

# **BVGer A-3795/2022 vom 25. April 2024**

Bundesverwaltungsgericht, 2024-04-25, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_A-3795\\_2022](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-3795_2022)

FR: TAF A-3795/2022 du 25 avril 2024

IT: TAF A-3795/2022 del 25 aprile 2024

## **Regeste**

Schutz des ökologischen Gleichgewichts (Übriges)

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Gemäss Art. 31 VGG beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG. Die Verfügung vom 2. August 2022 stellt eine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG dar. Das BAFU ist eine Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts im Sinne von Art. 33 Bst. d VGG. Eine Ausnahme, was das Sachgebiet angeht, liegt nicht vor (vgl. Art. 32 VGG). Demnach ist das Bundesverwaltungsgericht zur Beurteilung der Beschwerde sachlich zuständig, wobei sich das Verfahren nach den Bestimmungen des VwVG richtet, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

### **E. 1.2**

Die Beschwerdeführerin beteiligte sich am vorinstanzlichen Verfahren und ist als Adressatin des angefochtenen Entscheids sowohl formell als auch materiell beschwert, weshalb sie zur Beschwerde legitimiert ist (vgl. Art. 48 Abs. 1 VwVG).

### **E. 1.3**

Die Beschwerdeführerin stellt den Hauptantrag, die Sache sei unter Aufhebung der angefochtenen Verfügung an die Vorinstanz zurückzuweisen mit der Anweisung an die Vorinstanz, gleichzeitig über die Ausnahme von der Pflicht zur Teilnahme am EHS und über die Eignung des Projekts zur Ausstellung von Bescheinigungen zu entscheiden.

#### **E. 1.3.1**

Im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht bildet der vorinstanzliche Entscheid als Anfechtungsobjekt den Rahmen, der den möglichen Umfang des Streitgegenstands begrenzt (BGE 142 I 155 E. 4.4.2; 136 II 457 E. 4.2). Letzterer darf im Laufe des Beschwerdeverfahrens weder erweitert noch qualitativ verändert werden; er kann sich höchstens verengen und um nicht mehr streitige Punkte reduzieren, grundsätzlich aber nicht ausweiten (BGE 144 II 359 E. 4.3, 142 I 155 E. 4.4.2, 136 II 457 E. 4.2; BVGE 2016/13 E. 1.3.4). Fragen, über welche die erstinstanzlich verfügende Behörde nicht entschieden hat, darf die zweite Instanz nicht beurteilen; sonst würde in die funktionelle Zuständigkeit der ersten Instanz eingegriffen (Urteil des BVGer A-2397/2022 vom 19. Juni 2023 E. 1.4.1; André Moser/Michael Beusch/Lorenz Kneubühler/Martin Kayser, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 3. Aufl. 2022, Rz. 2.7 f.). Gegenstand des Beschwerdeverfahrens kann nur sein, was Gegenstand des erstinstanzlichen Verfahrens war oder nach richtiger Gesetzesauslegung hätte sein sollen (BGE 136 II 457 E. 4.2; BVGE

2010/12 E. 1.2.1; Urteil des BVGer A-4683/2021 vom 10. November 2023 E. 1.3.1). Aus prozessökonomischen Gründen kann das verwaltungsgerichtliche Verfahren ausnahmsweise auf eine ausserhalb des Anfechtungsobjekts liegende spruchreife Frage ausgedehnt werden, wenn ein enger Bezug zum bisherigen Streitgegenstand besteht und sich die Verwaltung zu dieser Streitfrage mindestens in Form einer Prozessklärung geäussert hat (vgl. BGE 130 V 501 E. 1.2; BVGE 2014/24 E. 1.4.1 und 1.4.3; Urteile des BVGer A-3485/2020 vom 25. Januar 2021 E. 1.2.1, A-3238/2020 vom 21. Dezember 2020 E. 1.3; Moser/Beusch/Kneubühler/Kayser, a.a.O., Rz. 2.8, 2.208, 2.210 und 2.213).

### **E. 1.3.2**

Die Beschwerdeführerin hat in ihrer Stellungnahme an die Vorinstanz vom 30. Mai 2022 den Austritt aus dem EHS per 1. Januar 2023 beantragt. Die Vorinstanz hat dazu in der angefochtenen Verfügung insoweit Stellung bezogen, als sie diesbezüglich - unter Verweis auf die einschlägige Verordnungsbestimmung zur Ausnahme von der Pflicht zur Teilnahme am EHS - auf eine Prüfung in einem separaten Verfahren verwiesen hat. Mit separater Verfügung vom 15. November 2022 hat die Vorinstanz alsdann das von der Beschwerdeführerin gestellte Gesuch um Ausnahme von der Pflicht zur Teilnahme am EHS abgelehnt. Diese Verfügung ist unangefochten in (formelle) Rechtskraft erwachsen. Damit kann die Frage im ordentlichen Rechtsmittelverfahren grundsätzlich nicht mehr überprüft werden (vgl. dazu Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2020, Rz. 1088-1092; Alfred Kölz/Isabelle Häner/Martin Bertschi, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechts-pflege des Bundes, 3. Aufl. 2013, Rz 664 und 1191), zumal sie im vorliegenden Beschwerdeverfahren auch nicht Anfechtungsgegenstand ist. Überdies ist der beantragte Austritt per 1. Januar 2023 bzw. per 1. Januar 2024 infolge Zeitablaufs gegenstandslos geworden. Mit der Verfügung vom 15. November 2022 ist gleichzeitig auch der Sistierungsantrag der Beschwerdeführerin gegenstandslos geworden.

### **E. 1.3.3**

Vom Erfordernis eines aktuellen praktischen Rechtsschutzinteresses kann allerdings ausnahmsweise abgesehen werden, wenn sich die aufgeworfenen Fragen unter gleichen oder ähnlichen Umständen jederzeit wieder stellen können, eine rechtzeitige Überprüfung im Einzelfall kaum je möglich wäre und die Beantwortung der Fragen aufgrund von deren grundsätzlicher Bedeutung im öffentlichen Interesse liegt (vgl. Urteil des BGer 2C\_810/2021 vom 31. März 2023 E. 1.3.2 mit Hinweisen; Urteil des BVGer A-5142/2021 vom 18. Januar 2023 E. 1.3.1 mit Hinweisen). Eine nachträgliche Überprüfung einer gegenstandslos gewordenen Anordnung hat sich auf die in Zukunft mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit erneut stellenden Streitfragen zu beschränken; zu beurteilen sind die streitigen Grundsatzfragen, ohne dass auf die zufälligen Modalitäten des konkreten Sachverhalts einzugehen wäre, wobei sich der bestehende Klärungsbedarf aufgrund der individuellen, potenziell wiederholbaren Situation der Beschwerde führenden Person bestimmt (Urteile des BGer 8C\_154/2023 vom 23. August 2023 E. 1.3.2 und 8C\_596/2017 vom 1. März 2018 E. 5.3.3). Nachdem die Beschwerdeführerin am 28. November 2022 erneut ein Gesuch um Austritt aus dem EHS (neu per 1. Januar 2024) gestellt hat und grundsätzlich auch jederzeit wieder ein Gesuch stellen kann, ist vorliegend vom Erfordernis des aktuellen praktischen Rechtsschutzinteresses abzusehen und auf diese Frage einzugehen.

#### **E. 1.3.4**

Ob die Beschwerdeführerin einen Rechtsanspruch auf Erlass einer einheitlichen Verfügung hat, beurteilt sich danach, ob es um einen einheitlichen Streitgegenstand oder aber um zwei grundsätzlich unabhängige Sachbereiche handelt (vgl. dazu auch Urteil des BVerG A-3155/2019 vom 15. Oktober 2019 E. 2.3). Die Beantwortung dieser Frage ergibt sich aus dem materiellen Recht (vgl. zur doppelrelevanten Tatsache auch BGE 145 II 153 E. 1.4). Aus den nachfolgenden materiellen Erwägungen ergibt sich, dass es sich bei der Prüfung des Anspruchs auf Ausstellung von Bescheinigungen für Emissionsverminderungen (vgl. dazu Art. 7 CO<sub>2</sub>-Gesetz i.V.m. Art. 5-14 der CO<sub>2</sub>-Verordnung; nachfolgende E. 3.2) und dem EHS (Art. 15 ff. CO<sub>2</sub>-Gesetz i.V.m. Art. 40 ff. CO<sub>2</sub>-Verordnung; nachfolgende E. 3.3) um zwei unterschiedliche Systeme handelt. Wie im Folgenden darzulegen ist (E. 3.2, 3.3 und 5.3.4), fehlt es hier am notwendigen Sachzusammenhang, so dass kein Rechtsanspruch auf den Erlass einer einheitlichen Verfügung besteht. Der Antrag auf Rückweisung der Streitsache an die Vorinstanz zum Erlass einer einheitlichen Verfügung ist dementsprechend abzuweisen.

#### **E. 1.4**

Auf die im Übrigen frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (Art. 50 und Art. 52 VwVG) ist einzutreten.

#### **E. 2.1**

Das Bundesverwaltungsgericht überprüft den angefochtenen Entscheid auf Rechtsverletzungen - einschliesslich unrichtiger oder unvollständiger Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und Rechtsfehler bei der Ermessensausübung - sowie auf Angemessenheit hin (vgl. Art. 49 VwVG). Dabei hat sich das Bundesverwaltungsgericht nicht mit jeder tatbestandlichen Behauptung und jedem rechtlichen Einwand auseinanderzusetzen; es kann sich auf die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte beschränken (statt vieler BGE 133 I 270 E. 3.1).

#### **E. 2.2**

Die Frage, ob neue Vorschriften in Verfahren, die bei ihrem Inkrafttreten bereits hängig sind, angewendet werden sollen, wird verschieden beantwortet. Im Allgemeinen (das heisst wenn die Gesetzgebung nichts anderes bestimmt) wird auf das im Zeitpunkt der Verwirklichung eines Sachverhaltes respektive auf das bei erstinstanzlichen Beurteilung gültige Recht abgestellt (BGE 144 II 326 E. 2.1.1; 141 II 393 E. 2.4; 139 II 263 E. 6, 135 II 384 E. 2.3; Urteil des BVerG 2C\_634/2021 vom 16. März 2022 E. 3; vgl. dazu auch Pierre Tschannen/Markus Müller/Markus Kern, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Bern 2022, Rz. 555 ff.; Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 288 ff., insbesondere Rz. 293). Damit wird dem öffentlichen Interesse an einer möglichst sofortigen Wirkung neuer Vorschriften Rechnung getragen. Vorbehalten bleiben besondere Situationen des Vertrauensschutzes (BGE 139 II 243 E. 11.7; 139 II 263 E. 8.2). Vorliegend hat die Vorinstanz offenbar auf das im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs vom 21. Dezember 2021 geltende Recht, das heisst auf das CO<sub>2</sub>-Gesetz vom 23. Dezember 2011 in der ab 1. Januar 2021 geltenden Fassung und die Verordnung über die Reduktion der CO<sub>2</sub>-Emissionen vom 30. November 2012 (CO<sub>2</sub>-Verordnung, SR 641.711, in der ab 10. Februar 2021 geltenden Fassung) abgestellt (vgl. dazu Ziff. 2.3.2 der Beschwerdevernehmlassung vom 26. Oktober 2022). Ob dies bei Gesuchen um Ausstellung von Bescheinigungen generell zutreffend ist, braucht hier nicht abschliessend entschieden

zu werden. Nachdem eine spezialgesetzliche Übergangsregelung für die hier infrage stehende Bescheinigung für ein Emissionsverminderungsprojekt nicht besteht, ist nach den vorstehend dargelegten allgemeinen Grundsätzen auf das im Zeitpunkt der Verfügung vom 2. August 2022 geltende Recht abzustellen. Dies zumal sich aus den Akten keine Anhaltspunkte ergeben, dass die Beschwerdeführerin im Hinblick auf ihr Vertrauen auf den Fortbestand der bisherigen Rechtslage bereits erhebliche Investitionen getroffen hätte (vgl. dazu auch Art. 5 Abs. 3 CO<sub>2</sub>-Verordnung) und das Prinzip des Vertrauensschutzes eine Anwendung des im Zeitpunkt der Gesuchstellung geltenden Rechts erfordern würde (vgl. dazu Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 288 ff. und Rz. 640 f.). Überdies sind auch keine Hinweise für eine bewusste Verschleppung des Verfahrens durch die Vorinstanz ersichtlich. Es ist folglich für die nachfolgende Beurteilung auf das im Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Verfügung geltende Recht abzustellen (vgl. dazu nachfolgende E. 5.2.3).

### **E. 3**

nicht von einem Betreiber mit Verminderungsverpflichtung nach Artikel 66 Absatz 1 erzielt wurden, der gleichzeitig die Ausstellung von Bescheinigungen nach Artikel 12 beantragt; davon ausgenommen sind Betreiber mit Verminderungsverpflichtungen mit Emissionsziel nach Artikel 67, soweit die Emissionsverminderungen aus Projekten oder Programmen vom Emissionsziel nicht erfasst sind,

#### **E. 3.1**

Das CO<sub>2</sub>-Gesetz bezweckt die Verminderung von Treibhausgasemissionen mit dem Ziel, einen Beitrag zu leisten, den globalen Temperaturanstieg auf weniger als 2 Grad Celsius zu beschränken (Art. 1 Abs. 1 CO<sub>2</sub>-Gesetz). Dieses Reduktionsziel soll in erster Linie durch Massnahmen nach dem Gesetz erreicht werden (Art. 4 Abs. 1 CO<sub>2</sub>-Gesetz). Gemäss Art. 3 Abs. 1 CO<sub>2</sub>-Gesetz sind die Treibhausgasemissionen im Inland bis zum Jahr 2020 gegenüber 1990 gesamthaft um 20 Prozent zu vermindern. Die Treibhausgasemissionen sind bis im Jahr 2024 jährlich um weitere 1,5 Prozent gegenüber 1990 zu vermindern (Art. 3 Abs. 1bis CO<sub>2</sub>-Gesetz).

#### **E. 3.2.1**

Das CO<sub>2</sub>-Gesetz sieht in den Art. 5-7 die Bescheinigung von Emissionsverminderungen im In- und Ausland vor. Das Verfahren sowie die Voraussetzungen für die Ausstellung der Bescheinigungen sind in den Art. 5-14 der CO<sub>2</sub>-Verordnung geregelt. Der Bundesrat bzw. das zuständige Departement hat für Verminderungen der Treibhausgasemissionen, die im Inland freiwillig erzielt wurden, Bescheinigungen auszustellen (Art. 7 Abs. 1 CO<sub>2</sub>-Gesetz). Als freiwillig gelten Emissionsverminderungen dann, wenn sie nicht zur Erfüllung einer gesetzlichen Emissionsverminderungspflicht, wie beispielsweise im Rahmen eines EHS, erzielt werden. Denn EHS-Unternehmen profitieren neben der Befreiung von der CO<sub>2</sub>-Abgabe davon, dass sie zusätzliche Emissionsverminderungen in der Form von Emissionsrechten verkaufen können. Mangels Freiwilligkeit und zur Vermeidung von Doppelzahlungen sind die in einem EHS-Unternehmen erzielten Emissionsverminderungen nicht bescheinigungsfähig (Cordelia Christine Bähr/Andrea Burkhardt, Kommentar zum Energierecht, Band II - CO<sub>2</sub>-Gesetz/KEG/ENSIG, 2016, Art. 7 N. 3 und 12; Botschaft über die Schweizer Klimapolitik nach 2012 [Revision des CO<sub>2</sub>-Gesetzes und eidgenössische Volksinitiative «Für ein gesundes Klima»] vom 26. August 2009 [nachfolgend: Botschaft], BBl 2009 7433 ff., S. 7490). Der Bundesrat legt fest, inwieweit diese Bescheinigungen Emissionsrechten oder Emissionsminderungszertifikaten gleichgestellt werden (Art. 7 Abs.

2 CO<sub>2</sub>-Gesetz). Die vom BAFU ausgestellten (handelbaren) Bescheinigungen werden von kompensationspflichtigen Treibstoffimporteuren respektive -herstellern (vgl. Art. 26 ff. CO<sub>2</sub>-Gesetz) oder für die freiwillige Kompensation, wie zum Beispiel von Flugemissionen, nachgefragt. Die Hersteller und Importeure sind gesetzlich dazu verpflichtet, einen Teil der durch deren Inverkehrbringen verursachten CO<sub>2</sub>-Emissionen zu kompensieren. Kompensieren bedeutet dabei, dass die in der Schweiz entstandenen Emissionen mit Klimaschutzprojekten im Inland sowie (neu) auch im Ausland ausgeglichen werden müssen (vgl. dazu Phyllis Scholl/Markus Flatt, *Energiewirtschaft Schweiz, Juristische und ökonomische Grundlagen und Praxisanwendungen*, 2022, S. 268 [FN. 2]).

### **E. 3.2.2**

Die Anforderungen an die Ausstellung von Bescheinigungen werden in Art. 5 der CO<sub>2</sub>-Verordnung näher geregelt. Für Projekte und Programme für Emissionsverminderungen oder die Erhöhung der Senkenleistung im Inland und Ausland werden gemäss Art. 5 Abs. 1 der CO<sub>2</sub>-Verordnung nationale bzw. internationale Bescheinigungen ausgestellt, wenn die Anhänge 2a (für Projekte im Ausland) oder 3 (für Projekte im Inland) dies nicht ausschliessen (Bst. a) und wenn (gemäss Bst. b) glaubhaft und nachvollziehbar dargestellt wird, dass das Projekt: 1. ohne den Erlös aus dem Verkauf der Bescheinigungen über die Projektdauer nicht wirtschaftlich wäre, 2. mindestens dem Stand der Technik entspricht, 3. Massnahmen vorsieht, die, gemessen an der Referenzentwicklung nach Artikel 6 Absatz 2 Buchstabe d (der CO<sub>2</sub>-Verordnung), zu einer zusätzlichen Emissionsverminderung oder einer Erhöhung der Senkenleistung führen, 4. die übrigen massgebenden rechtlichen Bestimmungen einhält, 5. im Ausland zur nachhaltigen Entwicklung vor Ort beiträgt und dieser Beitrag vom Partnerstaat bestätigt wurde; Gemäss Bst. c von Art. 5 Abs. 1 der CO<sub>2</sub>-Verordnung wird darüber hinaus vorausgesetzt, dass die Emissionsverminderungen oder die Erhöhung der Senkenleistungen: 1. nachweisbar und quantifizierbar sind, 2. nicht Treibhausgasemissionen betreffen, die vom EHS erfasst sind,

### **E. 3.2.3**

Als Beginn der Umsetzung gilt gemäss Art. 5 Abs. 3 der CO<sub>2</sub>-Verordnung der Zeitpunkt, zu dem sich die gesuchstellende Person gegenüber Dritten finanziell massgeblich verpflichtet oder bei sich projekt- oder programmbezogene organisatorische Massnahmen ergreift (vgl. zu den Details betreffend Kompensationsprojekte und Bescheinigungen auch Vollzugshilfe des BAFU Kompensation von CO<sub>2</sub>-Emissionen: Projekte und Programme, 9. aktualisierte Auflage, 2024 [nachfolgend: *Vollzugshilfe Kompensation*]; < [www.bafu.admin.ch](http://www.bafu.admin.ch) > Themen > Klima > Rechtsetzung und Vollzug > Vollzugshilfen > Mitteilungen des BAFU als Vollzugsbehörde der CO<sub>2</sub>-Verordnung; abgerufen am 25.03.2024).

### **E. 3.3.1**

Eine weitere Massnahme zur Einhaltung des Reduktionsziels stellt das EHS dar. Der Emissionshandel ist für Unternehmen aus vom Bundesrat zu bezeichnenden Wirtschaftszweigen mit mittleren und hohen Treibhausgasemissionen freiwillig (Art. 15 CO<sub>2</sub>-Gesetz). Für Betreiber von Anlagen, die einer bestimmten Kategorie angehören und hohe Treibhausgasemissionen verursachen, sind demgegenüber zur Teilnahme am EHS verpflichtet (Art. 16 Abs. 1 CO<sub>2</sub>-Gesetz). Die Teilnehmer (auch EHS-Unternehmen genannt) müssen dem Bund jährlich im Umfang der von diesen Anlagen verursachten Emissionen Emissionsrechte oder Emissionsminderungszertifikate abgeben (Art. 15 Abs. 2

und Art. 16 Abs. 2 CO<sub>2</sub>-Gesetz; vgl. dazu auch BGE 143 II 87 E. 3.2), dafür wird ihnen die ebenfalls gesetzlich vorgesehene CO<sub>2</sub>-Abgabe auf Brennstoffen auf Gesuch hin zurückerstattet (Art. 17 Abs. 1 CO<sub>2</sub>-Gesetz).

### **E. 3.3.2**

In Ausführung der gesetzlichen Bestimmungen sieht Art 40 Abs. 1 der CO<sub>2</sub>-Verordnung vor, dass ein Betreiber von Anlagen zur Teilnahme am EHS verpflichtet ist, wenn er eine Tätigkeit nach Anhang 6 der CO<sub>2</sub>-Verordnung ausübt. Als zur Teilnahme am EHS verpflichtete Betreiber gelten dabei unter anderem solche, die Dämmmaterial aus Mineralwolle unter Verwendung von Glas, Stein oder Schlacke mit einer Schmelzkapazität von über 20 t pro Tag herstellen (Art. 40 Abs. 1 i.V.m. Ziff. 14 des Anhangs 6 CO<sub>2</sub>-Verordnung; vgl. zur Verfassungsmässigkeit der Umsetzung der gesetzlichen Bestimmungen in Art. 15-21 des CO<sub>2</sub>-Gesetzes durch die CO<sub>2</sub>-Verordnung: BGE 143 II 87 E. 5-6). Ein Betreiber von Anlagen, der eine Tätigkeit nach Anhang 6 neu aufnehmen will, muss dies dem BAFU spätestens drei Monate vor der geplanten Aufnahme der Tätigkeit melden (Art. 40 Abs. 2 CO<sub>2</sub>-Verordnung). Die Betreiber der Anlagen müssen dem Bund jährlich im Umfang der von diesen Anlagen verursachten Emissionen Emissionsrechte abgeben (Art. 16 Abs. 2 CO<sub>2</sub>-Gesetz).

### **E. 3.3.3**

Emissionsrechte sind dabei handelbare Berechtigungen zum Ausstoss von Treibhausgasen, die vom Bund oder von Staaten oder Staatengemeinschaften mit vom Bundesrat anerkannten Emissionshandelssystemen kostenlos zugeteilt oder versteigert werden (Art. 2 Abs. 3 CO<sub>2</sub>-Gesetz). Emissionsminderungszertifikate sind international anerkannte handelbare Bescheinigungen über im Ausland erzielte Emissionsvermindernungen (Art. 2 Abs. 4 CO<sub>2</sub>-Gesetz). Der Bundesrat legt im Voraus die Menge der Emissionsrechte für Anlagen und die Menge der Emissionsrechte für Luftfahrzeuge fest, die jährlich zur Verfügung stehen; er berücksichtigt dabei das Reduktionsziel nach Artikel 3 sowie vergleichbare internationale Regelungen (Art. 18 Abs. 1 CO<sub>2</sub>-Gesetz). Weiter werden den Betreibern von Anlagen kostenlos Emissionsrechte zugeteilt, soweit sie für den treibhausgas-effizienten Betrieb der EHS-Unternehmen notwendig sind, die übrigen Emissionsrechte werden versteigert (Art. 19 Abs. 2 CO<sub>2</sub>-Gesetz). Die beteiligten Unternehmen müssen dem Bund jährlich über ihre Treibhausgasemissionen Bericht erstatten (Art. 20 CO<sub>2</sub>-Gesetz) und für Emissionen, die weder durch Emissionsrechte noch durch Emissionsminderungszertifikate gedeckt sind, als Sanktion einen Betrag von 125 Franken pro Tonne CO<sub>2</sub>-Äquivalente (CO<sub>2</sub>eq) entrichten sowie die fehlenden Emissionsrechte oder Emissionsminderungszertifikate dem Bund im Folgejahr abgeben (Art. 21 Abs. 1 und 2 CO<sub>2</sub>-Gesetz).

### **E. 3.3.4**

Das EHS ist ein marktwirtschaftliches Instrument, das nach dem sogenannten «Cap-and-Trade»-Prinzip funktioniert. Danach wird den am EHS teilnehmenden Unternehmen jährlich eine bestimmte Anzahl von Emissionsrechten gratis zugeteilt. Stösst ein Unternehmen in einem Jahr mehr Tonnen CO<sub>2</sub>-Äquivalente aus, als es Emissionsrechte gratis erhalten hat, so muss es weitere Emissionsrechte am Markt kaufen respektive an vom BAFU durchgeführten Versteigerungsrunden ersteigern; andernfalls drohen Sanktionen. Stösst ein Unternehmen weniger Tonnen CO<sub>2</sub>-Äquivalente aus als es Emissionsrechte hält, kann es die überflüssigen Emissionsrechte am Markt verkaufen (trade). Jedes Jahr wird die

Anzahl der gesamthaft zur Verfügung stehende Emissionsrechte reduziert (cap; vgl. dazu auch Jonas Prangenberg, Emissionsrechte - Versuch einer rechtlichen Einordnung im Finanzmarktrecht, in: GesKR 2018 S. 33; vgl. auch Vollzugshilfe des BAFU Emissionshandelssystem für Betreiber von Anlagen, 7. aktualisierte Auflage, 2024, S. 7 ff.; < [www.bafu.admin.ch](http://www.bafu.admin.ch) > Themen > Klima > Rechtsetzung und Vollzug > Vollzugshilfen > Mitteilungen des BAFU als Vollzugsbehörde der CO<sub>2</sub>-Verordnung; abgerufen am 25.03.2024). Im Rahmen des EHS können Bescheinigungen im Sinne von Art. 7 Abs. 1 des CO<sub>2</sub>-Gesetzes nicht verwendet werden. Auch im Zusammenhang mit einer Verminderungsverpflichtung ist eine Anrechnung nicht möglich (Beatrice Wagner Pfeifer, Rechtliche Aspekte der Reduktion von Treibhausgasemissionen im Unternehmen, in: URP 2/2014 S. 160).

### **E. 3.3.5**

Ein Betreiber von Anlagen nach Art. 40 Abs. 1 kann jeweils bis zum 1. Juni beantragen, dass er mit Wirkung ab Beginn des Folgejahres von der Pflicht zur Teilnahme am EHS ausgenommen wird, wenn die Treibhausgasemissionen der Anlagen in den vergangenen drei Jahren weniger als 25'000 Tonnen CO<sub>2</sub>eq pro Jahr betragen (opt-out; Art. 41 Abs. 1 CO<sub>2</sub>-Verordnung). Ein Betreiber von Anlagen, der seine Tätigkeit neu aufnimmt und glaubhaft nachweist, dass die Treibhausgasemissionen der Anlagen dauerhaft weniger als 25'000 Tonnen CO<sub>2</sub>eq pro Jahr betragen werden, kann die Ausnahme von der Pflicht zur Teilnahme am EHS mit sofortiger Wirkung beantragen (Art. 41 Abs. 1bis CO<sub>2</sub>-Verordnung). Ein Betreiber von Anlagen, der die Voraussetzungen nach Art. 40 Abs. 1 oder 42 Abs. 1 dauerhaft nicht mehr erfüllt, kann bis zum 1. Juni beantragen, dass er mit Wirkung ab Beginn des Folgejahres nicht mehr am EHS teilnimmt (Art. 43a Abs. 1 CO<sub>2</sub>-Verordnung). Die Menge der einem Betreiber jährlich kostenlos zuzuteilenden Emissionsrechte wird angepasst, wenn ein Parameter nach Anhang 9 Ziffer 5.2.3 im Umfang nach Anhang 9 Ziffer 5.2.1 geändert wird. Die Anpassung erfolgt nach den Vorgaben von Anhang 9 Ziffer 5.2 (Art. 46b Abs. 4 CO<sub>2</sub>-Verordnung). Gemäss Ziff. 5.2.1 des Anhangs 9 zur CO<sub>2</sub>-Verordnung wird die berechnete Menge der kostenlos zuzuteilenden Emissionsrechte jährlich angepasst, wenn der absolute Wert der relativen Abweichung zwischen dem arithmetischen Mittel der Werte eines bei der Berechnung der Zuteilung berücksichtigten Parameters der zwei vorangehenden Jahre zum historischen Wert des gleichen Parameters mehr als 15 Prozent beträgt.

### **E. 3.3.6**

Seit dem 1. Januar 2020 ist das Schweizer EHS mit demjenigen der EU verknüpft (vgl. dazu Art. 1 ff. des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Union zur Verknüpfung ihrer jeweiligen Systeme für den Handel mit Treibhausgasemissionen vom 23. November 2017, in Kraft getreten am 1. Januar 2020; SR 0.814.011.268). Das Abkommen regelt die gegenseitige Anerkennung von Emissionsrechten aus den zwei EHS mit je eigenständiger Rechtsgrundlage. Wer zur Teilnahme am EHS der Schweiz oder der EU verpflichtet ist, kann neben Emissionsrechten aus dem eigenen System auch Emissionsrechte aus dem System der anderen Vertragspartei nutzen, um die entsprechenden Treibhausgasemissionen zu decken.

### **E. 4**

so berechnet sind, dass wesentliche Überschätzungen der anrechenbaren Emissionsverminderungen oder der anrechenbaren Erhöhung der Senkenleistungen

ausgeschlossen sind. Darüber hinaus darf der Beginn der Umsetzung des Projekts oder des Programmes bei der Einreichung des Gesuchs nach Artikel 7 nicht länger als drei Monate zurückliegen (Bst. d) und das Projekt oder Programm darf noch nicht beendet sein (Bst. e), und die Umsetzung des Projekts oder des Programmes darf nicht zu einer Verlagerung der Emissionen führen (Bst. f). Bescheinigungen für Emissionsverminderungen werden vom BAFU somit nur ausgestellt, wenn das Projekt Massnahmen vorsieht, die gemessen an der Referenzentwicklung zu einer zusätzlichen Emissionsverminderung führen (Art. 5 Abs. 1 Bst. b Ziff. 3 CO<sub>2</sub>-Verordnung) und die entsprechenden Emissionsverminderungen nicht Treibhausgasemissionen betreffen, die vom EHS erfasst sind (Art. 5 Abs. 1 Bst. c Ziff. 2 CO<sub>2</sub>-Verordnung). Als Referenzentwicklung gilt dabei die hypothetische Entwicklung der Treibhausgasemissionen, wenn die Massnahmen des Projekts bzw. des Programmes zur Emissionsverminderung oder zur Erhöhung der Senkenleistung nicht umgesetzt würden (Art. 6 Abs. 2 Bst. d CO<sub>2</sub>-Verordnung).

#### **E. 4.1**

Die Beschwerdeführerin bringt zur Begründung insbesondere vor, die Vorinstanz verkenne mit ihrer Argumentation, dass es sich beim zur Diskussion stehenden Projekt um einen Spezialfall handle, der weder im CO<sub>2</sub>-Gesetz noch in der CO<sub>2</sub>-Verordnung geregelt sei. Die mit der Realisierung des Projekts verbundene sprunghafte Abnahme der CO<sub>2</sub>-Emissionen müsse grundsätzlich dazu führen, dass die Menge der kostenlos zugewiesenen Emissionsrechte grösser wäre als die tatsächlich verursachten CO<sub>2</sub>-Emissionen. Tatsächlich führe die Anwendung der geltenden Normen (Art. 46b Abs. 4 CO<sub>2</sub>-Verordnung i.V.m. Ziff. 5.2.1 des Anhangs 9 zur CO<sub>2</sub>-Verordnung) aber dazu, dass die kostenlose Zuteilung der Emissionsrechte reduziert werde, wenn sich der Wert für die bei der Zuteilung berücksichtigten Parameter gegenüber dem Vorjahr um mehr als 15% ändere. Aufgrund dieses EHS-Anpassungsmechanismus sei es ihr verwehrt, die mit dem Projekt verbundenen Emissionsreduktionen zu einem handelbaren Gut zu machen. Entgegen der Argumentation der Vorinstanz müsse ihr in dieser Konstellation der Weg der Ausstellung von Bescheinigungen für die projektbedingten Emissionsminderungen zur Verfügung stehen. Nachdem die Ausstellung von Bescheinigungen erfordere, dass die Emissionsverminderungen nicht vom EHS erfasste Treibhausgasemissionen betreffen würden, müsse ihr der Austritt aus dem EHS mit sofortiger Wirkung ermöglicht werden. Die im vorliegenden Fall bestehende Regelungslücke sei in analoger Anwendung von Art. 41 Abs. 1bis der CO<sub>2</sub>-Verordnung dahingehend zu füllen, dass sie wie eine Anlagebetreiberin behandelt werde, die eine Tätigkeit nach Anhang 6 der CO<sub>2</sub>-Verordnung neu aufnehmen wolle und nachweisen könne, dass sie dauerhaft unter der Grenze von 25'000 Tonnen CO<sub>2</sub>eq pro Jahr liegen werde. Im Validierungsbericht der C. \_\_\_\_\_ AG werde zudem explizit festgehalten, dass der Zusätzlichkeitsnachweis nachvollziehbar und überprüfbar sei. Mit dem Ersatz der mit Koks betriebenen Kupolöfen durch elektrische Schmelz-Reduktionsöfen unterschreite sie einerseits den Grenzwert von 25'000 Tonnen CO<sub>2</sub>eq pro Jahr und sei damit von der Pflicht zur Teilnahme am EHS befreit; andererseits erfülle sie mit den damit einhergehenden Emissionsminderungen gleichzeitig die Voraussetzungen für die Ausstellung von Bescheinigungen im Sinne von Art. 5 des CO<sub>2</sub>-Gesetzes. Die Vorinstanz lasse ausser Acht, dass zwischen dem Investitionsprojekt zur Erlangung der Bescheinigungen und dem Austritt ein untrennbarer innerer Zusammenhang bestehe. Nach dem Wortlaut der CO<sub>2</sub>-Verordnung sei es keineswegs ausgeschlossen, dass ein und dasselbe Projekt gleichzeitig für den Austritt aus dem EHS und für die Ausstellung von Bescheinigungen tauglich sei. Die Beschwerdeführerin führt

replicando weiter aus, mittlerweile habe die Vorinstanz ihr Austrittsgesuch vom 30. Mai 2022 abgewiesen (Verfügung vom 15. November 2022). Aufgrund weltweiter Lieferschwierigkeiten könne eine Inbetriebnahme nicht wie geplant im Jahr 2023, sondern erst im Jahr 2024 erfolgen. Sie werde deshalb in den nächsten Tagen (per 1. Januar 2024) bei der Vorinstanz ein neues Austrittsgesuch stellen. Folglich halte sie nach wie vor am Antrag 1 der Beschwerde fest. Das Gesuch betreffend Bescheinigungen nur deshalb abzulehnen, weil das Austritts- erst nach dem Bescheinigungsgesuch eingereicht worden sei, würde einen überspitzten Formalismus darstellen. Mit dem Austritt per 1. Januar 2024 (ab welchem Zeitpunkt die relevante Schwelle von 25'000 Tonnen unterschritten werde) seien die Emissionsreduktionen nicht mehr vom EHS erfasst. Folglich müssten die Bescheinigungen zulässig sein. Im vorliegenden Fall würden Bescheinigungen erst nach dem Austritt aus dem EHS ausgestellt, zu einem Zeitpunkt also, da es auch keine Zuteilung von Emissionsrechten mehr gebe. Dementsprechend könne auch keine Doppelzählung mehr vorliegen. Die Argumentation, das Projekt könne nur einmal für den Austritt «angerechnet» werden, sei äusserst formalistisch und werde den Besonderheiten des Projektes nicht gerecht. Basierend auf dem Argument der Referenzentwicklung könnte höchstens argumentiert werden, dass von der mit dem Projekt verbundenen Verminderung von jährlich 23'000 Tonnen deren 10'000 Tonnen für die Unterschreitung der EHS-relevanten Emissionen «aufgebraucht» worden seien. Auch diesfalls verbliebe aber noch eine Menge von rund 13'000 Tonnen, für die Bescheinigungen ausgestellt werden müssten.

#### **E. 4.2**

Dagegen wendet die Vorinstanz ein, die Klimaschutzziele, namentlich das EHS und die Kompensationspflicht, seien parallel umzusetzen und würden vom Gesetz deshalb klar getrennt. Bescheinigungen für Verminderungen von Treibhausgasemissionen könnten nur ausgestellt werden, wenn sie freiwillig erzielt worden seien. Sie könnten nicht an die Erfüllung einer gesetzlichen Emissionsverminderungspflicht angerechnet werden. Entgegen der Argumentation der Beschwerdeführerin stehe die Ablehnung des Gesuchs auch nicht im Widerspruch zur schweizerischen Klimapolitik, denn per 1. Juni 2022 dürften keine Bescheinigungen mehr ausgestellt werden, wenn Strom als Brennstoffersatz für Prozesswärme eingesetzt werde. Es genüge zudem nicht, wenn die Voraussetzungen für die Bescheinigung im Sinne von Art. 5 der CO<sub>2</sub>-Verordnung erst nach Einreichung des Gesuchs respektive gar erst nach der positiven Beurteilung des Gesuchs durch das BAFU erfüllt würden. Es sei folglich nicht ausreichend, wenn die Voraussetzungen für die Bescheinigung erst zum Wirkungsbeginn des Projekts erfüllt seien. Entscheidend sei vielmehr der Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs. Könnten die Anforderungen selbst nach der Einreichung des Gesuchs erfüllt werden, wäre die Validierung überflüssig. Die Beschwerdeführerin sei im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs zur Teilnahme am EHS verpflichtet gewesen, weshalb sie die Anforderungen von Art. 5 der CO<sub>2</sub>-Verordnung nicht erfülle. Die Berücksichtigung von Referenzentwicklungen, die in unzulässiger Weise zu einem Zeitpunkt definiert würden, an dem die Anforderungen an ein Kompensationsprojekt nicht erfüllt würden, wäre willkürlich und verstiesse auch gegen das Gleichbehandlungsgebot. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin könnten für Emissionsverminderungen, die vom EHS erfasste Emissionen betreffen würden, keine Bescheinigungen ausgestellt werden. Es sei nicht möglich, mit einem einzigen grossen Projekt gleichzeitig aus dem EHS auszutreten und dafür Bescheinigungen zu erhalten. Diese Auslegung entspreche denn auch den Grundsätzen gemäss Art. 7 und 16 des CO<sub>2</sub>-Gesetzes. Die von Betreibern von in das EHS eingebundenen Anlagen ergriffenen

Massnahmen zur Emissionsverminderung seien aufgrund der Vermeidung von Doppelzählungen nicht bescheinigungsfähig. Überdies erachte der Gesetzgeber diese auch nicht als freiwillig. Schliesslich sei die Empfehlung der Validierungsstelle für das BAFU nicht bindend. Dies gelte umso mehr, als sich die Validierungsstelle einerseits mangels Expertise nicht zur Frage geäussert habe, ob sich die Beschwerdeführerin mit sofortiger Wirkung von der Pflicht zur Teilnahme am EHS ausnehmen könne. Andererseits werfe auch die Validierungsstelle selber die Frage auf, ob es legitim sei, dass die Beschwerdeführerin sich bei Antragstellung und Umsetzungsbeginn noch im EHS befinde und erst mit Wirkungsbeginn nicht mehr im EHS sei.

## **E. 5**

Streitig und zu prüfen ist die Frage, ob die Voraussetzungen für die Ausstellung von Bescheinigungen erfüllt sind. Zu klären ist dabei zunächst die gesetzliche Anspruchsvoraussetzung der Freiwilligkeit der Emissionsverminderung. Zu prüfen ist im Weiteren, in welchem Zeitpunkt die Voraussetzungen für die Ausstellung von Bescheinigungen für Emissionsverminderungen erfüllt sein müssen. Abzuklären ist sodann, ob ein Austritt mit sofortiger Wirkung aus dem EHS zulässig ist.

### **E. 5.1**

Wie bereits dargelegt (E. 3.2.1 hiervor), ist eine Bescheinigung der Emissionsverminderung nur auszustellen, wenn diese im Inland freiwillig erzielt worden sind (Art. 7 Abs. 1 CO<sub>2</sub>-Gesetz). Vorliegend steht fest und ist unbestritten, dass die Beschwerdeführerin als Herstellerin von Dämmmaterial zur Teilnahme am EHS verpflichtet ist (Art. 40 Abs. 1 i.V.m. Ziff. 14 des Anhangs 6 CO<sub>2</sub>-Verordnung). Solange sie dem EHS untersteht, kann nach dem vorstehend Dargelegten nicht von einer freiwilligen Emissionsverminderung gesprochen werden. Denn der Begriff der Freiwilligkeit impliziert, dass die Bescheinigungen nur für diejenigen Projekte vorgesehen sind, die nicht bereits bei der Erfüllung gesetzlichen Emissionsbegrenzungspflicht berücksichtigt werden (Botschaft, S. 7490). Die Anzahl der gesamthaft zur Verfügung stehenden Emissionsrechte werden jedes Jahr reduziert und das EHS-Unternehmen ist an diese Vorgaben gebunden (E. 3.3 hiervor). Während seiner Unterstellung unter das EHS hat es für Emissionen, die weder durch Emissionsrechte noch durch Emissionsminderungszertifikate gedeckt sind, als Sanktion einen Betrag von 125 Franken pro Tonne CO<sub>2</sub>-Äquivalente (CO<sub>2</sub>eq) zu entrichten (Art. 21 Abs. 1 CO<sub>2</sub>-Gesetz). Nachdem die Beschwerdeführerin weiterhin obligatorisch dem EHS und den damit einhergehenden Verpflichtungen unterstellt ist, wendet die Vorinstanz zu Recht ein, dass mangels Freiwilligkeit kein Anspruch auf die Ausstellung von Bescheinigungen besteht.

#### **E. 5.2.1**

Hinsichtlich der Frage, welches Recht bei einer Änderung der Rechtsgrundlagen Anwendung findet, gilt wie dargelegt (E. 2.2 hiervor) der Grundsatz, dass diejenigen Rechtssätze massgebend sind, die bei der Erfüllung des rechtlich zu ordnenden oder zu Rechtsfolgen führenden Tatbestandes Geltung haben. Was die Tatsachen betrifft, wird in der Regel auf den bis zum Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Verfügung eingetretenen Sachverhalt abgestellt (BGE 144 V 210 E. 4.3.1; Kölz/Häner/ Bertschi, a.a.O., Rz. 1133).

#### **E. 5.2.2**

Im konkreten Fall ist unbestritten und geht auch aus den Akten hervor, dass die Beschwerdeführerin die Voraussetzungen für den Austritt aus dem EHS weder im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung noch in jenem des Erlasses der angefochtenen Verfügung erfüllt. Zum einen steht fest, dass sie Bescheinigungen für Emissionsverminderungen verlangt, die dem EHS unterstehende Treibhausgasemissionen betreffen; damit fehlt es bereits an der Voraussetzung gemäss Art. 5 Abs. 1 Bst. c Ziff. 2 der CO<sub>2</sub>-Verordnung. Zum andern haben die Treibhausgasemissionen der Anlagen der Beschwerdeführerin in den vergangenen drei Jahren anerkanntermassen mehr als 25'000 Tonnen CO<sub>2</sub>eq pro Jahr betragen (Art. 41 Abs. 1 CO<sub>2</sub>-Verordnung) und es steht auch keine Neuaufnahme einer Tätigkeit im Sinne des Anhangs 6 der CO<sub>2</sub>-Verordnung zur Diskussion (Art. 40 Abs. 2 CO<sub>2</sub>-Verordnung), so dass sofortiger Austritt im Sinne der Verordnung grundsätzlich nicht in Betracht fällt.

### **E. 5.2.3**

Wollte man - der Argumentation der Beschwerdeführerin folgend - bei der Prüfung des Anspruchs auf Bescheinigungen für Emissionsverminderungen auf den Zeitpunkt des Wirkungsbegins des Projekts abstellen, so wäre an sich auch für die Bestimmung des anwendbaren Rechts auf diesen Zeitpunkt abzustellen. Nach den dargelegten Grundsätzen (E. 2.2 hiervor) ist jedenfalls die während des erstinstanzlichen Verfahrens eintretende Rechtsänderung zu berücksichtigen. Es ist mit anderen Worten das (vor Erlass der Verfügung in Kraft getretene) neue Recht anwendbar, auch wenn sich dieses für den Betroffenen als ungünstiger erweist (Tschannen/Müller/Kern, a.a.O., Rz. 552). Nach der seit 1. Juni 2022 geltenden Regelung in Art. 5 Abs. 1 Bst. a i.V.m. Bst. f des Anhangs 3 der CO<sub>2</sub>-Verordnung (AS 2022 311) werden neu keine nationalen Bescheinigungen mehr ausgestellt, wenn die Emissionsverminderungen oder die Erhöhung der Senkenleistungen - wie hier - durch Strom als Brennstoffersatz für Prozesswärme erzielt werden. Zur Begründung für die Streichung dieser Projekte wird festgehalten, dass die Verwendung von hochwertiger Energie in Form von Strom gesamtenergiepolitisch nicht sinnvoll sei (Erläuternder Bericht des BAFU vom 4. Mai 2022 zur Verordnung über die Reduktion der CO<sub>2</sub>-Emissionen [CO<sub>2</sub>-Verordnung], S. 25; < [www.bafu.admin.ch](http://www.bafu.admin.ch) > Themen > Thema Klima > Rechtssetzung und Vollzug > Erläuternde Berichte > Erläuternder Bericht zur Teilrevision der CO<sub>2</sub>-Verordnung vom 24.05.2022 >, abgerufen am 25.03.2024). Folglich besteht nach der hier massgeblichen Rechtslage im Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Verfügung kein Anspruch mehr auf die Ausstellung von Bescheinigungen, wenn durch Strom als Brennstoffersatz für Prozesswärme Emissionsverminderungen erzielt werden.

### **E. 5.3.1**

Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, es sei ihr in analoger Anwendung von Art. 41 Abs. 1bis der CO<sub>2</sub>-Verordnung ein Austritt aus dem EHS mit sofortiger Wirkung zu ermöglichen. Denn Art. 41 Abs. 1 der CO<sub>2</sub>-Verordnung regle nur den Normalfall. Hier stehe allerdings ein Sonderfall zur Diskussion, weil sie mit einer einzigen Massnahme den Ausstoss dauerhaft und markant unter die Grenze von 25'000 Tonnen CO<sub>2</sub>eq pro Jahr reduziere. Deshalb sei die bestehende Regelungslücke in analoger Anwendung von Art. 41 Abs. 1bis der CO<sub>2</sub>-Verordnung dahingehend zu füllen, dass sie wie eine Betreiberin von Anlagen zu behandeln sei, die die Tätigkeit nach Anhang 6 neu aufnehme und deshalb die Ausnahme von der Pflicht zur Teilnahme mit sofortiger Wirkung beantragen könne.

### **E. 5.3.2**

Die herrschende Lehre und die bundesgerichtliche Rechtsprechung unterscheiden echte und unechte Lücken und behandeln diese Fälle im Verwaltungsrecht unterschiedlich. Eine Gesetzeslücke, die vom Gericht zu füllen ist, liegt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts vor, wenn der Gesetzgeber etwas zu regeln unterlassen hat, was er hätte regeln sollen, und dem Gesetz diesbezüglich weder nach seinem Wortlaut noch nach dem durch Auslegung zu ermittelnden Inhalt eine Vorschrift entnommen werden kann. Von einer unechten oder rechtspolitischen Lücke ist demgegenüber die Rede, wenn dem Gesetz zwar eine Antwort, aber keine befriedigende zu entnehmen ist. Echte Lücken zu füllen, ist dem Gericht aufgegeben, unechte zu korrigieren, ist ihm nach traditioneller Auffassung grundsätzlich verwehrt (zum Ganzen: BGE 149 V 156 E. 7.2.1; 148 V 84 E. 7.1.2; 145 IV 252 E. 1.6.1; je mit Hinweisen). Ob eine zu füllende Lücke oder ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers vorliegt, ist durch Auslegung zu ermitteln. Ist ein lückenhaftes Gesetz zu ergänzen, gelten als Massstab die dem Gesetz selbst zugrunde liegenden Zielsetzungen und Werte. Lücken können oftmals auf dem Weg der Analogie geschlossen werden. Umgekehrt ist Voraussetzung für die analoge Anwendung eines Rechtssatzes, dass zunächst das Vorliegen einer Lücke im Gesetz festgestellt wird (zum Ganzen: BGE 148 V 84 E. 7.1.2; 146 III 426 E. 3.1; je mit Hinweisen).

### **E. 5.3.3**

Im konkreten Fall sind die Voraussetzungen des Austritts eines dem EHS unterstehenden Betreibers einer Anlage in Art. 41 Abs. 1 und Art. 41 Abs. 1bis der CO<sub>2</sub>-Verordnung ausdrücklich geregelt. Von daher steht hier keine echte Lücke zur Diskussion. Es fällt somit höchstens die Annahme einer unechten Lücke in Betracht. Dass die Anwendung der geltenden Normen aus Sicht der Beschwerdeführerin keine befriedigende Antwort ergibt, genügt indes für die analoge Anwendung von Art. 41 Abs. 1bis der CO<sub>2</sub>-Verordnung und die beantragte sofortige Ausnahme von der Pflicht zur Teilnahme am EHS nicht. Hinzu kommt, dass die Konstellation eines Betreibers mit Neuaufnahme einer Tätigkeit nach Anhang 6 mit dem hier zur Beurteilung stehenden Sachverhalt nicht vergleichbar ist. Denn hier untersteht die Beschwerdeführerin als Herstellerin von Dämmmaterial bereits seit Jahren obligatorisch dem EHS, sie hat entsprechende Emissionen bewirkt, und es steht offensichtlich nicht eine Neuaufnahme einer Tätigkeit im Sinne von Art. 40 Abs. 2 i.V.m. Anhang 6 der CO<sub>2</sub>-Verordnung zur Diskussion.

### **E. 5.3.4**

Überdies gilt es zu beachten, dass Gesetz- und Verordnungsgeber das EHS einerseits (vgl. dazu Art. 2 Abs. 3, Art. 15 ff. CO<sub>2</sub>-Gesetz; Art. 2 Bst. e, Art. 40 ff. CO<sub>2</sub>-Verordnung) und die Bescheinigung für Projekte für Emissionsverminderungen oder die Erhöhung von Senkenleistungen andererseits (Art. 7 CO<sub>2</sub>-Gesetz; Art. 5-14 ff. CO<sub>2</sub>-Verordnung) klar trennen. Der Wechsel von einem System in ein anderes ist dabei an die Erfüllung der dargelegten besonderen Voraussetzungen geknüpft. Eine Kombination des Austritts mit gleichzeitigem Antrag auf Ausstellung einer Bescheinigung ist vom Gesetz- und Verordnungsgeber nicht beabsichtigt. Bei dieser Ausgangslage kann nicht von einer Regelungslücke gesprochen werden. Eine analoge Anwendung von Art. 41 Abs. 1bis CO<sub>2</sub>-Verordnung auf das von der Beschwerdeführerin beantragte Projekt fällt damit ausser Betracht.

### **E. 5.4**

Die Beschwerdeführerin wendet weiter ein, ein Verzicht auf die analoge Anwendung führe zu einer unzulässigen Ungleichbehandlung von bestehenden und neuen Marktteilnehmern.

#### **E. 5.4.1**

Der in Art. 8 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101) verankerte Grundsatz der Rechtsgleichheit verlangt, dass Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt wird (BGE 134 I 23 E. 9.1; Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 572). Der in der Wirtschaftsfreiheit nach Art. 27 BV mitgarantierte Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbebetriebe verbietet zudem Massnahmen, die den Wettbewerb unter direkten Konkurrenten verzerren bzw. nicht wettbewerbsneutral sind, namentlich wenn sie bezwecken, in den Wettbewerb einzugreifen, um einzelne Konkurrenten oder Konkurrentengruppen gegenüber anderen zu bevorzugen oder zu benachteiligen (BGE 130 I 26 E. 6.3.3.1; 125 I 431 E. 4b/aa). Dieser spezifische Gleichbehandlungsgrundsatz schützt vor staatlichen Ungleichbehandlungen, die zwar auf ernsthaften sachlichen Gründen beruhen mögen und damit nach Art. 8 Abs. 1 BV möglicherweise zulässig wären, gleichzeitig aber einzelne Konkurrenten namentlich durch unterschiedliche Belastungen oder staatlich geregelten Marktzugang bzw. -ausschluss begünstigen oder benachteiligen. Nach dem Grundsatz der Wettbewerbsneutralität bzw. der Gleichbehandlung der Gewerbebetriebe sind Massnahmen verboten, die den Wettbewerb unter direkten Konkurrenten verzerren und dadurch nicht wettbewerbsneutral sind (BGE 142 I 162 E. 3.7.2 mit Hinweisen; vgl. auch Klaus A. Vallender, in: Ehrenzeller et al. [Hrsg.], Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl. 2014, Art. 27 Rz. 31 mit Hinweisen). Selbst nach der Wirtschaftsfreiheit ist allerdings keine absolute Gleichbehandlung privater Marktteilnehmer verlangt. Die Gleichbehandlung schliesst vielmehr gewisse Differenzierungen, etwa aus Gründen der Sozialpolitik, des Umweltschutzes oder der Kulturpolitik nicht aus (BGE 142 I 162 E. 3.7.2). Die Differenzierungen sind zulässig, wenn sie auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen, auf objektive Kriterien abgestützt sind und aus dem System selber resultieren. Die Ungleichbehandlung hat sich dabei allerdings auf das zur Zielerreichung notwendige Mass zu beschränken (BGE 143 II 598 E. 5.1 mit Hinweisen).

#### **E. 5.4.2**

Im konkreten Fall fordert die Beschwerdeführerin im Ergebnis eine Gleichbehandlung mit einem Betreiber von Anlagen, der eine Tätigkeit neu aufnimmt. Die Ausnahmebestimmung von Art. 41 Abs. 1bis CO<sub>2</sub>-Verordnung wurde mit der Änderung der CO<sub>2</sub>-Verordnung vom 13. November 2019 (AS 2019 4335; in Kraft seit 1. Januar 2020) eingeführt. Zur Begründung der neuen «opt-out»-Bestimmung führt das BAFU im erläuternden Bericht vom 13. November 2019 aus, Betreiber von Anlagen, die neu eine Tätigkeit nach Anhang 6 aufnehmen, verfügten nicht über repräsentative historische Emissionsdaten. Die Voraussetzung einer dreijährigen Teilnahme am EHS sowie der damit verbundene initiale Aufwand einer Berechnung der kostenlosen Zuteilung von Emissionsrechten wären in diesem Fall unverhältnismässig. Deshalb regle Absatz 1bis neu, dass diese Betreiber von Anlagen mit sofortiger Wirkung ein «opt-out» beantragen könnten, falls sie glaubhaft nachweisen könnten, dass ihre Emissionen dauerhaft unter 25'000 Tonnen CO<sub>2</sub>eq lägen (Erläuternder Bericht des BAFU vom 13.11.2019 zur Teilrevision der Verordnung über die Reduktion der CO<sub>2</sub>-Emissionen [CO<sub>2</sub>-Verordnung], S. 7; < [www.bafu.admin.ch](http://www.bafu.admin.ch) > Themen > Thema Klima > Rechtssetzung und Vollzug > Erläuternde Berichte > Erläuternder

Bericht zur Teilrevision der CO<sub>2</sub>-Verordnung vom 13.11.2019 >, abgerufen am 25.03.2024). Aus diesen Erläuterungen geht hervor, dass das BAFU den Betreibern von Anlagen bei der Neuaufnahme der Tätigkeit deshalb ein sofortiges «opt-out» zugesteht, weil diese nicht über repräsentative historische Emissionsdaten verfügen und das Erfordernis einer dreijährigen Teilnahme am EHS und der Aufwand für die Berechnung der kostenlosen Zuteilung von Emissionsrechten unverhältnismässig wäre. Die Beschwerdeführerin untersteht demgegenüber seit Längerem dem für sie obligatorischen EHS und ein sofortiger Austritt ist für sie weder im Gesetz noch in der Verordnung vorgesehen. Damit knüpft der Verordnungsgeber für die unterschiedliche Behandlung von bestehender und neu aufgenommener Tätigkeit an einen legitimen sachlichen Grund an, der eine unterschiedliche rechtliche Behandlung rechtfertigt. Dementsprechend kann im Vorgehen der Vorinstanz keine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes erblickt werden.

#### **E. 6**

Zusammengefasst folgt aus dem Gesagten, dass die Voraussetzungen für die Ausstellung von Bescheinigungen für Emissionsverminderungen nicht erfüllt sind. Die Beschwerde ist folglich abzuweisen, soweit sie nicht gegenstandslos geworden ist, und die angefochtene Verfügung vom 2. August 2022 ist zu bestätigen.

#### **E. 7**

Es bleibt, über die Kosten- und Entschädigungsfolgen des Beschwerdeverfahrens zu entscheiden.

##### **E. 7.1**

Die Beschwerdeführerin hat infolge ihres Unterliegens die Verfahrenskosten zu tragen (vgl. Art. 63 Abs. 1 VwVG). Diese sind aufgrund des Streitwerts gestützt auf Art. 4 des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008 (VGKE, SR 173.320.2) auf Fr. 20'000.-- festzusetzen und dem von ihr in gleicher Höhe geleisteten Kostenvorschuss zu entnehmen.

##### **E. 7.2**

Sowohl der unterliegenden Beschwerdeführerin (vgl. Art. 64 Abs. 1 VwVG) wie auch der Vorinstanz (vgl. Art. 7 Abs. 3 VGKE) sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen. (Das Dispositiv befindet sich auf der nächsten Seite.)

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.