



Infobrief Klimaschutzstrategie

01/2008

Durchführung der Ex-post-Korrektur

Auch wenn die erste Emissionshandelsperiode sich jetzt dem Ende zuneigt und die wenigen Aufgaben, die den Anlagenbetreibern noch obliegen unter anderem in den GALLEHR+PARTNER Infobriefen ausführlich diskutiert worden sind, bleibt noch ein offener Punkt. Wie wird mit den überfälligen Ex-Post Korrekturen verfahren.

Die DEHSt bietet den betroffenen Anlagenbetreibern ein vereinfachtes Verfahren für den Vollzug der Ex-Post-Korrekturen an, in dem Anlagenbetreiber der DEHSt ein Angebot über die zurückzugebende Menge an Emissionsberechtigungen für den gesamten Zeitraum 2005-2007 unterbreiten können. Dazu wurde im Formular-Management-System (FMS) ein standardisiertes Formular bereitgestellt. Sie finden es in der linken Navigation des FMS unter dem Namen „Vergleichsangebot Ex-Post-Korrektur“.

Die Vergleichsangebote müssen der DEHSt bis zum 29. Februar 2008 vorliegen. Im Einigungsfall kann das Verfahren dann bis Ende April 2008 abgeschlossen werden.

Zu den rechtlichen Hintergründen finden Sie hier einen Gastbeitrag von Rechtsanwalt Dr. Markus Ehrmann der Kanzlei KERMEL & SCHOLTKA.

Rechtsprechung des Europäischen Gerichts zur Ex-post-Korrektur

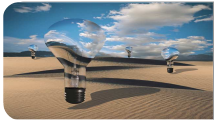
Mit Urteil vom 7. November 2007 hat das Europäische Gericht 1. Instanz (EuG) die Zulässigkeit der im deutschen Zuteilungsgesetz 2007 vorgesehenen Ex-post-Korrekturen bestätigt. Dieses Urteil in der Rechtssache T-374/07 war seit langem erwartet worden, da die mündliche Verhandlung bereits am 21. Juni 2006 stattgefunden hatte.

Rechtlicher Rahmen

Der rechtliche Rahmen war der Folgende: Der nationale Allokationsplan (NAP) und das Zuteilungsgesetz für die erste Zuteilungsperiode 2005 bis 2007 (ZuG 2007) sahen eine Reihe von Ex-post-Korrekturen vor.

Insbesondere sollten nachträglich die Mengen der zugeteilten Emissionsberechtigungen verringert werden, wenn die Anlagen die von ihnen in den jeweiligen Zuteilungsanträgen prognostizierten Produktionsmengen nicht erreicht haben. Mit diesen Anpassungen sollten die bei der Einführung des Emissionshandels bestehenden Datenunsicherheiten ausgeglichen werden.

Bei der von der Europäischen Emissionshandelsrichtlinie vorgesehenen Überprüfung des deutschen NAP durch die Kommission der Europäischen Union hat die Kommission in ihrer



Entscheidung vom 7. Juli 2004 jedoch diese Regelungen beanstandet. Die Kommission hielt generell nachträgliche Anpassungen der Zuteilungsmenge für nicht mit den Grundsätzen der Emissionshandelsrichtlinie vereinbar. Gegen diese Entscheidung der Kommission hatte die Bundesrepublik Deutschland am 20. September 2004 Klage beim EuG eingereicht.

Entscheidung

Das EuG hat die Entscheidung der Kommission für nichtig erklärt und damit zugleich die deutschen Regelungen über die Ex-post-Anpassungen bestätigt. Damit ist nun der Weg für die Durchführung der Ex-post-Korrekturen offen.

Die Entscheidung betrifft jedoch nur die nun bereits abgelaufene erste Zuteilungsperiode 2005 bis 2007. Für die zweite Zuteilungsperiode 2008 bis 2012 sieht das Zuteilungsgesetz 2012 keine Regelungen für nachträgliche Anpassungen der Zuteilungsmengen vor. Vielmehr gelten hier standardisierte Auslastungsregeln.

Gegen diese Entscheidung des Europäischen Gerichts erster Instanz kann innerhalb von zwei Monaten nach ihrer Zustellung ein auf Rechtsfragen beschränktes Rechtsmittel beim Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaft (EuGH) eingelegt werden. Es ist nicht bekannt, dass die Kommission innerhalb der nun abgelaufenen Frist von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht hat.

Das EuG hat sein Urteil mit einer außerordentlich umfangreichen Argumentation begründet. Prüfungsmaßstab für das Gericht war dabei die Frage, ob die Richtlinie eine Ex-post-Korrektur verbiete. Da die Kommission diese Auffassung vorgetragen hat, liege die Darlegungs- und Beweislast dafür bei ihr. Die Kommission habe jedoch nicht nachweisen können, dass die im deutschen Zuteilungsgesetz vorgesehenen nachträglichen Anpassungen nach unten gegen die Kriterien der Emissionshandelsrichtlinie verstoßen. Dabei untersuchte das Gericht insbesondere die Kriterien 10 und 5 des Anhangs III der Emissionshandelsrichtlinie, welcher die Kriterien für die Aufstellung der nationalen Allokationspläne enthält.

a) Kriterium 10

Kriterium 10 des Anhangs III sieht vor, dass der Nationale Allokationsplan eine Liste der unter

diese Richtlinie fallenden Anlagen unter Angabe der Anzahl der Berechtigungen enthalten muss, die den einzelnen Anlagen zugeteilt werden sollen. In einer Untersuchung des Wortlautes, der Gesetzgebungsgeschichte, der Systematik der Norm sowie ihrem Sinn und Zweck kommt das Gericht zu dem Ergebnis, dass dieses Kriterium einer nachträglichen Korrektur der Zuteilungsmengen nach unten nicht entgegensteht.

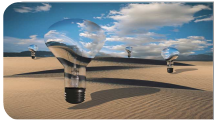
Insbesondere habe die Kommission nicht nachgewiesen, dass dieses in der Richtlinie aufgestellte Erfordernis, dass die nationalen Allokationspläne für die einzelnen Anlagen die Zahl der zuzuteilenden Berechtigungen anzugeben habe, den Spielraum eines Mitgliedstaates bei der Wahl der Formen und Mittel zur Umsetzung einer Richtlinie in nationales Recht dergestalt beschränkt, dass es der Anwendung der nachträglichen Anpassungen in Deutschland entgegenstehe.

b) Kriterium Nr. 5

Kriterium Nr. 5 von Anhang III der Emissionshandels-Richtlinie enthält das Verbot, dass der nationale Allokationsplan Unternehmen oder Sektoren in einer Weise unterschiedlich behandelt, dass bestimmte Unternehmen oder Tätigkeiten ungerechtfertigt bevorzugt würden. Damit stellt Kriterium 5 eine Ausgestaltung des allgemeinen Gleichheitsgrundsatzes beziehungsweise des Diskriminierungsverbotes dar.

Die Kommission habe jedoch nach der Entscheidung des Gerichts nicht vermocht nachzuweisen, dass die Ex-post-Anpassungen für einzelne Unternehmen, insbesondere neue Marktteilnehmer, eine Bevorzugung darstellten. Vielmehr habe die Kommission kein konkretes Gegenargument zum Vorbringen der Klägerin vorgelegt, dass nachträgliche Anpassungen geradezu einen Beitrag zur Beibehaltung und Wiederherstellung der Wettbewerbsbedingungen darstellten, indem durch sie vermieden werde, dass bestimmte Betreiber im Wege einer Überallokation von Zertifikaten gegenüber anderen Betreibern ungerechtfertigt bevorteilt würden.

Damit gelangt das Gericht zu dem Ergebnis, dass die Kommission die Voraussetzungen für die Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes missachtet habe, das sie keine unterschiedliche Behandlung gleicher Sachverhalte nachgewiesen habe.



Durchführung der Ex-post-Korrektur

Nach dieser Entscheidung kann nunmehr die Ex-post-Korrektur für die gesamte Zuteilungsperiode 2005 bis 2007 durchgeführt werden.

Beim Vollzug der Ex-post-Korrektur stellt sich nun die Schwierigkeit, dass sie unter erheblichem Zeitdruck bis zum 30. April 2008 durchgeführt werden muss. Die DEHSt bietet den Anlagenbetreibern aus diesem Grund das oben erwähnte vereinfachte Verfahren zur Durchführung der Ex-post-Korrektur an. Dabei soll auf eine Prüfung der Ex-post-Berichte im Einzelnen verzichtet werden. Stattdessen soll die Menge an zurückzugebenden Emissionsberechtigungen für den gesamten Zeitraum 2005 bis 2007 zwischen der DEHSt und dem Anlagenbetreiber auf dessen Vorschlag hin vergleichsweise festgesetzt werden.

Bei den Optionsanlagen ergibt sich aufgrund des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts vom 16. Oktober 2007 eine besondere Situation. Bekanntlich hatte das Bundesverwaltungsgericht in diesem Urteil entschieden, dass die Kürzung auf der Grundlage des 2. Erfüllungsfaktors rechtswidrig war und die Emissionsberechtigungen an die Anlagenbetreiber zu erstatten sind. Daher ist die DEHSt zum einen verpflichtet, Emissionsberechtigungen an die Betreiber der Optionsanlagen neu zuzuteilen. Andererseits unterfallen die Optionsanlagen auch der Ex-post-Korrektur, sodass Emissionsberechtigungen an die DEHSt zurück übertragen werden müssen. Es ist daher davon auszugehen, dass im Rahmen des von der DEHSt vorgeschlagenen vereinfachten Verfahrens auch eine vergleichsweise Verrechnung dieser beiden Ströme der auszugebenden und zurückzugebenden Emissionsberechtigungen bei Optionsanlagen erfolgen wird.

Die konkreten Einigungsvorschläge der DEHSt für strittige Vergleiche bleiben abzuwarten. Grundsätzlich sind solche Vergleichsverträge im Verwaltungsverfahren (nach § 55 VwVfG) möglich. Zudem entspricht dieses Vorgehen dem Gebot (von § 10 Satz 2 VwVfG), das Verwaltungsverfahren einfach, zweckmäßig und zügig durchzuführen.

Kontakt:

Dr. Markus Ehrmann, Rechtsanwalt

KERMEL & SCHOLTKA Rechtsanwälte
Meinekestraße 4
10719 Berlin

Tel.: +49 (0) 30 / 50 96 95 – 60

Fax: +49 (0) 30 / 50 96 95 – 77

mobil: +49 (0) 175/931 79 62

E-Mail: markus.ehrmann@kermelscholtka.com

Fazit

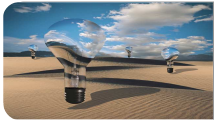
Die Vergleichsangebote müssen der DEHSt bis zum 29. Februar 2008 vorliegen. Im Einigungsfall kann das Verfahren bis Ende April 2008 abgeschlossen werden.

Das bedeutet konkret für die betroffenen Anlagenbetreiber, dass sie eine Menge an Emissionsberechtigungen vorschlagen können, die sie gewillt sind im Rahmen der Ex-post-Korrektur zurückzugeben.

Da die Emissionsberechtigungen der ersten Handelsperiode -im Gegensatz zu denen der zweiten Emissionshandelsperiode, deren Future-Wert seit Monaten über 20€/tCO₂ liegt!- mit 0,02€ oder 2 ct./tCO₂ nahezu wertlos geworden sind, könnte der Vorschlag genau die Menge an Emissionsberechtigungen beinhalten, die, abzüglich der für das Jahr 2007 zurückzugebenden, noch zur Verfügung stehen.

Da der 29. Februar aber vor dem Termin der Berichterstattung liegt und die Anlagenbetreiber erst mit Sicherheit bestimmen können, wie viel Emissionsberechtigungen für das Jahr 2007 zurückgegeben werden müssen, wenn der verifizierte Emissionsbericht 2007 vorliegt, empfiehlt GALLEHR+PARTNER die Erstellung und Verifizierung in diesem Jahr in den Februar vorzuziehen.

Damit haben die betroffenen Anlagenbetreiber schon bis zum 29. Februar eine genaue Vorstellung davon, wie viele Emissionsberechtigungen ohne weiteren Zukauf zurückgegeben werden können. Die Differenz zum Kontostand könnte dann dem Vorschlag entsprechen, der in der FMS eingetragen werden muss...



Wenn Sie eine zielsichere Navigation und eine verlässliche Wegbegleitung gerade in strategischen Fragen rund um das Thema Emissionshandel und Klimaschutz wünschen, stehen wir für Sie wie immer gerne mit Rat und Tat zur Verfügung.

Nutzen Sie unsere langjährigen Erfahrungen, die wir als Berater von mehr als 100 Anlagenbetreibern und Industriebetrieben auf den Gebieten Klimastrategie, Emissionshandel und Risiko-Management in der Energiewirtschaft und in verschiedensten Industriebranchen gesammelt haben.

► **Wir reduzieren Ihre wirtschaftlichen, technischen sowie organisatorischen Risiken und unterstützen Sie bei der Entwicklung neuer bzw. dem Ausbau bestehender Geschäfte**

Autoren:

Dr. Markus Ehrmann
KERMEL & SCHOLTKA Rechtsanwälte
Meinekestraße 4
10719 Berlin
www.kermelscholtka.com

Sebastian Gallehr
GALLEHR + PARTNER
Hauptstraße 43
D-61184 Karben
www.gallehr.de

Für weitere Informationen wenden Sie sich bitte an:

Dipl.-Ing. Christoph Küskens
Seniorpartner, Geschäftsentwicklung
Telefon: 06039 / 9263686
Telefax: 06039 / 9263689
Mobil: 0172 / 6237695
eMail: ck@gallehr.de