

# Marcel Raschke/Andreas Fisahn

## Emissionshandel – falscher Marktglaube

Der Emissionshandel gilt als zentrales Mittel, um dem Klimawandel zu begegnen. Von Beginn an zeigt die Durchführung des Emissionshandels jedoch, dass er die an ihn gestellten Erwartungen nicht erfüllen kann. Er ist in seiner Ausgestaltung anfällig für die Interessen von Lobbyisten. Dies sind die Erfahrungen der ersten Handelsperiode, aber auch die jüngsten Änderungen sind davon geprägt, dass das System durch die Wahrung von partikularen Wirtschaftsinteressen geschwächt wird.

### *I. Grundlagen*

Das Kyoto-Protokoll ist ein 1997 beschlossenes Zusatzprotokoll zur Ausgestaltung der Klimarechtsrahmenkonvention.<sup>1</sup> Es legt völkerrechtlich verbindliche Zielwerte für den Ausstoß von Treibhausgasen fest.<sup>2</sup> In Artikel 3 Abs. 1 des Protokolles verpflichten sich bestimmte Vertragsparteien ihre Treibhausgasemissionen zwischen 2008 und 2012 um durchschnittlich 5 % gegenüber den Emissionen im Jahr 1990 zu reduzieren. Art. 17 setzt wesentlich auf das ökonomische Instrument des Emissionshandels.<sup>3</sup> Die Idee des Emissionshandels ist es, dass der Ausstoß schädlicher Emissionen einen Preis am regulierten Markt bekommt. Für diesen Preis wird ein Markt künstlich festgelegt, es wird bestimmt, wie viel Emissionen insgesamt verursacht werden dürfen, und jeder Marktteilnehmer bekommt das Recht, eine bestimmte Menge an Emissionen zu verursachen. Will ein Emittent mehr Emissionen verursachen, muss er hierfür eine Berechtigung (Zertifikat) auf dem Markt erwerben. Jemand, der seine Berechtigungen nicht voll ausnutzt, kann die nicht genutzten Rechte verkaufen. So soll es sich lohnen, Emissionen zu vermeiden. Die Obergrenze der zulässigen Emissionen soll sicherstellen, dass die Umwelt nur soweit belastet wird, wie es verträglich erscheint. Um die Reduktionsverpflichtungen zu erfüllen, sinkt diese Obergrenze stetig. So soll der Emissionsausstoß sukzessive reduziert werden. Das Konzept wird auch als „cap-and-trade“ bezeichnet, wobei „cap“ für die Begrenzung der Emissionen steht und „trade“ für den Handel des begrenzten Gutes Treibhausgas. Das Kyoto-Protokoll nennt drei flexible Mechanismen zur Emissionsverringerung. Dies sind neben dem Emissionshandel erstens noch die sog. Joint Implementation (JI), bei der ein Industriestaat einem Teil seiner Reduktionsverpflichtung in Zusammenarbeit mit einem anderen Industriestaat oder einem im Übergang zur Marktwirtschaft befindlichen Staat im Ausland nachkommt. Zweitens kennt das Protokoll noch den „Clean Development Mechanism (CDM)“, der eine Zusammenarbeit von Industriestaaten und Entwicklungsländern erlaubt.<sup>4</sup> Letzterer wird sperrig ins Deutsche übersetzt als Mechanismus für umweltverträgliche Entwicklung. Ein Industrieland kann hier in einem anderen Staat Klimaschutzprojekte durchführen und sich die eingesparten Emissionskontingente für sein

1 Rahmenübereinkommen der Vereinten Nationen über Klimaveränderungen vom 9.5.1992.

2 Buck/Verheyen, in: Koch, Umweltrecht, 2.Aufl. 2007, § 1, Rn.56, Rn. 86.

3 Die sog. „flexiblen Instrumente“ des Protokolls finden sich in den Artikeln 6, 12 und 17 des Protokolls.

4 Vgl. Sattler, Der Handel mit Treibhausgaszertifikaten in der Europäischen Union, 2004, S. 19 f; Winkler, Klimaschutzrecht, 2005, S. 89.

eigenes Emissionsziel gutschreiben lassen. Im Gegensatz zum Emissionshandel sind diese Kontingente an tatsächliche Maßnahmen gekoppelt.

Hinter diesen beiden Instrumenten, die sich also grundsätzlich nur darin unterscheiden, welche Länder beteiligt sind, steckt die Idee, dass es dem globalen Klima egal ist, an welcher Stelle auf der Erde Emissionen eingespart werden oder emittiert werden. Aus Kostengründen kann es jedoch eine Rolle spielen, wo die Emissionen eingespart werden.

2003 wurde der EU-Emissionshandel beschlossen. Die EU hat insgesamt bis Ende 2012 die Pflicht zur Reduzierung der Treibhausgasemission um 8 % gegenüber 1990 übernommen. Diese Gesamtverpflichtung wurde in einem Lastenverteilungsverfahren („Burden Sharing“) auf die einzelnen EU-Mitgliedstaaten in unterschiedlich starker Weise umgelegt, so dass z.B. auf Deutschland ein Reduktionsziel von 21 % entfällt.<sup>5</sup> Rechtsgrundlage ist die Emissionshandelsrichtlinie (Richtlinie 2003/87/EG), die am 13. Oktober 2003 in Kraft trat. Ihre Wirkungen entfaltet sie seit dem 1.1.2005, seit diesem Zeitpunkt existiert der Emissionshandel in der EU. National wurde die Emissionshandelsrichtlinie mit dem Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz (TEHG) in deutsches Recht umgesetzt. Darin wird die Deutsche Emissionshandelsstelle des Umweltbundesamtes (DEHSt) mit der Ausgabe von Zertifikaten und der Überwachung der Emissionen beauftragt. Die Zuteilung von Emissionsberechtigungen ist im Zuteilungsgesetz geregelt. Neben den gesetzlichen Grundlagen wurden bereits im Vorfeld die sogenannten Nationalen Allokationspläne beschlossen, kurz als NAP bezeichnet oder als NZP (Nationaler Zuteilungsplan).<sup>6</sup>

Es hat bisher zwei Zuteilungsperioden gegeben.<sup>7</sup> Die erste betraf den Zeitraum von 2005-2007, die zweite den Zeitraum von 2008-2012. Für die erste Zuteilungsperiode ist das Zuteilungsgesetz 2007 (ZuG 2007) beschlossen worden, für die zweite das ZuG 2012. Die rechtlichen Grundlagen für die verbindliche Zuteilung der Emissionszertifikate finden sich daher im TEHG, im aktuellen ZuG 2012 sowie erlassenen Rechtsverordnungen wie der ZuV 2012. Ferner existiert das Projekt-Mechanismen-Gesetz. Dieses regelt die oben beschriebenen JI und CDM-Projekte im Ausland. Das Zuteilungsverfahren folgt aus Art. 9 der Emissionshandelsrichtlinie und aus den §§ 7 f. TEHG: Der Nationale Zuteilungsplan (NZP) wird von der Bundesregierung beschlossen und muss(te) spätestens 18 Monate vor In-Kraft-Treten der Kommission und den übrigen Mitgliedstaaten übermittelt werden. Die Kommission prüft(e) den NZP inhaltlich und kann/ konnte ihn ablehnen oder Änderungen fordern. Das Zuteilungsgesetz wird dann im Anschluss auf Grundlage des Plans im Parlament beschlossen. Diese Reihenfolge stößt auf Bedenken. Hierin kann eine verfassungsrechtlich bedenkliche Präjudizierung des Gesetzgebers durch den von der Exekutive beschlossenen Zuteilungsplan gesehen werden. Von der detaillierten Planung kann der Gesetzgeber nur schwer abweichen, insbesondere, wenn vor dem deutschen Gesetzgeber schon die Europäische Kommission den Plan prüft.<sup>8</sup> Es ist insoweit von einem „Verfassungsrisiko Entparlamentarisierung“ zu sprechen.<sup>9</sup>

Aktuell gilt folgendes: In § 4 des Zuteilungsgesetzes wird die Gesamtmenge der zuteilbaren Berechtigungen in der Zuteilungsperiode 2008 bis 2012 auf 442,07

5 Burden-Sharing-Abkommen: Entscheidung 2002/358/EG vom 25.4.2002.

6 Siehe hierzu z.B. Schwer/Ludwig, Der erste nationale Zuteilungsplan für handelbare Emissionszertifikate, DVBL. 2004, 940 ff.

7 Entsprechend der Regelung in Artikel 11 der Richtlinie 2003/87/EG.

8 Vgl. Weinreich, in: Landmann/Rohmer, Umweltrecht, 57. Ergänzungslieferung 2010, TEHG § 7, Rn. 6.

9 Burgi, Grundprobleme des deutschen Emissionshandelsystems: Zuteilungskonzept und Rechtsschutz, NVwZ 2004, 1162 ff (1166).

Millionen Berechtigungen pro Jahr festgelegt, zuzüglich einer Menge von bis zu 11 Millionen Berechtigungen pro Jahr für Zuteilungen an Anlagen im Sinne von § 26 TEHG. In § 21 Abs. 1 Satz 2 ZuG 2012 hat der deutsche Gesetzgeber die Pflicht zum Verkauf oder zur Versteigerung (ab 2010) von 40 Millionen Berechtigungen pro Jahr festgeschrieben. Es werden also insgesamt mindestens 8,8 % der Emissionsberechtigungen versteigert bzw. sie wurden bis 2010 verkauft. Das BMU hatte zunächst die KfW-Bankengruppe damit beauftragt, diese Emissionszertifikate zu verkaufen. Seit 2010 gibt es ein Versteigerungsverfahren für diese 40 Millionen Emissionszertifikate. Auf Grund des § 21 Abs. 2 des Zuteilungsgesetzes 2012 ist für die Versteigerung die Verordnung über die Versteigerung von Emissionsberechtigungen nach dem Zuteilungsgesetz 2012 (EmissionshandelsVersteigerungsverordnung 2012 - EHV 2012) ergangen.

Zur zukünftigen Regelung des Emissionshandels erging die „Richtlinie 2009/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 zur Änderung der Richtlinie 2003/87/EG zwecks Verbesserung und Ausweitung des Gemeinschaftssystems für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten“.<sup>10</sup> In der dritten Handelsphase im Zeitraum 2013-2020 wird es danach bei der Vergabe der Zertifikate zu massiven Veränderungen kommen. So wird es in Zukunft keine 27 nationalen Allokationspläne mehr geben. Stattdessen gibt die Europäische Kommission eine EU-weite Gesamtobergrenze für CO<sub>2</sub>-Emissionen vor. Diese wird dann jährlich abgesenkt werden.<sup>11</sup> Auch soll es endlich zu einer verstärkten Versteigerung der Emissionszertifikate kommen. Der Luftverkehr als starke, wachsende Emissionsquelle wurde in den Emissionshandel mit einbezogen. Hierzu ist die Richtlinie 2008/101/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. November 2008 zur Änderung der Richtlinie 2003/87/EG zwecks Einbeziehung des Luftverkehrs in das System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten ergangen. Mal wieder streitet sich die Kommission mit Deutschland über die Umsetzung und droht mit einem Vertragsverletzungsverfahren.

## *II. Scheitern des Emissionshandelssystems*

### *1. Falscher Marktgläube*

Der Emissionshandel ist im Grundsatz kritikwürdig, aber auch in seiner konkreten Ausgestaltung. Für den Emissionshandel als ökonomisches Instrument<sup>12</sup> wurde insbesondere angeführt, er könne das im klassischen Ordnungsrecht bestehende Vollzugsdefizit überwinden. Wenn ein ordnungsrechtlicher Grenzwert für Emissionen von Industrieanlagen bestünde, bestehe im Einzelfall auch kein Anreiz, diesen zu unterschreiten, es bestünde keine Kostensensibilität.<sup>13</sup> Der Emissionshandel könne zudem dafür sorgen, dass Kosten, die ansonsten die Allgemeinheit tragen müsse, etwa für Umweltschäden, internalisiert würden, dem Verursacher werden die Kosten aufgegeben. So könne „die wirtschaftliche Vernunft der Marktteilnehmer für den Umweltschutz aktiviert werden“.<sup>14</sup> Schon der marktorientierte Ansatz ist problematisch. Er führt dazu, dass

10 Siehe hierzu: Epiney, Zur Entwicklung des Emissionshandels in der EU, ZUR 2010, 236 ff.

11 Siehe hierzu: Wegener, Die Novelle des EU-Emissionshandelssystems, ZUR 2009, 283 (284).

12 Siehe grundlegend zu den verschiedenen Instrumenten: Lübbe-Wolff, Instrumente des Umweltrechts - Leistungsfähigkeit und Leistungsgrenzen, NVwZ 2001, 481 ff.

13 Vgl. Becker, Ökonomisierung und Globalisierung des Europäischen Umweltrechts: Die Richtlinie zum Handel mit Emissionszertifikaten, EuR 2004, 857 ff.

14 So Wustlich, Ökonomisierung im Umweltrecht, ZUR 2009, 515 ff. (516).

auch das Klima eine Ware wird. Die Atmosphäre wird dabei „aus einer globalen Allmende in ein privates Gut durch hoheitlichen staatlichen Akt verwandelt“,<sup>15</sup> das den Regeln des Marktes folgt. Unternehmen mit höheren Profiten können die Umwelt auch stärker belasten, obgleich sie genauso wie weniger profitable Unternehmen die Umwelt zu schonen hätten.<sup>16</sup> Insoweit lässt sich von einem Ablasshandel<sup>17</sup> sprechen: Wer zahlt, darf anderen die Luft verpesten. Auch sind ordnungsrechtliche Grenzwerte Obergrenzen, die möglichst unterschritten werden sollen. Denn Grenzwerte nehmen Ungewissheiten in Kauf, sie sind wissenschaftliche Belastungsgrenzen. Sie sollen möglichst nicht ausgeschöpft werden. Im Emissionshandelssystem wird die Obergrenze aber ein verfügbares Gut, welches bis zur Maximalverfügbarkeit ausgenutzt werden kann bzw. soll. Denn wer weniger emittiert, verkauft seine Rechte - es kommt also systematisch zu Maximalemissionen.<sup>18</sup> Dies ist mit Blick auf das umweltrechtliche Vorsorgeprinzip problematisch.<sup>19</sup> Allerdings ist realistischerweise auch davon auszugehen, dass auch die Grenzwerte des Ordnungsrechtes ausgereizt werden, wenn sie nicht sogar – wo ein Vollzugsdefizit besteht – überreizt werden.

## 2. Selbstbeschränkungen des Systems

Im Rahmen der konkreten Ausgestaltung des Emissionshandelssystems lassen sich unterschiedliche Kritikpunkte formulieren. Problematisch ist zunächst die Beschränkung auf nur wenige Treibhausgase. Laut Anhang I der Emissionshandelsrichtlinie in ihrer ursprünglichen Fassung wurde zunächst nur der Ausstoß von CO<sub>2</sub> erfasst, nicht der fünf weiteren im Kyoto-Protokoll genannten Treibhausgase.<sup>20</sup> Weiter bezog der Anhang I nur einen Teil aller Anlagenaktivitäten in das Emissionshandelssystem ein, nämlich einige besonders stark emittierende Industrieanlagen und Anlagen der Energiewirtschaft, welche insgesamt 46 % der gesamten CO<sub>2</sub>-Emissionen in der Europäischen Gemeinschaft ausmachen.<sup>21</sup> Bei solchen Selbstbeschränkungen lassen sich die Klimaschutzziele ggf. nicht erreichen. Diese Kritik wurde vom Gesetzgeber inzwischen zum mindest teilweise aufgegriffen. Zunächst werden nun auch Distickstoffoxid und perfluorierte Kohlenwasserstoffe (PFC) erwähnt. Zweitens wurde der Kreis der betroffenen Anlagen im Anhang I der Richtlinie um größere Anlagen für die Herstellung bestimmter petrochemischer und chemischer Erzeugnisse sowie von Metallen und von Primäraluminium erweitert. Schließlich wurde zuletzt auch der Luftverkehr als starke und vor allem wachsende Emissionsquelle in den Handel miteinbezogen. Hierzu ist die Richtlinie 2008/101/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. November 2008 zur Änderung der Richtlinie 2003/87/EG zwecks Einbeziehung des Luftverkehrs in das System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten ergangen. Die ungleiche Einbeziehung der Anlagen in das Handelssystem war Gegenstand einer Klage vor dem EuGH.<sup>22</sup> Dieser hat jedoch entschieden, dass die Richtlinie nicht gegen den unionsrechtlichen Gleichheits-

15 Altvater, E., Kohlenstoffzyklus und Kapitalkreislauf, in: ders./Brunnengräber, A.: Ablasshandel gegen Klimawandel, Hamburg 2008, S. 160.

16 Winter, Das Klima ist keine Ware, ZUR 2009, 289 ff.

17 Vgl. Zenke/Vollmer, in: Danner/Theobald, Energierecht, 65. Ergänzungslieferung 2009, B 5. Emissionshandel, Rn. 23–29, dort Fn. 1.

18 Winter, Das Klima ist keine Ware, ZUR 2009, 289 ff.

19 Ginzky/Rechenberg, Die Ökonomisierung im Umweltrecht - von der dunklen Seite der Macht! Zugleich eine Reaktion auf den Beitrag von Guido Wustlich »Ökonomisierung im Umweltrecht« - ZUR 2009, Seite 515 -, ZUR 2010, 252 ff.

20 Diese sind: Methan (CH<sub>4</sub>), Distickstoffoxid (N<sub>2</sub>O), teilhalogenierte Fluorkohlenwasserstoffe (HF-KFW/HFC), Perchlorkohlenstoff (FKW/PFC) und Schwefelhexafluoride (SF<sub>6</sub>).

21 Vgl. Sudmann/Fisahn, Die Umsetzung des Emissionshandels in Deutschland, UPR 2004, 414 (414).

22 EuGH, Rs. C-127/07 (Société Arcelor Atlantique et Lorraine), Urt. v. 16.12.2008.

grundsatz verstößt, wenn sie manche Industriezweige zunächst nicht erfasst. Der EU sei es bei solch komplexen Sachverhalten gestattet, schrittweise vorzugehen.<sup>23</sup>

### *3. Menge der Zertifikate*

In Deutschland wurden die Emissionsberechtigungen in der ersten Zuteilungsperiode kostenfrei ausgeteilt, in der zweiten wird, wie oben bereits dargestellt, seit diesem Jahr auf Grundlage von § 21 Abs. 1 Satz 2 ZuG 2012 ein kleiner Teil (mindestens 8,8 %) versteigert. Dabei erfolgte die Zuteilung von Berechtigungen zunächst auf der Grundlage historischer Emissionswerte – sog. Grandfathering. Diese wurden in einer Basisperiode festgestellt, durch Selbstangaben der Industrie und mit einem starren Minderungsfaktor multipliziert. Infolgedessen existierte in der ersten Emissionshandelsperiode eine Überallokation, d.h. offensichtlich wurden zu viele Emissionsberechtigungen erteilt.<sup>24</sup> Die konkrete Zuteilung war stets umstritten. Keineswegs wurden entsprechend der eigentlichen Logik des Emissionshandels folgend nur die notwendige Anzahl der Berechtigungen zugeteilt. Auch eine rein ökologische Betrachtung blieb aus. Vielmehr gab es erheblichen politischen Streit um die Zuteilung. Beim ersten Nationalen Allokationsplan stritten sich 2004 die Minister Trittin und Clement öffentlich über die maximal zulässige Höchstmenge von Emissionen.<sup>25</sup> Die Interessen der Wirtschaft setzten sich nahezu vollständig durch. Auch beim zweiten Allokationsplan gab es Streit und einen Kompromiss mit den Lobby-Gruppen.<sup>26</sup> Wegen der zunächst kostenfreien Ausgabe der Zertifikate unter den oben dargestellten Bedingungen (grandfathering), gab es in der ersten Handelsperiode einen offensichtlichen Überschuss von Zertifikaten. Infolgedessen (und auf Grund weiterer Systemlücken) kam es schnell zu einem niedrigen Preis für Emissionsberechtigungen. Zeitweilig lag der Preis bei einem Cent. Umweltbundesamt und DEHSt beurteilten die Preisentwicklung selbst folgendermaßen: „Diese Entwicklung lag am Überschuss an Emissionsberechtigungen, der sich bereits mit der Veröffentlichung der VET-Zahlen für das Jahr 2005 angekündigt hatte und der durch die entsprechenden Zahlen für das Jahr 2006 bestätigt wurde. Folglich gab es viele Anlagenbetreiber, die eine auskömmliche kostenlose Ausstattung mit Emissionsberechtigungen erhalten hatten und diese am Markt verkaufen konnten.“<sup>27</sup>

Die Zuteilung für Energieanlagen wurde durch das ZuG 2012 auf ein Benchmarking-System umgestellt, das effiziente Anlagen belohnen und veraltete Technik belasten soll. In der zweiten Handelsperiode scheint die Zuteilung deshalb etwas besser funktioniert zu haben. Der Preis für die Zertifikate hielt sich bei ca. 15 Euro. Eine abschließende Bewertung ist dennoch schwierig. Die Wirtschaftskrise, die in Europa insgesamt noch nicht überwunden ist - auch Deutschland hat das BIP von 2008 noch nicht wieder erreicht -, wird wahrscheinlich dazu führen, dass erneut zu viele Zertifikate ausgegeben wurden, die in der Krise nicht genutzt wurden. Das System kann in einer Marktwirtschaft keine vier Jahrespläne für Emissionen aufstellen. Ein niedriger Preis der Zertifikate kann aber logischerweise nur sehr beschränkt Anreize setzen, Emissionen einzusparen. So-

23 Siehe hierzu kritisch: Frenz, Gleichheitssatz und Wettbewerbsrelevanz bei BVerfG und EuGH - das Beispiel Emissionshandel, DVBL. 2010, 223 ff.

24 Ausdrücklich: Wissenschaftlicher Dienst des Bundestages, Erfahrungen nach dem ersten Jahr des Emissionshandels, INFO-BRIEF WD 8-169/06, S. 23.

25 Kohls/Reese/Schütte, Neueste Entwicklungen im Bundesumweltrecht, ZUR 2004, 248 ff.

26 König/Reimer, taz-die tageszeitung, Der Streit um Tonnen, 21.12.2006.

27 UBA/DEHSt, Emissionshandel: Auswertung der ersten Handelsperiode 2005-2007, Berlin 2009, S. 96.

weit argumentiert wird, der niedrige Preis sei dann jedenfalls als weiche Belastung für die Wirtschaft grundrechtlich verhältnismäßig, wirkt das mit Blick auf das zu erreichende Ziel des Klimaschutzes fast zynisch.<sup>28</sup>

In der dritten Handelsphase soll es zu einer verstärkten Versteigerung der Emissionszertifikate kommen. Die Versteigerung soll zur Grundregel der Allokation werden.<sup>29</sup> Auch hier sind jedoch Ausnahmen vorgesehen, insbesondere für solche Unternehmen, die international konkurrieren mit Unternehmen, die nicht am Emissionshandel teilnehmen. Dies wird unter dem Stichwort „Carbon Leakage“-Gefahr diskutiert, zu Deutsch „Gefahr der Verlagerung von Emissionen.“ Gemeint ist das Phänomen der Produktionsverlagerung ins Ausland aufgrund steigender Kosten durch den Emissionshandel. Indes ist höchst zweifelhaft, ob tatsächlich allein auf Grund der Kosten durch den Emissionshandel Unternehmen abwandern.<sup>30</sup> Es handelt sich wohl schlichtweg um ein erneutes Zugeständnis an die Industrie, das der eigentlichen Logik des Emissionshandels fremd sein sollte.<sup>31</sup>

Der Einfluss der Industrie führt auch im Emissionshandel zu einem dem „Vollzugsdefizit“ vergleichbaren Phänomen. Überall wird zwischen Industrie einerseits und Gesetzgeber und Verwaltung andererseits um günstigere Bedingungen für „die Wirtschaft“ geschachert. Das stimmt skeptisch, inwieweit echte Belastungen für die europäische Industrie politisch durchgesetzt werden.

#### *4. Überwachungsdefizite*

Nach § 4 Abs. 1 TEHG bedarf es der Genehmigung zur Freisetzung von Treibhausgasen. Für deren Erlangen wird aber keine hohe Auflage gemacht. Nach § 4 Abs. 2 TEHG setzt die Genehmigung nur voraus, dass der Verantwortliche in der Lage ist, die durch seine Tätigkeit verursachten Emissionen zu ermitteln und darüber Bericht zu erstatten. Hier wird der Unterschied z.B. zum ordnungsrechtlichen BImSchG besonders deutlich. In diesen klassischen ordnungsrechtlichen Regelungen ist die Einhaltung bestimmter Werte schon Genehmigungs-voraussetzung. Eine echte Überprüfung steht der Behörde hier erst im Rahmen der eingereichten Berichte nach § 5 Abs. 1 TEHG zu. Jedoch sind die Prüfungen durch die Landesbehörden dabei auf Stichproben beschränkt, dies ergibt sich aus § 5 Abs. 4 TEHG. Die Grundlage der Berichte, nämlich die Messung bzw. Berechnung von Emissionen, liefern die Anlagenbetreiber also selbst. Ein Teil ur-eigener staatlicher Überwachung wird hier ausgerechnet demjenigen übertragen, der selbst die Nachteile seines eigenen Berichtes zu tragen hat. Eine Manipulation soll lediglich dadurch vermieden werden, dass ein unabhängiger Sachverständiger zunächst die vom Betreiber gemachten Angaben verifizieren muss.<sup>32</sup> Dieser steht jedoch im Wettbewerb zu anderen privaten Sachverständigen und wird von den Anlagebetreibern beauftragt und bezahlt, weshalb die Gefahr von Schönwettergutachten existiert. Nach Auskunft des UBA gibt es ca. 200 zugelassene Gutachter, die um die Aufträge der Betreiber konkurrieren.

Nach § 5 Abs. 4 TEHG werden die Berichte von den Landesbehörden an die Deutsche Emissionshandelsstelle (DEHSt) weitergeleitet. Auch deren Kontrolle gleicht jedoch die beschränkte Überwachung durch die Landesbehörden nicht

28 Scherer/Heselhaus, in: Dausen, EU-Wirtschaftsrecht 26. Auflage 2010, Kapitel O Umweltrecht, Rn. 429.

29 Vgl. Wegener, Die Novelle des EU-Emissionshandelssystems, ZUR 2009, 283 (286).

30 gl. Kritik der Umweltverbände: WWF, Den Klimawandel stoppen, Wettbewerbsnachteile für die energieintensive Industrie? Dichtung und Wahrheit, Juni 2008.

31 Kritisch: Knopp/Piroch, Umweltschutz und Wirtschaftskrise, ZUR 2009, 409.

32 Siehe hierzu: Beckmann/Fisahn, Probleme des Handels mit Verschmutzungsrechten - eine Bewertung ordnungsrechtlicher und marktgesteuerter Instrumente in der Umweltpolitik, ZUR 2009, 299 ff.

aus. Die DEHSt ist zuständig für die Zuteilung von Berechtigungen. Bevor die Berechtigungen zugeteilt werden, sollen die Angaben zu CO<sub>2</sub>-Emissionen im Bericht erneut geprüft werden. Das geschieht aber nicht durch die DEHSt oder eine andere staatliche Behörde, vielmehr findet auch hier kraft Gesetzes gemäß § 10 Abs. 1 Satz 2 TEHG eine Auslagerung der Überprüfung an eine „sachverständige Stelle“ statt. Die Zuteilungsentscheidung muss äußerst schnell erteilt werden, nach § 10 Abs. 4 TEHG spätestens nach sechs Wochen. Hier besteht ein Anreiz für die Betreiber günstige Angaben zu machen. Die Kontrolle, ob die tatsächlichen Emissionen den angegebenen und damit den Berechtigungen entsprechen, ist seitens staatlicher Behörden absolut unzureichend, was durch die Sachverständigengutachten kaum ausgeglichen werden kann.<sup>33</sup>

Im Ergebnis kann man sich der Bewertung von UBA und DEHSt nur anschließen: „Die Anfangsschwierigkeiten beim Monitoring, die mit Einführung des Emissionshandels auftraten, sind bis heute noch nicht vollständig gelöst. Weiterhin sind viele Monitoringkonzepte nur bedingt aussagekräftig, so dass sie keinen Rückschluss darauf erlauben, wie die Angaben im Emissionsbericht ermittelt wurden.“<sup>34</sup>

### *5. Wirkungslosigkeit des Systems*

Der Ausfall der Anreizwirkung hatte konsequenterweise zur Folge, dass die am Emissionshandelssystem beteiligten Industrien ihre Emissionen in geringerem Maße reduzierten als andere Sektoren, die zum CO<sub>2</sub>-Ausstoß beitragen.

Am Emissionshandelssystem teilgenommen haben zu 66 % Anlagen der Energiewirtschaft und zu weiteren 34 % Anlagen der emissionsintensiven Industrie. Die Menge der CO<sub>2</sub>-Äquivalente entwickelte sich in der Energiewirtschaft von 379 auf 372 Mio. Tonnen im Krisenjahr 2008, wobei 2007 noch 392 Mio. Tonnen emittiert wurden. Bei Einführung des Emissionshandels 2005 wurden 382 Mio. Tonnen emittiert. Ähnlich sieht es in der Industrie aus. Die Tonnenzahl sank von 83 auf 81 Mio. Tonnen in 2008, lag 2007 aber mit 85 über der Zahl von 1995 und auch über der Zahl von 2005, als nur 79 Mio. Tonnen CO<sub>2</sub> in die Luft geblasen wurden. Kurz: Es gibt Schwankungen im CO<sub>2</sub>-Ausstoß, aber sicher keine messbaren Effekte des Emissionshandelssystems. So sehen es auch UBA und DEHSt, die resümieren: So war „die Wirkung des Emissionshandels als Instrument zur Vermeidung von Kohlendioxidemissionen in der ersten Handelsperiode noch begrenzt.“<sup>35</sup>

### *6. Windfall profits*

Dem System wurde die Krone dadurch aufgesetzt, dass die Betreiber ohne zusätzliche Kosten für CO<sub>2</sub>-Emissionen zusätzliche Gewinne einfuhren. Zusätzliche Kosten sollten aber eigentlich Anreize zur Emissionsreduktion mittels technischer Innovation schaffen. In der ersten Phase erzielten einige Energiekonzerne Profite, weil sie theoretische Kosten für die Zertifikate an Kunden weiterreichten oder Emissionsrechte weiterverkaufen konnten, obgleich sie diese kostenlos zugeteilt bekommen hatten.<sup>36</sup> Aufgrund der zu großzügigen Menge der zugeteilten Berechtigungen konnten so ohne eigene Anstrengung Profite in

33 Ebd.

34 UBA/DEHSt (Fn. 27), S. 112.

35 UBA/DEHSt (Fn. 27), S. 132.

36 Vgl. Wegener, Die Novelle des EU-Emissionshandelssystems, ZUR 2009, 283 (287).

Milliardenhöhe zusätzlich vereinnahmt werden.<sup>37</sup> Die Profite wurden dabei vor allem von der Energiewirtschaft erzielt. Dies folgt vor allem daraus, dass die Energiewirtschaft Kosten national auf den Strompreis aufdrücken konnte, weil sie wegen ihres Oligopols eine gute Marktstruktur hat. Hingegen musste die Industrie international konkurrieren, auch mit Unternehmen, die nicht am Emissionshandel beteiligt sind.

### *III. Emissionshandel und Kohlekraftwerke mit CCS*

Neben dem Emissionshandel existieren zahlreiche Regelungen, Klimaschutz durch eine andere Energiepolitik zu erreichen, insbesondere durch die Stärkung erneuerbarer Energien. Ausgerechnet den Energieträger Kohle fördern jedoch die Regeln über den Emissionshandel. Die umstrittene CCS-Technologie,<sup>38</sup> d.h. die technische Abscheidung von Emissionen und deren unterirdische Lagerung, wird in der Änderungsrichtlinie 2009/29/EG zweimal als förderwürdig erwähnt. Nach der Richtlinie sollen mindestens 50 % der Einnahmen aus der Versteigerung von Zertifikaten verwendet werden, um in Art. 10 Abs. 3 genannte Projekte zu fördern. Darunter fällt nach Art. 10 Abs. 3 c der Richtlinie auch die „umweltverträgliche Abscheidung und geologische Speicherung von CO<sub>2</sub> insbesondere aus mit festen fossilen Brennstoffen betriebenen Kraftwerken und in verschiedenen industriellen Sektoren und Teilesktoren einschließlich in Drittstaaten“. Zum anderen wird innerhalb des Emissionshandels eine sog. „Reserve für neue Marktteilnehmer“ (Art. 10a Abs. 7 der Richtlinie) vorbehalten. Nach Art. 10a VIII der Richtlinie sollen bis zum 31. Dezember 2015 Erlöse aus der Versteigerung von 300 Millionen Zertifikaten aus dieser Reserve für neue Marktteilnehmer zur Verfügung gestellt werden, um im Unionsgebiet den Bau und Betrieb von bis zu 12 kommerziellen Demonstrationsprojekten, die auf eine umweltverträgliche Abscheidung und geologische Speicherung von CO<sub>2</sub> abzielen, zu fördern. Hierzu hat die Kommission den sog. Beschluss „NER 300“ im Entwurfsstadium vorgelegt.<sup>39</sup> Die Europäische Union will danach aus den Erlösen des EU-Emissionshandels Gelder zur Verfügung stellen für die Förderung von 34 Demonstrationsprojekten aus dem Bereich der erneuerbaren Energien, aber auch für 8 CCS-Demonstrationsprojekte.

Dieses ist besonders kritisch sehen. Zum einen ist die CCS-Technologie hoch umstritten. Zum anderen dürfte ihre Realisierung wiederum durch größere Stromkonzerne geschehen, es werden also die bekannten Großkonzerne gefördert. Zudem wird folglich aus den Mitteln des Emissionshandels nicht konsequent Technik gefördert, die erst gar keine bzw. nur äußerst geringe Emissionen verursacht, sondern es wird mit der Kohlekraft eine Technik verfestigt, die in Konkurrenz zu Erneuerbaren Energien steht. Die Förderung kann sich daher als kontraproduktiv erweisen. Nach Prognosen ist die CCS-Technik erst dann marktreif, wenn die Erneuerbaren Energien bereits günstiger sind oder zu glei-

<sup>37</sup> Aus ökonomischer Sicht vor allem für eine vollständige Versteigerung plädierend: Kemfert, Versteigern statt Verschenken! Warum es sinnvoll ist, eine vollständige Versteigerung der Emissionsrechte anzustreben, Zeitschrift für angewandte Umweltforschung 2007, 9 ff.

<sup>38</sup> Siehe hierzu auch: Hohmuth, CCS und Emissionshandel - Technologie zur Abscheidung und Ablagerung von Kohlendioxid im Recht des Emissionshandels, ZUR 2008, 295 ff.

<sup>39</sup> Entwurf eines Beschlusses der Kommission über Kriterien und Maßnahmen für die Finanzierung - im Rahmen des Gemeinschaftssystems für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten nach der Richtlinie 2003/87/EG des Europäischen Parlaments und des Rates - von kommerziellen Demonstrationsprojekten, die auf eine umweltverträgliche Abscheidung und geologische Speicherung von CO<sub>2</sub> abzielen, und von Demonstrationsprojekten für innovative Technologien für erneuerbare Energien. NER steht für NEW ENTRANCE RESERVE.

chen Konditionen Strom anbieten können.<sup>40</sup> Es geschieht also nur eine Subventionierung alter Technik und altbekannter Strukturen durch die Förderung. Zudem wird der Markt verfälscht und Erneuerbare Energien müssen dann mit subventionierten Kohlekraftwerken konkurrieren - als Folge des Emissionshandels, der eigentlich dem Klimaschutz dienen soll.

#### *IV. Nationale Standortkonkurrenz und europaweiter Handel*

2006 störte sich die Kommission an den ihrer Meinung nach zu großzügigen Zuteilungsplänen von Polen und Estland, diese klagten dann aber erfolgreich gegen die Entscheidung der Kommission. Das Europäische Gericht erster Instanz<sup>41</sup> hat die Entscheidungen der Kommission über die Zuteilungspläne Polens und Estlands für nichtig erklärt. Die Richtlinie gewähre eine Kontrollbefugnis nur in engen Grenzen. Die Begründung der Kommissionsentscheidung hielt das Europäische Gericht erster Instanz daher für fehlerhaft. Insbesondere beanstandet es, dass die Kommission bei der Beurteilung der Pläne seine eigene Bewertungsmethode zu Grunde gelegt habe. Die Mitgliedstaaten verfügten bei der Entscheidung über die anzuwendende Methode bei der Planaufstellung aber über einen eigenen Spielraum. Die Kommission könne sich daher nicht darauf berufen, dass sie für alle Mitgliedstaaten ein und dieselbe Methode zur Beurteilung der Pläne wählen und anwenden müsse, um das mit der Richtlinie verfolgte Ziel zu erreichen. Das Gericht stellt damit fest, dass versäumt wurde, verbindlich und europaweit gleiche Methoden für den Emissionshandel festzulegen. Die Mitgliedstaaten wurden durch die Entscheidung praktisch dazu aufgerufen, wenn sie wirtschaftsfreundlich agieren wollten, die Berechnungsmethoden für Emissionsberechtigungszuteilungen entsprechend zu wählen. Ähnlichen Spielraum hatte das Europäische Gericht erster Instanz auch in anderer Sache den Staaten zugesprochen.<sup>42</sup> Diese Lücke an mangelnden Vorgaben für die Mitgliedstaaten soll sich für die Zukunft dadurch erledigen, dass die Zuteilungen von Emissionsberechtigungen nicht mehr national geschehen, sondern auf europäischer Ebene. Schon jetzt ist jedoch zu sehen, dass auch hier die Mitgliedstaaten nach Schlupflöchern suchen, dies zeigt die Entstehungsgeschichte der geänderten Emissionshandelsrichtlinie. Auch wenn der Emissionshandel künftig in der 3. Handelsphase nicht mehr durch nationale Allokationspläne geschieht, sondern europaweit, hat der neue europäische Emissionshandel „Geburtsschwächen“. Vorgesehen war, dass Stromproduzenten bereits ab 2013 alle benötigten Zertifikate bezahlen, dies wird bereits im 19. Erwägungsgrund der Änderungsrichtlinie deutlich. Es wurden aber massive Zugeständnisse an die osteuropäischen EU-Staaten gemacht. Deren Stromkonzerne können zunächst nach Art. 10c Abs. 2 der geänderten Emissionshandelsrichtlinie bis zu 70 Prozent der CO<sub>2</sub>-Zertifikate kostenlos bekommen. Dieser Anteil sinkt schrittweise, erst ab 2020 müssen auch die Osteuropäer alle Zertifikate kaufen.

Die Osteuropäer konnten sich auch in einem anderen Punkt durchsetzen, nämlich beim so genannten Solidaritätsmechanismus. Der Klima-Kompromiss sieht

40 Vgl. Wuppertal-Institut, ECCS - Strukturell-ökonomisch-ökologischer Vergleich regenerativer Energietechnologien (RE) mit Carbon Capture and Storage (CCS), Wuppertal 2007, S. 20.

41 Rechtsachen T-183/07 und T-263/07.

42 Siehe hierzu: Epiney, Zur Entwicklung des Emissionshandels in der EU, ZUR 2010, 236 ff, sowie: Weishaar, Ex-Post-Korrektur im Europäischen CO<sub>2</sub>-Emissionshandel: Auswirkungen der Rechtsprechung für Deutschland (zugleich Anmerkung zu EuG v. 7. 11. 2007 - Rs. T-374/04), EurUP 2008, 148 ff.; sowie Korte, Gebundenheit und Freiheit der Mitgliedstaaten bei der Zuweisung von Ausstoßmengen nach der Emissionshandels-Richtlinie, ZUR 2008, 195 ff.

vor, dass die reichen EU-Staaten zwölf Prozent der ihnen zustehenden Emissionsrechte an ärmere Staaten abgeben müssen, um deren Kosten durch den Emissionshandel abzufedern. Die entsprechende Regelung dazu findet sich in Art. 10 Abs. 2 b) der geänderten Emissionshandelsrichtlinie.

Ausnahmen bestehen auch für energieintensive Branchen in Art. 10a der geänderten Emissionshandelsrichtlinie. Energieintensive Betriebe bekommen Emissionsberechtigungen künftig kostenfrei zugeteilt, damit sie im internationalen Wettbewerb keine Nachteile erleiden. Im Detail ist dieses aber noch nicht in der Richtlinie festgelegt worden, diese sieht eine Beschlussfassung der Kommission vor. Welche Unternehmen betroffen sind, hat die Kommission Ende 2009 festgelegt.<sup>43</sup>

## V. Fazit

Der Emissionshandel ist als Instrument kritisch zu bewerten. Die Umstellung auf eine marktgesteuerte Umweltpolitik ist gescheitert, denn sie ist wirkungsloser als Ordnungsrecht. Bei allen Regelungen setzten sich zu oft industrielle Interessenvertreter durch. Das System schaffte außerdem fragwürdige private Zusatzgewinne. In den ersten Handelsperioden hat es eine Überallokation gegeben: Die Berechtigungen zu emittieren wurden zu großzügig erteilt. Und Obwohl sie zu dem kostenfrei erteilt wurden, machten die Stromunternehmen in Deutschland mit ihnen Profit, weil sie fiktive Preise für die Berechtigungen an die Endkunden weitergaben. Auch die Überwachung und Kontrolle des Systems ist bisher unzureichend geregelt. Zwar wurden einige Kritikpunkte am Emissionshandel aufgegriffen. So ist der Luftverkehr als Quelle in den Handel mit einbezogen worden, und grundsätzlich wird es künftig zu einer europaweiten Versteigerung der Berechtigungen kommen. Dennoch gibt es neue Schwachstellen. Erneut wurden bei der Novelle der Emissionshandelsrichtlinie Großemittenten und Stromkonzerne bevorzugt. Mit der Förderung der CCS-Technologie aus den Erlösen des Emissionshandels kann dieser sich als kontraproduktiv erweisen. Es wurden Zugeständnisse an die osteuropäischen EU-Staaten gemacht. Ausnahmen wurden auch für energieintensive Branchen gemacht. Insgesamt stellt sich der Emissionshandel als kompliziert und undurchsichtig dar und enthält Schlupflöcher. Für die Zukunft weiß man nichts Genaueres. Auf der Weltklimakonferenz in Cancun 2010 haben sich die Vertragsstaaten der Klimarahmenkonvention und des Kyoto-Protokolls zwar darauf geeinigt, dass es keine Erwärmung von mehr als zwei Grad geben soll. Zweifelhaft ist aber, ob die Erde sich daran hält, denn bei konkreten Zielen und Vereinbarungen gab es keinen Fortschritt. Im Jahr 2011 wird es in Durban erneut Verhandlungen geben. Auch in Cancun hat sich die Lobby der Kohle durchgesetzt: Es wurde beschlossen, dass künftig CCS-Projekte beim Clean-Development-Mechanismus angerechnet werden können. Die unterirdische Lagerung von Kohlendioxid kann folglich als Emissionsreduktion angerechnet werden. Der Verkauf dieser fragwürdigen Technik wird für Unternehmen damit noch einmal vergoldet.

<sup>43</sup> Beschluss der Kommission vom 24. Dezember 2009 zur Festlegung eines Verzeichnisses der Sektoren und Teilesktoren, von denen angenommen wird, dass sie einem erheblichen Risiko einer Verlagerung von CO<sub>2</sub>-Emissionen ausgesetzt sind, gemäß der Richtlinie 2003/87/EG des Europäischen Parlaments und des Rates.