

## Rechtliche und ökonomische Rationalität im Emissionshandelsrecht

Stefan Magen, Bonn

### 1. *Rechtliche und ökonomische Rationalität*

a. Eine Ökonomisierung von Recht beeinträchtigt dessen Eigenrationalität nicht allein deshalb, weil beide Systeme unterschiedlichen Rationalitäten folgen und Normzwecke mit inkongruenten Kategorien beschreiben. Entscheidend ist vielmehr, ob und wie sich externe ökonomische Funktionen in einer mit der Eigenstruktur des Rechts verträglichen Weise mit Rechtsnormen realisieren lassen. Neben lokalen Konfliktfeldern bestehen oft weite Bereiche, in denen Normen mit beiden Rationalitäten verträglich sind.

b. Bei der Umsetzung ökonomischer Steuerungsmodelle kommt den Rechtswissenschaften und insbesondere der Rechtsdogmatik nicht nur eine Beurkundungs- und Kontrollfunktion zu. Ihnen obliegt es auch, zentrale, für die Eigenrationalität des Rechts prägende Rechtswerte wie Freiheit, Rechtsstaatlichkeit und einen gerechten Interessenausgleich zur Geltung zu bringen.

c. Das Emissionshandelsrecht erweist sich insoweit als ein Beispiel dafür, dass Recht unter Wahrung der Eigenrationalität des (öffentlichen) Rechts ökonomische Mechanismen integrieren kann, solange es nicht in Unkenntnis der ökonomischen Zusammenhänge eigene Gestaltungsspielräume übersieht, solange negative Folgewirkungen bedacht werden, die aufgrund ökonomischer Eigengesetzlichkeiten vorhersehbar sind, und solange unvermeidbare Restkonflikte zwischen Rechtswerten und Effizienz in einer für beide Systeme schonenden Weise gelöst werden.

### 2. *Das Emissionshandelsrecht als Umweltordnungsrecht mit Markt-enklave*

a. Im Gegensatz zum Wettbewerbs- und Regulierungsrecht dient das Emissionshandelsrecht nicht dazu, die Funktionsfähigkeit privater Gütermärkte zu erhalten bzw. herzustellen. Seine primäre Funktion ist die Eingrenzung negativer Externalitäten, nämlich die Reduktion von Treibhausgasemissionen. Im Einklang mit der ökonomischen Theorie bleibt das Emissionshandelsrecht deshalb im Kern Umweltordnungsrecht. Der Emissionsmarkt dient nur als Hilfsmittel zur Kosteneinsparung.

b. Das Emissionshandelsrecht überträgt dem Eingriffsinstrumentarium des Umweltordnungsrechtes die zusätzliche Aufgabe, ein handel- und quantifizierbares privates Nutzungsrecht an der Atmosphäre zu definieren und den unberechtigten Gebrauch dieses kollektiven Guts abzuwehren. Rechtstechnisch wird dies durch prozedurale Betreiberpflichten erreicht (Ermittlungs-, Berichts- und Abgabepflicht), die sich ungeachtet ihrer ökonomischen Funktion ohne bedenkliche Verwerfungen in die Dogmatik des

Umweltrechts integrieren lassen und ohne den Rückgriff auf ökonomische Analysen ausgelegt und angewendet werden können.

c. Wegen des hohen Ermittlungs- und Verwaltungsaufwands übersteigt die Intensität der daraus resultierenden Freiheitseingriffe allerdings die des BImSchG.

### *3. Die Zuteilungsregeln aus Sicht des ökonomischen Steuerungsmodells*

a. Die Verteilung der Emissionsberechtigungen ist für den Klimaschutz ohne Bedeutung, solange das Kontingent ausgeschöpft und nicht überschritten wird. Für die Kosteneffizienz relevant ist nur die Endallokation, die der Markt bewirkt. Auch die individuellen Modernisierungsanreize sind von der Höhe der anfänglichen Zuteilungen unabhängig, solange die Zuteilung nicht durch eine Modernisierung nachträglich verändert wird.

b. Solche besondere Modernisierungsanreize beeinträchtigen die Kosteneffizienz, ohne dem Klimaschutz zugute zu kommen, können dem Gesetzgeber aber dazu dienen, sonstige Lenkungsziele zu verfolgen. Die Zuteilung nach unterschiedlichen Emissionsstandards für Kohle- und Gaskraftwerke im ZuG 2012 zum Beispiel wirkt wie eine Subventionierung von Kohlekraftwerken und soll die Abhängigkeit der Volkswirtschaft von unsicheren Gaslieferungen verringern.

c. Die wesentliche Wirkung der anfänglichen Zuteilung besteht darin, den individuellen Betreiber in Höhe seiner Unterdeckung mit Reduktionskosten zu belasten. Daraus kann, muss aber keine Beeinträchtigung seiner Wettbewerbsposition folgen.

d. Die Handelbarkeit der Emissionsrechte führt damit zu einer partiellen Separierung von Lastenverteilung und Steuerungswirkung. Dies ermöglicht eine autonome Verfolgung rechtlicher Ziele, solange bestimmte Konstruktionsfehler vermieden werden.

### *4. Zur Wechselwirkung von Rechtsdogmatik und ökonomischer Logik*

a. Der überwiegende Teil der Emissionsberechtigungen wird auf der Grundlage abstrakt-genereller Zuteilungsregeln durch Verwaltungsakt kostenlos zugeteilt (über 90 % in der Handelsperiode 2008-2012).

b. Ohne Kenntnis der ökonomischen Zusammenhänge läuft die rechtliche Würdigung der Zuteilungsregeln Gefahr, ökonomische Anreizfunktionen zu sehen, wo keine sind, und vorhandene ökonomische Folgewirkungen zu übersehen, die gesetzgeberische Ziele konterkarieren oder unerwünschte Konsequenzen haben.

c. So ist ein Widerruf der Zuteilung für eine stillgelegte Anlage im Hinblick auf die Steuerungswirkung unbedenklich und im Sinne einer gerechten Lastenverteilung naheliegend, wenn die Stilllegung einer Produktionsreduktion dient. Der Widerruf bewirkt aber negative Modernisierungsanreize, wenn eine alte Anlage durch eine energieeffiziente neue Anlage

ersetzt werden soll. Die in § 10 ZuG 2007 enthaltene Ersatzanlagenregelung, die dem Betreiber in diesen Fällen für 4 Jahre die Zuteilungen der alten Anlage beließ, war deshalb entgegen verbreiteter juristischer Einschätzung kein zusätzlicher Modernisierungsanreiz durch Privilegierung von Neuanlagen, sondern eine (teilweise) Wiederherstellung der systemimmanenten Modernisierungsanreize des Emissionshandels. Ihre Abschaffung aus Vereinfachungsgründen im ZuG 2012 lässt die systemwidrigen negativen Modernisierungsanreize der Stilllegungsregelung wieder aufleben.

d. Beim sog. Grandfathering bemisst sich die kostenlose Zertifikatszuteilung nach den früheren Emissionen einer Anlage in einer Basisperiode vor Einführung des Emissionshandels (gekürzt um einen Reduktionsfaktor). Diese Zuteilungsmethode dient aus rechtsdogmatischer Sicht dem Bestandsschutz immissionsschutzrechtlich genehmigter Anlagen und der Abmilderung von Eingriffen in die Freiheitsausübung der Betreiber. Sie wirkt aber wie ein Kapitalgeschenk zu Lasten Dritter, wenn die Produzenten den Wert der eingesetzten Emissionsberechtigungen der Marktlogik entsprechend als Opportunitätskosten auf ihre Abnehmer überwälzen, wie dies in Strommärkten der Fall war.