



Gericht:	Hessischer Verwaltungsgerichtshof 6. Senat
Entscheidungsdatum:	13.12.2017
Aktenzeichen:	6 A 555/16
ECLI:	ECLI:DE:VGHHE:2017:1213.6A555.16.00
Dokumenttyp:	Urteil
Quelle:	
Norm:	§ 3 Nr 14 EEG 2012

Begrenzung der EEG-Umlage

Leitsatz

Ein Unternehmen, das aus Abfall gütegesicherte Sekundärbrennstoffe herstellt, ist kein Unternehmen des produzierenden Gewerbes i. S. d. § 3 Nr. 14 EEG 2012.

☐ Verfahrensgang

vorgehend VG Frankfurt, 6. Mai 2015, 5 K 174/14.F

Tenor

Die Berufung wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens hat die Klägerin zu tragen.

Das Urteil ist hinsichtlich der Kosten vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe der festzusetzenden Kosten abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in entsprechender Höhe leistet.

Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand

- 1 Die Klägerin, die die Begrenzung der EEG-Umlage für das Jahr 2013 begehrt, betreibt eine mechanische Abfallaufbereitungsanlage. Aus Abfallgemischen (Hausmüll, haussmüllähnliche Gewerbeabfälle, Baustellenabfälle und Sperrmüll) werden nach Angaben der Klägerin über ein mehrstufiges Verfahren durch mechanische, physikalische und chemische Umwandlung des Ausgangsmaterials Sekundärbrennstoffe gewonnen, die in Kraft-, Zement- und Kalkwerken als Ersatz für fossile Energieträger zum Einsatz gelangen.

- 2** Durch Bescheid vom 4. Februar 2013 lehnte die Beklagte den mit Schreiben vom 13. Juni 2012 gestellten Antrag der Klägerin auf Begrenzung der EEG-Umlage für das Begrenzungsjahr 2013 für die Abnahmestelle A..., A-Straße in A-Stadt ab. Zur Begründung führte die Beklagte aus, diese Abnahmestelle könne nicht dem produzierenden Gewerbe zugerechnet werden, so dass die Voraussetzungen für eine Begrenzung der EEG-Umlage nicht erfüllt seien. Nach den Angaben der Klägerin entstünden bei den von der Klägerin durchgeführten Abfallbehandlungsprozessen sog. Sekundärbrennstoffe. Diese ersetzen einen Teil der fossilen Energieträger und würden in Kohle-, Kalk- und Zementwerken eingesetzt. Aus Sicht der Beklagten müsse davon ausgegangen werden, dass es sich bei den im Behandlungsverfahren entstandenen Waren um Restabfälle handle, die in der Folge letztendlich durch Verbrennung bzw. den Einsatz als Substitut beseitigt würden. Die Tätigkeit der Klägerin sei als Behandlung von Siedlungsabfällen zum Zwecke der Beseitigung anzusehen und entspreche damit nur der Klassifizierung im Bereich der Abfallbeseitigung (Abschnitt E, Abteilung 38), nicht jedoch in Abschnitt C der Klassifikation der Wirtschaftszweige des Statistischen Bundesamtes, Ausgabe 2008 (WZ 2008).
- 3** Auf das als "Einspruch" bezeichnete Schreiben der Klägerin vom 18. Februar 2013 erging der Widerspruchsbescheid der Beklagten vom 17. Dezember 2013, durch den der Widerspruch der Klägerin gegen den Bescheid vom 4. Februar 2013 zurückgewiesen wurde.
- 4** Die Klägerin hat auf den am 17. Dezember 2013 zur Post gegebenen Widerspruchsbescheid am 17. Januar 2014 Klage vor dem Verwaltungsgericht Frankfurt am Main erhoben.

Zur Begründung hat die Klägerin u. a. ausgeführt, die durch sie hergestellten Sekundärbrennstoffe erfüllten die strengen Qualitätsanforderungen der Güte- und Prüfbestimmungen des Deutschen Instituts für Gütesicherung und Kennzeichnung e. V. für Sekundärbrennstoffe und den biogenen Anteil in Sekundärbrennstoffen. Die Herstellung gütegesicherter Sekundärbrennstoffe sei Abschnitt C, Unterklasse 32.99 a. n. g. der WZ 2008 als Herstellung von sonstigen Erzeugnissen zuzuordnen. Die Herstellung gütegesicherter Sekundärbrennstoffe stelle eine wirtschaftliche Tätigkeit i. S. der WZ 2008 dar, wie sie auf S. 9 der Vorbemerkungen der WZ 2008 definiert sei. Diese wirtschaftliche Tätigkeit sei dem verarbeitenden Gewerbe nach Abschnitt C der WZ 2008 zuzuordnen. Das verarbeitende Gewerbe umfasse die mechanische, physikalische oder chemische Umwandlung von Stoffen oder Teilen in Waren (WZ 2008, Abschnitt C, S. 186). Die in der Produktionsanlage der Klägerin hergestellten gütegesicherten Sekundärbrennstoffe seien neu hergestellte Waren in diesem Sinne. Dem stehe nicht entgegen, dass eine Herstellung gütegesicherter Sekundärbrennstoffe aus heizwertreichen Fraktionen von Siedlungsabfällen, Baustellenabfällen und Sperrmüll erfolge. Nach § 5 des Kreislaufwirtschaftsgesetzes (KrWG) ende die Abfalleigenschaft eines Stoffes, wenn dieser ein Verwertungsverfahren durchlaufen habe und so beschaffen sei, dass er üblicherweise für bestimmte Zwecke verwendet werde, ein Markt für ihn oder eine Nachfrage nach ihm bestehe, er alle für seine jeweilige Zweckbestimmung geltenden technischen Anforderungen sowie alle Rechtsvorschriften und anwendbaren Normen für

Erzeugnisse erfülle sowie seine Verwendung insgesamt nicht zu schädlichen Auswirkungen auf Mensch und Umwelt führe. Die von der Klägerin hergestellten Sekundärbrennstoffe erfüllten diese Tatbestandsmerkmale.

In den Genuss der Begrenzung der EEG-Umlage kämen nach einer durch die Beklagte veröffentlichten Liste (Stand 25. April 2013) auch drei Unternehmen, die aus Abfällen neue Waren in Gestalt von Holzpellets herstellten. Die hierbei angewandten Herstellungsverfahren seien mit dem der Klägerin vergleichbar. Auch vor diesem Hintergrund sei die Entscheidung der Beklagten, die Herstellung von Holzpellets Abschnitt C und die Herstellung gütegesicherter Sekundärbrennstoffe Abschnitt E der WZ 2008 zuzuordnen, nicht begründbar.

Nach der Gesetzesbegründung zu § 3 Nr. 14 EEG (BT-Drs. 17/6071, S. 62) entscheide das Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle eigenverantwortlich, ob das Unternehmen als Unternehmen des produzierenden Gewerbes anzusehen sei, und habe insoweit ein eigenes Prüfungsrecht. An Zuordnungen anderer Behörden sei es nicht gebunden. Vor diesem Hintergrund sei das Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle im Rahmen des von § 3 Nr. 14 EEG 2012 eröffneten Ermessens nicht auf Abschnitt B und C der WZ 2008 zur Gewährung einer Umlagebegrenzung nach § 41 EEG 2012 beschränkt. Im Rahmen des dem Bundesamt zustehenden eigenverantwortlichen Prüfungsrechts bei der Zuordnung der Unternehmen zu den Abschnitten der WZ 2008 sei der Grundsatz des Vorrangs des Gesetzes zu beachten. Die WZ 2008 sei weder Gesetz noch Verordnung und habe deshalb bei einem Widerspruch zu einem parlamentarischen Gesetz hinter dieses zurückzutreten. Das EEG 2012 verfüge über keinen eigenständigen Abfallbegriff, so dass auf den Abfallbegriff des Kreislaufwirtschaftsgesetzes abzustellen sei.

Eine Zuordnung des Unternehmens der Klägerin zum Abschnitt E der WZ 2008 sei nicht möglich. Laut den Erläuterungen zu Abschnitt E, Unterklasse 38.32.0, umfasse diese Unterklasse nicht die Herstellung von neuen Endprodukten aus selbst oder nicht selbst hergestellten Sekundärrohstoffen.

5 Die Klägerin hat beantragt,

die Beklagte unter Aufhebung des Bescheides des Bundesamtes für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle vom 4. Februar 2013 - 101542 - in der Gestalt des Widerspruchsbescheids derselben Behörde vom 17. Dezember 2013 - 102-HFw-636/2013 - zu verurteilen, die EEG-Umlage zugunsten der Klägerin nach den §§ 40 ff. EEG 2012 zu begrenzen;

die Zuziehung eines Bevollmächtigten für notwendig zu erklären.

6 Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

7 Sie hat ausgeführt, die Tätigkeit der Klägerin sei als Rückgewinnung einzustufen, so dass sie 38.21 des Abschnitts E der WZ 2008 zuzuordnen sei. Dies ergebe sich aus der Einleitung zur Abteilung 38 des Abschnitts E, wonach der Betrieb von Anlagen zur stofflichen Rückgewinnung zum Bereich Sammlung, Behandlung und Beseitigung

von Abfallstoffen gehöre. Der Gesetzgeber habe in § 3 Nr.14 EEG 2012 den unbestimmten Rechtsbegriff "Unternehmen des produzierenden Gewerbes" unter Rückgriff auf die WZ 2008 definiert. Dies sei verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Die wirtschaftliche Tätigkeit der Klägerin falle nicht unter 32.99.0 des Abschnitts C der WZ 2008. Abgesehen davon, dass die in 32.99.0 aufgelisteten Erzeugnisse keinerlei Ähnlichkeit mit Ersatzbrennstoffen aufwiesen, sei deren Herstellung in 38.32.0 des Abschnitts E der WZ 2008 genannt. Beim hergestellten Ersatzbrennstoff handele es sich um einen Sekundärrohstoff, so dass 38.21 des Abschnitts E der WZ 2008 einschlägig sei. Aus der in § 3 Nr. 14 EEG 2012 enthaltenen Formulierung ("in entsprechender Anwendung der Abschnitte B und C der Klassifikation") könne kein Anwendungsbereich in dem Sinne abgeleitet werden, auch diejenigen Antragsteller nach §§ 40 ff. EEG 2012 zu privilegieren, die zwar statistisch nicht zu den Abschnitten B und C gehörten, aber über Produktionsprozesse verfügten, die den von Abschnitt B und C erfassten vergleichbar seien. Es könne auch nicht davon ausgegangen werden, dass eine planwidrige Regelungslücke vorliege, die durch eine analoge Anwendung von Vorschriften des Abschnitts C der WZ 2008 zu schließen wäre. Der Beklagten sei bei der Gewährung der Besonderen Ausgleichsregelung weder ein Ermessensspielraum noch ein Beurteilungsspielraum eingeräumt. Das Bundesamt habe eigenverantwortlich über die Zuordnung zu befinden.

- 8** Durch Urteil vom 6. Mai 2015 hat das Verwaltungsgericht Frankfurt am Main die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat das Verwaltungsgericht u. a. ausgeführt, bei der Klägerin handele es sich nicht um ein Unternehmen des produzierenden Gewerbes i. S. von § 3 Nr. 14, § 41 Abs. 1 EEG 2012. Es bestünden keine Bedenken, wenn der Gesetzgeber mit den Abschnitten B und C der WZ 2008 auf ein untergesetzliches Regelungsnetzwerk Bezug nehme, das er nicht selbst gesetzt habe. Der Unternehmensgegenstand der Klägerin sei der Untergruppe 38.21.0 und damit dem Abschnitt E zuzuordnen. Eine Zuordnung der Klägerin zur Untergruppe 16.29.0 "Herstellung von Holzwaren a. n. g., Kork-, Flecht- und Korbwaren (ohne Möbel)" sei nicht möglich. Die Zuordnung des Unternehmensgegenstands der Klägerin zur Untergruppe 38.21.0 liege unzweifelhaft näher als die von der Klägerin gewünschte zur Untergruppe 32.99.0.
- 9** Auf das dem Klägerbevollmächtigten am 18. Mai 2015 zugestellte Urteil hat die Klägerin am 10. Juni 2015 Antrag auf Zulassung der Berufung gestellt, den sie am 13. Juli 2015 begründet hat. Der Hessische Verwaltungsgerichtshof hat die Berufung durch Beschluss vom 19. Februar 2016 (6 A 1160/15.Z) zugelassen mit der Begründung, der Rechtssache komme grundsätzliche Bedeutung zu.
- 10** Auf den dem Klägerbevollmächtigten am 26. Februar 2016 zugestellten Beschluss hat die Klägerin die Berufung am 23. März 2016 begründet.
- 11** Zur Begründung trägt die Klägerin vor, die von ihr produzierten Sekundärbrennstoffe, die namentlich bei der Erzeugung von Zement zum Einsatz kämen, gingen nicht allein energetisch, sondern gleichsam physisch in die Erzeugnisse der Zementindustrie ein. Eine wesentliche Produkteigenschaft gütegesicherter Sekundärbrennstoffe sei der beim Einsatz zurückbleibende mineralische Anteil, der

sich im Zementherstellungsprozess fast vollständig im Zementlinker einbinde. Entsprechend bezwecke die Herstellung gütegesicherter Sekundärbrennstoffe nicht die Beseitigung von Abfall, sondern vielmehr die Ermöglichung bestimmter industrieller Produktionsprozesse. Da mit der Gewinnung des Ersatzbrennstoffs eine Rückgewinnung des in den Abfallstoffen enthaltenen Energiegehalts bezweckt werde, sei die Herstellung gütegesicherter Sekundärbrennstoffe vergleichbar mit den Unterklassen 05.10 (Steinkohlebergbau), 05.20 (Braunkohlebergbau), 06.10 (Gewinnung von Erdöl) und 06.20 (Gewinnung von Erdgas) der WZ 2008. Die gütegesicherten Sekundärbrennstoffe dienten zur Substitution der genannten fossilen Brennstoffe. Dass zur Gewinnung der Sekundärbrennstoffe Abfälle verarbeitet würden, sei für die Einordnung in die WZ 2008 nicht entscheidend, denn die WZ 2008 befasse sich an verschiedenen Stellen mit der Verarbeitung von Abfällen, ohne dass dies der Zuordnung zum produzierenden Gewerbe entgegenstehe.

Es bestünden ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des angegriffenen Urteils. Nach § 3 Nr. 14 EEG 2012 sei ein Unternehmen des produzierenden Gewerbes jedes Unternehmen, das an der zu begünstigenden Abnahmestelle dem Bergbau, der Gewinnung von Steinen und Erden oder dem verarbeitenden Gewerbe in entsprechender Anwendung der Abschnitte B und C der WZ 2008 zuzuordnen sei. Maßgeblich sei hiernach Abschnitt C der WZ 2008. Nach den Erläuterungen zur WZ 2008 (S. 186) umfasse Abschnitt C die mechanische, physikalische oder chemische Umwandlung von Stoffen oder Teilen in Waren. Die wesentliche Änderung oder Neugestaltung von Waren werde generell als Herstellung von Waren angesehen und dem verarbeitenden Gewerbe zugeordnet. Die nach § 3 Nr. 14 EEG 2012 vorgeschriebene Verbindlichkeit der WZ 2008 sei nicht auf einzelne Unterklassen beschränkt, sondern umfasse Abschnitt C insgesamt und damit auch die Bestimmung der abstrakten Merkmale eines Produktionsprozesses. Der Produktionsprozess der Klägerin entspreche den in der WZ 2008 genannten Merkmalen. Er sei durch eine mechanische, physikalische oder chemische Umwandlung von Stoffen oder Teilen in Waren gekennzeichnet. Damit sei die Klägerin i. S. des § 3 Nr. 14 EEG 2012 ein Unternehmen des produzierenden Gewerbes. Offen sei allein die Zuordnung der Klägerin innerhalb des Abschnitts C der WZ 2008. Die Herstellung gütegesicherter Sekundärbrennstoffe finde in den Erläuterungen zur Unterklasse 32.99.0 keine ausdrückliche Nennung, gleichwohl sei sie dort zuzuordnen. Ausgehend von "anderweitig nicht genannt" mittels der Abkürzung "a. n. g." erfasse die Unterklasse 32.99.0 a. n. g. alle wirtschaftlichen Tätigkeiten von Unternehmen, die Abschnitt C zuzuordnen und an keiner anderen Stelle in der Klassifikation ausdrücklich genannt seien. Eine ausdrückliche Nennung von Sekundärbrennstoffen als Hauptprodukt einer wirtschaftlichen Tätigkeit sei keiner anderen Stelle der WZ 2008 zu entnehmen. Die WZ 2008 bilde ausweislich des Vorwortes (S. 3) eine verbindliche Einteilung, die eine vollständige und überschneidungsfreie Erfassung der zu beobachtenden Phänomene erlaube. Dieser Vollständigkeits- und Trennungsanspruch sei nur durch eine Zuordnung von Sekundärbrennstoffen als Hauptprodukt einer wirtschaftlichen Tätigkeit zur Unterklasse 32.99.0 der WZ 2008 zu erfüllen. Die Erläuterungen zur WZ 2008 erkannten auch ausdrücklich an, dass eine abschließende Aufführung aller zu einer Unterteilung zuzuordnenden Tätigkeit den Rahmen der WZ 2008 sprengen würde und aufgrund der ökonomischen und technologischen Entwicklung gar nicht möglich

sei (S. 63 der WZ 2008). Eine Nichtzuordnung der Klägerin zur Unterklasse 32.99.0 stelle auch eine Ungerechtigkeit dar, da Unternehmen, die Holzpellets herstellten und somit eine ökologisch vergleichbare Funktion erfüllten wie die Klägerin, zur Unterklasse 16.29.0 und damit zum Abschnitt C gehörten. Die Unterklasse 32.99.0 a. n. g. ermögliche es als Härtefallregelung, eine solche Ungerechtigkeit zu vermeiden.

Eine Zuordnung des Unternehmens der Klägerin zur Unterklasse 38.21.0 "Behandlung und Beseitigung nicht gefährlicher Abfälle" sei nicht möglich. Diese Unterklasse umfasse die Vorbehandlung und Beseitigung nicht gefährlicher Abfälle durch Verbrennen oder andere Verfahren, mit oder ohne damit verbundener Erzeugung von Elektrizität, Dampf, Kompost, Ersatzbrennstoffen, Biogas, Asche oder anderen Nebenprodukten zur Weiterverwendung usw. und die Vorbehandlung organischer u. a. Abfälle zum Zwecke der Beseitigung. Das Produktionsergebnis der Klägerin sei kein "Nebenprodukt". Die Tätigkeit der Klägerin könne auch nicht der "Vorbehandlung organischer u. a. Abfälle zum Zwecke der Beseitigung" zugeordnet werden. Die Klägerin betreibe auch keine "Vorbehandlung und Beseitigung nicht gefährlicher Abfälle" durch Verbrennen oder andere Verfahren" mit Ersatzbrennstoffen als Nebenprodukt. Überdies seien gütegesicherte Sekundärbrennstoffe nicht mit Ersatzbrennstoffen vergleichbar.

Der von der Klägerin produzierte gütegesicherte Sekundärbrennstoff stelle kein Nebenprodukt, sondern das Hauptprodukt der wirtschaftlichen Tätigkeit dar. Nebenprodukt sei allein der Restmüllanteil, der einer geordneten Entsorgung zugeführt werde. Nach Maßgabe der Grundregeln der WZ 2008 (Vorbemerkung S. 25) sei die Tätigkeit, auf die mehr als 50 % der Wertschöpfung entfalle, die Haupttätigkeit und maßgeblich für die Einordnung der Einheit in die WZ 2008. Entsprechend sei die von der Unterklasse 38.21.0 erfasste Haupttätigkeit allein die Vorbehandlung und Beseitigung (fester und nicht fester) nicht gefährlicher Abfälle. Die Herstellung von Ersatzbrennstoffen im Rahmen einer von der Unterklasse 38.21.0 erfassten Vorbehandlung und Beseitigung nicht gefährlicher Abfälle bilde nur eine Nebentätigkeit. Das Produktionsergebnis einer Nebentätigkeit sei ein Nebenprodukt. Dagegen bilde die Herstellung gütegesicherter Sekundärbrennstoffe die Haupttätigkeit der Klägerin und sei ihr Hauptprodukt. Die Klägerin bezwecke mit der Herstellung der Sekundärbrennstoffe auch nicht die Beseitigung von Abfall, was aber gerade der Regelungszweck der Gruppe 38.2 der WZ 2008 sei.

Die WZ 2008 baue gemäß ihrem Vorwort (S. 3) rechtsverbindlich auf der Statistischen Systematik der Wirtschaftszweige in der Europäischen Gemeinschaft (NACE Rev. 2) auf. Ausweislich der Entstehungsgeschichte der NACE Rev. 2 sei die Zuordnung der Herstellung von Ersatzbrennstoffen zu Abschnitt C, Verarbeitendes Gewerbe, vom Anteil dieser wirtschaftlichen Tätigkeit an der Bruttowertschöpfung abhängig. Dies ergebe sich auch aus einem Vermerk des Herrn X..., Statistisches Bundesamt, vom 25. Oktober 2006. Dieser Vermerk bestätige die ernstlichen Zweifel an der Richtigkeit der Zuordnung der wirtschaftlichen Tätigkeit der Klägerin zur Unterklasse 38.21.0 der WZ 2008. Nach offenbar einhelliger Auffassung der Mitgliedstaaten als Urheber der Erläuterungen zur Unterklasse 38.21.0 der WZ 2008 setze eine entsprechende Zuordnung der Herstellung von Ersatzbrennstoffen voraus,

dass eine Abfallbeseitigung als Haupttätigkeit stattfinde. Die Haupttätigkeit der Klägerin sei aber nicht die Abfallbeseitigung.

Die Bedeutung des Kreislaufwirtschaftsgesetzes für das Verständnis der WZ 2008 sei auch zu beachten. § 5 KrWG regelt, wann die Abfalleigenschaft ende. Die von der Klägerin hergestellten gütegesicherten Sekundärbrennstoffe erfüllten die Tatbestandsmerkmale des § 5 Abs. 1 KrWG vollständig. Nach § 3 Nr. 14 EEG 2012 entscheide das Bundesamt eigenverantwortlich, ob das Unternehmen als Unternehmen des produzierenden Gewerbes anzusehen sei und habe insoweit ein eigenes Prüfungsrecht. Das EEG verfüge nicht über einen eigenständigen Abfallbegriff, so dass nach dem Grundsatz des Vorrangs des Gesetzes hinsichtlich Inhalt und Grenzen des Abfallbegriffs auf das Kreislaufwirtschaftsgesetz abzustellen sei.

Die Beklagte stütze ihre Position u. a. auf Stellungnahmen des Statistischen Bundesamtes und verweise auch darauf, diese Stellungnahmen seien aus fachlicher Sicht von erheblicher Bedeutung. Die Beklagte verlagere so ihre Pflicht, eigenständig zu entscheiden, auf das Statistische Bundesamt. Dies führe gemäß § 44 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG zur Nichtigkeit der Ablehnungsentscheidung.

12 Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Verwaltungsgerichts Frankfurt am Main vom 6. Mai 2015 abzuändern und die Beklagte unter Aufhebung des Bescheids vom 4. Februar 2013 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 17. Dezember 2013 zu verpflichten, die EEG-Umlage zugunsten der Klägerin zu begrenzen,

und

die Zuziehung eines Bevollmächtigten im Vorverfahren für notwendig zu erklären.

13 Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

14 Sie ist der Ansicht, bei der Klägerin handele es sich nicht um ein Unternehmen des produzierenden Gewerbes i. S. der §§ 3 Nr.14, 41 Abs. 1 EEG 2012. Soweit die Klägerin erstmals vortrage, der von ihr hergestellte Sekundärbrennstoff diene nicht nur der Energieerzeugung, sondern gehe gleichsam physisch in die Erzeugnisse der Zementindustrie ein, könne dies nur mit Nichtwissen bestritten werden, da die Beklagte insoweit nicht über das notwendige fachliche Wissen verfüge. Hierauf komme es aber auch nicht entscheidend an, da sich dadurch an der Tatsache, dass die Tätigkeit der Klägerin dem Abschnitt E der WZ 2008 zuzuordnen sei, nichts ändere. Eine Einordnung in eine der Unterklassen der Abschnitte B oder C komme nicht in Betracht. Die Klägerin verkenne, dass nicht jede mechanische, physikalische oder chemische Umwandlung von Stoffen oder Teilen in Waren dem Abschnitt C zuzuordnen sei. Nach Wortlaut und Systematik der WZ 2008 sei für die Zuordnung eines Verarbeitungsprozesses zu Abschnitt C oder zu Abschnitt E maßgeblich, ob es sich bei dem verwendeten Ausgangsstoff um Abfall handele. Sei dies der Fall, ordne die WZ 2008 die entsprechende Be- oder Verarbeitungstätigkeit stets dem Abschnitt E zu. Hierin liege eine Wertung, die sich der Gesetzgeber des EEG 2012 zu Eigen ge-

macht habe, indem er in § 3 Nr. 14 EEG 2012 auf die Abschnitte B und C der WZ 2008 verweise. Das durch die Abfallbearbeitung bzw. -verarbeitung gewonnene Material (hier Ersatzbrennstoffe) und dessen Qualität oder Güte seien für die Zuordnung zu Abschnitt C oder Abschnitt E nicht entscheidend. Der Unterklasse 32.99.0, in die sich die Klägerin selbst einordne, komme jedenfalls für Tätigkeiten der Abfallaufbereitung nicht die Funktion eines Auffangtatbestandes zu. Die Unterklasse 38.21.0 beschreibe exakt die Tätigkeit der Klägerin, wenn dort von der Vorbehandlung nicht gefährlicher Abfälle durch andere Verfahren mit damit verbundener Erzeugung von Ersatzbrennstoffen gesprochen werde. Auch aus der Entstehungsgeschichte der WZ 2008 und der NACE Rev. 2, auf der die WZ 2008 aufbaue, ergebe sich nichts anderes. Soweit die Klägerin hierzu auf einen Vermerk des Statistischen Bundesamtes vom 25. Oktober 2006 verweise, komme diesem als internem Diskussionspapier zu einem keinerlei Rechtsverbindlichkeit zu und zum anderen seien die diskutierten Vorschläge auch nicht umgesetzt worden. Die Tätigkeit der Klägerin sei der Klasse 38.21 der NACE Rev. 2 zuzuordnen, die der Zuordnung zu 38.21.0 der WZ 2008 entspreche. Auch aus Sicht der Statistiker des Statistischen Bundesamtes sei es aus fachlicher Sicht unstrittig, dass für jegliche Vorbehandlung von Abfällen zur Beseitigung, unabhängig von der Art der darauf folgenden Beseitigung oder gar dem Ausmaß einer möglichen damit verbundene Elektrizitätserzeugung, eine Zuordnung zur Gruppe 38.2 der WZ 2008 zu erfolgen habe. Soweit die Klägerin vortrage, die Herstellung von Ersatzbrennstoffen sei keine bloße Neben-, sondern die Haupttätigkeit, könne dies an der Zuordnung der Tätigkeit zur Gruppe 38.2 und zur Unterklasse 38.21.0 nichts ändern. Soweit sich die Klägerin auf das Kreislaufwirtschaftsgesetz berufe, sei der in § 5 KrWG verwendete Abfallbegriff für die statistische Zuordnung in der WZ 2008 nicht von Bedeutung.

Die Klägerin könne auch nichts für sich daraus ableiten, dass nach § 3 Nr. 14 EEG 2012 i. V. m. der WZ 2008 Hersteller von sog. Holzpellets dem produzierenden Gewerbe zugeordnet würden (Unterklasse 16.29.0). Selbst wenn hier eine Ungleichbehandlung vorläge, was angesichts der unterschiedlichen Rohstoffe, Herstellungsverfahren, Verwendungszwecke und Märkte aber nicht der Fall sei, wäre diese Ungleichbehandlung jedenfalls durch sachliche Gründe gerechtfertigt.

- 15** Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach. und Streitstandes wird Bezug genommen auf den Inhalt der Gerichtsakten (6 Bände) und die Behördenakte der Beklagten.

Entscheidungsgründe

- 16** Die Berufung ist zulässig, insbesondere ist sie innerhalb der Frist nach § 124a Abs. 6 Satz 1 VwGO begründet worden. Dem steht nicht entgegen, dass die Klägerin in ihrer Begründungsschrift teilweise auf Aspekte abstellt, die allein für die Zulassung der Berufung von Bedeutung sind (ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des Urteils, grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache). Die Begründung lässt nämlich gleichwohl hinreichend deutlich werden, weshalb die Berufung nach Ansicht der Klägerin erfolgreich sein soll (vgl. Kopp/ Schenke, VwGO, 23. Aufl. 2017, § 124a Rn. 66).
- 17** Die Berufung ist unbegründet, denn die Ablehnung der begehrten Begrenzung der EEG-Umlage ist nicht rechtswidrig. Die Klägerin hat keinen Anspruch auf die begehrte Begrenzungsentscheidung. Das Verwaltungsgericht hat die Klage zu Recht abge-

wiesen.

- 18** Die erhobene Klage ist als Versagungsgegenklage gemäß § 42 Abs. 2 Satz 1 VwGO zulässig gewesen. Insbesondere hat die Klägerin das erforderliche Vorverfahren (§ 68 Abs. 2 VwGO) ordnungsgemäß durchgeführt. Dem steht nicht entgegen, dass die Klägerin auf den Bescheid der Beklagten vom 4. Februar 2013 mit Schreiben vom 18. Februar 2013 "Einspruch" eingelegt hat. Die Verwaltungsgerichtsordnung enthält keine Bestimmungen dazu, dass der Widerspruch als solcher zu bezeichnen wäre. Es genügt, wenn der Betroffene deutlich macht, dass er sich von der angegriffenen Maßnahme beschwert fühlt, sich deshalb dagegen wehrt und die Überprüfung dieser Maßnahme begehrt (VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 3. Dezember 2013 - 2 S 978/13 -, juris Rn. 36). Dem wird das Schreiben vom 18. Februar 2013 jedenfalls gerecht.

Der Senat muss nicht der Frage nachgehen, ob der Bescheid der Beklagten vom 4. Februar 2013 ggf. nach § 44 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG nichtig sein könnte. § 113 Abs. 5 Satz 1 VwGO stellt nicht darauf ab, ob der ablehnende Verwaltungsakt rechtswidrig ist, sondern die Ablehnung muss rechtswidrig sein. Eine Verpflichtungsklage hat mithin nicht allein deshalb Erfolg, weil der ablehnende Bescheid einen Rechtsfehler aufweist, sondern der Kläger muss einen Anspruch auf die begehrte Leistung haben. Unabhängig davon ist aber auch nichts dafür ersichtlich, dass der Rechtsansicht der Klägerin, der Verwaltungsakt vom 4. Februar 2012 sei nichtig, gefolgt werden könnte.

- 19** Die Klägerin hat keinen Anspruch auf die Begrenzung der EEG-Umlage für das Jahr 2013. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist maßgeblich für die rechtliche Beurteilung des Verpflichtungsbegehrens die Rechtslage, die im Zeitpunkt des Ablaufs der Ausschlussfrist bestand (Urteil vom 31. Mai 2011 - 8 C 52/09 -, juris Rn. 15). Für das Jahr 2013 mussten die Anträge auf Begrenzung der EEG-Umlage spätestens am 2. Juli 2012 gestellt werden, da der 30. Juni 2012 (vgl. § 43 Abs. 1 Satz 1 EEG 2012) ein Samstag gewesen ist (vgl. § 31 Abs. 3 Satz 1 VwVfG). Daher findet das zum 1. Januar 2012 in Kraft getretene EEG in der Fassung vom 17. August 2012 (BGBl. I 2011, S. 1634 - dieses Gesetz ist ausweislich seines Artikels 7 teils mit Wirkung vom 1. Januar 2012 und teils mit Wirkung vom 1. April 2012 in Kraft getreten) Anwendung.
- 20** Die Klägerin betreibt an der zu begünstigenden Abnahmestelle in A-Stadt kein Unternehmen des produzierenden Gewerbes. Ein Anspruch auf Begrenzung der EEG-Umlage nach §§ 40 ff. EEG 2012 setzt u. a. voraus, dass der Antragsteller ein Unternehmen des produzierenden Gewerbes ist (§ 41 Abs. 1 EEG 2012). Nach § 3 Nr. 14 EEG 2012 ist Unternehmen des produzierenden Gewerbes jedes Unternehmen, das an der zu begünstigenden Abnahmestelle dem Bergbau, der Gewinnung von Steinen und Erden oder dem verarbeitenden Gewerbe in entsprechender Anwendung der Abschnitte B und C der Klassifikation der Wirtschaftszweige des Statistischen Bundesamtes, Ausgabe 2008 zuzuordnen ist.
- 21** Zu beachten ist bei der Anwendung der WZ 2008, dass Unternehmen nicht mehreren Kategorien zugeordnet werden dürfen (vgl. WZ 2008 Vorbemerkungen, S. 7). Ist ein Unternehmen etwa eindeutig dem Abschnitt E zuzuordnen, so kommt eine

Zuordnung unter den Abschnitt C nicht in Betracht.

- 22** Die Beklagte und das Verwaltungsgericht haben die unternehmerische Tätigkeit der Klägerin zutreffend dem Abschnitt E Unterklasse 38.21.0 der WZ 2008 zugeordnet. Die Unterklasse 38.21.0 umfasst die Vorbehandlung und Beseitigung nicht gefährlicher Abfälle u. a. durch Verbrennen oder andere Verfahren, mit oder ohne damit verbundener Erzeugung von Elektrizität, Dampf, Kompost, Ersatzbrennstoffen, Biogas, Asche oder anderen Nebenprodukten zur Weiterverwendung usw. Ob das Produkt, das durch die Verarbeitung geschaffen wurde, noch als Abfall zu bezeichnen ist, ist für die Zuordnung unter die Gruppe E nicht von Bedeutung. Dies ergibt sich unmittelbar aus 38.21.0 selbst, denn die dort ausdrücklich genannten Produkte sind ganz überwiegend nicht als Abfall zu werten (Elektrizität, Kompost, Ersatzbrennstoffe, Biogas). Indem 38.21.0 auch von "Nebenprodukten zur Weiterverwendung" (Unterstreichung nicht im Original) spricht, wird deutlich, dass diese Nebenprodukte (zumindest nicht zwingend) Abfallcharakter haben müssen. Es trifft also nicht zu, dass es sich bei dem durch die Vorbehandlung erzeugten Stoff stets (noch) um Abfall handeln müsse, um dem Abschnitt E bzw. der Unterklasse 38.21.0 zugeordnet zu werden. Das Produkt, das bei der Verarbeitung des Abfalls entsteht, kann im Geschäftsverkehr ggf. also auch als "Ware" gehandelt werden, ohne dass dies zur Zuordnung des jeweiligen Unternehmens zum Abschnitt C der WZ 2008 führt.

Soweit die Klägerin der Ansicht ist, gütegesicherte Sekundärbrennstoffe seien nicht mit Ersatzbrennstoffen vergleichbar, kann dem nicht gefolgt werden. Der Umstand, dass die von der Klägerin hergestellten Brennstoffe bestimmte Qualitätsanforderungen erfüllen, wie der Geschäftsführer der Klägerin in der mündlichen Verhandlung noch einmal betont hat, ändert nichts daran, dass sie als Ersatz für fossile Energieträger zum Einsatz gelangen und somit diese als Brennstoffe ersetzen.

Der durch die Klägerin gewonnene gütegesicherte Sekundärbrennstoff stellt auch einen Ersatzbrennstoff als Nebenprodukt der Vorbehandlung nicht gefährlicher Abfälle i. S. der Unterklasse 38.21.0 dar. Dem steht nicht entgegen, dass - wie der Geschäftsführer der Klägerin im Verlauf der mündlichen Verhandlung noch einmal ausdrücklich dargelegt hat - das Interesse der Klägerin gerade darin besteht, gütegesicherte Sekundärbrennstoffe zu erzeugen. Der Wortlaut des zweiten Spiegelstrichs der Unterklasse 38.21.0 ("Verbrennen oder andere Verfahren, mit oder ohne damit verbundener Erzeugung von Elektrizität, Dampf, Kompost, Ersatzbrennstoffen, Biogas, Asche oder anderen Nebenprodukten zur Weiterverwendung usw.") lässt ohne weiteres (auch) die Auslegung zu, dass die dort genannten Güter oder Gegenstände stets als Nebenprodukte anzusehen sind, ohne dass es noch einer weiteren Prüfung bedarf, ob diese "Nebenprodukte" wirtschaftlich gesehen (inzwischen) eine gleiche oder gar eine höhere Bedeutung erlangt haben als das "Hauptprodukt", die Vorbehandlung und Beseitigung nicht gefährlicher Abfälle (ob durch die Herstellung des gütegesicherten Sekundärbrennstoffs auch bereits eine "Beseitigung nicht gefährlicher Abfälle" bewirkt worden ist, kann offen bleiben, denn jedenfalls sind die bis dahin vorgenommenen Tätigkeiten als "Vorbehandlung" nicht gefährlicher Abfälle i. S. der Unterklasse 38.21.0 zu werten). Für diese Auslegung spricht, dass es der WZ 2008 darum geht, die (wirtschaftlichen) Tätigkeiten zuzuord-

nen (vgl. Vorbemerkung der WZ 2008 S. 9 f., 20 ff., 56), so dass primär nicht auf das Produkt, sondern auf die Tätigkeit des Unternehmens (vorliegend "Vorbehandlung und Beseitigung nicht gefährlicher Abfälle") abzustellen ist. Ob die Nebenprodukte im Rahmen der Vorbehandlung oder Beseitigung des Abfalls anfallen oder nicht, ist nach dem ausdrücklichen Wortlaut dieser

Bestimmung ("mit oder ohne") für die Zuordnung unter die Unterklasse 38.21.0 ohne Belang. Insofern stellen die in 38.21.0 genannten Nebenprodukte - sofern sie denn anfallen - im Verhältnis zu der (Haupt-) Tätigkeit "Behandlung und Beseitigung nicht gefährlicher Abfälle" stets "Neben".Produkte dar. Der WZ 2008 ist gerade im Bereich der Abfallentsorgung eine Zuordnung losgelöst von der wirtschaftlichen Bedeutung der unternehmerischen Tätigkeit auch nicht fremd. So heißt es in der Vorbemerkung zum Abschnitt C (S. 186): "Die Verarbeitung von Abfällen zu Sekundärrohstoffen (Materialrückgewinnung) ist der Gruppe 38.3 zugeordnet. Auch wenn dabei physikalische oder chemische Umwandlungen stattfinden, gilt sie nicht als Herstellung von Waren. Als Hauptzweck dieser Tätigkeiten wird die Behandlung oder Verarbeitung von Abfall angesehen, weshalb sie dem Abschnitt E ... zugeordnet werden" (Unterstreichungen nicht im Originaltext). Die vorgenommene Auslegung der Unterklasse 38.21.0 widerspricht nicht dem Wortlaut der Bestimmung, sie fügt sich in die Systematik der WZ 2008 ein und sie zwingt nicht dazu, neben der Feststellung der unternehmerischen Tätigkeit noch Feststellungen zur wirtschaftlichen Bedeutsamkeit der jeweils erzeugten (Neben-) Produkte zu treffen. Vor diesem Hintergrund ist der nach dem Wortlaut der Bestimmung auch möglichen Auslegung, dass die in der Unterklasse 38.21.0 als Nebenprodukte bezeichneten Güter und Gegenstände stets nur nebenbei (ggf. auch unerwünscht) anfallende Produkte sein dürfen, nicht zu folgen, denn sie berücksichtigt nicht in ausreichendem Maße, dass grundsätzlich nicht das Produkt der unternehmerischen Tätigkeit, sondern diese selbst das nach der WZ 2008 maßgebliche Zuordnungskriterium ist.

Der Zuordnung zur Unterklasse 38.21.0 steht nicht entgegen, dass die Klägerin der Ansicht ist, ihre Tätigkeit sei vergleichbar mit den Unterklassen 05.10 (Steinkohlenbergbau), 05.20 (Braunkohlenbergbau), 06.10 (Gewinnung von Erdöl) oder 06.20 (Gewinnung von Erdgas) des Abschnitts B der WZ 2008. Aus den Vorbemerkungen zum Abschnitt B (S. 175) ergibt sich, dass dieser Abschnitt die Gewinnung natürlich vorkommender fester (Kohle und Erze), flüssiger (Erdöl) und gasförmiger (Erdgas) mineralischer Rohstoffe umfasst. Die Vergleichbarkeit besteht mithin allein darin, dass die Tätigkeit der Klägerin auf die Gewinnung von (Sekundär-) Brennstoffen gerichtet ist. Diese sind aber keine natürlich vorkommenden Rohstoffe, so dass eine Zuordnung unter Abschnitt B nicht in Betracht kommt.

- 23** Eine Zuordnung der Klägerin unter den Abschnitt C kommt ebenfalls nicht in Betracht. Die Klägerin räumt ein, dass ihre Tätigkeit durch keinen der unter diesem Abschnitt in den Klassen bzw. Unterklassen ausdrücklich genannten Tatbestände beschrieben wird. Die Zuordnung der Klägerin zum Abschnitt C, die § 3 Nr. 14 EEG 2012 gebietet, soll sich - so die Klägerin - deshalb zum einen schon aus der Vorbemerkung des Abschnitts C (S. 186) ergeben. Hiernach umfasst der Abschnitt die mechanische, physikalische oder chemische Umwandlung von Stoffen oder Teilen in Waren. Diese Voraussetzungen dürfte die Klägerin wohl erfüllen. Das Vorliegen der

in den Vorbemerkungen des Abschnitts C genannten Kriterien reicht aber nicht aus, um den Vorgaben des § 3 Nr. 14 EEG 2012 zu genügen. Diese Vorschrift besagt, dass "Unternehmen des produzierenden Gewerbes" jedes Unternehmen ist, das an der zu begünstigenden Abnahmestelle dem Bergbau, der Gewinnung von Steinen und Erden oder dem verarbeitenden Gewerbe in entsprechender Anwendung der Abschnitte B und C der Klassifikation der Wirtschaftszweige des Statistischen Bundesamtes, Ausgabe 2008 zuzuordnen ist. Nach dem Gesetzeswortlaut wird auf die Abschnitte B und C der Klassifikation verwiesen. Diese bestehen aber nicht nur aus den jeweiligen Vorbemerkungen, sondern (ganz wesentlich) auch aus den Abteilungen, Gruppen, Klassen und Unterklassen. Dass sich die Verweisung nicht auch auf diese Teile der Abschnitte erstrecken soll, lässt sich dem Wortlaut des § 3 Nr. 14 EEG 2012 nicht entnehmen. Bei der Lektüre der jeweiligen Vorbemerkungen der Abschnitte wird deutlich, dass diese zunächst mehr oder weniger allgemein beschreiben, welche Tätigkeiten der jeweilige Abschnitt umfasst. Ob die Tätigkeit des Unternehmens den jeweiligen Abschnitten zuzuordnen ist, ergibt sich dann aus den Abteilungen, Gruppen, Klassen und Unterklassen, unter die die jeweilige unternehmerische Tätigkeit einzuordnen ist. Allein der Hinweis darauf, die unternehmerische Tätigkeit erfülle die in den Vorbemerkungen des Abschnitts C genannten Kriterien, genügt mithin nicht, um ein Unternehmen diesem Abschnitt zuzuordnen.

Dass für die Einordnung grundsätzlich die unterste Gliederungsebene (das sind die Unterklassen) maßgeblich ist, wird durch die Vorbemerkungen der WZ 2008 bestätigt, wenn es dort heißt (S. 23): "Jede Einheit wird auf der Grundlage der in ihr durchgeführten Tätigkeiten auf der untersten Gliederungsebene eingeordnet, sofern für die einzelnen fachstatistischen Erhebungen nichts anderes bestimmt ist." Zur Stützung ihrer Ansicht verweist die Klägerin auch auf die Unterklasse 32.99.0 (Herstellung von sonstigen Erzeugnissen a. n. g.). Unter die in dieser Unterklasse ausdrücklich genannten Fälle ist die Tätigkeit der Klägerin nicht zu fassen, wovon sie auch nicht ausgeht. Die Klägerin sieht diese Unterklasse vielmehr als Auffangtatbestand an, der auch für ihre Tätigkeit offen stehe. Die WZ 2008 geht davon aus, dass die Erläuterungen ("Diese Unterklasse umfasst") grundsätzlich nicht als vollständig anzusehen sind, da eine abschließende Aufzählung aller zu einer Unterteilung zuzuordnenden Tätigkeiten den Rahmen der WZ 2008 sprengen würde und außerdem nicht zuletzt auf Grund der ökonomischen und technischen Entwicklung gar nicht möglich sei. Aufgeführt seien in der Regel vielmehr typische Tätigkeiten, die zu der betreffenden Unterteilung gehörten; zum Teil würden auch bestimmte Institutionen genannt und deren typische Tätigkeiten beschrieben (WZ 2008 S. 63). Die Tätigkeit der Klägerin (Herstellung von gütegesicherten Sekundärbrennstoffen) ist aber mit keiner der in der Unterklasse 32.99.0 ausdrücklich genannten Tätigkeiten auch nur annähernd verwandt, so dass eine erweiternde Auslegung dieser Unterklasse auf die Klägerin nicht in Betracht kommt.

Der Verweis der Klägerin auf die Vorbemerkung der WZ 2008 (S. 9), wonach eine wirtschaftliche Tätigkeit einen Einsatz von Produktionsfaktoren, ein Herstellungsverfahren und ein Produktionsergebnis voraussetze, was bei der Klägerin alles gegeben sei, befreit auch nicht von einer Zuordnung der unternehmerischen Tätigkeit in den Abschnitt C, soll die Begrenzung der EEG-Umlage in Betracht kommen. Soweit die Klägerin unter Hinweis auf S. 19 f. der WZ 2008 ("Kriterien für die

Ausarbeitung der WZ 2008") der Ansicht ist, das Herstellungsverfahren gütegesicherter Sekundärbrennstoffe rechtfertige eine Zuordnung als eigenständige wirtschaftliche Tätigkeit, da die Tätigkeit innerhalb der EU weit verbreitet sei, befreit auch dies nicht von der Zuordnung der Tätigkeit unter die (derzeit bestehende) WZ 2008. Die WZ 2008 geht davon aus, dass, da die Klassifikationen die Aufgabe haben, die zu beobachtenden Tatbestände realitätsnah darzustellen, sie von Zeit zu Zeit an geänderte wirtschaftliche, technische und gesellschaftliche Verhältnisse angepasst werden müssen. Dabei - so die WZ 2008 weiter - ist es in dem System von Wirtschaftsklassifikationen notwendig, die Änderungen zeitlich und inhaltlich aufeinander abzustimmen. Die Zeiträume zwischen den Änderungen von Klassifikationen dürfen allerdings auch nicht zu kurz sein, da andernfalls die Vergleichbarkeit der Daten im Zeitablauf und damit deren Verwendbarkeit unangemessen beeinträchtigt wird (WZ 2008 S. 9). Diese Anpassungen können aber weder durch das Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle noch durch die Gerichte in der Weise vorgenommen werden, dass im Wege der Auslegung der WZ 2008 die ggf. erforderlichen Änderungen vorweggenommen werden.

Die Klägerin kann auch nichts Abweichendes aus der NACE Rev. 2 ableiten. Zwar muss sich die WZ 2008 an der NACE Rev. 2 ausrichten (vgl. Art. 4 Abs. 1 und 2 der Verordnung (EG) Nr. 1893/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Dezember 2006 zur Aufstellung der statistischen Systematik der Wirtschaftszweige NACE Revision 2 und zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 3037/90 des Rates sowie einiger Verordnungen der EG über bestimmte Bereiche der Statistik). Diese stimmt aber bei Zugrundelegung der deutschen Übersetzung fast wörtlich mit der WZ 2008 überein, so dass nichts dafür ersichtlich ist, dass bei Zugrundelegung der NACE Rev. 2 sich an dem gefundenen Ergebnis etwas ändern könnte.

Soweit die Klägerin ihre Ansicht, ihre Tätigkeit sei nicht der Unterklasse 38.21.0 zuzuordnen, auf einen Vermerk des Herrn X... vom Statistischen Bundesamt stützt, der im Zusammenhang mit der Erarbeitung der NACE Rev. 2 zu stehen scheint, kann offen bleiben, welche Funktion Herr X... zum damaligen Zeitpunkt hatte. Die laut diesem Vermerk vorgeschlagene Streichung des Begriffs "Ersatzbrennstoffe" ist weder in die NACE Rev. 2 noch in die WZ 2008 eingeflossen, so dass sich aus dem Vermerk für die Auslegung der WZ 2008 nichts im Sinne der Klägerin ableiten lässt.

- 24** Ist nach alledem das Unternehmen der Klägerin der Unterklasse 38.21.0 im Abschnitt E zuzuordnen und kann bei der Anwendung der WZ 2008 ein Unternehmen nicht mehreren Kategorien zugeordnet werden, gehört die Klägerin nicht zu den Unternehmen des produzierenden Gewerbes i. S. des § 3 Nr. 14 EEG 2012.
- 25** Dem Bundesamt steht bei Anwendung der WZ 2008 auch kein eigenständiges Prüf- und Entscheidungsrecht in dem Sinne zu, dass es sich von den Vorgaben der WZ 2008 lösen könnte (so schon Hess. VGH, Urteil vom 9. August 2017 - 6 A 1908/15 -, ZNER 2017, 444). Ein solches eigenständiges Prüf- und Entscheidungsrecht folgt nicht aus dem Wortlaut des § 3 Nr. 14 EEG 2012. Diese Vorschrift schreibt die Zuordnung unter "entsprechender Anwendung" der Abschnitte B und C der WZ 2008 vor. Diese Formulierung spricht aber nicht dafür, dass eine strikte Bindung des

Bundesamtes durch die WZ 2008 nicht beabsichtigt gewesen ist. Der Gesetzgeber spricht häufig von "entsprechender" Anwendung (vgl. etwa zum Prozessrecht § 4 Satz 1, § 167 Abs. 1 Satz 1, § 173 Satz 1 VwGO). Aus dem Gebrauch dieser Formulierung ist nicht zu entnehmen, dass die Vorschriften, auf die verwiesen wird, nicht binden sollen, sondern die in Bezug genommenen Vorschriften sollen im Rahmen des Sinnvollen zur Anwendung kommen (so ausdrücklich Reimer, Juristische Methodenlehre, 2016, Rn. 444). Dies versteht sich aber von selbst, bedarf keiner ausdrücklichen Klarstellung und gilt daher auch dann, wenn der Normgeber es nicht ausdrücklich sagt (Reimer a. a. O.; so auch Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 261: "Auch wo dies nicht im Gesetz ausdrücklich erwähnt ist, kann die Anwendung der Norm, auf die in der Verweisungsnorm verwiesen wird, immer nur eine "entsprechende" sein."). Dass die Anwendung der WZ 2008 in Bezug auf die Klägerin nicht "sinnvoll" wäre, ist aber nicht erkennbar, mag sie auch nicht zu dem von der Klägerin gewünschten Ergebnis führen.

- 26** Auch die Entstehungsgeschichte des § 3 Nr. 14 EEG 2012 spricht nicht dafür, dass dem Bundesamt ein eigenständiges Prüf- und Entscheidungsrecht bei der Zuordnung zu den Abschnitten B und C der WZ 2008 zuzuerkennen ist. Im Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und FDP vom 6. August 2011 (BT-Drs. 17/6071 S. 62) heißt es zwar: "Das Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle entscheidet eigenverantwortlich, ob das Unternehmen als Unternehmen des produzierenden Gewerbes anzusehen ist und hat insoweit ein eigenes Prüfungsrecht. Es ist dabei an Zuordnungen anderer Behörden nicht gebunden." Allein aus dieser Formulierung folgt aber nicht, dass das Bundesamt nicht an die WZ 2008 gebunden wäre, sondern die damaligen Regierungsfractionen gingen davon aus, dass das Bundesamt in eigener Verantwortung entscheidet, ohne an Zuordnungen anderer Behörden gebunden zu sein. Der Gesetzentwurf vom 6. Juni 2011 übernimmt insoweit - möglicherweise unbewusst - die verfassungsrechtlichen Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts im Beschluss vom 31. Mai 2011 - 1 BvR 857/07 - (BVerfGE 129, 1). Das Bundesverfassungsgericht stellt in diesem Beschluss fest, es beeinträchtigt weder die Gesetzesbindung der Gerichte noch den Anspruch des Einzelnen auf wirksame gerichtliche Kontrolle nach Art. 19 Abs. 4 GG, wenn die Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe durch gesetzliche Verweisung auf bestimmte Verwaltungsvorschriften oder sonstige untergesetzliche Regelwerke erfolge (BVerfGE 129, 1, 21). Das Bundesverfassungsgericht spricht in diesem Zusammenhang auch davon, die Anknüpfung an das Statistikrecht gewährleiste ein weitaus höheres Maß an Rechtssicherheit und Rechtsklarheit als es ein vom Statistikrecht abgelöstes, eigenes Verständnis des Gesetzesbegriffs "verarbeitendes Gewerbe" vermöchte (BVerfGE 129, 1, 27 f.). Beanstandet wird vom Bundesverfassungsgericht allerdings, wenn die Stellungnahme des Statistischen Bundesamtes, ob die ausgeübte Tätigkeit zum verarbeitenden Gewerbe zählt, für die Entscheidungen des Finanzamts und nachfolgend des Finanzgerichts über die Gewährung der Investitionszulage als grundsätzlich verbindlich erklärt wird (BVerfGE 129, 1, 28 f.). Übertragen auf § 3 Nr. 14 EEG 2012 bedeutet diese Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, die Verweisung auf die WZ 2008 ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, das Bundesamt muss aber eine eigenständige Entscheidung treffen, ohne an Zuordnungen etwa durch das Statistische Bundesamt im konkreten Einzelfall gebunden zu sein.

- 27** Dass das Bundesamt sich von den Vorgaben der WZ 2008 lösen kann, lässt sich somit weder dem Gesetzeswortlaut noch der Entstehungsgeschichte des § 3 Nr. 14 EEG 2012 entnehmen (in diesem Sinne wohl auch Oschmann, in: Alrock/Oschmann/Theobald, EEG, 4. Aufl. 2013, § 3 Rn. 193: "Maßgeblich ist alleine, ob ein Unternehmen die Definitionen der Nr. 14 erfüllt"; Appel/Vollstädt, BB 2012, 1398, 1399; a. A. Jennrich, in: Resthöft/Schäfermeier, EEG, 4. Aufl. 2014, § 3 Rn. 135; Thomas IR 2015, 111) und würde auch dem Zweck der Verweisung, Rechtssicherheit zu erlangen, widersprechen (in der Gesetzesbegründung wird ausdrücklich darauf abgestellt, dass durch die Begriffsbestimmung konkretisiert werde, welche Unternehmen dem produzierenden Gewerbe zuzuordnen seien; eine mögliche missbräuchliche Inanspruchnahme der Vorteile der besonderen Ausgleichsregelung werde dadurch unterbunden, BT-Drs. 16/6071 S. 62).
- 28** Der Ausschluss der Klägerin von der Begrenzung der EEG-Umlage durch die Vorschriften des EEG 2012 verstößt auch nicht gegen Art. 3 Abs. 1 GG. Die Klägerin weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass die Hersteller von Holzpellets dem Abschnitt C unterfallen (Ziffer 16.29.0: "Herstellung von Brennholz und -pellets aus Pressholz oder Holzersatzstoffen"). Hinsichtlich der Regelungen zur Begrenzung der EEG-Umlage ist der Gesetzgeber lediglich am sog. Willkürverbot zu messen (vgl. BVerfG, Beschluss vom 13. Juni 2006 - 1 BvR 1160/03 -, BVerfGE 116, 135, 160 f.; BGH, Urteil vom 9. Dezember 2009 - VIII ZR 35/09 -, juris Rn. 29 f.). Bei dem Begrenzungsanspruch handelt es sich - ähnlich wie bei der Steuerbefreiung oder Steuerermäßigung für Unternehmen des produzierenden Gewerbes und Unternehmen der Land- und Forstwirtschaft bei Entnahme von Strom aus erneuerbaren Energien nach § 9 Abs. 3 bzw. § 10 Abs. 1 und 2 des Stromsteuergesetzes - um eine gesetzliche Subventionierung dieser Unternehmen (vgl. bezüglich der vorgeannten Vorschriften des Stromsteuergesetzes: BVerfG, Urteil vom 20. April 2004 - 1 BvR 1748/99 u. a. -, BVerfGE 110, 274, 298 f.). Bei der Entscheidung darüber, ob und aus welchen Gründen bestimmte Personen oder Unternehmen durch Subventionen gefördert werden sollen, steht dem Gesetzgeber ein grundsätzlich weiter Entscheidungsspielraum zu (Hess. VGH, Urteil vom 14. Oktober 2009 - 6 A 1002/08 -, juris Rn. 55), wobei im Hinblick auf die EEG-Umlage noch zusätzlich zu berücksichtigen ist, dass eine Begünstigung eines Unternehmens stets zu Lasten der sonstigen nicht begünstigten Stromverbraucher geht. Das Gericht der Europäischen Union spricht im Urteil vom 10. Mai 2016 - T-47/15 - (Rn. 112) davon, der durchschnittliche Letztverbraucher sei in gewisser Weise an der Subventionierung der Unternehmen beteiligt, die in den Genuss einer Begrenzung der EEG-Umlage kämen. Der Gesetzgeber darf bei Gesetzen, die Leistungen bzw. Vergünstigungen gewähren, auch die finanziellen Auswirkungen berücksichtigen und hierbei auch Bevorzugungen und Benachteiligungen bestimmter Fallkonstellationen hinnehmen (vgl. BVerfG, Urteil vom 8. April 1987 - 1 BvL 8, 16/84 -, BVerfGE 75, 40, 72; BVerfG, Urteil vom 7. Juli 1992 - 1 BvL 51/86, 50/87 und 1 BvR 873/90, 761/91 -, BVerfGE 87, 1, 45). Das Willkürverbot ist verletzt, wenn sich ein vernünftiger, sich aus der Natur der Sache ergebender oder sonst wie sachlich einleuchtender Grund für eine gesetzliche Differenzierung nicht finden lässt. Willkür des Gesetzgebers kann nicht schon dann bejaht werden, wenn der Gesetzgeber unter mehreren möglichen Lösungen nicht die zweckmäßigste oder vernünftigste gewählt hat, vielmehr nur dann, wenn sich ein

sachgerechter Grund für die gesetzliche Bestimmung nicht finden lässt. Was hierbei sachlich vertretbar oder sachfremd ist, lässt sich nicht abstrakt und allgemein feststellen, sondern stets nur in Bezug auf die Eigenart des konkreten Sachverhalts, der geregelt werden soll. Ein Verstoß gegen das Willkürverbot kann nur festgestellt werden, wenn die Unsachlichkeit der Differenzierung evident ist (vgl. zum Vorstehenden BVerfG, Beschluss vom 5. Oktober 1993 - 1 BvL 34/81 -, juris Rn. 39; Kischel, in: BeckOK GG, Art. 3 Rn. 30 - Stand 1. Juni 2017).

Wie bereits oben ausgeführt, ordnet die WZ 2008 die Verarbeitung von Abfällen zu Ersatzbrennstoffen nicht dem verarbeitenden Gewerbe zu, denn Hauptzweck dieser Tätigkeit ist die Vorbehandlung von Abfall. Dass die Zuordnung zur Gruppe 38.2 evident unsachlich ist, lässt sich nicht feststellen, mag die Zuordnung zum Abschnitt C möglicherweise auch zweckmäßiger oder vernünftiger erscheinen. Im Übrigen hat das Bundesverfassungsgericht zum Investitionszulagenrecht dahingehend erkannt, dass die Anknüpfung an das Statistikrecht im Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 GG nicht sachwidrig sei (BVerfGE 129, 1, 27). Anhaltspunkte dafür, dass hinsichtlich der Begrenzung der EEG-Umlage etwas anderes zu gelten hätte, sind nicht ersichtlich. Selbst wenn die Bundesanstalt für das Jahr 2013 die EEG-Umlage direkten Konkurrenten der Klägerin gewährt haben sollte, kann dies keinen Anspruch auf Gleichbehandlung zugunsten der Klägerin begründen. Die Vorschriften nach §§ 40 ff. EEG 2012 stehen nicht im Ermessen des Bundesamtes und räumen diesem auch keinen Entscheidungsspielraum ein. Ein Anspruch auf Gleichheit im Unrecht kann über Art. 3 Abs. 1 GG nicht abgeleitet werden (BVerwG, Urteil vom 26. Februar 1993 - 8 C 20/92 -, BVerwGE 92, 153, 157).

- 29** Die Entscheidung über die Kosten folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO.
- 30** Der Ausspruch zur vorläufigen Vollstreckbarkeit ergibt sich aus § 708 Nr. 10, § 711 ZPO i. V. m. § 167 VwGO.
- 31** Die Revision ist zuzulassen, da die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat (§ 132 Abs. 2 Nr. 1 VwGO). Zwar ist § 3 Nr. 14 EEG 2012 keine gültige Vorschrift mehr und nach jetzt geltendem Recht ist die Begrenzung der EEG-Umlage anders geregelt (§§ 63 ff. des Gesetzes für den Ausbau erneuerbarer Energien - EEG 2017 i. V. m. der Anlage 4). Der erkennende Senat ordnet die unternehmerische Tätigkeit der Klägerin der Unterklasse 38.21.0 der WZ 2008 zu. Sollte dieser Ansicht nicht zu folgen sein, so dürfte nur noch eine Zuordnung zur Unterklasse 38.32.0 (Rückgewinnung sortierter Werkstoffe) oder aber zur Unterklasse 32.99.0 (Herstellung von sonstigen Erzeugnissen a. n. g.) in Betracht kommen. Ordnet man die Tätigkeit der Klägerin einer dieser Unterklassen zu, so käme die Klägerin auch nach dem jetzt geltenden Recht grundsätzlich in den Genuss der Begrenzung der EEG-Umlage (vgl. Nr. 220 und 221 der Anlage 4 des EEG 2017). Die hier streitige Frage unter Geltung des EEG 2012 stellt sich mithin in nahezu gleicher Weise bei der Anwendung des EEG 2017. In der durch die Klägerin vorgelegten Stellungnahme der Frau Prof. Dr. Flamme vom 27. November 2017 wird auch dargelegt, dass die Herstellung gütegesicherter Sekundärbrennstoffe eine zunehmende Bedeutung erfährt, so dass mangels Vorhandenseins höchstrichterlicher Rechtsprechung zu der Frage der Zuordnung entsprechender Unternehmen nach der WZ 2008 und der damit

in Zusammenhang stehenden Begrenzung der EEG-Umlage von einer grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache auszugehen ist.

Streitwertbeschluss:

Der Wert des Streitgegenstandes wird für das Berufungsverfahren auf 164.582,- € festgesetzt.

Gründe:

Die Festsetzung des Streitwerts beruht auf § 47 Abs. 1 Satz 1 und § 52 Abs. 1 GKG. Das Verwaltungsgericht hat durch Beschluss vom 6. Mai 2015 den Streitwert auf 164.582,- € festgesetzt. Dies entspricht dem Wert, den die Klägerin in der mündlichen Verhandlung vom 6. Mai 2015 genannt hat, ohne dass die Beklagte dem entgegen getreten ist.

Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO i. V. m. § 66 Abs. 3 Satz 3 und § 68 Abs. 1 Satz 5 GKG).