



BUNDESVERWALTUNGSGERICHT

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

BVerwG 7 C 33.07
OVG 12 B 13.06
OVG 12 B 14.06

Verkündet
am 16. Oktober 2007
Salli-Jarosch
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

In der Verwaltungsstreitsache

hat der 7. Senat des Bundesverwaltungsgerichts
auf die mündliche Verhandlung vom 16. Oktober 2007
durch den Vorsitzenden Richter am Bundesverwaltungsgericht Sailer
und die Richter am Bundesverwaltungsgericht Herbert, Krauß, Neumann
und Guttenberger

für Recht erkannt:

Die Revisionen der Klägerinnen gegen die Urteile des
Oberverwaltungsgerichts Berlin-Brandenburg vom
30. November 2006 werden zurückgewiesen.

Die Klägerinnen tragen jeweils die bis zur Verbindung ent-
standenen Kosten ihres Revisionsverfahrens. Von den
nach der Verbindung entstandenen Kosten tragen die
Klägerin zu 1 ein Zwanzigstel und die Klägerin zu 2 neun-
zehn Zwanzigstel.

G r ü n d e :

I

- 1 Die klagenden Energieversorgungsunternehmen wenden sich gegen die zur Einhaltung des Emissionsbudgets vorgenommene anteilige Kürzung der ihnen für die Zuteilungsperiode 2005 bis 2007 zuteilbaren Emissionsberechtigungen.

- 2 Zur Erfüllung der 1997 im Kyoto-Protokoll vereinbarten Senkung der Emission klimaschädlicher Treibhausgase hat die Europäische Union für die Jahre 2008 bis 2012 eine Reduktion um 8 % gegenüber dem Niveau von 1990 zugesagt. Nach dem Lastenverteilungsplan für die EU-Mitgliedstaaten ist die Beklagte verpflichtet, die Treibhausgasemissionen im Bundesgebiet um 21 % zu verringern. Die Emissionshandelsrichtlinie vom 13. Oktober 2003 verpflichtet die Mitgliedstaaten zur Einführung eines anlagenbezogenen Emissionshandelssystems in den Sektoren Energiewirtschaft und energieintensive Industrie. Ihrer Umsetzung in innerstaatliches Recht dienen insbesondere das Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz (TEHG) und das Gesetz über den nationalen Zuteilungsplan für Treibhausgas-Emissionsberechtigungen in der Zuteilungsperiode 2005 bis 2007 (Zuteilungsgesetz 2007 - ZuG 2007). Sie regeln die Zuteilung von Berechtigungen für Kohlendioxid (CO₂)-Emissionen.
- 3 Das Grundprinzip des Emissionshandels besteht in der Zuteilung kontingentierter, frei handelbarer Emissionsberechtigungen und der Pflicht zur jährlichen Rückgabe von Berechtigungen in Höhe der tatsächlichen Emissionen. Die Gesamtmenge der zuzuteilenden Berechtigungen für eine Zuteilungsperiode und die Regeln für ihre Aufteilung („Makroplan“) sind auf der Grundlage eines von der Bundesregierung beschlossenen nationalen Zuteilungsplans im Zuteilungsgesetz geregelt (§ 7 TEHG). Dem Regierungsbeschluss über den nationalen Zuteilungsplan hat das Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit im Einvernehmen mit dem Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit gemäß § 8 Abs. 2 TEHG eine Liste der für die einzelnen Anlagen vorgesehenen Zuteilungsmenge beizufügen („Mikroplan“). Der Regierungsbeschluss und die Liste der vorgesehenen Zuteilungsmengen sind vor Beginn der Zuteilungsperiode der EU-Kommission und den übrigen Mitgliedstaaten zu notifizieren (§ 8 Abs. 3 TEHG). Die EU-Kommission kann den Plan ganz oder teilweise ablehnen, wenn er mit den in Anhang III der Richtlinie aufgeführten Kriterien oder mit der durch Art. 10 der Richtlinie vorgegebenen Zuteilungsmethode unvereinbar ist (Art. 9 Abs. 3 Satz 1 der Emissionshandelsrichtlinie). Der Zuteilungsanspruch des für die Anlage Verantwortlichen bestimmt sich nach Maßgabe des Zuteilungsgesetzes (§ 9 Abs. 1 TEHG). Die zugeteilten Berechtigungen sind in der ersten Zuteilungsperiode kostenlos (§ 18 Satz 1 ZuG 2007).

- 4 Zuteilungen an Bestandsanlagen werden auf der Grundlage der Emissionen einer Basisperiode um den in § 5 ZuG 2007 festgelegten Erfüllungsfaktor gekürzt (§ 7 ZuG 2007). Für den Fall, dass die Gesamtmenge der nach den Vorschriften des Zuteilungsgesetzes 2007 mit Ausnahme der nach § 11 ZuG 2007 zuzuteilenden Berechtigungen das Budget von 495 Millionen Tonnen Kohlendioxid jährlich überschreitet, werden die vorgenommenen Zuteilungen an Anlagen, die dem Erfüllungsfaktor unterfallen, anteilig gekürzt (§ 4 Abs. 4 ZuG 2007). Das Budget von 495 Millionen Tonnen Kohlendioxid jährlich ergibt sich aus dem in § 4 Abs. 2 ZuG 2007 für die Sektoren Energie und Industrie bestimmten Emissionsziel von 503 Millionen Tonnen abzüglich 4 Millionen Tonnen für die nicht am Emissionshandel teilnehmenden Anlagen, 3 Millionen Tonnen als Reserve für Neuanlagen (§ 6 ZuG 2007) und 1 Million Tonnen für Härtefälle (§ 7 Abs. 10 Satz 5 ZuG 2007).

- 5 Nach den im Zuteilungsverfahren von der Beklagten angestellten Berechnungen hätten ohne eine anteilige Kürzung in der Zuteilungsperiode insgesamt 1 527 Millionen Berechtigungen zugeteilt werden müssen. Zur Einhaltung des in § 4 Abs. 4 ZuG 2007 bestimmten Budgets errechnete die Beklagte einen Faktor von 0,9537972599, um den sie die dem Erfüllungsfaktor unterfallenden Zuteilungen gekürzt hat. Von der anteiligen Kürzung betroffen waren hiernach Zuteilungen für Altanlagen nach § 7 Abs. 1 bis 5 ZuG 2007, Härtefallzuteilungen nach § 7 Abs. 10 und 11 ZuG 2007 sowie Zuteilungen für Altanlagen, deren Betreiber von der Optionsregel des § 7 Abs. 12 ZuG 2007 Gebrauch gemacht und eine Zuteilung ohne Erfüllungsfaktor nach den Maßstäben für Neuanlagen gemäß § 11 ZuG 2007 beantragt hatten (sog. Optierer). Ausgenommen von der anteiligen Kürzung wurden Zuteilungen an Anlagen, bei denen der Erfüllungsfaktor keine Anwendung findet (u.a. neuere Bestandsanlagen nach § 8 Abs. 1 und Neuanlagen nach § 11 ZuG 2007), Zuteilungen, für die ein Erfüllungsfaktor von 1 festgesetzt wurde (frühzeitige Emissionsminderungen nach § 12 und prozessbedingte Emissionen nach § 13 ZuG 2007), sowie bestimmte Sonderzuteilungen (Anlagen mit Kraft-Wärme-Kopplung nach § 14 und eingestellte Kernkraftwerke nach § 15 ZuG 2007).

- 6 Der Klägerin zu 1 teilte die Beklagte durch den angefochtenen Bescheid für das Kraftwerk Währlitz 1 004 955 Berechtigungen zu. Ohne anteilige Kürzung hätte die Klägerin zu 1 weitere 15 378 Berechtigungen erhalten.

- 7 Die Klägerin zu 2 betreibt ihr Kraftwerk Frimmersdorf als Anlage mit Kraft-Wärme-Kopplung. Die Beklagte teilte ihr durch den angefochtenen Bescheid für das Kraftwerk 60 954 891 Berechtigungen zu. Ohne anteilige Kürzung hätte die Klägerin zu 2 weitere 2 952 660 Berechtigungen erhalten.

- 8 Das Verwaltungsgericht hat die nach erfolglosen Widersprüchen erhobenen Klagen abgewiesen. Das Oberverwaltungsgericht hat die Berufungen der Klägerinnen zurückgewiesen. In den Entscheidungsgründen ist ausgeführt: Die Vorschrift über die anteilige Kürzung sei mit Gemeinschaftsrecht vereinbar, da dieses kein bestimmtes Zuteilungssystem vorschreibe und die allgemeinen Vorgaben der Emissionshandelsrichtlinie - namentlich das Transparenzgebot, ein (mögliches) Verbot nachträglicher Korrekturen, die Berücksichtigung der Emissionsminderungspotentiale und die Pflicht zur Notifizierung der nationalen Allokationspläne - durch die anteilige Kürzung nicht beeinträchtigt würden. § 4 Abs. 4 ZuG 2007 sei bei der gebotenen Würdigung im Regelungszusammenhang mit den übrigen Zuteilungsbestimmungen auch verfassungsgemäß. Die Zuteilungsregeln führten nicht zu unverhältnismäßigen Eingriffen in das Eigentumsrecht und die Berufsfreiheit. Sie seien angesichts des Gestaltungsspielraums des Gesetzgebers sowie der sachlichen Rechtfertigung der nach dem Anlagenalter, dem Emissionsminderungspotential und der Zuteilungsmethode vorgenommenen Differenzierung zwischen Anwendung und Nichtanwendung des Erfüllungsfaktors mit dem Gleichheitssatz vereinbar. § 4 Abs. 4 ZuG 2007 sei hinreichend bestimmt, verletze nicht den Grundsatz des Vertrauensschutzes und diene durch die gesetzliche Obergrenze des Budgets der zuzuteilenden Berechtigungen der Einhaltung des Emissionsziels.

- 9 Auch die Gesetzesanwendung durch die Beklagte verletze die Klägerinnen nicht in ihren Rechten. Im Einklang mit Wortlaut und Systematik des § 4 Abs. 4 ZuG 2007, den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben und dem Zweck der Zuteilungsregeln sei die Beklagte davon ausgegangen, dass eine anteilige Kürzung nur nach dem Erkenntnisstand unmittelbar vor Zuteilung der Berechtigungen vorzunehmen sei und für die Zuteilungsperiode verbindlich bleibe. Die zu erwartenden Auswirkungen möglicher Rückforderungen und Nachallokationen von Emissionsberechtigungen auf die Gesamtmenge seien per Saldo vernachlässigbar gering. Bei der Berechnung der Gesamtmenge der zuzuteilenden Berechtigungen habe die Beklagte zutreffend nur die im Zuteilungsverfahren noch nicht berücksichtigungsfähigen, aus der Neuanlagenreserve auszustattenden Neuanlagen ausgenommen. Den Kürzungsfaktor habe sie zu Recht unabhängig von der Rechtmäßigkeit der einzelnen Zuteilungsentscheidungen ermittelt. In Übereinstimmung mit § 4 Abs. 4 ZuG 2007 habe sie Zuteilungen an Anlagen, bei denen kein Erfüllungsfaktor anzuwenden (§ 8 Abs. 1 Satz 2, § 10 Abs. 1 Satz 3 und § 11 Abs. 1 Satz 3 ZuG 2007) oder bei denen ein Erfüllungsfaktor von 1 anzusetzen sei (§ 12 Abs. 1 Satz 1 und 5, § 12 Abs. 5 und § 13 Abs. 1 ZuG 2007), nicht anteilig gekürzt. Ob sie die Optierer (§ 7 Abs. 12 ZuG 2007) und die der Härtefallregelung des § 7 Abs. 11 ZuG 2007 unterfallenden Anlagen zu Recht in die anteilige Kürzung einbezogen habe, könne als nicht entscheidungserheblich offenbleiben.
- 10 Unbegründet sei der von den Klägerinnen geltend gemachte Anspruch auf Ausgleich der anteiligen Kürzung durch zurückfließende Berechtigungen wegen nachträglicher Anpassung an den tatsächlichen Bedarf bei Anlagen, denen Berechtigungen auf der Grundlage von Prognosen der Anlagenbetreiber zugeteilt worden seien. Unabhängig davon, ob solche nachträglichen Korrekturen gemeinschaftsrechtlich zulässig seien und die entsprechende Zuteilungsmasse zur Verfügung stehen werde, flössen zurückgegebene oder infolge des Widerrufs von Zuteilungsentscheidungen zurückgegebene oder nicht ausgegebene Berechtigungen ausschließlich der Neuanlagenreserve zu (§ 6 Abs. 2 ZuG 2007). Es spreche einiges dafür, dass das auch für Rückflüsse aus nachträglichen Korrekturen bei Optierern gelte; dass § 6 gemäß § 7 Abs. 12 Satz 2 ZuG 2007 keine Anwendung finde, solle nur den Ausschluss von Zuteilungen

an Optierer aus der Neuanlagenreserve klarstellen. Jedenfalls sehe das Gesetz eine Verteilung von Rückflüssen aus nachträglichen Korrekturen an die von anteiliger Kürzung betroffenen Anlagen nicht vor. Ein solcher Ausgleich sei nicht zur Vermeidung einer Rechtsverletzung der Klägerinnen geboten. Eine planwidrige Regelungslücke liege nicht vor, weil die Zuteilungsregeln nicht auf vollständige Ausschöpfung des Budgets zuteilbarer Berechtigungen angelegt seien.

- 11 Mit ihren Revisionen gegen die im Wesentlichen übereinstimmend begründeten Urteile des Oberverwaltungsgerichts verfolgen die Klägerinnen ihr Begehren auf Aufhebung der anteiligen Kürzung, hilfsweise auf Kompensation durch Zuteilung zurückfließender Berechtigungen aus nachträglichen Korrekturen weiter.
- 12 Nach Auffassung der Klägerin zu 1 verletzt § 4 Abs. 4 ZuG 2007 das gemeinschaftsrechtliche Transparenzgebot sowie die verfassungsrechtlichen Grundsätze des Vertrauensschutzes, der Verhältnismäßigkeit und der Bestimmtheit des Gesetzes. Bundesrecht sei auch verletzt, weil die für die Überschreitung der Gesamtmenge maßgeblichen Umstände nicht im Gesetz bestimmt, sondern vom Verhalten der Anlagenbetreiber abhängig seien. Eine Kompensation der anteiligen Kürzung sei in verfassungskonformer Auslegung des § 9 Abs. 1 TEHG i.V.m. § 4 Abs. 4 ZuG 2007 geboten. Das Gesetz sei auf eine weitgehende Ausschöpfung des Budgets an Berechtigungen angelegt. § 6 Abs. 2 ZuG 2007 gelte nicht für nachträgliche Korrekturen bei Optierern und stehe deshalb einer Kompensation nicht entgegen.
- 13 Die Klägerin zu 2 hält die Auslegung und Anwendung des § 4 Abs. 4 ZuG 2007 durch das Oberverwaltungsgericht für bundesrechtswidrig. Die Regelung des § 9 Abs. 1 TEHG i.V.m. § 7 Abs. 1 ZuG 2007 gewähre dem Anlagenbetreiber ein subjektives Recht auf gesetzmäßige Zuteilung. Da der Zuteilungsanspruch durch die anteilige Kürzung beeinträchtigt werde, sei diese durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beschränkt. Das impliziere, was die politischen Auseinandersetzungen über die Höhe des Emissionsziels bestätigt hätten, eine Ausschöpfung des Budgets zuteilbarer Berechtigungen und eine Beschränkung nach rein rechnerischen Kriterien. Ein Prognose- oder Bewertungsspielraum sei der Behörde bei der Bestimmung des Kürzungsfaktors nicht eingeräumt. Der

Kürzungsfaktor sei zwar vor Erlass der Zuteilungsbescheide zu berechnen. Seine Rechtmäßigkeit unterliege aber der gerichtlichen Kontrolle. Diese erfordere die Klärung, ob die dem Kürzungsfaktor zugrunde liegenden Zuteilungen rechtmäßig seien. § 17 Satz 3 ZuG 2007 gebiete die materielle Richtigkeit der erstmaligen Zuteilung; die Vorschriften über eine nachträgliche Korrektur sowie die Pflicht zur Überprüfung der Zuteilungsentscheidung (§ 11 TEHG) gewährleisten eine rechtmäßige Bestimmung der Zuteilungsmenge mit Wirkung für die Vergangenheit. Daraus ergebe sich ein Vorrang der materiellen Richtigkeit gegenüber der Praktikabilität des Zuteilungsverfahrens und der Stabilität des Emissionshandelssystems. § 4 Abs. 4 ZuG 2007 diene einer bestmöglichen Erfüllung des Zuteilungsanspruchs im Rahmen des Emissionsbudgets. Eine Änderung des Kürzungsfaktors im Wege der gerichtlichen Kontrolle beschränke sich auf die Korrektur nicht bestandskräftiger Zuteilungsbescheide. Verpflichtungen zur Mehrzuteilung ließen sich unter Rückgriff auf die „Widerspruchsreserve“ oder durch Zukauf von Berechtigungen erfüllen. Damit bliebe das Budget zuteilbarer Berechtigungen unverändert.

- 14 Die gebotene Änderung des Kürzungsfaktors erfasse auch Rückflüsse von Berechtigungen aus der nachträglichen Korrektur von Zuteilungen an Optionsanlagen. Das folge aus der in § 7 Abs. 12 Satz 2 ZuG 2007 bestimmten Unanwendbarkeit des § 6 ZuG 2007 auf Optionsanlagen, aus der Wirkung eines Widerrufs für die Vergangenheit (§ 8 Abs. 4 Satz 1 ZuG 2007) und aus der Beschränkung der anteiligen Kürzung auf das notwendige Maß. Dies gelte umso mehr, als die anteilige Kürzung gerade durch die unerwartet hohe Zahl der Optierer bewirkt worden sei. Mit Blick auf das beim Europäischen Gerichtshof erster Instanz anhängige Verfahren über die Vereinbarkeit nachträglicher Korrekturen mit Gemeinschaftsrecht sei dem Zuteilungsbescheid ein entsprechender Vorbehalt beizufügen.
- 15 Unabhängig hiervon verletze das angegriffene Urteil Bundesrecht, weil es eine effektive gerichtliche Kontrolle der Rechtmäßigkeit des Kürzungsfaktors ausschließe. Nach Ansicht des Oberverwaltungsgerichts sei die behördliche Feststellung der zuzuteilenden Berechtigungen einer gerichtlichen Überprüfung entzogen. Das widerspreche der Pflicht der Behörde zur Überprüfung der Angaben

der Anlagenbetreiber und schließe den Rechtsschutz gegenüber den die Gesamtzuteilungsmenge bestimmenden einzelnen Zuteilungsbescheiden aus. Das Gesetz räume der Behörde keine Einschätzungsprärogative bei der Festlegung des Kürzungsfaktors ein. Selbst bei Einräumung eines sachlich gerechtfertigten Beurteilungs- oder Prognosespielraums müsse ein Kernbestand gerichtlicher Kontrolle gewahrt bleiben.

- 16 Die Beklagte verteidigt die angegriffenen Urteile und führt ergänzend aus: Das Oberverwaltungsgericht habe die gerichtliche Kontrolle des Kürzungsfaktors auf die für eine Neuberechnung der anteiligen Kürzung erheblichen Umstände erstreckt und nur die auf die einzelnen Zuteilungsentscheidungen bezogenen Einschätzungen der Behörde für nicht überprüfbar gehalten. Dem entspreche, dass es die Anwendbarkeit der anteiligen Kürzung auf Optionsanlagen überprüft habe. Nach der Erstzuteilung gewonnene Erkenntnisse über die einzelnen Zuteilungsentscheidungen ließen die Rechtmäßigkeit der anteiligen Kürzung unberührt. Das Gericht sei dabei an den Kenntnisstand der Behörde am Berechnungstichtag gebunden. Eine nachträgliche Neuberechnung des Kürzungsfaktors widerspreche Wortlaut, Systematik und Zweck des Gesetzes. Die Verteilung der Berechtigungen aus nachträglichen Korrekturen an die Betreiber von Bestandsanlagen sei im Gesetz nicht vorgesehen. Mit solchen Korrekturen werde nicht realisierten Produktionsprognosen Rechnung getragen. Den demgemäß geringeren Emissionen entspreche ein geringerer Bedarf an Emissionsberechtigungen. Eine nachträgliche Ausschüttung hätte negative Folgen für die Stabilität des Emissionshandelssystems. Die Zulassung eines derart regulierenden Markteingriffs sei Sache des Gesetzgebers. Möglicherweise stände ihr das Verbot staatlicher Beihilfen entgegen.

II

- 17 Die Revisionen der Klägerinnen sind unbegründet. Die Annahme des Oberverwaltungsgerichts, dass die Klägerinnen durch die gemäß § 4 Abs. 4 ZuG 2007 vorgenommene anteilige Kürzung der ihnen andernfalls zuzuteilenden Berechtigungen nicht in ihren Rechten verletzt werden und keinen Ausgleich der anteil-

ligen Kürzung aus Rückflüssen von Berechtigungen infolge nachträglicher Korrekturen beanspruchen können, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

- 18 1. Die Regelung des § 4 Abs. 4 ZuG 2007 ist mit Gemeinschaftsrecht und mit nationalem Verfassungsrecht vereinbar. Sie bestimmt, dass die nach den Vorschriften des Zuteilungsgesetzes 2007 mit Ausnahme von dessen § 11 vorgenommenen Zuteilungen an die Anlagen, die dem Erfüllungsfaktor unterliegen, anteilig gekürzt werden, soweit die Gesamtmenge der nach den genannten Vorschriften zuzuteilenden Berechtigungen den Gegenwert von jährlich 495 Millionen Tonnen Kohlendioxid (Emissionsbudget) übersteigt.
- 19 a) Die anteilige Kürzung nach § 4 Abs. 4 ZuG 2007 verletzt nicht das durch die Emissionshandelsrichtlinie 2003/87 EG vom 13. Oktober 2003 vorgegebene Transparenzgebot. Nach Art. 9 Abs. 1 Satz 2 der Emissionshandelsrichtlinie ist der nationale Zuteilungsplan „auf objektive und transparente Kriterien zu stützen, einschließlich der in Anhang III genannten Kriterien, wobei die Bemerkungen der Öffentlichkeit angemessen zu berücksichtigen sind“. In dem genannten Anhang III ist unter anderem bestimmt, dass die Gesamtmenge der in der jeweiligen Zuteilungsperiode zuzuteilenden Zertifikate mit der Verpflichtung des Mitgliedstaats zur Begrenzung seiner Emissionen in Einklang stehen (Nr. 1) und der Plan eine Liste der unter die Richtlinie fallenden Anlagen unter Angabe der Anzahl der den einzelnen Anlagen zuzuteilenden Zertifikate enthalten muss (Nr. 10).
- 20 Die Klägerin zu 1 sieht die Verletzung des Transparenzgebots darin, dass eine anteilige Kürzung durch die Emissionshandelsrichtlinie nicht vorgegeben wird. Diese Rüge ist schon deswegen unbegründet, weil die Richtlinie, soweit sie keine zwingenden Vorgaben enthält, dem Mitgliedstaat die Wahl der Form und der Mittel zur Erreichung des verbindlich vorgegebenen Ziels überlässt (Art. 249 Abs. 3 EG). Die anteilige Kürzung gemäß § 4 Abs. 4 ZuG 2007 soll sicherstellen, dass das im nationalen Allokationsplan bestimmte Emissionsbudget nicht überschritten wird. Die Regelung dient damit dem Ziel, die von der Bundesrepublik Deutschland übernommene Verpflichtung zur Emissionsbegrenzung zu erfüllen. Sie entspricht auch den Vorgaben, die die Richtlinie an den Inhalt des

nationalen Zuteilungsplans stellt. Aus dem nationalen Allokationsplan vom 31. März 2004 geht hervor, wie viele Zertifikate Deutschland insgesamt im Zuteilungszeitraum zuzuteilen beabsichtigt und wie die Zertifikate zugeteilt werden sollen (Abschnitt B Nr. 3.3, 4.3, 4.4 und 5; Abschnitt C Nr. 3 und 4). Die ihm zur Notifizierung beigefügte anlagenbezogene Zuteilungsliste weist die im Einzelnen geplanten Zuteilungen aus. Ihre endgültige Gestalt gewinnen das Emissionsbudget und die Zuteilungsregeln allerdings erst nach Eingang der Entscheidung der Kommission, öffentlicher Anhörung und entsprechenden Änderungen durch das Zuteilungsgesetz.

- 21 Entgegen der Ansicht der Klägerin zu 1 bewirkt § 4 Abs. 4 ZuG 2007 keine „Undurchschaubarkeit“ der Zuteilungsregeln. Die Vorschrift bestimmt Voraussetzungen und Rechtsfolgen der anteiligen Kürzung nach objektiven, konditional programmierten Kriterien. Anhand der gesetzlichen Zuteilungsregeln kann sich der Antragsteller Kenntnis über die Zahl der Berechtigungen verschaffen, die seiner Anlage ohne anteilige Kürzung zuzuteilen wären. Hinsichtlich der anteiligen Kürzung sind die maßgeblichen Parameter und der Berechnungsmodus dem § 4 Abs. 4 ZuG 2007 zu entnehmen. Die genaue Zahl der zugeteilten Berechtigungen ergibt sich aus der Zuteilungsentscheidung, die vor Beginn der Zuteilungsperiode ergeht (§ 10 Abs. 4 Satz 1 und 2 TEHG) und damit für den Antragsteller die erforderliche Planungs- und Investitionssicherheit gewährleistet. Das genügt, um die Anforderungen des Transparenzgebots zu erfüllen.
- 22 Die gegenteilige Auffassung, wonach der Anlagenbetreiber schon bei Antragstellung die ihm zuzuteilenden Berechtigungen mathematisch exakt müsse berechnen können (Ehrmann/Greinacher, RdE 2006, 97 <101>), ist in der Literatur vereinzelt geblieben. Sie verkennt das Funktionsprinzip der Mengenplanung, die im Zusammenwirken mit den Zuteilungsregeln sicherstellen soll, dass die in § 4 Abs. 4 ZuG 2007 bezeichnete Obergrenze des Budgets nicht überschritten wird. Es besteht darin, dass die aufgrund der Emissionen in einer Basisperiode errechneten Zuteilungen an Bestandsanlagen in einer ersten Stufe mittels des gesetzlich bestimmten Erfüllungsfaktors reduziert werden. Wenn die Ermittlung der Menge der Zuteilungen eine Überschreitung der Obergrenze ergibt, bedarf es in der zweiten Stufe einer weiteren Verringerung der Zuteilungen, wie dies in

§ 4 Abs. 4 ZuG 2007 bestimmt ist. Da sich die Menge der Zuteilungen wegen der Vielfalt der Zuteilungsregeln und Wahlrechte erst nach Ende der Ausschlussfrist für Zuteilungsanträge (§ 10 Abs. 3 Satz 1 und 2 TEHG) ermitteln lässt, muss diese „Feinsteuerung“ durch anteilige Kürzung vor Erteilung der Zuteilungsbescheide vorgenommen werden. Dieser Zeitpunkt ist deshalb für die Ermittlung des Kürzungsfaktors maßgeblich. Vor diesem Zeitpunkt ist eine exakte Berechnung der Höhe des Zuteilungsanspruchs weder tatsächlich möglich noch rechtlich geboten.

- 23 b) Die Regelung des § 4 Abs. 4 ZuG 2007 verstößt auch nicht gegen die von der Klägerin zu 1 angeführten verfassungsrechtlichen Grundsätze.
- 24 aa) Soweit die Klägerin zu 1 einen Verstoß gegen den Grundsatz des Vertrauensschutzes beanstandet, fehlt es an einem schutzwürdigen Vertrauen darauf, dass die Berechtigungen ungekürzt zugeteilt werden. Der Anspruch auf Zuteilung von Berechtigungen besteht nur nach Maßgabe des Zuteilungsgesetzes 2007 (§ 9 Abs. 1 TEHG). Er ist damit bereits bei seiner Entstehung mit der Möglichkeit einer anteiligen Kürzung belastet. Soweit ihr Vorbringen darauf abzielt, dass die Höhe der anteiligen Kürzung im Zeitpunkt der Antragstellung nicht vorhersehbar gewesen sei, beruft sich die Klägerin zu 1 der Sache nach auf den rechtsstaatlichen Grundsatz der Bestimmtheit von Gesetzen. Auch dieser Grundsatz ist nicht verletzt.
- 25 Das rechtsstaatliche Gebot der Gesetzesbestimmtheit zwingt den Gesetzgeber nicht, Regelungstatbestände stets mit genau erfassbaren Maßstäben zu umschreiben. Der Gesetzgeber ist gehalten, seine Regelungen so bestimmt zu fassen, wie dies nach der Eigenart des zu ordnenden Lebenssachverhalts mit Rücksicht auf den Normzweck möglich ist. Bei der Frage, welche Bestimmtheitsanforderungen im Einzelnen erfüllt sein müssen, ist auch die Intensität der Einwirkungen auf die Regelungsadressaten zu berücksichtigen. Die Rechtsunterworfenen müssen in zumutbarer Weise erkennen können, ob die tatsächlichen Voraussetzungen für die in der Rechtsnorm ausgesprochene Rechtsfolge vorliegen. Dabei reicht es aus, wenn sich dies im Wege der Auslegung der ein-

schlägigen Bestimmung mit Hilfe der anerkannten Auslegungsregeln feststellen lässt (BVerfGE 102, 254 <337>).

- 26 § 4 Abs. 4 ZuG 2007 genügt diesen Anforderungen. Die Höhe der bestimmten Obergrenze des Budgets zuteilbarer Berechtigungen von jährlich 495 Millionen Tonnen ist in der Vorschrift normiert. Aus welchen Gründen das Budget gegenüber dem allgemeinen Emissionsziel für die Sektoren Energie und Handel (503 Millionen Tonnen) zurückbleibt, muss das Gesetz nicht regeln. Welche Anlagen von der Kürzung betroffen sind und zu welchem Zeitpunkt der Kürzungsfaktor festzulegen ist, lässt sich mit Hilfe der anerkannten Auslegungsregeln klären. Dass die Anlagenbetreiber den Umfang ihrer individuellen Zuteilung bereits bei der Antragstellung exakt vorausberechnen konnten, verlangt das verfassungsrechtliche Gebot der Gesetzesbestimmtheit ebenso wenig wie das gemeinschaftsrechtliche Transparenzgebot. Es genügt, dass die Zahl der zuge teilten Berechtigungen in der drei Monate nach Antragstellung erlassenen Zuteilungsentscheidung bestimmt ist.
- 27 bb) Die anteilige Kürzung zur Einhaltung der nationalen Emissionsziele ist mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vereinbar.
- 28 Nach Ansicht der Klägerin zu 1 könnte die anteilige Kürzung nur dann erforderlich sein, wenn das allgemeine Emissionsziel eine starre Obergrenze wäre. Dass es dies nicht sei, folge schon aus der offenen Formulierung des § 4 Abs. 2 ZuG 2007. Da das in § 4 Abs. 4 ZuG 2007 bestimmte Budget aus dem allgemeinen Emissionsziel rechnerisch abgeleitet sei, könne es ebenso wenig Verbindlichkeit beanspruchen. Diese Kritik geht an Wortlaut, Systematik und Zweck der Regelung vorbei.
- 29 Das in § 4 Abs. 2 ZuG 2007 festgelegte allgemeine Emissionsziel für die Zuteilungsperiode, das für die Sektoren Energie und Industrie 503 Millionen Tonnen und für andere Sektoren 356 Millionen Tonnen Kohlendioxid jährlich vorgibt, ist zusammen mit den Absätzen 1 und 3 des Gesetzes Bestandteil des im nationalen Allokationsplan beschlossenen Makroplans und als Zielvorgabe in das Gesetz übernommen worden. An die Verfehlung dieses Ziels knüpft das Zutei-

lungsgesetz 2007 keine Rechtsfolgen. Wie die Aufnahme des allgemeinen Emissionsziels für die Zuteilungsperiode 2008 bis 2012 in § 4 Abs. 1 und 3 ZuG 2007 zeigt, dienen die Emissionsziele der längerfristigen Planung zu dem Zweck, die für die Zuteilungsperiode 2008 bis 2012 bestehende Verpflichtung zur Emissionsreduzierung zu erreichen. Zugleich sollen sie als zentrale klimapolitische Eckdaten die Grundlage für die Berechnung des Erfüllungsfaktors bieten (BTDrucks 15/2966 S. 19).

- 30 Demgegenüber ist das in § 4 Abs. 4 ZuG 2007 bestimmte Emissionsbudget - erstens - für die Mengenplanung verbindlich und - zweitens - als Obergrenze zu verstehen. Da der Mikroplan, der die Regeln für die Zuteilung der Emissionsberechtigungen an die einzelnen Anlagen enthält und mit der Zielvorgabe des Makroplans übereinstimmen soll, von Voraussetzungen abhängt, die in den Vorschriften der §§ 7 ff. ZuG 2007 abstrakt-generell geregelt sind, ist eine mehr oder weniger große Abweichung der Anzahl der hiernach zuzuteilenden Berechtigungen von der Zielvorgabe unvermeidlich. Die Differenz soll nach der Gesetz gewordenen Beschlussempfehlung des Ausschusses für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit (BTDrucks 15/3224) auf der Ebene der Mengenplanung durch die in § 4 Abs. 4 ZuG 2007 normierte anteilige Kürzung ausgeglichen werden. Diese Funktion setzt voraus, dass das bestimmte Emissionsbudget keine unverbindliche Zielvorgabe, sondern für die Mengenplanung maßgeblich ist. Die Mengenplanung dient der Bestimmung des Kürzungsfaktors. Sie hat damit nicht den Zweck, die Ausschöpfung des Budgets sicherzustellen.
- 31 Entgegen der Ansicht der Klägerin zu 1 ist § 4 Abs. 4 ZuG 2007 mit seiner Regelung einer verbindlichen Obergrenze des Emissionsbudgets schon deswegen erforderlich, weil andernfalls bei einer Überschreitung dieser Grenze durch die Menge der zuzuteilenden Berechtigungen das allgemeine Emissionsziel auf der Ebene der Mengenplanung verfehlt würde und überdies der einheitliche Kürzungsfaktor nicht ermittelt werden könnte. Damit wird nicht ausgeschlossen, dass die Gesamtzahl der Berechtigungen etwa aufgrund von Änderungen einzelner Zuteilungsbescheide in nachfolgenden Rechtsbehelfsverfahren und die entsprechende Reserve übersteigenden Zuteilungen an zusätzliche Neuanla-

gen am Ende der Zuteilungsperiode von dem festgelegten Emissionsbudget abweicht. Mit der anteiligen Kürzung lässt sich die Gesamtzahl der Berechtigungen nur im Rahmen der Mengenplanung steuern. Diese wirkt sich zwar bestimmungsgemäß auf die Höhe der Zuteilungsansprüche aus, ist aber ohne Einfluss auf die erst nach rechtlicher Prüfung im Einzelfall und Abschluss der Zuteilungsperiode feststehende Summe der in den Sektoren Energie und Industrie insgesamt zugeteilten Berechtigungen. Um zu vermeiden, dass durch die bei Beginn des Zuteilungsverfahrens nicht absehbare Menge zusätzlicher Berechtigungen das Emissionsziel nachhaltig verfehlt wird, ist § 4 Abs. 4 ZuG 2007 auf die Kürzung, also eine Anpassung der Mengenplanung nach unten beschränkt. Die Regelung kann daher nicht dahin verstanden werden, dass das Emissionsbudget ausgeschöpft werden müsste, wenn es durch die Gesamtzahl der Zuteilungen am Ende der Zuteilungsperiode unterschritten werden sollte.

- 32 Als Alternative zu der im Interesse der Einhaltung des Emissionsziels gebotenen anteiligen Kürzung hätte im Rahmen des Systems nur die Möglichkeit bestanden, den Erfüllungsfaktor gemäß § 5 ZuG 2007 vorsorglich in einer Höhe festzusetzen, die bei allen Unwägbarkeiten eine sichere Einhaltung des Emissionsbudgets gewährleistet. Durch eine solche Grobsteuerung wären die Zuteilungen indessen in weit stärkerem Maße begrenzt worden, als dies aufgrund der anteiligen Kürzung der Fall ist. Die vom Gesetzgeber gewählte Regelung ist hiernach im Einklang mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit eine mildere Ausgestaltung der Rechtsposition der Betreiber.
- 33 cc) Nach Auffassung der Klägerin zu 1 verletzt § 4 Abs. 4 ZuG 2007 den verfassungsrechtlichen Grundsatz, wonach der Gesetzgeber in grundlegenden normativen Bereichen alle wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen hat. Der Verstoß ergebe sich daraus, dass die Höhe der für den Kürzungsfaktor maßgeblichen Überschreitung der Gesamtmenge in der Hand der Anlagenbetreiber liege, die durch Gebrauch ihrer Wahlrechte, insbesondere der Optionsregel des § 7 Abs. 12 ZuG 2007, den Zuteilungsanspruch anderer Anlagenbetreiber verringerten.

- 34 Die Auffassung der Klägerin zu 1 ist unzutreffend. Mit der Regelung der Voraussetzungen, unter denen Zuteilungen für dem Erfüllungsfaktor unterliegende Anlagen anteilig gekürzt werden, hat der Gesetzgeber das Entscheidungsprogramm bestimmt. Er hat damit „das Wesentliche selbst festgelegt und nicht dem Handeln der Verwaltung überlassen“ (BVerfGE 49, 89 <129>). Das genügt den Anforderungen des Parlamentsvorbehalts. Dass sich das Antragsverhalten der Betreiber in gewissem Umfang auf den Kürzungsfaktor auswirkt, ist nach der Ausgestaltung des Zuteilungsgesetzes 2007 eine zwangsläufige Folge des Korrekturmechanismus. Mit der Hinnahme dieser Folge hat sich der Gesetzgeber seiner Rechtsetzungsprärogative nicht entäußert.
- 35 2. Die von der Klägerin zu 2 gerügte Anwendung des § 4 Abs. 4 ZuG 2007 durch die Beklagte verletzt die Klägerinnen nicht in ihren Rechten. Zu Recht hat das Oberverwaltungsgericht angenommen, dass die anteilige Kürzung einmalig vor der allgemeinen Zuteilung der Berechtigungen vorzunehmen und innerhalb der Zuteilungsperiode nicht variabel ist. Im Ergebnis ebenfalls zutreffend ist das Oberverwaltungsgericht davon ausgegangen, dass der Kürzungsfaktor einer funktional eingeschränkten gerichtlichen Kontrolle unterliegt.
- 36 a) Wie bereits erwähnt, ist für die Berechnung des Kürzungsfaktors der Zeitpunkt unmittelbar vor Erteilung der Zuteilungsbescheide durch die Beklagte maßgeblich. Die Zuteilungsentscheidung für die Zuteilungsperiode 2005 bis 2007 war spätestens sechs Wochen nach Ablauf der Antragsfrist zu erlassen (§ 10 Abs. 4 Satz 2 TEHG). Nach Art. 11 Abs. 1 der Emissionshandelsrichtlinie ist über die Gesamtzahl der zuzuteilenden Berechtigungen und über die Zuteilung an die einzelnen Anlagenbetreiber mindestens drei Monate vor Beginn der Zuteilungsperiode zu entscheiden. Zu einem bestimmten Stichtag vor Beginn des Emissionshandels muss demnach die Mengenplanung und damit auch der Kürzungsfaktor feststehen. Unabhängig davon, dass diese sehr anspruchsvollen Fristen in der Praxis nicht eingehalten werden konnten, lassen die Vorschriften klar erkennen, dass die zur Einhaltung des Emissionsbudgets durch anteilige Kürzung ermittelte Zuteilungsmenge nach dem Stichtag nicht mehr veränderbar ist. Die Stichtagsregelung wäre sinnlos, wenn mit ihr nicht der für die Mengenplanung verbindliche Zeitpunkt bestimmt würde. Die Unzulässigkeit ei-

nes variablen Stichtags findet eine Bestätigung in der Verpflichtung, die zuge- teilten Berechtigungen jährlich in jeweils gleich großen Teilmengen auszugeben (§ 19 Abs. 1 ZuG 2007 i.V.m. § 9 Abs. 2 Satz 3 TEHG).

- 37 Da sich der Kürzungsfaktor aus dem Emissionsbudget einerseits und der zum Stichtag zu ermittelnden Menge kürzungsbedürftiger Zuteilungen andererseits errechnet, ist hierfür der behördliche Erkenntnisstand am Stichtag maßgeblich. Nachträgliche Änderungen individueller Zuteilungen sind für den Kürzungsfaktor unerheblich. Das gebieten die Planungs- und Investitionssicherheit der am Emissionshandel teilnehmenden Anlagenbetreiber, die Stabilität des Emissionshandelssystems und die Funktionsfähigkeit des Zuteilungsverfahrens. Die Anlagenbetreiber dürfen darauf vertrauen, während der Handelsperiode im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften über die Menge der ihnen zugeteilten Berechtigungen verfügen zu können und vor deren Wertverlust durch Ausgabe zusätzlicher, aus nachträglichen Änderungen von Zuteilungsbescheiden hervorgegangener Berechtigungen verschont zu bleiben. Das Emissionshandels- system soll weder durch nachträgliche staatliche Eingriffe in den Marktmecha- nismus noch von einer mangels kalkulierbarer Rahmenbedingungen sachwidri- gen Zurückhaltung der Marktteilnehmer beim Verkauf von Berechtigungen be- einträchtigt werden. Das Zuteilungsverfahren könnte seine Funktion nicht erfül- len, wenn zu nicht absehbaren Zeitpunkten bestandskräftig oder rechtskräftig gewordene Änderungsbescheide laufende Berechtigungen des Kürzungsfaktors bewirkten, bis nach Ende der Zuteilungsperiode die weder gemäß § 6 Abs. 1 TEHG zum Ausgleich der Emissionen abgegebenen noch gemäß § 6 Abs. 4 Satz 6 TEHG zurückgegebenen Berechtigungen kraft Gesetzes erlöschen (§ 20 ZuG 2007). Gerade hieran erweist sich der Widersinn der Vorstellung eines va- riablen, an Veränderungen der Zuteilungsmenge stets anzupassenden Kür- zungsfaktors, der mathematisch exakt erst zu einem Zeitpunkt berechnet wer- den könnte, der kurz vor dem Erlöschen nicht verwendeter Berechtigungen liegt und damit gleichzeitig eine Kürzung obsolet macht.
- 38 Die Klägerin zu 2 verkennt diese Zusammenhänge, wenn sie davon ausgeht, dass sie nach § 9 Abs. 1 TEHG i.V.m. § 7 Abs. 1 ZuG 2007 eine bestmögliche Erfüllung ihres Zuteilungsanspruchs verlangen könne und die materielle Rich-

tigkeit der Zuteilungsentscheidung gewährleistet sein müsse. Der Zuteilungsanspruch steht von vornherein unter dem Vorbehalt der gesetzlichen Zuteilungsregeln und kann deshalb nicht von diesen abgelöst werden. Angesichts dessen stellt sich die Regelung über die anteilige Kürzung nicht als Eingriff in ein subjektives Recht des Anlagenbetreibers, sondern als Element der Ausgestaltung seiner Rechtsposition im Rahmen des Handelssystems zur Verringerung der CO₂-Emissionen dar. Der Eingriff in Rechte des Anlagenbetreibers wird durch seine Pflicht zur Abgabe von Berechtigungen bewirkt. Auf welche Weise der dem Ausgleich dieses Eingriffs dienende Zuteilungsanspruch erfüllt wird und welche Anforderungen an die vor Beginn der Zuteilungen vorzunehmende Mengenplanung zu stellen sind, entscheidet der Gesetzgeber auf der Grundlage eines weiten Gestaltungsspielraums.

- 39 b) Bei der Bestimmung des Kürzungsfaktors räumt das Gesetz der zuständigen Behörde einen durch die Funktion der Mengenplanung gebotenen Prognose-spielraum ein. Dem entspricht eine eingeschränkte Kontrolle der Rechtmäßigkeit des Kürzungsfaktors im Rahmen der gerichtlichen Prüfung der individuellen Zuteilungsbescheide. Durch diese Beschränkung der gerichtlichen Nachprüfung werden die betroffenen Anlagenbetreiber nicht in ihren Rechten verletzt.
- 40 aa) Die Vorschrift des § 4 Abs. 4 ZuG 2007 ist in gesetzessystematischer Hinsicht Gegenstand der im zweiten Abschnitt des Gesetzes geregelten Mengenplanung. Die anteilige Kürzung normiert nicht die rechtlichen Voraussetzungen für die individuellen Zuteilungen, die im dritten Abschnitt des Gesetzes geregelt sind. Sie zielt darauf ab, die Einhaltung des Emissionsbudgets auf der Ebene der Mengenplanung sicherzustellen. Aufgabe der zuständigen Behörde ist es, im maßgeblichen Zeitpunkt die Differenz zwischen der Obergrenze des Emissionsbudgets und der Menge der aus ihrer Sicht zuzuteilenden Berechtigungen zu ermitteln. Die Zuteilungsmenge wirkt sich zwar mittelbar auf die individuellen Zuteilungen aus, weil der Quotient aus dem festgelegten Emissionsbudget abzüglich der nicht anteilig zu kürzenden Zuteilungen und der für die anteilige Kürzung relevanten Zuteilungsmenge den Wert ergibt, um den die Menge der den Anlagenbetreibern zuzuteilenden Berechtigungen im Zuteilungsverfahren zu kürzen ist. Die Zuteilungsmenge bestimmt sich aber nicht aus der Summe

der zugeteilten Berechtigungen, die sich aufgrund einer gerichtlichen Nachprüfung als rechtmäßig erwiesen haben. Sie ergibt sich vielmehr aus einer Prognose der zuständigen Behörde über die i.S.d. § 4 Abs. 4 ZuG 2007 voraussichtlich zuzuteilenden Berechtigungen. Grundlage der Prognose sind die Zahl der gemäß § 17 ZuG 2007 überprüften Zuteilungsanträge und die Zuordnung der Anlagen zu den jeweiligen Zuteilungsregeln. Die Ungewissheit, ob die prognostische Beurteilung der Behörde mit der am Ende der Zuteilungsperiode festgestellten Zuteilungsmenge annäherungsweise übereinstimmt, ist die notwendige Konsequenz aus dem gesetzlich vorgegebenen Funktionsprinzip der Mengenplanung, das eine Ermittlung der Zuteilungsmenge vor Beginn der Zuteilung voraussetzt.

- 41 Dem Gesetzgeber kann nicht verborgen geblieben sein, dass die vor Beginn des Zuteilungsverfahrens zu ermittelnde Zuteilungsmenge nicht an eine durch gerichtliche Nachprüfung festgestellte Rechtmäßigkeit der Zuteilungsbescheide geknüpft sein kann. Die Verpflichtung der zuständigen Behörde zur Ermittlung der zuzuteilenden Berechtigungen im maßgeblichen Zeitpunkt kann deshalb nur als gesetzliche Ermächtigung zur prognostischen Beurteilung der für die anteilige Kürzung relevanten Zuteilungsmenge nach dem Stand ihrer Erkenntnis verstanden werden. Dabei ist die normative Steuerung der behördlichen Mengenprognose darauf beschränkt, dass bei der Ermittlung der Zuteilungsmenge die zutreffenden abstrakt-generellen Maßstäbe des Gesetzes zugrunde gelegt werden. Das folgt aus der Eigenart der an die Behörde übertragenen Aufgabe, innerhalb kürzester Frist aus einer die Milliardengrenze weit überschreitenden Zahl beantragter Zuteilungen auf der Grundlage vielfältiger und komplexer Zuteilungsregeln die für die anteilige Kürzung relevante Zuteilungsmenge zu ermitteln. Während erwartet werden kann, dass die Behörde mit den hierfür einschlägigen abstrakt-generellen Maßstäben des Gesetzes hinreichend vertraut ist, ist deren fehlerfreie Anwendung in jedem Einzelfall unter den gegebenen Umständen praktisch ausgeschlossen.
- 42 Angesichts dessen kann dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden, dass er die Behörde im Rahmen der von ihr zu leistenden Prognose vor die unlösbare Aufgabe stellen wollte, die Rechtmäßigkeit der individuellen Zuteilungen über die

ihr obliegende Richtigkeitskontrolle i.S.d. § 17 ZuG 2007 hinaus zu prüfen. Diese Annahme liegt umso näher, als es für die Ermittlung des Kürzungsfaktors nach § 4 Abs. 4 ZuG 2007 weniger auf die Rechtmäßigkeit der individuellen Zuteilung denn auf die Richtigkeit der Zuteilungsmenge ankommt, die von Zuteilungsfehlern im Einzelfall nicht berührt wird, soweit die Summe rechtswidriger Unterallokationen und rechtswidriger Überallokationen jeweils gleich ist. Da von einer derart durch gegenseitige Aufhebung bewirkten „Nullsumme“ der für die Zuteilungsmenge kausalen Fehlallokationen nach Wahrscheinlichkeitsregeln weithin ausgegangen werden kann, spricht alles dafür, dass der Gesetzgeber das Maß fehlerhafter Ermittlung der Zuteilungsmenge aufgrund individueller Allokationsmängel als per saldo vernachlässigbar gering einschätzen durfte.

- 43 bb) Die gerichtliche Nachprüfung angefochtener Zuteilungsbescheide kann nicht weiter reichen als die materiellrechtliche Bindung der Verwaltung. Die dem Anspruch auf effektiven Rechtsschutz unterliegenden Rechtspositionen werden durch Art. 19 Abs. 4 GG nicht begründet, sondern vorausgesetzt. Das Grundrecht gewährleistet einen möglichst lückenlosen gerichtlichen Rechtsschutz gegen die Verletzung individueller Rechte durch die öffentliche Gewalt. Daraus folgt grundsätzlich die Pflicht der Gerichte, die angefochtenen Akte der öffentlichen Gewalt in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht zu überprüfen. Die Pflicht zur vollständigen Überprüfung hat allerdings Grenzen. Gerichtliche Kontrolle endet dort, wo das materielle Recht die Verwaltung im Rahmen der Verfassung zu Entscheidungen verpflichtet, ohne dafür hinreichend bestimmte Entscheidungsprogramme vorzugeben. In einer solchen Lage handelt die Verwaltung kraft eigener Kompetenz (BVerfGE 103, 142 <156 f.>; 49, 89 <124 ff.>). Die Gerichte haben den hierauf beruhenden behördlichen Beurteilungsspielraum zu respektieren und die Kontrolldichte entsprechend zurückzunehmen, soweit die Behörde zur letztverbindlichen Entscheidung ermächtigt ist.
- 44 Die in § 4 Abs. 4 ZuG 2007 der Behörde erteilte Ermächtigung, die Zuteilungsmenge anhand abstrakt-genereller Zuteilungsmaßstäbe mittels einer Prognose zu ermitteln, schließt es aus, dass die Verwaltungsgerichte ihre eigene Prognose an die Stelle derjenigen der Behörde setzen. Die verwaltungsgerichtliche Kontrolle beschränkt sich darauf, ob die zugrunde gelegte Prognose auf der

Grundlage fachwissenschaftlicher Maßstäbe methodisch fachgerecht erstellt wurde (Urteil vom 29. Januar 1991 - BVerwG 4 C 51.89 - BVerwGE 87, 332 <355>). Dem entsprechend ist die Prognoseentscheidung über die Zuteilungsmenge gerichtlich nur darauf zu überprüfen, ob die Behörde zum maßgeblichen Zeitpunkt die Zuteilungsmaßstäbe und Zuteilungsregeln des Gesetzes generell verkannt und damit einen unzutreffenden Prognosemaßstab zugrunde gelegt hat. Die Prognoseentscheidung ist zu beanstanden, wenn die Prüfung der Richtigkeit der nach dem Zuteilungsgesetz 2007 erforderlichen Angaben der Anlagenbetreiber generell nicht dem Maßstab des § 17 ZuG 2007 entsprach, wenn die Zuteilungsregeln der §§ 7 ff. ZuG 2007 generell unzutreffend angewendet wurden oder wenn die Berechnung des Kürzungsfaktors generell auf einer fehlerhaften Auslegung der Behörde beruhte. Demgegenüber führt die unrichtige Anwendung des Gesetzes bei Zuteilungen im Einzelfall nicht zur Rechtswidrigkeit der ermittelten Zuteilungsmenge oder des daraus abgeleiteten Kürzungsfaktors. Da die Rechtmäßigkeit der Prognoseentscheidung von individuellen Fehlallokationen unberührt bleibt, sind im Zuteilungsverfahren unterlaufene Allokationsfehler ungeeignet, die Vertretbarkeit der behördlichen Prognose über die Zuteilungsmenge in Frage zu stellen. Soweit der von der Behörde ermittelte Kürzungsfaktor hiernach rechtmäßig ist, ist er auch für die gerichtliche Nachprüfung angefochtener Zuteilungsbescheide maßgeblich.

- 45 Diese Maßstäbe hat das Oberverwaltungsgericht bei der Nachprüfung der angegriffenen Bescheide rechtsfehlerfrei zugrunde gelegt. Über eine rein rechnerische Kontrolle der Zuteilungsmenge hinaus hat es geprüft, ob die Behörde die gesetzlichen Voraussetzungen für die Anwendung des Kürzungsfaktors richtig erkannt hat. Dabei hat es zu Recht angenommen, dass bei der Ermittlung der Zuteilungsmenge nur diejenigen Berechtigungen unberücksichtigt zu bleiben haben, die auf zusätzliche Neuanlagen (§ 11 ZuG 2007) entfallen, nicht dagegen Zuteilungen an Bestandsanlagen, deren Betreiber von der Option auf Zuteilung von Berechtigungen nach den Regeln für zusätzliche Neuanlagen Gebrauch gemacht haben (§ 7 Abs. 12 ZuG 2007). Ebenfalls zutreffend hat es erkannt, dass Anlagen, deren Zuteilungen i.S.d. § 4 Abs. 4 ZuG 2007 dem Erfüllungsfaktor unterliegen, weder diejenigen sind, bei denen der Erfüllungsfaktor keine Anwendung findet (§ 8 Abs. 1 Satz 2, § 10 Abs. 1 Satz 3 und § 11 Abs. 1

Satz 3 ZuG 2007), noch diejenigen, bei denen ein Erfüllungsfaktor von 1 anzusetzen ist (§ 12 Abs. 1 Satz 1 und 5, § 12 Abs. 5 und § 13 Abs. 1 ZuG 2007). Die gleichfalls zu prüfenden Fragen, ob auch Zuteilungen an Optierer (§ 7 Abs. 12 ZuG 2007) und in Härtefällen (§ 7 Abs. 11 ZuG 2007) anteilig zu kürzen sind, konnte das Oberverwaltungsgericht in den vorliegenden Fällen offen lassen, da die Beklagte Zuteilungen an diese Anlagen in die anteilige Kürzung einbezogen und die damit verbundene Änderung des Kürzungsfaktors sich zu Gunsten der Klägerinnen ausgewirkt hat. Demgegenüber hat das Oberverwaltungsgericht Fehlallokationen im Einzelfall als für die Ermittlung der Zuteilungsmenge unerheblich erachtet. Auch dies stimmt jedenfalls im Ergebnis mit den Maßstäben für die Kontrolle von Prognoseentscheidungen überein. Ob der Kürzungsfaktor zu korrigieren ist, wenn die gerichtliche Nachprüfung ergibt, dass die für die anteilige Kürzung relevante Zuteilungsmenge durch gezielte Manipulationen verfälscht wurde, bedarf keiner Entscheidung, da den tatsächlichen Feststellungen des Oberverwaltungsgerichts Anhaltspunkte für derartige Vorgänge nicht zu entnehmen sind.

- 46 cc) Durch die Beschränkung der gerichtlichen Nachprüfung der Rechtmäßigkeit der anteiligen Kürzung auf die gesetzlichen Voraussetzungen ihrer Anwendung werden die Klägerinnen nicht in ihren Rechten verletzt. Der Anspruch auf effektiven Rechtsschutz (Art. 19 Abs. 4 GG) gewährleistet zwar grundsätzlich eine vollständige Nachprüfung der angefochtenen Maßnahme in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht. Da er aber nicht weiterreicht als die Bindung der Behörde an das materielle Recht und die Behörde durch § 4 Abs. 4 ZuG 2007 zur prognostischen Beurteilung der für die anteilige Kürzung relevanten Zuteilungsmenge ermächtigt ist, sind die Klägerinnen durch die entsprechende Beschränkung der Kontrolldichte in ihrem Anspruch auf effektiven Rechtsschutz nicht verletzt. Davon abgesehen ist die durch den Kürzungsfaktor bewirkte Eingriffsintensität gering. Der Zuteilungsanspruch der Klägerinnen ist von vornherein mit der Möglichkeit einer nur begrenzt überprüfbaren anteiligen Kürzung belastet. Eine Verletzung in ihrem Eigentumsrecht wäre erst dann anzunehmen, wenn der anteilig gekürzte Anspruch auf kostenlose Zuteilung von Berechtigungen (§ 18 Satz 1 ZuG 2007) nicht ausreichend wäre, um den durch die Pflicht zur Abgabe von Emissionsberechtigungen (§ 6 Abs. 1 TEHG) begründeten Eingriff angemessen

auszugleichen. Davon kann auch unter Berücksichtigung der mit der Prognoseentscheidung einhergehenden Unschärferelation keine Rede sein.

47 3. Die Klägerinnen haben keinen Anspruch auf Ausgleich der anteiligen Kürzung ihrer Zuteilungen durch zurückfließende Berechtigungen infolge nachträglicher Korrekturen.

48 Nachträgliche Korrekturen individueller Zuteilungen dienen dem Zweck, die auf der Grundlage von Prognosen der Anlagenbetreiber vorgenommene Zuteilung von Berechtigungen an den Bedarf anzupassen, wenn die tatsächliche Produktionsmenge hinter der im Zuteilungsantrag angemeldeten Produktionsmenge zurückbleibt. In Fällen dieser Art, die sich bei Zuteilungen für neuere Bestandsanlagen (§ 8 Abs. 4 ZuG 2007), für zusätzliche Neuanlagen (§ 11 Abs. 5 ZuG 2007) und für Optionsanlagen (§ 7 Abs. 12 i.V.m. § 11 Abs. 5 ZuG 2007) ergeben können, ist die Zuteilungsentscheidung mit Wirkung für die Vergangenheit zu widerrufen und die Zahl der Berechtigungen neu festzusetzen. Soweit eine Zuteilungsentscheidung widerrufen wurde, hat der Betreiber zuviel zugewiesene Berechtigungen zurückzugeben. Ob solche nachträglichen Korrekturen mit den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben vereinbar sind, ist Gegenstand eines beim Europäischen Gericht erster Instanz anhängigen Verfahrens (Rs. T-374/04).

49 Gemäß § 6 Abs. 2 ZuG 2007 fließen Berechtigungen, die infolge des Widerrufs von Zuteilungsentscheidungen zurückgegeben wurden, dem Reservefonds zu, aus dem der Bedarf an Berechtigungen für zusätzliche Neuanlagen i.S.d. § 11 ZuG 2007 gedeckt wird (§ 6 Abs. 1 ZuG 2007). Für Anlagen, deren Betreiber eine Zuteilung ohne Erfüllungsfaktor nach den Maßstäben für Neuanlagen beantragt haben (Optierer), bestimmt § 7 Abs. 12 ZuG 2007, dass die Zuteilung nach § 11 ZuG 2007 erfolgt und § 6 ZuG 2007 keine Anwendung findet. Ob aus der Regelung über die Nichtanwendung des § 6 ZuG 2007 auf Optierer (§ 7 Abs. 12 Satz 2 ZuG 2007) zu schließen ist, dass zurückfließende Berechtigungen aus nachträglichen Korrekturen bei Optionsanlagen nicht in die Neuanlagenreserve eingehen, ist zweifelhaft. Nach Ansicht des Oberverwaltungsge-

richts könnte § 7 Abs. 12 Satz 2 ZuG 2007 nur der Klarstellung dienen, dass die Zuteilungen an Optierer nicht aus der Neuanlagenreserve bestritten werden.

- 50 Die Frage, ob Rückflüsse aus nachträglichen Korrekturen bei Optionsanlagen als Ausgleich für die anteilige Kürzung der Klägerinnen verfügbar wären, bedarf keiner Entscheidung. Dem Anspruch steht bereits entgegen, dass das Gesetz eine derartige Ausgleichsregelung nicht vorsieht. Das Fehlen einer Ausgleichsregelung ist keine planwidrige Lücke, die im Wege der verfassungskonformen Auslegung geschlossen werden müsste. Da die Regelung über die anteilige Kürzung verfassungsgemäß ist, ist für eine verfassungskonforme Auslegung kein Raum. Der Zuteilungsanspruch des Betreibers ist hiernach mit anteiliger Kürzung erfüllt. Ein Ausgleichsanspruch lässt sich folglich nicht aus § 7 ZuG 2007 ableiten.
- 51 Die gegenteilige Auffassung der Klägerinnen beruht auch auf der Annahme, dass die Zuteilungsregeln auf eine vollständige Ausschöpfung der Zuteilungsmenge i.S.d. § 4 Abs. 4 ZuG 2007 zielten. Diese Annahme trifft nicht zu. Die der Mengenplanung zugeordnete Vorschrift soll sicherstellen, dass die Obergrenze des Budgets nicht überschritten wird. Sie setzt zugleich voraus, dass die hier nach zur Verfügung stehenden Berechtigungen im Zeitpunkt der Zuteilung ausgeschöpft werden. Eine weitergehende Funktion kommt ihr nicht zu. Auch die Zuteilungsregeln dienen nicht dem Zweck, die Zuteilungsmenge im Lauf der Handelsperiode auszuschöpfen und durch Rückflüsse aus nachträglichen Korrekturen einen Ausgleich der anteiligen Kürzung zu ermöglichen. Ein solcher Ausgleich ist auch verfassungsrechtlich nicht geboten, da die Anlagenbetreiber durch die anteilige Kürzung nicht in ihren Rechten verletzt werden.
- 52 Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO.

Sailer

Herbert

Krauß

Neumann

Guttenberger

Sachgebiet:

BVerwGE: ja

Immissionsschutzrecht

Fachpresse: ja

Rechtsquellen:

Richtlinie 2003/87	Art. 9 Abs. 1 Satz 2; Art. 11 Abs. 1; Anhang III
GG	Art. 19 Abs. 4; Art. 20 Abs. 3
ZuG 2007	§ 4 Abs. 4; §§ 5; 6 Abs. 2; §§ 7 ff.; 17; 18 Satz 1; § 19 Abs. 1; § 20
TEHG	§ 6 Abs. 1; § 9 Abs. 1, Abs. 2 Satz 3; § 10 Abs. 3, Abs. 4 Satz 1, Satz 2

Stichworte:

Emissionshandel; Emissionsberechtigung; Zuteilungsregel; Bestandsanlage; Erfüllungsfaktor; Emissionsziel; Emissionsbudget; Zuteilungsmenge; anteilige Kürzung; Kürzungsfaktor; Prognose; Beurteilungsspielraum; Kontrolldichte; Rechtsschutz; nachträgliche Korrektur; Reservefonds; Optierer; Kompensation.

Leitsatz:

Die anteilige Kürzung von Zuteilungen zur Einhaltung des Emissionsbudgets ist mit Gemeinschaftsrecht und mit Verfassungsrecht vereinbar.

Den Kürzungsfaktor hat die Behörde vor Erteilung der Zuteilungsbescheide auf der Grundlage einer Prognose über die relevante Zuteilungsmenge zu ermitteln. Der Kürzungsfaktor ist aufgrund seiner Funktion in der Zuteilungsperiode unveränderlich.

Die behördliche Prognose über die Zuteilungsmenge ist gerichtlich nur darauf zu überprüfen, ob die Behörde generell einen unzutreffenden Prognosemaßstab zugrunde gelegt hat. Individuelle Allokationsfehler im Zuteilungsverfahren sind nicht geeignet, die Rechtmäßigkeit der Prognoseentscheidung in Frage zu stellen.

Von der anteiligen Kürzung betroffene Anlagenbetreiber haben keinen Anspruch auf Ausgleich durch zurückfließende Berechtigungen infolge nachträglicher Korrekturen.

Urteil des 7. Senats vom 16. Oktober 2007 - BVerwG 7 C 33.07

- I. VG Berlin vom 07.04.2006 - Az.: VG 10 A 276.05 -
VG Berlin vom 07.04.2006 - Az.: VG 10 A 444.05 -
- II. OVG Berlin-Brandenburg vom 30.11.2006 - Az.: OVG 12 B 13.06 -
OVG Berlin-Brandenburg vom 30.11.2006 - Az.: OVG 12 B 14.06 -