

Wettbewerbsverfälschungen durch die klimapolitische Gesetzgebung der EU ?

*Anmerkungen zur CO₂-Richtlinie (ETS) und ihrer europarechtlichen
Umsetzung aus ordnungspolitischer und staatsrechtlicher Sicht*

MARKUS C. KERBER*

Occasional Paper Nr. 2009/1

*Der Autor, Prof. Dr. iur, lehrt an der TU Berlin, Institut für VWL und Wirtschaftsrecht sowie am Institut des Etudes Politiques, Paris.

Zusammenfassung

Die Durchführungslegislation der Europäischen Kommission zur Umsetzung der CO₂-Richtlinie vom 18.12.2008 (ETS) belegt das Defizit an Gewaltenteilung im Verfahren der Europäischen Gesetzgebung und veranschaulicht das Spannungsverhältnis zwischen der vermeintlichen ökologischen Ratio des neuen ETS und der (fast willkürlichen) Beliebigkeit seiner Anwendung auf die energieerzeugende und energieverbrauchende Industrie. Angesichts der Fehlschätzungen der Emissionsvolumina durch die Kommission könnte sich die darauf fußende Berechnung der Höchstzahl von Emissionszertifikaten und damit die gesamte ETS-Richtlinie als unverhältnismäßig erweisen.

Die besagte Richtlinie zur Ausweitung des CO₂-Emissionszertifikate-Handels ist nach ihrem Wortlaut ein Katalog inapplikabler Ausnahmebestimmungen zur Erlangung des Rechts der Gratis-Allokation von Emissionszertifikaten zugunsten jener Industriezweige mit hohem Energieverbrauch und starker Handelsintensität ausserhalb der EU. Da die rechtssichere Ableitung dieser tatbestandlichen Voraussetzungen aus Statistiken nicht durchweg möglich ist, erfolgt im Rahmen des Komitologie-Verfahren ein *bargaining* zwecks legislativer Präzisierung der vorgenannten Branchen. Dieser überwiegend technokratisch geprägte, nicht dagegen rechtlich strukturierte Prozess, dessen Intransparenz hervorsteht, ist nicht nur ein formaler Makel der Legislation, sondern ein inhaltliches Manko, das ggf. erst durch ein Musterverfahren der betroffenen Unternehmen vor dem EuGH unter Berufung auf den Gleichbehandlungsgrundsatz geklärt werden kann.

Unabhängig von einer solchen gerichtlichen Überprüfung wäre die fehlende Beachtung des Gleichbehandlungsgrundsatz (also des Verbots der Ungleichbehandlung gleicher Sachverhalte) ein weiterer Grund, die klimapolitische Gesetzgebung der EU als eine Quelle von Wettbewerbsverfälschungen anzusehen. Die Verfälschung des Wettbewerbs zugunsten von Unternehmen in Ländern ohne ETS (China, Brasilien, USA, Indien) liegt auf der Hand. Die direkte Begünstigung von Unternehmen in Polen (durch Subventionen) und die indirekte Favorisierung in Frankreich (85% des Energiebedarfs werden durch Atomstrom gedeckt) sind umso problematischer als sie innerhalb des europäischen Binnenmarktes stattfinden. Die willkürliche Ungleichbehandlung von Unternehmen mit starkem Energiebedarf und hoher Handelsintensität außerhalb der EU würde die EU Kommission mit dem Vorwurf konfrontieren, den Telos der EU- „ein System, das den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarktes vor Verfälschungen schützt“ (Art. 3 I g.) EGV, völlig aus den Augen verloren zu haben.

Abstract

The executive legislation initiated by the European Commission to implement the ETS Directive approved by the European Parliament on December 18th 2008 proves the institutional mess in the procedure of European legislation and gives further weight to doubts as to whether the ecological ratio of ETS and its application will turn out to be a source of competitive restraints rather than an improvement of entrepreneurial competitiveness. This is even truer after the Commission's erroneous overestimate of emissions data in 2005 after their release in 2006 which qualify ETS as legally disproportionate. More ETS-regulation giving free allowances to energy consuming industries of exposed sectors (carbon leakage) is a catalogue of exemptions impossible to determine precisely without executive legislation elaborated by the Commission. This bargaining is taking place within the "nether world" of comitology thus leaving doubts as to the true respect of the rule of law set by the new ETS Directive:

As a matter of fact the definition of sectors exposed to the risk of carbon leakage entitles the industries concerned to claim the allocation of free allowances and thus to be treated equally to those industries expressly mentioned in statistical qualifications such as the NACE-code. As a matter of fact the NACE-Code is merely mentioned in Consideration N° 19 of the Directive as a possible method to identify and evaluate the sectors of industry menaced by carbon leakage: This method "should" only be applied "as a starting point" "where appropriate". Consideration N° 19 is therefore far from focusing the implementation of Art. 10 a N° 9 following on the NACE-Code.

However the identification of the industries outlined is legally constrained to abide by the principle of equal treatment ruled by the European Court of Justice as a cornerstone of Community Law. Apart from this legal constraint which the Commission will have to take into consideration anyway, there is an obvious economic reason for equal treatment of similarly exposed sectors: If industries are equally exposed to the risk of carbon leakage, the recourse to arbitrary statistical methods without reference to the factual situation, would make the Commission an agent to distort competition instead of being the guardian of the Treaty. Thus the Commission would forget the guiding objective of the European Economic Community as established in Art. 3 I g.: "a system which protects competition within the internal market against distortions."

Übersicht

- I. Vorbemerkung und Fragestellungen
- II. Rechtsstaatlichkeit und Gewaltenteilung
 1. Gibt es für die CO₂-Richtlinie (ETS) eine ausreichende Ermächtigungsgrundlage
 2. Hat der Ministerrat gegenüber den durchführenden Rechtsakten zur neuen CO₂-Richtlinie (ETS) ein Veto?
 3. Das Spezifikum der Durchführungslegislation: Die Kommission als faktischer Souverän
 4. Materiell-rechtliche Schranken für die Europäische Kommission als Durchführungslegislator, insbesondere der Gleichbehandlungsgrundsatz
 5. Was folgt aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit für die Durchführungslegislation bei ETS ?
- III. Binnenmarkt und Klimapolitik durch ETS: Muß sich der Telos des EGV („unverfälschter Wettbewerb“) der Klimapolitik unterordnen?
 1. Klimapolitik *versus* Wettbewerb ?
 2. Die empirisch-quantitative Erfassung der Auswirkungen der Klimapolitik auf die Wettbewerbsfähigkeit

I. Vorbemerkung und Fragestellungen

Mit Datum vom 23.1.2008 hatte die Europäische Kommission einen Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 2003/87/EG zwecks Verbesserung und Ausweitung des EU-Systems für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten vorgelegt. Eine Änderung der im Anhang III genannten Kriterien schien im Komitologieverfahren nicht möglich. Daher wurde das Mitentscheidungsverfahren nach Art. 251 EGV gewählt. Nach intensiver interner Beratung im Europäischen Parlament¹ sowie im Trilog zwischen Kommission, EP und Rat² wurde das sogenannte Energiepaket und hierunter fallend auch die vorgenannte Richtlinie nach einem entsprechenden Beschluss im Europäischen Rat am 11./12.12.2008 vom Europäischen Parlament am 17.12. in erster Lesung angenommen. Die besagte Richtlinie (im folgenden CO₂-Richtlinie) gilt gem. Art. 251 IV EGV als erlassen und am 20. Tage nach ihrer Veröffentlichung im Amtsblatt der Europäischen Union in Kraft getreten.³

Parallel dazu erging die Richtlinie zur Einbeziehung des Luftverkehrs in das System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten in der Gemeinschaft.⁴ Das ETS-Konzept steht also vor der flächendeckenden Anwendung.

Die Diskussion über die ordnungspolitische Legitimität der ETS-Richtlinie und ihre europarechtliche Umsetzung ist gleichwohl nicht beendet. Im Gegenteil: Angesichts der Ergebnisse von Gutachten, die von der Bundesregierung in Auftrag gegeben wurden⁵, darf mit einer fortgesetzten Auseinandersetzung über die ökonomische und ökologische Ratio des ETS (also des Emissionszertifikatshandels) gerechnet werden. Hinzu kommen die problematischen Spezifika der europarechtlichen Durchführungslegislation der CO₂-Richtlinie. Legislaturisch ist das „Klimapaket“ weit davon entfernt, applikatives Recht und damit für die Mitgliedstaaten verbindlich zu sein. So machen weite Bereiche der CO₂-Richtlinie – so insbesondere die Vorschriften zur Harmonisierung der kostenfreien Zuteilung – eine Durchführungslegislation durch die Europäische Kommission erforderlich, um die Anwendbarkeit der Richtlinie überhaupt zu ermöglichen. Zur Erarbeitung dieser Durchführungslegislation ist die Europäische Kommission gem. Art. 202 letzter Spiegelstrich EGV sowie Art. 211

¹ So durch Bericht von MdEP Doyle am 11. Juni 2008 mit nachfolgender Beratung und Abstimmung in der Umweltkommission des Parlamentes am 7. Oktober 2008.

² So am 6.11., 11.11., 17.11., 25.11., 4.12. und 13.12.

³ Diese Veröffentlichung steht noch aus. Bezug genommen wird auf den Text der Richtlinie mit Stand vom 18.12.2008.

⁴ Richtlinie 2008/101/EG des EP und des Rates v.19.11.2008 zur Änderung der Richtlinie zur Einbeziehung des Luftverkehrs in das System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten in der Gemeinschaft ABl. Der EU v. 13.1.2009 L 8/3.

⁵ Vgl. „Analyse des von der EU-Kommission am 23. Januar 2008 vorgelegten Energie- und Klimapakets im Hinblick auf die gesamtwirtschaftlichen und sektoralen Auswirkungen beim produzierenden Gewerbe in Deutschland“, vorgelegt von EEFA Energy Environment Forecast Analysis GmbH & Co KG im Auftrag der Bundesregierung im Dezember 2008.

letzter Spiegelstrich EGV berechtigt und verpflichtet⁶. Unabhängig davon, wie man zu dem sich anschließenden Komitologieverfahren (dem Zusammenwirken von Europäischer Kommission und Ministerialbeamten der nationalen Ministerialbürokratien) steht⁷, sollen die Essentialia der CO₂-Richtlinie nunmehr im Komitologieverfahren bis 31.12.2009 implementiert werden.

Die folgenden Ausführungen greifen ordnungspolitische Bedenken⁸ auf und weisen staatsrechtliche Bruchstellen der CO₂-Richtlinie(ETS) und ihrer Durchführungslegislation hin.

Hierdurch möge außerhalb der Brüsseler Institutionen die Fachöffentlichkeit in den Mitgliedstaaten sensibilisiert werden, noch bevor die Durchführungslegislation zur ETS-CO₂-Richtlinie dem Rat zur Abstimmung vorgelegt wird.

⁶ Näheres regelt der Beschluss des Rates vom 28. Juni 1999 zur Festlegung der Modalitäten für die Ausübung der der Kommission übertragenen Durchführungsbefugnisse, ABl. EG vom 17.7.1999 L 184/23.

⁷ Bejahend: *Ulrich Haltern*, Europarecht, Tübingen 2005, S. 136. Er wertet Komitologie als markantes Beispiel für den Integrationsmodus der Netzwerkkoordination und als ein interessengerechtes und vernünftiges Mittel der Komplexitätsbewältigung und des flexiblen Politikmanagements.

a.A: *Ernst-Joachim Mestmäcker*, Wandlungen in der Verfasstheit der Europäischen Gemeinschaft, zitiert nach: Mestmäcker: Wirtschaft und Verfassung in der Europäischen Union, 2. ergänzte Aufl., Baden-Baden 2006, S. 67 ff.

⁸ So bereits *Carl Christian v. Weizsäcker*, „Rationale Klimapolitik“, FAZ v. 2.1.09, S. 12.

II. Rechtsstaatlichkeit und Gewaltenteilung

1. Gibt es für die CO₂-Richtlinie (ETS) eine ausreichende Ermächtigungsgrundlage?

Gegen den Vorschlag einer Richtlinie des Europäischen Rats und Parlaments zwecks Verbesserung und Ausweitung des EU-Systems für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten (Änderung der Richtlinie 2003/87 EG)⁹ hatte die Bundesregierung erwogen, Klage vor dem EuGH zu erheben. Sie sah es nicht für erwiesen an, dass die angegebene Rechtsgrundlage des Art. 175 i. V. m. den umweltpolitischen Zielen des Art. 174 EGV die Zentralisierung des Handels mit Treibhausgasemissionszertifikaten rechtfertige¹⁰. Art. 175 EGV nennt nur die Kompetenz des Rates, im Verfahren des Art. 251 EGV über das Tätigwerden der Gemeinschaft zur Erreichung der in Art. 174 EGV genannten Ziele zu beschließen. Art. 174 EGV spricht davon, dass die Umweltpolitik der Gemeinschaft zur Verfolgung der nachstehenden Ziele beiträgt: Die Nutzung, Erhaltung und Schutz der Umwelt sowie Verbesserung ihrer Qualität, Schutz der menschlichen Gesundheit, umsichtige und rationale Verwendung der natürlichen Ressourcen, Förderung von Maßnahmen auf internationaler Ebene zur Bewältigung regionaler und globaler Umweltprobleme. Art. 174 EGV unterstellt also die Existenz einer gemeinschaftlichen Umweltpolitik, ohne dass eine solche operationell im Vertrag beschrieben wird. Allein die in Art. 174 EGV genannten Zielsetzungen ließen es dem europäischen Gesetzgeber also unverzichtbar erscheinen, gem. Art. 175 EGV eine Richtlinie zur Zentralisierung des gesamten Treibhausgasemissionszertifikathandels zu erlassen. Dies mag umweltpolitisch sinnvoll erscheinen. Indes lässt es sich mitnichten als ein gebotener Rechtsakt aus dem EG-Vertrag herleiten, der mit den übergeordneten Grundsätzen von Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit vereinbar wäre.

Doch die Europäische Kommission ist in ihrer Entscheidung vom 29.11.2006 zum Entwurf des deutschen Allokationsplans für die Zuteilungsperiode 2008 bis 2012 in ihrer diskretionär-zentralistischen Rechtspraxis ein Stück weiter gegangen.

Die Bundesregierung sowie alle anderen EU-Mitgliedsstaaten waren verpflichtet, der Europäischen Kommission im Juni 2006 die Entwürfe ihrer Zuteilungspläne für die vorgenannte Zuteilungsperiode zu übermitteln. Diese Entscheidung der Mitgliedstaaten ist von weitreichender wirtschafts-, energie- und umweltpolitischer Bedeutung, weil sie die Gesamtzuteilungsmenge und die Regeln für die Zuteilung der Emissionszertifikate an die Anlagenbetreiber festlegt¹¹. Der Zuteilungsentwurf der Bundesregierung sah für die in Rede stehende Periode 2008 bis 2012 die Zuteilung einer jährlichen Kohlendioxidmenge von 482 Mio. Tonnen an die

⁹ KOM 2008/0013 (COD).

¹⁰ Vgl. hierzu Spiegt/Hamer „Emissionshandel: Zertifikatebewirtschaftung durch Brüssel“, NVwZ 8/2007, S. 867 ff.

¹¹ Vgl. www.consilium.europa.eu/uedocs/cmsunderscoredata/docs/pressdata/de/ec/93139.pdf

emissionshandelspflichtigen Anlagen vor. In ihrer Entscheidung vom 29.11.2006 teilte die Kommission mit, dass eine Teilmenge in Höhe von 29 Mio. Tonnen der Gesamtzuteilungsmenge entzogen werden müsse und bezog sich dabei auf bestimmte Kriterien des Anhangs Nr. 3 der Europäischen Emissionshandelsrichtlinie¹². Die Kommissionsentscheidung, die sich gegen das Konzept der sogenannten periodenübergreifenden Zuteilungsregeln wandte, ist in der deutschen Literatur einhellig als eine Verletzung des Gemeinschaftsrechts verurteilt worden.¹³ Das Schrifttum wirft der Kommissionsentscheidung vor, sie missachte den Gestaltungsspielraum, der den Mitgliedstaaten bei der Aufstellung der nationalen Allokationspläne nach der Emissionshandelsrichtlinie zustehe. Ihr stehe lediglich eine Rechtmäßigkeitsprüfung im Hinblick auf die Einhaltung der Kriterien in Anhang III der besagten Richtlinien zu. Indes sei sie nicht befugt, ihre eigenen binnenmarkt- und umweltpolitischen Erwägungen an die Stelle des jeweiligen Mitgliedstaates zu setzen.

Dieser im Schrifttum unwidersprochenen Auffassung ist deshalb beizupflichten, weil es angesichts der Beschränkung des Emissionshandelssystems auf Kohlendioxid sowie bestimmter Anlagen des Sektors Industrie und Energie der Abfassung der nationalen Reduktionsverpflichtungen in Form einer Richtlinie den Mitgliedstaaten hätte überlassen bleiben müssen, mit welchen Maßnahmen sie diese Reduktionsverpflichtung erfüllen. Wenn es in diesem Zusammenhang unterschiedliche Methoden zur Bestimmung der Gesamtzuteilungsmenge aufgrund der Richtlinie gab, war die national ermittelte Gesamtzuteilungsmenge nicht deshalb rechtsfehlerhaft, weil die Bundesregierung eine Ermittlungsmethode angewandt hatte, die sich von derjenigen der Europäischen Kommission unterschied. Dies verkannte die Europäische Kommission und maßte sich in dem besagten Fall an, aufgrund einer Richtlinie die eigene Berechnungsmethode als ausschließlich gültig zugrunde zu legen. Sie erreichte damit im Ergebnis, dass ihr de facto von den Mitgliedstaaten die Befugnis zugestanden wurde, zentral die Zuteilungsmenge an CO₂-Emissionen für die jeweiligen Mitgliedstaaten festzulegen und lediglich darauf zu warten, dass die nationalen Vorschläge sich den eigenen Vorstellungen anpassen würden. Dies ist auch die mittelfristige Zielsetzung der Kommission. Sie arbeitet darauf hin, dass ab dem Jahre 2013 ein einheitliches europäisches Maximum besteht sowie harmonisierte Zuteilungsregeln gelten werden.

Aus alledem wird deutlich, wie wenig sich die Europäische Kommission an die ihr zur Verfügung stehenden Handlungsformen (Richtlinien) hält und eine Rechtsentwicklung antizipiert, die sie für politisch wünschenswert hält, ohne über eine dafür ausreichende Ermächtigungsgrundlage zu verfügen.

¹² Richtlinien 2003/ 87/EG des EB und des Rates vom 13.12.2003, Amtsblatt EG Nr. L 275, S. 32.

¹³ Vgl. Spieth/ Hamer NVwZ 2007, S. 867 ff.

2. Hat der Ministerrat gegenüber den durchführenden Rechtsakten zur neuen CO₂-Richtlinie (ETS¹⁴) ein Veto?

Von erheblicher, wenn nicht entscheidender Bedeutung für das Wirksamwerden der CO₂-Richtlinie¹⁵ ist die Frage, ob sowohl für die Richtlinie als auch für die Durchführungslegislation (vgl. Art. 211 letzter Spiegelstrich i.V.m. Art. 202 EGV 3. Spiegelstrich EGV) das Einstimmigkeitsprinzip gilt. Auf diese Weise hätte Deutschland im Rat die Befugnis, beide Rechtsakte im Wege eines Vetostimmrechts zu blockieren.

Zu dieser Rechtsfrage liegen gutachterliche Meinungsäußerungen von *Christian Seiler*¹⁶ sowie von *Ferdinand Kirchhof*¹⁷ vor.

Unter Bezugnahme auf den Vorschlag einer Richtlinie vom 23.1.2008¹⁸ erörtert *Seiler* die unterschiedlichen Ermächtigungsgrundlagen. Er würdigt das Vorhaben der Kommission, einen Marktmechanismus zu erzeugen, der dem Emittenten Kosten aufbürdet und gleichzeitig die von ihnen eingesetzten Gelder in umweltpolitisch effiziente Investitionen lenkt. Hierzu werde eine bewusst knapp berechnete Menge zulässigen CO₂-Gesamtausstoßes aller Betreiber bestimmter Anlagen festgelegt und diese dann in Form spezieller Zertifikate auf die einzelnen Anlagen heruntergebrochen. Der Mangel an Emissionszertifikaten solle durch eine entgeltpflichtige Versteigerung derselben verstärkt werden, damit ein deutlich unverzerrtes und langfristiges CO₂-Preissignal gesetzt werde. Diese kostenpflichtige Versteigerung solle demnächst zum Grundprinzip der Zuteilung von Emissionszertifikaten werden. Die von den Mitgliedsländern vorzunehmende Versteigerung würden signifikante Erträge zugunsten der nationalen Haushalte erzeugen. *Seiler* zerniert unter Hinweis auf das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung (Art. 5 I EGV) die zulässigen Ermächtigungsgrundlagen für die vorgenannte Richtlinie:

- Stuft man das im Rahmen der Versteigerung anfallende Entgelt als Steuer ein, so würde die spezielle Harmonisierungskompetenz gem. Art. 93 EGV in Betracht kommen.
- Sieht man in der CO₂-Richtlinie einen Fall der allgemeinen Binnenmarktverwirklichungskompetenz gem. Art. 95 I EGV, so würde dies voraussetzen, dass es sich nicht um Bestimmungen über Steuern gem. Art. 95 II EGV handele.

¹⁴ ETS Emission Trade System.

¹⁵ Gemeint ist die Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 2003/87/EG zwecks Verbesserung und Ausweitung des EU-Systems für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten vom 18.12.2008.

¹⁶ Prof. Dr. Christian Seiler, Universität Erfurt, Die Versteigerung von CO₂-Emissionszertifikaten im Lichte des europäischen Kompetenz- und Verfahrensrechts, erstattet am 3.11.2008 für den Verband der Chemischen Industrie.

¹⁷ Prof. Dr. Ferdinand Kirchhof, Mitglied des 2. Senats des Bundesverfassungsgerichts, Lehrstuhl für Öffentliches Recht an der Universität Tübingen, The need for a unanimous decision in the EC Council with regard to a directive on emissions trading, erstattet am 22.10.2002 für BASF AG, E.ON AG, RWE AG, Gesamtverband des Deutschen Steinkohlebaus.

¹⁸ Amtsblatt EU 2008 Nr. C 118/3.

- Ein Tätigwerden der Gemeinschaft zur Erreichung der in Art. 174 EGV genannten umweltpolitischen Ziele gem. Art. 175 I EGV würde indessen voraussetzen, dass es sich nicht um Vorschriften „überwiegend steuerlicher Art“ gem. Art. 175 II EGV Ziff. a handelt.

Entsprechend der abgabenrechtlichen Qualifikation der Versteigerungsentgelte verhalten sich die Rechtsfolgen unterschiedlich:

- Sind Entgelte bei Emissionszertifikaten Steuern oder steuerähnliche Abgaben, so wäre die zwingende Folge Einstimmigkeit im Europäischen Rat (Art. 175 II a, Art. 95 II EGV sowie Art. 93 EGV). *Seiler* thematisiert ausführlich den Steuer- und Abgabenbegriff im EGV und erinnert daran, dass diese Begriffe nicht sachgebietsübergreifend einheitlich und auch nicht notwendigerweise deckungsgleich mit dem deutschen Begriffsverständnis im EGV verwandt worden sind. Das bislang vorbildlose Instrument eines Entgelts für die Zuweisung von Emissionszertifikaten ist nach deutsch-rechtlichem Verständnis erst dann als Steuer einzuordnen, wenn eine konkrete Gegenleistung für die so entrichtete Abgabe fehlt. Da dies hier angesichts des Ziels der Verteuerung der Betriebstätigkeit erkennbar nicht der Fall sei, scheide Art. 95 EGV als Kompetenzgrundlage wegen Art. 95 II EGV aus. Es handele sich auch nicht um sonstige indirekte Steuern i.S.v. Art. 93 EGV. Daher komme lediglich Art. 175 EGV als Kompetenzgrundlage in Betracht. Ob indessen ein Tätigwerden der Gemeinschaft im Rahmen des Art. 251 EGV erlaubt sei, oder gem. Art. 175 II EGV eine einstimmige Entscheidung des Rates wegen der Befassung mit Vorschriften überwiegend steuerlicher Art (Art. 175 II a EGV) zu fördern, sei fraglich.

Da der Vertrag lediglich von Vorschriften überwiegend steuerlicher Art spreche, um den Tatbestand des Einstimmigkeitserfordernisses zu definieren, sei bei einer funktionalen Betrachtungsweise die Einstimmigkeit im Rat zur Beschlussfassung über die Richtlinie erforderlich. Dem entspreche auch eine systematische Interpretation: Art. 93 EGV für sogenannte indirekte Steuern sowie Art. 95 II EGV für Steuern als auch Art. 175 EGV für steuerähnliche Abgaben verlangten einheitlich die Einstimmigkeit der Beschlussfassung im Rat.

Aus sämtlichen vorgetragenen Gesichtspunkten plädiert *Seiler* daher für eine einstimmige Beschlussfassung im Rat bei bloßer Anhörung des Europäischen Parlaments.

Das Rechtsgutachten von *Kirchhof* aus dem Jahre 2002 bezieht sich auf den damaligen Entwurf der Kommission für eine Richtlinie über ein System für den Handel mit Treibhausgaszertifikaten in der Gemeinschaft¹⁹.

Kirchhof kommt im Ergebnis²⁰ zu ähnlichen Schlussfolgerungen wie *Seiler*. Seine Begründung fällt lediglich wortklauberischer aus. Gleichermaßen wird thematisiert, was Finalität der Versteigerung von Emissionszertifikaten ist: Angesichts des Nebeneinanders

¹⁹ COM (2001) 581 Final, ABl. 2002/C75E/330.

²⁰ vgl. F. Kirchhoff S. 29 ff. der Ausführungen.

von zwei Komponenten (Umweltschutz und Einnahmeerzielung durch die Mitgliedstaaten) hält *Kirchhof* die Entgelte für Emissionszertifikate jedenfalls im Ergebnis für steuerähnliche Abgaben i.S.v. Art. 175 II a EGV²¹.

Dementsprechend folgert *Kirchhof*: Die CO₂-Richtlinie zur Schaffung eines Systems für den Handel mit Treibhausgaszertifikaten in der Gemeinschaft kann nur durch einstimmigen Ratsbeschluss gem. Art. 251/175 II EGV herbeigeführt werden.

3. Das Spezifikum der Durchführungslegislation: Die Kommission als faktischer Souverän

Gem. Art. 211 EGV²² i.V.m. Art. 202 EGV²³ überträgt der Rat der Kommission die Durchführungsbefugnisse für die Rechtsakte, die er erlässt. Diese Übertragung begründet originäre Entscheidungsbefugnisse der Kommission, die diese i.d.R. nach Beratung durch einen aus Experten der Mitgliedstaaten bestehenden Ausschuss wahrnimmt (Komitologie). Der Begriff der Durchführung ist durch die Rechtsprechung des EuGH konkretisiert worden. Danach ist „Durchführung“ weit zu verstehen und umfasst auch einen umfangreichen Handlungs- und Beurteilungsspielraum²⁴. Indessen müssen wesentliche Fragen aber in dem Übertragungsbeschluss geregelt sein. Die Einzelheiten der Übertragung von Durchführungsbefugnissen sind nach schwieriger Debatte zwischen den einzelnen Institutionen erstmals durch Beschluss des Rates 1999/468/EG v. 28.6.1999²⁵ geregelt worden²⁶.

Für die hier in Rede stehen CO₂-Richtlinie (ETS) und ihre Auswirkungen ist die Durchführungslegislation von entscheidender Bedeutung. Dies hat u.a. folgende Bewandnis: in Art. 10 a der CO₂-Richtlinie wird die übergangsweise Harmonisierung der kostenfreien Zuteilung von Emissionszertifikaten geregelt. Hierin erteilt sich die Kommission selbst eine Ermächtigung „bis zum 31. Dezember 2010 gemeinschaftsweite und vollständig harmonisierte Durchführungsmaßnahmen für die Zuteilung der in den Abs. 3 – 6 und Abs. 8 genannten Zertifikate einschließlich eventuell erforderlicher Vorschriften für eine einheitliche Anwendung von Abs. 9 e“ zu erlassen. Art. 10 a Abs. 8 zielt darauf, im Jahre 2013 bis 2020 Anlagen in Sektoren bzw. Teilsektoren, „in denen ein erhebliches Risiko der Verlagerung von CO₂-Emissionen besteht“, gem. Art. 10 a Abs. 1 Zertifikate in Höhe von 100% der anhand der in Abs. 1 genannten Maßnahmen vorgegebenen Menge kostenfrei zuzuteilen. Die

²¹ Vgl. S. 38 der Ausführungen.

²² (vierter Spiegelstrich).

²³ (dritter Spiegelstrich).

²⁴ EuGH RS. 121/83, Zuckerfabrik Franken, Slg. 1984, 2039, 2058.

²⁵ ABl. 1999 L184/23.

²⁶ Eine umfassende Revision dieser Regelung erfolgte durch Beschluss 2006/512/EG des Rates v. 17.7.2006, ABl. 2006 L200/11.

Ermittlung der in Abs. 8 genannten Sektoren und Teilsektoren erfolgt gem. Art. 10 a Abs. 9 bis zum 31.12.2009 und danach alle fünf Jahre durch die Kommission nach Erörterung im Europäischen Rat und zwar auf der Grundlage der in den Abs. 9 a, 9 b, 9 c und 9 d genannten Kriterien. Die Frage, wann ein Sektor bzw. Teilsektor einem erheblichen Risiko einer Verlagerung von CO₂-Emissionen ausgesetzt ist, wird im Wege einer Vermutung geregelt. Gem. Art. 10 a Abs. 9 b der CO₂-Richtlinie wird die Verlagerung von CO₂-Emissionen bzw. das erhebliche Risiko einer Verlagerung von CO₂-Emissionen angenommen, wenn

- a) die Summe der direkten und indirekten zusätzlichen Kosten dieser Richtlinie einen erheblichen Anstieg der Produktionskosten, gemessen in Prozenten der Bruttowertschöpfung, um mindestens 5% bewirken würde;
- b) die EU-externe Handelsintensität, definiert als das Verhältnis des Gesamtwerts der Ausfuhren in Drittstaaten zzgl. des Wertes der Einfuhren aus Drittstaaten zur Gesamtgröße des Gemeinschaftsmarkts (jährlicher Umsatz plus Gesamteinführung), 10% übersteigt.

Unbeschadet dieser Vermutung²⁷ wird zusätzlich das Risiko einer erheblichen Verlagerung von CO₂-Emissionen angenommen, wenn

- „die Summe der direkten und indirekten zusätzlichen Kosten dieser Richtlinie einen erheblichen Anstieg der Produktionskosten, gemessen in Prozenten der Bruttowertschöpfung, um mindestens 30% bewirken würde;
- die EU-externe Handelsintensität, definiert als das Verhältnis des Gesamtwerts der Ausfuhren in Drittstaaten zzgl. des Wertes der Einfuhren aus Drittstaaten zur Gesamtgröße des Gemeinschaftsmarktes (jährlicher Umsatz plus Gesamteinfuhren) 30% übersteigt“.

Hieraus wird ersichtlich, wie gewaltig die Definitionsmacht der Kommission als Durchführungslegislator ist. Selbst unjuristische Beobachter, die die ETS-Politik der Kommission seit Jahren wohlwollend verfolgen und prinzipiell befürworten, sprechen von einer „diskretionären Praxis“ der Kommission²⁸. Ihr steht es sogar auch nach Festlegung der vorgenannten Liste von Sektoren und Teilsektoren anhand von Kriterien die Möglichkeit offen, jedes Jahr auf Eigeninitiative oder auf Wunsch eines Mitgliedstaates dem gem. Abs. 8 von Art. 10 a genannten Verzeichnis einen Sektor bzw. Teilsektor hinzuzufügen, wenn in einem analytischen Bericht nachgewiesen werden kann, dass der betreffende Sektor und Teilsektor den unten genannten Kriterien im Anschluss an eine Änderung, die erhebliche Auswirkungen auf die Tätigkeit dieser Sektoren hat, entspricht (Art. 10 a Abs. 9 S. 2). Doch damit nicht

²⁷ Es hier dahinstehen, ob es sich um eine widerlegbare Vermutung oder um eine Fiktion handelt.

²⁸ So insbesondere die Erprobungszeit des ETS: Ellerman, The EU Emission Trading Scheme: A Prototype Global System ? Discussion Paper 08-02/August 2008 S. 9.

genug: gem. Art. 10 a Abs. 9 c kann die Liste der Sektoren und Teilsektoren mit erheblichem Risiko einer Verlagerung von CO₂-Emissionen im Anschluss an eine qualitative Bewertung erneut ergänzt werden.

Angesichts dieser weitgehenden Gestaltungsmöglichkeiten der Kommission im Einvernehmen mit den Mitgliedern der entsprechenden Fachausschüsse ist es nicht verwunderlich, dass die Rechtmäßigkeit der im Ausschussverfahren erlassenen Durchführungsmaßnahmen grundsätzlich der Kontrolle durch den EuGH unterliegt. Eine erneute Anhörung des Europäischen Parlaments bleibt indessen erforderlich, wenn der Ausschuss eine bedeutende Rolle bei der Durchführung des Basisrechtsaktes hat und durch die Änderung des Ausschussverfahrens das globale Gleichgewicht der Zuständigkeitsverteilung zwischen Kommission und Rat entscheidend beeinflusst wird.

4. Materiell-rechtliche Schranken für die Europäische Kommission als Durchführungslegislator, insbesondere der Gleichbehandlungsgrundsatz

Obwohl die Europäische Kommission im Benehmen mit den Ministerialausschüssen (Comitology) die vorgeh. sehr weitgehenden Gestaltungsbefugnisse bei der Durchführungslegislation zur CO₂-Richtlinie behält, wird sie sich materiell-rechtlich von der Bindung an den Gleichbehandlungsgrundsatz nicht lösen können. Dieser besagt, dass ohne eine entsprechende Rechtfertigung gleiche Sachverhalte nicht unterschiedlich behandelt werden dürfen. Die Bedeutung des Gleichbehandlungsgrundsatzes für die abschließende Erstellung der in Art. 10 a Abs. 8 genannten Liste liegt auf der Hand. Die Berücksichtigung bestimmter Unternehmen im Rahmen von Art. 8 muss nicht nur den dort genannten Kriterien entsprechen. Vielmehr muss die Verweigerung, bestimmte Unternehmen in die in Abs. 8 genannten Sektoren aufzunehmen, neben einem sachlichen Rechtfertigungsgrund hinreichend Gründe enthalten, warum im Vergleich zu den anderen Unternehmen, die zwischen 2013 – 2020 Gratiszertifikate erhalten, eine Gleichbehandlung verweigert wird.

Der Gleichbehandlungsgrundsatz im Zusammenhang mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gehört zu den überragenden Rechtsgrundsätzen, die der Europäische Gerichtshof jedenfalls in abstracto zugrunde legt.

In der Rechtssache Arcelor Atlantique et Lorraine hat der Europäische Gerichtshof mit Urteil vom 16.12.2008 in dem hier interessierenden Kontext der CO₂-Richtlinie die Reichweite des Gleichbehandlungsgrundsatzes präzisiert. Die im Vorhabentscheidungsverfahren vorgelegte Frage betraf die Vereinbarkeit des mit einer Gemeinschaftsrichtlinie eingeführten Systems des Handels mit Emissionszertifikaten für Treibhausgase mit dem Gleichheitsgrundsatz. Sie erforderte eine komplexe tatsächliche Würdigung. Arcelor hatte vor dem französischen Verwaltungsgerichtshof (Conseil d'Etat) auf Nichtigkeit jener Vorschrift im

Durchführungsdekret der CO₂-Richtlinie 2003/87 CE vom 13. Oktober 2003 geklagt, die ihrerseits den Text des Anhangs der betreffenden Richtlinie hinsichtlich der dort erwähnten industriellen Branchen und der erwähnten Gase übernommen hatte.

Arcelor, ein Unternehmen der stahlerzeugenden und stahlverarbeitenden Industrie, war der Rechtsauffassung, dass ihm solange keine wirksamen Rechtspflichten durch die CO₂-Richtlinie auferlegt werden können, wie vergleichbare Industriebranchen – also die Aluminium- und Plastikbranche – von diesen Verpflichtungen dispensiert seien. Da nach französischem Verfassungsrecht kein Differenzierungsverbot aufgrund eines Gleichbehandlungsgrundsatzes bestand, legte der französische Verwaltungsgerichtshof dem EuGH die Frage vor, ob die CO₂-Richtlinie (2003/87) mit dem gemeinschaftsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz in dem Maße vereinbar sei, wie sie das gemeinschaftsweite System des Handels von Emissionszertifikaten und Emissionsquoten auf die Stahlbranche anwende, ohne gleichzeitig die Aluminium- und Plastikindustrie einzubeziehen²⁹.

Der EuGH hat in der Sache die Unvereinbarkeit der betreffenden Vorschrift im Durchführungsdekret der Französischen Republik mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz im Gemeinschaftsrecht verneint. Obwohl man die Begründung nur partiell nachvollziehen kann, gibt sie Aufschluss über die Art und Weise, wie sich der gemeinschaftsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz bei der Frage der Bestimmung der Sektoren und Teilsektoren gem. Art. 10 a Abs. 9 b und c auswirken wird.

Der EuGH hat zunächst implizit die prinzipielle Zulässigkeit der CO₂-Richtlinie 2003/87 unter Berufung auf die Ermächtigungsgrundlage des Art. 175 EGV bejaht und – unter Hinweis auf die Argumente des Generalanwalts sich der Frage genähert, ob die Schlechterbehandlung der stahlerzeugenden Industrie im Verhältnis zur Aluminium- und Plastikindustrie mit dem gemeinschaftsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz vereinbar sei. Dabei hat er vorab darauf hingewiesen, dass es sich bei der CO₂-Richtlinie um ein legislatives Experimentierfeld - also ein Pioniervorhaben - handele. Angesichts des unmittelbar einleuchtenden Handlungsbedarfs aufgrund des (weitgehend unterstellten) Zusammenhangs zwischen CO₂-Emissionen und Klimawandel habe der Gemeinschaftsgesetzgeber ein besonders weites Handlungsermessen, das vom EuGH ohnehin nur auf grobe Fehler bei den sachlichen Erwägungen überprüft werden könne³⁰. Er würdigt eingehend die vom Parlament, Rat und Kommission vorgelegten Gutachten aus dem Jahre 2001. Hiernach würden die CO₂-Emissionen der Stahlindustrie - jedenfalls im Jahre 1990 - ein Vielfaches der

²⁹ Vgl. EuGH cit. op Rn 22.

³⁰ EuGH op cit Rn 57. Der Generalanwalt geht in seiner Würdigung auf diese statistischen Erhebungen sehr viel genauer ein. Er weist auf die Statistik des Europäischen Registers zur Umweltverschmutzung durch Emissionen für das Jahr 2001 hin. Hiernach hätten die Emissionen des Chemiesektors insgesamt 5,35% und die des Aluminiumsektors 2% der globalen Emissionen der Industrietätigkeiten in der Europäischen Union ausgemacht, während sich die des Stahlsektors auf 5,4% und die des Sektors Glas, Keramik und Baustoffe auf 2,7% und des Sektors Papier und Druck auf 1% beliefen. Indessen hätten diese Zahlen nicht zugrunde gelegt werden können, weil sie nicht zwischen unmittelbaren und mittelbaren Emissionen der jeweils betroffenen Sektoren unterschieden haben.

vergleichbaren Emissionen von Chemieindustrie sowie der nicht eisenerzeugenden Industrie darstellen. In Anbetracht der experimentellen Phase der Richtlinie 2003/87³¹ sieht der EuGH in der Freistellung von Chemie- und Plastikindustrie im Vergleich zur Stahlindustrie durch die CO₂-Verordnung keine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes³².

Obwohl das Urteil weder im Ergebnis noch in der Begründung in vollem Umfang überzeugt, weil es einmal mehr dem Gemeinschaftsgesetzgeber ein m.E. zu weit gehendes Gestaltungsermessen zubilligt und ihn sogar hinsichtlich der Tauglichkeit der vorgeschlagenen Maßnahmen von einer gerichtlichen Kontrolle faktisch freistellt, ermöglichen die Urteilsgründe jene Argumente zu zernieren, die der Kommission vorgehalten werden können, um sie auf eine Gleichbehandlung ökonomisch gleicher Sachverhalte bzw. vergleichbarer Branchen „festzulegen“.

Mustergültig fasst der Generalanwalt³³ das argumentative Prüfungsschema des EuGH zusammen:

„Befasst sich die beschränkte Kontrolle (des EuGH, Anm. d. Verf.) mit der Einhaltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes, lässt sie sich schematisch wie folgt darstellen:

- Der Gerichtshof untersucht erstens, ob die Differenzierungen des Gesetzgebers objektiven Kriterien genügen, d.h. in Verbindung mit einem rechtlich zulässigen Ziel stehen, das die betreffende Gesetzungsmaßnahme verfolgt;
- Der Gerichtshof – ebenfalls in dem Bestreben, Willkür zu verhindern – achtet auch auf die Wahrung der internen Kohärenz der betreffenden Gesetzgebungsmaßnahme, d.h. auf die Einhaltung der vom Gesetzgeber gewählten objektiven Kriterien und deren Gewichtung, zu der dieser sich entschlossen hat;
- Schließlich prüft der Gerichtshof die Übereinstimmung zwischen der geschaffenen unterschiedlichen Behandlung und dem verfolgten Ziel und beschränkt sich unter diesem Blickwinkel häufig auf die Prüfung, ob die Maßnahme nicht offensichtlich ungeeignet ist.

Damit hätte die Kommission einen klaren Maßstab, um im Rahmen der durchführenden Rechtsakte die unbestimmten Rechtsbegriffe – insbesondere bei

³¹ Der Generalanwalt weist auf die prinzipielle Möglichkeit hin, gem. Art. 30 der Richtlinie im Lichte der Erfahrungen bei der Anwendung dieser Vorschrift die Überwachung der Treibhausgasemissionen administrativ anzupassen.

³² Vgl. EuGH op cit Rn. 69 ff.

³³ Schlussanträge des Generalanwaltes vom 21.5.2008, RS 10/127/07, Rn. 36.

den von der Gefahr des *carbon leakage* betroffenen Industrien – auszufüllen, ohne sich dem Vorwurf der willkürlichen Ungleichbehandlung auszusetzen.

5. Was folgt aus dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit für die Durchführungslegislation bei ETS ?

Der auch im europäischen Gemeinschaftsrecht geltende Grundsatz der Verhältnismässigkeit bedeutet, dass nicht nur die Regelungsziele von Eingriffen in Freiheit und Eigentum sachlich vertretbar sein müssen, sondern die Eingriffe selbst zur Erreichung des Ziels geeignet, erforderlich und zumutbar sind³⁴.

Die Eignung des ETS – so räumt die Richtlinie implizit ein³⁵ – steht in Frage, wenn andere Industrieländer oder Großemittenten dem erwarteten internationalen Übereinkommen nicht beitreten. Denn dies könnte die globale Limitierung von Treibhausgasemissionen dadurch im Ergebnis unmöglich machen, dass ein Anstieg von Emissionen in jenen Ländern bewirkt wird, deren Industrien nicht an vergleichbare CO₂-Auflagen gebunden sind. Diese Gefahrenlage – mithin als *carbon leakage* bezeichnet – bewegte den Richtliniengesetzgeber dazu, jene Industrien, die aufgrund ihres Energieverbrauchs und ihrer Handelsintensität wenn nicht gezwungen, so doch motiviert wären, ihre Standorte in CO₂-regulierungsfreie Länder zu verlagern, sämtliche Emissionszertifikate kostenfrei zuteilen. Diese in Art. 10 a der Richtlinie präzisierte Ausnahme ist also nicht etwa die Privilegierung bestimmter Sektoren, vergleichbar mit den Ausnahmebereichen vom Kartellverbot. Vielmehr handelt es um eine legislative Prävention des Richtliniengesetzgebers, um dem Verdikt der Unverhältnismässigkeit zu entgehen. Demzufolge ist die in Art. 10 a I Nr. 8 vorgesehene Gratiszuteilung von Emissionszertifikaten an jene Industrien, die dem Risiko des *carbon leakage* ausgesetzt sind, ein gebundener Verwaltungsakt. Die jeweiligen Unternehmen haben somit einen Anspruch auf Gratis-Zuteilung der Emissionszertifikate bzw. auf die Aufnahme in die gem. Art. 10 a Ziff. 9a ff. genannte Liste. Denn diese Listung ist wiederum Voraussetzung für die Gratis-Zuteilung von Zertifikaten. Dementsprechend ist auch die Listung ein gebundener Verwaltungsakt, für den der Verhältnismässigkeitssatz vollumfänglich gilt. Wird nicht sämtlichen von der Gefahr des *carbon leakage* betroffenen Unternehmen der Anspruch von Gratis-Zertifikatszuteilung zuteil, sind sie berechtigt, diesen Vorgang gerichtlich zu überprüfen. Mehr noch: Die ETS-Richtlinie läuft Gefahr, in toto als gemeinschaftsrechtswidrig qualifiziert zu werden, wenn ein Mitgliedstaat oder ein betroffenes Unternehmen den EuGH um rechtliche Überprüfung ersucht.

³⁴ Vgl. zur Bedeutung des Verhältnismässigkeitssatzes in der Rechtsprechung des EuGH Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl., München 2004, § 3 Rn 54.

³⁵ Vgl. ETS-CO₂-Richtlinie vom 18.12.2008 Erwägungsgrund N° 19.

Sollte es zu einer solchen gerichtlichen Überprüfung kommen, wird sich der EuGH nicht wie in der Rechtssache *Arcelor-Mittal* unter Hinweis auf die grundsätzliche Eignung des ETS zur Erreichung des klimapolitischen Ziels der Reduktion von CO₂-Emissionen begnügen können. Denn die Zuteilungskategorien für Emissionszertifikate belohnen nicht die emissionssparende Energieerzeugung bzw. den Energieverbrauch. So weisen *Benz/Sturm* unwidersprochen daraufhin, dass in Deutschland ein Kohlekraftwerk ca. doppelt soviel Zertifikate wie ein neues Gaskraftwerk erhält, obwohl letzteres die gleiche Stromleistung liefert.³⁶ Derartige Fehlanreize führen nicht zu den gewünschten Investitionen in CO₂-ärmere Technologien.

³⁶ *Benz/Sturm*. Weichenstellung für den europäische Emissionshandel, Wirtschaftsdienst 2008, S. 810-813.

III. Binnenmarkt und Klimapolitik durch ETS: Muß sich der *telos* des EGV („unverfälschter Wettbewerb“) der Klimapolitik unterordnen?

Die Analyse der Ausnahmebestimmungen der ETS-Richtlinie unter dem Gesichtspunkt des angewandten Gleichbehandlungsgrundsatzes bedarf der Ergänzung durch eine wettbewerbliche Betrachtung der Folgen des ETS im allgemeinen und der wettbewerblichen Wirkungen von diskriminierenden Zuteilungen von (Gratis)- Emissionszertifikaten im konkreten.

1. Klimapolitik versus Wettbewerb ?

Art. 3 I g EGV normiert als Aufgabe der EG „ein System, das den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarktes vor Verfälschungen schützt“ zu schaffen. Dafür enthält der EGV seit Gründung der EGW verschiedene Instrumente, vornehmlich die Wettbewerbspolitik, bereit. Diese normative Ausrichtung der EG auf ein System unverfälschten Wettbewerbs geht einher mit dem *telos* des Binnenmarkts gem. Art. 14 EGV. Dieser wird definiert als ein Raum ohne Binnengrenzen mit freiem Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital³⁷. Zur Durchsetzung dieses Binnenmarktes enthält der EGV in Art. 12 ein Verbot der Diskriminierung auf Grund der Staatsangehörigkeit, auf das sich Personen und Unternehmen unmittelbar berufen können³⁸.

Die ETS-Richtlinie vom 18.12.2008 veranlasst die Mitgliedstaaten zur Diskriminierung von energieerzeugenden und energieverbrauchenden Unternehmen, indem sie externe (Umwelt)-Kosten als unternehmensinterne Kosten weiterreicht. Ab 2013 wird sie Unternehmen dazu zwingen, je nach Ausmaß ihrer CO₂-Emissionen hierfür Genehmigungszertifikate zu erwerben; zunächst im Rahmen einer Gratis-Zuteilung und ab 2013 gegen Entgelt. Bestimmte Kategorien von Unternehmen (carbon leakage exposed sectors) werden hiervon - zeitlich befristet- durch Gratiszuteilungen ausgenommen. Die Frage einer sachlichen Rechtfertigung dieser Sonderbehandlung ist bisher nie gestellt worden, weil umweltpolitische Postulate eine Legitimität *eo ipso* entfalten. Umso mehr dürfte nach der rechtlichen Legalität der CO₂-Richtlinie(ETS) – jenseits des EuGH-Urteils Arcelor/Mittal – zu fragen sein.

Denn gegenüber den tradierten Grundsätzen der EG (Wettbewerb /Binnenmarkt /Diskriminierungsverbot) nimmt sich die Rechtsgrundlage der vorgeh. Richtlinie spärlich aus. Gem. Art. 175 EGV trägt die Umweltpolitik der EG zur Verfolgung der nachgenannten Ziele, so der Erhaltung und dem Schutz der Umwelt, bei. Im Unterschied zum *telos* von Wettbewerb und Binnenmarkt handelt es sich um Postulate für eine mögliche Politik nicht dagegen um Ermächtigungsnormen für eine Pflichtaufgabe der Gemeinschaft. Dementsprechend kontrovers ist die Verbindung

³⁷ Vgl. Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, München 2004 § 2 Rn. 6 ff.

³⁸ Vgl. des näheren Mestmäcker/Schweitzer aaO § 2 Rn 39 ff.

des ETS mit der gemeinschaftsrechtlich begründeten Einnahmeerzielung durch die Mitgliedstaaten thematisiert worden.³⁹

Daraus folgt eindeutig: Im Falle einer Kollision der Klimapolitik mit den Grundsätzen von Wettbewerb und Binnenmarkt hat das auf Grund von Art. 175 EGV ergangene Sekundärrecht der Gemeinschaft keinen Vorrang. Verfälschungen des Wettbewerbs und Hindernisse bei der Verwirklichung des Binnenmarktes durch ETS wären daher rechtlich relevant und würden eine Rechtspflicht der zuständigen Dienststellen der Kommission (Generaldirektionen Wettbewerb und Binnenmarkt) begründen, ermittelnd – tätig zu werden.

Die wettbewerblich sensiblen Punkte des ETS springen ins Auge:

- Das ETS ist – wie *Denny Ellerman*⁴⁰ zutreffend ausführt – das erste multinationale „cap-and trade system for greenhouse gases“. Auf Grund dieser Einzigartigkeit ergibt sich nicht nur die akademische Fragestellung, ob das ETS als Prototyp dienen könne, sondern stellt sich die praktische Frage, welche Wirkungen davon ausgehen, zumal es zunächst keinerlei Nachahmer finden wird. Denn die wesentlichen außereuropäischen Industrienationen wie USA, Indien, China und Brasilien lehnen das ETS entweder definitiv ab (China) oder verschieben seine Implementierung auf unbegrenzte Zeit (USA). Indessen geht die CO₂-Richtlinie (ETS) von nahezu unmittelbar bevorstehenden internationalen Klimaabkommen aus⁴¹. Zu erwarten ist, dass der ETS-Klimaschutz in der EG bei den Verweigererländern zu mehr Wirtschaftswachstum auf Grund der Produktionsausweitung der energieintensiven Industrie verbunden mit steigenden CO₂-Emissionen führen wird. Indessen dürfte im Vorreiterkontinent Europa die Wettbewerbsfähigkeit der energienintensiven Industrie nachlassen⁴² und Anreize zur Verlagerung der Produktion in Verweigererländer geschaffen werden. Dies sei im folgenden die geopolitische Wettbewerbsverfälschung zu Lasten der europäischen Industrie genannt.
- Die Gewährung von Gratiszertifikaten gem. Art. 10 a VIII ETS-Richtlinie an Industrien, für die ein erhebliches Risiko der Verlagerung von CO₂-Emissionen ermittelt wurde, ist für sich genommen schwerlich diskriminierungsfrei zu handhaben. Eine diskriminierende Gewährung oder

³⁹ Vgl. die Ausführungen unter II. 1.)

⁴⁰ Denny Ellerman, The EU Emission Trading Scheme: Prototype Global System ? Discussion Paper 08-02/ August 2008.

⁴¹ Vgl. Vgl. ETS-CO₂-Richtlinie vom 18.12. 2008 Erwägungsgrund N° 3 und 6 Gem. Erwägungsgrund N° 3 sollen die klimapolitischen Verpflichtungen der EU nur gelte, sofern sich andere Industrieländer zu vergleichbaren Emissionsänderungen verpflichten.

⁴² Vgl. hierzu des näheren III.2.)

Verweigerung ist aber nicht nur unter dem Gesichtspunkt des Gleichbehandlungsgrundsatzes gemeinschaftsrechtsrelevant, sondern enthält ein Potential von Wettbewerbsverfälschungen innerhalb des Binnenmarktes.

- Die Privilegierung von Energieerzeugern in den jüngst beigetretenen Mitgliedstaaten (Polen) geht zu Lasten der Betreiber hochmodernen gering emittierender Anlagen z.B. in Deutschland. Gleichzeitig erhält die französische Industrie auf Grund der überwiegenden Deckung ihres Energiebedarfs durch Nuklearenergie (85%) einen massiven Wettbewerbsvorteil.
- Schließlich ist die gem. Art. 10 a IVa ETS-Richtlinie bestehende Befugnis der Mitgliedstaaten, Industrien, für die erhebliches Risiko einer Verlagerung von CO₂-Emissionen ermittelt wurde, finanziell unterstützen, „um die auf den Strompreis abgewälzten Kosten der Treibhausgasemissionen auszugleichen...“ hochproblematisch. Zwar steht diese Befugnis unter dem Vorbehalt der Vereinbarkeit mit den Regeln des EGV für staatliche Beihilfen gem. Art. 87 EGV⁴³. Doch kann diese „Vereinbarkeit“ wohl kaum ohne die Klärung des Rangverhältnisses zwischen wettbewerblich orientierten Beihilfenvorschriften und klimapolitischen Postulaten gelöst werden. Denn staatliche Beihilfen im o.gen. Sinne sind *per se* wettbewerbsverfälschend und kaum auf ihre Zweckerreichung kontrollierbar.

2. Die empirisch-quantitative Erfassung der Auswirkungen der Klimapolitik auf die Wettbewerbsfähigkeit

Baron u.a. haben trotz dieser wettbewerbssensiblen Punkte der bisherigen ETS – Praxis attestiert, die Wettbewerbsfähigkeit der europäischen Industrie nicht beeinträchtigt zu haben⁴⁴. Sie untersuchen den *impact* von ETS in bestimmten Branchen (Zement, Stahl, Öl-Raffinerie, Aluminium) und kommen unter Anwendung quantitativer Methoden zum vorgenannten Ergebnis. Diese mit abstrakten Methoden gewonnene Erkenntnis steht im Widerspruch zum protestativen Aufschrei der betroffenen Industrie. *Benz/Sturm* räumen dagegen unumwunden ein, dass selbst das fortgesetzte Verschenken von Emissionszertifikate den Verlust von Marktanteilen der betroffenen Unternehmen nicht wird verhindern können.⁴⁵

⁴³ Vgl. zum rechtlichen Rahmen für staatliche Beihilfen zum Umweltschutz : Europäische Kommission Abl. V. 3.2.2001 C 37/3 ff.

⁴⁴ Baron, Lacombe, Quirion, Reinaud, Walter, Trotignon: Competitiveness under the EU Emissions Trading Scheme, Working Draft.

⁴⁵ Benz/Sturm, Wirtschaftsdienst 2008 S. 810 f.

Im Auftrag der Europäischen Kommission haben *Peterson/Klepper* vom Kieler Institut für Weltwirtschaft⁴⁶ die Wirkung der EU-Klima-Politik auf die Wettbewerbsfähigkeit untersucht. Sie definieren zunächst, dass mit Wettbewerbsfähigkeit im Sinne ihrer Untersuchung die Fähigkeit einer Industriebranche – und nicht eines Einzelunternehmens – gemeint sei, sich auf Exportmärkten zu behaupten⁴⁷. Die Studie fragt demzufolge danach, wie sich Industriebranchen – und nicht welches Einzelunternehmen – auf Exportmärkten – trotz der Klimapolitik der EU werden behaupten können. Sie versucht des weiteren, im Weg des DART-Modells⁴⁸ die komparativen Nachteile der EU-Klimapolitik für die europäische Industrie zu quantifizieren. Im Ergebnis bewerten *Peterson/Klepper* die Beeinträchtigungen als gering, räumen allerdings ein, dass für die energieverbrauchende Industrie komparative Nachteile entstanden. Dabei verweisen sie auf frühere Berechnungen des Revealed Comparative Advantage (RCA), die – auf der hypothetischen Allokation von Emissionszertifikaten fußend – bereits zu ähnlichen Ergebnissen kam⁴⁹. Entscheidender Einfluß auf die Wohlfahrtsverluste des jeweiligen Mitgliedstaates der EU gehe vom Nationalen Allokationsplan aus⁵⁰. Ob es für die Begründung dieses Ergebnisses eines Modells bedurfte, ist nicht immer nachvollziehbar. Davon abgesehen beschränken sich *Peterson/Klepper* auf die Untersuchung jener Branchen, die vom ETS besonders betroffen sind. Die hier festgestellten – also als messbar behaupteten – Verluste der Wettbewerbsfähigkeit⁵¹ in der stark energieverbrauchenden Industrie würden durch die verbesserte Wettbewerbsfähigkeit in der verarbeitenden Industrie (und Gewerbe) kompensiert⁵².

Alexeeva-Tabi/Böhringer/Moslener haben bereits 2007 den Begriff der Wettbewerbsfähigkeit vertiefend thematisiert und die Ansätze zur Messung der Beeinträchtigung derselben durch das ETS erweitert.⁵³ Sie differenzieren nicht nur zwischen einzelunternehmerischer und sektoraler Wettbewerbsfähigkeit, sondern

⁴⁶ Peterson/Klepper, The Competitiveness Effects of the EU Climate Policy, Kiel Working Papers N° 1464/November 2008.

⁴⁷ Ebenda S. 6.

⁴⁸ Dynamic Applied Regional Trade Model. Dieses Modell (vgl. Hierzu die ausführlich Erklärungen bei Peterson/Klepper, Ebenda S. 27 ff) ist eine multi-regionale, Mehr-Sektor Agregation der Weltwirtschaft, die 22 Regionen und 11 Branchen einschließlich der Energiewirtschaft umfasst. Das Modell geht von wettbewerbsoptimalen Faktorenmärkten aus und berücksichtigt als exogene Faktoren Bevölkerungswachstum, Sparquote, Arbeitsproduktivität und Kapitalrentabilität. Es berücksichtigt lediglich CO₂-Emissionen und die darauf Bezug nehmende Klimapolitik der EU.

⁴⁹ Klepper/Peterson, The EU Emissions Trading Scheme: Allowance Prices, Trade Flows, Competitiveness Effects, European Environment 14 (4), S. 201-218.

⁵⁰ Peterson/Klepper aaO S. 27.

⁵¹ Die Rede ist vom relative word market share (RWS).

⁵² Peterson/Klepper aaO S. 27.

⁵³ Alexeeva-Tabi/Böhringer/Moslener: Climate Policy and Competitiveness: An Economic Impact Assessment of EU Leadership in Emission Regulation. Beitrag zum 2.Workshop on Energy and Technology am 13.7.2007 in Dresden.

stellen neben diese beiden Kategorien die „nationale Wettbewerbsfähigkeit“.⁵⁴ Diese Wettbewerbsfähigkeit einer gesamten Volkswirtschaft messe sich im Unterschied zur betriebswirtschaftlichen und sektoralen Wettbewerbsfähigkeit nicht an der „ability to earn or to sell“ sondern an der „ability to attract“. Damit schliessen *Alexeeva-Tabi/Böhringer/Moslener* eine gedankliche Lücke Im Verhältnis zum Ansatz von *Peterson/Klepper*. Sie betrachten nicht nur die Wirkung der EU-Klimapolitik auf die Exportperformance einer Branche oder eines Unternehmens. Vielmehr stellen sie auf die Auswirkungen des ETS für die gesamte Volkswirtschaft ab. Dies hat den Vorteil, nicht nur ETS-bedingte komparative Nachteile für Sektoren zu messen, sondern den Wettbewerbsnachteil eines Standorts in der Zukunft zu untersuchen.

Hellsichtig sind die Feststellungen von *Alexeeva-Tabi/Böhringer/Moslener* zum Potential von Wettbewerbsverfälschungen durch *free riding* von Ländern bei Klimagesetzgebung oder ihrer Anwendung. Länder wie die USA, China, Indien und China halten an ihrer Verweigerungshaltung gegen über ETS solange fest, wie sie von den Wettbewerbsvorteilen, die durch das ETS in Europa im Wege des carbon leakage bei ihnen entstehen, profitieren können. Die Pionier-Gesetzgebung der EU bei ETS, die -ohne Rücksicht auf eine gleichgerichtete Parallel-Initiative der genannten Länder- voranschreite, könne also eine länger dauernde Verweigerungshaltung von USA, China, Indien und Brasilien geradezu provozieren⁵⁵. Daher schlagen *Alexeeva-Tabi/Böhringer/Moslener* vor, das Ausmaß des Leakage zu quantifizieren. Denn: „Leakage rates reflect the impact of sub-global emission abatement strategies on comparative advantage.“⁵⁶

Im Ergebnis bejahen *Alexeeva-Tabi/Böhringer/Moslener* die beeinträchtigenden Wirkung der EU-Klimapolitik (insbesondere des ETS) auf die Wettbewerbsfähigkeit der energieerzeugenden und -verbrauchenden Unternehmen, verbinden dies allerdings mit der -ggf. tröstlichen- Behauptung, dass im gleichen Maße die nur gering zur CO₂-Emission beitragenden Industrie ihre Wettbewerbsfähigkeit verbessere⁵⁷.

Da nach alledem am negativen *impact* der EU-Klimapolitik auf die Wettbewerbsfähigkeit und die Verwirklichung des Binnenmarkts nicht gezweifelt werden kann, sondern lediglich dessen Messbarkeit und Ausmaß in der Wissenschaft kontrovers sind, haben *Alexeeva-Talebi/Löschel/Mennel*⁵⁸ den Vorschlag unterbreitet, die Verlagerung energieintensiver Industrien ins außereuropäische Ausland durch Umweltzölle (border tax adjustments) und integrierten Emissionshandel zu mindern. Danach sollen Umweltzölle auf importierte Güter (die frei von ETS produziert wurden)

⁵⁴ *Alexeeva-Tabi/Böhringer/Moslener* aaO S. 4 ff.

⁵⁵ Ebenda S.8 f.

⁵⁶ Ebenda.

⁵⁷ Auf die hierzu vorgenommenen Simulationen (*Alexeeva-Tabi/Böhringer/Moslener* aaO S. 11 ff.) kann nur hingewiesen werden. Indessen muß eine detaillierte Auseinandersetzung hiermit unterbleiben.

⁵⁸ *Alexeeva-Talebi/Löschel/Mennel*, Climate Policy and the Problem of Competitiveness: Border Tax Adjustments or Integrated Emission Trading? ZEW Discussion Paper N° 08-061.

erhoben werden und ferner Importeure (entsprechend der mit der Produktion der Importgüter verbundenen Emissionen) verpflichtet werden, CO₂-Zertifikate zu erwerben. Dieser Vorschlag belegt die Komplexität all jener Maßnahmen, mit Hilfe derer die durch das ETS zu erwartenden Wettbewerbsverfälschungen zu korrigieren wären. Es ist zwar in den Erwägungsgründen zur ETS-Richtlinie vom 18.12.2008 immer wieder die Rede von der Verhinderung von Wettbewerbsverfälschungen⁵⁹ sowie von der Verwirklichung des Binnenmarktes. Indessen blendet die Kommission die Problematik in operationeller Hinsicht aus. Hier tut sich also ein weites Feld auf, das bestellt zu werden nicht aufgeschoben werden kann. Es sei denn, die Wissenschaft will dabei Schrittmacher sein, die *anima* der EG – Wettbewerb und Binnenmarkt- der Klimapolitik zu opfern.

⁵⁹ Vgl. Erwägungsgründe NR. 13 a, 17 a.

Schrifttum

Alexeeva-Tabi/Böhringer/Moslener: Climate Policy and Competitiveness: An Economic Impact Assessment of EU Leadership in Emission Regulation. Beitrag zum 2. Workshop on Energy and Technology am 13.7.2007 in Dresden (http://www.tu-dresden.de/wwwbwleeg/events/enerday/2007/Paper/Alexeeva_Talebi_paper.pdf)

Baron, Lacombe, Quirion, Reinaud, Walter, Trotignon: Competitiveness under the EU Emissions Trading Scheme, Working Draft

Alexeeva-Talebi/Löschel/Mennel: Climate Policy and the Problem of Competitiveness: Border Tax Adjustments or Integrated Emission Trading? ZEW Discussion Paper N° 08-061

Benz/Sturm: Weichenstellung für den europäischen Emissionshandel, Wirtschaftsdienst 2008, S. 810-813

EEFA Energy Environment Forecast Analysis GmbH & Co.KG: Analyse des von der EU-Kommission am 23. Januar 2008 vorgelegten Energie- und Klimapakets im Hinblick auf die gesamtwirtschaftlichen und sektoralen Auswirkungen beim produzierenden Gewerbe in Deutschland, Dezember 2008

Ellerman, Denny: The EU Emission Trading Scheme: A Prototype Global System? Discussion Paper 08-02/August 2008

Halter, Ulrich: Europarecht, Tübingen 2005

Kirchhof, Ferdinand: The need for a unanimous decision in the EC Council with regard to a directive on emissions trading, 2002

Klepper/Peterson, The EU Emissions Trading Scheme: Allowance Prices, Trade Flows, Competitiveness Effects, European Environment 14 (4), S. 201-218

Mestmäcker, Ernst-Joachim: Wirtschaft und Verfassung in der Europäischen Union, Baden-Baden 2006

Mestmäcker/Schweitzer: Europäisches Wettbewerbsrecht, München 2004

Peterson/Klepper: The Competitiveness Effects of the EU Climate Policy, Kiel Working Papers N° 1464/November 2008



Seiler, Christian: Die Versteigerung von CO₂-Emissionszertifikaten im Lichte des europäischen Kompetenz- und Verfahrensrechts, Universität Erfurt 2008

Spiehl/Hamer: Emissionshandel: Zertifikatebewirtschaftung durch Brüssel, NVwZ 8/2007

von Weizsäcker, Carl Christian: Rationale Klimapolitik, FAZ 02.01.2009