

RdE Recht der Energiewirtschaft

Sonderdruck



Carl Heymanns Verlag

ABHANDLUNGEN

Emissionshandel und EG-Beihilfenrecht

Der Schutz vor wettbewerbsverfälschenden nationalen Allokationsplänen

Von Dr. Carl-Stephan Schweer und Bernhard Ludwig*

Wirtschaftlicher Kernpunkt im Emissionshandel, der nach der EH-Richtlinie am 1. 1. 2005 beginnen soll, ist die (Erst-) Zuteilung der Zertifikate. Sie erfolgt auf Grund nationaler Allokationspläne, die schon im Aufstellungsverfahren von der Kommission geprüft werden. Der vorliegende Beitrag untersucht die Frage, ob nationale Allokationspläne Beihilfen enthalten können und beleuchtet dabei den Fall der sog. »Überallokation« mit Zertifikaten zu Gunsten bestimmter Unternehmen oder Wirtschaftszweige, ferner, welche Befugnisse der Kommission zustehen, um den Binnenmarkt vor Wettbewerbsverzerrungen zu schützen und wie sich das beihilfenrechtliche Aufsichtsverfahren zu dem Kontrollverfahren der Kommission nach Art. 9 Abs. 3 der EH-Richtlinie verhält. Schließlich werden die Rechtsschutzmöglichkeiten gegen Entscheidungen der Kommission, mit denen sie Allokationspläne genehmigt, erörtert. Zahlreiche schwierige Rechtsfragen sind offen. Der Beitrag leistet deren Einordnung und gibt erste Antworten.

I. Wettbewerbsbeeinträchtigungen durch nationale Zuteilungspläne

Unterschiedliche Zuteilungsregeln in den nationalen Allokationsplänen für die Erstzuteilung der Emissionsrechte können schwerwiegende Wettbewerbsverzerrungen im EG-Binnenmarkt hervorrufen. Betroffenen Unternehmen drohen damit nicht nur Kosten, weil sie ihren Kohlendioxidausstoß (CO₂) verringern müssen, sondern auch erhebliche Wettbewerbsnachteile. Die nationalen Allokationspläne regeln, wie viele Emissionsrechte für die betroffenen Anlagen in einem EU-Mitgliedstaat für den Emissionshandel anfänglich zugeteilt werden. Mit dem Emissionshandel¹ müssen die betroffenen Unternehmen CO₂ vermeiden. Sie müssen ihren CO₂-Ausstoß selbst überwachen, darüber von unabhängigen Stellen geprüfte Berichte erstatten und für den tatsächlichen Ausstoß eines Jahres Emissionsrechte vorweisen können.² Dazu werden jedem Anlagenbetreiber aus einem begrenzten Vorrat Emissionsrechte/Zertifikate zugeteilt, mit denen in der Zwischenzeit auch gehandelt werden kann.³ Ist der Kohlendioxidausstoß größer als die mit den Zertifikaten erlaubte Menge, müssen die Anlagenbetreiber weitere

* Dr. Carl-Stephan Schweer ist Rechtsanwalt und Partner, Bernhard Ludwig ist Rechtsanwalt im Berliner Büro der internationalen Sozietät Hogan & Hartson Raue L.L.P.

- 1 Aus der umfangreichen Literatur zum Emissionshandel – ohne Anspruch auf Vollständigkeit: *Burgi*, Die Rechtsstellung der Unternehmen im Emissionshandelssystem, NJW 2003, 2486; *Giesberts/Hilf*, Handel mit Emissionszertifikaten, 2002; *dies.* Emissionshandel: Der deutsche Allokationsplan, EurUP 2004, 21; *Hendler/Marburger/Reinhardt/Schröder* (Hrsg.) Emissionszertifikate und Umweltrecht, 19. Trierer Kolloquium zum Umwelt- und Technikrecht vom 28. bis 30. 9. 2003, mit Beiträgen von *Alfred Endres*, *Meinhard Schröder*, *Michael Kloepfer*, *Rüdiger Breuer* und *Gerhard Wagner*, 2004; *Marr*, Emissionshandel in Deutschland, EurUP 2004, 10; *Mehrbrey*, Verfassungsrechtliche Grenzen eines Marktes handelbarer Emissionsrechte, 2003; *Schweer/v. Hammerstein* (Hrsg.), TEHG, Kommentar, 2004, Einl.; *Rehbinder/Schmalholz*, Handel mit Emissionsrechten für Treibhausgase in der Europäischen Union, UPR 2002, 1; *Rengeling* (Hrsg.), Klimaschutz durch Emissionshandel, Achte Osna-brücker Gespräche zum deutschen und europäischen Umweltrecht am 26/27 4. 2001, 2001; *ders.* Handel mit Treibhausgasen, DVBl. 2000; S. 1725; *Zimmer*, CO₂-Emissionsrecht in der EU, 2004. Der europäische Emissionshandel soll dazu dienen, die Ziele zu erreichen, zu denen sich die EU und alle ihre Mitgliedstaaten mit dem Kyoto-Protokoll verpflichtet haben: Ihre Treibhausgasemissionen während eines Verpflichtungszeitraums von 2008 bis 2012 um 8 % gegenüber dem Basisjahr 1990 zu senken. Dieses Ziel wurde auf die einzelnen Mitgliedstaaten in je unterschiedlichem Umfang im Rahmen einer Lastenverteilungsvereinbarung (burden-sharing-agreement) gemäß Art. 4 des Protokolls von Kyoto durch Entscheidung des Rates 2002/358/EG vom 25. 4. 2002, ABl. L 130 v. 15. 5. 2002, S. 1, übertragen. Im Rahmen dessen verpflichtete sich Deutschland, seine Treibhausgasemissionen um 21 % gegenüber dem Niveau des Jahres 1990 zu senken.
- 2 Artt. 12, 14, 15 der Richtlinie 2003/87/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über ein System für den Handel mit Treibhausgasemissionsberechtigungen innerhalb der Gemeinschaft und zur Änderung der Richtlinie 96/61/EG des Rates, ABl. L 275 v. 25. 10. 2003, S. 32 (künftig: EH-Richtlinie); §§ 5 Abs. 1, 6 Abs. 1 des Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz –TEHG, das der Umsetzung der EH-Richtlinie in deutsches Recht dient (künftig: TEHG-E), BT-Drs. 15/2681, vom Bundestag am 12. 3. 2004 beschlossen (Plenarprotokoll 15/98 S. 8794, 8803). Der Bundesrat hat am 2. 4. 2004 beschlossen, gemäß Art. 77 Abs. 2 GG die Einberufung des Vermittlungsausschusses mit dem Ziel der grundlegenden Überarbeitung des Gesetzes zu verlangen, BR-Drs. 198/04.
- 3 Art. 12 Abs. 1 und Abs. 2 der EH-Richtlinie, §§ 6 Abs. 3, 13 Abs. 1 TEHG-E.

Zertifikate zukaufen. Liegt er darunter, können sie überschüssige Rechte verkaufen. Der europaweite Emissionshandel beruht auf einer EU-Richtlinie vom Oktober letzten Jahres.⁴ Sie schreibt den Mitgliedstaaten vor, Allokationspläne aufzustellen, in denen sie die Gesamtmenge der Emissionsrechte festlegen müssen, die innerhalb eines ersten Dreijahreszeitraums für ihr Land zur Verfügung stehen soll und die Anzahl der Emissionsrechte bestimmen müssen, die den einzelnen Unternehmen anfänglich zugeteilt wird.⁵ Durch die Allokationspläne werden somit Chancen und Belastungen zwischen den Unternehmen verteilt. Die Anfangszuteilung bestimmt, welchen Beitrag jedes Unternehmen leisten muss, folglich wie hoch dessen CO₂-Vermeidungskosten sein werden und ob es Emissionsrechten anbieten kann oder nachfragen wird. Deutschland hat am 31. März seinen Allokationsplan veröffentlicht und an die Europäische Kommission übermittelt⁶, wie es die Richtlinie vorschreibt.⁷ Vier weitere Mitgliedstaaten legten ebenfalls vor; zehn Staaten ließen die Frist verstreichen – acht der zehn neuen Mitgliedstaaten müssen ihre Allokationspläne erst am 1. Mai der Kommission übermitteln.⁸

Es liegt auf der Hand, dass durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen bei der Anfangszuteilung durch die einzelnen Mitgliedsstaaten erhebliche Wettbewerbsverzerrungen im gemeinsamen Markt entstehen können. So ist denkbar, dass in Folge unterschiedlicher Zuteilungen an zwei identische, aber in verschiedenen Mitgliedstaaten liegende Anlagen (derselben Branche) mit gleichem Kohlendioxidausstoß die eine Anlage in Folge großzügiger Anfangszuteilung als Verkäufer der Emissionsrechte vom neu geschaffenen Markt profitiert, während die andere eine zu knappe Anfangszuteilung durch Zukauf ausgleichen muss, also einen Verlust erleidet. Für die Unternehmen steht damit auf dem Spiel, unter die Räder des Emissionshandels zu kommen. Die EH-Richtlinie verbietet ausdrücklich die ungerechtfertigte Bevorzugung bestimmter Unternehmen und verweist auf die einschlägigen Bestimmungen des EG-Vertrags, insbesondere auf das europäische Beihilfenrecht, das gerade die Funktion hat, den Wettbewerb vor drohenden Verzerrungen als Folge von staatlichen Begünstigungen einzelner Unternehmen zu schützen.⁹ Sofern nationale Allokationspläne Beihilfen gewähren, bietet das EG-Beihilfenrecht Schutz. Neben dem Beihilfenrecht setzen möglicherweise auch die Grundfreiheiten des EG-Vertrags wettbewerbsverzerrenden Anfangszuteilungen von Zertifikaten Grenzen.¹⁰

II. Die Zuteilungen von Emissionsrechten als europarechtswidrige Beihilfen

Der Schutz vor Wettbewerbsnachteilen durch Kommission und Gemeinschaftsgerichte hängt davon ab, ob mit den in den Allokationsplänen vorgesehenen Zuteilungen von Emissionszertifikaten tatsächlich Beihilfen verbunden sein können. Das ist umstritten.¹¹ Die Schwierigkeit der Einordnung der Anfangszuteilung im Emissionshandelssystem in die beihilfenrechtliche Dogmatik resultiert daraus, dass es sich beim Emissionshandel um ein neues Rechtssystem handelt. Das

zeigt sich insbesondere daran, dass ein Markt für Emissionszertifikate durch staatlichen Rechtssetzungsakt künstlich erst geschaffen wird. Ohne eine sanktionsbewehrte Verknäp-

- 4 Die EH-Richtlinie wurde bereits am 22. 7. 2003 vom Europäischen Ministerrat beschlossen, vgl. Pressemitteilung der Kommission vom 22. 6. 2003 (IP/03/1073).
- 5 Art. 9 Abs. 1 der Emissionshandels-Richtlinie, § 7 TEHG-E.
- 6 Pressemitteilung des BMU Nr. 087/04 vom 31. 3. 2004; der NAP ist im Internet unter: <http://www.bmu.de/de/800/js/sachthemen/emissionshandel/nap/> abrufbar. Der NAP soll in ein formelles Gesetz gegossen werden (NAP-G), dessen Entwurf vom Kabinett am 21. 4. 2004 beschlossen und am 27. 4. 2004 von der Koalition in den Bundestag eingebracht wurde (BT-Drs. 15/2966).
- 7 Art. 9 der EH-Richtlinie sieht die Veröffentlichung der nationalen Allokationspläne und deren Übermittlung an die Europäische Kommission und die übrigen Mitgliedstaaten zum 31. 3. 2004 vor. Zum Stand der Notifizierung siehe unter: http://europa.eu.int/comm/environment/climat/emission_plans.htm
- 8 Zypern und Malta müssen keine Allokationspläne erstellen.
- 9 Art. 11 Abs. 3 Satz 1 und Anhang III Nr. 5 der EH-Richtlinie. In der Mitteilung der Kommission vom 7. 1. 2004 über Hinweise zur Unterstützung der Mitgliedstaaten bei der Anwendung der in Anhang III der Richtlinie 2003/87/EG über ein System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten in der Gemeinschaft und zur Änderung der Richtlinie 96/61/EG des Rates aufgelisteten Kriterien sowie über die Bedingungen für den Nachweis höherer Gewalt, KOM(2003) 830 endg., betont die Kommission, dass die üblichen Bestimmungen für staatliche Beihilfen gelten. Diese Mitteilung wurde auf Art. 9 Abs. 1 der EH-Richtlinie gestützt. Zwar entfalten Empfehlungen und Stellungnahmen keine Außenrechtswirkung (Art. 249 Abs. 5 EG-Vertrag). Für Mitteilungen der Kommission gilt jedoch, dass sie ein Ermessen der Kommission insbesondere im Bereich der Beihilfen binden können (*EuGH*, Rs. C-382/99, *Niederlande/Kommission*, Slg. 2002, I-5163, Rn. 24; *Jestaedt/Schweda*, in: Heidenhain (Hrsg.), *Handbuch des Europäischen Beihilfenrechts*, 2003, § 14 Rn. 25 ff.; *Bleckmann*, *Europarecht*, 6. Aufl. 1997, § 7 Rn. 466).
- 10 In Betracht kommen die Warenverkehrsfreiheit nach Art. 28 EG-Vertrag, die Dienstleistungsfreiheit nach Art. 49, 50 EG-Vertrag und die Niederlassungsfreiheit nach Art. 43 EG-Vertrag. Dabei stellt sich die Frage, inwieweit die Übernahme von Emissionsvermeidungspflichten durch den Verkauf von Zertifikaten Dienstleistung im Sinne von Art. 49, 50 EG-Vertrag ist und ob eine Ungleichbehandlung bei der Zuteilung der Zertifikate die Dienstleistungsfreiheit beschränkt. Diesen Fragen kann hier nicht nachgegangen werden.
- 11 Für die Annahme von Beihilfen: *Kommission*, Entscheidung N 653/88 vom 12. 4. 2000, vgl. auch Pressemitteilung der Kommission Nr. IP/00/304 vom 29. 3. 2000 (zum dänischen Handelssystem); *Kommission*, Entscheidung N 416/2001 vom 28. 11. 2001 (zum britischen Handelssystem); *Kommission*, Entscheidung N 35/2003 vom 24. 6. 2003 (zum niederländischen NOx-Handelssystem); *Koenig/Braun/Pfromm*, *Beihilfenrechtliche Probleme des EG-Emissionsrechtshandels*, ZWER 2003, 152, 178, 184; *Könings*, *Emission trading – why State aid is involved: NOx trading scheme*, *Competition Policy Newsletter* 2003, Nr. 3, Autumn, S. 77; *Stewing*, *Emissionshandel in der Europäischen Gemeinschaft*, 2003, S. 21 ff. Dagegen: *Arndt/Fischer*, *Die rechtliche Behandlung der Bahnstromerzeugung im Emissionshandel*, 2003, S. 15 f., abrufbar unter: http://www.gkm.de/aktuelles/index_downloads_main.htm; *Frenz*, *Zertifikathandel und Beihilfenverbot*, ZHR 2003, 459; *Giesberts/Hilf*, *Handel mit Emissionszertifikaten* 2002, S. 95; *Marr* (Fn. 1), S. 19; *Reuter/Busch*, *Einführung eines EU-weiten Emissionshandels – die Richtlinie 2003/87/EG*, *EuZW* 2004, 43; *Reuter/Kindereit*, *EG-Emissionshandelsrichtlinie und Beihilfenrecht am Beispiel*

pung des CO₂-Emissionsrechts würde ein solcher Markt gar nicht entstehen. Damit stellt sich die Frage, wie die Zuweisung der Startpositionen in diesem Markt beihilfenrechtlich zu werten ist.

Die Frage ist nicht mit dem Verweis darauf erledigt, dass die Anfangszuteilung der Zertifikate nicht von den Mitgliedsstaaten, sondern der EU vorgegeben ist, denn Art. 11 Abs. 3 S. 1 und Anhang III Nr. 5 der EH-Richtlinie sehen selbst vor, dass die Allokationspläne und die Zuteilungen der Zertifikate im Einklang mit Artt. 87, 88 EG-Vertrag stehen müssen, und setzen damit die Anwendbarkeit des Beihilfenrechts voraus.¹² Erwogen werden könnte zwar, die Artt. 87, 88 EG-Vertrag von vornherein nur insoweit anzuwenden, als die Richtlinie den Mitgliedsstaaten einen Umsetzungsspielraum bei der Ausgestaltung der Anfangsallokation der Zertifikate einräumt. Dagegen spricht jedoch Art. 87 Abs. 3 lit. e) EG-Vertrag, wonach der Rat durch eine Entscheidung mit qualifizierter Mehrheit auf Vorschlag der Kommission Art. 87 Abs. 3 EG-Vertrag um weitere Befreiungstatbestände ergänzen kann. Diese Befugnis wäre weitgehend bedeutungslos, wenn schon der Anwendungsbereich des Beihilfenrechts (Art. 87 Abs. 1 EG-Vertrag) durch beliebige Sekundärrechtsakte der Gemeinschaft ausgeschlossen werden könnte; sie ist auch gegenüber Art. 175 Abs. 1 EG-Vertrag speziell, auf den sich die EH-Richtlinie stützt, und muss diesen im Bereich des Beihilfenrechts verdrängen.

Eine Beihilfe liegt nach Art. 87 Abs. 1 EG-Vertrag vor, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind: Es muss eine staatliche oder aus staatlichen Mitteln stammende Begünstigung gleich welcher Art für bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige gewährt werden, die den Wettbewerb verfälscht oder zu verfälschen droht, soweit sie den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigt.

1. Begünstigung

a) Begünstigung als Leistung durch den Staat

Nach ständiger Rechtsprechung sind Leistungen des Staates dann eine Begünstigung im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG-Vertrag, wenn und soweit der Empfänger eine wirtschaftliche Vergünstigung erhält, die er unter normalen Marktbedingungen nicht erhalten hätte.¹³ Die Kommission hat in ihren Entscheidungen über die beihilfenrechtliche Genehmigung des dänischen, des britischen und des niederländischen Emissionshandelssystems den Standpunkt eingenommen, dass bereits die kostenlose Anfangszuteilung von Berechtigungen eine Beihilfe sei, weil den Unternehmen damit wirtschaftliche Werte ohne Gegenleistung zufließen.¹⁴ Dagegen wird eingewandt, dass die Unternehmen ihre Zertifikate erst dann zu Geld machen könnten, wenn sie zuvor in entsprechendem Umfang Emissionen vermieden haben¹⁵ – ein Umstand, der die etwaige Begünstigung einer kostenlosen Zuteilung jedenfalls ausgleichen würde. Zu berücksichtigen ist insoweit auch, dass es sich bei den Zertifikaten um Tauschmittel für die Übertragung von Emissionsvermeidungspflichten handelt. Die Allokationspläne ordnen im wirtschaftlichen Ergebnis diese Vermeidungspflichten einzelnen Anlagen zu. Mit der Übertragung der Zertifikate gehen diese Vermeidungspflichten in umgekehrter Richtung

über, jedenfalls sofern die Transaktionsparteien nicht lediglich Händler sind. Der Verkäufer muss nach der Veräußerung eine den verkauften Berechtigungen entsprechende Menge an CO₂ zusätzlich bei sich vermeiden, der Käufer darf entsprechend mehr ausstoßen. Der Preis der Berechtigung auf dem Markt ist damit zugleich der Preis für die Übernahme entsprechender Vermeidungspflichten. Erhalten die Unternehmen anfänglich Zertifikate ohne Gegenleistung zugeteilt, können sie nur gegen marktgerechte Übernahme einer Ver-

prozessbedingter Emissionen, DVBl. 2004, 537; *Vofskuble*, Rechtsfragen der Einführung von Emissionszertifikaten, in: Hendlar u.a. (Hrsg.), *Energierrecht zwischen Umweltschule und Wettbewerb*, 17. Trierer Kolloquium zum Umwelt- und Technikrecht vom 9. bis 11. 9. 2001, 159, 181.

- 12 So aber *Reuter/Kindereit* (Fn. 11), S. 539; Eine ähnliche Regelung ist in Art. 12 VO 1260/1999 des Rates v. 21. 6. 1999, ABl. L v. 26. 6. 1999, S. 1. Art. 11 Abs. 3 S. 1 und Anhang III Nr. 5 der EH-Richtlinie könnten auch als Rechtsfolgenverweisungen auf das Beihilfenrecht verstanden werden: Die Richtlinie setzte dann voraus, dass jede Allokation eine Beihilfe nach Art. 87 Abs. 1 EG-Vertrag ist und ordnete lediglich die Beihilfenaufsicht der Kommission an, die dann alle Allokationspläne im Verfahren nach Art. 88 auf ihre Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt nach Art. 87 Abs. 2 und 3 EG-Vertrag zu überprüfen hätte. Der Wortlaut der Richtlinie lässt aber auch das Verständnis als Rechtsgrundverweisung oder deklaratorischer Hinweis zu.
- 13 EuGH, Rs. 256/97. DMT, Slg. 1999, I-3913, Rn. 22; Rs. 342/96, Spanien/Kommission, Slg. 1999, I-2459, Rn. 41 jeweils m.w.N.
- 14 *Kommissionsentscheidungen* (Fn. 11); *Könings* (Fn. 11) S. 78; so auch *Koenig/Braun/Pffromm* (Fn. 11), S. 174 ff., 176 ff., 178 ff.; *Stewing* (Fn. 11); *Marr* (Fn. 1) S. 19, hält die Annahme eines wirtschaftlichen Vorteils für unproblematisch.
- 15 *Giesberts/Hilf*, *Handel mit Emissionszertifikaten 2002*, S. 95; *Reuter/Busch* (Fn. 11) 43. Auch eine Übertragung der Rechtsprechung des EuGH in den Rs. C-280/00, *Altmark Trans*, Slg. 2003, I-7747; Rs. C-93/00, *Ferring*, Slg. 2001, I-9067; Rs. 240/83, *ADBHU*, Slg. 1985, 531 u.a., wonach eine staatliche Maßnahme dann keine Beihilfe im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG-Vertrag ist, wenn sie zum Ausgleich von Nachteilen in Folge der Erbringung von Dienstleistungen im allgemeinen Interesse gewährt wird, mit denen ein Unternehmen betraut ist, kommt in Betracht. So könnte der vom Emissionshandel betroffene Sektor insoweit mit Dienstleistungen im Allgemeininteresse betraut sein, als er durch Zuteilung einer geringeren Menge an Emissionsrechten, als er braucht, zur Vermeidung von Emissionen verpflichtet ist. Dann wäre insbesondere zu fragen, ob der Ausgleich nicht über das hinausgeht, was erforderlich ist, um die Kosten der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen und eines angemessenen Gewinns aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen ganz oder teilweise zu decken, wie es der EuGH in der Rs. *Altmark Trans*, Rn. 19, verlangt. Die Kommission hat sich bisher gegen eine solche Saldierung entschieden (vgl. die Entscheidungsnachweise in Fn. 11), das Interesse an einem Veräußerungsgewinn durch Emissionseinsparung und Zertifikatsverkauf aber im Rahmen der Rechtfertigungsprüfung nach Art. 87 Abs. 3 EG-Vertrag berücksichtigt. Sie unterscheidet dabei offenbar gegenüber anderen Zertifikat-Handelssystemen, bei denen die Zertifikate nur dann vergeben werden, wenn bereits eine bestimmte Leistung erbracht wurde, und die Zertifikate dem Nachweis dieser Leistung dienen, vgl. *Kommissionsentscheidung N 550/2000* vom 25. 7. 2001 (an Belgien), *Green Electricity Certificates* (ABl. C 330 v. 24. 11. 2001, S. 3); dazu auch *Könings* (Fn. 11) S. 78. Dann soll in der Vergabe der Zertifikate keine Beihilfe liegen, weil der Staat die Zertifikate weder verkaufen noch versteigern könne, *Könings*, a.a.O.

meidungspflicht zu Geld gemacht werden. Die unentgeltliche Vergabe muss noch keine Begünstigung sondern kann auch neutral sein, vergleichbar der Einführung einer neuen Währung durch Umtausch gegen die alte zu einem bestimmten Kurs. Unterschiedliche »Umtauschkurse« können jedoch Begünstigungen bewirken.

b) Begünstigung als Verzicht auf staatliche Einnahmen

Eine Begünstigung wird teilweise nicht nur in der unentgeltlichen Ausgabe der Zertifikate, sondern zugleich im Verzicht des Staates auf ein Entgelt gesehen. Auch die Europäische Kommission scheint dies ähnlich zu beurteilen. Zwar hält sie offenbar angesichts des Art. 10 der EH-Richtlinie nicht jede unentgeltliche Anfangszuteilung für eine Begünstigung¹⁶, wohl aber – nach einem Schreiben an die EU-Mitgliedstaaten vom 17. März dieses Jahres – eine darüber hinausgehende kostenlose Zuteilung.¹⁷ Dafür spricht zwar, dass zum Beispiel eine völlige oder teilweise Befreiung von Steuern oder Sozialversicherungsbeiträgen eine Beihilfe sein kann, wenn sie nicht ausnahmsweise als Bestandteil der allgemeinen Ordnung eines Sachbereichs, als systemimmanente Begünstigung, angesehen werden muss.¹⁸ Aber die Fälle sind nicht vergleichbar: Hier fehlt es an einem allgemeinen Grundsatz, nach dem das Recht zum Ausstoß von CO₂ an die Pflicht zu Geldleistungen an den Staat gebunden wäre, sodass der Verzicht auf staatliche Einnahmen bereits als Ausnahme hiervon eingestuft werden könnte. Auch die Vergabe bestimmter staatlicher Lizenzen gegen Entgelt erlaubt nicht den Schluss, dass die kostenlose Vergabe der Emissionszertifikate eine systemwidrige Ausnahme sei. Zwar finden sich Abgabentatbestände für die Inanspruchnahme von Nutzungsrechten in verschiedenen Regelungszusammenhängen.¹⁹ Aus dem Recht des Staates, Umweltnutzungen unter bestimmten Voraussetzungen nur gegen Entgelt zuzulassen, folgt aber nicht der allgemeine Grundsatz, dass der Staat dies in der Regel auch zu tun hätte.²⁰

c) Begünstigung durch »Überallokation« – die Mitteilung der Kommission vom 17. März

Die Systemscheidung für den Emissionshandel als solche wird kaum als Beihilfe eingestuft werden können, selbst wenn von ihr bestimmte Unternehmen als Verkäufer von Zertifikaten auf dem Markt profitieren. Gleiches gilt für die grundsätzliche Weichenstellung zu unentgeltlicher Anfangsallokation bei zeitlich versetzter Kontrolle der Emissionsvermeidungspflichten. Das gilt auch gegenüber denjenigen, die wirtschaftlich gezwungen sind, Zertifikate auf dem Markt zuzukaufen. Es ist systemimmanent, dass es Käufer geben muss. Es folgt aus Natur und innerem Aufbau des Systems.²¹ Seine Funktion liegt nicht darin, bestimmte Unternehmen von vornherein zu begünstigen, sondern einen Wettbewerb um Emissionsvermeidungsleistungen zu schaffen. Wird für bestimmte Unternehmen aber eine Ausnahme zu ihren Gunsten von den Voraussetzungen gemacht, auf denen das Emissionshandelssystem beruht, und erlangen sie dadurch einen finanziellen Vorteil, könnte eine Begünstigung vorliegen. Ein funktionsfähiges Emissionshandelssystem setzt voraus, dass das Recht zum Ausstoß von Treibhausgasen verknappt und mittels der Allokationspläne diese

Knappheit auf die einbezogenen Unternehmen verteilt wird. Erhält ein Unternehmen aber so viele Emissionsrechte oder mehr zugeteilt, als es bei unvermindertem CO₂-Ausstoß benötigt, wird zu seinen Gunsten eine Ausnahme hiervon zugelassen.²² Von diesem Standpunkt aus ist es konsequent, von einer Beihilfe dann auszugehen, wenn ein Unternehmen sogar mehr Zertifikate erhält, als es benötigt. Denn diese Zertifikate haben auf dem Markt einen Wert für das Unternehmen, ohne dass diesem zugleich ein Beitrag zur Emissionsverringerung abverlangt würde. Eine solche Begünstigung kann auch vorliegen, wenn Unternehmen bedarfsgerecht zu Beginn mit Zertifikaten ausgestattet werden (sub. d).

Die Kommission bezeichnet diesen Fall als »Überallokation« und hat in einem Schreiben der Generaldirektionen Umwelt und Wettbewerb an die EU-Mitgliedstaaten vom 17. März dieses Jahres eine strenge Überprüfung der Allokati-

16 Dem wird die Überlegung zugrunde liegen, dass hier von einem Verzicht auf staatliche Einnahmen nicht gesprochen werden kann, weil die Richtlinie diese Einnahmequelle insoweit verbietet. Vgl. im Übrigen die *Kommissionentscheidungen* (Fn. 11); *Koenig/Braun/Pfromm* (Fn. 11) S. 166 ff.; *Könings* (Fn. 11) S. 78 f.

17 Art. 10 der EH-Richtlinie sieht vor, dass für die erste Zuteilungsperiode von 2005 bis 2007 mindestens 95 % und für die zweite Zuteilungsperiode von 2008 bis 2012 mindestens 90 % der Zertifikate kostenlos zugeteilt werden müssen. Dabei stellt sich die Frage, welche Unternehmen begünstigt werden, wenn sämtliche Zertifikate unentgeltlich alloziert werden. Man könnte dann in jeder Zuteilungsentscheidung einen entsprechenden Begünstigungsanteil erblicken.

18 St. Rspr., vgl. EuGH, Rs. Rs. C-156/98, Deutschland /Kommission, Slg. 2000, I-6857; Rs. C-6/97, Italien/Kommission, Slg. 1999, I-2981; Rs. C-251/97, Frankreich/Kommission, Slg. 1999, I-6639, Rs. C-387/92, Banco Exterior, Slg. 1994, I-877; EuG, Rs. T-46/97, SIC/Kommission, Slg. 2000, II-2125.

19 Etwa in § 1 Abwasserabgabengesetz, der Regelung eines »Wasserpennings« in verschiedenen Landeswassergesetzen sowie der Bestimmung, dass die Lizenzvergabe im Telekommunikationsrecht unter bestimmten Voraussetzungen im Wege der Versteigerung durchgeführt werden kann (§ 11 Abs. 1 und Abs. 4 TKG), vgl. *Koenig/Braun/Pfromm* (Fn. 11), 167 m.w.N.

20 So aber offenbar *Koenig/Braun/Pfromm* (Fn. 11), 167, 168. Ähnlich wie hier *Stewing* (Fn. 11), S. 27. So gibt es auch keinen Rechtssatz des Inhalts, dass sämtliche externen Kosten der Inanspruchnahme von Umweltgütern zu internalisieren wären. Andernfalls wäre nicht nur jede unentgeltliche Gewährung von Umweltnutzungsrechten eine Begünstigung im Sinne des Art. 87 Abs. 1 EG-Vertrag, sondern auch die Höhe eines jeden »Entgelts« müsste als Konsequenz am Maßstab des Art. 87 EG-Vertrag zu messen sein.

21 Vgl. dazu die Nachweis in Fn. 18; *Frenz* (Fn. 11), S. 541; *Renter/Kindereit* (Fn. 11), S. 541 f. ff.;

22 Das kommt auch in der EH-Richtlinie zum Ausdruck. Art. 27 Abs. 2 der Richtlinie erlaubt es der Kommission, unter bestimmten Voraussetzungen Unternehmen aus dem Handelssystem auszuschließen. Die erste Voraussetzung ist, dass das jeweilige Unternehmen in Folge der einzelstaatlichen Politik seine Emissionen ebenso weit begrenzen muss, wie es dies tun müsste, wenn es der Richtlinie unterworfen bliebe. Diese Bedingung wäre vollständig überflüssig, wenn ein Mitgliedstaat frei entscheiden könnte, durch seinen Allokationsplan ein Unternehmen so großzügig mit Emissionsrechten auszustatten, dass es nicht mehr zur Begrenzung seiner Emissionen verpflichtet wäre.

onspläne auf solche Maßnahmen angekündigt.²³ Eine Überallokation sei dann gegeben, wenn ein Mitgliedstaat die Emissionsvermeidungspflichten innerhalb seiner Volkswirtschaft ungleich verteile. Überschätze er den Beitrag, den die vom Emissionshandel ausgenommenen Wirtschaftssektoren (Verkehr, Gewerbe, Haushalte) zur Vermeidung von Emissionen überhaupt erbringen können, um das Ziel dieses Staates, auf das er sich nach dem Kyoto-Protokoll und der EU-Lastenteilungsvereinbarung (burden-sharing-agreement, vgl. Fn. 1) verpflichtet hat, zu erreichen, und würden deshalb vergleichsweise übermäßig Emissionsrechte anfänglich zugeteilt, sei dies eine Beihilfe. Darüber hinaus liege eine Beihilfe dann vor, wenn ein Mitgliedstaat trotz anspruchsvollerer Emissionsminderungsziele nach dem Kyoto-Protokoll eine vergleichsweise großzügige Ausstattung der in die Pflichten des Emissionshandelssystems einbezogenen Unternehmen mit Zertifikaten dadurch ermögliche, dass er Emissionsgutschriften von anderen Staaten ankaufe oder aus der Finanzierung von Emissionsvermeidungsmaßnahmen erwerbe.²⁴

Insbesondere aber die Zuteilung von mehr Emissionsrechten an ein Unternehmen, als es zur Abdeckung eigener, für die Zuteilungsperiode von 2005 bis 2007 projizierter Emissionen benötigt, sei eine Beihilfe. Diese sei grundsätzlich mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar, weil ihr weder eine wirtschaftliche noch eine dem Klima zugute kommende Gegenleistung des begünstigten Unternehmens gegenüberstünde. Anhang III Nr. 1 der Emissionshandels-Richtlinie verbietet ausdrücklich die Zuteilung einer größeren Gesamtmenge an Emissionsrechten, als dem wahrscheinlichen Bedarf bei strikter Anwendung der Zuteilungskriterien entspricht.²⁵ Die Kommission wird daher die Allokationspläne nicht nur darauf überprüfen, ob sie insgesamt für jede Volkswirtschaft eine angemessene Emissionsverringerung zum Erreichen der Kyoto-Ziele vorsehen. Sie wird auch Überallokationen zu Gunsten bestimmter Unternehmen oder Sektoren kontrollieren. Die praktischen Schwierigkeiten angesichts des Zeitdrucks und der großen Anzahl betroffener Unternehmen liegen auf der Hand. Die Kommission bedarf daher der Hinweise von Wettbewerbern.

d) Begünstigung bei bedarfsgerechter Zuteilung auf Grund der Möglichkeit des »borrowing«

Eine Begünstigung scheidet selbst dann nicht aus, wenn ein Unternehmen eine (nur) bedarfsgerechte Zuteilung erhält. Sie liegt vor, wenn ein Unternehmen soviel erhält, wie es für seine projizierte Wirtschaftsentwicklung benötigt. Denn auch dann muss es seinen CO₂-Ausstoß nicht verringern. Zwar kann es in diesem Fall die Emissionsrechte nur zu Geld machen, wenn Emissionen eingespart werden. Daher scheint sich seine Vermögenslage nicht zu verbessern. Der finanzielle Vorteil liegt jedoch in der Besonderheit des Zuteilungssystems, Emissionsrechte zu Beginn eines Jahres auszugeben (Art. 11 Abs. 4 der EH-Richtlinie; § 9 Abs. 2 TEHG-E), die Rückgabe aber erst ein Jahr später zu verlangen (Art. 12 Abs. 3 der EH-Richtlinie; § 6 Abs. 1 TEHG-E). Diese Termine erlauben – gewollt – dazwischen ein »borrowing«: Die Unternehmen können in der Zwischenzeit über die Berechtigungen gleichsam wie über einen Kredit verfü-

gen, unabhängig davon, ob sie Emissionen vermeiden oder weiter emittieren wie bisher. Da die Anfangszuteilung in Deutschland in drei gleichen jährlichen Tranchen jeweils zum 28. 2. erfolgen soll²⁶, der Pflicht zur Abgabe von Emissionsrechten für den eigenen CO₂-Ausstoß jedoch erst zum 30. 4. des folgenden Jahres nachgekommen werden muss, können die Unternehmen Rechte für das vergangene Jahr aus dem laufenden Jahr »ausleihen«. Damit erhalten sie eine gesamte Jahrestranche an Berechtigungen gewissermaßen als *Kredit*²⁷ auf drei Jahre, den sie wirtschaftlich nutzen können, ohne dass dem für sich genommen die Vermeidung von CO₂ gegenüber stünde. Der geldwerte Vorteil liegt in dem Wert, den Emissionsrechte mit dem Beginn des Handels haben und der sofort realisiert werden kann. Schon heute werden sie als *Futures* gehandelt. Nicht die Möglichkeit des »borrowing« an sich – das dem Handelssystem immanent ist – sondern die bedarfsgerechte Zuteilung wegen des »borrowing« kann einer »Überallokation« gleichzustellen sein.

e) Der Fall ungleicher Anfangszuteilungen in verschiedenen Mitgliedstaaten

Eine Ungleichbehandlung zweier identischer Anlagen (derselben Branche) mit gleichem Kohlendioxidausstoß in ver-

23 Mit einer *Mitteilung* kann die Kommission sich bei der Ausübung ihres Ermessens nach Art. 87 Abs. 3 selbst gebunden haben, vgl. dazu *Jestaedt/Schweda*, in: Heidenhain (Fn. 9) § 14 Rn. 26.

24 Dagegen spricht freilich, dass bei einem Zukauf von Emissionsrechten durch den Staat nicht zwangsläufig bestimmte Unternehmen begünstigt werden, sondern auch die gesamte Volkswirtschaft eines Mitgliedstaates einen Vorteil erlangen könnte. Art. 87 EG-Vertrag setzt jedoch die Begünstigung bestimmter Unternehmen und Produktionszweige voraus. Zu Emissionsminderungsmaßnahmen, für die Zertifikate vergeben werden können: Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinien über ein System für den Handel mit Treibhausgasemissionsberechtigungen in der Gemeinschaft im Sinne der projektbezogenen Mechanismen des Kyoto-Protokolls, KOM (2003) 403 endg. sowie Pressemitteilung der Kommission Nr. IP/04/505 vom 20. 4. 2004. zum Stand dieses Gesetzgebungsverfahrens.

25 Dieser Hinweis der Kommission erfolgt nicht ohne Grund: in etlichen Allokationsplänen zeichnen sich solche Beihilfen ab. So weisen etwa die Allokationspläne Österreichs und Irlands für die betroffenen Wirtschaftssektoren allenfalls bei wohlwollender Beurteilung eine Ausstattung mit Emissionsrechten auf, die den projizierten Bedarf innerhalb des ersten Dreijahreszeitraums nicht übersteigt. Der vor kurzem veröffentlichte Entwurf des italienischen Allokationsplans dürfte hingegen eine Überallokation vorsehen. Während die in das Handelssystem einbezogenen Unternehmen Italiens 2000 256,5 Mio t CO₂ emittierten, sollen ihnen für 2005, 278, 5 Mio Emissionsrechte CO₂-äquivalent zugeteilt werden, 2006 sogar 279,7 Mio. und 2007 dagegen 279,2 Mio. Italien hat sich nach dem Kyoto-Protokoll zu einer Verringerung seiner Treibhausgasemissionen gegenüber dem Jahr 1990 um 6,5 % im Durchschnitt der Jahre 2008 bis 2012 verpflichtet, hatte seine Emissionen jedoch 2001 gegenüber 1990 noch um 7,1 % gesteigert, s. *Carbon Market Europe* vom 23. 4. 2004, S. 3.

26 § 19 Abs. 1 NAPG-E (Fn. 6).

27 Die Gewährung eines Darlehens, das unter Marktbedingungen überhaupt nicht gewährt worden wäre, ist in vollem Umfang eine Beihilfe: statt aller, EuGH, Rs. 288/96, Deutschland Kommission, Slg. 2000, I-8237, Rn. 42.

schiedenen Mitgliedstaaten – die eine Anlage profitiert in Folge großzügiger Anfangszuteilung als Verkäufer der Emissionsrechte vom neu geschaffenen Markt, während die andere eine zu knappe Anfangszuteilung durch Zukauf ausgleichen muss – ist nicht zwingend beihilfenrechtlich relevant. Die Ungleichbehandlung kann nämlich ausschließlich auf die verschiedene Belastung der beteiligten Mitgliedstaaten im *burden-sharing-agreement* zurückgehen. Daher lässt sich nicht ohne weiteres feststellen, ob der eine Mitgliedstaat seine Anlage begünstigt. Vielmehr könnte es an einer Begünstigung solange fehlen, wie der Mitgliedstaat seine *burden-sharing*-Verpflichtung gleichmäßig – oder mit gerechtfertigten Gewichtungen – im jeweiligen Allokationsplan verteilt. Damit wären freilich auch extreme Marktverzerrungen auf dem Gemeinsamen Markt nicht ausgeschlossen. Nur hätten sie ihre Grundlage nicht im nationalen Allokationsplan, sondern einerseits im (politischen) *burden-sharing-agreement*, andererseits in der EH-Richtlinie, die den Mitgliedsstaaten einen weiten Spielraum bei der Festlegung der Minderungsziele einräumt. Darin liegt ein grundsätzlicher Schwachpunkt des Emissionshandels: Durch Gemeinschaftsrecht wird ein europaweiter Markt für Emissionszertifikate geschaffen, ohne dass die Startbedingungen harmonisiert sind; in entscheidenden Punkten wird deren Ausgestaltung den Mitgliedstaaten überlassen.²⁸

2. Die Übertragung staatlicher Mittel

Umstritten ist ferner die Frage, ob eine mit der Anfangszuteilung verbundene Begünstigung als staatlich oder aus staatlichen Mitteln stammend anzusehen ist, wie es Art. 87 Abs. 1 EG-Vertrag voraussetzt. Hierzu wird vertreten, die Berechtigungen seien deshalb staatlich, weil der Staat bei der Zuteilung auf Einnahmen verzichte.²⁹ Überwiegend wird dies aber verneint: Etwaige Gewinne aus dem Handel rührten nicht vom Staat her, sondern seien Resultat marktwirtschaftlicher Prozesse³⁰; nicht jede staatliche Maßnahme, die das Vermögen bestimmter Unternehmen verbessere, sei eine Beihilfe, denn es fehle an einer Belastung des Staatshaushalts, die der EuGH fordere.³¹

Entscheidend ist aber, ob die Mittel ständig unter staatlicher Kontrolle und somit den zuständigen nationalen Behörden zur Verfügung stehen. Die Emissionsrechte werden sogar durch staatlichen Rechtsakt geschaffen und aus einem staatlich verwalteten Kontingent zugeteilt. Ihre Staatlichkeit in diesem Sinne ist evident. Die Zuteilung ist auch eine Übertragung der Mittel. Das ist zwar nicht der Fall, wenn der Staat durch Gesetze den rechtlichen Rahmen verändert, selbst wenn dies bestimmten Unternehmen Vorteile bringt³², für den Staat aber mit keiner zusätzlichen Belastung verbunden ist.³³ Mit der Ausgabe der Zertifikate findet aber eine Belastung des Staatshaushalts statt, selbst wenn die Berechtigungen vor ihrer erstmaligen Zuteilung noch keinen wirtschaftlichen Wert haben: Die Zertifikate sind einzelne, fungible Rechtspositionen mit einem zumindest potenziellen wirtschaftlichen Wert, und der Staat verliert seine zunächst ausschließliche Verfügungsmacht über sie an den Empfänger, wenn er sie ausgibt. Darin liegt der entscheidende Unterschied zu den Fällen, in denen der EuGH eine

Übertragung staatlicher Mittel verneint hat.³⁴ Ob der Staat dabei eine Vermögenseinbuße gegenüber dem Status quo ante erleidet, ist unerheblich, da das Beihilfenrecht nicht dem Schutz des Staatshaushalts dient. Die Ansicht, die Zuteilung der Zertifikate sei keine Übertragung staatlicher Mittel, ist auch mit der Emissionshandels-Richtlinie nicht vereinbar. Würde man ihr folgen, bliebe den Artt. 87, 88 EG-Vertrag kein Anwendungsbereich bei der Allokation, obwohl Art. 11 Abs. 3 und Anhang III Nr. 5 der EH-Richtlinie ihre Beachtung vorschreiben; damit wären auch sie überflüssig. Zu berücksichtigen ist, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber die Entscheidungspraxis der Kommission kannte, die bei nationalen Emissionshandelssystemen eine Übertragung staatlicher Mittel bejahte (s. Fn. 11). Im übrigen sollen nach Art. 87 Abs. 1 EG-Vertrag Beihilfen jeder Art erfasst werden, was für eine weite Auslegung spricht.

3. Die übrigen Voraussetzungen des Art. 87 Abs. 1 EG-Vertrag

Die übrigen Voraussetzungen einer Beihilfe nach Art. 87 Abs. 1 EG-Vertrag sind sehr weit gefasst und dürften leicht erfüllt sein. Das Erfordernis der Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige ist mit der anfänglichen Zuteilung der Zertifikate erfüllt, schon weil nur bestimmte Unternehmen zur Teilnahme am Emissionshandel verpflichtet sind. Nicht erforderlich, aber ausreichend ist es insoweit, wenn innerhalb der einbezogenen Unternehmen einzelne oder Gruppen bevorzugt werden. Auch dürfte in Folgedessen eine Wettbewerbsverfälschung auf den Produktmärkten, aber auch dem neuen Markt für Zertifikate und Emissionsvermeidungsleistungen drohen. Schließlich ist auch eine Beeinträchtigung für den zwischenstaatlichen Handel bei Vorliegen der übrigen Beihilfenmerkmale regelmäßig gegeben.³⁵

28 Das wirft auch ein Kompetenzproblem und die Frage auf, ob das System als solches mit den Binnenmarktvorschriften des EG-Vertrags vereinbar ist.

29 *Koenig/Braun/Pfromm* (Fn. 11), 152, 167; bejahend auch *Stewing* (Fn. 11).

30 *Reuter/Busch* (Fn. 11), S. 43.

31 *Arndt/Fischer* (Fn. 11), S. 16 f.; *Marr* (Fn. 1), S. 19; *Reuter/Busch* (Fn. 11), S. 43, *Vofskuble* (Fn. 11) jeweils mit Hinweis auf *EuGH*, Rs. C-278/98, *PreussenElektra*, Slg. 2001, I-2099, Rn. 59 ff.

32 *EuGH*, *PreussenElektra* (Fn. 31).

33 *EuGH*, Rs. C-295/97, *Piaggio*, Slg. 1999, I-3735, Rn. 42; *EuGH*, Rs. C-72/91 u.a., *Sloman Neptun*, Slg. 1993, I-887, Rn. 21; *Soltész*, Die Belastung des Staatshaushalts als Tatbestandsmerkmal einer Beihilfe i.S. des Art. 92 I EGV, *EuZW* 1998, 747.

34 Dabei ging es um Preisvorschriften und Mindestvergütungspflichten (*EuGH*, Rs. 82/77, *van Tiggele*, Slg. 1978, 25, Rn. 23 f.; *PreussenElektra*, Fn. 31), Ausnahmen von Arbeitslohnvorschriften (*Sloman Neptune*, Fn. 33); Ausnahmen von Weiterbeschäftigungs- und Abfindungspflichten (*EuGH*, Rs. C-189/91, *Kirsammer-Hack*, Slg. 1993, I-6185, Rn. 17) und Ausnahmen über Regeln für befristete Arbeitsverhältnisse (*EuGH*, Rs. C-52/97 u.a., *Visico*, Slg. 1998, I-2629, Rn. 14). Um die Übertragung von Nutzungsrechten aus einem staatlich geschaffenen und verwalteten Kontingent ging es dabei nicht.

35 *Koenig/Braun/Pfromm* (Fn. 11), S. 152, 180; *Heidenhain* (Fn. 9), § 4 Rn. 69.

4. Die Vereinbarkeit von Beihilfen mit dem gemeinsamen Markt nach Art. 87 Abs. 3 EG-Vertrag

Da eine Legalausnahme nach Art. 87 Abs. 2 EG-Vertrag nicht in Frage kommt, könnte die Kommission Zuteilungen als Beihilfe nur genehmigen, wenn sie sie nach Art. 87 Abs. 3 EG-Vertrag als mit dem gemeinsamen Markt vereinbar ansieht. Nach dem Gemeinschaftsrahmen für staatliche Umweltschutzbeihilfen³⁶, mit dem die Kommission das ihr zustehende Ermessen bei der Zulassung von Ausnahmen vom Beihilfenverbot konkretisiert hat, können Umweltschutzbeihilfen entweder nach Art. 87 Abs. 3 lit. b) oder lit. c) EG-Vertrag genehmigt werden. Im Falle des britischen Emissionshandelssystems hat die Kommission zwar Art. 87 Abs. 3 lit. b) EG-Vertrag in Erwägung gezogen, die Genehmigung aber letztlich wie schon beim dänischen und später beim niederländischen Handelssystem doch auf Art. 87 Abs. 3 lit. c) EG-Vertrag gestützt. Dazu muss das betreffende Beihilfenvorhaben der Verwirklichung eines der in Art. 87 Abs. 3 EG-Vertrag genannten Ziele dienen und erforderlich sein, um die gewünschte Entwicklung herbeizuführen. Bei staatlichen Umweltschutzbeihilfen setzt das voraus, dass der Vorteil der Beihilfe durch einen zusätzlichen Beitrag zum Umweltschutz kompensiert wird. So hat die Kommission in der Begründung ihrer Entscheidungen zum britischen und niederländischen Emissionshandelssystem gerade auch darauf abgestellt, dass die wirtschaftliche Verwertbarkeit der unentgeltlich zugeteilten Zertifikate daran geknüpft ist, dass im Gegenzug Treibhausgasemissionen vermindert werden müssen. Für Unternehmen, die von einer Überallokation profitieren, wird es entscheidend darauf ankommen, ob ihr Vorteil in diesem Sinne erforderlich für einen Beitrag zum Klimaschutz ist.

III. Der Schutz des Wettbewerbs durch die Europäische Kommission

Die Kommission hat nicht nur die Befugnis, über das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes zu wachen, sondern zudem die ausschließliche Kompetenz, über die Vereinbarkeit staatlicher Beihilfen mit dem Gemeinsamen Markt zu entscheiden.³⁷ Auch die EH-Richtlinie sichert ihr eine vorbeugende Wächterstellung: Sie schreibt vor, dass Anfangszuteilungen nach den Allokationsplänen nicht erfolgen dürfen, wenn die Kommission sie innerhalb von drei Monaten nach ihrer Übermittlung ablehnt.³⁸ Art. 9 Abs. 3 S. 2 der EH-Richtlinie sieht ferner vor, dass der Mitgliedstaat Zertifikate nur zuteilen darf, wenn Änderungsvorschläge von der Kommission akzeptiert wurden. Daraus ist zu schließen, dass ein Mitgliedstaat einen Allokationsplan nicht durchführen darf, solange die Kommission das Recht hat, den Plan nach Art. 9 Abs. 3 S. 1 der EH-Richtlinie zu überprüfen und gegebenenfalls abzulehnen. Andernfalls wäre Art. 9 Abs. 3 S. 1 und S. 2 der EH-Richtlinie praktisch wirkungslos.³⁹ Ferner folgt daraus, dass ein Mitgliedstaat diese Befugnis der Kommission nicht dadurch umgehen darf, dass er seinen Allokationsplan erst gar nicht der Kommission übermittelt. Allerdings gilt das Schweigen

der Kommission innerhalb der Frist nach Art. 9 Abs. 3 S. 1 der EH-Richtlinie als Zustimmung. Ablehnung und Zustimmung sind Entscheidungen der Kommission im Sinne von Art. 249 U Abs. 4 EG-Vertrag, weil sie die in Art. 9 Abs. 3 der Richtlinie normierten Rechtswirkungen hervorrufen.⁴⁰ Die Effizienz dieses Verfahrensschrittes zum Schutz des Wettbewerbs darf freilich nicht überschätzt werden. Die der Kommission zur Verfügung stehende Zeit ist zu kurz⁴¹, um die bald vorliegenden 23 Zuteilungspläne der Staaten der erweiterten EU auf potentiell wettbewerbsverzerrende Entscheidungen zu prüfen. Damit kommt es vor allem auf die betroffenen Unternehmen und ihre Verbände an, die Kommission auf drohende Wettbewerbsnachteile aufmerksam zu machen.

Daneben übt die Kommission ihre Beihilfenaufsicht aus. Nach Art. 87 und Art. 88 EG-Vertrag sind Beihilfen grundsätzlich verboten, sofern sie von der Kommission nicht ausnahmsweise zugelassen werden; sie dürfen nicht vor einer abschließenden Entscheidung der Kommission ausgeführt werden.⁴² Zugleich enthält das EG-Beihilfenrecht spezielle Beteiligungsrechte für Einzelne, deren Interessen durch eine Beihilfe betroffen sein können.⁴³ Unternehmen, die sich gegen eine »Überallokation« von Zertifikaten wehren wollen, können die Kommission jederzeit darauf hinweisen; sie muss sich dann damit befassen. Dagegen sieht die EH-

36 2001/C 37/03, ABl C 37 v. 3.2.2001 S. 3. Der Gemeinschaftsrahmen enthält allerdings keine klaren Kriterien für die Bewertung von Emissionshandelssystemen. Zum Folgenden auch *Könings* (Fn. 11), S. 79.

37 Art. 211, 226, 88 EG-Vertrag.

38 Art. 9 Abs. 3 S. 1 der EH-Richtlinie. Danach kann die Kommission einen Nationalen Allokationsplan ganz oder teilweise ablehnen, wenn er mit den Kriterien nach Anhang III der EH-Richtlinie oder mit Art. 10 der EH-Richtlinie, der eine kostenlose Zuteilung von mindestens 95 bzw. 90 % der Zertifikate vorsieht, unvereinbar ist. Die Kommission soll bereits einigen Mitgliedstaaten signalisiert haben, dass sie bestimmte Allokationspläne zurückweisen wird, Carbon Market Europe vom 7.5.2004, S. 2.

39 Die Auslegung einer Norm des Gemeinschaftsrechts im Sinne ihrer praktischen Wirksamkeit, des »effet utile«, entspricht st. Rspr., vgl. nur EuGH, Verb. Rs. C-6 u. 9 /90, *Francovich*, Slg. 1991, S. I-5357, Rn. 32 m.w.N.; *Schwarze*, in: ders. (Hrsg.), EU-Kommentar, 1. Aufl. 2000, Art. 220 Rn. 29; *Pernice/Mayer*, in: *Grabitz/Hilf* (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Stand: August 2002, Art. 220 Rn. 46.

40 *Biervert*, in: *Schwarze* (Fn. 39), Art. 249 Rn. 34; *Schmidt*, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), Kommentar EU-/EG-Vertrag Bd. 4, 6. Aufl. 2004, Art. 249, Rn. 44.

41 Sie muss innerhalb von nur 3 Monaten ab Übermittlung eines Allokationsplans entscheiden, nach ordnungsgemäßer Übermittlung eines Allokationsplans zum 31.3.2004 also spätestens bis Ende Juni 2004.

42 Art. 88 Abs. 3 S. 3 EG-Vertrag, Art. 3 der Verfahrensordnung Nr. 659/1999 vom 22.3.1999, ABl. EG L 83 vom 27.3.1999, S. 1. Die Überprüfung bestehender Beihilfenregelungen durch die Kommission nach Art. 88 Abs. 1 und Kapitel V der VO 659/1999 kann bei der Einführung eines Emissionshandelssystems außer Betracht bleiben.

43 Beteiligte am Beihilfenverfahren sind diejenigen, deren Interessen durch eine Beihilfe beeinträchtigt werden können (Art. 1 lit. h) VO 659/1999).

Richtlinie keine Beteiligungsrechte einzelner im Verfahren nach Art. 9 Abs. 3 vor. Gemeinsam ist Art. 9 Abs. 3 der EH-Richtlinie und Art. 88 Abs. 3 EG-Vertrag zwar, dass sie die Durchführung der jeweiligen Maßnahmen verbieten, wenn sie von der Kommission nicht genehmigt wurden. Auch im Hinblick auf die unmittelbare Wirkung sind die Durchführungsverbote des Art. 88 Abs. 3 EG-Vertrag und nach Art. 9 Abs. 3 EH-Richtlinie weitgehend vergleichbar: Das Durchführungsverbot des Art. 88 Abs. 3 EG-Vertrag hat dritt-schützenden Charakter und findet unmittelbar im nationalen Recht Anwendung.⁴⁴ Auch dem Durchführungsverbot nach Art. 9 Abs. 3 der EH-Richtlinie kommt unmittelbare Wirkung im Recht der Mitgliedstaaten zu. Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH entfalten Richtlinienbestimmungen dann unmittelbare Wirkung, wenn die Frist zur Umsetzung der Richtlinie abgelaufen ist, sie unbedingt und hinreichend genau erscheinen⁴⁵ und wenn sie keine belastende Wirkung – etwa in Form von Sanktionen – für den Bürger im Rechtsverhältnis zwischen ihm und seinem Mitgliedstaat entfalten⁴⁶ und die Richtlinienbestimmung keine Rechte und Pflichten zwischen Bürgern begründet oder umgestaltet.⁴⁷ Die Umsetzungsfrist ist abgelaufen, da die EH-Richtlinie nach ihrem Art. 31 Abs. 1 bis zum 31.12.2003 in nationales Recht umzusetzen war. Das Durchführungsverbot nach Art. 9 Abs. 3 der EH-Richtlinie ist auch unbedingt und hinreichend genau. Es verhindert allenfalls eine mögliche Begünstigung durch kostenlose Zuteilung, belastet den Einzelnen aber nicht. Gesichert ist, dass die unmittelbare Wirkung einer Richtlinienbestimmung nicht davon abhängt, ob sie darauf abzielt, dem einzelnen Rechte zu verleihen⁴⁸; auch Bestimmungen, die sich nur an die Mitgliedstaaten richten und etwa den Erlass von Rechtsvorschriften während einer Frist verbieten, die der Kommission die vorbeugende Kontrolle der Maßnahme ermöglichen soll⁴⁹, binden alle staatlichen Stellen.⁵⁰

Zwischen den beihilfenrechtlichen Befugnissen der Kommission und dem Kontrollrecht nach Art. 9 Abs. 3 der EH-Richtlinie könnte insoweit ein Unterschied bestehen, als das Beihilfenverbot nach Art. 87 EG-Vertrag weder absolut noch unbedingt gilt und der Kommission in ständiger Rechtsprechung bei der Anwendung der Ausnahmetatbestände in Art. 87 Abs. 3 EG-Vertrag ein weiter Ermessens- und Beurteilungsspielraum eingeräumt wird.⁵¹ Begründet wird dies mit dem Hinweis, die Entscheidung setze komplexe wirtschaftliche und soziale Erwägungen voraus, die auf die gesamte Gemeinschaft zu beziehen seien.⁵² Die Kommission hat dadurch eine überragende Stellung. Es bleibt abzuwarten, ob die Gemeinschaftsgerichte der Kommission bei der Beurteilung der Kriterien nach Anhang III der EH-Richtlinie, die an Bestimmtheit der Regelung in Art. 87 Abs. 3 EG-Vertrag nichts voraus haben⁵³, einen ähnlichen Spielraum zugestehen.

1. Die Besonderheiten des beihilfenrechtlichen Prüfverfahrens gegenüber dem Verfahren nach Art. 9 Abs. 3 der EH-Richtlinie

Das Prüfverfahren nach Art. 9 Abs. 3 der Richtlinie beginnt mit der Übermittlung eines Allokationsplans.⁵⁴ Für das bei-

hilfenrechtliche Kontrollverfahren muss differenziert werden zwischen dem Verfahren bei angemeldeten Beihilfen nach Kapitel II der VO 659/1999 und dem Verfahren bei rechtswidrigen Beihilfen nach Kapitel III dieser Verordnung.⁵⁵ Rechtswidrige Beihilfen unterscheiden sich von an-

44 EuGH, Rs. C-354/90, FNCE, Slg. 1991, I-5505, Rn. 11; Rs. C-39/94, SFEI, Slg. 1996, I-3547, Rn. 39: Die nationalen Gerichte müssen zu Gunsten der einzelnen nach ihrem nationalen Recht sämtliche Konsequenzen aus einer Verletzung des Art. 88 Abs. 3 EG-Vertrag ziehen; zur Drittwirkung BGH, Urteil vom 4.4.2003 – V ZR 314/02 – EuZW 2003, 444; zur Rechtsprechung deutscher Gerichte auch *Schmidt-Kötters*, in: Heidenhain (Fn. 9), § 56 Rn. 63 ff.

45 EuGH, Francovich (Fn. 39), Rn. 12. m.w.N.

46 EuGH, Rs. 80/86, Kolpinghuis Nijmegen, Slg. 1987, 3969.

47 EuGH, Rs. C-443/98, Unilever, Slg. 2000, I-7535, Rn. 50, 51; Rs. 152/84, Marshall, Slg. 1986, 723, Rn. 48. Dadurch unterscheiden sich Richtlinien von Verordnungen.

48 EuGH, Rs. C-431/92, Großkrotzenburg, Slg. 1995, I-2189 ff. Rn. 26, 40.

49 Vgl. die Richtlinie 85/337/EWG, ABl. L 175 vom 5.7.1985, S. 40, geändert durch RL 97/11/EG ABl. L 73 vom 14.3.1997, S. 5.

50 EuGH, Rs. C-194/94, CIA Security International, Slg. 1996, I-2201; Rs. C-443/98, Unilever, Slg. 2000, I-7535. Es stellt sich die Frage, welche Rechtsschutzmöglichkeiten Wettbewerbern zustehen, wenn Mitgliedstaaten unter Umgehung des Prüfungsrechts der Kommission nach Art. 9 Abs. 3 der EH-Richtlinie Allokationspläne umsetzen und Zertifikate verteilen. In der Rechtsprechung des EuGH zu unterlassenen Umweltverträglichkeitsprüfungen nach der Richtlinie 97/11/EG (ABl. EG Nr. L 73 v. 14.3.1997, S. 5) wurde anerkannt, dass sich der einzelne vor den nationalen Gerichten nach den Verfahrensvorschriften dieses Staates auf die Einhaltung der Richtlinienbestimmungen berufen kann: EuGH, Urteil vom 7.1.2004, Rs. C-201/02, Wells (noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht), Rn. 61, 64 f.; Rs. C-435/97, WWF u.a. gegen autonome Provinz Bozen, Slg. 1999, I-5613, Rn. 70; vgl. auch Rs. C-72/95, Kraaijeveld, Slg. 1996, I-5403, Rn. 61; Rs. C-287/98, Linster, Slg. 2000, 6917, Rn. 32.

51 EuGH, Rs. 156/98, Deutschland/Kommission, Slg. 2000, I-6857, Rn. 67 m.w.N.

52 EuGH, Rs. 56/64 u.a., Consten und Grundig, Slg. 1966, S. 322, 396; EuG, Rs. T-288/97, Friuli Venezia Giulia/Kommission, Slg. 2001, II-1169, Rn. 74.

53 Kritisch dazu auch *Spieth*, *Europäischer Emissionshandel und deutsches Industrieanlagenrecht*, 2002, S. 45 f.

54 Das könnte die Übermittlung eines vollständigen Allokationsplans voraussetzen, einschließlich der Anlagenliste mit Angabe der an die Unternehmen jeweils zuzuteilenden Anzahl an Zertifikaten nach Anhang III Nr. 10 der EH-Richtlinie, wie es in der Mitteilung der Kommission nach Art. 9 Abs. 1 S. 3 der EH-Richtlinie vom 7.1.2004, KOM (2003) 830 endg., im Anhang als gemeinsames Format vorgesehen ist. Danach hätte die Frist für die Kontrolle des deutschen Allokationsplans noch nicht mit seiner Übermittlung an die Kommission am 31.3.2004 zu laufen begonnen, da diesem Plan keine Anlagenliste beigefügt war; sie wurde erst am 29.4.2004 der Öffentlichkeit zugänglich gemacht, siehe <http://www.bmu.de/de/800/js/sachthemen/emissionshandel/oeffentlichkeit/>. Zudem enthält der NAPG-Entwurf (Fn. 6) zahlreiche Änderungen gegenüber dem NAP vom 31.3.2004, die der Kommission erneut zu notifizieren sein könnten.

55 Das Verfahren bei missbräuchlicher Anwendung von Beihilfen nach Kapitel IV der VO 659/1999 und das bei bestehenden Beihilferegulungen nach Kapitel V dieser Verordnung kann hier außer Betracht bleiben.

gemeldet gerade dadurch, dass sie unter Verstoß gegen die Anzeige- und Genehmigungspflicht nach Art. 88 Abs. 3 EG-Vertrag eingeführt werden (Art. 1 lit. f) VO 659/1999). Hauptunterschiede zwischen beiden Verfahren sind, dass die Kommission bei rechtswidrigen Beihilfen an keine Fristen gebunden ist (Art. 13 Abs. 1 VO 659/1999), dass sie die Möglichkeit hat, Anordnungen zur Aussetzung oder einstweiligen Rückforderung von Beihilfen zu treffen (Art. 11 VO 650/1999) und eine Negativentscheidung zur Rückforderung bereits gewährter Beihilfen führt (Art. 14 VO 659/1999).

a) Das Verfahren bei angemeldeten Beihilfen

Das Prüfverfahren bei angemeldeten Beihilfen wird durch ihre Anmeldung in Gang gesetzt. Die gültige Anmeldung einer Beihilfe setzt nach der Rechtsprechung voraus, dass sie eine Bezugnahme auf Art. 88 Abs. 3 des EG-Vertrags⁵⁶ sowie alle sachdienlichen Angaben enthält. Die Mitgliedstaaten haben es damit in der Hand, das Prüfverfahren für angemeldete Beihilfen selbst zu veranlassen. Auch wenn sich aus Art. 11 Abs. 3 und Anhang III Nr. 5 der EH-Richtlinie ein Bezug zum Beihilfenrecht ergibt, sollte der Mitgliedsstaat mit Übermittlung des Allokationsplanes ausdrücklich klarstellen, eine Beihilfe anmelden zu wollen.

Das Verfahren gliedert sich in zwei Stufen und beginnt mit dem vorläufigen Prüfverfahren, das mit der Entscheidung über die Frage endet, ob das Hauptprüfverfahren einzuleiten ist.⁵⁷ Nach Art. 4 Abs. 5 der Verordnung Nr. 659/1999/EG hat die Kommission nach der Notifizierung einer Beihilfe durch einen Mitgliedstaat zwei Monate Zeit, um eine Entscheidung über die Einleitung des förmlichen Prüfverfahrens nach Art. 88 Abs. 3 Satz 2 EG-Vertrag zu treffen, es sei denn der Mitgliedstaat willigte in die Verlängerung der Frist ein; leitet sie kein Prüfverfahren ein, gilt die Beihilfe als genehmigt, wenn der betreffende Mitgliedstaat die Kommission davon in Kenntnis gesetzt hat, die Beihilfe durchführen zu wollen und die Kommission innerhalb von 15 Arbeitstagen nach Erhalt der Benachrichtigung keine Entscheidung trifft.⁵⁸ Will die Kommission den Eintritt dieser Genehmigungsfiktion vermeiden, muss sie innerhalb der Frist über die Eröffnung des Hauptprüfverfahrens entscheiden.⁵⁹ Der Unterschied zum Prüfungsverfahren nach Art. 9 Abs. 3 der EH-Richtlinie liegt auf der Hand: Will die Kommission eine »Genehmigung« des Allokationsplans nach Art. 9 Abs. 3 der EH-Richtlinie vermeiden, muss sie ihn innerhalb von 3 Monaten ab seiner Übermittlung ablehnen.

Eröffnet die Kommission das Hauptprüfverfahren als zweite Verfahrensstufe, hat jeder potentiell Beeinträchtigte das Recht, in diesem Verfahren angehört zu werden.⁶⁰ Für seine Stellungnahme steht eine Frist von normalerweise höchstens einem Monat zur Verfügung; dem betreffenden Mitgliedstaat zudem eine Frist von üblicherweise höchstens einem weiteren Monat, um darauf zu erwidern (Art. 6 VO 659/1999). Die Kommission bemüht sich dabei, ihre Entscheidung innerhalb von achtzehn Monaten nach Eröffnung des förmlichen Prüfverfahrens zu erlassen (Art. 7 Abs. 6 VO Nr. 659/1999). Nur nach Durchführung des förmlichen Beihilfenkontrollverfahrens kann sie entscheiden, dass eine angemeldete Beihilfe nicht eingeführt werden darf.⁶¹ Die Kommis-

sion kann auch entscheiden, dass die angemeldete Maßnahme, gegebenenfalls nach entsprechenden Änderungen durch den betreffenden Mitgliedstaat, keine Beihilfe darstellt oder Ausnahmevorschriften des Vertrags⁶² einschlägig sind; sie kann ihre Entscheidung mit Bedingungen oder Auflagen verbinden, die zur Vereinbarkeit der Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt erforderlich sind, sowie der Befolgung ihrer Entscheidung dienen.⁶³ Bei einer Kontrolle Nationaler Allokationspläne, die Beihilfen enthalten, würden diese Befugnisse es der Kommission ermöglichen, auf die Ausgestaltung der Pläne direkten Einfluss zu nehmen, während sie nach Art. 9 Abs. 3 der EH-Richtlinie Pläne nur ablehnen kann.

b) Das Verfahren bei rechtswidrigen Beihilfen

Eine rechtswidrige Beihilfe ist dadurch gekennzeichnet, dass sie als neue Beihilfe unter Verstoß gegen Art. 88 Abs. 3 EG-Vertrag gewährt wird. Das trifft auch in den Fällen zu, in denen die Vergabe einer Beihilfe von einer genehmigten Beihilfenregelung abweicht.⁶⁴ Das Verfahren zur Kontrolle

56 EuG, Rs. T-126/96 u.a., BFM, Slg. 1998, II-3437, Rn. 47; *Sinnaeve*, in: Heidenhain (Fn. 9), § 33 Rn. 12.

57 Art. 88 Abs. 3 S. 2, Art. 4 VO 659/1999. Hauptprüfverfahren ist das förmliche Prüfverfahren nach Art. 6 der Verordnung. Das vorläufige Prüfverfahren findet ausschließlich zwischen der Kommission und dem betroffenen Mitgliedstaat statt. Beihilfenanmeldungen werden nicht bekannt gemacht und Dritte werden auf dieser Stufe des Verfahrens nicht hinzugezogen.

58 Art. 4 Abs. 6 VO 659/1999. Damit hat die Kommission eine Frist von fast 3 Monaten.

59 Die Entscheidung über die Eröffnung des förmlichen Prüfverfahrens enthält eine Zusammenfassung der wesentlichen Sach- und Rechtsfragen, eine vorläufige Würdigung des Beihilfencharakters der geplanten Maßnahme und Ausführungen über die Bedenken hinsichtlich der Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt (Art. 6 Abs. 1 S. 1 VO Nr. 659/1999).

60 Art. 88 Abs. 2 EG-Vertrag, Art. 5 Abs. 1 S. 2 VO Nr. 659/1999.

61 Art. 88 Abs. 3 i.V.m. Abs. 2 EG-Vertrag, Art. 4 Abs. 4, Art. 7 Abs. 5 VO Nr. 659/1999.

62 Insbesondere Art. 87 Abs. 3 EG-Vertrag.

63 Art. 7 Abs. 2, Abs. 3 und Abs. 4 VO Nr. 659/1999.

64 EuG, Rs. T-127/99 u.a., *Territorio Histórico/Kommission*, Slg. 2002, II 1275, Rn. 228 f.; Rs. T-459/93, *Siemens/Kommission*, Slg. 1995, II-1675, Rn. 47. Würde die Kommission etwa einen Allokationsplan als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbare Beihilfenregelung nach Art. 87 Abs. 3 EG-Vertrag genehmigen, wiche der Mitgliedsstaat aber bei den nachfolgenden Zuteilungsentscheidungen von den Vorgaben des Plans ab, könnte es sich um rechtswidrige Beihilfen handeln. Das Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit scheint damit zu rechnen, bei den Einzelzuteilungsentscheidungen (Art. 11 Abs. 1 EH-Richtlinie, §§ 9, 10 TEHG-E) von dem deutschen Allokationsplan, wie er der Kommission notifiziert wurde, abweichen zu dürfen – insbesondere hinsichtlich der Gesamtmenge an Zertifikaten –, ohne dies der Kommission erneut notifizieren zu müssen (*Marr* [Fn. 1], S. 14, 16). Damit könnten sich aber Wertbewerber vor Gericht möglicherweise auf die Durchführungsverbote nach Art. 9 Abs. 3 EH-Richtlinie und Art. 88 Abs. 3 EG-Vertrag gegenüber Einzelzuteilungsentscheidungen an Konkurrenten berufen (s. oben die Nachweise in Fn. 44 und Fn. 50). Auch statuiert Art. 9 Abs. 3 S. 1 der EH-Richtlinie, dass Einzelzuteilungsentscheidungen insbesondere im Einklang mit Art. 88 EG-Vertrag stehen müssen. *Marr* (a.a.O.), hält Abweichungen vom Allokationsplan in zumutbaren Grenzen dennoch für unbedenklich.

rechtswidriger Beihilfen wird von der Kommission von Amts wegen eingeleitet, wenn sie Informationen über möglicherweise rechtswidrige Beihilfen erlangt (Art. 10 VO 659/1999), insbesondere durch Beschwerden nach Art. 20 Abs. 2 VO 659/1999. Jeder, dessen Interessen beeinträchtigt sein können, hat ein Recht, der Kommission eine Mitteilung über eine mutmaßlich rechtswidrige Beihilfe zu machen, mit der sich die Kommission auch befassen muss.⁶⁵ Nach Art. 11 VO 659/1999 kann die Kommission eine Entscheidung an den betreffenden Mitgliedstaat richten, mit der sie Aussetzung der Vergabe oder Rückforderung bereits gewährter Beihilfen verlangen kann. Die Prüfung, ob eine Beihilfe vorliegt und ob sie mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar ist, gliedert sich wie bei angemeldeten Beihilfen in ein vorläufiges und ein förmliches Prüfverfahren, jedoch mit dem Unterschied, dass die Kommission grundsätzlich an keine Fristen gebunden ist⁶⁶ und eine Beihilfe auch dann nicht als genehmigt gilt, wenn die Kommission längere Zeit keine Entscheidung über die Frage trifft, ob sie das förmliche Prüfverfahren einleitet.⁶⁷

2. Das Verhältnis der Prüfverfahren nach Art. 88 EG-Vertrag und nach Art. 9 Abs. 3 der EH-Richtlinie

Fraglich ist, wie die unterschiedlichen Regelungen der beiden Prüfverfahren in Einklang zu bringen sind und ob die Kommission neben dem Prüfverfahren der EH-Richtlinie auch das beihilfenrechtliche Verfahren anwenden kann. In einem Schreiben der Generaldirektionen Umwelt und Wettbewerb im Namen der Europäischen Kommission an die EU-Mitgliedstaaten vom 17. März dieses Jahres hat die Kommission erklärt, dass sie zwar keine förmliche beihilfenrechtliche Notifikation der nationalen Allokationspläne nach Art. 88 Abs. 3 EG-Vertrag verlange, die Allokationspläne aber sorgfältig unter beihilfenrechtlichen Gesichtspunkten prüfen werde. Sie betrachtet also nicht jede Übermittlung eines Allokationsplans als beihilfenrechtliche Notifizierung. Aus praktischen Gründen werden die Mitgliedstaaten aber ein Interesse haben, ihre Allokationspläne durch die Kommission (auch) beihilfenrechtlich genehmigen zu lassen, da sonst die Ausgabe der Zertifikate gegen Art. 88 Abs. 3 EG-Vertrag verstieße, wenn die Allokationspläne Beihilfen enthalten, und daher vor den Gerichten der Mitgliedstaaten angreifbar wäre. Die Kommission hat zugleich angekündigt, alle ihr zustehenden beihilfenrechtlichen Befugnisse voll auszuschöpfen, wenn sie die ernste Gefahr von Wettbewerbsverzerrungen erkennt.⁶⁸ Beide Prüfverfahren werden daher weitgehend parallel durchzuführen sein. Fraglich ist jedoch, wie sich die im einen Kontrollverfahren zu treffenden Entscheidungen auf das jeweils andere Verfahren auswirken.

Auszugehen ist zunächst von der Feststellung, dass Art. 88 EG-Vertrag als höherrangiges Primärrecht durch Art. 9 Abs. 3 der Richtlinie nicht geändert, allenfalls konkretisiert werden kann. Die EH-Richtlinie muss daher zunächst primärrechtskonform ausgelegt werden.⁶⁹ Ist das Verfahren nach Art. 88 EG-Vertrag mit dem nach Art. 9 Abs. 3 der EH-Richtlinie nicht vereinbar, muss Art. 88 EG-Vertrag als spezielle Regelung des Beihilfenkontrollverfahrens inso-

weit Art. 9 Abs. 3 der EH-Richtlinie verdrängen. Nichts anderes gilt auch für das Verhältnis der Verordnung Nr. 659/1999 gegenüber der EH-Richtlinie. Die Verordnung Nr. 659/1999 beruht auf Art. 89 EG-Vertrag und ist nach dem dort normierten speziellen Verfahren erlassen, während die Richtlinie allein auf Art. 175 Abs. 1 EG-Vertrag gestützt ist⁷⁰, der im Übrigen keine Ermächtigung zur Regelung des Beihilfenkontrollverfahrens enthält. Auch die Verordnung Nr. 659/1999 ist daher für das Beihilfenrecht *lex specialis* und insoweit allein maßgeblich.⁷¹ Zudem verweist die Richtlinie in Art. 11 Abs. 3 und Anhang III Nr. 5 insbesondere auf Art. 88 EG-Vertrag und schreibt damit die Anwendung des Beihilfenverfahrens vor. Art. 9 Abs. 3 der EH-Richtlinie beschränkt daher weder die beihilfenrechtlichen Beteiligungsrechte von Wettbewerbern, noch ermächtigt er die Kommission, von den einzelnen Verfahrensschritten des Beihilfenrechts abzuweichen. Auch verpflichtet er die Kommission nicht, innerhalb von nur drei Monaten das gesamte Beihilfenkontrollverfahren durchzuführen, wenn sie eine beihilfenrechtliche Negativentscheidung erlassen will.⁷² Beanstandet die Kommission einen nationalen Allokationsplan im Verfahren nach Art. 9 Abs. 3 der EH-Richtlinie nicht, kann darin nicht ohne weiteres eine beihilfenrechtliche Placet erblickt werden, sondern nur dann, wenn die Kommission nicht innerhalb der Frist nach Art. 4 Abs. 5 und 6 der VO 659/1999 über die Einleitung des Hauptprüfverfahrens entschieden hat. Tut sie das, darf der betreffende Allokationsplan nicht durchgeführt werden. In ihrer praktischen Wir-

65 Art. 20 Abs. 2 VO 659/1999; siehe dazu *Sinnave*, in: Heidenhain (Fn. 9), § 37 Rn. 7 ff.

66 Ausnahme: Art. 11 Abs. 2 UAbs. 2 VO 659/1999.

67 Zu Einschränkungen EuG, Rs. T-46/97, SIC/Kommission, Slg. 2000, II-2125, Rn. 105 ff. m.w.N.

68 Im Non-Paper, The EU Emissions Trading Scheme, how to develop a National Allocation Plan vom 1. 4. 2003, S. 1 f., hatte die Kommission noch ausgeführt, jeder Allokationsplan enthalte Beihilfen im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG-Vertrag; sie werde die Allokationspläne daher zur selben Zeit im beihilfenrechtlichen Verfahren und dem Verfahren nach Art. 9 Abs. 3 der EH-Richtlinie prüfen; dieser Standpunkt der Kommission scheint überholt.

69 *Biervert* (Fn. 40), Art. 249 Rn. 9; *Schmidt*, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), (Fn. 40), Art. 249, Rn. 21; *Schroeder*, in: Streinz (Hrsg.) EUV/EGV, 2003, Art. 249 Rn. 21.

70 Vgl. Präambel der EH-Richtlinie. Wegen des starken Binnenmarktbezugs des Emissionshandels – es wird ja ein neuer Markt geschaffen – stellt sich die Frage, ob die Richtlinie nicht zumindest auch auf Art. 95 EG-Vertrag hätte gestützt werden müssen, vgl. EuGH, Rs. C-300/89, Titandioxid, Slg. 1991, S. I-2867, Rn. 10.

71 Zum Rangverhältnis sekundärrechtlicher Rechtsakte zueinander *Bleckmann* (Fn. 9), § 8 Rn. 528; *Schmidt* (Fn. 40), Rn. 23, 24. Hat die Kommission daher die nationalen Zuteilungspläne anhand des EG-Beihilfenrechts zu überprüfen, muss sie zunächst ein Vorprüfungsverfahren durchführen (Art. 88 Abs. 3 EG-Vertrag; Art. 4 VO Nr. 659/1999) und, wenn sie dabei die Unvereinbarkeit des Zuteilungsplans vorläufig feststellt, unter Anhörung der Beteiligten nach Ablauf einer von ihr bestimmten Frist das förmliche Prüfverfahren durchführen (Art. 88 Abs. 2 EG-Vertrag, Art. 6 Abs. 1 S. 1 VO Nr. 659/1999).

72 Was angesichts der Dauer beihilfenrechtlicher Prüfverfahren in der Praxis der Kommission auch völlig unrealistisch wäre.

kung kommt diese Entscheidung (Einleitung des förmlichen Prüfverfahrens) auf Grund des Durchführungsverbots der Ablehnung eines Allokationsplans nach Art. 9 Abs. 3 S. 1 der EH-Richtlinie gleich. Von einer Genehmigung seines Allokationsplans durch die Kommission kann ein Staat nur ausgehen, wenn er ordnungsgemäß bei ihr angemeldet wurde und sie ihn weder nach Art. 9 Abs. 3 der EH-Richtlinie ablehnt noch innerhalb der Frist nach Art. 4 Abs. 5 und 6 VO 659/1999 das Hauptprüfverfahren einleitet. Lehnt die Kommission einen nationalen Allokationsplan nach Art. 9 Abs. 3 der EH-Richtlinie ab, kann sie mit einer solchen Entscheidung zugleich eine beihilfenrechtliche Negativentscheidung nach Art. 7 Abs. 5 der VO 659/1999 nur nach Durchführung eines Hauptprüfverfahrens verbinden. Sie kann einen Allokationsplan wegen seiner Unvereinbarkeit mit den Zuteilungskriterien der EH-Richtlinie oder sonstigem Primärrecht aber auch ablehnen und das Beihilfenrecht dabei außer Betracht lassen. Die beihilfenrechtliche Entscheidung nach Art. 7 VO 659/1999 kann sie dann zu einem späteren Zeitpunkt treffen. Die Kommission darf schließlich einen Allokationsplan nicht nach Art. 9 Abs. 3 der EH-Richtlinie unbeanstandet lassen, wenn sich ihr allein beihilfenrechtliche Bedenken aufdrängen.⁷³

IV. Rechtsschutz der Wettbewerber vor den Gemeinschaftsgerichten

Das Gemeinschaftsrecht gibt Wettbewerbern die Befugnis, vor den Gemeinschaftsgerichten gegen die Genehmigung einer Beihilfe durch die Kommission nach Art. 230 U Abs. 4 EG-Vertrag Nichtigkeitsklage zu erheben.⁷⁴ Die Befugnis zur Klage ist jedoch weit enger, als die Rechte zur Beteiligung am Prüfverfahren der Kommission: Der Kläger muss eine Beeinträchtigung seiner Wettbewerbsstellung nachweisen. Und: Nach einer Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte muss er sich zusätzlich auch im förmlichen Prüfverfahren der Kommission geäußert haben⁷⁵, sonst kann die Klage allein deshalb abgewiesen werden. Ein Unternehmen, das Wettbewerbsnachteile befürchtet, riskiert daher den Verlust des Klagerechts gegen die Genehmigung der Allokationspläne wegen eines Verstoßes gegen das Beihilfenrecht, wenn es sich nicht vorher aktiv am Prüfverfahren beteiligt, bevor die Beanstandungsfrist der Kommission abläuft.

Die Klagebefugnis nach Art. 230 U Abs. 4 EG-Vertrag setzt die unmittelbare und individuelle Betroffenheit durch die Entscheidung der Kommission voraus. Unmittelbare Betroffenheit liegt vor, wenn den Kläger ein Rechtsakt ohne Hinzutreten weiterer Umstände benachteiligt.⁷⁶ Eine unmittelbare Betroffenheit eines Wettbewerbers kann bei der Genehmigung von Einzelbeihilfen ohne weiteres bejaht werden, auch wenn die Zertifikate noch von dem Mitgliedstaat vergeben werden müssen, weil von der Durchführung des genehmigten Allokationsplans dann auszugehen ist.⁷⁷ Weil die Allokationspläne nach Anhang III Nr. 10 der EH-Richtlinie eine Liste mit allen erfassten Anlagen sowie Angaben über die Anzahl der für sie jeweils zuzuteilenden Zertifikate enthalten müssen, betrifft die beihilfenrechtliche Entschei-

dung der Kommission mögliche Einzelbeihilfen. Jedenfalls aber kommen Allokationspläne als allgemeine Beihilfenregelungen in Betracht, durch deren beihilfenrechtliche Genehmigung ein Wettbewerber ebenfalls unmittelbar betroffen ist.⁷⁸

Nach der sog. »Plaumann«-Formel sind andere Personen als die Adressaten einer Entscheidung nur dann individuell betroffen, wenn sie wegen bestimmter persönlicher Eigenschaften oder besonderer, sie aus dem Kreis aller übrigen Personen heraushebender Umstände berührt und dadurch in ähnlicher Weise individualisiert sind wie ein Adressat.⁷⁹ Dazu muss in erster Linie die Beeinträchtigung einer Wettbewerbsposition im Markt nachgewiesen werden. Wird die Wettbewerbsbeeinträchtigung im Prozess nicht bestritten, neigt die Rechtsprechung dazu, die Zulässigkeit der Klage ohne weiteres zu bejahen.⁸⁰ Ansonsten ist der Nachweis zu erbringen, dass sich der Wettbewerber mit seiner Produktpalette in den gleichen Marktsegmenten wie der Begünstigte bewegt. Vereinzelt wird in Entscheidungen eine

73 Fraglich ist zwar, ob die Kommission einen Allokationsplan einerseits beihilfenrechtlich genehmigen, wegen Unvereinbarkeit mit den Zuteilungskriterien nach Anhang III der EH-Richtlinie andererseits aber ablehnen kann. Nach ständiger Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes folgt aus der Systematik des EG-Vertrags, dass das Verfahren nach Art. 88 EG-Vertrag niemals zu einem Ergebnis führen darf, das zu den besonderen Vorschriften des Vertrages im Widerspruch steht (EuGH Rs. C-156/98 (Fn. 18), Rn. 78 m.w.N.). Ein Zuteilungsplan, der gegen die EH-Richtlinie verstößt, ist aber auch mit Art. 249 UAbs. 3 EG-Vertrag unvereinbar. Auch aus Art. 9 Abs. 3 i.V.m. Anhang III Nr. 5 der EH-Richtlinie folgt, dass die Kommission die Vereinbarkeit eines Allokationsplans mit dem EG-Beihilfenrecht zu überwachen hat. Folglich darf die Kommission in beiden Prüfverfahren keine einander widersprechenden Entscheidungen treffen.

74 Will ein Unternehmen gegen Zuteilungsentscheidungen eines Mitgliedstaates direkt klagen, muss es sich an nationale Gerichte wenden. Wegen seiner unmittelbaren und drittschützenden Wirkung können sich Konkurrenten auch auf das Durchführungsverbot nach Art. 88 Abs. 3 EG-Vertrag vor nationalen Gerichten berufen (s. dazu die Nachweise in Fn. 44). Beihilfenrechtliche Genehmigungsentscheidungen der Kommission können vor ihnen jedoch nicht angegriffen werden. Die Zuständigkeit nationaler Gerichte ist daher auf die Überprüfung von Maßnahmen anhand von Art. 88 Abs. 3 EG-Vertrag beschränkt.

75 EuGH, Rs. 169/84, Cofaz/Kommission, Slg. 1985, 391 Rn. 24 ff.; Rs. C-106/98, Comité d'entreprise/Kommission, Slg. 2000, I-3659, Rn. 40. Nach EuG, Rs. T-11/95, BP Chemicals/Kommission, Slg. 1998, II-3235, Rn. 71 ff. soll die Nichtbeteiligung am Verfahren nicht per se zum Verlust der Klagebefugnis führen.

76 *Gaitanides*, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), (Fn. 40), Art. 230, Rn. 81.

77 Die theoretische Möglichkeit einer anderen Entscheidung ändert daran nichts: EuGH, Rs. T-435/93, ASPEC u. a./Kommission, Slg. 1995, II-1281, Rn. 60, m.w.N.; EuG, Rs. T-442/93, AAC/Kommission, Slg. 1995, II-1329, Rn. 45. Zudem müssen Änderungsvorschläge am Allokationsplan von der Kommission nach Art. 9 Abs. 3 S. 2 der EH-Richtlinie »akzeptiert« werden.

78 EuG, Rs. T-114/00, Aktionsgemeinschaft Recht und Eigentum/Kommission, Slg. 2002, II-5121, Rn. 74 m.w.N.; EuGH, Rs. 106/63 u.a. Töpfer/Kommission, Slg. 1965, S. 547, 555 ff.

79 Vgl. statt aller *EuGH*, Rs. 25/62, Plaumann/Kommission, Slg. 1963, 213, 238.

80 *Soltész*, in: Heidenhain (Fn. 9), § 44 Rn. 20 ff.

spürbare Beeinträchtigung der Marktstellung des Klägers gefordert.⁸¹ Im Falle einer Beihilfe durch überhöhte Anfangszuteilungen von Berechtigungen kann der Nachweis eines Umsatzrückgangs beim Berechtigungshandel nicht verlangt werden, weil ein solcher Markt erst im Entstehen begriffen ist. Alle Unternehmen, die in das Emissionshandelssystem einbezogen sind, stehen am Anfang in einem potentiellen Wettbewerb um Anteile auf dem Markt als Verkäufer von Emissionsberechtigungen bzw. Anbieter von Emissionsvermeidungsleistungen und werden durch überhöhte Zuteilun-

gen an Konkurrenten in ihrer Wettbewerbsstellung auf diesem Markt beeinträchtigt. Nur im Einzelfall lässt sich dagegen beurteilen, ob auch auf den Märkten der Produkte, die von den betroffenen Unternehmen hergestellt werden, eine Wettbewerbsbeeinträchtigung als Folge der Beihilfe nachweisbar ist. Eine Klagebefugnis kann danach bejaht werden.

81 EuG, Rs. T-266/94, Skibsvaerftsforeningen/Kommission, Slg. 1996, II-1399, Rn. 45 ff.

ENTSCHEIDUNGEN

§§ 2 Abs. 1 S. 3 Nr. 2, 3 Abs. 1 S. 1, 4 KWKG 2000

Zur Frage der Vergütung für Strom nach § 2 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 KWKG gemäß § 3 Abs. 1 Satz 1 und § 4 KWKG.

BGH, Urteil vom 11. 2. 2004 – VIII ZR 236/02 –

Aus dem Tatbestand:

Der Kläger (Kl.) betreibt ein Müllkraftwerk, in dem mit einer Kraft-Wärme-Kopplungsanlage Strom erzeugt wird. Am 24. 11. 1994 schloss er mit der B. AG einen Stromspeisevertrag. Darin vereinbarten die Vertragsparteien, dass der Kl. bis zum 31. 12. 2004 den gesamten in dem Müllkraftwerk erzeugten Strom nach Abzug des Eigenbedarfs zu im einzelnen bestimmten Preisen in das Netz der B. AG einspeist. Im Juli 2000 schloss sich die B. AG mit der P. AG zur E. AG zusammen. Diese übertrug mit Vertrag vom 16. 8. 2000 die Sparte »Handel«, zu der auch der Vertrag mit dem Kl. gehört, mit Wirkung ab dem 1. 1. 2000 auf die Beklagte (Bekl.). Zugleich übertrug sie das Verteilungsnetz auf die E. GmbH.

Am 18. 5. 2000 trat das Gesetz zum Schutz der Stromerzeugung aus Kraft-Wärme-Kopplung (Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz; KWKG) vom 12. 5. 2000 (BGBl. I 2000 S. 703) in Kraft. Daraufhin verlangte der Kl. für den von ihm gelieferten Strom die Zahlung der in § 4 Abs. 1 KWKG bestimmten Vergütung. Er erhielt jedoch lediglich die vertraglich vereinbarte Vergütung.

In dem vorliegenden Rechtsstreit begehrt der Kl. von der Bekl. für seine Stromlieferungen in der Zeit vom 18. 5. bis zum 30. 9. 2000 die Zahlung des Unterschiedsbetrages zwischen der vertraglich vereinbarten Vergütung und der in § 4 Abs. 1 KWKG bestimmten Vergütung in der unstreitigen Höhe von 1 074 225,86 DM = 549 242,96 € nebst Verzugszinsen. Die Parteien streiten insbesondere darüber, ob der Kläger nach dem Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz anspruchsberechtigt ist und ob gegebenenfalls die vertraglich vereinbarte oder die in § 4 Abs. 1 KWKG bestimmte Vergütung zu zahlen ist. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen (RdE 2001, 106). Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Kl. zurückgewiesen (RdE 2002, 317). Hiergegen wendet sich der Kl. mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision.

Aus den Gründen:

I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt:

Der Kl. sei zur Geltendmachung von Vergütungsansprüchen nach dem Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz nicht legitimiert. Nach dem in § 1 KWKG dargestellten und in den Materialien erläuterten Zweck des Gesetzes solle die Erzeugung von Strom aus Kraft-Wärme-Kopplungsanlagen nicht generell gefördert werden. Vielmehr sollten die Unternehmen der allgemeinen Versorgung, die Strom aus Kraft-Wärme-Kopplungsanlagen vertrieben, vor Nachteilen aus der Libe-

ralisierung des Strommarktes geschützt werden. Dem gemäß unterstütze § 2 Abs. 1 Satz 1 KWKG Strom aus Kraft-Wärme-Kopplungsanlagen, die von Energieversorgungsunternehmen betrieben würden, die die allgemeine Versorgung von Energieversorgungsunternehmen betrieben würden, die die allgemeine Versorgung von Letztverbrauchern sicherstellen. Durch Nr. 1 des § 2 Abs. 1 Satz 3 KWKG werde Strom aus Kraft-Wärme-Kopplungsanlagen von Unternehmen, an denen ein Energieversorgungsunternehmen mit mindestens 25 % beteiligt oder mit denen es im Sinne von § 15 AktG verbunden sei, gefördert. Durch Nr. 2 werde Strom aus Kraft-Wärme-Kopplungsanlagen gefördert, der von einem Energieversorgungsunternehmen bezogen werde. In allen drei Förderalternativen sei somit das Energieversorgungsunternehmen als dasjenige Unternehmen bezeichnet, dem die Förderung durch das Gesetz zugute kommen solle. Der Unterschied zu den ersten beiden Alternativen liege lediglich darin, dass bei der dritten Alternative das Energieversorgungsunternehmen den Strom nicht selbst erzeuge oder an der Erzeugung beteiligt sei, sondern den Strom von einem Kraftwerksunternehmen beziehe. Der Schutz bestehe insoweit darin, dass das Energieversorgungsunternehmen den bezogenen Strom an einen Netzbetreiber weiterliefern könne und hierfür eine Mindestvergütung nach § 4 Abs. 1 KWKG erhalte. Der Kl. sei unbestritten nicht als Energieversorgungsunternehmen tätig. Er habe vielmehr einen Liefervertrag mit einem Energieversorgungsunternehmen abgeschlossen. Er falle somit nicht in den Schutzbereich des Gesetzes und habe daher keinen Vergütungsanspruch nach § 4 Abs. 1 KWKG.

II. Diese Ausführungen halten der revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand. Zu Unrecht hat das Berufungsgericht den von dem Kl. gegen die Bekl. für die Lieferung von Strom in der Zeit vom 18. 5. bis zum 30. 9. 2000 geltend gemachten Anspruch auf Zahlung des Unterschiedsbetrages zwischen der vertraglich vereinbarten Vergütung und der in § 4 Abs. 1 KWKG bestimmten Vergütung in Höhe von 549 242,96 € nebst Verzugszinsen verneint. Nach den bisher getroffenen Feststellungen kann der Kl. von der Bekl. für den von ihm gelieferten Strom gemäß § 3 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 2 KWKG in Verbindung mit dem Vertrag vom 24. 11. 1994 die Mindestvergütung nach § 4 Abs. 1 Satz 1 KWKG verlangen.

1. Der streitige Vergütungsanspruch für die Lieferung von Strom in der Zeit vom 18. 5. bis zum 30. 9. 2000 ist noch nach dem Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz vom 12. 5. 2000 (a.a.O.) zu beurteilen. Dieses Gesetz ist zwar inzwischen außer Kraft getreten. Das ist jedoch nach § 13 Abs. 1 Satz 2 des Gesetzes für die Erhaltung, die Modernisierung und den Ausbau der