

An den
Fachverband Entsorgungs- und
Ressourcenmanagement
Wirtschaftskammer Österreich

Ich wurde vom Fachverband Entsorgungs- und Ressourcenmanagement, Wirtschaftskammer Österreich ersucht, mehrere Rechtsfragen zum Anwendungsbereich der Biomasseenergie-Nachhaltigkeitsverordnung, der Verordnung EU/2018/2066 sowie zum Nachweis der Einhaltung der Kriterien der RED II zu beantworten.

Dazu erstatte ich nachstehendes

Rechtsgutachten.

1. Ist die Verwendung eines Zertifizierungssystems gemäß § 5 Abs 1 BMEN-VO für Betriebe, die dem EZG 2011 unterliegen, anwendbar? Welche Rechtsgrundlage hat diese Bestimmung?

1.1. Die maßgebliche Verpflichtung zur Verwendung eines **Zertifizierungssystems**, welches von der Europäischen Kommission gemäß Art 30 Abs 4 der Richtlinie (EU) 2018/2001 (RED II) als „freiwilliges System“ anerkannt sein muss, wird nach den mir vorliegenden Informationen von den zuständigen Behörden offenkundig aus § 5 BMEN-VO abgeleitet.

Diese Bestimmung betreffend Zertifizierungssysteme und Zertifizierungsstellen sieht vor, dass Anlagenbetreiber sich zum Nachweis der Erfüllung der Nachhaltigkeitskriterien und der Kriterien für Treibhausgaseinsparungen eines Zertifizierungssystems zu bedienen haben, welches von der Europäischen Kommission gemäß Art 30 Abs 4 der Richtlinie (EU) 2018/2001

anerkannt sein muss. Die Überprüfung der Einhaltung der Nachhaltigkeitskriterien und der Kriterien für Treibhausgaseinsparungen sowie die Ausstellung der Zertifikate an Anlagenbetreiber erfolgt durch Zertifizierungsstellen nach Maßgabe des jeweiligen Zertifizierungssystems unter unmittelbarer Anwendung der Durchführungsverordnung (EU) 2022/996. Zertifizierungsstellen haben der Umweltbundesamt GmbH jede Vor-Ort-Kontrolle so rechtzeitig anzukündigen, dass eine Begleitung durch diese möglich ist. Die Umweltbundesamt GmbH ist dazu berechtigt, die Vor-Ort-Kontrolle zu begleiten. Zertifizierungsstellen haben Kopien aller ausgestellten Zertifikate sowie die Kontrollberichte mindestens sieben Jahre aufzubewahren.

Die Verordnung der Bundesministerin für Klimaschutz, Umwelt, Energie, Mobilität, Innovation und Technologie über Nachhaltigkeitskriterien und Kriterien für Treibhausgaseinsparungen für flüssige Biobrennstoffe und Biomasse-Brennstoffe (Biomasseenergie-Nachhaltigkeitsverordnung – **BMEN-VO**¹) definiert ihren Anwendungsbereich in ihrem § 1 Abs 2, wonach die in dieser Verordnung geregelten Nachhaltigkeitskriterien und Kriterien für Treibhausgaseinsparungen für Anlagen auf Basis von fester Biomasse mit einer Gesamtfeuerungswärmeleistung von 20 MW oder mehr, für Anlagen auf Basis von Biogas mit einer Gesamtfeuerungswärmeleistung von 2 MW oder mehr sowie für Anlagen auf Basis von flüssigen Biobrennstoffen gelten.

Dem reinen Wortlaut dieser Regelung nach würde diese somit auch für Anlagen gelten, in denen Abfälle als Brennstoff eingesetzt werden, sofern die dort normierte Gesamtfeuerungswärmeleistung überschritten wird.

Der sachliche Geltungsbereich einer Durchführungsverordnung kann allerdings nicht ohne **Rückgriff auf die einfachgesetzlichen Grundlagen**, auf die sich die Verordnung stützt, ermittelt werden. Es gilt der Grundsatz, dass Durchführungsverordnungen bestehende gesetzliche Regelungen nur konkretisieren dürfen. Durch eine Durchführungsverordnung dürfen aber insbesondere keine neuen Lasten der Rechtsunterworfenen und keine neuen Straftatbestände geschaffen werden.² Dabei ist in Bezug auf die BMEN-VO wesentlich, dass diese sich nach ihrer

¹ BGBl II 2023/86.

² Siehe *B. Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁶ (2022) Rz 781.

Promulgationsklausel auf zwei verschiedene gesetzliche Bestimmungen stützt, nämlich auf § 6 Abs 3 Erneuerbaren-Ausbau-Gesetz (EAG)³ einerseits sowie auf § 23 Emissionszertifikategesetz 2011 (EZG 2011)⁴ andererseits. Es ist daher zu prüfen, auf welche der beiden genannten gesetzlichen Grundlagen sich die Regelung des § 5 der BMEN-VO stützt und welchen sachlichen Anwendungsbereich die dafür in Betracht kommende gesetzliche Bestimmung aufweist.

Dabei ist zu beachten, dass sowohl § 6 Abs 3 EAG als auch § 23 EZG 2011 eine Verpflichtung zur Herstellung des Einvernehmens mit einem anderen Minister verlangt. Nach § 6 Abs 3 EAG sind die näheren Bestimmungen zu den Nachhaltigkeitskriterien und zu Kriterien für Treibhausgaseinsparungen von flüssigen Biobrennstoffen und Biomasse-Brennstoffen, die zur Erzeugung von erneuerbarem Strom, Wärme und Kälte oder erneuerbarem Gas eingesetzt werden, durch Verordnung der Bundesministerin für Klimaschutz, Umwelt, Energie, Mobilität, Innovation und Technologie im Einvernehmen mit dem Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Regionen und Wasserwirtschaft festzulegen. Nach § 23 EZG 2011 kann die Bundesministerin oder der Bundesminister für Klimaschutz, Umwelt, Energie, Mobilität, Innovation und Technologie im Einvernehmen mit der Bundesministerin oder dem Bundesminister für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort mit Verordnung nähere Vorschriften für die Erhebung von Daten und die Berechnung der kostenlosen Zuteilung an Anlagen gemäß § 22 Abs 1 und 3 EZG 2011 festlegen.

Laut der in der Präambel enthaltenen Promulgationsklausel der BMEN-VO wurde das Einvernehmen mit dem Bundesminister für Arbeit und Wirtschaft ausschließlich in Bezug auf die Regelung des § 10 Abs 3 BMEN-VO hergestellt, die sich auf die Verordnungsermächtigung des § 23 EZG 2011 stützt. § 10 Abs 3 BMEN-VO normiert eine sogenannte „Engpass-Regelung“ nach der § 10 Abs 2 BMEN-VO sinngemäß hinsichtlich der Vorgaben in Art 38 Abs 5 und 6 Durchführungsverordnung (EU) 2018/2066 über die Überwachung von und die Berichterstattung über Treibhausgasemissionen gemäß der Richtlinie 2003/87/EG und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 601/2012, ABl. L Nr. 334 vom 31.12.2018 S. 1, für die

³ BGBl I 2021/150 idF BGBl I 2023/233.

⁴ BGBl I 2011/118 idF BGBl I 2020/142.

Emissionsmeldung des Jahres 2023 gilt, die im Einklang mit § 9 EZG 2011 bis 31. März 2024 zu übermitteln und gemäß § 10 EZG 2011 zu überprüfen ist.

Aus der diesbezüglich eindeutigen Formulierung der Promulgationsklausel der BMEN-VO ergibt sich somit, dass sich von den Regelungen der BMEN-VO nur jene des § 10 Abs 3 auf das EZG 2011 stützen kann. Die übrigen Teile der Verordnung wurden somit auf **Grundlage des § 6 EAG** und (wie in der Promulgationsklausel festgehalten) im Einvernehmen mit dem Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Regionen und Wasserwirtschaft erlassen.

1.2. Neben diesen zuständigerrechtlichen Aspekten sprechen darüber hinaus aber auch die inhaltlichen Vorgaben der genannten denkbaren gesetzlichen Grundlagen dafür, dass die Regelung des § 5 BMEN-VO nur aufgrund des EAG und nicht aufgrund des EZG 2011 erlassen wurde. Denn nur § 6 Abs 3 EAG nimmt auf die Nachhaltigkeitskriterien und die Kriterien für Treibhausgaseinsparungen Bezug, während § 23 EZG 2011 zur Konkretisierung der Vorschriften für die Erhebung von Daten und die Berechnung der kostenlosen Zuteilung von Emissionszertifikaten an ETS-Anlagen ermächtigt. Auf die Bestimmung des § 23 EZG 2011 gestützt hätte die Regelung des § 5 BMEN-VO daher nicht erlassen werden können.

1.3. Schließlich spricht auch der Wortlaut der BMEN-VO für diese Sichtweise. Denn nur § 10 Abs 3 BMEN-VO spricht die Umsetzung von Emissionshandelsrecht an. Der Geltungsbereich des § 1 BMEN-VO enthält dagegen keinen Hinweis, dass mit der BMEN-VO auch das Emissionshandelsrecht umgesetzt bzw präzisiert werden soll. Dazu müsste auch die Regelung des Anwendungsbereichs der BMEN-VO in § 1 Abs 2 leg cit weiter gefasst sein und nicht nur Biomasse-Feuerungsanlagen (sondern generell Anlagen nach Anhang 3 EZG 2011) umfassen.

Folglich gilt die BMEN-VO abgesehen von ihrem § 10 Abs.3 leg. cit. nicht für Emissionshandelsbetriebe (Betriebe, die dem EZG unterliegen) bzw. deren Lieferanten.

2. Ist die Verordnung EU/2018/2066 („MonitoringVO“) im gegenständlichen Fall anwendbar?

Art 2 der MonitoringVO bestimmt ihren Geltungsbereich. Demnach gilt sie ab dem 1. Januar 2021 für die Überwachung von und die Berichterstattung über Emissionen von im Zusammenhang mit den Tätigkeiten gemäß Anhang I der Richtlinie 2003/87/EG aufgeführten Treibhausgasen und die Tätigkeitsdaten aus ortsfesten Anlagen und Luftverkehrstätigkeiten sowie für die Überwachung von und die Berichterstattung über Tonnenkilometerdaten aus Luftverkehrstätigkeiten. Daher ist die Verordnung EU/2018/2066 grundsätzlich auf alle Tätigkeiten anwendbar, die dem System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten unterliegen. Die Verordnung gilt daher direkt für Emissionshandelsbetriebe.

2.a. Wenn ja, wird um Beantwortung der folgenden Fragen ersucht: Welche Vorgaben kennt die MonitoringVO in Bezug auf Nachhaltigkeitskriterien von Biomasse bei Abfällen?

Innerhalb der MonitoringVO normiert Art 38 Regelungen betreffend Biomasse-Stoffströme. Darin wird angeordnet, dass Biokraftstoffe, flüssige Biobrennstoffe und Biomasse-Brennstoffe, die für die Verbrennung verwendet werden, die Nachhaltigkeitskriterien und die Kriterien für Treibhausgaseinsparungen der Richtlinie (EU) 2018/2001 (Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen – RED II) erfüllen müssen, wobei auf die Bestimmungen der Art 29 bis 31 Abs 1 RED II verwiesen wird; dabei legt Art 29 der Richtlinie (Nachhaltigkeitskriterien und Kriterien für Treibhausgaseinsparungen für Biokraftstoffe, flüssige Brennstoffe und Biomasse-Brennstoffe) im Wesentlichen die inhaltlichen Kriterien fest, während in Art 30 die Überprüfung der Einhaltung dieser Nachhaltigkeitskriterien und der Kriterien für Treibhausgaseinsparungen normiert ist.

2.b. Welche Möglichkeiten zum Nachweis der Einhaltung der Kriterien gibt es? Sieht die Verordnung die zwingende Nutzung eines Zertifizierungssystems vor?

Zum Nachweis der Erfüllung der Nachhaltigkeitskriterien und Kriterien für Treibhausgaseinsparungen müssen die Mitgliedstaaten nach Art 30 Abs 1 RED II die

Wirtschaftsteilnehmer zur Verwendung eines **Massenbilanzsystems** verpflichtet. Dieses System muss es erlauben, dass Lieferungen von Rohstoffen oder Brennstoffen mit unterschiedlichen Nachhaltigkeitseigenschaften und Eigenschaften in Bezug auf Treibhausgaseinsparungen gemischt werden können. Das Massenbilanzsystem soll zudem sicherstellen, dass jede Lieferung nur einmal für die Berechnung des Bruttoendverbrauchs von Energie aus erneuerbaren Quellen berücksichtigt wird (Verhinderung von Doppelverrechnungen).

Die Mitgliedstaaten treffen nach Art 30 Abs 3 RED II Maßnahmen, um sicherzustellen, dass die Wirtschaftsteilnehmer hinsichtlich der Einhaltung der in Artikel 29 festgelegten Nachhaltigkeitskriterien und Kriterien für Treibhausgaseinsparungen verlässliche Informationen vorlegen. Die Mitgliedstaaten verpflichten die Wirtschaftsteilnehmer darüber hinaus, für ein **angemessenes unabhängiges Audit** der von ihnen vorgelegten Informationen zu sorgen und nachzuweisen, dass ein solches Audit erfolgt ist. Das Audit erstreckt sich auf die Frage, ob die von den Wirtschaftsteilnehmern verwendeten Systeme genau, verlässlich und betrugssicher sind, wobei durch die Überprüfung auch sichergestellt wird, dass Materialien nicht absichtlich so verändert oder entsorgt werden, dass die Lieferung ganz oder teilweise zu Abfall oder Reststoffen werden könnte. Ferner werden die Häufigkeit und die Methode der Probenahme sowie die Zuverlässigkeit der Daten bewertet.

Wesentlich ist somit, dass die RED II sowohl das Massenbilanzsystem als auch das Audit als (ausreichenden) Nachweis der Einhaltung der Nachhaltigkeitskriterien anerkennt.

Auch die eigens dafür erlassene DurchführungsVO EU/2022/996⁵ stellt in ihrem Anwendungsbereich darauf ab, dass Regelungen erlassen werden sollen, um sicherzustellen, dass die Nachhaltigkeitskriterien eingehalten werden. Art 1 der DurchführungsVO legt fest, dass mit dieser Verordnung Durchführungsbestimmungen festgelegt werden, um sicherzustellen, dass auf effiziente und harmonisierte Weise unter anderem überprüft wird,

⁵ Durchführungsverordnung (EU) 2022/996 der Kommission vom 14. Juni 2022 über Vorschriften für die Überprüfung in Bezug auf die Nachhaltigkeitskriterien und die Kriterien für Treibhausgaseinsparungen sowie die Kriterien für ein geringes Risiko indirekter Landnutzungsänderungen.

ob die Wirtschaftsteilnehmer die Nachhaltigkeitskriterien gemäß Art 29 RL 2018/2001 einhalten.

Daneben sieht die RED II die Möglichkeit von „*freiwilligen nationalen oder internationalen Systemen*“ vor. Diese können eingerichtet werden, um Standards für die Produktion von Biokraftstoffen, flüssigen Biobrennstoffen oder Biomasse-Brennstoffen oder anderen Brennstoffen vorzugeben; des Weiteren können diese als Nachweis dafür herangezogen werden, dass Lieferungen von Biokraftstoff, flüssigem Brennstoff oder Biomasse-Brennstoffen den in Artikel 29 aufgeführten Nachhaltigkeitskriterien genügen.

Diese Regelungen betreffend „*freiwillige nationale oder internationale Systeme*“ sind allerdings als reine „Kann-Bestimmungen“ formuliert. Sie stellen somit eine mögliche Form dar, die Einhaltung der Nachhaltigkeitskriterien sowie die Treibhausgaseinsparung nachzuweisen. Eine Verpflichtung zur Errichtung und Verwendung dieser Systeme kann aus den Art 29 bis Art. 31 Abs. 1 RED II aber nicht abgeleitet werden.

Die Frage, ob die MonitoringVO obligatorisch die Nutzung eines Systems gemäß § 5 Abs. 1 BMEN-VO verlangt, ist daher **zu verneinen**; ein **unabhängiges Audit** sowie ein **Massenbilanzsystem** im Hinblick auf die Einhaltung von Nachhaltigkeitskriterien wird als **ausreichend** angesehen (siehe aber zum Massenbilanzsystem unten).

2.c. Sind die oben aufgezeigten Möglichkeiten zum Nachweis der Einhaltung der Kriterien auf Abfälle anwendbar?

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang für die **Verwendung von Abfällen** darüber hinaus, dass Art 38 Abs 5 MonitoringVO eine spezielle Regelung für Biokraftstoffe, flüssige Biobrennstoffe und Biomasse-Brennstoffe vorsieht, die aus Abfällen und Reststoffen (mit Ausnahme von Reststoffen aus Landwirtschaft, Aquakultur, Fischerei oder Forstwirtschaft) hergestellt werden. Diese müssen nicht die Nachhaltigkeitskriterien des Art 29 RED II erfüllen, sondern ausschließlich die Kriterien gem Art 29 Absatz 10 RED II. Dies gilt auch für Abfälle und Reststoffe, die vor ihrer Weiterverarbeitung zu Biokraftstoffen, flüssigen Biobrennstoffen und Biomasse-Brennstoffen zuerst zu einem anderen Produkt verarbeitet werden. Art 29 Abs 10

RED II enthält keine Nachhaltigkeitskriterien, sondern normiert, dass durch die Verwendung von Biokraftstoffen, flüssigen Biobrennstoffen und Biomasse-Brennstoffen bestimmte Mindestminderungen an Treibhausgasemissionen erzielt werden müssen. Diese Mindestminderung muss bei der Elektrizitäts-, Wärme- und Kälteerzeugung aus Biomasse-Brennstoffen in Anlagen, die den Betrieb zwischen dem 1. Januar 2021 und dem 31. Dezember 2025 aufnehmen, mindestens 70 %, und in Anlagen, die den Betrieb nach dem 1. Januar 2026 aufnehmen, mindestens 80 % betragen. Aus dieser Formulierung ergibt sich im Umkehrschluss, dass diese Kriterien für die Treibhausgaseinsparungen für derartige Anlagen, die vor dem 1. Januar 2021 den Betrieb aufgenommen haben, nicht gelten. Eine Anlage gilt dabei als in Betrieb genommen, wenn die physische Produktion von Wärme, Kälte und Elektrizität aus Biomasse-Brennstoffen aufgenommen wurde.⁶

Darüber hinaus gilt, dass sowohl das Massenbilanzsystem nach Art 30 Abs 1 RED II als auch unabhängige Audit nach Art 30 Abs 3 RED II ausschließlich dem Nachweis der Erfüllung der Nachhaltigkeitskriterien und der Kriterien für Treibhausgaseinsparungen bzw dem Nachweis der Verlässlichkeit der vorgelegten Informationen betreffend die Einhaltung der in Artikel 29 RED II festgelegten Nachhaltigkeitskriterien und Kriterien dienen. Da auf Anlagen für die Elektrizitäts-, Wärme- und Kälteerzeugung aus abfallstämmigen Biomasse-Brennstoffen, die den **Betrieb vor dem 1. Januar 2021 aufgenommen** haben, weder die Nachhaltigkeitskriterien noch die Kriterien für die Treibhausgaseinsparungen gelten, ist für solche Anlagen weder **ein Massenbilanzsystem noch ein unabhängiges Audit** erforderlich. Dies ergibt sich aus dem Sinn und Zweck des Massenbilanzsystems und eines Audits, die Einhaltung der Nachhaltigkeits- und Treibhausgaseinsparungskriterien sicherzustellen. Da diese Kriterien jedoch bei Bestandsanlagen mit Abfalleinsatz gerade nicht eingehalten werden müssen, sind auch die Instrumente zur Überwachung der Einhaltung nicht erforderlich.

Selbst wenn man – bei strenger Lesart – davon ausgehen würde, dass ein Audit für den Abfalleinsatz erforderlich wäre, kann dies nicht dazu dienen, die Nachhaltigkeits- und Treibhausgaseinsparungskriterien sicherzustellen, da diese bei Bestandsanlagen mit Abfalleinsatz nicht eingehalten werden müssen. Allerdings haben die Wirtschaftsteilnehmer dennoch sicherzustellen, dass Produkte – vereinfacht ausgedrückt – nicht absichtlich zu

⁶ Art 29 Abs 10 UAbs 2 RED II.

Abfällen gemacht werden (zB durch Kontaminierung oder Vermischung). Nur dieser Aspekt könnte Gegenstand eines solchen Audits sein. Dafür ist jedoch die Anwendung eines freiwilligen nationalen oder internationalen Systems im Sinne der RED II zwingend, sondern nur ein entsprechendes System, das den Aspekt der absichtlichen Herstellung von Abfällen (Kontaminierung oder Vermischung) und ein unabhängiges Audit miteinschließt. In Deutschland wurde nach meinem Wissensstand das System der Entsorgungsfachbetriebe anerkannt. Sofern mit dem österreichischen System des Vereins der Entsorgungsfachbetriebe ebenfalls die absichtliche Herstellung von Abfällen hintangehalten wird und dies auch auditiert wird, kann zu diesem Zweck jedenfalls auch auf dieses System zurückgegriffen werden.

A handwritten signature in green ink, appearing to be 'H. K. M.', is centered on the page.

Wien, am Dezember 2023