

Verfassungsmäßigkeit des Entwurfs zum Brennstoffemissions- handelsgesetzes (BEHG-E)

Rechtswissenschaftliches Kurzgutachten und Stellungnahme

ERSTELLT VON

Johannes Antoni, LL.B.

Julia Borger, LL.M.

Michael Kalis

Simon Schäfer-Stradowsky

Joschka Selinger

Institut für Klimaschutz, Energie
und Mobilität e.V. (IKEM)

IM AUFTRAG DER

Stiftung Neue Energie

Prof. Dr. Michael Rodi

Universität Greifswald
Lehrstuhl für Öffentliches
Recht, Finanzrecht, Umwelt-
und Energierecht

Inhaltsverzeichnis

1	Kurzzusammenfassung	3
1.1	Finanzverfassungsrechtliche Einordnung des Bundesemissionshandelsgesetzes (BEHG-E)	3
1.2	Möglichkeiten einer verfassungskonformen Ausgestaltung des BEHG-E	4
1.3	Tabellarische Gegenüberstellung des BEHG-E und einer zulässigen Energiesteuerreform	6
2	Rechtswissenschaftliches Kurzgutachten zur Verfassungsmäßigkeit des Entwurfs zum Brennstoffemissionshandelsgesetz (BEHG-E)	7
2.1	Funktionsweise des nationalen Emissionszertifikatehandels (nEHS)	7
2.2	Europa- und verfassungsrechtlicher Rahmen eines eigenständigen nationalen Emissionszertifikatehandels	10
2.2.1	Europarechtliche Vorgaben	10
2.2.2	Gesetzgebungskompetenz des Bundes	11
2.3	Finanzverfassungsrechtliche Zulässigkeit	12
2.3.1	CO ₂ -Bepreisung nach dem nEHS – Steuer oder Emissionshandel?	12
2.3.2	Rechtfertigung der steuerähnlichen Wirkung eines Emissionshandels mit Festpreisen	15
2.4	Weitere verfassungsrechtliche Frage: Bestimmtheitsgebot	16
2.5	Gerichtliche Überprüfbarkeit der Verfassungsmäßigkeit (Klagerecht)	17
3	Rechtspolitische Stellungnahme	19
3.1	Einwände gegen den Ansatz der Bundesregierung	19
3.2	Verfassungsrechtlich zulässige Anpassungsoptionen des BEHG-E	21
3.3	Zukünftige Probleme/Konfliktpunkte:	21
3.3.1	Überführung in EU-EHS ab 2030	21
3.3.2	Doppelbesteuerung und EU-EHS Doppelbelastung	21
3.3.3	Verlässliche Bepreisungssignale als Herausforderung für die Rechtsordnung	23
4	Rechtswissenschaftlicher Ausblick	24
4.1	Reform der Energiesteuern und Umlagen	24
4.1.1	Konturen eines zukunftsfähigen Energiesteuerrechts	24
4.1.2	EEG-Umlage	25
4.1.3	Die Zukunft der Stromsteuer	26
4.2	Rechtspolitische Bewertung des Reformvorschlags	26
5	Anhang: BEHG-E Kurzkomentierung	27

1 Kurzzusammenfassung

Der Entwurf für das Brennstoffemissionshandelsgesetz begegnet erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken. Für die Dauer der Einführungsphase mit Festpreisen von 2021 – 2025 und für den für 2026 festgelegten Preiskorridor besteht keine Obergrenze für Emissionszertifikate. Dies ist jedoch Voraussetzung für eine verfassungskonforme nichtsteuerliche Abgabe. Daher wird der Entwurf des Brennstoffemissionshandelsgesetz einer Prüfung durch das Bundesverfassungsgericht im Verfahren der abstrakten Normenkontrolle mit großer Wahrscheinlichkeit nicht standhalten. Für den Zeitraum ab 2027 gilt zwar, vorbehaltlich einer gesetzlich vorgesehenen Überprüfung, eine wirksame Obergrenze. Unter Berücksichtigung des vorgesehenen Preispfades bestehen aber große Zweifel, ob die europarechtlich verbindlichen Klimaziele für das Jahr 2030 in dem kurzen Zeitraum ab 2027 erreicht werden können. Sollen die Klimaziele gleichwohl erfüllt werden, offenbart sich insofern eine politische Sollbruchstelle des Gesetzesentwurfs. Denn mit der Einführung einer wirksamen Obergrenze, droht ein drastischer Preisanstieg für die Zertifikate, der politisch nur schwer durchhaltbar ist.

1.1 Finanzverfassungsrechtliche Einordnung des Bundesemissionshandelsgesetzes (BEHG-E)

Eine CO₂-Bepreisung kann in verfassungskonformer Weise grundsätzlich als Steuer oder als nichtsteuerliche Abgabe (Emissionshandel) gestaltet werden. Die Bundesregierung geht davon aus, dass es sich bei den Einnahmen aus dem nationalen Emissionshandel nach dem Brennstoffemissionshandelsgesetz (BEHG-E) um eine "nicht-steuerliche Abgabe" handelt.¹ Nach der vorliegenden rechtlichen Prüfung bestehen **erhebliche Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit** des nationalen Emissionshandels (nEHS) nach dem BEHG-E. Der Entwurf stellt sich rechtlich weder als zulässige nichtsteuerliche Abgabe noch als verfassungsgemäße (Verbrauch-)Steuer dar und ist mit einer sehr hohen finanzverfassungsrechtlichen Unsicherheit behaftet, die die Umsetzung und damit die Wirksamkeit grundsätzlich in Frage stellt. Im Einzelnen:

¹ Vgl. Gesetzentwurf der Bundesregierung über einen nationalen Zertifikatehandel für Brennstoffemissionen (Brennstoffemissionshandelsgesetz – BEHG) vom 23. Oktober 2019, S. 47, veröffentlicht: www.bmu.de/fileadmin/Daten_BMU/Download_PDF/Glaeserne_Gesetze/19_Lp/behg_gesetz/Entwurf/behg_gesetz.pdf.

1. BEHG-E kann rechtlich nicht als Vorteilsabschöpfungsabgabe eingeordnet werden:

Um die Einnahmen aus dem nEHS rechtlich als zulässige Vorteilsabschöpfungsabgabe einordnen zu können, bedarf es nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts eines verbindlichen Caps, also einer mengenmäßigen Begrenzung des als knapp definierten Gutes (Treibhausgasemissionen in der Atmosphäre).² Weder in der möglicherweise sachlich zu begründenden sechs Jahre dauernden Einführungsphase (zunächst mit Festpreis, dann Preiskorridor mit Höchstpreis) noch nach Abschluss der Einführungsphase (politische Unsicherheit über Fortbestehen des Preiskorridors mit Höchstpreis) kann das BEHG-E ein verbindliches Cap (verbindliche Emissionsbegrenzung) garantieren (s. u. 2.3.1.1).

2. BEHG-E kann rechtlich nicht als verfassungsgemäße Verbrauchssteuer bestehen:

Nach neuerer Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gilt kein generelles „Steuererfindungsrecht“ des Bundes und der Länder. Die Mehrkosten für die Zertifikate können zwar auf den (Letzt-)Verbraucher umgelegt werden, die im Rahmen des BEHG-E ausgegebenen Zertifikate selbst werden jedoch nicht verbraucht und sind daher kein tauglicher Steuergegenstand (s. u. 2.3.1.2).

Um die bleibenden erheblichen Zweifel zu beseitigen und Planungs- und Investitionssicherheit für die Verpflichteten zu schaffen, empfiehlt sich alsbald nach Verkündung des BEHG ein **(abstraktes) Normenkontrollverfahren** vor dem Bundesverfassungsgericht. Zumal im Falle der Verfassungswidrigkeit die für die Emissionszertifikate geleisteten Zahlungen durch die Verantwortlichen zurückgefordert werden könnten (s. u. 2.5).

1.2 Möglichkeiten einer verfassungskonformen Ausgestaltung des BEHG-E

Mit dem vom BEHG-E vorgegebenen Preisanstiegspfad würde emissionshandelspolitisches Neuland betreten. Bislang ist weltweit kein einziges System bekannt, bei dem der Höchstpreis unterhalb der erwarteten Vermeidungskosten liegt.³ Die Einhaltung einer Emissionsbegrenzung im Rahmen des BEHG-E ist damit äußerst unwahrscheinlich.

Um die oben dargestellten Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit des BEHG-E auszuräumen, und damit Rechtssicherheit für die Einführung eines nationalen Emissionshandels herzustellen, kommen grundsätzlich zwei Ansätze in Betracht:

² BVerfG, Beschluss vom 5. März 2018, 1 BvR 2864/13, Rn. 31 ff; vertiefend s. u. 2.3.1.1.

³ Haug (Leiterin des Sekretariats der International Carbon Action Partnership), (K)ein nationaler Emissionshandel für Wärme und Verkehr, Standpunkt, 29. August 2019, veröffentlicht: <https://background.tagesspiegel.de/energie-klima/k-ein-nationaler-emissionshandel-fuer-waerme-und-verkehr>.

- 1. Verkürzung der Einführungsphase und Aufhebung der Preiskorridore nach Abschluss der Einführungsphase:** Durch die Aufhebung der Preiskorridore wird sichergestellt, dass die verfassungsrechtlich gebotene mengenmäßige Begrenzung der Emissionszertifikate nach [§ 4 Abs. 1 BEHG-E](#) tatsächlich eintritt. Eine kurze Einführungsphase, in der kein Cap gilt, kann als sachlicher Grund für die Einführung des Emissionshandels mit größerer Wahrscheinlichkeit verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein (s. u. 2.3.2). Allerdings bleiben diesbezüglich verfassungsrechtliche Bedenken bestehen, die nur durch eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vollständig ausgeräumt werden könnten.
- 2. Ausgestaltung der Einführungsphase als verfassungsgemäße Verbrauchssteuer und Aufhebung der Preiskorridore:** Die Einführungsphase könnte zudem als Einführung einer Verbrauchssteuer, die an den Verbrauch von Brennstoffen und den damit verbundenen Treibhausgasemissionen (wie CO₂) anknüpft, gestaltet werden und von einem Emissionshandel mit einem wirksamen Cap abgelöst werden. Dieser Weg wäre zeitnah und verfassungskonform umsetzbar.

Jenseits der Einführung einer CO₂-Bepreisung durch ein nationales Emissionshandelssystem könnte die Bepreisung grundsätzlich und dauerhaft als Steuer gestaltet werden (s. u. 4.1). Die Energiesteuern und die weiteren staatlich veranlassten Preisbestandteile könnten ebenfalls umfassend mit einer Orientierung an der Emission von Treibhausgasen umgestaltet werden. Eine solche umfassende Reform muss wiederum in den Grenzen der unions- und verfassungsrechtlichen Vorgaben umgesetzt werden, eine rechtskonforme Gestaltung ist hier ebenfalls möglich.

1.3 Tabellarische Gegenüberstellung des BEHG-E und einer zulässigen Energiesteuerreform

	Brennstoffemissions- handelsgesetz (BEHG-E)	Energiesteuerreform
Gesetzgebungskompetenz	Art. 74 Abs. 1 Nr. 24 und 11 GG: Konkurrierende Gesetzgebung im Bereich der Luftreinhaltung und der Regelung des Rechts der Wirtschaft	Art. 74 Abs. 1 Nr. 24 und 11 GG: Konkurrierende Gesetzgebung im Bereich der Luftreinhaltung und der Regelung des Rechts der Wirtschaft
Ausgestaltung	Nichtsteuerliche Abgabe in Form einer Vorteilsabschöpfungsabgabe, sofern Cap geregelt wird. Eher komplex in der Ausgestaltung	Verbrauchssteuer gemessen an Energiegehalt und Treibhausgaspotential der Energieträger. Eher einfach in der Ausgestaltung
Legitimation	Bundestag → Achtung: sofern kein Cap vorgesehen, dann voraussichtlich steuerliche Wirkung und Verfassungsänderung nötig Übergewicht an Rechtsverordnungen schwächt die parlamentarische Entscheidungsmacht über den Regelungsgehalt	Bundestag Zustimmung Bundesrat nicht notwendig → zulässige Verbrauchssteuer nach Art. 105 Abs. 2 i. V. m Art. 106 GG Volle parlamentarische Legitimation
Kohärenz des Rechtsrahmens	Einseitige Orientierung an Emission von Treibhausgasen ohne Beachtung von Wechselwirkungen mit bestehenden Steuern/Abgaben Fortsetzung bestehender Fehlanreize Doppelbelastung aufgrund EU-EHS möglich	Umfassende Orientierung bei Umgestaltung von Energiesteuern und weiteren staatlich veranlasste Preisbestandteilen an der Emission von Treibhausgasen
Beitrag zur Klimazielerreichung (Lenkungswirkung)	Verknüpfung jährlicher Emissionsmenge mit Minderungszielen der EU-KlimaSchV und damit potenziell klare Lenkungswirkung hinsichtlich der Emissionsmengen ABER: mangels verbindlicher Emissionsobergrenze in Einführungsphase frühestens ab 2027 deutliche Reduktion der Treibhausgasemissionen möglich	Lenkungswirkung vor allem über die Antizipation künftig steigender CO ₂ -Preise, keine klare Budgetierung gesetzliche Festlegung künftig steigender Steuersätze (oder Emissionsbudgets)
Planungs- und Investitionssicherheit (Preisfad)	Rückgriff auf zahlreiche Verordnungsermächtigungen in grundsätzlichen Fragen Zahlreiche Entscheidungen Bundesregierung vorbehalten, damit anfällig für Änderungen nach Ablauf einer Legislaturperiode → verlässliche Preissignale fraglich	Änderungen gesetzlicher Festlegungen über künftig steigende Steuersätze (oder Emissionsbudgets) nur durch Gesetz möglich geringer Handlungsspielraum der Exekutive → Auswirkungen eher verlässlich
Verwaltungsaufwand	Erheblicher Verwaltungsaufwand aufgrund fehlender Datengrundlagen oder Erfahrungswerte Zusätzlicher Aufwand bei Überführung in EU-EHS aufgrund unterschiedlicher Datenbasis und Berechnungsgrundlagen (Up-Stream/Down-Stream-Ansatz)	Über Energiesteuerreform hinaus kein weiterer absehbarer Verwaltungsaufwand

2 Rechtswissenschaftliches Kurzgutachten zur Verfassungsmäßigkeit des Entwurfs zum Brennstoffemissionshandelsgesetz (BEHG-E)

In diesem Teil wird die Verfassungsmäßigkeit des Entwurfes der Bundesregierung für ein Brennstoffemissionshandelsgesetz (BEHG-E)⁴ geprüft. Im Fokus stehen die finanzverfassungsrechtliche Zulässigkeit des geplanten eigenständigen nationalen Emissionshandels (nEHS) sowie die Einhaltung des Bestimmtheitsgebotes. Die verfassungsrechtliche Darstellung wird durch eine rechtswissenschaftliche Einordnung der einzelnen Abschnitte des BEHG-E ergänzt, die im Anhang (s. u. 5) in Form einer tabellarischen Kurzkomentierung der maßgeblichen Paragraphen des BEHG-E sowie einer Einschätzung zu Auswirkungen und Folgen dieser zu finden ist. Hierdurch soll insbesondere der Mechanismus des BEHG-E und seine Auswirkungen erläutert werden. Zusätzlich wird ein Überblick über die Rechtsfragen zu möglichen Klagerechten gegeben.

Im Ergebnis werden rechtliche Unsicherheiten des BEHG-E und daraus folgende Konsequenzen für die Ausgestaltung des rechtlichen Rahmens aufgezeigt.

2.1 Funktionsweise des nationalen Emissionszertifikatehandels (nEHS)

Mit dem BEHG-E strebt der Gesetzgeber eine öffentlich-rechtliche Bewirtschaftung des Gutes Atmosphäre/Luft an.⁵ Durch Anwendung marktwirtschaftlicher Grundsätze sollen Emissionen reduziert und so zum Erreichen von Klimaschutzziele beigesteuert werden. Das nEHS soll neben dem europäischen Emissionshandelssystem (EU-EHS)⁶ bestehen. Doppelbelastungen sollen vermieden werden. Das nEHS adressiert fossile Treibhausgasemissionen aus Brennstoffen, vgl. [§ 1 BEHG-E](#).

Adressat („Verantwortliche“) des nEHS sind die natürlichen oder juristischen Personen, die Brenn- und Kraftstoffe (vgl. [Anlage 1 zu § 2 Abs. 2 BEHG-E](#)) in den Verkehr bringen, [§ 2 Nr. 3 BEHG-E](#). Diese Verantwortlichen sind nach [§ 8 BEHG-E](#) verpflichtet, jährlich an die zuständige Behörde eine Anzahl von Emissionszertifikaten abzugeben, die ihrer nach [§ 7 BEHG-E](#) berichteten Gesamtmenge an Brennstoffemissionen des vorangegangenen Kalenderjahres entspricht. Die dafür nötige Menge an Zertifikaten hat der Verantwortliche im Vorfeld nach dem in [§ 10 BEHG-E](#) beschriebenen Verfahren zu erwerben (dazu mehr im Folgenden) bzw. im Rahmen des Emissionshandels von anderen Verantwortlichen zu kaufen, vgl. [§ 9 BEHG-E](#).

⁴ Gesetzentwurf der Bundesregierung über einen nationalen Zertifikatehandel für Brennstoffemissionen (Brennstoffemissionshandelsgesetz – BEHG) vom 23. Oktober 2019, veröffentlicht: www.bmu.de/fileadmin/Daten_BMU/Download_PDF/Glaeserne_Gesetze/19_Lp/behg_gesetz/Entwurf/behg_gesetz.pdf.

⁵ Vgl. hierzu die Gesetzesbegründung des BEHG-E, S. 23.

⁶ Richtlinie (EG) Nr. 2003/87 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.

Grundlage der Bewirtschaftung nach Marktgrundsätzen ist die rechtlich veranlasste Verknappung des Gutes Atmosphäre/Luft. Der BEHG-E sieht hierfür nach einer Einführungsphase eine Festlegung jährlicher Emissionsmengen (sogenanntes „Cap“) nach [§ 4 BEHG-E](#) vor. Nach [§ 23 Abs. 1 S. 4 f. BEHG-E](#) kann die Bundesregierung allerdings im Jahr 2025 auch einen Vorschlag über die Fortführung des Preiskorridors unterbreiten, sodass auch nach Abschluss der Einführungsphase die Festlegung eines Caps politisch unsicher ist. Die Festlegung des Caps erfolgt durch die Bundesregierung. Gemäß [§ 4 Abs. 1 BEHG-E](#) gewährleistet das festgelegte Cap die Einhaltung der Minderungsverpflichtung Deutschlands nach der EU-Klimaschutzverordnung (EU-KlimaSchV).⁷ Damit richten sich die in § 4 BEHG-E definierten jährlichen Emissionsmengen nach den Vorgaben der EU-KlimaSchV. In den Sektoren außerhalb des EU-EHS ist für Deutschland ein Treibhausgasminderungsziel von 38 Prozent bis 2030 festgelegt.⁸ Die zulässige Emissionsmenge soll von Jahr zu Jahr weniger werden. Das Cap berechnet sich – vereinfacht gesagt – aus der Emissionsminderungsverpflichtung für Deutschland abzüglich der bereits EU-EHS erfassten nationalen Emissionen, [§ 4 Abs. 1 S. 2 BEHG-E](#). Die jährliche Emissionsmenge ist ausdrücklich mit den Minderungszielen der EU-KlimaSchV verknüpft, vgl. [§ 4 Abs. 1 S. 1 BEHG-E](#). Eine entsprechende Verknüpfung mit (geplanten) nationalen Emissionsminderungszielen nach dem Bundes-Klimaschutzgesetz (KSG-E)⁹ ist nicht ausdrücklich vorgesehen. Im Rahmen der Zweckbestimmung nach [§ 1 BEHG-E](#) wird jedoch auf nationale Klimaschutzziele und das langfristige Ziel der Treibhausgasneutralität bis 2050 verwiesen. Zudem steht es dem Gesetzgeber frei eine entsprechende Verknüpfung zu den nationalen Klimazielen noch zu schaffen.

Grundsätzlich ist als Cap die maximale jährlich zur Veräußerung/Versteigerung an die Verantwortlichen zur Verfügung stehende Menge an Emissionszertifikaten vorgesehen. „Um eine unkontrollierte zusätzliche Kostenbelastung für Bürgerinnen und Bürger sowie für die betroffenen Wirtschaftsteilnehmer zu verhindern“¹⁰ legt [§ 10 Abs. 2 BEHG-E](#) für die Einführungsphase Festpreise in den Jahren 2021 (10,- Euro) bis 2025 (35,- Euro) und einen Preiskorridor mit einem Höchstpreis von 60,- Euro pro Emissionszertifikat für das Jahr 2026 fest. Wie die Studie „Klimapfade für Deutschland“¹¹ nahelegt, müssten um auf die EU-rechtlich

⁷ Verordnung (EU) Nr. 2018/842 des Europäischen Parlamentes 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.

⁸ Verordnung (EU) Nr. 2018/842 des Europäischen Parlamentes 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, Anhang 1.

⁹ Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 9. Oktober 2019 zur Einführung eines Bundes-Klimaschutzgesetzes und zur Änderung weiterer Vorschriften (KSG-E), veröffentlicht: www.bmu.de/fileadmin/Daten_BMU/Download_PDF/Gesetze/gesetzese Entwurf_bundesklimaschutzgesetz_bf.pdf.

¹⁰ BEHG-E, zu § 1, S. 39.

¹¹ Boston Consulting Group/Prognos, „Klimapfade für Deutschland“, Studie im Auftrag des Bundesverbandes der Deutschen Industrie (BDI), Januar 2018, veröffentlicht:

vorgeschriebenen Minderungsmengen zu kommen, auch kostenintensivere Minderungsoptionen mit CO₂-Vermeidungskosten im dreistelligen Euro-Bereich je Tonne CO₂ umgesetzt werden.

In der Einführungsphase **ist von 2021 bis 2025 für den Verkauf der Emissionszertifikate zunächst ein Festpreissystem (vgl. § 10 Abs. 2 BEHG-E) vorgesehen.** Der Festpreis soll von 10,00 EUR/t CO₂ in 2021 über 20,00 EUR/t CO₂ ab 2023 bis 2025 jährlich jeweils zusätzlich um 5,00 EUR/t CO₂ steigen. Für 2025 soll ein Festpreis von 35,00 EUR/t CO₂ gelten. Mit dem Festpreis soll ein verlässlicher Preispfad entstehen, der eine sozial- und wirtschaftsverträgliche Einführung des nEHS ermöglichen soll. Zudem soll während der Einführungsphase eine Handelsplattform zur Versteigerung der Zertifikate und zum Handel mit diesen aufgebaut werden.¹²

Ab 2026 soll eine Versteigerung der Emissionszertifikate, also eine Preisbildung am Markt, stattfinden. Zumindest für 2026 ist einschränkend ein Preiskorridor von 35,- bis 60,- EUR/t CO₂ pro Emissionszertifikat festgelegt. 2025 soll eine Entscheidung über den Fortbestand eines Preiskorridors ab 2027 getroffen werden.¹³

Gem. **§ 5 Abs. 1 BEHG-E** kann während der Einführungsphase und für die Dauer der Anwendung eines Preiskorridors die nach **§ 4 Abs. 1 BEHG-E** festgelegte Emissionsmenge überschritten werden.¹⁴ **Letztlich bedeutet dies, dass für den Zeitraum von 2021 bis 2026 keine verbindliche Emissionsobergrenze (Cap) vorgegeben wird.** Mangels einer Emissionsobergrenze besteht während der Einführungsphase keine Knappheit hinsichtlich des zu bewirtschafteten Gutes. Vor diesem Hintergrund findet eine öffentlich-rechtliche Bewirtschaftung in der Einführungsphase überhaupt nicht statt. **Grundsätzlich wäre auch für die Zeit nach 2026 keine Emissionsobergrenze gegeben, sofern die Anwendung des Preiskorridors fortgesetzt wird.**

Somit kann es nach jetzigem Stand erst ab dem Jahr 2027 eine verbindliche Emissionsobergrenze (Cap) geben. Ob es dazu kommt ist zudem noch unsicher, da dies im Jahr 2025 noch einmal überprüft werden soll, **§ 23 Abs. 1 S. 4 f. BEHG-E.**

www.zvei.org/fileadmin/user_upload/Presse_und_Medien/Publikationen/2018/Januar/Klimapfade_fuer_Deutschland_BDI-Studie_/Klimapfade-fuer-Deutschland-BDI-Studie-12-01-2018.pdf

¹² Vgl. die Gesetzesbegründung des BEHG-E, S. 23.

¹³ Vgl. § 23 Abs. 1 S. 4 und 5 BEHG-E sowie die Gesetzesbegründung des BEHG-E, S. 25.

¹⁴ § 5 BEHG-E verweist hierfür auf die Anwendung bestehender Flexibilisierungsinstrumente nach der EU-KlimaSchV. Ausdrücklich sieht der Gesetzgeber auch die Möglichkeit, dass die jährliche Emissionsmenge während der Einführungsphase und der Dauer des Preiskorridors überschritten wird. Er spricht insoweit vom „zusätzlichen Bedarf“, § 10 Abs. 2 BEHG-E.

2.2 Europa- und verfassungsrechtlicher Rahmen eines eigenständigen nationalen Emissionszertifikatehandels

2.2.1 Europarechtliche Vorgaben

Europarechtlich hat Deutschland erheblichen Gestaltungsspielraum bei der Ausgestaltung einer CO₂-Bepreisung. Grundsätzlich kommt sowohl eine Anpassung der Energiesteuern, ein Mindestpreis für Zertifikate im Wege einer am CO₂-Ausstoß orientierten Steuer als auch ein nationaler Emissionshandel in Frage.

Nach dem **Erwägungsgrund 23 der Emissionshandels-RL (EHS-RL (2003))**¹⁵ soll der „[...] Emissionszertifikatehandel [...] Teil eines umfassenden und kohärenten Politik- und Maßnahmenpakets sein, das auf Ebene der Mitgliedstaaten und der Gemeinschaft durchgeführt wird. Unbeschadet der Anwendung [des EU-Beihilferechts] **können die Mitgliedstaaten bei Tätigkeiten, die unter das Gemeinschaftssystem fallen, die Auswirkungen von ordnungs- und steuerpolitischen sowie sonstigen Maßnahmen prüfen, die auf die gleichen Ziele gerichtet sind.** Bei der Überprüfung der Richtlinie sollte berücksichtigt werden, in welchem Umfang diese Ziele erreicht wurden.“ Demnach steht das Europarecht der Einführung eines nationalen Emissionshandels neben dem EU-EHS grundsätzlich nicht entgegen. Für den vorliegenden BEHG-E bedeutet dies eingedenk seiner Zielrichtung (Treibhausgase zu bepreisen) und seines Charakters neben dem EU-EHS zu stehen (es werden andere Sektoren bzw. andere Verantwortliche adressiert), dass er mit diesen Vorgaben der EHS-RL vereinbar ist und somit EU-rechtskonform.

Je nach Art der nationalen Ausgestaltung kann aber Anpassungsbedarf im EU-Recht entstehen,¹⁶ wenn es um die zukünftige – politisch gewollte und noch nicht im BEHG-E ausdrücklich geregelte¹⁷ – Integration des nEHS in der EU-EHS geht. Vereinzelt werden hier Bedenken geäußert, dass ein nationaler Emissionshandel, der auf einem „Up-Stream“-Ansatz beruht, nicht mit dem EU-EHS kompatibel sei.¹⁸ Der EU-EHS basiert grundsätzlich auf einem „Down-Stream“-Ansatz, bei dem der Endverbraucher des Energieträgers bzw. Emittenten der CO₂-

¹⁵ Eingeführt durch Richtlinie (EG) Nr. 2003/87 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.

¹⁶ Vertiefend: *Matthes*, Ein Emissionshandelssystem für die nicht vom EU ETS erfassten Bereiche: Praktische Umsetzungsthemen und zeitliche Erfordernisse, im Auftrag von Agora Energiewende, September 2019, veröffentlicht: www.oeko.de/fileadmin/oekodoc/Emissionshandelssystem-fuer-nicht-vom-EU-ETS-erfassten-Bereiche.pdf.

¹⁷ Vgl. BEHG-E S. 23.

¹⁸ So *Nysten/Pause*, Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht, Zur Zulässigkeit der Ausweitung des EU-Emissionshandels nach Art. 24 EHS-Richtlinie auf die Bereiche Verkehr und Wärme in Deutschland, Juli 2019, veröffentlicht: <https://stiftung-umweltenergierecht.de/wp-content/uploads/2019/07/Stiftung-Umweltenergierecht-WueBerichte-43-Ausweitung-EHS.pdf>; BMU, Stellungnahme, Warum eine Einbeziehung des Verkehrssektors in den Europäischen Emissionshandel nicht möglich ist, 06. Mai 2019, veröffentlicht: www.bmu.de/fileadmin/Daten_BMU/Download_PDF/Emissionshandel/einbeziehung_verkehrssektor_emissionshandel_EU_ETs_bf.pdf; a. A. *Nettesheim*, Einbeziehung des Transportsektors in das Europäische Emissionshandelssystem, Gutachten im Auftrag der Fraktion der Freien Demokraten im Deutschen Bundestag, Tübingen, Juli 2019, S. 41 f. veröffentlicht: www.jura.uni-tuebingen.de/professoren_und_dozenten/nettesheim/copy_of_NettesheimGutachtenEUEHSEinbeziehungTransportendg.pdf.

Emissionen verpflichtet ist, Zertifikate zu erwerben. Bei einem „Up-Stream“-Ansatz werden Importeure oder Produzenten (weiter gefasst auch Lieferanten und Zwischenhändler) von Energieträgern zu Erwerb von Zertifikaten verpflichtet. Die Zertifikatpflicht setzt somit nicht erst beim Emittenten, sondern weiter oben in der Wertschöpfungskette an. Es wird vertreten, dass nach **Art. 24 Abs. 1 der EHS-RL (2003)**, der das Verfahren für die einseitige Einbeziehung zusätzlicher Tätigkeiten und Gase in den EU-EHS regelt, nur ein „Down-Stream“-Ansatz erlaubt sei. Diese Bedenken hinsichtlich eines „Up-Stream“-Ansatzes, würden in letzter Konsequenz nur bedeuten, dass ein nationaler Emissionshandel nicht unmittelbar – wie politisch gewollt – an den bestehenden EU-EHS angeschlossen werden könnte, sondern eine entsprechende Anpassung der EHS-RL nötig wäre. Es würde aber nicht dazu führen, dass ein eigenständiger nationaler „Up-Stream“-basierter Emissionshandel unzulässig ist.

Gegen die Bedenken hinsichtlich der Ausgestaltung auf Basis eines „Up-Stream“-Ansatz sprechend zudem gewichtige Argumente. Die EHS-RL (2003) ist keineswegs so klar auf einen „Down-Stream“-Ansatz festgelegt. Vielmehr würde eine derartige Auslegung der Logik des EU-EHS widersprechen. Der Telos der EHS-RL (2003) schrittweise Emissionsreduktionen mittels eines kleiner werdenden Cap zu erreichen, kann grundsätzlich auch mittels eines indirekten („Up-Stream“-)Ansatzes erreicht werden.¹⁹ Eine zwingende Vorgabe des „Down-Stream“-Ansatzes ergibt sich auch nicht aus der Rechtsprechung des EuGH.²⁰ Ob grundsätzlich nur eine direkte („Down-Stream“) oder auch indirekte („Up-Stream“) Einbeziehung gestattet ist, hat der EuGH bisher nicht entschieden.²¹

Nach Art. 24 Abs. 1 EHS-RL (2003) „können die Mitgliedstaaten [ab 2008] im Einklang mit dieser Richtlinie den Handel mit Emissionszertifikaten auf nicht in Anhang I aufgeführte Tätigkeiten, Anlagen und Treibhausgase ausweiten, sofern die Einbeziehung solcher Tätigkeiten, Anlagen und Treibhausgase von der Kommission [...] [gemäß delegierten Rechtsakten] gebilligt wird.“ Damit bleibt lediglich zu bedenken, dass unabhängig von Ausgestaltung eine gewisse Unsicherheit besteht, welche Entscheidung die Europäische Kommission hinsichtlich der perspektivisch angestrebten Einbeziehung des deutschen nEHS in den EU-EHS treffen wird.

2.2.2 Gesetzgebungskompetenz des Bundes

Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes zur Einführung eines nationalen Emissionshandels ergibt sich aus der konkurrierenden Gesetzgebung im Bereich der Luftreinhaltung und der Regelung des Rechts der Wirtschaft nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 24 und 11 des Grundgesetzes (GG).

Insoweit hat der Bundgesetzgeber die allgemeinen verfassungsrechtlichen Grenzen (wie z.B. die Grundrechte und die Finanzverfassung) bei der Ausgestaltung des Gesetzes zu beachten.

¹⁹ So auch *Nettesheim*, s. o. Fußnote 20, S. 38 f.

²⁰ EuGH, Urteil vom 19. Januar 2017, C-460/15 (EU:C:2017:29), Urteil vom 28. Februar 2018, C-577/16 (EU:C:2018:127), Vorabentscheidung u. a. über das System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten in der Europäischen Union – Richtlinie 2003/87/EG.

²¹ *Nettesheim*, a.a.O., S. 31.

2.3 Finanzverfassungsrechtliche Zulässigkeit

2.3.1 CO₂-Bepreisung nach dem nEHS – Steuer oder Emissionshandel?

2.3.1.1 Vorgaben für den Emissionshandel in der Form einer Vorteilsabschöpfungsabgabe

Das nEHS und damit eine CO₂-Bepreisung in Form eines Handels mit veräußerten bzw. versteigerten Emissionszertifikaten könnte eine verfassungsrechtlich rechtfertigungsbedürftige Beeinträchtigung des Art. 3 Abs. 1 GG in Verbindung mit der Finanzverfassung des Grundgesetzes (Art. 104a bis 108 GG) darstellen und bedarf daher einer umfassenderen finanzverfassungsrechtlichen Überprüfung. Das BEHG-E behauptet hingegen nur, dass die „Änderungen durch dieses Gesetz mit dem nationalen Verfassungsrecht vereinbar“ seien. Ein (nationaler) Emissionshandel (in Form einer Vorteilsabschöpfungsabgabe) bedarf einer sachlichen Legitimation. Eckpfeiler einer solchen hat das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) mit einem Nichtannahmebeschluss vom 5. März 2018²² skizziert. Demnach bedarf es zur Rechtfertigung eines

1. „als **knapp definierte[s] Gut[es]** [– hier, die Atmosphäre/Luft – das] **mengenmäßig begrenzt** [wird]“²³ und
2. dass die ausgegebenen Berechtigungen (Zertifikate) hinter dem Bedarf zurückbleiben (Cap). Ein **Cap** ist nötig, da „*nicht die Abgabenerhebung selbst Rechtfertigung [des] anzuführende[n] Bewirtschaftungssystem, sondern die Bestimmung eines nur begrenzt zur Verfügung stehenden Emissionskontingents [ist].*“²⁴

Ohne eine verbindliche, hinter der Nachfrage zurückbleibenden Emissionsobergrenze kann auch eine grundsätzlich als Emissionshandel ausgestaltete CO₂-Bepreisung nicht als (verfassungsrechtlich zulässige) Ressourcennutzungs- bzw. Vorteilsabschöpfungsabgabe klassifiziert werden.

Vor diesem Hintergrund können für die verschiedenen Phasen des nEHS verfassungsrechtliche Bedenken auftreten. Es kann hierbei zunächst zwischen der Einführungsphase und dem anschließenden Emissionshandel ohne Festpreis unterschieden werden.

Für die **Einführungsphase 2021 bis 2026** (vgl. [§ 10 Abs. 2 BEHG-E](#)) sind Festpreise für die Veräußerung vorgesehen (s.o. 2.1). Gem. [§ 5 Abs. 1 BEHG-E](#) kann die nach [§ 4 Abs. 1 BEHG-E](#) ermittelte Emissionsobergrenze während der Einführungsphase und der Anwendung eines Preiskorridors überschritten werden. Dies ist so ausdrücklich auch von der Bundesregierung vorgesehen, vgl. [§ 10 Abs. 1 S. 1 2. HS BEHG-E](#).²⁵ Folglich existiert in der Einführungsphase und während eines Preiskorridors kein Cap im Jahr 2026, der hinter dem Bedarf an Emissionszertifikaten zurückbleibt. Kurz gesagt, es können so viele Emissionszertifikate

²² BVerfG, Beschluss vom 5. März 2018, 1 BvR 2864/13, Rn. 31.

²³ BVerfG, Beschluss vom 5. März 2018, 1 BvR 2864/13, Rn. 34.

²⁴ BVerfG, Beschluss vom 5. März 2018, 1 BvR 2864/13, Rn. 37.

²⁵ § 10 Abs. 1 S. 1 BEHG-E sieht einen „*zusätzliche[n] Bedarf [voraus], der sich in der Einführungsphase nach [§ 10] Absatz 2 ergeben kann.*“.

erworben werden, wie die Verantwortlichen wollen. Damit liegt **in der Einführungsphase kein Cap** vor. Dies führt dazu, dass der **nEHS in diesem Zeitraum wie eine Steuer wirkt (steuerähnliche Wirkung)²⁶ und sich daher grundsätzlich an den dafür bestehenden finanzverfassungsrechtlichen Vorgaben messen muss.**

Demgegenüber findet eine Anwendung von Flexibilisierungsinstrumenten im Sinne der EU-KlimaSchV nach [§ 5 Abs. 1 BEHG-E](#) und eine Erhöhung der jährlichen Emissionsmenge im anschließenden nEHS ab 2027 grundsätzlich nicht statt. Die Nutzung von Flexibilitätsinstrumenten ist nach dem Wortlaut des § 5 Abs. 1 BEHG-E auf die Einführungsphase und die Dauer des Preiskorridors beschränkt. Mit Abschluss der Einführungsphase und der Dauer des Preiskorridors ist ab dem Jahr 2027 ein verbindliches Cap durch Festlegungen der Bundesregierung gegeben. Ein darüberhinausgehender zusätzlicher Bedarf ist ausdrücklich nur für die Einführungsphase vorgesehen, vgl. [§ 10 Abs. 2 BEHG-E](#). Unter Anwendung der vorangegangenen Ausführungen des BVerfG erscheint diese Phase (ab 2027) des nEHS verfassungsrechtlich unbedenklich.

Abweichend hiervon bestehen jedoch Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit des BEHG-E, soweit der Preiskorridor fortgeführt werden sollte. Eine Entscheidung darüber behält sich die Bundesregierung nach [§ 23 Abs. 1 S. 4 f BEHG-E](#) ausdrücklich im Jahr 2025 vor. Infolge einer Weiterführung des Preiskorridors wäre auch nach Abschluss der Einführungsphase ein zusätzlicher Bedarf an Emissionszertifikaten über das grundsätzlich festgelegte Cap hinaus möglich. Solange ein Preiskorridor bzw. eine Preisobergrenze besteht, liegt letztlich kein verbindliches Cap vor. So würde nur die verfassungsrechtlich bedenklich ausgestaltete Einführungsphase erweitert werden. Mithin sind für diesen Fall dieselben Bedenken der Verfassungsmäßigkeit des nEHS, wie im Hinblick auf die Einführungsphase, anzuführen.

Unabhängig von der Problematik des Cap, ist auch die Frage offen, ob die mangelnde Zweckbindung der mit dem nEHS erzielten Veräußerungserlöse (vgl. § 10 Abs. 4 BEHG-E) nicht der grundsätzlich strengen Zweckgebundenheit einer Sonderabgabe (wozu grundsätzlich auch die Vorteilsabschöpfungsabgabe gehört) widersprechen.²⁷ Das BVerfG hat im Rahmen des Beschlusses vom 5. März 2018 nur festgestellt, dass die Reinheit der Luft eine knappe Ressource ist, die ein staatliches Bewirtschaftungssystem rechtfertigt. Weiter heißt es, dass die Erwerbskosten für die Emissionszertifikate eine Gegenleistung für den „Sondervorteil“ der Ressourcennutzung sind.²⁸

²⁶ So auch *Klinski/Keimeyer*, Zur finanzverfassungsrechtlichen Zulässigkeit eines nationalen Zertifikatehandels für CO₂-Emissionen aus Kraft- und Heizstoffen, Rechtswissenschaftliches Kurzgutachten, 06. September 2019, S. 7 ff., veröffentlicht: www.oeko.de/fileadmin/oekodoc/Verfassungsrecht_Emissionshandel_Gebaeude-Verkehr.pdf.

²⁷ Grundlegend dazu BVerfG, Urteil vom 10. Dezember 1980, Berufsbildungsabgabe, 2 BvF 3/77, Rn. 86; vertiefend zur Sonderabgabe m. w. N. *Antoni/Rodi*, Möglichkeiten einer flankierenden CO₂-Bepreisung durch öffentlich-rechtliche Abgaben, Januar 2019, S. 16, veröffentlicht: www.ikem.de/wp-content/uploads/2019/02/20190129_CO2-Bepreisung_Kohleausstieg_ENavi_Paper.pdf.

²⁸ BVerfG, Beschluss vom 5. März 2018, 1 BvR 2864/13, Rn. 26.

2.3.1.2 Vorgaben für eine CO₂-Bepreisung in Form einer (Verbrauch-)Steuer

Eine „Umdeutung“ der Einführungsphase in eine verfassungskonforme Steuer ist **nicht möglich**. Der Umdeutung stehen im Wesentlichen zwei Punkte entgegen:

1. Eine Umdeutung ist angesichts der **Formenstrenge der Finanzverfassung** nicht möglich.
2. Zudem wäre eine (direkte) CO₂-Steuer, die unmittelbar den Ausstoß von Emissionen als Steuergegenstand adressiert, verfassungswidrig.²⁹

Die deutsche Finanzverfassung (Art. 106 GG) bzw. der sogenannte Numerus Clausus der Steuerarten (wie z. B. Verbrauch-, Verkehrs- oder Aufwandsteuer) des Grundgesetzes ist abschließend.³⁰ Nach neuerer Rechtsprechung des BVerfG gilt darüber hinaus kein generelles „Steuererfindungsrechts“ des Bundes und der Länder.³¹

Eine (direkte) CO₂-Steuer entspricht nicht dem Typus einer Verbrauchsteuer³² nach Art. 106 Abs. 1 Nr. 2 GG. Im Regelfall ist eine Verbrauchsteuer aber eine indirekte Steuer, die der Hersteller – beim nEHS wäre es der „Inverkehrbringer“ – zu entrichten hat und die auf die Abwälzung auf den (Letzt-)Verbraucher angelegt ist.³³ Die in der Einführungsphase des nEHS wie eine Steuer wirkende Verpflichtung zum Kauf von Zertifikaten zu einem Festpreis ist ähnlich wie eine Verbrauchsteuer gestaltet. Sie knüpft an den Tatbeständen des Energiesteuergesetz an und verpflichtet den Inverkehrbringer – an Stelle des Letztverbrauchers – zur Zahlung eines Festpreises. Es ist davon auszugehen, dass die Mehrkosten für den Erwerb der Zertifikate auf den (Letzt-)Verbraucher umgelegt werden. Problematisch ist letztlich, dass eine finanzverfassungsrechtlich zulässige Verbrauchsteuer den Verbrauch eines Gutes

²⁹ Vertiefend *Antoni/Rodi*, s. o. Fußnote 24, S. 11 m. w. N.; *Klinski/Keimeyer*, s. o. Fußnote 26, S. 12 f.; *Kahl/Simmel*, Europa- und verfassungsrechtliche Spielräume einer CO₂-Bepreisung in Deutschland, Würzburger Studien zum Umweltenergie recht Nr. 6, Oktober 2017, S. 35 ff. (41), veröffentlicht: https://stiftung-umweltenergie recht.de/wp-content/uploads/2017/10/stiftung_umweltenergie recht_wuestudien_06_co2_bepreisung.pdf.

³⁰ Vgl. dazu bereits *Rodi*, Umweltsteuern. Das Steuerrecht als Instrument der Umweltpolitik, 1993, S. 45; *Heintzen*, in Münch/Kunig, GG, Art. 105 Rn. 47 m. w. N.; *Kirchhof*, in: Handbuch des Staatsrechts V, 3. Auflage 2007, § 116, Rn. 100 ff. m. w. N.; *Seer*, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, § 2, Rn. 66; BVerfG, Beschluss vom 13. April 2017, 2 BvL 6/13, 2. und 3. Leitsatz.

³¹ Vgl. *Kirchhof*, in: Handbuch des Staatsrechts V, 3. Auflage 2007, § 116 Rn. 100 ff. m. w. N.; *Heintzen*, in: Münch/Kunig, GG, Art. 105 Rn. 47; *Seer*, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, § 2 Rn. 66, so auch: *Klinski*, Juristische und finanzielle Optionen der vorzeitigen Abschaltung von Kohlekraftwerken, Rechtsgutachten im Auftrag des Ministeriums für Wirtschaft, Klimaschutz, Energie und Landesplanung Rheinland-Pfalz, März 2015, S. 60 f, veröffentlicht: www.researchgate.net/profile/Stefan_Klinski/publication/295907823_Juristische_und_finanzielle Optionen_der_vorzeitigen_Abschaltung_von_Kohlekraftwerken/links/56d00eff08ae4d8d64a0db0f/Juristische-und-finanzielle-Optionen-der-vorzeitigen-Abschaltung-von-Kohlekraftwerken.pdf.

³² Vgl. grundlegend zum Umfang einer Verbrauchsteuer: BVerfG, BVerfG, Beschluss vom 13. April 2017, 2 BvL 6/13, Kernbrennstoffsteuergesetz, Rn. 66 ff.

³³ BVerfG, Beschluss vom 13. April 2017, 2 BvL 6/13, Rn. 114 ff. m. w. N., 161.

des ständigen Bedarfs voraussetzt.³⁴ Die Emissionen von CO₂ – für das Zertifikate im Rahmen des nEHS ausgegeben werden sollen – selbst werden nicht verbraucht³⁵ und sind daher kein tauglicher Steuergegenstand. Zwar ist für die Entstehung des CO₂ ein Verbrauch kohlenstoffhaltiger Energieträger (wie z. B. die Brennstoffe nach dem BEHG-E) notwendig, an dem Verbrauch dieser Brennstoffe knüpft das nEHS jedoch nicht an. Das nEHS setzt allein das Inverkehrbringen von Brennstoffen voraus und gilt unabhängig von der späteren Verwendung des Brennstoffes.³⁶

2.3.2 Rechtfertigung der steuerähnlichen Wirkung eines Emissionshandels mit Festpreisen

Nach den vorangegangenen Überlegungen wirkt der nEHS in der Einführungsphase mit den Festpreisen und ohne verbindliche Emissionsobergrenze wie eine Steuer, die aber so finanzverfassungsrechtlich nicht zulässig wäre. **Die Einführungsphase des nEHS ist daher in ihrer aktuellen Ausgestaltung im BEHG-E mit großer Wahrscheinlichkeit verfassungswidrig (s. o. 2.3.1.1). Dies würde aller Voraussicht nach bei einer Überprüfung durch das BVerfG³⁷ letztlich zur Nichtigerklärung des Gesetzes führen.**

Der obigen Argumentation für die Verfassungswidrigkeit des nEHS könnte jedoch entgegengehalten werden, dass die Einführungsphase kein eigenständiges Instrument, sondern ein – zumindest nach der Vorstellung des Gesetzgebers – wesentlicher Bestandteil des nEHS ist. Betrachtet man den nEHS folglich ganzheitlich, könnte die (teilweise) steuerähnliche Wirkung womöglich aus sachlich notwendigen Gründen gerechtfertigt sein. Es bleibt zunächst festzuhalten, dass das BVerfG in seiner oben beschriebenen Rechtsprechung³⁸ keine Aussagen zu einer vergleichbaren Einführungsphase getroffen hat. Mithin kann nicht mit Sicherheit abgeschätzt werden, zu welchem Ergebnis das Verfassungsgericht im Falle einer Entscheidung zum nEHS kommen würde. Es ist aber anzunehmen, dass das BVerfG diese Zusammenhänge prüfen würde.

Fraglich ist aber, ob die vom Gesetzgeber vorgesehene Einführungsphase in der Ausgestaltung nach dem BEHG-E sachlich notwendig ist, um den nEHS einzuführen. Der Gesetzgeber gibt als Begründung der Einführungsphase und des Festpreises das Ziel einer sozial- und wirtschaftsverträglichen Einführung des nEHS an.³⁹ Dies ließe sich womöglich bereits durch verfassungsrechtlich weniger bedenkliche Ausgleichs- und Kompensationsmaßnahmen gewährleisten. Z. B. indem man einen festen Cap vorsieht, aber etwaige unerwünschte soziale und wirtschaftliche Folgen der sich daraus ergebenden freien Preisbildung an anderer Stelle ausgleicht. Darüber hinaus sei die Einführungsphase zum Aufbau einer Emissionshandelsstelle notwendig, welche die Versteigerung der Zertifikate und den Handel ermöglicht.⁴⁰ In

³⁴ BVerfG, Beschluss vom 13. April 2017, 2 BvL 6/13, Rn. 112 ff. m. w. N.

³⁵ Vertiefend *Antoni/Rodi*, s. o. Fußnote. 24, S. 12.

³⁶ Vgl. Gesetzesbegründung des BEHG-E zu § 2, S. 40.

³⁷ Zur gerichtlichen Überprüfbarkeit der Verfassungsmäßigkeit s. u. 2.5.

³⁸ S. o. Fußnote 22 ff.

³⁹ Vgl. die Gesetzesbegründung des BEHG-E, S. 23.

⁴⁰ Gesetzesbegründung des BEHG-E, S. 23.

Anbetracht der hierfür eingeplanten Dauer von sechs Jahren, offenbart der Gesetzgeber den hinter dem nEHS stehenden bürokratischen Aufwand. Unbeschadet dessen bleibt unklar, wieso der Aufbau dieser Strukturen fünf Jahre (Festpreisphase) beanspruchen soll, obgleich der Handel und Verkauf der Emissionszertifikate bereits in der Einführungsphase stattfindet. Die Frage der Rechtfertigung aus sachlich notwendigen Gründen kann hier nicht abschließend geklärt werden. Da sich auch das BVerfG zu dieser Frage nicht geäußert hat, bleiben erhebliche Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der Ausgestaltung der Einführungsphase des nEHS, die der rechtlichen Klarstellung bedürfen.

2.4 Weitere verfassungsrechtliche Frage: Bestimmtheitsgebot

Übersicht Verordnungsermächtigungen

§ 4 Abs. 2; § 4 Abs. 4 BEHG-E: Berechnung der jährlichen Emissionsmengen

§ 5 Abs. 2 BEHG-E: Berechnung des zusätzlichen Bedarfs an Emissionszertifikaten

§ 6 Abs. 5 BEHG-E: Gestaltung des Überwachungsplans

§ 7 Abs. 4 BEHG-E: Anforderungen an die Ermittlung der Brennstoffemissionen

§ 9 Abs. 1 S. 3 BEHG-E: Einschränkung der Gültigkeit der Zertifikate

§ 10 Abs. 3 BEHG-E: Regelung der Versteigerung und des Verkaufs von Zertifikaten

§ 11 Abs. 1 S. 3; 11 Abs. 2 BEHG-E: Einzelheiten für den Ausgleich indirekter Belastungen

§ 11 Abs. 3 BEHG-E: Regelungen zu Carbon Leakage und Erhalt der Wettbewerbsfähigkeit betroffener Unternehmen

§ 14 Abs. 4 S. 2 BEHG-E: Einzelheiten der Datenübermittlung

§ 15 Abs. 2 BEHG-E: Regelung des Prüfungsverfahrens und Bekanntgabe der Prüfungsstellen

Der Entwurf des BEHG enthält zwölf Verordnungsermächtigungen. Dies kann im Hinblick auf den Wesentlichkeitsvorbehalt und das verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgebot problematisch sein. Die Delegation der Normsetzung vom Gesetzgeber auf die Exekutive wird durch die vorgenannten Grundsätze verfassungsrechtlich begrenzt. Der Wesentlichkeitsvorbehalt verlangt, dass der Gesetzgeber die wesentlichen Entscheidungen selbst trifft und enthält insoweit Vorgaben für die Bestimmtheit.⁴¹ Das Bestimmtheitsgebot aus Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG konkretisiert den Wesentlichkeitsvorbehalt für Verordnungsermächtigungen.⁴² Danach müssen Inhalt, Zweck und Ausmaß einer Verordnungsermächtigung im Gesetz bestimmt

⁴¹ BVerfG, Urteil vom 19. September 2018, 2 BvF 1/15, NVwZ 2018, S. 1703, Rn. 191, 196.

⁴² BVerfG, Beschluss vom 21. April 2015, 2 BvR 1322/12, NVwZ 2015, 1279, Rn. 45.

werden. Das im konkreten Fall erforderliche Maß an Bestimmtheit hängt von der Eigenart des zu regelnden Sachverhalts ab. Bei komplexen Sachverhalten und absehbaren Änderungen der Verhältnisse sind geringere Anforderungen an die Bestimmtheit zu stellen.⁴³ Der Gesetzgeber darf der Exekutive zudem Spielräume für den Vollzug von Gesetzen einräumen, solange sich die entsprechenden Normen durch Auslegung konkretisieren lassen und die Vorhersehbarkeit und Justiziabilität des Verwaltungshandelns gewährleistet sind.⁴⁴

Vorbehaltlich einer detaillierten Prüfung bestehen auch hier **verfassungsrechtliche Risiken** in Bezug auf die Einhaltung des Bestimmtheitsgebots, wenn diese auch **gering** sein dürften. Viele der Ermächtigungen betreffen entweder komplexe Sachverhalte mit absehbaren Änderungen (Berechnung der jährlichen Emissionsmengen, Bedarf an zusätzlichen Zertifikaten) oder den Vollzug des Gesetzes (Gestaltung des Überwachungsplans, Ermittlung der Brennstoffemissionen, Versteigerung und Handel der Zertifikate, Ausgleich indirekter Belastungen, Datenübermittlung, Prüfverfahren), sodass insoweit geringere Anforderungen an die Regelungsdichte zu stellen sind. Zudem enthalten die Ermächtigungsnormen überwiegend Konkretisierungen, die den Handlungsspielraum der Bundesregierung begrenzen und eine gewisse Vorhersehbarkeit ermöglichen. Eine Ausnahme stellt die Ermächtigungsnorm in § 11 Abs. 3 BEHG-E dar, die durch eine offene Formulierung mit unbestimmten Rechtsbegriffen die Bundesregierung ermächtigt, „*die erforderlichen Maßnahmen [...] zum Erhalt der [...] Wettbewerbsfähigkeit betroffener Unternehmen zu regeln*“. § 11 Abs. 3 BEHG-E betrifft jedoch begünstigendes Verwaltungshandeln, sodass auch hier herabgesetzte Anforderungen an die Bestimmtheit und damit verfassungsrechtliche Risiken bestehen, wenn auch geringere.

2.5 Gerichtliche Überprüfbarkeit der Verfassungsmäßigkeit (Klagerecht)

Um die oben aufgezeigten verfassungsrechtlichen Risiken zu adressieren und Rechtssicherheit für die Einführung des nEHS nach dem BEHG-E herzustellen, ist eine Überprüfung durch das BVerfG erforderlich.

Unmittelbar kann gegen das BEHG-E nach seiner Verkündung im Wege der **abstrakten** – im Gegensatz zur indizierten (siehe unten) – **Normenkontrolle** vorgegangen werden. Gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG i. V. m. §§ 13 Nr. 6, 76 ff. BVerfGG prüft das BVerfG **auf Antrag der Bundesregierung, der Landesregierung oder eines Viertels der Mitglieder des Bundestages** in diesem Verfahren die Vereinbarkeit von Bundesrecht mit dem Grundgesetz. Die abstrakte Normenkontrolle ist mit der Verkündung des Gesetzes (Art. 82 Abs. 1 GG) und schon vor Inkrafttreten möglich.⁴⁵ Es handelt sich um ein objektives Verfahren, d. h. das BVerfG prüft die angegriffenen Normen unter allen verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten.⁴⁶ Eine direkte Überprüfung des BEHG-E im Wege der **Verfassungsbeschwerde** gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG i. V. m. §§ 13 Nr. 8a, 90 ff. BVerfGG **kommt nicht in Betracht**, da der

⁴³ BVerfG, Urteil vom 19. September 2018, 2 BvF 1/15, a. a. O., Rn. 204.

⁴⁴ BVerfG, Urteil vom 24. April 2013, 1 BvR 1215/07, NJW 2013, 1499, Rn. 181.

⁴⁵ *Morgenthaler*, in: BeckOK Grundgesetz, Epping/Hillgruber, 41. Edition Stand 15.02.2019, Art. 93 Rn. 33.

⁴⁶ *Morgenthaler*, ebd., Rn. 28.

Beschwerdeführer – neben weiteren Zulässigkeitsvoraussetzungen – von dem BEHG-E in seinen verfassungsrechtlich geschützten Rechten selbst, gegenwärtig und unmittelbar betroffen sein müsste (§ 90 Abs. 1 BVerfGG). Die Verfassungsbeschwerde gegen ein Gesetz kann als subsidiärer Rechtsbehelf grundsätzlich erst nach Erschöpfung des Rechtswegs gegen Umsetzungsakte erhoben werden.

Rechtsverordnungen, die aufgrund des BEHG-E erlassen wurden, können **inzident** im Klageverfahren gegen entsprechende **Umsetzungsakte** von „Verantwortlichen“ i. S. d. BEHG-E vor den Verwaltungsgerichten angegriffen werden. Ggf. kann eine ergänzende Feststellungsklage erhoben werden.⁴⁷ Auch in diesem Verfahren kann nur die Verletzung subjektiver Rechte, nicht aber ein möglicher Verstoß gegen Finanzverfassungsrecht gerügt werden. Entsprechende Klagen würden die Einführung des nEHS nicht verzögern, da die Entscheidung nur zwischen den Beteiligten des Verfahrens wirkt.⁴⁸

Ab dem Jahr 2021, also mit in Kraft treten des BEHG, können die jeweils von Emissionshandel betroffenen Verantwortlichen im Verwaltungsgerichtsverfahren eine inzidente gerichtliche Überprüfung des BEHG, ggf. durch eine **konkrete Normenkontrolle** durch das BVerfG erreichen. Eine solche Klage hat keine Norm zum unmittelbaren Gegenstand, kann aber auf eine Norm gestützt werden, auf deren Gültigkeit es ankommt, d. h. die Rechtmäßigkeit des nEHS wird als Vorfrage der Rechtmäßigkeit des Einzelaktes (z. B. Verpflichtung Zertifikate zu erwerben und abzugeben), geprüft.

Wird der nEHS im Sinne des BEHG-E umgesetzt und später durch das Verfassungsgericht die Verfassungswidrigkeit festgestellt, so könnten erhebliche Rückerstattungsansprüche drohen. Haben die Verantwortlichen im Sinne des BEHG-E Emissionszertifikate gekauft und ist der nEHS aufgrund Verfassungswidrigkeit nichtig, so läge eine unzulässige Vermögensverschiebung zu Gunsten des Staates vor. Den Betroffenen könnte in diesem Fall ein öffentlich-rechtlicher Erstattungsanspruch zustehen, auf dessen Grundlage die Betroffenen die für die Emissionszertifikate geleisteten Zahlungen zurückfordern könnten. Sollte das BVerfG, in Übereinstimmung mit der hier vertretenden Ansicht, das BEHG für nichtig erklären, wirkt diese Entscheidung auch für die Vergangenheit. Dem steht auch nicht entgegen, dass die Rechtsprechung des BVerfG anerkannt hat, dass aus der Notwendigkeit einer verlässlichen Finanz- und Haushaltsplanung von einer Rückwirkung der Entscheidung abgesehen werden kann. Denn nach dem BVerfG kann der Gesetzgeber die Notwendigkeit einer verlässlichen Finanz- und Haushaltsplanung nur beanspruchen, wenn der Gesetzgeber sich auf seine Finanz- und Haushaltsplanung verlassen durfte. Wobei dies im Hinblick auf eine von Anfang an mit erheblichen finanzverfassungsrechtlichen Unsicherheiten belastete Steuer nicht der Fall sein kann.⁴⁹

⁴⁷ BVerfG, Beschluss vom 17. 1. 2006 – 1 BvR 541/02, Rn. 41 ff.

⁴⁸ Panzer, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, 36. EL Februar 2019, § 47 Rn. 8.

⁴⁹ BVerfG, Beschluss vom 13. April 2017, 2 BvL 6/13, Kernbrennstoffsteuer, Rn. 162 m. w. N.

3 Rechtspolitische Stellungnahme

In einem zweiten Schritt wird aus rechtspolitischer Sicht zum Entwurf des BEHG Stellung genommen. Im Kern steht die Frage, ob und inwieweit geeignetere Mittel zur rechtspolitischen Gestaltung mit dem Ziel einer treibhausgasmindernden Energiesteueränderung vorliegen und welchen Einfluss die Ausgestaltung von CO₂-Preisen auf die Zielerreichung hat. Teil der Stellungnahme sind zudem u. a. Untersuchungen zum Verwaltungsaufwand und zu Zeitpunkt und Ausmaß der Lenkungswirkung des BEHG-E.

3.1 Einwände gegen den Ansatz der Bundesregierung

Die Ausgestaltung des nEHS nach dem BEHG-E begegnet grundsätzlichen Bedenken hinsichtlich der Effizienz und Effektivität des Instruments.

Die Einführung des nEHS nach Maßgabe des BEHG ist mit erheblichem Verwaltungsaufwand verbunden. Zwar kann die Verwaltung auf die Erfahrung aus der Einführung des EU-EHS zurückgreifen. Angesichts der grundsätzlichen Unterschiede der Instrumente ist dennoch mit erheblichen Umsetzungsschwierigkeiten zu rechnen. Denn das BEHG-E verpflichtet eine Vielzahl von Unternehmen, erstmals Überwachungs- und Abrechnungsregimes für CO₂-Emissionen einzurichten; nach der Einführung ist zudem mit Klagen zu rechnen, die erheblichen Verwaltungsaufwand verursachen. Zudem beschreitet der BEHG-E in wesentlichen Teilen Neuland, für das keine Datengrundlagen oder Erfahrungswerte existieren. Dass die Bundesregierung selbst eine sechs Jahre dauernde Einführungsphase (fünf Jahre Festpreis und Preiskorridor für 2026) für geboten hält, um den Emissionshandel einzuführen, ist insoweit ein Offenbarungseid. Denn die Bundesregierung gesteht damit faktisch ein, dass der Verwaltungsaufwand so immens ist, dass er nur über mehrere Jahre bewältigt werden kann. Diesem erheblichen Verwaltungsaufwand steht eine – wenn überhaupt – sehr geringe erwartete Lenkungswirkung gegenüber. Für einen wirksamen Anreiz sind die Preise deutlich zu gering; Studien beziffern den tatsächlich notwendigen Preis im dreistelligen Bereich.⁵⁰ **Insoweit steht dem erheblichen Verwaltungsaufwand ein Instrument von allenfalls geringer Wirkung gegenüber (Effizienz).**

Darüber hinaus bestehen Zweifel, ob der BEHG-E überhaupt geeignet ist das verfolgte Ziel zu erreichen (Effektivität). Der nEHS muss sich an den Treibhausminderungszielen für die Bundesrepublik für das Jahr 2030 messen lassen (s. o. 1.1). Für die Dauer der Einführungsphase und der (möglicherweise) fortgesetzten Anwendung von Preiskorridoren ist von einer geringen Lenkungswirkung auszugehen, da faktisch unbegrenzt Zertifikate erworben werden können. Damit ist frühestens ab dem Jahr 2027 mit einer deutlichen Reduktion der Treibhausgasemissionen zu rechnen, sofern die Bundesregierung im Jahr 2025 keine Verlängerung des Preiskorridors vorsieht. Der verbleibende Zeitraum, um die Klimaziele für das Jahr 2030 zumindest auch mithilfe einer wirksamen CO₂-Bepreisung zu erreichen, ist mithin sehr knapp bemessen und eine Zielerreichung insoweit fraglich.

⁵⁰ S. o. Fußnote 11.

Weitere Bedenken bestehen hinsichtlich der konkreten Ausgestaltung des nationalen Emissionshandels. Wesentliche Aspekte werden durch den BEHG-E nicht adressiert, sondern der Ausgestaltung durch Rechtsverordnungen vorbehalten (s. o. 2.4). Dies betrifft wesentliche Fragen, etwa die Ausgestaltung und Betrieb des Handelssystems, die Zuteilung der Zertifikate, Monitoring und Berichterstattung sowie etwaige Kompensationen betroffener Unternehmen. In der Folge werden wichtige Weichenstellungen in die Zukunft verlagert, und können im Verordnungsgebungsverfahren weniger transparent als im Gesetzgebungsverfahren, etwa durch betroffene Verbände, adressiert werden. Dies erschwert nicht nur die Antizipation des Verwaltungsaufwands, es führt auch bei den betroffenen Unternehmen zu Planungs- und Investitionsunsicherheit.

Die Regelungstechnik durch Verordnungsermächtigungen ist allgemein kritikwürdig. Das Übergewicht an Verordnungsermächtigungen führt nicht nur zu Rechts- und Planungsunsicherheit (s.o.), es sind eine geringere Legitimität des Instruments und stärkere Diskontinuitäten im Vergleich zu einer gesetzlichen Regelung zu befürchten. Im Einzelnen sind insbesondere die Verordnungsermächtigungen zu folgenden Sachbereichen rechtspolitisch problematisch:

- Die jährliche Festlegung der Emissionsobergrenze (Cap) durch die Bundesregierung führt nicht zu Investitionssicherheit, da die Bundesregierung insoweit wiederholt Einfluss auf die Preisbildung nimmt.⁵¹
- Das Versteigerungs- und Veräußerungsverfahren ist das „Herzstück“ des Emissionshandels; die Modalitäten des Handels sind entscheidend für die Umsetzung und die Verhaltensanpassung durch die Betroffenen.
- Die Wechselwirkungen mit dem EU-EHS sollen im Wesentlichen durch Rechtsverordnungen geregelt werden. Insoweit bestehen erhebliche Umsetzungsschwierigkeiten, da der Ausgleich möglicher Doppelbelastungen durch den EU-EHS und die entsprechende Abzugsfähigkeit nur schwer prognostizierbar sind. Dies gilt insbesondere, wenn es unterschiedliche Lieferanten (Verantwortliche nach dem nEHS) für eine Anlage gibt, die im EU-EHS (teilweise) verpflichtet ist. Die Preisunterschiede zwischen nEHS und EU-EHS können schließlich dazu führen, dass es wegen der starren Emissionsgrenzen Ausweichbewegungen zwischen den beiden Emissionshandelssystemen geben kann. Um dies angemessen zu adressieren, müssten womöglich in beiden Systemen deckungsgleiche Mindestpreise und aufeinander abgestimmte Caps festgelegt werden.

⁵¹ Vgl. *Edenhofer et al.*, Optionen für eine CO₂-Preisreform, MCC-PIK-Expertise für den Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, veröffentlicht: www.mcc-berlin.net/fileadmin/data/B2.3_Publications/Working%20Paper/2019_MCC_Optionen_f%C3%BCr_eine_CO2-Preisreform_final.pdf.

3.2 Verfassungsrechtlich zulässige Anpassungsoptionen des BEHG-E

Eine Möglichkeit wäre eine Verkürzung der Einführungsphase und Aufhebung der Preiskorridore nach Abschluss der Einführungsphase. Durch die Aufhebung der Preiskorridore wird sichergestellt, dass die verfassungsrechtlich gebotene mengenmäßige Begrenzung der Emissionszertifikate nach § 4 Abs. 1 BEHG-E tatsächlich eintritt. Eine kurze Einführungsphase, in der kein Cap gilt, kann als sachlicher Grund für die Einführung des Emissionshandels mit größerer Wahrscheinlichkeit verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein (s. o. 2.3.2). Allerdings bleiben diesbezüglich verfassungsrechtliche Bedenken bestehen, die nur durch eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vollständig ausgeräumt werden könnten.

Alternativ könnte die Einführungsphase als verfassungsgemäße Verbrauchssteuer, einschließlich der Aufhebung der Preiskorridore ausgestaltet werden. Sie könnte an den Verbrauch von Brennstoffen und den damit verbundenen Treibhausgasemissionen (wie CO₂) anknüpfen und von einem Emissionshandel mit einem wirksamen Cap abgelöst werden. Dieser Weg wäre verfassungskonform umsetzbar.

3.3 Zukünftige Probleme/Konfliktpunkte:

3.3.1 Überführung in EU-EHS ab 2030

Soll das nEHS nach der Handelsperiode von 2021 bis 2030 in den EU-EHS überführt werden, werden weitere Schwächen des nEHS deutlich. Grundsätzlich ist die Überführung in den EU-EHS rechtlich möglich. Die umstrittene Frage, ob der „Downstream-Ansatz“ des EU-EHS unionsrechtlich zwingend vorgegeben ist (s. o. 2.2.1) kann jedenfalls durch eine Änderung der Emissionshandels-RL durch den Unionsgesetzgeber geklärt werden. Praktisch kann sich die Umsetzung indes schwierig gestalten. So führt der gewählte Upstream-Ansatz dazu, dass die Integration in den EU-EHS ggf. nur durch Anpassung des Unionsrechts möglich ist (s. o.). Zudem können weitere Änderungen des EU-Rechts, etwa bei der Mehrwertsteuersystem-RL, der Richtlinie über Märkte für Finanzinstrumente und im Bereich der Beihilfeaufsicht entstehen.⁵² Andererseits führen die unterschiedlichen Ansätze zu einem erheblichen Verwaltungsaufwand, da die Unterschiede sich auch auf die Datenbasis und Berechnungsgrundlagen auswirken, sodass bei einer Überführung in den EU-EHS (erneut) mit Umsetzungsschwierigkeiten und damit verbundener Unsicherheit zu rechnen ist.

3.3.2 Doppelbesteuerung und EU-EHS Doppelbelastung

Soweit der nEHS in der Einführungsphase wie eine zusätzliche Steuer auf die von der Energiesteuer bereits betroffenen Brennstoffe wirkt, stellt sich die Frage, ob diese „Doppelbesteuerung“ zulässig ist.

⁵² Vgl. dazu ausführlich Matthes, Ein Emissionshandelssystem für die nicht vom EU ETS erfassten Bereiche: Praktische Umsetzungsthemen und zeitliche Erfordernisse, im Auftrag von Agora Energiewende, September 2019, veröffentlicht: www.oeko.de/fileadmin/oekodoc/Emissionshandelssystem-fuer-nicht-vom-EU-ETS-erfassten-Bereiche.pdf S. 43 ff.

Eine parallele steuerliche Belastung wird erst dann verfassungsrechtlich unzulässig, wenn eine Belastung für das Steuersubjekt entsteht, die als nicht mehr verhältnismäßig anzusehen ist. Verhältnismäßig ist eine Steuerbelastung, solange dem Betroffenen ein angemessener (wirtschaftlicher) Spielraum verbleibt, sich frei zu entfalten.⁵³ Ein Doppelbesteuerungsverbot findet sich nur im Verhältnis von Landes- zu Bundessteuern (Art. 105 Abs. 2a S. 1 GG). Ein generelles Doppelbesteuerungsverbot gibt es nicht.

Unabhängig von einer doppelten Besteuerung einzelner Energieträger ist die Frage, ob der Gesetzgeber daran gehindert ist, bei der Bemessung bestehender, als zulässig anerkannter Steuern (wie der Energiesteuer), die damit verbundenen CO₂-Emissionen im Rahmen des Steuersatzes mit zu berücksichtigen. Auch dies ist grundsätzlich zum Zweck der Dekarbonisierung, wie z. B. schon bei der Kfz-Streuer, oder auch bei der Energiesteuer erfolgt, zulässig (s. u. 4.1).⁵⁴

Neben der Frage der Doppelbesteuerung können mit Blick auf den weiterhin bestehenden EU-EHS Doppelbelastungen auftreten. Dies ist der Fall, soweit der durch den nEHS belastete Brennstoff vom Inverkehrbringer an eine emissionshandlungspflichtige Anlage im Sinne des EU-EHS weitergegeben wird. Sodann unterliegt derselbe Brennstoff im Rahmen des EU-EHS erneut einem Emissionshandel. Für den Brennstoff müssen demnach zwei Zertifikate aus zwei getrennten Systemen verwendet werden, obgleich beide Handelssysteme letztlich an denselben CO₂-Gehalt des Brennstoffes bzw. dieselbe Emission anknüpfen.⁵⁵ Zur Vermeidung der Doppelbelastung von Brennstoffen sieht das BEHG-E zwei Mechanismen vor. In einem ersten Schritt sollen solche Brennstoffemissionen aus dem nEHS, die sodann auch im EU-EHS berücksichtigt werden, für die Verantwortlichen abzugsfähig sein, vgl. [§ 7 Abs. 5 BEHG-E](#). In einem zweiten Schritt sollen Doppelbelastungen, die bei Betreibern emissionspflichtiger Anlagen nach dem Treibhausgasemissionshandlungsgesetz (TEHG)⁵⁶ entstehen, vollständig kompensiert werden, vgl. [§ 11 Abs. 2 BEHG-E](#). Wie die abzugsfähige Menge bestimmt werden soll und welche Anforderungen an die Kompensation gestellt sind, ist noch völlig unklar. Näheres soll die Bundesregierung durch Rechtsverordnung regeln. **Da bei bleibt offen, ob und inwieweit eine exakte Bestimmung der doppelbelasteten Emissionsmengen überhaupt erfolgen kann.**

⁵³ BVerfG, Beschluss vom 8. April 1987, Künstlersozialversicherungsgesetz, Rn. 193 ff.; BFH, Urteil vom 26. Juni 1984, VII R 60/83, wonach eine „Verletzung [...] allenfalls vor[-läge], wenn die Steuer im Wesentlichen erdrosselnd wirken würde.“

⁵⁴ Vertiefend *Antoni/Rodi*, Möglichkeiten einer flankierenden CO₂-Bepreisung durch öffentlich-rechtliche Abgaben, Januar 2019, S. 13 ff. m. w. N.

⁵⁵ Gemäß § 4 Abs. 3 BEHG-E soll die jährliche Emissionsmenge jeweils um die Menge an Brennstoffemissionen erhöht werden, für die sowohl nach dem BEHG-E Emissionszertifikate als auch nach dem TEHG Berechtigungen für direkte Emissionen abgegeben werden müssen.

⁵⁶ Treibhausgas-Emissionshandlungsgesetz vom 21. Juli 2011 (BGBl. I S. 1475), das zuletzt durch Artikel 1 der Verordnung vom 18. Januar 2019 (BGBl. I S. 37) geändert worden ist.

3.3.3 Verlässliche Bepreisungssignale als Herausforderung für die Rechtsordnung

Verlässliche Bepreisungssignale sind von maßgeblicher Bedeutung für die Lenkungswirkung eines Instruments. Angesichts der mittel- und langfristigen Klimaziele ist eine Kontinuität der Bepreisungssignale, auch über die Dauer einer Legislaturperiode hinaus, wünschenswert und geboten. Verlässliche CO₂-Bepreisungssignale können rechtlich auf verschiedene Weise gesetzt werden. Als stärkstes Instrument ist die verfassungsrechtliche Festschreibung von Minderungszielen zu nennen, die aber aufgrund der dafür erforderlichen Zwei-Drittel-Mehrheit in Bundestag und Bundesrat politisch nur schwer durchsetzbar sein wird. Daneben kann die gesetzliche Festlegung steigender Steuersätze bzw. Emissionsbudgets ein höheres Maß an Verlässlichkeit gewähren, da eine Änderung wiederum nur durch Gesetz erfolgen könnte. Zudem können die gesetzlichen Regelungen möglichst konkrete Anpassungskriterien vorschreiben, sodass der Handlungsspielraum der Exekutive geringer und damit die Auswirkungen für die betroffenen Unternehmen besser absehbar sind. Insgesamt ist eine Regelung umso verlässlicher, je höher die Schwellen zur Änderung sind.

Vor diesem Hintergrund werden erneut **Schwächen des BEHG-E** deutlich. Durch den Rückgriff auf zahlreiche Verordnungsermächtigungen werden verlässliche Preissignale erschwert. Zahlreiche Entscheidungen bleiben der Bundesregierung vorbehalten, etwa die Beschränkung der Gültigkeit der Zertifikate während der Einführungsphase. So bleiben grundsätzliche Entscheidungen, die für die Teilnehmer am Emissionshandel von erheblicher Bedeutung sind, mit Unsicherheit behaftet. Denn die Neuregelung dieser Fragen kann allein durch die Bundesregierung erfolgen, nach dem Ende einer Legislaturperiode möglicherweise mit einer anderen politischen Agenda.

4 Rechtswissenschaftlicher Ausblick

Abschließend wird in der gebotenen Kürze ein rechtswissenschaftlich fundierter Ausblick zur Ausgestaltung einer CO₂-orientierten Energiesteuerreform an Stelle des BEHG-E gegeben.

4.1 Reform der Energiesteuern und Umlagen

Berücksichtigt man die in der vorangegangenen Prüfung aufgezeigten Komplexitäten und Rechtsunsicherheiten bei der Einführung eines nEHS, stellt sich die Frage, ob nicht doch der Weg über die Reform der Energiesteuern eingeschlagen werden sollte. Bevor die Argumente für diesen Weg dargelegt werden, ist noch einmal darauf hinzuweisen, dass weder das BEHG-E noch die Reform der Energiesteuern als isolierte Maßnahmen zur Bepreisung von Energie und Treibhausgasemissionen in Frage kommen. Zum Beispiel würde neben dem durch das BEHG letztlich errichtete nEHS das Energiesteuergesetz heutigen Standes weiter bestehen und zusätzlich zu einem reformierten Energiesteuergesetz würde das europäische EHS für Emittenten gelten. Der Preis pro Tonne emittierten Treibhausgases ergibt sich somit nicht durch ein einzelnes Instrument. Zudem gibt es weitere gewichtige Preisbildungsfaktoren, wie etwa die Infrastrukturkosten, die unterschiedlich je Sektor ausfallen können (Beispiele sind Netzentgelte für Strom und Gas, LKW-Maut und eine nicht vorhandene PKW-Maut). Schließlich kann es zwischen parallel bestehenden Systemen (nEHS und EU-EHS) zu nicht gewünschten Wechselwirkungen kommen bzw. können unerwünschte Ausweichverhalten bei Grenzfällen entstehen. Dies sollte bei der Bewertung von CO₂-Bepreisungsinstrumenten berücksichtigt werden.

4.1.1 Konturen eines zukunftsfähigen Energiesteuerrechts

Das gegenwärtige Energiesteuer- und Umlagenrecht ist extrem inkonsistent und sollte in jedem Fall aus klimapolitischer Sicht grundlegend reformiert werden.⁵⁷

Die Belastung durch eine (Verbrauch-)Steuer sollte sich nach rationalen Kriterien bemessen.⁵⁸ Deshalb spricht gerade der Verbrauchsteuercharakter der Steuer für eine Anknüpfung

⁵⁷ Vgl. dazu ausführlich *Rodi/Gawel/Purkus/Seeger*, Energiebesteuerung und Förderziele der Energiewende – Der Beitrag von Energie- und Stromsteuern zur Förderung von erneuerbaren Energien, Energieeffizienz und Klimaschutz, *Steuer und Wirtschaft (StuW)* 2016, S. 187 ff.

⁵⁸ Vgl. zum Folgenden ausführlich *Rodi*, Die Zukunft der Energiesteuern im Rahmen der Energiewende, in: *Gedächtnisschrift für Wolfgang Joecks*, München 2018, S. 739 ff.

an den Energiegehalt, kennzeichnet dieser doch am ehesten die Qualität der Erzeugnisse.⁵⁹ Aus klimapolitischer Sicht drängt sich das Treibhausgaspotential der Energieträger auf.⁶⁰

Insbesondere kommt, wie auch von der Europäischen Kommission im Entwurf zur Änderung der Energiesteuerrichtlinie von 2011 vorgeschlagen, ein beide Kriterien berücksichtigender Steuersatz in Betracht. Für die Beibehaltung einer Energiegehaltskomponente spricht das eigenständige Lenkungsziel der Energieeffizienz. Mit diesem Maßstab könnte auch für eine Übergangszeit die traditionelle Entlastung des Wärmesektors „moderiert“ werden. Schließlich würde so in Bezug auf den Verkehrssektor die ebenfalls tradierte Möglichkeit erhalten werden, die Verkehrsinfrastruktur zu finanzieren. Es ist aber zu betonen, dass diesbezüglich eine Bepreisung der Straßennutzung durch eine (elektronische) Maut vorzuziehen ist.⁶¹

4.1.2 EEG-Umlage

Die derzeitige Systematik der EEG-Umlage führt zu einer erheblichen Belastung der Letztverbraucher und betrifft Strom unabhängig vom Treibhausgasausstoß, der bei dessen Erzeugung entsteht. Daher wurde politisch angekündigt, die Einnahmen aus dem Emissionshandel dazu zu verwenden, das EEG-Konto zu entlasten. Ein solches Vorgehen birgt jedoch das Risiko, dass das EEG im Ganzen als Beihilfe eingestuft werden könnte, was zusätzliche Komplexitäten mit sich brächte. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf die Ausnahmen für stromintensive Unternehmen.

Eine weitere Möglichkeit, die Kosten der Energiewende auf eine breitere Basis zu stellen, die zuletzt vermehrt diskutiert wurde, ist die Überführung der EEG-Umlage in einen „Energiewende-Fonds“. Durch die Verschiebung eines Kostensockels in einen Fonds würde die EEG-Umlage, die von den Letztverbrauchern getragen wird, anteilig um diesen Betrag sinken.⁶² Ein derartiger „Energiewendefonds“ könnte vergleichsweise einfach zu einer Senkung der Energiewendekosten im Stromsektor führen. Rechtlich kann ein solcher Fonds als Sondervermögen eingeführt werden. Unter Beachtung der Grenzen der Finanzverfassung und des europäischen Beihilferechts ist eine rechtssichere Gestaltung möglich.⁶³

⁵⁹ Vgl. in diesem Sinne etwa in Bezug auf Energiesteuer-RL die Entscheidung der EU Kommission zum britischen CO₂-Mindestpreis (Entscheidung C (2014) 3136 vom 21. Mai 2014): „*Gestaffelte Steuersätze sind nach Art. 5 Energiesteuer-RL zulässig, wenn ein direkter Zusammenhang zwischen den gestaffelten Steuersätzen und der Qualität der Erzeugnisse besteht, sich die gestaffelten Steuersätze nach dem Verbrauch richten...*“.

⁶⁰ Rodi, Die Zukunft der Energiesteuern im Rahmen der Energiewende, in: Gedächtnisschrift für Wolfgang Joecks, München 2018, S. 747 ff.

⁶¹ Rodi, Referat im Rahmen des Forschungsseminars „Grundfragen des straßenrechtlichen Nutzungsregimes – Straßenrecht im Zeichen des Klimawandels“: Straßenrecht und Klimaschutz, in: Berichte der Bundesanstalt für Straßenwesen Straßenbau, Heft S 119, S. 56, September 2016, veröffentlicht: www.schuenemann-verlag.de/buchverlag/nwdownload/BASSt_S_119_barrierefreies_ELBA_PDF.pdf.

⁶² Däuper, Lachmann, Rechtliche Optionen für die Weiterentwicklung der EEG-Umlage und eine neue Finanzierung der Energiewende, EnWZ 2018, S. 3 (S. 8).

⁶³ Däuper, Lachmann, a. a. O., S. 9.

4.1.3 Die Zukunft der Stromsteuer

Eine Absenkung der Stromsteuer auf das europarechtliche Mindestmaß⁶⁴ ist möglich. Hingegen kommt eine Abschaffung nicht in Betracht, da sie von der Energiesteuerrichtlinie erfordert wird. Die Stromsteuer sollte daher im Lichte der Erfordernisse der Energiewende reformiert werden.

Eine erste Option besteht darin, auch die Stromsteuer mit energiewenderelevanten Lenkungswirkungen zu versehen. Insbesondere könnte sie von einer Output- zu einer Inputsteuer umgewandelt werden. Dann würde der Stromverbrauch nicht mehr pauschal, sondern nach Maßgabe der Art der Stromerzeugung besteuert werden. Europarechtlich ist das zulässig.⁶⁵

Eine zweite Möglichkeit bestünde in einer Absenkung auf den europarechtlich geforderten Mindestsatz von 0,5 EUR/MWh (betriebliche Verwendung) bzw. 1 EUR/MWh (nichtbetriebliche Verwendung). Dies käme im Ergebnis fast einer Abschaffung gleich. So könnte einfach, schnell und rechtssicher ein erheblicher Beitrag zu der im Energiewendediskurs häufig geforderten Entlastung des Stromverbrauchs geleistet werden.⁶⁶

4.2 Rechtspolitische Bewertung des Reformvorschlags

Dieser Reformvorschlag ist jedem bisher diskutierten Ansatz zur CO₂-Bepreisung durch Emissionshandel bereits deshalb überlegen, da diese mit ihrer Lenkungswirkung jeweils auf das klimapolitisch inkonsistente Energiesteuerrecht „aufsetzen“ würden und so dessen Fehlansätze fortführen oder gar verstärken würden.

Ein großer Vorteil des Reformvorschlags ist weiter darin zu sehen, dass eine Energiesteuerreform zu keinem weiteren Verwaltungsaufwand führt. Dies kontrastiert insbesondere mit dem im Gesetzesvorschlag vorgesehenen aufwändigen Aufbau eines nationalen Emissionshandelssystems (einschließlich dessen Administration).

Schließlich hat das (reformierte) Energiesteuerrecht den Vorteil, dass es bewährte Instrumente zur Entlastung der energieintensiven Industrie – insofern politisch gewünscht – enthält. Es soll an dieser Stelle nicht diskutiert werden, inwieweit diese künftig noch nötig sein werden. Der Eigenwert ist aber allein darin zu sehen, dass die jeweilige Entscheidung des Gesetzgebers an dieser Stelle ebenfalls einfach und unbürokratisch realisiert werden kann.

⁶⁴ Richtlinie (EG) Nr. 2003/96 des Rates vom 27. Oktober 2003 zur Restrukturierung der gemeinschaftlichen Rahmenvorschriften zur Besteuerung von Energieerzeugnissen und elektrischem Strom, Tabelle C — Mindeststeuerbeträge für Heizstoffe und elektrischen Strom.

⁶⁵ Rodi, Die Zukunft der Energiesteuern im Rahmen der Energiewende, in: Gedächtnisschrift für Wolfgang Joecks, München 2018, S. 750 f.

⁶⁶ Vgl. dazu Rodi, ebd., S. 751.

5 Anhang: BEHG-E Kurzkomentierung

Paragraph	Regelungsinhalt	Auswirkungen/Folgen
<p>§ 1</p> <p>Zweck des Gesetzes</p>	<p>Grundlagen für Emissionshandel und Emissionsbepreisung</p> <p>Beitrag zur Erreichung nationaler Klimaschutzziele, Klimaneutralität 2050 und Ziele EU-Klimaschutzverordnung</p> <p>Abgrenzung von EU-EHS („soweit“)</p>	<p>nEHS neben EU-EHS</p>
<p>§ 2</p> <p>Anwendungsbereich</p>	<p>Emissionen aus aufgelisteten Brennstoffen im Anhang 1 (entspricht Energiesteuergesetz)</p> <p>Inverkehrbringen der Brennstoffe wie nach Energiesteuergesetz</p>	<p>neben Emissionen aus fossilen Brennstoffen sind auch die aus erneuerbaren Brennstoffen mitumfasst</p>
<p>§ 3</p> <p>Begriffsbestimmungen</p>	<p>Legaldefinitionen: Brennstoffemissionen, Emissionszertifikat, Verantwortlicher, EU-EHS, EU-KlimaSchV, Handelsperiode, Kombinierte Nomenklatur, Überwachungsplan, Treibhausgase, EnergieStG</p> <p>Emissionszertifikat: das Zertifikat, das zur Emission einer Tonne Treibhausgase in Tonnen Kohlendioxidäquivalent in einem bestimmten Zeitraum berechtigt;</p> <p>Verantwortlicher: die natürliche oder juristische Person oder Personengesellschaft, die für die Tatbestände nach § 2 Absatz 2 als Steuerschuldner definiert ist, auch wenn sich ein Verfahren der Steuerbefreiung anschließt</p>	<p>nEHS adressiert Inverkehrbringer der Brennstoffe und damit weder Verbraucher noch Hersteller (Verursacher der Emission)</p> <p>Gesetzgeber geht davon aus, dass Verantwortlicher Mehrbelastung an Verbraucher weitergibt</p> <p>Inverkehrbringer kann Verwendung im EU-EHS Bereich aber nicht ausschließen (Doppelbelastung droht)</p> <p>Emissionszertifikat als Wertpapier</p>
<p>§ 4</p> <p>Jährliche Emissionsmengen</p>	<p>Festlegung der Menge an Brennstoffemissionen für jedes Kalenderjahr einer Handelsperiode (jährliche Emissionsmenge „Cap“) durch BReg</p> <p>Gewährleistung der Einhaltung der Mindestungsverpflichtung der Art. 4 Abs. 1 iVm Anhang 1 der EU-KlimaSchV (im Jahr 2030 – 38%)</p> <p>Berechnung des Cap: Emissionszuweisung für Deutschland nach Art. 4 Abs. 1 iVm. Anhang I EU-KlimaSchV * (Anteil der Non-EHS-Brennstoffemissionen/gesamten Non-EHS-Emissionen Deutschlands im Durchschnitt des 5. - 3. Jahres vor Handelsperiode)</p> <p>Erhöhung der jährlichen Emissionsmenge um Menge an Emissionen, die sowohl unter BEHG-E als auch TEHG fallen</p>	<p>Berechnung des Cap unter Trennung von Non-EU-EHS-Brennstoffen und EU-EHS-Brennstoffen schwierig; BEHG-E sieht hierfür VO durch BReg vor</p> <p>Doppelbelastung nicht ausgeschlossen = Cap soll daher erhöht werden</p>

<p>§ 5</p> <p>Flexibilisierungsinstrumente nach der EU-Klimaschutzverordnung</p>	<p>Während Einführungsphase und Anwendung des Preiskorridors wird Bedarf an Emissionszertifikaten durch Flexibilisierungsmöglichkeiten nach EU-KlimaSchV gedeckt, soweit jährl. Emissionsmenge überschritten und Jahresmenge EU-KlimaSchV nicht eingehalten werden</p>	<p>Einführungsphase und Preiskorridorphase durch Flexibilisierungsinstrumente de facto ohne Cap</p>
<p>§ 6</p> <p>Überwachungsplan; vereinfachter Überwachungsplan</p>	<p>Genehmigungsbedürftiger Überwachungsplan ist durch Verantwortlichen einzureichen</p> <p>Vereinfachter Überwachungsplan bei Verwendung von Standardemissionsfaktoren</p>	<p>Mehraufwand für Unternehmen und Behörde</p> <p>Standardemissionsfaktoren sind noch durch VO zu bestimmen</p>
<p>§ 7</p> <p>Ermittlung und Bericht über Brennstoffemissionen</p>	<p>Brennstoffemission sind für jedes Kalenderjahr auf Grundlage des Ü-Planes zu ermitteln und der zust. Behörde zu berichten</p> <p>Angaben im Emissionsbericht müssen von Prüfstelle verifiziert werden (Auditierungsverfahren)</p> <p>Doppelbelastung durch Einsatz von Brennstoff in emissionshandelspflichtiger Anlage (EU-EHS) zu vermeiden; Verfahren zum Abziehen solcher Emissionen durch VO der BReg zu bestimmen</p>	<p>Unklar, ob und inwieweit abzugsfähige Emissionen bestimmt werden können</p>
<p>§ 8</p> <p>Abgabe von Emissionszertifikaten</p>	<p>Zertifikate in Höhe der berichteten Gesamtmenge abzugeben</p>	
<p>§ 9</p> <p>Emissionszertifikate</p>	<p>Zertifikat mit Zuweisung zu Handelsperiode und Kalenderjahr</p> <p>Zertifikate in Einführungsphase nur für Kalenderjahr gültig</p> <p>Übertragung der Zertifikate möglich durch Einigung und Eintragung im Emissionshandelsregister</p>	<p>Zertifikatehandel in Einführungsphase nicht ausgeschlossen, aber wegen Festpreis und mangels Cap obsolet</p>
<p>§ 10</p> <p>Veräußerung von Emissionszertifikaten</p>	<p>Veräußerung der Zertifikate durch zust. Behörde in Höhe der jährl. Emissionsmenge nach § 4 Abs. 1 und 3 + zusätzlicher Bedarf nach Einführungsphase</p> <p>Bis 2026 Veräußerung zum Festpreis; danach Versteigerung</p> <p>Von 2021 bis 2025 steigender Festpreis von 10 auf 35 EUR</p> <p>Für erste Versteigerung im Jahr 2026 Preiskorridor von 35-60 EUR</p> <p>Einzelheiten zur Versteigerung und Veräußerung nach Festpreis durch VO der BReg</p> <p>Erlöse aus Veräußerung stehen Bund zu</p>	<p>Einführungsphase im Grunde ohne Cap</p> <p>Festpreis ohne nennenswerte Anreize zur Investition in emissionsreduzierende Technologien</p> <p>Erlöse sind nicht zweckgebunden</p>

<p>§ 11 Ausgleich indirekter Belastungen</p>	<p>Indirekte Belastungen durch nEHS, die zu unzumutbaren Härten führen, werden ausgeglichen</p> <p>Bis zu 20 % der betriebswirtschaftlichen Gesamtkosten stellen keine unzumutbare Härte dar</p> <p>BReg erlässt VO zu erforderlichen Maßnahmen gegen Carbon Leakage</p>	<p>Verfahren und Anforderungen der Kompensationen bei Mehrbelastung unklar</p>
<p>§ 12 Nationales Emissionshandelsregister</p>	<p>Einführung eines nationalen Emissionshandelsregisters als Datenbank bei zust. Behörde</p>	<p>Aufbau eines Verwaltungsapparates bzw. Erweiterung der Emissionshandelsstelle</p>
<p>§ 13 Zuständigkeiten</p>	<p>Zust. Behörde ist UBA</p>	
<p>§ 14 Überwachung, Datenübermittlung</p>	<p>Überwachung durch UBA</p>	
<p>§ 15 Prüfstellen</p>	<p>Nicht relevant</p>	
<p>§ 16 Gebühren für individuell zurechenbare öffentliche Leistungen</p>	<p>Eröffnung und Verwaltung des Personen- oder Händlerkontos im Emissionshandelsregister von Beginn an gebührenpflichtig</p>	<p>Unklar, ob Gebühren in Einführungsphase mit Gegenleistung versehen sind, da Handel obsolet ist</p> <p>Gebühren dürfen nicht als Finanzierungsmittel zum Aufbau der Emissionshandelsstelle genutzt werden</p>
<p>§ 17 Elektronische Kommunikation</p>	<p>Nicht relevant</p>	
<p>§ 18 Änderung der Identität oder Rechtsform des Verantwortlichen</p>	<p>Nicht relevant</p>	
<p>§ 19 Ausschluss der aufschiebenden Wirkung</p>	<p>Nicht relevant</p>	
<p>§ 20 Durchsetzung der Berichtspflicht</p>	<p>Nicht relevant</p>	
<p>§ 21 Durchsetzung der Abgabepflicht</p>	<p>Nicht relevant</p>	
<p>§ 22 Bußgeldvorschriften</p>	<p>Nicht relevant</p>	

<p>§ 23 Erfahrungsbericht</p>	<p>Evaluierungsbericht an Bundestag bis zum 30. November 2022 sowie bis zum 30. November 2024</p> <p>Möglichkeit der Anpassung von Festpreis und Preiskorridor</p> <p>Fortführung des Preiskorridors bei der Versteigerung ausdrücklich möglich; entsprechender Vorschlag ist bis 2025 vorzulegen</p>	<p>Erweiterung des Preiskorridors geht letztlich mit fehlender Emissionsobergrenze einher; vgl. § 10 BEHG-E</p>
<p>§ 24 Inkrafttreten</p>	<p>Nicht relevant</p>	