

# Recht der Energiewirtschaft

Herausgeber

Prof. Dr. Jürgen F. Baur / Prof. Dr. Matthias Schmidt-Preuß  
Markus Moraing (Schriftleiter)

Heft 3/2009

Seiten 73–108

## Gemeinschaftsrechtliche Rahmenbedingungen der Vollversteigerung von Emissionszertifikaten im Energiesektor

Von Univ.-Prof. Dr. Christian Koenig, LL.M. (LSE), Lukas Ernst und Christopher Hasenkamp, Bonn\*

*Die am 25. 10. 2003 in Kraft getretene EU-Emissionshandels-Richtlinie 2003/87/EG hat zum 1. 1. 2005 ein gemeinschaftsweites System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten für den EU-Raum eingeführt. Ein Zertifikat berechtigt dessen Inhaber zur Emission von einer Tonne Treibhausgas. In der ersten Handelsperiode 2005–2007 sind den Emittenten diese Zertifikate branchenunabhängig überwiegend entgeltfrei nach einem nationalen Allokationsplan zugeteilt worden, nur max. 5 % der Zertifikate wurden im Wege der Versteigerung in den Markt eingebracht. In der am 1. 1. 2008 eingeleiteten zweiten Handelsperiode sollen bis zum Jahre 2012 bis max. 10 % der Zertifikate versteigert werden, wobei die übrigen 90 % entgeltfrei zugeteilt werden. Mit ihrem Richtlinienentwurf vom 23. 1. 2008 strebt die Europäische Kommission für die Energiebranche eine drastische Modifikation dieses Emissionshandelssystems an. In Abkehr von der überwiegend entgeltfreien Zuteilung beabsichtigt sie, mit Beginn der dritten Handelsperiode im Jahr 2013 die vollständige Versteigerung der Zertifikate einzuleiten. Der Richtlinienentwurf wirft im Hinblick auf dieses System der sog. Vollversteigerung rechtliche Fragen auf, denen in diesem Beitrag nachgegangen wird. Nach einer kurzen Einleitung in das Prinzip des Emissionshandelssystems (A.) werden die Neuerungen des Richtlinienentwurfs dargestellt (B.) und die Einführung und Ausgestaltung der Vorschläge auf Rechtsprobleme hin untersucht.*

### A. Einleitung

Das Emissionshandelssystem der Europäischen Union muss einen angemessenen Ausgleich im Konflikt zwischen zwei Zielen schaffen: Einerseits sollen Treibhausgasemissionen effektiv reduziert werden, um die im Kyoto-Protokoll<sup>1</sup> festgelegten Klimaschutzziele zu erreichen. Andererseits müssen die in der Lissabon-Agenda verankerten wirtschaftlichen Wachstumsziele<sup>2</sup> erreichbar bleiben. Für die Verminderung des Ausstoßes von CO<sub>2</sub> wird die Verteilungsfunktion des Marktes nutzbar gemacht, um eine effiziente Allokation zu erzielen. Zu diesem Zweck wird die Gesamtmenge der zulässigen Emissionen im Geltungsbereich des Handelssystems begrenzt bzw. über bestimmte Zeiträume graduell reduziert. Emit-

tenten sind zur Umweltnutzung in Form des Ausstoßes von CO<sub>2</sub> jeweils nur bis zur Höhe der von ihnen gehaltenen Emissionszertifikate berechtigt. Die zur Verschmutzung berechtigenden Zertifikate erhalten sie von staatlicher Seite. Diese sind übertragbar, so dass Unternehmen, die ihre Emissionen unter das Äquivalent der von ihnen gehaltenen Zertifikate senken, ihren Überschuss an Emissionsberechtigungen auf einem entstehenden Markt für Emissionszertifikate an andere Unternehmen verkaufen können. Auf diese Weise erhält die Umweltnutzung einen Marktpreis und wird mittels der durch die Verbriefung in den Zertifikaten geschaffenen Exklusivität zu einem handelbaren Gut.<sup>3</sup>

Dem Emissionshandel liegt ein wirtschaftswissenschaftlich anerkanntes Prinzip zu Grunde: Auf einem funktionierenden Markt werden knappe Güter genau so eingesetzt, dass sie ihren volkswirtschaftlich optimalen Nutzen entfalten. Dieses Theorem fußt auf der Prämisse, dass derjenige, der bereit ist, den höchsten Preis für ein Gut zu bezahlen, dieses auch gesamtwirtschaftlich optimal verwenden wird.<sup>4</sup> Einfach gewendet: Wenn nur ein bestimmtes Maß an Verschmutzung zugelassen wird, kommt es lediglich zu den unerlässlichen Emissionen.<sup>5</sup> Emissionen finden nur dort statt, wo die Grenzvermeidungskosten den Zertifikatpreis übersteigen. Somit werden die verfügbaren Zertifikate in effizienter Weise eingesetzt. Um der Güterknappheit zu begegnen, sind die emittierenden Unternehmen gehalten, Maßnahmen zu ergreifen, um die Abhängigkeit von dem Gut Emissionszertifikat zu reduzieren. Hierzu sind Investitionen in die Entwicklung neuer Techniken erforderlich, die eine möglichst emissionsarme Erzeugung von Energie ermöglichen. Diese Entwicklung fördert das in Art. 2 EG verankerte Gemeinschaftsziel des Umweltschutzes. Die Schadstoffvermeidung soll dort

\* Univ.-Prof. Dr. Christian Koenig LL.M. ist Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI) der Universität Bonn. Lukas Ernst und Christopher Hasenkamp sind dort als wissenschaftliche Mitarbeiter tätig.

1 BGBI. II 2002, 966.

2 Vgl. *EuG*, NVwZ 2006, 75, 77 – Vereinigtes Königreich/Kommission.

3 Vgl. *Martini/Gebauer*, ZUR 2007, 225, 226.

4 Vgl. *Martini/Gebauer*, ZUR 2007, 225, 226.

5 Vgl. *Stewing*, RdE 2007, 217.

erfolgen, wo sie wegen der geringsten Vermeidungskosten am wirtschaftlichsten ist.<sup>6</sup> Dabei ist jedoch zu beachten, dass eine zu starke Verknappung die Allokationsfunktion des Marktes überbeansprucht, was sich durch erhöhte Beschaffungskosten negativ auf die wirtschaftliche Entwicklung auswirkt und letztlich die Wachstumsziele der Lissabon-Agenda gefährden kann. Im Rahmen der Ausgestaltung des Emissionshandels muss – vor allem hinsichtlich der zu vergebenden Zertifikatmenge – ein angemessener Ausgleich zwischen dem verfolgten Ziel der Emissionsverringerung und dem wirtschaftlichen Wachstum gewährleistet werden.

Ebenso besteht die Möglichkeit, dass die entgeltliche Zuteilung zu fiskalischen Zwecken genutzt wird und auf diesem Weg eine staatliche Mittelbeschaffung stattfindet. Das könnte das Ziel des Emissionshandels konterkarieren: Wenn der Staat aufgrund außerhalb der Ziele des Emissionshandels und gegebenenfalls sogar außerhalb des Klimaschutzes liegender Motivation preisbestimmenden Einfluss auf den Emissionshandel nimmt oder die Mittelbeschaffung an erster Stelle steht, wird das Allokationsergebnis verzerrt. Eine optimale Ressourcenallokation findet aber nur bei einem regulatorisch sinnvoll justierten Marktmechanismus statt. So muss insbesondere im Rahmen einer Experimentierphase die bestmögliche prozedurale Ausgestaltung der Versteigerung ermittelt werden und – beispielsweise durch Transparenz und Marktzugangsoffenheit – Vertrauen in den Markt für Emissionszertifikate geschaffen werden. Ergänzend kann durch sinnvolle und effektive Kostenwälzungsmechanismen, die eine unverhältnismäßige Belastung der betroffenen Unternehmen verhindern, auf einen annähernd optimalen Ausgleich zwischen Emissionsreduktion und Erhalt wirtschaftlicher Wachstumsmöglichkeiten hingewirkt werden.

Einführung und Ausgestaltung des Emissionshandelsystems sind im rechtswissenschaftlichen Schrifttum<sup>7</sup> umstritten und haben bereits mehrfach die Gerichte<sup>8</sup> beschäftigt. Neben Fragen der Einbeziehung bestimmter Anlagen und Produktionszweige in das System des Emissionshandels stellt insbesondere die methodische Ausgestaltung der Zuteilung von Emissionszertifikaten eine ökonomische und rechtliche Herausforderung dar.<sup>9</sup> Während die entgeltfreie Zuteilung im Falle von Wettbewerbsbeeinträchtigungen auf dem relevanten Markt den Beihilfentatbestand nach Art. 87 Abs. 1 EG erfüllen kann,<sup>10</sup> besteht diese Gefahr bei einer entgeltlichen Zuteilung in Form der Versteigerung nicht.

Die Zulässigkeit einer Versteigerung wird gleichwohl bezweifelt.<sup>11</sup> Sie bietet aber den Vorteil, unter Ausnutzung von Marktmechanismen eine effizientere Allokation zu erlauben, als die auf Grundlage historischer Emissionen erfolgende Vergabe von Zertifikaten (sog. *Grandfathering*). Zudem ist eine Versteigerung marktzutrittsneutraler und entspricht dem Verursacherprinzip.

## B. Der Richtlinienentwurf der Kommission

Der Richtlinienentwurf der Kommission<sup>12</sup> sieht neben der Festlegung einer EU-weiten Gesamtemissionsobergrenze

auf 1,72 Mrd. Tonnen jährlich für das Jahr 2020<sup>13</sup> eine Ausweitung des Geltungsbereichs des EU-Emissionshandelssystems auf weitere Industriegase<sup>14</sup> vor. Durch die geplante Versteigerung von mindestens zwei Dritteln der Emissionszertifikate im Jahre 2013<sup>15</sup> wird der Übergang in die Vollversteigerung eingeleitet, der 2020 abgeschlossen sein soll.<sup>16</sup> Für die meisten Wirtschaftszweige soll dieser allmählich vollzogen werden, ausgehend von einer entgeltfreien Zuteilung in Höhe von 80 Prozent des Anteils des jeweiligen Sektors an der Gesamtmenge der in 2013 zu vergebenden Zertifikate<sup>17</sup> und bei möglichen Ausnahmen für energieintensive Sektoren.<sup>18</sup> Lediglich für den Energiesektor sieht der Entwurf bereits ab 2013 eine vollständige Versteigerung vor, wobei auch für neue Marktteilnehmer keine entgeltfreie Zuteilung mehr erlaubt ist.<sup>19</sup> Für das Auffangen und Speichern von CO<sub>2</sub> soll ebenfalls keine entgeltfreie Allokation von Emissionsberechtigungen erfolgen;<sup>20</sup> zwar müssen auch für Anlagen mit dieser Technik Zertifikate erworben werden, allerdings sollen diese nach erfolgter Speicherung nicht zurückgegeben werden müssen. Daneben möchte die Kommission die Mitgliedstaaten zur Verwendung von 20 Prozent der durch die Versteigerung erzielten Einkünfte insbesondere für Investitionen in Klimaschutzmaßnahmen anhalten.<sup>21</sup>

6 Vgl. *van Asselt/Gupta*, in: *Between Theory and Practice: Putting Climate Policy to Work*, 2008, S. 31.

7 Dazu etwa *Mehrbrey*, *Verfassungsrechtliche Grenzen eines Marktes handelbarer Emissionsrechte*, Berlin 2003; *Spieß*, *Europäischer Emissionshandel und deutsches Industrieanlagenrecht*, Berlin 2002; *Reuter*, RdE 2003, 262.

8 *BVerfG*, NVwZ 2007, 942; *BVerfG*, NVwZ 2007, 937; *EuG*, NVwZ 2006, 75 ff. – *Vereinigtes Königreich/Kommission*; *BVerwG*, NVwZ 2005, 1178; *OVG Berlin-Brandenburg*, ZUR 2007, 142 ff.

9 Zu Arten der Zuteilung von Umweltnutzungsrechten vgl. *Martini/Gebauer*, ZUR 2007, 225, 227 ff.

10 Dazu ausführlich zuerst *Koenig/Braun/Pfromm*, ZWvR 2003, 153, 161 ff. sowie *Pfromm*, sic! 2003, 537, 538 ff.; *Koenig/Pfromm*, EurUP 2004, 196, 202.

11 Ablehnend etwa *Rebentisch*, NVwZ 2006, 747, 748.

12 *Europäische Kommission*, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 2003/87/EG zwecks Verbesserung und Ausweitung des EU-Systems für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten, v. 23. 1. 2008, KOM(2008) 16 endgültig (im Folgenden: *Richtlinienentwurf*).

13 Erwägungsgrund 11 f., S. 16 f.

14 Erfasst werden neben CO<sub>2</sub> auch N<sub>2</sub>O und PFC, siehe dazu die Begründung der Kommission unter 2, S. 4 f.

15 Begründung der Kommission unter 4, S. 9.

16 Art. 10a Abs. 7 des Richtlinienentwurfs.

17 Art. 10a Abs. 7 des Richtlinienentwurfs.

18 Art. 10a Abs. 8 des Richtlinienentwurfs.

19 Art. 10a Abs. 6 des Richtlinienentwurfs.

20 Art. 10a Abs. 2 des Richtlinienentwurfs; Begründung der Kommission unter 2, S. 6.

21 Art. 10 Abs. 3 des Richtlinienentwurfs. Nur ungenügend kommt in der deutschen Sprachfassung (»[...] sind für folgende Zwecke zu verwenden [...]«) zum Ausdruck, dass es sich dabei nicht um eine verpflichtende Zweckbindung, sondern lediglich um eine Empfehlung an die Mitgliedstaaten für die Mittelverwendung handelt. Das ergibt die im EG-Recht gebotene sprachvergleichende Auslegung. Eine solche Empfehlung begeg-

Vor dem Hintergrund dieser umfänglichen Änderungen ist zu untersuchen, welche grundsätzlichen Anforderungen an die Ausgestaltung einer Vollversteigerung zu stellen sind (I.) und ob die avisierten Regelungen mit individuellen Rechtspositionen der Betroffenen zu vereinbaren sind (II.).

### I. Anforderungen an die Ausgestaltung des Emissionshandels hinsichtlich einer Vollversteigerung

Bei der Ausgestaltung der Vollversteigerung von Emissionszertifikaten sind mehrere Voraussetzungen zu beachten, um einen effektiven Handel mit den Zertifikaten vor dem Hintergrund des auszugleichenden Zielkonfliktes zwischen Emissionsminderung und Wirtschaftswachstum zu gewährleisten. Der Richtlinienentwurf enthält keine Vorgaben zur Ausgestaltung der Vollversteigerung. Vielmehr überantwortet er die Konzipierung und Durchführung der Versteigerungen den von der Kommission im Regelungsverfahren zu erlassenden Durchführungsmaßnahmen.<sup>22</sup> Durch die konkrete Ausgestaltung soll insbesondere gewährleistet werden, dass die Versteigerung der Zertifikate ohne Wettbewerbsverzerrungen auf dem Binnenmarkt und ohne Verzerrungen des Zertifikatmarktes erfolgt.<sup>23</sup>

#### 1. Auszugebende Menge

Zwar fördert eine maximale Emissionsreduktion durch eine minimale Zertifikatausgabemenge das Ziel des Umweltschutzes am besten. Jenseits des durch Effizienzgewinne aufgrund technischer Neuerungen ausgleichbaren Grenzbereichs sinkt aber mit zunehmender Verknappung der zugelassenen Emissionen gleichzeitig die Produktivität der vom Emissionshandel betroffenen Wirtschaftssubjekte. Daher darf die zugelassene Ausstoßmenge nur soweit reduziert werden, dass die wirtschaftliche Betätigung der Unternehmen gewährleistet bleibt. Sie muss durch rationale Investitionen in innovative Technologien zumindest auf dem status quo gehalten und darüber hinaus gesteigert werden können. Gerade »carbon-leakage«-Sektoren, die von einem außereuropäischen Verdrängungswettbewerb betroffen sind und daher ihre Mehrkosten nicht an die Endkunden weitergeben können,<sup>24</sup> müssen die weltweite Konkurrenzfähigkeit behalten, die im Falle zu starker Restriktionen für die betroffenen Unternehmen verloren gehen kann.

#### 2. Prozedurale Ausgestaltung der Vollversteigerung und regulatorische Impulse

Daneben sind Rahmenbedingungen sicherzustellen, die das Funktionieren des (Versteigerungs-)Marktes ermöglichen und bewahren sowie das Vertrauen der Marktteilnehmer in die Funktionen des Marktes herstellen. Dafür ist die prozedurale Ausgestaltung der Versteigerung für die Erzielung eines unter dem Blickwinkel des Zielkonfliktes optimalen Ergebnisses besonders relevant.

Vorgelagert erfordert die Einführung der Vollversteigerung die Etablierung eines funktionierenden »Versteigerungsmarktes«. Eine zielführende Ausgestaltung des

Systems der Vollversteigerung ist zunächst im Rahmen einer Experimentierphase zu ermitteln.

Ebenfalls ist hier ein hohes Maß an Transparenz sicherzustellen, um das Vertrauen der betroffenen Unternehmen in den Markt für Emissionszertifikate zu stärken und marktbeschränkenden Einflüssen wie der Bildung von Bieterkartellen entgegenzuwirken. Auf diese Weise muss unter anderem einer vermeidbaren Zurückhaltung auf dem Markt vorgebeugt werden, die im Ergebnis zu einer Unterversorgung mit Energie führen könnte.

Aufgrund der Wettbewerbsverhältnisse auf dem deutschen Erzeugermarkt besteht ein im Vergleich zu anderen Sektoren erhöhtes Potenzial, dass etablierte und zumindest marktstarke Erzeuger ihre Marktstellung ausnutzen, um das Versteigerungsergebnis zu ihren Gunsten zu beeinflussen. Die konkrete Ausgestaltung des Versteigerungsmarktes muss der Gefahr entgegenwirken, den Marktzutritt neuer Anbieter – der in Deutschland mit der KraftNAV gerade gefördert werden soll – zu verhindern. Dies gilt umso mehr, als nach dem Richtlinienentwurf keine kostenfreie Zuteilung für neue Marktteilnehmer vorgesehen ist,<sup>25</sup> deren Marktzutrittsmöglichkeit kann (und muss) ausschließlich über die Rahmenbedingungen der Versteigerung gewährleistet werden. Denkbar wäre beispielsweise, einen bestimmten Anteil der zu versteigernden Zertifikate für neue Marktteilnehmer zu reservieren.<sup>26</sup>

Dem System der Versteigerung kommt grundsätzlich zunächst eine große Transparenz zu, da diese einen eigenen sachlich, räumlich und zeitlich relevanten Markt etabliert, auf dem sich Angebot und Nachfrage wettbewerblich begegnen. Unter idealen (Modell-)Bedingungen ist im Rahmen dieses induktiven Preisbildungsverfahrens ein »absoluter« Preis zu ermitteln, der sich dem optimalen Wettbewerbspreis weitestgehend annähert. Ideale Bedingungen für eine solche Versteigerung bestehen jedoch in der Regel nicht. Versteigerungen sind daher kein wettbewerbliches Allheilmittel. Die wirtschaftswissenschaftliche Kritik an Auktionen hat insbesondere das strategische Bietverhalten und Anreize zur Bildung von Bieterkartellen etc. als wettbewerbliche Schwachpunkte herausgearbeitet.<sup>27</sup> Denn gerade die Versteigerung bietet – bedingt durch die Flexibilität der Preise –

net keinen durchgreifenden kompetenziellen Bedenken. Zur sprachenvergleichenden Auslegung siehe *Bleckmann*, NJW 1982, 1177, 1180.

22 Art. 10a des Richtlinienentwurfs.

23 Begründung zum Richtlinienentwurf, S. 10.

24 Vgl. *Bundeskartellamt*, Abmahnung v. 18. 12. 2007, ZNER 2007, 448, 449.

25 Art. 10a Abs. 6 des Richtlinienentwurfs.

26 So wurde beispielsweise im Vereinigten Königreich im Rahmen der Frequenzversteigerung ein Teil des Frequenzspektrums exklusiv für Neueinsteiger reserviert, siehe *Geppert*, in: Beck'scher TKG-Kommentar, 3. Aufl. 2006, § 61 Rn. 48.

27 Vgl. *Frontier Economics*, Ökonomische Bewertung verschiedener Engpassmanagementmethoden, Bericht für die Bundesnetzagentur, November 2006, S. 42 f. in Bezug auf die Versteigerung von Kapazitäten im grenzüberschreitenden Elektrizitätsmarkt.

ein erhöhtes Potenzial für Beeinträchtigungen durch Kartellbildung.<sup>28</sup> Daher müssen Versteigerungen institutionelle und prozedurale Sicherungen aufweisen, um den wettbewerblichen Schwachpunkten zu begegnen.

Als maßgebliche Kriterien für die (staatliche) Vergabe knapper Güter haben sich branchenübergreifend die Grundsätze der Wettbewerbsoffenheit, Diskriminierungsfreiheit und Transparenz herauskristallisiert.<sup>29</sup>

Eine Vollversteigerung muss damit zunächst unbeschränkt allen Anlagenbetreibern offen stehen, insbesondere auch solchen, die einen Marktzutritt anstreben.<sup>30</sup> Dazu könnte ein bestimmtes Kontingent von Zertifikaten der Versteigerung an Marktneulinge vorbehalten bleiben.<sup>31</sup> Die Diskriminierungsfreiheit ist gewahrt, wenn die einzelnen Bieter nicht ohne sachlichen Grund ungleich behandelt werden. Die Diskriminierungsfreiheit kann durch objektive Verteilungsverfahren gesichert werden, beispielsweise die alleinige Maßgeblichkeit des Preises für den Zuschlag.<sup>32</sup> Allerdings müssen flankierend Schutzmaßnahmen getroffen werden, die eine Bildung von Bieterkartellen u.ä. vermeiden. Eine solche Schutzmaßnahme könnten zum Beispiel Teilnahmebedingungen darstellen, die jeden Bieter zur Offenlegung seiner Identität verpflichten. Erforderlich ist ferner – und dies ist ebenfalls ein Kennzeichen der geforderten Transparenz – die Zugänglichkeit aller notwendigen Informationen für jedermann, um mit gleichen Chancen Emissionszertifikate erwerben zu können. Anleihen können beispielsweise der Ausgestaltung des offenen Vergabeverfahrens nach Art. 1 Abs. 11 lit. a VKR<sup>33</sup>, § 101 Abs. 2 GWB oder dem Frequenzversteigerungsverfahren nach § 61 Abs. 5 TKG<sup>34</sup> entnommen werden. Um einer Beeinträchtigung der Versorgungssicherheit zu begegnen, kommt entsprechend dem für die Zuweisung von Zeitnischen auf Flughäfen<sup>35</sup> vorgesehenen »use it or loose it«-Prinzip die Normierung eines »use it or sell it«-Prinzips in Betracht: Auf diese Weise würde sichergestellt, dass die Zertifikate auf dem Markt verbleiben und so im Ergebnis für die Energieerzeugung nutzbar gemacht werden. Zeigt sich im Rahmen der Experimentierphase die Gefahr einer Beeinträchtigung der Versorgungssicherheit durch den umfangreichen Erwerb von Zertifikaten als Spekulationsobjekte, käme weitergehend eine Nachweispflicht der Bieter hinsichtlich der späteren Verwendung zur Energieerzeugung in Betracht. Sofern diese Voraussetzungen geschaffen sind, kann die Versteigerung als Allokationsmechanismus auch für den Handel mit Emissionszertifikaten nutzbar gemacht werden.

Überdies sind effektive Kostenwälzungsmechanismen erforderlich, um eine Weitergabe der zusätzlichen CO<sub>2</sub>-bedingten Kosten der Leistungsbereitstellung an die Endkundenseite zu ermöglichen. Auch an dieser Stelle muss ein Ausgleich geschaffen werden. So muss einerseits gewährleistet sein, dass nicht die Energieproduzenten allein als Kostenträger der CO<sub>2</sub>-bedingten Mehrkosten einzustehen haben; andererseits wäre eine uneingeschränkte Weitergabe jedes beliebigen Zertifikatpreises an die Endkundenseite aufgrund des noch mangelnden Wettbewerbs auf dem Erzeugermarkt<sup>36</sup> dem Ziel der Emissionsreduzierung abträglich, da kaum Anreize geschaffen würden, die

Effizienz zu steigern. Erforderlich ist also eine regulatorische Kostenwälzung<sup>37</sup>, die es den Energieproduzenten ermöglicht, die Zertifikatkosten im Rahmen des Angemessenen bei der Bildung der Energieerzeugungspreise zu berücksichtigen. Eine angemessene Berücksichtigung ist eine solche, die auch bei wirksamem Wettbewerb möglich wäre.<sup>38</sup> Dazu bedarf es einer gesetzlichen Normierung der Kostenwälzungsmechanismen. Dabei kann sich die Kostenwälzung in mehreren Stufen vollziehen, wobei die Unbundlingvorschriften der §§ 6–10 EnWG dazu führen, dass die Netzbetreiber an diesem System nicht teilnehmen. Ein solcher Kostenwälzungsmechanismus umfasst nach der Wertschöpfungsstufe der Erzeugung die dem Netz nachgelagerten Stufen der Lieferung bzw. des Handels bis hin zum Letztverbraucher. Parallel zur Situation im EEG ist auch hier ein hohes Maß an Transparenz (vgl. § 15 EEG) sicherzustellen, um dem Verdacht verdeckter Gewinnmaximierung unter dem Deck-

28 Vgl. dazu grundlegend *Menzel*, Kollusion in Auktionen, 2000, insbesondere S. 13 ff. und S. 64 ff. In solchen Fällen sind in der Vergangenheit nach kartellrechtlicher Prüfung bereits Bußgelder verhängt worden, vgl. *Bundeskartellamt*, Tätigkeitsbericht, BT-Drucks. 9/565.

29 Siehe z.B. Art. 5 Abs. 2 der Genehmigungsrichtlinie 2002/20/EG, ABL. EG Nr. L 108 v. 24. 4. 2002, S. 21. Vgl. grundlegend *Kühling*, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, 2004, S. 173 ff.

30 Dies folgt für potenzielle Anbieter aus anderen EG-Mitgliedstaaten zudem aus der durch Art. 43, 48 EG geschützten Niederlassungsfreiheit, da das Versteigerungssystem durch den Mitgliedstaat und damit einen Adressaten der Grundfreiheiten ausgestaltet wird.

31 Anders als bei der Vergabe der UMTS-Lizenzen, bei der keine Lizenz für Neueinsteiger reserviert wurde: Siehe 13. Hauptgutachten der *Monopolkommission*, BT-Drucks. 14/4002, S. 58.

32 Eine mit der Vergabe der UMTS-Lizenzen vergleichbare Gefahr prohibitiv hoher Preise (dazu *Geppert*, in: Beck'scher TKG-Kommentar, 3. Aufl. 2006, § 61 Rn. 40) besteht hier aufgrund anderer Ausgangssituation durch die Vielzahl der Versteigerungsobjekte wohl nicht.

33 Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG, ABL. EG Nr. L 134 v. 30. 4. 2004, S. 114.

34 Vgl. dazu die Entscheidung der Präsidentenkammer der *Bundesnetzagentur* v. 19. 06. 2007, abrufbar unter <http://www.bundesnetzagentur.de/media/archive/10791.pdf>.

35 Art. 10, 14 Abs. 3, Abs. 6 der Verordnung (EG) Nr. 793/2004, ABL. EG Nr. L 138 v. 30. 4. 2004, S. 50.

36 Vgl. Sondergutachten Strom und Gas 2007 der *Monopolkommission* v. 6. 11. 2007, BT-Drucks. 16/7087, S. 66 ff.

37 Das *Bundeskartellamt*, Abmahnung v. 18. 12. 2007, ZNER 2007, 448 ff., hat bereits die Wälzung von Zertifikatpreisen im Falle unentgeltlicher Zuteilung bis zu einer Höhe von 25 % als sog. Opportunitätskosten zugelassen. Sofern ein Wettbewerbspreis vorliegt, gibt diese Entscheidung keinen Anhaltspunkt dafür, dass dann nicht auch eine Kostenwälzung in Höhe von 100 % statthaft sein kann. Wegen der verfestigten Oligopolisierung des Energiemarktes, die eine Beurteilung der Preise in wettbewerblicher Hinsicht erschwert, ist aber eine regulatorische Ausgestaltung der Kostenwälzung angezeigt.

38 Wettbewerbsanaloge Preise lassen sich anhand des Vergleichsmarktkonzeptes oder subsidiär mittels einer Gewinnkontrolle ermitteln. Dazu ausführlich *Immenga/Mestmäcker/Möschel*, Wettbewerbsrecht, Band 2 GWB, 4. Aufl. 2007, § 19 Rn. 158 ff.

mantel der Kostenwälzung zu begegnen.<sup>39</sup> Zu diesem Zweck käme die Ausweisung der jeweils tatsächlich angefallenen und weitergereichten Zertifikatkosten in Betracht, was eine Überprüfung erst ermöglicht. Dies erfordert eine Dokumentation entsprechend den beispielsweise in § 28 StromNEV für Netzbetreiber normierten Vorgaben.

## II. Kollision der Zuteilung durch Vollversteigerung mit Gemeinschaftsgrundrechten

Die geplante Versteigerung der Zertifikate wirft die grundsätzliche Frage auf, ob ein solches Instrumentarium mit Rücksicht auf geschützte Individualrechtspositionen zulässig ist. Während das bisherige System der kostenlosen Zuteilung im Rahmen der Beihilfentatbestände relevant werden konnte,<sup>40</sup> stellt sich nun spiegelbildlich die Frage, ob eine entgeltliche Zuteilung, beispielsweise durch Auktion, gemeinschaftsrechtlich ist. Teilweise wird dies unter Verweisung auf Bestandsschutzgesichtspunkte und Missbrauchspotenziale<sup>41</sup> sowie ökonomische Risiken<sup>42</sup> bereits im Ansatz verneint; dem ist aber entgegenzutreten. Insbesondere kann es keinen Vertrauensschutz in einen unveränderten Fortbestand der regulatorischen Rechtslage geben. Das würde zu einer Konservierung des status quo ante führen und neue Regulierungs- und Regelungsziele unerreichbar machen. Auch das Szenario des vollständigen Zertifikaterwerbs<sup>43</sup> durch einen Wettbewerber erscheint unwahrscheinlich. Denn mit zunehmender Verknappung steigt der Preis für die einzelne Berechtigung. Das letzte verkäufliche Zertifikat erhält daher einen deutlich höheren Preis als das erste. Daneben sieht sich der Erwerber mit dem Phänomen des abnehmenden Grenznutzens konfrontiert, das dazu führt, dass sein Nutzen mit steigender Anzahl erworbener Zertifikate stetig abnimmt. Im Falle steigender Preise und sinkenden Nutzens wird es unwirtschaftlich, weitere Zertifikate zu erwerben. Überdies stehen gegen ein solches missbräuchliches Marktverhalten die Kontroll- und Sanktionsmechanismen des Kartellrechts zur Verfügung.<sup>44</sup> Bereits die prozedurale Ausgestaltung der Versteigerung muss Sicherungsmechanismen enthalten, die ein solches Szenario verhindern. Sowohl die nationale wie auch die Gemeinschaftsrechtsprechung haben verdeutlicht, dass das System des Emissionshandels dem Grunde nach nicht zu beanstanden ist;<sup>45</sup> so liegt darin insbesondere kein Verstoß gegen die im Gemeinschaftsrecht gewährleisteten Rechte auf Eigentum und freie Berufsausübung.<sup>46</sup> Jedoch können sich durch den geplanten Übergang zur Vollversteigerung der Emissionszertifikate, wie ihn der Richtlinienentwurf für den Energiesektor ab 2013 vorsieht, Kollisionen mit Gemeinschaftsrecht ergeben.

Der geplante Übergang zur Vollversteigerung ist dabei ausschließlich anhand von Gemeinschaftsrecht zu überprüfen, da er durch die Richtlinie zwingend vorgegeben ist. Eine Überprüfung insbesondere anhand der nationalen Grundrechte kommt nur dort in Betracht, wo die Richtlinienvorschriften dem nationalen Gesetzgeber Gestaltungsspielraum belassen und der nationale Rechtsakt

damit auf der Willensentschließung des nationalen Gesetzgebers beruht.<sup>47</sup>

Die Tatsache, dass auch das Gemeinschaftsrecht trotz fehlender Kodifikation im EG-Vertrag grundlegende Gewährleistungen enthält, bedarf keiner näheren Erläuterung.<sup>48</sup> Das Gemeinschaftsrecht kennt – abgeleitet aus der Verfassungstradition der Mitgliedstaaten und der EMRK unter auslegungsergänzender Heranziehung der Grundrechte-Charta<sup>49</sup> – parallel zum deutschen Grundgesetz ebenfalls die Gewährleistung der Berufsfreiheit (1.), des Eigentumsschutzes (2.) und einen allgemeinen Grundsatz der Gleichbehandlung (3.). Gleichfalls folgt aus der im Gemeinschaftsrecht verankerten Rechtsstaatlichkeit die Gewährleistung des allgemeinen Prinzips des Vertrauensschutzes (4.).

### 1. Berufsfreiheit

Zwar berühren bereits die bürokratischen Belastungen durch die Teilnahme am Emissionshandelssystem die Berufsausübungsfreiheit.<sup>50</sup> Allerdings bestehen schon hinsichtlich der bereits erfolgten Einführung des Emissionshandels keine Bedenken bezüglich der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs.<sup>51</sup> Durch die Schutzrichtung der Garantie der Berufsfreiheit, die lediglich den Erwerb, nicht aber das Erworbene schützt,<sup>52</sup> ergibt sich durch ein System der Vollversteigerung kein intensiverer Eingriff als durch eine unentgeltliche Zuteilung, sodass die Verhältnismäßigkeitsprüfung hier nicht anders ausfallen kann. Insbesondere gewährleistet die Garantie der Berufsfreiheit durch ihre zukunftsgerichtete Schutzrichtung keinen Bestandsschutz. Der Richtlinienentwurf ist damit in Bezug auf eine Beeinträchtigung der Berufsfreiheit unbedenklich.

39 Vgl. dazu *Altrock/Oschmann/Theobald*, EEG Kommentar, 2. Aufl. 2008, § 15, Rn. 2.

40 Vgl. *Koenig/Braun/Pfromm*, ZWeR 2003, 152, 161 ff.

41 Vgl. *Rebentisch*, NVwZ 2006, 747, 753.

42 Vgl. *VIK*, »Stellungnahme zu dem Vorschlag der Kommission der Europäischen Gemeinschaften vom 23.1.2008 zu einer überarbeiteten Emissionshandelsrichtlinie« v. 3.3.2008, S. 4, abrufbar unter [http://www.vik.de/fileadmin/vik/Stellungnahmen/2008\\_03\\_03\\_SN\\_Vorschlag\\_Komm\\_Europ\\_Gem\\_23\\_01\\_2008\\_Emissionshandelsrichtl.pdf](http://www.vik.de/fileadmin/vik/Stellungnahmen/2008_03_03_SN_Vorschlag_Komm_Europ_Gem_23_01_2008_Emissionshandelsrichtl.pdf).

43 Vgl. *Rebentisch* a.a.O.

44 Insb. Art. 82 EG, §§ 19, 32 ff. GWB. Siehe dazu *Weidemann*, DVBl. 2004, 727, 735.

45 Vgl. Fn. 8.

46 Vgl. *BVerwG*, GewArch 2005, 417 LS 1.

47 Vgl. *BVerfG*, NVwZ 2007, 937, 938.

48 Vgl. *Stewing*, RdE 2007, 217, 218 und insoweit zu deren Herleitung *Arndt*, Europarecht, 8. Auflage 2006, S. 143.

49 Vgl. *Koenig/Rasbach*, Rechtsfragen zur regulatorischen Ausgestaltung des Netzzugangs bei Erdgas, 2004, S. 29.

50 Vgl. *Frenz*, RdE 2007, 65, 66. Auch auf europäischer Ebene wird eine einheitliche Garantie der Berufsfreiheit mit der Ausprägung der Berufswahl und der Berufsausübung gewährleistet, vgl. *EuGH*, Slg. 1979, 3727, 3750.

51 Siehe zum Emissionshandel als solchem *BVerwG*, GewArch 2005, 417, 420.

52 Siehe dazu B. II. 2. a.

## 2. Eigentumsschutz

Anderes könnte sich aber hinsichtlich des gerade das »Erworbene« erfassenden Eigentumsschutzes<sup>53</sup> ergeben. Derjenige Energieversorger, der ein Kraftwerk betreibt, für dessen Betrieb er – gerade anders als im Zeitpunkt der Errichtung absehbar<sup>54</sup> – nunmehr Zertifikate entgeltlich erwerben muss, ist in seiner erworbenen Rechtsposition beeinträchtigt. Die Vollversteigerung der Emissionszertifikate stellt damit nicht ausschließlich eine Ausgestaltung des Eigentums dar, die den Schutzbereich nicht berühren würde. Die Erfordernisse des Emissionshandels stellen sich vielmehr als Regelung der Benutzung des Eigentums dar.

### a. Bestandsschutz

Erwägungen des Bestandsschutzes können nicht durchgreifen: Zwar hat der Anlagenbetreiber im Falle des Emissionshandels eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung erhalten, auf deren Fortbestand er in gewissem Umfang vertrauen darf.<sup>55</sup> Einen Grundsatz, dass eine Anlage unverändert weiterbetrieben werden darf, gibt es im Immissionsschutzrecht daneben nicht.<sup>56</sup> Im nationalen Recht zeigt das bereits § 17 BImSchG deutlich. Der Richtlinienentwurf greift überdies auf alle genannten Anlagen zu, mithin auch auf solche, die bereits genehmigt sind. Er ändert nicht die Position des Eigentümers, sondern schafft einen unabhängigen Tatbestand, der die Nutzung des Eigentums ausgestaltet.<sup>57</sup>

### b. Verhältnismäßigkeit

Der Eingriff in das Eigentum des Anlagenbetreibers in Form der Benutzungsregelung ist damit hinsichtlich der Allokationsmethode am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu messen.<sup>58</sup> Im nationalen Recht hat dies seinen Niederschlag in § 17 Abs. 2 BImSchG gefunden, der einen scharfen Verhältnismäßigkeitsvorbehalt enthält.<sup>59</sup> Zweifelhaft ist lediglich die Angemessenheit.<sup>60</sup> Denn der Anteil der versteigerten Zertifikate wurde von der ersten in die zweite Handelsperiode von 5 auf 10 % angehoben. Der Sprung von 10 auf 100 % entspricht auf den ersten Blick nicht einem schonenden Systemwechsel.<sup>61</sup> Denkbar ist jedenfalls eine behutsame Anpassung der entgeltlich vergebenen Zertifikatmenge. Im deutschen Recht hat eine solche Möglichkeit der § 17 BImSchG geschaffen, dessen Voraussetzungen jedenfalls auch die Angemessenheit für das EG-Recht sichern würden.<sup>62</sup> Das ließe jedoch zwei Umstände außer Betracht: So ist die Einbeziehung des Energiesektors im Gegensatz zu anderen Sektoren gerade Element der Experimentierphase. Insofern liegt damit ein Problem der Gleichbehandlung vor. Zudem erzeugt die Energiewirtschaft einen gewaltigen Anteil an den Gesamtmissionen.<sup>63</sup> Vor dem Hintergrund jüngster Erkenntnisse der Klimaforschung<sup>64</sup> sind wegen der akuten Gefährdungslage die betroffenen Individualinteressen geringer zu bewerten als das Kollektivgut Klimaschutz. Die Materie als solche erfordert ein schnelleres Handeln, als es unter anderen Umständen für eine Anpassung angezeigt wäre. Gerade im Fall der Gemeinschaftsgrundrechte existiert

eine stark ausgebildete Sozialbindung der geschützten Tätigkeit; je höher die Sozialbindung ist, desto leichter lässt sich eine Einschränkung des geschützten Rechts rechtfertigen.<sup>65</sup> Insofern ist vor dem Hintergrund des verfolgten Ziels und der stark ausgeprägten Sozialbindung von der Angemessenheit eines sofortigen Übergangs in die Vollversteigerung auszugehen.

## 3. Gleichbehandlungsgrundsatz

Auch der Gleichbehandlungsgrundsatz (allgemeiner Gleichheitssatz)<sup>66</sup> ist durch die vorliegende Gestaltung betroffen. Zunächst besteht eine Ungleichbehandlung des Energiesektors gegenüber anderen Wirtschaftsbereichen (a.); desweiteren stellt sich eine Verschiebung des Referenzjahres in Bezug auf sogenannte »early actions« als problematisch dar (b.).

### a. Energiewirtschaft vs. andere Sektoren

Im Unterschied zu anderen Branchen sollen die Energieerzeuger bereits ab 2013 von der Vollversteigerung erfasst werden. Dadurch werden sie gegenüber anderen Unternehmen, die der Vergleichsgruppe des emittierenden Wirtschaftszweiges zuzuordnen sind, anders behandelt. Diese Ungleichbehandlung lässt sich nur dann rechtfertigen, wenn ein sachlicher Grund für dieses Vorgehen gegeben ist. Die Rechtfertigung wird von der Kommission darin gesehen, dass gerade Energieerzeuger gegenwärtig

53 Vgl. *EuGH*, Slg. 1979, 3727.

54 So war es bereits bei Beginn der kostenfreien Emissionszertifikatezuteilung absehbar, dass diese nicht auf Dauer entgeltfrei bliebe. Eine Schutzposition auf den entgeltfreien Erhalt von Emissionszertifikaten konnte folglich nicht begründet werden.

55 Vgl. *Frenz*, RdE 2007, 65.

56 Vgl. *BVerwGE* 65, 313, 317.

57 Die Pflichten aus der Emissionshandelsrichtlinie treten neben die Gestattungswirkung der erteilten nationalen immissionsschutzrechtlichen Genehmigung, vgl. *BVerwG*, *GewArch* 2005, 417, 420.

58 Vgl. *Dolde*, *NVwZ* 1986, 873, 879.

59 Vgl. *Frenz*, RdE 2007, 65, 66 m.w.N.

60 Die Klimaschutzziele der Gemeinschaft stellen einen legitimen Zweck für die Einführung einer Versteigerung der Zertifikate dar. Diese ist zur Erreichung dieses Zwecks auch geeignet, denn die Kontingentierung der Berechtigungen schafft Anreize bei den Emittenten, die Abgabe von Luftschadstoffen zu reduzieren. Sie ist schließlich auch erforderlich, da eine unentgeltliche Allokation zur Zweckerreichung nicht gleich geeignet ist.

61 Vgl. dazu zur nationalen Rechtsgestaltung *BVerfGE* 100, 226, 241.

62 Vgl. *Frenz*, RdE 2007, 65, 66.

63 In Deutschland liegt dieser Anteil laut Umweltbundesamt bei rund 45 %, vgl. [http://www.umweltbundesamt.de/energie/archiv/schaubilder\\_energiebedingte\\_emissionen.pdf](http://www.umweltbundesamt.de/energie/archiv/schaubilder_energiebedingte_emissionen.pdf).

64 Vgl. Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses zum Thema »Klimawandel und Lissabon-Strategie«, *ABl. EG* v. 16. 2. 2008 Nr. C 44/69, S. 1 ff.

65 *EuGH*, Slg. 1974, 491, Rn. 14 – Nold; *Koenig/Rasbach*, Rechtsfragen zur regulatorischen Ausgestaltung des Netzzugangs bei Erdgas, 2004, S. 30 m.w.N.

66 Vgl. zur Anerkennung als Unionsgrundrecht zuerst *EuGH*, Slg. 1977, 1753 – Ruckdeschel.

in keinem nennenswerten internationalen Wettbewerb stehen.<sup>67</sup> Dieses Vorgehen setzt damit nicht am Verursachungsbeitrag an und lässt die in anderen Sektoren vorhandenen Vermeidungspotenziale unbeachtet. Zu berücksichtigen ist, dass die Gemeinschaft mit der Einführung des Emissionshandelssystems Neuland betreten hat; dieses in seiner praktischen Anwendung junge Klimaschutzinstrument bedarf, um seine Wirksamkeit zu gewährleisten und zu erhalten, einer beständigen Fortentwicklung und Anpassung. Dem Gemeinschaftsgesetzgeber muss daher im Rahmen der noch anhaltenden Übergangsweisen Experimentierphase ein weites Ermessen<sup>68</sup> in Bezug auf die Vorgehensweise eingeräumt werden. Er hat zunächst das Spektrum der geeigneten Maßnahmen zu betrachten. Dabei hat er neben dem Umweltschutzziel der Emissionsminderung auch andere ihn bindende Gemeinschaftsziele und vergemeinschaftete Politikbereiche zu berücksichtigen. Dazu gehört insbesondere die in Art. 2 EG niedergelegte Gemeinschaftsaufgabe der Gewährleistung von Entwicklung und Wachstum der Wirtschaft sowie der Außenhandel als kompetenziell der Gemeinschaft zugeordneter Politikbereich. Aufgrund von Konflikten dieser Ziele mit dem der Emissionsminderung kann der Gemeinschaftsgesetzgeber im Rahmen seines Ermessensspielraums ein Mittel aus diesem Spektrum auswählen und als geeignete Maßnahme ergreifen. Maßgeblich für den Ausschluss einer ungerechtfertigten Ungleichbehandlung ist das Anknüpfen an objektive Kriterien.<sup>69</sup> Im Vergleich zu globalem Wettbewerb ausgesetzten Branchen des Fertigungsgewerbes<sup>70</sup> lassen sich solche gerade in den besonderen Marktstrukturen im Energiesektor, dem hohen Anteil dieses Wirtschaftszweiges an den Gesamtemissionen sowie dem fehlenden Außenhandelsbezug ausmachen. Überdies stellt Energie ein Gut von allgemeiner Bedeutung dar, sodass die die Energiewirtschaft treffenden Auswirkungen der Vollversteigerung auf die Allgemeinheit der Verbraucher umgelegt werden können; die Konsequenzen der Vollversteigerung treffen durch eine Wälzung der Zertifikatkosten über die einzelnen Wertschöpfungsstufen auf den Letztverbraucher jedermann. Denn die Energiewirtschaft als regulierter Sektor unterliegt vielfachen staatlichen Eingriffen auch außerhalb der Netzebene und bietet so in besonderem Maße die Möglichkeit, dass die entstandenen Kosten im Rahmen einer regulatorischen Kostenwälzung auf die Endkunden übertragen werden können. Die Herausstellung der gesamten Energiebranche hinsichtlich der Vollversteigerung begegnet daher insofern keinen Bedenken.

Unabhängig von der Frage des unterschiedlich schnellen Übergangs zur entgeltlichen Zuteilung verschiedener in den Emissionshandel einbezogener Sektoren ist eine Aufteilung der Minderungspotenziale vorzunehmen.<sup>71</sup> Der Gemeinschaftsgesetzgeber sollte im Rahmen seiner Einschätzungsprerogative mit dem Anspruch einer kostenoptimalen Emissionsminderung die Vermeidungspotenziale von nicht in den Emissionshandel einbezogenen Sektoren mit in den Blick nehmen. Damit lässt sich eine kosteneffiziente Aufteilung der Emissionsminderungslasten zwischen Sektoren, die am Emissionshandelssystem teilneh-

men, und solchen, die darin nicht einbezogen sind, gewährleisten, um die volkswirtschaftlichen Zusatzkosten des Handelssystems möglichst gering zu halten.

#### b. »early actions«

Rechtliche Probleme könnte die Verschiebung des Referenzjahres von 1990 auf 2005<sup>72</sup> aufwerfen. Gerade die deutsche Wirtschaft hat auf freiwilliger Basis früh begonnen, den Klimaschutz zu berücksichtigen.<sup>73</sup> Mit einer Verschiebung der Betrachtung in das Jahr 2005 würde sie gerade wegen früher vorgenommener emissionsrelevanter Maßnahmen schlechter stehen als die anderer Mitgliedstaaten. Diese sogenannten »early actions« blieben unberücksichtigt.<sup>74</sup> Es käme aufgrund der in anderen Mitgliedsstaaten noch in erheblichem Maß vorhandenen Effizienzpotenziale zu der Gefahr einer Wettbewerbsverzerrung im Binnenmarkt. Eine Verschiebung des Referenzjahres würde in systemwidriger Weise gerade die Staaten bevorzugen, die bislang wenig zum Klimaschutz beigetragen haben und daher noch über erheblich größere Minderungspotenziale verfügen. Damit erhielten Unternehmen, die erst weniger umfangreiche Emissionseinsparungen durchgeführt haben, einen Wettbewerbsvorsprung gegenüber Konkurrenten, für die die weitere Emissionsvermeidung mit größeren Anstrengungen verbunden ist. Anstelle dessen wäre es im Sinne der Gleichbehandlung eher angezeigt, die Emissionsminderungsziele auf Basis des ursprünglichen Referenzjahres anzupassen. Eine Rechtsverletzung der betroffenen Unter-

67 Begründung der Kommission unter 4, S. 8.

68 Vgl. *EuGH*, Slg. 2006, I-6869 – Sam Mc Cauley Chemists, Rn. 26.

69 So auch die Schlussanträge des Generalanwalts *Maduro* v. 21. 5. 2008, Rs. C-127/07 – Acelor, Rn. 44 ff. Dieser sieht keinen Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz in der bisherigen Nichteinbeziehung bestimmter Industriezweige in den Emissionshandel und erkennt im Rahmen einer »expérimentation législative« einen »step-by-step«- bzw. »learning-by-doing«-Ansatz mit Verweis auf die Rechtmäßigkeit einer Harmonisierung »par étapes« an. Ausdrücklich berücksichtigt er in seinen Rechtfertigungserwägungen auch den internationalen Wettbewerb in der Aluminiumindustrie sowie den hohen Anteil der Stahlindustrie an den Gesamtemissionen.

70 Bei diesen ist zu Recht auf die Gefahr des sog. »carbon leakage« zu verweisen.

71 Bestehende Minderungspotenziale können durch die Einbeziehung in das Emissionshandelssystem nutzbar gemacht werden; dieser Ansatz wird beispielsweise im Transportsektor durch die Einbeziehung der Luftfahrtindustrie ab 2012 verfolgt. Große Minderungspotenziale außerhalb des Emissionshandelssystems liegen z.B. in der Verbesserung der Energieeffizienz im Gebäudebereich.

72 Art. 10 Abs. 2 a des Richtlinienentwurfs.

73 Vgl. <http://www.bdi-online.de/Dokumente/BDIKlimainitiative.pdf>, Seite 2; <http://www.csgermany.de/www/CSRcms.nsf/id/E01EFC9288A698F1C1256F3A00634DEE>.

74 *VIK*, »Stellungnahme zu dem Vorschlag der Kommission der Europäischen Gemeinschaften vom 23. 1. 2008 zu einer überarbeiteten Emissionshandelsrichtlinie« v. 3. 3. 2008, S. 3, abrufbar unter [http://www.vik.de/fileadmin/vik/Stellungnahmen/2008\\_03\\_03\\_SN\\_Vorschlag\\_Komm\\_Europ\\_Gem\\_23\\_01\\_2008\\_Emissionshandelsrichtl.pdf](http://www.vik.de/fileadmin/vik/Stellungnahmen/2008_03_03_SN_Vorschlag_Komm_Europ_Gem_23_01_2008_Emissionshandelsrichtl.pdf).

nehmen lässt sich damit gleichwohl nicht begründen. Überdies treibt die Verschiebung des Referenzjahres die Zielerreichung erheblich voran. Daher begegnet der Richtlinienentwurf zwar Bedenken, die jedoch die Rechtmäßigkeit unberührt lassen.

Darüber hinaus ist die Nutzbarmachung von Gutschriften für Emissionsminderungen aus Projekten der flexiblen Instrumente *Clean Development Mechanism*<sup>75</sup> und *Joint Implementation*<sup>76</sup> vor dem Hintergrund des Zielles einer möglichst kostengünstigen Emissionsreduktion und der globalen Dimension des Klimaproblems auch zukünftig sinnvoll.<sup>77</sup> Eine restriktive Begrenzung dieser Anrechnungsmöglichkeit ist jedoch insoweit angezeigt, als das Gesamtreduktionsziel der Gemeinschaft konterkariert und möglicherweise sogar ein Anstieg der Emissionen im Rahmen des gemeinschaftsweiten Emissionshandelssystems drohen würde, wenn solche Gutschriften unbegrenzt in dieses Handelssystem eingebracht werden könnten.

#### 4. Vertrauensschutz und Investitionsplanung

Der Vertrauensschutz gehört zu den allgemeinen Prinzipien des Rechtsstaates und zählt zu den tragenden Grundsätzen der Gemeinschaft.<sup>78</sup> Er schützt in gewissem Rahmen das Vertrauen des Bürgers, das dieser in die Rechtsentwicklung hat. In der jetzigen Situation sehen sich die Betreiber von Kraftwerken mit einer Rechtslage konfrontiert, die sich innerhalb von nur neun Jahren dreimal ändert. Diese Änderungen führen zu einer erheblichen Unsicherheit, die dem Grundsatz des gemeinschaftsrechtlichen Vertrauensschutzes entgegenstehen könnte. Der EuGH stellt hohe Anforderungen an einen Vertrauensschutz und erkennt ihn jedenfalls dann an, wenn der Marktteilnehmer in eine durch die Gemeinschaft zugesicherte Position vertraut hat und nun in gerade diesem Vertrauen enttäuscht wird.<sup>79</sup> Zwar haben Unternehmen möglicherweise mit Einführung des Emissionshandels darauf spekuliert, dass es über einen längeren Zeitraum zu kostenlosen Zuteilungen kommen wird; daraus lassen sich jedoch weder eine Zusicherung noch eine begründete Erwartung ableiten, da eine Anpassung der Zuteilungsregelungen – zumal im Stadium einer Experimentierphase – gerade Bestandteil des Systems ist. Die Kommission hat der Bundesrepublik Deutschland die Einlösung langjähriger kostenloser Zuteilungsgarantien bereits 2006 untersagt.<sup>80</sup> Eine Nichtigkeitsklage betroffener Anlagenbetreiber vor den Gemeinschaftsgerichten gegen diese Kommissionsanordnung blieb erfolglos; der EuGH hat die Klage schon als unzulässig nach Art. 230 Abs. 4 EG abgewiesen.<sup>81</sup>

Im Falle der Versteigerung von Emissionszertifikaten muss demgegenüber in den Blick genommen werden, dass die Betreiber von Kraftwerken ihre Investitionen wegen des großen Volumens über einen langen Zeitraum planen;<sup>82</sup> der Erfolg einer emissionsbeeinflussenden Maßnahme zeigt sich regelmäßig erst in einem Zeitraum von 10–25 Jahren.<sup>83</sup> Zwar kann es dadurch zur Frustration von Investitionen kommen; vor dem Hintergrund des Zieles einer sicheren Energieversorgung ist diese Frage jedoch

weniger rechtlicher Art, als vielmehr politisch zu diskutieren.

#### C. Fazit

Die Kommission liefert mit dem Richtlinienentwurf den Rahmen für eine im Wesentlichen konsequente Modifikation und Fortentwicklung des Emissionshandelssystems.

Von besonderer Bedeutung wird die nationale Ausgestaltung des Versteigerungsverfahrens sein, durch die der effiziente Mitteleinsatz ebenso abgesichert werden muss, wie der Erhalt wirtschaftlicher Wachstumsmöglichkeiten. Dabei wird zudem zu beachten sein, dass Unternehmen anderer EG-Mitgliedstaaten nicht in der Ausübung ihrer Grundfreiheiten ungerechtfertigt beschränkt werden: Strebt beispielsweise ein in einem anderen Mitgliedstaat ansässiger Stromproduzent eine Niederlassung in Deutschland an, muss ihm der Erwerb von Emissionszertifikaten ebenso möglich sein wie einem in Deutschland ansässigen Stromerzeuger. Entscheidend ist, dass der nationale Gesetzgeber im Rahmen seines Umsetzungsspielraumes die Marktzutrittsmöglichkeit offenhält, um einer Verfestigung der Marktstrukturen entgegenzuwirken.

Gemeinschaftsrechtlich ist ein sofortiger Übergang in die Vollversteigerung gerade wegen des verfolgten überragend wichtigen Klimaschutzzieles und des unbedingten Handlungserfordernisses verhältnismäßig und damit auch kein Verstoß gegen Gemeinschaftsgrundrechte der betroffenen Anlagenbetreiber.

Zwar kommt es durch die entgeltliche Zuteilung der Zertifikate zu einer Veränderung der Kostenstruktur der Energieproduzenten, die in Folge der Weitergabe an die Endkunden zu einer Preissteigerung führen wird; dabei ist der Grund für einen Preisanstieg aber die Knappheit der Zertifikate, nicht die Versteigerung als Zuteilungssystem.

75 Mit *Clean Development Mechanism* werden emissionsmindernde Maßnahmen in Entwicklungsländern bezeichnet.

76 Unter *Joint Implementation* sind Reduktionsmaßnahmen in einem anderen, Emissionsminderungspflichten unterliegenden Staat zu verstehen.

77 Art. 24a des Richtlinienentwurfs nennt ausdrücklich die Möglichkeit, dass die Kommission im Rahmen von Durchführungsmaßnahmen solche Gutschriften vorsieht.

78 *EuGH*, Slg. 1999, I-6983 – Atlanta, Rn. 52.

79 Vgl. *EuGH*, Slg. 1988, 2321, 2352 – Mulder; Slg. 1992, I-35, 63 – Kühn.

80 In der Entscheidung v. 29. 11. 2006, KOM (2006) 5609, sah diese die Zuteilungsgarantien als beihilfenrelevant an.

81 *EuGH*, Beschluss v. 8. 4. 2008, Rs. C-503/07 P, *EuG*, Beschluss v. 11. 9. 2007, Rs. T-28/07.

82 Vgl. *Frenz*, RdE 2007, 65, 68.

83 Handelsblatt v. 10. 04. 2007, S. 3.