

Die vorliegende Stellungnahme gibt nicht die Auffassung des Ausschusses wieder, sondern liegt in der fachlichen Verantwortung des/der Sachverständigen. Die Sachverständigen für Anhörungen/Fachgespräche des Ausschusses werden von den Fraktionen entsprechend dem Stärkeverhältnis benannt.

Deutscher Bundestag
Ausschuss für Umwelt, Naturschutz
und nukleare Sicherheit
Ausschussdrucksache
19(16)378-E
öAn. am 16.09.20
14.09.2020

STELLUNGNAHME

zum Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Änderung des Brennstoffemissionshandelsgesetzes

Berlin, 11.09.2020

Der Verband kommunaler Unternehmen (VKU) vertritt rund 1.500 Stadtwerke und kommunalwirtschaftliche Unternehmen in den Bereichen Energie, Wasser/Abwasser, Abfallwirtschaft sowie Telekommunikation. Mit mehr als 275.000 Beschäftigten wurden 2018 Umsatzerlöse von rund 119 Milliarden Euro erwirtschaftet und mehr als 12 Milliarden Euro investiert. Im Endkundensegment haben die VKU-Mitgliedsunternehmen große Marktanteile in zentralen Ver- und Entsorgungsbereichen: Strom 62 Prozent, Erdgas 67 Prozent, Trinkwasser 90 Prozent, Wärme 74 Prozent, Abwasser 44 Prozent. Sie entsorgen jeden Tag 31.500 Tonnen Abfall und tragen durch getrennte Sammlung entscheidend dazu bei, dass Deutschland mit 67 Prozent die höchste Recyclingquote in der Europäischen Union hat. Immer mehr kommunale Unternehmen engagieren sich im Breitbandausbau. 190 Unternehmen investieren pro Jahr über 450 Mio. EUR. Sie steigern jährlich ihre Investitionen um rund 30 Prozent. Beim Breitbandausbau setzen 93 Prozent der Unternehmen auf Glasfaser bis mindestens ins Gebäude.

Verband kommunaler Unternehmen e.V. · Invalidenstraße 91 · 10115 Berlin
Fon +49 30 58580-0 · Fax +49 30 58580-100 · info@vku.de · www.vku.de

› VKU-STELLUNGNAHME ZUR ÄNDERUNG DES BEHG – ÜBERBLICK

Lenkungswirkung entfalten – Sektorenkopplung anreizen

Damit die Bundesrepublik Deutschland ihre gesetzten Klimaziele möglichst effizient erreichen kann, muss das nEHS (nationale Emissionshandelssystem) zeitnah eine deutliche Lenkungswirkung entfalten. Der VKU unterstützt daher grundsätzlich die Bepreisung von Treibhausgas-Emissionen, welche bei der Verbrennung fossiler Brennstoffe entstehen, ebenso wie die geplante Anhebung der Festpreise in der Einführungsphase.

Die Wettbewerbsfähigkeit emissionsarmer Technologien im Wärme- und Verkehrssektor hängt maßgeblich von der zu entfaltenden Lenkungswirkung des Emissionshandels ab. Daher sollte das nEHS perspektivisch in eine grundlegende Reform des Abgabe- und Umlagesystems eingebettet werden.

Durch eine verursachungsgerechte Neuausrichtung aller klimapolitisch motivierten Energiepreisbestandteile können strombasierte Technologien (bspw. Elektromobilität, Power-to-X, Wärmepumpen) und Energiespeicher gegenüber vorrangig auf fossilen Energieträgern basierenden Technologien wettbewerbsfähiger werden.

Rechtssichere Kostenweitergabe erforderlich

Äußerst kritisch sieht der VKU, dass die Ausgestaltung der geplanten CO₂-Bepreisung zu rechtlichen Unsicherheiten in bestehenden Energie-Lieferverträgen (Altverträge) führt. Es besteht das erhebliche finanzielle Risiko für Stadtwerke, dass mit dem nationalen Emissionshandel Kosten entstehen, die die Unternehmen nicht weitergeben können, um damit bei den Energiekunden die politisch gewollte Lenkungswirkung zugunsten emissionsarmer Technologien auslösen zu können.

Ausgleich für Belastung der Stromerzeugung von Kraft-Wärme-Kopplungsanlagen schaffen

Durch die Einführung eines nationalen CO₂-Preises im Zuge des BEHG werden Kraft-Wärme-Kopplungsanlagen (KWK-Anlagen) über höhere Brennstoffkosten belastet. Die gleichzeitige Erzeugung von Wärme und Strom – ein Alleinstellungsmerkmal der Klimaschutz- und Sektorenkopplungstechnologie KWK – führt im Gefüge des BEHG zu

einer wirtschaftlichen Schlechterstellung der vom BEHG erfassten KWK-Anlagen (Feuerungswärmeleistung bis zu 20 MW) gegenüber reinen Wärmeerzeugern.

Als Folge besteht das realistische Risiko, dass zu Lasten des Klimaschutzes KWK-Wärme vermehrt durch Gaskessel-Wärme verdrängt und Investitionen in neue KWK-Anlagen kaum noch wirtschaftlich vertretbar sind. Diese einseitige Verschlechterung der Wettbewerbssituation von KWK-Anlagen unter 20 MW sollte prioritär durch eine Klarstellung im BEHG und eine Anpassung der Berichterstattungsverordnung aufgelöst werden.

Abfälle vom Emissionshandel ausnehmen – Gebührenstabilität gewährleisten

Der VKU hat zur Frage des Einbezugs der Verbrennung von Siedlungsabfällen in das BEHG ein Rechtsgutachten eingeholt.

Im Ergebnis sieht der VKU seine Position bestätigt, dass Siedlungsabfälle nicht in den Anwendungsbereich des BEHG fallen, rechtlich auch nicht fallen dürfen und abfallwirtschaftlich auch nicht fallen sollten.

Vor dem Hintergrund der dennoch stattfindenden Diskussionen um die Einbeziehung der Siedlungsabfälle in den nEHS bittet der VKU, im BEHG selbst oder in einer Erklärung des Deutschen Bundestags zum BEHG explizit klarzustellen, dass Siedlungsabfälle nicht in den BEHG-Anwendungsbereich fallen.

Kosten für Klärschlamm Entsorgung reduzieren – Gebührenstabilität gewährleisten

Sollte die insbesondere durch das Bundesumweltministerium vertretene Auffassung, dass die Erzeugung und Nutzung von Klärschlamm, der bei den kommunalen Abwasserentsorgern anfällt, grundsätzlich in den Anwendungsbereich des BEHG fällt, Bestand haben, so ist es zur Wahrung der Stabilität der Abwassergebühren und Begrenzung des Aufwandes für die Abwasserentsorger unbedingt notwendig, im Rahmen der konkretisierenden Verordnungen den biogenen Anteil bei Klärschlamm pauschal auf 100 Prozent und eine vereinfachte Regelung der Nachhaltigkeitskriterien festzuschreiben.

› ANFORDERUNGEN AN DIE ERSTE ÄNDERUNG DES BEHG IM EINZELNEN

Rechtssichere Kostenweitergabe ermöglichen

Der VKU fordert, für die vom BEHG erfassten Unternehmen die Option der Kostenweitergabe unmittelbar im Änderungsgesetz zum BEHG zu verankern. Das Gesetz sollte sicherstellen, dass durch die Weitergabe der Zertifikatekosten an die Letztverbraucher eine Lenkungswirkung hin zur Nutzung emissionsärmerer Verfahren und Technologien angereizt wird. Daher schlägt der VKU folgende Ergänzung vor:

› Änderungsvorschlag zu § 1 BEHG:

Zweck dieses Gesetzes ist es, die Grundlagen für den Handel mit Zertifikaten für Emissionen aus Brennstoffen zu schaffen und für eine Bepreisung dieser Emissionen zu sorgen, soweit diese Emissionen nicht vom EU-Emissionshandel erfasst sind, um damit zur Erreichung der nationalen Klimaschutzziele, einschließlich des langfristigen Ziels der Treibhausgasneutralität bis 2050, und zur Erreichung der Minderungsziele nach der EU-Klimaschutzverordnung sowie zur Verbesserung der Energieeffizienz beizutragen. Zweck des nationalen Emissionshandelssystems ist die Bepreisung fossiler Treibhausgasemissionen **durch einen Preisaufschlag in Höhe der Zertifikatekosten auf die Brennstoffpreise für Letztverbraucher.**

Begründung:

Die Ausgestaltung der geplanten CO₂-Bepreisung führt zu rechtlichen Unsicherheiten in bestehenden Lieferverträgen. Es ist ungeklärt, inwieweit Energielieferanten die Kosten, welche durch die Abgabepflicht von Zertifikaten nach dem BEHG entstehen, an Endkunden weitergeben werden können.

Es besteht das erhebliche finanzielle Risiko für Stadtwerke, dass mit dem nationalen Emissionshandel Kosten entstehen, die sie nicht weitergeben können, um damit die politisch gewollte Lenkungswirkung bei den Energiekunden zugunsten des Einsatzes emissionsarmer Technologien auslösen zu können.

Der VKU hat von seinen fast 1.500 Mitgliedsunternehmen zahlreiche Rückmeldungen erhalten, dass das wirtschaftliche Risiko erheblich ist, sollten die Kosten aus der ab 2021 geplanten CO₂-Bepreisung in bestehenden Altverträgen nicht vollständig weitergegeben

werden können. Für einzelne Mitgliedsunternehmen können Risikopositionen von bis zu einer halben Million Euro auftreten. Über alle betroffenen kommunalen Unternehmen droht kumuliert ein Kostenrisiko im dreistelligen Millionenbereich.

Eine Lenkungswirkung kann das nEHS daher nur entfalten, wenn die vollständige Kostenweitergabe an Letztverbraucher gesichert ist.

Ausgleich für Belastung der Stromerzeugung von Kraft-Wärme-Kopplungsanlagen schaffen – Level-playing-field ermöglichen

Die gleichzeitige Erzeugung von Wärme und Strom – ein **Alleinstellungsmerkmal der Klimaschutz- und Sektorenkopplungstechnologie KWK** – führt in der aktuellen Ausgestaltung der nationalen CO₂-Bepreisung, die grundsätzlich positiv zu bewerten ist, zu einer **systematischen Benachteiligung von „kleinen“ KWK-Anlagen** (Feuerungswärmeleistung unter 20 MW), die die **Förderung nach dem KWKG entwertet**.

Betroffen sind „kleine“ KWK-Anlagen, die das Rückgrat für kommunale Wärmenetze in mittelgroßen und kleineren Städten sowie für viele gebäudeintegrierte Energieversorgungskonzepte, z. B. in Krankenhäusern, Mehrfamilienhäusern und Schulen, bilden. Nicht betroffen sind „große“ KWK-Anlagen, die bereits über den EU-Emissionshandel erfasst sind. Diese sollen richtigerweise nicht durch eine Erfassung in beiden Emissionshandelssystemen doppelt belastet werden.

› Änderungsvorschlag zu § 7 BEHG und § 5 i. V. m. Anlage 1 Teil 4 BeV-E:

Um eine Schlechterstellung der nEHS-pflichtigen KWK-Anlagen (Feuerungswärmeleistung unter 20 MW) gegenüber der getrennten Erzeugung von Strom und Wärme zu vermeiden, sollte in § 7 Abs. 4 Nr. 2 **BEHG klargestellt** werden, dass fossile Brennstoffemissionen, die durch eine **im Sinne des Klimaschutzes hocheffiziente Brennstoffnutzung** entstehen, mit einem reduzierten Emissionsfaktor belegt werden können.

Folgender Halbsatz sollte dazu ergänzt werden: „; **dabei sollen die fossilen Brennstoffemissionen bei entsprechendem Hocheffizienznachweis gemäß Anhang II 2012/27/EU Energieeffizienzrichtlinie mit einem reduzierten Emissionsfaktor belegt werden,**“

Entsprechend sollte § 5 i. V. m. Anlage 1 Teil 4 **BeV-E** um den Emissionsfaktor „Erdgas als Kraftstoff in hocheffizienten Anlagen zur gekoppelten Erzeugung von Strom und Wärme“ mit einem heizwertbezogenen Emissionsfaktor von 0,028 t/ CO₂/GJ ergänzt werden.

Sollte ein Ausgleich im BEHG nicht möglich sein, sollte dieser über eine **zeitnahe Anpassung der Förderbedingungen im KWKG** erfolgen.

Begründung:

Durch die derzeitige Ausgestaltung des BEHG wird die gekoppelte Erzeugung von Strom und Wärme benachteiligt. Denn: Für die Bereitstellung der identischen Heizwärmemenge weisen „kleine“ KWK-Anlagen aufgrund der zusätzlichen Stromerzeugung gegenüber reinen Wärmeerzeugern (Heizkessel) einen höheren Brennstoffverbrauch auf, der durch das BEHG mit einem CO₂-Preis belastet wird.

Die eigentlich der Stromerzeugung zugehörigen CO₂-Kosten können jedoch i. d. R. nur über den Wärmepreis an den Endkunden weitergegeben werden, da die KWK-Anlagen nicht preissetzend an der Strombörse sind. Entsprechend müssen sowohl die CO₂-Kosten der Wärmeerzeugung als auch die CO₂-Kosten der Stromerzeugung über die Anhebung des Wärmepreises finanziert werden. Die Wärme aus einer KWK-Anlage wird dadurch gegenüber einem reinen Wärmeerzeuger überproportional stark durch das BEHG belastet und für den Endkunden wirtschaftlich unattraktiver.

Als Folge besteht zu Lasten des Klimaschutzes das realistische Risiko, dass KWK-Wärme vermehrt durch Kesselwärme, z. B. aus einer Erdgasheizung, verdrängt und Investitionen in neue KWK-Anlagen kaum noch wirtschaftlich vertretbar sind. Der zur Erreichung der Klimaziele erforderliche Ausbau der Fernwärme in kleinen und mittelgroßen Städten wird somit gefährdet.

Dabei wird der Ausbau der KWK aus energiepolitischen Gründen gefördert: Die Anerkennung der aufgrund der hocheffizienten Brennstoffausnutzung klimaschonenden KWK-Technologie spiegelt sich im **KWKG** (Fördergesetz, Wechselbonus von Kohle auf Erdgas), **Energiesteuerrecht** (Entlastung/Befreiung) und beim **EU-ETS** (kostenlose Zertifikate¹) wieder.

Daher sollte ausdrücklich in § 7 Abs. 4 Nr. 2 BEHG klargestellt werden, dass fossile Brennstoffemissionen, die durch eine **im Sinne des Klimaschutzes hocheffiziente Brennstoffnutzung** entstehen, mit einem **Emissionsfaktor** belegt werden können, der gegenüber einem Emissionsfaktor, der bei einer getrennten Erzeugung zum Tragen kommt, **reduziert** ist.

¹ Zuteilung kostenloser Zertifikate konstant i. H. v. 30 Prozent aufgrund der gleichzeitigen Wärmeerzeugung in KWK-Anlagen bis 2030.

Wir plädieren für diese **explizite Klarstellung**, um eine **juristische Auseinandersetzung** über die Auslegung von § 7 Abs. 4 (rechtlich nicht eindeutige Generalklausel) zu vermeiden.

Entsprechend der Ermächtigungsgrundlage in § 7 BEHG sollte der Einsatz von Erdgas, das nachweislich in einer hocheffizienten KWK-Anlagen eingesetzt wurde, durch einen eigenen Standard-Emissionsfaktor in Anlage 1 Tabelle 4 Nr. 7 BeV-E begünstigt werden.

Der Standard-Emissionsfaktor für Erdgas, das in hocheffizienten KWK-Anlagen eingesetzt wird, sollte dabei pauschal 50 Prozent des Standard-Emissionsfaktors von Erdgas für die getrennte Erzeugung von Strom und Wärme betragen.² Durch die pauschale Festlegung wird die Realität bei gleichzeitiger Minimierung des bürokratischen Aufwands hinreichend genau abgebildet. Grundsätzlich wäre auch eine differenziertere Rechnung, etwa anhand der Wirkungsgrade, denkbar.

Der Nachweis der Hocheffizienz kann analog der Vorgaben des KWKG erfolgen.³ Im KWKG ist die Hocheffizienz Voraussetzung für eine Förderung.

Kosten für Klärschlamm Entsorgung reduzieren – Gebührenstabilität gewährleisten

Insbesondere nach Auffassung des Bundesumweltministeriums hat der Gesetzgeber die Erzeugung und Nutzung von Klärschlamm, der bei den kommunalen Abwasserentsorgern anfällt, grundsätzlich in den Anwendungsbereich des BHEG aufgenommen.

Dies konterkariert die Bemühungen, die die kommunale Abwasserwirtschaft in den vergangenen Jahren im Sinne des Klimaschutzes unternommen hat, und ist daher aus Sicht des VKU nicht verständlich. Denn durch die Nutzung von Klärschlamm heben kommunale Unternehmen – zusätzlich zur Gewährleistung der Entsorgung – die gesetzlich geforderten Energiepotenziale und tragen damit eben gerade zum Klimaschutz bei.

Gemäß neuer Klärschlammverordnung sind Abwasserunternehmen von mehr als 50.000 Einwohnerwerten zudem verpflichtet, den Klärschlamm nach Ablauf einer Übergangsfrist zu verbrennen, da die bodenbezogene Klärschlammverwertung weitgehend beendet

² Hier Maximalforderung: Nach Rückmeldungen aus der AG Wärme sind 60 Prozent sachgerechter (B.KWK fordert 50 Prozent), da Stromanteil von BHKW und kleinen Gasturbinen bei 30-45% Brennstoffanteil liegt

³ Nach § 2 Nr. 8a KWKG ist eine KWK-Anlage „hocheffizient“, sofern sie den Vorgaben der Richtlinie 2012/27/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2012 zur Energieeffizienz, zur Änderung der Richtlinien 2009/125/EG und 2010/30/EU und zur Aufhebung der Richtlinien 2004/8/EG und 2006/32/EG (ABl. L 315 vom 14.11.2012, S. 1) in der jeweils geltenden Fassung entspricht,“

werden soll. Die dafür erforderliche Schaffung von Verbrennungskapazitäten führt nach Umfrage bei den Mitgliedsunternehmen des VKU voraussichtlich zu einer Verdopplung der Klärschlamm Entsorgungskosten. Diese Kosten und damit die Abwassergebühren der Bürger werden durch die Einbeziehung der Nutzung und Verwertung von Klärschlamm in den nationalen Emissionshandel nun unnötigerweise weiter erhöht, ohne dass die Unternehmen die Möglichkeit zur Substitution und Reduktion haben.

Vor diesem Hintergrund begrüßt der VKU, dass das BEHG zumindest vorsieht, die biogenen Brennstoffemissionen bei entsprechendem Nachhaltigkeitsnachweis mit dem Emissionsfaktor Null belegen zu können.

Mit Blick auf die Lenkungswirkung, den Nutzen und Aufwand ist es aus VKU-Sicht angemessen, den biogenen Anteil bei Klärschlamm pauschal auf 100 Prozent festzuschreiben.

Begründung:

Der VKU geht nach derzeitigen Erkenntnissen und den Erfahrungen von Mitgliedsunternehmen davon aus, dass der biogene Anteil von Nassschlamm bei nahezu 100 Prozent liegt.

Der VKU plädiert weiterhin dafür, dass der Nachhaltigkeitsnachweis für Klärschlamm keine Hürde darstellen und daher entsprechend als gegeben festgelegt werden sollte. Denn nur so lassen sich die Kosten der kommunalen Abwasserentsorgung für die Klärschlamm Entsorgung als Leistung der Daseinsvorsorge und damit die Abwasserentgelte für den Bürger reduzieren.

Abfälle vom Emissionshandel ausnehmen – Gebührenstabilität gewährleisten

Der VKU hat zur Frage des Einbezugs der Verbrennung von Siedlungsabfällen in das BEHG ein Rechtsgutachten eingeholt. Im Ergebnis sieht der VKU seine Position bestätigt, dass Siedlungsabfälle nicht in den Anwendungsbereich des BEHG fallen, rechtlich auch nicht fallen dürfen und abfallwirtschaftlich auch nicht fallen sollten.

Vor dem Hintergrund der dennoch stattfindenden Diskussionen um die Einbeziehung der Siedlungsabfälle in den nEHS schlägt der VKU vor, dies im BEHG selbst oder in einer Erklärung des Deutschen Bundestags zum BEHG explizit klarzustellen.

Da die jetzige Fassung des Geltungs- und Anwendungsbereiches des BEHG bezüglich der Einbeziehung der Siedlungsabfälle (und bestimmter anderer Abfälle) teilweise zu

Missverständnissen geführt hat, schlagen wir vor, diese Rechtslage noch einmal explizit im Wortlaut des Gesetzes durch eine Ergänzung der Anlage 1 klarzustellen:

› **Änderungsvorschlag zu Anlage 1 (zu § 2 Absatz 1) BEHG**

Brennstoffe

[...]

› **Der folgende Satz 4 wird angefügt:**

Satz 2 gilt ebenfalls nicht für die in § 1b Absatz 1 Nr. 2 und 3 der Verordnung zur Durchführung des Energiesteuergesetzes vom 31. Juli 2006, zuletzt geändert durch Art. 5 des Gesetzes zur Neuregelung von Stromsteuerbefreiungen sowie zur Änderung energiesteuerrechtlicher Vorschriften vom 22. Juni 2019, genannten Abfälle.

Begründung:

Es wird auch im Rahmen der BEHG-Novelle diskutiert, ob Siedlungsabfälle dem Anwendungsbereich des BEHG unterfallen sollen. Zu dieser Frage hat der VKU bei den renommierten Experten Prof. Frenz/Prof. Schink/RA Ley ein Rechtsgutachten eingeholt.

Die Gutachter kommen zu dem Ergebnis, dass Siedlungsabfälle nicht in den Anwendungsbereich des BEHG fallen und diesem auch nicht unterworfen werden dürfen. Die Logik des nationalen Emissionshandels nach dem BEHG, fossile Brennstoffe immer mehr zu reduzieren und die Zertifikatpreise immer weiter zu erhöhen, passt nicht auf Siedlungsabfälle, für die schon aus Gründen der Entsorgungssicherheit die Möglichkeit der thermischen Behandlung stets erhalten bleiben muss.

Siedlungsabfälle sind eben keine „Brennstoffe“ wie Kohle, Öl oder Gas. Ihre Einbeziehung in den Zertifikathandel hätte lediglich steigende Abfallgebühren zur Folge, aber keinen ökologischen Lenkungseffekt. Schließlich droht mit der jüngst beschlossenen EU-Steuer auf nicht recycelte Plastikabfälle eine Doppelbelastung, da Kunststoffabfälle im Falle ihrer energetischen Verwertung sowohl steuerpflichtig als auch als fossiler Anteil des Siedlungsabfalls emissionshandelspflichtig wären.

Klar ist auch, dass sich die zum BEHG zu erlassenden Durchführungsverordnungen nicht auf Siedlungsabfälle beziehen dürfen, andernfalls wären sie mangels Rechtsgrundlage dem Risiko der Nichtigkeit ausgesetzt.

Das Rechtsgutachten, das auch eine übersichtliche Zusammenfassung der Argumente, warum Siedlungsabfälle nicht vom BEHG erfasst werden und warum eine Erfassung überdies auch nicht als sinnvoll erachtet wird, haben wir beigefügt.

Abfälle als Brennstoffe nach dem BEHG?

Gutachten im Auftrag des VKU

erstattet von

Prof. Dr. Walter Frenz, Maître en Droit Public

Prof. Dr. Alexander Schink, Rechtsanwalt und Staatssekretär a. D.

Julian Ley, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Dieses Gutachten wurde erstellt mit freundlicher Unterstützung von:

AWB Abfallwirtschaftsbetriebe Münster

AWG Abfallwirtschaftsgesellschaft Wuppertal

AVG Abfallentsorgungs- und Verwertungsgesellschaft Köln

Berliner Stadtreinigung

EEW - Energy from Waste

MVA Bonn

REK Zweckverband Rheinische Entsorgungskooperation

Stadtreinigung Hamburg

WBD Wirtschaftsbetriebe Duisburg

Executive Summary

I.

Das BEHG begründet einen auf die Sektoren Verkehr und Wärme beschränkten nationalen Brennstoffemissionshandel und erstreckt sich daher nicht auf die Verbrennung von Siedlungsabfällen. Diese wird auch von der EU-KlimaschutzVO ausgenommen, deren Realisierung das BEHG dient.

II.

Siedlungsabfälle haben in keinem Emissionshandelssystem ihren Platz: Im EU-Emissionshandel nicht wegen der ökologischen Vorteilhaftigkeit ihrer Verbrennung in Müllverbrennungsanlagen gegenüber einer Co-Verbrennung etwa in Zementwerken. Im nationalen Brennstoffemissionshandel, der den EU-Emissionshandel nur ergänzt, darf diese bewusste Privilegierung nicht rückgängig gemacht werden. Auch bei einer Vereinheitlichung beider Systeme muss daher die Verbrennung von Siedlungsabfällen draußen bleiben.

III.

Siedlungsabfälle fallen nicht in den Anwendungsbereich des BEHG. Nach § 2 Abs. 1 BEHG erfasst der Anwendungsbereich des nationalen Emissionshandels nur die in Anlage 1 aufgeführten und gem. § 2 Abs. 2 BEHG in Verkehr gebrachten Brennstoffe. In Anlage 1 wird an das Energiesteuerrecht angeknüpft. Nur auf Brennstoffe, die nach dem EnergieStG gelistet sind, findet das BEHG Anwendung. Maßgebend ist deshalb die energiesteuerliche Behandlung; es zählt rein das energiesteuerrechtliche System mit seinen Entstehungstatbeständen für die Energiesteuer. Siedlungsabfall ist nach §§ 1 Abs. 3 Nr. 2 EnergieStG i. V. m. 1b Nr. 2 EnergieStV von der Energiesteuerpflicht ausgenommen; dasselbe gilt für Klärschlamm und andere Abfälle mit einem Heizwert von bis zu 18 Megajoule/kg. Als nicht energiesteuerpflichtiger Stoff kann Siedlungsabfall deshalb nicht in den Anwendungsbereich des BEHG fallen. Die Müllverbrennung von Siedlungsabfall nimmt nicht am nationalen Emissionshandelssystem teil.

Dagegen erhobene Einwände greifen nicht durch. Zwar ist es Ziel des nationalen Emissionshandelssystems, im Grundsatz alle Brennstoffe einzubeziehen, die nicht dem Europäischen Emissionshandelssystem unterliegen. Diese Zielsetzung gilt indessen nur allgemein und sagt nichts über den konkreten Anwendungsbereich des Gesetzes aus. Darüber hinaus widerspricht die Einbeziehung von Siedlungsabfall in den nationalen Emissionshandel auch der Systematik und Zielsetzung des Abfallrechts. Das Abfallrecht verfolgt das Ziel, das Abfallaufkommen zu verringern, Abfälle möglichst zu recyceln und auf diese Weise die einer thermischen Behandlung zuzuführende Abfallmenge möglichst gering zu halten. Das Ziel einer

Reduktion der thermischen Behandlung von Siedlungsabfällen und der damit verbundenen Verringerung der aus der Abfallverbrennung stammenden Treibhausgase ist dem Abfallrecht deshalb immanent; einer Ergänzung durch den nationalen Emissionshandel bedarf es nicht. Sie würde auch weitgehend wirkungslos bleiben.

IV.

Der nationale Brennstoffemissionshandel geht für Siedlungsabfälle ins Leere, da diese entsorgt werden müssen, wie sie anfallen. Die öffentlich-rechtlichen Entsorger als Hauptanlieferer an Müllverbrennungsanlagen können die Zusammensetzung und die Menge schwerlich beeinflussen. Das Verursacherprinzip lässt sich daher nicht emissionshandelsrechtlich verwirklichen, sondern abfallrechtlich.

Klimaschutz durch Abfallverbrennung erfolgt bereits durch die Einsparung von Primärressourcen entsprechend dem Green Deal. Nach dem Aktionsplan der Kommission für die Kreislaufwirtschaft vom 11.3.2020 soll der Klimaschutz im Abfallwesen vor allem durch Produktgestaltung, Stoffstromsteuerung sowie eine harmonisierte Getrenntsammlung erreicht werden, nicht durch einen Emissionshandel. Es kommen nur Umweltsteuern in Betracht, so die jetzt auf dem Coronagipfel in Brüssel beschlossene EU-Plastiksteuer. Damit sie ihre Lenkungswirkung entfalten kann, um nicht recycelte Kunststoffabfälle zu reduzieren, darf sie nicht durch einen nationalen Brennstoffemissionshandel gestört werden.

Damit haben das EU-Klimaschutz-, Abfall- und Steuerrecht eine Ausschlussfunktion für den nationalen Brennstoffemissionshandel im Hinblick auf Siedlungsabfälle. Deren Einbeziehung droht auch die Warenverkehrsfreiheit zu verletzen.

V.

Abfälle sind keine Energieerzeugnisse nach dem EnergieStG und damit auch keine Brennstoffe nach dem BHG. Eine Gleichsetzung scheidet wegen des unterschiedlichen Hintergrundes aus. Vielmehr sollen abfallwirtschaftlich unerwünschte Reaktionen wie eine vermehrte Co-Verbrennung mit vorheriger Aufbereitung oder ein Export zur Deponierung in das EU-Ausland unterbleiben.

VI.

Deponiegas fällt in den Anwendungsbereich des BEHG. Allerdings verpflichtet § 7 Abs. 4 Nr. 2 BEHG dazu, den Emissionsfaktor mit Null zu bewerten, sodass Zertifikate für die Verbrennung von Deponiegas nicht erworben werden müssen und lediglich eine Berichtspflicht verbleibt. Diese ist indessen angesichts der umfassenden Berichtspflicht nach § 3 Abs. 1 Nr. 2c UmwStatG verzichtbar. Vor allem aber ist die Einbeziehung von Deponiegas in den nationalen Emissionshandel deshalb zu hinterfragen, weil die Verbrennung von

Deponiegas aus Gründen des Klimaschutzes erfolgt, denn das klimaschädliche Methangas wird hierdurch in CO₂ umgewandelt.

Getrennt gesammelte Bioabfälle sind nach Nr. 1a Anlage 1 BioAbfV als gemischte Siedlungsabfälle nach Nr. 20 03 01 AVV eingeordnet und fallen deshalb nicht in den Anwendungsbereich des BEHG. Das gilt jedoch nicht für Garten- und Parkabfälle, die unter Nr. 20 02 01 AVV fallen. Wegen der eindeutigen Beschränkung des Gesetzeszwecks auf die Bepreisung fossiler Treibhausgasemissionen sind Garten- und Parkabfälle vom Anwendungsbereich im Wege einer teleologischen Reduktion des § 2 Abs. 1 und der Anlage 1 BEHG auszunehmen. Auch für Bioabfall ist im Übrigen der Emissionsfaktor gem. § 7 Abs. 4 Nr. 2 BEHG auf Null zu setzen, sodass keine Abgabepflicht für die Verbrennung von Bioabfall entsteht.

VII.

Da Siedlungsabfälle vom Anwendungsbereich des Energiesteuerrechts durch § 1b Abs. 1 Nr. 2 EnergieStV ausgenommen sind, kann für diese Abfälle kein „Inverkehrbringen“ i. S. d. BEHG erfolgen. Unterstellt man, dass Siedlungsabfälle in den Anwendungsbereich des BEHG fallen, wären Inverkehrbringer der Abfälle die öRE sowie die privaten Entsorgungsunternehmen, die Siedlungsabfälle bei thermischen Abfallbehandlungsanlagen anliefern, und nicht die Betreiber der MVA.

VIII.

Eine Verlagerung der Verpflichtung zur Teilnahme am nEHS auf die Betreiber von thermischen Abfallbehandlungsanlagen ist unzulässig. Das BEHG verpflichtet die Inverkehrbringer der in Anlage 1 genannten Brennstoffe zur Teilnahme am nEHS. Dies sind nicht die Betreiber thermischer Abfallbehandlungsanlagen. Nach dem Willen des Gesetzgebers sollen zudem mit dem System des Upstream-ETS gerade nicht die Emittenten emissionshandelspflichtig sein. Eine Verpflichtung der Betreiber thermischer Abfallbehandlungsanlagen zur Teilnahme am nEHS wäre deshalb ein unzulässiger Systembruch.

IX.

Die gegen das BEHG vorgebrachten finanzverfassungsrechtlichen Bedenken werden durch eine Einbeziehung der Siedlungsabfälle in den nationalen Brennstoffemissionshandel perpetuiert. Es darf nämlich für Siedlungsabfälle wegen ihrer notwendigen umwelt- und gesundheitsverträglichen Entsorgung dauerhaft gerade keine Knappheitssituation entstehen. Eine solche ist aber nach dem Bundesverfassungsgericht Voraussetzung für die Zulässigkeit eines Zertifikathandels als Vorteilsabschöpfungsabgabe.

Inhaltsverzeichnis

I. Hintergründe und Ziele der CO₂-Bepreisung als Teil der nationalen Klimaschutzstrategie	9
1. Nationales sektorenbezogenes Handelssystem	9
2. Einbettung in die EU-Klimaziele und Folgen für die Einbeziehung von Abfällen in den Brennstoffemissionshandel	10
3. Nationale Umsetzung und Festlegung eigener Klimaziele.....	12
4. Klimapakete und BEHG	14
5. Abgrenzung der Abfallwirtschaft von der Verbrennung von Brennstoffen	14
II. Verhältnis europäischer / nationaler Emissionshandel	15
1. Getrennte Systeme	15
2. Vermeidung von Doppelbelastungen	16
3. Ergänzungsfunktion des Brennstoffemissionshandels	17
4. Folgerungen für den Anwendungsbereich des Brennstoffemissionshandels	18
5. Vereinheitlichung in einem europäischen System?	19
a) <i>Ansatz</i>	19
b) <i>Schwierigkeiten und Rückwirkungen auf die Einbeziehung von Siedlungsabfällen</i>	19
III. Auslegung der entsprechenden Bestimmungen des BEHG, in enger Zusammenschau mit dem Energiesteuerrecht	20
1. Maßgeblichkeit ausschließlich des Energiesteuerrechts, nicht des BEHG	20
2. Inverkehrbringen	25
3. Zwischenergebnis	26
4. Kritik.....	26
a) <i>Zielsetzung des nationalen Emissionshandels</i>	26
b) <i>Systematik des Abfallrechts</i>	30
c) <i>Ungleichbehandlung mit Ersatzbrennstoffen?</i>	35
IV. Das Steuerungskonzept des Emissionshandels und dessen fehlende Eignung bei der thermischen Abfallbehandlung	36
1. Notwendig hoher Preis mit Gefährdung der Entsorgungsziele	36
a) <i>Gefordertes hohes Preisniveau</i>	36
b) <i>Vorgesehenes Preisniveau nach dem BEHG</i>	37
c) <i>Weiteres Steigerungspotential und Folgen für die Abfallverbrennung</i>	38
2. Systemfremdheit für Abfallentsorgungsanlagen	38
a) <i>Verursacherprinzip als Grundansatz</i>	38
b) <i>Abfallentsorgung als unabdingbare Pflichtaufgabe nach abfallrechtlichen Standards</i>	39

c) <i>Notwendige Andersbehandlung gegenüber Verbrennungsanlagen zum primären Zweck der Energiegewinnung</i>	40
3. <i>Spezieller Ansatz im Green Deal und im Kreislaufpaket der EU</i>	41
a) <i>Green Deal – mehr als Klimaschutz</i>	41
b) <i>Ressourcenschonung</i>	41
c) <i>Kreislaufwirtschaft als eigenständige Säule des Green Deal</i>	42
d) <i>Aktionsplan für die Kreislaufwirtschaft</i>	44
e) <i>Produktverantwortung als zentraler Ansatzpunkt</i>	44
f) <i>Weitere Maßnahmen ohne die Abfallverbrennung und Zertifikate</i>	45
g) <i>Gesamtbewertung</i>	46
h) <i>EU-Plastiksteuer</i>	47
i) <i>Beeinträchtigung der Warenverkehrsfreiheit nach den Maßstäben der Urteile Parkinson und PKW-Maut</i>	48
4. <i>Übereinstimmung mit nationalem Recht</i>	49
V. Unzulässige Gleichsetzung von Siedlungsabfällen mit „Brennstoffen / Energieerzeugnissen“	51
1. <i>Begrifflicher Ausschluss von Abfällen</i>	51
2. <i>Keine Gleichsetzung von Abfällen aufgrund der Konzeption des BEHG</i>	52
3. <i>Widerspruch zur Ausklammerung aus dem EU-Emissionshandel</i>	52
a) <i>Gewollte Privilegierung wegen ökologischer Vorzugswürdigkeit</i>	52
b) <i>Verkehrung ins Gegenteil durch Brennstoffemissionshandel</i>	53
c) <i>Abmilderung durch EU-Emissionshandel auf Antrag?</i>	54
d) <i>Gefahr umweltbelastender Ausweichreaktionen, v.a. stärkerer Co-Verbrennung</i>	56
4. <i>Widerspruch zum Verursacherprinzip</i>	56
VI. Rechtliche Einordnung von Deponiegas und Bioabfällen	58
1. <i>Deponiegas</i>	58
2. <i>Bioabfälle</i>	60
VII. Wer wäre „Inverkehrbringer“ von Siedlungsabfall als „Brennstoff“?	61
1. <i>Diskussionsstand</i>	62
2. <i>Verantwortlicher Inverkehrbringer</i>	63
a) <i>Vorgaben des BEHG</i>	63
b) <i>Keine Anwendbarkeit von Energiesteuerrecht und BEHG auf Siedlungsabfälle</i>	64
c) <i>System des „Upstream-ETS“ – direkte Emittenten nicht Verantwortliche nach BEHG</i>	65
d) <i>Keine Pflicht der Erzeuger von Siedlungsabfällen zur Teilnahme am nationalen Emissionshandel</i>	66
e) <i>ÖrE und private Entsorgungsunternehmen als mögliche Verantwortliche</i>	67

VIII. Wäre eine Verlagerung auf die thermischen Abfallbehandlungsanlagen (entsprechend Antrag BaWü und Beschlussempfehlung Umweltausschuss BRat) überhaupt möglich/zulässig?	68
IX. Rückwirkung einer CO₂-Bepreisung von Siedlungsabfällen auf die Verfassungsmäßigkeit des BEHG	69
1. Notwendige Perpetuierung der Kostenbegrenzung im Abfallsektor	69
2. Daraus folgende Verhinderung einer Knappheitssituation und Perpetuierung finanzverfassungsrechtlicher Bedenken.....	70
3. Notwendige Herausnahme der Siedlungsabfälle.....	71
X. Zusammenfassung	72

Sind auch Abfälle Teil des Brennstoffemissionshandels nach dem BEHG bzw. sollen sie dies werden? Darüber ist eine intensive Diskussion entbrannt, die es auf die rechtlichen Grundlagen sowohl des BEHG als auch des Energiesteuerrechts ebenso wie des Abfallrechts einschließlich der neuen EU-Perspektiven durch das Aktionspaket Kreislaufwirtschaft und den Green Deal zurückzuführen gilt. Im Sinne dieser Studie werden Siedlungsabfallverbrennungsanlagen/Müllverbrennungsanlagen, Ersatzbrennstoffkraftwerke, Sonderverbrennungsanlagen und Altholzverbrennungsanlagen (jeweils unter 18 MJ/kg) unter Abfallverbrennungsanlagen subsumiert.

I. Hintergründe und Ziele der CO₂-Bepreisung als Teil der nationalen Klimaschutzstrategie

1. Nationales sektorenbezogenes Handelssystem

Zweck des Brennstoffemissionshandelsgesetzes (BEHG), das im Zuge des Klimapakets der Bundesregierung verabschiedet wurde, ist es nach dessen § 1, die Grundlagen für den Handel mit Zertifikaten für fossile Treibhausgasemissionen aus allen Brennstoffen in den Sektoren Wärme und Verkehr zu schaffen sowie für eine Bepreisung dieser Emissionen zu sorgen, soweit diese Emissionen nicht vom EU-Emissionshandel erfasst sind. Damit soll für diese beiden sog. Non-ETS-Sektoren, also zwei Sektoren bzw. Tätigkeiten in diesen Sektoren, die nicht die Energie, die energieintensive Industrie und den Luftverkehr betreffen, ein zusätzliches nationales Emissionshandelssystem geschaffen werden. In diesen Sektoren fehlt nach der Gesetzesbegründung ein „Preissignal, das einen Anreiz für die Senkung des Verbrauchs fossiler Brennstoffe und für den Umstieg von emissionsintensiven auf klimaschonende Technologien und die Nutzung erneuerbarer Energieträger setzt.“¹ Die zentrale von der Bundesregierung beschlossene Maßnahme zur Umsetzung des Klimaschutzplans 2050 bildet daher „die Einführung eines Emissionshandels für die Sektoren Wärme und Verkehr ab dem Jahr 2021.“² Damit setzt das BEHG die Anreize, welche der EU-Emissionshandel nicht gibt, aber nur für bestimmte Sektoren. Es handelt sich um ein sektorenspezifisches Gesetz, dem eine Sektorenbetrachtung zugrunde liegt.

Diese Perspektive zeigt sich auch in der Begründung für die Zweckvorschrift des § 1 BEHG: „Der Anwendungsbereich des nationalen Emissionshandelssystems soll daher perspektivisch alle Brennstoffemissionen der Non-ETS-Sektoren erfassen.“³ Das sind wie gezeigt nur die

¹ BR-Drs. 533/19, S. 2.

² BR-Drs. 533/19, S. 2.

³ BR-Drs. 533/19, S. 36.

Sektoren Wärme und Verkehr; es ist nicht die Energie. Zum CRF-Sektor Energie⁴ gehört jedoch die „öffentliche Elektrizitäts- und Wärmeversorgung.“ Die Siedlungs- und Sonderabfallverbrennung gehört zum Sektor Energiewirtschaft und wird danach gerade nicht erfasst.

Selbst für den Sektor Verkehr wird eine komplette Erfassung nicht sofort verwirklicht. Nach der Gesetzesbegründung wird für die Brennstoffemissionen der Binnenschifffahrt „eine Regelung zur Aufnahme ... geprüft und im Falle ihrer Durchführbarkeit erarbeitet, sofern nicht die Einbeziehung in ein europäisches Handelssystem eine derartige nationale Regelung ersetzt.“⁵ Von daher wäre selbst unschädlich, wenn die Abfallverbrennung zum Sektor Wärme gerechnet würde, der sich auf die Wärmeerzeugung des Gebäudesektors und der Energie- und Industrieanlagen außerhalb des EU-Emissionshandelssystems“ erstreckt.⁶ Es sind in der aktuellen Regelung nicht alle Bereiche erfasst. Das gilt zumal für die Abfallverbrennung, für die ohnehin eine besondere Ausrichtung besteht: Ihr Schwerpunkt liegt in der Abfallentsorgung und nicht in der Wärmeerzeugung.⁷

Das BEHG schafft ein sektorenbezogenes System, das die Lücken für die Sektoren Verkehr und Wärme füllen soll, welche das EU-Emissionshandelssystem gelassen hat. Das BEHG übernimmt dementsprechend auch nicht die unionsweit einheitlichen Regelungen des EU-Emissionshandels. Es ist also ein rein nationales Handelssystem. Entsprechend sorgfältig sind beide voneinander abzugrenzen.⁸

2. Einbettung in die EU-Klimaziele und Folgen für die Einbeziehung von Abfällen in den Brennstoffemissionshandel

Diese notwendige Separierung ändert aber nichts an der Ausrichtung auch des BEHG auf die EU-Klimaziele. § 1 BEHG benennt eigens die Erreichung der Minderungsziele nach der EU-

⁴ Kategorien nach dem Common Reporting-Format (CRF-Kategorien) nach dem IPCC 2006, abrufbar unter dehst.www.de. S. auch sogleich I.2.

⁵ BR-Drs. 533/19, S. 36.

⁶ BR-Drs. 533/19, S. 2.

⁷ Näher u. III.4.b).

⁸ Im Einzelnen sogleich II.

KlimaschutzVO⁹ und es gilt, zur Verbesserung der Energieeffizienz beizutragen,¹⁰ die gleichfalls unionsrechtlich geordnet ist.¹¹ Für Non-ETS-Sektoren gibt es individuelle Zielvorgaben für einzelne Mitgliedstaaten – mit verschiedenen Flexibilisierungen (Art. 4 ff. VO (EU) 2018/842). Für Deutschland liegt dieses im Ansatz verbindliche Ziel bei einer Reduktion von 38 % bis 2030 gegenüber dem Stand von 2005.¹²

Die EU-KlimaschutzVO erstreckt sich nach ihrem Art. 2 Abs. 1 auf die IPCC-Quellenkategorien gemäß der VO (EU) 525/2013¹³ Energie, Industrieprozesse und Produktverwendung, Landwirtschaft und Abfall. Die Hauptquellkategorie „Abwasser und Abfall“ nach dem Common Reporting Format (CRF) umfasst die Emissionen aus Abfalldeponierung, biologischer Abfallbehandlung, zwei Sonderfällen der Abfallverbrennung (Krematorien und Brauchtumsfeuer u. ä.), Abwasserbehandlung und mechanisch-biologischer Abfallbehandlung. Die „klassischen“ Tätigkeiten der Abfallverbrennung und Abfallmitverbrennung fallen hingegen in die Quellkategorien Energie bzw. Industrie. Jedenfalls die ebenfalls als IPCC-Quellkategorie gemäß der VO (EU) 525/2013 benannte Landwirtschaft ist nicht in den Brennstoffemissionshandel einbezogen. Damit folgt aus der Nennung in der EU-KlimaschutzVO nicht automatisch eine Einbeziehung in den Brennstoffemissionshandel,

⁹ VO (EU) 2018/842 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30.5.2018 zur Festlegung verbindlicher nationaler Jahresziele für die Reduzierung der Treibhausgasemissionen im Zeitraum 2021 bis 2030 als Beitrag zu Klimaschutzmaßnahmen zwecks Erfüllung der Verpflichtungen aus dem Übereinkommen von Paris sowie zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 525/2013, ABl. 2018 L 156, S. 26.

¹⁰ Spezifisch dazu *Kortländer*, ZNER 2020, 69.

¹¹ RL (EU) 2018/844 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30.5.2018 zur Änderung der Richtlinie 2010/31/EU über die Gesamtenergieeffizienz von Gebäuden und der Richtlinie 2012/27/EU über Energieeffizienz, ABl. 2018 L 156, S. 75.

¹² Anhang I der VO (EU) 2018/842 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30.5.2018 zur Festlegung verbindlicher nationaler Jahresziele für die Reduzierung der Treibhausgasemissionen im Zeitraum 2021 bis 2030 als Beitrag zu Klimaschutzmaßnahmen zwecks Erfüllung der Verpflichtungen aus dem Übereinkommen von Paris sowie zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 525/2013, ABl. 2018 L 156, S. 26.

¹³ VO (EU) 525/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21.5.2013 über ein System für die Überwachung von Treibhausgasemissionen sowie für die Berichterstattung über diese Emissionen und über andere klimaschutzrelevante Informationen auf Ebene der Mitgliedstaaten und der Union und zur Aufhebung der Entscheidung Nr. 280/2004/EG, ABl. 2013 L 165, S. 13.

obwohl die Erreichung der Minderungsziele nach der EU-KlimaschutzVO ausdrücklich in § 1 BEHG als ein Normzweck genannt wird.

Zudem bleibt den Mitgliedstaaten überlassen, welche Maßnahmen sie ergreifen, um die Minderungsziele nach der KlimaschutzVO zu erreichen. Sie müssen dabei nicht sämtliche Bereiche einem Emissionshandelssystem unterwerfen; selbst dessen Einführung als solche bleibt ihrer Entscheidung überlassen. Lediglich das EU-Emissionshandelssystem ist verpflichtend. Im Gegenteil zeigen der Green Deal und der Aktionsplan der Kommission für die Kreislaufwirtschaft sowie die nunmehr beschlossene EU-Plastiksteuer andere Ansätze auf, um in der Abfallwirtschaft den Klimaschutz voranzubringen.¹⁴

Korrespondierend dazu wird in Art. 2 Abs. 1 VO (EU) 2018/842 klargestellt, dass die in Anhang I der RL 2003/87/EG genannten Tätigkeiten nicht in den Geltungsbereich der Verordnung fallen. Zu diesen Tätigkeiten zählt die „Verbrennung von gefährlichen oder Siedlungsabfällen“ (Anhang I Nr. 5 und Tabelle Zeile 1 der RL). Damit ist unschädlich, dass die klassischen Tätigkeiten der Abfallverbrennung in die Quellkategorie Energie gehören. Im Übrigen wird die Quellkategorie Energie durch den EU-Emissionshandel erfasst, sodass kein Raum mehr für nationale Brennstoffemissionshandelssysteme bleibt. Auch für den EU-Emissionshandel wurde indes die Abfallverbrennung spezifisch ausgeklammert.¹⁵

Für die Land- und Forstwirtschaft greift die LULUCF-VO (EU) 2018/841 ein, die zur EU-KlimaschutzVO ausweislich von deren Art. 2 Abs. 2 weitestgehend speziell ist. Auch dort ist kein Emissionshandelssystem vorgesehen und es wird lediglich die Landnutzung und damit vor allem die Bewirtschaftung von Ackerflächen, Grünland, Feuchtgebieten und Waldflächen erfasst, nicht aber der landwirtschaftliche Betrieb von Silos, Güllegruben, Schweineställen etc. Damit bleibt jedenfalls insoweit ein Bereich, der außerhalb der Abfallverbrennung nicht dem Brennstoffemissionshandel unterliegt, obwohl er Teil der EU-KlimaschutzVO ist und nicht im Wesentlichen ausgenommen wurde. Die Nennung dort führt also nicht ohne weiteres zur Einbeziehung in das BEHG.

3. Nationale Umsetzung und Festlegung eigener Klimaziele

In ihrem Entwurf des Bundes-Klimaschutzgesetzes räumte die Bundesregierung ein, dass die nach der KlimaschutzVO bis 2030 um 38 % zu reduzierenden CO₂-Emissionen bis 2017 „nur um 3 % gesunken“ sind und „[...] eine Verfehlung der europarechtlich verbindlichen Ziele

¹⁴ Ausführlich u. IV.3.

¹⁵ Näher u. V.3.

mittelfristig zu erheblichen Zahlungspflichten [führt].¹⁶ Daraus ergab sich ein erheblicher Anreiz für ein Klimapaket, das die Erreichung dieses Ziels sicherstellt. Es ging also zumindest auch um die Erreichung der EU-Klimaziele.

Deutschland verfolgt nunmehr anspruchsvollere Klimaziele. Mit dem Klimaschutzplan 2050 will es seine Treibhausgasemissionen bis 2030 um 55 % gegenüber dem Jahr 1990 senken. Für die einzelnen Sektoren wurden verschiedene Ziele definiert. Die Energiewirtschaft hat mit 61 % bis 62 % den größten Beitrag zu leisten.¹⁷ Dabei ist zu beachten, dass die im Klimaschutzplan 2050 genannten Sektoren nicht voll mit den CRF-Kategorien übereinstimmen, wie auch der Projektionsbericht 2019 für Deutschland des UBA¹⁸ zeigt. Dort wird die Abfallverbrennung teilweise unter der Energiewirtschaft, teilweise unter der Industrie und damit weder unter Wärme noch unter Verkehr noch unter Abfallwirtschaft erfasst. Damit wird aber wiederum deutlich, dass die Abfallverbrennung nicht zu den Sektoren Wärme und Verkehr gehört, welche das BEHG ausdrücklich erfasst.

Als langfristiges Ziel der deutschen Klimapolitik wird nach § 1 KSG¹⁹ eine Treibhausgasneutralität bis 2050 „verfolgt.“ Dieses ist also nicht strikt und verbindlich, bildet mithin eine Orientierung und eine Maxime. Es korrespondiert mit dem politischen Ziel der CO₂-Neutralität bis 2050 der EU-Kommissionspräsidentin von der Leyen, das im EU-Klimaschutzgesetz verbindlich festgeschrieben werden soll, ohne aber auf die einzelnen EU-Staaten heruntergebrochen zu werden. Bis 2030 wird in § 3 Abs. 1 KSG eine Minderungsquote von mindestens 55 % genannt – mit der Möglichkeit der Erhöhung (§ 3 Abs. 3 KSG). Im Übrigen wurden die im Klimaschutzplan 2050 enthaltenen Ziele der einzelnen Sektoren bestätigt. Sie ergeben sich aus den Anlagen 1 und 2, § 4 KSG macht sie verbindlich.

¹⁶ Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Einführung eines Bundes-Klimaschutzgesetzes und zur Änderung weiterer Vorschriften (2019).

https://www.bmu.de/fileadmin/Daten_BMU/Download_PDF/Gesetze/gesetzesentwurf_bundesklimaschutzgesetz_bf.pdf (letzter Zugriff: 30.7.2020), S. 1.

¹⁷ BMU, Klimaschutz in Zahlen: Fakten, Trends und Impulse deutscher Klimapolitik (2019).

https://www.bmu.de/fileadmin/Daten_BMU/Pool/Broschueren/klimaschutz_zahlen_2019_broschuere_bf.pdf (letzter Zugriff: 30.7.2020), S. 28 ff.; Bundesregierung, Klimaschutzplan 2050 (2016).

https://www.bmu.de/fileadmin/Daten_BMU/Download_PDF/Klimaschutz/klimaschutzplan_2050_bf.pdf (letzter Zugriff: 30.7.2020), S. 33.

¹⁸ UBA, Climate Change 33/2019, Projektionsbericht 2019 für Deutschland, Zusammenfassung der Struktur des Klimaplans.

¹⁹ Bundes-Klimaschutzgesetz.

4. Klimapaket und BEHG

Um diese nationalen Klimaziele zu erreichen, beschloss die Bundesregierung ein Klimapaket, das in verschiedenen gesetzlichen Maßnahmen seinen Ausdruck gefunden hat. Zentral ist die CO₂-Bepreisung für die Sektoren Verkehr und Wärme.²⁰ Eingerichtet wird ein nationales Emissionshandelssystem²¹ ab 2021, näher geordnet durch das BEHG, dem der Bundesrat am 29.11.2019 zugestimmt hat und das bis auf die beihilferelevanten Vorschriften gem. § 24 am 13.12.2019 in Kraft getreten ist.

Auf diese Weise haben CO₂-Emissionen nicht nur im energiewirtschaftlichen und industriellen Bereich wie nach dem EU-Emissionshandel einen Preis, woraus sich entsprechend dem Anwendungsbereich des BEHG eine umfassende Anreizwirkung für die Verminderung von Brennstoffen ergibt, welche mit dem Inverkehrbringen nach § 2 BEHG erfasst werden. Daraus folgen dann indirekt Rückwirkungen auf die Energiewirtschaft, indem der Brennstoffverbrauch etwa auch in privaten Haushaltungen reduziert werden soll.

5. Abgrenzung der Abfallwirtschaft von der Verbrennung von Brennstoffen

Hieran zeigt sich schon das maßgebliche Anwendungsfeld, nämlich die Erfassung des zu CO₂-Emissionen führenden Brennstoffverbrauchs. Es geht jedenfalls nicht um die Einbeziehung der Abfallverbrennung. Diese kann höchstens insoweit erfolgen, als in ihrem Zusammenhang Brennstoffe genutzt werden. Ihre Erfassung ist damit allenfalls akzessorisch, nicht aber von vornherein angelegt.

Diese Begrenzung bestätigt Anlage 1 zu §§ 4 und 5 KSG, wo die einzelnen Quellkategorien für CO₂-Emissionen genannt sind, und zwar in Verbindung mit den CRF-Quellkategorien, also denen nach dem IPCC-Format. Nach diesem ist auch der Nationale Inventarbericht (NIR) gegliedert. Die Verbrennung von Abfällen wird im NIR nicht zentral geregelt. Der Sektor „Abfall und Abwasser“ (CRF 5), der als Unterpunkt in Anlage 1 zu den §§ 4 und 5 BEHG bei 6. Abfallwirtschaft und Sonstiges genannt ist, enthält im NIR den Hinweis: „Die bei der Abfallverbrennung mit energetischer Nutzung²² entstehenden Emissionen werden zur Vermeidung von Doppelzählungen im Energieteil (CRF 1.A.1.a, Kapitel 3.2.6) berichtet.“²³

²⁰ Bundesregierung, CO₂-Bepreisung (2019). <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/klimaschutz/co2-bepreisung-1673008> (letzter Zugriff: 30.7.2020).

²¹ Nachfolgend auch nur kurz als „nEHS“ bezeichnet.

²² Anders als in einigen anderen Staaten erfolgt die Abfallverbrennung in Deutschland ausschließlich mit Energienutzung.

²³ Im Kap. „Öffentliche Elektrizitäts- und Wärmeversorgung (1.A.1.a)“ [NIR] werden allerdings keine expliziten Angaben zu den Emissionen aus der Abfallverbrennung gemacht. Lediglich aus „Abbildung

Damit korrespondiert, dass im UBA die Abfallverbrennung im Sektor Sonstige aufgeführt, aber mit 0 Emissionen angesetzt wird. Dieser Sektor wird von den Methanemissionen aus der Abfallwirtschaft dominiert.²⁴

Damit wird die Abfallverbrennung der Energiewirtschaft zugeschlagen, die dem EU-Emissionshandel unterfällt. Zudem knüpft der Sektor Energiewirtschaft nur an der Verbrennung von Brennstoffen an, zu denen Abfälle nicht gehören.²⁵ Im 6. Sektor „Abfallwirtschaft und Sonstiges“ findet sich keine Verbrennung von Brennstoffen als Quellkategorie des gemeinsamen Berichtsformats. In den anderen Sektoren wird hingegen zwischen der Verbrennung von Brennstoffen – teilweise aufgegliedert in verschiedene Bereiche – und anderen Quellkategorien unterschieden. E contrario wird dort keine Verbrennung von Brennstoffen vorausgesetzt. Dies korrespondiert mit der Erfassung von Abfall als Quellkategorie in der EU-KlimaschutzVO, ohne dass daraus eine Einbeziehung in einen Emissionshandel folgt.²⁶ Im Ergebnis zählt ohnehin die aufgezeigte Beschränkung des BEHG auf die Sektoren Wärme und Verkehr.

II. Verhältnis europäischer / nationaler Emissionshandel

1. Getrennte Systeme

Der EU-Emissionshandel ist fest etabliert und für die 2021 beginnende vierte Handelsperiode weitestgehend unionsrechtlich geprägt.²⁷ Demgegenüber ist der Emissionshandel nach dem

23: Entwicklung der CO₂-Emissionen der Kategorie 1.A.1.a“ lässt sich die Emissionsmenge annähernd ableiten. Dort ist der Wert graphisch unter „sonstige Brennstoffe (Abfall)“ ablesbar – ca. 13 Mio. Auch „Tabelle 563: Für die Emissionsberichterstattung abgeleitete Emissionsfaktoren für CO₂ ab 1990, Energie“ gibt kein klares Bild. Eine explizite Auflistung, wie viele THG-Emissionen aus der Abfallverbrennung aus den einzelnen Anlagenkategorien (MVA, EBS, Sonderabfall, Klärschlamm, etc.) kommen, ist im über 1.000 seitigen NIR nicht ersichtlich. Aufschluss gibt hier seit Kurzem die Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage gemäß BT-Drs. 19/18606, S. 9 f. (Frage 18). Diese ist aber erst vom 17.4.2020.

²⁴ UBA, Climate Change 33/2019, Projektionsbericht 2019 für Deutschland, Zusammenfassung der Struktur des Klimaplanes, S. 23.

²⁵ S.u. III. und IV.

²⁶ S.o. I.2.

²⁷ RL (EU) 2018/410 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14.3.2018 zur Änderung der RL 2003/87/EG zwecks Unterstützung kosteneffizienter Emissionsreduktionen und zur Förderung von Investitionen mit geringem CO₂-Ausstoß und des Beschlusses (EU) 2015/1814, ABl. 2018 L 76, S. 3; *Frenz*, RdE 2020, 281 ff. auch für das Folgende.

BEHG national. Die Systeme sind also getrennt, auch wenn sie letztlich beide dazu beitragen, die EU-Klimaziele zu erreichen. Während indes der EU-Emissionshandel ein unionsweites System bildet, formt der nationale Emissionshandel eine Ergänzung dazu, um in den Sektoren „Wärme und Verkehr“, soweit sie nicht dem EU-Emissionshandel unterliegen, die EU-Klimaziele zu erreichen.²⁸ Dementsprechend werden die Emissionen ausgeklammert, die bereits vom EU-Emissionshandel erfasst sind. Soweit sich aus faktischen Gründen Überschneidungen ergeben, wird eine Trennung so weit wie möglich versucht.

2. Vermeidung von Doppelbelastungen

§ 2 Abs. 3 BEHG erstreckt das Gesetz generell auch auf Aufgaben im Zusammenhang mit Maßnahmen zur Kompensation der Doppelerfassung von Emissionen im EU-Emissionshandel. Eine doppelte Belastung gilt es also zu vermeiden (s. explizit § 7 Abs. 5 S. 1 BEHG). Damit wird dem Problem Rechnung getragen, dass der Brennstoffemissionshandel am Inverkehrbringen von Brennstoffen ansetzt und es sich damit um ein sog. Upstream-Emissionshandelssystem handelt. Demgegenüber bezieht sich der EU-Emissionshandel auf die Anlagen, welche für die direkten Emissionen aus der Verbrennung dieser Brennstoffe im EU-Emissionshandel Emissionsberechtigungen abgeben, und ist ein sog. Downstream-System. Daraus ergeben sich Überschneidungen in Gestalt von Doppelerfassungen von direkten Emissionen und Brennstoffemissionen.²⁹

Die generelle Zielsetzung, das EU-Emissionshandelssystem und das nationale Brennstoffemissionshandelssystem als getrennte Systeme zu erfassen und Überschneidungen zu vermeiden, zeigt sich an der Berichterstattung über Brennstoffemissionen, zu der alle Verantwortlichen nach § 3 Nr. 3 BEHG und damit alle Steuerschuldner für Brennstoffe nach § 2 Abs. 2 BEHG verpflichtet sind. § 7 Abs. 5 BEHG erfasst Doppelbelastungen infolge des Einsatzes von Brennstoffen in einer Anlage, die dem EU-Emissionshandel unterliegt.

Der eine Weg, um eine Doppelbelastung zu vermeiden, ist die in § 7 Abs. 5 S. 2 BEHG vorgesehene Freistellung, soweit durch den Emissionsbericht nach § 5 TEHG bereits der Einsatz der betroffenen Brennstoffe in Anlagen nachgewiesen ist. Dadurch entfällt zugleich die Abgabepflicht für Emissionszertifikate nach § 8 BEHG, die auf der berichteten Gesamtmenge an Brennstoffemissionen im vorangegangenen Kalenderjahr beruht. Ist für vom TEHG und damit vom EU-Emissionshandel erfasste Emissionen nichts zu berichten, unterfallen diese damit auch nicht dem Brennstoffemissionshandel.

²⁸ S.o. I.2.

²⁹ Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BR-Drs. 533/19, S. 41.

Der andere Weg zur Vermeidung einer Doppelbelastung ist der einer nachträglichen Kompensation der Zusatzkosten aus dem nationalen Emissionshandelssystem gem. § 11 Abs. 2 BEHG. Das betrifft die Fälle, in welchen keine ausreichenden Nachweise für eine Freistellung von der Berichtspflicht wegen der Erfassung durch den Emissionsbericht nach § 5 TEHG vorliegen.³⁰

3. Ergänzungsfunktion des Brennstoffemissionshandels

Anhand dieser Regelungssystematik wird die grundsätzliche Konzeption deutlich: Das BEHG tritt neben den EU-Emissionshandel und soll diesen möglichst wenig beeinträchtigen. Der Brennstoffemissionshandel ist nicht additiv, sondern ergänzend und soll regelungsbedürftige Lücken ausfüllen, die der EU-Emissionshandel bisher nicht abgedeckt hat. Insoweit handelt es sich um zwei unterschiedliche Systeme und Konzepte, sodass auch keine gegenseitige interpretative Beeinflussung erfolgt, außer in formalen und organisationsrechtlichen Bereichen wie dem Emissionshandelsregister, der Übertragung sowie der Überwachung, wozu §§ 10 ff. BEHG parallele Regelungen zum TEHG treffen.

Zunächst geht es aber um die Einbeziehung in den Brennstoffemissionshandel. Diese ist gerade losgelöst vom EU-Emissionshandel zu sehen, ohne dass stoffbezogene Überschneidungen auftreten. Insoweit ist aber der EU-Emissionshandel gesetzt, sodass sich das BEHG anpassen und Lösungen finden musste, um den EU-Emissionshandel nicht zu beeinträchtigen. Schließlich besteht eine Pflicht der Mitgliedstaaten zu einer effektiven Richtlinienumsetzung auch für den EU-Emissionshandel. Dazu gehört auch, dessen Funktionsweise nicht durch eigene Regulierungen anzutasten und so nach Art. 4 Abs. 3 UAbs. 3 EUV alle Maßnahmen zu unterlassen, die die Verwirklichung der Ziele der Union gefährden könnten. Dazu können auch dadurch hervorgerufene Ausweichreaktionen führen, dass Abfallverbrennungsanlagen in den Brennstoffemissionshandel einbezogen werden und Abfälle daher in andere Entsorgungswege gelangen, obwohl damit höhere CO₂-Emissionen verbunden sind, etwa in die Herstellung von hochkalorischen Ersatzbrennstoffen mit zusätzlichen CO₂-Emissionen bei der Abfallbehandlung und anschließenden Co-Verbrennung der Ersatzbrennstoffe etwa in Zementwerken, die dem (möglicherweise kostengünstigeren) EU-Emissionshandel unterliegen.³¹

³⁰ Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BR-Drs. 533/19, S. 41.

³¹ *Gassner/Buchholz*, Brennstoffemissionshandel: Zur Einbeziehung von Abfällen und Deponiegas. Grundlagenpapier im Auftrag der ZAK – Zentrale Abfallwirtschaft Kaiserslautern vom 18.6.2020, S. 16. Näher u. V.3.d).

Zudem würde das Recycling durch die Verteuerung der Verbrennung der Sortierreste deutlich teurer. Daher könnten Abfallexporte in andere EU-Staaten zunehmen und dort zu höheren Emissionen führen. Die CO₂-Emissionen sind aber gesamteuropäisch zu reduzieren, sodass dies zu vermeiden ist – abgesehen davon, dass der Recyclingwirtschaft in Deutschland Stoffströme und der deutschen Wirtschaft Sekundärrohstoffe entzogen würden, was den Zielsetzungen des EU-Abfallrechts zuwiderläuft. Diesem und dem EU-Emissionshandel gebühren also das Prä. Nicht der EU-Emissionshandel ist an das BEHG anzugleichen, sondern es verhält sich umgekehrt.

Diese Ausrichtung gilt aber nur für Überschneidungen und zu vermeidende Doppelbelastungen, um die Mechanismen des EU-Emissionshandels intakt zu lassen. Die Systeme sind völlig verschieden, sodass sie jeweils getrennt und für sich inhärent zu betrachten und auszulegen sind – auch für die Reichweite und damit die Einbeziehung von Abfällen. Nicht die CO₂-Emissionen werden belastet, sondern der in Verkehr gebrachte Brennstoff, da nur dieses System etwa für Ölheizungen und Autos hinreichend praktikabel ist.³² Das Ziel ist freilich dasselbe: die Reduktion von CO₂-Emissionen.

4. Folgerungen für den Anwendungsbereich des Brennstoffemissionshandels

Damit ist es nicht ausgeschlossen, dass Anlagen in zweifacher Weise erfasst werden: Sie selbst wegen ihres CO₂-Ausstoßes über den EU-Emissionshandel und zugleich die bei ihnen eingesetzten Brennstoffe über den Brennstoffemissionshandel nach dem BEHG. Auf diese Doppelerfassung sind die vorstehend genannten Vorschriften bezogen, um eine Doppelbelastung zu vermeiden und so zugleich den EU-Emissionshandel nicht zu tangieren.

Daher handelt es sich weniger um Privilegierungen³³ als um einen notwendigen Vermeidungsmechanismus, um keine Doppelbelastung entstehen zu lassen. Dementsprechend sind diese Vorschriften nur unter diesem Blickwinkel zu sehen und lassen keinen Schluss zu, dass es sich um exklusive Privilegierungen handelt, sodass die Privilegierung der Abfallverbrennung in der EnergieStV³⁴ leerliefe.³⁵

³² *Vollmer*, NuR 2020, 237 (238); bereits *Herrmann u.a.*, in: UBA (Hrsg.), *Ausweitung des Emissionshandels auf Kleinemittenten im Gebäude- und Verkehrssektor*, 2014; speziell zu Letzterem *Engel/Mailänder*, NVwZ 2016, 270.

³³ So aber BMU, IK III 2: *Behandlung der Abfall-/Klärschlammverbrennung im BEHG*, Ziff. 1.

³⁴ *Verordnung zur Durchführung des Energiesteuergesetzes (Energiesteuer-Durchführungsverordnung - EnergieStV) vom 31.7.2006 (BGBl. I S. 1753)*, die zuletzt durch Artikel 5 des Gesetzes vom 22.6.2019 (BGBl. I S. 856, 908) geändert worden ist.

³⁵ S. aber BMU, IK III 2: *Behandlung der Abfall-/Klärschlammverbrennung im BEHG*, Ziff. 1.

Der Anwendungsbereich wird vielmehr gem. § 2 BEHG nach energiesteuerrechtlichen Vorschriften bestimmt. § 7 BEHG hat darauf keine Auswirkungen, sondern sucht Doppelbelastungen im Rahmen des durch § 2 BEHG definierten Anwendungsbereichs des Brennstoffemissionshandels zu vermeiden.

5. Vereinheitlichung in einem europäischen System?

a) Ansatz

Damit stehen das nationale System für die Bepreisung fossiler Treibhausgasemissionen und das europäische Emissionshandelssystem trotz teilweiser Zielverbindung nebeneinander. Daraus erwachsen Unsicherheiten, welche Brennstoffemissionen erfasst werden können und wo Doppelbelastungen auftreten, die es zu vermeiden gilt. Ein solches Problem entsteht ausweislich der Gesetzesbegründung namentlich für Brennstoffemissionen der Binnenschifffahrt, und zwar vor allem bei grenzüberschreitenden Verkehren. Insoweit stellt sich auch die Frage einer Einbeziehung in ein europäisches Handelssystem, sodass eine nationale Regelung gar nicht mehr greifen könnte. Mit diesen Unsicherheiten behaftet soll bis 2023 eine Regelung geprüft werden, die Binnenschifffahrt in das nationale Emissionshandelssystem aufzunehmen.³⁶

Perspektive ist also die Überführung des nunmehrigen nationalen Emissionshandelssystems für die Sektoren „Wärme und Verkehr“, soweit sie bisher nicht dem EU-Emissionshandel unterliegen, in ein europäisches System. Insoweit kann auch die Diskussion auftreten, ob Abfälle einzubeziehen sind. Dadurch können die Unwägbarkeiten vermieden werden, die sich aus der Frage der Reichweite des bisherigen EU-Emissionshandels ergeben. Dadurch entsteht ein Gesamtsystem, welches die möglichen Emissionen vollständig abbildet und so zielgenau die Zahl der möglichen Zertifikate begrenzen kann. Insoweit könnte das deutsche BEHG als Blaupause für die Non-ETS-Sektoren dienen – außer es entstehen sektorübergreifende Gesamtregelungen. Insoweit müsste dann aber die Entscheidung getroffen werden, ob an dem Inverkehrbringen der den Emissionen zugrundeliegenden Energieträger oder an den CO₂-Emissionen selbst angesetzt werden soll.

b) Schwierigkeiten und Rückwirkungen auf die Einbeziehung von Siedlungsabfällen

Wegen der schweren Erfassbarkeit von Kleinemissionen bleibt nur das erste Konzept, das aber für Großemittenten nicht so gut passt, soll doch der CO₂-Ausstoß gemindert und damit finanziell belastet werden. Dies wird für Großanlagen gerade durch das bewährte EU-Emissionshandelssystem deutlich. In dieses sind Abfallverbrennungsanlagen bisher nicht

³⁶ Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BR-Drs. 533/19, S. 36.

einbezogen (§ 2 Abs. 5 Nr. 3 TEHG).³⁷ Das müssten sie aber, wenn auch das Feld der Abfallentsorgung in ein Emissionshandelssystem hereingenommen werden soll. Dies steht freilich im Widerspruch zu ihrer ökologischen Vorzugswürdigkeit gegenüber Co-Verbrennungen etc., welche bewusst zu ihrem Ausschluss führte.

Vom System her wird freilich in diesem Feld besonders deutlich, dass der Anknüpfungspunkt eines einheitlichen Systems die Anlage sein muss, welche CO₂ emittiert. Dies kann nicht der zugrundeliegende Arbeitsstoff sein, hat er doch eine ganz unterschiedliche Herkunft und kann selbst schwerlich CO₂ vermeiden – es sei denn, der Anfall wird als solcher verringert. Das ist dann aber eine Frage der abfallwirtschaftlichen Steuerung und weniger des Klimaschutzes, der im Bereich des Abfallwesens eher über die Kreislaufwirtschaft erfolgt, wie dies der Green Deal vorsieht.³⁸

Schon dieser Ausblick in die Zukunft zeigt, wie problematisch eine Einbeziehung von Siedlungsabfällen in den Emissionshandel ist: Die Müllverbrennungsanlagen sollten draußen bleiben, die Abfälle lassen sich nur schwer erfassen. Siedlungsabfälle haben daher in keinem Emissionshandelssystem ihren Platz, sodass sie auch einer künftigen europäischen Vereinheitlichung nicht unterfallen dürfen. Sie können auch nicht über den nationalen Brennstoffemissionshandel, der zudem nur eine Ergänzungsfunktion zum EU-Emissionshandel hat, einbezogen werden.

III. Auslegung der entsprechenden Bestimmungen des BEHG, in enger Zusammenschau mit dem Energiesteuerrecht

1. Maßgeblichkeit ausschließlich des Energiesteuerrechts, nicht des BEHG

Zunächst geht es um die Auslegung des BEHG als maßgebliche Grundlage für den nationalen Brennstoffemissionshandel. Nach § 2 Abs. 1 BEHG erstreckt sich das neue nationale Emissionshandelssystem auf die Emission von (fossilen) Treibhausgasen aus den in Anlage 1 genannten Brennstoffen, die gem. § 2 Abs. 2 BEHG in Verkehr gebracht werden. Die näher aufgelisteten Brennstoffe benennen sinngemäß die in § 1 Abs. 2 und 3 EnergieStG³⁹ gelisteten Waren unter Bezugnahme auf die jeweiligen Positionen der kombinierten Nomenklatur nach

³⁷ Antrag 04 des Landes NRW zu TOP 6 der Sitzung des Wirtschaftsausschusses des Bundesrates am 18.6.2020, BR-Drs. 226/20, Begründung.

³⁸ Ausführlich u. IV.

³⁹ Energiesteuergesetz (EnergieStG) vom 15.7.2006 (BGBl. I S. 1534; 2008 I S. 660, 1007), das zuletzt durch Artikel 204 der Verordnung vom 19.6.2020 (BGBl. I S. 1328) geändert worden ist.

der VO (EWG) Nr. 2658/87 (§ 3 Nr. 7 BEHG).⁴⁰ Das Inverkehrbringen knüpft an die Tatbestände des EnergieStG an. Sind diese erfüllt, gelten die Brennstoffe mit dem Entstehen der Energiesteuer als in Verkehr gebracht, ohne dass es auf die spätere Verwendung ankommt. Es gibt keine weiteren eigenen Voraussetzungen nach dem BEHG, um den Verwaltungsaufwand möglichst gering zu halten und die Entstehung der Emissionshandelspflicht möglichst einfach zu gestalten.⁴¹

Es zählt rein das energiesteuerrechtliche System mit seinen Entstehungstatbeständen für die Energiesteuer, die allerdings auch ihrerseits Befreiungstatbestände aufweisen, die dann auch hier greifen – so für die Luftfahrt nach § 27 Abs. 2 EnergieStG, die daher nicht dem BEHG unterfällt.⁴² Ausgenommen ist eine Steuerbefreiung nach dem EnergieStG nur dann, wenn nach § 2 Abs. 2 S. 2 BEHG eigens ein Inverkehrbringen trotz anschließenden Steuerbefreiungsverfahrens festgelegt ist, und damit nur in den Fällen des § 37 Abs. 2 Nr. 3 und Nr. 4 EnergieStG.

Dementsprechend ist umfassend auf das Energiesteuerrecht zurückzugreifen. § 1 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 EnergieStG stimmt mit Anlage 1 zum BEHG überein; dort steht nur „Brennstoff“ statt „Energieerzeugnis.“ Daher ist auch für die Anlage 1 auf die ergänzenden Begriffsbestimmungen zu § 1 Abs. 3 Nr. 2 EnergieStG in § 1b Abs. 1 Nr. 1, 2 und 3 Energiesteuerverordnung zurückzugreifen, worin klargestellt wird, dass Siedlungsabfälle des Abfallschlüssels 20 03 nach der Anlage zu § 2 Abs. 1 der Abfallverzeichnis-Verordnung (AVV) und andere Abfälle nach der Anlage zu § 2 Abs. 1 AVV, die im Durchschnitt einen Heizwert von höchstens 18 MJ/kg haben, nicht „als andere Waren i. S. d. § 1 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 EnergieStG, die ganz oder teilweise aus Kohlenwasserstoffen bestehen“, einzuordnen sind. Sie gelten also nicht als Energieerzeugnisse, ihr Management nicht als Inverkehrbringen nach dem EnergieStG, sodass keine Energiesteuer entsteht. Aus diesem Grund ist auch ein Inverkehrbringen nach dem BEHG ausgeschlossen und es liegt schon kein Brennstoff vor, sodass die Brennstoffemissionshandelspflicht nicht greift.⁴³

Dass Siedlungsabfälle nicht in den Anwendungsbereich des BEHG fallen, ergibt sich im Einzelnen aus folgenden Erwägungen:

⁴⁰ Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BR-Drs. 533/19, S. 37.

⁴¹ Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BR-Drs. 533/19, S. 37.

⁴² Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BR-Drs. 533/19, S. 37.

⁴³ Soweit im Folgenden von nicht dem Anwendungsbereich des BEHG unterfallenden Siedlungsabfällen die Rede ist, sind damit Siedlungsabfälle des Abfallschlüssels 20 03 nach der Anlage zu § 2 Abs. 1 AVV gemeint.

Wie ausgeführt, erstreckt sich der Anwendungsbereich des BEHG nach § 2 Abs. 1 BEHG nicht auf Siedlungsabfälle. Nach dieser Vorschrift gilt das BEHG

„... für die Emission von Treibhausgasen aus den in Anlage 1 genannten Brennstoffen, die gemäß Absatz 2 in Verkehr gebracht werden.“

Voraussetzung für die Anwendung des BEHG ist deshalb, dass Siedlungsabfälle als Brennstoff in Anlage 1 BEHG genannt sind.

Das BEHG knüpft mit den in Anlage 1 genannten Waren an das Energiesteuerrecht an. In der amtlichen Begründung zum BEHG ⁴⁴ kommt deutlich zum Ausdruck, dass der Anwendungsbereich des BEHG grundsätzlich nur dann eröffnet ist, wenn für einen Brennstoff eine Steuerpflicht nach dem EnergieStG entstanden ist. Wörtlich heißt es dazu:

„Da bei der Entstehung der Steuerpflicht oft nicht klar ist, von wem der Brennstoff letztlich verwendet wird, werden im Interesse einer einfachen Administrierbarkeit alle in § 1 Absatz 2 und 3 des Energiesteuergesetzes genannten Brennstoffe unabhängig von der späteren Verwendung Teil des Anwendungsbereiches. Damit löst allein das Inverkehrbringen von Brennstoffen Pflichten im Sinne des Abschnitt 3 dieses Gesetzes aus.“⁴⁵

Weiter heißt es, dass die in Anlage 1 genannten Brennstoffe

„... sinngemäß die in § 1 Absatz 2 und 3 Energiesteuergesetz gelisteten Waren“

umfassen.⁴⁶

Nach der amtlichen Begründung zum BEHG besteht eine enge Verzahnung zwischen der Energiesteuerpflicht und den Pflichten aus dem BEHG: Nur dann, wenn eine Ware oder ein Stoff der Energiesteuer unterfällt, soll er auch in den Anwendungsbereich des BEHG fallen,

⁴⁴ Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und der SPD zu einem Gesetz über einen nationalen Zertifikatehandel für Brennstoffemissionen (Brennstoffemissionshandelsgesetz – BEHG), BT-Drs. 19/14746, S. 32.

⁴⁵ Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und der SPD zu einem Gesetz über einen nationalen Zertifikatehandel für Brennstoffemissionen (Brennstoffemissionshandelsgesetz – BEHG), BT-Drs. 19/14746, S. 32.

⁴⁶ Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und der SPD zu einem Gesetz über einen nationalen Zertifikatehandel für Brennstoffemissionen (Brennstoffemissionshandelsgesetz – BEHG), BT-Drs. 19/14746, S. 32.

oder anders gesagt: Die Anwendung des BEHG setzt die Energiesteuerpflicht voraus. Daraus folgt: Siedlungsabfälle fallen nur dann in den Anwendungsbereich des BEHG, wenn sie auch der Energiesteuerpflicht unterliegen.

In Anlage 1 des BEHG werden die Waren benannt, die als Brennstoffe zu qualifizieren sind. Satz 1 der Anlage 1 des BEHG enthält einen Katalog von Brennstoffen. Dieser Katalog erfasst Siedlungsabfälle nicht. Der Anwendungsbereich wird allerdings durch Satz 2 der Anlage 1 des BEHG erweitert. Danach gelten als Brennstoff im Sinne des BEHG auch

„1. andere als die in Absatz 1 genannten Waren, die zur Verwendung als Kraftstoff oder als Zusatz oder Verlängerungsmittel von Kraftstoffen bestimmt sind oder als solche zum Verkauf angeboten oder verwendet werden,“

und

„2. andere als die in Absatz 1 genannten Waren, ganz oder teilweise aus Kohlenwasserstoffen, die zur Verwendung als Heizstoff bestimmt sind oder als solche zum Verkauf angeboten oder verwendet werden.“

Bei der Regelung in Satz 2 der Anlage 1 BEHG handelt es sich um einen Auffangtatbestand. Das folgt aus der sprachlichen Übereinstimmung mit § 1 Abs. 3 EnergieStG. Die Formulierung ist nahezu identisch: Sie weicht lediglich insoweit ab, als in Satz 2 der Anlage 1 BEHG nicht wie in § 1 Abs. 3 EnergieStG „Energieerzeugnisse“, sondern „Brennstoffe“ in den Anwendungsbereich einbezogen werden. Sachlich geht es ebenso wie in § 1 Abs. 3 EnergieStG ungeachtet dieser Abweichung in der Formulierung der einbezogenen Stoffe bei Satz 2 der Anlage 1 BEHG darum, in Satz 1 des Anhangs 1 BEHG nicht genannte Brennstoffe in den Anwendungsbereich des Gesetzes einzubeziehen. Für die Regelung in § 1 Abs. 3 EnergieStG ist anerkannt, dass es sich um einen Auffangtatbestand handelt.⁴⁷ Für Nr. 1 Satz 2 der Anlage 1 BEHG kann wegen der nahezu übereinstimmenden Formulierung und des vergleichbaren Regelungszwecks nichts anderes gelten.

Erfasst werden sollen – wie ausgeführt – durch Satz 2 Anlage 1 BEHG solche Brennstoffe, die nicht ausdrücklich in Satz 1 Anlage 1 BEHG durch einen Verweis auf das EnergieStG in den Anwendungsbereich des Gesetzes einbezogen sind. Maßgebend für die Anwendung des Gesetzes ist allerdings auch nach Satz 2 der Anlage 1 BEHG, dass der Brennstoff der Energiesteuerpflicht nach dem EnergieStG unterliegt. Nur dann soll der Auffangtatbestand greifen.

⁴⁷ Milewski in: *Möhlenkamp/Milewski*, EnergieStG/StromStG, Kommentar, 2012, § 1 Rn. 26; *Falkenberg*, in: *Falkenberg*, EnergieStG, Kommentar, Stand: 15.9.2018, § 1 Rn. 31.

Siedlungsabfälle sind jedoch keine Energieerzeugnisse i. S. d. § 1 Abs. 3 EnergieStG und unterfallen nicht der Energiesteuerpflicht.⁴⁸ § 1 Abs. 3 EnergieStG wird durch Regelungen der EnergieStV konkretisiert.⁴⁹ Bestimmte Waren, darunter Siedlungsabfälle des Abfallschlüssels 20 03 nach der Anlage zu § 2 Abs. 1 AVV, werden durch § 1b Abs. 1 EnergieStV vom Anwendungsbereich des § 1 Abs. 3 EnergieStG ausgeschlossen. Unter der Überschrift „Ergänzende Begriffsbestimmungen zum Gesetz“ bestimmt § 1b Abs. 1 EnergieStV, welche kohlenstoffhaltigen Stoffe nicht dem Anwendungsbereich des § 1 Abs. 3 EnergieStG unterfallen. In § 1b Abs. 1 EnergieStV heißt es:

„Als andere Waren im Sinn des § 1 Absatz 3 Satz 1 Nummer 2 des Gesetzes, die ganz oder teilweise aus Kohlenwasserstoffen bestehen, gelten nicht:

1. Klärschlamm nach § 2 Absatz 2 Satz 1 und 4 der Klärschlammverordnung vom 15. April 1992 (BGBl. I S. 912), die zuletzt durch Artikel 9 der Verordnung vom 9. November 2010 (BGBl. I S. 1504) geändert worden ist, in der jeweils geltenden Fassung,

2. Siedlungsabfälle des Abfallschlüssels 20 03 nach der Anlage zu § 2 Absatz 1 der Abfallverzeichnis-Verordnung vom 10. Dezember 2001 (BGBl. I S. 3379), die zuletzt durch Artikel 7 des Gesetzes vom 15. Juli 2006 (BGBl. I S. 1619) geändert worden ist, in der jeweils geltenden Fassung,

3. andere Abfälle nach der Anlage zu § 2 Absatz 1 der Abfallverzeichnis-Verordnung, in der jeweils geltenden Fassung, die im Durchschnitt einen Heizwert von höchstens 18 Megajoule je Kilogramm haben.“

Siedlungsabfälle unterliegen nach dieser Regelung ebenso wenig der Energiesteuerpflicht wie Klärschlamm und andere Abfälle, die im Durchschnitt einen Heizwert von höchstens 18 MJ/kg haben. Der Grund für die Herausnahme dieser – unzweifelhaft kohlenstoffhaltigen – Stoffe aus der Energiesteuerpflicht dürfte darin zu suchen sein, dass bei der thermischen Behandlung dieser Stoffe nach der Wertung des Gesetzgebers ihr Ausschluss aus dem Wirtschaftskreislauf mit dem Ziel erfolgt, das von diesen Abfällen ausgehende Gefährdungspotential zu beseitigen. Die Verbrennung dieser Stoffe ist Mittel hierzu. Die damit regelmäßig verbundene Energieerzeugung ist nur Nebenzweck und sollte deshalb nicht Anknüpfungspunkt für eine Energiesteuerpflicht sein.

⁴⁸ Milewski in: Möhlenkamp/Milewski, EnergieStG/StromStG, Kommentar, 2012, § 1 Rn. 12; Falkenberg, in: Falkenberg, EnergieStG, Kommentar, Stand: 15.9.2018, § 1 Rn. 42.

⁴⁹ Milewski in: Möhlenkamp/Milewski, EnergieStG/StromStG, Kommentar, 2012, § 66 Rn. 5.

Da der Gesetzgeber – wie oben dargelegt – nach der amtlichen Begründung zum BEHG die Anwendung des BEHG davon abhängig machen wollte, ob ein Brennstoff der Energiesteuerpflicht unterliegt, ist der Anwendungsbereich des Satzes 2 der Anlage 1 BEHG nach dem des § 1 Abs. 3 EnergieStG zu bestimmen. Die Herausnahme der in § 1b EnergieStV genannten Abfälle und damit insbesondere der Siedlungsabfälle ist deshalb auch für den Anwendungsbereich des BEHG von maßgebender Bedeutung: Als von der Energiesteuerpflicht ausgeschlossenes Energieerzeugnis fällt der „Brennstoff“ Siedlungsabfall nicht in den Anwendungsbereich des BEHG. Dasselbe gilt für Klärschlamm und andere Abfälle, die im Durchschnitt einen Heizwert von höchstens 18 MJ/kg haben.

Siedlungsabfälle sind auch nicht auf der Grundlage des § 23 EnergieStG energiesteuerpflichtig, sodass aus § 23 EnergieStG nicht folgt, dass sie in den Anwendungsbereich des nEHS einbezogen sind. Nach § 23 Abs. 1 EnergieStG entsteht die Steuer für andere als in § 4 EnergieStG genannte Energieerzeugnisse u.a. dadurch, dass sie erstmals im Steuergebiet als Kraft- oder Heizstoff oder als Zusatz oder Verlängerungsmittel von Kraft- oder Heizstoffen abgegeben werden oder – soweit diese Voraussetzungen nicht vorliegen – im Steuergebiet als Kraft- oder Heizstoff verwendet werden. § 23 Abs. 1 EnergieStG setzt voraus, dass überhaupt ein Energieerzeugnis i. S. d. § 1 EnergieStG vorliegt, für das eine Energiesteuerpflicht besteht. Nur unter dieser Voraussetzung kann § 23 Abs. 1 EnergieStG zur Anwendung kommen. Das ergibt sich schon daraus, dass § 23 Abs. 1 EnergieStG für bestimmte Anwendungsfälle, in denen zweifelhaft sein kann, an welche Vorgänge das Inverkehrbringen und damit die Entstehung der Steuerpflicht angeknüpft werden kann, Sonderregelungen trifft.

In § 1 EnergieStG wird der Begriff des Energieerzeugnisses definiert. Wie ausgeführt, sind Siedlungsabfälle nach dieser Vorschrift gerade kein Energieerzeugnis. Nach § 1 Abs. 3 Nr. 2 EnergieStG i. V. m. § 1b Nr. 2 EnergieStV sind sie von der Steuerpflicht ausgenommen. Aus § 23 Abs. 1 EnergieStG ergibt sich damit gerade nicht, dass für sie eine Energiesteuerpflicht besteht und sie in den Anwendungsbereich des nEHS einzubeziehen sind. Aussagekraft hat § 1 Abs. 1 EnergieStG nur für andere Abfälle mit einem Heizwert von mehr als 18 MJ/kg, die als Energieerzeugnisse behandelt werden und der Energiesteuerpflicht unterliegen. Hierfür regelt § 23 Abs. 1 EnergieStG, wann sie in Verkehr gebracht sind und an welchen Vorgang demzufolge die Steuerpflicht anknüpft.

2. Inverkehrbringen

Fraglich ist im Übrigen, ob Siedlungsabfälle überhaupt im Sinne des § 2 Abs. 2 BEHG in Verkehr gebracht werden können. Nur für nach § 2 Abs. 2 BEHG in Verkehr gebrachte Brennstoffe gelten nach § 2 Abs. 1 BEHG die Regelungen über den nationalen Brennstoffemissionshandel; nur hierfür ist der Anwendungsbereich des BEHG eröffnet.

Nach § 2 Abs. 2 BEHG gelten Brennstoffe

„mit dem Entstehen der Energiesteuer nach § 8 Absatz 1, § 9 Absatz 1, § 9a Absatz 4, § 14 Absatz 2, § 15 Absatz 1 oder Absatz 2, § 18 Absatz 2, § 18a Absatz 1, § 19b Absatz 1, § 22 Absatz 1, § 23 Absatz 1, § 30 Absatz 1, § 32 Absatz 1, § 34, § 35, § 36 Absatz 1, § 37 Absatz 2 Satz 5 und 6, § 37 Absatz 3 Satz 2, § 37 Absatz 4 Satz 1, § 38 Absatz 1, § 41 Absatz 1, § 43 Absatz 1 oder § 44 Absatz 4 Satz 2 des Energiesteuergesetzes als in Verkehr gebracht.“

Voraussetzung für das Inverkehrbringen von Siedlungsabfällen i. S. d. § 2 Abs. 2 BEHG und damit die Anwendung des BEHG ist nach dieser Regelung, dass hierfür die Energiesteuerpflicht entstanden ist. Für Siedlungsabfälle kann jedoch keine Energiesteuerpflicht entstehen, denn Siedlungsabfälle gelten nach § 1b Abs. 1 Nr. 2 EnergieStV nicht als Energieerzeugnisse im Sinne des Energiesteuergesetzes. Für sie kann deshalb auch keine Energiesteuer entstehen.⁵⁰ Ein Inverkehrbringen von Siedlungsabfällen i. S. d. § 2 Abs. 2 BEHG ist deshalb nicht denkbar. Damit aber kann hierauf auch das BEHG keine Anwendung finden.

3. Zwischenergebnis

Wegen der Anknüpfung des Anwendungsbereichs des BEHG an die Energiesteuerpflicht fallen Siedlungsabfälle, Klärschlamm und andere Abfälle, die im Durchschnitt einen Heizwert von höchstens 18 MJ/kg haben, nicht in den Anwendungsbereich des BEHG.

4. Kritik

Zum Teil wird allerdings die Auffassung vertreten, dass das BEHG die Brennstoffe unabhängig von einer im Einzelfall bestehenden Steuerpflicht nach dem EnergieStG bestimmt.⁵¹

a) Zielsetzung des nationalen Emissionshandels

Für diese Auffassung kann angeführt werden, dass das BEHG ab 2023 alle Brennstoffemissionen „in den Sektoren Wärme und Verkehr (Non-ETS-Sektoren)“ erfassen soll, die nicht dem Europäischen Emissionshandel unterliegen.⁵² Wörtlich heißt es dazu in der amtlichen Begründung:

⁵⁰ Soyk in: *Friedrich/Soyk*, Energiesteuern, Kommentar, 48. Lfg. Januar 2019, § 1 Rn. 92a; *Milewski* in: *Möhlenkamp/Milewski*, EnergieStG/StromStG, Kommentar, 2012, § § 1 Rn. 26.

⁵¹ Bundesumweltministerium, IK III 2, Behandlung der Abfall-/Klärschlammverbrennung im BEHG.

⁵² DEHSt, Nationales Emissionshandelssystem, Hintergrundpapier, S. 4.

„Der Anwendungsbereich des nationalen Emissionshandelssystems soll daher perspektivisch alle Brennstoffemissionen der Non-ETS-Sektoren erfassen.“⁵³

Nach dem Aussagegehalt und dem Zusammenhang dieser Passage der amtlichen Begründung kann daraus allerdings nicht abgeleitet werden, dass auch nicht energiesteuerpflichtige Stoffe in den Anwendungsbereich des BEHG fallen sollen.

Zum einen wird nur eine Zukunftsperspektive, ein Ziel angesprochen. Das wird am nachfolgenden Satz besonders deutlich. Hierin wird die Binnenschifffahrt, ein Verkehrsträger, angesprochen. Hierfür soll

„bis 2023 eine Regelung zur Aufnahme [...] in das nationale Emissionshandelssystem geprüft und im Falle ihrer Durchführbarkeit erarbeitet [werden], sofern nicht die Einbeziehung in ein europäisches Handelssystem eine derartige nationale Regelung ersetzt.“⁵⁴

Der Gesetzgeber geht nach dieser Aussage in der amtlichen Begründung offenbar davon aus, dass das BEHG nicht alle Brennstoffemissionen erfasst, sondern dass insoweit Lücken bestehen. Vor allem aber relativiert die Feststellung zu Emissionen von Binnenschiffen die Aussage, dass das BEHG alle Brennstoffemissionen erfassen soll, die nicht in das ETS fallen. Das soll nur „perspektivisch“, ggf. nach weiteren Gesetzesänderungen der Fall sein. Vor diesem Hintergrund ist die genannte Passage der amtlichen Begründung für die Bestimmung des Anwendungsbereichs wenig aussagekräftig. Sie deutet eher darauf hin, dass dem Gesetzgeber bewusst war, dass der Anwendungsbereich des BEHG lückenhaft ist und nicht alle Brennstoffe erfasst, die vom ETS ausgenommen sind.

Dafür spricht auch der systematische Zusammenhang der genannten Passage aus der amtlichen Begründung. Sie erläutert die Regelung des § 1 BEHG, nicht jedoch den Anwendungsbereich nach § 2 BEHG. In § 1 BEHG wird das Gesetzesziel bestimmt. Über den Anwendungsbereich des BEHG wird in § 1 keine Aussage getroffen. Deshalb kann eine Passage, die das Gesetzesziel erläutert, keine Relevanz für die Regelung des Anwendungsbereichs haben. Dieser wird gerade nicht erläutert. Zwar sind Zielbestimmungen

⁵³ Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und der SPD zu einem Gesetz über einen nationalen Zertifikatehandel für Brennstoffemissionen (Brennstoffemissionshandelsgesetz – BEHG), BT-Drs. 19/14746, S. 32.

⁵⁴ Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und der SPD zu einem Gesetz über einen nationalen Zertifikatehandel für Brennstoffemissionen (Brennstoffemissionshandelsgesetz – BEHG), BT-Drs. 19/14746, S. 32.

gesetzlicher Regelungen bei der Interpretation des Gesetzes als Auslegungshilfen und Auslegungsmaßstäbe heranzuziehen.⁵⁵ Dies betrifft indessen nur die Auslegung von Vorschriften. Es muss eine Unklarheit bestehen, also einen Auslegungsbedarf geben. Vorliegend ist dieser wegen des Verweises in § 2 Abs. 1 BEHG auf das Energiesteuerrecht nicht erkennbar. Zudem ist allein die gesetzliche Zielbestimmung selbst Auslegungsmaßstab, nicht indessen eine hierzu abgegebene Begründung, die im Gesetzestext keinen Ausdruck gefunden hat. Nach § 1 S. 1 BEHG ist Ziel des Gesetzes, die Grundlagen für den Handel mit Zertifikaten für Emissionen aus Brennstoffen zu schaffen und für eine Bepreisung dieser Emissionen zu sorgen, soweit diese Emissionen nicht vom EU-Emissionshandel erfasst sind; Satz 2 der Regelung beschreibt als Zweck des nationalen Emissionshandelssystems die Bepreisung fossiler Treibhausgasemissionen. Dass alle fossilen Brennstoffe in den nationalen Emissionshandel einbezogen werden sollten, ist in der Regelung nicht erwähnt. Die Abgrenzung zum Europäischen Emissionshandelssystem gibt dafür auch wenig her, denn damit wird vor allem zum Ausdruck gebracht, dass eine Überschneidung der Systeme aus Gründen der EU-Rechtskonformität vermieden werden soll.⁵⁶

Wenig aussagekräftig ist die Zweckbestimmung des § 1 S. 1 BEHG für den Anwendungsbereich des BEHG auch unter dem Aspekt, dass durch das nationale Emissionshandelssystem „zur Erreichung der nationalen Klimaschutzziele, einschließlich des langfristigen Ziels der Treibhausgasneutralität bis 2050, und zur Erreichung der Minderungsziele nach der EU-Klimaschutzverordnung sowie zur Verbesserung der Energieeffizienz“ beigetragen werden soll. Diese Zielsetzung setzt nicht voraus, dass alle Brennstoffe, die nicht dem EU-Emissionshandel unterliegen, in den nationalen Emissionshandel einbezogen werden. Das ist nicht der Fall, wie oben näher erläutert worden ist.

Ohne Relevanz im vorliegenden Zusammenhang ist auch die Begründung zu § 3 Nr. 3 BEHG. Dort heißt es:

⁵⁵ Dazu für die Zweckbestimmung in § 1 KrWG: *Mann*, in: *Versteyl/Mann/Schomerus*, KrWG, 2012, § 1 Rn. 1; *Jarass*, in: *Jarass/Petersen*, KrWG, 2012, § 1 Rn. 1; *Kopp-Assenmacher*, KrWG, 2016, § 1 Rn. 1; *Schink*, in: *Schink/Versteyl*, KrWG, 2. Aufl. 2017, § 1 Rn. 4 ff. und für § 1 WHG: *Faßbender*, in: *Landmann/Rohmer* § 1 WHG Rn. 5; *BeckOK-WHG/Guckelberger*, § 1 Rn. 1; *Kotulla*, WHG, 2010, § 1 Rn. 4; *Schink*, in: *Schink/Fellenberg*, WHG, 2020 (i.E.), § 1 Rn. 5.

⁵⁶ Dazu auch Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und der SPD zu einem Gesetz über einen nationalen Zertifikatehandel für Brennstoffemissionen (Brennstoffemissionshandelsgesetz – BEHG), BT-Drs. 19/14746, S. 23, wo das Ziel herausgestellt wird, eine Doppelregelung zu vermeiden.

„Die Ausführungen zu § 2 Absatz 2 zur engen Verzahnung mit dem Energiesteuergesetz gelten hier entsprechend. Ein Inverkehrbringen im Sinne des § 2 kann auch vorliegen, ohne dass zugleich eine Steuerpflicht nach dem Energiesteuergesetz entsteht.“

Von Bedeutung ist die Aussage, dass ein Inverkehrbringen auch vorliegen kann, ohne dass eine Steuerpflicht nach dem EnergieStG besteht, schon deshalb nicht, weil sich diese Passage der Amtlichen Begründung auf den Begriff des Verantwortlichen für den nationalen Emissionshandel bezieht, der in § 3 Nr. 3 BEHG bestimmt wird. Angesichts dessen, dass die in § 2 Abs. 2 S. 2 BEHG genannten Steuerbefreiungstatbestände nach dem EnergieStG für den Anwendungsbereich des BEHG keine Rolle spielen sollen, war es erforderlich, in der Begründung klarzustellen, dass es im Ergebnis nicht in jedem Fall auf eine Steuerpflicht ankommt. Nach § 2 Abs. 2 BEHG gelten Brennstoffe ebenfalls als in den Verkehr gebracht, wenn sich an das Entstehen der Energiesteuer ein Verfahren der Steuerbefreiung nach § 37 Abs. 2 Nr. 3 oder Nr. 4 EnergieStG anschließt. Auf diese Erweiterung des Anwendungsbereichs des BEHG im Vergleich zum EnergieStG nimmt die Begründung zu § 3 Nr. 3 BEHG Bezug. Sie verdeutlicht, wer in diesem Fall Verantwortlicher nach dem BEHG ist. Erforderlich war dies deshalb, weil der Verantwortliche in diesen Fällen wegen der Steuerbefreiung nicht durch eine entsprechende Anwendung des EnergieStG bestimmt werden kann.

Im Übrigen bestätigt die Begründung zu § 3 Nr. 3 BEHG, dass der Gesetzgeber eine enge Verzahnung mit dem Energiesteuerrecht angestrebt hat, um den Anwendungsbereich des BEHG zu bestimmen. Nur für die in § 2 Abs. 2 S. 2 BEHG genannten nach dem EnergieStG geltenden Steuerbefreiungstatbestände soll eine Ausnahme bestehen.

Zur Begründung wird weiter vorgebracht, dass die Siedlungsabfälle wegen der Treibhausgase, die bei ihrer thermischen Behandlung freigesetzt werden, ca. 6 % bis 7 % der Emissionen der öffentlichen Strom- und Wärmeversorgung im Jahr 2017 ausmachen. Die Zielsetzung des Gesetzes bliebe wegen dieses Umfangs unvollkommen, würden Siedlungsabfälle nicht in den Anwendungsbereich des BEHG einbezogen.

Dem Mengenargument kann angesichts der klaren Regelung in § 2 Abs. 2 BEHG sowie in Anlage 1 BEHG keine Bedeutung zukommen, zumal es im Auge des Betrachters liegt, ob die siedlungsabfallstämmigen CO₂-Emissionen als mehr oder weniger erheblich gewertet werden. Aussagekraft für den Anwendungsbereich des Gesetzes hat eine Mengenbetrachtung nicht. Das Gegenteil ist vielmehr der Fall: Gerade wegen der Anknüpfung des Anwendungsbereichs des BEHG an das Entstehen einer Steuerpflicht nach dem EnergieStG hätte es nahegelegen, für Siedlungsabfälle eine ausdrückliche Regelung in das BEHG aufzunehmen, hätte der Gesetzgeber gewollt, dass auch dieser Stoff in den Anwendungsbereich fallen soll. Denn von

der Anwendung des EnergieStG ist Siedlungsabfall nach § 1b Abs. 1 Nr. 3 EnergieStV ausdrücklich ausgenommen.

b) Systematik des Abfallrechts

Die Einbeziehung von Siedlungsabfällen in den nationalen Emissionshandel ist auch nach Sinn und Zweck des BEHG nicht gerechtfertigt. Sie wird zum Teil deshalb gefordert, weil durch den dann gebotenen Erwerb von Zertifikaten mittelbar Einfluss auf die zur Verbrennung kommende Abfallmenge und damit auch auf die aus Müllverbrennungsanlagen emittierten Treibhausgase genommen werden könne. Der durch den nationalen Emissionshandel verteuerte Verbrennungspreis würde letztlich die Abfallgebühren erhöhen. Dadurch werde ein Anreiz gesetzt, Abfälle zu vermeiden, wodurch die zur Verbrennung kommende Abfallmenge aus Siedlungsabfällen verringert und damit zugleich die CO₂-Emission aus Müllverbrennungsanlagen sinken würde. Damit entspreche eine Einbeziehung von Siedlungsabfällen der Intention des nationalen Emissionshandels, über eine Verteuerung der Nutzung von Brennstoffen mittelbar den Ausstoß von Treibhausgasen zu verringern.

Zunächst handelt es sich bei der These, durch eine Anhebung des Preises für die Müllverbrennung werde mittelbar die Menge des Siedlungsabfalls reduziert, um eine reine Spekulation. Nach dem jüngsten SRU-Gutachten 2020 können Abfallgebühren keine Abfallvermeidungswirkungen zugeschrieben werden, sie können lediglich eine Lenkungswirkung hin zu Recycling und Verwertung haben. Lenkungsabgaben zugunsten einer Kreislaufwirtschaft bzw. der Abfallvermeidung seien vielmehr am Anfang des Materialstroms (Inputabgaben) – also direkt bei der Rohstoffgewinnung oder beim Import von Rohstoffen oder Produkten – am effizientesten und wirkungsvollsten.⁵⁷ Mit einer bloßen Erhöhung der Abfallgebühren kann demnach das Siedlungsabfallaufkommen nicht gesteuert werden.

Der Ausgangspunkt der Behauptung, die zur Verbrennung kommende Abfallmenge könne über steigende Gebühren reduziert werden, trifft also so nicht zu. Das ergibt sich auch aus der Systematik der abfallrechtlichen Grundpflichten und hier insbesondere aus der Abfallhierarchie des § 6 Abs. 1 KrWG. Danach besteht keine Wahlfreiheit, Siedlungsabfälle zu recyceln oder sie einer thermischen Behandlung in einer Müllverbrennungsanlage zuzuführen.

Eine Beseitigung auch von Siedlungsabfällen ist nach der Abfallhierarchie des § 6 Abs. 1 KrWG nämlich grundsätzlich nur dann zulässig, wenn ein Recycling oder eine sonstige Verwertung nicht möglich oder wirtschaftlich nicht zumutbar sind. Gegenüber Maßnahmen zur Vermeidung und Verwertung von Abfällen sind gemäß § 6 Abs. 1 Nr. 5 KrWG Maßnahmen zu

⁵⁷ SRU-Gutachten 2020, Teil 3, Kreislaufwirtschaft: Von der Rhetorik zur Praxis, Tz. 165.

ihrer Beseitigung nachrangig. Maßnahmen der Abfallbeseitigung sind grundsätzlich nur zulässig, wenn eine Pflicht zur Verwertung der Abfälle entfällt, weil eine Verwertung technisch nicht möglich oder wirtschaftlich nicht zumutbar ist.⁵⁸ Auch die thermische Verwertung von Abfällen ist nach der Abfallhierarchie des § 6 Abs. 1 KrWG gegenüber der Abfallvermeidung, der Vorbereitung zu Wiederverwendung und der stofflichen Verwertung nachrangig.

Die Behandlung von Siedlungsabfällen in einer Müllverbrennungsanlage stellt entweder eine Beseitigung oder – so der Regelfall – eine thermische Verwertung dar. Zur Beseitigung im Sinne des KrWG zählt nach § 3 Abs. 26 S. 1 KrWG jedes Verfahren, das keine Verwertung ist, auch wenn das Verfahren zur Nebenfolge hat, dass Stoffe oder Energie zurückgewonnen werden. Die Regelung beschreibt die Beseitigung in negativer Abgrenzung zur Verwertung. Zur Klarstellung verdeutlicht die Definition, dass Nebenfolge von Beseitigungsverfahren auch die Rückgewinnung von Stoffen und Energie sein kann, ohne dass hierdurch der Status eines Verwertungsverfahrens erreicht wird. Dies entspricht der Verpflichtung nach § 15 Abs. 1 S. 3 KrWG, die Energie oder Abfälle, die bei der Beseitigung anfallen, hochwertig zu nutzen.

Nach dieser Regelung kommt es für die Einordnung der Verbrennung von Siedlungsabfällen in Müllverbrennungsanlagen als Beseitigungsvorgang nicht darauf an, dass hier Stoffe oder Energie zurückgewonnen werden. Maßgebend ist der Zweck, der mit der Verbrennung verfolgt wird. Dieser besteht vorrangig nicht in der Gewinnung von Energie, sondern darin, die Siedlungsabfälle wegen ihres Gefährdungspotentials sowie der von ihnen ausgehenden Gefahren für die Gesundheit und die Umwelt zu beseitigen. Werden Abfälle in einer Müllverbrennungsanlage thermisch verwertet, ist auch dies nur zulässig, wenn eine Abfallvermeidung, eine Vorbereitung zur Wiederverwendung oder eine stoffliche Verwertung als Maßnahmen zur Behandlung des Siedlungsabfalles ausscheiden.

Im Abfallrecht selbst ist deshalb schon ein Nachrang der thermischen Behandlung von Siedlungsabfällen angelegt. Ziel ist dabei, die Abfallmenge, die thermisch behandelt werden muss, zu reduzieren und mittelbar zugleich Anreize dafür zu geben, möglichst abfallarme und wiederverwendbare oder einem stofflichen Recycling zugängliche Produkte in den Verkehr zu bringen. Das Ziel, durch Verringerung der Abfallmenge, die thermisch behandelt werden muss, die Treibhausgasemissionen zu senken, ist dem Abfallrecht deshalb immanent.

Konkretisiert werden die abfallrechtlichen Grundpflichten aus der Abfallhierarchie durch eine Reihe von Regelungen des KrWG sowie dieses Gesetz begleitende Gesetze und Verordnungen, deren Ziel darin besteht, Abfälle aus bestimmten Herkunftsbereichen zu vermeiden und in einem möglichst großen Umfang der stofflichen Verwertung zuzuführen,

⁵⁸ Vgl. nur *Beckmann*, in: *Landmann/Rohmer*, Umweltrecht, § 6 KrWG Rn. 40.

sodass im Ergebnis nur noch ein geringer Rest thermisch verwertet bzw. beseitigt werden muss. Zu nennen sind in diesem Zusammenhang etwa die gesetzlichen Quoten für das Recycling von Siedlungsabfällen in § 14 KrWG. Danach muss für Siedlungsabfälle die Quote der Vorbereitung zur Wiederverwendung sowie des Recyclings ab dem 01.01.2020 insgesamt mindestens 65 % betragen. Mit der Novelle des KrWG in Umsetzung der EU-Abfallrahmenrichtlinie wird diese Quote nominal auf 50 Gewichtsprozent abgesenkt (§ 14 Abs. 1 KrWG-neu), aufgrund der Output-bezogenen Berechnungsweise materiell jedoch weiter verschärft. Zum 01.01.2025 wird die Recyclingquote auf 55 Gewichtsprozent, zum 01.01.2030 auf 60 Gewichtsprozent und zum 01.01.2035 auf 65 Gewichtsprozent erhöht.

Diese Verpflichtung ist vor allem auch durch die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger umzusetzen. Diese sind aus § 14 Abs. 2 KrWG und künftig aus § 20 Abs. 2 KrWG-neu verpflichtet, ihre Entsorgungsinfrastruktur so anzupassen, dass die EU-rechtlich und nach nationalem Recht zu erfüllende Verwertungsquote beim Siedlungsabfall erreicht wird. Nach § 20 Abs. 2 KrWG-neu haben die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger eine Getrenntsammlung für insgesamt acht verschiedene Abfallfraktionen (Bio-, Kunststoff-, Metall-, Papier-, Glas- und Textilabfälle sowie Sperrmüll und gefährliche Abfälle) durchzuführen und damit nur noch die verbleibenden Restabfälle einer thermischen Behandlung in Siedlungsabfallverbrennungsanlagen zuzuführen. Weitere Vorgaben enthält die GewAbfV, deren Ziel es u.a. ist, die aus dem Gewerbe stammenden Siedlungsabfälle und diesen vergleichbare hausmüllähnliche Gewerbeabfälle zu vermeiden und möglichst umfassend einer stofflichen Verwertung zuzuführen.

Für die Siedlungsabfälle besonders bedeutsam ist weiter das VerpackG, dessen Ziel es gerade ist, die aus privaten Haushaltungen stammenden Verpackungen zu vermeiden und diese weitgehend einem stofflichen Recycling (§ 16 VerpackG) zuzuführen. Weitere Verpflichtungen insbesondere zur Vermeidung von Kunststoffabfällen ergeben sich aus der KunststoffRL der EU. Hiernach ist das Inverkehrbringen bestimmter Produkte aus Kunststoffen unzulässig; für andere Produkte werden Vorgaben für die Produktgestaltung gemacht.

Insgesamt stellt das Abfallrecht selbst ein Instrumentarium bereit, das im Ergebnis dazu führen soll, dass die zur energetischen Verwertung bzw. zur Beseitigung in Müllverbrennungsanlagen kommende Menge an Siedlungsabfällen weitestgehend reduziert wird. Nur diejenigen Abfälle, die weder vermieden noch wiederverwendet noch recycelt werden konnten oder durften, kommen überhaupt für die thermische Verwertung in Betracht. Die dabei immanenten Möglichkeiten zum Klimaschutz wurden zuvor ausgeschöpft. Dabei ist wichtig, dass das Abfallrecht bei der Verfolgung dieses Ziels auch technische, wirtschaftliche und soziale Belange berücksichtigt, § 6 Abs. 2 KrWG. Auch darin unterscheidet es sich vom nationalen Emissionshandel, das solche für den Vollzug und die Möglichkeit der Reduzierung von der

Verbrennung zuzuführenden Abfällen wichtige Kriterien nicht kennt, sondern allenfalls über die Kosten möglicherweise eine Verringerung der Treibhausgasemissionen aus der Verbrennung von Siedlungsabfall bewirken kann.

Die nach der AbfRRL sowie dem nationalen Recht einzuhaltende Abfallhierarchie zielt darauf ab, dass grundsätzlich nur der Teil der Abfälle thermisch verwertet oder beseitigt werden darf, der nicht stofflich recycelt werden kann. Diese Verpflichtung gilt auch für den Siedlungsabfall. Auch die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger sind verpflichtet, diese Anforderungen einzuhalten. Das Abfallrecht selbst enthält damit Mechanismen, die zur Folge haben sollen, dass die thermische Behandlung des Restabfalls in einer Weise minimiert wird, die zur Folge haben soll, dass nur der Rest des Siedlungsabfalls, für den es keine weitere Verwendungsmöglichkeit gibt, einer Abfallverbrennung zugeführt wird. Das Abfallrecht unterscheidet sich durch diese rechtliche Verpflichtung von allen anderen Regelungen, die die Nutzung von Brennstoffen betreffen. Eine rechtliche Limitierung der Zulässigkeit des Brennstoffeinsatzes ist dort nicht vorgesehen.

Anders als für andere Brennstoffe bedarf es deshalb für Siedlungsabfälle keines finanziellen Anreizes zur Verringerung der zur Verbrennung kommenden Siedlungsabfälle. Das Ziel ihrer Minimierung ist schon durch das Abfallrecht selbst rechtlich verbindlich vorgegeben und instrumentell bereits bei den vorgelagerten Schritten der Abfallentstehung und Abfalltrennung implementiert. Ein daneben stehender finanzieller Anreiz durch den nationalen Emissionshandel ist obsolet. Angesichts der abfallrechtlichen Pflichten müsste er auch weitgehend wirkungslos bleiben und würde im Ergebnis nur zu einer Erhöhung des Aufkommens aus dem nationalen Emissionshandel führen. Das indessen ist nicht das Ziel des BEHG.

Eingewandt wird allerdings, dass die Abfallverbrennung einen Wettbewerbsvorteil gegenüber den mit fossilen Primärenergieträgern befeuerten KWK-Anlagen habe. Zudem setze die Anwendbarkeit des nEHS nicht voraus, dass konkrete individuelle Möglichkeiten zur Reduzierung der Treibhausgasemissionen bestehen. Und schließlich sei es geboten, die Abfallmenge zugunsten der Erhöhung biogener Abfallbestandteile und durch einen Einstieg in

chemische Recyclingverfahren zu verringern.⁵⁹ Beide Emissionsminderungspfade seien ohne eine Bepreisung der fossilen CO₂-Emissionen ökonomisch uninteressant.⁶⁰

Diese Argumente überzeugen nicht.

Wie ausgeführt, ist es Aufgabe und Ziel des Abfallrechts, die Abfallmengen zu reduzieren. Das Abfallrecht enthält dafür ein auf die spezifischen abfallrechtlichen Gegebenheiten zugeschnittenes eigenes Instrumentarium. Hierüber, nicht jedoch über ein nEHS, sind die Reduktion der hochkalorischen fossilen Bestandteile im Abfall und der Einstieg in chemische Recyclingverfahren zu bewirken, sofern sich das chemische Recycling wirklich als ökologisch vorteilhafte Behandlungsoption erweisen sollte. Das Abfallrecht setzt dazu vor allem auf eine Konkretisierung der Produktverantwortung der Hersteller und Vertrieber von Produkten und die Vorgabe von Recyclingquoten. Diese Regularien ermöglichen Verbote des Inverkehrbringens bestimmter Stoffe, Verwendungsverbote und Vorgaben zum Umfang einer Wiederverwendung oder des stofflichen Recyclings. Damit stehen Mechanismen bereit, mit denen die Zielsetzung der Verringerung von zur Verbrennung kommenden Abfällen systemkonform und besser als durch das nEHS erreicht werden können.

Ob individuelle Möglichkeiten der Verringerung der in das nEHS einbezogenen Brennstoffe bestehen, mag zwar für dessen Anwendbarkeit nicht ausschlaggebend sein. Darauf kommt es jedoch im vorliegenden Zusammenhang nicht an. Maßgebend ist vielmehr, dass im Gegensatz zu anderen für Brennstoffe bestehenden Rechtsregimen das Abfallrecht selbst systemkonforme und wirksame Mechanismen zur Mengenreduzierung und damit zur Verringerung der aus der Abfallverbrennung stammenden Treibhausgasemissionen enthält.

Schließlich ist es nicht Ziel und Aufgabe des nEHS, Wettbewerbsungleichheiten zwischen verschiedenen Anlagen auszugleichen, in denen Energie erzeugt wird. Es geht um die Verringerung von Treibhausgasemissionen, damit die nationalen Klimaziele erreicht werden. Die Angleichung von Wettbewerbsbedingungen mag sich dabei durch die Verteuerung von bestimmten Verfahren einstellen. Die Ausdehnung des Anwendungsbereichs des BEHG ist deshalb indessen nicht gerechtfertigt. Dabei handelt es sich lediglich um einen Nebenerfolg

⁵⁹ Ob das chemische Recycling wirklich eine nachhaltige Behandlungsoption für Kunststoffabfälle darstellt, wird dabei unterschiedlich beurteilt, kritisch *Quicker*, Müll und Abfall 5/2020, 236 ff., ablehnend für die Anrechnung auf die werkstoffliche Recyclingquote nach VerpackG *Janz*, Müll und Abfall 5/2020, 242 ff., differenzierend auch SRU-Gutachten 2020, Teil 3, Kreislaufwirtschaft: Von der Rhetorik zur Praxis, Tz. 198.

⁶⁰ Bundesumweltministerium, IK III 2, Behandlung der Abfall-/Klärschlammverbrennung im BEHG, S. 3.

des nEHS. Über die Anwendbarkeit des BEHG ist unabhängig davon allein nach § 2 Abs. 2 BEHG zu entscheiden.

c) Ungleichbehandlung mit Ersatzbrennstoffen?

Gegen eine Freistellung von Siedlungsabfällen vom nationalen Emissionshandel könnte weiter eingewandt werden, dass aus Siedlungsabfällen gewonnene Ersatzbrennstoffe (EBS), die zur Feuerung in Zementwerken oder Kohlekraftwerken eingesetzt werden und einen Heizwert von mehr als 18 MJ/kg aufweisen, was in der Praxis selten der Fall ist, in den Anwendungsbereich des BEHG fallen. Damit würden aus Siedlungsabfällen gewonnene EBS im nationalen Emissionshandel anders als Siedlungsabfall behandelt. Hierin könnte ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG liegen. Das ist indessen nicht der Fall:

Der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG gebietet dem Normgeber, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln, ohne dass diesem damit jede Differenzierung verwehrt wäre.⁶¹ Differenzierungen bedürfen stets der Rechtfertigung durch Sachgründe, die dem Differenzierungsziel und dem Ausmaß der Ungleichbehandlung angemessen sind. Art. 3 Abs. 1 GG gebietet nicht nur, dass die Ungleichbehandlung an ein der Art nach sachlich gerechtfertigtes Unterscheidungskriterium anknüpft, sondern verlangt auch für das Maß der Differenzierung einen inneren Zusammenhang zwischen den vorgefundenen Verschiedenheiten und der differenzierenden Regelung, der sich als sachlich vertretbarer Unterscheidungsgesichtspunkt von hinreichendem Gewicht erweist.⁶²

Abzustellen ist im vorliegenden Zusammenhang auf die Zweckbestimmung der thermischen Behandlung von Siedlungsabfällen einerseits und EBS andererseits. Siedlungsabfälle werden in Müllverbrennungsanlagen mit dem Ziel verbrannt, diese Abfälle zu beseitigen oder energetisch zu verwerten. Die Gewinnung von Energie bei der thermischen Behandlung ist bei einer Gesamtbetrachtung nur Nebenzweck dieses Vorgangs. Die betreffenden Müllverbrennungsanlagen sind spezifisch auf die Verbrennung von Siedlungsabfällen ausgelegt und können nicht auf andere „Brennstoffe“ ausweichen, m.a.W. verlören sie ohne Abfälle ihren Zweck.

Demgegenüber werden EBS in Zementwerken oder Kohlekraftwerken zur Substitution von fossilen Regelbrennstoffen wie Kohle, Erdgas oder Öl eingesetzt. Eine Beseitigung von Abfällen, um deren Gefährdungspotential zu eliminieren, ist hingegen bei diesem speziellen Einsatz von EBS nicht das primäre Ziel, erfolgt aber gleichwohl. Es sollen vielmehr natürliche Ressourcen geschont und statt anderer aus Siedlungsabfällen gewonnene Brennstoffe zur

⁶¹ Vgl. BVerfGE 79, 17; 129, 68; 132, 81.

⁶² BVerfGE 124, 220.

Energiegewinnung eingesetzt werden. Der Verbrennungsvorgang ist als solcher nicht von der Verfügbarkeit von Abfällen abhängig, nicht auf diese ausgerichtet und verfolgt einen von der Abfallentsorgung unabhängigen Zweck.

Zementwerke oder Kohlekraftwerke sind deshalb auch keine „Einheiten zur Verbrennung von gefährlichen oder Siedlungsabfällen“ im Sinne des EU-Emissionshandels und anders als jene darin einbezogen, und zwar einschließlich der aus den mitverbrannten Siedlungs- und anderen Abfällen resultierenden fossilen CO₂-Emissionen. Das geht auch daraus hervor, dass in der Emissionshandels-Richtlinie angegeben wird, dass für „Brennstoffe aus Abfall wie Reifen“ keine Standardemissionsfaktoren verwendet werden dürfen. Zu EBS bzw. „Sekundärbrennstoffen“ (SBS) aufbereitete Altreifen werden typischerweise in Zementwerken mitverbrannt. Mithin werden die Emissionen aus bestimmten Anlagen, die (auch) Abfälle verbrennen, durchaus in den EU-Emissionshandel einbezogen, nur eben nicht Emissionen aus Anlagen bzw. Einheiten zur Verbrennung von gefährlichen oder Siedlungsabfällen (s. § 2 Abs. 5 Nr. 3 TEHG).

Die Erfassung einer solchen Verwendung von EBS mit hohem Heizwert entspricht damit dem Ziel des BEHG, vom europäischen Emissionshandelssystem nicht erfasste Brennstoffe in den nationalen Emissionshandel einzubeziehen. Wegen der Unterschiede in der Verwendung von Siedlungsabfällen und heizwertreichen EBS ist ihre unterschiedliche Behandlung im nationalen Emissionshandelssystem auch mit dem Gleichheitssatz vereinbar. Denn hierfür kommt es darauf an, ob die zu bewertenden Sachverhalte vergleichbar sind. Gibt es – wie vorliegend – Unterschiede, dürfen bzw. müssen hieran auch unterschiedliche Rechtsfolgen geknüpft werden.

IV. Das Steuerungskonzept des Emissionshandels und dessen fehlende Eignung bei der thermischen Abfallbehandlung

1. Notwendig hoher Preis mit Gefährdung der Entsorgungsziele

a) Gefordertes hohes Preisniveau

Durch den Brennstoffemissionshandel werden CO₂-Emissionen finanziell belastet, wenn auch nicht mit einer Steuer,⁶³ sondern vom Ansatz her im Rahmen eines Zertifikatmodells, allerdings mit am Anfang festgelegtem Preis. Forscherinnen und Forscher vom Mercator Research Institute on Global Commons and Climate Change (MCC) erstellten in Zusammenarbeit mit dem Potsdam-Institut für Klimafolgenforschung (PIK) eine Expertise für den Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung (sog.

⁶³ Für sie bestehen enge finanzverfassungsrechtliche Grenzen, *Klinski/Keimeyer*, NVwZ 2019, 1465 ff.

„Wirtschaftsweisen“), in der verschiedene Möglichkeiten für eine CO₂-Bepreisung aufgezeigt werden.⁶⁴ Die Wirtschaftsweisen sprechen sich in Bezug zu dieser Expertise für eine CO₂-Bepreisung als marktwirtschaftliches Instrument zur Reduktion von Treibhausemissionen aus.⁶⁵

Die Höhe des CO₂-Preises ist für die Effektivität dieses Instrumentes entscheidend. Bei einem zu niedrigen Preis ist keine ausreichende Lenkungswirkung, also keine Verhaltensänderung zu erwarten, wohingegen ein ausreichend hoher CO₂-Preis die Vermeidung von CO₂-Emissionen attraktiv macht. Laut der MCC-PIK-Expertise sollte zum Erreichen der deutschen Ziele im Jahr 2030 nach der VO (EU) 2018/842, der sogenannten EU-Lastenteilungsverordnung, der CO₂-Preis mit 50 € im Jahr 2020 starten und bis 2030 auf 130 € pro Tonne CO₂ ansteigen.

b) Vorgesehenes Preisniveau nach dem BEHG

Zwar bleiben die Preise nach dem BEHG deutlich hinter diesem Niveau zurück. Den Beginn macht ein Festpreis, welcher in § 10 Abs. 2 BEHG festgelegt ist. In der verabschiedeten Gesetzesfassung wurde dieser für 2021 mit 10 € festgelegt. Indes ergab die Beratung im Vermittlungsausschuss im Zuge der steuerlichen Regelungen und im Zuge des Klimapaketes das Ergebnis, dass dieser Preis durch ein neues Gesetzgebungsverfahren auf 25 € hochgesetzt werden und ab 2023 dann 35 € betragen soll.⁶⁶

In den Folgejahren wird der Preis fortlaufend erhöht, bis dann ab 2026 eine freie Preisbildung erfolgt, aber immer noch in einem Preiskorridor mit einem ursprünglich vorgesehenen Mindestpreis von 35 € pro Emissionszertifikat bei einem Höchstpreis von 60 €; in der

⁶⁴ *Edenhofer et al.*, Optionen für eine CO₂-Preisreform: MCC-PIK-Expertise für den Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung (2019). https://www.mcc-berlin.net/fileadmin/data/B2.3_Publications/Working%20Paper/2019_MCC_Options_f%C3%BCr_ein_e_CO2-Preisreform_final.pdf (letzter Zugriff: 30.7.2020).

⁶⁵ Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, Aufbruch zu einer neuen Klimapolitik: Sondergutachten (2019). https://www.sachverstaendigenrat-wirtschaft.de/fileadmin/dateiablage/gutachten/sg2019/sg_2019.pdf (letzter Zugriff: 30.7.2020), S. 127 ff.

⁶⁶ Näher *Frenz*, Grundzüge des Klimaschutzrechts, 2020, Rn. 311 f. Mittlerweile ist die gesetzliche Änderung im Bundeskabinett beschlossen, <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Pressemitteilungen/2020/20200520-bundeskabinett-beschliesst-hoeheren-co2-preis.html> (letzter Zugriff: 30.7.2020). Der Bundesrat hat sich nach Art. 76 Abs. 2 GG am 3.7.2020 positiv geäußert, BT-Drs. 266/20 (Beschluss).

geänderten Fassung liegt dieser Korridor zwischen 55 und 65 €. Ab 2027 erfolgt dann eine völlig freie Preisbildung. Bis dahin ist diese deshalb nicht vorgesehen, weil jedenfalls am Anfang hohe Unsicherheiten über das sich einstellende Preisniveau bestehen.⁶⁷

Mit den jetzt vorgesehenen Werten soll es sowohl den Bürgerinnen und Bürgern als auch den Wirtschaftsunternehmen möglich sein, die ansteigenden Zertifikatspreise bei ihren Anschaffungen und Investitionen von Emissionsrelevanz zu berücksichtigen.⁶⁸ Zudem bildet sich so ein stetig steigender Preis, der sicherlich für das Jahr 2027 und die folgenden Jahre die Basis bilden wird. Die Tendenz zeigt dabei nach oben.

c) Weiteres Steigerungspotential und Folgen für die Abfallverbrennung

Die Zertifikatspreise sind damit durchaus erheblich. Insbesondere vor dem Hintergrund der wirtschaftswissenschaftlichen Bewertung wird deutlich, welche hohe Beiträge aus dem Brennstoffemissionshandel erwachsen können, um die geforderte Lenkungswirkung in Einklang mit den nationalen Klimazielen erreichen zu können.

Indes ist die Abfallverbrennung für diejenigen Abfälle verpflichtend, für die keine stofflichen Verwertungsoptionen zur Verfügung stehen. Gerade ihre Verteuerung würde damit zu einer hohen Belastung des Bürgers führen und auf die Müllgebühren notwendig durchschlagen. Bereits für die Phase bis 2026 wird für den Fall einer Einbeziehung der Siedlungsabfälle in das BEHG mit Gebührensteigerungen von mind. 10 % gerechnet. Auf diese Weise besteht die Gefahr von Fehlanreizen, möglichst wenig Abfall öffentlich zu entsorgen, um so Kosten zu sparen. Es entsteht damit der klassische Konflikt, die Durchsetzung ökologischer Standards nicht so teuer zu machen, dass sich eine illegale Entsorgung und eine damit verbundene Umweltverschmutzung wieder verstärkt. Um diesen Konflikt zu vermeiden, dürfen Abfallverbrennungsanlagen nicht einbezogen werden.

2. Systemfremdheit für Abfallentsorgungsanlagen

a) Verursacherprinzip als Grundansatz

Zweck des nationalen Emissionshandelssystems ist die Bepreisung fossiler Treibhausgasemissionen. Damit benennt § 1 S.2 BEHG den zentralen Wirkungsmechanismus des Gesetzes. Es geht darum, dass sämtliche fossilen Treibhausgasemissionen einen Preis haben. Damit unterliegt auch dieses Gesetz dem Verursacherprinzip und der damit verbundenen Internalisierung externer Kosten.

⁶⁷ Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BR-Drs. 533/19, S. 43.

⁶⁸ Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BR-Drs. 533/19, S. 43.

Umweltverschmutzung soll nicht ohne Preis sein.⁶⁹ Nur so können die tatsächlichen Kosten abgebildet werden.⁷⁰ Das zeigt sich schon in der Diskussion im Hinblick auf die Spritpreise, welche um einige Cent steigen werden, sobald der Brennstoff-emissionshandel greift. Sie werden umso stärker steigen, je eher sich die Preise für fossile Treibhausgasemissionen erhöhen. Die Emission von CO₂ soll zum „kostenpflichtigen“ Gut werden.⁷¹

Dadurch wird der Anreiz verstärkt, wenig CO₂ zu emittieren und damit die zugrundeliegenden Brennstoffe einzusparen. Das ist die klassische Wirkungsweise des Verursacherprinzips, nach welchem die Umweltbelastungen derjenige zahlen muss, der sie hervorruft (polluter pays principle).⁷² Daran knüpft die Anreizwirkung an, nämlich Umweltbelastungen dadurch zu reduzieren, dass sie einen Preis bekommen, der so hoch ist, dass eine hinreichende Anreizwirkung entsteht, die ins Visier genommene Umweltbelastung und den dieser zugrunde liegenden Vorgang zu vermeiden.

b) Abfallentsorgung als unabdingbare Pflichtaufgabe nach abfallrechtlichen Standards

Die Abfallentsorgung als solche lässt sich freilich nicht vermeiden. Höchstens die Müllmengen lassen sich reduzieren. Diejenigen, die anfallen, müssen indes nach der vorgegebenen abfallrechtlichen Hierarchie entsorgt werden. Dabei hat weder die Abfallentsorgungsanlage noch die zur Sammlung und Entsorgung verpflichtete öffentlich-rechtliche Entsorgungskörperschaft einen Einfluss auf die Zusammensetzung der Abfälle: Es muss mitgenommen bzw. entsorgt werden, was anfällt. Nach der jüngst veröffentlichten bundesweiten Hausmüllanalyse haben dabei u.a. die jeweiligen Siedlungs- und Bebauungsstrukturen einen signifikanten Einfluss auf Quantität und Qualität des Hausmülls.⁷³ Eine Lenkungswirkung, wie sie das Verursacherprinzip voraussetzt, kann damit nicht entstehen.

Es geht vielmehr um die umweltgerechte Entsorgung nach abfall- und umweltrechtlichen Standards, die bereits seit Jahren detailliert und sachgerecht festgelegt sind. Durch die Abfallverbrennung sollen insbesondere auch Schadstoffe aus dem Wirtschaftskreislauf herausgenommen werden. Auch sollen hygienisch/medizinisch bedenkliche Abfälle eben gerade nicht recycelt, sondern verbrannt werden, auch wenn es sich nicht um gefährliche

⁶⁹ Etwa *Nettesheim*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, EU, Loseblatt, Stand März 2020, Art. 191 AEUV Rn. 107; *Calliess*, in: *ders./Ruffert*, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 191 AEUV Rn. 39.

⁷⁰ *Frenz*, Das Verursacherprinzip im Öffentlichen Recht, 1997, S. 32.

⁷¹ *Wernsmann/Bering*, NVwZ 2020, 497 (501).

⁷² Darauf reduzierend *Calliess*, in: *ders./Ruffert*, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 191 AEUV Rn. 39.

⁷³ UBA-Texte 113/2020.

Abfälle handelt; dies empfehlen Bund und Länder z. B. für Abfälle aus Corona-Quarantäne-Haushalten.⁷⁴ Die Nutzung der Wärme bei der Verbrennung dient der Einsparung von primären Ressourcen und dadurch dem Klimaschutz.

Der Green Deal nennt als maßgeblichen Gesichtspunkt die Entkoppelung des Wirtschaftswachstums von der Steigerung des Primärressourcenverbrauchs.⁷⁵ Damit dient die Müllverbrennung bereits diesem Ziel. Der EuGH hat in ihrem Zusammenhang deutlich betont, dass durch die Abfallverbrennung Primärbrennstoffe eingespart werden können.⁷⁶ Damit zeigt sich, dass die Abfallverbrennung bereits seit Langem eine spezifische Bedeutung für die zentral in Art. 191 Abs. 1 3. Spiegelstrich AEUV festgelegte Ressourcenschonung hat, die nun auch für den Green Deal elementar ist und unter diesem Blickwinkel eine besondere Rolle spielt, die nicht durch eine Einbeziehung in den Brennstoffemissionshandel überlagert werden darf. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass erst durch die thermische Behandlung der Siedlungsabfälle Deutschland im Jahr 2005 aus der Deponierung unbehandelter Siedlungsabfälle aussteigen konnte, womit die aus der Siedlungsabfallentsorgung resultierenden Treibhausgasemissionen seit 1990 im Ergebnis um ca. $\frac{3}{4}$ reduziert werden konnten.⁷⁷

c) Notwendige Andersbehandlung gegenüber Verbrennungsanlagen zum primären Zweck der Energiegewinnung

Diese Überlegungen werden in der Begründung zum Antrag Nordrhein-Westfalens für die Sitzung des Wirtschaftsausschusses des Bundesrates am 18.06.2020 zu dem Gesetz über ein nationales Emissionshandelssystem für Brennstoffemissionen deutlich: „Der wichtige Gedanke der Reduzierung der zu verbrennenden Siedlungsabfälle (einschließlich Klärschlamm) und Gefahrenabfälle und der damit verbundenen Treibhausgasemissionen wird durch das Abfallrecht und die dortigen weiter zu entwickelnden Vorgaben zur Kreislaufwirtschaft in fachspezifischer Weise zielgerichtet verfolgt. Einer Einbeziehung in das

⁷⁴ S. zum generellen Gebot der thermischen Behandlung von medizinischen und Krankenhausabfällen LAGA Mitteilung 18: Vollzugshilfe zur Entsorgung von Abfällen aus Einrichtungen des Gesundheitsdienstes, Stand Januar 2015.

⁷⁵ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen – „Investitionsplan für ein zukunftsfähiges Europa, Investitionsplan für den europäischen Grünen Deal“ COM(2020) 21 final, Ziff. 1 (Einleitung). Näher dazu sogleich im Zusammenhang 3.

⁷⁶ EuGH, Urt. vom 13.2.2003 – C-458/00, ECLI:EU:C:2003:94 – Müllverbrennungsanlage Strasbourg.

⁷⁷ *Wendenburg*, AbfallR 2019, 230 ff.

Klimaschutzrecht zur Verfolgung von Reduktionszielen bedarf es daher, anders als bei Verbrennungsanlagen zum primären Zweck der Energiegewinnung, nach wie vor nicht.⁷⁸

Wegen dieser Ungleichheit droht bei einer Einbeziehung von Abfallverbrennungsanlagen ohne den primären Zweck der Energiegewinnung eine Ungleichbehandlung und damit ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs. 1 GG: Es muss nicht nur wesentlich Gleiches gleich behandelt werden, sondern auch wesentlich Ungleiches ungleich.⁷⁹

3. Spezieller Ansatz im Green Deal und im Kreislaufpaket der EU

a) Green Deal – mehr als Klimaschutz

Dieser Ansatz wird auch auf Unions-Ebene deutlich. Ursula von der Leyen begann ihre Kommissionspräsidentschaft mit dem Green Deal. Der Green Deal ist ein Fahrplan mit verschiedenen Maßnahmen, um eine effizientere Ressourcennutzung durch den Übergang zu einer sauberen und kreislauforientierten Wirtschaft zu fördern sowie die Biodiversität wiederherzustellen und die Umweltverschmutzung zu bekämpfen. Damit reicht er weiter als der reine Klimaschutz und hat einen starken Bezug zur Kreislaufwirtschaft.

Es geht insgesamt um den Übergang zu einer umweltfreundlichen Wirtschaft. Zu diesem Zweck müssen zahlreiche Investitionen erfolgen. Der Green Deal zeigt auf, wie diese finanziert werden können und wie ein gerechter und inklusiver Übergang gelingen kann. Am 14.1.2020 wurden dieser Investitionsplan für ein zukunftsfähiges Europa und der Mechanismus für einen gerechten Übergang vorgestellt,⁸⁰ nachdem der europäische Green Deal schon am 11.12.2019 präsentiert worden war.

b) Ressourcenschonung

Die Mitteilung der Kommission betont den Charakter des europäischen Green Deal als Antwort auf die klima- und umweltbezogenen Herausforderungen und als eine neue Wachstumsstrategie. Er soll die EU in eine faire und wohlhabende Gesellschaft umwandeln, mit einer modernen, ressourceneffizienten und wettbewerbsfähigen Wirtschaft, in der es 2050 keine Netto-Treibhausgasemissionen mehr gibt, in der die Umwelt und die Gesundheit der

⁷⁸ Antrag 04 des Landes NRW zu TOP 6 der Sitzung des Wirtschaftsausschusses des Bundesrates am 18.6.2020, BR-Drs. 226/20, Begründung.

⁷⁹ Etwa BVerfGE 101, 275 (290); 98, 365 (385); *Frenz*, Öffentliches Recht, 8. Aufl. 2019, Rn. 574. S. bereits o. III.4.c).

⁸⁰ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen – „Investitionsplan für ein zukunftsfähiges Europa, Investitionsplan für den europäischen Grünen Deal“ COM(2020) 21 final.

Bürgerinnen und Bürger geschützt sind und das Wirtschaftswachstum von der Ressourcennutzung abgekoppelt ist.⁸¹

Diese Abkoppelung des Wirtschaftswachstums von der Ressourcennutzung soll ein langfristiges sauberes Wachstum ermöglichen, das zugleich für die effektive Verwirklichung einer nachhaltigen Entwicklung steht, bei welcher immer wieder der Ressourcenverbrauch thematisiert wurde. Kernbestandteil ist damit auch die Ressourceneffizienz, welche in Art. 191 Abs. 1 3. Spiegelstrich AEUV als umweltpolitisches Ziel bereits aufgestellt ist. Hieran kann die Kreislaufwirtschaft anknüpfen und dabei in besonderem Maße die Abfallverbrennung, indem sie Primärrohstoffe ersetzt.⁸²

c) Kreislaufwirtschaft als eigenständige Säule des Green Deal

Zentral ist ein konkreter Investitionsplan für ein zukunftsfähiges Europa als Investitionssäule des europäischen Grünen Deals. Ein „nachhaltiges“ Europa – dieses wird in diesem Kontext damit ausdrücklich benannt – erfordert bedeutende Investitionen in allen Wirtschaftssektoren.⁸³

Die Schaffung geeigneter Rahmenbedingungen für private Investoren und den öffentlichen Sektor bezieht zahlreiche Sektoren mit ein. Das Potenzial von Finanzinstituten und privaten Investoren soll insbesondere durch die EU-Taxonomie, den Grundsatz „Energieeffizienz an erster Stelle“ und die Nachhaltigkeitsprüfung freigesetzt werden. Der öffentliche Sektor erkennt Investitionsnotwendigkeiten über das Europäische Semester, die Überprüfung der Umsetzung der EU-Umweltpolitik, die nationalen Energie- und Klimapläne im Rahmen der Energieunion und die Pläne, welche in den sektorspezifischen Umweltrechtsvorschriften und damit etwa über Abfälle, Wasser, Biodiversität und Luft vorgeschrieben sind. Der Green Deal erstreckt sich damit auch auf die Abfallwirtschaft.

In einer Abbildung fasst die Kommission die Bereiche für den Investitionsplan im Rahmen des europäischen Green Deal zusammen:

- ambitioniertere Klimaschutzziele der EU für 2030 und 2050,
- Versorgung mit sauberer, erschwinglicher und sicherer Energie,
- Mobilisierung der Industrie für eine saubere und kreislauforientierte Wirtschaft,

⁸¹ Mitteilung der Kommission, Ziff. 1 (Einleitung).

⁸² S. vorstehend 2.b).

⁸³ Mitteilung der Kommission, Ziff. 1 (Einleitung).

- energie- und ressourcenschonendes Bauen und Renovieren.

Diese Wende soll finanziert werden und die EU sich als weltweiter Vorreiter etablieren. Der Green Deal ist damit letztlich eine ganzheitliche Strategie, welche die Nachhaltigkeit in Europa umfassend verwirklichen soll, namentlich im Energiebereich, in der Kreislaufwirtschaft und im Gebäudesektor.

Die Kreislaufwirtschaft ist also eine tragende Säule des Green Deal. Sie wird eigenständig neben den ambitionierten Klimaschutzziele und der Energie genannt. Damit können die Kreislaufwirtschaft und damit auch die Abfallverbrennung als deren Teil hinsichtlich der Abfälle, die nicht mehr Teil des Wirtschaftskreislaufes sein können, nicht einfach unter die Energie subsumiert werden. Vielmehr droht ansonsten eine Vermengung dergestalt, dass die energiebezogenen Ziele auch auf die Abfallverbrennung bezogen werden und so deren Verbindung zur Kreislaufwirtschaft im Rahmen der fünfstufigen Abfallhierarchie verloren geht.

Die verschiedenen Bereiche werden auch im Weiteren deutlich: Die Investitions Herausforderung erstreckt sich nicht nur auf den Energie- und den Gebäudesektor sowie auf einen Teil des Verkehrssektors, nämlich die Fahrzeuge. Dabei ist der durchschnittliche Investitionsbedarf bei der Renovierung von Gebäuden am höchsten. Es gilt daher Permanenz herzustellen.⁸⁴ Daneben stehen die Landwirtschaft mit den großen ökologischen Herausforderungen wie Biodiversitätsverlust und Umweltverschmutzung sowie der Schutz des Naturkapitals, die Förderung von Kreislaufwirtschaft und blauer Wirtschaft und des Humankapitals sowie Sozialinvestitionen für den Übergang.⁸⁵

Der Green Deal will in der EU bis 2050 die Klimaneutralität erreichen. Das Europäische Klimagesetz wird dieses Ziel verbindlich festschreiben⁸⁶ und etabliert einen Mechanismus, über den die Union konkrete Maßnahmen erlassen und sehr stark auf die Mitgliedstaaten einwirken kann. Dieser Prozess erstreckt sich auch auf die Kreislaufwirtschaft: Sie ist eine tragende Säule des Green Deal und ermöglicht die Abkoppelung des Wirtschaftswachstums vom Ressourcenverbrauch. Damit ist sie zugleich Ausdruck eines nachhaltigkeitsgerechten Umbaus des EU-Wirtschaftsrechts und hat neben der Energiewirtschaft eine eigenständige Bedeutung.

⁸⁴ Mitteilung der Kommission, Ziff. 2.

⁸⁵ Mitteilung der Kommission, Ziff. 2.

⁸⁶ Art. 1 des Vorschlags für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Schaffung des Rahmens für die Verwirklichung der Klimaneutralität und zur Änderung der Verordnung (EU) 2018/1999 (Europäisches Klimagesetz), COM(2020) 80 final.

d) Aktionsplan für die Kreislaufwirtschaft

EU-Umweltkommissar Virginijus Sinkevičius hat am 11.3.2020 einen neuen Aktionsplan für die Kreislaufwirtschaft⁸⁷ vorgestellt und so die Verbindung zum Green Deal geschlagen, dessen wesentlicher Bestandteil die Kreislaufwirtschaft ist. Produkte sollen länger nutzbar sein und leichter wiederverwendet, repariert und recycelt werden können. Der Aktionsplan zielt aber auch auf die Vermeidung von Verpackungen und Abfall. „Wir haben nur einen Planeten Erde, aber bis 2050 wird unser Verbrauch ein Niveau erreichen, als hätten wir drei davon. Der neue Plan wird die Kreislaufwirtschaft zu einem zentralen Bestandteil unseres Lebens machen und den grünen Wandel unserer Wirtschaft beschleunigen.“⁸⁸

Die Europäische Kommission will also die Kreislaufwirtschaft nachhaltig und tiefgreifend voranbringen. Kern ist ein Kreislaufwirtschaftsmodell, bei dem Wert und Ressourcen so lange wie möglich in der Wirtschaft erhalten bleiben und das Abfallaufkommen auf ein Minimum beschränkt wird. So wird der Druck auf die natürlichen Ressourcen verringert und die Kreislaufwirtschaft kann entscheidend zur Dekarbonisierung unserer Wirtschaft beitragen.

e) Produktverantwortung als zentraler Ansatzpunkt

Ansatzpunkt sind dabei verschiedene Bereiche, in denen die Kreislaufführung verbessert und verstärkt werden soll.⁸⁹ Insbesondere dadurch soll eine verbesserte Abfallpolitik zur Förderung der Abfallvermeidung und des Kreislaufprinzips betrieben werden: Es „wird eine Überarbeitung der EU-Rechtsvorschriften für Batterien, Verpackungen, Altfahrzeuge und gefährliche Stoffe in Elektronikgeräten vorgeschlagen, um Abfälle zu vermeiden, den Rezyklatanteil zu erhöhen, sicherere und sauberere Abfallströme zu fördern und ein

⁸⁷ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen – Ein neuer Aktionsplan für die Kreislaufwirtschaft für ein saubereres und wettbewerbsfähigeres Europa, COM(2020) 98 final.

⁸⁸ So EU-Umweltkommissar *Virginijus Sinkevičius*, Europaticker vom 12.3.2020, EU-Umweltkommissar *Virginijus Sinkevičius* hat heute einen neuen Aktionsplan für die Kreislaufwirtschaft vorgestellt.

⁸⁹ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen – Ein neuer Aktionsplan für die Kreislaufwirtschaft für ein saubereres und wettbewerbsfähigeres Europa, COM(2020) 98 final, Ziff. 3.

hochwertiges Recycling zu gewährleisten.“⁹⁰ Die Produktverantwortung ist also der zentrale Ansatzpunkt, nicht die Verbrennung.

f) Weitere Maßnahmen ohne die Abfallverbrennung und Zertifikate

Auf die Abfallverbrennung beziehen sich auch nicht die weiteren Maßnahmen. Im Hinblick auf die Abfallvermeidung wird die Kommission im Rahmen eines umfassenderen Maßnahmenpakets zur Abfallvermeidung im Zusammenhang mit der Überarbeitung der Richtlinie 2008/98/EG Zielvorgaben für die Abfallreduzierung bei bestimmten Abfallströmen vorschlagen und zudem die Umsetzung der Anforderungen an Systeme der erweiterten Herstellerverantwortung verbessern, Anreize schaffen und den Austausch von Informationen und bewährten Verfahren im Bereich des Abfallrecyclings fördern. „All dies dient dem Ziel, das Gesamtabfallaufkommen erheblich zu verringern und die Menge der (nicht recycelten) Restsiedlungsabfälle bis 2030 zu halbieren.“⁹¹ Auch bei den im Folgenden genannten erforderlichen zusätzlichen Anstrengungen, um die Mitgliedstaaten bei der Abfallbewirtschaftung zu unterstützen, um nicht das für 2020 gesetzte Ziel des Recyclings von 50 % der Siedlungsabfälle in der Hälfte der Mitgliedstaaten zu verfehlen, wird die Abfallverbrennung nicht ins Visier genommen und auch ein Emissionshandelssystem nicht genannt.

Die Kommission hat außerdem eine neue Eigenmittelquelle für den EU-Haushalt vorgeschlagen, die sich auf die Menge nicht recycelter Verpackungsabfälle aus Kunststoff stützt. Dieser Ansatz wurde nun durch die EU-Plastiksteuer auf dem EU-Coronagipfel konkretisiert und scharfgestellt, soll diese Steuer doch bereits ab 1.1.2021 greifen.⁹²

Ferner wird die Kommission:

- im Rahmen der bevorstehenden Überarbeitung der Richtlinie über die Angabe nichtfinanzieller Informationen die Vorschriften zur Offenlegung von Umweltdaten durch Unternehmen stärken;

⁹⁰ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen – Ein neuer Aktionsplan für die Kreislaufwirtschaft für ein saubereres und wettbewerbsfähigeres Europa, COM(2020) 98 final, Ziff. 4.1.

⁹¹ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen – Ein neuer Aktionsplan für die Kreislaufwirtschaft für ein saubereres und wettbewerbsfähigeres Europa, COM(2020) 98 final, Ziff. 4.1.

⁹² Ausführlich sogleich h).

- eine von Unternehmen getragene Initiative zur Entwicklung von Grundsätzen für die Umweltrechnungslegung unterstützen, in deren Rahmen Finanzdaten durch Leistungsdaten der Kreislaufwirtschaft ergänzt werden;
- durch eine Verbesserung des Corporate-Governance-Rahmens die Einbeziehung von Nachhaltigkeitskriterien in Unternehmensstrategien fördern;
- die Ziele im Zusammenhang mit der Kreislaufwirtschaft im Rahmen der Neuausrichtung des Europäischen Semesters und im Zusammenhang mit der bevorstehenden Überarbeitung der Leitlinien für staatliche Beihilfen in den Bereichen Umwelt und Energie widerspiegeln;
- die breitere Anwendung gut durchdachter wirtschaftlicher Instrumente weiterhin fördern, wie etwa Umweltsteuern, einschließlich der Besteuerung von Deponierung und Verbrennung, und den Mitgliedstaaten ermöglichen, Mehrwertsteuersätze (MwSt) anzuwenden, durch die Tätigkeiten der Kreislaufwirtschaft, die sich an Endverbraucher richten (insbesondere Reparaturdienste), gefördert werden.⁹³

g) Gesamtbewertung

Ansatz ist damit das Produkt. Dieses soll so gestaltet werden, dass Abfälle möglichst gar nicht entstehen. Darin liegt also der Ansatz zum Klimaschutz. Die Fortentwicklung der Kreislaufwirtschaft soll nur im Übrigen durch zusätzliche Instrumente erfolgen. Unter diesen befinden sich an letzter Stelle Umweltsteuern einschließlich solcher auf Deponierungen und Verbrennungen.

Von einer Belastung durch Zertifikate ist nicht die Rede. Vielmehr wird deutlich, dass der Klimaschutz durch Produktgestaltung und Recycling vorangebracht werden soll. Dadurch soll dann auch die Abfallverbrennung reduziert werden. Sie wird aber nicht unmittelbar mit Maßnahmen bedacht. Insbesondere ist kein Brennstoffemissionshandel vorgesehen. Klimaschutz im Abfallwesen erfolgt mithin vor allem durch Produktgestaltung und Stoffstromsteuerung sowie eine harmonisierte Getrenntsammlung.⁹⁴

Die Stoffstromsteuerung lässt sich indes wesentlich eher durch Produktstandards oder einen CO₂-Preis für Kunststoffe verwirklichen, sodass diese bei einer dadurch bedingten Reduktion

⁹³ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen – Ein neuer Aktionsplan für die Kreislaufwirtschaft für ein saubereres und wettbewerbsfähigeres Europa, COM(2020) 98 final, Ziff. 6.2.

⁹⁴ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen – Ein neuer Aktionsplan für die Kreislaufwirtschaft Für ein saubereres und wettbewerbsfähigeres Europa, COM(2020) 98 final, Ziff. 4.1.

erst gar nicht verbrannt werden müssen. In eine ähnliche Richtung geht die jüngst beschlossene EU-Plastikabgabe, die diejenigen Kunststoffabfälle monetär belastet, die nicht einem Recycling zugeführt werden. Auch nach den Wertungen des EU-Aktionsplans für die Kreislaufwirtschaft ist hingegen eine Zertifikatpflicht nicht zielführend.

Finanzielle Belastungen sollen durch abfallrechtliche Vorgaben entstehen und nicht durch eine Einbeziehung von Siedlungsabfällen in den Emissionshandel. Eine solche gefährdet vielmehr die Effektivität der Umsetzung von EU-Abfallrecht, wenn dessen Lenkungswirkung gestört wird, indem etwa Siedlungsabfälle vermehrt in die Co-Verbrennung gelangen oder gar eine vermehrte Deponierung erfolgt. Damit hat das EU-Abfallrecht eine Ausschlussfunktion für den nationalen Brennstoffemissionshandel im Hinblick auf Siedlungsabfälle.

h) EU-Plastiksteuer

Noch deutlicher wird die störende Wirkung einer Einbeziehung von Siedlungsabfällen in den Brennstoffemissionshandel durch die nunmehr beschlossene EU-Plastiksteuer, die sich genau auf die Abfälle bezieht, welche auch ein abfallbezogener Brennstoffemissionshandel erfassen würde: die nicht recycelten Kunststoffabfälle. Zum ersten Mal wurde auf dem EU-Coronagipfel vom 17. bis 21.7.2020 in Brüssel die Einführung von EU-Steuern beschlossen, welche dem EU-Haushalt zugutekommen sollen.⁹⁵ Am raschesten unter den neuen EU-Steuern soll die Plastiksteuer greifen. Sie soll schon ab 2021 eingeführt werden. Es geht um eine Steuer in Höhe von 80 Ct/kg, die auf nicht recycelte Kunststoffverpackungsabfälle erhoben wird. Die Deutsche Umwelthilfe spricht von einer „revolutionären Entscheidung.“⁹⁶

Dadurch werden genau die Kunststoffverpackungsabfälle mit einer Steuer belastet, die nicht recycelt werden und damit in die Verbrennung gehen, ist doch eine Deponierung in Deutschland insoweit ausgeschlossen, zumal dann, wenn eine Verbrennung möglich ist. Eine doppelte Belastung durch eine EU-Steuer und einen Brennstoffemissionshandel würde aber zwei Lenkungsinstrumente zusammentreffen lassen, sodass eine Abstimmung notwendig wäre.

Indes geht das unionsrechtliche Instrument vor, zumal der nationale Brennstoffemissionshandel nur eine Ergänzungsfunktion zum EU-Emissionshandel hat,⁹⁷ der die Abfallverbrennung wegen ihrer ökologischen Vorteilhaftigkeit gegenüber der Co-

⁹⁵ Näher zu diesem Einstieg in eine Fiskalunion *Frenz*, DStZ 2020, Heft 8.

⁹⁶ Deutsche Umwelthilfe, Pressemitteilung vom 21.7.2020: EU-Staaten einigen sich auf Plastiksteuer – Deutsche Umwelthilfe begrüßt Entscheidung, fordert aber Nachbesserungen.

⁹⁷ S.o. II.3.

Verbrennung etwa in Zementwerken gerade ausgenommen hat.⁹⁸ Daher müssen für die EU-Plastiksteuer hinreichende Spielräume verbleiben, um europaweit eine hinreichende Belastungswirkung zu erzeugen, damit die gewünschte Verhaltensänderung in Form der Vermeidung von Kunststoffverpackungen erreicht wird.

Für die Zertifikatpreise im BEHG wird eine solche lenkende Belastungswirkung ebenfalls als elementar angesehen,⁹⁹ weshalb sie schon erhöht werden sollen.¹⁰⁰ Deshalb können die verhaltenslenkenden Spielräume einer EU-Steuer nicht schon durch eine nationale Belastung ausgeschöpft werden. Die Mitgliedstaaten haben nach Art. 4 Abs. 3 UAbs. 3 EUV alle Maßnahmen zu unterlassen, welche die Verwirklichung der Unionsziele gefährden könnten.

Daran zeigen sich die starken Auswirkungen einer EU-Plastiksteuer für die nationale Gesetzgebung und -anwendung. Sobald diese in den Anwendungsbereich der EU-Plastiksteuer hineinreicht, ist auf diese Rücksicht zu nehmen und deren Wirkungsfähigkeit sicherzustellen, um die Menge nicht recycelter Kunststoffverpackungsabfälle zu reduzieren, ja diese am besten gar nicht entstehen zu lassen. Die Einbeziehung der Verbrennung von nicht recycelten Kunststoffabfällen in den nationalen Brennstoffemissionshandel ist daher mit dem Beschluss einer EU-Plastiksteuer gesperrt.

i) Beeinträchtigung der Warenverkehrsfreiheit nach den Maßstäben der Urteile Parkinson und PKW-Maut

Bestehen schon verschiedene Belastungen wie im Bereich der Kunststoffverpackungen auch durch eine erweiterte Herstellerverantwortung nach Art. 8 KunststoffRL¹⁰¹ sowie die zu entrichtenden Lizenzentgelte, wirkt eine zusätzliche Plastiksteuer besonders stark auch auf

⁹⁸ Antrag 04 des Landes NRW zu TOP 6 der Sitzung des Wirtschaftsausschusses des Bundesrates am 18.6.2020, BR-Drs. 226/20, Begründung.

⁹⁹ *Edenhofer et al.*, Optionen für eine CO₂-Preisreform: MCC-PIK-Expertise für den Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung (2019). https://www.mcc-berlin.net/fileadmin/data/B2.3_Publications/Working%20Paper/2019_MCC_Optionen_f%C3%BCr_eine_CO2-Preisreform_final.pdf (letzter Zugriff: 30.7.2020), S. 74 ff.

¹⁰⁰ Näher o. IV.1.b). Mittlerweile ist die gesetzliche Änderung im Bundeskabinett beschlossen, <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Pressemitteilungen/2020/20200520-bundeskabinett-beschliesst-hoeheren-co2-preis.html> (letzter Zugriff: 30.7.2020). Der Bundesrat hat sich nach Art. 76 Abs. 2 GG am 3.7.2020 positiv geäußert, BT-Drs. 266/20 (Beschluss).

¹⁰¹ Näher *Frenz*, AbfallR 2020, 71 und 129.

Warenströme. Diese reagieren daher äußerst sensibel auf weitere mitgliedstaatliche Belastungen.

Nationale Einzelmaßnahmen und damit auch die Einbeziehung der Siedlungsabfälle in den Brennstoffemissionshandel müssen sich an den Grundfreiheiten messen lassen, so hier der Warenverkehrsfreiheit, wenn nämlich ausländische Anbieter in ihren grenzüberschreitenden Aktivitäten betroffen werden. Dies erfolgt bereits, wenn ihre Chancen auf Marktzugang beeinträchtigt werden können. Sind ausländische Anbieter stärker als inländische auf Plastik und Kunststoffe angewiesen, so um den Transport einfacher zu gestalten und die Haltbarkeit von Produkten zu verbessern, kann eine solche Beeinträchtigung vorliegen.

In seinem Parkinson-Urteil ließ es der EuGH nachdrücklich genügen, dass ein gerade ausländischen Unternehmen zur Verfügung stehendes Mittel für den unmittelbaren Zugang zum deutschen Markt stärker behindert werden kann als ein inländische Erzeugnisse betreffendes.¹⁰² Zwar ging es in diesem Urteil gerade um das Internet bei Versandapotheken. Jedoch sind leicht andere Konstellationen denkbar, in denen Anbieter aus anderen EU-Staaten benachteiligt werden, wie das EuGH-Urteil zur PKW-Maut belegte.¹⁰³

Dann bedarf es einer Rechtfertigung für eine zusätzliche nationale Belastung. Diese muss für die gewünschte Lenkungswirkung geeignet sein. Nach dem EuGH ist eine „nationale Regelung nur dann geeignet ..., die Verwirklichung des geltend gemachten Ziels zu gewährleisten, wenn sie tatsächlich dem Anliegen gerecht wird, es in kohärenter und systematischer Weise zu erreichen.“¹⁰⁴ Damit bedarf es Abstimmung mit den vorhandenen anderen Regelungen. Das gilt zumal im Hinblick auf die EU-Plastiksteuer, sobald sie eingeführt ist. Auch hieran zeigt sich die tiefgreifend prägende Wirkung der EU-Ökosteuern. Sie bestimmen die Richtung des einzuschlagenden Umweltschutzes. Nationale Instrumente können nur noch ergänzen, dürfen aber nicht stören. Der nationale Brennstoffemissionshandel darf daher Siedlungsabfälle insbesondere in Gestalt nicht recycelter Kunststoffabfälle nicht erfassen.

4. Übereinstimmung mit nationalem Recht

Treffend formulierte der NABU-Bundesgeschäftsführer Leif Miller an die Länderchefs in einem offenen Brief: „(Durch) eine verbesserte Abfallberatung, striktere Gewerbeaufsichten und die Aufstellung von Wertstofftonnen können Kommunen zu einem bewussteren Umgang mit

¹⁰² EuGH, Urt. v. 19.10.2016, – C-148/15, ECLI:EU:C:2016:776, Rn. 23 – Parkinson. Dazu näher *Frenz*, *GewArch* 2017, 9 ff.

¹⁰³ EuGH, Urt. vom 18.6.2019 – C-591/17, ECLI:EU:C:2019:504, Rn. 126 – PKW-Maut.

¹⁰⁴ EuGH, Urt. vom 10.3.2009 – C-169/07, ECLI:EU:C:2009:141, Rn. 55 – Hartlauer m. w. N.

unseren Ressourcen beitragen und die Verbrennung von Abfällen reduzieren. Je weniger Müll wir produzieren, desto weniger klimaschädliches CO₂ landet in unserer Umwelt und desto weniger Abfallgebühren müssen wir zahlen.“¹⁰⁵

Damit verweist Miller zurecht auf die nationalen Instrumente, welche zur Verfügung stehen, um in der Abfallwirtschaft Klimaschutz zu betreiben und die Treibhausgasemissionen zu reduzieren. Die Abfallberatung ist in § 46 KrWG verpflichtend vorgesehen und wird durch die Novelle des KrWG weiter auszubauen sein, die Gewerbeabfallverordnung stellt anspruchsvolle Trennungs- und Entsorgungsstandards sicher und die Produktverantwortung wird i. S. d. durch die EU-KunststoffRL vorgegebenen erweiterten Herstellerverantwortung reformiert.¹⁰⁶ Die Abfallhierarchie nach § 6 KrWG stellt klar einen Vorrang der Vermeidung sicher, ebenso einen Vorrang der stofflichen Verwertung vor der energetischen Verwertung und der Beseitigung, was operativ § 7 KrWG näher ausgestaltet.

Damit steht das Instrumentarium im nationalen Recht bereit, um die Abfallverbrennung zurückzudrängen. Dieses Instrumentarium muss nur hinreichend genutzt werden. Darüber wird im Moment im Hinblick auf das chemische Recycling diskutiert. Auf eine Anfrage hat das Bundesumweltministerium geäußert, „dass die erfassten Kunststoffverpackungen einer energetisch effizienten und somit ökologisch besonders sinnvollen Verwertung zugeführt werden sollen.“¹⁰⁷ Folgt man daraus, dass eine Verwertung durch chemisches Recycling diese Anforderungen nicht erfüllt,¹⁰⁸ bleibt nur die thermische Behandlung. Das gilt überhaupt beim Einsatz von Verbundmaterialien und Additiven in Kunststoffprodukten, wodurch das Recycling erschwert oder unmöglich gemacht wird.¹⁰⁹ Hieran zeigt sich die Weichenstellung

¹⁰⁵ NABU-Pressemitteilung vom 30.6.2020: Verbrennung von Plastikmüll braucht einen CO₂-Preis.

¹⁰⁶ Näher dazu *Frenz*, *AbfallR* 2020, 72 und 129.

¹⁰⁷ Antwort auf die Schriftliche Frage 125 auf BT-Drs. 19/10041.

¹⁰⁸ Europaticker vom 10.7.2020: Das Umweltbewusstsein der Bürger zusammen mit der aggressiven Verdrängung von Kunststoffverpackungen durch das BMU resultiert in einem erhöhten Bedarf an Verpackungen aus anderen Materialien: Kreislaufwirtschaft durch chemisches Recycling im Fokus (2020). https://urldefense.proofpoint.com/v2/url?u=http-3A__www.umweltruf.de__2020-5FProgramm_news_news3.php3-3Fnummer-3D3360&d=DwMFAQ&c=vh6FgFnduejNhPPD0fl_yRaSfZy8CWbWnlf4XJhSqx8&r=tn7v-donmtJiX-uk1iRRAw&m=fYhSIUwRoEMFoJuXL10igAhdTOc3XN0XmhDTpDHAyS8&s=8hmz5cA7b6QBSZNcbsbYZ835FqiM-qsg--rqO1j0qw&e= (letzter Zugriff: 30.7.2020).

¹⁰⁹ ZDF.de vom 28.1.2018: Deutschland macht Müll (2018). <https://www.zdf.de/dokumentation/planet-e/planet-e-deutschland-macht-muell-100.html> (letzter Zugriff: 30.7.2020).

bereits bei der Produktgestaltung sowie beim Einsatz von Verwertungsverfahren, inwieweit die Abfallverbrennung zum Zuge kommt.

Weitere Veränderungen sind durch den EU-Aktionsplan Kreislaufwirtschaft und den Green Deal vorgezeichnet. Die auf dieser Basis ergehenden Maßnahmen müssen dann in nationales Recht umgesetzt werden. Dieses wird sich daher noch stärker auf die Stoffstromsteuerung, die Produktverantwortung und die Abfallvermeidung konzentrieren, ohne dass eine Emissionszertifikatlösung im Raume steht.

Es bedarf mithin in Übereinstimmung mit der EU-Kreislaufstrategie und dem Green Deal wie auch dem nationalen Kreislaufwirtschaftsrecht der Abfallvermeidung und der verstärkten stofflichen Verwertung, um die Abfallverbrennung zu reduzieren – nicht aber einer Einbeziehung der thermischen Abfallbehandlungsanlagen in den Brennstoffemissionshandel. In die vom NABU aufgestellte Argumentationslinie passt mithin eine CO₂-Bepreisung der Müll-Verbrennung gerade nicht, auch wenn sie von ihm mit einem „deshalb“ im Anschluss an die vorstehend dargestellte Begründung gefordert wird.¹¹⁰ Der Brennstoffemissionshandel ist letztlich für Abfallverbrennungsanlagen ungeeignet, da mit ihm impliziert würde, dass die vorgelagert wirkenden abfallrechtlichen Instrumente gescheitert und die der Verbrennung zugeführten Abfallgemische nicht im Einklang mit der Abfallhierarchie zustande gekommen sind. M.a.W. würde das Klimaschutzrecht das Abfallrecht für wirkungslos erklären und dessen eigenständigen Regelungsgehalt negieren.

V. Unzulässige Gleichsetzung von Siedlungsabfällen mit „Brennstoffen / Energieerzeugnissen“

1. Begrifflicher Ausschluss von Abfällen

§ 2 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 BEHG knüpft die Brennstoffemissionshandelspflicht an das Inverkehrbringen der Brennstoffe parallel zum Entstehen der Energiesteuer. Die Tatbestände des Energiesteuerrechts dominieren, das BEHG ist insoweit nicht konstitutiv.¹¹¹ Es zählt somit nur das Inverkehrbringen der Brennstoffe nach dem Energiesteuergesetz. Das ist indes ausweislich § 1 Abs. 1 EnergieStG nur für Energieerzeugnisse möglich.¹¹² Zu diesen gehören Abfälle nicht, sodass sie schon begrifflich nicht dem Brennstoffemissionshandel unterfallen

¹¹⁰ NABU-Pressemitteilung vom 30.6.2020: Verbrennung von Plastikmüll braucht einen CO₂-Preis.

¹¹¹ S.o. III.1.

¹¹² S. *Milewski*, in: *Möhlenkamp/Milewski*, EnergieStG/StromStG, Kommentar, 2012, § 1 Rn. 26; *Soyk*, in: *Friedrich/Soyk*, Energiesteuern, Kommentar, 48. Ausgabe Januar 2019, § 1 Rn. 92a.

können.¹¹³ Abfälle sind schlichtweg keine Energieerzeugnisse und damit auch keine Brennstoffe nach dem BEHG.

2. Keine Gleichsetzung von Abfällen aufgrund der Konzeption des BEHG

Wegen der konstitutiven Bedeutung ausschließlich des Energiesteuergesetzes für den Anwendungsbereich des BEHG können Abfälle auch nicht gleichgesetzt werden. Es geht um eine möglichst umfassende Einbeziehung der CO₂-Emissionen in Ergänzung zum EU-Emissionshandel, der für die Energiewirtschaft sowie energieintensive Branchen eingreift, in anderen Feldern, aber unter Anknüpfung an die Brennstoffe, ohne dass jedoch der grundsätzliche Bezugsrahmen der Energieerzeugnisse verlassen wurde. Zu überwinden gilt es die Schwierigkeiten der Erfassung von CO₂-Emissionen, die bei kleinen Emittenten nicht möglich ist. Dementsprechend ist namentlich für Ölheizungen und Autos nur die Anknüpfung an in Verkehr gebrachte Brennstoffe praktikabel.¹¹⁴

Beim Ansatz des BEHG spielen also Energieerzeugnisse eine Rolle, die es über den Upstream-Ansatz zu erfassen gilt, nicht aber Abfälle. Mithin sollte der Emissionshandel für Energieerzeugnisse ausgeweitet werden, um die bei Kleinemittenten auftretenden Schwierigkeiten eines anlagenbezogenen Ansatzes zu überwinden, nicht aber auf Abfälle. Deren Einbeziehung widerspricht sowohl der Maßgeblichkeit des Energiesteuergesetzes als auch der Gesamtkonzeption des BEHG als Ergänzung und Erweiterung zum EU-Emissionshandel.

3. Widerspruch zur Ausklammerung aus dem EU-Emissionshandel

a) Gewollte Privilegierung wegen ökologischer Vorzugswürdigkeit

In den EU-Emissionshandel wurden Abfälle auch nicht generell einbezogen. Sie wurden sogar teilweise ausdrücklich ausgenommen, weil die Verbrennung gefährlicher Abfälle und von Siedlungsabfällen einschließlich Klärschlamm als unter dem Strich ökologisch vorzugswürdig nicht besonders belastet werden sollte.¹¹⁵ Anlagen oder Verbrennungseinheiten zur

¹¹³ *Engel/Mailänder/Schnoor*, Stellungnahme zur Eröffnung des Anwendungsbereichs des Bundesemissionshandelsgesetzes für Thermische Abfallbehandlungsanlagen für die Interessengemeinschaft der Thermischen Abfallbehandlungsanlagen in Deutschland e.V. (ITAD) vom 4.11.2019, Rn. 21 f.

¹¹⁴ *Vollmer*, NuR 2020, 237 (238); bereits *Herrmann u.a.*, in: UBA (Hrsg.), Ausweitung des Emissionshandels auf Kleinemittenten im Gebäude- und Verkehrssektor, 2014; speziell zu Letzterem *Engel/Mailänder*, NVwZ 2016, 270.

¹¹⁵ Antrag 04 des Landes NRW zu TOP 6 der Sitzung des Wirtschaftsausschusses des Bundesrates am 18.6.2020, BR-Drs. 226/20, Begründung.

Verbrennung von gefährlichen Abfällen oder Siedlungsabfällen sind nach § 2 Abs. 5 Nr. 3 TEHG nicht emissionshandelspflichtig. Dann können sie jetzt nicht über die Hintertür des Brennstoffemissionshandels zertifikatpflichtig werden.

Der Umwelt entsteht durch die Ausklammerung kein Schaden. Die Anlageneffizienz wird nämlich bereits durch fachspezifische Sonderregelungen gewährleistet.¹¹⁶ Dadurch werden anspruchsvolle ökologische Standards gewährleistet. Sofern diese als unzulänglich betrachtet würden, gelte es, allein diese ggf. zu verschärfen. Darin wird allerdings jedenfalls für Deutschland kein Problem gesehen. Die Reduzierung der zu verbrennenden Siedlungsabfälle einschließlich Sonderabfälle sowie der damit verbundenen Treibhausgasemissionen wird schon durch das Kreislaufwirtschafts- und Abfallrecht in fachspezifischer Weise zielgerichtet verfolgt.¹¹⁷

b) Verkehrung ins Gegenteil durch Brennstoffemissionshandel

Eine Belastung von Abfallverbrennungsanlagen mit dem Emissionszertifikathandel nach dem BEHG läuft der ökologisch motivierten Zielsetzung für die Ausklammerung aus dem EU-Emissionshandel zuwider und verkehrt sie sogar ins Gegenteil, weil voraussichtlich die betroffenen Anlagen nach dem Emissionszertifikathandel nunmehr höheren Belastungen ausgesetzt sind, als wenn sie dem EU-Emissionshandel unterlägen.¹¹⁸

Mithin dürfen Abfallverbrennungsanlagen nicht sogar stärker belastet werden, als wenn sie in den EU-Emissionshandel einbezogen worden wären. Die Preise für Zertifikate im Rahmen des EU-Emissionshandels (aktuell ca. 25 € mit einem Erwartungshorizont von 30 €/t)¹¹⁹ liegen nämlich bald unter den angepeilten Preisniveaus nach § 10 Abs. 2 BEHG, soll doch schon der Startpreis entsprechend der Einigung im Vermittlungsausschuss von Dezember 2019 bei 25 € liegen¹²⁰ und kontinuierlich anwachsen, schon 2023 auf 35 € und bis 2026 auf 55 € bis 65 €.

¹¹⁶ Antrag 04 des Landes NRW zu TOP 6 der Sitzung des Wirtschaftsausschusses des Bundesrates am 18.6.2020, BR-Drs. 226/20, Begründung.

¹¹⁷ Antrag 04 des Landes NRW zu TOP 6 der Sitzung des Wirtschaftsausschusses des Bundesrates am 18.6.2020, BR-Drs. 226/20, Begründung.

¹¹⁸ Antrag 04 des Landes NRW zu TOP 6 der Sitzung des Wirtschaftsausschusses des Bundesrates am 18.6.2020, BR-Drs. 226/20, Begründung.

¹¹⁹ So für die kommenden Jahre BMU, IK III 2: Behandlung der Abfall-/Klärschlammverbrennung im BEHG, Ziff. 4.

¹²⁰ S.o. III.2.b). Mittlerweile ist die gesetzliche Änderung im Bundeskabinett beschlossen, <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Pressemitteilungen/2020/20200520-bundeskabinett-beschliesst->

Wie sich die Zertifikatpreise im EU-Emissionshandel entwickeln werden, ist nicht sicher absehbar. Der Fortgang hängt stark von der weiteren wirtschaftlichen Entwicklung im Gefolge der Corona-Pandemie ab. Kommt es in vielen EU-Staaten zu einer zweiten Welle, ist ein starker Einbruch denkbar und damit auch ein deutliches Zurückgehen der Zertifikatpreise. Damit ist es nicht ausgeschlossen, dass der Brennstoffemissionshandel bereits mit seinem vorgesehenen Beginn am 1.1.2021 mit einem höheren Zertifikatpreis startet, als sie im EU-Emissionshandel auftreten. Davon würden ab 2023 auch Abfälle erfasst, obwohl sie trotz ihres Anlagenbezugs bei der Verbrennung dem EU-Emissionshandel nicht unterfallen – ein Widerspruch in sich.

c) Abmilderung durch EU-Emissionshandel auf Antrag?

Ein Papier des BMU sieht keine höhere Belastung von Abfallverbrennungsanlagen über den Weg, dass diese die bestehende Befreiung vom EU-Emissionshandel durch einen Antrag bei der zuständigen Landesbehörde wegfallen lassen und damit am EU-Emissionshandel teilnehmen.¹²¹ Allerdings sollten Abfallverbrennungsanlagen gerade vollständig ausgenommen werden, weil sie ökologisch vorteilhaft sind. Dementsprechend wird Wert darauf gelegt, dass diese Privilegierung gerechtfertigt ist. Es muss sich um die Verbrennung privilegierter Abfälle (gefährliche Abfälle und Siedlungsabfälle) handeln. Daher sind nach der Gesetzesbegründung „aus dem Kreis der Abfallverbrennungsanlagen diejenigen Anlagen festzulegen, deren Hauptzweck auf die Verbrennung von gefährlichen oder Siedlungsabfällen gerichtet ist.“¹²²

Wegen der beabsichtigten 1:1-Umsetzung der Emissionshandelsrichtlinie ist auch bei dieser Abgrenzung das Hinweispapier der Europäischen Kommission zur harmonisierten Anwendung von Anhang I der Emissionshandelsrichtlinie¹²³ besonders heranzuziehen. Diese Anforderungen nach dem Hinweispapier der Europäischen Kommission bedeuten im Hinblick auf die Umsetzung der genannten EU-Rechtsakte in Deutschland, dass eine Anlage nicht dem Anwendungsbereich des TEHG unterliegt, wenn sie zum einen als Abfallverbrennungsanlage genehmigungsbedürftig ist und zum anderen überwiegend Abfälle einsetzt, die nach der Abfallverzeichnisverordnung (AVV) entweder als „gefährlich“ gekennzeichnet (§ 3 Absatz 1 AVV) oder Siedlungsabfälle sind. Daher ist das Überwiegenskriterium nur dann als erfüllt anzusehen, wenn zumindest in den letzten drei Jahren vor der Antragstellung jeweils mehr als

hoeheren-co2-preis.html (letzter Zugriff: 30.7.2020). Der Bundesrat hat sich nach Art. 76 Abs. 2 GG am 3.7.2020 positiv geäußert, BT-Drs. 266/20 (Beschluss).

¹²¹ BMU, IK III 2: Behandlung der Abfall-/Klärschlammverbrennung im BEHG, Ziff. 4.

¹²² BT-Drs. 17/6124, Anlage 1 S. 2.

¹²³ Relevant ist hier Kapitel 3.3.2 (S. 13).

zwei Drittel der eingesetzten Abfallmengen entweder gefährliche oder Siedlungsabfälle waren.¹²⁴

Für Siedlungsabfälle gelten dabei nach der Entscheidung der Europäischen Kommission im Januar 2019 im Rahmen der EU-Expertengruppe zum Emissionshandel in der Handelsperiode 2021 bis 2030 dieselben Kriterien wie in der Handelsperiode 2013 bis 2020. Die Änderung der Abfallrahmenrichtlinie, in die eine Legaldefinition des Begriffs „Siedlungsabfälle“ aufgenommen wurde, ist hingegen für die Anwendung der Bereichsausnahme ohne Bedeutung, da es sich nach der Europäischen Kommission um unterschiedliche Regelungsgegenstände handelt, auf die sich die Verwendung des Siedlungsabfallbegriffs im Bereich der Abfallrahmenrichtlinie und im EU-Emissionshandel bezieht.¹²⁵ Hier zeigt sich wiederum die Divergenz von Emissionshandel und Abfallrecht, sodass Siedlungsabfälle nicht in den Emissionshandel einzubeziehen sind.

Jedenfalls werden nur die klassischen Abfallverbrennungsanlagen bzw. diesen vom Einsatzstoff her ähnliche EBS-Kraftwerke ausgenommen. Dies wird sorgfältig nachgehalten, wie sich den Hinweisen der Deutschen Emissionshandelsstelle (DEHSt) entnehmen lässt, die der Abfallverbrennung einen eigenen und ausführlichen Abschnitt 10 widmen.¹²⁶

Daher kann diese durchgehende Privilegierung nicht einfach dadurch zunichte gemacht werden, dass Abfallverbrennungsanlagen in den Brennstoffemissionshandel einbezogen werden und dies höchstens dadurch abmildern können, dass sie durch Antrag bei der zuständigen Landesbehörde am EU-Emissionshandel teilnehmen, obwohl sie von diesem sowohl nach EU-Recht wie auch nach nationalem Umsetzungsrecht ausgenommen sind. Dies gilt insbesondere auch deshalb, weil viele Anlagenbetreiber in der Vergangenheit behördliche „Positivatteste“ bezüglich ihrer Freistellung vom TEHG erwirkt haben.

¹²⁴ DEHSt, TEHG-Anwendungsbereich. Anwendungsbereich des Treibhausgasemissionshandelsgesetzes (TEHG): Hinweise der Deutschen Emissionshandelsstelle. Stand April 2019, S. 23.

¹²⁵ DEHSt, TEHG-Anwendungsbereich. Anwendungsbereich des Treibhausgasemissionshandelsgesetzes (TEHG): Hinweise der Deutschen Emissionshandelsstelle. Stand April 2019, S. 23.

¹²⁶ DEHSt, TEHG-Anwendungsbereich. Anwendungsbereich des Treibhausgasemissionshandelsgesetzes (TEHG): Hinweise der Deutschen Emissionshandelsstelle. Stand April 2019, S. 21 ff.

d) Gefahr umweltbelastender Ausweichreaktionen, v.a. stärkerer Co-Verbrennung

Die Ausklammerung der Abfallentsorgungsanlagen aus dem EU-Emissionshandel wegen ökologischer Vorzugswürdigkeit könnte sich bei einer Einbeziehung in den Brennstoffemissionshandel leicht ins Gegenteil verkehren: Sind Zertifikate für Letzteren teurer, liegt es nahe, Abfälle eher zu Anlagen zu bringen, welche dem EU-Emissionshandel unterliegen. Das sind solche, die nach den vorstehend aufgezeigten Hinweisen der Deutschen Emissionshandelsstelle nicht als Abfallverbrennungsanlagen genehmigt wurden und nur nebenbei Abfälle einsetzen, sodass sie nicht nach § 2 Abs. 5 Nr. 3 TEHG ausgeklammert sind. Damit würden Abfälle womöglich stärker in Anlagen mit Co-Verbrennung wie Zementwerken eingesetzt.¹²⁷

Oder es würden aus Abfällen Ersatzbrennstoffe hergestellt, obwohl dadurch keine Treibhausgasemissionen eingespart, sondern im Gegenteil durch die erforderliche Abfallbehandlung noch zusätzliche erzeugt würden.¹²⁸ Damit würde die Erstreckung des Brennstoffemissionshandels auf Abfallentsorgungsanlagen für die CO₂-Bilanz sogar kontraproduktiv wirken.

Der gleiche Effekt könnte dadurch entstehen, dass Abfälle in andere Mitgliedstaaten der EU exportiert werden, in denen die Deponierung von Siedlungsabfällen noch zugelassen ist (hierfür gelten Übergangsregelungen bis zum Jahr 2040). Dann würden diejenigen Siedlungsabfälle, die aus Deutschland wegen der CO₂-Bepreisung der thermischen Abfallbehandlung exportiert werden, andernorts wieder besonders klimaschädliches Methangas verursachen.

4. Widerspruch zum Verursacherprinzip

Eine Gleichsetzung von Siedlungsabfällen mit Brennstoffen bzw. Energieerzeugnissen würde dem Verursacherprinzip zuwiderlaufen, das sämtliche Emissionshandelssysteme prägt. Durch die Notwendigkeit, Zertifikate entweder für den Ausstoß von CO₂-Emissionen oder das Inverkehrbringen von Brennstoffen zu erwerben, wird ein Preis gebildet, der dazu anregt, das bepreiste Verhalten zu reduzieren. Angefallene Siedlungsabfälle müssen indes entsorgt werden, um Gesundheits- und Umweltgefährdungen zu vermeiden. Insoweit besteht eine Pflicht aus dem Schutz der Gesundheit und der Umweltstaatszielbestimmung, deren Erfüllung sich nicht reduzieren lässt.

¹²⁷ Gassner/Buchholz, Brennstoffemissionshandel: Zur Einbeziehung von Abfällen und Deponiegas. Grundlagenpapier im Auftrag der ZAK – Zentrale Abfallwirtschaft Kaiserslautern vom 18.6.2020, S. 16.

¹²⁸ Gassner/Buchholz, Brennstoffemissionshandel: Zur Einbeziehung von Abfällen und Deponiegas. Grundlagenpapier im Auftrag der ZAK – Zentrale Abfallwirtschaft Kaiserslautern vom 18.6.2020, S. 16.

Genau an einer solchen Reduktion setzt indes das Verursacherprinzip an, indem es die Internalisierung externer Kosten verlangt und so den Ausdruck der wahren Preise,¹²⁹ die dann zu einer Vermeidung oder Verringerung des solchermaßen belasteten Verhaltens führen sollen. Das aber ist für die Abfallverbrennung als solche nicht möglich, wenn die Siedlungsabfälle angefallen sind und unter Einhaltung der abfallrechtlichen Hierarchie nur in einer thermischen Abfallbehandlungsanlage entsorgt werden können. Höchstens im Vorfeld lässt sich die Abfallverbrennung reduzieren, und zwar durch die Verringerung der anfallenden Abfälle oder deren stoffliche Verwertung. Das aber erfolgt, wie der jüngste Aktionsplan der Kommission zur Kreislaufwirtschaft bestätigt,¹³⁰ über abfallrechtliche Instrumente und nicht mittels einer Einbeziehung in den Brennstoffemissionshandel.

Das Verursacherprinzip lässt sich damit abfallrechtlich verwirklichen und nicht emissionshandelsrechtlich. An die Stelle von Zertifikatpflichten treten die klassischen Verhaltenspflichten, die gleichfalls vom Verursacherprinzip getragen sind.¹³¹ Nicht umsonst wird dem Verursacherprinzip im Abfallbereich die größte Bedeutung zugemessen.¹³²

Die Abfallverbrennung lässt sich mithin nicht vermeiden, sondern höchstens noch umweltverträglicher gestalten. Dann aber könnten höchstens sie der Ansatzpunkt für einen CO₂-Emissionshandel sein, der indes über das EU-Handelssystem laufen müsste und nicht über den Brennstoffemissionshandel: Dieser passt nicht auf Anlagen.¹³³

¹²⁹ *Calliess*, in: *ders./Ruffert*, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 191 AEUV Rn. 39; *Kahl*, in: *Streinz*, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 191 AEUV Rn. 97; *Krämer*, in: *von der Groeben/Schwarze/Hatje*, EU-Recht, 7. Aufl. 2015, Art. 191 AEUV Rn. 51.

¹³⁰ S.o. IV.3.d).

¹³¹ *Heselhaus*, in: *Pechstein/Nowak/Häde*, Frankfurter Kommentar, EUV/GRC/AEUV, 2017, Art. 191 AEUV Rn. 75; *Nettesheim*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, EU, Loseblatt, Stand März 2020, Art. 191 AEUV Rn. 110; *Frenz*, Handbuch Europarecht Bd. 6: Institutionen und Politiken, 2011, Rn. 4626 f.; *Kahl*, in: *Streinz*, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 191 AEUV Rn. 98 unter Verweis auf EuGH, Ur. vom 29.4.1999 – C-293/97, ECLI:EU:C:1999:215, Rn. 51 – Strandley; a.A. etwa *Epiney*, Umweltrecht in der Europäischen Union, 3. Aufl. 2013, S. 153; *Schröder*, in: *Rengeling* (Hrsg.), EUDUR I, 2. Aufl. 2003, § 9 Rn. 42; *Käller*, in: *Schwarze u.a.*, EU, 4. Aufl. 2019, Art. 191 AEUV Rn. 36.

¹³² *Krämer*, in: *von der Groeben/Schwarze/Hatje*, EU-Recht, 7. Aufl. 2015, Art. 191 AEUV Rn. 56.

¹³³ Näher u. VIII.

VI. Rechtliche Einordnung von Deponiegas und Bioabfällen

1. Deponiegas

Deponiegas fällt an sich in den Anwendungsbereich des BEHG. Da für den Anwendungsbereich maßgebend ist, ob ein Stoff nach dem EnergieStG in den Verkehr gebracht und energiesteuerpflichtig ist, ist für Deponiegas die energiesteuerrechtliche Behandlung maßgebend.¹³⁴ Bei Deponiegas handelt es sich um einen anderen gasförmigen Kohlenwasserstoff als Erdgas im Sinne der Unterposition 27112900 der Kombinierten Nomenklatur. Er gehört deshalb zu den Waren nach 2704 bis 2715 der Kombinierten Nomenklatur und fällt nach Anlage 1 Abs. 1 Nr. 2 BEHG i. V. m. § 1 Abs. 2 Nr. 2 EnergieStG in den Anwendungsbereich des BEHG. Nach § 1a Nr. 16 EnergieStG handelt es sich um einen gasförmigen Kohlenwasserstoff. Deponiegas ist damit grundsätzlich energiesteuerpflichtig.¹³⁵

Nach § 1b Abs. 1 Nr. 4 EnergieStV könnte Deponiegas allerdings als gasförmiger Abfall einzustufen und aus dem Anwendungsbereich des EnergieStG und folglich auch des BEHG ausgenommen sein, wenn sein Heizwert weniger als 18 MJ/kg beträgt. Voraussetzung ist, dass es sich bei Deponiegas um gasförmige Abfälle der Positionen 3824 und 3825 der Kombinierten Nomenklatur handelt. Das ist indessen nicht der Fall. Nr. 3824 der kombinierten Nomenklatur erfasst zubereitete Bindemittel für Gießereiformen oder -kerne; chemische Erzeugnisse und Zubereitungen der chemischen Industrie oder verwandter Industrien (einschließlich Mischungen von Naturprodukten), anderweit weder genannt, die Nr. 3824 Siedlungsabfälle; Klärschlamm; Deponiegas wird dort nicht aufgeführt.¹³⁶ Darüber hinaus ist Deponiegas bei Verwendung in Gasmotoren zur Stromerzeugung von der Energiesteuer befreit (§ 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 i. V. m. § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 EnergieStG). Dies gilt allerdings nicht für den Einsatz in einem Heizkraftwerk zur Dampferzeugung, und zwar selbst dann nicht, wenn der Dampf zur Stromerzeugung verwendet wird.¹³⁷ Wird Deponiegas jedoch nur zur Wärmeerzeugung eingesetzt, entsteht die Energiesteuer; und zwar unabhängig vom

¹³⁴ Dazu schon oben III.

¹³⁵ Vgl. *Gassner/Buchholz*, Brennstoffemissionshandel: Zur Einbeziehung von Abfällen und Deponiegas. Grundlagenpapier im Auftrag der ZAK – Zentrale Abfallwirtschaft Kaiserslautern vom 18.6.2020, S. 19 f.

¹³⁶ Vgl. Nr. 3824 und 3825 mit Anmerkung 6 der Durchführungsverordnung (EU) 2019/1776 der Kommission vom 9.10.2019 zur Änderung des Anhangs I der Verordnung (EWG) Nr. 2658/87 des Rates über die zolltarifliche und statistische Nomenklatur sowie den Gemeinsamen Zolltarif vom 9.10.2019, ABl. L 280, S. 1.

¹³⁷ *Gassner/Buchholz*, Brennstoffemissionshandel: Zur Einbeziehung von Abfällen und Deponiegas. Grundlagenpapier im Auftrag der ZAK – Zentrale Abfallwirtschaft Kaiserslautern vom 18.6.2020, S. 20.

Brennwert. Damit bleibt im Anwendungsbereich des BEHG insbesondere die Verwendung von Deponiegas, wenn dieses in einem Heizkraftwerk zur Dampferzeugung genutzt wird. Allerdings würde keine Abgabepflicht bestehen, wenn der Emissionsfaktor des Deponiegases wegen seiner biogenen Herkunft mit Null bewertet würde, so wie dies nach der Überwachungsvorschrift des EU-EHS bereits erfolgt und nach § 7 Abs. 4 Nr. 2 BEHG für biogene Brennstoffemissionen bei entsprechendem Nachhaltigkeitsnachweis verpflichtend vorgesehen ist.¹³⁸ Dann müsste über Menge und Emissionen der Verwendung von Deponiegas berichtet werden; Zertifikate müssten hierfür nicht erworben werden.

Ob die Einbeziehung von Deponiegas in den Anwendungsbereich des BEHG allerdings sinnvoll ist und der Zweckbestimmung des nEHS gerecht wird, steht auf einem anderen Blatt. Die Verbrennung von Deponiegas erfolgt aus Gründen des Klimaschutzes. Sie ist notwendig, um das im Deponiegas enthaltene Methan in weniger klimaschädliches CO₂ umzuwandeln. Hierzu gibt es keine Alternative.¹³⁹ Warum eine klimaschonende Behandlung von Deponiegas überhaupt in den Emissionshandel einbezogen werden soll, leuchtet nicht ein. Die Zweckbestimmung des BEHG spricht vielmehr dafür, Deponiegas generell auszunehmen. Eine teleologische Reduktion des Anwendungsbereichs des BEHG unter Berücksichtigung der Zweckbestimmung des § 1 BEHG spricht für eine solche Verfahrensweise, und zwar auch dann, wenn Deponiegas bei der anstehenden Novelle des BEHG von seinem Anwendungsbereich nicht ausdrücklich ausgenommen werden sollte.

Jedenfalls sollte der Emissionsfaktor nach der Verbrennung von Deponiegas im Falle der Einbeziehung in den Anwendungsbereich des BEHG wegen der biogenen Herkunft mit Null bewertet und damit die Notwendigkeit des Erwerbs von Zertifikaten ausgeschlossen werden. Die klimapolitische Zielsetzung der Verbrennung von Deponiegas erfüllt ohne Zweifel den nach § 7 Abs. 4 Nr. 2 BEHG erforderlichen Nachhaltigkeitsnachweis. Ob dann eine Berichtspflicht noch sinnvoll ist, die sich aus der prinzipiellen Anwendbarkeit des BEHG für bestimmte Einsatzbereiche von Deponiegas ergibt, ist zweifelhaft. Damit könnte zwar erreicht werden, die Einsatzmengen und die Emissionen aus der Verwendung von Deponiegas näher zu bestimmen. Ob dies indessen angesichts der durchaus vernachlässigbaren Mengen geboten ist, erscheint schon deshalb zweifelhaft, weil über Aufkommen und Verbleib der im

¹³⁸ *Gassner/Buchholz*, Brennstoffemissionshandel: Zur Einbeziehung von Abfällen und Deponiegas. Grundlagenpapier im Auftrag der ZAK – Zentrale Abfallwirtschaft Kaiserslautern vom 18.6.2020, S. 19.

¹³⁹ *Gassner/Buchholz*, Brennstoffemissionshandel: Zur Einbeziehung von Abfällen und Deponiegas. Grundlagenpapier im Auftrag der ZAK – Zentrale Abfallwirtschaft Kaiserslautern vom 18.6.2020, S. 21.

Rahmen der Abfallentsorgung gewonnenen Energieträger bereits heute nach § 3 Abs. 1 Nr. 2c UmwStatG berichtet werden muss.¹⁴⁰

2. Bioabfälle

Nach § 1 S. 2 BEHG ist Zweck des nationalen Emissionshandelssystems die Bepreisung fossiler Treibhausgasemissionen. Da Bioabfälle keine fossilen Brennstoffe darstellen, könnte daraus folgen, dass das nEHS auf Bioabfälle keine Anwendung findet.

Nach Anhang 1 Nr. 1a BioAbfV¹⁴¹ werden getrennt erfasste Bioabfälle als gemischte Siedlungsabfälle nach Nr. 20 03 01 AVV eingeordnet. Für getrennt gesammelte Bioabfälle gilt deshalb dasselbe wie für andere Siedlungsabfälle auch: Es handelt sich nach § 1b Anlage 1 Nr. 2 EnergieStV nicht um Energieerzeugnisse i. S. d. § 1 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 EnergieStG. Sie stellen deshalb auch keine Brennstoffe i. S. d. § 2 Abs. 1 i. V. m. Anlage 1 S. 2 Nr. 2 BEHG dar. Sie fallen deshalb nicht in den Anwendungsbereich des BEHG.

Etwas anderes gilt allerdings für Garten- und Parkabfälle i. S. d. Anlage 1a BioAbfV. Diese fallen nicht unter Nr. 20 03 AVV, sondern werden in Nr. 20 02 01 AVV eingeordnet. Auf diese Bioabfälle findet das BEHG deshalb Anwendung. Bioabfälle sind vom nEHS deshalb nicht generell ausgenommen. Denn es handelt sich bei Garten- und Parkabfällen um kohlenstoffhaltige Stoffe, die jedenfalls nach der Auffangregelung in Anlage 1 S. 2 Nr. 2 BEHG in den Anwendungsbereich einbezogen sind.

Das Ziel des Gesetzgebers, nur fossile Brennstoffe in das nEHS einzubeziehen, ist in § 2 Abs. 1 und Anlage 1 BEHG nicht umfassend umgesetzt worden. Eine Herausnahme von biogenen Garten- und Parkabfällen aus dem Anwendungsbereich des BEHG ist deshalb nur im Wege einer teleologischen Reduktion möglich. Dafür sprechen gute Argumente, denn wenn es Wille des Gesetzgebers war, nur fossile Treibhausgasemissionen einer Bepreisung zu unterwerfen, spricht alles dafür, dass die nicht erfolgte Herausnahme von biogenen Garten- und Parkabfällen aus dem Anwendungsbereich des Gesetzes ein gesetzgeberisches Versehen darstellt. Denn die gesetzliche Zielsetzung in § 1 S. 2 BEHG und die Bestimmung des Anwendungsbereichs in § 2 Abs. 1 BEHG widersprechen sich. Angesichts der ausdrücklichen

¹⁴⁰ Ebenso: *Gassner/Buchholz*, Brennstoffemissionshandel: Zur Einbeziehung von Abfällen und Deponiegas. Grundlagenpapier im Auftrag der ZAK – Zentrale Abfallwirtschaft Kaiserslautern vom 18.6.2020, S. 21 f.

¹⁴¹ Verordnung über die Verwertung von Bioabfällen auf landwirtschaftlich, forstwirtschaftlich und gärtnerisch genutzten Böden (Bioabfallverordnung - BioAbfV) i. d. F. der Bekanntmachung vom 4.4.2013 (BGBl. I S. 658), zuletzt geändert durch Artikel 3 Absatz 2 der Verordnung vom 27.9.2017 (BGBl. I S. 3465).

Beschränkung des Gesetzeszwecks auf die Bepreisung fossiler Brennstoffe, die erst im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens eingeführt worden ist,¹⁴² ist eine teleologische Reduktion des Anwendungsbereichs die naheliegende Lösung. Dies gilt umso mehr, als die Anknüpfung des Anwendungsbereichs an die Energiesteuerpflicht eine komplexe Systematik darstellt mit der Folge, dass der Gesetzgeber die Problematik einer Einbeziehung von Bioabfällen übersehen haben mag.

Werden biogene Garten- und Parkabfällen in den Anwendungsbereich des nEHS einbezogen, findet § 7 Abs. 4 Nr. 2 BEHG Anwendung. Der Emissionsfaktor sollte für Bioabfälle mit Null bewertet werden, wenn der entsprechende Nachhaltigkeitsnachweis vorliegt. Damit verbliebe es bei einer Einbeziehung in das nEHS letztlich für Bioabfälle bei einer Berichtspflicht. Diese erscheint allerdings angesichts der vorhandenen Regelungen im UmwStatG nicht geboten.

Für Biogas aus der Bioabfallvergärung finden im Ausgangspunkt dieselben Regelungen wie für Deponiegas Anwendung. Es fällt nach Anlage 1 Abs. 1 Nr. 2 BEHG i. V. m. § 1 Abs. 2 Nr. 2 EnergieStG in den Anwendungsbereich des BEHG.¹⁴³ Anwendung findet die Steuerbefreiung nach § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 i. V. m. § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 EnergieStG bei Verwendung in Gasmotoren zur Stromerzeugung mit der Folge, dass Biogas bei dieser Verwendung nicht in den Anwendungsbereich des BEHG fällt. Wird es hingegen zur Dampferzeugung eingesetzt, ist es in den nEHS einbezogen.¹⁴⁴ Auch für Biogas gilt weiter, dass keine Abgabepflicht besteht, wenn der Emissionsfaktor des Biogases wegen seiner biogenen Herkunft mit Null bewertet würde, so wie dies nach der Überwachungsvorschrift des EU-EHS bereits erfolgt und nach § 7 Abs. 4 Nr. 2 BEHG für biogene Brennstoffemissionen bei entsprechendem Nachhaltigkeitsnachweis verpflichtend vorgesehen ist.¹⁴⁵

VII. Wer wäre „Inverkehrbringer“ von Siedlungsabfall als „Brennstoff“?

Unter der Prämisse, dass Siedlungsabfälle in den Anwendungsbereich des BEHG fallen, werden zur verantwortlichen Person unterschiedliche Auffassungen vertreten.

¹⁴² Dazu: *Gassner/Buchholz*, Brennstoffemissionshandel: Zur Einbeziehung von Abfällen und Deponiegas. Grundlagenpapier im Auftrag der ZAK – Zentrale Abfallwirtschaft Kaiserslautern vom 18.6.2020, S. 8.

¹⁴³ Dazu für Deponiegas oben VI. 1.

¹⁴⁴ Dazu für Deponiegas oben VI.1.

¹⁴⁵ *Gassner/Buchholz*, Brennstoffemissionshandel: Zur Einbeziehung von Abfällen und Deponiegas. Grundlagenpapier im Auftrag der ZAK – Zentrale Abfallwirtschaft Kaiserslautern vom 18.6.2020, S. 19.

1. Diskussionsstand

Mitarbeiter des Bundesumweltministeriums gehen anscheinend – wenn auch ohne nähere Begründung – davon aus, dass bei der Einbeziehung von Siedlungsabfällen in den Anwendungsbereich des BEHG die Betreiber von Müllverbrennungsanlagen zur Teilnahme am nationalen Emissionshandelssystem verpflichtet sind. Vor diesem Hintergrund erfolgt eine Auseinandersetzung mit den Belastungen, die Betreiber von Müllverbrennungsanlagen bei einer Einbeziehung von Siedlungsabfällen in den Anwendungsbereich des BEHG zu erwarten haben.¹⁴⁶

Auch in einer Beschlussempfehlung des Wirtschaftsausschusses des Bundesrates¹⁴⁷ zur Stellungnahme des Bundesrats zum Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Änderung des Brennstoffemissionshandelsgesetzes werden die Betreiber von Abfallverbrennungsanlagen als durch das nEHS Verpflichtete angesehen:

„Die Anlage 1 erfasst auch Anlagen zur Verbrennung gefährlicher Abfälle und von Siedlungsabfällen. Diese sind ausdrücklich aus dem EU-Emissionshandel ausgenommen. Grund war, dass diese Art der Abfallbeseitigung als unter dem Strich ökologisch vorzugswürdig nicht besonders belastet werden sollte. Die Anlageneffizienz wird durch fachspezifische Sonderregelungen gewährleistet. Die Belastung der genannten Anlagen mit dem Emissionszertifikatehandel nach dem Brennstoffemissionshandelsgesetz läuft dieser ökologisch motivierten Zielsetzung zuwider. Sie verkehrt diese Zielsetzung sogar, da zu erwarten ist dass die in Rede stehenden Anlagen nach dem Emissionszertifikatehandel nunmehr höheren Belastungen ausgesetzt sind als wenn sie dem EU-Emissionshandel unterlägen.“

Demgegenüber spricht sich der federführende Ausschuss für Umwelt, Naturschutz und nukleare Sicherheit des Bundesrats in einer weiteren Beschlussempfehlung an den Bundesrat zur Stellungnahme zum Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Änderung des BEHG gegen eine Freistellung von Abfällen von den Regelungen des BEHG aus und benennt den Abfallerzeuger als Inverkehrbringer:¹⁴⁸

¹⁴⁶ BMU, IK III 2: Behandlung der Abfall-/Klärschlammverbrennung im BEHG, Ziff. 4.

¹⁴⁷ Empfehlungen der Ausschüsse des Bundesrats, BR-Drs. 266/1/20, Ziff. 6.

¹⁴⁸ Empfehlungen der Ausschüsse des Bundesrats, BR-Drs. 266/1/20, Ziff. 10.

„Der Bundesrat spricht sich daher dafür aus, bei Abfallbrennstoffen die Berichtspflichten nicht beim Inverkehrbringer (Abfallerzeuger), sondern beim Verwender (Entsorger/Verbrenner) festzulegen“.

Zur Begründung wird auf die sehr ausdifferenzierten Aufbereitungsstrukturen in der deutschen Kreislaufwirtschaft verwiesen, die teilweise als Inverkehrbringer der Brennstoffe anzusehen seien.¹⁴⁹

2. Verantwortlicher Inverkehrbringer

Die beiden vorgenannten Auffassungen zur Person des Inverkehrbringers überzeugen nicht. Weder die Betreiber von Müllverbrennungsanlagen noch die Erzeuger gemischter Siedlungsabfälle sind i. S. d. BEHG Inverkehrbringer von Brennstoffen.¹⁵⁰

a) Vorgaben des BEHG

§ 3 Nr. 3 BEHG definiert die nach dem BEHG Verantwortlichen als natürliche oder juristische Personen oder Personengesellschaften, die für die Tatbestände nach § 2 Abs. 2 BEHG als Steuerschuldner definiert sind. Der Anwendungsbereich des BEHG umfasst nach § 2 Abs. 1 BEHG die Emission von Treibhausgasen aus den in Anlage 1 des Gesetzes genannten Brennstoffen, die gemäß § 2 Abs. 2 BEHG in Verbindung mit den entsprechenden Entstehungstatbeständen des EnergieStG als in Verkehr gebracht gelten.¹⁵¹ Das Inverkehrbringen setzt wiederum grundsätzlich das Entstehen der Energiesteuerpflicht nach dem EnergieStG voraus. Wie bereits unter III. ausgeführt, kann ein Inverkehrbringen i. S. d. § 2 BEHG in den in § 2 Abs. 2 S. 2 BEHG genannten Konstellationen auch ohne Entstehen einer Steuerpflicht nach dem EnergieStG gegeben sein. Voraussetzung hierfür ist allerdings, dass dann bestimmte Befreiungstatbestände nach dem EnergieStG eingreifen, wie dies etwa beim Brennstoff Kohle der Fall ist. Dieser wird ab dem Jahr 2023 in die Berichterstattung des nEHS einbezogen ungeachtet des Umstandes, dass aufgrund der Steuerbefreiungstatbestände zur Verwendung von Kohle als Kraft- oder Heizstoff zur

¹⁴⁹ Empfehlungen der Ausschüsse des Bundesrats, BR-Drs. 266/1/20, Ziff. 10.

¹⁵⁰ So im Ergebnis auch *Gassner/Buchholz*, Brennstoffemissionshandel: Zur Einbeziehung von Abfällen und Deponiegas. Grundlagenpapier im Auftrag der ZAK – Zentrale Abfallwirtschaft Kaiserslautern vom 18.6.2020, S. 10.

¹⁵¹ Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BR-Drs. 533/19, S. 36; Begründung zum Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und der SPD zu einem Gesetz über einen nationalen Zertifikatehandel für Brennstoffemissionen (Brennstoffemissionshandelsgesetz – BEHG) vom 5.11.2019, BT-Drs. 19/14746, S. 32.

Stromerzeugung (§ 37 Abs. 2 Nr. 3 EnergieStG) oder als Heizstoff für bestimmte Prozesse und Verfahren (§ 37 Abs. 2 Nr. 4 EnergieStG) keine Energiesteuerpflicht besteht.¹⁵²

b) Keine Anwendbarkeit von Energiesteuerrecht und BEHG auf Siedlungsabfälle

Bei den in Rede stehenden Siedlungsabfällen ist die im BEHG geregelte Anknüpfung an das Entstehen der Energiesteuerpflicht nicht zielführend, da Siedlungsabfälle des Abfallschlüssels 20 03 nach der Anlage zu § 2 Abs. 1 AVV neben anderen Abfallarten, die im Durchschnitt einen Heizwert von höchstens 18 MJ/kg haben, vollumfänglich von der Energiesteuerpflicht ausgenommen sind. Zu den Siedlungsabfällen der Abfallschlüsselnummer 20 03 nach der Anlage zu § 2 Abs. 1 AVV zählen insbesondere gemischte Siedlungsabfälle, Marktabfälle, Straßenkehricht, Fäkalschlamm, Abfälle aus der Kanalreinigung und Sperrmüll. Die Herausnahme dieser Abfälle aus dem Anwendungsbereich des Energiesteuerrechts ist durch § 1b Abs. 1 Nr. 2 EnergieStV ausdrücklich vorgesehen. Bei dieser Vorschrift handelt es sich um eine im Wege einer Rechtsverordnung erfolgte Klarstellung, welche Erzeugnisse nicht Waren nach § 1 Abs. 3 Nr. 2 EnergieStG sind.

Die Regelung in § 1b EnergieStV ist insoweit relevant, als bei Siedlungsabfällen nicht lediglich einer der in § 2 Abs. 2 S. 2 BEHG benannten energiesteuerrechtlichen Befreiungstatbestände eingreift, die eine Einbeziehung in das nEHS trotz fehlender Energiesteuerpflicht (ausnahmsweise) zulassen. Vielmehr sind die in § 1b Abs. 1 Nr. 2 EnergieStV genannten Siedlungsabfälle der Energiesteuerpflicht vollständig entzogen.¹⁵³ Dies steht einer Einbeziehung von Siedlungsabfällen in den Anwendungsbereich des BEHG insgesamt entgegen. Aus diesem Grund sind die Regelungen zur Verantwortlichkeit nach dem BEHG auf Siedlungsabfälle sowie andere Abfallarten, die im Durchschnitt einen Heizwert von höchstens 18 MJ haben, erkennbar nicht zugeschnitten. Scheidet eine Steuerpflicht nach dem Energiesteuerrecht für einen Brennstoff insgesamt aus und liegt nicht lediglich ein Ausnahmefall nach § 2 Abs. 2 S. 2 BEHG vor, laufen die Mechanismen des BEHG zur Bestimmung des verantwortlichen Inverkehrbringers leer.

Im Ergebnis kann im vorliegenden Zusammenhang deshalb auch § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EnergieStG keine Anwendung finden. Danach entsteht die Steuerpflicht für andere als die in § 4 EnergieStG genannten Energieerzeugnisse dadurch, dass sie im Steuergebiet als Kraft- oder Heizstoff verwendet werden. Für Siedlungsabfälle ergibt sich daraus nichts für die Person des Inverkehrbringers. Denn die Anwendung des § 23 EnergieStG setzt voraus, dass

¹⁵² Deutsche Emissionshandelsstelle (DEHSt) im Umweltbundesamt, Nationales Emissionshandelssystem, Hintergrundpapier, März 2020; S. 7.

¹⁵³ S. hierzu bereits ausführlich oben III.

überhaupt ein Energieerzeugnis i. S. d. § 1 Abs. 3 EnergieStG in den Verkehr gebracht wird. Da Siedlungsabfälle wegen § 1b Abs. 1 Nr. 2 EnergieStV keine Energieerzeugnisse i. S. d. § 1 Abs. 3 Nr. 2 EnergieStG darstellen, kann § 23 EnergieStG hierauf keine Anwendung finden. Das gilt auch für das BEHG: Der Verweis auf § 23 Abs. 1 EnergieStG in § 2 Abs. 2 S. 1 BEHG greift nur für die von Anlage 1 BEHG erfassten Brennstoffe. Um solche handelt es sich bei den hier in Rede stehenden Siedlungsabfällen gerade nicht. Wegen der umfassenden Geltung des EnergieStG ist eine isolierte Anwendung des § 23 Abs. 1 EnergieStG ausgeschlossen.

c) System des „Upstream-ETS“ – direkte Emittenten nicht Verantwortliche nach BEHG

Darüber hinaus kommen Betreiber von Müllverbrennungsanlagen auch aus einem weiteren Grund nicht als „Inverkehrbringer“ i. S. d. BEHG in Betracht. Mit der im BEHG unter Anlehnung an die Systematik des Energiesteuerrechts normierten Verantwortlichkeit des Inverkehrbringers geht einher, dass die Unternehmen jeweils auf derjenigen Handelsstufe zur Teilnahme am nEHS verpflichtet sind, bei der im Energiesteuergesetz für das Inverkehrbringen von Energieerzeugnissen die Steuer – unbeschadet von Steuerbefreiungen – grundsätzlich entsteht.¹⁵⁴ Das kann entweder beim Inverkehrbringer oder Lieferanten von Brennstoffen der Fall sein. Wie die Gesetzesbegründung an mehreren Stellen betont, setzt das nEHS gerade nicht beim direkten Emittenten als Verursacher der Emissionen an, sondern adressiert die vorgelagerten Handelsebenen und damit die Unternehmen, die die Brenn- und Kraftstoffe in Verkehr bringen oder liefern (sog. „Upstream-ETS“).¹⁵⁵ Hierin liegt ein zentraler Unterschied zum EU-Emissionshandel.¹⁵⁶

Bei den sogenannten Inverkehrbringern handelt es sich insbesondere um Großhändler von Brennstoffen, Hersteller von Brennstoffen mit Großhandelsvertrieb sowie Unternehmen, die Brennstoffe nach Deutschland importieren, das heißt i. S. d. Energiesteuer einführen. Das

¹⁵⁴ Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BR-Drs. 533/19, S. 21; Begründung zum Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und der SPD zu einem Gesetz über einen nationalen Zertifikatehandel für Brennstoffemissionen (Brennstoffemissionshandelsgesetz – BEHG) vom 5.11.2019, BT-Drs. 19/14746, S. 21.

¹⁵⁵ Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BR-Drs. 533/19, S. 2, 19 und 21; Begründung zum Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und der SPD zu einem Gesetz über einen nationalen Zertifikatehandel für Brennstoffemissionen (Brennstoffemissionshandelsgesetz – BEHG) vom 5.11.2019, BT-Drs. 19/14746, S. 21 und 24 f.

¹⁵⁶ Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BR-Drs. 533/19, S. 21, 26 und 41; Begründung zum Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und der SPD zu einem Gesetz über einen nationalen Zertifikatehandel für Brennstoffemissionen (Brennstoffemissionshandelsgesetz – BEHG) vom 5.11.2019, BT-Drs. 19/14746, S. 21 und 35.

Inverkehrbringen nach dem BEHG knüpft somit grundsätzlich an dieselben Handlungen an, die im Energiesteuerrecht für die jeweiligen Brennstoffe für das Entstehen der Energiesteuer gesetzlich festgelegt sind, also beispielsweise die Entnahme der Brennstoffe aus einem Steuerlager (z.B. bei Benzin) oder die Belieferung des Letztverbrauchers (z.B. bei Erdgas).¹⁵⁷ Der Gesetzgeber begründet die von ihm getroffene Systementscheidung für ein Upstream-ETS damit, dass bei der Entstehung der Steuerpflicht oft nicht klar sei, von wem der Brennstoff letztlich verwendet wird. Aus diesem Grund sollen im Interesse einer einfachen Administrierbarkeit alle in § 1 Abs. 2 und 3 des Energiesteuergesetzes genannten Brennstoffe unabhängig von der späteren Verwendung Teil des Anwendungsbereiches des BEHG sein, wobei allein das Inverkehrbringen von Brennstoffen die in Abschnitt 3 des BEHG normierten Verpflichtungen auslösen soll.¹⁵⁸

Im Ergebnis festzuhalten ist, dass nach der vom Gesetzgeber getroffenen Systementscheidung die vorgelagerten Handelsstrukturen und nicht die Emittenten zur Teilnahme am nEHS verpflichtet sind. Die Betreiber von Müllverbrennungsanlagen als direkte Emittenten scheiden als Verantwortliche nach dem BEHG aus.

d) Keine Pflicht der Erzeuger von Siedlungsabfällen zur Teilnahme am nationalen Emissionshandel

Auch die Erzeuger gemischter Siedlungsabfälle kommen nicht als verantwortliche Teilnehmer am nEHS in Betracht. In der Entsorgung von Siedlungsabfällen durch den einzelnen Abfallerzeuger liegt kein „Inverkehrbringen“ i. S. d. BEHG. Wie bereits ausgeführt, will das BEHG die „Handelsebenen“ von Brennstoffen im Anwendungsbereich des Gesetzes erfassen.¹⁵⁹ Zudem soll das Gesetz eine einfache Administrierbarkeit ermöglichen.¹⁶⁰ Eine

¹⁵⁷ Deutsche Emissionshandelsstelle (DEHSt) im Umweltbundesamt, Nationales Emissionshandelssystem, Hintergrundpapier, März 2020; S. 7,

¹⁵⁸ Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BR-Drs. 533/19, S. 37; Begründung zum Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und der SPD zu einem Gesetz über einen nationalen Zertifikatehandel für Brennstoffemissionen (Brennstoffemissionshandelsgesetz – BEHG) vom 5.11.2019, BT-Drs. 19/14746, S. 32.

¹⁵⁹ Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BR-Drs. 533/19, S. 21 und 26; Begründung zum Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und der SPD zu einem Gesetz über einen nationalen Zertifikatehandel für Brennstoffemissionen (Brennstoffemissionshandelsgesetz – BEHG) vom 5.11.2019, BT-Drs. 19/14746, S. 21.

¹⁶⁰ Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BR-Drs. 533/19, S. 37; Begründung zum Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und der SPD zu einem Gesetz über einen nationalen

Verpflichtung zur Beteiligung am nEHS für jeden einzelnen Erzeuger von Siedlungsabfällen würde diesen Zielsetzungen evident zuwiderlaufen und entspricht nicht dem gesetzgeberischen Willen. Diesen Gedanken hebt auch die DEHSt hervor und weist darauf hin, dass in unter das nEHS fallenden Bereichen, wie Verkehr und Wärme, eine Einbeziehung der direkten Emissionen nicht praktikabel wäre. Beispielhaft wird auf die große Zahl aller Pkw-Fahrerinnen und -Fahrer oder aller Heizungsbesitzerinnen und Heizungsbesitzer verwiesen, deren Verpflichtung „vollkommen unverhältnismäßig wäre.“¹⁶¹ Dieser Gedanke ist auf Abfallerzeuger übertragbar, da auch die Einbeziehung jedes Abfallerzeugers gleichermaßen unverhältnismäßig und zudem mit einem immensen administrativen Aufwand verbunden wäre.

e) ÖrE und private Entsorgungsunternehmen als mögliche Verantwortliche

Unterstellt man entgegen der hier vertretenen Auffassung, dass Siedlungsabfälle in den Anwendungsbereich des BEHG fallen, kämen aus den vorgenannten Gründen allein diejenigen Personen als Verantwortliche i. S. d. BEHG in Betracht, die die Abfälle bei den thermischen Abfallbehandlungsanlagen anliefern. In weit überwiegendem Umfang wären dies schon allein aufgrund der gesetzlichen Überlassungspflicht für Abfälle aus privaten Haushaltungen nach § 17 Abs. 1 KrWG die örE. Daneben wären aber auch private Entsorgungsunternehmen hinsichtlich der ihnen zur Verwertung überlassenen Siedlungsabfälle aus gewerblicher Herkunft als Inverkehrbringer zur Teilnahme am nEHS verpflichtet.¹⁶²

Zu bedenken ist allerdings, dass nach § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EnergieStG die Steuerpflicht für andere als die in § 4 EnergieStG genannten Energieerzeugnisse dadurch entsteht, dass sie im Steuergebiet als Kraft- oder Heizstoff verwendet werden. Für die thermische Behandlung von Siedlungsabfällen könnte daraus folgen, dass Inverkehrbringer nicht die örE, sondern der Betreiber der MVA ist, in die diese Abfälle geliefert werden. Die Anwendung dieser Regelung setzt voraus, dass Siedlungsabfälle bei ihrer Anlieferung an eine MVA nicht i. S. d. § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 EnergieStG im Steuergebiet erstmals als Heizstoff abgegeben werden. Denn dann fände § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EnergieStG als gegenüber Nr. 1 der Regelung ausdrücklich subsidiäre Vorschrift keine Anwendung. Liefern die örE Abfälle an eine MVA, ist ihnen

Zertifikatehandel für Brennstoffemissionen (Brennstoffemissionshandelsgesetz – BEHG) vom 5.11.2019, BT-Drs. 19/14746, S. 37.

¹⁶¹ Deutsche Emissionshandelsstelle (DEHSt) im Umweltbundesamt, Nationales Emissionshandelssystem, Hintergrundpapier, März 2020; S. 5.

¹⁶² Im Ergebnis ebenso Stellungnahme GGSC vom 18.6.2020, S. 10.

bewusst, dass sie dort thermisch behandelt werden und dass von der MVA durch die Verbrennung der Abfälle erzeugte Energie genutzt und verwertet wird.

Darauf kommt es indessen nicht entscheidend an: Die energetische Nutzung ist Sache des Verbrenners. Ob und in welchem Umfang sie erfolgt, entscheidet er allein. Der örE als Abfallanlieferer hat darauf keinen Einfluss. Ihm geht es deshalb in erster Linie darum, die angelieferten Abfälle, sollen sie beseitigt werden, einem Ausschluss aus dem Wirtschaftskreislauf und sollen sie thermisch verwertet werden, einer Verwertungsmaßnahme zuzuführen. Es spricht deshalb einiges dafür, dass nicht die örE, sondern die Betreiber der MVA nach § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EnergieStG Inverkehrbringer der Siedlungsabfälle sind. Allerdings verbleibt es dabei, dass die örE die Siedlungsabfälle an die MVA zur Verbrennung anliefern. Nach dem Wortlaut der Regelungen findet § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EnergieStG deshalb keine Anwendung, sodass die örE als Inverkehrbringer gelten.

Bei der direkten Anlieferung von Kleinmengen an thermische Abfallbehandlungsanlagen, wie sie oftmals zugelassen ist, wäre hingegen nicht der einzelne Anlieferer als Inverkehrbringer der Abfälle einzustufen. Denn lediglich bei den örE und privaten Entsorgungsunternehmen kann von einer „Handelsebene“ i. S. d. BEHG die Rede sein, bei der eine Pflicht zur Teilnahme am nEHS ansetzen könnte. Zudem ließen auch nur diese Gruppen sich mit einem vertretbaren administrativen Aufwand erfassen. Gegen die Einbeziehung derjenigen, die Kleinmengen bei thermischen Abfallbehandlungsanlagen unmittelbar anliefern, lassen sich somit die auch gegen eine Verpflichtung der Abfallerzeuger sprechenden Gesichtspunkte anführen.

VIII. Wäre eine Verlagerung auf die thermischen Abfallbehandlungsanlagen (entsprechend Antrag BaWü und Beschlussempfehlung Umweltausschuss BRat) überhaupt möglich/zulässig?

In der Debatte zur Einbeziehung der Siedlungsabfallverbrennung in den Anwendungsbereich des BEHG wird zum Teil das Ziel betont, sämtliche CO₂-verursachenden Brennstoffe über das nEHS erfassen zu wollen.¹⁶³ Zugleich wird die Forderung geäußert, die nach dem europäischen Emissionshandel freigestellten Abfallbehandlungsanlagen einer Pflicht zum Emissionshandel zu unterwerfen.¹⁶⁴ Beiden Forderungen stehen die Bestimmungen des BEHG jedoch entgegen.

Das BEHG verpflichtet die Inverkehrbringer der vom Gesetz erfassten Brennstoffe als Verantwortliche zur Teilnahme am nEHS. Wie unter III. und VII. bereits ausgeführt, fallen

¹⁶³ BMU, IK III 2: Behandlung der Abfall-/Klärschlammverbrennung im BEHG, Ziff. 1 und 2.

¹⁶⁴ Empfehlungen der Ausschüsse des Bundesrats, BR-Drs. 266/1/20, Ziff. 10.

Siedlungsabfälle nicht in den Anwendungsbereich des BEHG. Selbst wenn man dies jedoch unterstellen würde, wären nicht die Betreiber der thermischen Abfallbehandlungsanlagen als Inverkehrbringer der Brennstoffe zur Teilnahme am nEHS verpflichtet. Gemäß den Ausführungen unter VII. würde diese Pflicht vielmehr die öRE und privaten Entsorgungsunternehmen treffen, die die Abfälle bei den Müllverbrennungsanlagen anliefern.

Eine Verschiebung der Verantwortlichkeit nach dem BEHG vom Inverkehrbringer auf die Betreiber thermischer Abfallbehandlungsanlagen als Emittenten wäre ein Systembruch und mit der gesetzlichen Konzeption unvereinbar. Eine solche Modifizierung der Verantwortlichkeit könnte nach geltendem Recht insbesondere auch nicht im Wege einer Rechtsverordnung erfolgen. Zwar enthält das BEHG diverse Verordnungsermächtigungen, mit denen Einzelheiten u.a. zur Berechnung der jährlichen Emissionsmengen, zum Überwachungsplan, zur Berichterstattung, zum Versteigerungsverfahren und zum Emissionshandelsregister geregelt werden können. Eine Verordnungsermächtigung, die es dem Ordnungsgeber gestatten würde, die nach dem BEHG verantwortlichen Personen zu konkretisieren oder gar abweichende Regelungen zu treffen, enthält das Gesetz indes nicht. Insoweit besteht insbesondere auch ein Unterschied zum Energiesteuerrecht. Für die in § 1b EnergieStV enthaltene Konkretisierung zu § 1 Abs. 3 EnergieStG enthält § 66 Abs. 1 Nr. 3 lit. a) EnergieStG eine entsprechende Ermächtigungsgrundlage. Da eine solche Verordnungsermächtigung im BEHG fehlt, hat der Gesetzgeber des BEHG den Anwendungsbereich des Gesetzes und die Verantwortlichkeiten abschließend geregelt.

Die vorstehenden Überlegungen unter VII. und VIII. zeigen: Derjenige, der Brennstoffe aus einer Handelsebene in Verkehr bringt oder diese dem Emittenten anliefern, muss Verantwortlicher nach dem BEHG sein, nicht derjenige, der die Brennstoffe annimmt und damit verwendet bzw. verbraucht. Eine Verlagerung auf die thermischen Abfallbehandlungsanlagen ist nach der Konzeption des BEHG systemwidrig und im Ergebnis ausgeschlossen.

Die zum Teil geäußerten Absichten, die Betreiber von thermischen Abfallbehandlungsanlagen der Pflicht zum Emissionshandel zu unterwerfen, lassen die insoweit eindeutigen rechtlichen Bestimmungen des BEHG außer Betracht und laufen diesen zuwider, weshalb sie im Ergebnis abzulehnen sind.

IX. Rückwirkung einer CO₂-Bepreisung von Siedlungsabfällen auf die Verfassungsmäßigkeit des BEHG

1. Notwendige Perpetuierung der Kostenbegrenzung im Abfallsektor

Schließlich sprechen auch die vorgebrachten finanzverfassungsrechtlichen Bedenken gegen eine Einbeziehung von Abfällen, weil dadurch diese Einwände verstärkt würden. Da

Unsicherheiten über die zu erwartenden Auswirkungen des Brennstoffemissionshandels in den Non-ETS-Sektoren bestehen, wurden Vorkehrungen getroffen, die eine unkontrollierte zusätzliche Kostenbelastung für die Bürgerinnen und Bürger sowie für die betroffenen Wirtschaftsteilnehmerinnen und Wirtschaftsteilnehmer zu verhindern suchen.¹⁶⁵ Eine solche Kostenbelastung müsste gerade im Abfallbereich verhindert werden, um eine geordnete Entsorgung ohne illegale Ausweichreaktionen zu gewährleisten. Auf eine Erhöhung der Abfallgebühren durch eine Einbeziehung von Abfällen in den Brennstoffemissionshandel reagieren die Betroffenen oft sehr stark. Daher bedürfte es der Perpetuierung einer Entlastung im Hinblick auf die Zusatzbelastung durch den Brennstoffemissionshandel. Diesem Ziel dienen Flexibilisierungsinstrumente, damit das nationale Emissionshandelssystem für die Non-ETS-Sektoren sozial- und wirtschaftsverträglich erfolgen kann – ohne die in der EU-KlimaschutzVO festgelegten Emissionsobergrenzen zu missachten.¹⁶⁶

2. Daraus folgende Verhinderung einer Knappheitssituation und Perpetuierung finanzverfassungsrechtlicher Bedenken

Aus diesen Instrumenten erwachsen jedoch wichtige finanzverfassungsrechtliche Bedenken, die bereits während der Gesetzgebung vorgebracht wurden¹⁶⁷ und durch eine Perpetuierung der Entlastung der Betroffenen verstetigt, ja möglicherweise erst in vollem Umfang greifen könnten. Weil die Preisbildung mit einem Festpreis beginnt und sich mit einem festen Korridor fortsetzt, wird eine finanzverfassungswidrige Vorteilsabschöpfungsabgabe angenommen. Es wird bemängelt, dass die vom BVerfG für eine finanzverfassungskonforme Vorteilsabschöpfungsabgabe geforderte besondere Knappheitssituation solange nicht vorliegt, wie nicht eine freie Preisbildung erfolgt, um auf eine begrenzte Menge zu reagieren.¹⁶⁸ So ist die Wirkungsweise des bisherigen Emissionshandels nach dem TEHG im Rahmen des EU-Emissionshandelssystems ausgestaltet und deshalb vom BVerfG positiv beurteilt worden.¹⁶⁹

¹⁶⁵ Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BR-Drs. 533/19, S. 36.

¹⁶⁶ Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BR-Drs. 533/19, S. 36.

¹⁶⁷ BR-Drs. 607/1/19, S. 2; *Klinski* bzw. *Müller/Kahl*, Stellungnahmen zur Anhörung des BT-Umweltausschusses am 6.11.2019, BT-Ausschuss-Drs. 19 (16)293-A, S. 1 bzw. BT-Ausschuss-Drs. 19 (16)293-F, S. 1.

¹⁶⁸ *Wernsmann/Bering*, NVwZ 2020, 497 (503 f.) m. w. N. in Fn. 18. Später etwa *Vollmer*, NuR 2020, 237 (241); *Kortländer*, ZNER 2020, 69 (71); positiv hingegen *Steinbach/Valta*, JZ 2019, 1139 (1144 f.); *Frenz*, RdE 2020, 281 (286 ff.).

¹⁶⁹ BVerfG, Beschluss vom 5.3.2018 – 1 BvR 2864/13, NVwZ 2018, 972 (974 f.), Rn. 32 ff.

Explizit formulierte das BVerfG, dass sich ein Marktpreis, der die Marktteilnehmer zu kosteneffizientem Verhalten veranlasst, nur dann bilden kann, „wenn die Zahl der ausgegebenen Berechtigungen hinter dem Bedarf zurückbleibt.“¹⁷⁰ Der anfängliche Festpreis und auch der Preiskorridor, die eine unkontrollierte Kostenbelastung für Bürgerinnen und Bürger wie auch für die betroffenen Wirtschaftsteilnehmer vermeiden sollen,¹⁷¹ korrespondieren damit, dass keine absolute feste jährliche Emissionsmenge und damit kein Cap bestimmt ist, durch welche der Marktmechanismus erst in Gang gesetzt wird.¹⁷² Die in § 4 Abs. 1 und 3 BEHG vorgesehene jährliche Emissionsmenge kann nach § 5 Abs. 1 BEHG in der Einführungsphase über die Flexibilisierungsinstrumente nach der EU-KlimaschutzVO und damit vor allem über den Zukauf von Emissionszuweisungen aus anderen Mitgliedstaaten erhöht werden. Über das Fehlen dieser mengenmäßigen Begrenzung können auch Lenkungszwecke nicht hinweg helfen.¹⁷³

Grundlage für die finanzverfassungsrechtliche Zulässigkeit ist also eine Knappheitssituation. Die Zahl der ausgegebenen Zertifikate muss hinter dem Bedarf zurückbleiben. Eine solche Konstellation ist aber für die Abfallentsorgung höchst problematisch. Diese muss den anfallenden Müll zwingend bewältigen. Insoweit dürfen Abfälle nicht unbehandelt bleiben. Zudem läuft es den auch unionsrechtlich vorgegebenen Zielsetzungen zuwider, wenn Abfälle statt in die thermische Behandlung in die Deponierung gehen. Die Deponierung soll gerade reduziert werden und möglichst ganz entfallen können. Daher müssen im Abfallbereich so viele Zertifikate ausgegeben werden, dass der anfallende Siedlungsabfall entsorgt werden kann.

3. Notwendige Herausnahme der Siedlungsabfälle

Der Siedlungsabfallbereich muss also für eine finanzverfassungskonforme Vorteilsabschöpfungsabgabe mit Knappheitssituation gerade ausgenommen werden. Somit ist die Vereinbarkeit mit der Finanzverfassung jedenfalls insoweit gesperrt. Das gilt selbst dann, wenn eine gewisse Übergangsphase zugestanden wird, bis der Brennstoffemissionshandel voll und damit einschließlich freier Preisbildung in einer Knappheitssituation greifen kann.¹⁷⁴ Eine solche Knappheitssituation darf im Bereich der

¹⁷⁰ BVerfG, Beschluss vom 5.3.2018 – 1 BvR 2864/13, NVwZ 2018, 972 (975), Rn. 35.

¹⁷¹ Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BR-Drs. 533/19, S. 43.

¹⁷² Für den bisherigen Emissionshandel BVerfG, Beschluss vom 5.3.2018 – 1 BvR 2864/13, NVwZ 2018, 972 (975), Rn. 36.

¹⁷³ M. w. N. *Wernsmann/Bering*, NVwZ 2020, 497 (504 f.).

¹⁷⁴ So *Frenz*, RdE 2020, 281 (287 f.).

thermischen Abfallbehandlung praktisch nicht auftreten, um gravierende Umweltprobleme auszuschließen.

X. Zusammenfassung

I.

Das BEHG will ein nationales Brennstoffemissionshandelssystem errichten. Zu dessen Zielen gehört die Erreichung der Minderungsziele nach der EU-KlimaschutzVO, die sich auch auf die Quellkategorie Abfall und die Abfallverbrennung in den Quellkategorien Energie und Industrie erstreckt. Daraus folgt aber nicht notwendig eine Einbeziehung von Abfall in den Brennstoffemissionshandel, da die EU-KlimaschutzVO keine nationalen Instrumente vorschreibt. Die Verbrennung von Siedlungsabfällen und gefährlichen Abfällen ist ohnehin ausdrücklich ausgenommen.

Vielmehr ist das BEHG als auf die Sektoren Verkehr und Wärme bezogene Regelung zu betrachten, welche sich nicht auf die Abfallverbrennung erstreckt.

II.

Der nationale Brennstoffemissionshandel ist vom EU-Emissionshandel klar zu trennen und bildet eine Ergänzung zu ihm. Daher gilt es Doppelbelastungen zu vermeiden. Die darauf bezogenen Vorschriften bilden nicht etwa exklusive Privilegierungen, welche den Ausschluss von Abfällen in der EnergieStV nicht zum Zuge kommen lassen. Sie setzen vielmehr die Eröffnung des Anwendungsbereichs des BEHG voraus, der indes gerade energiesteuerrechtlich bestimmt ist und damit auch über die EnergieStV definiert wird.

EU-Emissionshandel und Brennstoffemissionshandel können schwerlich in einem gemeinsamen europäischen System zusammengefasst werden, weil bei Kleinemittenten der anlagenbezogene Ansatz zu übermäßigem Verwaltungsaufwand führt. Dieser Ansatz passt hingegen viel eher für Müllverbrennungsanlagen. Indes sind sie wegen ihrer ökologischen Vorteilhaftigkeit gerade aus dem EU-Emissionshandel ausgenommen. Siedlungsabfälle haben daher in keinem Emissionshandelssystem ihren Platz, sodass sie auch einer künftigen europäischen Vereinheitlichung nicht unterfallen dürfen. Damit können sie auch nicht über den nationalen Brennstoffemissionshandel, der zudem nur eine Ergänzungsfunktion zum EU-Emissionshandel hat, einbezogen werden.

III.

Siedlungsabfälle fallen nicht in den Anwendungsbereich des BEHG. Nach § 2 Abs. 1 BEHG erfasst der Anwendungsbereich des nationalen Emissionshandels nur die in Anlage 1 aufgeführten und gem. § 2 Abs. 2 BEHG in Verkehr gebrachten Brennstoffe. In Anlage 1 wird

an das Energiesteuerrecht angeknüpft. Nur auf Brennstoffe, die nach dem EnergieStG gelistet sind, findet das BEHG Anwendung. Maßgebend ist deshalb die energiesteuerliche Behandlung; es zählt rein das energiesteuerrechtliche System mit seinen Entstehungstatbeständen für die Energiesteuer. Siedlungsabfall ist nach §§ 1 Abs. 3 Nr. 2 EnergieStG i. V. m. 1b Nr. 2 EnergieStV von der Energiesteuerpflicht ausgenommen; dasselbe gilt für Klärschlamm und andere Abfälle mit einem Heizwert von bis zu 18 MJ/kg. Als nicht energiesteuerpflichtiger Stoff kann Siedlungsabfall deshalb nicht in den Anwendungsbereich des BEHG fallen. Die Müllverbrennung von Siedlungsabfall nimmt nicht am nationalen Emissionshandelssystem teil.

Dagegen erhobene Einwände greifen nicht durch. Zwar ist es Ziel des nationalen Emissionshandelssystems, im Grundsatz alle Brennstoffe einzubeziehen, die nicht dem Europäischen Emissionshandelssystem unterliegen. Diese Zielsetzung gilt indessen nur allgemein und sagt nichts über den konkreten Anwendungsbereich des Gesetzes aus. Dieser bestimmt sich ausschließlich nach § 2 Abs. 1 und 2 BEHG und ist gekoppelt an das Energiesteuerrecht.

Darüber hinaus widerspricht die Einbeziehung von Siedlungsabfall in den nationalen Emissionshandel auch der Systematik und Zielsetzung des Abfallrechts. Das Abfallrecht verfolgt das Ziel, das Abfallaufkommen zu verringern, Abfälle möglichst zu recyceln und auf diese Weise die einer thermischen Behandlung zuzuführende Abfallmenge möglichst gering zu halten. Diese Vorgabe ergibt sich aus der Abfallhierarchie und vielfältigen abfallrechtlichen Bestimmungen, die diese Zielsetzung für Abfallerzeuger ebenso wie für die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger verbindlich vorgeben. Das Ziel einer Reduktion der thermischen Behandlung von Siedlungsabfällen und der damit verbundenen Verringerung der aus der Abfallverbrennung stammenden Treibhausgase ist dem Abfallrecht deshalb immanent; einer Ergänzung durch den nationalen Emissionshandel bedarf es nicht. Sie würde auch weitgehend wirkungslos bleiben.

IV.

Die Einbeziehung von Siedlungsabfällen widerspricht dem Steuerungskonzept des Emissionshandels; dieser ist für die thermische Abfallbehandlung ungeeignet. Die dadurch bedingte Verteuerung der Entsorgung belastet den Bürger höher und birgt so die Gefahr von Fehlanreizen, möglichst wenig Abfall öffentlich zu entsorgen, um so Kosten zu sparen.

Da die Entsorgung von Siedlungsabfällen verpflichtend ist, vermag das BEHG keine Lenkungswirkung zu entfalten. Die mit diesem Gesetz beabsichtigte Anreizung von Verhaltensänderungen durch die Internalisierung externer Kosten entsprechend dem Verursacherprinzip läuft damit leer. Die anfallenden Müllmengen müssen entsorgt werden, wie

sie anfallen, ohne dass die öffentlich-rechtlichen Entsorger als die hauptsächlichen Anlieferer an Müllverbrennungsanlagen Einfluss auf die Zusammensetzung haben.

Klimaschutz durch Abfallverbrennung erfolgt bereits durch die Einsparung von Primärressourcen entsprechend dem Green Deal, der den Ressourcenverbrauch reduzieren will. Die Kreislaufwirtschaft bildet darin eine eigenständige Säule. Nach dem Aktionsplan der Kommission für die Kreislaufwirtschaft vom 11.3.2020 soll der Klimaschutz im Abfallwesen vor allem durch Produktgestaltung, Stoffstromsteuerung sowie eine harmonisierte Getrenntsammlung erreicht werden, nicht aber durch Emissionshandel. Allenfalls kommen Umweltsteuern in Betracht – so die jetzt auf dem EU-Coronagipfel in Brüssel beschlossene EU-Plastiksteuer auf nicht recycelte Kunststoffabfälle. Sie muss wie geplant ab 2021 wirksam erhoben werden und ihre Lenkungswirkung zur Reduktion nicht recycelter Kunststoffabfälle EU-weit einheitlich entfalten können, ohne durch nationale Maßnahmen wie einen Brennstoffemissionshandel gestört oder gar im Hinblick auf notwendige Erhöhungen praktisch ausgebremst zu werden. Das Feld ist spätestens nunmehr unionsrechtlich besetzt und bestellt, sodass nationale Doppelbelastungen ausscheiden.

Eine Zusatzbelastung durch eine nationale Einzelmaßnahme wie die Einbeziehung der Siedlungsabfälle in den Brennstoffemissionshandel kann die Warenverkehrsfreiheit beeinträchtigen, wenn gerade Lieferanten aus anderen EU-Staaten besonders auf Plastik und Kunststoff angewiesen sind, um die Transportfähigkeit und die Haltbarkeit der Produkte zu verbessern. Eine Rechtfertigung dafür setzt voraus, dass die nationale Maßnahme das avisierte Ziel kohärent und systematisch erreichen kann und damit auch mit anderen Regelungen abgestimmt ist. Wegen ihrer störenden Wirkung für die beschlossene EU-Plastiksteuer ist dies nicht der Fall und eine Erstreckung des Brennstoffemissionshandels auf nicht recycelte Kunststoffabfälle gesperrt.

Das EU-Klimaschutz- und Abfallrecht formiert ein Gesamtsystem, das durch Standards und Steuern lenken will, nicht aber durch Zertifikate. Die Einbeziehung von Siedlungsabfällen in den Brennstoffemissionshandel gefährdet die Wirksamkeit dieses Systems und damit auch die geforderte effektive Umsetzung im nationalen Recht. Das gilt auch für die Erhebung der nunmehr beschlossenen EU-Plastiksteuer. Damit haben das EU-Klimaschutz-, Abfall- und Steuerrecht eine Ausschlussfunktion für den nationalen Brennstoffemissionshandel im Hinblick auf Siedlungsabfälle.

V.

Abfälle sind keine Energieerzeugnisse nach dem EnergieStG und damit auch keine Brennstoffe nach dem BEHG. Wegen der konstitutiven Bedeutung ausschließlich des Energiesteuerrechts für den Anwendungsbereich des BEHG können Abfälle auch nicht

gleichgesetzt werden. Es geht um eine möglichst umfassende Einbeziehung der CO₂-Emissionen in Ergänzung zum EU-Emissionshandel, der für die Energiewirtschaft sowie energieintensive Branchen eingreift, in anderen Feldern, aber unter Anknüpfung an die Brennstoffe, ohne dass jedoch der grundsätzliche Bezugsrahmen der Energieerzeugnisse verlassen wurde.

Die bewusste Ausklammerung von Abfallverbrennungsanlagen aus dem EU-Emissionshandel würde durch eine Einbeziehung in den nationalen Brennstoffemissionshandel ins Gegenteil verkehrt, weil die Betroffenen höheren Belastungen ausgesetzt wären als nach dem EU-Emissionshandel. Dadurch werden abfallwirtschaftlich unerwünschte Reaktionen wie eine vermehrte Co-Verbrennung mit vorheriger Aufbereitung oder sogar ein Export zur Deponierung in das EU-Ausland provoziert.

Die Kommission betont bei der näheren Festlegung der Ausklammerung von Abfallverbrennungsanlagen aus dem EU-Emissionshandel die Unterschiedlichkeit der Regelungsmaterien. Das Verursacherprinzip lässt sich abfallrechtlich verwirklichen und nicht emissionshandelsrechtlich. Die Abfallverbrennung lässt sich nicht vermeiden, sondern höchstens umweltverträglicher gestalten.

VI.

Deponiegas fällt an sich in den Anwendungsbereich des BEHG. Allerdings verpflichtet § 7 Abs. 4 Nr. 2 BEHG dazu, den Emissionsfaktor mit Null zu bewerten, sodass Zertifikate für die Verbrennung von Deponiegas nicht erworben werden müssen und lediglich eine Berichtspflicht verbleibt. Diese ist indessen angesichts der umfassenden Berichtspflicht nach § 3 Abs. 1 Nr. 2c UmwStatG verzichtbar. Zudem ist die Einbeziehung von Deponiegas in den nationalen Emissionshandel zumindest deshalb zu hinterfragen, weil die Verbrennung von Deponiegas aus Gründen des Klimaschutzes erfolgt, denn das klimaschädliche Methangas wird hierdurch in CO₂ umgewandelt.

Bioabfall sollte nach der Regelung in § 1 S. 2 BEHG vom Anwendungsbereich ausgenommen werden, denn nach dieser Regelung sollten nur fossile Treibhausgasemissionen bepreist werden. Diese Zielsetzung ist in § 2 Abs. 1 i. V. m. Anlage 1 BEHG zwar für getrennt gesammelte Bioabfälle umgesetzt worden, denn diese sind nach Nr 1a Anlage 1 BioAbfV als gemischte Siedlungsabfälle nach Nr. 20 03 01 AVV eingeordnet. Das gilt jedoch nicht für Garten- und Parkabfälle, die unter Nr. 20 02 01 AVV fallen. Wegen der eindeutigen Beschränkung des Gesetzeszwecks auf die Bepreisung fossiler Treibhausgasemissionen sind Garten- und Parkabfälle vom Anwendungsbereich im Wege einer teleologischen Reduktion des § 2 Abs. 1 und der Anlage 1 BEHG auszunehmen. Unterstellt dem Anwendungsbereich des nationalen Emissionshandelssystems, ist auch für Bioabfall der Emissionsfaktor gem. § 7

Abs. 4 Nr. 2 BEHG auf Null zu setzen, sodass keine Abgabepflicht für die Verbrennung von Bioabfall entsteht.

Biogas ist wie Deponiegas zu behandeln.

VII.

Da Siedlungsabfälle vom Anwendungsbereich des Energiesteuerrechts durch § 1b Abs. 1 Nr. 2 EnergieStV ausgenommen sind, kann für diese Abfälle kein „Inverkehrbringen“ i. S. d. BEHG erfolgen.

Unterstellt man, dass Siedlungsabfälle in den Anwendungsbereich des BEHG fallen, wären Inverkehrbringer der Abfälle die öRE sowie die privaten Entsorgungsunternehmen, die Siedlungsabfälle bei thermischen Abfallbehandlungsanlagen anliefern, und sie deshalb nach § 1 Abs. 2 S. 1 BEHG i. V. m. § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 EnergieStG in den Verkehr bringen.

Nicht als Inverkehrbringer zur Teilnahme am nEHS verpflichtet wären hingegen die Betreiber der thermischen Abfallbehandlungsanlagen, da der Gesetzgeber ein System des „Upstream-ETS“ etabliert hat, wonach direkte Emittenten nicht zur Teilnahme am nEHS verpflichtet sind. Eine Emissionshandelspflicht könnte auch nicht beim Abfallerzeuger ansetzen, da eine Emissionshandelspflicht für jeden einzelnen Abfallerzeuger unverhältnismäßig und zudem mit immensem administrativem Aufwand verbunden wäre.

VIII.

Eine Verlagerung der Verpflichtung zur Teilnahme am nEHS auf die Betreiber von thermischen Abfallbehandlungsanlagen ist unzulässig. Das BEHG verpflichtet die Inverkehrbringer der in Anlage 1 genannten Brennstoffe zur Teilnahme am nEHS. Dies sind nicht die Betreiber thermischer Abfallbehandlungsanlagen. Das BEHG sieht auch keine Möglichkeit vor, durch Rechtsverordnung die Teilnahmepflicht am nEHS abweichend zu regeln. Nach dem im BEHG selbst sowie den Gesetzesmaterialien eindeutig zum Ausdruck gebrachten Willen des Gesetzgebers sollen zudem mit dem System des Upstream-ETS gerade nicht die Emittenten emissionshandelspflichtig sein. Eine Verpflichtung der Betreiber thermischer Abfallbehandlungsanlagen zur Teilnahme am nEHS liefe insgesamt der Konzeption des BEHG zuwider und wäre ein unzulässiger Systembruch.

IX.

Grundlage für die finanzverfassungsrechtliche Zulässigkeit ist eine Knappheitssituation, die bei der Verbrennung von Siedlungsabfällen nie auftreten darf, um die Entsorgung nicht zu gefährden. Der Bereich der Siedlungsabfälle muss also für eine finanzverfassungskonforme Vorteilsabschöpfungsabgabe mit Knappheitssituation gerade ausgenommen werden. Somit

ist die Vereinbarkeit mit der Finanzverfassung jedenfalls insoweit gesperrt. Das gilt selbst dann, wenn eine gewisse Übergangsphase zugestanden wird.

X.

Da Siedlungsabfälle vom BEHG nicht umfasst sind, dürfen sich die zur Durchführung des BEHG zu erlassenden Rechtsverordnungen auf diese nicht erstrecken. Andernfalls wären die betreffenden Rechtsverordnungen mangels Rechtsgrundlage nichtig bzw. teilnichtig.

Aachen/Bonn, den 30.7.2020

Ort, Datum



Prof. Dr. Walter Frenz



Prof. Dr. Alexander Schink



Julian Ley