

## Was passiert bei Wechsel des Betreibers mit den Zertifikaten?

Markus Ehrmann, Dominik Greinacher, Kernel & Scholtka Rechtsanwälte

Während einer Zuteilungsperiode kann es bei Transaktionen, Unternehmenskäufen oder -verschmelzungen sowie Umstrukturierungen zu einem Wechsel des Betreibers einer emissionshandlungspflichtigen Anlage kommen. Der neue Betreiber fällt damit unter die Pflicht zur Abgabe von CO<sub>2</sub>-Berechtigungen nach § 6 Abs. 1 TEHG\* und ist darauf angewiesen, zum Abgabezeitpunkt die Berechtigungen in der Hand zu halten. Die Situation des Betreiberwechsels im Hinblick auf die Berechtigungen ist jedoch weder im TEHG noch im ZuG\* geregelt. Es ist daher zu fragen, wie mit dieser Situation umgegangen werden soll. Die Autoren schlagen eine „verwaltungsrechtliche“ und eine „vertragliche“ Lösung vor.

Im Hinblick auf die Emissionsgenehmigung ergeben sich bei einem Betreiberwechsel keine Probleme: Gemäß § 4 Abs. 10 TEHG hat der neue Verantwortliche bei einer Änderung der Identität oder der Rechtsform des Verantwortlichen dies unverzüglich nach Änderung der nach Landesrecht zuständigen Behörde anzuzeigen. Anders stellt sich jedoch die Situation bei den CO<sub>2</sub>-Berechtigungen auf Grund folgender rechtlicher Konstellation dar:



Markus Ehrmann

Jeder Betreiber einer Anlage hat zunächst gemäß § 9 Abs. 1 TEHG für jede Tätigkeit im Sinne des Gesetzes Anspruch auf (kostenlose) Zuteilung von Berechtigungen nach Maßgabe des Gesetzes über den nationalen Zuteilungsplan (ZuG). Erforderlich ist dazu ein Antrag bei der zuständigen Behörde. Gemäß § 20 Absatz 1 Satz 2 TEHG ist das Umweltbundesamt die zuständige Behörde und dort die Deutsche Emissionshandelsstelle (DEHSt)\*. Die Zuteilung erfolgt sodann durch eine Zuteilungsentscheidung

der DEHSt. Darin wird gemäß § 9 Abs. 2 S. 2 TEHG festgelegt, welche Teilmengen jährlich auszugeben sind. Von der rechtlichen Zuteilung, die für die gesamte Zuteilungsperiode erfolgt, ist die faktische Ausgabe der Berechtigungen zu unterscheiden.

Die Ausgabe ist eine schlichter Vollzug der Zuteilungsentscheidung durch Realakt. Sie erfolgt gemäß § 9 Abs. 2 S. 3 TEHG und § 19 Abs. 1 ZuG in jeweils gleich großen Teilmengen jährlich zum 28. Februar. Da es sich bei der ersten Zuteilungsperiode um einen Drei-Jahres-Zeitraum handelt, wird also jährlich ein Drittel der zugeteilten Menge ausgegeben. Die Ausgabe selbst erfolgt durch Gutschrift der zugeteilten Berechtigungen auf das Emissionshandelskonto des Anlagenbetreibers gemäß § 14 Abs. 2 TEHG durch die DEHSt.

Hat neuer Betreiber Anspruch auf Übertragung der Berechtigungen?

Gemäß § 6 Abs. 1 TEHG ist indes der Anlagenbetreiber verpflichtet, bis zum 30. April eines Jahres, erstmals im Jahr 2006, eine Anzahl von Berechtigungen an die zuständige Behörde abzugeben, die den durch seine Tätigkeit im vorangegangenen Kalenderjahr verursachten Emissionen entspricht. Diese Verpflichtung

ist nach § 18 TEHG auch sanktionsbewehrt und stellt eine der zentralen Verpflichtungen des Emissionshandelssystems nach TEHG dar.

Die Antragsfrist für Zertifikat ist am 20. September 2004 abgelaufen. Die Zuteilungsentscheidungen der DEHSt werden wie berichtet in diesen Wochen erwartet. Dem einzelnen Anlagenbetreiber wird dann auf der Grundlage seines Zuteilungsantrages und nach Maßgabe des ZuG



Dominik Greinacher

eine bestimmte Menge an Berechtigungen zugeteilt werden.

Kommt es nun nach dieser Zuteilung in der Zuteilungsperiode 2005 bis 2007 zu einem Betreiberwechsel, so würde

der neue Betreiber die Abgabepflicht nach § 6 Abs. 1 TEHG treffen, hingegen bleibt der bisherige Betreiber nach der Zuteilungsentscheidung berechtigt. Es stellt sich daher die Frage, wie die anfänglich zugeteilten Berechtigungen bei einem Wechsel des Betreibers – vollständig oder teilweise – in die Hand des neuen Betreibers gelangen.

Dafür sind grundsätzlich zwei Möglichkeiten denkbar: Zum einen könnte quasi in einem Dreiecksverhältnis zwischen dem bisherigen Betreiber, der DEHSt und dem neuen Betreiber die auf den alten Betreiber lautende Zuteilungsentscheidung widerrufen und auf den neuen Betreiber übertragen werden („Verwaltungsrechtliche Lösung“).

Zum anderen könnten auch in dem Verhältnis zwischen dem alten und dem neuen Betreiber ohne Einschaltung der DEHSt eine vertragliche Regelung zur Übertragung der dem ursprünglichen Betreiber zugeteilten Berechtigungen gefunden werden („Vertragliche Lösung“). In beiden Konstellationen ist danach zu fragen,

## Praxis

ob der neue Betreiber einen Anspruch auf Übertragung der Berechtigungen hat.

► **Verwaltungsrechtliche Lösung**

Der Widerruf der Zuteilungsentscheidung ist in den gesetzlichen Regelungen nur in § 9 Abs. 1 ZuG bei Einstellung des Betriebs von Anlagen vorgesehen. Demgegenüber wird weder im TEHG noch im ZuG der Fall des Betreiberwechsels während einer laufenden Zuteilungsperiode und die dadurch bedingte Übertragung von Emissionsberechtigungen geregelt. Daher muss auf allgemeine Regeln zurückgegriffen werden.

Der Sache nach müsste eine Regelung gefunden werden, mit der bei einem Betreiberwechsel die Zuteilungsentscheidung für den ursprünglichen Betreiber mit Wirkung ab dem Zeitpunkt des Betreiberwechsels aufgehoben wird und von da an dem neuen Betreiber im Maße der Aufhebung die Berechtigungen zugeteilt werden. Dies entspricht einem Austausch des Adressaten der Zuteilungsentscheidung.

Als allgemeine verfahrensrechtliche Regelungen kommen hier die Regelungen gemäß §§ 48 ff. Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) zur Rücknahme und Widerruf von Verwaltungsakten in Betracht. § 48 VwVfG regelt die Rücknahme eines rechtswidrigen Verwaltungsakts und setzt voraus, dass der Verwaltungsakt zum Zeitpunkt seines Erlasses rechtswidrig war. Führt erst eine spätere Änderung der Sach- oder Rechtslage zur Rechtswidrigkeit, ist für § 48 VwVfG kein Raum. Die Zuteilungsentscheidung war jedoch zum Zeitpunkt ihres Erlasses rechtmäßig, zumindest an den richtigen Adressaten gerichtet. Sie wird jedenfalls nicht durch den Wechsel des Betreibers und damit des Adressaten der Entscheidung rechtswidrig.

Rechtmäßige Verwaltungsakte können nur unter den engen Voraussetzungen von § 49 VwVfG widerrufen werden. In Betracht kommt hier etwa die Regelung nach § 49 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 VwVfG, nach

der ein rechtmäßiger Verwaltungsakt mit Wirkung für die Zukunft widerrufen werden darf, wenn die Behörde aufgrund nachträglich eingetretener Tatsachen berechtigt wäre, den Verwaltungsakt nicht zu erlassen, und wenn ohne den Widerruf das öffentliche Interesse gefährdet würde.

Eine solche Gefährdung des öffentlichen Interesses, die bei einem drohenden Schaden für ein Gemeinschaftsgut vorliegt, ist indes in den Fällen eines Betreiberwechsels kaum erkennbar.

Zuteilungsentscheid durch Wechsel nicht rechtswidrig

Schließlich könnte daran gedacht werden, dass die DEHSt nach einem Betreiberwechsel auf Antrag des neuen Betreibers das Zuteilungsverfahren gemäß § 51 Abs. 1 Nr. 1 VwVfG wieder aufgreift und die Zuteilungsentscheidung ändert. Nach dieser Regelung kann eine Behörde auf Antrag des Betroffenen über die Aufhebung oder Änderung eines unanfechtbaren Verwaltungsaktes entscheiden, wenn sich die dem Verwaltungsakt zugrunde liegende Sach- oder Rechtslage nachträglich zugunsten des Betroffenen geändert hat. Betroffener ist derjenige Antragsteller, der durch einen Verwaltungsakt in eigenen Rechten berührt wird.

Hier könnte man argumentieren, dass die Zuteilung von Berechtigungen an einen Betreiber, der nicht mehr der aktuelle Betreiber im Sinne des TEHG und daher auch nicht mehr Abgabe pflichtig nach § 6 TEHG ist, nach einem Betreiberwechsel den neuen Betreiber als Dritten in seinen Rechten berührt.

Bejaht man dies, so wäre der neue Betreiber von der bisherigen Zuteilungsentscheidung betroffen und könnte auf Antrag von der DEHSt eine neue Zuteilungsentscheidung erreichen. Da diese Konstellation jedoch nicht im TEHG vorgesehen ist und keine Rechtsprechung zu der hier diskutierten Konstruktion vorliegt, bleiben gewisse Unsicherheiten hinsichtlich dieser Konstruktion.

Zudem bleibt ungeklärt, was mit den bereits ausgegebenen Berechtigungen erfolgt. Daher ist eine vertragliche Regelung zwischen neuem und altem Betreiber in Betracht zu ziehen.

► **Vertragliche Lösung**

Die bereits oben beschriebene Situation, dass nach einem Betreiberwechsel der Adressat der Zuteilungsentscheidung gemäß § 9 Abs. 1 TEHG und der Verpflichtete zur Abgabe von Emissionsberechtigungen nach § 6 Abs. 1 TEHG auseinander fallen, stellt die Frage nach einer Übertragung der anfänglich zugeteilten Berechtigungen an den neuen Betreiber.

Kein Problem stellt die Übertragung von Berechtigungen bei einem Betreiberwechsel dar, wenn bei einem Unternehmenskauf die CO<sub>2</sub>-Berechtigungen zum Marktpreis mit erworben

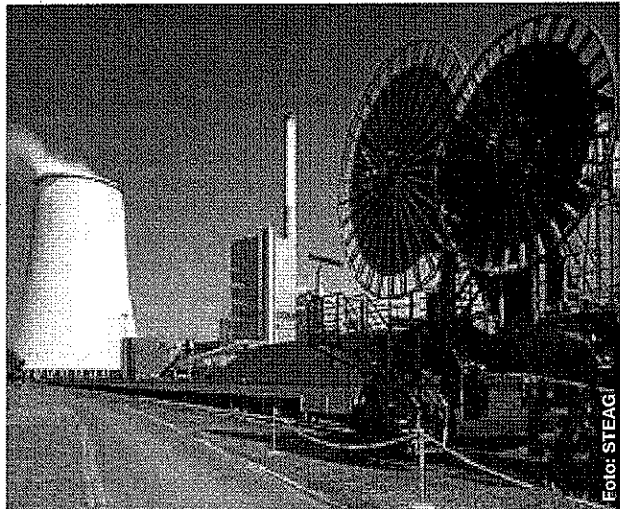


Foto: STEAG

In Zeiten des Emissionshandels wird der Besitzerwechsel bei Anlagen (im Bild: Kraftwerk Bergkamen) juristisch schwieriger.

werden. Ist dies nicht der Fall, so gelten folgende Überlegungen:

Eine Übertragung von Emissionsberechtigungen ist nicht nur grundsätzlich möglich, sie bildet sogar den Kern des Emissionshandelssystems. Dies ergibt sich zwar noch nicht zwingend aus der Legaldefinition einer Berechtigung in § 3 Abs. 4 TEHG: Danach ist eine Berechtigung im Sinne dieses Gesetzes die Befugnis zur Emission von einer Tonne Kohlendioxidäquivalent in einem bestimmten Zeitraum. Jedoch ist dies klar in § 6 Abs. 3 TEHG niedergelegt: Nach diesen Regelungen sind die Berechtigungen zwischen Verantwortlichen sowie zwischen Personen innerhalb der Europäischen Union übertragbar. Rechtstechnisch gestaltet sich eine solche Übertragung von Berechtigungen gemäß § 16 Abs. 1 TEHG durch Einigung und Eintragung auf dem Emissionshandelskonto des Erwerbers. Weiterhin erfolgt die Zuteilung nicht an eine bestimmte Per-

son eines Anlagenbetreibers; vielmehr ist sie tätigkeitsbezogen. Dies ergibt sich aus § 9 Abs. 2 S. 1 TEHG, wonach die Zuteilung jeweils bezogen auf eine Tätigkeit für eine Zuteilungsperiode erfolgt. Die Zuteilung der Berechtigungen ist daher an die Tätigkeit und die Anlage gebunden und nicht abhängig von der Identität oder bestimmten Eigenschaften des derzeitigen Betreibers.

Frühzeitige Investitionen sollen den Betreiber nicht benachteiligen

Wie die bereits erörterte Regelung in § 4 Abs. 10 TEHG zeigt, ist dem Gesetz eine Änderung der Identität des Anlagenbetreibers nicht fremd. Sieht man diese beiden Regelungen zusammen, so kann man argumentieren, dass die Berechtigungen für die ausgeübte Tätigkeit zuteilt werden und nicht für den jeweiligen Betreiber. Zweifel an dieser Argumentation könnten sich in Anbetracht der von einem Anlagenbetreiber geltend gemachten Sonderfaktoren für die Zuteilung nach ZuG ergeben, insbesondere bei einer Sonderzuteilung für frühzeitig erbrachte Emissionsminderungen gemäß § 12 ZuG.

Sinn und Zweck dieser Regelung ist, dass Investitionen, die ein Betreiber frühzeitig, also vor Einführung des Emissionshandelssystems, für Maßnahmen der Emissionsminderungen erbracht hat, ihm nun nicht zum Nachteil gereichen sollen. Durch die Ausgestaltung von § 12 ZuG wird dies durch eine Sonderzuteilung von Berechtigungen ausgeglichen. Man könnte also annehmen, dass hier ein besonderer Ausgleich, der sich an der Identität der Person des Betreibers festmacht, erreicht werden soll. Die Zuteilung erfolgt jedoch bezogen auf eine Tätigkeit. Auch die Möglichkeit der freien Übertragung von Berechtigungen spricht dafür, dass ihr Ursprung nicht weiter erheblich ist. Die Zuteilung von Berechtigungen auf der Grundlage der Sonderfaktoren des ZuG ändert also nichts an der späteren freien Übertragbarkeit der Berechtigungen. Eine Übertragung der Berechtigungen ist damit

zwischen ursprünglichem und neuem Betreiber möglich. Der schuldrechtliche Rechtsgrund für eine solche Übertragung muss nicht notwendigerweise ein Kaufvertrag sein. Bei einer Umstrukturierung und einer Übertragung der Betriebsführungsbefugnis etwa im Rahmen eines Geschäftsbesorgungsvertrages könnten auch die bereits zugeteilten Berechtigungen übertragen werden. Dies könnte durch Abtretung des Anspruchs auf Ausgabe der Berechtigungen vom alten an den neuen Betreiber erfolgen.

Während gesetzlich durch § 9 Abs. 1 TEHG ein Anspruch auf Zuteilung von Berechtigungen festgeschrieben wird, begründet die Zuteilungsentscheidung als Verwaltungsakt einen Anspruch auf Vollzug der Zuteilung durch den Realakt der Ausgabe. Mit der Zuteilungsentscheidung verpflichtet sich die DEHSt, an den betroffenen Anlagenbetreiber eine von ihr nach Maßgabe des ZuG festgelegte Menge an Emissionsberechtigungen auszugeben. Nach Abtretung dieses Anspruchs auf Ausgabe der zugeteilten Berechtigungen könnte die Ausgabe der bereits zugeteilten Berechtigungen bereits zum 28. Februar 2005 und folgend in den Jahren 2006 und 2007 direkt von der DEHSt an den neuen Betreiber erfolgen.

Dabei ist zu beachten, dass der ursprüngliche Betreiber gemäß der Kostenverordnung zu TEHG und ZuG Gebühren für die Zuteilung gezahlt haben wird. Bei vertraglicher Regelung der unentgeltlichen Übertragung müsste für diese Gebührenzahlung sicherlich eine Regelung zum finanziellen Ausgleich gefunden werden.

### Das Wichtigste in Kürze

- ▶ Im Hinblick auf die Emissionsgenehmigung ist der Betreiberwechsel in jedem Fall der nach Landesrecht zuständigen Behörde anzuzeigen.
- ▶ Das Wiederaufgreifen des Verfahrens („verwaltungsrechtliche Lösung“) ist zeitaufwändig und mit gewissen Unsicherheiten verbunden.
- ▶ Regeln Sie die Übertragung von Berechtigungen auf den künftigen Betreiber vertraglich im Rahmen des dem Betreiberwechsel zu Grunde liegenden Rechtsgeschäfts („vertragliche Lösung“).
- ▶ Achten Sie darauf, dass eine solche Vereinbarung auch die Risiken einer eventuellen Über- oder Unterausstattung angemessen verteilt.

### ▶ Kontakt

Markus Ehrmann  
 Dominik Greinacher  
**KERSEL & SCHOLTKA**  
 Rechtsanwälte  
 Meinekestraße 4  
 10719 Berlin  
 Tel.: +49 (0) 30/50 96 95 72  
 Mail: markus.ehrmann@kermel  
 scholtka.com