

Stellungnahme

zur Eröffnung des Anwendungsbereichs des Bundesemissionshandelsgesetzes für Thermische Abfallbehandlungsanlagen

Dr. Gernot-Rüdiger Engel
Dr. Mathias Mailänder
Christoph Schnoor

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Im Auftrag der
Interessengemeinschaft der Thermischen Abfallbehandlungsanlagen
in Deutschland e.V.



Hamburg, 4. November 2019

EXECUTIVE SUMMARY

- A** Der Anwendungsbereich des Brennstoffemissionshandelsgesetzes in seiner derzeitigen Entwurfsfassung ist für Klärschlämme, Siedlungsabfälle und andere Abfälle, die im Durchschnitt einen Heizwert von höchstens 18 Megajoule im Sinne von § 1b Abs. 1 EnergieStV nicht eröffnet.
- B** Anlage 1 Satz 2 Nr. 2 des Brennstoffemissionshandelsgesetzes ist mit § 1 Abs. 3 Nr. 2 EnergieStG – bis auf den Begriff „Brennstoff“ – wortgleich. Ausweislich der Gesetzesbegründung soll das Verständnis des Energiesteuergesetzes auch im Brennstoffemissionshandelsgesetz gelten. Aus diesem Grund muss auch die konkretisierende Vorschrift des § 1b Abs. 1 EnergieStV Anwendung finden nach der bestimmte Abfälle nicht als Energieerzeugnisse eingestuft werden.
- C** Da es sich bei Abfällen nach § 1b Abs. 1 EnergieStV nicht um Energieerzeugnisse und damit auch nicht um Brennstoffe im Sinne des § 2 Abs. 1 BEHG-E handelt, können diese auch nicht in Verkehr gebracht werden.

A. GEGENSTAND DER UNTERSUCHUNG	4
B. RECHTLICHE WÜRDIGUNG.....	6
I. Anwendungsbereich ist nicht eröffnet	7
1. Brennstoffe im Sinne der Anlage 1 des BEHG-E.....	7
2. Kein Inverkehrbringen.....	10
II. Ergebnis.....	10
C. HANDLUNGSEMPFEHLUNG.....	11
I. Anpassung der Anlage 1 des BEHG-E	12
II. Anpassung der Begriffsbestimmung	13
III. Anpassung der Gesetzesbegründung.....	13

A. Gegenstand der Untersuchung

- 1 Ausgangspunkt der Untersuchung ist der am 24. Oktober 2019 veröffentlichte Entwurf eines Gesetzes über einen nationalen Zertifikatehandel für Brennstoffemissionen (BR-Drs 533/19) veröffentlicht (nachfolgend: **BEHG-E** oder **Brennstoffemissionshandelsgesetz**).
- 2 Ferner wurden am 29. Oktober 2019 die Empfehlungen der Bundesrats-Ausschüsse veröffentlicht (BR-Drs. 533/1/19).
- 3 Gegenstand dieser Stellungnahme ist die Frage, ob Klärschlämme, Siedlungsabfälle und andere Abfälle, die im Durchschnitt einen Heizwert von höchstens 18 Megajoule haben (nachfolgend: **Abfälle**) und in Thermischen Abfallbehandlungsanlagen eingesetzt werden, in den Anwendungsbereich des Brennstoffemissionshandelsgesetzes fallen.

B. Rechtliche Würdigung

- 4 Der Anwendungsbereich des Brennstoffemissionshandelsgesetzes ergibt sich aus § 2 Abs. 1 BEHG-E. Hiernach gilt das Brennstoffemissionshandelsgesetz

„... für die Emission von Treibhausgasen aus den in **Anlage 1** genannten **Brennstoffen**, die **gemäß Absatz 2 in Verkehr gebracht** werden“ [Hervorhebungen nicht im Original].

- 5 Aus der beabsichtigten Regelung in § 2 Abs. 1 BEHG-E folgt, dass der Anwendungsbereich des Brennstoffemissionshandelsgesetzes nur dann eröffnet ist, wenn die Stoffe in Anlage 1 als Brennstoffe aufgeführt sind (hierzu Rn. 8 ff.) und diese Brennstoffe in Verkehr gebracht werden (hierzu Rn. 0 ff.).

I. Anwendungsbereich ist nicht eröffnet

- 6 Bei Abfällen handelt es sich nicht um Brennstoffe im Sinne der Anlage 1 des BEHG-E. Sie fallen deshalb nicht in den Anwendungsbereich des Brennstoffemissionshandelsgesetzes.

- 7 Im Einzelnen:

1. Brennstoffe im Sinne der Anlage 1 des BEHG-E

- 8 Anlage 1 des BEHG-E legt fest, welche Waren als Brennstoffe zu qualifizieren sind. Satz 1 der Anlage 1 des BEHG-E enthält einen Katalog von Brennstoffen.
- 9 Erweitert wird der Anwendungsbereich durch Satz 2 der Anlage 1 des BEHG-E. Dort heißt es:

„Als **Brennstoff** im Sinne dieses Gesetzes **gelten** mit Ausnahme von Torf und Waren der Positionen 4401 und 4402 der Kombinierten Nomenklatur **auch**:

1. andere als die in 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,
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“ [Hervorhebungen nicht im Original].

- 10 Abfälle fallen nicht unter diese Regelung.

- 11 Ausweislich der Gesetzesbegründung zum Brennstoffemissionshandelsgesetz umfassen die in Anlage 1 gelisteten Brennstoffen (BR-Drs. 533/19, S. 37)

„... sinngemäß die in **§ 1 Absatz 2 und 3 Energiesteuergesetz** gelisteten Waren“
[Hervorhebungen nicht im Original].

- 12 § 1 Abs. 3 des Energiesteuergesetzes vom 15. Juli 2006 (BGBl. I S. 1534; 2008 I S. 660, 1007), zuletzt geändert durch Artikel 3 des Gesetzes vom 22. Juni 2019 (BGBl. I S. 856, 908) (nachfolgend: **EnergieStG**) ist mit Ausnahme des Wortes „Brennstoff“ wortgleich mit Satz 2 der Anlage 1 des BEHG-E. In § 1 Abs. 3 EnergieStG heißt es insoweit „Energieerzeugnis“ statt Brennstoff.
- 13 Aufgrund der inhaltsgleichen Formulierung und dem Verweis auf das Energiesteuergesetz in der Gesetzesbegründung sprechen gewichtige Gründe dafür, dass der Gesetzgeber den in Satz 2 Anlage 1 des BEHG-E genannten Waren, ebenso einen Auffangtatbestandscharakter beimessen will (zum Auffangtatbestandscharakter im Energiesteuergesetz: Milewski in: Möhlenkamp/Milewski, EnergieStG/StromStG, Kommentar, 2012, § 1 Rn. 12; Falkenberg, in: Falkenberg, EnergieStG, Kommentar, Stand: 15. September 2018, § 1 Rn. 31).
- 14 Abfälle stellen jedoch keine Energieerzeugnisse im Sinne des § 1 Abs. 3 EnergieStG dar (Milewski, a.a.O., § 1 Rn. 26; Falkenberg, a.a.O., § 1 Rn. 47).
- 15 Dies ergibt sich aus § 1 Abs. 3 Nr. 2 EnergieStG in Verbindung mit § 1b Abs. 1 der Energiesteuer-Durchführungsverordnung vom 31. Juli 2006 (BGBl. I S. 1735), zuletzt geändert durch Artikel 5 des Gesetzes vom 22. Juni 2019 (BGBl. I S. 856, 908) (nachfolgend: **EnergieStV**). Nach dieser Regelung gelten als

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

1. **Klärschlamm** nach § 2 Absatz 2 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. Die Ermittlung des durchschnittlichen Heizwerts erfolgt
 - a) monatlich je Verbrennungslinie oder
 - b) bezogen auf einzelne oder mehrere Abfalllieferungen, wenn der Heizwert durch repräsentative Referenzanalysen nachgewiesen ist, ...“ [Hervorhebungen nicht im Original]

- 16 Die Energiesteuer-Durchführungsverordnung ist eine Konkretisierung des § 1 Abs. 3 EnergieStG (vgl. Möhlenkamp, in: Möhlenkamp/Milewski, a.a.O., § 66 Rn. 5). Die Ermächtigung für eine solche Konkretisierung ergibt sich aus § 66 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. a) EnergieStG. Nach dieser Vorschrift wird

„[d]as Bundesministerium der Finanzen ... ermächtigt, zur Durchführung dieses Gesetzes durch Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrates

...

3. zur Verfahrensvereinfachung, **zur Vermeidung unangemessener wirtschaftlicher Belastungen** sowie zur Sicherung der Gleichmäßigkeit der Besteuerung und des Steueraufkommens Bestimmungen zu den §§ 1 bis 3b zu erlassen und dabei **insbesondere**
 - a) die Begriffe der §§ 1 bis 2 **näher zu bestimmen** sowie Bestimmungen zu den in § 1a genannten Bemessungsgrundlagen zu erlassen“ [Hervorhebungen nicht im Original].

- 17 Die Gesetzesbegründung zum Brennstoffemissionshandelsgesetz verweist zwar nicht unmittelbar auf die Energiesteuer-Durchführungsverordnung. Allerdings ergibt sich aus der Gesetzesbegründung, dass nicht nur das Energiesteuergesetz als Maßstab herangezogen werden soll. Vielmehr muss auch die Energiesteuer-Durchführungsverordnung miteinbezogen werden. So heißt es hierzu, dass die Teilnehmer (BR-Drs. 533/19, S. 21)

„... in Anlehnung an die **Systematik** des **Energiesteuerrechts** ... jeweils auf derjenigen Handelsstufe zur Teilnahme verpflichtet [werden], bei der im Energiesteuergesetz für das Inverkehrbringen von Energieerzeugnissen die Steuer – unbeschadet von Steuerbefreiungen – grundsätzlich entsteht“ [Hervorhebungen nicht im Original].

- 18 Die Systematik des Energiesteuerrechts setzt sich zusammen aus dem Energiesteuergesetz und den Durchführungsverordnungen, die aufgrund von § 66 EnergieStG erlassen worden sind (vgl. Soyk in: Energie- und Stromsteuerrecht, 3. Aufl. 2013, Kapitel 1 Rn. 5;

Stein/Thoms in: Energiesteuern in der Praxis, 2. Aufl. 2012, S. 47). Aus diesem Grund dürfte das gesamte Energiesteuerrecht, bestehend aus dem Energiesteuergesetz und der Energiesteuer-Durchführungsverordnung, auch im Bundes-Emissionshandelsgesetz zu berücksichtigen sein.

2. Kein Inverkehrbringen

- 19 Dass der Anwendungsbereich des Bundes-Emissionshandelsgesetz nicht für Abfälle eröffnet ist, wird auch durch § 2 Abs. 2 BEHG-E bestätigt. Für die Eröffnung des Anwendungsbereichs statuiert § 2 Abs. 1 BEHG-E, dass die Brennstoffe

„... in Verkehr gebracht werden“

müssen.

- 20 § 2 Abs. 2 BEHG-E konstatiert, dass Brennstoffe

„... mit dem **Entstehen der Energiesteuer** nach § 8 Abs. 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 des Energiesteuergesetzes als **in den Verkehr gebracht** [gelten]“ [Hervorhebungen nicht im Original].

- 21 Da Abfälle schon nicht als Energieerzeugnisse im Sinne des Energiesteuergesetzes gelten, kann für diese auch keine Energiesteuer entstehen (vgl. Soyk in: Friedrich/Soyk, Energiesteuern, Kommentar, 48. Edt. Januar 2019, § 1 Rn. 92a; Milewski, a.a.O., § 1 Rn. 26). Aus § 1 Abs. 1 EnergieStG ergibt sich nämlich, dass nur

“Energieerzeugnisse ... der Energiesteuer [unterliegen].

- 22 Folglich kann schon begrifflich kein Inverkehrbringen vorliegen. Brennstoffe, die nach dem Energiesteuergesetz nicht in den Verkehr gebracht werden, sind keine Brennstoffe im Sinne des § 2 BEHG-E in Verbindung mit Anlage 1 des BEHG-E.

II. Ergebnis

- 23 Nach allem stellt es sich so dar, dass die in § 1b Abs. 1 EnergieStV genannten Abfälle grundsätzlich nicht in den Anwendungsbereich des Bundes-Emissionshandelsgesetz fallen.

C. Handlungsempfehlung

24 Der Entwurf des Bundes-Emissionshandelsgesetz und insbesondere die Anlage 1 verfolgt ausweislich der Gesetzesbegründung mit der Verweisung in das Energiesteuergesetz das Ziel, den verbundenen Verwaltungsaufwand sowohl auf Seiten der Verantwortlichen als auch auf Seiten der zuständigen Stellen auf das notwendige Maß zu beschränken (BR-Drs. 533/19, S. 37). Dieses Ziel ist bisher nicht erreicht worden, da insoweit die Verzahnung zwischen Energiesteuergesetz und Energiesteuer-Durchführungsverordnung fehlt. Für die Verantwortlichen bestehen mit dem derzeit vorliegenden Regierungsentwurf erhebliche praktische Probleme. Um diese Probleme zu vermeiden und eine Rechtssicherheit für alle Beteiligten zu gewährleisten sollte der Regierungsentwurf in einigen Punkten angepasst werden.

25 Im nachfolgenden werden die Änderungsvorschläge anhand des derzeitigen Regierungsentwurfes durch Hervorhebung in roter Schrift dargestellt. Dazu im Einzelnen:

I. Anpassung des § 2 Abs. 2 BEHG-E

26 § 2 Abs. 2 BEHG-E wird wie folgt gefasst:

„Brennstoffe gelten 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 **in Verbindung mit der Energiesteuer-Durchführungsverordnung** als in Verkehr gebracht.

II. Anpassung der Anlage 1 des BEHG-E

27 Nach Anlage 1 Satz 2 Nr. 2 BEHG-E wird ein neuer Satz eingefügt.

28 Anlage 1 Satz 2 Nr. 2 BEHG-E wird wie folgt gefasst:

„Als Brennstoffe im Sinne dieses Gesetzes gelten mit Ausnahme von Torf und Waren der Positionen 4401 und 4402 der Kombinierten Nomenklatur 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,

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. **§ 1b EnergieStV bleibt unberührt.**

III. Anpassung der Begriffsbestimmung

- 29 Dem § 3 wird folgende Nr. 11 BEHG-E angefügt

**„11. Energiesteuer-Durchführungsverordnung:
die Energiesteuer-Durchführungsverordnung vom 31. Juli 2006 (BGBl. I S. 1753),
zuletzt geändert durch Artikel 5 des Gesetzes vom 22. Juni 2019 (BGBl. I S. 856,
908) in der jeweils geltenden Fassung.**

IV. Anpassung der Gesetzesbegründung

- 30 Die finale Gesetzesbegründung zu § 2 BEHG-E sollte wie folgt geändert werden:

„Zu § 2 (Anwendungsbereich)

Nach § 2 Absatz 1 umfasst der Anwendungsbereich dieses Gesetzes die Emission von Treibhausgasen aus den in Anlage 1 des Gesetzes genannten Brennstoffen, die gemäß Absatz 2 in Verbindung mit den entsprechenden Entstehungstatbeständen des Energiesteuergesetzes (EnergieStG) als in Verkehr gebracht gelten. Die in Anlage 1 des Gesetzes gelisteten Brennstoffe umfassen sinngemäß die in § 1 Absatz 2 und 3 Energiesteuergesetz gelisteten Waren. Die Bezeichnung der Brennstoffe erfolgt in Anlage 1 dieses Gesetzes ebenso wie in § 1 Absatz 2 und 3 EnergieStG durch Bezugnahme auf die jeweiligen Positionen der Kombinierten Nomenklatur nach der Verordnung (EWG) Nr. 2658/87 (siehe § 3 Nummer 7). **Der in der Anlage 1 des Gesetzes verwendete Verweis auf die Anwendung des § 1b der Energiesteuer-Durchführungsverordnung (EnergieStV) macht deutlich, dass nicht nur das EnergieStG in Bezug auf den Anwendungsbereich herangezogen werden muss, sondern sämtliche Regelungen aus dem Energiesteuerrecht. Dies dient der Einheit der Rechtsordnung und soll schwierigen Abgrenzungsfragen vermeiden.**

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.

Absatz 2 verweist hinsichtlich der in den Anwendungsbereich des Gesetzes fallenden Inverkehrbringenstatbestände auf Entstehungstatbestände der Energiesteuer nach

dem EnergieStG **in Verbindung mit der EnergieStV** und vermeidet insoweit einen zusätzlichen eigenständigen Anknüpfungspunkt für die Entstehung von Pflichten im nationalen Brennstoff-Emissionshandel. Durch die mit diesem Verweis bewirkte enge Verzahnung der Regelung mit dem EnergieStG soll der mit dem nationalen Brennstoff-Emissionshandel verbundene Verwaltungsaufwand sowohl auf Seite der Verantwortlichen als auch auf Seiten der zuständigen Stelle auf das zur Erreichung des Regelungsziels notwendige Maß beschränkt werden.

Absatz 2 Satz 1 enthält Verweise auf Steuerentstehungstatbestände nach dem Energiesteuergesetz, die ihrerseits Befreiungstatbestände enthalten. Insofern entsteht in diesen Fällen keine Energiesteuer, so dass die Brennstoffe auch nicht nach dieser Vorschrift als in Verkehr gebracht gelten. Beispielsweise ist die Luftfahrt nach § 27 Absatz 2 Energiesteuergesetz von der Energiesteuer befreit, so dass auch diesbezüglich der Anwendungsbereich dieses Gesetzes nicht eröffnet ist.

Absatz 2 Satz 2 listet demgegenüber bestimmte Steuerbefreiungstatbestände auf, die die Einbeziehung in den nationalen Emissionshandel nicht hindern.“
