

Markus Ehrmann, Scholtka & Partner Rechtsanwälte, Berlin

Verwaltungsgericht Berlin erklärt Versteigerung für rechtmäßig

Die Rechtmäßigkeit der im Zuteilungsgesetz 2012 vorgesehenen Versteigerung von Emissionsberechtigungen wurde häufig angezweifelt, nun aber vom Verwaltungsgericht Berlin in drei Urteilen in Musterverfahren bestätigt, deren schriftliche Begründungen jetzt vorliegen. Zudem betrachtete das Verwaltungsgericht in diesen Entscheidungen die Abschaffung der periodenübergreifenden Zuteilungsgarantien und den Verzicht des Gesetzgebers auf einen eigenen Braunkohlebenenchmark bei der Stromerzeugung als rechtmäßig. Die Urteile sind jedoch noch nicht rechtskräftig.



Markus Ehrmann

Das Verwaltungsgericht Berlin (VG Berlin) hat nicht nur die Berufung in die zweite Instanz, sondern auch die Sprungrevision zum Bundesverwaltungsgericht zugelassen. Aufgrund der wesentlichen Bedeutung der Versteigerung von Emissionsberechtigungen für die Stromwirtschaft ist davon auszugehen, dass die Klägerinnen die Rechtmäßigkeit der Versteigerung in den weiteren Instanzen klären lassen werden. Diese Einschätzung wird auch dadurch bestätigt, dass die rechtswissenschaftliche Debatte über die Rechtmäßigkeit der Versteigerung im Vorfeld der Entscheidung recht intensiv geführt worden ist. Die überwiegende Mehrheit an Stimmen in der Literatur hält eine solche Versteigerung für mit höherrangigem Recht nicht vereinbar.

Angesichts der Tatsache, dass sowohl ein ausführliches Professorenurteil zur Verfassungswidrigkeit einer entgeltlichen Zuteilung von Emissionszertifikaten auf der einen Seite als auch ein vom Umweltbundesamt in Auftrag gegebenes Professorenurteil über die Verfassungsmäßigkeit der Versteigerungsentgelte im Emissionshandel vorliegen, sind die Entscheidungen in den Musterverfahren zu dieser Frage der Versteigerung mit rund 25 Seiten im Urteilsabdruck relativ knapp gefasst, auch wenn dieser Umfang für eine verwaltungsgerichtliche Entscheidung recht beeindruckend ist. Nach der Entscheidung des VG Berlin entspricht die von den Klägerinnen beanstandete Kürzung des Zuteilungsanspruches gemäß

§ 20 ZuG 2012 zunächst den Vorgaben dieses Gesetzes. Das Verwaltungsgericht lehnt sich dabei an die Rechtsprechung zum 2. Erfüllungsfaktor aus der ersten Zuteilungsperiode an, die vom Bundesverfassungsgericht bestätigt worden ist. Danach bezieht sich die der Behörde vom Gesetzgeber eingeräumte Letztentscheidungsbefugnis nur auf die konkrete Rechtsanwendung und nicht auf die Beurteilung der rechtlichen Maßstäbe, also deren Auslegung und Rechtmäßigkeit. Daran gemessen erweise sich die von der Deutschen Emissionshandelsstelle als Beklagte vorgenommene Kürzung mit dem Faktor 0,844 nicht als rechtswidrig.

Auch die von der Klägerin gegen die Veräußerungskürzung geltend gemachten verfassungsrechtlichen Bedenken greifen nicht durch. Zunächst seien §§ 19 und 20 ZuG 2012 an nationalem und nicht an europäischem Verfassungsrecht zu messen. Damit knüpft das VG Berlin an eine der ersten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zum Emissionshandel aus dem Jahre 2007 an. Danach sind deutsche Vorschriften, die die Emissionshandels-Richtlinie in deutsches Recht umsetzen, nicht an den Grundrechten des Grundgesetzes zu messen, soweit das Gemeinschaftsrecht keinen Umsetzungsspielraum vorsieht, sondern zwingende Vorgaben macht. Solche zwingenden Vorgaben sind beispielsweise die Einführung des Emissionshandelsystems als solches. Die Regelungen über die Ver-

äußerung von Emissionsberechtigungen erfolgen jedoch gerade nicht auf der Grundlage zwingender Vorgaben der Emissionshandelsrichtlinie. Vielmehr ließ diese in dieser Hinsicht dem nationalen Gesetzgeber einen Umsetzungsspielraum, den der Deutsche Bundestag genutzt hat.

Erlöse aus EUA-Verkauf werden mit Gegenleistung erzielt

Das VG Berlin hielt §§ 19 bis 21 ZuG 2012 auch für mit dem Grundgesetz (GG) vereinbar. Dabei hatte es zunächst die Vorgaben aus der Finanzverfassung nach Artikel 104a ff. GG zu prüfen. Das VG Berlin bestätigte zunächst die allgemeine Auffassung, dass es sich bei den Erlösen aus der Veräußerung von Emissionsberechtigungen nicht um Steuern handelt. Diese Gemeinlasten werden jedem auferlegt, der den steuerlichen Tatbestand erfüllt, und die unabhängig von einer individuellen Gegenleistung erhoben.

Die Erlöse aus der Veräußerung von Emissionsberechtigungen werden jedoch nicht gegenleistungslos erzielt, vielmehr erhält der Erwerber dafür die Emissionsberechtigungen. Zudem handelt es sich bei den Erlösen aus der staatlichen Veräußerung von Emissionsberechtigungen auch nicht um Sonderabgaben (im engeren Sinne), da die Kaufpreiszahlung und der Erhalt der Emissionsberechtigung in einem synalagmatischen Verhältnis stehen. ▶▶

► In der Literatur wurden die Versteigerungserlöse zumeist als Sonderabgabe zur Vorteilsabschöpfung eingeordnet. Das VG Berlin leitet aus dem Schutzzweck der Finanzverfassung für die Bürger ab, dass die Einnahmeerzielung des Staates grundsätzlich durch Steuern erfolge und die Erhebung anderer, nichtsteuerlicher Abgaben grundsätzlich begrenzt sei und einer besonderen sachlichen Rechtfertigung bedarf. Das Verwaltungsgericht sieht die Veräußerung von Emissionsberechtigungen in besonderer Weise sachlich gerechtfertigt: Der Verkauf beziehungsweise die Versteigerung von Emissionsberechtigungen diene der Erhöhung der Allokationseffizienz.

Erfolge die kosteneffizienteste Allokation von Emissionsberechtigungen in der Marktphase nach dem Zuteilungsmodus des Preises, so spreche vieles dafür, dass der Preismechanismus auch für die Erstzuteilung eine sinnvolle Verteilungsfunktion wahrnehmen könne. Zudem liege ein Sondervorteil vor, der abgeschöpft werden darf: Solange der Markt zulasse, die Kosten der Zertifikate als Opportunitätskosten ohnehin in die Preisbildung eines Produkts einzustellen, bewirke die Veräußerung von Berechtigungen das Abschmelzen der „Windfall profits“ zu Lasten der Unternehmensgewinne. Jedenfalls diese Funktionen der Veräußerung würden bei einer unentgeltlichen Zuteilung dauerhaft entfallen.

Staat fungiert nicht nur als Systemadministrator

Die Veräußerung eines Teils der Berechtigungen sei auch deshalb sachlich gerechtfertigt, weil der Gesetzgeber damit einen Sondervorteil abschöpfe, der den Anlagenbetreibern durch die mögliche Nutzung der Berechtigungen erwachse. In der Literatur wurde häufig geltend gemacht, dass eine Sonderabgabe zur Vorteilsabschöpfung nur zulässig sei, wenn eine öffentlich-rechtliche Bewirtschaftung des öffentlichen Umweltmediums bestehe. Dies ist für Wasser der Fall, wie das Bundesverfassungsgericht in seiner Rechtsprechung zum „Wasserpfennig“ entschieden hat. Jedoch bestehe für das Umweltmedium Luft keine staatliche Bewirtschaftung,

wie das Bundesverfassungsgericht selbst in seiner Entscheidung zu den Waldschäden 1998 festgehalten habe. Das Emissionshandelssystem stelle gerade kein staatliches Bewirtschaftungssystem dar. Vielmehr ziehe sich der Staat auf die Rolle eines „Systemadministrators“ zurück und überlasse die Einzelheiten der umweltpolitischen Lenkung dem Markt.

Das VG Berlin betrachtet jedoch nun das Umweltmedium Luft seit der Einführung des Emissionshandels als ein wirtschaftliches Gut. Die Tatsache, dass eine ordnungsrechtliche Kontingentierung beziehungsweise Bewirtschaftung der Luft nicht vorgesehen wurde, ändere daran nichts. Eine solche müsse der Erhebung von Abgaben nicht vorgeschaltet sein. Denkbar sei vielmehr auch eine Bewirtschaftung gerade durch Abgaben. Dies entspreche der Funktionsweise des Emissionshandelssystems.

Dem dagegen erhobenen Einwand, dass der Staat jedes beliebige Verhalten des Bürgers abgabepflichtig machen könne, wenn die Bewirtschaftung durch Abgabenerhebung genüge, tritt das Verwaltungsgericht mit der Überlegung entgegen, dass nicht fraglich sei, ob ein Gut der Allgemeinheit einer ordnungsrechtlichen Bewirtschaftung unterliege, sondern ob es ihr unterliegen könne. Das Umweltmedium Luft sei daher prinzipiell nicht anders zu behandeln als das Umweltmedium Wasser.

Den Staat im System des Emissionshandels auf die Rolle eines Systemadministrators zu beschränken, würde nach Ansicht des VG Berlin übersehen, dass gerade der Staat die Mengenkontingentierung und damit die Verknappung vornimmt. Er verleiht den Berechtigungen und der damit (wirtschaftlich) möglichen Emission von CO₂ einen wirtschaftlichen Wert und macht sie zum Handelsgut. Schließlich sei auch die zu gewährende Belastungsgleichheit der Abgabepflichtigen gewahrt, sofern mit der Erhebung der Abgabe lediglich der dem Abgabepflichtigen zugewandte Vorteil wieder (teilweise) abgeschöpft werde. Dies sei bei der marktgerechten Veräußerung der Berechtigungen gewährleistet. Zudem erfolge eine Einpreisung der Kos-

ten des Emissionshandels nur bei der Stromproduktion, die wiederum unter die Versteigerung fällt.

Unabhängig davon seien §§ 19 ff. ZuG 2012 auch mit dem allgemeinen Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 GG vereinbar. Die Stromwirtschaft sei gegenüber den der Veräußerungskürzung nicht unterworfenen Industrieanlagen nicht benachteiligt. Das VG Berlin bezieht sich dabei auf die Gesetzesbegründung: Der Umweltausschuss des Bundestages hatte damals einerseits auf den hohen Einpreisungsgrad in der Stromwirtschaft abgestellt, andererseits auf den internationalen Wettbewerb mit Anbietern, die nicht dem Emissionshandel unterliegen. Letzteres sei nur innerhalb der Industrie und nicht in der Stromwirtschaft möglich.

Besondere Maßnahmen sind gerechtfertigt

Schließlich verweist das VG Berlin auf die neue Emissionshandels-Richtlinie, die eine Verlagerung der Industrie aufgrund eines zu hohen Kostendruckes durch den Emissionshandel (Carbon Leakage) vermeiden soll. Vor diesem Hintergrund sei es im Hinblick auf Art. 3 GG nicht zu beanstanden, dass der nationale Gesetzgeber bereits in der 2. Zuteilungsperiode Industrieanlagen einem anderen Zuteilungsmechanismus unterworfen und sie von der Kürzung nach § 20 ZuG 2012 ausgenommen habe.

Schaffe der Gesetzgeber durch die gezielte Belastung von CO₂-Emissionen einen Anreiz dafür, ein ökologisch unerwünschtes Verhalten einzuschränken, sei er durch Art. 3 GG nicht gehindert, besonders problematischen Wettbewerbssituationen durch Vergünstigungen Rechnung zu tragen.

Schließlich seien die Klägerinnen durch die Veräußerungskürzung weder in ihrem Eigentumsgrundrecht (Art. 14 GG) noch in ihrer Berufsausübungsfreiheit (Art. 12 GG) verletzt. Denn der Gesetzgeber habe mit der Einführung des Emissionshandels Inhalt und Schranken des Anlageneigentums in einer mit dem maßgeblichen Gemeinschaftsverfassungsrecht grundsätzlich zu vereinbarenden Weise partiell neu gestaltet. ►►

► Bemerkenswert sind die Ausführungen im Hinblick auf die vollständige Versteigerung in der dritten Zuteilungsperiode. Die Kürzung der auf die Produktion von Strom entfallenden Zuteilungsmenge um den Faktor von rund 0,84 nach den derzeitigen Regelungen stelle ein geeignetes und zur Gewährleistung gleicher Effektivität auch erforderliches Mittel dar, um einen schonenden Übergang von der bisherigen kostenlosen Zuteilung von Berechtigungen zur systemimmanenten und daher letztlich beabsichtigten vollständigen kostenpflichtigen Abgabe der Zertifikate ab dem Jahre 2013 zu gewährleisten.

In diesem Zusammenhang setzt sich das VG Berlin auch mit der Auffassung auseinander, dass nach den immissionsschutzrechtlichen Regelungen auch im Emissionshandel die Zuteilung nach Maßgabe eines dem Stand der Technik entsprechenden Emissionswertes („Benchmark“) die Mindestgrenze einer noch verhältnismäßigen Zuteilung von kostenlosen Berechtigungen bilde. Emissionsbezogene Reduktionsverpflichtungen jenseits des Standes der Technik, die etwa durch die Veräußerung bedingt seien, seien daher an sich unverhältnismäßig.

Das Verwaltungsgericht schließt sich dieser Auffassung nicht an: Auch wenn im Ordnungsrecht Anforderungen unverhältnismäßig wären, die über den Stand der Technik hinausgingen, hindere dies den Gesetzgeber nicht daran, unter Beachtung eines schonenden Überganges die Möglichkeit der Ableitung von Treibhausgasen zu einem wirtschaftlichen Produktionsfaktor zu machen. Die Bedenken hinsichtlich der Unverhältnismäßigkeit der Anforderungen sind damit jedoch nicht ausgeräumt.

Schließlich bewirke die Kürzung nach § 20 ZuG 2012 allenfalls einen Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit. Ein solcher Eingriff ist bereits bei Vorliegen vernünftiger Gründe des Allgemeinwohls gerechtfertigt. Solche Gründe würden angesichts der dringenden Probleme des Klimawandels vorliegen.

In einer der drei Musterentscheidungen behandelt das Verwaltungs-

gericht Berlin zwei weitere, von der Rechtmäßigkeit der Versteigerung unabhängige Probleme: die periodenübergreifende Zuteilungsgarantie und den fehlenden Braunkohle-Benchmark.

Kläger mussten mit Änderung der Zuteilungsregelungen rechnen

Eine Reihe von Anlagenbetreibern hatte in der 2. Zuteilungsperiode Anträge auf Zuteilung von Emissionsberechtigungen auf Grundlage des ZuG 2007 gestellt, die eine privilegierte Zuteilung für bestimmte Anlagegruppen für einen längeren, über die erste Zuteilungsperiode hinausgehenden Zeitraum garantiert haben. Gesetzgeberisches Ziel war hier, dass Betreiber von Neuanlagen zum einen Planungssicherheit erhalten und zum anderen diese Neuanlagen aufgrund ihrer höheren Effizienz privilegiert werden.

Eine Entscheidung der Kommission vom 29. November 2006 machte jedoch europarechtliche Bedenken gegen solche Regelungen geltend. Dies verstoße zum einen gegen die Integrität des Binnenmarktes, dass sich dadurch eine Wettbewerbsverzögerung gegenüber anderen Staaten ergebe, zum anderen verstoßen sie gegen das Beihilfeverbot.

In Umsetzung dieser Entscheidung der Kommission hatte der Gesetzgeber in § 2 Satz 3 ZuG 2012 die ausdrückliche Bestimmung aufgenommen: „Soweit sich Regelungen des Zuteilungsgesetzes 2007 über die Zuteilungsperiode 2005 bis 2007 hinaus erstrecken, werden sie durch die

Regelungen dieses Gesetzes ersetzt“. Gegen diese Abschaffung der periodenübergreifenden Zuteilungsgarantien hatten die Klägerinnen verfassungsrechtliche Bedenken geltend gemacht. Diese gründen insbesondere darauf, dass die mit den Zuteilungsgarantien ausdrücklich verfolgte Planungs- und Investitionssicherheit und der darauf basierende Vertrauensschutz zerstört werden. Das Verwaltungsgericht Berlin konnte jedoch keinen Verstoß gegen das Gebot des Vertrauensschutzes und auch keine unzulässige Rückwirkung durch die Abschaffung der periodenübergreifenden Zuteilungsgarantien erkennen. Die Anwendung der periodenübergreifenden Zuteilungsregeln seien spätestens seit der Kommissionsentscheidung vom 29. November 2006 ganz erheblichen Zweifeln ausgesetzt gewesen. Daher konnte sich ein Vertrauen, dass diese Regelungen auch für die zweite Zuteilungsperiode fortgelten, nicht bilden.

Da das Verwaltungsgericht bereits verfassungsrechtliche Bedenken abgelehnt hat, musste es sich nicht mit europarechtlichen Überlegungen auseinandersetzen. Selbst wenn die verfassungsrechtlichen Bedenken durchgreifen würden, hätte die Kommissionsentscheidung als europäisches Recht nach der bisherigen Rechtsprechung Vorrang gegenüber dem deutschen Recht.

Fehlender Benchmark kein Verstoß gegen Richtlinie

Schließlich hatte eine Musterklägerin gerügt, dass das Zuteilungsgesetz 2012 einen Emissionswert für die Stromproduktion bei festen Brennstoffen allein in Höhe von 750 Gramm CO₂ je Kilowattstunde Nettostromerzeugung vorsieht und keinen eigenen Emissionswert für die Stromproduktion mittels Braunkohleverbrennung von 950 Gramm CO₂ je Kilowattstunde Nettostromerzeugung. Das Verwaltungsgericht Berlin sah darin jedoch keinen Verstoß gegen die europäische Emissionshandels-Richtlinie. Der Verzicht des deutschen Gesetzgebers auf einen spezifischen Braunkohle-Benchmark verletze schließlich die Klägerin nicht in ihren Grundrechten.

Zum Autor

- Dr. Markus Ehrmann ist in Berlin Partner und Rechtsanwalt bei Scholtka & Partner Rechtsanwälte.
- Schwerpunkt seiner Tätigkeit bilden die Schnittstellen des Energie- und Umweltrechts, insbesondere der Bereich des Emissionshandels sowie der Anlagenzulassung.