

14. Juli 2006

Praxis

Urteile des VG Berlin zur anteiligen Kürzung

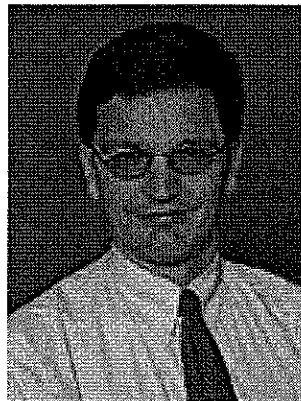
Dr. Markus Ehrmann, Dr. Dominik Greinacher

Wie bereits in der letzten Ausgabe von „Trade News Emissions“ mitgeteilt, liegen seit kurzem die Begründungen der Urteile des VG Berlin vom 7. April 2006 vor, mit der es die Klagen im Hinblick auf die Rechtmäßigkeit der anteiligen Kürzung bei Bestandsanlagen („Nicht-Optierer“) und die Rechtmäßigkeit der Anwendung der anteiligen Kürzung bei den sogenannten Optionsanlagen zurückgewiesen hat. Hervorzuheben ist die gerichtliche Anerkennung der von einem Kläger vorgetragenen Kompensationsregelung: Emissionsberechtigungen, die aus der Ex-post-Korrektur bei Optionsanlagen an die DEHSt zurückfließen, sollen zur Kompensation der von der anteiligen Kürzung betroffenen Bestandsanlagen verwendet werden. Ansonsten geben die Ausführungen des Gerichts Anlass zu Kritik, so dass die Kläger die Einlegung eines Rechtsmittels erwägen.

Das Verwaltungsgericht hatte von den gut 260 Klagen, die sich gegen die anteilige Kürzung nach § 4 Abs. 4 ZuG 2007 („2. Erfüllungsfaktor“)* wendeten, neun „Musterkläger“ ausgewählt. Diese ließen sich wiederum in zwei Gruppen unterteilen: vier „Musterkläger“ wendeten sich gegen die Rechtmäßigkeit der anteiligen Kürzung an sich, fünf weitere „Musterkläger“ gegen die Anwendung der anteiligen Kürzung bei den sogenannten Optionsanlagen nach § 7 Abs. 12 ZuG 2007*. Die Autoren waren Verfahrensbevollmächtigte von Musterklägern in beiden Fallgruppen.

Rechtmäßigkeit der anteiligen Kürzung an sich

Die Rechtmäßigkeit des gesamten Emissionshandelssystems gemessen am europäischen Recht und an der Verfassung hatte das Bundesverwaltungsgericht bereits in einer Entscheidung vom 30. Juni 2005 bestätigt. Das Verwaltungsgericht hatte daher nur die Vereinbarkeit der Regelung der anteiligen Kürzung in § 4 Abs. 4 ZuG 2007 mit höherrangigem Recht zu untersuchen. Dabei konnte es keinen Verstoß gegen die Emissionshandels-Richtlinie, zu deren Umsetzung die deutschen Gesetze dienen,



Dr. Dominik Greinacher

als auch mit den Bestimmungen der deutschen Verfassung, feststellen.

Die anteilige Kürzung verstoße nicht gegen das Prinzip der Beachtung des individuellen Emissionsminderungspotentials einer einzelnen Anlage. Zudem verletzte es auch nicht das europarechtliche Transparenzgebot. Einen Verstoß gegen deutsche Grundrechte, insbesondere die Eigentums-garantie und die Berufsfreiheit, konnte das Verwaltungsgericht ebenso wenig feststellen.

Insbesondere handele es sich bei der anteiligen Kürzung um eine verhältnismäßige und damit verfas-

sungsgemäße Inhalts- und Schrankenbestimmung dieser Grundrechte. Schließlich sei auch das Rechtsstaatsprinzip nicht verletzt, da die Möglichkeit einer anteiligen Kürzung für den Antragsteller zum Zeitpunkt seines Antrags auf Zuteilung von Emissionsberechtigungen absehbar gewesen sei.

Die DEHSt habe die Norm der anteiligen Kürzung auch richtig angewendet. Insbesondere sei der Zeitpunkt zur Durchführung der anteiligen Kürzung unmittelbar vor Erlass der Zuteilungsbescheide im Dezember 2004 der zutreffend maßgebliche Zeitpunkt gewesen. Eine Auslegung der Norm ergebe, dass ein späterer Zeitpunkt oder gar die Anwendung der anteiligen Kürzung während der Zuteilungsperiode nicht zutreffend sei.

Analyse

Die Ausführungen des Verwaltungsgerichts sind insbesondere im Hinblick auf die im Rechtsstaatsprinzip verankerten Grundsatz des Vertrauensschutzes kritisch zu sehen. Zum Zeitpunkt der Antragstellung im Herbst 2004 war es für die Anlagenbetreiber gerade nicht absehbar, dass eine anteilige Kürzung in diesem erheblichen Ausmaß (Verknappung der Emissionsberechtigung bis zu 7,6 %) erfolgen wird.

Allenfalls war hier die Anwendung der anteiligen Kürzung als ein Instrument der „Feinststeuerung“ zu erwarten. Unabhängig von diesen tatsächlichen Feststellungen hat sich das Gericht jedoch nicht mit der Frage auseinandergesetzt, ob im Hinblick auf den Vertrauensschutz die Regelung der anteiligen Kürzung rechtmäßig ist, obwohl sie jegliche Investitions- und Planungssicherheit verhindert.

Weiterhin kann die Verhältnismäßigkeit des Instruments der anteiligen Kürzung bezweifelt werden. Insbesondere ist die anteilige Kürzung nicht erforderlich, um das nationale Emissionsziel einzuhalten. Eine Analyse des Gesetzes ergibt, dass das nationale Emissionsziel dort nicht

Praxis

als starre Obergrenze geregelt ist. Zudem kann das Mengengerüst, das der Berechnung des nationalen Emissionsziels zugrunde liegt, aufgrund neuer Zahlen bezweifelt werden.

Kompensation

Erfreulich sind jedoch die Ausführungen des Verwaltungsgerichts zu einer Kompensationsregelung, mit dem es dem Vortrag der von den Autoren vertretenen Musterkläger gefolgt ist.

Dahinter steht die Überlegung, dass die Anwendung der anteiligen Kürzung allein aufgrund der nicht vorhersehbaren starken Inanspruchnahme der Optionsregelung ausgelöst worden ist. Der Zuteilung an Optionsanlagen liegt jedoch eine Prognose über die zu erwartende durchschnittliche jährliche Produktionsmenge zugrunde. Dieser Prognose wiederum unterliegt jedoch der Ex-post-Korrektur. Da es einer wirtschaftlich vernünftigen Handlungsweise entspricht, diese Prognose stets eine günstige Annahme der zukünftigen Produktion zugrunde zu legen, war ein erheblicher Rückfluss an Emissionsberechtigungen über die Ex-post-

Korrektur zu erwarten. Diese Erwartung hat sich mit der Vorlage der Daten aus der Emissionsberichtserstattung durch die DEHSt am 15. Mai 2006 bestätigt: Die DEHSt gibt hier an, dass sie 10 bis 12 Mio. Berechtigungen über die Ex-post-Korrektur wieder einziehen will. Da diese ursprünglichen Optionsanlagen „zu viel“ zugeteilten Emissionsberechtigungen überhaupt erst zur Anwendung der anteiligen Kürzung führten, erscheint es angemessen, dass die nun zurückfließenden Emissionsberechtigungen für eine Kompensation für die Anwendung der anteiligen Kürzung bei den Bestandsanlagen verwendet wird.

Diesem Gedanken folgt das Gericht. Da jedoch zum Zeitpunkt der Entscheidung noch keine Emissionsberechtigungen an die DEHSt zurückgeflossen sind und die Frage der Europarechtsmäßigkeit der im deutschen Zuteilungsgesetz vorgesehenen Ex-post-Korrektur derzeit Gegenstand eines Verfahrens vor dem Europäischen Gericht erster Instanz ist, sah das Verwaltungsgericht die Angelegenheit der Kompensation für noch nicht spruchreif an. Daher stellen diese Ausführungen nur ein „obiter dictum“ dar.

Nach den Ausführungen des Gerichts stehe einer solchen Kompensationsregelung nicht entgegen, dass sie nicht explizit im Zuteilungsgesetz vorgesehen sei.

Die Gewährung einer zusätzlichen Begünstigung der Anlagenbetreiber bedarf nach Ansicht des Gerichts keiner ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage. Dazu ist zusätzlich anzumerken, dass sie ohnehin nur der Durchsetzung des ursprünglichen Anspruchs auf Zuteilung von Emissionsberechtigungen nach § 9 TEHG dient.

Auch den Einwand, dass aus der Ex-post-Korrektur zurückfließende Berechtigungen der Reserve für Neuanlagen gemäß § 6 Abs. 2 ZuG 2007 zuzuschlagen sei, ließ das Verwaltungsgericht nicht gelten. Denn diese Norm finde gerade nach § 7 Abs. 12 Satz 2 ZuG 2007 für Optionsanlagen keine Anwendung.



Dr. Markus Ehrmann

Anwendung der anteiligen Kürzung auf Optionsanlagen

Ausgangspunkt der Diskussion, ob die anteilige Kürzung auch auf sog. Optionsanlagen nach § 7 Abs. 12 ZuG 2007 Anwendung findet, bildet der Wortlaut von § 4 Abs. 4 ZuG 2007. Danach werden die Zuteilungen an die Anlagen, die dem Erfüllungsfaktor unterliegen, anteilig gekürzt.

Die Kläger hatten vorgebracht, dass aufgrund des Verweises in § 7 Abs. 12 ZuG 2007 auf die Regelung für Neuanlagen in § 11 ZuG 2007 und insbesondere auf § 11 Abs. 1 Satz 3 ZuG 2007, wonach ein Erfüllungsfaktor keine Anwendung finde, auch eine anteilige Kürzung nicht zur Anwendung kommen könne.

Dies sei durch die Akzessorietät der anteiligen Kürzung gegenüber der Anwendbarkeit des Erfüllungsfaktors, wie sie deutlich im Wortlaut von § 4 Abs. 4 ZuG 2007 niedergelegt ist, begründet.

Entscheidung des Verwaltungsgerichts

Das Verwaltungsgericht hat jedoch erkannt, dass Optionsanlagen auch bei Ausübung der Option weiterhin Bestandsanlagen seien.

Als solche „unterliegen“ sie weiterhin dem Erfüllungsfaktor, auch wenn

Das Wichtigste in Kürze

- ▶ Verwaltungsgericht erkennt Kompensationsregelung an.
- ▶ Emissionsberechtigungen, die aus der Ex-post-Korrektur an die DEHSt zurückfließen, dürfen zur Kompensation der von der anteiligen Kürzung betroffenen Anlagen verwendet werden.
- ▶ Das VG die Kompensation als noch nicht spruchreif.
- ▶ Die übrigen Ausführungen des VG geben Anlass zur Kritik.
- ▶ Die Musterkläger werden vermutlich Rechtsmittel gegen die „Musterurteile“ einlegen.

dieser in der ersten Zuteilungsperiode „keine Anwendung“ finde. Aufgrund dieser „Anlagenakzessorität“ findet zwar bei Optionsanlagen der Erfüllungsfaktor keine Anwendung, jedoch die anteilige Kürzung.

Diese Argumentation stützt das Verwaltungsgericht mit Überlegungen nach Sinn und Zweck der Vorschrift. Das Verwaltungsgericht hält ausdrücklich fest, dass die Einhaltung des nationalen Emissionsziels nicht gewährleistet sei, nähme man die Optionsanlagen von der anteiligen Kürzung aus.

Analyse

Die Auslegung des Wortlauts durch das Verwaltungsgericht führt jedoch zu dem paradoxen Ergebnis, dass zwar nicht der Erfüllungsfaktor nach § 5 ZuG 2007, jedoch die anteilige Kürzung nach § 4 Abs. 4 ZuG 2007 bei Optionsanlagen Anwendung findet.

Dies durchbricht jedoch die klar in § 4 Abs. 4 ZuG 2007 festgelegte Akzessorität der Anwendung der anteiligen Kürzung gegenüber der Anwendung des Erfüllungsfaktors.

Sinn und Zweck dieser Regelung ist wiederum, dass die Ausnahme von der Anwendung des Erfüllungsfaktors die Art der Privilegierung von besonderen Anlagen im Zuteilungsgesetz 2007 darstellt.

So müssen etwa Anlagen, die frühzeitige Emissionsminderungen erbracht haben („Early Action“) oder Anlagen bei denen technisch nicht weiter verminderbare prozessbedingte Emissionen anfallen, durch die Ausnahme von der Anwendung des Erfüllungsfaktors keinen weiteren Beitrag zur Minderung der Treibhausgas-Emissionen leisten.

Die Vergünstigung, die diesen Anlagen gewährt werden soll, würde ihnen durch die Anwendung der anteiligen Kürzung wiederum genommen.

Diese Überlegungen treffen auch auf die Optionsanlagen zu. Hier erfolgt eine Zuteilung wie für Neuanlagen, die Anlagen müssen sich also am Maßstab der besten verfügbaren Techniken („Benchmark“) messen las-

sen. Erfüllen Anlagen die besten verfügbaren Techniken, so ist eine weitere Minderung von Treibhausgas-Emissionen schon tatsächlich nicht mehr möglich.

Daher erfolgt eine Privilegierung durch die Nichtanwendung des Erfüllungsfaktors, die durch die Anwendung der anteiligen Kürzung wieder zunichte gemacht würde.

Zwar erfüllen Optionsanlagen tatsächlich nicht stets den Stand der besten verfügbaren Techniken, entscheidender Vergleichspunkt mit den Neuanlagen ist jedoch allein der Maßstab des Benchmarks. Unterstellen sich die Optionsanlagen durch die Ausübung der Option in § 7 Abs. 12 ZuG 2007 dem Zuteilungsregime für Neuanlagen, so soll dies auch umfassend zur Anwendung kommen.

Weiteres Vorgehen

Eine Analyse der Ausführungen des Verwaltungsgerichts zeigt damit, dass eine Reihe von Ansatzpunkten zur Überprüfung der Urteile bestehen. Es ist daher absehbar, dass die „Musterkläger“ Rechtsmittel gegen die beiden „Musterurteile“ einlegen werden und die Frage der Rechtmäßigkeit der anteiligen Kürzung an sich und insbesondere die Rechtmäßigkeit der Anwendung der anteiligen Kürzung auf Optionsanlagen letztlich durch das Bundesverwaltungsgericht in Leipzig geklärt werden muss. ■

KONTAKT:

Dr. Markus Ehrmann
 Dr. Dominik Greinacher
KERMEL & SCHOLTKA
 Rechtsanwälte
 Meinekestraße 4
 D-10719 Berlin
 Tel.: +49 / (0)30 / 50 96 95-0
 Fax: +49 / (0)30 / 50 96 95-77
 E-mail: markus.ehrmann@
 kermelscholtka.com

DOWJONES

Jede Woche Infos für das Energie- Management!

„Dow Jones Energy Weekly“
bietet Ihnen:

- Hintergrundberichte namhafter Fachautoren
- Informationen zu Marketing und Vertrieb
- Bewertungen energierelevanter Ereignisse der Woche

Testen Sie
kostenlos und
unverbindlich!

Füllen Sie diesen Coupon vollständig aus und faxen ihn an +49(0)69/29 72 51 60.

Bitte schicken Sie mir den Infodienst einen Monat lang zum Testen per

E-Mail Post

Name _____

Firma _____

Straße _____

PLZ & Ort _____

E-Mail _____

Telefon _____

Fax +49(0)69/29 72 51 60