

Rechtsquellen:

Richtlinie 2003/87/EG	Art. 6 Abs. 2, Art. 8 Satz 2, Art. 9, 10
GG	Art. 12 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1 Satz 1, Art. 87 Abs. 3 Satz 1
BImSchG	§ 5 Abs. 1, §§ 17, 20, 21
TEHG	§ 2 Abs. 1, § 3 Abs. 5, §§ 4, 5, 6 Abs. 1, §§ 7, 17, 18, § 20 Abs. 1
VwGO	§ 42 Abs. 1, § 43
VwVfG	§ 35
ZuG 2007	

Stichworte:

Treibhausgas-Emissionen; Emissionshandel; Einführung eines Emissionshandelssystems; Emissionsgenehmigung; Emissionsberechtigung; Emissionszertifikate; Anfechtungsklage; Verwaltungsakt; fingierter Verwaltungsakt; Feststellungsantrag; konkretes Rechtsverhältnis; Passivlegitimation; europäischer Grundrechtsschutz; Eigentumsrecht; Enteignung; Regelung zur Benutzung des Eigentums; Vertrauenstatbestand; Verhältnismäßigkeit; Berufsfreiheit; Berufsausübungsregelung; immissionsschutzrechtliche Genehmigung; Gestattungswirkung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung; Zuteilungsregelungen für Emissionsberechtigungen; nationaler Zuteilungsplan; Verwaltungszuständigkeiten; verfassungswidrige Doppelzuständigkeit; Bundesoberbehörde.

Leitsätze:

Die Einführung eines Emissionshandelssystems für Treibhausgase durch die Richtlinie 2003/87/EG ist mit den europarechtlich gewährleisteten Rechten auf Eigentum und freie Berufsausübung vereinbar.

Die im TEHG getroffenen Zuständigkeitsregeln verstoßen nicht gegen die Kompetenzbestimmungen des Grundgesetzes.

Urteil des 7. Senats vom 30. Juni 2005 - BVerwG 7 C 26.04

I. VG Würzburg vom 09.11.2004 - Az.: VG W 4 K 04.948 -

## **BUNDESVERWALTUNGSGERICHT**

### **IM NAMEN DES VOLKES**

### **URTEIL**

BVerwG 7 C 26.04  
VG W 4 K 04.948

Verkündet  
am 30. Juni 2005  
Ende  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 7. Senat des Bundesverwaltungsgerichts  
auf die mündliche Verhandlung vom 30. Juni 2005  
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht S a i l e r  
und die Richter am Bundesverwaltungsgericht K l e y , H e r b e r t , K r a u ß  
und N e u m a n n

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Bayerischen Verwaltungsgerichts Würzburg vom 9. November 2004 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Revisionsverfahrens.

### G r ü n d e :

#### I.

Die Klägerin wendet sich gegen die Pflichten, die ihr durch die Vorschriften des Gesetzes über den Handel mit Berechtigungen zur Emission von Treibhausgasen (Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz - TEHG) auferlegt werden.

Sie betreibt mehrere Anlagen zur Herstellung von Zement und zum Brennen von Kalkstein, darunter ein Zementwerk in T. Unmittelbar nach In-Kraft-Treten des TEHG am 15. Juli 2004 hat sie Klage erhoben, die sie gegen das beklagte Land gerichtet hat. Dazu hat sie vorgetragen:

Das TEHG greife in verfassungswidriger Weise in ihre Rechte aus den immissionsschutzrechtlichen Genehmigungen für das Zementwerk L. ein. Als Betreiberin der Anlage und damit als Verantwortliche nach § 3 Abs. 5 TEHG sei sie zur Erfüllung der immissionsschutzrechtlichen Vorsorgepflicht gemäß § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BImSchG verpflichtet, die Anforderungen der §§ 5 und 6 Abs. 1 TEHG einzuhalten. Für die Überwachung der Durchführung des Gesetzes und den Vollzug der §§ 4 und 5 seien bei immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftigen Anlagen die dafür nach Landesrecht zuständigen Behörden zuständig. Das Land sei somit richtiger Gegner der Klage, die mit dem Ziel einer Richtervorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG an das Bundesverfassungsgericht angestrengt werde. Das Gesetz greife ohne weiteren Vollzugsakt in ihre Rechte ein. Sie müsse künftig zusätzlich die Pflichten gemäß den §§ 5 und 6 Abs. 1 TEHG beachten, die nach § 4 Abs. 7 Satz 1 TEHG als Bestandteil der vorhandenen immissionsschutzrechtlichen Genehmigungen anzusehen seien. Gegen diese Änderung ihrer

Betriebsgenehmigung wende sie sich in erster Linie. Insoweit könne sie ihre Rechte im Wege einer Anfechtungsklage verfolgen; denn der gesetzliche Eingriff in den Genehmigungstatbestand sei als fingierter Verwaltungsakt anzusehen. Hilfsweise mache sie ihre Rechte im Wege der Feststellungsklage geltend. Ihre Klage sei auch der Sache nach begründet, weil das TEHG und die darin auferlegten Pflichten verfassungswidrig seien. Die Zuständigkeitsregelungen des Gesetzes verstießen gegen Art. 30, 83, 87 Abs. 3 und Art. 20 Abs. 3 GG. Die Zuständigkeit des Umweltbundesamtes nach § 20 Abs. 1 Satz 2 TEHG sei nicht mit Art. 87 Abs. 3 Satz 1 GG vereinbar, weil es an der aufgabenbezogenen Anforderung der zentralen Vollziehbarkeit der übertragenen Aufgaben fehle. Darüber hinaus seien die Zuständigkeitsbestimmungen unklar und missachteten das Verbot einer doppelten Verwaltungszuständigkeit von Bund und Land für den gleichen Sachgegenstand. In materieller Hinsicht verstießen § 5 Abs. 1 Satz 2 BImSchG und § 4 Abs. 7 Satz 1 TEHG gegen Art. 14 Abs. 3 Satz 1 und 2 sowie gegen Art. 19 Abs. 1 Satz 1 GG. Soweit § 4 Abs. 7 Satz 1 TEHG einen Enteignungstatbestand enthalte, sei die Regelung verfassungswidrig, weil eine Entschädigungsregelung fehle und eine Legalenteignung nur in eng begrenzten Fällen zulässig sei. Die enteignende Wirkung des Gesetzes bestehe darin, dass der Staat ihr die Emissionsbefugnis entziehe, um selbst dauerhaft die Verfügungsbefugnis über die Emissionsberechtigung zu bekommen. Im Ergebnis gelte die Emissionserlaubnis daher kraft Gesetzes als widerrufen, wobei die in § 21 BImSchG geregelten Widerrufsvoraussetzungen umgangen würden. Zwar enthalte das Zuteilungsgesetz 2007 - ZuG 2007 - Sondervorschriften über eine erhöhte Zuteilung. Diese seien jedoch für die Zementindustrie ohne Relevanz. Es fehle eine "Abfederung" durch Übergangsvorschriften. Aus diesem Grunde liege selbst dann, wenn man eine Enteignung im Rechtssinne verneine, eine verfassungswidrige Inhalts- und Schrankenbestimmung nach Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG vor. Schließlich verstießen die angegriffenen Vorschriften auch gegen die Berufsfreiheit. Bei einem Eingriff in dieses Recht müsse der Gesetzgeber alle wesentlichen Entscheidungen selbst treffen. Ein reines Ratifikationsmodell, wie es den §§ 7 und 8 TEHG zugrunde liege und wie es bei der Verabschiedung des Zuteilungsplans 2007 durchgeführt worden sei, genüge diesen Anforderungen nicht.

Die Klägerin hat beantragt,

die in § 4 Abs. 7 Satz 1 TEHG angeordnete Änderung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigungen ihrer Anlage zur Herstellung von Zementklinker in T. aufzuheben,

hilfsweise

festzustellen, dass die in §§ 4, 5 und 6 Abs. 1 TEHG geregelten Pflichten nicht Bestandteil der immissionsschutzrechtlichen Genehmigungen der genannten Anlage sind, und

äußerst hilfsweise

festzustellen, dass sie nicht verpflichtet ist, zur Erfüllung der Vorsorgepflicht gemäß § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BImSchG beim Betrieb ihrer Anlage die Anforderungen der §§ 4, 5 und 6 Abs. 1 TEHG einzuhalten.

Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen, und ist dem Vorbringen der Klägerin entgegengetreten.

Das Verwaltungsgericht hat die Klage abgewiesen. Es hat den Hauptantrag als unzulässig beurteilt, weil die angegriffene Maßnahme nicht von einer Verwaltungsbehörde, sondern vom Gesetzgeber stamme. Abgesehen davon ändere § 4 Abs. 7 Satz 1 TEHG die immissionsschutzrechtliche Genehmigung nicht; die Bestimmung regle nur, dass die §§ 5 und 6 Abs. 1 TEHG auch für bereits immissionsschutzrechtlich genehmigte Anlagen Anwendung fänden. Den ersten Hilfsantrag der Klägerin hat das Verwaltungsgericht ebenfalls als unzulässig angesehen. Für die begehrte Feststellung fehle es an einem berechtigten Interesse; denn der Beklagte vertrete ebenso wie die Klägerin die Auffassung, dass die in §§ 4, 5 und 6 Abs. 1 TEHG geregelten Pflichten nicht Bestandteil der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung geworden seien. Demgegenüber hat das Verwaltungsgericht den zweiten Hilfsantrag der Klägerin als zulässig beurteilt. Dieser Feststellungsantrag sei jedoch unbegründet. Gegen die Passivlegitimation des Beklagten bestünden allerdings keine Bedenken. Dies gelte auch für die Pflichten aus § 6 Abs. 1 TEHG, obwohl § 4 Abs. 8 Satz 3 TEHG insoweit Anordnungen der Landesbehörde ausschließe; denn eine Zuständigkeit müsse nicht notwendig die Befugnis zu Sanktionen umfassen. Zu prüfen sei somit, ob nach Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG das Bundesverfassungsgericht anzurufen sei. Da das TEHG eine Richtlinie der EG umsetze, dürfe es nach der Rechtsprechung des

Bundesverfassungsgerichts nur insoweit an den Vorschriften des Grundgesetzes gemessen werden, als die Richtlinie den Mitgliedstaaten einen Spielraum bei der Umsetzung gelassen habe. Das Emissionshandelssystem als solches könne daher nicht zur Überprüfung stehen. Die Umsetzung der Richtlinie durch das TEHG sei nicht verfassungswidrig. Soweit die Klägerin das Gesetz als "Entzug von Emissionsrechten" interpretiere und darin eine Enteignung sehe, greife sie das in der EG-Richtlinie verbindlich vorgezeichnete Emissionshandelssystem an. Abgesehen davon falle der vermeintliche "Entzug von Emissionsrechten" auch nicht unter den klassischen Begriff der Enteignung. Auch die konkrete Ausgestaltung des Emissionshandelssystems begegne im Hinblick auf Art. 14 Abs. 1 und 2 GG keinen durchgreifenden Bedenken. Eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung verleihe nicht das eigentumskräftige Recht auf Emissionen in bestimmter Menge. Aber selbst wenn man ein solches Recht bejahe, führe das Gesetz zu keinem verfassungswidrigen Eingriff. Dieses enthalte gegenüber dem herkömmlichen ordnungsrechtlichen Ansatz ein völlig neuartiges Instrumentarium zur Reduktion von Emissionen. Die Emissionen würden nicht verboten, sie würden lediglich kostenpflichtig. Insoweit wirke das Gesetz nicht anders als eine Erhöhung der Energiepreise, eine Umweltsteuer oder eine Erhöhung der Kanalbenutzungsgebühren. Unabhängig von der europarechtlichen Determinierung stehe die grundsätzliche verfassungsrechtliche Zulässigkeit des Emissionshandelssystems außer Frage. Zwar könne ein abrupter Übergang in das neue Recht verfassungswidrig sein. Hier existierten jedoch Regelungen, die einen schonenden Übergang gewährleisten sollten. Das Gesetz verstoße auch nicht gegen die in Art. 12 GG garantierte Berufsfreiheit. Die Verlagerung der Entscheidungen über die Gesamtmenge der Zertifikate und den Rahmen ihrer Verteilung in den nationalen Zuteilungsplan erschwere zwar die langfristige Planung der Unternehmen; hierfür gebe es aber sachliche Gründe. Die sich aus dem Gesetz ergebenden Pflichten entfielen auch nicht wegen der vermeintlichen Verfassungswidrigkeit der Zuständigkeitsvorschriften; denn deren Ungültigkeit würde nicht das ganze Gesetz verfassungswidrig machen. Abgesehen davon würden die Vorschriften des Grundgesetzes über die Ausführung der Bundesgesetze nicht verletzt.

Mit ihrer durch das Verwaltungsgericht zugelassenen Sprungrevision, der der Beklagte zugestimmt hat, verfolgt die Klägerin ihren Hauptantrag und - sinngemäß -

ihren zweiten Hilfsantrag weiter. Zur Begründung ihres Rechtsmittels verweist sie auf ihr erstinstanzliches Vorbringen, das sie in wesentlichen Aspekten nicht berücksichtigt sieht, und trägt darüber hinaus im Wesentlichen vor:

Ihr Hauptantrag sei zulässig. Nach dem Wortsinn des § 4 Abs. 7 Satz 1 TEHG, aber auch bei dessen historischer und systematischer Auslegung seien die Anforderungen des TEHG mit dessen In-Kraft-Treten Bestandteil der Genehmigung geworden und damit anfechtbar. Zugeordnet werden müsse der Verwaltungsakt der Behörde, die die Genehmigung erteilt habe und für ihren Vollzug verantwortlich sei. Im Übrigen betreffe die Frage, ob die Pflichten nach dem TEHG bestünden, ein konkretes feststellungsfähiges Rechtsverhältnis. Dass die Klage in jedem Fall - sei es als Anfechtungsklage, sei es als Feststellungsklage - statthaft sein müsse, sei verfassungsprozessrechtlich und durch Art. 19 Abs. 4 GG vorgegeben. Die Klage sei auch begründet. Verstehe man die gesetzliche Regelung als Änderung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung, ergebe sich bereits daraus ein Verfassungsverstoß. Seien die Anforderungen des TEHG demgegenüber kein Genehmigungsinhalt geworden, sei der Hilfsantrag begründet. Das Verwaltungsgericht gehe zu Unrecht davon aus, dass die Befugnis zur Emission von Kohlendioxid im Umfang der genehmigten Anlagenkapazität nicht Bestandteil der genehmigungsrechtlichen Gestattungswirkung sei. Es sei allgemein anerkannt, dass der Anlagenbetreiber durch die immissionsschutzrechtliche Genehmigung ein subjektiv-öffentliches Recht auf den Betrieb der Anlage und damit auf Aussendung der betriebsnotwendigen Emissionen im Umfang der genehmigten Anlagenkapazität habe. Diese Gestattungswirkung werde durch die Anforderungen nach § 4 Abs. 7 Satz 1 i.V.m. § 6 Abs. 1 TEHG inhaltlich beschränkt und durch den Zwang zur Abgabe von Zertifikaten rechtlich entwertet. Sei die Zertifikatsabgabepflicht demgegenüber kein Bestandteil der Genehmigung geworden, bleibe es trotz unmittelbarer Geltung dieser Pflicht "kraft Gesetzes" dabei, dass sich die durch die Genehmigung verliehenen Rechtspositionen gegen diese Rechtsänderung durchsetzten. Mit seinen Ausführungen zur Überprüfbarkeit umgesetzter EG-Richtlinien entziehe ihr das Verwaltungsgericht den gebotenen Grundrechtsschutz. Soweit eine solche Richtlinie verbindliche Vorgaben enthalte, müsse das Gericht sie am Maßstab europarechtlich gewährleisteter Grundrechte prüfen und eine Vorlage an den Europäischen Gerichtshof erwägen. Konsequenz der Nichtigkeit der EG-

Richtlinie wäre hier, dass das TEHG wieder allein nach nationalem Verfassungsrecht zu beurteilen wäre. Das Verwaltungsgericht verkenne darüber hinaus die verfassungsrechtlichen Anforderungen, welche die Eigentumsgarantie an die Zulässigkeit nachträglicher Änderungen umweltrechtlicher Zulassungsakte stelle. Aufgrund der Gestattungswirkung der ihr erteilten immissionsschutzrechtlichen Genehmigung sei die Emissionsbefugnis öffentlich-rechtliches Teilelement ihres gewerblichen Eigentums. Deshalb dürfe das Recht auf Aussendung betriebsnotwendiger Emissionen nur nach Maßgabe der im Einzelfall zu prüfenden Verhältnismäßigkeit beschränkt werden. Eine solche Einzelfallprüfung sei nach der Konzeption des Gesetzes nicht vorgesehen. Im Hinblick auf den verfassungsrechtlichen Eigentumsschutz müsse der Übergang von der immissionsschutzrechtlichen Emissionserlaubnis zur emissionshandelsrechtlichen Emissionserlaubnis so gestaltet werden, dass die betroffenen Durchschnittsunternehmen weiterhin wirtschaftlich arbeiten könnten. Wenn das Verwaltungsgericht der Auffassung sei, dass diesen Anforderungen durch eine verfassungskonforme Interpretation der gesetzlichen Härtefallregelungen im Zuteilungsgesetz 2007 angemessen Rechnung getragen werden könne, hätte es im Urteil entsprechende Vorgaben formulieren müssen. Wie die zuständige Behörde die Härtefallregelungen handhaben werde, sei nicht bekannt. Ebenso wenig sei bekannt, ob es für den Zuteilungszeitraum ab 2008 vergleichbare Härtefallregelungen geben werde. Auch die sehr knappen Ausführungen des Verwaltungsgerichts zu Art. 12 GG könnten nicht überzeugen. Die sachlichen Gründe für die Erschwernis der langfristigen Unternehmensplanung, die mit dem neuen Emissionshandelsrecht verbunden sei, müssten nicht nur vorliegen, sie müssten den Eingriff rechtfertigen, verhältnismäßig sein und die Schranken für Eingriffe in die Berufsfreiheit achten. Fehlerhaft sei das angegriffene Urteil schließlich auch, soweit es sich mit den Zuständigkeitsregelungen befasse. Der Hinweis, der Bestand der umstrittenen Pflichten hänge nicht von der Verfassungsmäßigkeit dieser Regelungen ab, verkenne die Entscheidungserheblichkeit dieser Frage. Dass die Zuständigkeitsbestimmungen dem Grundsatz der Normklarheit nicht gerecht würden, werde nicht zuletzt durch das Urteil des Verwaltungsgerichts selbst belegt. Anders als etwa das Verwaltungsgericht Karlsruhe sei die Vorinstanz der Auffassung, die Länder seien auch im Hinblick auf die Zertifikatabgabepflicht passiv legitimiert. Es erscheine ausgeschlossen, dass eine Zuständigkeitsregelung die Anforderungen der

Normklarheit erfülle, wenn die Verwaltungsgerichte zu derart unterschiedlichen Ergebnissen kämen. Die Landesbehörden hätten bis in jüngste Zeit hinein die Auffassung vertreten, dass nicht von den Ländern, sondern allein vom Umweltbundesamt zu klären sei, ob eine bestimmte Anlage emissionshandelspflichtig sei. Soweit das Verwaltungsgericht einen Verstoß gegen das verfassungsrechtliche Verbot der doppelten Verwaltungszuständigkeit verneine, sei das Urteil in sich widersprüchlich. Während an einer Stelle festgestellt werde, Immissionsschutz und Emissionshandel seien verschiedene Gegenstände, heiße es an anderer Stelle unter Hinweis auf § 5 Abs. 1 Satz 2 BImSchG, es bestehe eine Verknüpfung zwischen dem Emissionshandelsrecht und dem Immissionsschutzrecht. Dies treffe zu. Die TEHG-Pflichten konkretisierten die immissionsschutzrechtliche Vorsorgepflicht. Demzufolge handele es sich um denselben Sachgegenstand.

Der Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen, und erwidert: Das Verwaltungsgericht habe die mit dem Hauptantrag erhobene Anfechtungsklage zu Recht als unzulässig abgewiesen, weil eine solche Klage mangels eines anfechtbaren Verwaltungsakts nicht statthaft sei. Der mit der Revision weiter verfolgte Hilfsantrag sei zu Recht als unbegründet abgewiesen worden. Soweit die Feststellung begehrt werde, dass die Pflichten des § 6 Abs. 1 TEHG für den Betrieb der Anlage nicht gälten, fehle es bereits an der Passivlegitimation des Beklagten. Insoweit sei nach § 20 Abs. 1 Satz 2 TEHG das Umweltbundesamt zuständig. Nach § 4 Abs. 8 Satz 3 TEHG fänden bei Pflichtverstößen des Betreibers ausschließlich die Vorschriften dieses Gesetzes Anwendung. Das gelte auch für die identische Verpflichtung nach § 4 Abs. 5 Nr. 5 TEHG, und zwar auch dann, wenn sie nach § 4 Abs. 6 Satz 2 TEHG in das immissionsschutzrechtliche Genehmigungsverfahren Eingang gefunden habe. Das Land habe insofern keinerlei Funktion und Verantwortung. Im Übrigen habe das Verwaltungsgericht zutreffend dargelegt, dass der Anwendung des Gesetzes Art. 12 und Art. 14 GG sowie die Vorschriften über die Zuständigkeit für den Vollzug in § 20 Abs. 1 TEHG nicht entgegenstünden. Die Grundannahme der Klägerin, aus dem BImSchG abgeleitete Rechtspositionen würden durch das TEHG modifiziert oder entzogen, treffe nicht zu. Die Einführung von geldwerten Emissions-Berechtigungen sei ein Paradigmenwechsel. Die Nutzung der Atmosphäre als eines öffentlichen Gutes sei nicht mehr wie bisher kostenfrei. Dies stelle die immissionsschutzrechtliche Genehmigung jedoch ebenso wenig

infrage wie der Umstand, dass die Ablagerung von Abfällen auf einer Deponie etwas koste, und ebenso wenig, wie die neue LKW-Maut die straßenverkehrsrechtliche Zulassung der betroffenen LKW infrage stelle. Die immissionsschutzrechtliche Genehmigung erhalte lediglich eine Zusatzfunktion, die ihre bisherige Funktion unangetastet lasse. Die immissionsschutzrechtliche Genehmigung vermittele im Übrigen kein Recht auf ein Emissionskontingent. Zwar sei die Emission einer Anlage, deren Betreiber sich an die erteilte Genehmigung halte, legal, sie sei aber nicht genehmigt. Genehmigt sei die technische Ausführung der Anlage. Die Festlegung eines Grenzwertes solle die Emission nicht gestatten, sondern begrenzen. Die Vorschriften über die Vorsorge, über die dynamischen Betreiberpflichten, über das Genehmigungserfordernis für wesentliche Änderungen und über die nachträgliche Anordnung wären sonst nicht verständlich, würden sie doch immer mit dem von der Revision behaupteten Eigentum an dem Emissionskontingent kollidieren.

Der Vertreter des Bundesinteresses hält die Regelungen des TEHG ebenfalls für verfassungsgemäß. Die Gestattungswirkung einer bereits erteilten immissionsschutzrechtlichen Genehmigung werde durch das TEHG nicht aufgehoben; Verstöße gegen die Zertifikatsabgabepflicht hätten ausschließlich ökonomische Sanktionen zur Folge, stellten aber nicht den Bestand der Genehmigung infrage. Die zusätzlichen Pflichten wären unter dem Gesichtspunkt des Eigentumsschutzes und der Berufsfreiheit nur unzulässig, wenn sie unter Berücksichtigung des mit der Rechtsänderung verfolgten Klimaschutzziels den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verletzen. Insoweit stellten die Regelungen des Zuteilungsgesetzes mit ihren Ausnahme- und Sonderregelungen die notwendige Angemessenheit und den gebotenen schonenden Übergang auf die neue Rechtslage sicher. Auch die Zuständigkeitsregelungen des TEHG wiesen nicht die von der Klägerin gerügten Mängel auf. Die Verteilung der Zuständigkeiten sei klar geregelt. Gegenseitige Mitentscheidungsbefugnisse des Bundes oder der Länder sehe das Gesetz nicht vor. Die Prüfungspflichten der Länder nach § 5 Abs. 4 TEHG seien so auszulegen, dass das Umweltbundesamt eine fachliche Beurteilung durch die Landesbehörden zu beachten habe, ohne dass ihm damit die Letztverantwortung für die Überwachung der Emissionen genommen wäre. Die Zuständigkeit des Umweltbundesamts genüge auch den Anforderungen des Art. 87 Abs. 3 Satz 1 GG; denn es gebe keinen Zweifel daran, dass es die ihm durch § 20 Abs. 1 TEHG

übertragenen Aufgaben auch im Bereich der Emissionsüberwachung ohne regionale Bundesbehörden wahrnehmen könne. Zudem lasse sich Art. 87 Abs. 3 GG nicht entnehmen, dass überhaupt keine Aufgabenteilung zwischen Bund und Ländern erfolgen dürfe, weil sich sein Satz 2 nur auf einen bundeseigenen Behördenunterbau beziehe.

## II.

Die Revision ist nicht begründet. Das Urteil des Verwaltungsgerichts verletzt allerdings Bundesrecht, soweit es das Verwaltungsgericht abgelehnt hat, die grundlegende Entscheidung für die Einführung des Emissionshandelssystems am Maßstab höherrangigen Rechts zu prüfen. Dies führt jedoch nicht zur Aufhebung des Urteils, weil sich die Abweisung der Klage ungeachtet dessen im Ergebnis als richtig erweist, § 144 Abs. 4 VwGO.

1. a) Das Verwaltungsgericht hat den in erster Linie verfolgten Anfechtungsantrag zu Recht als unzulässig beurteilt, weil er entgegen § 42 Abs. 1 VwGO keinen Verwaltungsakt zum Gegenstand hat.

Angegriffen hat die Klägerin mit diesem Antrag die Änderung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigungen für ihr Zementwerk, die ihrer Auffassung nach durch § 4 Abs. 7 Satz 1 TEHG bewirkt wird. Nach dieser Vorschrift sind bei vor dem 15. Juli 2004 immissionsschutzrechtlich genehmigten Anlagen im Sinne von Anhang 1 zum TEHG die Anforderungen der §§ 5 und 6 Abs. 1 TEHG als Bestandteil dieser Genehmigung anzusehen. Zu diesen Anlagen gehören nach Abschnitt X des Anhangs 1 auch solche zur Herstellung von Zementklinker mit einer Produktionsleistung von mehr als 500 t je Tag in Drehrohröfen und damit ausweislich der von der Klägerin vorgelegten Zahlenangaben auch das Werk in T. Welche Rechtsfolgen mit der gesetzlichen Formulierung "... sind ... als Bestandteil dieser Genehmigung anzusehen" verbunden sind, ist in Rechtsprechung und Literatur umstritten. Sieht man in dieser Bestimmung einen unmittelbaren gesetzlichen Zugriff auf den Regelungsgehalt erteilter Genehmigungen, bliebe der ändernde Akt ein formell-gesetzlicher, und zwar unabhängig davon, ob ein solcher Zugriff aus kompetenzrechtlicher Sicht zulässig wäre. Eine Anfechtungsklage schiebe bei einem

solchen Normverständnis von vornherein aus, weil ein Verwaltungsakt definitionsgemäß die Regelung einer Behörde voraussetzt (vgl. § 35 VwVfG).

Entgegen der Auffassung der Klägerin lässt sich diese Konsequenz nicht durch die von ihr gewählte Konstruktion eines fingierten, der Genehmigungsbehörde zuzurechnenden Verwaltungsakts vermeiden. Eine solche Fiktion, für die es - vornehmlich im Baurecht - zahlreiche Beispiele gibt (vgl. die Aufzählung bei Stelkens/Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 6. Auflage, § 35 Rn. 52), setzt zumindest ein willensgetragenes Verhalten der betreffenden Behörde voraus (regelmäßig ein pflichtwidriges Unterlassen), an das die Fiktion anknüpfen kann. Nur mit einer solchen Anknüpfung kann die getroffene Regelung der Behörde zugerechnet werden mit der Folge, dass sie ihr auch kompetenzrechtlich als "Entscheidung" zugeordnet werden darf. An einem solchen Anknüpfungspunkt fehlt es hier.

Aber selbst wenn man - anders als der Senat - die Fiktion einer behördlichen Regelung ohne einen solchen Anknüpfungspunkt für möglich hält und die kompetenzrechtlichen Einwände zurückstellt, scheidet diese Rechtsfigur hier auch deswegen aus, weil die in § 4 Abs. 7 Satz 1 TEHG gewählte Formulierung inhaltlich nicht im Sinne eines unmittelbaren Zugriffs auf den Genehmigungsinhalt zu verstehen ist. Dies ergibt sich allerdings nicht unbedingt aus einem Gegenschluss zu der in § 4 Abs. 7 Satz 2 TEHG geschaffenen Anpassungsermächtigung (so aber VG Karlsruhe, Beschluss vom 18. Oktober 2004 - 10 K 2205/04 - ZUR 2005, 22; Kobes, *NVwZ* 2004, 1153 <1154>). Diese Ermächtigung ist nach dem Wortlaut des Gesetzes für den Einzelfall erteilt worden und schließt nicht die Annahme aus, dass die Anforderungen der §§ 5 und 6 Abs. 1 TEHG generalisierend in die bestehende Genehmigung integriert werden sollen (vgl. Theuer, in: Frenz, *Emissionshandelsrecht*, § 4 TEHG Rn. 49 f.). Der maßgebliche Grund dafür, § 4 Abs. 7 Satz 1 TEHG nicht als unmittelbaren Zugriff auf den Genehmigungsinhalt zu begreifen, ist an anderer Stelle zu sehen: Die Pflichten nach den §§ 5 und 6 Abs. 1 TEHG treffen den Verantwortlichen, also den Betreiber einer immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftigen Anlage (vgl. § 3 Abs. 5 Satz 1 TEHG), unmittelbar kraft Gesetzes, gleichgültig, ob sie in die Genehmigung aufgenommen worden sind oder nicht. Insoweit hat eine - in eine noch zu erteilende

immissionsschutzrechtliche Genehmigung nach § 4 Abs. 6 Satz 2 i.V.m. Abs. 5 Nr. 4 und 5 TEHG aufzunehmende - Auflage, die den bloßen Gesetzeswortlaut wiederholt, ohne ihn weiter zu konkretisieren, nicht mehr als eine Hinweis- oder Beurkundungsfunktion. Erst wenn eine solche Nebenbestimmung über diesen gesetzlichen Rahmen hinausgeht, hat sie einen echten Regelungsgehalt. Parallel dazu hat auch die in § 4 Abs. 7 Satz 1 TEHG gewählte Formulierung nur insoweit regelnden Charakter, als sich ihr entnehmen lässt, dass die für alle Verantwortlichen unmittelbar geltenden gesetzlichen Pflichten auch für Altanlagen gelten sollen. Dass diese im Gesetz umschriebenen Pflichten als "Bestandteil der Genehmigung" anzusehen sind, reicht demnach über die Funktion einer ebenfalls den bloßen Gesetzeswortlaut wiederholenden Auflage, die in einem Genehmigungsverfahren nach § 4 Abs. 6 Satz 2 i.V.m. Abs. 5 Nr. 4 und 5 TEHG erteilt wird, nicht hinaus. Einen den Genehmigungsinhalt regelnden Charakter hat nur eine konkretisierende Anordnung nach § 4 Abs. 7 Satz 2 TEHG i.V.m. § 17 BImSchG. Demgemäß erschöpft sich der Regelungsgehalt des § 4 Abs. 7 Satz 1 TEHG darin, die Altgenehmigung zum tatbestandlichen Anknüpfungspunkt für die Geltung der Pflichten nach den §§ 5 und 6 Abs. 1 TEHG zu erklären.

Entgegen der Auffassung der Klägerin spricht auch Art. 6 Abs. 2 Buchst. d und e der Richtlinie 2003/87/EG vom 13. Oktober 2003 (ABI L 275 vom 25. Oktober 2003, S. 32) - Emissionshandelsrichtlinie -, der die Aufnahme der Berichtspflicht und der Pflicht zur Abgabe von Zertifikaten in die Genehmigung vorschreibt, nicht für ihre Auffassung von einer durch den Gesetzgeber fingierten und damit anfechtbaren Änderung der Genehmigung. Zwar lässt der Wortlaut der Bestimmung die - vom Vertreter der Bayerischen Staatsregierung in der Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht bestätigte - Vermutung zu, dass die Formulierung des § 4 Abs. 7 Satz 1 TEHG parallel zu der Bestimmung für noch zu erteilende Genehmigungen in § 4 Abs. 6 Satz 2 i.V.m. Abs. 5 Nr. 4 und 5 TEHG bewusst so gewählt worden ist, um den Umsetzungspflichten umfassend zu genügen. Das ändert aber nichts daran, dass nach der Konzeption des Gesetzes der Regelungsgehalt der Genehmigung als solcher unverändert bleibt, solange die Behörde nicht durch nachträgliche Anordnungen in ihren Bestand eingreift.

Auch der Hinweis der Klägerin auf den Ordnungswidrigkeitstatbestand des § 19 Abs. 1 Nr. 1 TEHG führt nicht weiter. Zwar mag die Vorschrift, wonach ordnungswidrig handelt, wer eine Tätigkeit ohne die erforderliche Genehmigung nach § 4 TEHG durchführt, dafür sprechen, § 4 Abs. 6 Satz 1 TEHG auch auf Altanlagen anzuwenden (anders die wohl herrschende Meinung, vgl. VG Augsburg, Beschluss vom 1. September 2004 - Au 4 E 04.1237 - NVwZ 2004, 1389; Körner, in: Körner/Vierhaus, TEHG, § 4 Rn. 32 f.; Theuer, a.a.O. Rn. 35, Schweer/von Hammerstein, TEHG § 4 Rn. 31; Maslaton, TEHG § 4 Rn. 20). Zwingende Schlüsse auf die dogmatische Einordnung des § 4 Abs. 7 Satz 1 TEHG lassen sich daraus jedoch nicht ziehen. Selbst wenn man infolge einer Erstreckung der Emissionsgenehmigung auf Altgenehmigungen annehmen sollte, die Pflichten nach dem TEHG fänden für genehmigte Altanlagen schon kraft § 4 Abs. 6 Satz 1 TEHG Anwendung, müsste § 4 Abs. 7 Satz 1 TEHG nicht notwendigerweise dahin verstanden werden, dass diese Vorschrift die bereits bestehende grundsätzliche Pflicht in den Genehmigungsinhalt einfügt. Vielmehr kann die Vorschrift auch unter dieser Voraussetzung zwanglos dahin gedeutet werden, dass sie die Geltung der grundlegenden Pflichten des TEHG für Altanlagen klarstellt und im Falle erforderlicher Konkretisierung in Satz 2 dieses Absatzes den Weg zur Umsetzung dieser Pflichten regelt.

Soweit die Klägerin zusätzlich darauf verweist, dass das TEHG zwei Kategorien von Pflichten kenne, nämlich die gesetzesunmittelbaren, die - wie die Anzeigepflicht nach § 4 Abs. 9 TEHG - unabhängig von einer Genehmigung gälten, und die, die vermittelt über eine Genehmigung Anwendung fänden, wie die hier in Rede stehenden Pflichten, führt auch dies nicht weiter; denn mit ihrer Systembildung setzt die Klägerin bereits die Beantwortung der Frage, ob die Anforderungen der §§ 5 und 6 Abs. 1 TEHG Bestandteil der Altgenehmigung sind, in ihrem Sinne voraus.

Das hier vertretene Verständnis des § 4 Abs. 7 Satz 1 TEHG kollidiert schließlich auch nicht mit den Vorgaben des bereits erwähnten Art. 6 Abs. 2 Buchst. d und e der Emissionshandelsrichtlinie, wonach Auflagen für die Berichterstattung und die Verpflichtung zur Abgabe von Zertifikaten in der Emissionsgenehmigung enthalten sein müssen. Soweit die europäische Vorschrift auf die materiellen Anforderungen an die genehmigte Tätigkeit abzielt, ist maßgeblich, dass die in Rede stehenden

Pflichten unmittelbar gelten, weil sie tatbestandlich an die immissionsschutzrechtliche Genehmigung anknüpfen. Im Hinblick auf eine neben der Rechtsgeltung der Pflichten möglicherweise beabsichtigte Beurkundungsfunktion ist es gleichgültig, ob der Gesetzgeber die Pflichten verbal zum Genehmigungsbestandteil oder lediglich für anwendbar erklärt; in beiden Fällen bleibt der Blick in das Gesetz nötig. Dies beeinträchtigt eine beabsichtigte Beurkundungsfunktion aber so lange nicht, wie es - wie hier - um jeden Genehmigungsinhaber gleichermaßen treffende Pflichten geht. Individualisierte Anforderungen werden dadurch nachvollziehbar belegt, dass sie zum Gegenstand nachträglicher Anordnungen gemacht werden müssen. Bei alledem darf nicht außer Acht gelassen werden, dass Art. 8 Satz 2 der EG-Richtlinie ausdrücklich dazu ermächtigt, die Anforderungen der Art. 5, 6 und 7 in die Verfahren gemäß der Richtlinie 96/61/EG zu integrieren. Die Nutzung dieser Ermächtigung erfordert notwendigerweise handhabbare Übergangsbestimmungen für bereits immissionsschutzrechtlich genehmigte Anlagen. Vernünftige Zweifel an der Richtigkeit seines Auslegungsergebnisses, die ihn zu einer Vorlage nach Art. 234 EG nötigen würden, hat der Senat daher nicht.

b) Demgegenüber ist der mit der Revision weiterverfolgte Hilfsantrag, mit dem die Klägerin festgestellt wissen will, dass sie nicht verpflichtet ist, beim Betrieb ihres Zementwerks die Anforderungen der §§ 4, 5 und 6 Abs. 1 TEHG einzuhalten, überwiegend zulässig.

Ein solcher Feststellungsantrag ist statthaft, wenn er ein konkretes feststellungsfähiges Rechtsverhältnis zum Gegenstand hat. Er setzt demgemäß voraus, dass die Anwendung einer Rechtsnorm auf einem bestimmten, bereits übersehbaren Sachverhalt streitig ist (Urteil vom 8. Juni 1962 - BVerwG 7 C 78.61 - BVerwGE 14, 235 <236> m.w.N.; stRspr). Diesen Anforderungen genügt der Hilfsantrag der Klägerin. Ihr geht es nicht um die gerichtliche Begutachtung einer Rechtsfrage für einen gedachten Sachverhalt; vielmehr erstrebt sie die Klärung von Pflichten, die ihr als Betreiberin einer Anlage im Sinne des Anhangs 1 Abschnitt X zum TEHG obliegen. Da sie bereits unmittelbar nach In-Kraft-Treten des Gesetzes Klage erhoben hat und sich gegen die gesetzlichen Pflichten als solche wendet, ist es allerdings schwierig, ein bereits zu jenem Zeitpunkt existierendes, hinreichend konkretes Rechtsverhältnis auszumachen, an dem die zum Vollzug des Gesetzes

berufene Behörde beteiligt war. Anhaltspunkte für eine vorprozessuale Auseinandersetzung mit der Behörde hat das Verwaltungsgericht nicht festgestellt und sind auch aus den Akten nicht ersichtlich. Dies mag jedoch auf sich beruhen; denn spätestens zu dem Zeitpunkt, zu dem sich der Beklagte vor Gericht zur Sache eingelassen und durch seinen Antrag seinen Rechtsstandpunkt klargestellt hat, gibt es hinreichenden Streit um die Pflichten der Klägerin, in dessen Gefolge inzident die Vereinbarkeit des Gesetzes mit höherrangigem Recht geprüft werden kann.

Dieses auf die Pflicht zur Befolgung der Gesetzesbefehle konkretisierte Rechtsverhältnis besteht jedoch nur in dem Umfang zu dem Beklagten, als dessen Behörden für den Vollzug der in Rede stehenden Pflichten berufen sind, also nur für die §§ 4 und 5 TEHG; denn nur insoweit sind bei immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftigen Anlagen nach § 21 Abs. 1 Satz 1 TEHG die nach Landesrecht zuständigen Behörden zuständig. Soweit das Feststellungsbegehren sich demgegenüber auf die Pflicht aus § 6 Abs. 1 TEHG bezieht, ist der Hilfsantrag unzulässig. Insoweit hätte die Klage zulässigerweise nur gegen den Bund gerichtet werden können, weil mit diesen Aufgaben nach § 21 Abs. 1 Satz 2 TEHG das Umweltbundesamt betraut ist (so zu Recht VG Karlsruhe und VG Augsburg a.a.O.).

Die Auffassung der Vorinstanz, der Beklagte sei insgesamt "passiv legitimiert", weil die sich aus dem Emissionshandel ergebenden Pflichten als Einheit gesehen werden müssten, ist bereits im dogmatischen Ausgangspunkt verfehlt. Die Frage, ob das Land richtiger Beklagter ist, ist keine Frage der Passivlegitimation, sondern eine Frage der Zulässigkeit des Rechtsbehelfs; denn es geht darum, inwieweit der Freistaat Bayern an dem Rechtsverhältnis, dessen Feststellungsfähigkeit Zulässigkeitsvoraussetzung der Klage ist, beteiligt ist (so zutreffend Kopp/Schenke, VwGO, 13. Auflage, § 78 Rn. 2). Aber auch in der Sache ist die "Gesamtbetrachtung" des Verwaltungsgerichts nicht haltbar. Seine Hinweise darauf, dass die Pflicht zur Abgabe von Berechtigungen sich auch aus § 4 Abs. 5 Nr. 5 und Abs. 7 Nr. 1 TEHG ergebe, sowie darauf, dass in § 5 Abs. 1 Satz 2 BImSchG auf § 6 Abs. 1 TEHG verwiesen werde, gehen daran vorbei, dass die Pflicht als solche ihren Platz ausschließlich in § 6 Abs. 1 TEHG findet. Auch bei Verstößen gegen § 6 Abs. 1 TEHG finden nach § 4 Abs. 8 Satz 3 TEHG ausschließlich die Vorschriften des TEHG Anwendung. Dies gilt - und darauf verweist der Vertreter des Beklagten zu

Recht - auch dann, wenn diese Pflichten nach § 4 Abs. 6 Satz 2 TEHG Eingang in das immissionsschutzrechtliche Genehmigungsverfahren gefunden haben, so dass es auch insoweit bei der ausschließlichen Zuständigkeit des Umweltbundesamtes verbleibt. Zwar ist einzuräumen, dass die Pflichten aus den §§ 4, 5 und 6 TEHG in einem engen Zusammenhang stehen; so treffen die Pflichten nach den §§ 5 und 6 nur die genehmigungspflichtigen Anlagen nach § 4, und die Zertifikatsabgabepflicht knüpft an den Emissionsbericht nach § 5 Abs. 1 an, den die Landesbehörde dem Umweltbundesamt nach § 5 Abs. 4 übermittelt. Diese faktischen Verknüpfungen ändern jedoch nichts daran, dass die Zertifikatsabgabepflicht gegenüber dem Umweltbundesamt erfüllt werden muss, das für den Vollzug und die Durchsetzung dieser Pflicht berufen ist. Das Verwaltungsgericht verkennt, dass der Klägerin eine gegenüber dem Beklagten erstrittene Feststellung, nicht der Pflicht des § 6 Abs. 1 TEHG zu unterliegen, gegenüber dem zuständigen Umweltbundesamt nichts nützen würde, weil dieses an eine solche Entscheidung nicht gebunden wäre.

2. Der im dargelegten Umfang zulässige Feststellungsantrag ist jedoch nicht begründet, so dass das Verwaltungsgericht die Klage zu Recht abgewiesen hat.

Da es sich bei dem Feststellungsbegehren der Klägerin der Sache nach um einen vorbeugenden Rechtsbehelf handelt, der das erwartete gesetzmäßige Behördenhandeln zum Anknüpfungspunkt einer inzidenten Normprüfung macht, kommt es für die Begründetheit der Klage allein darauf an, ob und gegebenenfalls in welcher Auslegung das durch die Behörden des Beklagten anzuwendende Recht höherrangigem Recht entspricht. Diese Prüfung ergibt, dass die von der Klägerin bekämpften Pflichten rechtlich nicht zu beanstanden sind, weil die ihrer Einführung zugrunde liegende, europarechtlich vorgegebene Systementscheidung mit den auf europäischer Ebene gewährleisteten Grundrechten der Klägerin vereinbar ist (a) und die Umsetzung dieser Systementscheidung in deutsches Recht keine Verletzung nationalen Verfassungsrechts erkennen lässt (b).

a) Die Einführung des Emissionshandels beruht auf der Richtlinie 2003/87/EG. Art. 4 dieser Richtlinie schreibt den Mitgliedstaaten zum 1. Januar 2005 die Einführung von Genehmigungen zur Emission von Treibhausgasen vor, und zwar nach ihrem Anhang I unter anderem für Anlagen zur Herstellung von Zementklinker in

Drehrohröfen mit einer Produktionskapazität von über 500 t pro Tag. Dass die Klägerin nach § 2 Abs. 1 TEHG mit ihrer Anlage dem Emissionshandelssystem und den damit verbundenen Pflichten unterworfen wird, beruht daher auf zwingenden europarechtlichen Vorgaben. Soweit die Klägerin sich gegenüber dieser Grundentscheidung auf ihre Rechte aus Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG beruft, hat das Verwaltungsgericht daher zutreffend darauf hingewiesen, dass eine Prüfung anhand deutschen Verfassungsrechts "jedenfalls derzeit" ausscheidet. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wird sekundäres Gemeinschaftsrecht grundsätzlich nicht am Maßstab der deutschen Grundrechte geprüft, solange die Europäischen Gemeinschaften, insbesondere die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Gemeinschaften, einen wirksamen Grundrechtsschutz gegenüber der Hoheitsgewalt der Gemeinschaften generell gewährleisten, der dem vom Grundgesetz als unabdingbar gebotenen Grundrechtsschutz im Wesentlichen gleich zu achten ist (BVerfGE 73, 339 <LS 2 und S. 378 bis 381> - Solange II; bestätigt in BVerfGE 89, 155 <174 f.> - Maastricht). Die Rüge einer Verletzung nationaler Grundrechte setzt daher den substantiierten Vortrag voraus, dass der Grundrechtsschutz auf Gemeinschaftsebene unter den erforderlichen Grundrechtsstandard abgesunken ist (BVerfGE 102, 147 <164> - Bananenmarktordnung). In derselben Weise setzt das Recht von Fachgerichten zur inzidenten Prüfung der Vereinbarkeit sekundären Gemeinschaftsrechts mit den Grundrechten zunächst die Feststellung voraus, dass der Grundrechtsschutz auf Gemeinschaftsebene seit Ergehen der Solange II-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts unter den in dieser Entscheidung als ausreichend angesehenen Standard gefallen ist. Dafür ist weder etwas vorgetragen noch ersichtlich.

Das daraus folgende Verbot, die europarechtlich determinierte Grundentscheidung für den Umstieg auf das Emissionshandelssystem am Maßstab deutscher Grundrechte zu messen, bedeutet allerdings nicht, dass diese Konzeptentscheidung keinerlei Kontrolle durch deutsche Gerichte unterliegt. Insoweit beanstandet die Klägerin zu Recht eine Verletzung der Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG durch das Verwaltungsgericht; denn auf die Prüfung der Vereinbarkeit mit den nationalen Grundrechten wird gerade im Hinblick darauf verzichtet, dass es einen vergleichbaren europäischen Grundrechtsstandard und vergleichbaren Rechtsschutz

gibt. Daraus folgt zwangsläufig, dass an die Stelle einer inzidenten Normenkontrolle am Maßstab deutschen Rechts eine solche am Maßstab europäischen Rechts treten muss. Das deutsche Gericht muss prüfen, ob die EG-Norm, die das anzuwendende deutsche Recht zwingend vorgibt, mit höherrangigem europäischem Recht vereinbar ist (BVerfG, Kammerbeschluss vom 9. Januar 2001 - 1 BvR 1036/99 - NJW 2001, 1267 <1268>). Falls es die Vereinbarkeit verneinen will, muss es die Frage der Gültigkeit des europäischen Sekundärrechts dem EuGH zur Prüfung nach Art. 234 Abs. 1 Buchst. b EG vorlegen. Das bedeutet, dass entsprechend dem Vorbringen der Klägerin die Grundentscheidung für das Emissionshandelssystem am Maßstab des Eigentumsgrundrechts und der Berufsfreiheit, allerdings jeweils in ihrer europarechtlichen Ausprägung, zu prüfen ist. Diese Prüfung kann naturgemäß nicht auf die der Genehmigungspflicht nach § 4 TEHG und der Ermittlungs- und Berichtspflicht nach § 5 TEHG zugrunde liegenden Normen der EG-Richtlinie beschränkt werden; denn die Grundentscheidung erfasst das gesamte Emissionshandelssystem einschließlich der Regelungen über die Zuteilung, Vergabe und die Abgabe von Zertifikaten. Mit diesen Regelungen stehen und fallen auch die Pflichten, die zulässiger Gegenstand des Feststellungsbegehrens der Klägerin sind. Diese Prüfung wirft jedoch weder unter dem Gesichtspunkt des Eigentumsschutzes noch unter dem der Berufsfreiheit Gültigkeitsbedenken gegen die Einführung des Emissionshandelssystems auf. Ebenso wenig stellen sich Auslegungsfragen, deren Beantwortung vernünftige Zweifel weckt und daher die Anrufung des EuGH erfordert.

aa) Die Klägerin sieht ihr Eigentumsrecht vornehmlich dadurch verletzt, dass der Staat mit dem Systemwechsel nachträglich in den genehmigten Betrieb ihrer Anlage eingreife und die ihr mit der Genehmigung eigentumsrechtlich gewährleistete Emissionsbefugnis für Kohlendioxid im Sinne einer "klassischen" Enteignung entziehe, um selbst die Emissionsbefugnis zu bekommen. Für den Fall, dass der Eingriff als Eigentumsinhaltsbestimmung beurteilt wird, vermisst sie den grundrechtlich gebotenen schonenden Übergang und rügt insbesondere, dass die Zuteilungsregeln die besondere Situation der Zementindustrie nicht hinreichend berücksichtigten.

Nach Art. 6 Abs. 2 des Vertrages über die Europäische Union achtet die Europäische Union die Grundrechte, wie sie sich aus der Europäischen

Menschenrechtskonvention und den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ergeben. Zu diesen Grundrechtsgewährleistungen gehört auch der Eigentumsschutz. Dieser ist in Art. 1 des Zusatzprotokolls zur EMRK garantiert und wird in ähnlicher Weise in Art. 17 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union gewährleistet. Diese Charta tritt zwar erst mit der Verfassung der Europäischen Union in Kraft. Dennoch können ihre Formulierungen, soweit sie an Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten anknüpfen, als Verkörperung der gemeinsamen Grundüberzeugung herangezogen werden. Beide genannten Normen unterscheiden zwischen einer Enteignung, die nur aufgrund Gesetzes und gegen Entschädigung zulässig ist, und gesetzlichen Benutzungsregelungen des Eigentums, die im Allgemeininteresse oder zum Wohl der Allgemeinheit erforderlich sind. Als schutzfähige Rechtspositionen umfasst das Eigentum aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht alle von der Rechtsordnung einem privaten Rechtsträger zugeordneten Rechte und Güter (vgl. Zimmer, CO<sub>2</sub>-Emissionsrechtehandel in der EU, S. 210 m.w.N.). Ob und in welcher Weise die Befugnis des Anlagenbetreibers zur Emission von Gasen am Eigentumsschutz teilnimmt, ist umstritten (zum Meinungsstreit vgl. Brattig, Handel mit Treibhausgas-Emissionszertifikaten in der EG, S. 153 ff.; Zimmer, a.a.O. S. 209 ff.). Ernstlich in Betracht kommt ihr Schutz nur als Bestandteil des Eigentums an der genehmigten Anlage oder als Bestandteil des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb in seiner genehmigten Ausgestaltung, mit anderen Worten: die Emissionsbefugnis ist nicht um ihrer selbst willen eigentumsrechtlich geschützt; vielmehr sichert die Emissionsbefugnis die Benutzbarkeit der dem Anlagenbetreiber eigentumsrechtlich zugeordneten Gegenstände seiner Anlage oder den Fortbestand des von ihm eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs. Ob dieses im deutschen Recht anerkannte Rahmenrecht auch von der gemeinschaftsrechtlichen Eigentumsgarantie erfasst wird, ist zweifelhaft (vgl. die Nachweise bei Zimmer, a.a.O. S. 212 und Fn 609 f.). Aus der dogmatischen Zuordnung der Emissionsbefugnis zum Eigentum an den körperlichen Gegenständen der Anlage oder an dem Unternehmen in seiner genehmigten Ausprägung ergibt sich zugleich, dass die Auffassung der Klägerin, die Einführung des Emissionshandelssystems bewirke eine klassische Enteignung, verfehlt ist. Dieser Auffassung liegt notwendigerweise die Vorstellung zugrunde, die Luft könne als solche dem Einzelnen als Eigentum zugeordnet sein; nur dann könnte der Entzug ihrer Nutzung als Güterbeschaffungsvorgang im Sinne einer klassischen Enteignung

begriffen werden. Eine solche die Luft als eigenständiges entziehungsfähiges Gut qualifizierende Betrachtung scheidet schon von der Natur der Sache her aus; denn es ist nicht denkbar, dass sie dem Einzelnen nach Art eines Ausschließlichkeitsrechts privatnützig zugeordnet sein kann. Ist die Emissionsbefugnis aber eigentumsrechtlich nicht abtrennbar von der genehmigten Anlage, deren Betrieb die Emissionen verursacht, kann ein Eingriff in diese Befugnis so lange nicht als Enteignung im rechtlichen Sinne angesehen werden, wie die Reglementierung nicht notwendigerweise zu einem Entzug der Eigentümerposition an den als Emissionsquellen fungierenden Gegenständen oder - falls und soweit man ein solches Recht anerkennt - an dem eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb führt. Damit wird zugleich deutlich, warum das Verwaltungsgericht die Auffassung der Klägerin, der Entzug der Emissionsbefugnis sei ein Güterbeschaffungsvorgang, zutreffend als künstlich angesehen hat; denn ihr liegt der Kunstgriff zugrunde, ein aus der Eigentümerstellung folgendes Nutzungsrecht von seiner Eigentumsgrundlage abzulösen und zu verselbständigen, um auf diese Weise einen klassischen Enteignungsvorgang zu konstruieren.

Ist die Einführung des Emissionshandelssystems somit nicht als Enteignung, sondern als Regelung der Benutzung des Eigentums im Sinne des Art. 1 Abs. 2 des Zusatzprotokolls zur EMRK und des Art. 17 Abs. 2 der Grundrechtscharta anzusehen, bleibt die Frage, ob diese Regelung den Anforderungen an solche Eingriffe genügt. Das heißt, der Eingriff muss im Allgemeininteresse vorgenommen werden und zu dessen Wahrung erforderlich sein (EuGH, Rs. 44/79, Slg. 1979, 3727, insbesondere LS 5; stRspr; zur EuGH Rechtsprechung im Einzelnen vgl. Zimmer, a.a.O. S. 227 ff.). Dass die Klimaschutzziele, die mit dem Systemwechsel verfolgt werden und zu deren Erreichung die Europäische Gemeinschaft entsprechend internationale Verpflichtungen eingegangen ist (Kyoto-Protokoll), dem Gemeinwohl verpflichtet sind, kann nicht ernsthaft bestritten werden. Zu prüfen bleibt daher, ob zur Erreichung dieser Ziele die Einführung handelbarer Emissionsrechte für Treibhausgase erforderlich ist. Damit ist gemeint, ob der Systemwechsel verhältnismäßig ist, also geeignet und erforderlich sowie angemessen im Verhältnis zum angestrebten Ziel. Dies muss bejaht werden.

Die Genehmigungspflicht und die damit verbundene Kontingentierung der Kohlendioxid-Emissionsbefugnis sind ein geeignetes Mittel zur Reduktion der CO<sub>2</sub>-Emissionen. Soweit im Hinblick darauf Bedenken erhoben werden, dass das Handelssystem bisher nicht weltweit eingerichtet ist (vgl. Rengeling, DVBl 2000, 1725 <1728 ff.>), kann dem entgegengehalten werden, dass zumindest gemeinschaftsweit eine Reduktion erreicht wird und schon dadurch ein nicht unerheblicher Beitrag zum Klimaschutz geleistet wird. Abgesehen davon liegt es in der Natur der Sache begründet, dass solche Ziele nur durchsetzbar sind, wenn zumindest an einer Stelle ernsthaft damit begonnen wird.

Auch die Erforderlichkeit der Einführung des Emissionshandelssystems zur Erreichung dieser Ziele kann nicht in Abrede gestellt werden. Angesichts der fehlenden Durchsetzbarkeit so genannter Selbstverpflichtungen kommen als realistische Alternative nur ordnungsrechtliche Maßnahmen zur Emissionsbegrenzung in Betracht. Solche Zwangsmaßnahmen wären einschneidender als das von der Klägerin bekämpfte Emissionshandelssystem. Soweit die Klägerin eine besondere Beschwer des Systems darin sieht, dass die Zuteilungszeiträume für die Zertifikate zunächst auf drei und anschließend fünf Jahre beschränkt sind, so dass unzumutbar in ihre notwendigerweise auf Jahrzehnte angelegten Dispositionen eingegriffen werde, verkennt sie, dass auch ordnungsrechtliche Maßnahmen zur Emissionsbegrenzung nicht die Gewähr dafür bieten, für größere Zeiträume unabänderlich zu sein. Vielmehr können auch sie zunehmenden Verschärfungen unterworfen sein, die mit der notwendigen Anpassung an den wissenschaftlichen Erkenntnisfortschritt einhergehen.

Der Systemwechsel ist auch angemessen, also verhältnismäßig im engeren Sinne. Angesichts des hohen Ranges des Schutzgutes und des Umstandes, dass die Richtlinie in Art. 10 vorschreibt, für den am 1. Januar 2005 beginnenden Drei-Jahres-Zeitraum mindestens 95 % und für den am 1. Januar 2008 beginnenden Fünf-Jahres-Zeitraum mindestens 90 % der Zertifikate kostenlos zuzuteilen, sind die neu eingeführten Pflichten zumutbar. Dies gilt auch im Hinblick darauf, dass die Klägerin sich darauf beruft, ihr Anlagenbetrieb sei in seiner jetzigen Gestalt und mit den damit verbundenen CO<sub>2</sub>-Emissionen genehmigt, weshalb sie sich in ihrem Vertrauen in den Bestand der Gestattungswirkung dieser Genehmigung getäuscht sieht. Diese

Argumentation geht bereits daran vorbei, dass die Rechtsposition aus der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung weder entzogen noch geändert wird. Die in das TEHG umgesetzten Pflichten aus der Emissionshandelsrichtlinie treten vielmehr neben die Gestattungswirkung der schon erteilten immissionsschutzrechtlichen Genehmigung. Damit soll nicht in Abrede gestellt werden, dass der bisherige legale Anlagenbetrieb einen Vertrauenstatbestand begründet, der nur unter Beachtung der durch die Eigentumsgarantie gezogenen Grenzen geschmälert werden darf. Die immissionsschutzrechtliche Genehmigung hat insoweit jedoch keine zusätzliche Relevanz, weil sie hinsichtlich der Treibhausgasemissionen keine Rechte verleiht und damit keinen über eine legale Anlagennutzung hinausgehenden Vertrauenstatbestand schafft. Dieser Vertrauenstatbestand ist jedoch gegenüber dem Gesetzgeber begrenzt; denn es gibt im Immissionsschutzrecht keinen Grundsatz, dass dem Betreiber eingeräumte Rechtspositionen trotz Rechtsänderung zu belassen sind oder nur gegen Entschädigung entzogen werden dürfen (vgl. Beschluss vom 3. Juni 2004 - BVerwG 7 B 14.04 - Buchholz 451.221 § 12 KrW-/AbfG Nr. 1 S. 1, 3 f. unter Hinweis auf das Urteil vom 18. Mai 1982 - BVerwG 7 C 42.80 - BVerwGE 65, 313 <317> m.w.N.; ebenso Sendler, UPR 1983, 33 <44>), und auch der EuGH erkennt keine Vertrauenstatbestände an, soweit die Genehmigungspraxis im Rahmen der Kompetenz des Gemeinschaftsgesetzgebers zu dessen Disposition steht, wie es hier nach Art. 175 Abs. 1 i.V.m. Art. 174 EG der Fall ist (vgl. Zimmer, a.a.O. S. 219 m.w.N.; EuGH, Rs. 230/78, Slg. 1979, 2749 <2768>; Rs. 52/81, Slg. 1982, 3745 <3762 f.>; Rs. C-177/90, Slg. I-35 <62 f.>). Insoweit gilt europarechtlich ähnliches wie innerstaatlich: Es handelt sich um die partielle Neuordnung eines Rechtsgebiets, die nicht in einen vorhandenen genehmigungsrechtlichen Besitzstand eingreift und nur für die Zukunft den bisher gewährleisteten Eigentumsinhalt ändert (BVerfGE 31, 270 <274 f.>, 275 <284 ff.>; 83, 201 <212>; stRspr). Eine solche Neugestaltung ist dem Gesetzgeber nicht verwehrt. Er muss allerdings die öffentlichen Belange und die berechtigten Interessen des Anlagenbetreibers zum Ausgleich bringen. Dies führt wieder zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit mit seinen Ausprägungen. Selbst wenn man im Rahmen dieser Verhältnismäßigkeitsprüfung Gründe dafür sieht, bei genehmigten Anlagen auch europarechtlich einen größeren Rechtfertigungsbedarf für Eingriffsregelungen zu fordern, würde das nicht zum Erfolg des Rechtsmittels führen; denn dem im Einzelfall bestehenden Schutzbedürfnis bereits genehmigter

Anlagen kann durch entsprechende Vorkehrungen bei der Zuteilung der Zertifikate Rechnung getragen werden. Das schließen die Vergaberegeln der Richtlinie (Anhang III) nicht aus; sie verbieten nur eine "ungerechtfertigte" Bevorzugung bestimmter Unternehmen und Tätigkeiten (Nr. 5).

bb) Soweit es um die europarechtlich gewährleistete Berufsfreiheit geht, die wie im deutschen Recht die Berufswahl und die Berufsausübung schützt (vgl. EuGH, Rs. 44/79, a.a.O., LS 7 und S. 3750; Zimmer, a.a.O. S. 259 m.w.N.), gilt das zum Eigentumsschutz Dargelegte verstärkt. Schutzobjekt ist hier nicht das durch die berufliche Tätigkeit Erworbene, sondern die Erwerbstätigkeit selbst, so dass Bestandsschutzgesichtspunkte von vornherein keine Rolle spielen können. Die in der Einführung des Emissionshandelssystems liegende Berufsausübungsregelung ist daher aus den bereits dargestellten Gründen offensichtlich verhältnismäßig; die aus der Entgeltspflichtigkeit und der wachsenden Verknappung der Zertifikate resultierenden Beschränkungen der Berufsausübungsfreiheit sind notwendige Folge des zulässigerweise verfolgten Ziels der Reduzierung der Treibhausgase im Interesse des Klimaschutzes.

b) Soweit die Klägerin sich gegen die formalrechtliche Ausgestaltung des Systemwechsels im TEHG, die Zuteilungsregelungen im Einzelnen und die Regelungen über die Behördenzuständigkeit wendet und daraus die Verfassungswidrigkeit der ihr auferlegten Pflichten ableitet, beanstandet sie die Umsetzung der EG-Richtlinie jenseits der darin enthaltenen zwingenden Vorgaben. Insofern ist die Prüfung ihres Begehrens am Maßstab nationaler Grundrechte eröffnet. Auch diese Prüfung ergibt keine durchgreifenden Einwände gegen die Rechtsgültigkeit der Pflichten aus § 4 und § 5 TEHG.

aa) Hinsichtlich der im nationalen Recht gewählten formalen Ausgestaltung der Einführung des Emissionshandelsrechts kann auf die Ausführungen zur Zulässigkeit der Klage verwiesen werden. Da die immissionsschutzrechtliche Genehmigung nicht geändert, sondern als tatbestandlicher Anknüpfungspunkt für die neuen Pflichten gewählt wird, greifen die kompetenzrechtlichen Einwände der Klägerin nicht durch.

Soweit die Klägerin einen Eingriff in den Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG darin sieht, dass die in der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung enthaltene Emissionsbefugnis für Treibhausgase der Sache nach widerrufen werde, ohne dass dafür die spezifischen Voraussetzungen des Bundes-Immissionsschutzgesetzes vorlägen, ist ihr Vorbringen in mehrfacher Hinsicht verfehlt. Zum einen ergibt sich der Zugriff auf genehmigte Anlagen zwingend aus den beanstandungsfreien Vorgaben des Europarechts, nach denen der Systemwechsel alle genannten Anlagen betrifft, also auch solche, die bereits genehmigt betrieben werden. Eine Prüfung am Maßstab des nationalen Eigentumsgrundrechts findet daneben nicht statt. Abgesehen davon gilt auch hier, dass es den behaupteten Eingriff in die immissionsschutzrechtliche Genehmigung nicht gibt, weil die Pflichten aus dem TEHG, obwohl sie nach § 5 Abs. 1 Satz 2 BImSchG der Erfüllung der immissionsschutzrechtlichen Vorsorgepflicht dienen, neben die Gestattungswirkung der bisherigen Genehmigung treten und grundsätzlich nicht unter unmittelbarem Zugriff auf diese durchsetzbar sind. Schließlich verkennt die Klägerin, dass der Gesetzgeber bei regelnden Eingriffen in die Emissionsbefugnis ohnehin nicht an die Vorgaben des Bundes-Immissionsschutzgesetzes für den Widerruf immissionsschutzrechtlicher Genehmigungen gebunden ist.

bb) Auch soweit die Klägerin die Zuteilungsregelungen beanstandet, greifen ihre Einwände nicht durch. Da sie zulässigerweise nur die sie treffenden Pflichten aus § 4 und § 5 TEHG zum Streit stellen kann, haben Zuteilungsfragen ausschließlich insoweit Belang, als sie sich auf die Rechtmäßigkeit dieser Pflichten auswirken. Es ist bereits oben dargelegt worden, dass die Genehmigungspflicht sowie die Ermittlungs- und Berichtspflicht nach den genannten Vorschriften mit dem Emissionshandelssystem als Ganzem verknüpft sind, so dass die Gültigkeit dieser Pflichten untrennbar mit der verfassungsmäßigen Realisierbarkeit nationaler Zuteilungsregelungen im Rahmen der europäischen Vorgaben verbunden ist. Könnte ein nationales Zuteilungssystem ausgehend von den im TEHG getroffenen Regelungen nicht mehr verfassungskonform eingerichtet werden, müssten die Pflichten aus § 4 und § 5 TEHG von vornherein ziellos bleiben mit der Folge, dass auch sie sich verfassungsrechtlich nicht rechtfertigen ließen. Das bedeutet auf der anderen Seite aber auch, dass zur Beurteilung des Feststellungsantrages der Klägerin die einzelnen materiellen Zuteilungsregelungen des Zuteilungsgesetzes

2007 nicht zur Überprüfung stehen; denn allenfalls der im TEHG gesetzte Rahmen für das Zuteilungsverfahren, der die Grundlage für die jeweiligen Zuteilungsgesetze bildet, ist Gültigkeitsvoraussetzung für das nationale Emissionshandelssystem und damit für die hier umstrittenen Pflichten. Die Regelungen der periodisch ergehenden Zuteilungsgesetze lassen demgegenüber den Bestand dieser grundlegenden Pflichten unberührt. Wären diese Regelungen einschließlich der darin getroffenen Härte- und Übergangsvorschriften verfassungswidrig, etwa weil sie - wie die Klägerin meint - die grundrechtlich geschützten Interessen der Zementindustrie nicht hinreichend berücksichtigten, würde das zwar zur Ungültigkeit der Zuteilungskriterien führen mit dem Zwang, neue Regelungen zu treffen; die grundlegenden, im TEHG geregelten Pflichten der nach dem Gesetz Verantwortlichen würden dadurch aber nicht infiziert. Nur soweit das TEHG selbst das nationale Zuteilungssystem vorgibt, sind Rückwirkungen auf den Bestand der Pflichten nach § 4 und § 5 TEHG möglich. Die Klägerin rügt jedoch vornehmlich die konkreten Zuteilungsbedingungen, die im TEHG inhaltlich nicht so vorstrukturiert werden, dass sich daraus zwingende Vorgaben für die Menge der hier zuzuteilenden Zertifikate ergeben. Dies geschieht erst im Zuteilungsgesetz selbst. Insoweit gehen die Einwände der Klägerin ins Leere. Sie hätten nur dann Berechtigung, wenn die Bestimmungen des Zuteilungsverfahrens, die im TEHG getroffen werden, die Schaffung verfassungskonformer Zuteilungskriterien ausschließen würden. Dafür ist nichts ersichtlich.

Dem lässt sich auch nicht mit der Klägerin entgegenhalten, dass im TEHG selbst die grundlegenden materiellen Zuteilungsregelungen hätten getroffen werden müssen. Das wäre nur dann richtig, wenn die Zuteilungsnormen nicht formellgesetzlicher Natur wären, weil dann der Vorbehalt des Gesetzes in einer für die Grundrechtsausübung wesentlichen Frage nicht eingehalten wäre. Der an dieser Stelle erhobene Einwand, das Zuteilungsgesetz 2007 habe wegen der verfahrensrechtlichen und zeitlichen Vorgaben nach den §§ 7 f. TEHG und Art. 9 der EG-Richtlinie zwangsläufig dem nationalen Zuteilungsplan inhaltlich nachfolgen müssen ("Ratifikationslage"), so dass eine "verfassungswidrige Entparlamentarisierung" stattfinde (vgl. Weidemann, DVBl 2004, 727 <734>), ist nicht berechtigt; denn ungeachtet etwaiger faktischer Zwänge, die in jedem Gesetzgebungsverfahren vielgestaltig auftreten können, übernimmt der Bundestag

durch die Verabschiedung des Gesetzes die Verantwortung für dessen Regelungen. Abgesehen davon muss berücksichtigt werden, dass Art. 9 der EG-Richtlinie die Befugnis der Mitgliedstaaten zur Nachmeldung von Änderungen des nationalen Zuteilungsplans nach dessen Übermittlung an die Kommission nicht ausdrücklich ausschließt (vgl. Burgi, NVwZ 2004, 1162 <1166>).

Soweit die Klägerin auch in diesem Zusammenhang rügt, dass sie infolge des - im TEHG vorgegebenen - periodischen Erlasses von Zuteilungsgesetzen nicht absehen könne, welche Zuteilungsbedingungen in künftigen Zuteilungsabschnitten gelten, und daher auch nicht erkennen könne, welche Belastungen die Zertifikatsabgabepflicht künftig mit sich bringen werde, überspannt sie die Anforderungen an die gebotene Voraussehbarkeit staatlichen Handelns. Über den grundrechtlichen Schutz vor abrupten, den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit missachtenden künftigen Änderungen der Zuteilungsbedingungen hinaus hat sie keinen Anspruch darauf, dass diese Regelungen schon jetzt für spätere Zuteilungsperioden festgelegt werden. Dies folgt schon daraus, dass die künftige Ausgestaltung dieser Regelungen von Gegebenheiten abhängig ist, die derzeit noch gar nicht absehbar sind.

cc) Auch die verfassungsrechtlichen Einwände der Klägerin gegen die Zuständigkeitsbestimmungen des TEHG sind nicht berechtigt. Zwar handelt es sich - entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts - um einen entscheidungserheblichen Einwand, weil die nationale Umsetzung des Emissionshandelssystems und damit die hier umstrittenen Pflichten in ihrem Bestand von der Gültigkeit der Zuständigkeitsbestimmungen abhängig sind. Diese verletzen jedoch weder das Gebot der Normklarheit, noch begründen sie eine doppelte Verwaltungszuständigkeit von Bund und Land für denselben Sachgegenstand. Die in ihnen begründete Zuständigkeit des Umweltbundesamtes steht schließlich auch im Einklang mit den Anforderungen des Art. 87 Abs. 3 Satz 1 GG.

Nach § 20 Abs. 1 Satz 1 TEHG sind die Landesbehörden für den Vollzug der §§ 4 und 5 TEHG bei immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftigen Anlagen zuständig. Im Übrigen liegt die Zuständigkeit nach § 20 Abs. 1 Satz 2 TEHG beim Umweltbundesamt. Die Zuständigkeitsprobleme, welche die Klägerin beim Vollzug der Pflichten aus den §§ 5 und 6 TEHG sieht, existieren nur scheinbar. Sie übersieht,

dass § 4 Abs. 8 TEHG Zuständigkeitsüberschneidungen verhindert. Nach Satz 3 dieser Vorschrift finden ausschließlich die Regelungen des TEHG Anwendung, wenn der Verantwortliche die in § 6 Abs. 1 genannten Pflichten nicht erfüllt. Damit ist klargestellt, dass eine Zuständigkeit der Landesbehörden selbst dann ausscheidet, wenn diese Pflicht nach § 4 Abs. 7 Satz 1 TEHG an eine bereits erteilte immissionsschutzrechtliche Genehmigung anknüpft oder sogar nach § 4 Abs. 5 Nr. 5 TEHG in eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung aufgenommen worden ist. Schwieriger abzugrenzen ist das Verhältnis zwischen Landes- und Bundeszuständigkeiten hinsichtlich der Pflichten aus § 5 TEHG. Für diese haben nach § 4 Abs. 8 Satz 1 TEHG Maßnahmen nach den §§ 17 und 18 TEHG, die in die Zuständigkeit des Umweltbundesamtes fallen, Vorrang vor Maßnahmen nach § 17 BImSchG, für die die Landesbehörden zuständig sind. Ausgeschlossen ist nach § 4 Abs. 8 Satz 2 TEHG lediglich die Anwendung der immissionsschutzrechtlichen Stilllegungs- und Widerrufsvorschriften (§§ 20 und 21 BImSchG). Umstritten ist, was unter Vorrang im Sinne des § 4 Abs. 8 Satz 1 TEHG zu verstehen ist. In jedem Fall kann sich die Konkurrenzregelung nicht auf konkretisierende Anordnungen nach § 4 Abs. 7 Satz 2 TEHG i.V.m. § 17 BImSchG beziehen, weil diese der Anpassung der Genehmigungen an das Emissionshandelsrecht dienen und keine Pflichtverletzung zum Ausgangspunkt haben (so zu Recht Körner, in: Körner/Vierhaus, a.a.O. § 4 Rn. 46). Bezweifelt wird allerdings, ob § 17 BImSchG überhaupt noch einen Anwendungsbereich neben den Sanktionen nach den §§ 17 und 18 TEHG haben kann (vgl. Körner, a.a.O. Rn. 47). Bestreitet man dies, könnten keine Zuständigkeitsüberschneidungen auftreten, weil Vollzugsmaßnahmen nach § 17 BImSchG durch Landesbehörden mit Ausnahme von Anpassungsanordnungen nach § 4 Abs. 7 Satz 2 TEHG von vornherein ausschieden. Eine solche Auslegung ist jedoch fragwürdig; denn der Gesetzgeber hat mit seiner Vorrangbestimmung offenbar die grundsätzliche Anwendbarkeit des § 17 BImSchG vorausgesetzt. Dies wird dadurch bekräftigt, dass er nur die §§ 20 und 21 BImSchG in § 4 Abs. 8 Satz 2 TEHG ausdrücklich für unanwendbar erklärt. Eine Konkretisierung dessen, was unter dem Vorrang der Maßnahmen nach den §§ 17 und 18 TEHG gegenüber solchen nach § 17 BImSchG zu verstehen ist, ist demnach unabweisbar. Die Meinungen dazu sind vielfältig (vgl. Schweer/von Hammerstein, a.a.O., § 4 Rn. 38 ff.; Theuer, a.a.O., § 4 Rn. 64; Maslaton, a.a.O., § 4 Rn. 24). Der Schlüssel zur Klärung der Frage liegt im Wortlaut der Sanktionsnormen, die nicht an eine Verletzung der

Pflichten aus § 5 TEHG allgemein anknüpfen, sondern für spezifische Tatbestände geschaffen worden sind. Soweit diese tatbestandlichen Voraussetzungen erfüllt sind, kommen wegen der angeordneten Spezialität nur Maßnahmen des Umweltbundesamtes in Betracht. Das heißt, derselbe Tatbestand darf nicht Grundlage immissionsschutzrechtlicher Maßnahmen der Landesbehörden sein. Soweit es um die Verletzung von Pflichten aus § 5 TEHG im Übrigen geht, sind demgegenüber die Landesbehörden gemäß § 20 Abs. 1 Satz 1 TEHG zum Vollzug aufgerufen, so beispielsweise zur Durchsetzung der Pflichten nach § 5 TEHG im Vorfeld der Berichterstattung, also der Pflichten, die eine ordnungsgemäße Berichterstattung erst ermöglichen. Bei einem solchen am Wortlaut der Norm orientierten Gesetzesverständnis sind sowohl Doppelzuständigkeiten als auch Mitentscheidungsbefugnisse ausgeschlossen. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus den Strichprobenkontrollen, welche die Länder nach § 5 Abs. 4 TEHG vor Übermittlung der Emissions- und Prüfberichte an das Umweltbundesamt vorzunehmen haben. Diese Kontrollen ändern nichts daran, dass es allein dem Umweltbundesamt obliegt festzustellen, ob die Voraussetzungen für eine Sanktion nach § 17 Abs. 1 TEHG oder für eine Schätzung nach § 18 Abs. 2 TEHG vorliegen.

Ebenso unbegründet ist der Einwand, die Anforderungen an die Übertragung von Verwaltungskompetenzen an den Bund nach Art. 87 Abs. 3 Satz 1 GG seien im Hinblick auf die Zuständigkeit des Umweltbundesamtes nicht erfüllt. Die in dieser Grundgesetznorm vorausgesetzte Gesetzgebungskompetenz des Bundes beruht auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 und 24 GG. Eine selbständige Bundesoberbehörde darf nach ständiger Rechtsprechung nur für Aufgaben errichtet werden, die der Sache nach für das ganze Bundesgebiet von einer Oberbehörde ohne Mittel- und Unterbehörden und ohne Inanspruchnahme von Verwaltungsbehörden der Länder - außer für reine Amtshilfe - wahrgenommen werden können (BVerfGE 110, 33 <49>). Die Begründung einer solchen Verwaltungszuständigkeit durch den Bund hängt demgemäß davon ab, dass die Sachaufgabe zur zentralen Erledigung geeignet ist (BVerfGE 14, 197 <211>).

Diese Voraussetzungen liegen hier vor. Die Zweifel der Klägerin daran, dass das Umweltbundesamt die ihm übertragenen Aufgaben ohne Unterbau wahrnehmen kann, sind nicht berechtigt. Zu Recht weist der Vertreter des Bundesinteresses

darauf hin, dass Art. 87 Abs. 3 Satz 1 GG eine Aufgabenteilung zwischen Bund und Ländern nicht verbietet (vgl. Lerche, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 87 Rn. 187 und 199; Burgi, in: v. Mangoldt/Klein, GG, 5. Aufl., Art. 87 Rn. 120). Diese ist für die durch das TEHG begründeten Vollzugsaufgaben in der Weise vorgenommen worden, dass die Länder im Wesentlichen für die Genehmigungserteilung und die Überwachung der Emissionsermittlung sowie -berichterstattung zuständig sind, während dem Umweltbundesamt die übrigen Vollzugsaufgaben - die Zuteilung der Zertifikate, die Berechtigungskontrolle und die Führung des Emissionshandelsregisters - aufgetragen worden sind. Für die letztgenannten Zuständigkeiten beruft sich der Bund zu Recht darauf, dass ein bundeseinheitlicher Vollzug im Zusammenhang mit allen Fragen der Berechtigungen im Hinblick auf einen einheitlichen Rechts- und Wirtschaftsraum unerlässlich ist, um Wettbewerbsverzerrungen durch einen unterschiedlichen Vollzug in den Ländern auszuschließen (BTDrucks 15/2540, Gegenäußerung der Bundesregierung zur Nr. 32 der Stellungnahme des Bundesrates). Für die Einhaltung der Anforderungen des Art. 87 Abs. 3 Satz 1 GG kommt es demnach allein darauf an, ob diese zentral zu erledigenden Vollzugsaufgaben durch das Umweltbundesamt ohne Unterbau zu bewältigen sind. Es geht also nicht um die Überwachung der Emissionsermittlungs- und -berichtspflicht nach § 5 TEHG, durch die das Umweltbundesamt in der Tat hätte überfordert sein können, sondern nur darum, ob seine Verwaltungskraft für die ihm durch das Gesetz zugewiesenen Aufgaben genügt. Diese Fähigkeit wird auch durch die Regelung des § 5 Abs. 4 TEHG nicht infrage gestellt. Zwar mag eine gesetzlich vorgesehene Zusammenarbeit einer Bundesoberbehörde mit Landesbehörden eine "negative Indizwirkung" für die verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer Bundeskompetenz nach Art. 87 Abs. 3 Satz 1 GG äußern (vgl. dazu Hermes, in: Dreier, GG, Art. 87 Rn. 87); die stichprobenartigen Kontrollen der Emissions- und Prüfberichte, die den Ländern aufgegeben sind, gehen jedoch im Hinblick auf die letztverantwortliche Kontrollaufgabe des Umweltbundesamtes im Rahmen von §§ 17 und 18 TEHG nicht über eine zulässige Unterstützung - in ihrer Bedeutung vergleichbar einer Amtshilfe - hinaus.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO.

Sailer

Kley

Herbert

Krauß

Neumann