs. 1, 95 Abs. 3 BVerfGG für nichtig. Ausnahmsweise sieht das BVerfG bei Vorliegen besonderer Umstände von der Nichtigkeitserklärung ab und beschränkt sich auf eine Unvereinbarerklärung, ggf. auch nur auf eine Neuregelungspflicht für die Zukunft. Für die Möglichkeit des Verzichts

¹³ So schon z.B. *Jarass*, Nichtsteuerliche Abgaben und lenkende Steuern unter dem Grundgesetz, 1999, S. 37 f.

¹⁴ Dies lässt *Tappe* (Fn. 4), Rn. 26 ausgeblendet.

¹⁵ Explizit BVerfGE 93, 319 (346).

¹⁶ BVerfG (Fn. 9), Rn. 35.

auf eine rückwirkende Nichtigerklärung kommt es nach der Rechtsprechung des BVerfG aber u.a. darauf an, ob das Gesetz „von Anfang an erheblichen Zweifeln ausgesetzt war“.¹⁷ Ein Verzicht auf die Nichtigerklärung kann erst recht nicht in Betracht kommen, wenn die Verfassungswidrigkeit des Gesetzes schon von vornherein erkennbar war. Das BVerfG hat im Zusammenhang mit der Nichtigerklärung des Kernbrennstoffsteuergesetzes ausgeführt:

„Eine bloße Unvereinbarerklärung hat das Bundesverfassungsgericht zwar wiederholt bei haushaltswirtschaftlich bedeutsamen Normen, insbesondere Steuer- und Abgabengesetzen, ausgesprochen. Die Notwendigkeit einer verlässlichen Finanz- und Haushaltsplanung kann es hier gebieten, von einer Rückwirkung der Entscheidung abzusehen <...>. 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 konnte**. Dies war im Hinblick auf die von Anfang an **mit erheblichen finanzverfassungsrechtlichen Unsicherheiten belastete Kernbrennstoffsteuer** nicht der Fall.“¹⁸

Angesichts der vorhandenen klaren Rechtsprechung des BVerfG zu den verfassungsrechtlichen Anforderungen an Vorteilsabschöpfungsabgaben und den von Anfang an gegen die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes vorgebrachten Einwände bleibt für einen Verzicht auf die Nichtigerklärung kein Raum, zumal dem Gesetzgeber sonst die Möglichkeit eröffnet würde, sich sehenden Auges für einen bestimmten Zeitraum von seiner Bindung an die Verfassung zu lösen (Art. 1 Abs. 3, Art. 20 Abs. 3 GG).

¹⁷ Vgl. z.B. BVerfGE 145, 171 (229 Rn. 162); 145, 106 (169 f. Rn. 164, 167).

¹⁸ BVerfGE 145, 171 (229 Rn. 162). Hervorhebungen nur hier.