

Rechtsgutachten

zur Versteigerung von Emissions-
berechtigungen in der zweiten
Verpflichtungsperiode des EU-Systems
handelbarer Emissionsrechte

Executive Summary

Gegenstand des Rechtsgutachtens ist ein Vorschlag des Bundesverbands Emissionshandel und Klimaschutz e.V. (bvek) zur Ausgestaltung eines Versteigerungsverfahrens zur entgeltlichen Verteilung von Emissionsberechtigungen.

Gemäß Art. 11 II und III RL 2003/87/EG entscheidet der Mitgliedstaat über die Zuteilung der Zertifikate. Diese Entscheidung muss im Einklang mit dem EG-Vertrag, insbesondere mit Art. 87, 88 EG stehen.

Der Vorschlag für eine Richtlinie des europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 2003/87/EG verlangt in Art. 10 V für die Versteigerungen ab dem Jahr 2013 ein offenes, transparentes und nicht diskriminierendes Verfahren¹. Dabei sollen Betreiber, insbesondere kleine und mittlere Unternehmen, uneingeschränkt Zugang haben und etwaige andere Teilnehmer den Auktionsbetrieb nicht beeinträchtigen können.

Zu prüfen war, ob der Entwurf einer Verordnung zur Versteigerung von Emissionsberechtigungen², der insbesondere in den §§ 5 und 6 eine Teilnahmebeschränkung auf Anlagenbetreiber und eine Versteigerung zu einem für alle Bieter einheitlichen Preis innerhalb eines von der zuständigen Behörde vorgegebenen Preisintervalls vorsieht, in beihilfen- und haushaltsrechtlicher Sicht zulässig ist oder EG-Grundfreiheiten dem entgegenstehen.

Im Ergebnis ist festzustellen, dass das Beihilfenverbot der Art. 87, 88 EG nicht dem vom bvek vorgeschlagenen Versteigerungsmodus entgegensteht (I.). EG-Grundfreiheiten werden nicht verletzt (II.). Auch das Haushaltsrecht lässt eine dem Vorschlag entsprechende Veräußerung zu (III.).

¹ Kommission, 23.01.2008, KOM(2008) 16 endgültig.

² Entwurf einer Verordnung über die Durchführung von Versteigerungen von Treibhausgas-Emissionsberechtigungen in der Zuteilungsperiode 2008 bis 2012 (Versteigerungsdurchführungsverordnung 2012 – VDV 2012) vom 29.02.2008, www.bvek.de, Stand: 01.03.2008.

Inhaltsverzeichnis

I. Beihilfenverbot der Art. 87, 88 EG	4
1. Vorliegen einer mitgliedstaatlichen Maßnahme	4
2. Begünstigung	5
a) Vorteil.....	5
b) Gegenleistung.....	6
3. Für bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige	9
4. Staatlich oder aus staatlichen Mitteln	10
5. Wettbewerbsverfälschung	10
6. Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten.....	11
7. Ausnahmen vom Beihilfenverbot	12
a. Ausnahme nach Art. 87 II und III EG.	12
b. Ausnahme nach Art. 86 II EG.....	14
8. Ergebnis.....	14
II. Grundfreiheiten	15
1. Niederlassungsfreiheit	15
2. Kapitalverkehrsfreiheit	16
3. Allgemeines Diskriminierungsverbot	17
4. Ergebnis.....	17
III. Zulässigkeit der Versteigerung aus haushaltsrechtlicher Sicht	17
1. Anwendbarkeit des § 63 III BHO	18
2. Verletzung des § 63 III BHO	18
3. Möglichkeit der Schaffung von Ausnahmetatbeständen.....	20
4. Ergebnis.....	20
IV. Endergebnis	21

I. Beihilfenverbot der Art. 87, 88 EG

Art. 87 I EG beinhaltet ein grundsätzliches Verbot für staatliche Beihilfen, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen und den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen.

Fraglich ist, ob die avisierte Form der Versteigerung von Emissionsberechtigungen diese Voraussetzungen erfüllt.

1. Vorliegen einer mitgliedstaatlichen Maßnahme

Fraglich ist zunächst, ob überhaupt eine mitgliedstaatliche Maßnahme vorliegt, die am Maßstab der Art. 87 f. EG überprüft werden kann.

Die Vergabe von 10 % der Zertifikate im Wege einer Versteigerung ist gemeinschaftsrechtlich vorgegeben (Art. 11 II RL 2003/87/EG). Teilweise wird daraus geschlossen, dass eine Gemeinschaftsbeihilfe vorliege, die nicht unter Art. 87 f. EG falle, da das mitgliedstaatliche Handeln gemeinschaftsrechtlich vorgegeben ist³. Hiergegen ist jedoch anzuführen, dass jedenfalls die genaue Ausgestaltung eines Versteigerungsverfahrens mangels gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben Angelegenheit der Mitgliedstaaten ist, sodass insofern eine mitgliedstaatliche Maßnahme vorliegt, die am Maßstab der Art. 87, 88 EG zu messen ist⁴. Zudem widerspräche es dem Grundsatz der Normenhierarchie, wenn die Umsetzung einer Richtlinie die Nichtanwendbarkeit des Primärrechts, hier Art. 87 f. EG, zur Folge hätte⁵.

Damit ist die nationale Verordnung eine mitgliedstaatliche Maßnahme, die den Art. 87 und 88 EG unterfällt.

³ So für die kostenfreie Zuteilung von Zertifikaten: Reuter/Kindereit, DVBI 2004, 537 (539).

⁴ Koenig/Braun/Pfromm, ZWeR 2003, 152 (165 f.).

⁵ Koenig/Pfromm, EurUP 2004, 196 (198).

2. Begünstigung

Art. 87 I EG fordert zunächst das Vorliegen einer Begünstigung. Eine Begünstigung ist eine Maßnahme, die gleich in welcher Form (Tun oder Unterlassen) die Belastungen verringert, die ein Unternehmen normalerweise zu tragen hat⁶.

Kernelement des Beihilfenbegriffs ist das Fehlen einer marktgerechten Gegenleistung⁷.

Grundsätzlich stellen versteigerte Emissionsrechte keine Beihilfe dar, da eine Gegenleistung des Erwerbers vorliegt⁸. Fraglich ist, ob dies auch für nach dem vorgeschlagenen Model versteigerte Zertifikate gilt.

a) Vorteil.

Einer Gruppe von Anlagenbetreibern müsste ein Vorteil zuwachsen.

Da die Emissionsrechte auf dem Markt handelbar sind, fließen den vom Handelssystem erfassten Anlagenbetreibern jedenfalls durch eine kostenfreie Allokation geldwerte Vorteile unentgeltlich zu⁹. Der Verordnungsentwurf sieht jedoch keine kostenlose Zuteilung vor, sodass diese Form der eindeutigen Vorteilsgewährung nicht vorliegt.

Ebenso unzulässig ist eine Überallokation, d. h. eine über dem Gesamtbedarf der Unternehmen liegende Gesamtzahl der ausgegebenen Verschmutzungsrechte, da diese stets eine gewinnbringende Veräußerung der Zertifikate ermöglicht¹⁰.

⁶ Cremer, in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, 3. Auflage 2007, Art. 87 EGV, Rn. 9; EuGH, Rs. C-310/99, Slg. 2002, I-2289, Rn. 51 (Italien/Kommission).

⁷ Cremer, in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, 3. Auflage 2007, Art. 87 EGV, Rn. 9.

⁸ Pfromm, sic! 2003, Ausgabe 6; abrufbar unter: <http://www.sic-online.ch/2003/537.shtml> (letztmalig überprüft am 25.02.2008)

⁹ Koenig/Braun/Pfromm, ZWeR 2003, 152 (162).

¹⁰ Leitlinien der Gemeinschaft für staatliche Umweltschutzbeihilfen - Entwurf für die Mitgliedstaaten für die 2. multilaterale Sitzung am 05.11.2007, Nummer 49.

In § 6 II 1 des Formulierungsvorschlags erfolgt eine Beschränkung der Zahl der im Rahmen eines Versteigerungstermins erwerbbarer Zertifikate auf 10 % der Menge der pro Jahr kostenlos zugeteilten Zertifikate.

Ein Anlagebetreiber kann damit zu den ihm kostenlos zur Erfüllung seiner Pflicht zugeteilten Zertifikaten einen begrenzten Anteil an Berechtigungen zusätzlich erwerben. Dies könnte zu einer Überausstattung von Zertifikaten führen und damit einen Vorteil darstellen.

b) Gegenleistung.

Eine Begünstigung scheidet jedoch dann aus, wenn eine Gegenleistung gegeben ist.

Die möglicherweise in einigen Fällen den Unternehmen infolge der Emissionsreduzierung entstehenden Kosten könnten eine Gegenleistung darstellen¹¹. Dies wird teilweise unter dem Hinweis darauf verneint, dass dieser Betrag nicht dem Staat zufließt, sondern vielmehr dem Unternehmen zu gute kommt, für das die Vornahme von Reduktionsmaßnahmen wirtschaftlich sinnvoller ist, als das Halten von Emissionszertifikaten¹².

Im konkreten Fall ist eine Gegenleistung allerdings in Form der Bezahlung des Versteigerungspreises gegeben.

c) Angemessene Gegenleistung.

Die Gegenleistung der Versteigerungsteilnehmer müsste ferner angemessen sein.

Die Marktgerechtigkeit der Gegenleistung wird durch den sog. „private-investor-test“ geprüft. Danach liegt keine Beihilfe vor, wenn ein marktwirtschaftlich handelnder

¹¹ So noch Kommission, Entscheidung N 653/99 – Dänemark; Entscheidung N 416/2001 – Großbritannien; Entscheidung N 35/2003 – Niederlande; Frenz, EurUP 2004, 190 (193).

¹² Koenig/Pfromm, EurUP 2004, 196 (200); Koenig/Braun/Pfromm, ZWeR 2003, 152 (164).

privater Investor den Vorteil zu gleichen Bedingungen gewähren würde. Zu berücksichtigen ist jedoch, dass die staatliche Stelle nicht an den Börsenkurs gebunden ist, sondern vielmehr auch längerfristige strategische Überlegungen seinem Handeln zugrunde legen kann¹³. Ist der Marktwert nicht z. B. anhand von Börsenpreisen ermittelbar, so ist Angemessenheit gegeben, wenn die Höhe der Gegenleistung in einem objektiven Verfahren bestimmt wurde¹⁴.

Regelmäßig wird im Rahmen einer Versteigerung der Marktpreis erzielt. Für den im Wege des vorgeschlagenen Versteigerungsmodus erzielten Primärmarktpreis ist jedoch nicht auszuschließen, dass dieser unterhalb des sich an den Handelsbörsen ergebenden Sekundärmarktpreises liegt. Ausgehend vom Sekundärmarktpreis als Maßstab wäre in diesem Fall keine angemessene Gegenleistung gegeben.

Hinsichtlich des Wertes von Emissionszertifikaten ist fraglich, ob der Marktwert tatsächlich der auf dem Sekundärmarkt erzielbare Preis ist, denn hier wirken bei der Preisbildung auch verstärkt spekulative Gebote mit. Insoweit ist auch fraglich, ob der Primär- und Sekundärmarkt überhaupt vergleichbar ist, da sich schon die Marktteilnehmer unterscheiden. Betrachtet man allein den Primärmarkt, so stellt die Versteigerung ein Verfahren dar, welches geeignet ist, einen angemessenen Gegenwert zu bestimmen.

Auch der im Formulierungsvorschlag enthaltene Versteigerungsmodus gewährleistet einen angemessenen Gegenwert. Dieser sieht eine feststehende Anzahl von zu versteigernden Berechtigungen vor, die zu einem einheitlichen Preis versteigert werden. Das Intervall für die Bestimmung des Preises wird von der zuständigen Behörde bestimmt. Würde die Behörde ein Intervall deutlich unterhalb des Marktpreises vorgeben, so könnte von einer unangemessenen Gegenleistung ausgegangen werden. Ein derart festgesetztes Intervall wird jedoch kaum zu einer erfolgreichen Versteigerung führen, da anzunehmen ist, dass das Nachfragevolumen

¹³ Cremer, in: Callies/Ruffert, EUV/EGV, 3. Auflage 2007, Art. 87 EGV, Rn. 10.

¹⁴ Koenig/Kühling, in: Streinz, EUV/EGV, 2003, Art. 87 EGV, Rn. 35.

die zu versteigernde Menge an Berechtigungen übersteigen wird. In diesem Fall wird nach § 5 III des Formulierungsvorschlags ein neues Preisintervall festgesetzt. Dieser Mechanismus bietet die Gewähr, dass die Versteigerung zu einem im Wege eines objektiven Verfahrens ermittelten Preis erfolgt.

Ein solcher Primärmarktpreis würde auch die Preisbildung an den Sekundärmärkten dahingehend beeinflussen, dass sich auch auf den Sekundärmärkten kein wesentlich vom Primärmarktpreis abweichender Preis bilden könnte. Die beiden Märkte werden sich daher zwangsläufig angleichen. Durch das gewählte Versteigerungsverfahren wird sichergestellt, dass das Cap zu geringsten volkswirtschaftlichen Kosten eingehalten wird. Gleichzeitig werden Einzelfallgesetze zu Lasten von Energieversorgungsunternehmen vermieden und windfall profits verhindert, welches ein Kernanliegen des ZuG 2012 ist.

Folglich ist vom Vorliegen einer angemessenen Gegenleistung auszugehen.

Damit liegt keine Vorteilsgewährung, mithin keine Begünstigung und auch keine Beihilfe i. S. d. Art. 87 EG vor.

Im Fall der Annahme einer Begünstigung wäre wie folgt zu prüfen:

3. Für bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige

Die Begünstigung müsste bestimmten Unternehmen oder Produktionszweigen zukommen, also selektiv wirken¹⁵.

Ein möglicher Ansatzpunkt wäre die Annahme einer Begünstigung von kleinen und mittleren Unternehmen (KMU). Die Begrenzung des Gebots in Verbindung mit der jedenfalls zulässigen Anzahl von 20.000 Berechtigungen könnte ein Handeln zugunsten der KMU vermuten lassen, deren Emissionen wegen ihrer geringeren Unternehmensgröße auch geringer sein könnten. Diese Betrachtung übersieht jedoch, dass auch KMU emissionsintensive Unternehmen sein können.

Das vorgeschlagene Versteigerungsmodell gewährt nur Anlagenbetreibern den Zugang zur Versteigerung, sonstigen Einheiten ist dies nicht gestattet. Nach Art. 11 II RL 2003/87/EG teilt der Mitgliedstaat jedoch die Zertifikate den Betreibern der einzelnen Anlagen zu. Die Versteigerung als eine Art der Zuteilung kann mithin zulässigerweise auf Anlagenbetreiber begrenzt werden. Erst der Vorschlag für eine gegebenenfalls ab dem Jahr 2013 geltende Richtlinie des europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 2003/87/EG sieht in Art. 10 V andere Teilnehmer als die Betreiber vor.

Allerdings umfasst das gesamte EG-Emissionshandelssystem enumerativ aufgezählte Produktionsvorgänge bestimmter Emittenten. Diese Beschränkung sieht auch das TEHG in § 2 I i. V. m. Anhang 1 vor, auf das sich das ZuG 2012 gemäß § 2 Satz 1, und mithin auch die Verordnung bezieht. Damit würde die in der Versteigerung liegende Begünstigung nur bestimmten Branchen zuteil¹⁶. Jedoch ist auch diese Einschränkung

¹⁵ Cremer, in: Callies/Ruffert, EUV/EGV, 3. Auflage 2007, Art. 87 EGV, Rn. 17.

¹⁶ Vgl. bzgl. kostenloser Zuteilung: Koenig/Braun/Pfromm, ZWeR 2003, 152 (169).

von Art. 2 I RL 2003/87/EG i. V. m. Anhang I gemeinschaftsrechtlich vorgegeben, sodass insofern kein Handlungsspielraum der Mitgliedstaaten besteht, der dem Beihilfenverbot der Art. 87 f. EG entsprechen müsste.

Damit wäre auch das Kriterium der Selektivität nicht erfüllt.

4. Staatlich oder aus staatlichen Mitteln

Art. 87 I EG verlangt darüber hinaus eine staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfe. Nach der Ansicht des EuGH setzt dies eine Belastung öffentlicher Haushalte voraus¹⁷. Damit wird verhindert, dass das EG-Beihilfenrecht zu einer allgemeinen Diskriminierungskontrolle wird¹⁸.

Ausreichend ist jedoch bereits eine potentielle Belastung¹⁹.

Jedenfalls die kostenlose Verteilung von Zertifikaten stellt einen Einnahmeverzicht des Staates, mithin eine aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfe dar²⁰. Die avisierte Versteigerung führt jedoch zu Einnahmen, sodass keine Belastung des Haushalts erfolgt. Für den Fall einer Versteigerung zu einem unterhalb des Marktwertes liegenden Preises wären hingegen Einnahmedefizite des Staates zu verzeichnen, sodass eine aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfe vorläge.

5. Wettbewerbsverfälschung

Die Beihilfe muss weiterhin zu einer jedenfalls drohenden Wettbewerbsverfälschung führen.

¹⁷ EuGH, U. v. 13.03.2001, Rs. C-379/98, Slg. 2001, I-2099 (PreussenElektra).

¹⁸ Koenig/Kühling, in: Streinz, EUV/EGV, 2003, Art. 87 EGV, Rn. 44.

¹⁹ Koenig/Kühling/Ritter, EG-Beihilfenrecht, 2. Auflage 2005, Rn. 162.

²⁰ Koenig/Braun/Pfromm, ZWeR 2003, 152 (168).

Eine Wettbewerbsverfälschung setzt eine Veränderung der Marktbedingungen der Wettbewerber voraus²¹.

Innerhalb der vom TEHG aufgestellten Gruppen von Anlagenbetreibern, die gemeinsam einen Markt bilden, erfolgt durch die Versteigerung kein Eingriff in den Wettbewerb. Insbesondere ist der Zugang zu den Versteigerungen auch neuen Marktteilnehmern möglich.

Hinsichtlich des Marktverhältnisses zwischen Anlagenbetreibern, die am Versteigerungsverfahren teilnehmen können und denen, die nicht in den Anwendungsbereich des TEHG fallen, erfolgt kein Eingriff in die Marktverhältnisse. Vielmehr stellt die Zuteilung von Zertifikaten im Wege der Versteigerung lediglich einen Ausgleich für die Auferlegung eines Erfüllungsfaktors und die Abgabepflicht dar²² und bewegt sich zudem in dem von Art. 11 II RL 2003/87/EG vorgegebenen Rahmen.

Eine Wettbewerbsverfälschung tritt folglich nicht ein.

6. Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten

Art. 87 EG setzt schließlich eine Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten voraus.

Dies ist regelmäßig bereits dann gegeben, wenn zukünftige Auswirkungen möglich erscheinen, so z. B. dann, wenn die Finanzkraft der Unternehmen gestärkt wird²³.

Ausgehend von einer Versteigerung zu einem unterhalb des Marktwerts liegenden Preises wäre eine solche Auswirkung und damit eine Handelsbeeinträchtigung nicht auszuschließen.

²¹ EuGH, U. v. 17.09.1980, Rs. 730/79, Slg. 1980, 2671 Rn. 11 (Philip Morris / Kommission); Koenig/Kühling, in: Streinz, EUV/EGV, 2003, Art. 87 EGV, Rn. 55.

²² Reuter/Kindereit, DVBl 2004, 537 (540 f.).

²³ EuGH, U. v. 17.09.1980, Rs. 730/79, Slg. 1980, 2671, Rn. 11 (Philip Morris / Kommission).

7. Ausnahmen vom Beihilfenverbot

Ausnahmen vom Beihilfenverbot sind sowohl nach Art. 87 II und III EG, als auch nach Art. 86 II EG denkbar.

a. Ausnahme nach Art. 87 II und III EG.

Unter den Voraussetzungen der Art. 87 II und III EG kann eine Beihilfe als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar angesehen werden. Hierfür ist die Durchführung eines Notifizierungsverfahrens nach Art. 88 III EG erforderlich²⁴. Die Kontrollbefugnis obliegt der Kommission.

In einigen Fällen hat die Kommission bereits Beihilfen in Form der kostenfreien Ausgabe von Zertifikaten gemäß Art. 87 III lit. c EG genehmigt. Diese sei für die Funktionsfähigkeit der freiwilligen Handelssysteme notwendig, würde einen Beitrag zum Klimaschutz leisten und liefere zudem Erfahrungswerte für das europaweite Handelssystem²⁵. Diese Entscheidungen ergingen jedoch zeitlich vor der Einrichtung des EG-Emissionshandelssystems.

Die Genehmigungsfähigkeit nach Art. 87 III lit. b EG setzt Beihilfen zur Förderung wichtiger Vorhaben von gemeinsamem europäischen Interesse voraus.

Zur Präzisierung ihrer Ermessensausübung hat die Kommission einen Gemeinschaftsrahmen für staatliche Umweltschutzbeihilfen erlassen²⁶. Dieser sollte nach Nummer 81 bis zum 31.12.2007 angewendet werden.

Nach Nummer 73 des Gemeinschaftsrahmens können Beihilfen zur Förderung wichtiger Vorhaben von gemeinsamem europäischen Interesse, die vorrangig Umweltschutzziele verfolgen und deren positive Auswirkungen häufig über die

²⁴ Ausnahme: Vorliegen einer De-minimis-Beihilfe (Volumen von unter 100.000 € innerhalb von 3 Jahren), Art. 2 der De-minimis-Verordnung (EG) Nr. 69/2001 vom 12.01.2001.

²⁵ Reuter/Kindereit, DVBl 2004, 537 (539).

²⁶ Kommission, Gemeinschaftsrahmen für staatliche Umweltschutzbeihilfen, ABl. EG 2001/C 37/03.

Grenzen der beteiligten Mitgliedstaaten hinausgehen, genehmigt werden. Nummer 69 des Gemeinschaftsrahmens nennt die Reduzierung von Treibhausgasen als Ziel.

Neue Leitlinien sind noch nicht in Kraft getreten. Nach Nummer 49 des nicht verbindlichen Entwurfs für die Mitgliedstaaten für die 2. multilaterale Sitzung am 05.11.2007 können Beihilfen in Verbindung mit handelbaren Umweltzertifikaten negative externe Effekte der Umweltbelastung durch Einführung marktbasierter Instrumente zur Verwirklichung von Umweltzielen auffangen. Voraussetzung für eine Genehmigungsfähigkeit nach Art. 87 III lit. c EG ist, dass die nachfolgenden Kriterien erfüllt werden²⁷:

a) Die Regelungen für handelbare Zertifikate müssen so beschaffen sein, dass Umweltschutzziele erreicht werden, die über die Ziele hinausgehen, die auf der Grundlage der für die begünstigten Unternehmen verbindlichen Gemeinschaftsnormen zu erreichen sind.

b) Die Zuteilung hat in transparenter Weise auf der Grundlage objektiver Kriterien und bestmöglicher Datenquellen zu erfolgen, und die Gesamtzahl der Zertifikate, die einem Unternehmen zu einem Preis unter ihrem Marktwert zugeteilt werden, darf nicht höher sein als sein voraussichtlicher Bedarf.

c) Die Zuteilungsmethode darf nicht bestimmte Unternehmen oder Sektoren begünstigen, es sei denn, dies ist durch die dem System innewohnende Logik gerechtfertigt oder für die Übereinstimmung mit anderen Umweltpolitiken notwendig.

d) Insbesondere dürfen Zertifikate neuen Anbietern grundsätzlich nicht zu günstigeren Bedingungen zugeteilt werden als den bereits auf dem Markt vertretenen Unternehmen. Durch die Zuteilung einer höheren Zahl von Zertifikaten an bereits etablierte Unternehmen darf der Marktzugang nicht unangemessen beschränkt werden.

²⁷ Leitlinien der Gemeinschaft für staatliche Umweltschutzbeihilfen - Entwurf für die Mitgliedstaaten für die 2. multilaterale Sitzung am 05.11.2007, Nummer 125.

Zudem muss der Beihilfe ein Anreizeffekt innewohnen und eine Notwendigkeit der Beihilfe gegeben sein²⁸.

In ihrer Entscheidung vom 29.11.2006 bezüglich des zweiten deutschen Nationalen Allokationsplans hielt die Kommission zwar das Vorliegen von staatlichen Beihilfen für möglich, zog jedoch auch eine Vereinbarkeit dieser Beihilfen mit dem allgemeinen Umweltziel in Betracht, sofern deren Umweltnutzen einen angemessenen Ausgleich für die Wettbewerbsverzerrung darstellen²⁹. Mögliche Ungleichbehandlungen müssten beseitigt werden³⁰.

b. Ausnahme nach Art. 86 II EG

Als weiterer Ausnahmetatbestand kommt Art. 86 II EG in Betracht. Danach gelten Art. 87, 88 EG nicht für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, sofern eine Anwendung dieser Vorschriften die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgaben rechtlich oder tatsächlich verhindert. Von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse sind Dienstleistungen zugunsten sämtlicher Nutzer im gesamten Hoheitsgebiet³¹. Regelmäßig wird jedoch eine Betrauung der begünstigten Unternehmen mit einer diesem Interesse dienenden Dienstleistung fehlen.

8. Ergebnis

Die vorgeschlagene Form der Versteigerung von Emissionszertifikaten verstößt nicht gegen das Beihilfenverbot der Art. 87 f. EG. Die Zuteilung gegen ein Entgelt stellt keine beihilferechtlich relevante Vorteilsgewährung dar. Selbst bei der Annahme eines Vorteils wäre eine angemessene Gegenleistung sichergestellt. Zudem lägen auch keine Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige und

²⁸ Leitlinien der Gemeinschaft für staatliche Umweltschutzbeihilfen - Entwurf für die Mitgliedstaaten für die 2. multilaterale Sitzung am 05.11.2007, Nummern 127 ff.

²⁹ Kommission, Entscheidung vom 29.11.2008, Rn. 19.

³⁰ Kommission, Entscheidung vom 29.11.2008, Rn. 25.

³¹ EuGH, U. v. 19.05.1993, Rs. C-320/91, Slg. 1993, I-2533, Rn. 15 (Corbeau).

keine Wettbewerbsverfälschung vor. Schließlich bestünde die Möglichkeit einer Genehmigung der Beihilfe durch die Kommission.

II. Grundfreiheiten

Der Formulierungsvorschlag müsste die freie Waren-, Personen-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehr zwischen den Mitgliedstaaten als ein wesentliches Element des Binnenmarktes, Art. 3 lit. c, 14 II EG, gewährleisten. In Betracht kommt eine Verletzung der Niederlassungs- und der Kapitalverkehrsfreiheit.

1. Niederlassungsfreiheit

Indem die Verordnung lediglich die Teilnahme von Anlagenbetreibern in Deutschland an der Versteigerung zulässt könnte die Niederlassungsfreiheit nach Art. 43 ff. EG verletzt sein. Die Niederlassungsfreiheit schützt die Teilnahme am Wirtschaftsleben für Beteiligte anderer Mitgliedstaaten wie für inländische Wirtschaftsbeteiligte³². Eine Beeinträchtigung läge jedenfalls im Fall der Diskriminierung, also der Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit vor. Die Maßnahme muss Inländer und EG-Ausländer tatbestandlich und in ihren Auswirkungen in gleichem Maße betreffen³³. Die vorgeschlagene Einschränkung des Teilnehmerkreises knüpft nicht an die Staatsangehörigkeit an. Nicht zugelassen werden sowohl inländische, als auch ausländische Unternehmen, die keine Anlage in Deutschland betreiben. Damit liegt keine Beeinträchtigung vor, die Niederlassungsfreiheit nach Art. 43 ff. EG ist nicht verletzt.

³² Bröhmer, in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, 3. Auflage 2007, Art. 43 EGV, Rn. 9.

³³ Bröhmer, in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, 3. Auflage 2007, Art. 43 EGV, Rn. 33.

2. Kapitalverkehrsfreiheit

Die Kapitalverkehrsfreiheit nach Art. 56 ff. EG könnte dadurch verletzt sein, dass der Formulierungsvorschlag eine Beschränkung der Zahl der zu ersteigernden Zertifikate vorsieht.

Die Kapitalverkehrsfreiheit schützt jede über die Grenzen eines Mitgliedstaates hinweg stattfindende Übertragung von Geld- oder Sachkapital, die primär zu Anlagezwecken erfolgt³⁴. Nach Anhang I der RL 88/361 gehören Geschäfte mit Wertpapieren zu den Kapitalverkehrsgeschäften. Zwar könnten Emissionszertifikate als Wertpapiere angesehen werden, jedoch dient die Versteigerung der Deckung des zur Erfüllung der Abgabepflicht aus § 6 I TEHG erforderlichen Bedarfs an Zertifikaten. Sofern der Anlagenbetreiber infolge von Emissionsminderungen die Zertifikate am Sekundärmarkt gewinnbringend veräußern kann ist dies jedenfalls nicht primäres Ziel der Versteigerung. Damit fehlt es bereits an primär Anlagezwecken dienenden Geschäften, der Anwendungsbereich der Kapitalverkehrsfreiheit ist nicht eröffnet.

Würde man eine Beeinträchtigung der Kapitalverkehrsfreiheit annehmen, so würde diese unterschiedslos inländische und EG-ausländische Unternehmen betreffen. Es käme eine Rechtfertigung wegen eines zwingenden Erfordernisses des Allgemeinwohls in Betracht³⁵. Als solches ist der Umweltschutz anerkannt³⁶. Die mengenmäßige Beschränkung der zu ersteigernden Zertifikate dient der Umsetzung der mit dem Emissionshandelssystem verfolgten Ziele. Damit wäre ein schutzwürdiges Interesse gegeben, sodass eine Beeinträchtigung der Kapitalverkehrsfreiheit jedenfalls gerechtfertigt wäre.

³⁴ Bröhmer, in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, 3. Auflage 2007, Art. 56 EGV, Rn. 8.

³⁵ Bröhmer, in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, 3. Auflage 2007, Art. 56 EGV, Rn. 58.

³⁶ Streinz, in: Streinz, EUV/EGV, 2003, Art. 30 EGV, Rn. 41.

3. Allgemeines Diskriminierungsverbot

Das allgemeine Diskriminierungsverbot des Art. 12 EG ist subsidiär zu den Grundfreiheiten und setzt zudem eine an die Staatsangehörigkeit anknüpfende Ungleichbehandlung voraus. Eine solche ist nicht gegeben. Damit ist das allgemeine Diskriminierungsverbot nicht verletzt.

4. Ergebnis

Die Grundfreiheiten des EG werden durch den Formulierungsvorschlag nicht verletzt.

III. Zulässigkeit der Versteigerung aus haushaltsrechtlicher Sicht

Ausgangspunkt für die Beurteilung der Zulässigkeit der Versteigerung aus haushaltsrechtlicher Sicht ist der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit. Dieser ist in Art. 114 II GG, § 6 I HGrG, § 7 I 1 BHO (und den entsprechenden landesrechtlichen Vorschriften) niedergelegt und findet in zahlreichen anderen Normen der BHO (§§ 8, 17 I und II, 23, 24, 26, 34 II und III, 50, 58, 64 und 65) Anklang.

Das Wirtschaftlichkeitsgebot verlangt das Erzielen eines maximalen Ergebnisses mit den vorhandenen Mitteln³⁷. Ein angemessenes Verhältnis zwischen öffentlichem Mitteleinsatz und den damit verfolgten (politischen, wirtschaftlichen und sozialen) Zielen soll angestrebt werden. Die Prüfung der Einhaltung dieses Grundsatzes hat sich damit am erstrebten Ziel zu orientieren³⁸.

Konkretisiert wird der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit in § 63 III BHO. Danach dürfen Vermögensgegenstände nur zu ihrem vollen Wert veräußert werden.

³⁷ Eibelshäuser/Nowak, in: Heuer/Engels/Eibelshäuser, Kommentar zum Haushaltsrecht, Stand: November 2007, § 7 BHO (Teil 2), A. I. 1 und 2; Helm, in: Piduch, Bundeshaushaltsrecht, Stand: Dezember 2005, § 7 BHO, Rn. 2.

³⁸ Fischer-Menshausen, in: v. Münch/Kunig, GG, Band 3, 3. Auflage 1996, Art. 114, Rn. 18.

Hintergrund für dieses Gebot ist, dass Veräußerungen unter Wert der Erhaltung der Vermögenssubstanz zuwider laufen und so zulasten des Steuerzahlers gehen³⁹.

1. Anwendbarkeit des § 63 III BHO

Fraglich ist, ob die Emissionszertifikate derartige Vermögensgegenstände darstellen. Hiergegen könnte sprechen, dass diese Zertifikate nicht vom Staat gegen ein Entgelt erworben werden müssen. Da der Veräußerung der Zertifikate kein Einsatz öffentlicher Mittel vorangeht, stellt eine Veräußerung unabhängig vom erzielten Preis jedenfalls keine Belastung des Steuerzahlers und keine Einbuße von staatlichem Vermögen dar. Zwar erfasst § 63 BHO Vermögensgegenstände, also geldwerte Sachen, Rechte und Forderungen, unabhängig davon, ob sie durch Haushaltsmittel beschafft worden sind⁴⁰, jedoch lässt die ratio der Norm in diesem Fall auf Lockerungen des Gebots der Veräußerung zum vollen Wert schließen.

2. Verletzung des § 63 III BHO

Die Veräußerung der Emissionszertifikate im Wege der angestrebten Form der Versteigerung könnte das Gebot der Veräußerung zum vollen Wert verletzen.

Nach der VV-BHO zu § 63, Rn. 2, wird der „volle Wert“ durch den Preis bestimmt, der im gewöhnlichen Geschäftsverkehr nach der Beschaffenheit des Gegenstandes bei einer Veräußerung zu erzielen wäre; dabei sind alle Umstände, die den Preis beeinflussen, nicht jedoch ungewöhnliche oder persönliche Verhältnisse, zu berücksichtigen. Ist ein Marktpreis feststellbar, bedarf es keiner besonderen

³⁹ Schmid, in: Quecke/Schmid u. a., Gemeindeordnung für den Freistaat Sachsen, Stand: Dezember 2007, § 90, Rn. 30; Lübking/Beck, Gemeindeordnung für das Land Sachsen-Anhalt, Stand: September 2007, § 105, Rn. 4.

⁴⁰ Güntzel, in: Heuer/Engels/Eibelschäuser, Kommentar zum Haushaltsrecht, Stand: November 2007, §63 BHO, A. 1.

Wertermittlung. Der „volle Wert“ ist damit dem Einschätzungsspielraum der öffentlichen Hand weithin entzogen⁴¹.

Der Marktpreis der Emissionszertifikate könnte dem Sekundärmarkt entnommen werden. Dabei ist jedoch zu beachten, dass ein umsichtiger privatwirtschaftlicher Veräußerer auf dem Sekundärmarkt andere Verkaufsabsichten hat als der Staat auf dem Primärmarkt. Letzterer verfolgt neben dem Aspekt der Wirtschaftlichkeit weiterreichende Ziele⁴².

Zwar ist davon auszugehen, dass der vorgeschlagene Versteigerungsmodus zu einem niedrigeren Preis als dem Sekundärmarktpreis führen wird, jedoch würde dies auch eine Senkung des Sekundärmarktpreises zur Folge haben.

Eine Veräußerung zum höchstmöglichen Preis wäre nur über eine Höchstgebotversteigerung zu erreichen. Diese lässt jedoch, wie bereits im Vorfeld der Versteigerung der UMTS-Lizenzen zu bedenken gegeben wurde, erhöhte Verbraucherkosten befürchten, da insbesondere spekulative Gebote möglich würden⁴³.

Ziel jedes Systems handelbarer Emissionsrechte ist es, die (politisch/ökologisch) vorgegebene Emissionsbegrenzung mit möglichst geringen volkswirtschaftlichen Kosten einzuhalten und damit zugleich auch die unvermeidbaren gesellschaftlichen Wohlstandsverluste so gering wie möglich zu halten. Dies ist nur möglich, wenn auf dem Primärmarkt ein Preis für die Zertifikate entsteht, der sich an den Grenzvermeidungskosten (GVK) orientiert. Das Erzielen eines derartigen Preises setzt jedoch voraus, dass nur Anlagenbetreiber an der Versteigerung teilnehmen, da nur

⁴¹ OVG Nordrhein-Westfalen, U. v. 08.08.1982 – 15 A 1634/81 –.

⁴² Braun, VergabeR 2006, 657 (660).

⁴³ Grzeszick, DVBl 1997, 878 (884).

diese individuelle CO₂-Vermeidungskosten haben und auf diese Weise ein sich an den GVK orientierender Versteigerungspreis entsteht⁴⁴.

Bei gebotener Berücksichtigung der mit der Versteigerung erstrebten Ziele ergibt sich, dass die gewählten Versteigerungsmodalitäten eine Veräußerung zum vollen Preis ermöglichen und kein Verstoß gegen das Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit vorliegt.

3. Möglichkeit der Schaffung von Ausnahmetatbeständen

Schließlich besteht die Möglichkeit Ausnahmen von der Veräußerung zum vollen Wert gemäß § 63 III 2 BHO durch Haushaltsvermerke im Haushaltsplan zuzulassen. Auch das Haushaltsgesetz selbst oder ein anderes Gesetz kann Ausnahmen vorsehen. Fehlt es der Ausnahmeregelung an einer hinreichenden Bestimmtheit, so hat die Verwaltung nach pflichtgemäßem Ermessen und unter Abwägung des Bundesinteresses über den Veräußerungswert zu entscheiden⁴⁵.

Zwar kann nach § 63 IV BHO das Bundesministerium der Finanzen darüber hinaus Ausnahmen zulassen, wenn der Wert gering (unter 25.000 €) ist oder ein dringendes Bundesinteresse besteht, jedoch werden beide Varianten kaum erfüllt sein.

4. Ergebnis

Der Formulierungsvorschlag sieht eine Veräußerung der Zertifikate zum vollen Wert vor und verletzt nicht § 63 BHO. Es liegt damit ebenso kein Verstoß gegen den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit der Haushaltsführung vor. Wäre keine Veräußerung zum vollen Wert gegeben, so wären Ausnahmen im Haushaltsplan oder durch das Bundesministerium der Finanzen denkbar.

⁴⁴ Martini/Gebauer, ZUR 2007, 225 (234).

⁴⁵ Güntzel, in: Heuer/Engels/Eibelshäuser, Kommentar zum Haushaltsrecht, Stand: November 2007, §63 BHO, D. 4.

IV. Endergebnis

Dem Formulierungsvorschlag stehen weder das EG-Beihilferecht, noch die EG-Grundfreiheiten, noch das nationale Haushaltsrecht entgegen.