

## Emissionshandel – Wer ist laut Gesetz verantwortlich?

Dominik Greinacher, Boris Scholtka, Kermel & Scholtka Rechtsanwälte

Der Handel mit Berechtigungen für CO<sub>2</sub>-Emissionen kommt und hat erhebliche Auswirkungen auf die Energiewirtschaft. Das Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz (TEHG) setzt den rechtlichen Rahmen, es wurde am 14. Juli 2004 im Bundesgesetzblatt veröffentlicht und ist am Tage danach in Kraft getreten. Die Verteilung von Emissionsberechtigungen erfolgt auf der Grundlage des Zuteilungsgesetzes, das am 26. August 2004 im Bundesgesetzblatt veröffentlicht werden soll und am Tage darauf in Kraft tritt. Am 27. August 2004 soll die Zuteilungsverordnung (ZuV) im Bundesgesetzblatt veröffentlicht werden, womit dann am 28. August 2004 die Frist für die Zuteilungsanträge zu laufen beginnt.

Das TEHG erlegt den Verantwortlichen eine Vielzahl von Pflichten auf. Sie haben zunächst eine Emissionsgenehmigung einzuholen, für bereits am 15. Juli 2004 immissionsschutzrechtlich genehmigte Anlagen gilt nur eine Anzeigepflicht. Zudem haben die Verantwortlichen der zuständigen Behörde geplante Änderungen der Tätigkeit, vor allem der Lage, der Betriebsweise und des Umfangs des Betriebs sowie die Stilllegung einer Anlage anzuzeigen. Ebenso ist ein Wechsel der Identität oder Rechtsform des Verantwortlichen der



Boris Scholtka

Behörde mitzuteilen.

Der Verantwortliche hat weiter die durch seine Tätigkeit verursachten Emissionen zu ermitteln und hierüber der Deutschen Emissionshan-

delsstelle (DEHSt) als zuständiger Behörde zu berichten. Als Kern des neuen Systems ist der Verantwortliche vor allem verpflichtet, im nachhinein für jede Tonne Kohlendioxid, das seine Anlage in einem Jahr emittiert hat, eine Berechtigung abzugeben. Auf der anderen Seite hat der Verantwortliche einen Anspruch auf Zuteilung von Berechtigungen nach Maßgabe des Zuteilungsgesetzes. Während das Gesetz Umfang und Einzelheiten dieser Pflichten teilweise sehr differenziert regelt, bleibt die Bestimmung desjenigen, den diese Pflichten treffen, eher rudimentär. Nach § 3 Abs. 5 TEHG ist Verantwortlicher derjenige, der die unmittelbare Entscheidungsgewalt über eine Tätigkeit im Sinne dieses Gesetzes inne hat und dabei die wirtschaftlichen Risiken der Tätigkeit trägt. Ausdrücklich bestimmt das Gesetz, dass bei immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftigen Anlagen der Betreiber im Sinne des Immissionsschutzrechts Verantwortlicher ist.

Dieser Zusatz hat allein klarstellende Wirkung, eine Änderung oder

Abweichung von der gesetzlichen Definition ist mit dieser Klarstellung nicht beabsichtigt. Denn der Gesetzgeber hat mit seiner Definition die Merkmale zur Bestimmung des Verantwortlichen herangezogen, die seit jeher für den Betreiber einer immissionsschutzrechtlich genehmigten Anlage galten. Aus dieser Definition geht auch schon hervor, dass der jeweilige Unternehmensträger, nicht jedoch dessen Organe oder die tatsächlich handelnden



Dominik Greinacher

Personen Verantwortlicher/Betreiber ist. Anknüpfungspunkt für die Bestimmung des Verantwortlichen/des Betreibers sind demnach materielle Kriterien.

Sollte der Gesetzgeber beabsichtigt haben, durch den Verweis auf das Immissionsschutzrecht den Verantwortlichen durch bloßes Abschreiben des Adressaten des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsbescheids bestimmen zu können, hätte er seine Absicht anders formulieren müssen. Denn dieser Bescheid legt den Betreiber einer Anlage nicht fest, da die immissionsschutzrechtliche Genehmigung als so genannte „Sachkonzession“ grundsätzlich keine personalen Anforderungen stellt. Somit ist in jedem Einzelfall zu ermitteln, wer tatsächlich Betreiber einer Anlage und damit Verantwortlicher im Sinne des Emissionshandelsrechts ist. Diesen treffen nach dem TEHG verpflichtet und er hat Anspruch auf Zuteilung von Emissionsberechtigungen.

## Praxis

Anknüpfungspunkt zur Bestimmung der Person des Verantwortlichen ist der Anlagenbetrieb. Dies unterscheidet den Verantwortlichen von dem Betreiber nach dem KWK-Ausbaugesetz (KWK-AusbG). Denn nach dem KWK-AusbG kommt es für die Betreiberstellung in erster Linie auf den Einfluss auf die Einspeisung an, wohingegen TEHG und BImSchG maßgeblich auf den Einfluss auf den Anlagenbetrieb abstellen. Deswegen können Betreiber nach dem BImSchG und dem KWK-AusbG auseinanderfallen.

Häufig wird die Bestimmung des Betreibers/Verantwortlichen einfach sein. Der Betriebs- oder Unternehmensinhaber wird den bestimmenden maßgeblichen Einfluss auf die Anlage ausüben können und dabei die rechtliche oder tatsächliche Verfügungsgewalt inne haben, etwa wenn der Eigentümer seine Anlage selbst und ohne Hinzuziehung von Dritten betreibt. Die Fallgestaltungen in der Praxis sind hingegen vielfältig. So bestehen gerade im Bereich der Energiewirtschaft häufig Betriebsführungs- oder Betreiberverhältnisse, die eine klare Zuordnung der Verantwortlichkeiten erschweren können. Ebenso stellt sich bei gesellschaftsrechtlichen Konzernverhältnissen, insbesondere bei Beherrschungsverträgen, die Frage, wer denn letztlich die Verantwortung trägt.

Frage nach Entscheidungsgewalt ist Ausgangspunkt

Ausgangspunkt für die Bestimmung des Verantwortlichen/Betreibers ist dabei die Frage, wer die unmittelbare Entscheidungsgewalt über den Anlagenbetrieb hat und dabei die wirtschaftlichen Risiken trägt. Immissionsschutzrechtlich ist derjenige Anlagenbetreiber, der den bestimmenden maßgeblichen Einfluss auf Lage, Beschaffenheit und Betrieb der Anlage ausübt und die rechtliche oder tatsächliche Verfügungsgewalt über die Anlage besitzt.

Häufig ist der Betriebs- oder Unternehmensinhaber gleichzeitig auch Anlagenbetreiber, wenn er den maß-

geblichen Einfluss auf die Anlage ausübt. Dabei wird gefordert, dass er das Unternehmen selbständig führt. Selbständig führt er den Betrieb, sofern er die Tätigkeit in eigenem Namen, auf eigene Rechnung und damit auf eigenes wirtschaftliches Risiko sowie in eigener Verantwortung und damit weisungsfrei führt. Anhand dieser Merkmale sind die tatsächlichen Verhältnisse zu beurteilen.

Überträgt man diese Grundsätze auf Betriebsführungsverhältnisse, führt der Betriebsführer, der üblicherweise auf Weisung seines Geschäftsherrn handelt, die Anlage nicht selbständig. Auch trägt er regelmäßig nicht unmittelbar das wirtschaftliche Risiko und ist häufig berechtigt

## Das Wichtigste in Kürze:

- Betreiber und infolge dessen Verantwortlicher können nach BImSchG und KWK-AusbG auseinanderfallen.
- Bei Beherrschungsverträgen ist entscheidend, wer die unmittelbare Entscheidungsgewalt über eine Anlage hat.
- Bei Betreiberverträgen ist regelmäßig der Betreiber der Verantwortliche.

und verpflichtet, auf Rechnung und Namen seiner Geschäftsherren zu handeln. In diesem Fall steht außer Frage, dass der Auftraggeber, nicht jedoch derjenige, der vor Ort tatsächlich die Anlage fährt, Betreiber und damit Verantwortlicher ist. Maßgeblich ist allein, wer nach außen die Verantwortung trägt.

Bei einem so genannten „Betreibervertrag“ verschiebt sich hingegen die Stellung des Verantwortlichen. In einem Betreibervertrag übernimmt der Vertragspartner des Anlagenhabers regelmäßig den Betrieb einer Anlage auf eigene Rechnung und eigenes Risiko, also einschließlich der wirtschaftlichen und technischen Verantwortung gegenüber Dritten. In die-

sem Fall ist derjenige, der tatsächlich Einfluss auf die Anlage ausübt, gleichzeitig auch Betreiber und somit Verantwortlicher im Sinne des Emissionshandelsrechts.

Konzernverhältnisse haben keinen Einfluss

Hingegen haben Konzernverhältnisse grundsätzlich keinen Einfluss auf die Betreiber- und Verantwortlichenstellung. Selbst ein Beherrschungsvertrag führt zu keiner anderen Beurteilung. Denn das übergeordnete Unternehmen mag zwar auf die Unternehmensführung des abhängigen Unternehmens Einfluss ausüben, selten ist es ihm jedoch möglich, unmittelbar auf die Anlagenfahrweise einzuwirken. Auch im Hinblick auf die Verteilung des wirtschaftlichen Risikos begründet ein Beherrschungsvertrag grundsätzlich keine Betreiberstellung des herrschenden Unternehmens für Anlagen des abhängigen Unternehmens.

Die herrschende Gesellschaft hat zwar nach dem Aktienrecht einen entstehenden Jahresfehlbetrag der abhängigen Gesellschaft auszugleichen und ist damit einem durchgriffähnlichen Haftungsrisiko ausgesetzt. Dies ändert jedoch nichts daran, dass die abhängige Gesellschaft zunächst das wirtschaftliche Risiko trägt. Denn letztlich haftet die herrschende Gesellschaft grundsätzlich nicht anders als beispielsweise ein oHG-Gesellschafter für seine Gesellschaft, ohne dass die jeweiligen Gesellschafter Betreiber der von der oHG betriebenen Anlage würde.

Maßgeblich ist hier wie auch im Falle von Betreiber- oder Betriebsführungsverträgen jeweils die konkrete Ausgestaltung der vertraglichen Verhältnisse und deren tatsächliche Umsetzung. Die grundsätzlichen Einordnungen nach Betreiber- oder Betriebsführungsverhältnissen bzw. Konzernverhältnissen sind deswegen an der Besonderheiten in jedem Einzelfall zu prüfen. Stellt sich bei Vorbereitung des Zuteilungsantrags heraus, dass der Adressat des immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsbescheids

nicht der Verantwortliche nach dem TEHG ist, ist zu fragen, wie die Stellung als Verantwortlicher im Zuteilungsantrag an die DEHSt verdeutlicht werden kann. Hierfür empfiehlt es sich, rechtzeitig mit der nach Landesrecht zuständigen Behörde, regelmäßig also mit der Immissionschutzbehörde, den Sachverhalt zu erörtern und ggf. um ein klarstellendes Schreiben dieser Behörde zur Vorlage im Zuteilungsverfahren zu erbitten. Die Landesbehörde hat den richtigen Verantwortlichen ohnehin im Rahmen der Emissionsgenehmigungen bzw. der Anzeige nach § 4 Abs. 7 TEHG zu ermitteln. Da die Anzeigefrist jedoch nach der Frist für den Zuteilungsantrag abläuft, kann eine Bestätigung im Anzeigeverfahren unter Umständen nicht mehr fristgerecht dem Zuteilungsantrag beigefügt werden.

#### Bestätigungsschreiben der Landesbehörde einholen

Deswegen vereinfacht ein Bestätigungsschreiben der zuständigen Landesbehörde im Zuteilungsverfahren der DEHSt die Prüfung der Aktivlegitimation. Soweit dieser Weg jedoch bis zum Ablauf der Antragsfrist für die Zuteilung von Emissionsberechtigungen nicht gangbar ist, sollte der Antragsteller, wenn er nicht auch Adressat der immissionschutzrechtlichen Genehmigung ist, im Rahmen des Zuteilungsantrags darlegen, warum er Betreiber der Anlage und damit Verantwortlicher ist, der den Anspruch auf Zuteilung von Emissionsberechtigungen geltend macht.

Hierbei kann es erforderlich werden, die zugrunde liegenden vertraglichen Verhältnisse zu beschreiben und die Verträge jedenfalls in den maßgeblichen Bestimmungen beizufügen.

*Dominik Greinacher und Boris Scholtka sind Partner in der energie- und umweltrechtlich spezialisierten Kanzlei Kermel & Scholtka, Berlin, und beraten sowohl große Energieversorger als auch namhafte Industrieunternehmen in diesen Bereichen.*