

20. Wahlperiode



Deutscher Bundestag

Ausschuss für Klimaschutz und  
Energie

Ausschussdrucksache **20(25)770**

13.01.2025

---

## **Stellungnahme**

Verband kommunaler Unternehmen e.V.

---

Gesetzentwurf der Bundesregierung  
**Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung des  
Treibhausgas-Emissionshandelsgesetzes an die  
Änderung der Richtlinie 20023/87/EG  
(TEHG-Europarechtsanpassungsgesetz 2024)**  
BT-Drucksachen 20/13585, 20/13962

Dem Ausschuss ist das vorliegende Dokument in nicht barrierefreier Form zugeleitet worden.

**Siehe Anlage**

---

## Stärkung des Emissionshandels als Leitinstrument im Klimaschutz

### Unsere Ziele

- Rechtssicherheit schaffen durch zügige Umsetzung des TEHG
- Administrativen Aufwand beim Wechsel vom BEHG ins EU-EHS 2 minimieren
- Kein Parallelbetrieb von BEHG und EU-EHS 2: Nationaler Emissionshandel muss vollständig im EU-EHS 2 aufgehen
- Anerkennung der vollständigen Biogenität für Klärschlamm im EU-EHS 2 analog zum BEHG
- Keine nationalen Sonderwege: Einseitiger und vorzeitiger Opt-in deutscher Abfallverbrennungsanlagen in den bestehenden europäischen Emissionshandel 1 ist abzulehnen

Der VKU unterstützt das Ziel der EU-Klimaneutralität. Dabei kommt dem Emissionshandelssystem der Europäischen Union (EU-EHS) als übergeordnetes, umweltwirksames und kosteneffizientes Klimainstrument eine wichtige Funktion zu. Der Emissionshandel ist ein treffsicheres Instrument zum Klimaschutz: Von 2005 bis 2023 konnten über das etablierte EU-EHS 1 für ortsfeste Anlagen 44 Prozent der Emissionen in Deutschland reduziert werden.

Als Inverkehrbringer von Brennstoffen sind kommunale Unternehmen auch im nationalen Emissionshandelssystem verpflichtet und vom Übergang in den europäischen Brennstoffemissionshandel (EU-EHS 2) ab 2027 stark von der Novellierung des Treibhausgas-Emissionshandelsgesetzes (TEHG) sowie der damit verbundenen Anpassung des Brennstoffemissionshandelsgesetzes (BEHG) betroffen. Für einen

reibungslosen Ablauf und eine sorgfältige Vorbereitung des Wechselprozesses bedarf es zwingend Rechtssicherheit.

Der Übergang zum europäischen EU-EHS 2 ist für die Unternehmen mit einer Reihe zusätzlicher Pflichten verknüpft, die parallel zu den bestehenden Pflichten im Rahmen des BEHG geleistet werden müssen. Die Anpassung des TEHG an geltendes EU-Recht sollte daher zügig erfolgen.

# 44 %

Rückgang der Emissionen deutscher Anlagen  
im EU-EHS 1 von 2005-2023

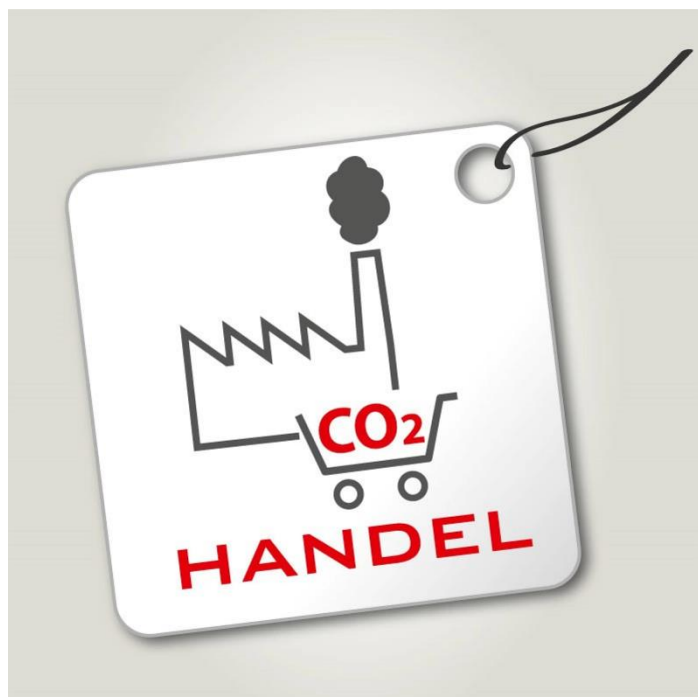
Quelle: DEHSt 2024

Wichtig ist hierbei, den **administrativen Aufwand** für die Verpflichteten im Rahmen des nationalen Emissionshandels (BEHG) beim Übergang in das neue europäische System EU-EHS 2 zu

**minimieren.** Etablierte nationale Verwaltungsstrukturen sollten möglichst weiter genutzt werden können.

Die **geltende Preisregelung** im BEHG für das Jahr 2026 sollte dabei nicht verändert werden. In der Erdgaswirtschaft sind mehrjährige Festpreisverträge mit Haushalts- und mit Gewerbekunden üblich. Erdgasliefermengen für das Jahr 2026 sind bereits kontrahiert. In Bezug auf den CO<sub>2</sub>-Preis anpassbare Endkundenverträge sind im Rechtsverkehr mit kleineren und mittleren Gewerbekunden und erst Recht mit Haushaltskunden weder üblich noch im Falle von Verträgen mit Haushaltskunden nach den hierfür geltenden gesetzlichen Vorgaben umsetzbar. Eine Änderung der CO<sub>2</sub>-Kosten für das Jahr 2026 würde daher unweigerlich zu **wirtschaftlichen Schäden bei den Betroffenen** führen.

**Ein europäisches Emissionshandelssystem muss für die einbezogenen Sektoren die nationalen Systeme vollständig ersetzen. Das BEHG muss dabei vollständig im EU-EHS 2 aufgehen.** Neben zwei europäischen Emissionshandelssystemen hat ein nationaler Brennstoffemissionshandel keinen Raum mehr. Langfristig sollte das Ziel sein, die parallelen Systeme der CO<sub>2</sub>-Bepreisung zusammenzuführen und einen sektorübergreifenden und international anschlussfähigen Markt für CO<sub>2</sub>-Emissionen zu schaffen.



Im Übergang vom BEHG zum EU-EHS 2 sollte die **Anerkennung der vollständigen Biogenität für Klärschlamm** übernommen werden. Es bedarf einer eindeutigen Klarstellung, dass Klärschlammverbrennungsanlagen unterhalb von 20 MW nicht vom Anwendungsbereich des TEHG betroffen sind. Die aufgrund der Klärschlammverordnung gesetzlich verpflichtende Verbrennung von Klärschlamm muss

aufgrund seines biogenen Anteils weiterhin von CO<sub>2</sub>-Kosten befreit bleiben. Das sieht auch der nationale Emissionshandel gemäß BEHG vor und sollte im TEHG 1:1 übernommen werden. In dem Zusammenhang sollte eine Vereinfachung der Erhebung der Emissionen erfolgen, um den Verwaltungsaufwand für die Anlagenbetreiber zu reduzieren. Bei Bejahung einer hundertprozentigen Biogenität beim eingesetzten Brennstoff sollte daher auf die detaillierte Ermittlung der Emissionen verzichtet werden.

Die kommunale Entsorgungswirtschaft nimmt den gesetzlichen Auftrag der Gewährleistung von Entsorgungssicherheit für Haushalts- und Siedlungsabfälle wahr und betreibt zu diesem Zweck vielerorts Anlagen der thermischen Abfallbehandlung. Die Einbeziehung der thermischen Abfallbehandlung von Siedlungsabfällen in den Anwendungsbereich des BEHG ab 2024 hat bereits zu **Gebührenerhöhungen in der Größenordnung von drei bis fünf Prozent** und zudem zu erheblichen Rechtsunsicherheiten und -streitigkeiten im Verhältnis zwischen Anlagenbetreibern einerseits und Abfallanlieferern und Wärmeabnehmern andererseits geführt. Die Weiterentwicklung des Emissionshandelsrechts hat vor diesem Hintergrund erhebliche Bedeutung für die kommunale Abfallwirtschaft sowie die Abfallgebührenzahler.

Nationale Alleingänge im Klimaschutzrecht schwächen den Wirtschaftsstandort und untergraben die Akzeptanz der Klimaschutzpolitik. Den deutschen Sonderweg zum **nationalen Opt-In, d.h. die einseitige Ausweitung des europäischen Emissionshandels 1 auf deutsche Abfallverbrennungsanlagen ab 2027**, lehnt die Kommunalwirtschaft strikt ab. Ein solcher Schritt ist mit **zahlreichen Risiken** verbunden. So könnten Abfälle vermehrt klimaschädlich deponiert oder in günstigere Drittländer exportiert werden. In jedem Fall würden deutsche Anlagen durch eine vorzeitige und einseitige Einbeziehung einen massiven Wettbewerbsnachteil erleiden.

## VKU

Invalidenstraße 91  
10115 Berlin

Bildnachweis: Trueffelpix/stock.adobe.com

Prof. Dr. Walter Frenz, *Maitre en Droit Public*, und Rechtsanwalt Dr. Holger Thärichen\*

# „Opt-in“ in den europäischen Emissionshandel für deutsche Abfallverbrennungsanlagen?

## Eine kritische Betrachtung des TEHG-Europarechtsanpassungsgesetzes 2024

*Mittlerweile wird auch die thermische Abfallbehandlung über das BEHG mit CO<sub>2</sub>-Zertifikatkosten belastet. Auf EU-Ebene wird 2026 eine Einbeziehung in das klassische EU-System ETS I ab 2028 geprüft. Nunmehr will der nationale Gesetzgeber deutsche Abfallverbrennungsanlagen schon 2027 in das TEHG und damit den ETS I einbeziehen. Liegt darin ein Verstoß gegen die effektive Zielrealisierung bei Richtlinien? Wie verträgt sich dieser Ansatz mit der stärkeren Ausrichtung auf den Binnenmarkt und der – auch von der Bundesregierung befürworteten – Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit der Wirtschaft nach den Schlussfolgerungen des Europäischen Rates vom 27.6.2024?*

### I. Einleitung

Die Frage, ob die Belastung der fossilen CO<sub>2</sub>-Emissionen aus der thermischen Abfallbehandlung mit Zertifikatkosten im Rahmen eines Emissionshandelssystems einen sinnvollen Beitrag für den Klimaschutz leisten kann, wird seit einiger Zeit kontrovers diskutiert. Mit Beginn des Jahres 2024 wurde die thermische Abfallbehandlung in den Anwendungsbereich des nationalen Emissionshandelssystems (nEHS) nach dem Brennstoffemissionshandelsgesetz (BEHG)<sup>1</sup> einbezogen. Dieser Schritt war bereits nicht durch europäische Vorgaben veranlasst, sondern allein Ergebnis nationaler politischer Entscheidungen. Mit der anstehenden Ablösung des nationalen Brennstoffemissionshandels durch das europäische Emissionshandelssystem II (ETS II) steht die Frage im Raum, wie es mit der Bepreisung fossiler CO<sub>2</sub>-Emissionen aus der thermischen Abfallbehandlung weitergeht, da im ETS II für die Abfallverbrennung kein Raum sein wird. Die Bundesregierung strebt hierzu in ihrem Entwurf eines TEHG-Europarechtsanpassungsgesetzes 2024<sup>2</sup> vom 7.10.2024 eine Einbeziehung der Abfallverbrennung in den EU-ETS I bereits zum Jahr 2027 an und will zu diesem Zweck vom In-

strument der unilateralen Ausweitung („Opt-in“) nach Art. 24 der EU-Emissionshandelsrichtlinie<sup>3</sup> Gebrauch machen.

Dies wirft zum einen – erneut – die Fragen auf, ob eine Bepreisung der fossilen CO<sub>2</sub>-Emissionen aus der thermischen Abfallbehandlung dem Klimaschutz dient und ob ein solcher Schritt, angesichts der grundsätzlichen Geltung der Binnenmarktfreiheiten auch für Abfälle<sup>4</sup>, im nationalen Rahmen gegangen werden sollte. Darüber hinaus geht es aber auch um eine brisante Frage des Unionsrechts, denn ein deutsches Opt-in für die Abfallverbrennung hätte zwei parallel durchzuführende Prüfungsverfahren der Europäischen Kommission zur Folge: So müsste einerseits die Kommission über die Zulässigkeit des deutschen Opt-in ab 2027 selbst entscheiden, andererseits aber infolge des Prüfauftrags nach Art. 30 Abs. 7 der Richtlinie zur Reform des Europäischen Emissionshandelssystems<sup>5</sup> weiterhin auch über die Frage, ob Anlagen für die Verbrennung von Siedlungsabfällen ab 2028 grundsätzlich in den ETS I aufgenommen werden sollten. Die unionsrechtlichen Prüfprogramme für die beiden Fragestellungen – nationales Opt-in und europaweite Ausweitung des ETS I auf die Abfallverbrennung – weisen dabei zahlreiche Überschneidungen, aber auch Unterschiede auf. Vor diesem Hintergrund stellt sich nicht nur die Frage der Sinnhaftigkeit einer nationalen Sonderregelung, sondern auch die Frage einer europarechtlichen Bewertung eines deutschen Opt-in-Antrags parallel zur Prüfung der betreffenden Grundsatzfrage einer Ausweitung des ETS I auf die Abfallverbrennung durch die Kommission.

### II. Die thermische Abfallbehandlung im nationalen Emissionshandel

#### 1. Ausweitung des BEHG als Systembruch

Es ist zunächst daran zu erinnern, dass zur Einbeziehung von Abfällen in den Anwendungsbereich des nationalen Emissionshandels nach dem BEHG (nEHS) ein gesetzestechnischer Kunstgriff erforderlich war. Denn vom Ausgangs-

\* Prof. Dr. Walter Frenz lehrt an der RWTH Aachen University, Dr. Holger Thärichen ist Geschäftsführer der Sparte Abfallwirtschaft und Stadtsauberkeit im Verband kommunaler Unternehmen VKU und gibt in diesem Beitrag seine persönliche Meinung wieder.

1 Brennstoffemissionshandelsgesetz vom 12.12.2019 (BGBl. I S. 2728), das zuletzt durch Art. 7 des Gesetzes vom 22.12.2023 (BGBl. 2023 I Nr. 412) geändert worden ist.

2 Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung des Treibhausgas-Emissionshandelsgesetzes an die Änderung der Richtlinie 2003/87/EG.

3 Richtlinie 2003/87/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.10.2003 über ein System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten in der Gemeinschaft und zur Änderung der Richtlinie 96/61/EG des Rates, ABl. 2003, L 275, 25.10.2003, S. 32.

4 EuGH, Urteil vom 9.6.1992 – Rs. C-2/90 (Wallonien), Slg. 1992, I-4431.

5 Richtlinie (EU) 2023/959 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10.5.2023, ABl. 2023, L 130, 16.5.2023, S. 134.

punkt galt das BEHG nur für „Energieerzeugnisse“ im Sinne des Energiesteuerrechts und fand daher auf Abfälle keine Anwendung.<sup>6</sup> Zudem belastet der nationale Emissionshandel als Upstream-Emissionshandelssystem grundsätzlich das Inverkehrbringen von Brennstoffen und nicht den CO<sub>2</sub>-Ausstoß, der für ein Downstream-Emissionshandelssystem kennzeichnend ist.<sup>7</sup> Mit der Neuregelung des § 2 Abs. 2a BEHG hat der Gesetzgeber allerdings die Fiktion begründet, dass Abfälle als in Verkehr gebracht gelten, wenn sie in Abfallverbrennungsanlagen verwendet werden. Zudem wurde für Abfälle der Anlagenbetreiber als Verantwortlicher bestimmt (§ 3 Nr. c) BEHG). Faktisch hat damit der Gesetzgeber des BEHG innerhalb eines Emissionshandelsystems für Brennstoffe eigens für Abfälle einen anlagenbezogenen Emissionshandel implementiert,<sup>8</sup> womit ein bruchloser Übergang in die europäische Emissionshandelsystematik von vornherein verbaut war und nunmehr weitere Kunstgriffe – wie eben das vorgreifliche Opt-in aus dem nEHS in den ETS I – provoziert werden.

## 2. Zweifelhafte Lenkungswirkung

Mehrheitlich kritisch wird die Frage beurteilt, ob der Emissionshandel bei der Abfallverbrennung eine klimaschützende Lenkungswirkung entfalten kann.<sup>9</sup> Die Kritik lässt sich dahingehend zusammenfassen, dass Abfälle regulatorisch nicht mit fossilen Brennstoffen wie Kohle, Gas und Öl auf eine Stufe gestellt werden dürfen. Denn Abfälle werden nicht als „Brennstoffe“ produziert, um Energie zu erzeugen, sondern sie fallen bei Produktions- und Konsumtionsprozessen an und müssen ordnungsgemäß sowie schadlos entsorgt werden. Ein monetär induziertes „Ausweichen“ auf andere, erneuerbare Energieträger kommt damit namentlich für die Betreiber von thermischen Abfallbehandlungsanlagen von vornherein nicht in Betracht. Mit anderen Worten mutieren Abfälle nicht schon dadurch zu fossilen Brennstoffen im Sinne des Emissionshandelsrechts, weil bei der Verbrennung auch ihr Energiepotenzial genutzt wird.

Ein weiteres Problem besteht darin, dass eine Belastung der thermischen Abfallbehandlung mit Zertifikatkosten nicht mit den Steuerungszielen des Kreislaufwirtschaftsrechts kompatibel ist. Zwar ist die energetische gegenüber der stofflichen Verwertung nachrangig (s. § 6 Abs. 1 KrWG in Umsetzung von Art. 4 Abs. 1 RL 2008/98/EG), hat aber als solche einen legitimen Stellenwert in der Abfallbewirtschaftung und ist gerade zur Neutralisierung von Schadstoffen zur Erfüllung der staatlichen Schutzpflicht für Leben und Gesundheit nach Art. 2 Abs. 2 GG unverzichtbar.<sup>10</sup> Es ist im Übrigen gerade das gut ausgebaute Netz an Abfallverbrennungsanlagen, das Deutschland im Jahr 2005 die Beendigung der Deponierung von unbehandelten Siedlungsabfällen ermöglicht und so die Abfallwirtschaft zum erfolgreichsten Sektor bei der Reduzierung von Treibhausgasen gemacht hat. Im Vergleich zu allen übrigen Quellsektoren

konnten die Treibhausgasemissionen seit 1990 im CRF-Sektor 5 („Abfall und Sonstiges“) am stärksten reduziert werden. Die Emissionen sanken in Deutschland von rund 41,2 Millionen Tonnen CO<sub>2</sub>e im Jahr 1990 auf 4,3 Millionen Tonnen CO<sub>2</sub>e im Jahr 2022, was eine Reduzierung um rund 90 % bedeutet.<sup>11</sup> Dieser Erfolg ist insbesondere dem Rückgang deponiestämmiger Methanemissionen zu verdanken, die bekanntlich eine besonders hohe Klimarelevanz haben. Vor diesem Hintergrund mutet es paradox an, dass gerade diejenige Technologie, die in Deutschland einen der größten Erfolge bei der Bekämpfung des Klimawandels ermöglicht hat, nunmehr selbst in den Fokus des Emissionshandelsrechts geraten ist. Eine besondere Brisanz hat das Verhältnis von Abfalldeponierung und thermischer Abfallbehandlung im europäischen Kontext, worauf zurückzukommen sein wird.

Ein Argument für die Einbeziehung der thermischen Abfallbehandlung in den Emissionshandel lautet, dass durch die Verteuerung der Abfallverbrennung die Abfallgebühren steigen würden und so die Abfallerzeuger den Anreiz erhielten, im Sinne des Vermeidungsprinzips weniger Abfälle zu produzieren. Dieses Argument geht aus verschiedenen Gründen fehl. Zwar hat bereits die Einbeziehung der thermischen Abfallbehandlung in den Anwendungsbereich des BEHG zu Beginn des Jahres 2024 nach Erkenntnissen des VKU zu durchschnittlichen Gebührenerhöhungen von 3–5 % geführt. Um eine Verhaltenslenkung auszulösen, sind solche Gebührenerhöhungen aber wiederum zu gering.<sup>12</sup> Zu

6 Ausführlich hierzu *Frenz/Schink/Ley*, Brennstoffemissionshandel für Abfälle?, Müll und Abfall 2020, 544 ff.; *dies.*, Abfälle als Brennstoffe nach dem BEHG?, AbfallR 2020, 166 ff., 223 ff.; ähnlich auch *Oexle/Lammers*, (Un-)Anwendbarkeit des Brennstoffemissionshandelsgesetzes auf Abfälle, KlimR 4/2022, 108 ff., nach denen Abfälle nach der vormaligen Fassung des BEHG nicht „in Verkehr gebracht“ werden konnten.

7 *Frenz*, Grundzüge des Klimaschutzrechts, 3. Aufl. 2023, Rn. 831.

8 Kritisch insoweit auch *Thärichen*, Grundzüge des Abfall- und Kreislaufwirtschaftsrechts, 2. Aufl. 2024, Rn. 482.

9 S. zur Kritik der Einbeziehung der Abfallverbrennung in den Emissionshandel ausführlich *Thärichen*, Emissionshandel als Instrument für Kreislaufwirtschaft und Klimaschutz?, ZUR 2023, 77 ff.; *Thärichen*, Auswirkungen des Emissionshandelsrechts auf die Abfallwirtschaft, in: *Doumet/Friedrich/Lemperle*, Kreislauf – Wirtschaft – Recht, Festschrift für Frank Petersen, 2023, S. 157 ff.; ebenso und ausführlich *Frenz/Schink/Ley*, in: *Frenz*, Klimaschutzrecht – Gesamtkommentar, 2. Aufl. 2022, Ausblick: Einbeziehung von Abfällen in das BEHG?, S. 1080 ff.; *Frenz*, Abfallverbrennung – Klimaschutz – Gesundheitsschutz, Müll und Abfall 2022, 147 ff.; *Frenz/Beckmann*, Aktuelles Kreislaufwirtschaftsrecht und Ausblick für Deutschland sowie die EU, AbfallR 2022, 178 (184 f.); ähnlich *Ehrmann*, Die Einbeziehung der Abfallverbrennung in den Emissionshandel, AbfallR 2023, 121 (124, 126 f.); zur fehlenden Lenkungswirkung auch *Kaphahn/Feikus/Quicker*, Nationaler Emissionshandel für die Abfallverbrennung, Müll und Abfall 2024, 176 (184 f.).

10 *Frenz*, Abfallverbrennung – Klimaschutz – Gesundheitsschutz, Müll und Abfall 2022, 147 (148).

11 Statusbericht der deutschen Kreislaufwirtschaft 2024, S. 200.

12 So auch *Kaphahn/Feikus/Quicker*, Nationaler Emissionshandel für die Abfallverbrennung, Müll und Abfall 2024, 176 (184 f.).

bedenken ist auch, dass namentlich Miethaushalte keinen monetären Bezug zu ihrer individuellen Abfallmenge haben und die Höhe ihrer Abfallgebühr häufig nicht kennen. Wären die zertifikatkostenbedingten Gebührenerhöhungen hingegen spürbar, so wäre keinesfalls ausgemacht, dass zur Vermeidung der höheren Abfallgebühren Strategien der Abfallvermeidung und des Konsumverzichts gewählt würden. Viel wahrscheinlicher wären Fehllenkungen der Restabfälle in Richtung der kostenlosen Wertstofftonnen und vermehrte illegale Abfallablagerungen. Die Gleichung „höhere Verbrennungskosten = mehr Abfallvermeidung“ geht in der Lebenswirklichkeit nicht auf.

### 3. Gravierende Umsetzungsprobleme

Aufgrund der Entscheidung des nationalen Gesetzgebers, die thermische Behandlung in den Anwendungsbereich des BEHG einzubeziehen, konnten bereits eine ganze Reihe von praktischen Problemen identifiziert werden, die durch die CO<sub>2</sub>-Bepreisung der Abfallverbrennung hervorgerufen werden. Hierzu gehört an erster Stelle, dass es sich bei Abfällen um sehr heterogene Stoffgemische mit höchst unterschiedlichen fossilen Anteilen handelt. Zwar stellt die EBeV 2030<sup>13</sup> in Anlage 2 Teil 5 bekanntlich Standardwerte zur Verfügung, die bspw. für die typischen Restabfälle (gemischte Siedlungsabfälle nach 20 03 01 AVV) im Jahr 2024 zu einem Preisaufschlag von ca. 18 Euro/t führen. Dieser Standardwert setzt jedoch den Emissionsfaktor für den normalen

Haushaltsabfall nach den bisher vorliegenden Erfahrungen und Analysen viel zu hoch an und benachteiligt damit insbesondere die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger.<sup>14</sup> Eine Messung der tatsächlich freigesetzten fossilen CO<sub>2</sub>-Emissionen bzw. entsprechende Analysen der angelieferten Abfälle, die nach der EBeV 2030 ebenfalls möglich sind, sind jedoch wiederum mit erheblichem Aufwand und Kosten verbunden.<sup>15</sup> Erhebliche Aufwendungen entstehen auch dann, wenn für spezifische Abfälle ein Fest- bzw. Literaturwert zur Anerkennung durch die Deutsche Emissionshandelsstelle (DEHSt) ermittelt wird, so z.B. für die Siebüberläufe aus der Bioabfallbehandlung.<sup>16</sup>

Das führt dazu, dass eine „verursachergerechte“ Zuordnung der Klimakosten zu den Abfallerzeugern in der Praxis nicht stattfindet. Dies kann im Übrigen auch durch Messverfahren (bspw. C14-Methode) nicht erreicht werden, da die am Schornstein einer Abfallverbrennungsanlagen gemessenen fossilen CO<sub>2</sub>-Emissionen nicht mehr einem bestimmten Abfalllieferanten, der Tage vorher seine Abfälle in den Bunker gekippt hat, zugeordnet werden können. Auch die EU-Monitoring-Verordnung trägt dem Charakter der Abfälle als heterogenem Stoffgemisch nicht Rechnung.<sup>17</sup>

Schließlich hat sich die rechtssichere Weitergabe der Zertifikatkosten in der Praxis als großes Problem herausgestellt. Grundsätzlich denkbar ist, dass die Emissionshandelskosten vom Anlagenbetreiber selbst getragen oder an die Abfalllieferanten bzw. an die Energieabnehmer weitergegeben werden. Da das BEHG zur Kostenweitergabe selbst keine Vorgaben macht, ist die Frage, wer letztendlich die Zertifikatkosten zu tragen hat, in der Praxis höchst umstritten und wird auch die Gerichte beschäftigen.<sup>18</sup> Wenn aber bei einem monetären Lenkungsinstrument wie dem CO<sub>2</sub>-Preis letztlich unklar bleibt, wer die Kosten zu tragen hat, müssen an der Effektivität und Zielgenauigkeit dieses Lenkungsinstruments erhebliche Zweifel angemeldet werden. Überdies erhöhen die Rechtsunsicherheiten hinsichtlich der Überwälzbarkeit abermals die Bürokratiekosten des Emissionshandels.

### 4. Wertungswidersprüche in der aktuellen Gesetzgebung

Mit der Einbeziehung der thermischen Abfallbehandlung in den Brennstoffemissionshandel hat der Gesetzgeber das Signal gesetzt, dass die thermische Abfallbehandlung in im Hinblick auf ihre CO<sub>2</sub>-Emissionen grundsätzlich zu überwindendes Entsorgungs- bzw. Energiegewinnungsverfahren sein soll, zumal die Zertifikatkosten ja kontinuierlich ansteigen sollen, bis irgendwann gar keine Zertifikate mehr erworben werden können. Eine ganz andere Wertung liegt hingegen dem Wärmeplanungsgesetz (WPG)<sup>19</sup> zugrunde, das in § 3 Abs. 4 Nr. 1 a) WPG die Wärme aus der thermischen Abfallbehandlung als „unvermeidbare Abwärme“ und damit als klimaneutral einstuft.<sup>20</sup> Ähnlich ist die Bun-

13 Emissionsberichterstattungsverordnung 2030 vom 21.12.2022 (BGBl. I S. 2868).

14 Nach verschiedenen Hausmüllanalysen und dem Gutachten von Pohl/Becker/Birnstengel/Zotz, Auswirkungen des nationalen Brennstoffemissionshandels auf die Abfallwirtschaft, Studie im Auftrag des BMUV, erstellt für BMWK, März 2022, liegt für Hausmüll der Emissionsfaktor ca. um 1/3 unter dem Standardwert der EBeV 2030 für gemischte Siedlungsabfälle. Die Ursache für diese Benachteiligung des Hausmülls liegt darin, dass in die betreffende Brennstoffkategorie auch die besonders kunststoffhaltigen gemischten Gewerbeabfälle mit hinein gerechnet worden sind.

15 Ausführlich dazu Kaphahn/Feikus/Quicker, Nationaler Emissionshandel für die Abfallverbrennung, Müll und Abfall 2024, 176 (180 ff.).

16 S. zu entsprechenden Bestrebungen Büscher/Weppel, CO<sub>2</sub>-Preisberechnung: Einstufung von Siebüberläufen aus der Bioabfallbehandlung, VKS NEWS 290, 11/2024, S. 11 ff.

17 S. Circular Economy 5/2024, S. 14 (15).

18 S. hierzu im Einzelnen Gruneberg/Reiche/Strausfeld, Das Brennstoffemissionshandelsgesetz ist da – wer trägt die Kosten?, VKS NEWS 281, 12/2023-01/2024, S. 18 ff.; Gruneberg/Reiche/Strausfeld/Treder, Das Brennstoffemissionshandelsgesetz (BEHG) in Entsorgungsverträgen, Müll und Abfall 2024, 462 ff.

19 Wärmeplanungsgesetz vom 20.12.2023 (BGBl. 2023 I Nr. 394).

20 S. zum Wärmeplanungsgesetz im Einzelnen Tejkl/Sauter, Das neue Wärmeplanungsgesetz – der langersehnte Katalysator für die Wärmewende?, EnWZ 2023, 403 ff.; Radimeczky-Krekel/Hentschel/von Schack, Das Wärmeplanungsgesetz – ein zentraler Baustein der Wärmewende, ZUR 2024, 269 ff.

desregierung in ihrer Carbon Management-Strategie vorgegangen, in der die CO<sub>2</sub>-Emissionen aus der thermischen Abfallbehandlung als unvermeidbare Restemissionen qualifiziert werden, weshalb gerade auch bei der thermischen Abfallbehandlung Technologien der CO<sub>2</sub>-Abscheidung wie Carbon Capture and Storage (CCS) und Carbon Capture and Utilization (CCU) zur Anwendung kommen sollen.<sup>21</sup> Damit wird also im Ergebnis durch das BEHG ein Verbrennungsprozess, nämlich die Abfallverbrennung, mit CO<sub>2</sub>-Kosten belastet, dessen Wärme wie auch dessen Emissionen an anderer Stelle als unvermeidbar bewertet werden. Wenn aber die thermische Abfallbehandlung zur Gewährleistung der Entsorgungssicherheit – zu Recht – als unvermeidbar eingeordnet wird, ist der Sinn ihrer CO<sub>2</sub>-Bepreisung von vornherein zweifelhaft. Hier offenbaren sich erhebliche Widersprüche des nationalen Gesetzgebers bei der Bestimmung des Stellenwerts der thermischen Abfallbehandlung in einer zu dekarbonisierenden Volkswirtschaft.

### III. Verlagerung deutscher Abfallverbrennungsanlagen in den ETS I?

#### 1. Die europäische Diskussion um die Abfallverbrennung

Ähnlich umstritten wie in Deutschland ist die – etwaige – Einbeziehung der thermischen Abfallbehandlung in den Emissionshandel auf europäischer Ebene. So waren nach der EU-Emissionshandelsrichtlinie bislang Anlagen zur Verbrennung von gefährlichen Abfällen oder von Siedlungsabfällen explizit vom Anwendungsbereich ausgenommen.<sup>22</sup> Auf nationaler Ebene ist dieser Anwendungsausschluss durch § 2 Abs. 5 Nr. 3 TEHG<sup>23</sup> nachvollzogen worden, stattdessen erfolgte 2024 die Aufnahme in den nationalen Brennstoffemissionshandel. Bei der jüngsten Reform der Emissionshandelsrichtlinie wollte die Kommission an dieser Bereichsausnahme auch nichts ändern, die schließlich verabschiedete Richtlinie ist insoweit ein Kompromiss, der in den Trilogverhandlungen mit Parlament und Rat erarbeitet wurde.<sup>24</sup> Im Kern sieht der gefundene Kompromiss einen Prüfungsauftrag an die Kommission über eine mögliche Erstreckung des ETS I auf die thermische Abfallbehandlung vor, wobei die betreffende Richtlinienbestimmung zahlreiche Kriterien benennt, die bei der Folgenabschätzung durch die Kommission berücksichtigt werden müssen.

Nach Art. 30 Abs. 7 der Richtlinie (EU) 2023/959 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10.5.2023<sup>25</sup> legt die EU-Kommission dem europäischen Parlament und dem Rat bis zum 31.7.2026 einen Bericht vor, in dem sie die Durchführbarkeit einer Aufnahme von Anlagen für die Verbrennung von Siedlungsabfällen in das EU-ETS bewertet, auch im Hinblick auf ihre Aufnahme ab 2028 und mit einer Bewertung, ob einem Mitgliedstaat die Wahl zustehen müsste, bis zum 31.12.2030 auszusteigen. In diesem Zusammen-

hang berücksichtigt die Kommission u.a. die Bedeutung aller Sektoren, die zur Verringerung von Emissionen beitragen und die potenzielle Umlenkung auf die Entsorgung von Abfällen in Deponien in der Union und auf Abfallexporte in Drittländer. Darüber hinaus berücksichtigt die Kommission einschlägige Kriterien wie die Auswirkungen auf den Binnenmarkt, mögliche Wettbewerbsverzerrungen, die Umweltintegrität, die Angleichung an die Ziele der Richtlinie 2008/98/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie die Robustheit und Genauigkeit der Überwachung und Berechnung der Emissionen.

Die Kommission legt ggf. und unbeschadet des Art. 4 der genannten Richtlinie zusammen mit dem Bericht einen Legislativvorschlag vor, um die Bestimmungen dieses Kapitels auf Genehmigungen zur Emission von Treibhausgasen und die Zuteilung und Vergabe zusätzlicher Zertifikate für Anlagen für die Verbrennung von Siedlungsabfällen anzuwenden und eine mögliche Umlenkung von Abfällen zu verhindern. Schließlich prüft die Kommission auch die Möglichkeit, weitere Abfallbewirtschaftungsverfahren in das EU-ETS aufzunehmen, insbesondere Deponien, die Methan- und Stickstoffoxidemissionen in der Union verursachen.

Der von der Kommission vorzulegende Bericht kann mit Spannung erwartet werden. Die Schwierigkeit wird insbesondere darin bestehen, dem sehr unterschiedlichen abfallwirtschaftlichen Entwicklungsniveau in den einzelnen Mitgliedstaaten Rechnung zu tragen. Dabei ist zu beachten, dass in der EU noch rund 23 % der Siedlungsabfälle deponiert werden.<sup>26</sup> Hier haben sieben Mitgliedstaaten noch einen Anteil an deponierten Siedlungsabfällen von mehr als 50 %.<sup>27</sup> Zudem werden aktuell 16 Vertragsverletzungsverfahren gegen zwölf Mitgliedstaaten wegen Nichteinhaltung der Abfalldeponierichtlinie geführt.<sup>28</sup> Nach Art. 5 Abs. 5 der novel-

21 S. Eckpunkte der Bundesregierung für eine Carbon Management-Strategie v. 3.6.2024, BT-Drucks. 20/11585.

22 Richtlinie 2003/87/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.10.2003 über ein System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten in der Gemeinschaft und zur Änderung der Richtlinie 96/61/EG des Rates, ABl. 2003, L 275, 25.10.2003, S. 32, Anhang I Nr. 2.

23 Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz vom 21.7.2011 (BGBl. I S. 1475), das zuletzt durch Art. 18 des Gesetzes vom 10.8.2021 (BGBl. I S. 3436) geändert worden ist.

24 S. hierzu *Ehrmann*, Die Einbeziehung der Abfallverbrennung in den Emissionshandel, AbfallR 2023, 121 (124).

25 Richtlinie (EU) 2023/959 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10.5.2023 zur Änderung der Richtlinie 2003/87/EG über ein System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten in der Union und des Beschlusses (EU) 2015/1814 über die Einrichtung und Anwendung einer Marktstabilitätsreserve für das System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten in der Union, ABl. 2023, L 130, 16.5.2023, S. 134.

26 S. Statusbericht der deutschen Kreislaufwirtschaft 2024, S. 212.

27 Statusbericht der deutschen Kreislaufwirtschaft 2024, S. 212.

28 Statusbericht der deutschen Kreislaufwirtschaft 2024, S. 212.

lierten EU-Deponierichtlinie<sup>29</sup> treffen die Mitgliedstaaten alle erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass die Menge der auf Deponien abgelagerten Siedlungsabfälle bis 2035 auf höchstens 10 (Gewichts-)Prozent des gesamten Siedlungsabfallaufkommens verringert wird, wobei ein Mitgliedstaat die Frist für die Erreichung dieser Zielvorgabe um bis zu fünf Jahre unter bestimmten Voraussetzungen verlängern kann. Obwohl damit die EU-Deponierichtlinie noch in größerem Umfang die Deponierung von Siedlungsabfällen zulässt, werden selbst deren Vorgaben von zahlreichen Mitgliedstaaten nicht eingehalten.

Der wichtigste Beitrag, den die Abfallwirtschaft in Europa für den Klimaschutz leisten kann, wäre der konsequente Ausstieg aus der Deponierung von Siedlungsabfällen. Die Europäische Abfallwirtschaft ist aufgrund der deponiestämmigen Methan- und Lachgasemissionen für ca. 110 Mio. t CO<sub>2</sub>e verantwortlich.<sup>30</sup> Nach anderen Untersuchungen kann über eine deutlich stärkere Kreislaufführung und vor allem die Reduzierung der Deponierung auf ein notwendiges Minimum, indem alle nicht recyclingfähigen, aber brennbaren Abfälle einer thermischen Verwertung zugeführt werden, in Europa bis 2035 eine jährliche Emissionsreduktion von 296 Mio. t CO<sub>2</sub>e gegenüber dem Jahr 2018 erreicht werden.<sup>31</sup>

Vor diesem Hintergrund darf eine CO<sub>2</sub>-Bepreisung der Abfallverbrennung in der EU keinesfalls dazu führen, dass die Deponierung einen – zusätzlichen – Preis- und Wettbewerbsvorteil erhält. Im Gegenteil kann die EU die Siedlungsabfalldeponierung als umwelt- und klimaschädlichste Entsorgungsoption nur zurückdrängen, indem zusätzliche thermische Abfallbehandlungskapazitäten geschaffen werden. Eine CO<sub>2</sub>-Bepreisung der Abfallverbrennung könnte also nur erfolgen, wenn die Deponierung konsequent unterbunden und die Deponierichtlinie entsprechend verschärft wird oder deponiestämmige Methanemissionen ebenfalls, als CO<sub>2</sub>-Äquivalente, dem Emissionshandel unterworfen werden, wie dies im Prüfauftrag an die Kommission auch angesprochen wird. Die Vorlage eines entsprechenden Legislativvorschlags durch die Kommission bis Juli 2026 kann al-

so in jedem Fall als ein herausforderndes Unterfangen bezeichnet werden, wobei die Probleme drohender Abfallexporte in Drittländer und der Emissionsberechnung dabei noch gar nicht thematisiert wurden.

Auch auf europäischer Ebene wird dabei die Frage zu beantworten sein, ob ggf. ein Wertungswiderspruch zur Einstufung der Abwärme aus der thermischen Abfallbehandlung droht. Denn die Kommission hat in ihrer entsprechenden Guidance<sup>32</sup> die Abwärme aus der thermischen Abfallbehandlung unter bestimmten Voraussetzungen als grundsätzlich klimaneutral eingestuft, wie dies auch der deutschen Rechtslage entspricht. Sollte die Kommission im Jahr 2026 eine Ausweitung des ETS I auf Abfallverbrennungsanlagen befürworten, wäre dies mit dieser Abwärmequalifizierung nur schwer zu vereinbaren.

Effizienter könnte es im Sinne des Klimaschutzes sein, die Abfalldeponierung konsequent zurückzudrängen und die neu zu errichtenden thermischen Behandlungsanlagen von vornherein mit Aggregaten zur CO<sub>2</sub>-Abscheidung auszurüsten; einer Ausweitung des Emissionshandels bedürfte es dafür nicht. Auf nationaler Ebene befindet sich aktuell die Novelle des Kohlendioxid-Speicherungsgesetzes in der Verabschiedung<sup>33</sup> und die Schlussfolgerungen des Europäischen Rates vom 27.6.2024 stehen ebenso wie der G7-Gipfel in Turin Ende April 2024 dieser Sequestration sogar für Kohle offen gegenüber, indem sie kohlenstoffarme Lösungen befürworten<sup>34</sup> bzw. nur aus der unverminderten Kohleverstromung ausgestiegen werden soll.<sup>35</sup>

## 2. Das Opt-in nach dem TEHG-Europarechtsanpassungsgesetz 2024

Am 7.10.2024 hat das Bundeskabinett den Entwurf eines TEHG-Europarechtsanpassungsgesetzes 2024 beschlossen, mit dem die Änderungen der Richtlinie 2003/87/EG (Emissionshandelsrichtlinie) durch die Richtlinie (EU) 2023/959 in deutsches Recht umgesetzt und die Voraussetzungen für den neuen europäischen Brennstoffemissionshandel für die Sektoren Wärme und Verkehr (ETS II) geschaffen werden, der ab dem Jahr 2027 greifen soll. Die Entsorgungsbranche sah der Vorlage der Novelle mit Spannung entgegen, da der Gesetzgeber auch eine Lösung für die deutschen Abfallverbrennungsanlagen finden musste. Denn diese können nicht vom BEHG in den neuen ETS II übergehen und die Grundsatzentscheidung der Kommission über eine Einbeziehung der Abfallverbrennung in den ETS I steht noch aus.

Das Bundeskabinett hat nun – nachfolgend zum Referentenentwurf des BMWK vom 29.7.2024 – in § 52 des Entwurfs eine eigene Übergangsregelung für Abfallverbrennungsanlagen vorgesehen. Danach steht namentlich die Pflicht von Abfallverbrennungsanlagen zur Abgabe von Emissionszertifikaten ab dem 1.1.2027 unter der aufschiebenden Bedingung, dass die Europäische Kommission die

29 Richtlinie (EU) 2018/850 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30.5.2018 zur Änderung der Richtlinie 1999/31/EG über Abfalldeponien, ABl. 2018, L 150, 14.6.2018, S. 100.

30 The Climate Desk, Mögliche Auswirkungen eines EU-Klimaziels von -90 % für 2040 auf Deutschland, Gutachten v. 26.9.2024, S. 45.

31 Statusbericht der deutschen Kreislaufwirtschaft 2024, S. 209.

32 European Commission, Guidance on heating and cooling aspects in Articles 15a, 22a, 23 and 24 of Directive (EU) 2018/2001 on the promotion of the use of energy from renewable sources as amended by Directive (EU) 2023/2413 v. 2.9.2024, C(2024) 5043 final.

33 Dazu Frenz, Neuaufgabe der Kohlendioxidspeicherung – unionsrechtskonformes Allheilmittel für den Klimaschutz?, UPR 2024, 373 ff.

34 Schlussfolgerungen des Europäischen Rates v. 27.6.2024, EUCO 15/24, Anhang S. 19.

35 Frenz, Neuaufgabe der Kohlendioxidspeicherung – unionsrechtskonformes Allheilmittel für den Klimaschutz?, UPR 2024, 373 (375) m.w.N.



Billigung einer einseitigen Einbeziehung (sog. „Opt-in“) dieser Anlagen nach Art. 24 der EU-Emissionshandelsrichtlinie ab dem Jahr 2027 vor dem 1.1.2027 bekannt gibt. Sofern die Europäische Kommission die Billigungsentscheidung nach dem 31.12.2026 bekannt gibt, beginnt die Wirksamkeit der Einbeziehung dieser Anlagen ab dem 1. Januar des auf die Bekanntgabe der Billigungsentscheidung folgenden Kalenderjahres. Zugleich ist auch Vorsorge für den Fall getroffen worden, dass die Kommission das Opt-in nicht billigt. Gemäß § 23a BEHG-Entwurf ist dann ein Verbleib der Abfallverbrennungsanlagen in der CO<sub>2</sub>-Bepreisung nach § 8 BEHG angeordnet. Laut der Entwurfsbegründung soll mit dieser Konstruktion die „Kontinuität der CO<sub>2</sub>-Bepreisung“ gesichert werden, „damit sämtliche Brennstoffe, die der CO<sub>2</sub>-Bepreisung nach dem BEHG unterliegen, auch innerhalb des künftigen europäischen Emissionshandels einer CO<sub>2</sub>-Bepreisung unterliegen“.<sup>36</sup>

Gestützt wird das Opt-in auf Art. 24 der Emissionshandelsrichtlinie. Danach können die Mitgliedstaaten 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 nach dem in Art. 23 Abs. 2 genannten Verfahren unter Berücksichtigung aller einschlägigen Kriterien, insbesondere der Auswirkungen auf den Binnenmarkt, möglicher Wettbewerbsverzerrungen, der Umweltwirksamkeit der Regelung und der Zuverlässigkeit des vorgesehenen Überwachungs- und Berichterstattungsverfahrens, gebilligt wird. Im Ergebnis will also die Bundesregierung das Ergebnis der Folgenabschätzung der Kommission nach Art. 30 Abs. 7 der Richtlinie (EU) 2023/959 nicht abwarten, sondern unabhängig vom Ausgang der Prüfung die deutschen Abfallverbrennungsanlagen dauerhaft in einem Emissionshandelsregime halten. Diese Vorgehensweise ist einer Reihe von Einwänden ausgesetzt.

### 3. Probleme der einseitigen Einbeziehung (Opt-in)

#### a. Unterlaufen des Prüfauftrags der Kommission

Angesichts des detaillierten und terminierten Prüfauftrages an die Kommission in Art. 30 Abs. 7 der Richtlinie (EU) 2023/959, ob die Aufnahme der thermischen Siedlungsabfallverbrennung in den Europäischen Emissionshandel sinnvoll und sachgerecht ist, erscheint es problematisch, dass die Bundesregierung über das Instrument der Opt-in-Regelung nach Art. 24 der Emissionshandelsrichtlinie bereits jetzt Fakten schaffen und für Deutschland einseitig eine Einbeziehung der thermischen Abfallbehandlung in das TEHG und damit in das ETS I regeln will. Eine CO<sub>2</sub>-Bepreisung der thermischen Abfallbehandlung kann erhebliche negative Folgewirkungen haben, wie namentlich eine Ver-

drängung von Abfällen in ökologisch nachteiligere, klimaschädlichere Entsorgungswege (Deponien) oder in den Export.

Gerade um solche negativen Folgewirkungen auszuschließen, muss die Kommission bis Juli 2026 hierzu eine Folgenabschätzung vorlegen. Der Prüfauftrag hat demnach das Ziel einer ergebnisoffenen Risikobewertung und spiegelt die Einschätzung von Parlament und Rat wider, dass bei einer möglichen Erweiterung des Emissionshandels auf die thermische Abfallbehandlung zahlreiche unionsrechtlichen Schutzgüter (Binnenmarkt, Wettbewerb) und ggf. entgegenstehende Umweltziele (Methanreduktion, Entsorgungsautarkie, Näheprinzip) beachtet werden müssen. Wenn die Bundesregierung nun das Instrument der Opt-in-Klausel für den Bereich der thermischen Abfallbehandlung nutzt, wird der Prüfauftrag der Kommission unterlaufen und es werden bewusst diejenigen Fehllenkungsrisiken eingegangen, die in der Richtlinie 2023/959 adressiert werden. Der mit dem TEHG-Europarechtsanpassungsgesetz 2024 angestrebte nationale Alleingang verschärft dabei noch partiell die genannten Risiken, da im Falle eines Verzichts auf eine europäische Einbeziehung der thermischen Abfallbehandlung in den EU-ETS der Export deutscher Siedlungsabfälle auch in das EU-Ausland massiv angereizt würde. Hierin läge im Übrigen auch ein Verstoß gegen die Prinzipien der Entsorgungsautarkie und der Entsorgungsnähe nach Art. 16 der Abfallrahmenrichtlinie 2008/98/EG.

Tiefergehend kann davon gesprochen werden, dass mit der Regelung des Art. 30 Abs. 7 der Richtlinie (EU) 2023/959 die EU die Kompetenz an sich gezogen hat, übergreifend und abschließend über die Sinnhaftigkeit einer CO<sub>2</sub>-Bepreisung der thermischen Abfallbehandlung in der Abwägung mit anderen Schutzgütern und Umweltzielen zu entscheiden. In Anbetracht dieser detaillierten Regelung ist ein nationaler Rückgriff auf die allgemeine Opt-in-Regelung nach Art. 24 der Emissionshandelsrichtlinie verfehlt, da das maßgebliche EU-Recht bereits selbst die Kriterien und das Verfahren benennt, nach denen diese Entscheidung für die Europäische Union getroffen werden soll. Hierhinter fallen die Beurteilungsmaßstäbe des Art. 24 der Emissionshandelsrichtlinie notwendigerweise zurück. Insoweit spricht der allgemeine Rechtsgrundsatz der Spezialität zur Lösung eines Rechtsanwendungskonflikts dafür, dass hier neben dem Prüfverfahren nach Art. 30 Abs. 7 RL (EU) 2023/959 für eine Prüfung eines nationalen Opt-in im gleichen Sachbereich kein Raum ist.

#### b. Opt-in ist entweder überflüssig – oder schädlich

Die – von der EU-Kommission gebilligte – Opt-in-Regelung hätte folgende Szenarien zur Folge: Würde die Kommission eine Einbeziehung der thermischen Abfallbehandlung

<sup>36</sup> S. 62 des Kabinettsentwurfs.

in den EU-ETS ab 2028 vorschlagen und legislativ umsetzen, wäre das deutsche Opt-in überflüssig. Eine Lösung für das „Brückensjahr“ 2027 könnte durch eine Neufassung von § 23a BEHG dergestalt gefunden werden, dass das BEHG auch noch im Jahr 2027 für die thermische Abfallbehandlung gilt (die grundsätzliche Verfassungs- und Europarechtskonformität des BEHG insoweit vorausgesetzt), dann aber auch ausläuft. Maßgeblich wäre ab 2028 allein das europäische Emissionshandelsrecht mit seinen Vorgaben für die thermische Abfallbehandlung.

Wird hingegen auf europäischer Ebene auf eine Ausweitung des ETS I auf die Abfallwirtschaft verzichtet, wären die Wirkungen eines – von der Kommission gebilligten – Opt-in auf die deutschen Verbrennungsanlagen höchst problematisch. Dann nämlich käme es zu einer sich fortlaufend verschärfenden Preisdifferenz zwischen den deutschen und den europäischen Abfallbehandlungskosten mit der Folge gravierender Wettbewerbsnachteile für die deutschen Anlagenbetreiber und eines stetig zunehmenden Risikos von – auch illegalen – Abfallverbringungen ins Ausland. Eine solche Entwicklung wäre auch deshalb problematisch, weil die Wärme aus der thermischen Abfallbehandlung, als „unvermeidbare Abwärme“, einen wichtigen Bestandteil der kommunalen Wärmeplanung nach dem Wärmeplanungsgesetz darstellt. Eine seriöse Abschätzung der Potenziale „unvermeidbarer Abwärme“ aus thermischer Abfallbehandlung wäre jedoch nicht mehr möglich, wenn die Abfallverbrennung in Deutschland mit stetig zunehmenden preislichen Wettbewerbsnachteilen zu kämpfen hätte. Diese Probleme würden auch dann auftreten, sollte die Kommission das deutsche Opt-in nicht akzeptieren und demzufolge nach § 23a BEHG-E weiterhin der nationale Brennstoffemissionshandel greifen.

c. Mit einem Opt-in droht eine Verschiebung der Abwägungsmaßstäbe nach Art. 30 Abs. 7 RL (EU) 2023/959

Problematisch erscheint die Nutzung der Opt-in-Regelung im hiesigen Zusammenhang auch mit Blick auf die in Art. 24 der Richtlinie 2003/87/EG und in Art. 30 Abs. 7 der Richtlinie (EU) 2023/959 normierten Prüfungskriterien. Diese weisen nämlich eine Reihe von Überschneidungen auf, insbesondere hinsichtlich der Aspekte

- Auswirkungen auf den Binnenmarkt,
- mögliche Wettbewerbsverzerrungen,
- Umweltwirksamkeit bzw. Umweltintegrität und
- Zuverlässigkeit des Überwachungs- und Berichterstattungsverfahrens.

Ein deutscher Opt-in-Antrag, der bspw. nach einem Inkrafttreten des TEHG-Europarechtsanpassungsgesetzes 2024 im ersten Quartal 2025 gestellt werden könnte, würde demnach die Kommission dazu zwingen, eine Prüfung durchzuführen, die in wesentlichen Bereichen der nach Art. 30 Abs. 7

der Richtlinie (EU) 2023/959 vorzunehmenden Folgenabschätzung vorgreift. Würde die Kommission das deutsche Opt-in billigen, könnte dies ein Präjudiz für die Einbeziehung der Abfallverbrennung in den ETS I auf europäischer Ebene bilden, obwohl sich hier das Deponierungsrisiko aufgrund des deutschen Deponieverbots in viel größerer Dringlichkeit darstellt. Umgekehrt könnten die negativen Auswirkungen einer rein nationalen CO<sub>2</sub>-Bepreisung der Abfallverbrennung auf den Binnenmarkt stärker ins Gewicht fallen als bei einer europäischen Lösung. Schließlich ist zu beachten, dass die – zweifelhafte – Kompatibilität mit den Zielen der Abfallrahmenrichtlinie 2008/98/EG zwar Gegenstand der Folgenabschätzung nach Art. 30 Abs. 7 der Richtlinie (EU) 2023/959 ist, nicht jedoch der Prüfung eines nationalen Opt-in.

Grundsätzlich kann festgehalten werden, dass ein deutscher Opt-in-Antrag nicht sinnvoll beurteilt werden kann, ohne bereits das Ergebnis der Folgenabschätzung nach Art. 30 Abs. 7 der Richtlinie (EU) 2023/959 zu kennen. Denn natürlich wären die Auswirkungen eines deutschen Opt-in auf den Wettbewerb im Falle einer europaweiten Ausweitung des Emissionshandels auf die Abfallverbrennung ein Jahr später andere, als wenn eine solche Ausweitung unterbleiben würde. In diesem Zusammenhang stellt sich auch die interessante Nebenfrage, welches deutsche Verbrennungspreisniveau die Kommission eigentlich ihrer Prüfung zugrunde legen müsste. Ist dies ein Verbrennungspreis ganz ohne CO<sub>2</sub>-Zuschlag oder ggf. einer mit einem nationalen CO<sub>2</sub>-Zuschlag, da die Bundesregierung ja im Falle einer Ablehnung des Opt-in weiterhin das BEHG zur Anwendung bringen will (§ 23a BEHG-E)? Dies macht auch deutlich, welche Komplexitätserhöhung mit einem deutschen Opt-in-Antrag verbunden wäre. Im Ergebnis bleibt es dabei, dass ein deutscher Opt-in-Antrag die Kommission zu einer vorgreiflichen Prüfung zwingen würde, bei der allerdings Gesichtspunkte zu kurz kämen, deren Berücksichtigung Art. 30 Abs. 7 RL (EU) 2023/959 ausdrücklich fordert.

d. Keine effektive Richtlinienrealisierung: Abgleich mit dem Frustrationsverbot

Bei einem deutschen Vorpreschen auf der Basis von Art. 24 der Emissionshandelsrichtlinie könnte die Abwägung nach Art. 30 Abs. 7 RL (EU) 2023/959 also nicht mehr in vollem Umfang nach dem dort vorgesehenen Normprogramm durchgeführt werden. Dabei ist die Prüfung durch die Kommission bereits für das Jahr 2026 vorgesehen. Einen entsprechenden Bericht muss sie bis 31.7.2026 vorlegen. Auf dieser Basis haben dann das Europäische Parlament und der Rat zu entscheiden, ob sie die Emissionshandelsrichtlinie entsprechend anpassen. Diese Abfolge ist daher auch von den Mitgliedstaaten zu wahren und nicht zu stören. Aus diesem Grund kann Art. 24 der Emissionshandelsrichtlinie nicht zum Zuge kommen. Dies verlangt die Effektivität der Richtlinienverwirklichung.

Die Einbeziehung der Abfallentsorgungsanlagen soll nach der Wertung des Art. 30 Abs. 7 RL (EU) 2023/959 gerade offenbleiben. Ansonsten könnten alle Mitgliedstaaten ihrerseits die Abfallentsorgungsanlagen einbeziehen und so die Vorschrift des Art. 30 Abs. 7 RL (EU) 2023/959 leerlaufen lassen. Es wäre dann praktisch kein Raum mehr für eine offene Entscheidung, Abfallentsorgungsanlagen in den ETS I einzubeziehen. Sie wäre inhaltlich vorgezeichnet – außer die Kommission würde dann eine Kehrtwendung vorschlagen, doch Abfallentsorgungsanlagen nicht in den ETS I einzubeziehen. Das hätte dann zur Folge, dass die Mitgliedstaaten ihre entsprechenden Regelungen aufheben müssten. Dann hätte die Einbeziehung der Abfallentsorgungsanlagen gerade einmal ein Jahr gedauert, wenn sie 2028 wieder aufgehoben werden müsste.

Dabei setzt die Formulierung des Art. 30 Abs. 7 RL (EU) 2023/959 gerade voraus, dass die Mitgliedstaaten noch keine Festlegung getroffen haben. Nach Satz 1 legt die Kommission eine Bewertung im Hinblick auf die Aufnahme ab 2028 – die dann noch nicht erfolgt sein kann – und mit einer Bewertung, ob einem Mitgliedstaat die Wahl zustehen müsste, bis zum 31.12.2030 auszustiegen. Diese Wahl kann aber nur dann ernstlich in Betracht kommen, wenn ein Mitgliedstaat die Abfallentsorgungsanlagen selbst noch nicht in das ETS I-System einbezogen hat. Ansonsten würde er von seinem eigenen Einstieg und der dann erfolgten Fortführung auf EU-Ebene wieder aussteigen.

Dabei ist eine Richtlinie darauf gerichtet, effektiv verwirklicht zu werden. Das dürfen die Mitgliedstaaten nicht torpedieren. Dafür steht das sog. Frustrationsverbot. Schon das Inkrafttreten einer Richtlinie führt zu Rechtswirkungen, auch wenn eine nationale Umsetzung noch nicht erfolgt ist, ja die Umsetzungsfrist noch läuft. Währenddessen dürfen keine Vorschriften erlassen werden, die das in der Richtlinie vorgeschriebene Ziel ernstlich infrage stellen können.<sup>37</sup> Es handelt sich hierbei zwar nicht um eine Sperrwirkung, sondern lediglich um ein Frustrationsverbot, bezogen auf die Erreichung der Richtlinienziele.<sup>38</sup> Allerdings leitete der EuGH auch die Unanwendbarkeit einer entgegenstehenden Regelung ab.<sup>39</sup>

Der EuGH befürwortet damit eine Pflicht zur Berücksichtigung von Richtlinien auch vor dem Erlass nationalen Umsetzungsrechts.<sup>40</sup> Im Hinblick darauf dürfen auf mitgliedstaatlicher Ebene keine Normen erlassen bzw. angewendet werden, die den Richtlinienvorgaben entgegenstehen,<sup>41</sup> genauer, die ihre Verwirklichung „ernstlich in Frage zu stellen“ „geeignet sind“.<sup>42</sup> Insoweit kommt es auch nicht darauf an, ob die fragliche nationale Regelung die Umsetzung der Richtlinie bezweckt oder nicht.<sup>43</sup> An dieser Offenheit zeigt sich zugleich die Entkoppelung von der Richtlinienumsetzung und damit von den unmittelbar von der Richtlinie ausgehenden Wirkungen; vielmehr geht es um die Sicherung des darüber hinausgehenden Umfeldes.

Damit aber ist dieser Ansatz auch darauf anzuwenden, ob die Mitgliedstaaten durch ihre Aktivitäten praktisch ei-

ne in der Richtlinie vorgesehene Entscheidung der Unionsorgane vorwegnehmen und damit inhaltlich prägen dürfen. Auch dadurch werden die Richtlinienziele gefährdet. Sie ergeben sich vorliegend aus dem Prüfprogramm in Gestalt der Auswirkungen auf den Binnenmarkt, Wettbewerbsverzerrungen und Umweltbeeinträchtigungen: All dies soll vermieden werden. Insoweit besteht eine klare Zielsetzung. Diese würde dann eigenständig von den Mitgliedstaaten verfolgt und könnte kontraproduktiv zu dem Richtlinienansatz realisiert werden – ein Verstoß gegen den *effet utile* der Richtlinien und damit aus Art. 288 Abs. 3 AEUV ableitbar. Die spätere Richtlinienwirkung darf von den Mitgliedstaaten nicht behindert werden.<sup>44</sup> Genau das aber würde erfolgen, wenn Mitgliedstaaten bereits die Entscheidung der Unionsorgane, ob überhaupt ab 2028 Müllverbrennungsanlagen in das ETS I-System einbezogen werden, praktisch vorwegnehmen und so eine sorgsame Prüfung auf der Basis von Art. 30 Abs. 7 RL (EU) 2023/59 präjudizieren und so praktisch vereiteln.

#### e. Widerspruch zur Aufwertung von Binnenmarkt und Wettbewerbsfähigkeit nach den Schlussfolgerungen des Europäischen Rates vom 27.6.2024

Wie wichtig dem Europäischen Rat ein funktionierender Binnenmarkt ist, der auch bei der Entscheidung über die Unterstellung der Abfallverbrennungsanlagen unter das ETS I-System eine maßgebliche Rolle spielt, zeigen seine Schlussfolgerungen vom 27.6.2024. Danach „ist unser

37 EuGH, Urteil vom 22.11.2005 – Rs. C-144/04 (Mangold), Slg. 2005, I-09981 (Rn. 67); Urteil vom 18.12.1997 – Rs. C-129/96 (Inter-Environnement Wallonie), Slg. 1997 I-07411 (Rn. 45); näher Frenz, Handbuch Europarecht Bd. 5: Wirkungen und Rechtsschutz, 2010, Rn. 1141 ff. auch für das Folgende. S. auch Hetmeier, in: Lenz/Borchardt, EU-Verträge – Kommentar – EUV, AEUV, GRCh, 6. Aufl. 2012, Art. 249 EGV Rn. 12 a.E.

38 Köhling, Vorwirkungen von EG-Richtlinien bei der Anwendung nationalen Rechts – Interpretationsfreiheit für Judikative und Exekutive?, DVBl. 2006, 857 (858); auch Röthel, Vorwirkung von Richtlinien: viel Lärm um Selbstverständliches, ZEuP 2009, 34 (42, 54); Brandt, Besteht eine Pflicht zur Anwendung der Abfallrahmenrichtlinie vor Ablauf der Umsetzungsfrist?, AbfallR 2009, 167 (169).

39 EuGH, Urteil vom 22.11.2005 – Rs. C-144/04 (Mangold), Slg. 2005, I-09981 (Rn. 78), freilich i.V.m. dem Verstoß gegen einen allgemeinen Grundsatz des Gemeinschaftsrechts (Rn. 74 f.).

40 EuGH, Urteil vom 8.10.1987 – Rs. 80/86 (Kolpinghuis), Slg. 1987, 03969 (Rn. 12 f.); s. auch die Analyse von Jarass, Richtlinienkonforme bzw. EG-rechtskonforme Auslegung nationalen Rechts, EuR 1991, 211 (212).

41 S. Schliesky, Die Vorwirkung von gemeinschaftsrechtlichen Richtlinien, DVBl. 2003, 631 (637).

42 EuGH, Urteil vom 22.11.2005 – Rs. C-144/04 (Mangold), Slg. 2005, I-09981 (Rn. 67).

43 EuGH, Urteil vom 22.11.2005 – Rs. C-144/04 (Mangold), Slg. 2005, I-09981 (Rn. 68).

44 Ruffert, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 288 AEUV Rn. 102.

höchstes Gut der Binnenmarkt, der langfristige Motor für Wohlstand und Konvergenz, der Skaleneffekte ermöglicht. Wir werden ihn daher weiter vertiefen, insbesondere in den Bereichen Energie, Finanzen und Telekommunikation. Wir werden verbleibende Hemmnisse beseitigen, insbesondere in Bezug auf Dienstleistungen und lebensnotwendige Güter, und durch eine verbesserte Konnektivität einen gleichberechtigten Zugang zum Binnenmarkt gewährleisten.<sup>45</sup>

Die Abfallentsorgung bildet eine lebensnotwendige Grundlage von uns allen und muss daher binnenmarktkonform ausgestaltet werden, um so zugleich die Wettbewerbsfähigkeit zu erhöhen. Daher sind nationale Störfeuer, die eine solche Ausgestaltung torpedieren, problematisch. Das gilt gerade im Hinblick auf eine Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit, auf welche der Europäische Rat nunmehr maßgeblich zielt; darüber soll auch der Klimaschutz verwirklicht werden.<sup>46</sup>

Die Wirtschaft ist darauf angewiesen, dass sie planbare Rahmenbedingungen hat, mit denen sie operieren kann. Kurze nationale Zwischenspiele mit einer Zertifikatpflicht für die Müllverbrennung schaden insoweit. Generell sind weitere Kostenbelastungen schwierig, welche die Wettbewerbsfähigkeit einschränken. Solche erwachsen auch aus höheren Müllgebühren infolge der Zertifikatpflicht der Müllverbrennung. Zudem dient diese der Energieversorgung, einem maßgeblichen Gesichtspunkt in den Schlussfolgerungen des Europäischen Rates zur Stärkung des Binnenmarktes; alle Netto-Null- und kohlenstoffarmen Lösungen sollen genutzt werden.<sup>47</sup>

#### f. Widersprüche zur politischen Programmatik der Bundesregierung zum Schutz der deutschen Wettbewerbsfähigkeit

Parallel dazu ist darauf hinzuweisen, dass sich die Bundesregierung mit einer Opt-in-Regelung für die thermische Abfallbehandlung in einen Widerspruch zu ihren jüngsten politisch-programmatischen Zielen setzen würden. So wird im Entwurf der „Nationalen Kreislaufwirtschaftsstrategie“ (NKWS) vom 17.6.2024 ausgeführt, dass bei der Setzung ökonomischer Anreize der globale Wettbewerb berücksichtigt werden müsse. Die Adressierung von Umweltkosten

dürfe daher nicht zu einer Benachteiligung inländischer Marktakteure führen; die Verlagerung von Produktionsprozessen führe zur Umgehung solcher Anreize und damit zu keinerlei positiven Umwelteffekten.<sup>48</sup>

In ihrer „Wachstumsinitiative – neue wirtschaftliche Dynamik für Deutschland“ vom 5.7.2024 formuliert die Bundesregierung das Ziel, eine überschießende Umsetzung von EU-Recht zu vermeiden. Daher werde die Bundesregierung ab sofort EU-Richtlinien in der Regel 1:1 in nationales Recht umsetzen und bestehende überschießende Umsetzungen identifizieren und reduzieren (S. 9). Dass sich jüngst der mittlerweile ehemalige Finanzminister Christian Lindner dafür ausgesprochen hat, auf Europäische Klimapolitik statt auf deutsche Sonderwege zu setzen,<sup>49</sup> sei nur am Rande erwähnt.

Ein deutscher Opt-in-Antrag für Abfallverbrennungsanlagen, wie er in § 52 des Entwurfs eines TEHG-Europarechtsanpassungsgesetzes 2024 angelegt ist, würde nicht nur über geltendes EU-Recht hinausgehen. Er würde auch den bereichsspezifischen Prüfauftrag der Kommission nach Art. 30 Abs. 7 RL (EU) 2023/959 unterlaufen und im Falle einer Ablehnung der europaweiten Ausweitung des Emissionshandels auf Abfallverbrennungsanlagen die deutschen Anlagen mit einem massiven Wettbewerbsnachteil belasten.

## IV. Fazit

Dass der Gesetzgeber mit der Einbeziehung der thermischen Abfallbehandlung in den Anwendungsbereich des Brennstoffemissionshandelsgesetzes einen nationalen Sonderweg beschritten hat, rächt sich nun auch bei der notwendigen Anpassung des deutschen Rechts an das fortgeschriebene europäische Emissionshandelsrecht. Für die thermische Abfallbehandlung findet sich im ETS II kein Raum und vor ihrer etwaigen Einbeziehung in den ETS I hat die novellierte Emissionshandelsrichtlinie ein umfassendes Prüfverfahren der Kommission gesetzt, das Vorteile und Risiken umfassend gegeneinander abwägen muss. Mit dem vorgelegten Entwurf des TEHG-Europarechtsanpassungsgesetzes 2024 versucht die Bundesregierung, im Wege der Nutzung des Instruments der unilateralen Ausweitung (Opt-in) für die Abfallverbrennung die Folgenabschätzung der Kommission zu unterlaufen und die CO<sub>2</sub>-Bepreisung der deutschen Abfallverbrennungsanlagen zu zementieren. Damit wird der nationale Sonderweg in diesem Sachbereich perpetuiert und die Friktionen mit dem EU-Recht werden verschärft. Zudem werden die Richtlinieneffektivität und das erst jüngst wieder vom Europäischen Rat betonte „höchste Gut“ des Binnenmarkts zur Steigerung der wirtschaftlichen Wettbewerbsfähigkeit konterkariert. Daher kann und muss über eine etwaige CO<sub>2</sub>-Bepreisung der Abfallverbrennung nur europaweit einheitlich entschieden werden. Noch hat der Gesetzgeber die Möglichkeit, korrigierend einzugreifen.

45 Schlussfolgerungen des Europäischen Rates v. 27.6.2024, EUCO 15/24 Anhang, S. 19.

46 Schlussfolgerungen des Europäischen Rates v. 27.6.2024, EUCO 15/24, Anhang, S. 14. Ausführlich *Frenz*, Wettbewerbsfähigkeit first – mit Klimaschutz!, EWS 2024, 181 ff.

47 Schlussfolgerungen des Europäischen Rates v. 27.6.2024, EUCO 15/24 Anhang, S. 19.

48 Entwurf einer „Nationalen Kreislaufwirtschaftsstrategie“ (NKWS) vom 17.6.2024, S. 31.

49 Christian Lindner, Wirtschaftswende Deutschland – Konzept für Wachstum und Generationengerechtigkeit vom 31.10.2024, abrufbar unter <https://www.fdp.de/sites/default/files/2024-11/wirtschaftswende-deutschland.pdf> (letzter Abruf: 5.11.2024), S. 9.