

**Würzburger Berichte zum
Umweltenergierecht**

**Zur Zulässigkeit der Ausweitung des
EU-Emissionshandels nach
Art. 24 EHS-Richtlinie auf die Bereiche
Verkehr und Wärme in Deutschland**

Hintergrundpapier

erstellt von

Jana Viktoria Nysten, LL.M. (Maastricht)

unter Mitarbeit von

Fabian Pause, LL.M. Eur.

43

12.07.2019

Zitiervorschlag: *Jana Nysten*, Zur Zulässigkeit der Ausweitung des EU-Emissionshandels nach Art. 24 EHS-RL auf die Bereiche Verkehr und Wärme in Deutschland, Würzburger Berichte zum Umweltenergierecht Nr. 43 vom 12.07.2019.

Stiftung Umweltenergierecht

Ludwigstraße 22

97070 Würzburg

Telefon +49 931 79 40 77-0

Telefax +49 931 79 40 77-29

E-Mail nysten@stiftung-umweltenergierecht.de

pause@stiftung-umweltenergierecht.de

Internet www.stiftung-umweltenergierecht.de

Vorstand: Thorsten Müller und Fabian Pause, LL.M. Eur.

Stiftungsrat: Prof. Dr. Helmuth Schulze-Fielitz, Prof. Dr. Franz Reimer, Prof. Dr. Monika Böhm

Spendenkonto: Sparkasse Mainfranken Würzburg, IBAN DE16790500000046743183,

BIC BYLADEM1SWU

Inhaltsverzeichnis

A. Zur Diskussion um eine Ausweitung des Emissionshandels in Deutschland	1
B. Vorgaben der EHS-RL für eine einseitige Ausweitung des Handels mit Emissionszertifikaten durch einen Mitgliedstaat	3
I. Funktionsweise des Emissionshandels	3
II. Art. 24 EHS-RL als Opt-In-Option der Mitgliedstaaten	4
1. Art. 24 EHS-RL im Zusammenspiel mit dem EU-Emissionshandel	4
2. Einbeziehung neuer Bereiche in das bestehende System	6
3. Bisherige Anwendungspraxis des Art. 24 EHS-RL	8
III. Der Begriff der Emission als zentrales Tatbestandsmerkmal	9
C. Möglichkeit der Ausweitung des EHS auf Verkehr und Wärme in Deutschland	10
I. Enger Emissionsbegriff beschränkt den Anwendungsbereich der EHS-RL	11
II. Über Art. 24 EHS-RL einbezogene Bereiche unterfallen den allgemeinen Regeln des EU-EHS	12
III. Keine Kompetenz zur Änderung des Emissionsbegriffs und des Genehmigungs- und Berichtssystems des EU-EHS im Zusammenhang mit Art. 24 EHS-RL	14
D. Fazit: Einschränkung des Anwendungsbereichs des Art. 24 EHS-RL	15

A. Zur Diskussion um eine Ausweitung des Emissionshandels in Deutschland

In Deutschland stehen derzeit Vorschläge zur Diskussion, CO₂-Emissionen einen Preis zu geben. Als eine Alternative zu einem eigenständigen CO₂-Preis wird erwogen, das europäische Emissionshandelssystem (EU-EHS) auf die bislang nicht erfassten Bereiche Verkehr und Wärme auszuweiten. Dies soll über eine Verpflichtung für Brennstoffhändler geschehen, Berechtigungen für Emissionen zu erwerben, die nicht bei ihnen selbst, sondern bei ihren Kunden entstehen. Anstelle eines beim Emittenten anknüpfenden Downstream-Ansatzes soll vielmehr ein Upstream-Ansatz verfolgt werden¹. Eine solche Upstream-Ausweitung des EHS wäre zunächst über eine Reform des EU-EHS auf europäischer Ebene möglich. Allerdings gibt es – insbesondere für den Fall, dass es auf Unionsebene keine Mehrheit für solch eine Ausweitung geben sollte – auch Vorschläge für eine rein nationale Ausweitung nur in Deutschland. Nach Art. 24 der Emissionshandelsrichtlinie² (EHS-RL) kann die Kommission den Mitgliedstaaten genehmigen, „zusätzliche Tätigkeiten und Gase“ unter Einhaltung bestimmter Voraussetzungen in das EU-EHS einzubeziehen.

Zwar ist der Vorschlag zur Einbeziehung von Upstream-Emissionen aus den Bereichen Wärme und Verkehr noch nicht in ihren Einzelheiten konkretisiert, jedoch wird grundsätzlich Folgendes diskutiert: Der Erstverkäufer eines Brennstoffes soll verpflichtet werden, für die mit dem Brennstoff verbundenen Treibhausgasemissionen Emissionszertifikate im EHS zu erwerben und entsprechend abzugeben³. Ziel solle es sein, zumindest alle durch Verbrennungsvorgänge freigesetzten CO₂-Emissionen in das EHS zu bringen. Die Gesamtmenge der auf EU Ebene ausgegebenen Emissionsberechtigungen soll dabei entsprechend angehoben werden, so dass es nicht zu einem plötzlichen Anstieg der Zertifikatspreise kommt. Die Brennstoffhändler würden die Mehrkosten an ihre Kunden weitergeben, wodurch die Brennstoffpreise steigen. Damit ist für Kunden ein Anreiz geschaffen, in effizientere und emissionsärmere Technologien zu investieren.

¹ Downstream-Emissionen bezeichnen die tatsächlichen Emissionen beim Verbraucher, also etwa Haushalten oder Kfz-Fahrer. Mit Upstream-Emissionen ist der Ansatz gemeint, in dem die Verpflichtung zum Erwerb von Emissionszertifikaten bei den Brennstoffhändlern aufgehängt wird; diese emittieren zwar nicht selbst, sollen aber über das Inverkehrbringen der Brennstoffe „Upstream“ für die später bei den Verbrauchern entstehenden Emissionen verantwortlich gemacht werden. In einem hier nicht weiter betrachteten Midstream-Ansatz würden die Fahrzeughersteller oder -händler verpflichtet. Die Begrifflichkeiten, die in der aktuellen Diskussion verwendet werden, gehen u. a. auf ein vom Umweltbundesamt (UBA) im Jahr 2014 veröffentlichtes Gutachten zurück, vgl. UBA, Ausweitung des Emissionshandels auf Kleinemittenten im Gebäude- und Verkehrssektor, 2014, S. 20.

² Richtlinie 2003/87/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.10.2003 über ein System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten in der Union und zur Änderung der Richtlinie 96/61/EG des Rates, L 275/32 vom 25.10.2003, zuletzt geändert durch Richtlinie 2018/410/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. März 2018, L 76/3 vom 19.03.2018.

³ Vgl. so z. B. auch FDP, Beschluss des 70. Ordentlichen Bundesparteitags der FDP, Berlin, 26. bis 28.04.2019, S. 5.

Für die Umsetzbarkeit dieses Modells alleine in Deutschland wird Art. 24 EHS-RL angeführt. Mitgliedstaaten können danach den Handel mit Emissionszertifikaten einseitig auf Bereiche ausweiten, die nicht bereits von der EHS-RL erfasst werden. Die Reichweite dieser Bestimmung – und insbesondere, ob ein Upstream-Ansatz bei Einbeziehung des Verkehrssektors möglich ist – ist allerdings strittig, auch vor dem Hintergrund von jüngst ergangenen Urteilen des Europäischen Gerichtshofs (EuGH)⁴. Im Kern geht es hierbei zunächst um die Frage, ob die EHS-RL in ihrem Anwendungsbereich auf Tätigkeiten begrenzt ist, die tatsächlich und unmittelbar Treibhausgase emittieren⁵. Ferner steht die Frage im Raum, ob – im Falle der grundsätzlichen Bejahung einer Möglichkeit zur Einbeziehung von Upstream-Emissionen – das in der EHS-RL geregelte System aus Emissionsgenehmigungen, Berichts- und Monitoringpflichten für die neu einbezogenen Upstream-Emissionen als anwendbar angesehen werden kann⁶ oder aber bedeutsame Hindernisse bestehen. Schließlich ist fraglich, ob die Europäische Kommission, die jede einseitige Ausweitung des EU-EHS durch Einbeziehung weiterer Bereiche billigen muss, in einem solchen Fall noch im Rahmen ihrer Befugnisübertragung tätig wird. Dies kann insbesondere dann bedeutsam sein, wenn man den Mitgliedstaaten einen weiten Ermessenspielraum zubilligt, welche Tätigkeiten und Sektoren sie in das EU-EHS einbeziehen wollen⁷.

Angesichts dieser aktuellen Diskussion soll im Folgenden Art. 24 EHS-RL auf seinen Inhalt, Zweck und entsprechend auf seine Anwendungsmöglichkeiten untersucht werden. Darauf basierend soll die Möglichkeit einer nationalen Ausweitung auf Upstream-Emissionen geprüft werden. Ein unionsweiter Ansatz ist nicht Gegenstand der vorliegenden Betrachtung.

⁴ EuGH C-460/15 vom 19.01.2017 (Schaefer-Kalk), EuGH C-577/16 vom 28.02.2018 (Trinseo).

⁵ Bejahend: BMU, Warum eine Einbeziehung des Verkehrssektors in den Europäischen Emissionshandel nicht möglich ist, Stellungnahme vom 06.05.2019, S. 5; ablehnend: Ohms Rechtsanwälte, Rechtliche Optionen und Konflikte einer Einbeziehung des Straßenverkehrs in den Emissionshandel, Rechtliche Kurzstellungnahme für die Mittelstands- und Wirtschaftsvereinigung der CDU/CSU vom 24.06.2019, S. 17 sowie *Nettesheim*, Die Einbeziehung des Transportsektors in das Europäische Emissionshandelssystem, Gutachten im Auftrag der Fraktion der FDP im Deutschen Bundestag vom 02.07.2019, S. 31.

⁶ So z. B. Ohms Rechtsanwälte, Rechtliche Optionen und Konflikte einer Einbeziehung des Straßenverkehrs in den Emissionshandel, Stellungnahme vom 24.06.2019, S. 17.

⁷ So z. B. *Nettesheim*, Die Einbeziehung des Transportsektors in das Europäische Emissionshandelssystem, Gutachten vom 02.07.2019, S. 22.

B. Vorgaben der EHS-RL für eine einseitige Ausweitung des Handels mit Emissionszertifikaten durch einen Mitgliedstaat

I. Funktionsweise des Emissionshandels

Grundlage für das EU-EHS ist die Richtlinie 2003/87/EG⁸. Mit ihr wurde ein System eingeführt, nach dem die Betreiber bestimmter Industrieanlagen gemäß Art. 4 S. 1 EHS-RL verpflichtet werden, eine Genehmigung einzuholen, um in der EHS-RL festgelegte Treibhausgase überhaupt emittieren zu dürfen. Ferner müssen sie Zertifikate i. S. v. Art. 3 lit. a) EHS-RL erwerben, die zur Emission einer bestimmten Menge Treibhausgase über einen bestimmten Zeitraum berechtigen. Die Zertifikate sind nach einem System des „Cap and Trade“ handelbar: Es gibt nur eine begrenzte Zahl an Zertifikaten, die allerdings übertragbar sind. Wer durch Emissionsminderungen über mehr Zertifikate verfügt als benötigt, kann diese handeln. Damit soll ein Markt für Emissionen entstehen und entsprechend ein Anreiz zu Einsparungen, wo diese am effizientesten möglich sind. Darüber hinaus müssen die Verpflichteten Emissionsberichte anfertigen und eine dementsprechende Menge an Zertifikaten abgeben. Seit dem Beginn der dritten Handelsperiode 2013 werden die Emissionszertifikate nicht mehr durch die Mitgliedstaaten nach nationalen Allokationsplänen, sondern zentral durch die Kommission ausgegeben⁹. Die Kommission legt also für jede Handelsperiode die Anzahl der zu vergebenden Zertifikate fest¹⁰, wobei diese Zahl kontinuierlich verringert wird¹¹. Ferner wird die kostenfreie Zuteilung der Zertifikate reduziert, so dass mehr und mehr Betreiber Zertifikate wettbewerblich ersteigern müssen¹².

Dabei unterstehen jedoch nicht alle Industrieanlagen dem Emissionshandel. Vielmehr sind nur Anlagen einbezogen, *„in der eine oder mehrere der in Anhang I genannten Tätigkeiten sowie andere unmittelbar damit verbundene Tätigkeiten durchgeführt werden, die mit den an diesem Standort durchgeführten Tätigkeiten in einem technischen Zusammenhang stehen und die Auswirkungen auf die Emissionen und die Umweltverschmutzung haben können“*, wobei es sich bei diesen Anlagen per definitionem um „ortsfeste“ Anlagen handeln muss¹³. Die Richtlinie

⁸ Richtlinie 2003/87/EG, ABl. Nr. L 275 vom 25.10.2003.

⁹ Vgl. dazu grundlegend: *Zenke/Vollmer*, Emissionshandel, in: *Danner/Theobald*, *Energierecht*, 79. EL 2013, Kap. 118, Rn. 32 ff.

¹⁰ Vgl. Beschluss 2010/634/EU der Kommission vom 22.10.2010 zur Anpassung der gemeinschaftsweiten Menge der im Rahmen des EU-Emissionshandelssystems für 2013 zu vergebenden Zertifikate und zur Aufhebung des Beschlusses 2010/384/EU, ABl. Nr. L 279/34, vom 23.10.2010; Beschluss 2013/448/EU vom 05.09.2013 über nationale Umsetzungsmaßnahmen für die übergangsweise kostenlose Zuteilung von Treibhausgasemissionszertifikaten gemäß Artikel 11 Absatz 3 der Richtlinie 2003/87/EG des Europäischen Parlaments und des Rates ABl. Nr. L 240/27 vom 07.09.2013.

¹¹ Für die dritte Handelsperiode bis 2020 war dies jährlich der Faktor 1,74 %. Für die vierte Handelsperiode wird eine jährliche Verringerung um 2,2 % vorgegeben.

¹² Dazu und zu weiteren Maßnahmen, die mit den jüngsten Reformen des EU-EHS getroffen wurden: *Zenke/Vollmer*, Emissionshandel, in: *Danner/Theobald*, *Energierecht*, 79. EL 2013, Kap. 118, Rn. 47 ff.

¹³ Art. 3 lit. e) EHS-RL.

2003/87/EG listete in ihrer ursprünglichen Fassung in Anhang I dann auch lediglich zehn Tätigkeiten¹⁴ und in Anhang II sechs Treibhausgase¹⁵ auf, wobei für fast alle Tätigkeiten bestimmte Kapazitätsgrenzen vorgesehen waren. Der Begriff der Tätigkeit ist bis heute nicht definiert. Vielmehr bestand von Anfang an die Idee, dass die Anhänge I und II um weitere Tätigkeiten und Treibhausgasemissionen ergänzt werden können¹⁶. Dies ist dann über die Jahre auch geschehen, und so umfasst der EU-EHS inzwischen nicht nur 16 weitere Tätigkeiten, sondern auch über ein spezielles neues Kapitel den Flugverkehr¹⁷.

II. Art. 24 EHS-RL als Opt-In-Option der Mitgliedstaaten

1. Art. 24 EHS-RL im Zusammenspiel mit dem EU-Emissionshandel

Die Möglichkeit der (nationalen) Ausweitung des EU-EHS auf weitere Tätigkeiten und Treibhausgase war von Anfang an in der EHS-RL vorgesehen. Art. 24 Abs. 1 EHS-RL lautete in seiner ursprünglichen Fassung wie folgt:

„Ab 2008 können die Mitgliedstaaten im Einklang mit dieser Richtlinie den Handel mit Emissionszertifikaten auf nicht in Anhang I aufgeführte Tätigkeiten, Anlagen und Treibhausgase ausweiten, sofern die Einbeziehung solcher Tätigkeiten, Anlagen und Treibhausgase von der Kommission nach dem in Artikel 23 Absatz 2 genannten Verfahren unter Berücksichtigung aller einschlägigen Kriterien, insbesondere der Auswirkungen auf den Binnenmarkt, möglicher Wettbewerbsverzerrungen, der Umweltwirksamkeit der Regelung und der Zuverlässigkeit des vorgesehenen Überwachungs- und Berichterstattungsverfahrens, gebilligt wird.

¹⁴ Für die Energieumwandlung und -umformung waren dies: Feuerungsanlagen mit einer Feuerungswärmeleistung über 20 MW (ausgenommen Anlagen für die Verbrennung von gefährlichen oder Siedlungsabfällen), Mineralölraffinerien und Kokereien. In der Eisenmetallerzeugung und -verarbeitung waren Röst- und Sinteranlagen für Metallerz (einschließlich Sulfiderz) und Anlagen für die Herstellung von Roheisen oder Stahl (Primär- oder Sekundärschmelzbetrieb), einschließlich Stranggießen, mit einer Kapazität über 2,5 Tonnen pro Stunde erfasst. Für die mineralverarbeitende Industrie listete der Anhang I Anlagen zur Herstellung von Zementklinker in Drehrohröfen mit einer Produktionskapazität über 500 Tonnen pro Tag oder von Kalk in Drehrohröfen mit einer Produktionskapazität über 50 Tonnen pro Tag oder in anderen Öfen mit einer Produktionskapazität über 50 Tonnen pro Tag, Anlagen zur Herstellung von Glas einschließlich Glasfasern mit einer Schmelzkapazität über 20 Tonnen pro Tag und Anlagen zur Herstellung von keramischen Erzeugnissen durch Brennen (insbesondere Dachziegel, Ziegelsteine, feuerfeste Steine, Fliesen, Steinzeug oder Porzellan) mit einer Produktionskapazität über 75 Tonnen pro Tag und/oder einer Ofenkapazität über 4 m³ und einer Besatzdichte über 300 kg/m³. Zuletzt wurden für die sonstige Industrie Industrieanlagen zur Herstellung von Zellstoff aus Holz und anderen Faserstoffen sowie von Papier und Pappe mit einer Produktionskapazität über 20 Tonnen pro Tag genannt.

¹⁵ Kohlendioxid (CO₂), Methan (CH₄), Distickstoffoxid (N₂O), Fluorkohlenwasserstoffe (FKW), Perfluorierte Kohlenwasserstoffe und Schwefelhexafluorid (SF₆).

¹⁶ ErwG. 15 RL 2003/87/EG.

¹⁷ Vgl. Kapitel II EHS-RL.

Ab 2005 können die Mitgliedstaaten unter denselben Voraussetzungen den Handel mit Emissionszertifikaten auf Anlagen ausweiten, die in Anhang I aufgeführte Tätigkeiten durchführen und bei denen die dort vorgesehenen Kapazitätsgrenzen nicht erreicht werden.“

Der ursprüngliche Absatz 4 der Vorschrift sah zudem vor, dass im Falle der Einführung derartiger Maßnahmen geprüft werden müsse, *„ob Anhang I dahin gehend geändert werden sollte, dass Emissionen aus diesen Tätigkeiten in gemeinschaftsweit harmonisierter Weise in den Anhang aufgenommen werden.“*

Den Mitgliedstaaten wurde es also ermöglicht, das bestehende EU-EHS auf nationaler Ebene auch als Instrument zur CO₂-Minderung für andere als die ausdrücklich vom EU-EHS erfassten Bereiche zu nutzen. Ziel der Bestimmung war es, nicht nur nationale Ausweitungen zu erlauben, sondern längerfristig auch Emissionen aus weiteren Tätigkeiten in den EU-EHS aufzunehmen¹⁸, explizit genannt wurden hier in den Erwägungsgründen insbesondere die Chemie- und Aluminiumindustrie¹⁹.

Über die Jahre wurde Anhang I der EHS-RL stetig erweitert. In seiner derzeit geltenden Fassung umfasst Anhang I der EHS-RL insgesamt 26 verschiedene Tätigkeiten, worunter nunmehr auch die Aluminiumerzeugung und einige chemische Prozesse, aber auch der Flugverkehr fallen. Die Möglichkeit der nationalen Ausweitung des EU-EHS wurde jedoch beibehalten, auch wenn der Aufruf an die Kommission eine EU-weite Ausweitung zu prüfen weggefallen ist. In der heutigen Fassung heißt es in Art. 24 Abs. 1 EHS-RL²⁰:

„Ab 2008 können die Mitgliedstaaten den Handel mit Emissionszertifikaten gemäß dieser Richtlinie auf nicht in Anhang I genannte Tätigkeiten und Treibhausgase ausweiten, soweit alle einschlägigen Kriterien, insbesondere die Auswirkungen auf den Binnenmarkt, mögliche Wettbewerbsverzerrungen, die Umweltwirksamkeit des EU-EHS und die Zuverlässigkeit des vorgesehenen Überwachungs- und Berichterstattungsverfahrens, berücksichtigt werden und sofern die Einbeziehung solcher Tätigkeiten und Treibhausgase von der Kommission gemäß delegierten Rechtsakten gebilligt wird, für deren Erlass der Kommission gemäß Artikel 23 die Befugnis übertragen wird.“

Weggefallen ist die Möglichkeit, schon ab 2005 auch jenseits der in Anhang I vorgesehenen Kapazitätsgrenzen Anlagen einzubeziehen²¹. Auch ist gegenüber der ursprünglichen Fassung der Verweis auf „Anlagen“ in Abs. 1 weggefallen. Dem Wortlaut nach beschränkt sich Art. 24 EHS-RL

¹⁸ Vgl. Art. 24 Abs. 4 EHS-RL.

¹⁹ ErwG. 15 RL 2003/87/EG.

²⁰ Zuletzt geändert durch Art. 1 Nr. 30 Richtlinie (EU) 2018/410, ABl. Nr. L 76/3 vom 19.03.2018.

²¹ Dabei handelte es sich auch um eine Übergangsbestimmung zur schrittweisen Einführung der Ausweitungsmöglichkeit nach Art. 24 EHS-RL. Seit 2008 können diese Anlagen über den damaligen und allgemeinen Art. 24 Abs. 1 S. 1 EHS-RL als zusätzliche Tätigkeiten oder Treibhausgasemissionen einbezogen werden.

in aktueller Fassung entsprechend allein auf Tätigkeiten und Treibhausgase. Es ist nicht ersichtlich, dass der Gesetzgeber darüber hinaus den Anwendungsbereich des Art. 24 EHS-RL einschränken oder ausweiten wollte, zumal der Anlagenbegriff u.a. im Zusammenhang mit Art. 4 EHS-RL und der Genehmigungspflicht weiterhin eine zentrale Rolle spielt. Art. 24 EHS-RL erlaubt also die Ausweitung auf Tätigkeiten und Treibhausgase, die aber weiterhin in den dann vom EHS umfassten Anlagen ausgeführt bzw. emittiert werden.

Nicht mehr enthalten ist ferner die Regelung des damaligen Abs. 4, nach dem die Kommission die Ausweitung des EU-EHS untersuchen sollte. Neu hinzugekommen ist hingegen die Regelung in Abs. 2, die Folgendes besagt:

„Genehmigt die Kommission die Einbeziehung zusätzlicher Tätigkeiten und Gase, so kann sie gleichzeitig die Vergabe zusätzlicher Zertifikate gestatten und anderen Mitgliedstaaten die Einbeziehung solcher Tätigkeiten und Gase genehmigen.“

Nachdem im EU-EHS seit Beginn der dritten Handelsperiode 2013 keine nationale Zuteilung von Emissionszertifikaten durch die Mitgliedstaaten mehr erfolgt, sondern die Kommission zentral die Zahl der Emissionszertifikate bestimmt²², musste Art. 24 EHS-RL entsprechend angepasst werden.

2. Einbeziehung neuer Bereiche in das bestehende System

Die Möglichkeit der Einbeziehung weiterer Tätigkeiten und Treibhausgase steht unter dem Vorbehalt, dass die Kommission nach Art. 24 Abs. 1 EHS-RL eine entsprechende Billigung erteilt. Beurteilungsmaßstab für die Billigung sind die *„Auswirkungen auf den Binnenmarkt, mögliche Wettbewerbsverzerrungen, die Umweltwirksamkeit des EU-EHS und die Zuverlässigkeit des vorgesehenen Überwachungs- und Berichterstattungsverfahrens“*. Die Liste an Kriterien ist nicht abschließend, was aus dem Wort *„insbesondere“* hervorgeht. Sollte die Kommission weitere Bedenken haben, die sich nicht ausräumen lassen, kann sie die Genehmigung also auch aus anderen Gründen verweigern.

Bezüglich des Verfahrens für eine Ausweitung des Geltungsbereiches der EHS-RL wird die Kommission ermächtigt, delegierte Rechtsakte nach Art. 23 EHS-RL zu erlassen. Diese können nach der Definition des Art. 290 Abs. 1 UAbs. 1 AEUV zur *„Ergänzung oder Änderung bestimmter nicht wesentlicher Vorschriften des betreffenden Gesetzgebungsaktes“* genutzt werden. Art. 24 Abs. 1

²² Vgl. dazu allgemein: *Zenke/Vollmer*, Emissionshandel, in: *Danner/Theobald*, Energierecht, 79. EL 2013, Kap. 118, Rn. 47 ff.

EHS-RL definiert dabei nicht, ob es sich bei der Genehmigung für eine Ausweitung um eine Ergänzung oder Änderung handeln würde²³. Angesichts ihres ausweitenden Charakters und der damit i. d. R. einhergehenden Vergabe zusätzlicher Zertifikate²⁴ sollte man aber von einer ergänzenden Kompetenz ausgehen, nicht von einer ändernden.

Die EHS-RL regelt dann auch, wie eine nationale Ausweitung umzusetzen ist, wenn die Kommission eine entsprechende Genehmigung erteilt hat²⁵. Zunächst ist davon auszugehen, dass die Kommission auch die Vergabe zusätzlicher Zertifikate gestatten wird, die dann im gesamten EU-weiten Markt für Emissionsberechtigungen nach der EHS-RL gehandelt werden²⁶. Die Mitgliedstaaten haben ferner sicherzustellen, dass die Betreiber der Anlagen, die gemäß Art. 24 EHS-RL aufgrund der einseitigen Ausweitung auf zusätzliche Tätigkeiten und Treibhausgase dem EU-EHS unterfallen, über eine entsprechende Genehmigung nach Art. 4 S. 1 EHS-RL verfügen²⁷. Über Art. 24 EHS-RL in den EHS einbezogene Anlagen stehen damit Anlagen, die bereits in Anhang I der EHS-RL genannte Tätigkeiten ausüben, gleich. Die erforderliche Emissionsgenehmigung unterliegt dabei bestimmten Vorgaben, wobei insbesondere gewährleistet sein muss, dass der Betreiber der Anlage *„in der Lage ist, die Emissionen zu überwachen und darüber Bericht zu erstatten“*²⁸. Auch die Dokumentationspflichten gelten damit ebenso für Anlagen, die über Art. 24 EHS-RL einbezogen wurden²⁹.

Art. 24 EHS-RL erlaubt es nicht, Regelungen der EHS-RL zu ändern oder für unanwendbar zu erklären. Neben der Genehmigungskompetenz aus Abs. 1 sieht Art. 24 Abs. 3 EHS-RL maximal eine Ergänzungskompetenz für die Kommission vor, die jedoch auf die *„Überwachung von und Berichterstattung über Emissionen aus Tätigkeiten und Anlagen und Treibhausgase, die in Anhang I nicht in Kombination miteinander aufgeführt sind, erlassen werden, wenn die betreffende Überwachung und Berichterstattung mit ausreichender Genauigkeit erfolgen kann“*, beschränkt ist. Abgesehen von dieser Abweichungsmöglichkeit kann das bestehende System nicht geändert werden und die Einbeziehung muss generell *„gemäß der Richtlinie“* geschehen können³⁰.

²³ Interessanterweise ist in Art. 23 EHS-RL auch keine nähere Eingrenzung der Kompetenz zu delegierten Rechtsakten der Kommission nach Art. 24 Abs. 1 EHS-RL geregelt. Damit ist bereits fraglich ob die Delegation rechtmäßig ist, denn immerhin stellt Art. 290 Abs. 1 UAbs. 2 S. 1 AEUV klare Anforderungen an den Gesetzgebungsakt, der die Delegation vorsieht: Ziele, Inhalt, Geltungsbereich und Dauer der Befugnisübertragung müssen darin ausdrücklich festgelegt sein, vgl. auch: *Gellermann*, in: *Streinz, EUV/AEUV, Kommentar*, 3. Auflage 2018, Art. 290 AEUV; Rn. 8; *Ruffert*, in: *Callies/ders., EUV/AEUV, Kommentar*, 5. Auflage 2016, Art. 290, Rn. 11.

²⁴ Vgl. Art. 24 Abs. 2 EHS-RL.

²⁵ Vgl. Art. 24 Abs. 1 EHS-RL.

²⁶ In der Vergangenheit hat die Kommission bereits nationale Ausweitungen genehmigt und die Zahl der ausgegebenen Emissionszertifikate entsprechend angepasst, vgl. Beschluss 2010/634/EU der Kommission vom 22.10.2010, ABl. Nr. L 279/34 vom 23.10.2010, ErwG. 3 und 12; ebenso Beschluss 2013/448/EU vom 05.09.2013, ABl. Nr. L 240/27 vom 07.09.2013, ErwG. 18.

²⁷ Art. 4 S. 2 EHS-RL.

²⁸ Art. 6 Abs. 1 EHS-RL.

²⁹ Vgl. jüngst Durchführungsverordnung (EU) 2018/2066 der Kommission vom 19.12.2018 über die Überwachung von und die Berichterstattung gemäß der Richtlinie 2003/87/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 601/2012 der Kommission, ABl. Nr. L 334/1 bzw. ABl. Nr. 2019 L 118/10 vom 31.12.2018.

³⁰ Vgl. Art. 24 Abs. 1 EHS-RL.

Art. 24 EHS-RL ist mithin nicht als „Ausnahme“ zu verstehen, sondern stellt vielmehr einen klar geregelten „Opt-In“-Mechanismus in ein bestehendes System dar³¹. Dies bedeutet, dass für die neu einbezogenen Bereiche zusätzliche Emissionszertifikate ausgestellt werden, die sich jedoch nicht von den Emissionszertifikaten unterscheiden, die für Tätigkeiten und Treibhausgase aus Anhang I ausgestellt werden. Die Betreiber der Anlagen, die durch das nationale Opt-In dem EU-EHS unterliegen, müssen dann auch wie alle anderen Anlagenbetreiber im EU-EHS nach den Regeln der EHS-RL jene Zertifikate erwerben, über Emissionen berichten und Zertifikate abgeben.

Darüber hinaus heißt es im Erwägungsgrund 16 der ursprünglichen Richtlinie 2003/27/EG, dass die Richtlinie die Mitgliedstaaten nicht daran hindern sollte, nationale Handelssysteme zur Regelung der Treibhausgasemissionen aus anderen als den in Anhang I aufgeführten oder in das Gemeinschaftssystem einbezogenen Tätigkeiten oder aus Anlagen, die vorübergehend aus dem Gemeinschaftssystem ausgeschlossen sind, beizubehalten oder einzuführen. Entsprechend können die Mitgliedstaaten anstatt auf den EU-EHS als Instrument zurückzugreifen auch nationale Systeme für Tätigkeiten und Treibhausgase schaffen, die nicht dem EU-EHS unterfallen³². Dabei sind sie in der Ausgestaltung freier und nicht an das bestehende EU-EHS System gebunden.

3. Bisherige Anwendungspraxis des Art. 24 EHS-RL

Die bisherige Anwendungspraxis des Art. 24 Abs. 1 EHS-RL bestätigt das oben dargestellte Verständnis eines Opt-In für die Mitgliedstaaten: Seit 2005 hat die Kommission in mehreren Fällen die nationale Einbindung von zusätzlichen Treibhausgasen oder Tätigkeiten genehmigt. Insbesondere haben sich einige Mitgliedstaaten entschieden, den Wärmebereich einzubeziehen, in dem sie auch Verbrennungsanlagen unterhalb der 20 MW Grenze, die Anhang I der EHS-RL vorgibt, aufgenommen haben³³. Ein Upstream-Ansatz, wie er nach den jüngsten Vorschlägen in Deutschland wieder in Rede steht, wurde bislang offensichtlich noch nicht gewählt, so dass keine Rückschlüsse auf deren Genehmigungsfähigkeit getroffen werden können. Ferner ist darauf hinzuweisen, dass es sich bislang regelmäßig um eine begrenzte bzw. klar quantifizierbare Zahl an Anlagen und entsprechend auch Emissionen handelte, selbst bei Einbeziehung von Anlagen von

³¹ Vgl. *Ekar dt/Hennig*, Landnutzung, Klimawandel und Emissionshandel, ZNER 2010, 441 (445); *Spieth*, Europarechtliche Unzulässigkeit des „nationalen Klimabeitrags“ für die Braunkohleverstromung, NVwZ 2015, 1173 (1175); ein anderes Verständnis scheint der Kurzstellungnahme von Ohms Rechtsanwälte zugrunde zu liegen, in der offenbar davon ausgegangen wird, dass auf Emissionen zugeschnittene Regelungen bzw. Regelungen, die auf die neuen Tätigkeiten oder Treibhausgase nicht passen könnten, über nationale Regelungen geändert bzw. angepasst werden können, vgl. Ohms Rechtsanwälte, Rechtliche Optionen und Konflikte einer Einbeziehung des Straßenverkehrs in den Emissionshandel, Stellungnahme vom 24.06.2019, S. 17.

³² Zur Möglichkeit, für Anlagen, die dem EHS unterfallen, zusätzliche Maßnahmen zu ergreifen, vgl. u.a. *Rodi et. al.* Rechtlich-institutionelle Verankerung der Klimaschutzziele der Bundesregierung, Gutachten im Auftrag des Bundesumweltministeriums, Juni 2015, S. 242 ff; *Kahl/Simmel*, Europa- und verfassungsrechtliche Spielräume einer CO₂-Bepreisung in Deutschland, Würzburger Studien zum Umweltenergierecht, Oktober 2017, S. 6 ff.

³³ So zumindest Finnland, Schweden und Lettland. Nicht alle Entscheidungen sind auf der Website der Kommission einsehbar, exemplarisch kann verwiesen werden auf die Entscheidung der Kommission C(2009)3032/1 über die einseitige Einbeziehung zusätzlicher Anlagen durch die Republik Lettland in das Gemeinschaftssystem für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten gemäß Artikel 24 der Richtlinie 2003/87/EG.

Verbrennungsanlagen von unter 20 MW³⁴. Insgesamt wurden 2013 auch nur rund 1,3 Millionen Zertifikate für Anlagen ausgegeben, die über Art. 24 EHS-RL einbezogen worden waren, verglichen mit rund 2 Milliarden Zertifikaten, die insgesamt ausgegeben wurden³⁵. Es handelt sich entsprechend eher um geringe Mengen an zusätzlichen Zertifikaten im EU-EHS.

III. Der Begriff der Emission als zentrales Tatbestandsmerkmal

Art. 2 Abs. 1 EHS-RL definiert den bestehenden Geltungsbereich als „*die Emissionen aus den in Anhang I aufgeführten Tätigkeiten und die Emissionen der in Anhang II aufgeführten Tätigkeiten*“. Dabei ist der Begriff der Emission durch Art. 3 lit. b) EHS-RL als „*die Freisetzung von Treibhausgasen in die Atmosphäre aus Quellen in einer Anlage und die Freisetzung der in Anhang I in Verbindung mit der Tätigkeitskategorie „Luftverkehr“ aufgeführten Gase aus einem Flugzeug, das eine derartige Tätigkeit durchführt*“, definiert.

Anlagen sind nach Artikel 3 lit. e) EHS-RL definiert als „*ortsfeste technische Einheit, in der eine oder mehrere der in Anhang I genannten Tätigkeiten sowie andere unmittelbar damit verbundene Tätigkeiten durchgeführt werden, die mit den an diesem Standort durchgeführten Tätigkeiten in einem technischen Zusammenhang stehen und die Auswirkungen auf die Emissionen und die Umweltverschmutzung haben können*“. Dem Wortlaut und der Systematik der EHS-RL umfasst deren Geltungsbereich also Emissionen aus ortsfesten Anlagen, die Tätigkeiten, die im Anhang I genannt werden, ausüben, sowie bestimmte Flugzeuge, die ebenso im Anhang I genannten Tätigkeiten nachgehen, sofern und soweit sie Emissionen freisetzen.

Im Anhang I der EHS-RL werden dann auch unterschiedliche Tätigkeiten aufgelistet, von denen einige ausdrücklich als Verbrennungsprozesse ausgewiesen sind, andere als Herstellungsprozesse. Ihnen wird jeweils zugeordnet, welche Treibhausgasemissionen im Rahmen der Tätigkeit freigesetzt werden.

Zu der Frage, ob auch solche Tätigkeiten erfasst sind, bei denen nur indirekt Emissionen, etwa durch vorgelagerte Prozesse oder Upstream, entstehen, hat der Europäische Gerichtshof (EuGH) in 2018 entschieden, dass das EU-EHS keine mittelbaren Emissionen umfasst³⁶. In der Rechtssache *Trinseo* ging es um eine Anlage zur Herstellung von Polymeren, einer Tätigkeit die im Anhang I der EHS-RL gelistet ist. Unstreitig setzte die Anlage selbst jedoch keine Treibhausgasemissionen frei. Allerdings musste bei der in Rede stehenden Anlage für den Prozess der Polymerisation Wärme von einer Drittanlage bezogen werden. *Trinseo* und die Kommission trugen vor, dass auch die indirekten Emissionen für jene Wärme aus der Drittanlage einbezogen werden müssten. Der

³⁴ Vgl. Beschluss der Kommission vom 12.04.2006 über die Änderung des Beschlusses der Gemeinschaft C(2005) 481 (endgültig) zu Finnlands einseitiger Einführung von zusätzlichen Tätigkeiten in den gemeinschaftlichen Handel mit Emissionszertifikaten in Übereinstimmung mit Art. 24 der Richtlinie 2003/87/EG (nur auf Finnisch und Schwedisch verfügbar).

³⁵ Vgl. Beschluss 2010/634/EU der Kommission vom 22.10.2010, ABl. Nr. L 279/34 vom 23.10.2010, Erwg. 3 und 12. Ebenso Beschluss 2013/448/EU vom 05.09.2013, ABl. Nr. L 240/27 vom 07.09.2013, Erwg. 18.

³⁶ EuGH C-577/16 vom 28.02.2018 (*Trinseo*), Rn. 51.

EuGH verneinte dies ausdrücklich: Der Geltungsbereich der EHS-RL beschränkt sich auf Anlagen, die tatsächlich selbst emittieren, ungeachtet dessen ob sie Tätigkeiten nachgehen, die im Anhang I aufgelistet sind³⁷. Bezüglich der Drittanlage zur Wärmeerzeugung, so der EuGH, fällt diese selbst unter das EU-EHS, wenn sie einer der Tätigkeiten aus Anhang I nachgeht, d.h. im Bereich der Wärmeerzeugung, wenn es sich um eine „Anlage [...] mit einer Gesamtfeuerungswärmeleistung von über 20 MW“ handelt³⁸.

C. Möglichkeit der Ausweitung des EHS auf Verkehr und Wärme in Deutschland

Der Vorschlag zur nationalen Ausweitung des EU-EHS auf Upstream-Emissionen wird kontrovers diskutiert, wobei im Kern drei Rechtsfragen im Raum stehen.

- Zunächst wird in Frage gestellt, ob Art. 24 EHS-RL überhaupt eine Einbeziehung von Upstream-Emissionen zulässt, da der EuGH in jüngster Rechtsprechung einen engen Emissionsbegriff zugrunde zu legen scheint³⁹. Dieser enge Emissionsbegriff beschränke den Geltungsbereich der EHS-RL und damit auch die Möglichkeit der Kommission über eine einseitige Ausweitung auf weitere Bereiche zu entscheiden⁴⁰. Demgegenüber wird vertreten, dass die Mitgliedstaaten einen weiten Ermessensspielraum hätten und insbesondere auch nicht an einen engen Emissionsbegriff gebunden seien⁴¹ (dazu I.).
- Ferner ist fraglich, ob – in der Annahme, dass die Einbeziehung von Upstream-Emissionen grundsätzlich möglich sei – das System der EHS-RL, nach dem Anlagenbetreiber Emissionsgenehmigungen und -Zertifikate erwerben und Berichts- und Monitoringpflichten erfüllen müssen, für Upstream-Emissionen angewendet werden kann⁴². Immerhin ist eine Einbeziehung nach Art. 24 EHS-RL nur „gemäß der Richtlinie“ möglich⁴³ (dazu II.).
- Geht man hingegen schließlich davon aus, dass der Emissionsbegriff bzw. das System der EHS-RL in derzeitiger Fassung nicht auf Upstream-Emissionen anwendbar ist, ist zu untersuchen, ob die Kommission noch im Rahmen ihrer Befugnisübertragung handelt, wenn sie eine einseitige Ausweitung durch einen Mitgliedstaat genehmigt⁴⁴ (dazu III.).

³⁷ EuGH C-577/16 vom 28.02.2018 (Trinseo), Rn. 51, 60.

³⁸ EuGH C-577/16 vom 28.02.2018 (Trinseo), Rn. 56.

³⁹ EuGH C-460/15 vom 19.01.2017 (Schaefer-Kalk), EuGH C-577/16 vom 28.02.2018 (Trinseo).

⁴⁰ So BMU, Warum eine Einbeziehung des Verkehrssektors in den Europäischen Emissionshandel nicht möglich ist, Stellungnahme vom 06.05.2019, S. 5.

⁴¹ So: Ohms Rechtsanwälte, Rechtliche Optionen und Konflikte einer Einbeziehung des Straßenverkehrs in den Emissionshandel, Stellungnahme vom 24.06.2019, S. 17 sowie *Nettesheim*, Die Einbeziehung des Transportsektors in das Europäische Emissionshandelssystem, Gutachten vom 02.07.2019, S. 22, 31.

⁴² So z. B. Ohms Rechtsanwälte, Rechtliche Optionen und Konflikte einer Einbeziehung des Straßenverkehrs in den Emissionshandel, Stellungnahme vom 24.06.2019, S. 17.

⁴³ Art. 24 Abs. 1 S. 1 EHS-RL.

⁴⁴ Dafür: z. B. *Nettesheim*, Die Einbeziehung des Transportsektors in das Europäische Emissionshandelssystem, Gutachten vom 02.07.2019, S. 32, Ohms Rechtsanwälte, Rechtliche Optionen und Konflikte einer Einbeziehung des Stra-

Diese Rechtsfragen bezüglich der Auslegung des Art. 24 EHS-RL werden im Folgenden geprüft. Dabei wird nicht weiter darauf eingegangen, ob andere EU-rechtliche Vorbehalte gegen eine nationale Ausweitung des EHS auf Upstream-Emissionen bestehen⁴⁵.

I. Enger Emissionsbegriff beschränkt den Anwendungsbereich der EHS-RL

Zunächst ist der Geltungsbereich der EHS-RL durch Art. 2 Abs. 1 EHS-RL ausdrücklich auf Emissionen begrenzt. Diese sind als Freisetzung von Treibhausgasen definiert, was nach Rechtsprechung des EuGH ausdrücklich nur direkte Emissionen betrifft⁴⁶. Mittelbare Emissionen, also auch Upstream-Emissionen, sind davon nicht umfasst. Dabei ist anzumerken, dass der EuGH theoretisch auch anders hätte entscheiden und den Emissionsbegriff weit interpretieren können, so dass auch Upstream-Emissionen in den EU-EHS hätten einbezogen werden können. Allerdings wäre diese Interpretation – selbst wenn sie in frühen Gutachten, und ggf. sogar vom Europäischen Rat vertreten wurde⁴⁷ – im Licht des Wortlauts und der Systematik der Richtlinie generell schwer zu vertreten. Immerhin ist der Begriff der Emission regelmäßig mit dem Begriff der Anlage verknüpft, was etwa die Genehmigungs- und Berichtspflichten aus Art. 4 ff. EHS-RL betrifft. Dieses System scheint gerade nicht auf Upstream-Emissionen angelegt zu sein.

Aus der jüngsten Rechtsprechung des EuGH ergibt sich für Art. 24 EHS-RL eine bedeutende Einschränkung: Der Gesetzgeber kann im Rahmen eines Rechtsakts nur Kompetenzen übertragen, die in den Rahmen dieses Rechtsakts und damit der Kompetenz des Unionsgesetzgebers selbst fallen⁴⁸. Die Delegation muss zudem bestimmten, in Art. 290 Abs. 1 UAbs. 2 AEUV primärrechtlich geregelten Anforderungen gerecht werden, d. h. es muss festgelegt werden, was die Ziele, Inhalt, Geltungsbereich und Dauer der Befugnisübertragung sind.

Wenn aber mittelbare Emissionen bereits nicht vom Geltungsbereich der EHS-RL umfasst sind, dann können darin mittelbare Emissionen generell nicht geregelt werden. Allerdings erfordert die nationale Ausweitung nach Art. 24 EHS-RL eine Genehmigung durch die Kommission, zu der die Kommission auch ermächtigt wird. Für Sachverhalte, die nicht vom Geltungsbereich der EHS-

ßenverkehrs in den Emissionshandel, Stellungnahme vom 24.06.2019, S. 17; Dagegen: BMU, Warum eine Einbeziehung des Verkehrssektors in den Europäischen Emissionshandel nicht möglich ist, Stellungnahme vom 06.05.2019, S. 5.

⁴⁵ Auf verfassungsrechtliche Vorbehalte wird an dieser Stelle ebenfalls nicht eingegangen. Diese werden in den Studien des Umweltbundesamts, wie auch in der Literatur diskutiert, und weitestgehend ausgeräumt. Ein derartiger Eingriff wird als im Sinne des Umwelt- und Klimaschutzes als gerechtfertigt gesehen. Ein Verweis auf diese Studien scheint für die Ziele dieses Vermerks ausreichend.

⁴⁶ EuGH C-577/16 vom 28.02.2018 (Trinseo), Rn. 51; EuGH C-469/15 vom 19.01.2017 (Schaefer-Kalk) Rn. 42.

⁴⁷ Vgl. dazu: Deutscher Bundestag, Sachstand WD 8 – 3000 – 013/18, S. 10.

⁴⁸ Nach dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung aus Art. 5 EUV muss der Unionsgesetzgeber für jede Maßnahme begründen, inwiefern deren Ziele mit den Zielen der Verträge im Einklang stehen, und eine ausreichende Rechtsgrundlage benennen. Über diese Einzelermächtigungen hinaus gilt in Bereichen der geteilten Kompetenz grundsätzlich, dass die Regelungskompetenz bei den Mitgliedstaaten verbleibt, vgl. *Streinz*, in: ders., EUV/AEUV, Kommentar, 3. Auflage 2018, Art. 5 EUV, Rn. 8 ff.

RL umfasst sind, kann Art 24 EHS-RL jedoch keine Genehmigungsgrundlage bieten: Für diese besteht seitens der Kommission keine Kompetenz.

Ferner ist die Kommission in der Ausübung ihrer Kompetenz zur Genehmigung von nationalen Ausweitungen auch an die EHS-RL gebunden. Dies geht nicht zuletzt aus dem Wortlaut „gemäß der Richtlinie“ hervor. Insbesondere muss die Kommission also auch prüfen, ob die Bestimmungen der EHS-RL bezüglich der Ausweitung nach Art. 24 EHS-RL eingehalten werden. Hier ist insbesondere auf die Genehmigungs- und Berichtspflichten nach Art. 4 EHS-RL hinzuweisen, aus dem eindeutig hervorgeht, dass auch Anlagen nach Art. 24 EHS-RL einer Genehmigung bedürfen. Die Bestimmung richtet sich eindeutig an die direkt emittierende Anlage: Diese bedarf einer Genehmigung. Ausgeschlossen ist damit ein System, in dem die Genehmigungspflicht, und damit auch die Verpflichtung zum Erwerb und zur Abgabe von Emissionszertifikaten, bei einer anderen Anlage, oder etwa bei nicht unmittelbar emittierenden Dritten, z. B. den Brennstoffhändlern, aufgehängt wird. Damit ist eine indirekte Einbeziehung unmittelbarer Emissionen über Art. 24 EHS-RL auf diesem Weg nicht möglich.

II. Über Art. 24 EHS-RL einbezogene Bereiche unterfallen den allgemeinen Regeln des EU-EHS

Ferner ist das System der EHS-RL auf ortsfeste Anlagen beschränkt. Die im Jahr 2013 durch den EU-Gesetzgeber vorgenommene Einbeziehung des Flugverkehrs stellt insofern eine Ausnahme dar. Hätte man von dem Grundsatz der ortsfesten Anlagen generell Abstand nehmen wollen, wäre dies im Rahmen der letzten Reformen der EHS-RL etwa durch Streichung des Wortes „ortsfest“ in der Definition der Anlage in Art. 3 lit. e) EHS-RL möglich gewesen. Dies ist aber nicht geschehen, vielmehr wurde der Flugverkehr über einen komplexen Ausnahmemechanismus in einem eigenen Kapitel aufgenommen⁴⁹. Insbesondere wurde der Emissionsbegriff, und damit letztendlich der Geltungsbereich der EHS-RL, nicht grundsätzlich geändert und verweist dieser weiter auf die als ortsfest definierten Anlagen⁵⁰. Auch das System der Genehmigungs- und Berichtspflichten aus Art. 4 ff. EHS-RL ist weiterhin auf Anlagen im Sinne des Art. 3 lit. e) EHS-RL ausgelegt. Dieses System lässt also eine Ausweitung auf Verbrennungsmotoren in Kraftfahrzeugen als nicht-ortsfeste Anlagen nicht zu.

Teils wird argumentiert, dass Art. 24 EHS-RL auf „den Handel mit Emissionszertifikaten“ und nicht auf den Emissionsbegriff abstellen würde. Der Emissionsbegriff sei damit unwesentlich, vielmehr

⁴⁹ Vgl. Art. 3 lit. b) EHS-RL, in dem stattdessen der Emissionsbegriff ausgeweitet wird, sowie das eigens für den Luftverkehr geschaffene Kapitel II EHS-RL.

⁵⁰ Vielmehr wurde die Definition von Emission umständlich von der „Freisetzung von Treibhausgasen in die Atmosphäre aus Quellen in einer Anlage“ um die „Freisetzung der in Anhang I in Verbindung mit der Tätigkeitskategorie „Luftverkehr“ aufgeführten Gase aus einem Flugzeug, das eine derartige Tätigkeit durchführt“ ergänzt.

käme es auf die Zertifikate an, und die könnten ja auch für andere Tätigkeiten ausgestellt werden⁵¹. Zwar ist der Begriff Emissionszertifikat nicht definiert. Allerdings ist der Begriff des „Zertifikats“ bestimmt als *„das Zertifikat, das zur Emission von einer Tonne Kohlendioxidäquivalent in einem bestimmten Zeitraum berechtigt; es gilt nur für die Erfüllung der Anforderungen dieser Richtlinie und kann nach Maßgabe dieser Richtlinie übertragen werden“*⁵². Dadurch wird allein schon durch den Zertifikatsbegriff auf den Emissionsbegriff verwiesen. Dass nun der Begriff des „Emissionszertifikats“, der die beiden nach dem Wortlaut der EHS-RL auf Emissionen abstellenden Begriffe „Emission“ und „Zertifikat“ vereint, ausgerechnet einen anderen Emissionsbegriff, als durch den EuGH definiert, zulassen soll, kann nicht überzeugen.

Zwar soll Art. 24 EHS-RL ausdrücklich der Ausweitung des EU-EHS dienen. Nach teleologischer Auslegung sprechen dann auch gute Argumente dafür, von einem weiten Spielraum für die Mitgliedstaaten auszugehen⁵³. Auch ist richtig, dass eine (einseitige) Einbeziehung des Verkehrssektors in der Vergangenheit diskutiert und insbesondere vom Europäischen Rat offenbar angeregt wurde⁵⁴. Allerdings waren die Diskussionen zumindest für den Verkehrssektor regelmäßig auf das EU-EHS, d.h. auf eine Ausweitung auf EU-Ebene und nicht einseitig über Art. 24 EHS-RL, beschränkt⁵⁵. Ferner kann dies auch nichts daran ändern, dass der Wortlaut – und die Systematik – der EHS-RL, wie diese durch den EU Gesetzgeber vorgegeben und durch den EuGH ausgelegt werden, gegen die Möglichkeit der einseitigen Einbeziehung des Verkehrssektors sprechen. Außerhalb dieses Rahmens hat die EU Kommission schlichtweg keine Kompetenz, etwaige Genehmigungen zu erteilen, sei es für Upstream-Ansätze oder für nicht-ortsfeste Anlagen.

⁵¹ So offenbar Ohms Rechtsanwälte, Rechtliche Optionen und Konflikte einer Einbeziehung des Straßenverkehrs in den Emissionshandel, Stellungnahme vom 24.06.2019, S. 16.

⁵² Art. 3 lit. a) EHS-RL.

⁵³ *Nettesheim*, Die Einbeziehung des Transportsektors in das Europäische Emissionshandelssystem, Gutachten vom 02.07.2019, S. 32 ff.

⁵⁴ Der Europäische Rat erinnerte 2014 ausdrücklich an die Möglichkeit für die Mitgliedstaaten, „sich nach den geltenden Rechtsvorschriften dafür entscheiden [zu] können, den Verkehrssektor in das Emissionshandelssystem einzubeziehen“. Allerdings ist diese Erinnerung in einem Absatz verortet, der sich primär an die Kommission richtet und Maßnahmen auf EU Ebene fordert. Es muss sich dabei also nicht zwangsläufig um nationale Ausweitungen nach Art. 24 EHS-RL handeln, sondern es ist möglich, dass dem Rat eine Ausweitung des EU-EHS „nach den geltenden Rechtsvorschriften“, d. h. dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren, vorschwebte, vgl. dazu Schlussfolgerungen des Rates vom 24.-25.10.2014; auch: Deutscher Bundestag, Sachstand WD 8 – 3000 – 013/18, S. 10.

⁵⁵ Vgl. Deutscher Bundestag, Sachstand WD 8 – 3000 – 013/18; von den dort als Sachstand präsentierten Studien untersuchen nur zwei Studien des Umweltbundesamtes aus dem Jahr 2014 die „Opt-In“ Möglichkeit des Art. 24 EHS-RL. Beide Studien kommen offenbar zu der Schlussfolgerung, dass eine solche Ausweitung auf Basis dieser Bestimmung möglich sei. Auf europäischer Ebene ist insbesondere auf einen Bericht des Europäischen Parlaments zu verweisen, der aber auch eher von einer EU-weiten Ausweitung ausgeht: Policy Department – Economic and Scientific Policy, *The Future of the European Emission Trading System*, Februar 2008.

III. Keine Kompetenz zur Änderung des Emissionsbegriffs und des Genehmigungs- und Berichtssystems des EU-EHS im Zusammenhang mit Art. 24 EHS-RL

Art. 24 Abs. 1 EHS-RL ermächtigt die Kommission zu delegierten Rechtsakten bezüglich der Genehmigung der mitgliedstaatlichen Einbeziehung weiterer Tätigkeiten und Treibhausgase. Delegierte Rechtsakte können zur Ergänzung oder Änderung nicht wesentlicher Bestimmungen eines Rechtsakts genutzt werden. In Art. 24 Abs. 1 EHS-RL ist allerdings nicht vorgegeben, um welche Form von Delegation es sich vorliegend handelt. Fraglich ist, ob dies so interpretiert werden kann, dass die Kommission damit eine Änderungskompetenz nicht wesentlicher Bestimmungen der EHS-RL erhält⁵⁶. Sollte eine solche Änderungskompetenz bestehen, könnte man argumentieren, dass die Kommission auf Basis dieser den Emissionsbegriff des Art. 3 lit. b) EHS-RL für die Anwendung des Art. 24 EHS-RL dahingehend ändern könnte, dass bei nationaler Ausweitung auch mittelbare Emissionen berücksichtigt werden können.

Der EuGH hat allerdings in einem Urteil aus 2017⁵⁷ entschieden, dass eine Änderung des Emissionsbegriffs eine wesentliche Änderung der EHS-RL sei. In dem Verfahren ging es um CO₂, das nicht in die Atmosphäre freigesetzt wurde, sondern in Form von Kalk permanent stofflich eingespeichert wurde. Der EuGH erklärte, dass der Begriff der Emission immer die Freisetzung eines Treibhausgases in die Atmosphäre voraussetzen würde. Permanent gespeichertes CO₂ ist dahingegen nicht vom Emissionsbegriff erfasst. Die Kommission habe also durch die Einbeziehung des nicht emittierten CO₂ in den Emissionsbegriff diesen Begriff, wie er nach der EHS-RL definiert ist, erweitert⁵⁸. Dies sei eine wesentliche Änderung, zu der damit keine Befugnis bestand⁵⁹.

Das Urteil hat in sich selbst zwar keine Bezüge zu Art. 24 EHS-RL⁶⁰. Allerdings ist davon auszugehen, dass der EuGH bezüglich der Befugnisse der Kommission zum Erlass von delegierten Rechtsakten einheitlich die Ansicht vertreten wird, dass Änderungen des Emissionsbegriffs als wesentliche Änderungen und somit als unzulässig anzusehen sind. Die Einbeziehung von Upstream-Emissionen in den Emissionsbegriff ist also auf diesem Weg ausgeschlossen.

Damit wäre es selbst in der Annahme, dass Art. 24 EHS-RL eine rechtmäßige Befugnisübertragung an die Kommission darstellt, auf Basis derer Änderungen an der EHS-RL vorgenommen werden

⁵⁶ Vielmehr kann man hinterfragen, ob es damit überhaupt zu einer rechtmäßigen Delegation im Rahmen des Art. 290 AEUV gekommen ist, vgl. *Gellermann*, in: Streinz, EUV/AEUV, Kommentar, 3. Auflage 2018, Art. 290 AEUV, Rn. 6.

⁵⁷ EuGH C-460/15 vom 19.01.2017 (Schaefer Kalk).

⁵⁸ EuGH C-460/15 vom 19.01.2017 (Schaefer Kalk), Rn. 40.

⁵⁹ EuGH C-460/15 vom 19.01.2017 (Schaefer Kalk), Rn. 42; bestätigend: EuGH C-561/18 vom 06.02.2019 (Solvay Chemicals), Rn. 35.

⁶⁰ Vielmehr ging es in der Sache um eine Verordnungsermächtigung der Kommission, um bestimmte Berichtspflichten nach Art. 14 EHS-RL zu regeln. Nach der damaligen Rechtslage wurde noch nicht zwischen Durchführungs- und delegierten Rechtsakten unterschieden, sondern es galten die alten Komitologieregelungen. In der heutigen Fassung der EHS-RL sind die Berichtspflichten in Durchführungsrechtsakten zu regeln, die Änderungen nicht zulassen.

können, ausgeschlossen, dass diese zur Ausweitung des Geltungsbereichs der EHS-RL dahingehend genutzt wird, dass auch Upstream-Emissionen erfasst sind.

Nichts anderes ergibt sich mit Bezug auf die Idee, die Kommission könne im Rahmen ihrer Kompetenz aus Art. 24 EHS-RL zulassen, dass bestimmte Regelungen der EHS-RL, die nicht auf die Einbeziehung von Upstream-Emissionen oder nicht-ortsfeste Anlagen ausgelegt sind, angepasst oder in Bezug auf diese Emissionen analog ausgelegt werden⁶¹. Solche Handlungen würden sich ebenso außerhalb der primärrechtlich nur in engen Grenzen möglichen Befugnisübertragung auf die Kommission und damit jenseits der Kompetenz der Kommission nach Art. 24 i. V. m. 23 EHS-RL bewegen.

D. Fazit: Einschränkung des Anwendungsbereichs des Art. 24 EHS-RL

Die enge Auslegung des Emissionsbegriffs nach der Rechtsprechung des EuGH führt in Verbindung mit dem Geltungsbereich der EHS-RL zu einem Spannungsverhältnis mit Sinn und Zweck des Artikels 24 EHS-RL. Dieser soll gerade die Ausweitung des Geltungs- oder Anwendungsbereichs des EHS ermöglichen. Wie eingangs erwähnt wurde diese Bestimmung allgemein immer eher weit verstanden, und offensichtlich hatte auch der Unionsgesetzgeber daran gedacht, damit den Mitgliedstaaten ein Opt-In für den Verkehrssektor zu ermöglichen.

Durch die jüngste Rechtsprechung des EuGH wird nun jedoch eine Kompetenz zur Einbeziehung von Upstream-Emissionen ausgeschlossen. Insbesondere die Einbeziehung des Verkehrs wird damit quasi unmöglich, da sowohl eine Verpflichtung der Brennstoffhändler über den Emissionsbegriff als auch eine Verpflichtung der Fahrzeughalter über den Anlagenbegriff, der nach Art. 3 lit. e) EHS-RL auf ortsfeste Anlagen beschränkt ist, ausscheiden.

Allerdings ist Art. 24 EHS-RL damit nicht komplett inhaltsleer geworden. Im Wärmebereich wäre es immer noch – auch nach jetziger Rechtslage – möglich, Kleinemittenten für ihre unmittelbaren Emissionen einzubeziehen. Zwar würde dies einiges an administrativem Aufwand erfordern, der Geltungsbereich des EHS würde dem jedoch nicht entgegenstehen.

Interessant ist hier auch ein Blick auf die bisherige Anwendungspraxis des Art. 24 EHS-RL: Es gibt Mitgliedstaaten, die kleinere Verbrennungsanlagen einbezogen haben, wobei sich die Volumina der damit erfassten zusätzlichen Emissionen allerdings in Grenzen halten. Die Einbeziehung erfolgte auf Genehmigung der Kommission, mit entsprechender Entscheidung zur Ausgabe von zusätzlichen Emissionszertifikaten. Darüber hinaus waren keine Änderungen im EU-EHS erforderlich und die von den Mitgliedstaaten neu einbezogenen Anlagen unterstehen denselben Regeln, wie alle anderen, über die Anhänge I und II EHS-RL auf EU Ebene in das System einbezogenen

⁶¹ Anders offenbar: Ohms Rechtsanwälte, Rechtliche Optionen und Konflikte einer Einbeziehung des Straßenverkehrs in den Emissionshandel, Berlin, Stellungnahme vom 24.06.2019, S. 16; *Nettesheim*, Die Einbeziehung des Transportsektors in das Europäische Emissionshandelssystem, Gutachten vom 02.07.2019, S. 39.

Anlagen. Würde man hingegen tatsächlich den Verkehr einbeziehen oder generell einen Upstream-Ansatz verfolgen wollen, müsste man hingegen Maßnahmen treffen, um das System der EHS-RL auf die ein oder andere Weise anzupassen, dass auch diese Tätigkeiten sinnvoll genehmigt und ihre Emissionen berichtet werden können.

Zusammenfassend lässt sich damit festhalten, dass derzeit der Wortlaut und die Systematik der EHS-RL es nicht zulassen, über Art. 24 EHS-RL mittels einer Verpflichtung der Brennstoffhändler, für Upstream-Emissionen Emissionszertifikate zu erwerben und abzugeben, den Verkehrs- (und Wärme-)Sektor in den EU-EHS einzubinden. Das EU-EHS ist auf tatsächliche, direkte Emissionen in den ihm unterstehenden Anlagen beschränkt. Ein Downstream-Ansatz, der bei den Kfz-Fahrern selbst ansetzt, ist auch nicht möglich, da das EU-EHS mit Ausnahme des Flugverkehrs nur ortsfeste Anlagen umfasst. Im Bereich der Wärmeerzeugung könnten hingegen kleinere Verbrennungsanlagen in einem Downstream-Ansatz einbezogen werden.

Es steht dem EU Gesetzgeber natürlich offen, die EHS-RL dahingehend zu ändern, dass eine nationale Ausweitung auf Upstream-Emissionen oder die Einbeziehung des Verkehrs, generell oder einseitig, möglich wird⁶². Nach jahrelangen kleinteiligen Änderungen könnte über ein sauberes Recast-Verfahren nachgedacht werden, wie dies jüngst etwa mit der Erneuerbare-Energien-Richtlinie⁶³ durchlaufen wurde. Im Rahmen einer solchen Ausweitung sollten dann auch die Bestimmungen der EHS-RL allgemein auf ihre Konsistenz und Verständlichkeit geprüft werden. Der Rechtswissenschaft und -praxis würde man damit sicherlich einen Gefallen tun.

⁶² Laut der Stellungnahme des BMU vom 06.05.2019 soll der Gesetzgeber im Rahmen der letzten Reform der EHS-RL angeblich diese Einschränkung akzeptiert haben, in dem keine Änderung vorgenommen wurde, vgl. BMU, Warum eine Einbeziehung des Verkehrssektors in den Europäischen Emissionshandel nicht möglich ist, Stellungnahme vom 06.05.2019, S. 5. Nach der hier vertretenen Einschätzung ist es jedoch wahrscheinlicher, dass diese einschränkende Wirkung der Urteile des EuGH bislang nicht bewusst war und entsprechend (noch) nicht diskutiert wurde.

⁶³ Richtlinie (EU) 2018/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.12.2018 zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen, ABl. Nr. L 328/82 vom 21.12.2018.