

## ZfZ-Themen

### Der neue nationale Zertifikatehandel für Brennstoffemissionen

Rechtsanwalt Dr. Stefan Altenschmidt, LL.M. (Nottingham), Düsseldorf<sup>\*)</sup>

*Mit dem Inkrafttreten des Brennstoffemissionshandelsgesetzes (BEHG) am 20.12.2019 erfolgte der Startschuss für den nationalen Emissionshandel. Ab 2021 gilt für Brenn- und Heizstoffe ein CO<sub>2</sub>-Preis. Die Bepreisung soll einen Anreiz schaffen, Treibhausgasemissionen zu verringern oder gar vollständig zu vermeiden. Den Verantwortlichen nach dem BEHG wird ein Pflichtenregime vorgegeben, das an das europäische Emissionshandelssystem (EU-ETS) angelehnt ist. Betroffene Unternehmen sehen sich hierdurch bisher häufig unbekanntem Aufgaben und Pflichten gegenüber. Eine besondere Herausforderung ist dabei der Anknüpfungspunkt für die Einbeziehung in den Brennstoffemissionshandel: Maßgeblich ist nicht die Freisetzung von CO<sub>2</sub> in die Atmosphäre, sondern das nach energiesteuerrechtlichen Vorgaben zu beurteilende Inverkehrbringen der Brennstoffe. Dieser Beitrag soll einen Überblick über das System des nationalen Emissionshandels geben und dessen Anwendungsbereich sowie Pflichten- und Sanktionenregime erläutern.*

#### I. Das Brennstoffemissionshandelsgesetz

Ende 2019 wurde im Rahmen des Klimaschutzprogramms 2030 das Gesetz über einen nationalen Zertifikatehandel für Brennstoffemissionen (Brennstoffemissionshandelsgesetz – BEHG) verabschiedet. Dieses Gesetz schafft die Grundlage für den Handel mit Zertifikaten für Emissionen aus der Verbrennung fossiler Brenn- und Kraftstoffe insbesondere in den Sektoren Verkehr und Wärme. Damit erfasst der nationale Emissionshandel auch solche Emissionen, die bisher weitgehend nicht dem europäischen Emissionshandelssystem nach dem Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz (TEHG) unterworfen sind. Die Bepreisung von CO<sub>2</sub> soll einen Anreiz bieten, den Verbrauch fossiler Brennstoffe zu senken und damit das langfristige Ziel der Treibhausgasneutralität vorantreiben.<sup>1)</sup> Das nationale Emissionshandelssystem nach BEHG (nEHS) sieht in Übereinstimmung mit seinem europäischen Vorbild nach der Richtlinie 2003/87/EG ein umweltökonomisches Cap & Trade-System vor<sup>2)</sup>: Staatlich festgelegte Emissionsziele sollen auf wirtschaftlich effiziente Weise durch die Internalisierung der externen Kosten der Emissionen erreicht werden.<sup>3)</sup>

Hierfür werden jährliche Emissionsbudgets festgelegt, die von Jahr zu Jahr geringer werden und die in Form der kostenpflichtigen Emissionszertifikate handelbar sind.<sup>4)</sup> Nach § 8 BEHG sind alle vom Anwendungsbebereich des nEHS erfassten Verantwortlichen verpflichtet, jährlich eine Menge an Zertifikaten abzugeben, die der Gesamtmenge an Brennstoffemissionen entspricht, die ihnen durch das Inverkehrbringen von Brennstoffen im vorangegangenen Jahr zuzurechnen sind. Die mit dem nationalen Brennstoffemissionshandel für die Verantwortlichen verbundenen Kosten können dabei an die Verwender der erfassten Brennstoffe weitergegeben werden. Der Emissionsverursacher soll hierdurch einen finanziellen Anreiz erhalten, seinen „Carbon-Footprint“ zu verringern. Etwa 4 000 Unternehmen sollen direkt als Inverkehrbringer von Brennstoffen dem nEHS unterfallen.<sup>5)</sup> Der nationale Brennstoffemissionshandel startet mit einer Einfüh-

rungsphase, die von 2021 bis Ende 2025 dauert (§ 10 Abs. 2 Satz 2 BEHG).

#### 1. Rechtliche Einordnung und Abgrenzung zum EU-ETS

Das BEHG steht im Zusammenhang mit den europä- und völkerrechtlichen Verpflichtungen Deutschlands im Klimaschutzrecht. Nach der unionsrechtlichen Klimaschutzverordnung (EU) 2018/842 ist Deutschland verpflichtet, bis 2030 seine Treibhausgasemissionen im Vergleich zu 2005 um 28 % zu verringern.<sup>6)</sup> Diese Verordnung wiederum beruht auf den Minderungszusagen, die die Europäische Union im Übereinkommen von Paris abgegeben hat. Damit soll ein Beitrag zur Erreichung des Ziels, den Anstieg der globalen Durchschnittstemperatur auf 1,5 bis 2 Grad zu begrenzen, geleistet werden. Ein deutscher Baustein bei der Verfolgung dieses Ziels ist der nationale Brennstoffemissionshandel. Die von ihm erfassten jährlichen Emissionsmengen werden auf der Grundlage des § 4 Abs. 1 BEHG aus den jährlichen Emissionszuweisungen für Deutschland nach Art. 4 Abs. 3 der EU-Klimaschutzverordnung abgeleitet.

Das BEHG ist abzugrenzen von dem europäischen Emissionshandelssystem (EU-ETS), das auf der Richtlinie 2003/87/EG beruht. Das EU-ETS erfasst Treib-

\*) Der Autor ist Rechtsanwalt bei der Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH in Düsseldorf und gehört deren Praxisgruppe Environment, Planning, Regulatory an. Er bedankt sich bei Staatsanwältin Linda Buschmann und Wiss. Mit. Christiane Seiff, beide Düsseldorf, für die engagierte Unterstützung bei der Vorbereitung des Beitrags.

1) BT-Drucks. 19/14746, 32.

2) BT-Drucks. 19/14746, 21.

3) Vgl. Altenschmidt/Lohmann, IStR 2007, 574; Elspas/Stewing in Elspas/Salje/Stewing (Hrsg.), Emissionshandel, 2006, 3.

4) BT-Drucks. 19/14746, 21.

5) BT-Drucks. 19/14746, 26.

6) Verordnung (EU) Nr. 2018/842 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 30.5.2019 zur Festlegung verbindlicher nationaler Jahresziele für die Reduzierung von Treibhausgasemissionen im Zeitraum 2021 bis 2030 als Beitrag zu Klimaschutzmaßnahmen zwecks Erfüllung der Verpflichtungen aus dem Übereinkommen von Paris.

hausgasemissionen aus stationären Produktions- und Verbrennungsanlagen sowie dem Luftverkehr. Der nationale Brennstoffemissionshandel ergänzt die europäischen Vorgaben: Er etabliert einen Emissionshandel und damit einen Preis für CO<sub>2</sub>-Emissionen auch für die Sektoren Wärme und Verkehr, die bisher von dem europäischen Emissionshandel weitgehend nicht erfasst waren. Zwischen den beiden Systemen bestehen aufgrund der unterschiedlichen Anwendungsbereiche an sich keine Überschneidungen. Tatsächlich kann es aber wegen der systematisch völlig anderen Anknüpfungspunkte für das jeweilige Pflichtenregime zu Doppelbelastungen kommen: Nach EU-ETS abgabepflichtige Emissionen resultieren häufig aus der Verbrennung eben jener Brennstoffe, deren Inverkehrbringen bereits vom nEHS erfasst wird. Das BEHG sieht zur Vermeidung einer damit einhergehenden doppelten Belastung ein und derselben Treibhausgasemissionen Entlastungstatbestände vor.

## 2. Gesetzgebungsverfahren

Der Entwurf für das BEHG wurde von der Bundesregierung am 24.10.2019<sup>7)</sup> und durch die Regierungsfractionen am 5.11.2019<sup>8)</sup> eingebracht. Nach Beratungen im Bundestag am 8.11.2019 wurde das Gesetz bereits am 15.11.2019 beschlossen. Der Bundesrat beriet am 29.11.2019 über das Gesetz. Trotz verfassungsrechtlicher Bedenken gegen das BEHG wurde der Gesetzesbeschluss des Bundestags ohne Anrufung des Vermittlungsausschusses gebilligt. Anschließend trat das BEHG einen Tag nach der am 19.12.2019 erfolgten Verkündung im Bundesgesetzblatt, gut sechs Wochen nach der Einbringung im Bundestag, in Kraft.<sup>9)</sup> Allerdings hatte der Bundesrat für das parallel diskutierte Gesetz zur Umsetzung des Klimaschutzprogramms 2030 im Steuerrecht den Vermittlungsausschuss angeufen.<sup>10)</sup> Im Rahmen dieser Verhandlungen wurde auch eine Erhöhung der CO<sub>2</sub>-Festpreise nach BEHG vereinbart, deren Umsetzung 2020 durch eine Gesetzesänderung erfolgen soll.<sup>11)</sup> Zudem müssen eine Reihe der Vorgaben des BEHG im Laufe des Jahres 2020 durch Rechtsverordnung der Bundesregierung konkretisiert werden.

## II. Anwendungsbereich des nationalen Brennstoffemissionshandels

Nach seinem § 2 Abs. 1 gilt das BEHG für die Emission von Treibhausgasen aus den in Anlage 1 genannten Brennstoffen, die gemäß § 2 Abs. 2 BEHG in Verkehr gebracht werden.

### 1. Erfasste Brennstoffe

Das BEHG erfasst die Emissionen aus der Verbrennung von Heiz- und Kraftstoffen in den Sektoren Wärme und Verkehr. Im Sektor Wärme sollen zwar nach der Vorstellung des Gesetzgebers vorrangig nur die Emissionen der Wärmeerzeugung des Gebäudesektors und der Energie- und Industrieanlagen außerhalb des ETS betroffen sein<sup>12)</sup>, tatsächlich kommt es aber zu Doppelerfassungen. Im Bereich des Sektors Verkehr

umfasst das System ebenfalls die Verbrennung fossiler Kraftstoffe. Der Luftverkehr ist hiervon allerdings nicht betroffen, da er bereits dem europäischen Emissionshandel unterliegt.<sup>13)</sup>

Anlage 1 des BEHG legt die dem nEHS unterfallenden Brennstoffe unter Bezugnahme auf die Kombinierte Nomenklatur fest.<sup>14)</sup> Erfasst werden insbesondere Heizöl, Flüssiggas, Erdgas, Kohle, Benzin und Diesel. Für 2021 und 2022 ist der Anwendungsbereich nach Anlage 2 zunächst auf die „Hauptbrennstoffe“ wie Benzin, Diesel, Erdgas und Heizöl beschränkt.

Grundsätzlich sind auch biogene Anteile der Brennstoffe in den Anwendungsbereich des BEHG einbezogen. Allerdings soll nach § 7 Abs. 4 Nr. 2 BEHG in der Rechtsverordnung, die die Pflicht zur Berichterstattung konkretisieren wird, vorgesehen werden, dass im Emissionsbericht für biogene Brennstoffe der Emissionsfaktor „Null“ anzugeben ist. Dies soll jedenfalls dann gelten, wenn für die Biomasse ein Nachhaltigkeitsnachweis geführt wird.<sup>15)</sup> Verantwortliche müssen dann für die aus den biogenen Brennstoffen resultierenden Emissionen im Ergebnis keine Zertifikate abgeben.

### 2. Inverkehrbringen

Für die Definition des Inverkehrbringens knüpft das BEHG an das Energiesteuerrecht an. Nach § 2 Abs. 2 BEHG gelten Brennstoffe mit dem Entstehen der Energiesteuer nach den diversen Tatbeständen des Energiesteuergesetzes (EnergieStG), die im BEHG abschließend aufgelistet werden, als in Verkehr gebracht.<sup>16)</sup> Das EnergieStG enthält diverse Entstehungstatbestände, die jeweils unterschiedliche Realakte voraussetzen. Darüber hinaus ist zwischen den Energieerzeugnissen i.S.d. § 4 EnergieStG und den besonderen Bestimmungen für Kohle (§§ 32 ff. EnergieStG) und Erdgas (§§ 38 ff. EnergieStG) zu unterscheiden. In § 8 EnergieStG ist der Grundtatbestand der Steuerentstehung für Energieerzeugnisse nach § 4 EnergieStG geregelt.<sup>17)</sup>

7) BR-Drucks. 533/19.

8) BT-Drucks. 19/14746.

9) BGBl. I 2019, 2728.

10) BR-Drucks. 608/19.

11) Vgl. [www.bundesregierung.de/breg-de/themen/klimaschutz/co2-bepreisung-1673008](http://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/klimaschutz/co2-bepreisung-1673008).

12) BT-Drucks. 19/14746, 20.

13) BT-Drucks. 19/14746, 20.

14) Nach § 3 Nr. 7 BEHG handelt es sich dabei um die Warennomenklatur nach Artikel 1 in Verbindung mit Anhang I der Verordnung (EWG) Nr. 2658/87 des Rates v. 23.7.1987 über die zolltarifliche und statistische Nomenklatur sowie den gemeinsamen Zolltarif, ABl. EU 1987 Nr. L 256, 1, zuletzt geändert durch Durchführungsverordnung (EU) 2019/13, ABl. EU 2019 Nr. L 3, 1. Klemm, REE 2020, 1, 4, kritisiert zurecht die durch die Anknüpfung an die kombinierte Nomenklatur erschwerte Lesbarkeit des BEHG.

15) BT-Drucks. 19/14746, 35: Nachhaltigkeitsnachweis gem. Art. 29 der Erneuerbaren-Energien-Richtlinie, Richtlinie (EU) 2018/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 11.12.2018 zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen, ABl. EU 2018 Nr. L 328/82.

16) Vgl. Klemm, REE 2020, 1, 5.

17) Alexander in Bongartz/Jatzke/Schröder-Schallenberg, EnergieStG StromStG, Stand: November 2019, § 8, Rz 1.

Soweit Inverkehrbringer von Energieerzeugnissen bisher ihre energiesteuerrechtlichen Pflichten ordnungsgemäß erfüllen, werden sie daher auch ohne weiteres ihre Einbeziehung in den Anwendungsbereich des Brennstoffemissionshandels bestimmen können. Allerdings dürfte es zahlreiche Praxisfälle einer unbekanntenen Energiesteuerpflicht geben, etwa im Zusammenhang mit der Lieferung von Erdgas: Hier entsteht die Steuer gemäß § 38 Abs. 1 Satz 1 EnergieStG erst mit der Entnahme von Erdgas aus dem Leitungsnetz. Das kann insbesondere bei für den Vorlieferanten unbekanntem Weiterleitungen von Erdgas, das durch den Kunden versteuert bezogen wurde, an Drittverbraucher (bspw. Mieter oder Tochterunternehmen auf dem Betriebsgrundstück) Probleme bei der Bestimmung des Inverkehrbringens nach BEHG aufwerfen. Dies gilt insbesondere dann, wenn kein Antrag nach § 38 Abs. 4 EnergieStG auf Nichtbehandlung als anderer Lieferant bei dem zuständigen Hauptzollamt gestellt wurde.<sup>18)</sup>

Bemerkenswert ist zudem das Fehlen einer Geringfügigkeitsschwelle: Soweit die Energiesteuer nach EnergieStG entsteht, unterliegt der betreffende Brennstoff auch dem Regime des BEHG. Ausnahmen für Kleinstmengen sind nicht vorgesehen. Eine eher absurd erscheinende Konsequenz: Erfasst werden damit auch die Fälle des Kraftstoffschmuggels im „kleinen Grenzverkehr“ aus dem benachbarten Ausland, bei denen beim Überschreiten der erlaubten Freimengen die Steuer gemäß § 19b Abs. 1 EnergieStG mit der Einfuhr entsteht.

### III. Verantwortlicher

Der Verantwortliche für die Erfüllung der brennstoffemissionshandelsrechtlichen Pflichten wird in § 3 Nr. 3 BEHG bestimmt. Es handelt sich danach um die natürliche oder juristische Person, die wegen des Inverkehrbringens der in den Anwendungsbereich des Gesetzes einbezogenen Brennstoffe nach dem EnergieStG als Steuerschuldner definiert ist, auch wenn sich ein Verfahren der Steuerbefreiung anschließt. Die Verantwortlichkeit knüpft somit nicht an die Freisetzung der Treibhausgase an, sondern setzt bereits auf der vorgelegerten Ebene der Überführung der vom BEHG erfassten Brennstoffe in den freien Verkehr an.<sup>19)</sup>

Mit dem Abstellen auf die energiesteuerrechtliche Steuerschuldnerschaft wollte der Gesetzgeber eine einfache Administrierbarkeit des Systems erreichen.<sup>20)</sup> Dieses Ziel dürfte indes deutlich verfehlt worden sein. Dem Gesetzgeber scheint verschlossen geblieben zu sein, dass das EnergieStG diverse Tatbestände enthält, die für einen bestimmten Vorgang des Inverkehrbringens mehrere Personen gleichzeitig als Steuerschuldner bestimmen. Teilweise wird in diesen Zusammenhängen sogar ausdrücklich eine Gesamtschuldnerschaft angeordnet (so etwa in § 8 Abs. 2 Satz 5 EnergieStG). Während energiesteuerrechtlich hieraus im Regelfall wegen ausdrücklicher Anrechnungsvorgaben (vgl. bspw. § 38 Abs. 5 Satz 3 EnergieStG) keine doppelte Steuererhebung resultiert, bleibt im Anwendungsbereich des BEHG die Behandlung solcher Konstellationen unklar. Brennstoffemissionshandelsrechtlich gibt es keine Vorgabe dazu,

dass bestehende Pflichten eines Verantwortlichen auch durch einen anderen Verantwortlichen, der für denselben Entstehungstatbestand die Energiesteuer schuldet, erfüllt werden können. Eine Gesamtschuldnerschaft ist dem ordnungsrechtlich mit dem Ansatz einer eindeutigen Pflichtenzuweisung an eine bestimmte Person ausgestalteten BEHG ebenfalls fremd. Gleiches gilt für das Ordnungswidrigkeitenrecht und für die in § 22 BEHG bestimmten Bußgeldtatbestände. Das Konzept des § 3 Abs. 3 BEHG gerät aus diesem Grund auch mit dem rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgrundsatz in Konflikt. Erhebliche Zweifel an seiner Vereinbarkeit mit Verfassungsrecht sind folglich berechtigt.

Zur Feststellung des Verantwortlichen nach § 3 Abs. 3 BEHG wird es jedenfalls auf eine sorgfältige Einzelfallprüfung ankommen. Wegen der unterschiedlichsten Entstehungstatbestände für die Steuerschuldnerschaft nach EnergieStG wird sich eine allgemein gültige Aussage, wer konkret als Verantwortlicher die Pflichten nach dem BEHG zu erfüllen hat, nicht treffen lassen. Soweit für energiesteuerliche Steuerschuldner Erlaubnis- bzw. Anzeige- oder Anmeldepflichten beim zuständigen Hauptzollamt bestehen und dieses Bestätigungen ausstellt sowie Steuerbescheide erteilt, kann hierin zwar ein erstes Indiz für eine Verantwortlichkeit nach dem BEHG gesehen werden. Gleiches gilt für die Führung eines Beleghefts nach den Vorgaben der Energiesteuer-Durchführungsverordnung. Die für den Vollzug des nationalen Brennstoffemissionshandels zuständige Behörde ist aber nicht an Beurteilungen der Steuerbehörden gebunden. Dem BEHG ist für sein Pflichtenregime eine Anknüpfung an die Entscheidungen der Hauptzollämter und deren Vollzugspraxis fremd. Die Einstufung als Verantwortlicher nach BEHG und die Heranziehung als Steuerschuldner nach EnergieStG werden daher auseinanderfallen können.

### IV. Pflichtenregime des BEHG

Zentrale Pflichten der Verantwortlichen i.S.d. BEHG sind die Überwachung und Berichterstattung der ihnen durch das Inverkehrbringen von Brennstoffen zu rechenbaren Treibhausgasemissionen und deren Abgeltung durch die Abgabe von Emissionszertifikaten.<sup>21)</sup> Die benötigten Zertifikate können die Verantwortlichen in einer die Jahre 2021 bis 2025 erfassenden Einführungsphase (2021 bis 2025) zu einem für das jeweilige Jahr festgelegten Festpreis erwerben. Danach wird ein Auktionierungssystem eingeführt. Wie die Emissionen ermittelt und berichtet werden, ist von den Verantwortlichen gem. § 6 Abs. 1 BEHG für jede Handelsperiode in einem Überwachungsplan darzustellen.

Zuständige Behörde für den Vollzug des nEHS ist gem. § 13 Abs. 1 BEHG das Umweltbundesamt. Dieses ist durch die von seinem Fachbereich V betriebene, rechtlich unselbstständige Deutsche Emissionshandelsstelle

18) Die Einschätzung von Klemm, REE 2020, 1, 6, die Zahl der brennstoffemissionshandelspflichtigen Unternehmen dürfe als gesichert gelten, erscheint auch deshalb als sehr optimistisch.

19) BT-Drucks. 19/14746, 21.

20) Vgl. BT-Drucks. 19/14746, 32.

21) BT-Drucks. 19/14746, 36.

(DEHSt) mit Dienstsitz in Berlin bereits seit 2004 für den Vollzug des europäischen Emissionshandels nach dem TEHG verantwortlich. Mit den für ein Emissionshandelssystem erforderlichen Strukturen und Praxisanforderungen ist die zentrale Vollzugsbehörde daher gut vertraut.<sup>22)</sup>

## 1. Erstellung eines Überwachungsplans

Nach § 6 Abs. 1 BEHG müssen Verantwortliche für jede Handelsperiode einen Überwachungsplan erstellen und bei dem Umweltbundesamt einreichen. Fristen hierfür und Bestimmungen zum Mindestinhalt des Überwachungsplans werden gemäß § 6 Abs. 5 BEHG noch durch eine von der Bundesregierung zu erlassende Rechtsverordnung festgelegt. Eine Handelsperiode richtet sich gemäß § 3 Nr. 6 BEHG nach der EU-Klimaschutzverordnung; die erste läuft von 2021 bis 2030. Der Überwachungsplan dient gemäß § 6 Abs. 1 Satz 2 BEHG als Grundlage für die Ermittlung der Emissionen. Nach § 3 Nr. 8 BEHG ist er die Darstellung der Methode, die ein Verantwortlicher anwendet, um Brennstoffemissionen zu ermitteln und darüber Bericht zu erstatten. Sie setzt ein ausgereiftes internes Organisations- und Monitoringkonzept voraus. Dieses Konzept wird im Rahmen des Überwachungsplanes von der DEHSt in Form einer gebundenen Entscheidung genehmigt, wenn die in einer noch zu erlassenden Rechtsverordnung genannten Voraussetzungen erfüllt sind. Das BEHG sieht zudem in § 6 Abs. 1 BEHG die Möglichkeit vor, einen „vereinfachten Überwachungsplan“ einzureichen. In diesem Fall darf der Verantwortliche die Brennstoffemissionen nach § 6 Abs. 1 Satz 2 BEHG ausschließlich unter Anwendung von Standardemissionsfaktoren für die in Verkehr gebrachten Brennstoffe und unter Beachtung der in der noch ausstehenden Rechtsverordnung festgelegten Methodik ermitteln. Nach der Gesetzesentwurfsbegründung zum BEHG soll diese Möglichkeit für etwa 80 % der Beteiligten greifen.<sup>23)</sup> Vereinfachte Überwachungspläne gelten gemäß § 6 Abs. 3 Satz 3 BEHG als genehmigt, wenn das Umweltbundesamt den Verantwortlichen nicht innerhalb von zwei Monaten nach Einreichung auffordert, festgestellte Mängel zu beseitigen oder fehlende Erläuterungen nachzureichen.

Für die Übermittlung der Überwachungspläne sowie für die sonstige Kommunikation kann die zuständige Behörde gemäß § 17 Abs. 1 Satz 1 BEHG die Schriftform oder die elektronische Form vorschreiben. Im europäischen Emissionshandel nach TEHG wurde von der DEHSt durchgängig die elektronische Kommunikation vorgegeben.<sup>24)</sup> Hierfür richtete sie eine Virtuelle Poststelle (VPS) ein, über die Anträge und sonstige Mitteilungen einzureichen sind und amtliche Dokumente zugestellt werden.<sup>25)</sup> Mitteilungen des Verantwortlichen müssen dabei mit einer qualifizierten elektronischen Signatur im Sinne von § 2 Nr. 3 Signaturgesetz versehen werden. Der Verantwortliche wird im Rahmen seiner betrieblichen Organisationspflichten sicherstellen müssen, dass er jederzeit zur Nutzung der VPS in der Lage ist und diese werktäglich, wie ein Unternehmensbriefkasten auch, auf Eingänge kontrolliert wird.

## 2. Erstellung eines Emissionsberichts

Anhand des Überwachungsplanes sind gemäß § 7 BEHG die Emissionen für jedes Jahr zu ermitteln und an die DEHSt zu berichten. Der Emissionsbericht ist bis zum 31.7. des Folgejahres einzureichen (§ 7 Abs. 1 BEHG). Der erste Emissionsbericht wird somit bis zum 31.7.2022 abzugeben sein. Die Anforderungen an den Emissionsbericht werden gem. § 7 Abs. 4 BEHG in einer noch nicht erlassenen Rechtsverordnung der Bundesregierung konkretisiert. Bis zu deren Erlass kann der Umfang und die Umsetzung des Emissionsberichts nicht vollständig abgeschätzt werden. Der Gesetzgeber geht aber davon aus, dass die für die Energiesteuerstatistik erhobenen Daten eine solide Grundlage darstellen sollen.<sup>26)</sup> Dies erscheint angesichts der fehlenden rechtlichen Bindung der Pflichten nach BEHG an den Vollzug des EnergieStG als sehr optimistisch.

Vor der Zuleitung an die Behörde muss der Emissionsbericht gemäß § 7 Abs. 3 BEHG von einer Prüfstelle verifiziert werden. Zu dieser Verifizierung sind nach § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BEHG die für die Tätigkeitsgruppen nach den Nr. 1a bis 2 (Verbrennung von Brennstoffen, Raffination von Mineralöl) des Anhangs I der Durchführungsverordnung (EU) 2018/2067 für Prüfungen im Bereich des EU-ETS akkreditierten Prüfstellen berechtigt, aber nur in ihrem jeweiligen Akkreditierungsbereich. Eine Liste der akkreditierten Prüfstellen ist bei der Deutschen Akkreditierungsstelle GmbH einsehbar.<sup>27)</sup> Außerdem sind die nach dem Umweltauditgesetz zugelassenen Umweltgutachter in ihrem jeweiligen Zulassungsbereich für Berichte über Brennstoffemissionen nach § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BEHG als Prüfstellen bestimmt. Die Bundesregierung kann durch Rechtsverordnung weitere Prüfstellen zulassen (§ 15 Abs. 1 Nr. 3 BEHG).

Die Prüfstellen sind von dem Umweltbundesamt unabhängig und haben ihre Aufgaben objektiv und unparteiisch wahrzunehmen.<sup>28)</sup> Ihre Aufgabenerfüllung erfolgt nach § 15 Abs. 1 Satz 2 BEHG „nur im öffentlichen Interesse“. Der Sinn dieser Formulierung erschließt sich erst nach einer Betrachtung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu den Prüfstellen, die Emissionsberichte nach TEHG verifizieren. Danach werden die Prüfstellen bei der Wahrnehmung der ihnen gesetzlich zugewiesenen Aufgabe trotz der privatrechtlichen Beauftragung durch den jeweiligen Verantwortlichen als Beamte im staatshaftungsrechtlichen Sinne tätig. Die Prüfstelle handelt insofern im Pflichtenkreis des Umweltbundesamtes. Bei schadensverursachenden Pflichtverletzungen der Prüfstelle wäre danach die Bundesrepublik Deutschland dem geschädigten Verantwortlichen nach den Grundsätzen der Amtshaftung (§ 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG) zum Schadensersatz verpflichtet, nicht aber die Prüfstelle selbst.<sup>29)</sup> Tatsächlich hat der Gesetzgeber eine solche

22) BT-Drucks. 19/14746, 39.

23) BT-Drucks. 19/14746, 29.

24) Vgl. etwa Bundesanzeiger v. 12.8.2014, BAnz AT 12.8.2014 B8.

25) Vgl. [www.dehst.de/SPK/DE/service/Elektronische-Kommunikation/Virtuelle-Poststelle/virtuelle-poststelle-node.html](http://www.dehst.de/SPK/DE/service/Elektronische-Kommunikation/Virtuelle-Poststelle/virtuelle-poststelle-node.html).

26) BT-Drucks. 19/14746, 29.

27) Vgl. [www.dakks.de/content/akkreditierte-stellen-dakks](http://www.dakks.de/content/akkreditierte-stellen-dakks).

28) Frenz, Emissionshandelsrecht, 3. Aufl. 2012, § 21 TEHG Rz. 9.

29) BGH v. 15.9.2011, III ZR 240/10, NVwZ 2012, 381, 382.



Haftung der Staatskasse indes durch § 15 Abs. 1 Satz 2 BEHG ausgeschlossen. Denn die Prüfstellen sind damit nicht dem Schutz der Vermögensinteressen des Verantwortlichen verpflichtet. Mangels drittgerichteter Pflichten der Prüfstelle kommen Amtshaftungsansprüche folglich nicht in Betracht.<sup>30)</sup> Im Ergebnis kann der Verantwortliche somit für schadensverursachende Fehler bei der Verifizierung von Emissionsberichten nach BEHG weder bei der Prüfstelle noch bei dem Umweltbundesamt Rückgriff nehmen.

Der Umfang der Verifizierung durch die Prüfstelle soll nach § 7 Abs. 4 BEHG noch durch Rechtsverordnung konkretisiert werden. In Ermangelung einer solchen gestatten die Vorgaben im System des EU-ETS nach TEHG einen ersten Eindruck.<sup>31)</sup> Hauptaufgabe der Prüfstellen ist danach die Prüfung des Emissionsberichts auf wesentliche Falschangaben. Daneben verifiziert die Prüfstelle insbesondere die Vollständigkeit und die Übereinstimmung mit dem Überwachungsplan. Mit ähnlichen Anforderungen an die Prüfungsdichte nach BEHG dürfte zu rechnen sein. Die so erfolgte Prüfung bietet eine hohe Gewähr für die Richtigkeit des Emissionsberichts<sup>32)</sup>, sodass die Verantwortlichen auf das Prüfungsergebnis berechtigterweise Vertrauen dürfen. Dies kann zur Entlastung insbesondere auch im Bereich der Ordnungswidrigkeiten nach § 22 BEHG führen.<sup>33)</sup>

### 3. Abgabe von Zertifikaten

Zentrale Pflicht des nationalen Brennstoffemissionshandels ist schließlich die Abgabe von Emissionszertifikaten. Diese sind bis zum 30.9. eines jeden Jahres für die Emissionen des vorangegangenen Kalenderjahres an die zuständige Behörde abzugeben (§ 8 BEHG).

#### a) Begriff und Rechtsnatur

Ein Emissionszertifikat berechtigt nach § 3 Nr. 2 BEHG zur Emission einer Tonne Treibhausgase in Tonnen Kohlendioxidäquivalent in einem bestimmten Zeitraum. Das Gesetz bezieht sich auf Kohlendioxidäquivalente deshalb, weil § 3 Nr. 9 BEHG auf die Definition der Treibhausgase nach TEHG verweist. Gem. § 3 Nr. 16 TEHG zählen zu den Treibhausgasen neben Kohlendioxid (CO<sub>2</sub>) auch Methan (CH<sub>4</sub>), Distickstoffoxid (N<sub>2</sub>O), teilfluorierte Kohlenwasserstoffe (HFKW), perfluorierte Kohlenwasserstoffe (PFC) und Schwefelhexafluorid (SF<sub>6</sub>).

Die Zertifikate sind grundsätzlich für eine gesamte Handelsperiode gültig. In der Einführungsphase nach § 10 Abs. 2 Satz 2 BEHG ist ihre Gültigkeit hingegen auf ein bestimmtes Kalenderjahr beschränkt (§ 9 Abs. 1 Satz 3 BEHG).<sup>34)</sup>

Zur Ermöglichung ihrer Handelbarkeit als Wesenskern eines Cap & Trade-Systems sind die Zertifikate gemäß § 9 Abs. 2 BEHG auf jedermann frei übertragbar. Die Übertragung erfolgt durch Einigung und Eintragung auf dem Konto des Erwerbers im nationalen Emissionshandelsregister nach § 12 BEHG. Dieses enthält die Konten für die Zertifikate und ein Verzeichnis der nach dem BEHG berichteten Emissionen.<sup>35)</sup> Gem. § 12 Abs. 2 BEHG erhält jeder Verantwortliche ein Konto, in dem die Ausgabe, der Besitz, die Übertragung, die

Löschung und die Abgabe von Emissionszertifikaten verzeichnet werden.

#### b) Erwerb von Emissionszertifikaten

Der freie Handel zwischen Privaten wird während der fünfjährigen Einführungsphase allerdings nicht der Regelfall des Erwerbs von Emissionszertifikaten sein. Grund hierfür ist die gemäß § 10 Abs. 2 BEHG bis Ende 2025 zu einem Festpreis erfolgende staatliche Veräußerung der Emissionszertifikate durch das Umweltbundesamt. Der Festpreis soll allerdings anders als in der bisherigen Gesetzesfassung vorgesehen nicht bei 10 € beginnen, sondern aufgrund der politischen Einigung von Bund und Ländern im Vermittlungsausschuss zunächst im ersten Jahr 25 € betragen und schrittweise bis auf 55 € im Jahr 2025 ansteigen.<sup>36)</sup> Die mit einem Festpreis verbundene Einführungsphase soll Verwaltung und Unternehmen ermöglichen, sich auf die bürokratischen und technischen Besonderheiten des Emissionshandels einzustellen.<sup>37)</sup> In dieser Phase können überschüssige Zertifikate nicht auf das nächste Jahr übertragen werden.

Eine weitere Besonderheit der Einführungsphase ist das Fehlen eines festen Emissionsbudgets. Zwar gibt es für das neue Handelssystem jährliche Emissionsmengen nach § 4 BEHG, die die Anzahl der verfügbaren Zertifikate bestimmen. Gemäß § 5 Abs. 1 BEHG wird aber in der Einführungsphase und auch im Jahr 2026 ein darüber hinausgehender Bedarf durch die Nutzung der flexiblen Mechanismen des Art. 25 der EU-Klimaschutzverordnung gedeckt. Hierzu kann u.a. auch der Ankauf von Emissionsmengen anderer EU-Mitgliedstaaten gehören. Bis einschließlich 2025 können Emissionszertifikate des nEHS somit nicht knapp werden.

Ab 2026 werden die Zertifikate gemäß § 10 Abs. 1 Satz 1 BEHG versteigert, mit einer jährlich abnehmenden Menge. Nach § 10 Abs. 2 Satz 3 BEHG ist für das Jahr 2026 zunächst ein Preiskorridor festgelegt, der infolge der politischen Verständigungen im Vermittlungsausschuss 55 € bis 65 € betragen soll. Eine vollständig freie Preisbildung im Rahmen eines Versteigerungssystems ist erst ab 2027 vorgesehen. Die Erlöse aus Verkauf und Versteigerung fließen ohne gesonderte Zweckbindung (mit Ausnahme der Administrationskosten) in den Bundeshaushalt.

30) BT-Drucks. 17/13025, 13. Vgl. BGH v. 16.6.1977, III ZR 179/75, BGHZ 69, 128, 135 ff.; Ehrmann in Säcker, Energierecht, 4. Aufl. 2019, § 21 TEHG, Rz. 9.

31) Diese wurden von der Europäischen Kommission durch Verordnung festgelegt: VO (EU) 2018/2067 zur Prüfung von Daten und Akkreditierung von Prüfstellen, ABl. EU 2018 Nr. L 334, 94.

32) BGH v. 15.9.2011, III ZR 240/10, NVwZ 2012, 381, 384; Fleckner in Hofmann/Fleckner/Budde, TEHG, 2017, § 5 TEHG, Rz. 10.

33) AG Dessau v. 9.12.2019, 13 OWi 9/19 (3041 Js-OWi 13657/17), UA S. 7. Vgl. auch die Urteilsanmerkung von Altenschmidt, I+E 2020, 36.

34) Vgl. zu den Problemen einer periodenbeschränkten Gültigkeit von Emissionszertifikaten Altenschmidt, NVwZ 2008, 138.

35) BT-Drucks. 19/14746, 38.

36) Vgl. [www.bundesregierung.de/breg-de/themen/klimaschutz/co2-bepreisung-1673008](http://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/klimaschutz/co2-bepreisung-1673008). Diese Änderungen sollen mit einem neuen Gesetzgebungsverfahren im Laufe des Jahres 2020 in das BEHG eingeführt werden.

37) BT-Drucks. 19/14746, 21.

### c) Abgabe von Emissionszertifikaten

Nach § 8 BEHG muss der Verantwortliche entsprechend den Angaben im Emissionsbericht bis zum 30. September eines jeden Jahres Emissionszertifikate an das Umweltbundesamt abgeben. Zulässig ist nur die Abgabe von Berechtigungen für die jeweilige Handelsperiode (§ 9 Abs. 1 BEHG) mit einer weitergehenden Jahresbeschränkung für die Dauer der Einführungsphase.<sup>38)</sup>

## V. Sanktionen

Die Einhaltung der Pflichten des BEHG soll durch ein differenziertes Sanktionensystem sichergestellt werden. Dem Umweltbundesamt werden hierzu durch § 14 BEHG umfangreiche Ermittlungsbefugnisse eingeräumt. Verantwortliche nach BEHG sind verpflichtet, während ihrer Geschäftszeiten den Mitarbeitern der Behörde Zutritt zu Betriebsräumen und Grundstücken zu gestatten und Prüfungen durchführen lassen. Nach § 14 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BEHG müssen die Unternehmen dem Umweltbundesamt nach Anfrage die Auskünfte erteilen und Unterlagen vorlegen, die zur Erfüllung der Aufgaben der Behörde erforderlich sind. Alle diese Pflichten schließen ein, dass die Unternehmen auch die für die Überprüfung erforderlichen Arbeitskräfte und Hilfsmittel zur Verfügung stellen. § 14 Abs. 3 BEHG gewährt auskunftspflichtigen natürlichen Person wie etwa den Geschäftsführern einer Gesellschaft, die als juristische Person Verantwortlicher ist, das Auskunftsverweigerungsrecht aus § 55 StPO zur Vermeidung einer Selbstbelastung.

### 1. Kontosperrung zur Durchsetzung der Berichtspflicht

Kommt ein Verantwortlicher seiner Berichtspflicht aus § 7 BEHG nicht ordnungsgemäß nach, sieht § 20 BEHG die verpflichtende Sperrung des Kontos im Emissionshandelsregister vor. Durch diese Kontosperrung soll verhindert werden, dass der Verantwortliche Zertifikate, die er eigentlich für die Abgabe vorhalten muss, veräußert.<sup>39)</sup> Diese Sanktion kann allerdings erst nach der Einführungsphase nach § 10 Abs. 2 Satz 1 und 2 BEHG ergriffen werden; sie macht vorher wegen des Festpreises der Zertifikate keinen Sinn.

Wird kein Bericht eingereicht, schätzt das Umweltbundesamt die Emissionen nach § 21 Abs. 2 BEHG. Bei der Schätzung sind unter anderem Erfahrungen der Vorjahre sowie die Angaben im Überwachungsplan heranzuziehen; sie ist konservativ vorzunehmen.<sup>40)</sup> Im Anschluss an die Einreichung des Berichts bzw. die Schätzung der Emissionen wird eine zuvor erfolgte Kontosperrung aufgehoben.

### 2. Zahlungspflicht zur Durchsetzung der Abgabepflicht

Deutlich spürbarer sind die für den Fall eines Verstoßes gegen die Abgabepflicht nach § 8 BEHG bestimmten Sanktionen. § 21 BEHG sieht vor, dass für jede Tonne Kohlendioxidäquivalent, für die der Verantwort-

liche innerhalb der vorgesehenen Frist kein Zertifikat abgeben hat, eine Zahlungspflicht festzusetzen ist. Während der Einführungsphase bis einschließlich des Berichtsjahres 2025 ist diese auf das Doppelte des für das jeweilige Jahr geltenden Festpreises festgelegt (§ 21 Abs. 1 Nr. 1 BEHG). Ab dem Berichtsjahr 2026 beträgt die Zahlungspflicht gemäß § 21 Abs. 1 Nr. 2 BEHG, der auf die entsprechende Anwendung des § 30 Abs. 1 TEHG verweist, pro nicht abgegebenem Zertifikat 100 € zuzüglich einer Anpassungsrate nach dem europäischen Verbraucherpreisindex.<sup>41)</sup> Neben der Zahlungspflicht bleibt nach § 21 Abs. 3 BEHG zusätzlich die Pflicht zur Abgabe der Zertifikate bestehen.

Nach § 21 Abs. 1 Satz 4 BEHG darf eine Zahlungspflicht im Falle eines der Behörde vorliegenden Emissionsberichts nur dann festgelegt werden, wenn die Menge der abgegebenen Zertifikate geringer ist als die verifizierte Emissionsmenge. Maßstab für die Pflichtverletzung und ihre Sanktionierung ist folglich die tatsächlich erfolgte Berichterstattung und nicht deren materielle Richtigkeit. Der Umstand, dass in einem verifizierten Emissionsbericht zu wenig Emissionen berichtet wurden, kann nicht zur Festsetzung einer Zahlungspflicht herangezogen werden.<sup>42)</sup>

Die Festsetzung der Zahlungspflicht nach § 21 Abs. 1 BEHG ist verschuldensunabhängig. Von ihr kann gemäß § 21 Abs. 1 Satz 3 BEHG nur abgesehen werden, wenn der Verantwortliche seiner Abgabepflicht infolge höherer Gewalt nicht nachkommen konnte. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur vergleichbaren Regelung im EU-ETS liegt ein Fall höherer Gewalt nur dann vor, wenn eine äußere Ursache gegeben ist, deren Folgen unvermeidbar und unausweichlich sind und die den Betroffenen die Einhaltung ihrer Verpflichtungen objektiv unmöglich machen. Zudem kann auch ein rechts- oder treuwidriges Verhalten der Behörde einen Fall höherer Gewalt begründen.<sup>43)</sup>

### 3. Ordnungswidrigkeiten

Der Gesetzgeber hat schließlich in § 22 BEHG verschiedene Ordnungswidrigkeitentatbestände normiert. § 22 Abs. 1 BEHG unterstreicht die besondere Bedeutung der Berichtspflicht, indem er die nicht richtige, nicht vollständige oder nicht rechtzeitige Emissionsberichtserstattung und auch deren vollständiges Unterbleiben als Ordnungswidrigkeit einstuft. Nach § 22 Abs. 2 BEHG wird dabei auch die in der Praxis des EU-ETS wegen der Komplexität des Emissionsmonitorings häufige fahrlässige Verletzung der Berichtspflicht als Ordnungswidrigkeit erfasst. Das Bußgeld für die vorsätzlich ungenügende Berichterstattung kann nach § 22 Abs. 4 BEHG bis zu 500 000 € betragen. Die

38) BT-Drucks. 19/14746, 36.

39) Vgl. Altenschmidt/Langner, CCZ 2009, 138, 140.

40) BT-Drucks. 19/14746, 42; Fleckner in Hoffmann/Fleckner/Budde, TEHG, 2017, § 29 TEHG, Rz. 10.

41) Für das Berichtsjahr 2018 beträgt liegt die Zahlungspflicht bei 106,15 € pro nicht abgegebenem Zertifikat, siehe [www.dehst.de/DE/Emissionshandel-verstehen/Sanktionierung/sanktionierung\\_node.html](http://www.dehst.de/DE/Emissionshandel-verstehen/Sanktionierung/sanktionierung_node.html).

42) BVerwG v. 4.8.2015, 7 C 8/15, NVwZ 2015, 1528.

43) BVerwG v. 20.2.2014, 7 C 3/12, NVwZ 2014, 633.

fahrlässige Begehung kann mit einem Bußgeld von bis zu 50 000 € geahndet werden.

§ 22 Abs. 3 BEHG bestimmt die Ordnungswidrigkeit weiterer Tatbestände, bei denen ebenfalls die vorsätzliche und die fahrlässige Begehung sanktioniert ist. Nach § 22 Abs. 3 Nr. 1 BEHG stellt die ungenügende Einreichung des Überwachungsplans eine Ordnungswidrigkeit dar. § 22 Abs. 4 Nr. 2 BEHG schützt die Möglichkeiten der DEHSt zu Untersuchungen nach § 14 BEHG. Der Bußgeldtatbestand des § 22 Abs. 3 Nr. 3 BEHG soll einem Missbrauch der Härtefallregelung vorbeugen. Zuletzt stellt auch die Nicht-Anzeige der Änderung der Rechtsform i.S.v. 18 Abs. 1 Satz 1 BEHG gemäß § 22 Abs. 3 Nr. 4 BEHG eine Ordnungswidrigkeit dar. Diese Ordnungswidrigkeiten können mit einer Geldbuße von bis zu 50 000 € geahndet werden.

## VI. Entlastungen

Infolge seines unterschiedlichen Anknüpfungspunkts erfasst der nationale Brennstoffemissionshandel auch solche Emissionen, für die bereits emissionshandelsrechtliche Berichterstattungs- und Abgabepflichten nach TEHG bestehen. Der Gesetzgeber hat hierfür ebenso Entlastungstatbestände vorgesehen wie für Härtefälle. Zudem will er emissionssträchtige Produktionsabwanderungen in das Ausland (sog. Carbon Leakage) vermeiden.

### 1. Freistellung von der Pflicht bei Berichterstattung nach TEHG

Für die bereits vom TEHG erfassten Brennstoffemissionen sieht § 7 Abs. 5 Satz 1 BEHG vor, dass Doppelbelastungen möglichst vorab zu vermeiden sind. Brennstoffe, die direkt an Anlagen geliefert werden, deren Emissionen nach dem TEHG berichtet werden, müssen nicht in den Emissionsbericht nach BEHG aufgenommen werden.<sup>44)</sup> Dementsprechend besteht für diese Emissionen auch keine Abgabepflicht. Weitere Anforderungen sollen gem. § 7 Abs. 5 Satz 2 BEHG noch durch eine Rechtsverordnung bis zum 31.12.2020 konkretisiert werden. Ob dieses Verfahren allerdings tatsächlich dazu führt, dass ein Brennstoffhändler für seine Kunden unterschiedliche Preise führt, bleibt abzuwarten. Der Anregung des Bundesrats, bei Lieferungen von Brennstoffen an EU-ETS-Anlagen ein Verbot der Weitergabe des CO<sub>2</sub>-Preises nach BEHG vorzusehen<sup>45)</sup>, ist der Bundestag nicht gefolgt.

### 2. Finanzielle Kompensation von EU-ETS-Anlagenbetreibern

Kommt es trotz der Freistellung von der Berichtspflicht nach § 11 Abs. 2 BEHG zu einer Doppelbelastung von Brennstoffemissionen sowohl nach BEHG als auch nach TEHG, sieht § 11 Abs. 2 BEHG hierfür eine vollständige finanzielle Kompensation der betroffenen Anlagenbetreiber im Sinne von § 3 Abs. 2 TEHG vor. Es handelt sich hierbei um einen gebundenen Anspruch, dessen Erfüllung nicht im Ermessen der zuständigen

Behörde steht. Näheres soll aber noch durch eine Rechtsverordnung der Bundesregierung mit Zustimmung des Bundestags ausgestaltet werden. Die Kompensationsregelung bedarf zudem der beihilferechtlichen Genehmigung durch die Europäischen Kommission (§ 24 Abs. 2 Nr. 1 BEHG).

### 3. Härtefallklausel zur Abwendung unzumutbarer Härten

Unzumutbare Belastungen sollen nach § 11 Abs. 1 BEHG durch eine Härtefallklausel vermieden werden. Unternehmen, für die die Einführung des nEHS eine unzumutbare Härte darstellt, haben danach einen Anspruch auf einen finanziellen Ausgleich in der zur Vermeidung der unzumutbaren Härte erforderlichen Höhe. Das Gesetz enthält Regelbeispiele, wann nicht von einer unzumutbaren Härte auszugehen ist: Wenn die Brennstoffkosten auch unter Berücksichtigung der durch das BEHG bedingten Zusatzkosten nicht mehr als 20 % der betriebswirtschaftlichen Gesamtkosten betragen oder wenn der Anteil der Zusatzkosten durch die Einführung des Brennstoffemissionshandels an der Bruttowertschöpfung nicht mehr als 20 % beträgt. Allein das Erreichen dieser Schwellenwerte ist indes für den Härtefallausgleichsanspruch nicht ausreichend. Vielmehr wird eine unzumutbare Härte i.S.d. § 11 Abs. 1 BEHG erst dann vorliegen, wenn die infolge der Einführung des Brennstoffemissionshandels gestiegenen Kosten, auch unter Berücksichtigung von Effizienz- und anderen emissionsmindernden Maßnahmen, eine erdrosselnde Höhe annehmen, die eine unternehmerische Betätigung unmöglich machen.<sup>46)</sup> Die Kompensation ist dann begrenzt auf den Betrag, der zum Ausgleich der unzumutbaren Härte erforderlich ist, kann aber nicht in der gesamten Höhe der Zusatzkosten gewährt werden.<sup>47)</sup> Auch das Inkrafttreten der Härtefallklausel ist gemäß § 24 Abs. 2 Nr. 1 BEHG von einer beihilferechtlichen Genehmigung der Europäischen Kommission abhängig.

### 4. Vermeidung von Carbon Leakage

Die Belastung der deutschen Wirtschaft durch erhöhte Brennstoffpreise kann eine Abwanderung emissionsstarker Produktionsaktivitäten in Länder mit weniger strikten Klimaschutzvorgaben zur Folge haben. Der Gesetzgeber will dieses „Carbon Leakage“ vermeiden und die Wettbewerbsfähigkeit der deutschen Unternehmen im europäischen und internationalen Wettbewerb erhalten. Er hat hierzu die Bundesregierung durch § 11 Abs. 3 BEHG ermächtigt, durch Rechtsverordnung insbesondere finanzielle Unterstützungen für klimafreundliche Investitionen vorzusehen. Die Gesetzesentwurfsbegründung zum BEHG betont aber auch die Möglichkeit direkter Kompensationsleistungen, sollte anders die Wettbewerbsfähigkeit von Unterneh-

44) Vgl. BT-Drucks. 19/14745, 36

45) BT-Drucks. 19/14949, 14.

46) BT-Drucks. 19/14746, 38. Zu entsprechenden Anforderungen an die Härtefallregeln im EU-ETS vgl. VG Berlin v. 9.5.2007, VG 10 A 247.06, ZUR 2007, 604, 605.

47) BT-Drucks. 19/14746, 38.

men nicht gesichert werden können.<sup>48)</sup> Dies dürfte, auch wenn das BEHG hierzu schweigt, ebenfalls von einer beihilferechtlichen Billigung durch die Europäische Kommission abhängen.

## VII. Verfassungsrechtliche Kritik

Die Schaffung des nEHS wurde von Beginn an von berechtigter verfassungsrechtlicher Kritik begleitet. Diese gilt insbesondere der Preisgestaltung während der Einführungsphase und der Geeignetheit des Systems in dieser Phase zur Erreichung des angestrebten Ziels der Reduzierung von Treibhausgasemissionen.<sup>49)</sup>

Ausgangspunkt dieser Kritik sind die Anforderungen der grundgesetzlichen Finanzverfassung und die hierzu ergangene Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Die Erhebung nichtsteuerlicher Abgaben wie die eines CO<sub>2</sub>-Preises bedarf danach einer besonderen Rechtfertigung in Form eines Sondervorteils für den Abgabepflichtigen. Beim europäischen Emissionshandelssystem nach der Richtlinie 2003/87/EG hat das Bundesverfassungsgericht diesen Sondervorteil in der Einführung des EU-ETS als Bewirtschaftungssystem der Luft gesehen. Dessen definierendes Merkmal sei, dass eine staatliche Mengengrenzung zu einer Knappheit an Emissionsberechtigungen führe, sodass die Verantwortlichen zur Reduzierung ihrer Emissionen bzw. zum Zukauf weiterer Berechtigungen gezwungen werden.<sup>50)</sup> Die Erwerber der kostenpflichtigen Emissionszertifikate erhielten so einen Sondervorteil gegenüber Verantwortlichen ohne ausreichende Zertifikatmengen, der durch den Verkaufs- bzw. Versteigerungserlös abgeschöpft werden dürfe.<sup>51)</sup>

Für die Einführungsphase nach § 10 Abs. 2 BEHG wird schwerlich von einer Erfüllung dieser Voraussetzungen ausgegangen werden können. Die Emissionszertifikate können in dieser Zeit nicht knapp werden.<sup>52)</sup> Grund hierfür ist die in § 5 Abs. 1 BEHG vorgeschriebene Nutzung der Flexibilisierungsinstrumente nach der EU-Klimaschutzverordnung im Falle einer Überschreitung der nationalen jährlichen Emissionsmenge. Der Erwerber eines Emissionszertifikats erhält damit keinen abschöpfungsfähigen Sondervorteil, sondern muss für den für jeden Verantwortlichen unbeschränkt möglichen Erwerb von Emissionszertifikaten eine quasi steuerähnliche Abgabe entrichten.<sup>53)</sup>

## VII. Fazit

Will Deutschland weiterhin an den völker- und europarechtlich vereinbarten Treibhausgasreduktionszielen festhalten – was angesichts der noch unabsehbaren wirtschaftlichen Folgen der Corona-Pandemie allerdings diskussionswürdig erscheint und eine inzwischen unangemessene Prioritätensetzung sein könnte<sup>54)</sup> –, wird man an zusätzlichen Belastungen der Unternehmen und letztlich der Bevölkerung nicht vorbeikommen. Klimaschutz ist insoweit nicht zum Nulltarif zu haben. Zweifelhaft ist aber, ob der nationale Brennstoffemissionshandel hierzu auch auf eine

effiziente Weise beitragen wird. Letztlich verteuert das schon an anderer Stelle als „bürokratisches Monster“<sup>55)</sup> bezeichnete Instrument insbesondere während seiner Einführungsphase lediglich die von ihm erfassten Brennstoffe, ohne hierbei die Vorteile eines echten Cap & Trade-Systems ausspielen zu können. Die nach BEHG verantwortlichen Personen werden dabei die ihnen entstehenden Mehrkosten über den Brennstoffpreis an ihre Kunden abwälzen können. Der damit preisbelastete Verbraucher kann seine individuellen Kosten zwar je nach Reduktionsvermögen durch eine reduzierte Brennstoffverwendung verringern, die mit einem umweltökonomischen Handelssystem aber typischerweise eröffneten Gewinnanreize bestehen dabei aber nicht. Aus Verbrauchersicht macht es damit letztlich keinen Unterschied, ob der CO<sub>2</sub>-Preis durch eine Erhöhung der Energiesteuer oder im Rahmen eines Handelssystems gebildet wird. Die Transaktionskosten und damit die Verbraucherrechnung dürften durch den Brennstoffemissionshandel indes höher ausfallen als bei einer einfachen Steuererhöhung.

Für die betroffenen Unternehmen und verantwortlichen Personen gilt es nunmehr aber, sich auf den Beginn des nEHS vorzubereiten. Solange die für den Vollzug unerlässlichen Detailregelungen auf Verordnungsebene noch fehlen, fällt dies einstweilen zwar schwer. Immerhin sollte es aber bereits auf der Grundlage des Gesetzestextes möglich sein, eigene Verantwortlichkeiten zu erkennen und von denen Dritter abzugrenzen. Ebenso können interne Strukturen geschaffen und externe Kapazitäten etwa bei den Prüfstellen und anderen Dienstleistern gesichert werden. Wichtig ist auch der Aufbau eines angemessenen Compliance-Systems sowie die Vorbereitung auf den Umgang mit dem Umweltbundesamt als zentral zuständiger Vollzugsbehörde. Anders als die Zollbehörden ist die DEHSt bisher nicht für ein pragmatischen Herangehen und eine besonders unternehmensfreundliche Praxis bekannt.<sup>56)</sup>

48) BT-Drucks. 19/14746, 38.

49) So Müller/Kahl, Würzburger Berichte zum Umweltenergie recht Nr. 45 v. 4.11.2019, 1; vgl. auch Knopf, Expertenanhörung im Ausschuss für Umwelt, Naturschutz und nukleare Sicherheit, 52. Sitzung am 6.11.2019, Protokoll 19/52, 10.

50) BVerfG v. 5.3.2018, 1 BvR 2864/13, NVwZ 2018, 972, 974.

51) BVerfG v. 5.3.2018, 1 BvR 2864/13, NVwZ 2018, 972, 975.

52) Vgl. Müller/Kahl, Würzburger Berichte zum Umweltenergie recht Nr. 45 v. 4.11.2019.

53) Vgl. hierzu die nahezu einhellige Kritik der im Gesetzgebungsverfahren angehörten Sachverständigen in Deutscher Bundestag, Ausschuss für Umwelt, Naturschutz und nukleare Sicherheit, 52. Sitzung am 6.11.2019, Protokoll 19/52.

54) Vgl. mit ähnlich skeptischer Betrachtung des klimaschutzgeleiteten Trends zum Green Building Altenschmidt in Mösle, Lamertz, Altenschmidt, Ingenhoven (Hrsg.), Praxishandbuch Green Building, 2018, 599 ff.

55) Klemm, REE 2020, 1, 5.

56) Vgl. Klemm, REE 2020, 1, 10.