

TEXTE

04/2022

Rechtsgutachten

Zur Verfassungsmäßigkeit des Brennstoffemissionshandels- gesetzes (BEHG)

von:

lindenpartners Partnerschaft von Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten

Dr. Nils Ipsen

Thomas Wisniewski

Dr. Liesa Plappert

In Zusammenarbeit mit

Professor Dr. Jörn Ipsen, Universität Osnabrück

Herausgeber:

Umweltbundesamt

TEXTE 04/2022

Projektnummer 156315

FB000778

Rechtsgutachten

Zur Verfassungsmäßigkeit des Brennstoffemissionshandelsgesetzes (BEHG)

von

lindenpartners Partnerschaft von Rechtsanwältinnen und
Rechtsanwälten

Dr. Nils Ipsen
Thomas Wisniewski
Dr. Liesa Plappert

In Zusammenarbeit mit
Professor Dr. Jörn Ipsen, Universität Osnabrück

Im Auftrag des Umweltbundesamtes

Impressum

Herausgeber

Umweltbundesamt
Wörlitzer Platz 1
06844 Dessau-Roßlau
Tel: +49 340-2103-0
Fax: +49 340-2103-2285
buergerservice@uba.de
Internet: www.umweltbundesamt.de

 [/umweltbundesamt.de](https://www.facebook.com/umweltbundesamt.de)

 [/umweltbundesamt](https://twitter.com/umweltbundesamt)

Durchführung der Studie:

lindenpartners Partnerschaft von Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten mbB
Friedrichstrasse 95
10117 Berlin

Abschlussdatum:

Dezember 2021

Redaktion:

Fachgebiet V 2.4 Rechtsangelegenheiten und Justitiariat Emissionshandel
Inga Groth und Maximilian Ahlemann

Publikationen als pdf:

<http://www.umweltbundesamt.de/publikationen>

ISSN 1862-4804

Dessau-Roßlau, Januar 2022

Die Verantwortung für den Inhalt dieser Veröffentlichung liegt bei den Autorinnen und Autoren.

Kurzbeschreibung: Zur Verfassungsmäßigkeit des Brennstoffemissionshandelsgesetzes (BEHG)

Das Rechtsgutachten untersucht die Verfassungsmäßigkeit des Brennstoffemissionshandelsgesetzes (BEHG) und dessen Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht. Zur Ermittlung des verfassungsrechtlichen Maßstabs muss zunächst bestimmt werden, ob es sich bei den Entgelten, die für den Erwerb der Emissionszertifikate zu zahlen sind und dem Bund zufließen, um Steuern oder nicht-steuerliche Abgaben handelt. Das Gutachten kommt zu dem Ergebnis, dass es sich um nicht-steuerlichen Abgaben handelt, da die Emissionszertifikate eine staatliche Gegenleistung darstellen.

Auf dieser Grundlage wird geprüft, ob die verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine nicht-steuerliche Abgabe erfüllt sind. Es wird insbesondere untersucht, ob ein besonderer sachlicher Rechtfertigungsgrund vorliegt, der eine Verletzung des Grundsatzes der Belastungsgleichheit vermeidet. Dazu werden auf Grundlage der Rechtsprechung des BVerfG die verfassungsrechtlichen Anforderungen an einen besonderen sachlichen Rechtfertigungsgrund herausgearbeitet und analysiert, ob das BEHG – gerade in der Einführungsphase mit der Veräußerung zu einem staatlich festgelegten Preis – diesen Anforderungen genügt. Besonderes Augenmerk wird auf die Frage gelegt, ob auch bei einer Veräußerung zu Festpreisen ein staatliches Bewirtschaftungssystem i.S.d. Rechtsprechung des BVerfG angenommen werden kann. Dabei werden auch nationale und supranationale Regelungen außerhalb des BEHG berücksichtigt. Das Rechtsgutachten kommt zu dem Ergebnis, dass die Einführung der Entgelte für die Emissionszertifikate durch einen besonderen sachlichen Grund gerechtfertigt ist.

Darüber hinaus untersucht das Gutachten die Vereinbarkeit der Regelungen mit dem Eigentumsschutz (Art. 14 Abs. 1 GG) und der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) sowie mit dem einschlägigen Primär- und Sekundärrecht der EU. Im Ergebnis bestehen auch insoweit keine rechtlichen Bedenken.

Abstract: On the constitutionality of the Fuel Emissions Trading Act (BEHG)

The legal opinion examines the constitutionality of the Fuel Emissions Trading Act (BEHG) and its compatibility with EU law. In order to determine the constitutional standard, it must first be determined whether the fees to be paid for the acquisition of emission allowances and which accrue to the federal government are taxes or non-tax levies. The legal opinion comes to the conclusion that they are non-tax levies, since the emission certificates represent a consideration paid by the state.

On this basis, it is examined whether the constitutional requirements for a non-tax levy are met. In particular, it is examined whether a special objective justification exists that avoids a violation of the principle of equality of burdens. For this purpose, the constitutional requirements for a special objective justification are elaborated on the basis of the case law of the BVerfG and it is analysed whether the BEHG - especially in the introductory phase with the sale at a price fixed by the state - meets these requirements. Particular attention is paid to the question of whether a state management system within the meaning of the BVerfG's case law can also be assumed in the case of a sale at fixed prices, whereby national and supranational regulations outside the BEHG are also taken into account. The legal opinion comes to the conclusion that the introduction of charges for emission allowances is justified by a special objective reason.

Furthermore, the legal opinion examines the compatibility of the regulations with the protection of property (Article 14 (1) of the Basic Law) and freedom of occupation (Article 12 (1) of the Basic Law) as well as with the relevant primary and secondary law of the EU. As a result, there are no legal concerns in this respect either.

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis.....	8
Zusammenfassung	10
Summary	15
1 Sachverhalt und Problemstellung	20
2 Verfassungsrechtliche Prüfung	22
2.1 Finanzverfassungsrechtliche Vorgaben des Grundgesetzes	22
2.1.1 Bestimmung des Prüfungsmaßstabs	22
2.1.2 Entgelte für die Zertifikate als Steuer?	23
2.1.2.1 Abgrenzung anhand des Vorliegens einer Gegenleistung	24
2.1.2.2 Anwendung auf das BEHG	24
2.1.3 Zwischenergebnis	26
2.2 Formelle Anforderungen	26
2.2.1 Gesetzgebungskompetenz	26
2.2.2 Vollständigkeit des Haushaltsplans	27
2.3 Grundsatz der Belastungsgleichheit (Art. 3 Abs. 1 GG)	27
2.3.1 Anforderungen des Grundsatzes der Belastungsgleichheit	27
2.3.2 Vorteilsausgleich als sachlicher Grund	28
2.3.2.1 Konturen der „Vorteilsabschöpfungsabgabe“	28
2.3.2.2 Vorliegen der Merkmale beim BEHG in der Versteigerungsphase	29
2.3.2.3 Bewertung der Einführungsphase	30
2.3.2.4 Verfassungsrechtliche Kritik an der Einführungsphase.....	32
2.3.2.5 Höhe der Abgabe	42
2.3.3 Rechtfertigung aufgrund der Verhaltenslenkung.....	42
2.3.3.1 Verhaltenslenkung als Rechtfertigungsgrund	42
2.3.3.2 Verhaltenslenkung durch Preissignal	43
2.3.3.3 Höhe der Abgabe	44
2.3.3.4 Zwischenergebnis	44
2.4 Art. 14 Abs. 1 GG.....	44
2.4.1 Eingriff in den Schutzbereich	44
2.4.2 Eingriff in den Schutzbereich	45
2.4.2.1 Unmittelbar betroffene Verantwortliche.....	45
2.4.2.2 Mittelbar betroffene Unternehmen und Privatpersonen	45
2.4.2.3 Zwischenergebnis	46

2.4.3	Vorsorgliche Rechtfertigung einer Eigentumsbeeinträchtigung	46
2.4.3.1	Legitimer Zweck.....	46
2.4.3.2	Geeignetheit	47
2.4.3.3	Erforderlichkeit	47
2.4.3.4	Angemessenheit	48
2.5	Art. 12 GG	49
2.5.1	Eingriff in den Schutzbereich	50
2.5.2	Rechtfertigung	50
3	Unionsrechtliche Prüfung	51
3.1	Vereinbarkeit mit Primärrecht.....	51
3.1.1	Kein Verstoß gegen das Verbot diskriminierender Abgaben	51
3.1.2	Keine Abgabe zollgleicher Wirkung	51
3.1.3	Kein Verstoß gegen das Verbot mengenmäßiger Einfuhrbeschränkungen	52
3.2	Vereinbarkeit mit dem Sekundärrecht	52
3.2.1	Vereinbarkeit mit EU-ETS-Richtlinie	52
3.2.2	Vereinbarkeit mit EU-KlimaschutzVO.....	53
4	Quellenverzeichnis	54

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AO	Abgabenordnung
Art.	Artikel
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
BEHG	Brennstoffemissionshandelsgesetz
BEHV	Brennstoffemissionshandelsverordnung
BGBI	Bundesgesetzblatt
BImSchG	Bundes-Immissionsschutzgesetz
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
bzw.	Beziehungsweise
CO₂-Emissionsnormen-VO	CO ₂ -Emissionsnormenverordnung
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt
EBev	Emissionsberichterstattungsverordnung
EEX	European Energy Exchange
El	Ergänzungslieferung
EU-ETS	Europäischer Emissionshandel
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EU-KlimaschutzVO	Europäische Klimaschutzverordnung
f.	folgende
ff.	fortfolgende
Fn.	Fußnote
GG	Grundgesetz
GEG	Gebäudeenergiegesetz
insb.	insbesondere
i.R.d.	im Rahmen der
i.S.d.	Im Sinne des
i.V.m.	In Verbindung mit
JZ	Juristenzeitung
K-Beschl. v.	Kammer-Beschluss vom
KSG	Bundes-Klimaschutzgesetz
m.w.Nw.	mit weiteren Nachweisen
nEHS	Nationales Emissionshandelssystem
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NuR	Natur und Recht

Abkürzungsverzeichnis

NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
PIPr.	Plenarprotokoll
Rn.	Randnummer
S.	Seite
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
TEHG	Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz
u.a.	unter anderem
Urt. v.	Urteil vom
WHG	Wasserhaushaltsgesetz
ZfZ	Zeitschrift für Zölle und Verbrauchsteuern
Ziff.	Ziffer
ZUG 2012	Zuteilungsgesetz 2012
ZUR	Zeitschrift für Umweltrecht

Zusammenfassung

Problemstellung

Das Brennstoffemissionshandelsgesetz (BEHG) soll die Grundlage für den Handel mit Zertifikaten für Emissionen aus Brennstoffen schaffen und für eine Bepreisung dieser Emission sorgen. Es soll dadurch zur Erreichung der nationalen Klimaschutzziele, die sich aus § 3 Abs. 1 Bundesklimaschutzgesetz (KSG) ergeben, zur Erreichung der Minderungsziele nach der EU-KlimaschutzVO sowie zur Verbesserung der Energieeffizienz beitragen. Das BEHG führt in Ergänzung zum Europäischen Emissionshandelssystem (EU-ETS) einen nationalen Emissionshandel ein, der insbesondere für die Sektoren Wärme und Verkehr Bedeutung erlangen soll. Der Emissionshandel beruht auf einem sogenannten Cap-and-Trade-Mechanismus, bei dem Emissionszertifikate entsprechend den Emissionen der in den Verkehr gebrachten Brennstoffe abgegeben werden müssen.

Die erforderlichen Emissionszertifikaten sollen ab dem Jahr 2027 versteigert werden (Versteigerungsphase). Die zu versteigernde Menge wird jährlich so festgelegt, dass die Einhaltung der Minderungsverpflichtung der Bundesrepublik Deutschland nach der EU-KlimaschutzVO gewährleistet ist (jährliche Emissionsmenge). Zuvor sollen die Emissionszertifikate in den Jahren 2021 – 2025 zu einem jährlich steigenden Festpreis verkauft (Einführungsphase) und im Jahr 2026 innerhalb eines Preiskorridors versteigert werden (Korridorphase). In der Einführungs- und Korridorphase kann die jährliche Emissionsmenge überschritten werden. Sofern die Nachfrage die jährliche Emissionsmenge übersteigt, wird der zusätzliche Bedarf an Emissionszertifikaten durch Nutzung von Flexibilisierungsmöglichkeiten nach der EU-KlimaschutzVO gedeckt.

An der Verfassungsmäßigkeit des BEHG sind – insbesondere im Hinblick auf die Einführungsphase mit dem Verkauf der Emissionszertifikate zu einem Festpreis – Zweifel geäußert worden. Das vorliegende Gutachten soll deswegen die Verfassungsmäßigkeit des BEHG und die Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht unter besonderer Berücksichtigung der daran geäußerten Kritik prüfen.

Ergebnisse der Untersuchung

Verfassungsmäßigkeit des BEHG

Die Untersuchung kommt zu dem Ergebnis, dass das BEHG verfassungsgemäß ist.

1. Die **Entgelte für die Emissionszertifikate stellen eine nicht-steuerliche Abgabe dar** und sind somit an den dafür geltenden verfassungsrechtlichen Maßstäben zu prüfen. Die Entgelte stellen insbesondere keine Steuern dar, sondern sind von Steuern klar zu unterscheiden.
 - Dem beim Verkauf bzw. bei der Versteigerung der Emissionszertifikate zu zahlenden Entgelten steht eine individuelle Gegenleistung des Staates gegenüber. Diese Gegenleistung liegt in der in einem Emissionszertifikat verkörperten Erlaubnis, eine Tonne CO₂ zu emittieren bzw. die entsprechende Menge an Brennstoffen in den Verkehr zu bringen.
 - In der Versteigerungsphase kommt hinzu, dass der Preis für die Emissionszertifikate nach marktwirtschaftlichen Grundsätzen ermittelt und – anders als typischerweise bei einer Steuer – nicht vom Staat festgelegt wird. Aber auch für die vorgeschaltete Einführungsphase mit einem staatlichen Festpreis und die Korridorphase kann eine Einordnung als Steuer nicht überzeugen, da die staatliche Gegenleistung unverändert

bleibt. Es ändert sich allein der Mechanismus der Preisbildung, was jedoch keinen Einfluss auf den Charakter der Gegenleistung hat.

2. Die **formellen verfassungsrechtlichen Anforderungen an nicht-steuerliche Abgabe sind gewahrt.**

Dem Bund steht die Gesetzgebungskompetenz für die Reinhaltung der Luft (Art. 74 Abs. 1 Nr. 24 GG) und die Einführung eines Zertifikatehandels (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG) zu. Die Vorgaben des Art. 110 Abs. 1 GG sind ebenfalls gewahrt, wenn die aus den Einnahmen resultierenden Zuführungen in den „Energie – und Klimafonds“ in den Haushaltsplan eingestellt werden.

3. Die **Entgelte für die Emissionszertifikate sind mit dem Grundsatz der Belastungsgleichheit (Art. 3 Abs. 1 GG) vereinbar.**

Nicht-steuerliche Abgaben sind mit dem Grundsatz der Belastungsgleichheit (Art. 3 Abs. 1 GG) vereinbar, wenn für ihre Erhebung ein besonderer sachlicher Grund besteht, der die zusätzliche Belastung neben der allgemeinen Steuerlast rechtfertigen kann. Als besondere sachliche Gründe hat das BVerfG u.a. die Vorteilsabschöpfung sowie die Lenkungswirkung anerkannt. Die vom BVerfG anerkannten Fallgruppen des sachlichen Grundes sind indes nicht abschließend und können auch durch weitere Fallgruppen ergänzt werden.

a) Die Entgelte für die Emissionszertifikate sind als Vorteilsabschöpfungsabgabe verfassungsrechtlich gerechtfertigt.

Bei der Vorteilsabschöpfungsabgabe kann ein Vorteil, der einer*inem Betroffenen durch die Nutzung einer knappen natürlichen Ressource im Rahmen eines öffentlichen Bewirtschaftungssystems zuwächst, im Interesse der Allgemeinheit abgeschöpft werden. Auf dieser Grundlage hat das BVerfG auch die marktbasiert gebildeten Entgelte für eine Versteigerung beim europäischen Emissionshandel als verfassungsgemäß angesehen.

Die Versteigerungsphase des nationalen Emissionshandelssystems mit der Versteigerung einer strikt begrenzten Menge von Emissionszertifikaten ist vor diesem Hintergrund unstreitig verfassungsgemäß. Durch ein solches Emissionshandelssystem wird vom Staat ein Bewirtschaftungssystem errichtet, das aufgrund der Knappheit der Erlaubnisse zur Beschränkung der Nutzung von natürlichen Ressourcen führt. Jede*r, die*der eine solche Erlaubnis erwerben kann, hat einen Vorteil gegenüber denen, die eine solche Erlaubnis nicht erwerben können.

Auch die Einführungsphase, bei der die Emissionszertifikate zu einem Festpreis veräußert werden, und die Korridorphase, in der die Emissionszertifikate innerhalb eines Preiskorridors versteigert werden, sind als verfassungsgemäß anzusehen. Die Erlaubnis zur Emission von einer Tonne CO₂ stellt unabhängig von der konkreten Ausgestaltung des nationalen Emissionshandelssystems in der Einführungsphase einen Vorteil dar. Das folgt bereits aus der vom BVerfG in der Klimaschutz-Entscheidung vorgenommenen Konkretisierung des Art. 20a GG und dem daraus als Maßstab abgeleiteten CO₂-Restbudget für Deutschland. Aufgrund dieses Restbudgets, an dem sich jede weitere gesetzliche Regelung indirekt messen lassen muss, schließt jede emittierte Tonne CO₂ die Emission dieser Tonne CO₂ durch einen anderen Emittenten aus. Dabei ist es nach der jüngsten Entscheidung des BVerfG auch erheblich, dass dieser Ausschluss „intertemporal“, also erst in der Zukunft, erfolgt. Insofern stellt die Emission einer Tonne CO₂ jedenfalls mit Blick auf die Zukunft einen Vorteil dar, der durch eine Abgabe abgeschöpft werden kann.

b) Die **Kritik an der Verfassungsmäßigkeit der Einführungsphase kann nicht überzeugen.**

Gegen diese Kritik lässt sich bereits grundsätzlich einwenden, dass sie sich nahezu ausschließlich auf eine knappe Passage einer Kammer(!)-Entscheidung des BVerfG zum europäischen Emissionshandel stützt und hieraus typusbestimmende Merkmale für Abgaben ableitet, die sie dann als abschließende Voraussetzungen für die Verfassungsmäßigkeit einer nicht-steuerlichen Abgabe behandelt. Aber auch die einzelnen Kritikpunkte gehen fehl:

Zweifelhaft ist bereits, ob die Einführungsphase überhaupt einer gesonderten verfassungsrechtlichen Bewertung unterzogen werden kann. Diese Phase steht in einem engen funktionalen Zusammenhang mit der verfassungsgemäßen Errichtung des nationalen Emissionshandelssystems mit einer marktbasierten Preisbildung. Es soll damit ein schrittweiser Übergang von einer kostenlosen Nutzung zu einem Marktpreis für die Nutzung geschaffen werden und dadurch ein plötzlicher Preisschock bei der unmittelbaren Einführung eines Marktpreises vermieden werden. Aufgrund dieses engen funktionalen Zusammenhangs lässt sich die Wertung der Einführungsphase nicht von der unstreitig als verfassungsmäßig anzusehenden Versteigerungsphase trennen.

Zudem entsteht ein öffentliches Bewirtschaftungssystem für die Sektoren Wärme und Verkehr nicht erst durch das nationale Emissionshandelssystem mit einer Versteigerung der Emissionszertifikate. Aus der Rechtsprechung des BVerfG ergibt sich kein bestimmter *Numerus Clausus* öffentlicher Bewirtschaftungssysteme; vielmehr ist jeweils gesondert zu prüfen, ob ein öffentliches Bewirtschaftungssystem vorliegt, das zu einer Nutzungsbegrenzung eines bestimmten Gutes führt. Anders als in der Anfangsphase des europäischen Emissionshandels erfolgt die Bewirtschaftung der Sektoren Wärme und Verkehr gegenwärtig nicht ausschließlich über das nationale Emissionshandelssystem des BEHG. Vielmehr sind die grundsätzlichen Bewirtschaftungsentscheidungen bereits durch die EU-KlimaschutzVO und das KSG getroffen worden und werden durch unterschiedliche ordnungsrechtliche Instrumente umgesetzt. Das nationale Emissionshandelssystem und die damit verbundene Bepreisung ergänzen – ähnlich wie im Wasserrecht – diese ordnungsrechtliche Regelung und sichern ihre Wirksamkeit ab. Bei der angezeigten Gesamtbetrachtung der Regelungen für die Begrenzung der Emission von Treibhausgasen in den Bereichen Wärme und Verkehr lässt sich kaum bestreiten, dass sie eine unbegrenzte Nutzung der Atmosphäre zur Aufnahme von Treibhausgasen verhindern und Wirtschaftsteilnehmer*innen von einer übermäßigen Nutzung gegenwärtig – und erst recht in der Zukunft – ausschließen. Mithin liegt ein Bewirtschaftungssystem bereits vor.

Auch wenn ausschließlich das BEHG als Bewirtschaftungssystem in den Blick genommen würde, erscheint die zentrale Prämisse der verfassungsrechtlichen Kritik, dass nämlich in der Einführungsphase die Anzahl der Emissionszertifikate unbegrenzt sei und deswegen der Erwerb eines Emissionszertifikats keinen Vorteil begründen könne, zweifelhaft. In der Einführungsphase kann es aufgrund der Festpreisregel zur Überschreitung der festgelegten jährlichen Emissionsmenge kommen, die durch die Flexibilisierungsinstrumente der EU-KlimaschutzVO abzudecken ist. Dadurch wird die Menge der Emissionszertifikate jedoch nicht grenzenlos erhöht, sondern es findet zunächst nur eine räumliche oder zeitliche Verschiebung innerhalb des unionsrechtlichen Bewirtschaftungssystems statt. Gleichzeitig ist die Menge der über die Flexibilisierungsinstrumente zu erlangenden Emissionszuweisungen rechtlich und faktisch – da die vorgesehenen Minderungen für alle Mitgliedstaaten eine große Herausforderung darstellen – begrenzt. Allerdings ist unklar, ob diese rechtliche und faktische Begrenzung auch im – hypothetischen – Extremfall einer außergewöhnlich großen Lücke zwischen Nachfrage und Angebot unter Berücksichtigung der Flexibilisierungsinstrumente ihre

Wirkung entfalten würde. Letztlich kann diese Frage jedoch dahinstehen, da derart starke Abweichungen zwischen zulässigen jährlichen Emissionsmengen und tatsächlichem Bedarf bereits durch die ordnungsrechtlichen Instrumente zur Umsetzung der Vorgaben des KSG – inklusive der Sofortmaßnahmen – nach der Konzeption des Gesetzgebers verhindert werden sollen.

- c) Darüber hinaus lässt sich für das BEHG als anerkannter Rechtfertigungsgrund auch die mit dem Zertifikatepreis intendierte Verhaltenslenkung anführen. Das Preissignal soll zu einem sparsameren Verbrauch anhalten und auf diese Weise die ordnungsrechtlichen Maßnahmen zur Emissionsreduzierung unterstützen. Angesichts der verfassungsrechtlich abgesicherten Bedeutung der Emissionsreduzierung erscheint eine entsprechende Verhaltenslenkung als geeigneter Rechtfertigungsgrund.
4. **Das BEHG ist auch mit dem Schutz des Eigentums (Art. 14 Abs. 1 GG) und der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) vereinbar.**
- a) Ein Eingriff in die Schutzbereiche von Art. 14 Abs. 1 GG und von Art. 12 Abs. 1 GG durch die mit dem BEHG verbundenen Entgelte für die Treibhausgasemissionen und die dafür erforderlichen Überwachungs- und Berichtspflichten kommt sowohl im Hinblick auf die Inverkehrbringer*innen von Brennstoffen als auch im Hinblick auf die Endverbraucher*innen, die sich höheren Preisen ausgesetzt sehen, in Betracht.
 - b) Ein solcher Eingriff wäre jedoch in jedem Fall gerechtfertigt, da er verhältnismäßig ist:
 - Das BEHG verfolgt den legitimen Zweck mit der Errichtung eines Zertifikatehandels für Brennstoffe und einer (mittelbaren) Bepreisung entsprechender Emissionen dazu beizutragen, dass nationale und europäische Klimaziele erreicht und die Energieeffizienz erhöht (§ 1 BEHG) werden. Die Verfassung selbst verpflichtet den Staat in Art. 20a GG zum Klimaschutz.
 - Das nationale Emissionshandelssystem ist auch geeignet, diesen Zweck zu fördern. Es ist nach marktwirtschaftlichen Grundsätzen zu erwarten, dass ein Preis für die Emission von Treibhausgasen zu einer Reduzierung der Emission und einer Förderung von Alternativen führt. Die Geeignetheit ist auch für die Einführungsphase gegeben, selbst wenn sich ergeben sollte, dass der festgelegte Festpreis für sich genommen nicht zur Zielerreichung ausreicht. Zum einen dient die Einführungsphase gerade dem schrittweisen Übergang, so dass der CO₂-Preis geradezu zwangsläufig noch nicht seine volle Wirkung erreichen kann. Zum anderen kann auch ein noch nicht voll entwickeltes Preissignal ein verändertes Bewusstsein für den Verbrauch erzeugen und dadurch zur Reduzierung der Emissionen beitragen.
 - Die Einführung des Systems ist auch erforderlich, da keine weniger belastende Alternative ersichtlich ist. Die bereits vorhandenen ordnungsrechtlichen Maßnahmen zur Reduzierung der Treibhausgasemissionen bzw. eine CO₂-Steuer können für sich genommen nicht mit einer vergleichbaren Sicherheit die Einhaltung der Emissionsziele gewährleisten.
 - Die durch das BEHG ergriffenen Maßnahmen und damit verbundenen Belastungen erscheinen auch angemessen. Angesichts der wissenschaftlich belegten Schäden, die durch die Belastung der Atmosphäre mit Treibhausgasen bereits entstanden sind und weiterhin entstehen werden, ist den Maßnahmen zur Treibhausgasreduktion ein hoher Stellenwert beizumessen, der auch durch völkerrechtliche Verträge, Unionsrecht und deutsches Verfassungsrecht zum Ausdruck kommt. Die auf die Betroffenen

zukommenden Belastungen stehen somit nicht außer Verhältnis zur Erreichung der gesetzlich vorgegebenen Klimaziele. Dabei versucht das BEHG durch den schrittweisen Übergang zu einer marktbasierten Preisbildung abrupte Belastungen der betroffenen Unternehmen zu vermeiden. Durch die Härtefallklausel des § 11 BEHG wird ferner sichergestellt, dass es auch in atypischen Einzelfällen nicht zu unverhältnismäßigen Belastungen durch die im BEHG vorgesehene Typisierung kommt.

Vereinbarkeit mit Unionsrecht

Das BEHG unterliegt auch keinen unionsrechtlichen Bedenken. Es ist sowohl mit dem Primär- als auch dem Sekundärrecht vereinbart.

1. Ein Verstoß gegen das Primärrecht ist nicht ersichtlich. Das Entgelt für die Emissionszertifikate kann grundsätzlich unter Art. 110 AEUV fallen, da es sich um eine zumindest mittelbare Abgabe auf Waren handelt, die Teil eines allgemeinen Abgabensystems ist. Da die Abgabenhöhe jedoch nicht zwischen inländischen und eingeführten oder ausgeführten Waren unterscheidet, ist kein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot erkennbar.
Aufgrund der Einordnung als Abgabe i.S.d. Art. 110 AEUV sind die Anwendungsbereiche des Verbots von Abgaben mit zollgleicher Wirkung (Art. 28 AEUV) und des Verbots der mengenmäßigen Beschränkung (Art. 34 AEUV) bereits nicht einschlägig. Auch insofern wäre keine Diskriminierung ersichtlich.
2. Ein Verstoß gegen Sekundärrecht ist ebenfalls nicht erkennbar.
 - Die neuen Regelungen des nationalen Emissionshandelssystems stehen nicht im Konflikt mit der EU-ETS-Richtlinie, da der Anwendungsbereich der EU-ETS-Richtlinie nur auf die dort genannten Anlagen begrenzt ist. Einem darüber hinausgehenden nationalen Emissionshandel soll die Richtlinie nicht entgegenstehen. Mögliche Überschneidungen der beiden Systeme werden im nationalen Emissionshandel adressiert, so dass der EU-ETS nicht betroffen ist. Überdies ist anerkannt, dass Mitgliedsstaaten auch im Bereich des EU-ETS noch ergänzende Anforderungen stellen dürfen. Sofern der EU-ETS – wie im „Fit for 55“-Paket der EU-Kommission vorgesehen – auf die Sektoren Gebäude und Verkehr ausgeweitet wird, müsste das BEHG ggf. angepasst werden.
 - Das BEHG ist überdies mit der EU-KlimaschutzVO vereinbar. Es nimmt ausdrücklich auf die dort vorgesehenen Emissionszuweisungen Bezug und verwendet sie als Grundlage für die jährliche Emissionsmenge. Auch in der Einführungsphase, in der eine Überschreitung der jährlichen Emissionsmenge i.S.d. BEHG denkbar ist, wird gesetzlich festgelegt, dass eine entsprechende Menge an zusätzlichen Emissionszuweisungen über die Flexibilisierungsmechanismen erlangt werden muss.

Summary

Problem

The Fuel Emissions Trading Act (BEHG) establishes a system for fossil fuel emissions allowance trading and provides for the pricing of these emissions. It shall contribute to achieving the national climate protection goals resulting from section 3(1) of the Federal Climate Protection Act (Bundesklimaschutzgesetz - KSG), to achieving the reduction targets under the EU Climate Protection Regulation and to improving energy efficiency. The BEHG introduces a national emissions trading system to supplement the European Emissions Trading System (EU ETS). The national Emission Trading System will be of particular importance for the heat and transport sectors. The national Emissions Trading System (nEHS) is based on a so-called cap-and-trade mechanism, in which emissions allowances must be surrendered in accordance with the emissions of the fuels placed on the market.

The required emission allowances are to be auctioned from 2027 onwards (auctioning phase). The quantity to be auctioned will be determined annually in such a way as to ensure compliance with the reduction obligation of the Federal Republic of Germany under the EU Climate Change Regulation (annual emission quantity). In the years 2021 - 2025, the emission allowances will be sold at an annually increasing fixed price (introductory phase) and, in 2026, will be auctioned within a price corridor (corridor phase). In the introductory and corridor phases, the annual emission quantity may be exceeded. If demand exceeds the annual emission quantity, the additional demand for emission allowances will be covered by using flexibilities under the EU Climate Change Regulation.

Doubts have been expressed as to the constitutionality of the BEHG - in particular with regard to the introductory phase with the sale of emission allowances at a fixed price. This legal opinion is intended to examine the constitutionality of the BEHG and its compatibility with EU law, taking particular account of the criticisms that have been made of it.

Legal analysis

Constitutionality of the BEHG

1. The **charges for the emission certificates constitute a non-tax levy** and must therefore be examined against the constitutional standards applicable to them. In particular, the charges do not constitute taxes, but are to be clearly distinguished from taxes.
 - The fees to be paid for the sale or auctioning of emission allowances are matched by an individual consideration by the state. This consideration lies in the permission embodied in an emission allowance to emit one tonne of greenhouse gases or to place the corresponding quantity of fuels on the market.
 - In addition, in the auctioning phase the price for the emission certificates is determined according to market principles and - unlike typically in the case of a tax - is not set by the state. However, even for the introduction phase with a fixed state price and the corridor phase, a classification as a tax is not convincing, as the consideration by the state remains unchanged. Only the pricing mechanism changes, but this has no influence on the nature of the consideration.
2. The **formal constitutional requirements for non-tax levies are met**.
 The Federation has the legislative competence for keeping the air clean (Article 74 (1) No. 24 of the Basic Law) and for the introduction of allowances trading system (Article 74 (1) No. 11 of the Basic Law). The requirements of Article 110 (1) of the Basic Law are also met if the

transformation of the revenues resulting from certificates to the "Energy and Climate Fund" are entered in the budget.

3. The **charges for emission allowances are compatible with the principle of equality of burdens (Article 3 (1) of the Basic Law).**

Non-tax levies are compatible with the principle of equality of burdens (Article 3 (1) of the Basic Law) if there is a special objective reason for levying them which can justify the additional burden in addition to the general tax burden. The BVerfG has recognised as special objective reasons, inter alia, the levy on benefits as well as the incentive effect. However, the groups of objective reasons recognised by the BVerfG are not exhaustive and can also be supplemented by further groups of cases.

a) The charges for the emission allowances are constitutionally justified as a levy on special benefits.

In the case of the benefit levy, an advantage that accrues to an affected person through the use of a scarce natural resource within the framework of a public management system can be skimmed off in the interest of the general public. On this basis, the BVerfG has also considered the market-based fees for auctioning in European emissions trading to be constitutional.

Against this background, the auctioning phase of the national emissions trading system with the auctioning of a strictly limited quantity of emission allowances is indisputably constitutional. Through such an emissions trading system, the state establishes a public management system that leads to the restriction of the use of natural resources due to the scarcity of allowance. Anyone who can acquire such an allowance has an advantage over those who cannot.

The introductory phase, in which the emission allowances are sold at a fixed price, and the corridor phase, in which the emission allowances are auctioned within a price corridor, are also to be regarded as constitutional. The permission to emit one tonne of greenhouse gases constitutes an advantage, irrespective of the concrete design of the national emissions trading system. This already follows from the BVerfG's concretisation of Article 20a of the Basic Law in the climate protection decision and the CO₂ residual budget for Germany derived from this as a yardstick. On the basis of this residual budget, against which any further statutory regulation must be indirectly measured, every tonne of greenhouse gas emitted precludes the emission of this tonne of greenhouse gas by another emitter. According to the most recent decision of the BVerfG, it is also significant that this exclusion is "intertemporal", i.e. only occurs in the future. In this respect, the emission of a tonne of greenhouse gas represents an advantage, at least with a view to the future, which can be skimmed off by a levy.

b) The **criticism of the constitutionality of the introductory phase is not convincing.**

It can already be objected to this criticism in principle that it is based almost exclusively on a brief passage of a chamber(!) decision of the BVerfG on the European Emissions Trading System and derives from this type-determining characteristics for levies, which it then treats as conclusive prerequisites for the constitutionality of a non-tax levy. Additionally, the individual points of criticism are also misguided:

It is already doubtful whether the introductory phase can be subjected to a separate constitutional assessment at all. This phase has a close functional connection with the constitutional establishment of the national emissions trading system with market-based

pricing. It is intended to create a gradual transition from free use to a market price for use, thereby avoiding a sudden price shock upon the immediate introduction of a market price. Due to this close functional connection, the valuation of the introduction phase cannot be separated from the auction phase, which is indisputably to be regarded as constitutional.

Moreover, a public management system for the heat and transport sectors does not only come into being through the national emissions trading system with an auctioning of emission allowances. The case law of the BVerfG does not provide a specific *numerus clausus* of public management systems; rather, it must be examined separately in each case whether there is a public management system that leads to a limitation of the use of a specific good. In contrast to the initial phase of European emissions trading, the management of the heat and transport sectors is currently not carried out exclusively via the national emissions trading system of the BEHG. Rather, the basic management decisions have already been made by the EU Climate Change Regulation and the KSG and are implemented through different regulatory instruments. The national emissions trading system and the associated pricing - similar to water law - complement this regulatory regime and ensure its effectiveness. When considering the regulations for limiting greenhouse gas emissions in the areas of heating and transport as a whole, it can hardly be denied that they prevent the unlimited use of the atmosphere for the absorption of greenhouse gases and exclude economic operators from their use at present - and even more so in the future. Thus, a management system is already in place.

Even if only the BEHG were to be considered as a management system, the central premise of the constitutional criticism, namely that in the introductory phase the number of emission allowances is unlimited and therefore the acquisition of an emission allowance cannot constitute an advantage, appears doubtful. In the introductory phase, the fixed price rule may lead to the fixed annual emission quantity being exceeded, which is to be covered by the flexibility instruments of the EU Climate Protection Regulation. However, this does not result in an unlimited increase in the quantity of emission allowances, but initially only in a spatial or temporal shift within the management system under EU law. At the same time, the quantity of emission allocations to be obtained via the flexibility instruments is legally and factually limited - since the envisaged reductions represent a major challenge for all Member States. However, it is unclear whether this legal and factual limitation would also have its effect in the - hypothetical - extreme case of an exceptionally large gap between demand and supply, taking into account the flexibility instruments. Ultimately, however, this question can be left open, since such large deviations between permissible annual emission quantities and actual demand are already to be prevented by the regulatory instruments for implementing the requirements of the KSG - including the emergency measures - according to the legislator's concept.

- c) In addition, the behavioural guidance intended by the allowance price can also be cited as a recognised justification for the BEHG. The price signal is intended to encourage more economical consumption and in this way supports the regulatory measures to reduce emissions. In view of the constitutionally secured importance of reducing emissions, a corresponding behavioural incentive appears to be a suitable justification.
- 4. **The BEHG is also compatible with the protection of property (Art. 14 para. 1 GG) and the freedom of profession (Art. 12 para. 1 GG).**
 - a) An encroachment on the areas of protection of Article 14 (1) of the Basic Law and Article 12 (1) of the Basic Law through the charges for greenhouse gas emissions associated with the BEHG and the monitoring and reporting obligations required for this is possible both with

regard to the distributors of fuels and with regard to the end consumers, who are exposed to higher prices.

b) However, such interference would in any case be justified as it is proportionate:

- The BEHG pursues the legitimate purpose of helping to achieve national and European climate targets and increase energy efficiency by establishing a certificate trading system for fuels and (indirectly) pricing the corresponding emissions (Section 1 BEHG). The Constitution itself obliges the state to protect the climate in Article 20a of the Basic Law.
- The national emissions trading system is also suitable for promoting this purpose. According to market economy principles, it is to be expected that a price for the emission of greenhouse gases will lead to a reduction of emissions and a promotion of alternatives. The suitability is also given for the introductory phase, even if it should turn out that the fixed price set is not sufficient in itself to achieve the objective. On the one hand, the introductory phase serves precisely the purpose of gradual transition, so that the price for greenhouse gas emissions almost inevitably cannot yet achieve its full effect. On the other hand, a price signal that has not yet been fully developed can also generate a change in awareness of consumption and thus contribute to reducing emissions.
- The introduction of the scheme is also necessary because no less burdensome alternative is apparent. The existing regulatory measures to reduce greenhouse gas emissions or a greenhouse gas tax cannot in themselves ensure compliance with the emission targets with a comparable degree of certainty.
- The measures taken by the BEHG and the associated burdens also appear appropriate. In view of the scientifically proven damage that has already been caused and will continue to be caused by the pollution of the atmosphere with greenhouse gases, the measures to reduce greenhouse gases must be accorded a high priority, which is also expressed by international treaties, Union law and German constitutional law. The burdens imposed on those affected are therefore not out of proportion to the achievement of the climate targets set by law. In this context, the BEHG attempts to avoid abrupt burdens for the affected companies by means of a gradual transition to market-based pricing. The hardship clause in Section 11 BEHG also ensures that even in atypical individual cases, disproportionate burdens will not result from the typification provided for in BEHG.

Compatibility with Union law

The BEHG is also not subject to any concerns under EU law. It is compatible with both primary and secondary law.

1. A violation of primary law is not apparent. The charge for emission allowances can in principle fall under Art. 110 TFEU, as it is at least an indirect levy on goods that is part of a general system of charges. However, since the amount of the levy does not differentiate between domestic and imported or exported goods, no violation of the prohibition of discrimination is discernible.
Due to the classification as a levy within the meaning of Article 110 TFEU, the areas of application of the prohibition of levies having equivalent effect to customs duties (Article 28 TFEU) and the prohibition of quantitative restrictions (Article 34 TFEU) are already not relevant. However, no discrimination would be apparent in this respect either.
2. A violation of secondary legislation is also not discernible.

- The new regulations of the national emissions trading system do not conflict with the EU ETS Directive, as the scope of the EU ETS Directive is only limited to the installations named therein. The Directive is not intended to stand in the way of national emissions trading going beyond this. Possible overlaps between the two systems are addressed in national emissions trading, so that the EU ETS is not affected. Moreover, it is recognised that member states may still impose supplementary requirements in the area of the EU ETS. If the EU ETS - as envisaged in the EU Commission's "Fit for 55" package - is extended to the buildings and traffic sectors, the BEHG may have to be adapted.
- Moreover, the BEHG is compatible with the EU Climate Change Regulation. It explicitly refers to the emission allocations provided for therein and uses them as the basis for the annual emission quantity. Even in the introductory phase, in which it is conceivable that the annual emission quantity within the meaning of the BEHG will be exceeded, the law stipulates that a corresponding quantity of additional emission allocations must be obtained via the flexibility mechanisms.

1 Sachverhalt und Problemstellung

Das Brennstoffemissionshandelsgesetz (BEHG)¹ soll die Grundlage für den Handel mit Zertifikaten für Emissionen aus Brennstoffen schaffen und für eine Bepreisung dieser Emissionen sorgen (§ 1 Satz 1 BEHG). Es soll dadurch zur Erreichung der nationalen Klimaschutzziele, die sich aus § 3 Abs. 1 Bundesklimaschutzgesetz (KSG)² ergeben, zur Erreichung der Minderungsziele nach der EU-KlimaschutzVO³ sowie zur Verbesserung der Energieeffizienz beitragen. Die Bepreisung fossiler Treibhausgasemissionen wird als Zweck des neuen nationalen Emissionshandelssystems (nEHS) noch einmal besonders hervorgehoben (§ 1 Satz 2 BEHG).

Das BEHG hat keinen ausdrücklich geregelten sektoralen Bezug, sondern knüpft allgemein an das Inverkehrbringen von Brennstoffen an. Grundsätzlich können damit auch die Anlagen in den Sektoren Energieerzeugung und energieintensive Industrie sowie der Luftverkehr, die bereits dem Europäischen Emissionshandel (EU-ETS) unterliegen, erfasst werden. Eine solche Doppelbelastung soll indes vermieden werden (§ 7 Abs. 5 und § 11 BEHG sowie § 11 EBeV 2022⁴). Nach den Erwartungen des Gesetzgebers soll das BEHG insbesondere für die Sektoren Wärme und Verkehr relevant werden (BT-Drs. 19/14746, S. 20).

Das nEHS beruht auf einem sogenannten Cap-and-Trade-Mechanismus, bei dem Emissionszertifikate entsprechend den Emissionen der in den Verkehr gebrachten Brennstoffe abgegeben werden müssen (§ 8 BEHG). Das nEHS verfolgt dabei – anders als EU-ETS – einen sog. *upstream*-Ansatz. Die Emissionszertifikate müssen nicht von Endverbraucher*innen abgegeben werden, sondern von den sog. Verantwortlichen, also von denjenigen Personen, die die Brennstoffe nach den energiesteuerlichen Tatbeständen in den Verkehr bringen (§§ 2 Abs. 2 und 3 Nr. 3 BEHG). Die Verantwortlichen sind grundsätzlich verpflichtet, die Brennstoffemissionen für die von ihnen in einem Kalenderjahr in Verkehr gebrachten Brennstoffe zu ermitteln und bis zum 31. Juli des Folgejahres der zuständigen Behörde zu berichten (§ 7 Abs. 1 BEHG). Für die entsprechend zu berichtende Gesamtmenge an Brennstoffemissionen im vorvergangenen Kalenderjahr muss der Verantwortliche bis zum 30. September die entsprechende Anzahl an Emissionszertifikaten abgeben (§ 8 BEHG).

Für jedes Kalenderjahr wird die zulässige Gesamtmenge an Brennstoffemissionen in Deutschland festgelegt (jährliche Emissionsmenge), die die Einhaltung der Minderungsverpflichtung der Bundesrepublik Deutschland nach Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Anhang 1 der EU-KlimaschutzVO gewährleisten muss (§ 4 Abs. 1 Satz 1 BEHG). Die entsprechende Menge an Emissionszertifikaten soll im Wege einer Veräußerung in gleichen Teilmengen in regelmäßigen Abständen über das Jahr angeboten werden (§ 10 Abs. 1 Satz 1, 2 BEHG i.V.m. § 6 BEHV⁵). Die Verantwortlichen können somit die benötigten Emissionszertifikate entweder auf

¹ Gesetz über einen nationalen Zertifikatehandel für Brennstoffemissionen vom 12.12.2019, BGBl. I S. 2728, zuletzt geändert durch Art. 1 Erstes G zur Änd. des BrennstoffemissionshandelsG vom 3.11.2020, BGBl. I S. 2291.

² Gesetz zur Einführung eines Bundes-Klimaschutzgesetzes und zur Änderung weiterer Vorschriften vom 12.12.2019, BGBl. I, S. 251, zuletzt geändert durch Art. 1 Erstes ÄndG vom 18.8.2021, BGBl. I S. 3905.

³ Verordnung (EU) 2018/842 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Mai 2018 zur Festlegung verbindlicher nationaler Jahresziele für die Reduzierung der Treibhausgasemissionen im Zeitraum 2021 bis 2030 als Beitrag zu Klimaschutzmaßnahmen zwecks Erfüllung der Verpflichtungen aus dem Übereinkommen von Paris sowie zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 525/2013, Abl. L 156, S. 26.

⁴ Verordnung über die Emissionsberichterstattung nach dem Brennstoffemissionshandelsgesetz für die Jahre 2021 und 2022 (Emissionsberichterstattungsverordnung 2022 – EBeV 2022) vom 17. Dezember 2020, BGBl. I S. 3016.

⁵ Verordnung zur Durchführung des Brennstoffemissionshandelsgesetzes (Brennstoffemissionshandelsverordnung – BEHV) vom 17. Dezember 2020, BGBl. I S. 3026.

diesen Veräußerungen oder auf dem nachgelagerten Sekundärmarkt (§ 9 Abs. 2 BEHG) erwerben.

In der Einführungsphase bis zum Jahr 2025 sollen alle Emissionszertifikate zu einem Festpreis verkauft werden, der schrittweise von EUR 25,- für das Jahr 2021 bis auf EUR 55,- für das Jahr 2025 ansteigt (§ 10 Abs. 2 BEHG). In dem ersten Jahr der Versteigerung 2026 wird noch ein Preiskorridor mit einem Mindestpreis von EUR 55,- und einem Höchstpreis von EUR 65,- pro Emissionszertifikat festgelegt. Die freie Preisbildung am Markt setzt somit erst im Jahr 2027 ein, sofern nicht der Preiskorridor auf Grundlage der bisherigen Erfahrungen darüber hinaus verlängert wird (§ 23 Abs. 1 Satz 4, 5 BEHG).

Sofern die Nachfrage in der Einführungsphase und während der Anwendung des Preiskorridors die festgelegte jährliche Emissionsmenge übersteigt, wird der zusätzliche Bedarf an Emissionszertifikaten durch Nutzung von Flexibilisierungsmöglichkeiten nach der EU-KlimaschutzVO gedeckt (§ 5 Abs. 1 BEHG).

An der Verfassungsmäßigkeit des BEHG sind – insbesondere im Hinblick auf die Einführungsphase mit dem Verkauf der Emissionszertifikate zu einem Festpreis – Zweifel geäußert worden. Vor diesem Hintergrund hat das Umweltbundesamt uns beauftragt, die Verfassungsmäßigkeit des BEHG und die Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht unter besonderer Berücksichtigung der daran geäußerten Kritik zu überprüfen.

2 Verfassungsrechtliche Prüfung

Für die verfassungsrechtliche Prüfung sind zunächst die finanzverfassungsrechtlichen Vorgaben zu berücksichtigen (dazu unter 2.1). Es sind dann die Vereinbarkeit mit den formellen verfassungsrechtlichen Voraussetzungen (dazu unter 2.2) sowie die Vereinbarkeit mit dem Grundsatz der Belastungsgleichheit gemäß Art. 3 (dazu unter 2.3), der Eigentumsfreiheit gemäß Art. 14 Abs. 1 GG (dazu unter 2.4) und der Berufsfreiheit gemäß Art. 12 Abs. 1 GG (dazu unter 2.5) zu prüfen.

2.1 Finanzverfassungsrechtliche Vorgaben des Grundgesetzes

Die finanzverfassungsrechtlichen Vorgaben sind grundsätzlich zu beachten, wenn der Staat Abgaben, d.h. Steuern oder nicht-steuerliche Abgaben erhebt. § 8 BEHG verpflichtet die Verantwortlichen, die die Brennstoffe in den Verkehr bringen, zur Abgabe einer entsprechenden Menge von Emissionszertifikaten. Diese Emissionszertifikate können entweder direkt vom Staat (§ 10 BEHG), für den das UBA als zuständige Stelle (§ 10 Abs. 3 BEHG i.V.m. § 3 Abs. 1 BEHV) die EEX beauftragt hat oder auf dem Sekundärmarkt (§ 9 Abs. 2 BEHG) erworben werden. In jedem Fall erfolgt der primäre Erwerb der Emissionszertifikate bei der staatlich beauftragten EEX und die Erlöse dieser primären Veräußerung stehen dem Bund zu (§ 10 Abs. 4 Satz 1 BEHG).

Aufgrund der privatrechtlichen Ausgestaltung des Erwerbs stellt die primäre staatliche Veräußerung der Emissionszertifikate keine typische Abgabe dar, bei der eine Geldleistung dem Betroffenen hoheitlich einseitig auferlegt wird. Unter finanzverfassungsrechtlichen Gesichtspunkten ist aber auch eine solche Veräußerung wie eine Abgabe zu behandeln, da ihr der Charakter eines staatlichen Fiskalgeschäfts mangels eines realen monetären Verlusts fehlt. Das Veräußerungsentgelt ist zudem eng mit der öffentlich-rechtlichen Abgabepflicht verknüpft und steht somit funktional einer Steuer durch Abgaben gleich.⁶ Durch das BEHG wird somit eine öffentliche Abgabe eingeführt, die sich grundsätzlich an den finanzverfassungsrechtlichen Vorgaben des Grundgesetzes messen lassen muss.

2.1.1 Bestimmung des Prüfungsmaßstabs

Ein Verstoß gegen die sog. Finanzverfassung des Abschnitts X. des Grundgesetzes (Art. 104a ff. GG) würde voraussetzen, dass die Veräußerungsentgelte, die gem. § 10 Abs. 4 Satz 1 BEHG dem Bund zustehen, als Steuern anzusehen sind. Denn die speziellen Regelungen der Art. 104a ff. GG sind grundsätzlich nur auf Steuern anwendbar. Die Kompetenz für die Erhebung nicht-steuerlicher Abgaben (z.B. Gebühren und Beiträge) folgt hingegen aus der Kompetenz für die Sachmaterie und unterliegt den allgemeinen verfassungsrechtlichen Vorgaben, wobei insbesondere eine besondere sachliche Rechtfertigung vorliegen muss, um eine Verletzung des Grundsatzes der Belastungsgleichheit zu vermeiden.⁷ Aufgrund dieser unterschiedlichen verfassungsrechtlichen Anforderungen kommt der Abgrenzung zwischen Steuern und nicht-steuerlichen Abgaben eine zentrale Bedeutung zu.⁸

⁶ Vgl. für das EU-ETS: BVerwG, Urt. v. 10.10.2012 - 7 C 10.10, NVwZ 2013, 576, 580; ähnlich BVerfG, K-Beschl. v. 5.3.2018 - 1 BvR 2864/13, NVwZ 2018, 972, 974, Rn. 31 („abgabengleichen Wirkung“); ferner: Henniscke, NuR 2021, 83, 84.

⁷ BVerfG, Urt. v. 18.7.2018 - 1 BvR 1675/16 u.a., NJW 2018, 3223, Rn. 51; BVerfG BVerfG, Beschl. v. 25.6.2014 - 1 BvR 668/10, 1 BvR 2104/10, NVwZ 2014, 1448 Rn. 45; Siekmann, in: Sachs, GG, 9. Aufl. 2021, Vor Art. 104a, Rn. 12; Jachmann-Michel/Vogel in: v. Mangoldt/Klein/Stark, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 105 Rn. 7; Müller-Franken in: Friauf/Höfling, BKGG, 23. Erg.-Lfg. 2022, Art. 105, Rn. 84.

⁸ Siekmann, in: Sachs, GG, 9. Aufl. 2021, Vor Art. 104a, Rn. 12; Jachmann-Michel/Vogel in: v. Mangoldt/Klein/Stark, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 105 Rn. 7.

Die Frage, ob eine Steuer oder nichtsteuerliche Abgabe verfassungsgemäß ist, muss somit zweistufig beantwortet werden. Auf der ersten Stufe ist zu prüfen, ob es sich um eine Steuer oder eine nicht-steuerliche Abgabe handelt, um die einschlägige Gesetzgebungskompetenz zu ermitteln. Erst aus dieser Unterscheidung ergibt sich der anzuwendende Rechtfertigungsmaßstab, der auf der zweiten Stufe anzuwenden ist. Anhand dieses Maßstabs wird die verfassungskonforme Ausgestaltung des jeweiligen Abgabetyps geprüft.

2.1.2 Entgelte für die Zertifikate als Steuer?

Das Grundgesetz enthält keine Legaldefinition der Steuer. Das BVerfG lehnt sich in seiner Definition an die Definition in § 3 Abs. 1 Abgabenordnung (AO)⁹ an und definiert Steuern in seinen jüngsten Entscheidungen als „öffentliche Abgaben, die als Gemeinlast ohne individuelle Gegenleistung („voraussetzungslos“) zur Deckung des allgemeinen Finanzbedarfs des öffentlichen Gemeinwesens erhoben werden“.¹⁰

Der die Steuerpflicht begründende Tatbestand steht in keinem Zusammenhang mit der Entscheidung über die Verwendung des Steueraufkommens; Einnahmen- und Ausgabenseite sind voneinander abgekoppelt.¹¹

Steuern werden somit herkömmlich anhand von zwei (alternativen) Merkmalen von nicht-steuerlichen Abgaben abgegrenzt:

- Sie sind einerseits von den sog. Vorzugslasten, namentlich von Gebühren und Beiträgen, zu unterscheiden, die als Gegenleistung für staatliche Leistungen erbracht werden. Dabei werden als Gebühren öffentlich-rechtliche Geldleistungen bezeichnet, die aus Anlass individuell zurechenbarer Leistungen der*dem Gebührenschuldner*in auferlegt werden. Beiträge werden hingegen für die (nur) potenzielle Inanspruchnahme einer öffentlichen Leistung oder Einrichtung erhoben.¹²
- Andererseits sind Steuern von den sog. Sonderabgaben (im engeren Sinne) abzugrenzen, denen zwar ebenfalls keine unmittelbare Gegenleistung gegenübersteht, bei denen aber das Abgabeaufkommen einem Sonderfonds vorbehalten ist.¹³

Dabei hat das BVerfG wiederholt klargestellt, dass es keinen abschließenden Kanon zulässiger (nicht-steuerlicher) Abgabentypen gibt.¹⁴ Den bisher vom BVerfG gebildeten Abgabentypen kommt damit in erster Linie die Funktion zu, die Beurteilung unproblematischer Fälle nicht-steuerlicher Abgaben zu erleichtern.¹⁵

⁹ Abgabenordnung, in der Fassung der Bekanntmachung vom 1.10.2002, BGBl. I S. 3866, zuletzt geändert durch Art. 33 Gesetz zum Ausbau des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten und zur Änderung weiterer Vorschriften vom 5.10.2021, BGBl. I S. 4607.

¹⁰ BVerfG, Urt. v. 18.7.2018 – 1 BvR 1675/16 u.a., NJW 2018, 3223, Rn. 53; BVerfG, Beschl. v. 13. April 2017 – 2 BvL 6/13, NJW 2017, 2249, 2255, Rn. 101; BVerfG, K- Beschl. v. 5.3.2018 – 1 BvR 2864/13, NVwZ 2018, 972, jeweils m.w.Nw.

¹¹ BVerfG Urt. v. 18.3.2016 – 6 C 7/15, BeckRS 2016, 46331 Rn. 13.

¹² BVerfG, Urt. v. 18.7.2018 – 1 BvR 1675/16 u.a., NJW 2018, 3223, Rn. 55.

¹³ BVerfG, Beschl. v. 13. April 2017 – 2 BvL 6/13, NJW 2017, 2249, 2255, Rn. 101.

¹⁴ BVerfG, Urt. v. 18.7.2018 – 1 BvR 1675/16 u.a., NJW 2018, 3223, Rn. 54 m.w.Nw.; BVerfG, Beschl. v. 25.6.2014 – 1 BvR 668/10, NVwZ 2014, 1448 Rn. 43.

¹⁵ Martini/Gebauer, ZUR 2007, 225, 232 (insb. Fn. 80) m.w.Nw.

2.1.2.1 Abgrenzung anhand des Vorliegens einer Gegenleistung

Maßgeblich für die Qualifizierung einer Abgabe als Steuer oder nicht-steuerliche Abgabe ist die Ausgestaltung des betreffenden Gesetzes. Es kommt dabei nicht auf die gesetzliche Bezeichnung, sondern auf den tatbestandlich bestimmten, materiellen Gehalt an.¹⁶

Im vorliegenden Fall steht die Abgrenzung der Steuer von den sog. Vorzugslasten anhand des Unterscheidungsmerkmals der Gegenleistung in Rede. Aus den bisherigen Entscheidungen des BVerfG und des BVerwG lassen sich für das Unterscheidungsmerkmal, die fehlende Gegenleistung, folgende weitere Konkretisierungen entnehmen:

- Der Begriff der öffentlichen (Gegen-)Leistung ist weit zu verstehen. Eine öffentliche Leistung liegt bereits vor, wenn Einzelnen die Nutzung eines der Bewirtschaftung unterliegenden Gutes der Allgemeinheit eröffnet wird, weil hierdurch ein Sondervorteil gegenüber all denen vermittelt wird, die das betreffende Gut nicht oder nicht in gleichem Umfang nutzen dürfen.¹⁷
- Der Annahme einer öffentlichen (Gegen-)Leistung steht nicht entgegen, dass es sich um eine Form der Daseinsvorsorge handelt, die von nahezu der gesamten Bevölkerung in Anspruch genommen wird. Entscheidend ist, dass die Leistung individualisierbar bleibt.¹⁸
- Die Ausgestaltung als Veräußerung spricht typischer Weise dafür, dass eine Gegenleistung vorliegt.¹⁹
- Für das Vorliegen einer Gegenleistung spricht, dass die Entgelte an die tatsächliche verbrauchte Menge gekoppelt sind. Dieses Merkmal erlaubt eine hinreichende Unterscheidung zur Steuer.²⁰
- Es kann unschädlich sein, wenn eine Abgabe bestimmte, eigentlich aus dem Steuerrecht bekannte Elemente, wie z.B. die Staffelung nach Einkommen, enthält. Entscheidend bleibt, ob ihr eine Leistung gegenübersteht.²¹

Damit gibt die Rechtsprechung des BVerfG belastbare Maßstäbe für die Abgrenzung von Steuern und nichtsteuerlichen Abgaben vor.

2.1.2.2 Anwendung auf das BEHG

2.1.2.2.1 Erwerb des Emissionszertifikats als Gegenleistung

Durch die Zahlung des Entgelts erwirbt die*der Verantwortliche Emissionszertifikate, die die Emission von Treibhausgasen aufgrund des Verbrauchs von Brennstoffen erlauben. Dem zu leistenden Geldbetrag steht also eine Gegenleistung gegenüber. Der Staat erzielt die Einnahmen nach § 10 Abs. 2 BEHG als Gegenleistung für die Veräußerung der Emissionszertifikate.²² Das

¹⁶ BVerfG, Urt. v. 18.7.2018 – 1 BvR 1675/16 u.a., NJW 2018, 3223, Rn. 56; BVerfG, Beschl. v. 13.04.2017 – 2 BvL 6/13, NJW 2017, 2249, 2255, Rn. 106ff.

¹⁷ BVerfG, Beschl. v. 13.04.2017 – 2 BvL 6/13, NJW 2017, 2249, 2255, Rn. 101.

¹⁸ BVerfG, Urt. v. 18.7.2018 – 1 BvR 1675/16 u.a., NJW 2018, 3223, Rn. 60.

¹⁹ BVerfG, K-Beschl. v. 5.3.2018 – 1 BvR 2864/13, NVwZ 2018, 972 Rn. 26.

²⁰ BVerwG, Urt. v. 16.11.2017 – 9 C 16/16, NVwZ-RR 2018, 983, Rn. 22.

²¹ BVerfG, Beschl. v. 10.3.1998 – 1 BvR 178–97, NJW 1998, 2128, 2129.

²² Wernsmann/Bering, NVwZ 2020, 497, 500.

BVerfG und das BVerwG haben somit ohne Weiteres den Gegenleistungscharakter der Zahlungen bei den Versteigerungen im Rahmen des EU-ETS bejaht.²³

Für das Vorliegen einer Gegenleistung spricht auch die Ausgestaltung als Veräußerung. Da sich die Höhe der zu zahlenden Entgelte nach der Anzahl der erworbenen Emissionszertifikate richtet, ist die Individualisierung der Gegenleistung evident. Dieser Veräußerungscharakter bleibt auch über den gesamten Zeitraum unverändert. Es unterscheidet sich in der Einführungsphase und der Versteigerungsphase nur die Art und Weise der Preisermittlung; die Ausgestaltung als Veräußerung bleibt gleich.

Überdies unterstreicht die Möglichkeit eines Sekundärmarkts den Gegenleistungscharakter. Die Emissionszertifikate können nicht nur von der EEX als staatliche Beauftragte erworben werden, sondern können gem. § 9 Abs. 2 BEHG auch zivilrechtlich übertragen werden. Insofern handelt es sich nicht um eine reine Geldleistungspflicht gegenüber dem Staat, sondern der Verantwortliche erwirbt ein Emissionszertifikat, das einen gewissen Wert hat und grundsätzlich auch weiter veräußert werden kann. Sofern der Erwerb über den Sekundärmarkt erfolgt, fehlt es an einer direkten Geldleistung an Staat (bzw. die staatliche beauftragte EEX) und der Charakter des zivilrechtlichen Austauschgeschäfts tritt deutlich zutage. Bei einem solchen Austauschgeschäft verkörpert das zu übertragende Emissionszertifikat zwangsläufig die Gegenleistung. Es besteht somit ein wesentlicher Unterschied zur Steuer, für die eine allgemeine Geldleistung ohne Gegenleistung charakteristisch ist.

Unerheblich ist es hingegen für die Einordnung, dass das BEHG an Tatbestände des Energiesteuerrechts anknüpft.²⁴ Die Übernahme einzelner Elemente aus dem Steuerrecht steht der Annahme einer nicht-steuerlichen Abgabe nicht entgegen, solange der Gegenleistungscharakter erhalten bleibt.²⁵ Ebenso unschädlich für den Gegenleistungscharakter ist, dass der Verantwortliche i.S.d. § 3 Nr. 3 BEHG, der das Entgelt für die Emissionszertifikate zahlen muss, in der Regel nicht selbst die Treibhausgase emittiert, sondern deren Emission nur den Endverbraucher*innen ermöglicht. Aus seiner Sicht stellt nämlich die Erlaubnis zum Inverkehrbringen der Brennstoffe die staatliche Gegenleistung dar.²⁶

Vor diesem Hintergrund ist mit der herrschenden Meinung in der Literatur das Vorliegen einer Gegenleistung beim Erwerb der Emissionszertifikate und damit der Ausschluss einer Steuer zu bejahen.²⁷

2.1.2.2.2 Gegenleistungscharakter in der Einführungsphase

Allerdings gibt es einzelne Stimmen in der Literatur, die die staatliche Gegenleistung und damit die Einordnung als nicht-steuerliche Abgabe – zumindest für die Einführungsphase – in Frage stellen. Nach dieser Auffassung handelt es sich, solange keine verbindliche Obergrenze für die Anzahl der zur Verfügung stehenden Zertifikate festgelegt sei, um eine Art „Zahlungsbeleg“. Dem (festgelegten) Zertifikatspreis stehe mithin kein Vorteil und damit keine Gegenleistung

²³ BVerfG, K- Beschl. v. 5.3.2018 – 1 BvR 2864/13, NVwZ 2018, 972, Rn. 26; BVerwG, Urt. v. 10.10.2012 – 7 C 9.10, NVwZ 2013, 587, Rn. 14.

²⁴ Kritisch insofern: *Zenke/Telschow*, EnZW 2020, 157, 162.

²⁵ *Wernsmann/Bering*, NVwZ 2020, 497, 500; *Franzius*, VERW 2020, 421, 437.

²⁶ *Hennicke*, ZUR 2021, 83, 85.

²⁷ *Wernsmann/Bering*, NVwZ 2020, 497, 499 f.; *Franzius*, VERW 2020, 421, 437; *Frenz/Schink*, in: *Frenz*, Klimaschutzrecht, § 1 BEHG, Rn. 75; *Kahl/Müller*, Zur verfassungsrechtlichen Einordnung des Brennstoffemissionshandelsgesetzes, Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 45, S. 12; wohl auch *Altenschmidt*, in: *Frenz*, Klimaschutzrecht, § 5 BEHG, Rn. 15 ff.; unklar im Hinblick auf die Einführungsphase: *Klinski/Keimeyer*, ZUR 2020, 342.

gegenüber, so dass es sich – jedenfalls in der Einführungsphase – faktisch um eine Steuer handele.²⁸

Dieser Argumentation ist entgegenzuhalten, dass die Gegenleistung in der Einführungs- und Korridorphase mit der Gegenleistung in der Versteigerungsphase identisch ist. Es ist nicht ersichtlich, warum diese Bewertung in der Einführungsphase anders ausfallen sollte, nur weil die Anzahl der ausgegebenen Zertifikate nicht begrenzt ist. Die Pflicht nach § 8 BEHG zur Abgabe der erforderlichen Menge an Zertifikaten besteht nämlich auch in dieser Phase unverändert.²⁹

Was sich ändert, ist lediglich die Art und Weise der Preisbildung. Insofern wird von der oben zitierten Auffassung die Ebene des Leistungsaustausches mit der Ebene der Preisbildung für diesen Leistungsaustausch vermischt. Durch das BEHG werden Treibhausgasemissionen in den erfassten Sektoren an den Kauf von Zertifikaten geknüpft. Damit erhält diejenige*derjenige, die*der ein solches Zertifikat erwirbt, einen Vorteil gegenüber denen, die kein solches Zertifikat erwerben. Wie der Preis für den Zertifikatserwerb ermittelt wird und wie schwierig es ggf. ist, ein solches Zertifikat zu erwerben, hat keinen Einfluss darauf, dass es sich hierbei um einen Vorteil und damit eine staatliche Gegenleistung handelt.

Im Übrigen halten auch die Stimmen in der Literatur, die Entgelte in der Einführungsphase als Steuer ansehen, diese Steuer für verfassungsrechtlich gerechtfertigt.³⁰

2.1.3 Zwischenergebnis

Die Entgelte für die Emissionszertifikate stellen eine nicht-steuerliche Abgabe dar und sind somit anhand der dafür geltenden verfassungsrechtlichen Maßstäbe zu prüfen. Sie sind von Steuern klar zu unterscheiden, da den beim Verkauf bzw. bei Versteigerung der Emissionszertifikate zu zahlenden Entgelten eine individuelle Gegenleistung gegenübersteht. Diese Gegenleistung liegt in der in einem Emissionszertifikat verkörperten Erlaubnis, eine Tonne CO₂ zu emittieren bzw. die entsprechende Menge an Brennstoffen in den Verkehr zu bringen.

Die Einordnung als Steuer in der Einführungsphase kann nicht überzeugen, da die staatliche Gegenleistung unverändert bleibt. Es ändert sich allein der Mechanismus der Preisbildung, was jedoch keinen Einfluss auf den Charakter der Gegenleistung hat.

2.2 Formelle Anforderungen

Für nicht-steuerliche Abgaben müssen als formelle Anforderungen die Einhaltung der Gesetzgebungskompetenz und die Vollständigkeit des Haushaltsplans eingehalten werden.³¹

2.2.1 Gesetzgebungskompetenz

Für die Einführung einer solchen nicht-steuerlichen Abgabe steht dem Bund die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 24 GG (Reinhaltung der Luft) zu. Die Einführung eines Zertifikatehandels unterfällt zudem dem Recht der Wirtschaft, so dass sich die Zuständigkeit des Bundes auch aus Art. 74 Abs. Nr. 11 GG ergibt.³²

²⁸ Steinbach/Valta, JZ 2019, 1139, 1142; in diese Richtung auch Zenke/Telschow, EnZW, 2020, 157, 162.

²⁹ Hennicke, NuR 2021, 83, 85.

³⁰ Steinbach/Valta, JZ 2019, 1139, 1148.

³¹ BVerfG, K-Beschl. v. 5.3.2018 – 1 BvR 2864/13, NVwZ 2018, 972, Rn. 27.

³² BT-Drs. 19/14746, S. 22.

Gemäß Art. 72 Abs. 2 GG bedarf es bei der Ausübung der Gesetzgebungskompetenz nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 24 GG (Reinhaltung der Luft) keines Nachweises der Erforderlichkeit einer bundeseinheitlichen Regelung.³³

2.2.2 Vollständigkeit des Haushaltsplans

Verfassungsrechtliche Bedenken gegen das BEHG können auch nicht aus den haushaltsrechtlichen Bestimmungen des Grundgesetzes hergeleitet werden. Nach Art. 110 Abs. 1 Satz 1 GG sind alle Einnahmen und Ausgaben des Bundes im Haushaltsplan einzustellen; bei Sondervermögen brauchen jedoch nur die Zuführungen und Ablieferungen eingestellt werden. Einen solchen Sonderfonds stellt der „Energie- und Klimafonds“ dar, in den die Einnahmen aus dem nationalen Emissionshandel gemäß § 4 Abs. 1 Nr. 3 Energie- und Klimafondsgesetz-Finanzierungsgesetz³⁴ fließen sollen. Solange die entsprechenden Zuführungen und Ablieferungen entsprechend dokumentiert werden, sind somit die Voraussetzungen des Art. 110 Abs. 1 Satz 1 GG gegeben.³⁵

2.3 Grundsatz der Belastungsgleichheit (Art. 3 Abs. 1 GG)

Materiell sind nicht-steuerliche Abgaben zunächst am Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) zu messen, aus dem für das Steuer- und Abgabenrecht der Grundsatz der Belastungsgleichheit folgt.³⁶

2.3.1 Anforderungen des Grundsatzes der Belastungsgleichheit

Die nicht-steuerliche Abgabe tritt regelmäßig neben die allgemeine Steuerpflicht und legt den Betroffenen eine zusätzliche Finanzleistungspflicht auf. Damit gleichwohl der Grundsatz der Belastungsgleichheit gewahrt bleibt, bedarf es nach der ständigen Rechtsprechung des BVerfG einer über den Zweck der Einnahmeerzielung hinausgehenden besonderen sachlichen Rechtfertigung.³⁷

Bei der Entscheidung darüber, ob ein Sachverhalt in den Anwendungsbereich eines Abgabengesetzes einbezogen wird, kommt dem Gesetzgeber ein weiter Gestaltungsspielraum zu. 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.³⁸

Als sachliche Gründe, die die Bemessung einer nicht-steuerlichen Abgabe rechtfertigen können, werden vom BVerfG in den bisherigen Verfahren neben dem Zweck der Kostendeckung auch Zwecke des Vorteilsausgleichs, der Verhaltenslenkung sowie soziale Zwecke anerkannt.³⁹

³³ BVerfG, K-Beschl. v. 5.3.2018 – 1 BvR 2864/13, NVwZ 2018, 972, Rn. 27.

³⁴ Gesetz zur Errichtung eines Sondervermögens „Energie- und Klimafonds“ v. 8.12.2010, BGBl. I 2010, 1807, Zuletzt geändert durch Art. 4 Covid-19-G über begleitende Maßnahmen zur Umsetzung des Konjunktur- und Krisenbewältigungspakets vom 14.7.2020, BGBl. I S. 1683.

³⁵ Vgl. für die entsprechende Verwendung der Versteigerungserlöse im EU-ETS: BVerfG, K-Beschl. v. 5.3.2018 – 1 BvR 2864/13, NVwZ 2018, 972, Rn. 27.

³⁶ BVerfG, Beschl. v. 25.6.2014 – 1 BvR 668/10, 1 BvR 2104/10, NVwZ 2014, 1448 Rn. 48.

³⁷ StRspr, zuletzt BVerfG, Beschl. v. 25.6.2014 – 1 BvR 668/10, 1 BvR 2104/10, NVwZ 2014, 1448 Rn. 49; BVerfG, K-Beschl. v. 5.3.2018 – 1 BvR 2864/13, NVwZ 2018, 972 Rn. 30; BVerfG, Urt. v. 18.7.2018 – 1 BvR 1675/16 u.a., NJW 2018, 3223 Rn. 65 jeweils m.w.Nw.

³⁸ BVerfG, Urt. v. 18.7.2018 – 1 BvR 1675/16 u.a., NJW 2018, 3223 Rn. 68 m.w.Nw.

³⁹ BVerfG, Beschl. v. 6.11.2012 – 2 BvL 51/06, 2 BvL 52/06, NVwZ 2013, 638 Rn. 49; BVerfG, Beschl. v. 25.6.2014 – 1 BvR 668/10, 1 BvR 2104/10, NVwZ 2014, 1448 Rn. 49 mwN; BVerfG, K-Beschl. v. 5.3.2018 – 1 BvR 2864/13, NVwZ 2018, 972 Rn. 30.

Die einzelnen (verfassungsrechtlich) anerkannten Ausformungen von nicht-steuerlichen Abgaben stellen dabei nur Fallgruppen dar, bei denen das Vorliegen eines sachlichen Grundes i.S.d. Art. 3 Abs. 1 GG bereits vom BVerfG anerkannt worden ist. Das Vorliegen der typischen Merkmale der jeweiligen Fallgruppe erleichtert somit nur die Rechtfertigung der nicht-steuerlichen Abgabe.⁴⁰

Mit den bisher in der Rechtsprechung gebildeten Fallgruppen sind jedoch die möglichen sachlichen Gründe, die eine Ungleichbehandlung rechtfertigen könnten, nicht abschließend beschrieben. Es gibt – anders als bei den in der Finanzverfassung geregelten Steuerarten – keine abschließende Festlegung von verfassungsrechtlich zulässigen nicht-steuerrechtlichen Abgaben. Entscheidend für die verfassungsrechtliche Zulässigkeit ist allein, dass die damit einhergehende Ungleichbehandlung durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt ist.

Für die verfassungsrechtliche Prüfung hat dies zur Konsequenz, dass die Verfassungsmäßigkeit einer nicht-steuerlichen Abgabe grundsätzlich bejaht werden kann, wenn sie einer der bereits anerkannten Fallgruppen und deren Merkmalen entspricht. Entspricht die nicht-steuerliche Abgabe hingegen keiner bisher anerkannten Fallgruppe, so folgt daraus nicht automatisch deren Verfassungswidrigkeit. Vielmehr ist dann allgemein, d.h. ohne Bezug auf eine anerkannte Fallgruppe, zu prüfen, ob ein sachlicher Grund die Ungleichbehandlung rechtfertigen kann (und somit ggf. eine neue Fallgruppe zu bilden ist).

Unbeschadet der vorstehenden Ausführungen zum Prüfungsmaßstab soll nachfolgend vorrangig geprüft werden, ob die Entgelte für die Emissionszertifikate den Anforderungen einer bereits anerkannten Fallgruppe genügen. Vorliegend kommen der Zweck des Vorteilsausgleichs (Ziff. 2.) und der Verhaltenslenkung (Ziff. 3) in Betracht.

2.3.2 Vorteilsausgleich als sachlicher Grund

2.3.2.1 Konturen der „Vorteilsabschöpfungsabgabe“

Der Begriff der „Vorteilsabschöpfungsabgabe“ ist vom BVerfG erstmalig in dem Beschluss des Zweiten Senats über den in Baden-Württemberg und Hessen eingeführten sog. „Wasserpfennig“ verwendet worden.⁴¹

Der Senat führte hierzu aus:

„Knappe natürliche Ressourcen wie etwa das Wasser, sind Güter der Allgemeinheit. Wird Einzelnen die Nutzung einer solchen, der Bewirtschaftung unterliegenden Ressource (...), eröffnet, wird ihnen die Teilhabe an einem Gut der Allgemeinheit verschafft (...). Sie erhalten einen Sondervorteil gegenüber all denen, die das betreffende Gut nicht oder nicht in gleichem Umfang nutzen dürfen. Es ist sachlich gerechtfertigt, diesen Vorteil ganz oder teilweise abzuschöpfen. Dieser Ausgleichsgedanke liegt auch der herkömmlichen Rechtfertigung der Gebühr zugrunde (...).“⁴²

Es wird also im Wesentlichen anerkannt, dass die Abschöpfung eines staatlich gewährten Vorteils den erforderlichen sachlichen Grund darstellen kann, um die in einer zusätzlichen nicht-steuerlichen Abgabe liegende Ungleichbehandlung zu rechtfertigen.

Das BVerwG und die 3. Kammer des Ersten Senats des BVerfG haben die Vorteilsabschöpfung auch als rechtfertigenden Sachgrund für die Entgelte für die Treibhausgasemissionen nach dem

⁴⁰ Vgl. Hennische, NuR 2021, 83, 85; Martini/Gebauer, ZUR 2007, 225, 232 (insb. Fn. 80) m.w.Nw.

⁴¹ BVerfG, Beschl. v. 7.11.1995 - 2 BvR 413/88 u.a., NVwZ 1996, 469, 471.

⁴² BVerfG, Beschl. v. 7.11.1995 - 2 BvR 413/88 u.a., NVwZ 1996, 469, 471.

Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz (TEHG)⁴³ und Zuteilungsgesetz 2012 (ZUG 2012)⁴⁴ angeführt. Insbesondere die 3. Kammer hat die Vorteilsabschöpfung anhand von drei Merkmalen bestimmt:

- Dem*der Erwerber*in des Zertifikats muss ein Sondervorteil gegenüber denjenigen Wettbewerber*innen zuteilwerden, die nicht über (genügend) Emissionsberechtigungen verfügen und damit die Luft nicht im gleichen Umfang zum Zweck der Ableitung von Treibhausgasemissionen nutzen dürfen.
- Die Abgabe muss eine knappe natürliche Ressource betreffen.
- Die Nutzung der knappen natürlichen Ressource muss einer öffentlich-rechtlichen Bewirtschaftung unterliegen.⁴⁵

Aufgrund des vergleichbaren Regelungsgegenstandes und -zwecks bieten diese Merkmale für das BEHG den naheliegenden Einstieg in die Prüfung der Rechtfertigung durch einen besonderen sachlichen Grund.

2.3.2.2 Vorliegen der Merkmale beim BEHG in der Versteigerungsphase

In der Versteigerungsphase wird eine jährliche Emissionsmenge festgelegt, die die Einhaltung der Minderungsverpflichtung der Bundesrepublik Deutschland nach Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Anhang 1 der EU-KlimaschutzVO gewährleistet (§ 4 Abs. 1 Satz 1 BEHG). Die Verantwortlichen, d.h. diejenigen natürlichen und juristischen Personen, die die Brennstoffe entsprechend den energiesteuerrechtlichen Tatbeständen in den Verkehr bringen (§ 3 Nr. 3 i.V.m. § 2 Abs. 2 BEHG), müssen eine entsprechende Menge Zertifikate für das Inverkehrbringen nachweisen (§ 8 BEHG). Diese können sie entweder im Zuge der Versteigerung (§ 10 Abs. 1 BEHG) oder auf dem nachgelagerten Sekundärmarkt (§ 9 Abs. 2 BEHG) erwerben.

Die vom BVerfG genannten Merkmale für eine Vorteilsabschöpfungsabgabe liegen in dieser Versteigerungsphase des nationalen Emissionshandels offensichtlich vor.⁴⁶

2.3.2.2.1 Sondervorteil

Diejenigen Inverkehrbringer*innen von Brennstoffen, die Emissionszertifikate erwerben, erhalten einen Sondervorteil, der ihnen erlaubt, ihre Produkte weiterhin in Verkehr zu bringen. Denn zukünftig dürfen nur Brennstoffe in den Verkehr gebracht werden, für die ein Emissionszertifikat, also die Erlaubnis zur Emission von Treibhausgasen, abgegeben werden kann. Da die Emissionsmenge in der Versteigerungsphase strikt begrenzt ist (§ 4 Abs. 1 Satz 1 BEHG), ist – wie beim TEHG – davon auszugehen, dass eine Knappheit entsteht, durch die einem Teil der Interessenten*Interessentinnen das Inverkehrbringen von Brennstoffen verwehrt wird.

2.3.2.2.2 Knappe natürliche Ressource

Die Reinheit der Luft als gesundheits- und klimarelevante Ressource stellt eine knappe natürliche Ressource dar. Es ist inzwischen anerkannt, dass die Atmosphäre nur noch in einem begrenztem Maße Treibhausgase aufnehmen kann, wenn die schädlichsten Auswirkungen auf

⁴³ Gesetz über den Handel mit Berechtigungen zur Emission von Treibhausgasen vom 21.7.2011, BGBl. I, S. 1475.

⁴⁴ Gesetz über den nationalen Zuteilungsplan für Treibhausgas-Emissionsberechtigungen in der Zuteilungsperiode 2008 bis 2012 vom 7.8.2007, BGBl. I S. 1788.

⁴⁵ BVerfG, K-Beschl. v. 5.3.2018 – 1 BvR 2864/13, NVwZ 2018, 972, Rn. 32 ff.

⁴⁶ Klinski/Keimeyer, ZUR 2020, 342, 346; Hennicke, NuR 2021, 83, 88.

das Klima vermieden werden sollen. Das knappe Gut ist folglich nicht die Luft selbst, sondern ihre Reinheit.⁴⁷

2.3.2.2.3 Öffentliche Bewirtschaftung

Die Nutzung der Luft durch die Emission von Treibhausgasen wird durch das BEHG für die erfassten Brennstoffe durch das Emissionshandelsregime einer Bewirtschaftung unterworfen, die der durch das TEHG und das ZUG 2012 geschaffenen Bewirtschaftung in den wesentlichen Punkten entspricht. Eine solche marktpreisbasierte Bewirtschaftung ist als öffentliches Bewirtschaftungssystem anzusehen, das zu einem abschöpfbaren Vorteil führt.⁴⁸

Es kann somit an dieser Stelle noch dahinstehen, ob nicht bereits durch die aufgrund der EU-KlimaschutzVO und des KSG festgelegten zulässigen Emissionsmengen sowie den daraus abgeleiteten ordnungsrechtlichen Ver- und Geboten die natürliche Ressource der Reinheit der Luft dem ungeregelten Zugriff entzogen und kontingentiert worden ist.

2.3.2.2.4 Zwischenergebnis

Die Versteigerungsphase des nationalen Emissionshandelssystems mit der Versteigerung einer strikt begrenzten Menge von Emissionszertifikaten ist auf Grundlage der bisherigen Rechtsprechung des BVerfG unstreitig verfassungsgemäß. Durch ein solches Emissionshandelssystem wird vom Staat ein Bewirtschaftungssystem errichtet, das aufgrund der Knappheit der Erlaubnisse zur Beschränkung der Nutzung von natürlichen Ressourcen führt. Jede*r, die*der eine solche Erlaubnis erwerben kann, hat einen Vorteil gegenüber denen, die eine solche Erlaubnis nicht erwerben können.

2.3.2.3 Bewertung der Einführungsphase

In der Einführungsphase weicht die Ausgestaltung des Systems in einigen Punkten von der Versteigerungsphase ab. Es bleibt bei der grundlegenden Anforderung, dass Emissionszertifikate erworben und wieder abgegeben werden müssen, damit die entsprechenden Brennstoffe in den Verkehr gebracht werden dürfen. Es ändert sich jedoch die Bestimmung des Preises für diese Emissionszertifikate. An die Stelle der Versteigerung einer begrenzten Menge von Emissionszertifikaten tritt der Verkauf der Emissionszertifikate zu einem Festpreis (§ 10 Abs. 2 Satz 1 BEHG) bzw. die Versteigerung innerhalb eines Preiskorridors (§ 10 Abs. 2 Satz 4 BEHG). Sofern dabei die festgelegte jährliche Emissionsmenge überschritten wird, wird der darüber hinausgehende Bedarf an Emissionszertifikaten durch die Nutzung der Flexibilisierungsmöglichkeiten nach der EU-KlimaschutzVO gedeckt (§ 5 Abs. 1 BEHG).

2.3.2.3.1 Nutzungsbeschränkungen als Voraussetzung für einen Vorteil

Diese Einführungsphase wäre jedenfalls als Vorteilsabschöpfungsabgabe verfassungsrechtlich gerechtfertigt, wenn auch bei einem Festpreis den Verantwortlichen durch die Erlaubnis zur Emission einer Tonne CO₂ bzw. dem Inverkehrbringen der entsprechenden Menge an Brennstoffen ein besonderer Vorteil gewährt würde. Ein wesentliches Merkmal war bei den bisher entschiedenen Fällen, dass durch die Erlaubnis zur Treibhausgasemission oder zur Wassernutzung andere Interessenten*Interessentinnen von diesen Tätigkeiten zumindest potenziell ausgeschlossen wurden – auch wenn das BVerfG ausdrücklich offengelassen hat, ob es zur Rechtfertigung eines Wasserentnahmeentgelts überhaupt einer hoheitlichen Entscheidung über die Nutzung in Form einer Erlaubnis bedarf.⁴⁹

⁴⁷ Vgl. BVerfG, K-Beschl. v. 5.3.2018 – 1 BvR 2864/13, NVwZ 2018, 972 Rn. 33.

⁴⁸ BVerfG, K-Beschl. v. 5.3.2018 – 1 BvR 2864/13, NVwZ 2018, 972 Rn. 34.

⁴⁹ BVerfG, Beschl. V. 7.11.1995 – 2 BvR 413/88 u.a., NVwZ 1996, 469, 471.

Der Ausschluss erfolgte in diesen Fällen auf Grundlage eines Bewirtschaftungssystems. Es dürfte aber grundsätzlich gleichgültig sein, wie der Ausschluss funktioniert. Entscheidend ist, dass auf Grundlage einer staatlichen Entscheidung aus einem öffentlichen Gut, dessen Nutzung jeder*jedem Nutzungswilligen uneingeschränkt offensteht, ein wirtschaftliches Gut wird, dessen Nutzung nicht mehr jeder*jedem Nutzungswilligen uneingeschränkt offensteht.⁵⁰

Sofern nach diesem Verständnis ein Wirtschaftsgut vorliegt, stellt dessen Nutzung bzw. Verbrauch jedenfalls einen Vorteil dar, der anderen Interessenten*Interessentinnen nicht zuteilwird. Ob dieser Vorteil mittels eines Bewirtschaftungssystems, das mit dem EU-ETS vergleichbar ist, erlangt wird, ist dabei nachrangig.

2.3.2.3.2 Nutzungsbeschränkungen aufgrund des CO₂-Restbudgets

Jedenfalls seit der Entscheidung des BVerfG zum Klimaschutzgesetz ist davon auszugehen, dass die Erlaubnis zur Emission einer Tonne Treibhausgase i.S.d. § 2 Nr. 1 KSG in Tonnen Kohlendioxidäquivalent bzw. zum Inverkehrbringen der entsprechenden Menge an Brennstoffen einen besonderen Vorteil darstellt, der nicht jeder*jedem Interessentin*Interessenten zuteilwird. Das BVerfG geht – wie im Folgenden näher dargelegt wird – von einem verfassungsrechtlichen Gebot, das sogar verfassungsrechtlich über Art. 20a GG abgesichert ist, aus, wonach jede Emission einer Tonne Treibhausgase die Emission dieser Tonne jetzt oder in Zukunft ausschließt.

Das BVerfG hat in seiner Entscheidung zum KSG zunächst festgestellt, dass Art. 20a GG für den Klimaschutz durch § 1 Satz 3 KSG entsprechend der Ziele des Übereinkommens von Paris, wonach der Anstieg der globalen Durchschnittstemperatur auf deutlich unter 2° Celsius und möglichst auf 1,5° Celsius gegenüber dem vorindustriellen Niveau zu begrenzen ist (Pariser Klimaziele), konkretisiert worden ist. Da die Pariser Klimaziele auf den aktuellen wissenschaftlichen Erkenntnissen beruhen, sei eine solche gesetzgeberische Konkretisierung zulässig.⁵¹

Es geht weiterhin davon aus, dass den Pariser Klimazielen ein bestimmtes CO₂-Restbudget entspricht. Da – wenn die Erderwärmung entsprechend begrenzt werden soll – die Aufnahmefähigkeit der Atmosphäre für CO₂ beschränkt ist, der Abbau des in die Atmosphäre gelangten CO₂ nur sehr langsam erfolgt und sich die Auswirkungen der CO₂-Konzentration in der Atmosphäre auf die Erdtemperatur relativ genau bestimmen lassen, können die Ziele für die Begrenzung des Klimawandels ungefähr in ein CO₂-Budget „übersetzt“ werden, das noch global zur Verfügung steht. Dieses globale CO₂-Restbudget lässt sich jeweils in nationale Restbudgets umrechnen.⁵²

Die Knappheit der Emissionszertifikate als Erlaubnis zur Emission von Treibhausgasen ergibt sich somit bereits aus dem CO₂-Restbudget, das den politisch festgelegten Klimaschutzzielen entspricht. Dabei ist nicht nur die Gegenwart in den Blick zu nehmen. Das BVerfG hat seine zentralen Aussagen zur intertemporalen Freiheitssicherung im Ausgangspunkt darauf gestützt, dass der Verbrauch in dem KSG geregelten Jahresemissionsmengen „notwendig und unumkehrbar Teile des verbleibenden CO₂-Budgets“ verzehre:

„Die [...] zugelassenen Jahresemissionsmengen haben damit eine unausweichliche, eingriffsähnliche Vorwirkung auf die nach 2030 bleibenden Möglichkeiten, von der grundrechtlich geschützten Freiheit tatsächlich Gebrauch zu machen. Diese Vorwirkung ist nicht bloß faktischer Art, sondern ist rechtlich vermittelt: Es ist das Verfassungsrecht selbst, das mit jedem Anteil, der vom endlichen

⁵⁰ Vgl. zu diesen Begrifflichkeiten und ihrer Definition: Martini/Gebauer, ZUR 2007, 225, 227 m.w.Nw.

⁵¹ BVerfG, Beschl. v. 24.3.2021 – 1 BvR 2656/18, 1 BvR 78/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 288/20, NJW 2021, 1723, 1742, Rn. 208ff.

⁵² BVerfG, Beschl. v. 24.3.2021 – 1 BvR 2656/18, 1 BvR 78/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 288/20, NJW 2021, 1723, 1743f., Rn. 215 ff.

CO₂-Budget verzehrt wird, umso dringender aufgibt, weitere CO₂-relevante Freiheitsausübung zu unterbinden. Diese rechtlich vermittelte eingriffsähnliche Vorwirkung aktueller Emissionsmengenregelungen bedarf wegen der gegenwärtig weitestgehend irreversiblen Wirkung der einmal zugelassenen und in die Erdatmosphäre gelangten Emissionsmengen bereits heute verfassungsrechtlicher Rechtfertigung.“⁵³

Bedarf somit die Erlaubnis zur Emission von einer Tonne CO₂ (bzw. die Erlaubnis zum Inverkehrbringen der entsprechenden Menge von Brennstoffen) einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung, weil damit die Freiheitsrechte zukünftiger Generationen (bzw. der gegenwärtigen Generationen in der Zukunft) – nach dem gegenwärtigen Kenntnisstand – notwendig eingeschränkt werden, so stellt diese Erlaubnis doch jedenfalls mit Blick auf die Zukunft einen Sondervorteil dar, der (zukünftig) nicht jeder*jedem gewährt wird oder auch nur gewährt werden könnte. Angesichts der verfassungsrechtlichen Verankerung des Klimaschutzes und der vom BVerfG festgestellten Konkretisierung des Art. 20a GG mit der Umrechnung in ein CO₂-Restbudget bedarf es keiner begrenzten Versteigerungsmenge oder einer hoheitlichen Nutzungsentscheidung im Einzelfall, damit Bürger*innen oder Unternehmen von der Nutzung dieses CO₂-Budgets ausgeschlossen werden. Vielmehr hat der Gesetzgeber bereits ordnungsrechtlich die Nutzung beschränkt und ist verfassungsrechtlich verpflichtet, die Nutzung zunehmend auszuschließen. Mit jeder emittierten Tonne CO₂ gewinnt diese Ausschlussfrist an verfassungsrechtlichem Gewicht.

2.3.2.3 Zwischenergebnis

Auch die Einführungsphase, bei der die Emissionszertifikate zu einem Festpreis veräußert werden, ist als verfassungsgemäß anzusehen. Die Emission von einer Tonne CO₂ stellt unabhängig von der konkreten Ausgestaltung des nationalen Emissionshandelssystems in der Einführungsphase einen Vorteil dar. Das folgt bereits aus der vom BVerfG in der Klimaschutz-Entscheidung vorgenommenen Konkretisierung des Art. 20a GG und dem daraus als Maßstab abgeleiteten CO₂-Restbudget für Deutschland. Aufgrund dieses Restbudgets, an dem sich jede weitere gesetzliche Regelung indirekt messen lassen muss, schließt jede emittierte Tonne von Treibhausgasen, zu denen insbesondere CO₂ gehört, die Emission dieser Tonne von Treibhausgasen durch einen anderen Emittenten aus. Dabei ist es nach der jüngsten Entscheidung des BVerfG auch erheblich, wenn dieser Ausschluss „intertemporal“, also erst in der Zukunft, erfolgt. Insofern stellt die Emission einer Tonne CO₂ jedenfalls mit Blick auf die Zukunft einen Vorteil dar, der durch eine Abgabe abgeschöpft werden kann.

2.3.2.4 Verfassungsrechtliche Kritik an der Einführungsphase

In der Literatur wird bestritten, dass in der Einführungsphase die dargestellten verfassungsrechtlichen Vorgaben für eine nicht-steuerliche Abgabe eingehalten werden. Zwar wird anerkannt, dass es sich bei der Reinheit der Luft um eine knappe natürliche Ressource handelt. Es wird jedoch vertreten, dass es an der vom BVerfG für ein öffentliches Bewirtschaftungssystem geforderten „Knappheit der Emissionsberechtigungen“ und damit an einem Sondervorteil bzw. einem Wert der öffentlichen Leistung fehle.⁵⁴ Insofern seien die vom BVerfG postulierten Anforderungen an eine Vorteilsabschöpfungsabgabe nicht erfüllt, das BEHG mithin verfassungswidrig.

⁵³ BVerfG, Beschl. v. 24.3.2021 – 1 BvR 2656/18, 1 BvR 78/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 288/20, NJW 2021, 1723, 1738, Rn. 187.

⁵⁴ Wernsmann/Bering, NVwZ 2020, 497; Klinski/Keimeyer, ZUR 2020, 342, 346; Altensmidt, in: Frenz, Klimaschutzrecht, § 5 BEHG, Rn. 16 ff.; Wernsmann, Rechtsgutachten: Zur Verfassungswidrigkeit der CO₂-Bepreisung, S. 42 ff.; Kahl/Müller, Zur verfassungsrechtlichen Einordnung des Brennstoffemissionshandelsgesetzes, Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 45, S. 7 ff.; IKEM/Rodi, Verfassungsmäßigkeit des Entwurfs zum Brennstoffemissionshandelsgesetzes, S. 12.

Vorab lässt sich gegen diese Kritik bereits einwenden, dass sie sich ausschließlich auf eine kurze Passage einer Kammer(!)-Entscheidung des BVerfG stützt und hieraus typusbestimmende Merkmale für vorteilsausgleichende Abgaben ableitet. Es ist bereits aus diesem Grund zweifelhaft, ob von der Kammer die Fortentwicklung der verfassungsrechtlichen Anforderungen beabsichtigt war, zumal nach § 93a Abs. 2 lit. a) BVerfGG eine Kammerentscheidung nur bei Fragen ohne grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung in Betracht kommt.⁵⁵ Bei der Kritik wird dementsprechend außer Acht gelassen, dass es nach der Rechtsprechung des BVerfG gerade keinen verfassungsrechtlich vorgegebenen Katalog von nicht-steuerlichen Abgaben gibt, an dem jede neue nicht-steuerliche Abgabe zu messen wäre. Das BVerfG hat in der Wasserpfeffig-Entscheidung ausdrücklich klargestellt, dass „Fragen der Systematisierung und Katalogbildung aufgrund bestehender Gesetze (...) keine Verfassungsfragen (sind)“.⁵⁶

Die Verfassungswidrigkeit des BEHG (nur) damit zu begründen, dass sich das nationale Emissionshandelssystem in seiner Einführungsphase von dem für verfassungsmäßig erachteten EU-ETS unterscheidet, ist somit in jedem Fall zu kurz gegriffen. Es fehlt die Auseinandersetzung mit der Frage, ob die Einführungsphase ggf. durch andere, in der Rechtsprechung des BVerfG nicht berücksichtigte Gründe gerechtfertigt werden kann.

Unabhängig von diesem grundsätzlichen Einwand halten die verfassungsrechtlichen Bedenken einer kritischen Überprüfung nicht stand. Sie beruhen letztlich auf unzutreffenden Prämissen, die nur zum Teil ausdrücklich benannt werden:

- Die Einführungsphase könne isoliert, also unabhängig von der eigentlich geplanten Gestaltung des Emissionshandelssystems, verfassungsrechtlich bewertet werden.
- Nur zwei Formen von öffentlich-rechtlichen Bewirtschaftungssystemen seien verfassungsrechtlich denkbar, nämlich eine staatliche Zuweisung von Nutzungserlaubnissen wie im Wasserrecht und ein Bewirtschaftungssystem nach Marktgrundsätzen mit fester Obergrenze, das Gegenstand der TEHG-Entscheidung war. Denn nur in diesen Fällen wären andere Interessenten*Interessentinnen von der Nutzung ausgeschlossen, so dass ein abschöpfbarer Sondervorteil für die Berechtigten entstehen könne.
- Schließlich fehle es an einer mengenmäßigen Obergrenze für die Zertifikate in der Einführungsphase und damit an einer Knappheit der staatlichen Erlaubnisse, so dass aus der Erlaubnis (in Form der Emissionszertifikate) keine Vorteile für Erwerber*innen folgten, die abgeschöpft werden könnten. Die Leistung hätte für die*den Betroffene*n keinen Wert.

2.3.2.4.1 Zulässigkeit einer Unterteilung des Emissionshandelssystems in die unterschiedlichen Phasen

Die verfassungsrechtliche Kritik an dem nEHS betrifft ausschließlich die Einführungsphase (siehe oben 2.3.2.2.4). Es wird also vorausgesetzt, dass die Einführungsphase isoliert, d.h. ohne Berücksichtigung des eigentlich angestrebten Systems, verfassungsrechtlich bewertet werden kann.

Die Einführungsphase und die Korridorphase sollen die Versteigerungsphase vorbereiten und der Wirtschaft und den Bürger*innen die Vorbereitung ermöglichen. Sie sind somit funktional

⁵⁵ *Tappe*, Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung am 16. September 2020, S. 10, Rn. 34, hält es deswegen eine solche Fortentwicklung für „unwahrscheinlich“.

⁵⁶ BVerfG, Beschl. v. 7.11.1995 - 2 BvR 413/88 u.a., NVwZ 1996, 469, 471; darauf ausdrücklich verweisend: *Tappe*, Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung am 16. September 2020, S. 11, Rn. 39.

auf die Versteigerungsphase bezogen und stellen den nach Ansicht des Gesetzgebers erforderlichen Zwischenschritt für einen wirtschaftlich verträglichen Übergang von einem ursprünglich weitgehend unbeschränkten Ressourcenzugang zu einer mengengesteuerten Bewirtschaftung dieser Ressource mit einer marktbasierten Preisbildung dar. Angesichts dieses Zusammenhangs spricht viel dafür, dass Einführungs-, Korridor- und Versteigerungsphase als Einheit zu betrachten sind und nur im Rahmen einer Gesamtbetrachtung beurteilt werden kann, ob eine Abgabe den Anforderungen genügt.⁵⁷

Auch die Überlegungen der EU-Kommission in ihrer Folgenabschätzung zur Einführung eines europäischen Emissionshandels für die Sektoren Gebäude und Verkehr zeigen die Bedeutung einer Einführungsphase für den erfolgreichen Start eines neuen Systems. Aufgrund der Erfahrungen mit dem EU-ETS ist die EU-Kommission zu dem Ergebnis gekommen, dass zu Beginn des Emissionshandels die verfügbaren Zertifikate über den eigentlich vorgesehenen Mengen liegen müssen, um einen reibungslosen Start sicherzustellen. Diese Erhöhung des Versteigerungsvolumens zu Beginn soll durch eine Reduzierung des Versteigerungsvolumens in den folgenden Jahren ausgeglichen werden.⁵⁸

Gegen eine isolierte Betrachtung der Einführungsphase spricht zudem, dass aus Gründen der Verhältnismäßigkeit der mit den gesetzlichen Regelungen verbundenen Grundrechtseingriffe (siehe dazu 2.4 und 2.5) eine Übergangsregelung grundsätzlich angezeigt sein muss. Insbesondere bei Eingriffen in die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsfreiheit i.V.m. mit den Grundsätzen des Vertrauensschutzes können Übergangsregelungen geboten sein.⁵⁹ Es kann offenbleiben, ob hier eine Vertrauensschutzregelung verfassungsrechtlich geboten wäre. Jedenfalls ist dem Gesetzgeber grundsätzlich möglich, eine Einführungsphase vorzusehen, um etwaige Beeinträchtigungen von Grundrechten von vorneherein abzumildern und so dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu entsprechen. Eine solche Einführungsphase mit einem kontinuierlich steigenden Preispfad soll den Endverbraucher*innen die Möglichkeit bieten, sich auf die Preiserhöhungen einzustellen und ggf. erforderliche Investitionen vorzunehmen, bevor der Preis im Rahmen der Versteigerung marktwirtschaftlich bestimmt wird. Wenn eine Einführungsphase jedoch die Verhältnismäßigkeit eines neuen Regelungsregimes sichern soll (bzw. unter bestimmten Umständen deswegen sogar verfassungsrechtlich erforderlich sein kann) und deswegen die Verhältnismäßigkeit des neuen Regelungsregime unter Berücksichtigung dieser Einführungsphase zu bewerten ist, dann kann umgekehrt die Einführungsphase nicht isoliert betrachtet werden.

Eine isolierte verfassungsrechtliche Bewertung der einzelnen Phasen würde auch Konsequenzen für die Rechtsfolgende haben. In diesem Fall käme angesichts der unbestrittenen Verfassungsmäßigkeit der Versteigerungsphase (siehe oben 2.3.2.2) nur eine Teilnichtigkeit der Regelungen zur Einführungsphase in Betracht; denn aus der Nichtigkeit einzelner Vorschriften folgt grundsätzlich nicht die Nichtigkeit der übrigen Bestimmungen des Gesetzes. Vielmehr ist von einer Gesamtnichtigkeit nur auszugehen, wenn die übrigen mit der Verfassung zu vereinbarenden Bestimmungen keine selbstständige Bedeutung hätten oder die Gesamtregelung ihren Sinn und ihre Rechtfertigung verlöre, weil die Bestimmungen zu einer untrennbaren Einheit verflochten sind.⁶⁰

⁵⁷ So wohl auch *Frenz/Schink*, in: Frenz, Klimaschutzrecht, § 1 BEHG, Rn. 75; *Engel*, in: Engel, BEHG, § 10, Rn. 32.

⁵⁸ EU-Kommission, Impact Assessment Report, SWD(2021) 609 final vom 14.07.2021, S. 58.

⁵⁹ BVerfG, Beschl. v. 4. 5. 2012 – 1 BvR 367/12, NJW 2012, 1941, 1943, Rn. 36; BVerfG, Beschl. v. 30.6.2020 – 1 BvR 1679/17, 1 BvR 2190/17, NVwZ-RR 2021, 177, 183 Rn. 108.

⁶⁰ Vgl. nur BVerfG, Beschl. v. 2.3.1999 – 2 BvF 1/94, NVwZ 1999, 977, 979; *Bethge*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, 60. EL Juli 2020, § 78, Rn. 33.

Diese Voraussetzungen liegen offensichtlich nicht vor. Zentraler Regelungsgegenstand des BEHG ist die Einführung eines Bewirtschaftungsregimes zur Steigerung der Luftreinhaltung mit marktwirtschaftlichen Mitteln, das auch ohne die beschriebene Einführungsphase grundsätzlich möglich ist. Die Einführungsphase dient dazu, dass das Regime nicht erst in mehreren Jahren wirksam wird und sich die Verantwortlichen bereits jetzt darauf einrichten können, indem sie zunächst die Festpreise für die Zertifikate in die Preise der Brennstoffe einkalkulieren. Der Einführungsphase ist ein gewisser Gewöhnungseffekt inhärent, weil die Endverbraucher*innen damit rechnen müssen, dass die Brennstoffpreise – auch in der Versteigerungsphase – weiter steigen. Es ist deshalb widersprüchlich, wenn verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Einführungsphase in der Sache damit begründet werden, dass mit ihr (noch) nicht der scharfe Schnitt des marktwirtschaftlichen Regimes vollzogen ist.

Bei der gebotenen Gesamtbetrachtung stellt die Einführungsphase somit eine – aus Sicht des Gesetzgebers – notwendige Hinführung zum Emissionshandel dar, um Preisschocks bei einem plötzlichen Beginn zu vermeiden. Somit dient auch die Einführungsphase dem neu eingeführten nEHS und ist durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt.⁶¹

Aus den bereits dargelegten Gründen ist es dabei unschädlich, dass eine solche Einführungsphase bisher nicht zur verfassungsrechtlichen Kontrolle durch das BVerfG anstand und damit gewissermaßen verfassungsrechtliches „Neuland“ betreten wird.⁶² Durch die bisherigen Entscheidungen des BVerfG werden keine festen Vorgaben zur Ausgestaltung einer nicht-steuerlichen Abgabe gemacht, sondern der weite Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers betont. Die Regelung einer Einführungsphase zum schrittweisen Umbau des Bewirtschaftungssystems ist von diesem Spielraum gedeckt, insbesondere, wenn die Einführungsphase dazu dient, die betroffenen Bürger und Unternehmen schrittweise an die neue Belastung zu gewöhnen.

2.3.2.4.2 Erforderlichkeit einer mengenmäßigen Begrenzung für ein öffentlich-rechtliches Bewirtschaftungssystem?

Des Weiteren geht die Kritik am BEHG davon aus, dass für ein öffentliches Bewirtschaftungssystem, das auf Marktgrundsätzen beruht, eine mengenmäßige Begrenzung unverzichtbar sei. Daraus wird abgeleitet, dass eine mengenmäßige Begrenzung der auszugebenen Zertifikate (also des Sondervorteils) verfassungsrechtlich (strikt) geboten sei.⁶³

Zur Begründung wird auf die folgenden Ausführungen des BVerfG verwiesen:

„Entscheidet sich der demokratisch legitimierte Gesetzgeber für eine Bewirtschaftung nach Marktgrundsätzen, muss allerdings das als knapp definierte Gut mengenmäßig begrenzt werden (vgl. hierzu auch BVerfGE 15, 1 [15] = NJW 1962, 2243). Denn nur wenn die Zahl der ausgegebenen Berechtigungen hinter dem Bedarf zurückbleibt, kann sich ein Marktpreis bilden, der die Marktteilnehmer zu kosteneffizientem Verhalten veranlasst (vgl. ...). Ohne diese staatliche Festlegung der Nutzbarkeit der Luft wäre das Emissionshandelssystem funktionslos.“⁶⁴

Diese Auffassung begegnet erheblichen Zweifeln.

⁶¹ Ebenso Frenz, in: Frenz, Klimaschutzrecht, 2021, § 10 BEHG Rn. 19 (Anfangsstadium sei „systembegründend“ und gewährleiste die „Funktionsfähigkeit des gesamten Systems“) und Frenz/Schink, in: Frenz, Klimaschutzrecht, § 1 BEHG, Rn. 75.

⁶² So die Bezeichnung von Franzius, VERW 2020, 441.

⁶³ Wernsmann/Bering, NVwZ 2020, 497, 503; Klinski/Keimeyer, ZUR 2020, 342, 346; Altenschmidt, in: Frenz, Klimaschutzrecht, § 5 BEHG, Rn. 16 ff.; Kahl/Müller, Zur verfassungsrechtlichen Einordnung des Brennstoffemissionshandelsgesetzes, Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 45, S. 7 ff.; IKEM/Rodi, Verfassungsmäßigkeit des Entwurfs zum Brennstoffemissionshandelsgesetzes, S. 12.

⁶⁴ BVerfG K-Beschl. v. 5.3.2018 – 1 BvR 2964/13, NVwZ 2018, 972 Rn. 35.

2.3.2.4.2.1 Kein Numerus Clausus der öffentlich-rechtlichen Bewirtschaftungssysteme

Zunächst ist zu beachten, dass die Kammer mit den zitierten Ausführungen die grundsätzliche Möglichkeit einer öffentlich-rechtlichen Bewirtschaftungsordnung begründet, die nicht – wie in der Wasserpfeffing-Entscheidung – auf einer hoheitlichen Verleihung begrenzter Nutzungsrechte beruht. Es wird also im Kern eine Erweiterung des Begriffs der „öffentlich-rechtlichen Bewirtschaftungsordnung“ vorgenommen, aus der jedoch nicht – und schon gar nicht auf Grundlage einer Kammerentscheidung – geschlossen werden kann, dass öffentlich-rechtliche Bewirtschaftungsordnungen auf zwei Ausprägungen beschränkt sind und diese Beschränkung verfassungsrechtlich vorgegeben wäre.

Eine mengenmäßige Obergrenze ist einem öffentlich-rechtlichen Bewirtschaftungssystem nicht wesenseigen; sie ist vielmehr nur erforderlich, wenn die Bewirtschaftung über einen marktpreisbasierten Mechanismus erfolgen soll.⁶⁵ Das BVerwG hat in seiner Entscheidung zum TEHG und ZUG 2012, die Anlass für die Kammerentscheidung des BVerfG war, grundsätzlich auf die Offenheit der verfassungsrechtlichen Maßstäbe hingewiesen, wenn es ausführt:

„Eine Bewirtschaftungsordnung dergestalt, dass individuelle Rechte zur Nutzung des betreffenden Umweltmediums durch ordnungsrechtliche Entscheidungen kontingentiert eingeräumt werden, ist nicht Voraussetzung für die Annahme eines abschöpfbaren Sondervorteils. Das BVerfG hat zur Erhebung von Wasserentnahmeentgelten lediglich ausgeführt, dass sich deren Legitimation aus ihrem Charakter als Vorteilsabschöpfungsabgabe im Rahmen einer öffentlich-rechtlichen Nutzungsregelung ergibt (BVerfGE 93, 319 [345]). Eine Nutzungsregelung kann aber unterschiedlich ausgestaltet werden. Neben der hoheitlichen Verleihung begrenzter Nutzungsrechte ist es ebenso denkbar, die Nutzungsmöglichkeit nicht individuell zu limitieren, sondern an eine Entgeltzahlung zu koppeln.“⁶⁶

Das Gericht hat zwar auf die Obergrenze und die daraus resultierende Vergleichbarkeit mit einer ordnungsrechtlichen Kontingentierung wie im Wasserrecht hingewiesen, wenn es ausführt:

„Dadurch wird in Anbetracht der Kontingentierung der Gesamtmenge auszugebender Zertifikate kein geringerer Schutz bewirkt als durch ordnungsrechtliche Einzelzuteilung.“⁶⁷

Aus diesen Ausführungen lässt sich jedoch nicht ableiten, dass eine Beschränkung auf eine bestimmte Ausgestaltung eines Bewirtschaftungssystems verfassungsrechtlich geboten ist. Es kommt vielmehr darauf an, ob das verfolgte Ziel, nämlich die Bewirtschaftung einer knappen natürlichen Ressource, erreicht wird.⁶⁸

2.3.2.4.2.2 Keine isolierte Betrachtung des BEHG

Für die Frage, ob ein Bewirtschaftungssystem vorliegt, wird nur das BEHG in den Blick genommen. Dabei bildet das BEHG nur einen Teil der gegenwärtigen Bemühungen zur Reduzierung der Treibhausgasemissionen, also zur Bewirtschaftung der knappen natürlichen Ressource der Luftreinheit. Darin liegt bereits ein wesentlicher Unterschied zum TEHG und ZUG 2012, die Gegenstände des Kammerbeschlusses des BVerfG waren. Zum damaligen Zeitpunkt sollte die Begrenzung bzw. Reduzierung für die betroffenen Sektoren im Wesentlichen über das TEHG in Umsetzung der EU-ETS-Richtlinie erfolgen. Die Treibhausgasemissionen wurden

⁶⁵ Ähnlich *Tappe*, Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung am 16. September 2020, S. 11, Rn. 39, der darauf verweist, dass aus volkswirtschaftlich richtigen Beobachtungen keine verfassungsrechtliche Maßstäbe abgeleitet werden können.

⁶⁶ BVerwG, Urt. v. 10.10.2012 – 7 C 10.10, NVwZ 2013, 576 Rn. 44.

⁶⁷ BVerwG, Urt. v. 10.10.2012 – 7 C 10.10, NVwZ 2013, 576 Rn. 44.

⁶⁸ Ebenso Hennicke, NuR 2021, 83, 89.

dadurch zum ersten Mal im Hinblick auf ihre globalen Klimaauswirkungen (und nicht nur die lokalen Auswirkungen auf die Nachbarschaft) begrenzt.

Gegenwärtig wird zunächst – für die Mitgliedsstaaten als Adressaten – ein Bewirtschaftungssystem für die natürliche Ressource der Luftreinheit durch die EU-KlimaschutzVO geschaffen. Dort werden durch Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Anhang 1 EU-KlimaschutzVO Treibhausgasbudgets für die einzelnen Mitgliedstaaten festgelegt. Auf diese Budgets und die zulässigen Flexibilisierungsmechanismen nimmt § 4 BEHG ausdrücklich Bezug.

Auf nationaler Ebene legt das Bundes-Klimaschutzgesetz (KSG) – in Umsetzung der EU-KlimaschutzVO – ebenfalls zulässige Jahresemissionsmengen für einzelne Sektoren fest (§ 4 Abs. 1 i.V.m. Anlage 1 KSG). Auch dadurch wird ein Bewirtschaftungsordnung errichtet.⁶⁹ Adressat des KSG ist grundsätzlich der Bund, der Maßnahmen zur Einhaltung der zulässigen Jahresemissionsmengen, also der gesetzten Bewirtschaftungsziele für die Luftreinheit, ergreifen muss. Das BEHG ist eine dieser Maßnahmen und ist deswegen im Zusammenhang mit dem KSG zu lesen.⁷⁰

In diesem Zusammenhang bestehen inzwischen unterschiedliche Ver- und Gebote, die die Treibhausgasemissionen in den Bereichen Wärme und Verkehr reduzieren sollen. Für den Verkehr soll eine Emissionsreduzierung z.B. bereits durch § 37a Bundes-Immissionsschutzgesetz (BImSchG)⁷¹, der eine ordnungsrechtliche Quotenregelung für Biokraftstoffe vorsieht und die CO₂-Emissionsnormen-VO⁷², die einen CO₂-Flottengrenzwert für Personenkraftwagen und leichte Nutzfahrzeuge festsetzt, erfolgen. Für Gebäude soll insbesondere durch das Gebäudeenergiegesetz (GEG)⁷³ und die darin enthaltenen Anforderungen an Neubauten und Bestandsgebäude ein Beitrag zur Erreichung der energie- und klimapolitischen Ziele geleistet werden (§ 1 Abs. 2 GEG). Weitere Maßnahmen, mit denen die nationalen Treibhausgasemissionen in diesen Bereichen reduziert werden sollen, ergeben sich zudem aus dem Klimaschutzprogramm 2030 der Bundesregierung zur Umsetzung des Klimaschutzplans 2050.⁷⁴

2.3.2.4.2.3 *BEHG als Teil eines Bewirtschaftungssystems*

Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass bei einer umfassenden Betrachtung der bestehenden gesetzlichen Regelung zu den Treibhausgasemissionen in den Sektoren Wärme und Verkehr die Existenz eines Bewirtschaftungssystems angenommen werden kann. Ein solches Bewirtschaftungssystem zeichnet sich insbesondere dadurch aus, dass ein ehemals unbeschränkt zugängliches und damit in der Diktion der klassischen ökonomischen Theorie „öffentliches Gut“ in ein nicht mehr unbeschränkt zugängliches und damit wirtschaftliches Gut umgewandelt wird.⁷⁵

⁶⁹ Franzius, ZUR 2021, 131, 140, der allerdings trotzdem wohl an seiner finanzverfassungsrechtlichen Kritik an der Einführungsphase des BEHG festhält.

⁷⁰ Franzius, VERW 2020, 421, 423.

⁷¹ Gesetz zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen durch Luftverunreinigungen, Geräusche, Erschütterungen und ähnliche Vorgänge, in der Fassung der Bekanntmachung vom 17.5.2013, BGBl. I S. 1274, zuletzt geändert durch Art. 1 G zur Weiterentwicklung der Treibhausgasminderungs-Quote vom 24.9.2021, BGBl. I S. 4458.

⁷² Verordnung (EU) 2019/631 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. April 2019 zur Festsetzung von CO₂-Emissionsnormen für neue Personenkraftwagen und für neue leichte Nutzfahrzeuge und zur Aufhebung der Verordnungen (EG) Nr. 443/2009 und (EU) Nr. 510/2011, ABl. L 111 S. 13, ber. L 163 S. 113

⁷³ Gesetz zur Einsparung von Energie und zur Nutzung erneuerbarer Energien zur Wärme- und Kälteerzeugung in Gebäuden vom 8.8.2020, BGBl. I S. 1728.

⁷⁴ Klimaschutzprogramm 2030 der Bundesregierung zur Umsetzung des Klimaschutzplans 2050, S. 49 ff. (Gebäude), S. 61 (Verkehr).

⁷⁵ Vgl. zur Definition des öffentlichen und wirtschaftlichen Gutes: Martini/Gebauer, ZUR 2007, 225, 227 m.w.Nw.

Aus der Wasserpfeffing-Entscheidung des BVerfG lässt sich ableiten, dass eine solche Zugangsbeschränkung auch auf Grundlage von ordnungsrechtlichen Maßnahmen erfolgen kann. Es führt dazu aus, dass sich die Wasserbewirtschaftung des Instrumentariums verwaltungsrechtlicher Ge- und Verbote bedient. Daneben bestünde auch die Möglichkeit, die Schonung des Wasserhaushalts durch einen höheren Preis des Wassers zu bewirken.⁷⁶ Bei einer solchen ordnungsrechtlichen Bewirtschaftung bedeutet die Eröffnung der Nutzungsmöglichkeit aus Sicht des BVerfG einen Vorteil.⁷⁷

Da die Reinheit der Luft (inzwischen) ebenfalls ordnungsrechtlich bewirtschaftet wird, lässt sich dieser Gedanke – unabhängig vom Emissionshandelssystem – auch auf die Einführungsphase des BEHG übertragen. Ein Unterschied besteht lediglich insofern, dass die konkrete Eröffnung der Nutzungsmöglichkeit beim Wasserrecht durch eine Entscheidung unter Ausübung des Bewirtschaftungsermessens (§ 12 WHG) erfolgt, während die Nutzungsmöglichkeit in der Einführungsphase ohne Ermessensausübung durch die Zahlung des festgelegten Entgelts eröffnet wird.

Dieser Unterschied ist auch dem Umstand geschuldet, dass das Wasserrecht stärker die lokalen Gegebenheiten der einzelnen Wasserkörper berücksichtigen muss, während das Klimaschutzrecht notwendig auf Verallgemeinerung abzielt, weil sich die Emissionen in derselben Atmosphäre sammeln. Während im Wasserrecht eine Übernutzung der knappen natürlichen Ressource durch eine Ermessensentscheidung im Einzelfall erfolgt, soll sie im Klimaschutzrecht bereits durch verschiedene gesetzliche Vorgaben erfolgen, die auf eine Einhaltung des noch zulässigen Emissionsbudgets abzielen.

Gleichzeitig wird die Auswirkung der Festpreise und die Wirksamkeit des nEHS von der Bundesregierung alle zwei Jahre evaluiert, wobei die jährlichen Klimaschutzberichte nach § 10 Abs. 2 KSG berücksichtigt werden (§ 23 Abs. 1 BEHG). Es wird also regelmäßig überprüft, ob von den Regelungen des BEHG die erforderlichen Impulse ausgehen. Sollte die erwartete Lenkungswirkung nicht eintreten, können gesetzliche Anpassungen vorgenommen werden, um die Klimaziele zu erreichen. Damit zeigt sich, dass auch der Einführungsphase ein Bewirtschaftungskonzept zugrunde liegt, das über eine – regelmäßig nachjustierbare – (Fest-) Preissteuerung erfolgen soll.

Angesichts des fehlenden *Numerus Clausus* der in Betracht kommenden öffentlich-rechtlichen Bewirtschaftungssysteme können Unterschiede in der Regelungstechnik somit nicht dazu führen, das Vorliegen eines gesamtheitlichen Bewirtschaftungssystems für die Reinheit der Luft zu verneinen. Das BEHG ist ein Teil dieses Bewirtschaftungssystems und nimmt auch in der Einführungsphase eine Bewirtschaftung über eine (Fest-)Preissteuerung vor, die regelmäßig vor dem Hintergrund der zu erreichenden Klimaziele nachjustiert werden kann. Insofern entspricht es den Ausführungen des BVerfG, wenn im Rahmen des Bewirtschaftungsregimes die gleichwohl noch zulässige Nutzung der Ressource als Sondervorteil gesehen wird, der abgeschöpft werden kann.

2.3.2.4.2.4 Zwischenergebnis

Ein öffentliches Bewirtschaftungssystem für die Sektoren Wärme und Verkehr entsteht nicht erst durch das nationale Emissionshandelssystem mit einer Versteigerung der Emissionszertifikate. Aus der Rechtsprechung des BVerfG ergibt sich kein bestimmter *Numerus Clausus* öffentlicher Bewirtschaftungssysteme; vielmehr ist jeweils gesondert zu prüfen, ob ein öffentliches Bewirtschaftungssystem vorliegt, das zu einer Nutzungsbegrenzung eines

⁷⁶ BVerfG, Beschl. v. 07.11.1995 - 2 BvR 413/88 u.a., NVwZ 1996, 469, 470.

⁷⁷ BVerfG, Beschl. v. 07.11.1995 - 2 BvR 413/88 u.a., NVwZ 1996, 469, 470.

bestimmten Gutes führt. Anders als in der Anfangsphase des europäischen Emissionshandels erfolgt die Bewirtschaftung gegenwärtig nicht ausschließlich über das nationale Emissionshandelssystem des BEHG. Vielmehr sind die grundsätzlichen Bewirtschaftungsentscheidungen bereits durch die EU-KlimaschutzVO und das KSG getroffen worden und werden durch unterschiedliche ordnungsrechtliche Instrumente umgesetzt. Das nationale Emissionshandelssystem und die damit verbundene Bepreisung ergänzen – ähnlich wie im Wasserrecht – diese ordnungsrechtliche Regelung und sichern ihre Wirksamkeit ab. Bei der angezeigten Gesamtbetrachtung der Regelungen für die Begrenzung der Emission von Treibhausgasen in den Bereichen Wärme und Verkehr lässt sich kaum bestreiten, dass sie eine unbegrenzte Nutzung der Atmosphäre zur Aufnahme von Treibhausgasen verhindern und Wirtschaftsteilnehmer von der Nutzung gegenwärtig – und erst recht in der Zukunft – ausschließen. Mithin liegt ein Bewirtschaftungssystem bereits vor.

2.3.2.4.3 Vorliegen einer mengenmäßigen Begrenzung?

Die kritischen Stimmen in der Literatur stützen ihre Annahme der Verfassungswidrigkeit schließlich darauf, dass es in der Einführungsphase an einer mengenmäßigen Begrenzung der Zertifikate fehle, da den Verantwortlichen durch § 10 Abs. 2 BEHG ein Anspruch auf Erwerb der Emissionszertifikate zu einem Fixpreis zustehe und zwar unabhängig von der festgelegten jährlichen Emissionsmenge. Diese werde über die Flexibilisierungsinstrumente der EU-KlimaschutzVO erhöht. Ohne eine mengenmäßige Begrenzung könnten die Verantwortlichen jedoch beliebig viele Zertifikate erwerben. Es fehle somit an einem Vorteil durch den Erwerb eines Zertifikats, weil jede*r andere Verantwortliche ebenfalls ein Zertifikat erwerben könnte.⁷⁸

Es erscheint indes zweifelhaft, ob es in der Einführungsphase tatsächlich an einer mengenmäßigen Begrenzung der Emissionszertifikate fehlt.

Flexibilisierung in der Einführungsphase nach § 5 Abs. 1 BEHG

§ 5 Abs. 1 BEHG trifft folgende Regelung:

„Soweit während der Einführungsphase nach § 10 Absatz 2 Satz 1 und 2 und für die Dauer der Anwendung eines Preiskorridors die jährliche Emissionsmenge nach § 4 Absatz 1 und 3 für ein Kalenderjahr innerhalb der Handelsperiode überschritten wird und die Jahresmengen der EU-Klimaschutzverordnung nicht eingehalten werden, wird der darüber hinausgehende Bedarf an Emissionszertifikaten durch Nutzung von Flexibilisierungsmöglichkeiten nach der EU-Klimaschutzverordnung, einschließlich des Zukaufs einer entsprechenden Menge an Emissionszuweisungen aus anderen Mitgliedstaaten, gedeckt.“

Für die Einführungsphase wird folglich eine Verknüpfung mit den Flexibilisierungsinstrumenten nach der EU-KlimaschutzVO hergestellt. Während in der Versteigerungsphase die nach § 4 BEHG berechnete jährliche Emissionsmenge begrenzt ist, kann sie in der Einführungsphase unter Nutzung dieser Flexibilisierungsinstrumente erhöht werden.

Im Hinblick auf die Flexibilisierung nach § 5 BEHG i.V.m. Art. 5 EU-KlimaschutzVO kommen verschiedene Möglichkeiten in Betracht:

- Der Bund könnte Emissionszuweisungen vorwegnehmen (Art. 5 Abs. 1 EU-KlimaschutzVO). Diese Flexibilisierungsmöglichkeit ist indes auf 10 % der jährlichen Emissionszuweisungen beschränkt und würde somit nur eine begrenzte Erhöhung der Gesamtmenge ermöglichen. Zudem kann diese Möglichkeit nur einmal angewendet

⁷⁸ Wernsmann/Bering, NVwZ 2020, 497, 498ff.; Klinski/Keimeyer, ZUR 2020, 342, 345ff.; Altenschmidt, in: Frenz, Klimaschutzrecht, § 5 BEHG, Rn. 16 ff.; IKEM/Rodi, Verfassungsmäßigkeit des Entwurfs zum Brennstoffemissionshandelsgesetzes, S. 12ff.; differenzierend, aber mit demselben Ergebnis: Kahl/Müller, Zur verfassungsrechtlichen Einordnung des Brennstoffemissionshandelsgesetzes, Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 45, S. 7 ff.

werden. Unterstellt, es würden bereits für das Jahr 2021 zur Erfüllung der Nachfrage 10 % der jährlichen Emissionszuweisungen vorweggenommen, so würden sich die Emissionszuweisungen für das Jahr 2022 entsprechend verringern. Die Anwendung dieses Flexibilisierungsmechanismus im Jahr 2022 würde somit nur dazu führen, dass die bereits reduzierten Emissionszuweisungen für das Jahr 2022 wieder nahezu auf das ursprünglich vorgesehene Niveau gehoben werden können.

- Der Bund könnte zudem versuchen, die erforderlichen Emissionszuweisungen von anderen Mitgliedsstaaten zu erwerben (Art. 5 Abs. 4, 5 EU-KlimaschutzVO). Die dadurch zusätzlich verfügbare Menge ist nur theoretisch unbegrenzt, wenn nämlich sämtliche Mitgliedstaaten bis zu 10% ihrer Emissionszuweisungen verkaufen würden. Faktisch kommt es indes entscheidend darauf an, in welchem Umfang Zuweisungen überhaupt von anderen Mitgliedsstaaten angeboten werden. Da durch die Emissionszuweisungen ein anspruchsvoller Reduktionspfad für alle Mitgliedstaaten beschritten werden soll, erscheint es zweifelhaft, ob Emissionszuweisungen faktisch in größerem Umfang zur Verfügung stünden.
- Der Bund könnte zudem noch Emissionszuweisungen ansparen (Art. 5 Abs. 3 EU-KlimaschutzVO). Sofern Emissionszuweisungen in einem Jahr nicht verbraucht werden, kann der überschüssige Teil auf die Folgejahre übertragen werden; ab 2022 jedoch maximal zu 30 %.

Faktische Begrenzung durch Verknüpfung mit EU-KlimaschutzVO

Angesichts der Verknüpfung mit der EU-KlimaschutzVO stellt sich die Frage, ob nicht bereits daraus eine – wenn auch höhere – mengenmäßige Begrenzung in der Einführungsphase erfolgt ist.

Aus der Bindung an die EU-KlimaschutzVO nach § 5 BEHG ließe sich ableiten, dass der Bund zusätzlich erforderliche Zertifikate nicht einfach „erschaffen“ kann, sondern sich diese auf europäischer Ebene mit Hilfe der Flexibilisierungsmechanismen der EU-KlimaschutzVO sichern müsste. Die erfolgreiche Nutzung der Flexibilisierungsinstrumente wäre somit (konkludente) Voraussetzung für die Erfüllung des über den § 4 BEHG hinausgehenden Bedarf.⁷⁹

Diese Flexibilisierungsinstrumente sehen jedoch – wie gezeigt – rechtliche und faktische Grenzen für die Erhöhung der Emissionszuweisungen vor. Denkbar wäre es somit, dass der Nachfrage nach Emissionszertifikaten in der Einführungsphase auch unter Nutzung aller Flexibilisierungsmöglichkeiten keine ausreichende Menge an Emissionszuweisungen gegenübersteht. Falls das Vorliegen von ausreichenden Emissionszuweisungen nach der EU-KlimaschutzVO zwingende Voraussetzung für die Ausgabe von Emissionszertifikaten wäre, wofür die Verkoppelung in § 5 BEHG spricht, läge eine mengenmäßige Begrenzung vor.⁸⁰ Die Zertifikatmenge könnte durch die Flexibilisierungsinstrumente zwar erhöht, aber nicht beliebig ausgeweitet werden.⁸¹ Ein solches Verständnis entspräche der EU-KlimaschutzVO. Es wäre schwerlich mit deren Vorgaben in Einklang zu bringen, wenn der Bund „sehenden Auges“ Berechtigungen zur Treibhausgasemission veräußern würde, obwohl er dadurch seine Emissionszuweisungen überschreiten würde.

Der Wortlaut des Gesetzes ist indes nicht eindeutig. Nach § 10 Abs. 1 BEHG wird die nach § 4 Abs. 1 und 3 festgelegte Menge an Emissionszertifikaten sowie der zusätzliche Bedarf, der sich in

⁷⁹ So das Verständnis im Gesetzgebungsverfahren, vgl. Umwelt- und Wirtschaftsausschuss, BR-Drs. 266/1/20, S. 2; dazu *Hennicke*, NuR 2021, 83, 88.

⁸⁰ So wohl auch: *Zenke/Telschow*, EnZW 2020, 157, 162.

⁸¹ *Hennicke*, NuR 2021, 83, 88.

der Einführungsphase nach Abs. 2 ergeben kann, durch die zuständige Behörde veräußert. Ein ausdrücklicher Verweis auf etwaige Beschränkungen nach § 5 BEHG fehlt hingegen.⁸²

Eine – hypothetische – plötzliche Beendigung des Verkaufs der Emissionszertifikate aufgrund fehlender Abdeckung durch Emissionszuweisungen, könnte zu erheblichen Marktstörungen führen. Dies soll durch den Festpreis in der Einführungsphase gerade vermieden werden. Insofern ließe sich eine strikte Kopplung des Verkaufs von Emissionszertifikaten an eine ausreichende Anzahl an Emissionszuweisungen wohl nicht in Einklang mit dem Gesetzeszweck bringen, den der Gesetzgeber mit der Einführungsphase verfolgt.

Dieser Extremfall dürfte jedoch hypothetischer Natur sein, weil – worauf bereits hingewiesen worden ist – eine Begrenzung bzw. die Reduzierung der Treibhausgasemissionen in den Sektoren Wärme und Verkehr nicht allein durch das BEHG erfolgt. Vielmehr gelten daneben insbesondere die Regelungen des KSG, das für die jeweiligen Sektoren konkrete Emissionsminderungspfade vorsieht. Insofern besteht Anlass zur Vermutung, dass bereits aus diesem Grund die Flexibilisierungsinstrumente eher zur Feinjustierung in der Einführungs- und Korridorphase benötigt werden.⁸³

Letztlich zeigt sich somit auch an dieser Stelle, dass die Regelungen für das BEHG in ihrem Gesamtzusammenhang mit anderen Klimaschutzmaßnahmen zu sehen sind.

Fehlende spürbare Knappheit?

Sofern in den kritischen Stellungnahmen zum BEHG eine Obergrenze aus den genannten Gründen auch in der Einführungsphase anerkannt wird, wird die gleichwohl angenommene Verfassungswidrigkeit jedenfalls mit der fehlenden spürbaren Knappheit für die Unternehmen begründet. Denn das BVerfG habe eine solche Knappheit als Voraussetzung für die Bildung eines Marktpreises und damit für das Funktionieren des Emissionshandelssystems angesehen.⁸⁴

Bei dieser Argumentation wird erneut einzelnen Sätzen der Kammerentscheidung eine verfassungsrechtliche Bedeutung zugemessen, die ihnen nicht zukommen kann. Die Kammer beschreibt lediglich die typische Funktionsweise eines Emissionshandelssystems zur Marktpreisbildung. Daraus kann nicht gefolgert werden, dass jede Abweichung von dieser Funktionsweise verfassungswidrig wäre. Eine marktbasierte Preisbildung ist aber – wie dargelegt – keine Voraussetzung dafür, dass ein Bewirtschaftungsregime verfassungsmäßig ist.

Zudem würde nach der dargestellten Auffassung die Verfassungsmäßigkeit eines Emissionshandelssystems davon abhängen, ob der Gesetz- oder Ordnungsgeber den tatsächlichen Bedarf an Emissionszertifikaten richtig einschätzt und beschränkt, damit eine solche Knappheitssituation entsteht. Eine solche Annahme ist jedoch abwegig. Die Obergrenze muss bei einem öffentlichen Bewirtschaftungssystem – auch wenn es sich um ein Emissionshandelssystem handelt – so festgelegt werden, dass keine Übernutzung der begrenzten natürlichen Ressourcen erfolgt, nicht danach, ob die Begrenzung für den*die (potenziellen) Nutzer*in „spürbar“ ist. Ist bei einem Emissionshandelssystem das Angebot höher als der Bedarf, fehlt es also an einer spürbaren Knappheit, fällt der Marktpreis – wie es gerade beim EU-ETS jahrelang der Fall war. Es entfällt aber nicht dessen Verfassungsmäßigkeit.

⁸² Müller/Kahl, Zur verfassungsrechtlichen Einordnung des Brennstoffemissionshandelsgesetzes, Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht, Nr. 45, 4.11.2019, S. 5ff.

⁸³ So StS Pronold, PlPr. 19/169, S. 21111, Frage 13.

⁸⁴ Müller/Kahl, Zur verfassungsrechtlichen Einordnung des Brennstoffemissionshandelsgesetzes, Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht, Nr. 45, 4.11.2019, S. 7ff.

Zwischenergebnis

Auch wenn ausschließlich das BEHG als Bewirtschaftungssystem in den Blick genommen würde, erscheint die zentrale Prämisse der verfassungsrechtlichen Kritik, dass in der Einführungsphase die Anzahl der Emissionszertifikate unbegrenzt sei und deswegen der Erwerb eines Emissionszertifikats keinen Vorteil begründen könne, zweifelhaft. In der Einführungsphase kann es aufgrund der Festpreisregel zur Überschreitung der festgelegten jährlichen Emissionsmenge kommen, die durch die Flexibilisierungsinstrumente der EU-KlimaschutzVO abzudecken ist. Dadurch wird die Menge der Emissionszertifikate jedoch nicht grenzenlos erhöht, sondern es findet zunächst nur eine räumliche oder zeitliche Verschiebung innerhalb des unionsrechtlichen Bewirtschaftungssystems statt. Gleichzeitig ist die Menge der über die Flexibilisierungsinstrumente zu erlangenden Emissionszuweisungen rechtlich und faktisch – da die vorgesehenen Minderungen für alle Mitgliedstaaten eine große Herausforderung darstellen – begrenzt. Allerdings ist unklar, ob diese rechtliche und faktische Begrenzung auch im – hypothetischen – Extremfall einer außergewöhnlich großen Lücke zwischen Nachfrage und Angebot unter Berücksichtigung der Flexibilisierungsinstrumente ihre Wirkung entfalten würde. Letztlich kann diese Frage jedoch dahinstehen, da derart starke Abweichungen zwischen zulässigen jährlichen Emissionsmengen und tatsächlichem Bedarf bereits durch die ordnungsrechtlichen Instrumente zur Umsetzung der Vorgaben des KSG – inklusive der Sofortmaßnahmen – nach der Konzeption des Gesetzgebers verhindert werden sollen.

2.3.2.5 Höhe der Abgabe

Die Vorteilsabschöpfungsabgabe darf zudem den Wert der öffentlichen Leistung nicht übersteigen.⁸⁵ Angesichts des im Vergleich zum jährlichen Verbrauch geringen verbleibenden Treibhausgas-Restbudgets ist nicht davon auszugehen, dass diese Schwelle durch die Festpreise überschritten wird.

2.3.3 Rechtfertigung aufgrund der Verhaltenslenkung

Neben einer Rechtfertigung als Vorteilsabgabe könnte auch eine Rechtfertigung aufgrund der intendierten Lenkungswirkung in Betracht kommen.

2.3.3.1 Verhaltenslenkung als Rechtfertigungsgrund

Das BVerfG hat eine Rechtfertigung über die Lenkungswirkung im Wasserpfeffing-Urteil noch offengelassen, weil es das Entgelt bereits durch die Vorteilsabschöpfung als gerechtfertigt ansah.⁸⁶

In der Zwischenzeit haben das BVerfG und das BVerwG bei Wasserentnahmeentgelten ausdrücklich anerkannt, dass deren Höhe durch die intendierte Verhaltenssteuerung verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein kann.⁸⁷

In der Literatur wird jedoch vertreten, dass die Rechtfertigung der Lenkungswirkung auf die Höhe beschränkt bleiben müsse und nicht eine Abgabe dem Grunde nach rechtfertigen könne. Andernfalls würden die unterschiedlichen Abgabenarten konturenlos, was mit der Begrenzungs- und Schutzfunktion der Finanzverfassung nicht vereinbar sei. Dementsprechend würde auch das BVerwG die Lenkungswirkung nur im Zusammenhang mit der Höhe nennen.⁸⁸

⁸⁵ BVerfG, Beschl. v. 7.11.1995 – 2 BvR 413/88, 13000/93, NVwZ 1996, 469, 471.

⁸⁶ BVerfG, Beschl. v. 7.11.1995 – 2 BvR 413/88, 13000/93, NVwZ 1996, 469, 471.

⁸⁷ BVerfG, K-Beschl. v. 20.01.2010 – 1 BvR 1801/07 u.a., NVwZ 2010, 831, 833; BVerwG, Urt. v. 16.11.2017 – 9 C 16/16, NVwZ-RR 2018, 983, Rn. 28.

⁸⁸ Wernsmann/Bering, NVwZ 2020, 947, 504 unter Verweis auf BVerfG, NVwZ 2017, 696, 697, Rn. 64.

In der Tat ist keine Entscheidung ersichtlich, in der die Zulässigkeit einer nicht-steuerlichen Abgabe ausschließlich auf ihre Lenkungswirkung gegründet wird. Gleichwohl kann das Argument der Konturenlosigkeit nicht überzeugen, wird doch bereits durch die Abgrenzung der nicht-steuerlichen Abgabe von der Steuer anhand des Vorliegens einer Gegenleistung dem Schutz der Finanzverfassung genügt. Diese Erwägungen können für die Rechtfertigung der nicht-steuerlichen Abgabe dann keine Rolle mehr spielen. Es kommt allein darauf an, ob ein besonderer sachlicher Rechtfertigungsgrund vorliegt. Es ist nicht ersichtlich, wieso eine Lenkungswirkung nicht einen solchen sachlichen Grund darstellen sollte.

Auch in dem Nichtannahmebeschluss zum EU-ETS begründet das BVerfG die Notwendigkeit einer mengenmäßigen Begrenzung damit, dass die Preisbildung aufgrund der mengenmäßigen Begrenzung zu der gewünschten Verhaltenslenkung führen soll.⁸⁹

Die Mengenbegrenzung ist somit auch unter diesem Blickwinkel nicht das entscheidende Merkmal zur Bewertung der Verfassungsmäßigkeit. Vielmehr ist sie Mittel zum Zweck, um die vom BVerfG angenommene Lenkungswirkung zu erreichen.

Im Fall des EU-ETS war überdies für diese Lenkungswirkung die Mengenbegrenzung unerlässlich. Anders als beim nEHS wurden auch noch in der streitgegenständlichen zweiten Handelsperiode des EU-ETS ca. 90 % der Emissionszertifikate kostenlos zugeteilt. Ohne mengenmäßige Begrenzung wäre deswegen von einem Großteil der Emissionszertifikate kein Preissignal und damit keine Lenkungswirkung ausgegangen. Das Preissignal entstand erst durch die mengenmäßige Begrenzung und die dadurch geschaffene Notwendigkeit eines Zukaufs.⁹⁰

2.3.3.2 Verhaltenslenkung durch Preissignal

Vom BEHG geht hingegen durchgehend ein – in der Einführungsphase beständig zunehmendes – Preissignal aus, das Anlass zu einem kosteneffizienten Verhalten, also zu einer Vermeidung oder Reduzierung der Treibhausgasemissionen bietet. Dieses Verhalten ist mit dem BEHG gerade bezweckt (§ 1 BEHG).

Eine Lenkungswirkung wird allerdings mit dem Argument in Zweifel gezogen, dass der Festpreis zu niedrig sei, um zu einer Verhaltensänderung zu motivieren.⁹¹ Insofern ist allerdings darauf hinzuweisen, dass es sich um eine komplexe Wechselwirkung mehrerer Faktoren handelt, die zum Teil auch von gesetzlichen Regelungen außerhalb des BEHG abhängen.⁹² Insofern dürfte es im Rahmen der gesetzgeberischen Einschätzungsprärogative liegen, bei welchem Preis eine Lenkungswirkung anzunehmen ist, zumal die Auswirkungen gem. § 23 BEHG regelmäßig evaluiert werden. Es ist zumindest nicht offensichtlich, dass die Festpreise keinerlei Auswirkungen auf das Verhalten der Verbraucher haben.

Gegen diese intendierte Verhaltenslenkung kann auch nicht eingewendet werden, dass aufgrund der – bereits mehrfach beschriebenen – Einbettung des nEHS in weitere ordnungsrechtliche Maßnahmen oder aufgrund fehlender Alternativen die Verhaltenslenkung⁹³ ggf. leerläuft. Nach der Rechtsprechung des BVerwG ist es der Verhaltenslenkung immanent, dass die Lenkungswirkung nicht in jedem Einzelfall greift.⁹⁴ Insofern kann dem Gesetz eine

⁸⁹ BVerfG, K-Beschl. v. 5.3.2018 – 1 BvR 2864/13, NVwZ 2018, 972, 975, Rn. 35.

⁹⁰ Hennicke, NuR 2021, 83, 89.

⁹¹ Vgl. BR-Drs. 533/19, S. 42, wonach der Einstiegspreis bei mindestens 40 Euro liegen müsste.

⁹² Vgl. ausführlicher Zenke/Telschow, EnZW 2020, 157, 163.

⁹³ Vgl. dazu Leisner-Egensperger, NJW 2019, 2218, 2220 mit Verweis auf einzelne Beispiele.

⁹⁴ BVerwG, Urt. v. 16.11.2017 – 9 C 16/16, NVwZ-RR 2018, 983, 985, Rn. 28

Lenkungswirkung nicht anhand einzelner Beispiele abgesprochen werden.⁹⁵ Hinzu kommt, dass diese Lenkungswirkung auch bei fehlenden unmittelbaren Alternativen zumindest mittelbar oder langfristig wirken kann.

Zudem kann das nEHS auch neben den ordnungsrechtlichen Vorgaben einen eigenen Zweck erfüllen. So kann es u.a. dazu dienen, die sog. Rebound-Effekte bei ausschließlich ordnungsrechtlichen Maßnahmen zu verhindern. Solche Rebound-Effekte können z.B. auftreten, wenn wegen der geringeren Kosten in energieeffizienteren Häuser mehr geheizt oder sparsame Fahrzeuge mehr genutzt werden. Ein zusätzliches Preissignal kann diesen Effekten entgegenwirken.

Angesichts der auch vom BVerfG in der Entscheidung zum Klimaschutz anerkannten verfassungsrechtlichen Pflicht zur CO₂-Reduzierung ist davon auszugehen, dass die intendierte Verhaltenslenkung die durch das BEHG eingeführte nicht-steuerliche Abgabe grundsätzlich rechtfertigen kann.

2.3.3.3 Höhe der Abgabe

Gegen eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung ließe sich ggf. einwenden, dass gerade in der Einführungsphase die vorgesehenen Festpreise zu niedrig seien, um die intendierte Verhaltenslenkung zu erreichen.

Diesem Einwand ist jedoch entgegenzuhalten, dass dem Gesetzgeber insofern ein weiter Ermessensspielraum zuzumessen ist. Das gilt insbesondere für die Einführungsphase, in der sich noch nicht das Potential eines frei am Markt gebildeten Preises entfalten soll, sondern ein Festpreis gilt, um eine schrittweise Gewöhnung zu ermöglichen.⁹⁶

2.3.3.4 Zwischenergebnis

Für das BEHG ließe sich als anerkannter besonderer Rechtfertigungsgrund auch die mit dem Preis für die Emission von Treibhausgasen intendierte Verhaltenslenkung anführen. Dieses Preissignal soll zu einem sparsameren Verbrauch anhalten und auf diese Weise die ordnungsrechtlichen Maßnahmen zur Emissionsreduzierung unterstützen. Angesichts der verfassungsrechtlich abgesicherten Bedeutung der Emissionsreduzierung erscheint eine entsprechende Verhaltenslenkung als geeigneter Rechtfertigungsgrund.

2.4 Art. 14 Abs. 1 GG

Die nicht-steuerliche Abgabe darf überdies nicht Art. 14 Abs. 1 GG verletzen.

2.4.1 Eingriff in den Schutzbereich

Die Regelungen des BEHG könnten als Inhalts- und Schrankenbestimmungen einen Eigentumseingriff darstellen. Dabei ist die Betroffenheit unterschiedlicher Adressaten zu untersuchen. Einerseits sind die Verantwortlichen, die die Brennstoffe in den Verkehr bringen, als Adressaten gem. § 3 Nr. 3 BEHG i.V.m. § 2 Abs. 1 BEHG unmittelbar betroffen. Andererseits werden auch Unternehmen und Privatpersonen mittelbar betroffen sein, wenn die Verantwortlichen die ihnen entstehenden Mehrkosten an diese weitergeben.

⁹⁵ Im Ergebnis wohl ebenso: *Leisner-Egensperger*, NJW 2019, 2218, 2220.

⁹⁶ *Hennicke*, NuR 2021, 83, 89.

2.4.2 Eingriff in den Schutzbereich

Als mögliche Anknüpfungspunkte für eine Eigentumsbeeinträchtigung kommen sowohl die Regelungen zur Nutzung von Brennstoffeigentum (Pflicht zum Erwerb von Zertifikaten, Ermittlungs- und Berichtspflichten nach § 7 Abs. 1 BEHG) als auch die mit dem Zertifikatehandel entstehenden Kosten in Betracht.

2.4.2.1 Unmittelbar betroffene Verantwortliche

Als Eigentumsbeeinträchtigung kommen die Regelungen zur Nutzung von Brennstoffeigentum (Pflicht zum Erwerb von Zertifikaten, Ermittlungs- und Berichtspflichten nach § 7 Abs. 1 BEHG) und die mit dem Zertifikatehandel entstehenden Kosten in Betracht.

Ein Eingriff in das Eigentum an den Brennstoffen könnte vorliegen, wenn die Dokumentations- und Zahlungspflichten die Verantwortlichen übermäßig belasten und ihre Vermögensverhältnisse grundlegend beeinträchtigen würden, d.h. wenn sie eine erdrosselnde Wirkung ausüben.⁹⁷ In diesem Fall wäre das Eigentum zumindest faktisch entwertet. Eine solche Folge ist hier nicht ersichtlich. Die Zahlungs- und Dokumentationspflichten führen nicht zu einer solchen Belastung, dass ein Gewerbebetrieb gefährdet wäre, zumal zumindest die zu leistenden Zahlungen an die Endkunden weitergegeben werden sollen.

Im Übrigen schützt die Eigentumsgarantie grundsätzlich nicht vor Preiserhöhungen infolge neuer oder erhöhter Steuern oder Abgaben. Die Erwartung, dass ein Unternehmen auch in Zukunft rentabel betrieben werden kann, ist ebenfalls nicht von Art. 14 Abs. 1 GG geschützt.⁹⁸ Diese Rechtsprechung des Ersten Senats ist zwar vom Zweiten Senat bestritten worden, der auch bei Abgaben eine Eigentumsbeeinträchtigung nicht von vorneherein ausschließt⁹⁹, ohne dass es bislang zu einer Plenarentscheidung gekommen wäre. Allerdings bedarf es in diesem Zusammenhang keiner weiteren Darstellung der divergierenden Positionen, weil auch bei Zugrundelegung der Rechtsprechung des Ersten Senats Abgabengesetze in jedem Fall am Maßstab des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und damit an Art. 2 Abs. 1 GG zu prüfen wären. Legt man die Position des Zweiten Senats zugrunde, würde eine entsprechende Prüfung nach Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG als Inhalts- und Schrankenbestimmung erfolgen.

Ein Eingriff in das Eigentumsgrundrecht des Verantwortlichen erscheint allenfalls unter dem vom Zweiten Senat anerkannten Schutz des erworbenen Vermögens vor der Abgaben- und Steuerlast denkbar.

2.4.2.2 Mittelbar betroffene Unternehmen und Privatpersonen

Bei den mittelbar betroffenen Unternehmen und Privatpersonen könnte die Eigentumsbeeinträchtigung an dem Sacheigentum, wie z.B. Gebäude oder Kraftfahrzeuge anknüpfen, deren Nutzung durch die Regelungen des BEHG verteuert oder ggf. sogar beschränkt wird.¹⁰⁰ Insofern sind grundsätzlich die Ausführungen zur Betroffenheit der Verantwortlichen übertragbar. Je nachdem welchem Senat gefolgt wird, könnte eine Eigentumsbeeinträchtigung ggf. angenommen werden.

⁹⁷ Vgl. nur BVerfG, Beschl. v. 31.05.1988 – 1 BvL 22/85, NJW 1988, 3258; dazu auch Frenz, Klimaschutzrecht, 2021, Einf. E Rn. 18.

⁹⁸ BVerfG, Beschl. v. 25.07.2007 – 1 BvR 1031/07, NVwZ 2004, 846, 847.

⁹⁹ so BVerfG, Beschl. v. 18.1.2006 – 2 BvR 2194/99, NJW 2006, 1191, 1192, Rn. 32 ff.

¹⁰⁰ U.a. BVerwG, Beschl. v. 21.06.2012 – 7 B 60.11, juris, Rn. 9); BVerwG, Urt. v. 30.06.2005 – 7 C 26.04, NVwZ 2005, 1178, 1181 f. (im Rahmen einer Prüfung der Eigentumsgarantie nach Unionsgrundrechten). Vgl. in diesem Zusammenhang Frenz, Klimaschutzrecht, 2021, Einf. E Rn. 17.

Aufgrund der nur mittelbaren Betroffenheit müsste die Einwirkung zudem eine gewisse Intensität erreichen, damit ein Eingriff in Art. 14 GG zu bejahen wäre.¹⁰¹ Ob diese Intensität erreicht wird, erscheint zunächst fraglich, ist aber gerade in der Versteigerungsphase nicht ausgeschlossen.

2.4.2.3 Zwischenergebnis

Die Regelungen des BEHG könnten jedenfalls dann eine Eigentumsbeeinträchtigung darstellen, wenn man dem Zweiten Senat folgt und eine Verletzung des Art. 14 Abs. 1 GG durch Steuern und Abgaben nicht von vorneherein ausschließt.

2.4.3 Vorsorgliche Rechtfertigung einer Eigentumsbeeinträchtigung

Vorsorglich ist davon auszugehen, dass zumindest eine Inhalts- und Schrankenbestimmung anzunehmen ist. Bei einer Inhalts- und Schrankenbestimmung muss der Gesetzgeber die schutzwürdigen Interessen des*r Eigentümers*in sowie die Belange des Gemeinwohls in einen gerechten Ausgleich und ein ausgewogenes Verhältnis bringen. Dabei ist er an den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebunden. Einschränkungen der Eigentümerbefugnisse dürfen nicht zu einer übermäßigen Belastung führen und den*die Eigentümer*in im vermögensrechtlichen Bereich unzumutbar treffen.¹⁰²

2.4.3.1 Legitimer Zweck

Das BEHG verfolgt den legitimen Zweck, mit der Errichtung eines Zertifikatehandels für Brennstoffe und einer (mittelbaren) Bepreisung entsprechender Emissionen dazu beizutragen, dass nationale und europäische Klimaziele erreicht und die Energieeffizienz erhöht werden.¹⁰³

Die Legitimität dieses Anliegens dürfte nicht in Frage stehen. Die Verfassung selbst verpflichtet den Staat in Art. 20a GG zum Klimaschutz. Das Ziel, nationale und europäische Klimaschutzziele zu erfüllen und den Anstieg der Erderwärmung zu begrenzen, wird ferner einfachgesetzlich durch das Klimaschutzgesetz („KSG“) konkretisiert (vgl. § 1 KSG). Es kann somit nicht ernsthaft bestritten werden, dass die Erreichung der Klimaschutzziele einen legitimen Zweck darstellen.¹⁰⁴

Auch das BVerfG misst in seiner jüngsten Entscheidung zum Klimaschutzgesetz den Bemühungen zur Treibhausgasreduzierung erhebliche Bedeutung zu.

*„Ein unbegrenztes Fortschreiten von Erderwärmung und Klimawandel stünde aber nicht im Einklang mit dem Grundgesetz. Dem steht neben den grundrechtlichen Schutzpflichten vor allem das Klimaschutzgebot des Art. 20 a GG entgegen, welches die Gesetzgebung – verfassungsrechtlich maßgeblich – durch das Ziel konkretisiert hat, die Erwärmung der Erde auf deutlich unter 2 °C und möglichst auf 1,5 °C gegenüber dem vorindustriellen Niveau zu begrenzen.“*¹⁰⁵

¹⁰¹ Dazu Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 16. Aufl, 2020, Art. 14 Rn. 25.

¹⁰² St. Rspr., vgl. nur BVerfG, Beschl. v. 14.01.2004 - 2 BvR 564/95, NJW 2004, 2073, 2078 m.w.Nw.

¹⁰³ § 1 BEHG; BT-Drs. 19/14746, S. 32; Frenz/Schink, in: Frenz, Klimaschutzrecht, 2021, § 1 BEHG Rn. 1 ff.

¹⁰⁴ So bereits BVerwG, Urt. v. 30.06.2005 - 7 C 26.04, NVwZ 2005, 1178, 1181 f. (im Rahmen einer Prüfung der Eigentumsgarantie nach Unionsgrundrechten).

¹⁰⁵ BVerfG, Beschl. v. 23. März 2021 - 1 BvR 2656/18 u.a., NJW 2021, 1723, 1728, Rn. 120.

2.4.3.2 Geeignetheit

Das staatliche Mittel, das zur Verfolgung eines bestimmten Zweckes eingesetzt wird, muss ferner geeignet sein, den gewünschten Erfolg zumindest zu fördern.¹⁰⁶

Hinsichtlich der Frage, ob eine Maßnahme geeignet ist, kommt dem Gesetzgeber eine Einschätzungsprärogative zu, deren Umfang von der Eigenart des in Rede stehenden Sachbereichs, der Bedeutung der auf dem Spiel stehenden Rechtsgüter und den Möglichkeiten des Gesetzgebers, sich ein hinreichend sicheres Urteil zu bilden, abhängt.¹⁰⁷

Die Geeignetheit der Regelungen des BEHG ist zu bejahen. Wenn ein Gemeinschaftsgut, nämlich die Aufnahmefähigkeit der Atmosphäre für Treibhausgase, bislang unentgeltlich genutzt werden konnte und hierfür seit 2021 Entgelte zu entrichten sind, so erscheint im Rahmen der gesetzgeberischen Einschätzungsprärogative die Annahme überzeugend, dass dadurch die Emission von Treibhausgasen reduziert wird. Nach marktwirtschaftlichen Grundsätzen führt eine Preissteigerung in der Regel zu einem geringeren Verbrauch. Langfristig dürften steigende Heizöl- und Benzinpreise außerdem den Übergang zu weniger klimaschädlichen Technologien fördern. Selbst für den Fall, dass sich der Ausstoß an Treibhausgasen nur zögernd verringert, wird eine Verringerung des Verbrauchs fossiler Brennstoffe zumindest gefördert. Die Einführung eines marktwirtschaftlichen Regimes zur Reduzierung der Treibhausgase erscheint daher jedenfalls nicht von vornherein ungeeignet, die Erreichung der nationalen und europäischen Klimaziele zu fördern.

Auch die Einführungsphase dient dazu, einen nach marktwirtschaftlichen Grundsätzen funktionierenden Zertifikatehandel überhaupt erst zu ermöglichen. Die Einführungsphase fördert damit den nach § 1 BEHG festgelegten (unmittelbaren) Zweck des BEHG, die Grundlagen für den Handel mit Zertifikaten für Emissionen aus Brennstoffen zu schaffen. Schließlich kann – aufgrund der mit der Errichtung eines Zertifikatehandelssystems verbundenen (Preis-) Signalwirkung – bereits in der Einführungsphase zumindest dazu beigetragen werden, dass ein anderes Bewusstsein für den Verbrauch geschaffen wird und Emissionen reduziert werden.¹⁰⁸

Selbst wenn sich herausstellen sollte, dass die gesetzten Anreize nicht den bei Erlass des Gesetzes prognostizierten Effekt haben, regelt das BEHG mit der Pflicht zur Evaluierung sowie Möglichkeit zur Anpassung der Festpreise und Preiskorridore (vgl. § 23 Abs. 1 BEHG) Mechanismen, die sicherstellen, dass eine Nachsteuerung durch den Gesetzgeber erfolgen kann.¹⁰⁹

2.4.3.3 Erforderlichkeit

Die Stufe der Erforderlichkeit verlangt eine Prüfung, ob – bei gleicher Eignung zur Zielerreichung – andere Mittel zur Verfügung stehen, die weniger belastend sind als die durch das Gesetz vorgesehenen.¹¹⁰

¹⁰⁶ U.a. BVerfG, Beschl. v. 10.04.1997 – 2 BvL 45/92, NVwZ 1997, 1109, 1111; *Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholl, GG, 95. EL (Stand: Juli 2021), Art. 20 VII Rn. 112; *Schulze-Fielitz* in: Dreier, GG, 3. Aufl. 2015, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 182; *Jarass* in: Jarass/Pieroth, GG, 16. Aufl. 2020, Art. 20 Rn. 118.

¹⁰⁷ Vgl. nur BVerfG, Urt. v. 26.02.2020 – 2 BvR 2347/15 u.a., NJW 2020, 905, 909 (Rn. 223 f.).

¹⁰⁸ Vgl. in diesem Zusammenhang Frenz, in: Frenz, Klimaschutzrecht, 2021, § 10 BEHG Rn. 19 (Anfangsstadium sei „systembegründend“ und gewährleiste die „Funktionsfähigkeit des gesamten Systems“).

¹⁰⁹ Vgl. dazu *Frenz/Schink*, in: Frenz, Klimaschutzrecht, 2021, § 1 BEHG Rn. 73 f. Allgemein zur Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers *Hömig*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, 60. EL (Juli 2020), § 95 Rn. 73.

¹¹⁰ *Schulze-Fielitz* in: Dreier, GG, 3. Aufl. 2015 Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 183; *Jarass* in: Jarass/Pieroth, GG, 16. Aufl. 2020, Art. 20 Rn. 119; *Grzeszick*, in: Dürig/Herzog/Scholl, GG, 95. EL (Stand: Juli 2021), Art. 20 VII Rn. 112. Auch hinsichtlich der Erforderlichkeit besteht ein Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers, vgl. u.a. BVerfG, Urt. v. 26. Februar 2020 – 2 BvR 2347/15 u.a., NJW 2020, 905, 909 (Rn. 223 f.).

Teilweise wird als Alternative zum Zertifikatehandel die Einführung einer besonderen „CO₂-Steuer“ erwogen, die vorgeblich die gleichen Effekte bewirken soll.¹¹¹

Fraglich wäre zunächst, ob eine CO₂-Steuer, die unmittelbar an die CO₂-Emissionen anknüpft, verfassungsrechtlich zulässig wäre. Jedenfalls dürften sich – anders als bei einem Emissionshandel mit festem Cap – die notwendigen Einsparungen nicht zielgerichtet erreichen und sich die dafür erforderlichen (Markt-)Preise nicht bestimmen lassen.¹¹² Dem nach Ablauf der Einführungsphase geplanten Handel der Emissionszertifikate wohnt eine Dynamik inne, die einer einseitig verordneten und belastenden Abgabe fehlt. Die Verantwortlichen würden bei einer Steuer zur Erreichung der Klimaschutzziele nicht als Marktteilnehmer*innen „mitgenommen“; vielmehr würde ihnen einseitig – hoheitlich – eine weitere Abgabe auferlegt. Eine CO₂-Steuer stellt im Verhältnis zu der Einführung eines Emissionshandels daher kein milderer, gleich geeignetes Mittel dar. Vor diesem Hintergrund ist es nicht zu beanstanden, wenn der Gesetzgeber sich im Rahmen seiner Einschätzungsprärogative für die Einführung eines Emissionshandels entscheidet.

2.4.3.4 Angemessenheit

Die durch das BEHG ergriffenen Maßnahmen stehen schließlich nicht außer Verhältnis zum Zweck, einen Zertifikatehandel zu errichten und damit zur Treibhausgasreduktion beizutragen. Angesichts der Schäden, die durch die Belastung der Atmosphäre mit Treibhausgasen bereits entstanden sind und bei ungebremsen Emissionen noch entstehen werden, ist den Maßnahmen zur Treibhausgasreduktion ein hoher Stellenwert beizumessen. Sie sind auch durch völkerrechtliche Verträge, Unionsrecht und deutsches Verfassungsrecht (Art. 20a GG) geboten (vgl. dazu bereits oben Ziff. 2.4.3.1).

Die durch das BEHG schrittweise eingeführte Bewirtschaftung erweist sich dabei als schonendes Mittel, das abrupte Belastungen der betroffenen Unternehmen vermeidet und nach Ablauf der Einführungsphase einem marktwirtschaftlichen Mechanismus unterwirft. Wenn und soweit die Verantwortlichen die von ihnen erhobenen Zertifikate-Preise bestimmungsgemäß an die Abnehmer*innen der Brennstoffe weitergeben (indem sie den zu zahlenden Preis auf den Verkaufspreis aufschlagen), werden letztlich die Endverbraucher*innen belastet. Dieser Effekt ist gesetzgeberisch beabsichtigt, weil die Verbraucher*innen die Verursacher*innen der Treibstoffemissionen sind und eine Reduktion des Verbrauchs von Treibhausgasen in ihrer Hand liegt. Dies entspricht dem Verursacherprinzip, wonach derjenige, der die Umwelt belastet oder ein Risiko einer Belastung bewirkt, die Kosten hierfür zu tragen hat (Kostenzurechnungsprinzip).¹¹³

Weder die Belastung der Verantwortlichen aufgrund von zu treffenden Dispositionen (bspw. Preiserhöhungen zur Weitergabe der finanziellen Belastung an die Endabnehmer*innen) oder in Folge eines möglichen Umsatzrückgangs noch die der Endverbraucher*innen steht außer Verhältnis zur Erreichung der gesetzlich vorgegebenen Klimaziele. In Anbetracht des hohen Rangs des Schutzguts und der Dringlichkeit, Maßnahmen zu ergreifen, die zur Reduktion der Treibhausgase und zum Erreichen gesetzlich festgelegter Klimaziele beitragen, erscheinen die für die Betroffenen infolge des Zertifikatehandels entstehenden Belastungen als hinnehmbar.

In diesem Zusammenhang ist auch zu berücksichtigen, dass die angestrebte Reduzierung der Treibhausgasemission nicht nur zu einer Beeinträchtigung von Grundrechten führen kann,

¹¹¹ Klinski/Kleimeyer, ZUR 2020, 342, 348; Müller/Kahl, Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht, S. 18.

¹¹² Klemm, REE 2020, 1, 5.

¹¹³ Vgl. Murswiek, NVwZ 1996, 222; für das Unionsrecht Nettesheim, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Recht der EU, Art. 191 Rn. 112. Das Verursacherprinzip als Argument i.R.d. Angemessenheit angeführt bei BVerwG, NVwZ 2013, 587 (Rn. 33).

sondern umgekehrt auch gerade dem Schutz von Grundrechten dient. Das BVerfG in seiner Entscheidung zum Klimaschutzgesetz noch einmal ausdrücklich betont, dass aus Grundrechten besondere Schutzpflicht des Staates im Hinblick auf den Klimawandel resultieren. Eine solche Schutzpflicht ergibt sich aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG:

„Die aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG folgende Schutzpflicht des Staates umfasst auch die Verpflichtung, Leben und Gesundheit vor den Gefahren des Klimawandels zu schützen.“¹¹⁴

Sie ergibt sich zudem aus Art. 14 Abs. 1 GG:

„Auch das Grundrecht auf Eigentum in Art. 14 Abs. 1 GG umfasst eine staatliche Schutzpflicht (vgl. BVerfGE 114, 1 <56>). Da infolge des Klimawandels auch in Deutschland Eigentum, insbesondere landwirtschaftlich genutzte Flächen und Immobilien, auf unterschiedliche Weise Schaden nehmen können, schließt Art. 14 Abs. 1 GG eine Schutzpflicht des Staates hinsichtlich der Eigentumsgefahren des Klimawandels ein.“¹¹⁵

Bei einer Abwägung der gegenläufigen Interessen sind also auf beiden Seiten grundrechtlich geschützte Rechtspositionen zu beachten. Angesichts der drohenden Schäden für die grundrechtlichen Schutzgüter bei einer Verfehlung der Klimaschutzziele erscheinen die aus der Einführung des nationalen Emissionshandels resultierende Beeinträchtigungen weniger schwerwiegend.

Der vom BEHG geregelte Mechanismus zur Einführung eines Zertifikatehandels verfolgt das Ziel zur Erreichung nationaler und europäischer Klimaziele beizutragen auch in kohärenter Weise.¹¹⁶ Insbesondere ist die Regelung der Einführungsphase notwendig, um einen Marktmechanismus in Kraft zu setzen und gleichzeitig unzumutbare Belastungen zu vermeiden (s.o.).

Schließlich wird durch die Härtefallklausel des § 11 Abs. 1 BEHG sichergestellt, dass es auch in atypischen Einzelfällen nicht zu unverhältnismäßigen Belastungen durch die im BEHG vorgesehene Typisierung kommt. Danach werden indirekte Belastungen, die zu besonderen Härten für Unternehmen führen, ausgeglichen.¹¹⁷ Zudem soll durch § 11 Abs. 3 BEHG i.V.m. BEHG-Carbon-Leakage-Verordnung¹¹⁸ sichergestellt werden, dass Treibhausgasemissionen nicht in Drittstaaten verlagert werden (sog. Carbon Leakage) und die grenzüberschreitende Wettbewerbsfähigkeit der betroffenen Unternehmen nicht beeinträchtigt wird. Die Auswirkungen für die Betroffenen werden somit abgemildert.

2.5 Art. 12 GG

Neben einer Betroffenheit des Schutzbereichs von Art. 14 GG kann auch der Schutzbereich von Art. 12 GG betroffen sein, so dass beide Grundrechte parallel als Prüfungsmaßstab zur Anwendung kommen.¹¹⁹

¹¹⁴ BVerfG, Beschl. v. 24.3.2021 – 1 BvR 2656/18, 1 BvR 78/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 288/20, NJW 2021, 1723, Rn. 148

¹¹⁵ BVerfG, Beschl. v. 24.3.2021 – 1 BvR 2656/18, 1 BvR 78/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 288/20, NJW 2021, 1723, Rn. 171

¹¹⁶ Das BVerfG fordert vom Gesetzgeber bei dessen Ausfüllung seiner Einschätzungsprärogative, dass das gewählte Regelungskonzept in kohärenter Weise verfolgt wird, BVerfG, Urt. v. 30.07.2008 – 1 BvR 3262/07, NJW 2008, 2409, Rn. 13); dazu im Kontext des Klimaschutzmaßnahmen Frenz, in: Frenz, Klimaschutzrecht, 2021, Einf. E Rn. 50.

¹¹⁷ BT-Drs. 19/14746, S. 37 f.; Frenz, DVBl 2021, 86, 90 f.; Altensmidt, ZfZ 2020, 128.

¹¹⁸ Verordnung über Maßnahmen zur Vermeidung von Carbon-Leakage durch den nationalen Brennstoffemissionshandel (BEHG-Carbon-Leakage-Verordnung – BECV) vom 21. Juli 2021, BGBl. I S. 3129.

¹¹⁹ Vgl. u.a. BVerfG, Beschl. v. 27.06.1972 – 1 BvL 34/70, NJW 1972, 1891; Mann, in: Sachs, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 12 Rn. 197; Manssen in: v. Mangoldt/Klein/Starck GG 7. Aufl. 2018 Art. 12 Rn. 290.

2.5.1 Eingriff in den Schutzbereich

Art. 12 GG schützt die Berufswahl und die Berufsausübung als einheitliches Grundrecht. Dabei besteht kein allgemeiner Schutz vor Veränderungen der Marktbedingungen.

Marktteilnehmer*innen haben daher keinen grundrechtlichen Anspruch darauf, dass die Wettbewerbsbedingungen für sie gleichbleiben. Art. 12 GG gewährleistet auch keinen Anspruch auf eine erfolgreiche Marktteilhabe oder künftige Erwerbsmöglichkeiten.¹²⁰

Ein Eingriff in die Berufsfreiheit liegt nur bei (objektiv) berufsregelnder Tendenz der staatlichen Maßnahme vor.¹²¹

Die Vorgaben des BEHG zur Nutzung von Brennstoffen (Pflicht zum Erwerb von Zertifikaten, Ermittlungs- und Berichtspflichten nach § 7 Abs. 1 BEHG) berühren die Berufsausübungsfreiheit der Verantwortlichen, die die Brennstoffe in den Verkehr bringen. Denn das BEHG und die dort statuierte Pflicht zum Erwerb von Zertifikaten verändert die wirtschaftlichen Rahmenbedingungen für die Berufstätigkeit der Verantwortlichen und veranlasst die Unternehmen im Rahmen ihrer Berufstätigkeit zu entsprechenden Dispositionen (bspw. Preiserhöhungen zur Weitergabe der finanziellen Belastung an die Endabnehmer*innen).

Ein Eingriff in die Berufsfreiheit der Verantwortlichen erscheint daher grundsätzlich möglich.¹²²

2.5.2 Rechtfertigung

Ein etwaiger Eingriff in die Berufsfreiheit wäre jedoch jedenfalls verfassungsrechtlich gerechtfertigt. Für die Rechtfertigungsprüfung im Rahmen von Art. 12 GG bestehen dabei im Vergleich zu den Ausführungen zur Rechtfertigung bei Art. 14 Abs. 1 GG. Insbesondere handelt es sich um dieselben betroffenen und miteinander abzuwägenden Rechtspositionen. Der Schutz nach Art. 12 GG reicht dabei nicht weiter als der Schutz nach Art. 14 GG.

¹²⁰ Vgl. nur BVerfG, Urt. v. 20.04.2004 – 1 BvR 1748/99, 905/00, NVwZ 2004, 846; BVerfG, Beschl. v. 26.06.2002 – 1 BvR 558/91 u. a., NJW 2002, 2621; vgl. auch *Mann*, in: Sachs, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 12 Rn. 14 und 79; *Manssen* in: v. Mangoldt/Klein/Starck GG 7. Aufl. 2018 Art. 12 Rn. 69 f.; *Wieland* in: Dreier GG 3. Auflage 2013, Art. 12 Rn. 31; *Winkler* in: Friauf/Höfling, BKGG, 47. Erg.-Lf. 2022, Art. 12 Rn. 24.

¹²¹ St. Rspr. Vgl. nur BVerfG, Urt. v. 14.07.1998 – 1 BvR 1640/97, NJW 1998, 2515, 2522; BVerfG, Urt. v. 20.04.2004 – 1 BvR 1748/99, 905/00, NVwZ 2004, 846.

¹²² *Frenz*, in: Frenz, Klimaschutzrecht, 2021, Einf. E Rn. 46. Vgl. im Zusammenhang mit der Veräußerungskürzung von Emissionszertifikaten ohne weitere Problematisierung eine Rechtfertigung bejahend BVerwG, Urt. v. 10.10.2013 – 7 C 9/10, NVwZ 2013, 587 (Rn. 41).

3 Unionsrechtliche Prüfung

3.1 Vereinbarkeit mit Primärrecht

Eine Prüfung am Maßstab des Sekundärrechts ist angezeigt, da es im Bereich der Emission in den Sektoren Wärme und Verkehr (noch) an einer Vollharmonisierung fehlt. Die Regelungen des BEHG sind jedoch mit dem europäischen Primärrecht vereinbar, da Brennstoffe aus anderen Mitgliedsstaaten nicht diskriminiert werden.

3.1.1 Kein Verstoß gegen das Verbot diskriminierender Abgaben

Den Mitgliedstaaten ist es verboten, auf Waren aus anderen Mitgliedsstaaten unmittelbar oder mittelbar höhere Abgaben gleich welcher Art zu erheben, als gleichartige inländische Waren unmittelbar oder mittelbar zu tragen haben (Art. 110 Abs. 1 AEUV¹²³).

Grundsätzlich ist der Anwendungsbereich dieses Verbots eröffnet:

- Brennstoffe sind Waren i.S.d. Art. 110 AEUV. Es ist im Unionsrecht anerkannt, dass Energieträger wie Erdöl und Gas als Waren anzusehen sind.¹²⁴
- Durch den Erwerb der für das Inverkehrbringen erforderlichen Emissionszertifikate wird auf die Brennstoffe zumindest mittelbar eine Abgabe erhoben. Es werden „Abgaben gleich welcher Art“ erfasst, so dass der Abgabenbegriff weit auszulegen ist und grundsätzlich für alle steuer- und abgabenrechtlichen Maßnahmen gilt.¹²⁵ Sonderabgaben sind somit grundsätzlich davon erfasst.

Durch das BEHG wird indes nicht gegen das Diskriminierungsverbot des Art. 110 AEUV verstoßen, da bei der Höhe des Entgelts nicht zwischen innerstaatlichen und aus anderen Mitgliedsstaaten stammenden Brennstoffen unterschieden wird. In der Einführungsphase wird ein einheitlicher Festpreis erhoben. In der Korridor- und Versteigerungsphase wird der Preis durch Angebot und Nachfrage bestimmt und nicht – bzw. in der Korridorphase nur in gewissem Umfang – durch den Staat festgelegt.

3.1.2 Keine Abgabe zollgleicher Wirkung

Die Entgelte für die Emissionszertifikate stellen auch keine Abgabe zollgleicher Wirkung i.S.d. Art. 30 AEUV dar. Art. 30 AEUV steht in einem Exklusivverhältnis zu Art. 110 AEUV; eine Abgabe kann nicht zugleich in beide Kategorien fallen.¹²⁶

Abgaben mit zollgleicher Wirkung i.S.d. Art. 30 AEUV betreffen grundsätzlich nur das über eine Grenze gebrachte Erzeugnis als solches, während eine inländische Abgabe i.S.d. Art. 110 AEUV hingegen eingeführte, ausgeführte und inländische Waren systematisch nach gleichen, objektiven Kriterien unabhängig vom Ursprung oder der Bestimmung der Waren trifft.¹²⁷ Wie

¹²³ Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union in der Fassung der Bekanntmachung vom 9. Mai 2008, Abl. 2016 C 202, S. 47.

¹²⁴ Für Erdöl: EuGH, Urt. v. 10.7.1984 – 72/83, BeckRS 2004, 73601, Rn. 12ff.; EuGH, Urt. v. 25.10.2001 – C-398/98, EuR 2002, 106, 109, Rn. 22ff.; für Gas: EuGH, Urt. v. 21.6.2007 – C-173/05, BeckRS 2007, 70412, Rn. 39; allg: *Kamann*, in: Streinz, AUEV, 3. Aufl. 2018, Art. 28, Rn. 15.

¹²⁵ St. Rspr.: zuletzt EuGH, Urt. v. 8.11.2007 – C-221/06, NVwZ 2008, 292, Rn. 40; EuGH Urt. v. 7.4.2011 – C-402/09, IStrR 2011, 342, Rn. 52; *Kamann*, in: Streinz, AUEV, 3. Aufl. 2018, Art. 110, Rn. 11.

¹²⁶ St. Rspr.: zuletzt EuGH, Urt. v. 8.6.2006 – C-517/04, BeckRS 2006, 70427, Rn. 16; EuGH, Urt. v. 8.11.2007 – C-221/06, NVwZ 2008, Rn. 26; EuGH, Urt. v. 2.10.2014 – C-254/13, BeckRS 2014, 82014, Rn. 20; *Kamann*, in: Streinz, AUEV, 3. Aufl. 2018, Art. 110, Rn. 30; *Waldhoff*, in: Callies/Ruffert, AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 30, Rn. 11.

¹²⁷ EuGH, Urt. v. 18.1.2007 – C-313/05, BeckRS 2007, 70047, Rn. 22ff.; EuGH, Urt. v. 2.10.2014 – C-254/13, BeckRS 2014, 82014, Rn. 28 – *Orgacom*; EuGH Urt. v. 17.12.2015 – C-402/14, BeckRS 2015, 82011 Rn. 44.

bereits dargestellt, wird bei den Emissionszertifikaten nicht zwischen inländischen und eingeführten Waren unterschieden. Eine Einordnung als Abgabe zollgleicher Wirkung scheidet damit aus. Der Anwendungsbereich des Art. 30 AEUV ist mithin bereits nicht eröffnet.

3.1.3 Kein Verstoß gegen das Verbot mengenmäßiger Einfuhrbeschränkungen

Das in Art. 34 AEUV geregelte Verbot von mengenmäßigen Einfuhrbeschränkungen ist ebenfalls nicht einschlägig, da es durch die Anwendbarkeit des Art. 110 AEUV gesperrt wird. In der Rechtsprechung des EuGH ist anerkannt, dass die Anwendungsbereiche der Art. 34 AEUV und 110 AEUV einander ausschließen. Der Anwendungsbereich des Art. 34 AEUV erfasst nämlich nach ständiger Rechtsprechung solche Beeinträchtigungen nicht, für die sonstige spezifische Vorschriften des Vertrags gelten, und die in Art. 110 AEUV bezeichneten Beeinträchtigungen fiskalischer Art unterliegen nicht dem Verbot des Art. 34 AEUV.¹²⁸

3.2 Vereinbarkeit mit dem Sekundärrecht

Darüber hinaus ist die Vereinbarkeit mit dem bestehenden Sekundärrecht zu prüfen. Auch insoweit sind keine Verstöße ersichtlich.

3.2.1 Vereinbarkeit mit EU-ETS-Richtlinie

Die EU-ETS-Richtlinie¹²⁹ (Richtlinie 2003/87/EG) etabliert den EU-ETS gemäß Art. 2 Abs. 1 EU-ETS-Richtlinie nur für die abschließend in Anhang I aufgeführten Tätigkeiten. Sie betrifft somit nur einen Teilbereich der Treibhausgasemissionen. Insofern kann bereits kein Konflikt mit nationalen Regelungen auftreten, die eine Regulierung der Treibhausgasemissionen in anderen Bereichen vorsehen. Dies wird ausdrücklich bestätigt durch Erwägungsgrund 16 der EU-ETS-Richtlinie, wonach die Mitgliedstaaten nicht daran gehindert sein sollen, nationale Handelssysteme zur Regelung der Treibhausgasemissionen aus anderen als den in Anhang I aufgeführten oder in das EU-EHS einbezogenen Tätigkeiten einzuführen.

Bereits durch § 1 BEHG wird klargestellt, dass das BEHG nur auf die Emissionen abzielt, die nicht vom EU-ETS erfasst sind. Aufgrund der unterschiedlichen Gestaltung der Emissionshandelssysteme – der EU-ETS verfolgt den *downstream*-Ansatz und setzt beim Anlagebetreiber an, das nEHS den *upstream*-Ansatz und setzt beim Inverkehrbringen der Brennstoffe an – kann es jedoch zu Überschneidungen kommen. Diese Überschneidungen werden durch die Sonderregelungen des § 7 Abs. 5 BEHG und § 11 Abs. 2 BEHG innerhalb des nEHS ausgeglichen. Das EU-ETS bleibt somit unberührt. Beide Systeme existieren nebeneinander.¹³⁰ Ein Konflikt mit der EU-ETS-Richtlinie ist mithin nicht feststellbar.

Darüber hinaus schließt die EU-ETS-Richtlinie nicht aus, dass Mitgliedstaaten Regelungen erlassen, die auch Emissionen im Anwendungsbereich der EU-ETS-Richtlinie erfassen. Diese grundsätzliche Möglichkeit soll u.a. ihren Niederschlag in Art. 12 Abs. 4 Satz 2 EU-ETS-Richtlinie gefunden haben, woraus sich implizit ergibt, dass Mitgliedstaaten auch in den vom EU-ETS erfassten Bereichen noch zusätzliche nationale Maßnahmen wie z.B. die Stilllegung von Kraftwerkskapazitäten durchführen können.¹³¹

¹²⁸ EuGH Urt. v. 12.11.2015 – C-198/14, BeckRS 2015, 81742 Rn. 50; EuGH, Urt. v. 7. 4. 2011 – C-402/09, IStR 2011, 342, Rn. 33; Waldhoff, in: Callies/Ruffert, AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 110, Rn. 23.

¹²⁹ Richtlinie 2003/87/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Oktober 2003 über ein System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten in der Union und zur Änderung der Richtlinie 96/61/EG des Rates, ABl. L 275, S. 32, zuletzt geändert durch Art. 1 VO (EU) 2021/1416 vom 17.6.2021, ABl. L 305 S. 1.

¹³⁰ Engel, in: Engel, BEHG, § 1, Rn. 61; BT-Drs. 19/14746, S. 20.

¹³¹ Vgl. Frenz/Schink, in: Frenz, Klimaschutzrecht, § 1 BEHG, Rn. 75; BR-Drs. 533/19, S. 36.

Sofern zukünftig der EU-ETS auch auf die Bereiche Gebäude und Verkehr erweitert werden sollte, wie es die EU-Kommission in dem „Fit for 55“-Paket vorgeschlagen hat¹³², müsste das BEHG ggf. entsprechend angepasst werden.

3.2.2 Vereinbarkeit mit EU-KlimaschutzVO

Grundsätzlich besteht eine Pflicht zur effektiven Umsetzung des Unionsrecht. Die EU-KlimaschutzVO schreibt die Mittel zur Erreichung der darin geregelten Treibhausgaseeduzierung nicht verbindlich vor. Die Mitgliedsstaaten können also selbst bestimmen, durch welche – ggf. kombinierte – Maßnahmen sie diese Ziele erreichen.

Der Emissionshandel nach dem BEHG scheint dazu grundsätzlich geeignet, zumal erforderlichenfalls auch über § 23 Abs. 1 Satz 4 BEHG nachjustiert werden kann.¹³³

¹³² Vgl. EU-Kommission, Proposal for a Directive amending Directive 2003/87/EC, COM(2021) 551 final vom 14.7.2021, CHAPTER IVa i.V.m. Annex III, S. 52ff.

¹³³ *Frenz/Schink*, in: Frenz, Klimaschutzrecht, § 1 BEHG, Rn. 68 ff.

4 Quellenverzeichnis

Kommentare:

Callies, C.; Ruffert, M. (2022): EUV/AEUV: Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta – Kommentar. 6. Auflage, C.H. Beck Verlag, München.

Dreier, H. (2013): Grundgesetz-Kommentar – Band I Präambel, Artikel 1-19. 3. Auflage, Mohr Siebeck Verlag, Heidelberg.

Dreier, H. (2015): Grundgesetz-Kommentar – Band III, Artikel 20-82. 3. Auflage, Mohr Siebeck Verlag, Heidelberg.

Düring, G.; Herzog, R.; Scholz, R. (2021): Grundgesetz – Kommentar. 95. Ergänzungslieferung, C.H. Beck Verlag, München.

Engel, G.-R. [Hrsg.] (2021): Brennstoffemissionshandelsgesetz – Kommentar. 1. Auflage, Erich Schmidt Verlag, Berlin.

Frenz, W. [Hrsg.] (2021): Klimaschutzrecht – Kommentar. 1. Auflage, Erich Schmidt Verlag, Berlin.

Friauf, K.; Höfling, W. [Hrsg.] (2021): Berliner Kommentar zum Grundgesetz. 47. Ergänzungslieferung, Erich Schmidt Verlag, Berlin.

Grabitz, E.; Hilf, M.; Nettesheim, M. (2021): Das Recht der Europäischen Union: EUV/AEUV. 73. Ergänzungslieferung, C.H. Beck Verlag, München.

Jarass, H.; Pieroth, B. (2020): Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: GG – Kommentar. 16. Auflage, C.H. Beck Verlag, München.

Maunz, T.; Schmidt-Bleibtreu B.; Klein F.; Bethge H. (2020): Bundesverfassungsgerichtsgesetz: BVerfGG – Kommentar. 60. Ergänzungslieferung, C.H. Beck Verlag, München.

v. Mangoldt H.; Klein, F.; Stark, C. [Hrsg.] (2018): Grundgesetz – Kommentar. 7. Auflage, C. H. Beck Verlag, München.

Sachs, M. [Hrsg.] (2021), Grundgesetz – Kommentar. 9. Auflage, C.H. Beck Verlag, München.

Streinz, R. [Hrsg.] (2018), EUV/AEUV: Vertrag über die Europäische Union. Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union. Charta der Grundrechte der Europäischen Union. Kommentar. 3. Auflage, C.H. Beck Verlag, München.

Zeitschriftenaufsatz:

Altenschmidt, S. (2020): Der neue nationale Zertifikatehandel für Brennstoffemissionen. In: Zeitschrift für Zölle und Verbrauchsteuern (ZfZ), 2020, 5, Stollfuß Medien, Bonn, S. 122-129.

Hennicke, L. (2021): Vereinbarkeit des neuen Brennstoffemissionshandelsgesetzes mit der Finanzverfassung. In: Natur und Recht (NuR), 2021, 43, Springer Verlag, Berlin S. 83-90.

Klemm, A.: Die Bepreisung von CO₂-Emissionen durch den nationalen Brennstoffemissionshandel. In: Recht der Erneuerbaren Energien (REE), 2020, 1, Verlag Bodak GmbH, S. 1-10.

Klinski, S.; Keimeyer, F.: Zur Finanzverfassungsrechtlichen Zulässigkeit der CO₂-Bepreisung nach dem Brennstoffemissionshandelsgesetz (BEHG). In: Zeitschrift für Umweltrecht (ZUR), 2020, 6, Nomos Verlag, Baden-Baden, S. 342-349

Frenz, W. (2021): Anpassung des Klimaschutzes an Corona und Green Deal. In: Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl), 2021, 6, Carl Heymanns Verlag, Köln, S. 86-91

Franzius, C. (2020): CO₂-Bepreisung des Verkehrs. Die Verwaltung (VERW), 2020, 53, Duncker & Humblot, Berlin, S. 421-455.

Franzius, C. (2021): Ziele des Klimaschutzrechts. In: Zeitschrift für Umweltrecht (ZUR), 2021, 3, Nomos Verlag, Baden-Baden, S. 131-140.

Leisner-Egensperger, A. (2019): CO₂-Steuer als Klimaschutzinstrument. In: Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2019, 31, C.H. Beck Verlag, München, S. 2218-2221.

Martini, M.; Gebauer, J. (2007): „Alles umsonst?“ Zur Zuteilung von CO₂-Emissionszertifikaten: Ökonomische Idee und rechtliche Rahmenbedingungen. In: Zeitschrift für Umweltrecht (ZUR), 2007, 5, Nomos Verlag, Baden-Baden, S. 225-234.

Murswiek, D.: Staatsziel Umweltschutz (Art. 20a GG) – Bedeutung für Rechtsetzung und Rechtsanwendung. In: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ), 1996, 3, C.H. Beck Verlag, München, S. 222-229

Steinbach, A.; Valta, M.: Ein CO₂-Preis für Energieträger. In: Juristen Zeitung (JZ), 2019, 23, Mohr Siebeck Verlag, Heidelberg, S. 1139-1149.

Wernsmann, R.; Bering, S.: Verfassungsrechtliche Anforderungen an Vorteilsabschöpfungsabgaben. In: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ), 2020, 8, C.H. Beck Verlag, München, S. 497-503.

Zenke, I.; Telschow, C.: CO₂-Bepreisung durch nationalen Emissionshandel – Das Brennstoffemissionshandelsgesetz (BEHG). In: Zeitschrift für das gesamte Recht der Energiewirtschaft (EnZW), 2020, C.H. Beck Verlag, München, S. 157-163.

Gutachten:

Institut für Klimaschutz, Energie und Mobilität e.V.; Rodi, M. (2019): Verfassungsmäßigkeit des Entwurfs zum Brennstoffemissionshandelsgesetzes (BEHG-E) – Rechtswissenschaftliches Kurzgutachten und Stellungnahme. Stiftung Neue Energie, Bochum.

Kahl, H.; Müller, T. (2019): Zur verfassungsrechtlichen Einordnung des Brennstoffemissionshandelsgesetzes – Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht, Nr. 45. Stiftung Umweltenergierecht, Würzburg.

Tappe, H. (2020): Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung am 16. September 2020 zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Änderung des Brennstoffemissionshandelsgesetzes – Drsn. 19/19929, 19/21775, Trier.

Wernsmann, R. (2020): Rechtsgutachten: Verfassungswidrigkeit der CO₂-Bepreisung nach dem Brennstoffemissionshandelsgesetz (BEHG), insbesondere im Zeitraum von 2021 bis 2025 im Auftrag der FDP-Bundestagsfraktion, Passau.

Weitere Quellen:

Deutscher Bundestag (2020): Plenarprotokoll 19/169 – Stenografischer Bericht 169. Sitzung am 1. Juli 2020.

Deutscher Bundestag (2019): Gesetzesentwurf der Fraktionen CDU/CSU und SPD – Entwurf eines Gesetzes über einen nationalen Zertifikatehandel für Brennstoffemissionen (Brennstoffemissionshandelsgesetz – BEHG). Bundestag-Drucksache 19/14746.

EU-Kommission (2021): Impact Assessment Report SWD (2021) 609 final vom 14. Juli 2021.