

Berlin, 14. August 2024

STELLUNGNAHME

zum

Referentenentwurf eines Gesetzes zur Anpassung des Treibhausgas-Emissionshandelsgesetzes an die Änderung der Richtlinie 2003/87/EG (TEHG-Europarechtsanpassungsgesetz 2024)

Der en2x Wirtschaftsverband Fuels und Energie e.V. und die MEW Mittelständische Energiewirtschaft Deutschland e.V. bedanken sich für die Möglichkeit zur Stellungnahme zu o.g. Gesetzentwurf und nehmen diese wie folgt wahr.

1. § 1 Zweck des Gesetzes

§ 1 Satz 2 des Entwurfes nennt als Ziel auch die Einrichtung eines unionsweiten Brennstoffemissionshandelssystems. Hierfür werden alle künftigen Anwendungsbereiche in § 2 des Entwurfs genannt. Es fehlt der eindeutige Hinweis auf die Tätigkeiten gem. Abschnitt 2 Teil B, also des EU-ETS 2.

Forderung: Klarstellung, dass unter Einrichtung eines unionsweiten Brennstoffemissionshandelssystems das ETS 2 verstanden wird

2. § 3 Nr. 20: Inverkehrbringen von Brennstoffen

a) § 14 Abs. 2 EnergieStG

Nach § 3 Nr. 20 gelten Brennstoffe als in den steuerrechtlich freien Verkehr überführt mit dem Entstehen der Energiesteuer u.a. nach § 14 Absatz 2 (EnergieStG). Das nationale Recht hat den Steuerentstehungstatbestand des § 14 Absatz 2 seit Ende des Jahres 2022 aus der Inverkehrbringsregelung gestrichen. Die von § 14 Absatz 2 EnergieStG adressierten Differenzmengen ergeben sich regelmäßig aus Messdifferenzen bei der Mengenermittlung an Lade- und Löschstellen und stellen keine tatsächlich in den Verkehr gebrachten Brennstoffmengen dar. Die Streichung des Steuerentstehungstatbestands des § 14 Absatz 2 EnergieStG stellt einen Gleichlauf mit der nationalen Treibhausgasminderungsquotenregelung im Kraftstoffbereich nach § 37a BImSchG her.¹

Hinsichtlich der - national in § 14 Absatz 2 EnergieStG erfassten – Differenzmengen führt die Europäische Kommission in ihren Leitlinien wie folgt aus:

„Die MRR sieht besondere Bestimmungen für die erste Methode (ETD/ED-Regelung) vor, indem sie es den zuständigen Behörden ermöglicht, gegebenenfalls von regulierten Unternehmen die Verwendung dieser Methode zu verlangen, und indem sie es regulierten Unternehmen gestattet, davon auszugehen, dass sie die in Abschnitt 5.3.1 aufgeführte höchste Stufe ohne Beurteilung der Messunsicherheit erfüllen. Etwaige „Unregelmäßigkeiten“, die gemäß Artikel 6 Absatz 7 (Teilver-

¹ So die die Begründung zum Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Brennstoffemissionshandelsgesetzes, Bundestags-Drucksache 20/3438

(luste) und Artikel 9 (Korrekturen für Beförderungen unter Steueraussetzung zwischen Mitgliedstaaten) des Verbrauchsteuerrichtlinie auftreten, müssen jedoch nicht berücksichtigt werden und können als außerhalb des Geltungsbereichs des ETS 2 betrachtet werden.²

b) § 23 Abs. 1 und 1a EnergieStG

Nach § 3 Nr. 20 gelten Brennstoffe als in den steuerrechtlich freien Verkehr überführt mit dem Entstehen der Energiesteuer u.a. nach § 23 Absätze 1 und 1a EnergieStG. Das nationale Recht hat auch diesen Steuerentstehungstatbestand seit Ende des Jahres 2022 aus der Inverkehrbringensregelung gestrichen. Die bisherige Bezugnahme auf den Steuerentstehungstatbestand des § 23 Absatz 1 und 1a EnergieStG diente als Inverkehrbringensregelung für abfallstähmige Brennstoffe, diese Funktion wird nunmehr durch § 2 Absatz 2a BEHG übernommen. Durch die Streichung von § 23 Absatz 1 und 1a EnergieStG aus dem § 2 Absatz 2 Satz 1 BEHG werden lediglich geringfügige Mengen von fossilen Brennstoffemissionen aus der CO₂-Bepreisung ausgenommen, für deren Bepreisung jedoch ein hoher administrativer Aufwand erforderlich würde.³

Zu § 23 EnergieStG führt der Referentenentwurf auf Seite 86 aus: „Eine Besonderheit bilden die Inverkehrbringer von Energieerzeugnissen, die der Energiesteuer gemäß § 23 EnergieStG unterfallen. Diese Verantwortlichen unterliegen nicht den BEHG-Pflichten, werden aber vom ETS-2 erfasst.“ Die rechtliche Auffassung, dass diese vom ETS 2 erfasst sind, wird hier nicht geteilt.

Begründung:

Die EU-Richtlinie definiert Brennstoff in Artikel 3 Buchstabe (af) und verweist dabei auf Artikel 2 der Energiesteuerrichtlinie:

(af) „Brennstoff“ im Sinne von Kapitel IVa dieser Richtlinie jedes Energieerzeugnis gemäß Artikel 2 Absatz 1 der Richtlinie 2003/96/EG, einschließlich der in Anhang I Tabelle A und Tabelle C der genannten Richtlinie aufgeführten Heiz- bzw. Kraftstoffe, sowie jedes andere Erzeugnis, das zur Verwendung als Heiz- oder Kraftstoff gemäß Artikel 2 Absatz 3 der genannten Richtlinie bestimmt, als solcher zum Verkauf angeboten oder als solcher verwendet wird, auch zur Stromerzeugung;

Es wird auch die Auffangklausel des Artikel 2 Absatz 3 der Energiesteuerrichtlinie übernommen, wonach alle anderen Erzeugnisse unter den Anwendungsbereich der Energiesteuerrichtlinie und somit auch unter ETS 2 fallen, die als Kraft- oder Heizstoff oder als Zusatz oder als Verlängerungsmittel von Kraft- und Heizstoffen bestimmt oder als solche zum Verkauf angeboten bzw. verwendet werden. Folglich trifft es zu, dass grundsätzlich alle Erzeugnisse, die als Energieerzeugnis eingesetzt werden, als Brennstoff im Sinne der Emissionshandelsrichtlinie definiert werden und zunächst in deren Anwendungsbereich fallen.

Die Emissionshandelsrichtlinie stellt dann jedoch für eine CO₂-Bepreisung auf die Überführung in den steuerrechtlich freien Verkehr ab (Anhang III). Artikel 3 Buchstabe (ag) definiert:

² Guidance-Dokument, Seite 26, übersetzt. Die dort aufgeführte Fußnote 48 lautet übersetzt wie folgt: Anhang III der Richtlinie sieht die Berücksichtigung von „...Brennstoffen vor, die zur Verbrennung in Gebäuden, im Straßenverkehr und in weiteren Sektoren verwendet werden“. Da in keinem dieser Sektoren nachgewiesen werden kann, dass die Brennstoffe, die Teil der „Unregelmäßigkeiten“ sind, zur Verbrennung verwendet werden können, fallen die entsprechenden Brennstoffmengen nicht in den Anwendungsbereich von ETS 2.

³ So die Begründung zum Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Brennstoffemissionshandelsgesetzes, Bundestags-Drucksache 20/3438

(ag) „Überführung in den steuerrechtlich freien Verkehr“ im Sinne von Kapitel IVa dieser Richtlinie eine Überführung in den steuerrechtlich freien Verkehr im Sinne von Artikel 6 Absatz 3 der Richtlinie (EU) 2020/262;

Dabei wird abschließend auf Artikel 6 Absatz 3 der Verbrauchsteuersystemrichtlinie (2020/262) verwiesen. Diese Richtlinie regelt die Lagerung und Beförderung von Energieerzeugnissen unter Steueraussetzung sowie den grenzüberschreitenden versteuerten Warenverkehr. Das bedeutet, dass Artikel 6 Absatz 3 ausschließlich die Steuerentstehung für jene Energieerzeugnisse regelt, für die das Steueraussetzungsverfahren anzuwenden ist. Diese sind in Artikel 20 der Energiesteuerrichtlinie aufgelistet und in § 4 EnergieStG ins nationale Recht übernommen. Aus diesem Grund regelt Artikel 21 Abs. 5 der Energiesteuerrichtlinie dann für Kohle und Erdgas, welche keine Steueraussetzungsprodukte sind und somit nicht unter Artikel 20 der Energiesteuerrichtlinie fallen, dass auch für diese Erzeugnisse Artikel 6 der Verbrauchsteuersystemrichtlinie entsprechend anzuwenden ist:

Artikel 21 Absatz 5 Unterabsatz 1 der Energiesteuerrichtlinie enthält nämlich den Verweis auf Artikel 6 der Verbrauchsteuersystemrichtlinie (früher Richtlinie 92/12/EWG, dann Richtlinie 2008/118/EG, jetzt Richtlinie (EU) 2020/262): „In Anwendung der Artikel 5 und 6 der Richtlinie 92/12/EWG werden für elektrischen Strom und Erdgas Steuern erhoben; diese entstehen zum Zeitpunkt der Lieferung durch den Verteiler oder Weiterverteiler.“

Kohle ist ebenfalls über Artikel 6 der Verbrauchsteuersystemrichtlinie erfasst: Artikel 21 Absatz 5 Unterabsatz 4 der Energiesteuerrichtlinie enthält den Verweis auf Artikel 6 der Verbrauchsteuersystemrichtlinie (früher Richtlinie 92/12/EWG, dann Richtlinie 2008/118/EG, jetzt Richtlinie (EU) 2020/262): „In Anwendung der Artikel 5 und 6 der Richtlinie 92/12/EWG werden für Steinkohle, Koks und Braunkohle Steuern erhoben; diese entstehen zum Zeitpunkt der Lieferung durch Unternehmen, die zu diesem Zweck bei den zuständigen Behörden registriert sein müssen.“⁴

Folglich sind Erdgas und Kohle über diese Verweise in der Energiesteuerrichtlinie auch von Artikel 6 der Verbrauchsteuersystemrichtlinie und somit vom EU-ETS 2 erfasst.

Nicht erfasst sind hingegen die Produkte des § 23 EnergieStG, denn der Steuerentstehungstatbestand des § 23 Abs. 1 EnergieStG ist auf die Richtlinienvorgaben in Artikel 21 Abs. 1 in Verbindung mit Artikel 2 Abs. 3 Energiesteuerrichtlinie und eben nicht auf die Verbrauchsteuersystemrichtlinie zurückzuführen. Artikel 21 Absatz 1 Energiesteuerrichtlinie formuliert nämlich: „Über die allgemeinen Vorschriften zur Definition des Steuertatbestands und die Vorschriften für die Entrichtung der Steuer gemäß der Richtlinie 92/12/EWG hinaus entsteht die Steuer auf Energieerzeugnisse ferner bei Eintritt eines Steuertatbestands gemäß Artikel 2 Absatz 3 der vorliegenden Richtlinie.“⁵

Die Emissionshandelsrichtlinie enthält aber - trotz einer zunächst umfassenden Brennstoffdefinition - keinen Verweis auf Artikel 21 Absatz 1 der Energiesteuerrichtlinie (also auf eine Steuerentstehung über die Verbrauchsteuersystemrichtlinie hinaus), der die Produkte des § 23 Energiesteuergesetz erfasst. Es wird, wie oben dargestellt, abschließend nur auf Artikel 6 Absatz 3 der Verbrauchsteuersystemrichtlinie verwiesen. Auch wenn es vielleicht gewollt ist, über eine umfassende Brennstoffdefinition alles in das ETS 2 einzubeziehen, fehlt es hinsichtlich des § 23 EnergieStG aktuell an einer Rechtsgrundlage im Richtlinienrecht.

⁴ Unterstreichungen durch Verfasser

⁵ Unterstreichungen durch Verfasser

Fazit: Mit der Definition „Überführung in den steuerrechtlich freien Verkehr“ in Artikel 3 Buchstabe (ag) der Emissionshandelsrichtlinie und dem dortigen abschließenden Verweis auf Artikel 6 Absatz 3 der Verbrauchsteuersystemrichtlinie wurde also der Steuerentstehungstatbestand nur für die Energieerzeugnisse übernommen, die dem Steueraussetzungsverfahren unterliegen oder für die eine entsprechende Anwendung gemäß Artikel 21 Abs. 5 der Energiesteuerrichtlinie festgelegt worden ist. § 23 EnergieStG, der auf Artikel 21 Absatz 1 der Energiesteuerrichtlinie zurückzuführen ist, fällt nicht in den Anwendungsbereich des ETS 2. Einer Übernahme ins nationale Recht bedarf es daher nicht, die bisherige Rechtslage im nationalen Emissionshandelssystem kann beibehalten werden.

Ergebnis: Der nationale Gesetzgeber sollte § 14 Absatz 2 sowie § 23 Absätze 1 und 1a bereits in der TEHG-Novelle aus § 3 Nr. 20 streichen. Die Verordnungsermächtigung in § 44 Absatz 1 Nr. 10 TEHG wäre dann obsolet bzw. erst für künftige Anwendungsbeschränkungen einzelner in § 3 Nr. 20 aufgeführter Entstehungstatbestände erforderlich.⁶

Forderung: §§ 14 Absatz 2 und 23 Absätze 1 und 1a EnergieStG aus § 3 Nr. 20 TEHG streichen

3. § 6 Überwachungsplan

§ 6 Absatz 1 verpflichtet auch Verantwortliche, bei der zuständigen Behörde für jede Handelsperiode einen Überwachungsplan für die Emissionsermittlung und Berichterstattung nach § 5 Absatz 1 zur Genehmigung einzureichen. Im nationalen Emissionshandel ist ein Überwachungsplan einmalig abzugeben und nach Maßgabe des § 6 Absatz 4 BEHG zu aktualisieren. Ist es auch für das ETS 2 erforderlich, für jede Handelsperiode einen neuen Überwachungsplan einzureichen?

Hinweis: während § 3 Nr. 6 BEHG den Begriff Handelsperiode definiert, ist dem THEG eine solche Definition nicht zu entnehmen.

Forderung: Klarstellung/Ergänzung

4. Fristen: § 7 Absatz 2: Abgabeverpflichtung für Verantwortliche; §§ 21 und 43 Berichterstattung über Emissionen

Erstens: Verantwortliche sind verpflichtet, ab dem 1. Januar 2028 jährlich bis zum 31. Mai eine Anzahl von Emissionszertifikaten an die zuständige Behörde abzugeben. Dies entspricht zunächst einmal dem EU-Recht. Soweit Verantwortliche die Energiesteuer gem. § 39 Abs. 3 EnergieStG zulässigerweise ebenfalls zum 31. Mai anmelden, kann diese Energiesteueranmeldung nicht mehr als Basis für die Abgabe von Emissionszertifikaten für die im vergangenen Jahr in Verkehr gebrachten Brennstoffe dienen.

Zweitens: Nach § 43 Absatz 1 haben Verantwortliche der zuständigen Behörde ab dem Berichtsjahr 2025 jährlich bis zum Ablauf des 30. April des jeweiligen Folgejahres über die im Berichtsjahr in Verkehr gebrachten Brennstoffe zu berichten. Damit ist die Zeit zwischen der Abgabe der Jahresquotenammeldung nach § 37c BImSchG (15. April des Folgejahres) bis zum 30. April schon zu knapp bemessen. Unter Berücksichtigung der erforderlichen Verifizierung des Emissionsberichts des Verantwortlichen ist der 30. April dann faktisch nicht mehr einzuhalten. Die Daten aus der Jahresquotenammeldung sind jedoch für die Ermittlung abzugsfähiger Brennstoffmengen und die damit einhergehende verringerte Anzahl zu erwerbender Emissionszertifikate höchst relevant. Hinzu kommt, dass durch die nationalen Behörden eine Fristverlängerung für die Abgabe der Jahresquotenammeldung in den letzten vier Jahren regelmäßig bis zum 15. Juni, im aktuellen Jahr sogar bis zum 30. August gewährt

⁶ Möglicherweise ein redaktionelles Versehen im Gesetzentwurf: es muss wohl § 3 Nr. 20 heißen

wurde, was nach unserem Informationsstand zu einem nicht unerheblichen Teil darauf zurückzuführen war, dass die zuständigen Behörden ihre Prüfungen nicht rechtzeitig abschließen konnten.

Drittens: Es kommt erschwerend hinzu, dass die Berichtspflichten im ETS 1, im ETS 2, nach dem nEHS als auch für die Treibhausgasminderungsquote in vielen Fällen von denselben Personen in den Unternehmen wahrgenommen werden. Angesichts der Komplexität der Erfassung und des Berichtswesens sowie der erforderlichen fachlichen Kompetenz in den genannten Bereichen ist es den Wirtschaftsbeteiligten nicht möglich, Aushilfskräfte übergangsweise einzustellen, um den gesetzlichen Anforderungen gerecht zu werden.

Fazit: Die Fristen sind – zwar dem EU-Recht entnommen – aber eben nicht kongruent. Eine Einhaltung ist faktisch nicht möglich.

Forderung: Deutschland muss sich für Änderungen im EU-Recht einsetzen, die zu einer praktikablen Fristsetzung führt. Bis dahin müssen Änderungsmöglichkeiten nach Ablauf der aktuell festgelegten Fristen vorgesehen werden.

5. § 32 Absatz 3 Zusätzliche Nachweispflichten für Luftfahrzeugbetreiber

Die kostenlosen Berechtigungen nach Absatz 2 können bereits für 2024 beantragt werden. Es ist unklar, wie der zusätzlich zu erbringende Nachweis aussehen soll. Sofern die zuständige Behörde Nachweise aus der Datenbank Nabisy verlangen sollte, ist zu beachten, dass es aktuell noch keinen entsprechenden Biomassecode für den Luftverkehr gibt, der die Ausstellung eines entsprechenden Nachweises in der Datenbank ermöglicht.

Forderung: Die Form des Nachweises ist klar zu regeln und muss rückwirkend zum 1. Januar 2024 umsetzbar sein.

6. § 33 Überwachung, Berichterstattung, Prüfung und Kompensation nach CORSIA

Mit der Verordnung zur Gewährleistung gleicher Wettbewerbsbedingungen für einen nachhaltigen Luftverkehr (ReFuelEU Aviation)⁷ muss Flugkraftstoff ab 2025 einen Mindestanteil an nachhaltigen Flugkraftstoffen (Sustainable Aviation Fuels, kurz SAF) enthalten. Die Luftfahrzeugbetreiber können SAF in einem Emissionshandelssystem wie EU ETS 1 oder CORSIA anrechnen. Die Kriterien zur Anrechnung von SAF in EU ETS 1 bzw. CORSIA sind allerdings nicht identisch, das Zusammenspiel zwischen den 3 Regulierungsbereichen wird nicht deutlich.

Forderung: Klarstellung, wie ReFuel EU Aviation, EU-ETS 1 und CORSIA zusammenhängen.

7. § 43 Absatz 3 und § 44 Absatz 1 Nr. 2: Berichterstattung über den an Verbraucher weitergegebenen Anteil der durch den Brennstoffemissionshandel bedingten Kosten

Verantwortliche haben für die Kalenderjahre 2027 bis 2029 den durchschnittlichen Anteil der durch den Brennstoffemissionshandel gemäß Kapitel IVa der EU-Emissionshandelsrichtlinie im Zusammenhang mit der Abgabe von Emissionszertifikaten bedingten Kosten, den sie im Vorjahr an Verbraucher weitergegeben haben, bis zum Ablauf des 30. April des jeweiligen Folgejahres der zuständigen Behörde zu berichten.

⁷ Verordnung (EU) 2023/2405 vom 18. Oktober 2023

Für den Erwerb von Emissionszertifikaten und deren Handel wird jedes Unternehmen je nach Zeitpunkt, Verhandlungsgeschick und Erwerbsstrategie (z.B. Auktion, OTC-Kauf) unterschiedliche individuelle Preise für die benötigten Zertifikate berücksichtigen müssen. Diese Preise stellen wettbewerblich vertrauliche Daten dar und müssen auch aus wettbewerbsrechtlichen Gründen geheim gehalten werden. Einem auf Preisbildung am Markt basierenden Wirtschaftssystem ist eine Offenlegung bestimmter preisbildender Faktoren grundsätzlich fremd. Preise bilden sich in einem Wettbewerbssystem frei am Markt. Die Verpflichtung zum Geheimwettbewerb ist sowohl durch nationales Kartellrecht⁸ als auch durch das EU-Wettbewerbsrecht⁹ vorgegeben. Das EU-Wettbewerbsrecht bindet als höherrangiges Recht auch den nationalen Gesetzgeber. Die Befürchtung, dass es ohne eine Berichtspflicht zu nicht gerechtfertigten Mehrbelastungen der Verbraucher kommt, ist unberechtigt. Sie verkennt, dass sich der Kunde in einem auf Wettbewerb aufgebauten System vor überhöhten Preisen durch Wechsel zu einem anderen Anbieter schützen kann.

Als Lösungsansatz bietet sich eine dem CO₂-Kostenaufteilungsgesetz vergleichbare Regelung an. Nach dessen § 4 Absatz 1 Nr. 3 entspricht der auf den Rechnungen auszuweisende maßgebliche Preis der Emissionszertifikate ab dem Jahr 2027 dem Durchschnittspreis der Versteigerungen nach § 10 Absatz 1 BEHG im Zeitraum vom 1. Juli bis zum 30. November des jeweils vorangegangenen Kalenderjahres, der von der zuständigen Behörde bekannt zu geben ist. Daraus sollte ein pauschaler Wert abgeleitet werden, der dem durchschnittlichen Anteil der durch den Brennstoffemissionshandel gemäß Kapitel IVa der EU-Emissionshandelsrichtlinie im Zusammenhang mit der Abgabe von Emissionszertifikaten bedingten Kosten, den sie im Vorjahr an Verbraucher weitergegeben haben, entspricht.

Forderung: Freie Preisbildung unter Beachtung wettbewerbsrechtlicher Grundsätze und notwendiger Geheimhaltung gewährleisten, einen gemittelten Preis für diese Berichtspflicht (Kostenweitergabe an Verbraucher) vorsehen, ggf. Änderung im EU-Recht herbeiführen.

8. § 46 Durchsetzung der Abgabepflicht

§ 46 regelt die Durchsetzung der Abgabepflicht, u.a. über die Festsetzung einer Zahlungspflicht. Die Verpflichtung zur Abgabe ggf. fehlender Berechtigungen bleibt dennoch bestehen. Dies folgt zunächst einmal EU-Recht. Gleichzeitig ist es aus Sicht der Verbände erforderlich, im TEHG eine „Festsetzungsfrist“ vorzusehen, nach deren Ablauf Rechtsfrieden eintritt. Da es sich im Ergebnis um Eingriffsverwaltung handelt, ist es mit einem rechtsstaatlichen Grundverständnis nicht vereinbar, dass Wirtschaftsbeteiligte bis in die Ewigkeit mit Änderungen ggf. weit zurückliegender Jahre bzw. Handelsperioden konfrontiert werden können.

Darüber hinaus sind – wie im nationalen Emissionshandelssystem bereits mehrfach angemahnt – Korrekturvorschriften vorzusehen, wenn sich die Energiebesteuerung aufgrund von teilweise zeitlich weit zurückliegenden Außenprüfungen auch zugunsten des Verantwortlichen ändert. Dies ist eine unabdingbare Folge dessen, dass die Unternehmen in Anlehnung an die Systematik des Energiesteuerrechts auf derjenigen Handelsstufe zur Teilnahme am Brennstoffemissionshandel nach EU-ETS 2 verpflichtet werden, auf der die Steuer für das Inverkehrbringen von Energieerzeugnissen entsteht, und dass die Bestimmung der für die CO₂-Bepreisung maßgeblichen Brennstoffmengen auf Basis der Energiesteueranmeldung vorgenommen wird.

Forderung: „Festsetzungsfrist“ sowie Korrekturmöglichkeiten aufgrund energiesteuerrechtlicher Außenprüfungen vorsehen

⁸ § 1 GWB

⁹ Art. 101 AEUV