

Christian Koenig und Renè Pfromm\*

## Emissionsrechtehandel und EG-Beihilfenrecht

*Der EG-Emissionsrechtehandel sieht eine entgeltfreie Zuteilung von zumindest 95% der Berechtigungen in der ersten Handelsperiode vor. Werden auch die nicht zwingend entgeltlich abzugebenden 5% entgeltfrei zugeteilt, liegt hierin nach Auffassung der Kommission eine staatliche Beihilfe. Der Beihilfentatbestand ist indes auch im Hinblick auf das Gesamtsystem sowie bestimmte Konstellationen der Überallokation erfüllt. Für die Genehmigung einer solchen Beihilfe gemäß Art. 87 Abs. 3 EG reicht es entgegen der Kommissionsauf-*

*fassung indes nicht aus, dass die entgeltfreie Zuteilung „wohl erforderlich“ ist. Denn da die ökologischen Ziele des Emissionsrechtehandels auch bei entgeltlicher Abgabe der Berechtigungen erreichbar sind, fehlt es gerade an der Erforderlichkeit der Beihilfenmaßnahme. Sollte die Kommission eine solche Beihilfe dennoch im Wege eines pragmatischen Ansatzes und mithilfe einer politisch-psychologischen Begründung genehmigen wollen, droht eine kassierende Entscheidung des Europäischen Gerichts Erster Instanz.*

Das zum 1. Januar 2005 eingeführte EG-weite System handelbarer Emissionsberechtigungen sieht eine überwiegend entgeltfreie Zuteilung der Berechtigungen an die von dem Handelssystem betroffenen Unternehmen vor. Angesichts des Wertes dieser Berechtigungen und ihrer Handelbarkeit stellt sich die Frage der EG-beihilfenrechtlichen Zulässigkeit ihrer entgeltfreien Erstzuteilung. Die EG-beihilfenrechtliche Bewertung ist in der Literatur höchst umstritten und präsentiert kreativste Ansätze, um – ohne auf die Frage einer etwaigen Genehmigungsfähigkeit einzugehen – bereits den Beihilfentatbestand als nicht erfüllt darzustellen. Auch die Kommission scheint von ihrer bisherigen Entscheidungspraxis abgewichen zu sein und beantwortet die beihilfenrechtliche Frage in jüngster Zeit nicht mehr einheitlich. Der vorliegende Beitrag zeigt auf, dass der Beihilfentatbestand des Art. 87 Abs. 1 EG in der überwiegenden Anzahl der Zuteilungskonstellationen sehr wohl erfüllt ist, und untersucht sodann, ob eine Genehmigungsfähigkeit der Beihilfenmaßnahme gemäß Art. 87 Abs. 3 EG gegeben ist.

### I. Einführung

Die wettbewerbsrechtlich wohl größte Herausforderung des von der Richtlinie 2003/87/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.10.2003 über ein System für den Handel mit Treibhausemissionszertifikaten in der Gemeinschaft und zur Änderung der Richtlinie 96/61/EG des Rates (EHRL)<sup>1</sup> zum 1. Januar 2005 eingeführten EG-weiten Emissionsberechtigungshandels ist die Erstzuteilung der Emissionsberechtigungen an die teilnehmenden Unternehmen. Gedanklich sind dabei zwei Ebenen zu unterscheiden: In einem ersten Schritt erstellen die Mitgliedstaaten für jede Handelsperiode nationale Allokationspläne, die alle unter das Emissionsrechtehandelsregime fallenden Sektoren (Anhang I EHRL) umfassen, die Gesamtanzahl der zu vergebenen Berechtigungen benennen und die Kriterien für die Allokation bezeichnen (Art. 9

Abs. 1 S. 1 EHRL). Jeder Mitgliedstaat entscheidet dabei selbst über die Gesamtzahl der Berechtigungen, die für einen Zeitraum zugeteilt werden sollen<sup>2</sup>, sowie darüber, wie er die Berechtigungen zuzuteilen gedenkt. In einem zweiten Schritt erfolgt sodann die auf diesem Nationalen Zuteilungsplan beruhende Zuteilung der Berechtigungen an die einzelnen Anlagen (Art. 11 EHRL). So sieht die Richtlinie für den am 1. Januar 2005 beginnenden Dreijahreszeitraum die entgeltfreie („kostenlose“) Zuteilung von mindestens 95% der Berechtigungen vor (Art. 10 S. 1 EHRL). Für den am 1. Januar 2008 beginnenden Fünfjahreszeitraum müssen zumindest 90% der Berechtigungen entgeltfrei zugeteilt werden (Art. 10 S. 2 EHRL). Bis zum 31.3.2004 mussten die Nationalen Allokationspläne für den ersten Handelszeitraum erstellt und der Kommission und den anderen Mitgliedstaaten übermittelt werden (Art. 9 Abs. 1 EHRL). Gemäß Art. 9 Abs. 3 EHRL hat die Kommission die Nationalen Allokationspläne am Maßstab der Allokationskriterien der Richtlinie zu überprüfen und sie im Falle eines Widerspruchs zu den Anforderungen der Richtlinie innerhalb von drei Monaten abzulehnen. Der Prüfungsumfang der Kommission richtet sich dabei nach Art. 10 i.V.m. Anhang III EHRL. Neben den Anforderungen der Richtlinie muss die Kommission auch die Vereinbarkeit des Zuteilungsplans mit dem EG-Beihilfenrecht

\* Univ.-Prof. Dr. Christian Koenig LL.M. (LSE) ist Direktor der juristischen Abteilung des Zentrums für Europäische Integrationsforschung an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn; Renè Pfromm ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter ebendort. Der Beitrag ist die ergänzte Fassung eines Vortrags der Verfasser auf der Sondertagung der Gesellschaft für Umweltrecht am 14.6.2004 in Berlin. Alle Internet-Zitate sind auf dem Stand vom 1.10.2004.

1 Richtlinie 2003/87/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.10.2003 über ein System für den Handel mit Treibhausemissionszertifikaten in der Gemeinschaft und zur Änderung der Richtlinie 96/61/EG des Rates, ABl.EU 2003 L 275/32.

2 Dabei muss die Gesamtmenge der Zertifikate, die im jeweiligen Zeitraum zugeteilt werden sollen, mit der im Kyoto-Protokoll enthaltenen Verpflichtung des jeweiligen Mitgliedstaats zur Begrenzung seiner Emissionen in Einklang stehen, vgl. Anhang III Ziffer 1 EHRL.

überprüfen. So sieht Ziffer 5 Anhang III EHRL vor, dass der Zuteilungsplan „[g]emäß den Anforderungen des Vertrages, insbesondere der Artikel 87 und 88, [...] Unternehmen oder Sektoren nicht in einer Weise unterschiedlich behandeln [darf], dass bestimmte Unternehmen oder Tätigkeiten ungerechtfertigt bevorzugt werden“. Dieser Verweis auf Art. 88 Abs. 3 EG schreibt zumindest eine Kommissionsprüfung im Umfang derjenigen nach Art. 88 Abs. 3 EG i.V.m. der Verfahrensverordnung Nr.659/99 in Beihilfensachen vor.<sup>3</sup> Die Kommission hat die ihr vorgelegten Zuteilungspläne zwischenzeitlich geprüft und weitestgehend genehmigt<sup>4</sup>, auf eine hinreichende EG-beihilfenrechtliche Prüfung indes verzichtet. Angesichts der zu erwartenden Klagewelle gegen die nationalen Zuteilungsbescheide und der Möglichkeit auch EG-rechtlicher Rechtsbehelfe erstaunt diese Zurückhaltung der Kommission.

Dabei ist die Frage nach der EG-beihilfenrechtlichen Zulässigkeit einer entgeltfreien Zuteilung der Emissionsberechtigungen nicht neu. Obwohl sich bereits in den ersten Kommissionsdokumenten zur Einführung eines EG-weiten Emissionsrechtehandels Hinweise auf die EG-beihilfenrechtliche Problematik finden, hat eine vertiefte Auseinandersetzung mit der EG-beihilfenrechtlichen Zulässigkeit einer entgeltfreien Allokation gleichwohl erst spät eingesetzt. Dabei versuchen nicht nur Teile der Literatur bereits den Tatbestand des Art. 87 Abs. 1 EG zu verneinen. Auch die Kommission weicht in ihren neuesten Äußerungen von ihrer bisherigen Praxis ab und scheint bereits das Vorliegen einer Beihilfe in Frage zu stellen. Im Folgenden sind daher zunächst die bisherige Kommissionspraxis sowie die jüngsten (von dieser Praxis abweichenden) Äußerungen der Kommission darzustellen (unter II.). In einem zweiten Teil ist die entgeltfreie Zuteilung sodann

einer EG-beihilfenrechtlichen Prüfung zu unterziehen (unter III.).

## II. Uneinheitliche Kommissionspraxis

Die Kommission hat sich mit der EG-beihilfenrechtlichen Bewertung entgeltfrei zugeteilter Emissionsberechtigungen bisher sowohl im Hinblick auf nationale Emissionsrechtehandelssysteme als auch im Hinblick auf das EG-weite Handelssystem beschäftigt.

### 1. Beihilfenrechtliche Bewertung bisheriger nationaler Handelssysteme

In der Bewertung der drei ihr notifizierten mitgliedstaatlichen (rein nationalen) Emissionshandelssystemen ist die Kommission dabei stets vom Vorliegen einer Beihilfe ausgegangen.<sup>5</sup> Zur Begründung führt die Kommission an, dass die Emissionszertifikate ein Gut darstellten, deren Wert die entstehenden Märkte anzeigten. Durch die entgeltfreie Allokation der Zertifikate entgingen den Mitgliedstaaten potentielle Einkünfte, die bei entgeltlicher Allokation hätten erzielt werden können. Da die Zertifikate staatlich seien, bestimmte Unternehmen bevorzugten und die Möglichkeit einer Verzerrung des innergemeinschaftlichen Wettbewerbs bestehe, bejahte die Kommission das Vorliegen einer Beihilfe.<sup>6</sup> Sie genehmigte indes die nationalen Programme gemäß Art. 87 Abs. 3 EG. Zwar seien die Programme grundsätzlich anhand des Gemeinschaftsrahmens für staatliche Umweltschutzbeihilfen zu beurteilen. Da dieser neue Beihilfenformen wie die Emissionszertifikate aber nicht erfasse, sei der Prüfung Art. 87 Abs. 3 lit. c) EG zugrunde zu legen. Hierbei berücksichtigte die Kommission zum einen, dass die Handelsprogramme zeitlich begrenzt seien, einer Anpassung auf europäischer oder internationaler Ebene offen stünden sowie eine Vorbereitung der Gemeinschaft und der Mitgliedstaaten auf den vom Kyoto-Protokoll vorgesehenen Handel mit Treibhausgasemissionsberechtigungen ermöglichten (Modellcharakter). Zum anderen berücksichtigte die Kommission die zu erwartenden positiven Wirkungen der Handelssysteme für den Umweltschutz. Um Zertifikate verkaufen zu können, müssten die Unternehmen ihre Emissionen über die Zielvorgaben der jeweiligen Quoten hinaus reduzieren. Diese Reduktion könne als „Gegenleistung“ im Sinne des Gemeinschaftsrahmens für staatliche Umweltschutzbeihilfen betrachtet werden und somit eine Ausnahme nach Art. 87 Abs. 3 lit. c) EG rechtfertigen.

### 2. Beihilfenrechtliche Bewertung eines EG-weiten Handelssystems

Auch im Rahmen der Richtlinienumsetzung vertrat die Kommission zunächst, dass die entgeltfreie Zuteilung der Berechtigungen eine Beihilfe darstelle. So heißt es im April 2003 in einem Non-Paper ausdrücklich: „National Allocation Plans will constitute state aid under Article 87(1) EC [...]“.<sup>7</sup> Von diesem klaren Standpunkt und ihrer Praxis im

3 Vgl. zu den verfahrens- und prozessrechtlichen Aspekten ausführlich Pfromm/Dodel, EurUP 2004, §§§. Siehe auch Diederichsen/Erling, et 2004, 200; Schweer/Ludwig, RdE 2004, 153 sowie Giesberts/Hilf, EurUP 2004, 21 (28f.).

4 Vgl. hierzu Kommission, Mitteilung vom 7.7.2004 an den Rat und an das Europäische Parlament zu den Entscheidungen der Kommission vom 7.7.2004 über die nationalen Pläne für die Zuteilung von Zertifikaten für Treibhausgasemissionen, die von Dänemark, Deutschland, Irland, den Niederlanden, Österreich, Slowenien, Schweden und dem Vereinigten Königreich gemäß der Richtlinie 2003/87/EG mitgeteilt wurden, KOM(2004) 500 endgültig, abrufbar unter [http://www.europa.eu.int/eur-lex/de/com/cnc/2004/com2004\\_0500de01.pdf](http://www.europa.eu.int/eur-lex/de/com/cnc/2004/com2004_0500de01.pdf).

5 Vgl. zum Folgenden Kommission, Entscheidung N 653/99 – Dänemark (CO<sub>2</sub>-kvoter); abrufbar unter: [http://europa.eu.int/comm/secretariat\\_general/sgb/state\\_aids/comp-1999/n653-99.pdf](http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/comp-1999/n653-99.pdf); Kommission, Entscheidung N 416/2001 – Großbritannien (Emission Trading Scheme), abrufbar unter: [http://europa.eu.int/comm/secretariat\\_general/sgb/state\\_aids/comp-2001/n416-01.pdf](http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/comp-2001/n416-01.pdf); Kommission, Entscheidung N 35/2003 – Niederlande (Systeem van verhandelbare emissierechten voor NO<sub>x</sub>), abrufbar unter: [http://europa.eu.int/comm/secretariat\\_general/sgb/state\\_aids/comp-2003/n035-03.pdf](http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/comp-2003/n035-03.pdf).

6 Kommission, Beihilfenentscheidung N 653/99 – Dänemark (CO<sub>2</sub>-kvoter), S. 5; abrufbar unter [http://europa.eu.int/comm/secretariat\\_general/sgb/state\\_aids/comp-1999/n653-99.pdf](http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/comp-1999/n653-99.pdf).

7 Kommission, Non-Paper „The EU Emissions Trading Scheme: How to develop a National Allocation Plan“ v. 1.4.2003 (unveröffentlicht), S. 1f.

Hinblick auf nationale Handelssysteme rückte die Kommission sodann jedoch sukzessive ab und formulierte im November 2003 in dem Entwurf einer Mitteilung zur Unterstützung der Mitgliedstaaten bei der Anwendung der in Anhang III EHRL aufgelisteten Kriterien bereits vorsichtiger: „The Commission cannot at this stage exclude that, depending on the choices that the Member State makes within its discretion, a national allocation plan may contain an element of State aid.“<sup>8</sup> In diesem Mitteilungsentwurf widmet die Kommission der beihilfenrechtlichen Bewertung indes noch vierzehn Abschnitte. Die Finalversion ihrer Mitteilung vom 7.1.2004 zur Unterstützung der Mitgliedstaaten bei der Anwendung der in Anhang III EHRL aufgelisteten Kriterien beschränkt sich sodann im Hinblick auf die beihilfenrechtliche Bewertung auf die lapidare Feststellung: „Es gelten die üblichen Bestimmungen für staatliche Beihilfen.“<sup>9</sup> Im März äußerten sich die Generaldirektionen Umwelt und Wettbewerb in einem gemeinsamen Schreiben zur Beihilfenproblematik. In diesem heißt es: „Even though the circumstances under which the EU emissions trading scheme has to be assessed are different from those under which the national schemes were assessed, the Commission is of the opinion that the National Allocation Plans may contain elements which distort competition and constitute state aid.“ Als solche Fälle werden beispielhaft die bewusste und unbewusste Überallokation sowie die entgeltfreie Neuzuteilung von in der ersten Handelsperiode verfallener Berechtigungen in der zweiten Handelsperiode benannt. Zudem stellt die Kommission fest: „State aid will always be involved if a Member State decides to allocate more than 95% of allowances free of charge for the period 2005-2007, thereby foregoing public revenue.“<sup>10</sup> Dennoch verlangt die Kommission anscheinend keine formelle Notifizierung der Pläne: „The Commission will not request formal notification of the National Allocation Plans under Art. 88(3) of the EC-Treaty for the period from 2005 until 2007.“<sup>11</sup> In ihrer Mitteilung vom 7.7.2004 an den Rat und das Europäische Parlament betreffend die Kommissionsentscheidungen über die ersten acht notifizierten Allokationspläne stellt die Kommission schließlich fest: „Auf der Grundlage der von den Mitgliedstaaten übermittelten Angaben kommt die Kommission zu dem Schluss, dass die Maßnahmen bestimmten Unternehmen einen selektiven Vorteil verschaffen, was Wettbewerbsverzerrungen und eine Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels zur Folge haben könnte. Auch sind bestimmte Maßnahmen staatlicher Natur und mit der Verwendung staatlicher Mittel verbunden, zumal über 95% der Zertifikate kostenlos vergeben werden. Zwar kann die Kommission zum jetzigen Zeitpunkt nicht ausschließen, dass bestimmte Pläne staatliche Beihilfen im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG beinhalten, doch stehen etwaige im Rahmen der Pläne gewährte Beihilfen (ausgenommen den Fall, dass ein Plan im Widerspruch zu Kriterium 1 steht und abgelehnt wird) mit den übergeordneten Umweltzielen der Richtlinie, die in den Kriterien 1 und 2 von Anhang III der Richtlinie 2003/87/EG zum Ausdruck kommen, in Einklang und sind zu ihrer Erreichung wohl

erforderlich.“<sup>12</sup> Diese schwankenden Ausführungen der Kommission zeigen, dass diese im Hinblick auf die EG-beihilfenrechtliche Bewertung des EG-weiten Handelssystems noch keinen endgültigen Standpunkt erreicht zu haben scheint. Neben verschiedenen Konstellationen der Überallokation stellt nach den jüngsten Äußerungen der Kommission jedenfalls die entgeltfreie Allokation der nicht zwingend entgeltfrei abzugeben 5%-10% der Zertifikate eine Beihilfe dar. Ob im Hinblick auf diese jedoch eine Genehmigungsfähigkeit vorliegt, die auch einer gerichtlichen Überprüfung standhält, scheint die Kommission ausweislich ihrer Formulierung „wohl erforderlich“ noch nicht abschließend geklärt zu haben.

### III. EG-beihilfenrechtliche Bewertung

Das Beihilfenregime des EG-Vertrags ist als Verbotstatbestand mit Erlaubnisvorbehalt ausgestaltet. Grundsätzlich sind staatliche Beihilfen im Sinne des Art. 87 Abs. 1 EG mit dem Gemeinsamen Markt und dem Vertrag unvereinbar, sie können jedoch von der Kommission gemäß Art. 87 Abs. 3 EG als mit dem Gemeinsamen Markt ausnahmsweise vereinbar genehmigt werden.

#### 1. Kein Vorliegen einer Gemeinschaftsbeihilfe

Art. 87 Abs. 1 EG betrifft „staatliche“ Beihilfen, mithin Wettbewerbs Eingriffe der Mitgliedstaaten. Beihilfen der Gemeinschaft, auch wenn sie von den Mitgliedstaaten vollzogen werden, fallen nicht unter Art. 87 Abs. 1 EG.<sup>13</sup> Auf dieser Grundlage wird die entgeltfreie Zertifikatzuteilung des EG-Emissionsrechtehandels teilweise als eine Maßnahme der Gemeinschaft betrachtet, zumal Ziel der Richtlinie gerade die gemeinschaftsweite Einführung des Handelssystems sei.<sup>14</sup> Als Maßnahme, die nicht durch die Mit-

8 Kommission, Mitteilungsentwurf v. 10.11.2003 über Hinweise zur Unterstützung der Mitgliedstaaten bei der Anwendung der in Anhang III der Richtlinie 2003/87/EG [...] aufgelisteten Kriterien sowie über die Bedingungen für den Nachweis höherer Gewalt, Rn. 61.

9 Kommission, Mitteilung v. 7.1.2004 über Hinweise zur Unterstützung der Mitgliedstaaten bei der Anwendung der in Anhang III der Richtlinie 2003/87/EG [...] aufgelisteten Kriterien sowie über die Bedingungen für den Nachweis höherer Gewalt, KOM(2003) 830 endgültig, Rn. 47, abrufbar unter: [http://europa.eu.int/eur-lex/de/com/cnc/2003/com2003\\_0830de01.pdf](http://europa.eu.int/eur-lex/de/com/cnc/2003/com2003_0830de01.pdf).

10 Kommission, Schreiben der Generaldirektionen Umwelt und Wettbewerb v. 17.3.2004 an den dänischen Vertreter bei der EU, HNV C2PV/amh/D(2004)420149 (unveröffentlicht).

11 Kritisch hierzu Pfromm/Dodel, EurUP 2004, \$\$\$.

12 Kommission, Mitteilung vom 7.7.2004 an den Rat und an das Europäische Parlament zu den Entscheidungen der Kommission vom 7.7.2004 über die nationalen Pläne für die Zuteilung von Zertifikaten für Treibhausgasemissionen, die von Dänemark, Deutschland, Irland, den Niederlanden, Österreich, Slowenien, Schweden und dem Vereinigten Königreich gemäß der Richtlinie 2003/87/EG mitgeteilt wurden, KOM(2004) 500 endgültig, abrufbar unter [http://www.europa.eu.int/eur-lex/de/com/cnc/2004/com2004\\_0500de01.pdf](http://www.europa.eu.int/eur-lex/de/com/cnc/2004/com2004_0500de01.pdf). Ähnlich ist die Formulierung in den einzelnen nationalen Genehmigungsentscheidungen.

13 Heidenhain, in: ders. (Hrsg.), Handbuch des Europäischen Beihilfenrechts, 2003, § 3 Rn. 12.

14 Brattig, Handel mit Treibhausgas-Emissionszertifikaten in der EG, 2004, S. 251, 339.

gliedstaaten, sondern durch Gemeinschaftsrecht oder Handlungen von Gemeinschaftsorganen veranlasst sei, stelle der EG-Emissionsrechtehandel aber keine Beihilfe im Sinne des Art. 87 Abs. 1 EG dar.<sup>15</sup> Diese Auffassung vermag indes nicht zu überzeugen. Der Einfluss der Gemeinschaft beschränkt sich auf die EG-weite Einführung des Handelssystems als solches. Dessen Ausgestaltung auf nationaler Ebene – insbesondere die Festlegung der nationalen Gesamtzertifikatmenge sowie die Entscheidung über die Berechtigungsverteilung auf Sektoren-, Branchen- und Anlagenebene<sup>16</sup> – liegt in den Händen der Mitgliedstaaten. Deren Verteilungsentscheidung unterliegt damit vollumfänglich dem primärrechtlichen Beihilfenregime. Für dieses Ergebnis sprechen auch normhierarchische Gründe, da das primärrechtliche Beihilfenrecht nicht durch Sekundärrecht derogiert werden kann. In diesem Sinne ist auch Art. 11 Abs. 3 S. 1 und Anhang III Nr. 5 EHRL zu verstehen, wonach die Allokationspläne und die Verteilungen der Berechtigungen im Einklang mit den Art. 87, 88 EG stehen muss, und damit die Anwendbarkeit des Beihilfenrechts voraussetzen.<sup>17</sup>

## 2. Der Tatbestand des Art. 87 Abs. 1 EG

Gemäß Art. 87 Abs. 1 EG sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art,

die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen. Prüfungsgegenstand ist dabei wohlgerneht die konkrete Ausgestaltung des Emissionsrechtehandels durch die Richtlinie 2003/87/EG, da eine EG-beihilfenrechtskonforme Ausgestaltung des Emissionsrechtehandelssystems durchaus möglich ist.<sup>18</sup>

### a) Begünstigung

Unter einer Begünstigung ist eine an ein Unternehmen gerichtete Leistung im Sinne der Gewährung eines wie auch immer gearteten geldwerten Vorteils zu verstehen, der keine angemessene Gegenleistung gegenübersteht.<sup>19</sup> Bei der entgeltfreien Verteilung von Emissionsberechtigungen kann eine Begünstigung darin gesehen werden, dass die Berechtigungen ein handelbares Gut und damit einen Vermögensgegenstand (Wert) darstellen.<sup>20</sup> Die Tatsache, dass es einen Markt für den Handel mit Emissionszertifikaten geben wird, ist ein Zeichen für ihren Wert.<sup>21</sup> Die Frage der Begünstigung kann unschwer bejaht werden, soweit die Zertifikate zu einem Preis vergeben werden, der unter deren Marktpreis liegt.<sup>22</sup> Werden die Berechtigungen entgeltfrei zugeteilt, erhalten die Empfänger folglich einen geldwerten Vorteil und werden dadurch begünstigt.<sup>23</sup> Zwar wird teilweise vertreten, dass in der Einführung des Emissionshandels schon seinem Wesen nach kein Vor-, sondern ein Nachteil liege, weil das zuvor bestehende Recht zur grundsätzlich unlimitierten Emission entzogen und nur kontingentiert und verknüpft mit bestimmten Pflichten zurückgegeben werde, so dass hierdurch sowohl Produktion als auch Marktchancen der Betreiber erheblich beeinträchtigt würden.<sup>24</sup> Diese Auffassung übersieht indes, dass ein Recht zur unlimitierten Emission auch vor Einführung des Emissionsrechtehandels nicht bestanden hat. So sieht etwa die gemäß Art. 4 f. der Richtlinie 96/61/EG über die integrierte Vermeidung und Verminderung der Umweltverschmutzung<sup>25</sup> (IVU-RL) erforderliche Genehmigung Emissionsgrenzwerte für diejenigen Schadstoffe vor, die von der betroffenen Anlage unter Berücksichtigung der Art der Schadstoffe und der Gefahr einer Verlagerung der Verschmutzung von einem Medium auf ein anderes (Wasser, Luft, Boden) in relevanter Menge emittiert werden können. Nach Art. 9 Abs. 4 Satz 1 IVU-RL sind diese Emissionsgrenzwerte auf die besten verfügbaren Techniken zu stützen. Diese Verpflichtung zur Vorsorge nach dem Stand der Technik gilt für jede einzelne von der Richtlinie erfasste Anlage und betrifft auch Treibhausgasemissionen. Im Hinblick hierauf werden die der Emissionshandelsrichtlinie unterfallenden Unternehmen sogar begünstigt, da eine Genehmigung gemäß dem geänderten Art. 9 Abs. 3 UAbs. 3 IVU-RL keine Emissionsgrenzwerte für direkte Emissionen eines Gases enthalten darf, wenn die Treibhausgasemissionen im Zusammenhang mit einer Tätigkeit der Anlage in Anhang I EHRL aufgeführt sind.<sup>26</sup>

15 Reuter/Kindereit, DVBl 2004, 537 (539).

16 So auch Kerth, Emissionshandel im Gemeinschaftsrecht, 2004, S. 264.

17 So auch Schweer/Ludwig RdE 2004, 153 (155).

18 Vgl. hierzu bereits Koenig/Braun/Pffromm, ZWeR 2003, 152; Pffromm, sic! 2003, 537. Gegen die beihilfenrechtliche Bedenklichkeit der Systementscheidung für den Emissionshandel als solchen sprechen sich auch Schweer/Ludwig RdE 2004, 153 (156) aus.

19 Heidenhain (Fn. 13), §4 Rn. 2.

20 Stewing, Emissionshandel in der Europäischen Gemeinschaft, 2004, S. 26, und im Ergebnis auch Brattig (Fn. 14), S. 251.

21 So bereits die Kommission hinsichtlich der nationalen Handelssysteme in Dänemark, den Niederlanden und dem UK, vgl. oben Fn. 5. So auch Königs, Competition Policy Newsletter, 2003, 78, zum niederländischen System.

22 Stewing (Fn. 20), S. 29, der zu recht darauf hinweist, dass die Entgeltfreiheit der Verteilung als solche nicht Beweis, sondern allenfalls Indiz für eine Begünstigung ist. Ist die Nachfrage nach den Berechtigungen im Markt jedoch größer als deren Verteilungsmenge, kommt den Berechtigungen ein Wert zu, durch den die entgeltfreie Verteilung ihren Begünstigungscharakter erhält. Im Übrigen unterscheidet gerade die Emissionshandelsrichtlinie zwischen Genehmigung und Berechtigung, was ebenfalls für die Charakterisierung als Leistung spreche.

23 Kerth (Fn. 16), S. 263f.

24 Reuter/Kindereit, DVBl 2004, 537 (540).

25 Richtlinie 96/61/EG des Rates vom 24.9.1996 über die integrierte Vermeidung und Verminderung der Umweltverschmutzung, ABl. EG 1996 L 257/26.

26 Um Missverständnissen vorzubeugen: Die Befreiung von den bezeichneten Regulierungslasten stellt nicht den unmittelbaren Anknüpfungspunkt für den Begünstigungscharakter dar. Denn der Begünstigung fehlt es an der Staatlichkeit. Die Befreiung erhöht jedoch den Wert der Berechtigungen, die unentgeltlich zugeteilt werden und damit eine staatliche Leistung darstellen.

Die Qualifizierung der entgeltfreien Zuteilung der Berechtigungen scheidet auch nicht daran, dass sich die Kosten für die Reduktionstechnik und die Preise für den Zukauf an Zertifikaten auf dem Markt noch nicht sicher bestimmen lassen.<sup>27</sup> Denn trotz Feststehens eines tatsächlichen (endgültigen) Werts, der im Übrigen auch nach Einführung eines Zertifikatmarktes noch schwanken wird, bestehen gleichwohl schon Graumarktpreise für die Emissionsberechtigungen, die als Anhaltspunkt dienen können und für den Wert der Berechtigungen sprechen.<sup>28</sup> Die damit vorliegende Begünstigung der Zuteilungsempfänger ist schließlich auch nicht systemimmanent. Zwar wird teilweise vertreten, dass die staatliche unentgeltliche Zuteilung der Berechtigungen eine Voraussetzung für das Funktionieren des Emissionshandelssystems sei, so dass die Begünstigung bestimmter Unternehmen als systemimmanenter Bestandteil betrachtet werden müsse und eine isolierte beihilfenrechtliche Bewertung ausschließe.<sup>29</sup> Abzustellen ist indes auf die individuelle Zuteilung und die Frage, ob ein Anlagenbetreiber so viele Zertifikate erhält, dass er als Zertifikatverkäufer auftreten kann und dadurch begünstigt wird.<sup>30</sup>

Zwar scheidet eine Begünstigung aus, wenn ein angemessenes Leistungs-/Gegenleistungs-Verhältnis besteht. Doch ein solches ist im Hinblick auf den EG-Emissionsrechtehandel nicht ersichtlich: In Betracht kämen eigentlich nur die Kosten, die einem Unternehmen unter Umständen dadurch entstehen, dass es seine Emissionen reduziert, um die dann überschüssigen Zertifikate verkaufen zu können. Doch diese Kosten dienen einzig diesem Unternehmen selbst, das für sich einen wirtschaftlichen Vorteil darin sieht, dass die Maßnahmen zur Emissionsreduktion günstiger sind als das bloße Halten der zugeteilten Emissionsrechte. Mit anderen Worten: Das Unternehmen wird nur dann Reduktionskosten aufwenden, wenn es sich hier von einem wirtschaftlichen Vorteil verspricht. Im Übrigen ist nicht jede Emissionsreduktion seitens eines Unternehmens zwingend mit Kosten verbunden.<sup>31</sup> So führt die Umstellung auf eine weniger emissionsintensive Produktionsweise häufig zu Effizienzgewinnen, also gerade zu geringeren Kosten je Produkteinheit. Eine Gegenleistung für die entgeltfreie Allokation der Berechtigungen findet sich schließlich auch nicht in den aus der Emissionsreduktion resultierenden geringeren Umweltverschmutzungen. Denn zum einen setzt dieser Perspektivenwechsel voraus, dass es tatsächlich zu Emissionsreduktionen kommt. Genau dies verlangt die Richtlinie aber gerade nicht. Zum anderen ist zweifelhaft, ob Leistung und Gegenleistung in diesem Fall als ein wirtschaftlich aufeinander bezogenes Geben und Nehmen verstanden werden können, denn die ökologischen Ziele des Emissionshandels werden auch bei entgeltlicher Zertifikatzuteilung erreicht.<sup>32</sup> Die unentgeltliche Zuteilung der Berechtigungen stellt keineswegs eine Bedingung für das Erreichen der ökologischen Ziele dar, so dass es an der beihilfenrechtlich berücksichtigungsfähigen Gegenleistung fehlt.

Damit stellen sowohl die zwingend entgeltfreie Zuteilung von 95% bzw. 90% der Berechtigungen als auch die entgeltfreie Zuteilung der auch entgeltpflichtig zuteilbaren

Berechtigungen<sup>33</sup> grundsätzlich beihilfenrechtliche Begünstigungen dar. Neben dieser „allgemeinen“ Begünstigung durch das Handelssystem als solches sind aber auch systeminterne Begünstigungskonstellationen denkbar: So erfüllt im Vergleich der unter das Handelssystem fallenden Unternehmen und Produktionszweigen selbstverständlich auch eine (bewusste oder unbewusste) Überallokation, etwa zur Förderung bestimmter Branchen oder Sektoren, den Beihilfentatbestand. Jede derartige „Sondertopf“-Zuteilung bedarf daher einer gründlichen EG-beihilfenrechtlichen Untersuchung, die allerdings auch – wie beispielsweise etwaige Sonderzuteilungen für prozessbedingte Emissionen<sup>34</sup> – Bedenken ausräumen kann.

#### b. Staatlich oder aus staatlichen Mitteln

Weiteres Tatbestandsmerkmal des Beihilfenbegriffs im Sinne des Art. 87 Abs. 1 EG ist das Erfordernis, dass die Begünstigungen zum einen unmittelbar oder mittelbar aus staatlichen Mitteln gewährt werden und zum anderen dem Staat zuzurechnen sind. Dies setzt eine zumindest potentielle Belastung öffentlicher Haushalte voraus.<sup>35</sup> Dieses Erfordernis ist nicht nur bei einer Leistungsgewährung gegeben, sondern auch bei einer Belastungsverminderung (Verschonung von Steuern oder Verzicht auf eine Gegenleistung).<sup>36</sup> Dabei liegt es nahe, die unentgeltliche Zuteilung der Berechtigungen durch die Mitgliedstaaten<sup>37</sup> als

27 Reuter/Kindereit, DVBl 2004, 537 (540f.).

28 Stewing (Fn. 20), S. 26.

29 Arndt/Fischer, Die rechtliche Behandlung der Bahnstromerzeugung im Emissionshandel (Rechtsgutachten), S. 15, nach denen die Teilnahme am Emissionshandel für die betroffenen Unternehmen eher eine „Belastung“ als eine Begünstigung darstelle.

30 Kerth (Fn. 16), S. 265.

31 So bereits Koenig/Braun/Pfomm, ZWeR 2003, 152 (164); zustimmend Kerth (Fn. 16), S. 264; und auch die Kommission in ihren Entscheidungen zu den nationalen Handelssystemen, in denen sie etwaige Kosten im Rahmen der Genehmigungsfähigkeit, nicht jedoch als Kompensationsleistung, berücksichtigt.

32 Dazu unten unter III. 2.

33 Entgegen Kerth (Fn. 16), S. 263 Fn. 1355, ist dieser Allokationsteil keineswegs als „im Hinblick auf das Beihilfenverbot wohl als kaum ins Gewicht fallend einzuschätzen“, zumal die Gesamtallokationsmenge in Deutschland \$\$ beträgt.

34 Vgl. zu diesem Bereich ausführlich den Beitrag von Reuter/Kindereit, DVBl 2004, 537.

35 EuGH, Rs. 82/77, Slg. 1978, 25 Tz. 23, 25 – Van Tiggele; EuGH, Rs. C-72/91 und C-73/91, Slg. 1993, I-887, Tz. 19 – Sloman Neptun; EuGH, Rs. C-295/97, Slg. 1999, I-3735, Tz. 35 – Piaggio; EuGH, Rs. C-379/98, Slg. 2001, I-2099, Tz. 58 ff. – PreussenElektra; zur diesbezüglichen Kommissionspraxis vgl. die Nachweise bei Koenig/Braun/Pfomm, ZWeR 2003, 152 (166, Fn. 75). Die Finanzeinbuße muss noch nicht eingetreten sein, siehe nur EuGH, Rs. C-404/97, Slg. 2000, I-4597, Rn. 44f. – Kommission/Portugal; EuGH, Rs. C-288/96, Slg. 2000, I-8237, Tz. 30 – Deutschland/Kommission.

36 EuGH, Rs. C-387/92, Slg. 1994, I-877 – Banco de Crédito Industrial SA; EuGH, Rs. C-156/98, Slg. 2000, I-6857 – Deutschland/Frankreich; Frenz, DVBl. 2001, 673 (681); Soltész/Makowski, EuZW 2003, 73 (77).

37 Brattig (Fn. 14), S. 251f, prüft die „Preisbildung für die Zertifikate auf dem Markt“. Durch diese Preisbildung kann dem Staat aber nur schwerlich eine finanzielle Einbuße entstehen.

Verzicht des Staates auf grundsätzlich mögliche Einnahmen zu sehen. Allerdings setzt das Bild eines Verzichts stets die Existenz eines Vergleichsmaßstabs voraus. Das deutsche Recht kennt eine stattliche Anzahl von Umweltabgaben.<sup>38</sup> Bei allen Unterschieden im Detail ist all diesen Vorschriften die gleiche Vorstellung gemein: Wer eines der von diesen Bestimmungen erfassten Umweltmedien nutzt, erhalte einen Sondervorteil gegenüber all denen, die das jeweilige knappe Gut nicht oder nicht im gleichen Umfang nutzen. Dieser Sondervorteil werde mit der jeweiligen Abgabe abgeschöpft. Zwar wird teilweise vertreten, dass aus dem Recht des Staates, Umweltnutzungen unter bestimmten Voraussetzungen nur gegen Entgelt zuzulassen, nicht der allgemeine Grundsatz folge, dass der Staat dies in der Regel auch zu tun habe.<sup>39</sup> Daher lasse sich nicht argumentieren, der Staat verliere eine Einnahme, da er typischerweise bei der Zuteilung vergleichbarer Nutzungsrechte eine finanzielle Gegenleistung einfordere, da zumindest in Deutschland für die betreffenden Genehmigungen keine finanzielle Gegenleistung erhoben werde und es für die Entlassung von Schadstoffen in Luft oder Boden keine solchen Abgaben gebe.<sup>40</sup> Dem Staat stehe es jedoch frei, für umweltbelastende Aktivitäten eine Abgabepflicht einzuführen und so etwa durch die Auktion von Emissionsberechtigungen Einnahmen zu erzielen. Durch die entgeltfreie Zuteilung verzichtet der Mitgliedstaaten damit auf die Erzielung von Einnahmen.<sup>41</sup> Dies hat auch die Kommission in ihren Entscheidungen zu den nationalen Handelssystemen anerkannt und durch die Möglichkeit einer 5%-10% entgeltlichen Abgabe in der Emissionshandelsrichtlinie berücksichtigt.

38 Vgl. die Aufzählung deutscher und EG-ausländischer Regelungen bei Koenig/Braun/Pfomm, ZWeR 2003, 152 (167f.), wie etwa die Abgabe nach § 1 des Abwasserabgabengesetzes in Baden-Württemberg (sog. Wasserpfennig), das schleswig-holsteinische Grundwasserabgabengesetz oder die Abfallverbringungsabgabe nach dem Ausführungsgesetz des Bundes zur EG-Abfallverbringungsverordnung. Siehe auch die Überblicke bei Helberg, in: Koch (Hrsg.), Umweltrecht, 2002, § 3 Rz. 117; Hendler, NuR 2000, 661 (663 ff.); Kirchhof, in: Rengeling (Hrsg.), Handbuch zum europäischen und deutschen Umweltrecht, Band I, 2. Aufl., 2003, § 38 Rz. 81 ff.; BMU, Umweltbezogene Abgabenregelungen in Deutschland, S. 31 ff., abrufbar unter <http://www.bmu.de/download/dateien/abgabenregelung.pdf>.

39 Schweer/Ludwig, RdE 2004, 153 (156).

40 Reuter/Kindereit, DVBl 2004, 537 (542), im Zusammenhang mit prozessbedingten Emissionen.

41 Kerth (Fn. 16), S. 265.

42 Brattig, (Fn. 14), S. 252.

43 Brattig (Fn. 14), S. 252, 342.

44 Schweer/Ludwig, RdE 2004, 153 (158).

45 Hierzu ausführlich Koenig/Braun/Pfomm, ZWeR 2003, 152 (168 ff.). Siehe auch Kerth (Fn. 16), S. 265, sowie Stewing (Fn. 20), S. 32, der darauf hinweist, dass alle konkurrierenden Unternehmen von ihren Mitgliedstaaten im Quervergleich gleich behandelt werden müssten.

46 EuGH, Rs. 730/79, Slg. 1980, 2671, Rz. 8-13 – Philip Morris.

47 Ausführlich zur Bestimmung des relevanten Marktes Koenig/Braun/Pfomm, ZWeR 2003, 152 (170 ff.). Siehe hierzu auch Stewing (Fn. 20), S. 37f., und Kerth (Fn. 16), S. 265.

Auch wird angeführt, dass die Zertifikate im Zeitpunkt der Zuteilung noch wertlos seien, da sie von den Emittenten selbst benötigt würden.<sup>42</sup> So könne ihr Marktwert von einem Anlagenbetreiber nur durch eine die Veräußerung ermöglichende Emissionsreduktion realisiert werden. Aufgrund der Nachfrage könne sich zwar schon vorher ein Preis auf dem Markt gebildet haben. Diesem Preis stehe jedoch noch kein für die Wertbildung der Zertifikate letztlich entscheidender realer Wert einer Emissionsreduktion gegenüber, so dass die Preisbildung und damit auch die finanziellen Einbußen hoheitlicher Stellen noch nicht im Einzelnen vorhersehbar seien.<sup>43</sup> Dem ist indes entgegenzuhalten, dass die Frage, ob der Staat eine Vermögenseinbuße gegenüber dem Status quo ante erleidet, unerheblich ist, da das Beihilfenrecht nicht dem Schutz des Staatshaushalts diene.<sup>44</sup> Denn Bezugspunkt der Staatlichkeit ist die entgeltfreie Abgabe handelbarer Zertifikate durch den Staat.

### c. Selektivität

Weiteres Tatbestandsmerkmal des Art. 87 Abs. 1 EG ist die Begünstigung „bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige“. Das Kriterium der Bestimmtheit soll jene staatlichen Fördermaßnahmen aus dem Beihilfenbegriff ausnehmen, die der gesamten Wirtschaft zugute kommen. Eine staatliche Maßnahme ist folglich dann nicht selektiv, wenn alle Unternehmen unterschiedslos mit den gleichen Vorteilen bedacht werden. In doppelter Hinsicht ist auch diese Anforderung erfüllt. Denn zum einen umfasst der Emissionsrechtehandel nur die in Anhang I EHRL aufgeführten Produktionsvorgänge bestimmter Emittenten.<sup>45</sup> Sofern über die in Anhang I EHRL aufgeführten Tätigkeiten hinaus nicht alle treibhausgasemittierenden Branchen in das nationale Emissionshandelssystem einbezogen werden, liegt eine Begünstigung bestimmter Unternehmen und Produktionszweige vor, da nur diesen die in der entgeltfreien Zuteilung der Emissionsberechtigungen liegende Begünstigung zuteil wird. Zum anderen kann eine Begünstigung bestimmter Branchen bzw. Unternehmen in der Zuteilung von Berechtigungen aus „Sondertöpfen“ – etwa in der Sonderzuteilung an die deutschen Kohlekraftwerke – liegen. Eine genaue EG-beihilfenrechtliche Prüfung ist auch hier einzelfallbezogen geboten.

### d. (Drohende) Wettbewerbsverfälschung

Das Tatbestandsmerkmal der aktuellen oder drohenden Wettbewerbsverfälschung ist erfüllt, wenn mit der Beihilfe tatsächlich oder potenziell in ein bestehendes oder potenziell entstehendes Wettbewerbsverhältnis zwischen Unternehmen oder Produktionszweigen eingegriffen und damit der Ablauf des Wettbewerbs verändert wird.<sup>46</sup> Dabei ist entscheidend, ob bestimmte Unternehmen ein wirtschaftlichen Vorteil erhalten, den sie unter marktkonformen Voraussetzungen nicht erhielten, und dadurch die Bedingungen des Wettbewerbs verändert werden. Eine Wettbewerbsverfälschung setzt voraus, dass ein relevanter Markt vorhanden ist oder entstehen könnte, auf dem einzelne Wettbewerber durch die Beihilfe gegenüber anderen Unternehmen einen Vorteil erhalten.<sup>47</sup> So stellt die ent-

geltfreie Zuteilung von handelbaren Emissionsberechtigungen zunächst eine Benachteiligung der nicht unter den Emissionshandel fallenden Branchen dar, die – etwa im Falle optimierter Produktionstechniken, die bei den unter die Richtlinie fallenden Unternehmen auch zu Emissionsreduktionen geführt hätten – keinen Vorteil aus durch moderne Technik „eingesparten Berechtigungen“ ziehen können. Doch auch innerhalb des Emissionshandelssystems kann es zu einer Wettbewerbsverfälschung kommen. Wettbewerbsverfälschungen drohen dabei insbesondere im Falle einer benachteiligenden Zuteilung an neue Marktteilnehmer, durch (im Vergleich zu den Zuteilungsentscheidungen in anderen Mitgliedstaaten) benachteiligende Zuteilungsentscheidungen oder durch die Benachteiligung früherer Emissionsverringerungen (sog. *early action*).<sup>48</sup> Gerade der Bereich der frühzeitigen Reduktionsbemühungen kann zwar laut ausdrücklicher Regelung in der Richtlinie im Zuteilungsplan berücksichtigt werden. Beihilfenrechtlich problematisch ist eine solche Berücksichtigung indes dann, wenn bereits die früheren Reduktionsmaßnahmen durch staatliche Beihilfen gefördert wurden oder kostenneutral umgesetzt werden konnten. Werden demgegenüber die frühzeitigen Modernisierungen und Emissionsreduktionen nicht berücksichtigt, so kann dies eine Begünstigung der Wettbewerber darstellen.

#### e. Handelsbeeinträchtigung

Das letzte Tatbestandsmerkmal des Art. 87 Abs. 1 EG stellt demgegenüber keine besonders hohen Anforderungen. Für eine Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten reicht eine mögliche Auswirkung des Vorteils auf den zwischenstaatlichen Handel aus.<sup>49</sup> Dabei können Auswirkungen auf den zwischenstaatlichen Handel regelmäßig nur dann ausgeschlossen werden, wenn es sich um rein lokale Wirtschaftstätigkeiten handelt, während die Vermutung der Beeinträchtigung im Falle eines fiskalischen Vorteils bereits durch eine Stärkung der Finanzkraft des beihilfenbegünstigten Unternehmens begründet ist.<sup>50</sup> Bei Zugrundelegung des prognostizierten Marktpreises der Berechtigungen wird indes von einer spürbaren Handelsbeeinträchtigung auszugehen sein.

#### f. Zwischenergebnis

Sofern eine Wettbewerbsbeeinträchtigung gegeben ist, liegt damit eine Beihilfe im Sinne des Art. 87 Abs. 1 EG vor. Ist der Beihilfentatbestand erfüllt, folgt hieraus primärrechtlich die Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur Durchführung eines EG-beihilfenrechtlichen Notifizierungsverfahrens (Art. 88 Abs. 3 EG). Diese Verpflichtung gilt auch für solche Beihilfen, die nach Art. 87 Abs. 2 oder Art. 87 Abs. 3 EG genehmigungsfähig sind, da die diesbezüglich Kontrollkompetenz alleine bei der Kommission liegt.<sup>51</sup> Eine Befreiung von der Notifizierungspflicht besteht nach der Entscheidungspraxis der Kommission nur ausnahmsweise, wie etwa im Falle der so genannten De-minimis-Beihilfen mit einem Volumen von unter € 100.000 bezogen auf einen Zeitraum von drei Jahren.<sup>52</sup> Wenngleich je nach Höhe der zugeteilten Berechtigungen einige Zuteilungen

aufgrund ihrer geringfügigen Höhe unter den De-minimis-Schwellenwert fallen könnten, wird jedoch oftmals ein hinreichend hoher Wert erreicht sein.<sup>53</sup>

## 2. Genehmigungsfähigkeit

Gemäß Art. 87 Abs. 3 EG kann die Kommission bestimmte Beihilfen als ausnahmsweise mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar genehmigen. Nach der Konzeption des EG-Vertrages bestimmt sich die Rechtmäßigkeit einer Beihilfe demnach nicht *ex lege* kraft allgemeiner Normierung, sondern nach der subventionspolitischen Entscheidung der zur Kontrolle berufenen Kommission.<sup>54</sup> Diese hat in ihrer Entscheidung die positiven Auswirkungen der Beihilfe gegen die negativen Auswirkungen auf die Handelsbedingungen und die Aufrechterhaltung eines unverfälschten Wettbewerbs abzuwägen.<sup>55</sup> Zudem muss die betreffende Beihilfe der Verwirklichung eines der in Art. 87 Abs. 3 EG genannten Ziele dienen und erforderlich sein, um die gewünschte Entwicklung herbeizuführen. In Betracht käme im Hinblick auf die entgeltfreie Zuteilung der Emissionsberechtigungen eine Ausnahmegenehmigung für Beihilfen zur Förderung wichtiger Vorhaben von gemeinsamem europäischem Interesse, Art. 87 Abs. 3 lit. b) EG. Ihren erheblichen Ermessensspielraum bei der Genehmigung hat die Kommission im Bereich des Umweltschutzes durch den „Gemeinschaftsrahmen für staatliche Umweltschutzbeihilfen“<sup>56</sup> begrenzt. Gemäß dessen Nummer 73 können Beihilfen zur Förderung wichtiger Vorhaben von gemeinsamem europäischem Interesse, die vorrangig Umweltschutzziele verfolgen und deren positive Auswirkungen häufig über die Grenzen der beteiligten Mitgliedstaaten hinausgehen, aufgrund von Art. 87 Abs. 3 lit. b) EG genehmigt werden. Voraussetzung ist indes, dass die zu gewährende Beihilfe für die Verwirklichung eines konkre-

48 Siehe hierzu bereits Koenig/Braun/Pförr, ZWeR 2003, 152 (170 ff.).

49 EuGH, Rs. 730/79, Slg. 1980, 2671, Rz. 11 – Philip Morris.

50 Koenig/Kühling/Ritter, EG-Beihilfenrecht, 2003, S. 86.

51 Zum Verfahrens- und Prozessrecht im Hinblick auf den EG-Emissionsrechtehandel sowie kritisch zu dem Versuch der Kommission, die Mitgliedstaaten von einer förmlichen Notifizierung der Allokationspläne freizustellen, siehe Pförr/Dodel, EurUP 2004, \$\$\$\$. Insbesondere darf auch die Genehmigung der Nationalen Zuteilungspläne nach Art. 9 Abs. 3 EHR nicht erfolgen, sofern die Beihilfenkonformität des Zuteilungsplans nicht feststeht.

52 Kommission, Verordnung (EG) Nr. 69/2001 vom 12.1.2001 über die Anwendung der Art. 87 und 88 EG-Vertrag auf „De-minimis-Beihilfen“, ABl. EG 2001 L 10/30, insbesondere Art. 2 Abs. 2; Koenig/Kühling/Ritter (Fn. 50), S. 87. Die Anwendung der De-minimis-Regelung scheidet dabei auch nicht deswegen aus, weil die Emissionshandelsrichtlinie die Prüfung der Art. 87, 88 EG ausdrücklich vorsieht, da die De-minimis-Ausnahme Teil der Beihilfendogmatik des Art. 87 EG ist.

53 Zustimmend Kerth (Fn. 16), S. 265, Stewing (Fn. 20), S. 33.

54 Heidenhain (Fn. 13), § 14 Rn. 2.

55 EuGH, Rs. 73/79, Slg. 1980, 2671 Rn. 24 ff. – Philip Morris; EuG, Rs. T-288/97, Slg. 2001, II-1169, Rn. 74 – Friuli Venezia Giulia/Kommission.

56 Kommission, Gemeinschaftsrahmen für staatliche Umweltschutzbeihilfen, ABl. EG 2001 C 37/3. Zur Kritik an diesem Gemeinschaftsrahmen vgl. SRU, Umweltgutachten 2002, BT-Drucksache 14/8792, Rn. 392 ff.

ten, genau festgelegten und hochwertigen Vorhabens erforderlich ist und dieses Vorhaben einen im gemeinsamen europäischen Interesse liegenden beispielhaften und klar erkennbaren Beitrag leistet. Zumindest für die Genehmigung der in dem Gesamtsystem liegenden Beihilfe gibt es gute Gründe. So bietet ein kohärenter und abgestimmter EG-weiter Rahmen die beste Voraussetzung für das reibungslose Funktionieren des gemeinschaftlichen Berechtigungshandels.<sup>57</sup> Auch ist ein gemeinschaftliches Konzept erforderlich, um Wettbewerbsverzerrungen innerhalb des Binnenmarktes zu verhindern.<sup>58</sup>

Dennoch muss eine Genehmigung nach Art. 87 Abs. 3 lit. b) EG scheitern. Denn die Freistellung von Beihilfen nach Art. 87 Abs. 3 EG setzt ein zweistufiges Prüfungsverfahren voraus, wobei die Kommission ihr Rechtsfolgenmessen nur dann betätigen darf (2. Stufe), wenn die tatbestandlichen Voraussetzungen einer der Ausnahmebestimmungen erfüllt sind (1. Stufe). Vorliegend bedeutet dies: Die Beihilfengewährung muss der Verwirklichung eines der in der Ausnahmebestimmung des Art. 87 Abs. 3 EG genannten Ziele dienen sowie notwendig im Sinne einer Kausalbeziehung sein, um dieses Ziel zu fördern. Mit anderen Worten: Es muss offensichtlich sein, dass ohne die Beihilfe die geförderte Maßnahme nicht oder nicht ausreichend oder nur mit unannehmbaren Nebenwirkungen durchgeführt würde, die dem Gemeinschaftsinteresse abträglich wären. Hieran aber wird es oftmals fehlen. Denn die ökologischen Ziele eines Emissionshandelssystems können auch dann erreicht werden, wenn die Zertifikate entgeltlich, etwa im Rahmen einer Versteigerung, abgegeben werden. Die politische Akzeptanz seitens der betroffenen Unternehmen kann in einem Pflichtsystem nicht ausschlaggebend sein. Vor allem aber ist sie beihilfenrechtlich irrelevant. Erst recht bei Sonderzuteilungen,

die bestimmte Branchen oder Sektoren fördern sollen, fällt die Begründung ihrer Erforderlichkeit im Sinne des Art. 87 Abs. 3 lit. b) EG schwer.

#### IV. Fazit

Die entgeltfreie Zuteilung der Berechtigungen im EG-Emissionshandelssystem stellt – nach Auffassung der Kommission zumindest in Höhe der entgeltfreien Zuteilung der nicht zwingend entgeltfrei zuzuteilenden 5% – eine Begünstigung der Zuteilungsempfänger aus staatlichen Mitteln dar. Dies gilt erst recht im Fall von Sonderzuteilungen zur Stärkung bestimmter Branchen oder Unternehmen. Soweit je nach Konstellation auch eine Wettbewerbsbeeinträchtigung vorliegt, ist der Tatbestand des Art. 87 Abs. 1 EG erfüllt. Zu dieser Einschätzung gelangt auch die Kommission in ihrer Bewertung der ersten im Rahmen von Art. 9 EHRL notifizierten, nationalen Zuteilungspläne. Der weiteren Feststellung der Kommission, dass im Rahmen der Pläne gewährte Beihilfen mit den übergeordneten Umweltzielen der Richtlinie in Einklang stünden und zu ihrer Erreichung wohl erforderlich seien, ist indes nicht zu folgen. Denn da die ökologischen Ziele eines Emissionshandelssystems auch bei entgeltlicher Zuteilung erreichbar sind, wird es an der Erforderlichkeit ihrer entgeltfreien Zuteilung gerade scheitern. Zwar könnte die Kommission gleichwohl versucht sein, im Wege eines „pragmatischen Ansatzes“ das EG-Emissionshandelssystem mit einer politischen, ja psychologischen Begründung als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar zu erklären und hierfür der Charakter als weltweit erstes multinationales Handelssystem, die möglichen positiven Erfahrungen für die Teilnehmer und die positiven Auswirkungen auf den Umweltschutz heranziehen. Doch kommt es in dieser Frage spätestens dann zum Schwur, wenn ein Unternehmen gegen die beihilfenrechtliche Bewertung der Kommission klagt und das Europäische Gericht erster Instanz zu entscheiden hat. Dann wird sich zeigen, ob ein solcher Rechtfertigungsversuch der Kommission auch im Angesicht des Primärrechts Bestand haben kann.

<sup>57</sup> So schon Kommission, Grünbuch zum Handel mit Treibhausgasemissionen in der Europäischen Union vom 8.3.2000, KOM(2000) 87, S. 4.

<sup>58</sup> Kommission (Fn. 57), S. 5.