

**Stellungnahme des BBE/HEF**

**zu den Ausnahmen von der Emissionshandelspflicht nach**

**§ 2 Abs. 5 Nummer 2 und 3 des TEHG vom 21.07.2011**

**Kontakt:**

Bundesverband BioEnergie e.V. (BBE)

Godesberger Allee 142-148

53175 Bonn

Tel.: 0228/81 002-22

Fax: 0228/81 002-58

Email: [info@bioenergie.de](mailto:info@bioenergie.de)

Internet: [www.bioenergie.de](http://www.bioenergie.de)

Holzenergie-Fachverband Baden-Württemberg e.V.

Smaragdweg 6

70174 Stuttgart

Tel: 0711/22 55 80-60

Fax: 0711/22 55 80-66

E-Mail: [info@holzenergie-bw.de](mailto:info@holzenergie-bw.de)

Internet: [www.holzenergie-bw.de](http://www.holzenergie-bw.de)

## **Stellungnahme des BBE/HEF zu den Ausnahmen von der Emissionshandelspflicht nach § 2 Abs. 5 Nummer 2 und 3 des TEHG vom 21.07.2011**

---

Mit der Novellierung des TEHG<sup>1</sup> werden die Landesbehörden verpflichtet, Entscheidungen über die Emissionshandelspflichtigkeit von Holz-/Biomasse(heiz)kraftwerken und Abfallanlagen verbindlich festzustellen. Mit diesem Positionspapier soll den Landesbehörden eine Entscheidungshilfe für die zu treffenden Entscheidungen gegeben werden. Der Bundesverband BioEnergie e.V. (BBE) und der Holzenergie Fachverband Baden-Württemberg e.V. (HEF) begleiten seit vielen Jahren solche Anlagen und haben daher entsprechende Erfahrung auf diesem Gebiet. Im Gesetzgebungsverfahren zur Novelle des TEHG war der BBE als Branchenverband beteiligt.

### **I. Gesetzeswortlaut**

Bei den zu treffenden Entscheidungen geht es um die Ausnahmetatbestände gemäß § 2 Abs. 5 Nummer 2 und 3 TEHG. Diese lauten wie folgt:

*„(5) Dieses Gesetz gilt nicht für:*

*1. ...*

*2. Anlagen, die nach § 4 Absatz 1 Satz 3 des Bundes-Immissionsschutzgesetzes genehmigungsbedürftig sind und bei denen nach ihrer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung außer für Zwecke der Zünd- und Stützfeuerung als Brennstoff nur Klärgas, Deponiegas, Biogas oder Biomasse im Sinne des Artikels 2 Absatz 2 Satz 2 Buchstabe a und e der Richtlinie 2009/28/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen und zur Änderung und anschließenden Aufhebung der Richtlinien 2001/77/EG und 2003/30/EG (ABl. L 140 vom 5.6.2009, S. 16) in der jeweils geltenden Fassung eingesetzt werden darf und*

*3. Anlagen oder Verbrennungseinheiten nach Anhang 1 Teil 2 Nummer 1 bis 6 zur Verbrennung von gefährlichen Abfällen oder Siedlungsabfällen, die nach Nummer 8.1 oder 8.2 des Anhangs zur Verordnung über genehmigungsbedürftige Anlagen genehmigungsbedürftig sind.“*

### **II. Zuständigkeit**

Die Zuständigkeit für die Feststellung, ob eine Anlage in den Geltungsbereich des TEHG fällt oder einer der vorgenannten Ausnahmetatbestände gegeben ist, obliegt gemäß § 19 TEHG den nach Landesrecht zuständigen Behörden. Dies sind zum Beispiel Regierungspräsidien und Landratsämter (Baden-Württemberg), die Regierungen (Bayern) oder auch die Bezirksregierungen (Nordrhein-Westfalen). Die Aufzählung ist nicht abschließend.

---

<sup>1</sup> Artikel 1 G. v. 21.07.2011 BGBl. I S. 1475 (Nr. 38); zuletzt geändert durch Artikel 2 G. v. 22.12.2011 BGBl. I S. 3044.

Die Nummern 2 und 3 in § 2 Abs. 5 TEHG sind zumindest teilweise Neuregelungen. In beiden Tatbeständen sind in unterschiedlicher Art und Weise die Voraussetzungen aufgeführt, deren Einhaltung zum Ausschluss des TEHG für die betreffende Anlage führt.

### **III. § 2 Abs. 5 Nummer 2**

Die Anwendung und Prüfung der Voraussetzungen von § 2 Abs. 5 Nummer 2 TEHG kann anhand des reinen Wortlauts erfolgen. So sind hier folgende Voraussetzungen zu prüfen:

Ausgenommen von der Emissionshandelspflicht sind danach

Anlagen,

1. die nach § 4 Absatz 1 Satz 3 des Bundes-Immissionsschutzgesetzes genehmigungsbedürftig sind,
2. und bei denen nach ihrer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung
3. außer für Zwecke der Zünd- und Stützfeuerung
4. als Brennstoff nur
  - a. Klärgas,
  - b. Deponiegas,
  - c. Biogas oder
  - d. Biomasse

im Sinne des Artikels 2 Absatz 2 Satz 2 Buchstabe a und e der Richtlinie 2009/28/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen und zur Änderung und anschließenden Aufhebung der Richtlinien 2001/77/EG und 2003/30/EG (ABl. L 140 vom 5.6.2009, S. 16) in der jeweils geltenden Fassung

eingesetzt werden darf.

Diese Voraussetzungen können anhand der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung in der Regel problemlos geprüft werden.

Zu beachten ist dabei, dass die Biomassedefinition nach der Richtlinie 2009/28/EG weiter geht als in der nationalen Biomasseverordnung. So sind beispielsweise Klärschlamm und Altholz (letzteres seit 1.1.2012) nach der Biomasseverordnung nicht mehr Biomasse, nach der Richtlinie 2009/28/EG schon (bei Altholz zumindest der biogene Anteil).

#### IV. § 2 Abs. 5 Nummer 3

Die gesetzlichen Voraussetzungen für die Ausnahmvorschrift in § 2 Abs. 5 Nummer 3 TEHG sind nach dem Wortlaut:

1. Anlagen oder Verbrennungseinheiten nach Anhang 1 Teil 2 Nummer 1 bis 6
2. zur Verbrennung von gefährlichen Abfällen oder Siedlungsabfällen,
3. die nach Nummer 8.1 oder 8.2 des Anhangs zur Verordnung über genehmigungsbedürftige Anlagen genehmigungsbedürftig sind.

Während die Voraussetzungen 1 und 3 einfach geprüft werden können, werden vom Gesetzeswortlaut nur Anlagen „zur Verbrennung von gefährlichen Abfällen oder Siedlungsabfällen“ erfasst. Dies entspricht fast wörtlich der Ausnahme, wie sie in der Emissionshandelsrichtlinie<sup>2</sup> genannt ist. Im dortigen Anhang I Nummer 2 heißt es „ausgenommen Anlagen für die Verbrennung von gefährlichen oder Siedlungsabfällen“.

Die Deutsche Emissionshandelsstelle beim Bundesumweltamt (DEHSt) hat ihre Meinung zum Anwendungsbereich des TEHG und auch zum § 2 Abs. 5 TEHG in zwei Schriften geäußert.

Am 02.09.2011 gab die DEHSt eine Schrift „*Bundeseinheitlicher Vollzug bei Entscheidungen zum Anwendungsbereich des TEHG - Positionspapier der Deutschen Emissionshandelsstelle (DEHSt)*“ heraus.

Vermutlich aufbauend auf dieser Publikation wurde am 24.10.2011 eine ähnliche Publikation mit dem Titel „*Anwendungsbereich des Treibhausgas-Emissionshandelsgesetzes (TEHG) für die Zuteilungsperiode 2013-2020: Hinweise der Deutschen Emissionshandelsstelle (DEHSt)*“ veröffentlicht. In einigen Punkten weichen die Ausführungen der Publikation voneinander ab.

In beiden Schriften finden sich unter Nummer 11 Ausführungen zum Thema „*Abfallverbrennung*“, die die Voraussetzungen von § 2 Abs. 5 Nr. 3 TEHG erläutern sollen.

Die von der DEHSt in beiden Publikationen dargestellten Kriterien sollten aber durch die Landesbehörden keinesfalls 1:1 angewandt werden, denn die DEHSt verkennt zum einen dabei die bislang ergangene Rechtsprechung und zum anderen wird ein Ermessensfehlgebrauch „angekündigt“, denn es werden vom Gesetzeswortlaut nicht gedeckte, aber nach der DEHSt zwingend zu beachtende Entscheidungskriterien angegeben. Darüber hinaus liegt eine Kompetenzüberschreitung nahe.

Ausdrücklich sei zunächst darauf hingewiesen, dass keine dieser Schriften für die zuständigen Landesbehörden bindend oder zwingend zu beachten ist. Dies räumt die DEHSt auch selbst ein.<sup>3</sup> Hat die zuständige Landesbehörde entschieden, so ist diese Entscheidung auch für die DEHSt bindend.

---

2 Richtlinie 2003/87/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Oktober 2003 über ein System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten in der Gemeinschaft und zur Änderung der Richtlinie 96/61/EG des Rates (ABl. L 275/2003).

3 Auf Seite 14 der Publikation vom Oktober 2011 heißt es denn auch: „*Wie bereits in der Vorbemerkung zu diesem Hinweispapier klargestellt, finden die nachfolgend dargestellten Hinweise keine Anwendung für Anlagen, bei denen die zuständigen Landesbehörden eine abschließende Entscheidung getroffen haben, ob und mit welchen Anlagenteilen die*

Die DEHSt geht von folgenden fehlerhaften Annahmen aus:

a) Genehmigungsbedürftigkeit

In der Publikation vom September 2011 führt die DEHSt unter 11.1 aus: *„Für die im Rahmen der Ausnahmeregelung des § 2 Abs. 5 Nr. 3 TEHG erforderliche Einstufung der Genehmigungsbedürftigkeit ist daher die Festlegung in einer bestehenden BImSchG-Genehmigung nicht maßgeblich.“*

Dies ist jedoch nicht zutreffend und missachtet die Rechtsprechung des VG Berlin (z.B. Urteil vom 18.02.2011, 10 K 229.09). Danach ist eine Anlage, die immissionsschutzrechtlich nach Ziffer 8 des Anhangs zur 4. BImSchV genehmigt wurde, als eine Anlage zur Verwertung und Beseitigung von Abfällen und sonstigen Stoffen anzusehen. Dies ergebe sich bereits aus der Zwischenüberschrift vor Ziffer 8 des Anhangs zur 4. BImSchV. Damit ist die Anlage emissionshandelsrechtlich nicht als Anlage der „Energieumwandlung und -umformung“ anzusehen, so dass sie nicht dem Anwendungsbereich des TEHG unterfällt.

Dies bedeutet für die Praxis des § 2 Abs. 5 Nr. 3 TEHG, dass Verbrennungsanlagen, die immissionsschutzrechtlich nach Ziffer 8.1 oder 8.2 des Anhangs zur 4. BImSchV genehmigt wurden, die Voraussetzungen des § 2 Abs. 5 Nr. 3 TEHG stets erfüllen, denn es handelt sich um Anlagen oder Verbrennungseinheiten zur Verbrennung von gefährlichen Abfällen oder Siedlungsabfällen, da bereits der Zwischenüberschrift Ziffer 8 des Anhangs zur 4. BImSchV zwingend zu entnehmen ist, dass es sich um Anlagen zur „Verwertung und Beseitigung von Abfällen und sonstigen Stoffen“ (vgl. VG Berlin) handelt.

Die Auffassung der DEHSt, dass die Genehmigung nicht maßgeblich sei, würde dazu führen, dass die Kompetenzen der entscheidenden Landesbehörde und die Richtigkeit der einmal getroffenen Entscheidung angezweifelt werden. Die meist bereits unanfechtbaren Bescheide sind jedoch zumindest dann bindend, wenn die Anlage nach Nummer 8.1 oder 8.2 des Anhangs zur Verordnung über genehmigungsbedürftige Anlagen genehmigt wurde, denn hier wurden die Voraussetzungen Verwertung und Beseitigung von Abfällen bereits abschließend geprüft.

Weiterhin verweist die die DEHSt auf den Inhalt der Hinweise der Kommission zur Auslegung des Anhangs I Emissionshandelsrichtlinie<sup>4</sup>, stellt diese jedoch leider nicht vollständig dar. Die Kommission gibt in diesen Hinweisen Kriterien an, die nach ihrer Ansicht eher für eine Mitverbrennung sprechen als für eine Anlage zur Verbrennung von Abfällen. Dabei wird der Eindruck erweckt, als hätten diese Kriterien der Kommission ein stärkeres Gewicht als die Einschätzung der zuständigen Behörde. Dass dem nicht so ist, ergibt sich aus einem Satz der

---

*Anlagen dem Emissionshandel unterliegt. Nur bei Anlagen, für die der Anlagenbetreiber einen Zuteilungsantrag stellt und für die keine abschließende Entscheidung der Landesbehörde vorliegt, wird die DEHSt bei der Prüfung eines Zuteilungsanspruchs inzident die Voraussetzungen für die Anwendung der Ausnahmeregelung des § 2 Abs. 5 Nr. 3 TEHG prüfen.“*

<sup>4</sup> EU-Kommission: „Guidance on Interpretation of Annex I of the EU ETS Directive“, abrufbar unter [http://ec.europa.eu/clima/policies/ets/docs/guidance\\_interpretation\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/clima/policies/ets/docs/guidance_interpretation_en.pdf), ab Seite 13.

Kommission in diesen Hinweisen, den die DEHSt jedoch nicht angibt.<sup>5</sup> Danach ist entscheidend, wie die jeweils zuständige Behörde die Anlage einstuft. Somit wird auch hier deutlich, dass grundsätzlich von der entscheidenden Behörde und somit von der erteilten Genehmigung auszugehen ist.

b) Überwiegenskriterium

Die DEHSt folgert aus dem Gesetzeswortlaut ("*Anlage ... zur Verbrennung von gefährlichen Abfällen oder Siedlungsabfällen*"), dass überwiegend gefährliche Abfälle oder Siedlungsabfälle eingesetzt werden müssen. Sie kommt zu dem Schluss:

*„Daher ist das Überwiegenskriterium nur dann als erfüllt anzusehen, wenn zumindest in den letzten drei Jahren vor der Antragstellung (2008-2010) jeweils mehr als zwei Drittel der eingesetzten Abfallmengen entweder gefährliche oder Siedlungsabfälle waren.“*

(Hervorhebung durch Autor)

Sie beruft sich dabei auf die bereits zitierten Hinweise der EU-Kommission<sup>6</sup>.

Dabei ist zunächst zu beachten, dass es nicht darauf ankommt, dass in der Anlage überwiegend Abfälle eingesetzt werden müssen, sondern es heißt, dass es sich von den eingesetzten Abfällen überwiegend um gefährliche Abfälle oder Siedlungsabfälle handeln muss. Also auch Anlagen, die mehr als die Hälfte sonstige Brennstoffe einsetzen fallen unter diese Ausnahmegvorschrift, wenn nur von den eingebrachten Abfällen es sich überwiegend um gefährliche und Siedlungsabfälle handelt.

Dieses „überwiegend“ wird von der DEHSt nur dann als erfüllt angesehen, wenn 2/3 erreicht oder überschritten werden und dies in den letzten drei Jahren vor der Antragstellung. Weder für die Annahme, dass ein Überwiegen erst bei 2/3 erreicht ist, noch für die zeitliche Komponente findet sich eine sachliche Rechtfertigung. Die DEHSt will nach den eigenen Ausführungen nur (das heißt ausschließlich) bei Erfüllung dieser **beiden** Kriterien ein Überwiegen annehmen. Werden also in einer Anlage beispielsweise nur 60 % statt 66,66 % gefährliche Abfälle (von der gesamten Abfallmenge) eingesetzt, wird die DEHSt nach eigenen Vorgaben diese Anlage nicht vom Anwendungsbereich des TEHG ausnehmen. Ebenso würde eine Anlage in den Emissionshandel einbezogen werden, wenn sie erst in den letzten drei Jahren errichtet wurde und somit den geforderten Zeitraum nicht nachweisen kann.

Da die DEHSt keine einzige Ausnahme für zulässig erklärt, ist ihr Handeln nicht verhältnismäßig und eine Aufhebung einer auf dieser Grundlage getroffenen Entscheidung ist

---

5 „Wherever the CA classifies the waste unit as co-incineration or as using other wastes than municipal and hazardous wastes, it is to be included in the EU ETS.“, EU-Kommission, a.a.O. Seite 14 (CA = Competent Authority; EU ETS = EU greenhouse gas Emission Trading Scheme).

6 “If a dedicated installation is found by the CA to fall under this definition, and if the waste incinerated falls predominantly under the category “municipal” or “hazardous” (according to the European waste catalogue<sup>12</sup>), then it is not subject to the EU ETS Directive in respect of any incineration that takes place at the installation.” EU-Kommission, a.a.O. Seite 13.

spätestens im gerichtlichen Verfahren abzusehen, denn hier liegt ein klassischer Ermessens Fehlgebrauch vor.

Ein „Überwiegen“ wird nämlich bereits dann angenommen, wenn mehr als 50 % gegeben sind, denn dann überwiegt bereits dieser Anteil alle anderen Anteile, die denkbare kleiner sein müssen. Nach dem allgemeinen Sprachgebrauch bedeutet „überwiegend“ „den größten Teil bildend“<sup>7</sup>. Für den Bereich des EEG hat die Clearingstelle EEG einstimmig festgestellt, dass überwiegend mehr als 50 % sind.<sup>8</sup>

Fest steht auf jeden Fall, dass der noch im ersten Gesetzentwurf vorgesehene Mindestwert, dass 75 % der eingesetzten Abfälle gefährliche oder Siedlungsabfälle sein müssen, keine Anwendung finden kann, denn er wurde ausdrücklich aus dem Gesetzeswortlaut gestrichen. Ebenso kann der Heizwert der eingesetzten Stoffe kein Kriterium sein, denn auch diese Einschränkung wurde bewusst vom Gesetzgeber aus § 2 Abs. 5 Nr. 3 TEHG gestrichen.

c) Kompetenzüberschreitung

In der Publikation vom 02.09.2011 will die DEHSt den Länderbehörden Anweisungen erteilen. So heißt es, dass die Betreiber von Anlagen „zur Vorlage geeigneter Nachweise über die Anteile der eingesetzten Abfallmengen zu verpflichten“ seien<sup>9</sup>. Sowohl hierin als auch in der Tatsache, dass die DEHSt zukünftig materiellrechtlich eine Einordnung der Anlagen vornehmen will, stellt sich die Frage der Berechtigung hierfür.

Dabei ist auf die zutreffenden Ausführungen des VG Berlin (Urteil vom 18.02.2011, 10 K 229.09) zu verweisen, wonach bei einer materiellrechtlichen Zuordnung der Anlagen durch die DEHSt die gesetzliche Übertragung der Aufgabe an die DEHSt kompetenzrechtlich bedenklich wird:

*„Könnte sich die DEHSt bei der Zuteilungsentscheidung nicht an die Zuordnung der Anlage in der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung halten, hätte sie selbst in jedem Einzelfall materiell eine Zuordnung vorzunehmen. Die DEHSt ist eine Abteilung des Umweltbundesamtes. Dieses ist eine selbständige Bundesoberbehörde i. S. d. Art. 87 Abs. 3 GG (vgl. § 1 Abs. 1 des Errichtungsgesetzes vom 22. Juli 1974, BGBl. I S. 1505, zuletzt geändert durch Gesetz vom 2. Mai 1996, BGBl. I S. 1416). Eine selbständige Bundesoberbehörde darf nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 14, 197, 211; 110, 33, 49) wie des Bundesverwaltungsgerichts (Urteil vom 30. Juni 2005 – 7 C 26/04 –, NVwZ 2005, 1178, 1184) nur für Aufgaben errichtet werden, die der Sache nach für das ganze Bundesgebiet von einer Oberbehörde ohne Mittel- und Unterbehörden und ohne Inanspruchnahme von Verwaltungsbehörden der Länder – außer für*

<sup>7</sup> Digitales Wörterbuch der Deutschen Sprache, DWDS-Projekt, Berlin-Brandenburgische Akademie der Wissenschaften, abrufbar unter <http://www.dwds.de/?qu=überwiegend&view=1>.

<sup>8</sup> Empfehlung der Clearingstelle EEG Nr. 2008/48 vom 24.09.2009, abrufbar unter [http://www.clearingstelle-eeg.de/files/private/active/0/2008-48\\_Empfehlung.pdf](http://www.clearingstelle-eeg.de/files/private/active/0/2008-48_Empfehlung.pdf).

<sup>9</sup> „Bundeseinheitlicher Vollzug bei Entscheidungen zum Anwendungsbereich des TEHG - Positionspapier der Deutschen Emissionshandelsstelle (DEHSt)“ vom 02.09.2011, Seite 21.

*reine Amtshilfe – wahrgenommen werden können. Die Begründung einer solchen Verwaltungszuständigkeit durch den Bund hängt daher davon ab, dass die Sachaufgabe zur zentralen Erledigung geeignet ist. Insbesondere bei Standortentscheidungen mit Bezug zu den örtlichen Verhältnissen ist dies nicht der Fall (vgl. Hermes, in: Dreier, GG, Art. 87 Rn. 87). Das Bundesverwaltungsgericht hat die Geeignetheit hinsichtlich der Zuständigkeit der DEHSt (u. a.) für die Zuteilung der Zertifikate angenommen, weil so im Hinblick auf einen einheitlichen Rechts- und Wirtschaftsraum Wettbewerbsverzerrungen ausgeschlossen werden könnten (a. a. O. S. 1184). Es hat ferner angenommen, dass die DEHSt zur Bewältigung dieser Aufgabe ohne Unterbau in der Lage sei. Diese Einschätzung ließe sich kaum aufrechterhalten, hätte die DEHSt bei jeder einzelnen Zuteilungsentscheidung nach materiellen Kriterien eine Zuordnung der Anlage zu den einzelnen Ziffern des Anhangs 1 des TEHG vorzunehmen.“*

Wird die materiellrechtliche Zuordnung durch die DEHSt tatsächlich vorgenommen, so muss die Frage der rechtmäßigen Übertragung der Aufgabe an die DEHSt geklärt werden.

## **V. Ergebnis**

Zusammenfassend lässt sich feststellen:

1. Die zuständigen Landesbehörden sind in eigener Kompetenz für die Einschätzung zuständig, ob eine Anlage vom Emissionshandel aufgrund der Vorschriften in § 2 Abs. 5 Nummer 2 und 3 TEHG befreit ist.
2. Eine Anlage erfüllt die Voraussetzungen nach § 2 Abs. 5 Nummer 3 TEHG bereits dann, wenn sie als Verbrennungsanlage nach Nummer 8.1 oder 8.2 des Anhangs zur Verordnung über genehmigungsbedürftige Anlagen genehmigt wurde.
3. Eine Anlage „zur Verbrennung“ im Sinne von § 2 Abs. 5 Nummer 3 TEHG liegt dann vor, wenn von den eingesetzten Abfällen mehr als 50 % gefährliche oder Siedlungsabfälle sind.
4. Die DEHSt ist an eine getroffene Entscheidung der Landesbehörden gebunden. Die von der DEHSt herausgegebenen Publikationen zum TEHG sind für die Landesbehörden nicht bindend, von einer unmittelbaren Anwendung dieser über den Gesetzeswortlaut hinausgehenden Einschränkungen wird dringend abgeraten.
5. Sofern ein bundeseinheitlicher Vollzug gewährleistet werden soll, ist es allein Aufgabe des Gesetzgebers, dies durch entsprechende eindeutige Regelungen sicherzustellen.

Dr. Rainer Schrägle

Vorsitzender des Arbeitskreises Biomasseheizkraftwerke  
im Bundesverband Bioenergie e.V. (BBE)